

Beschwerdelegitimation im Bewilligungsverfahren – BGBB 83 III (*Qualité pour recourir dans la procédure d'autorisation – LDFR 83 III*)

(342) Der Unterpächter ist – wie der blosse Bewirtschafter – nicht befugt, gegen die Erteilung einer Bewilligung Beschwerde zu erheben (E. 3.2). *Landwirtschaftliche Rekurskommission AG 5-BB.2005.50004 (15.11.2007), AGVE 2007, Nr. 73, S. 289 f.* (bhk)

Nachträgliche Konkretisierung einer Nebenbestimmung: Rechtsmittel und Beschwerdelegitimation – BGBB 83 III – BGG 89 I (*prise en considération ultérieure d'une disposition annexe : moyen de droit et qualité pour recourir – LDFR 83 III – LTF 89 I*)

(343) 1. Ist eine in einer Erwerbsbewilligung enthaltene Nebenbestimmung nachträglich zu konkretisieren bzw. stellt sich die Frage, ob die Bestimmung eingehalten oder erfüllt wurde, muss darüber in einem dem Entscheidungsverfahren nachgebildeten Verfahren entschieden werden und es müssen dieselben Rechtsmittel zur Verfügung stehen wie im ursprünglichen Verfahren (E. 3.3). 2. Die Beschwerdelegitimation ist nur gegeben, wenn die Voraussetzungen von Art. 83 Abs. 3 BGBB erfüllt sind und der Beschwerdeführer gleichzeitig im Sinn von Art. 89 Abs. 1 BGG durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist sowie ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufheben hat (E. 3.5). *Landwirtschaftliche Rekurskommission AG 5-BB.2005.50005 (15.11.2007), AGVE 2007, Nr. 72, S. 286 ff.* (bhk)

Procédure civile et poursuites – Zivilprozessrecht und SchKG

Fehlendes Rechtsschutzinteresse des Verkäufers an einer vorläufigen Eintragung eines Verkäuferpfandrechtes im Grundbuch gemäss Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB. (*Défaut de légitimation du vendeur pour une inscription provisoire d'une hypothèque légale au registre foncier selon l'art. 961 al. 1 ch. 1 CC*)

(344) In diesem Fall hatten die Kläger vom Einzelrichter eine superprovisorische Verfügung des Inhalts erwirkt, dass das zuständige Grundbuchamt Schlieren angewiesen wurde, auf von den Klägern bezeichneten Grundstücken ein Verkäuferpfandrecht im Grundbuch vorläufig einzutragen. Das (superprovisorische) Eintragungsbegehren der Kläger stützte sich auf Art. 961 ZGB i.V.m. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB. Im Nachgang zur (mündlichen) Hauptverhandlung erliess der Einzelrichter im summarischen Verfahren eine Verfügung, in welcher er die Klage der Verkäufer auf Eintragung eines Verkäuferpfandrechtes mangels Rechtsschutzinteresse derselben abwies.

Erwägungen: 1. Der Kläger hat im summarischen Verfahren seinen Anspruch auf vorläufige Eintragung eines Grundpfandrechtes glaubhaft zu machen (Art. 961 Abs. 3 ZGB). Ungenügend für ein Glaubhaftmachen sind dabei blosse Parteibehauptungen, auch wenn diese plausibel erscheinen; vielmehr muss ein Beweisanfang vorliegen bzw. eine Beweisführung «mindestens den Grundzügen nach» gegeben sein. 2. Das Begehren um vorläufige Eintragung eines Verkäuferpfandrechtes stützt sich auf Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB gibt dabei dem Verkäufer eines Grundstücks den Anspruch auf definitive Eintragung eines mittelbaren gesetzlichen Grundpfandrechtes (sog. «Verkäuferpfandrecht»). 3. Die vorläufige Eintragung eines Grundpfandrechtes als

vorsorgliche Massnahme wird durch Art. 961 ZGB ermöglicht, um die dreimonatige Frist gemäss Art. 838 ZGB zu wahren bzw. um deren Verwirkung zu verhindern (unter Verweis auf die Monografie von SCHUMACHER über das Bauhandwerkerpfandrecht). 4. Verlangt der Kläger nur die vorläufige Eintragung (in casu: eines Verkäuferpfandrechtes), so darf das Gericht aufgrund der Dispositionsmaxime keine definitive Eintragung eines Pfandrechtes verfügen. Eine derartige «Änderung in ein ordentliches Verfahren» würde indes dem Kläger auch nicht helfen, da die relativ kurze Frist von drei Monaten gemäss Art. 838 ZGB bei einem in der Regel länger dauernden ordentlichen Verfahren (im Zeitpunkt des Urteils) verwirkt bzw. «vorbei» wäre. 5. Das Recht auf vorläufige Eintragung eines Verkäuferpfandrechtes muss sich auf eine gesetzliche Grundlage stützen können, wobei hierfür einzig Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB in Frage kommt. Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB schützt dabei denjenigen, welcher – entgegen einem bestehenden Grundbucheintrag – ein besseres dingliches Recht behauptet, wobei dieser Anspruch eine Gefährdung der fraglichen Rechtsposition (welche glaubhaft zu machen ist) voraussetzt. 6. Der Anspruch auf Eintragung eines Grundpfandrechtes ist demgegenüber realobligatorischer Natur. Da Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB die Vormerkung einer vorläufigen Eintragung indes nur zur Sicherung behaupteter dinglicher (nicht jedoch obligatorischer bzw. realobligatorischer) Rechte zulässt, fällt der Anspruch auf Eintragung eines Grundpfandrechtes grundsätzlich nicht unter Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist das Bauhandwerkerpfandrecht, welches (trotz seiner obligatorischen Natur) vorläufig im Grundbuch eingetragen werden kann, was Praxis und Lehre aus Art. 22 Abs. 4 GBV (wo ausdrücklich auf Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB verwiesen wird) ableiten. 7. In der Lehre strittig ist jedoch, ob die Ausnahme von Art. 22 Abs. 4 GBV auch für andere gesetzliche Grundpfandrechte wie etwa das Verkäuferpfandrecht gilt. Gemäss Art. 22a GBV gilt die Regelung von Art. 22 Abs. 4 GBV auch für die Pfandrechte nach Art. 779d, Art. 779i und Art. 779k sowie Art. 712i ZGB. In dieser Aufzählung ist jedoch das in Art. 837 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB geregelte Verkäuferpfandrecht nicht erfasst. 8. Zu prüfen ist daher, ob der Bundesrat mit der Aufzählung in Art. 22a GBV (welche das Verkäuferpfandrecht nicht enthält) eine abschliessende Regelung treffen wollte, für welche Pfandrechte ausnahmsweise eine vorläufige Eintragung offen steht, oder ob eine (echte) Lücke besteht. 9. Da sich aus den Materialien (BB1 1963 I 969 ff.) keine Absicht des Gesetzgebers erkennen lässt, ob es sich so oder anders verhalten soll, ist die Frage im Lichte der ratio legis von Art. 22 Abs. 4 GBV zu entscheiden. Auszugehen ist dabei vom Grundsatz, dass Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB (auf den Art. 22 Abs. 4 GBV verweist) bezweckt, Fristwahrung und Rang der Eintragung des Pfandrechtes sicherzustellen, da Art. 838 und Art. 839 Abs. 2 ZGB eine relativ kurze Eintragsfrist im Grundbuch von drei Monaten vorsehen. Diese Frist ist insbesondere dann kurz, wenn die definitive Eintragung eines Pfandrechtes die Zustimmung des Grundeigentümers bzw. einen materiell rechtskräftigen Gerichtsentscheid voraussetzt, wie dies beispielsweise beim Bauhandwerkerpfandrecht der Fall ist. 10. Für die Eintragung eines Verkäuferpfandrechtes ist die Zustimmung des Käufers und Grundeigentümers jedoch (anders als beim Bauhandwerkerpfandrecht) nicht erforderlich. Im Gegensatz zum Bauhandwerker (Art. 839 Abs. 3 ZGB) ist es dem Verkäufer (ohne Weiteres) möglich, das Pfandrecht unter Vorlage des öffentlich beurkundeten Kaufvertrages beim Grundbuchamt anzumelden. Entsprechend besteht keine Gefährdung seiner Rechtsposition, weshalb er auch kein spezielles Interesse (d.h. kein Rechtsschutzinteresse) an der Möglichkeit der vorläufigen Eintragung hat. *Entscheid des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirks Affoltern Prozessnummer ES070022 (10.3.2008).*

Anmerkungen: Vorbemerkung: Der Kommentator war als Rechtsvertreter einer Partei an diesem Verfahren beteiligt. **1.** Der Entscheid des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirkes Affoltern ist gut begründet und berücksichtigt sowohl Wortlaut, Entstehungsgeschichte als auch ratio legis von Art. 22 Abs. 4 GBV. Er ist – soweit ersichtlich – der erste Entscheid, der sich explizit mit der Frage der Zulässigkeit der Eintragung eines Verkäuferpfandrechtes im summarischen Verfahren befasst. **2.** Der Entscheid geht von der richtigen Prämisse aus, dass vorliegend eine Eintragung (des Verkäuferpfandrechtes) allein auf Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB hätte gestützt werden können (was dann indes vom Einzelrichter – zu Recht – abgelehnt wurde). Nicht als Rechtsgrundlage für eine Eintragung kommen demgegenüber Art. 959 ZGB und Art. 960 ZGB in Frage; Art. 959 ZGB enthält einen abschliessenden Katalog von (im Grundbuch vormerkbaren) persönlichen Rechten (ohne jedoch das Verkäuferpfandrecht zu erwähnen), währenddem Art. 960 ZGB von Verfügungsbeschränkungen handelt (wozu ein Verkäuferpfandrecht ebenfalls nicht gehört). **3.** Tatsächlich ist nicht ersichtlich, worin das (wohlverstandene) Interesse des Verkäufers an einer gerichtlichen (durch Anweisung an das Grundbuchamt erfolgenden) Eintragung eines Verkäuferpfandrechtes bestehen soll, nachdem es dem Verkäufer – unbestrittenermassen – offensteht, durch Vorlage des (beim Grundbuchamt als Beleg überdies bereits vorhandenen, vgl. Art. 948 Abs. 2 ZGB) öffentlich beurkundeten Kaufvertrages allein die Eintragung des Verkäuferpfandrechtes im Grundbuch (direkt beim Grundbuchamt) zu erwirken. **4.** Aufgrund des Gesagten ist ein genügendes Rechtsschutzinteresse an einer gerichtlichen Eintragung eines Verkäuferpfandrechtes allein in demjenigen (wohl sehr seltenen) Fall auszumachen, in dem sich das Grundbuchamt (zu Unrecht) weigert, ein Verkäuferpfandrecht im Grundbuch einzutragen, wobei diesfalls vorsorglich auch der entsprechende Entscheid des Grundbuchamtes anzufechten wäre. **5.** Die vorstehenden Ausführungen gelten mutatis mutandis auch für den Fall eines gerichtlichen Begehrens auf definitive Eintragung eines Verkäuferpfandrechtes: Auch für ein derartiges Rechtsbegehren fehlt es dem Verkäufer offenkundig an einem Rechtsschutzinteresse, da er die Eintragung des Verkäuferpfandrechtes selbst (innert Frist) direkt beim Grundbuchamt verlangen kann. Aus diesem Grund ist noch weniger (als dies bereits für eine vorläufige, gerichtlich angeordnete Eintragung der Fall ist) ersichtlich, warum darüber die Gerichte (in einem ordentlichen, regelmässigen mehrere Jahre dauernden) Verfahren entscheiden sollten. **6.** Der kommentierte Entscheid ist auch deshalb interessant, da die Mehrheit in der Lehre (an sich) die gegenteilige Auffassung (Zulässigkeit einer gerichtlich bewilligten vorläufigen Eintragung eines Verkäuferpfandrechtes im Grundbuch) vertritt (Überblick bei BERNHARD SCHNYDER, Vertragserfüllung und deren Sicherung in sachenrechtlicher Hinsicht, S. 173, in: Alfred Koller (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 2. Aufl., Bern 2001). Zu beachten ist indes, dass sich die bei SCHNYDER zitierte Literatur – mit Ausnahme der sorgfältig begründeten Dissertation von BETTINA DEILLON-SCHEGG (Grundbuchanmeldung und Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters im Eintragungsverfahren, Zürich 1997) – nicht vertieft mit der hier referierten Problematik auseinandergesetzt hat bzw. vielmehr en passant von der Zulässigkeit der vorläufigen Eintragung eines Verkäuferpfandrechtes im Grundbuch ausgegangen ist (so auch BGE 74 II 231). **7.** In prozessualer Hinsicht ist schliesslich festzuhalten, dass der Einzelrichter (welcher bei den Verkäufern zu Recht ein fehlendes Rechtsschutzinteresse konstatiert hat) richtigerweise auf die Klage gar nicht hätte eintreten dürfen (statt sie – wie vorliegend erfolgt – abzuweisen). Fehlt es nämlich an einer Prozessvoraussetzung (wie dies beim Fehlen eines genügenden Rechtsschutzinteresses der Fall ist), so darf kein Sachurteil ergehen und die Klage ist durch ein Prozessendurteil, d. h. einen Nichteintretensentscheid, zu erledigen (so explizit nun auch Art. 57 der geplanten Schweizerischen Zivilprozessordnung). (pre)

Zulässigkeit der Berichtigung der Parteibezeichnung, wenn anstelle der Stockwerkeigentümergeinschaft irrtümlich deren Verwalter als Kläger aufgetreten ist, wenn dies für die Gegenseite erkennbar war und wenn die Prozesshandlungen des Verwalters von der Stockwerkeigentümergeinschaft nachträglich genehmigt wurden (*Recevabilité d'une rectification de partie lorsque le représentant de la communauté des propriétaires par étages s'est comporté par erreur comme demandeur, que la partie adverse pouvait facilement s'en rendre compte et que la communauté des pro-*

priétaires d'étages a ratifié par la suite les actes de procédure de son représentant)

(345) 1. Die Frage nach der Zulässigkeit einer Berichtigung der Parteibezeichnung lässt sich in Fällen, in denen anstelle des Vertretenen der Stellvertreter als Partei bezeichnet wurde, nicht generell beantworten. **2.** Massgebend ist, ob im konkreten Einzelfall die Parteistellung des Vertretenen (hier: Stockwerkeigentümergeinschaft) aufgrund der Parteivorbringen und Akten offenkundig ist, indem die geänderte Parteibezeichnung in einer (namentlich auch für die Gegenpartei) erkennbaren Weise dem objektiven Sinn der Klage entspricht und mit dem wirklichen Willen der klagenden Partei übereinstimmt. **3.** Die Deutung der Parteivorbringen und Akten erfordert eine Beurteilung des objektiven Sinngehaltes der Klage unter Einbezug der ihr beigelegten Urkunden. **4.** Die irrtümliche Parteibezeichnung muss für die Gegenpartei erkennbar sein. **5.** Zusätzlich ist erforderlich, dass der Vertretene die bis zum entsprechenden Zeitpunkt vom Stellvertreter vorgenommenen Prozesshandlungen genehmigt, was z. B. durch eine förmliche Betrauung des Stellvertreters mit der Prozessführung geschehen kann. *KGr.SG Präsident der III. Zivilkammer, VZ.2006.54 (14.2.2007).*

Anmerkung: Der Entscheid ist überzeugend, da er die Grenzen des prozessualen Formalismus dort setzt, wo ihm berechnete Parteiinteressen (hier: des Vertretenen, der andernfalls noch einmal neu hätte klagen müssen) entgegenstehen. Das besondere Verdienst des Entscheides besteht zudem darin, dass er die zur Frage der unrichtigen Parteibezeichnung ergangene Literatur und Rechtsprechung konzis und treffend zusammenfasst. (pre)

§ 222 Ziff. 3 ZPO/ZH: Sterbewohnung. Einem Begehren betreffend vorsorgliche Massnahmen fehlt die Dringlichkeit, wenn die streitige Nutzung des Nachbargrundstücks bereits baurechtlich (wenn auch nur einstweilen) unterbunden worden ist (§ 222 ch. 3 CPC/ZH : maison mortuaire. Le caractère d'urgence fait défaut à une requête de mesures provisionnelles lorsque l'on a bloqué l'utilisation litigieuse du fonds voisin pourtant au bénéfice d'un permis de construire [même provisoire])

(346) 1. Vorprozessuale vorsorgliche Massnahmen sind nicht zu treffen, falls bis zu demjenigen Zeitpunkt keine Nachteile drohen, in dem bei rascher Prozesseinleitung allfällige vorsorgliche Massnahmen des in der Hauptsache anzuerkennenden Gerichts greifen könnten. Dies ergibt sich aus dem Erfordernis des drohenden, nicht leicht wiedergutmachenden Nachteils. **2.** Ist eine Gefährdung für die Wochen oder die wenigen Monate bis zur voraussichtlichen Rechtshängigkeit der Hauptsache nicht glaubhaft (gemacht), so droht kein Nachteil i.S.v. § 222 Ziff. 3 ZPO/ZH. **3.** Ein Massnahmeentscheid des Hauptsachengerichts ist vorprozessualen vorsorglichen Massnahmen vorzuziehen, wenn keine Nachteile für die Zeitspanne glaubhaft (gemacht) sind, in der das Sachgericht nicht eingreifen kann. *OGr. ZH NL070124 (8.11.2007); SJZ 104 2008 Nr. 12, S. 299 ff.* (pre)

Streitwert im Bauinhibitionsprozess; Rückzug des Baugesuchs und Rechtsfolgen; Parteientschädigung (*Valeur litigieuse dans un procès en empêchement de construire; retrait de la demande de permis et conséquences juridiques; indemnité de partie*)

(347) Die Beklagte publizierte ein Bauvorhaben betreffend Erstellung eines Wohn- und Geschäftshauses. Die Kläger erhoben privatrechtliche Baueinsprache (ein im Kanton Schwyz vorgese-

henes Rechtsinstitut), worauf die Beklagte ihr Baugesuch zurückzog. Der erstinstanzliche Richter verfügte daraufhin die Abschreibung des Verfahrens infolge Gegenstandslosigkeit und auferlegte die Gerichtskosten den Parteien je zur Hälfte, wobei die gegenseitigen Parteientschädigungen wettgeschlagen wurden.

Erwägungen: 1. Es ist fraglich, ob und in welchem Umfang bei Gegenstandslosigkeit auf den mutmasslichen Prozessausgang abzustellen ist. Zwar kann grundsätzlich den Prozessaussichten Rechnung getragen werden, doch darf nie allein auf den mutmasslichen Prozessausgang abgestellt werden. Das Kriterium des mutmasslichen Prozessausgangs kann (einzig) unter der Voraussetzung, dass die Aktenlage oder der Stand des Verfahrens eine verlässliche Prognose auch tatsächlich zulassen, Berücksichtigung finden. 2. Zusammenfassend gilt, dass bei Rückzug des Baugesuchs der Bauherr die Kosten des Bauinhibitionsprozesses trägt, sofern die Baueinsprache nicht offensichtlich aussichtslos war. 3. Ob an der von den Klägern zitierten Praxis, wonach der Streitwert in Bauuntersagungs- bzw. Bauinhibitionsprozessen mit den ungefähren Baukosten gleichzusetzen ist, festzuhalten ist, kann offenbleiben. *Beschluss des KGr. SZ RKI 2005 84 (20.11.2006); EGV-SZ 2006, S. 59 ff.*

Anmerkungen: 1. Im vorliegenden Fall betrug die ungefähren Baukosten CHF 2,6 Mio., weshalb die Kläger unter Berufung auf den kantonal-schwyzerischen Gebührentarif für Rechtsanwälte (welcher ein Grundhonorar von 1% bis 3,5% des Streitwertes vorsieht) eine Parteientschädigung von mindestens CHF 26000 verlangten. 2. Indem das Kantonsgericht Schwyz ausdrücklich offen liess, ob an der bestehenden Praxis (nämlich: Streitwert in Bauuntersagungsprozessen = ungefähre Baukosten) festzuhalten sei (obwohl für eine derartige Offenlassung dieser Frage keine zwingenden Gründe bestanden), hat es nach der hier vertretenen Auffassung zum Ausdruck gebracht, dass diese Praxis bei nächster Gelegenheit geändert werden könnte. 3. Dass für eine derartige Änderung auch materiell triftige Gründe bestehen, belegt gerade der besprochene Fall deutlich: Der klägerische Rechtsvertreter hatte eine Baueinsprache von lediglich fünf und eine Replik von acht Seiten eingereicht und zudem an einer Vergleichsverhandlung teilgenommen; weiterer Aufwand wurde nicht geltend gemacht. In Anwendung der Gebührenordnung, wonach der Tarif von 1% bis 3,5% des Streitwertes unterschritten werden kann, wenn zwischen dem Streitwert und dem Interesse der Partei am Verfahren oder zwischen dem nach der Gebührenordnung anwendbaren Honorarsatz und der vom Anwalt tatsächlich geleisteten Arbeit ein offenes Missverhältnis besteht, reduzierte das Kantonsgericht Schwyz die Parteientschädigung von CHF 26000 auf CHF 4500. 4. Diese Reduktion war sachlich richtig, da andernfalls bei sehr grossen Bauprojekten bzw. damit einhergehenden Baugesuchen, welche z.B. zwecks Vornahme von Projektänderungen zurückgezogen werden müssen, privaten Baueinsprechern unverhältnismässig hohe Parteientschädigungen ausgerichtet werden müssten (ohne dass diesen ein entsprechender Aufwand entstanden ist). 5. Es erscheint jedoch sinnvoller, das entsprechende Ziel durch eine Aufgabe der bisherigen Praxis (Streitwert in Bauuntersagungsprozessen = ungefähre Baukosten) zu bewerkstelligen, als jedes Mal eine Reduktion der Parteientschädigung unter Berufung auf eine Ausnahmeklausel in der Gebührenordnung zu begründen. (pre)

Art. 12 lit. c BGFA: Tätigkeit als Notar bei Grundstückkaufvertrag und anschliessend als Parteivertreter einer der Parteien des Grundstückkaufvertrages in einem Streit gegen die andere Partei; Interessenskollision (Art. 12 lit. c LLCA: fonction de notaire dans un contrat de vente immobilière et par la suite de représentant de l'une des parties au contrat dans le conflit qui l'oppose à l'autre partie; collision d'intérêts)

(348) 1. Auch wenn sich das BGFA nicht über eine Treuepflicht des Anwaltes gegenüber Klienten, die er zuerst als Notar betreut hat, ausspricht, so wurde mit der Mandatsübernahme für den ehemaligen Verkäufer doch eine Situation geschaffen, in welcher der

verzeigte Anwalt unter Umständen gegen die Interessen der Käufer Kenntnisse aus dem früheren Notariatsmandat zur Ausübung des neuen Anwaltsmandates hätte verwenden können. 2. Es besteht somit ein enger Zusammenhang zwischen der Tätigkeit als Notar und der nachfolgenden Anwaltstätigkeit, weshalb vorliegend zu prüfen ist, ob der verzeigte Anwalt durch sein Verhalten als Notar und später als Anwalt das Verbot der Interessenskollision verletzt hat. 3. Da die Streitigkeit, in welcher der verzeigte Anwalt den ehemaligen Verkäufer der Verzeiger vertreten hat, in keinem engen Zusammenhang mit dem damaligen Notariatsmandat (beurkundeter Grundstückkaufvertrag) steht (weil die Anwaltstätigkeit – nämlich die Vertretung in einem Verfahren betreffend eine Stützmauer vor Verwaltungsgericht – die im notariell beurkundeten Grundstückkaufvertrag abgehandelten Tatsachen und Rechtsfragen nicht tangiert), ergibt sich kein Sachzusammenhang zwischen dem Notariatsmandat und der Anwaltstätigkeit (d.h. der Mandatsübernahme für den Verkäufer hinsichtlich des öffentlich-rechtlichen Verfahrens betreffend die Stützmauer). *AGVE 2007, Nr. 10, S. 49 ff.*

Anmerkungen: 1. Im vorliegenden Fall wurde von einer Sanktion des Anwaltes abgesehen, da die Aargauische Aufsichtsbehörde über die Anwälte (Anwaltskommission) ausschloss, dass der verzeigte Anwalt seine als Notar hinsichtlich des beurkundeten Grundstückkaufvertrages erlangten Kenntnisse in der Streitigkeit betreffend die Stützmauer verwertet hätte. 2. Diese Würdigung mag zwar in rechtlicher Hinsicht (noch) zutreffend sein, wobei der Anwaltskommission bei der Entscheidungsfindung geholfen haben mag, dass die Verzeiger (d.h. die ehemaligen Käufer) nicht behauptet hatten, der verzeigte Anwalt habe als ihr Notar Erkenntnisse gewonnen, die er beim späteren Verfahren betreffend die Stützmauer gegen sie ausgewertet hätte. 3. Der Rat an vorsichtig agierende Anwälte muss dennoch in aller Deutlichkeit dahingehen, «die Finger von solchen Mandaten zu lassen», da kaum je bereits im Voraus mit Sicherheit gesagt werden kann, ob künftig die Gefahr der Verwertung von Kenntnissen aus dem früheren Mandat praktisch wird oder nicht. Wird sie aber praktisch, ist es meistens bereits zu spät. (pre)

Das im Rahmen eines Forderungsprozesses des Unternehmers (als Kläger) vom Grundeigentümer (als Beklagter) gestellte Begehren auf Löschung eines Bauhandwerkerpfandrechtes ist mit Widerklage geltend zu machen, wobei eine Widerklage eine eigene Rechtsschrift bedingt. (Dans le cadre d'une procédure ordinaire engagée par l'entrepreneur [demandeur], il faut considérer la demande du propriétaire [défendeur] en radiation de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneur comme une demande reconventionnelle; cette dernière implique effectivement une écriture judiciaire propre)

(349) 1. Der Antrag des beklagten Grundeigentümers auf Löschung des auf seinem Grundstück zugunsten des klagenden Unternehmers eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechtes ist materiell-rechtlich eine Grundbuchberichtigungsklage. 2. Der Antrag des beklagten Grundeigentümers stützt sich auf Art. 826 ZGB, wobei weder wörtlich noch faktisch die Abweisung der Klage oder die Einschränkung des klägerischen Rechtsbegehrens verlangt, sondern vielmehr ein eigener Rechtsanspruch behauptet wird. Dieser eigene Rechtsanspruch ist mit einer Widerklage geltend zu machen, welche eine eigene Rechtsschrift bedingt. 3. Der beklagte Grundeigentümer hat Anspruch darauf, dass die Pfandschuld des im Grundbuch eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechtes auf die dem Kläger zuzusprechende Klageforderung reduziert wird. *OGr. LU 11 05 80 (29.8.2006); LGVE 2007 I, Nr. 31, S. 70 ff.* (pre)

Art. 42 BGG: Unzulässigkeit einer bedingten Beschwerde. Die Erhebung einer Beschwerde unter der Bedingung, dass auch die

Gegenpartei Beschwerde einreicht, ist unzulässig (Art. 42: *irrecevabilité d'un recours conditionnel. Le dépôt d'un recours sous condition que la partie adverse recourt également est irrecevable*)

(350) 1. Die Erhebung einer Beschwerde in Zivilsachen unter der Bedingung, dass auch die Gegenpartei eine Beschwerde in Zivilsachen einreicht, ist unzulässig. **2.** Prozesshandlungen der Parteien sind im Allgemeinen bedingungsfeindlich. Eine Ausnahme besteht nur insoweit, als Tatsachen zu Bedingungen erhoben werden, deren Eintritt oder Nichteintritt sich im Verlauf des Verfahrens ohne Weiteres ergibt, sodass durch die Bedingung keine Unklarheit entsteht. So können z.B. Eventualbegehren gestellt werden für den Fall, dass ein Hauptbegehren nicht geschützt wird. **3.** Auch der Rückzug eines Rechtsmittels darf nicht von Bedingungen oder Vorbehalten abhängig gemacht werden. **4.** Ein Fall einer zulässigen Bedingung ist hingegen die bloss vorsorgliche Einreichung einer Beschwerde für den Fall, dass eine andere Instanz auf ein gleichzeitig eingereichtes Rechtsmittel oder einen zusätzlichen Rechtsbehelf (z.B. ein Wiedererwägungsgesuch) nicht eintritt. **5.** Die vor der letzten kantonalen Instanz siegreiche Partei kann im Fall, in dem die unterlegene Partei eine Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht ergreift, sämtliche Beschwerdegründe in ihrer Antwort auf die Beschwerde in Zivilsachen geltend machen, um allfällige Fehler des letztinstanzlichen kantonalen Entscheides zu rügen, welche ihr im Falle einer abweichenden Beurteilung der Sache durch das Bundesgericht nachteilig sein könnten. *BGr. (TF) BGE 134 III 332, 5A_207/2007/5A_224/2007/5A_225/2007 (20.3.2008).*

Anmerkungen: 1. Das Bundesgericht hat die Zulässigkeit einer bedingten Beschwerde deshalb verneint, da sie (i) in ihrer Wirkung – in umgekehrter zeitlicher Abfolge – einer Anschlussbeschwerde gleichkommt, welche jedoch vom Gesetzgeber bewusst nicht in das BGG aufgenommen worden ist und da (ii) die bedingte Beschwerde zudem als Druckmittel verwendet werden könnte, um die Gegenpartei von der Erhebung einer Beschwerde abzuhalten (was die Lauterkeit des Prozesses beeinträchtigen könnte). **2.** Der Entscheid ist im Übrigen deshalb von hohem Interesse, da er ein für die Praxis sehr wichtiges obiter dictum enthält: Wer im kantonalen Verfahren letztinstanzlich obsiegt hat, jedoch befürchtet, eine tatsächliche Feststellung des letztinstanzlich entscheidenden kantonalen Gerichts könnte ihm bei einer Beschwerde in Zivilsachen der unterliegenden Gegenpartei und abweichender Rechtsauffassung des Bundesgerichts zum Nachteil gereichen, hat – um entsprechenden (nachteiligen) Folgen vorzubeugen – nicht eigenständig Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht zu erheben (und darin rein vorsorglich – da bei Ausbleiben eines Rechtsmittels der unterliegenden Gegenpartei gar nicht nötig – ohnehin nur eingeschränkt mögliche Sachverhaltsrügen zu erheben). Derartige Sachverhaltsrügen kann die im kantonalen Verfahren obsiegende Partei vielmehr – dies ist aus der entsprechenden bundesgerichtlichen Erwägung («alle Beschwerdegründe») zu schliessen – auch noch in der Antwort auf die Beschwerde in Zivilsachen geltend machen. Der im kantonalen Verfahren obsiegenden Partei ist damit sehr gedient, da sie nicht (rein vorsorglich) innerhalb der Beschwerdefrist reagieren muss, sondern sich «an ihrem Sieg freuen» und abwarten darf, ob die im kantonalen Verfahren unterlegene Partei eine Beschwerde in Zivilsachen ergreift oder nicht. Erst dann (und nur dann) muss die im kantonalen Verfahren obsiegende Partei tätig werden (nämlich im Rahmen der Antwort auf die Beschwerde in Zivilsachen). **3.** Mit dem Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung (und der damit einhergehenden Abschaffung der kantonalen Kassationsgerichte) wird dies zusätzlich von Bedeutung werden. (pre)

Passivlegitimation bei Ausübung eines Vorkaufsrechtes. (*Légitimation passive dans l'exercice d'un droit de préemption*)

(351) 1. In tatsächlicher Hinsicht steht fest, dass nach der Ausübung des Vorkaufsrechts, aber vor Einleitung der Klage aus dem

Vorkaufsrecht der Drittkäufer als Eigentümer der vorkaufsbelasteten Liegenschaft im Grundbuch eingetragen wurde. **2.** Wird das Grundstück, das mit einem vorgemerkten Vorkaufsrecht belastet ist, vor Abgabe oder in Missachtung der Ausübungserklärung auf den Drittkäufer übertragen, hat der Vorkaufsberechtigte gegen den im Grundbuch eingetragenen Drittkäufer auf Vollzug des Vorkaufsvertrags und auf Berichtigung des Grundbuchs zu klagen. Der Drittkäufer kann alle Einrede erheben, die auch dem Vorkaufsverpflichteten aufgrund des Vorkaufsvertrags persönlich gegen den Vorkaufsberechtigten zustehen. **3.** Diese Rechtsprechung (vgl. E. 2) bezieht sich auf unlimitierte Vorkaufsrechte. Dies deshalb, da nicht ersichtlich ist, welches berechtigte Interesse besser geschützt wäre, wenn die Hauptklage gegen den Vorkaufsverpflichteten statt gegen den Drittkäufer gerichtet würde. Der Vorkaufsverpflichtete kann nur dann daran interessiert sein, den Kaufvertrag (mit dem Drittkäufer) zu verteidigen, wenn er mit dem Drittkäufer einen höheren Preis abgemacht hat als mit dem Vorkaufsberechtigten. Wenn jedoch der Vorkaufspreis nicht zum Voraus bestimmt worden ist, kann der Vorkaufsverpflichtete kein grosses Interesse daran haben, den Kaufvertrag zu verteidigen, da er auf jeden Fall von einem der beiden Erwerber den im Kaufvertrag festgesetzten Preis erhält. Dies ist die Interessenlage beim unlimitierten Vorkaufsrecht. **4.** Anders verhält es sich im Fall eines limitierten Vorkaufsrechtes: Diesfalls hat der Vorkaufsverpflichtete ein selbständiges Interesse auf Einbezug in den Prozess. Für ihn ist entscheidend, ob er gemäss den Bedingungen, die er mit dem Drittkäufer vereinbart hat, verkaufen kann oder ob er zu den Bedingungen gemäss dem Vertrag über das limitierte Vorkaufsrecht (Vorkaufsvertrag) verkaufen muss. Im Falle eines vorgemerkten limitierten Vorkaufsrechtes ist es daher bundesrechtlich nicht zu beanstanden, wenn die Passivlegitimation neben dem im Grundbuch bereits eingetragenen Drittkäufer auch dem Vorkaufsverpflichteten zuerkannt wird. *BGr. 5A_54/2008 (30.4.2008).* (pre)

Gerichtsstand bei Mietstreitigkeiten über unbewegliche Sachen im internationalen Verhältnis (Art. 16 Ziff. 1 lit. a LugÜ; Art. 112 IPRG; Art. 23 GestG). **Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach den allgemeinen Vertragsgerichtsständen der Art. 112 f. IPRG; Art. 23 GestG findet keine analoge Anwendung.** (*For dans les litiges internationaux en matière de baux d'immeubles [art. 16 ch. 1 lit. a CLug; art. 112 LDIP, art. 23 LFors]. La compétence à raison du lieu se détermine selon les fors généraux prévus pour les contrats à l'art. 112 LDIP; l'art. 23 LFors ne propose aucune application analogue.*)

(352) Sachverhalt: In diesem zur Publikation vorgesehenen Bundesgerichtsentscheid ging es um die hotelmässige Inanspruchnahme von Apartwohnungen durch eine juristische Person mit Sitz in der Schweiz («Mieter»). «Vermieter» dieser Wohnungen waren 36 Personen (teilweise mit Wohnsitz/Sitz in der Schweiz, teilweise mit Wohnsitz/Sitz im eurointernationalen Ausland). Strittig war im vorliegenden Fall die Frage der örtlichen Zuständigkeit, wobei am Ort der gelegenen Sache geklagt wurde. Die Frage war offenbar nicht leicht zu entscheiden: Die drei mit der Sache befassten Instanzen (Bezirksgericht Surselva, Kantonsgericht Graubünden und Bundesgericht) kamen nämlich zu jeweils verschiedenen Ergebnissen. Währenddem das Bezirksgericht Surselva auf die Klage (hinsichtlich sämtlicher Kläger) überhaupt nicht eintrat, trat das Kantonsgericht Graubünden auf die Klage vollumfänglich (d.h. hinsichtlich sämtlicher Kläger) ein. Das Bundesgericht wählte eine Mittellösung (Eintreten bezüglich der Klagen der Kläger mit Wohnsitz/Sitz in der Schweiz; Nichteintreten bezüglich der Klagen der Kläger mit Wohnsitz/Sitz im eurointernationalen Ausland).

Erwägungen: 1. Bei der Beurteilung der Zuständigkeit ist primär auf den vom Kläger eingeklagten Anspruch und dessen Begründung abzustellen. Die diesbezüglichen Einwände des Beklagten sind in diesem Stadium nicht zu prüfen, wenn die behaupteten Tatsachen sowohl für die Zulässigkeit der Klage als auch für deren Begründetheit von Bedeutung, d.h. doppelrelevant sind. In diesem Fall werden sie nur einmal untersucht, und zwar im Moment der Prüfung des eingeklagten Anspruchs. 2. Soweit die Kläger (Vermieter) mit Bezug auf die Voraussetzungen von Art. 23 GestG (Gerichtsstand für Miete und Pacht unbeweglicher Sachen) Behauptungen aufgestellt haben, handelt es sich um doppelrelevante Tatsachen, weshalb die Einwände der Beklagten dagegen bei der Beurteilung der Zuständigkeit nicht zu prüfen sind. Es kommt folglich nicht darauf an, ob die geltend gemachten Ansprüche aus Mietvertrag bloss vermeintlich oder tatsächlich gegeben sind. 3. Sobald eine der Parteien ihren Sitz oder Wohnsitz im Ausland hat, liegt immer ein internationales Verhältnis vor (weshalb insoweit das LugÜ und das IPRG anzuwenden sind). 4. Soweit die Kläger in der Schweiz wohnen bzw. ihren Sitz in der Schweiz haben, richtet sich die Zuständigkeit (infolge des ebenfalls in der Schweiz liegenden Sitzes der Beklagten) nach dem Gerichtsstandsgesetz. Die Klage auf Zahlung von Mietzins ist daher nach Art. 23 GestG am Ort der gelegenen Sache anzuheben, womit das angerufene Gericht zuständig ist. 5. Soweit hingegen die Kläger ihren Wohnsitz bzw. Sitz im (eurointernationalen) Ausland haben, bestimmt sich die Frage der gerichtlichen Zuständigkeit nach dem LugÜ. Die Klage auf Zahlung des Mietzinses ist nach Art. 16 Abs. 1 lit. a LugÜ vor den Gerichten des Vertragsstaates, in dem die unbewegliche Sache belegen ist (vorliegend: in der Schweiz) anzuheben, wobei diese Zuständigkeit zwingend ist. Da indes Art. 16 LugÜ lediglich die internationale Zuständigkeit (d.h. den zuständigen Staat bzw. das zuständige Land) regelt, richtet sich die örtliche Zuständigkeit (d.h. der entsprechende Ort im jeweiligen Staat/Land) nach dem IPRG. Das IPRG kennt keinen speziellen Gerichtsstand für Mietstreitigkeiten, weshalb nach Art. 112 Abs. 1 IPRG die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz des Beklagten (d.h. eben nicht die Gerichte am Ort der gelegenen Sache) zuständig sind, was insoweit zu einem Nichteintretensentscheid führt. 6. Es ist unbefriedigend, dass das IPRG bei internationalen Sachverhalten – anders als das Gerichtsstandsgesetz bei Inlandsachverhalten – für Klagen aus Miete von Immobilien keinen Gerichtsstand am Ort der gelegenen Sache vorsieht. Die Einführung eines Gerichtsstands am Ort der gelegenen Sache für Klagen aus Miete von Immobilien bei internationalen Sachverhalten kann indes nur durch den Gesetzgeber vorgenommen werden. *BGr. (TF) BGE 134 III 475, 4A_133/2008 (16.5.2008).*

Anmerkung: Dem Entscheid des Bundesgerichts ist vollumfänglich zuzustimmen, vor allem auch, was die vorbildliche zivilprozessuale Methodik anbelangt. Es ist (vornehme) Aufgabe des Bundesgerichts, auf unbefriedigende (und damit vom Gesetzgeber zu korrigierende) Gesetzeslagen hinzuweisen. Indem das Bundesgericht den im IPRG fehlenden Gerichtsstand am Ort der gelegenen Sache für Immobilienmieten (obwohl dringend zu wünschen) nicht «herbeikonstruiert» hat, ist das Bundesgericht dem in jedem Rechtsstaat fundamentalen Grundsatz des Verbotes einer Auslegung *contra legem* treu geblieben. Dies ist von grosser Wichtigkeit. (pre)

(353) Ist ein natürlich gewachsener Baum für sich allein ein Werk im Sinne des Art. 58 OR? Wird er zum Bestandteil eines Werkes, wenn er in einen öffentlichen Grillplatz integriert wird? Und wann ist bei einem öffentlichen Grillplatz von mangelhaftem Unterhalt auszugehen? 1. Diese Fragen hatte das Kantonsgericht Basel-Landschaft in folgendem Fall zu klären: Die Klägerin sass bei sonnigem und windstillem Wetter an einer fest installierten Tischgarnitur, die zur Einrichtung eines gemeindeeigenen Grillplatzes gehörte. Von einer Buche, neben der die Garnitur platziert worden war, löste sich in 10m Höhe ein Ast von etwa 30cm Durchmesser und 5m Länge. Der Ast schlug der Länge nach auf dem Tisch auf und verletzte die Klägerin. 2. Problemlos beantworten liess sich die erste Frage: «Als natürliches Erzeugnis ist ein Baum nicht als Werk zu betrachten, so dass der Eigentümer eines Waldes ebenso wenig aufgrund von Art. 58 OR haftet wie der Eigentümer eines einzelnen Baumes. Wird indessen ein Baum von Menschenhand versetzt, um in ein Werk integriert zu werden, oder beschränkt sich der menschliche Eingriff auch nur auf das Zurückschneiden der Äste, so ist die Werkeigenschaft eines Baumes zu bejahen». Vgl. dazu etwa OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich 1987, § 19, N 44 und 46. 3. Schwieriger war die Frage nach dem Unterhaltsmangel: Das Kantonsgericht ging davon aus, dass die Klägerin, die sich auf einen solchen Mangel berief, die Beweislast dafür trug, dass «die Beklagte den Mangel hätte erkennen können.» Der Beweis schlug fehl. Doch hielt das Kantonsgericht fest, dass selbst bei Erkennbarkeit des Mangels noch zu prüfen gewesen wäre, ob der beklagten Gemeinde «die dafür erforderlichen Massnahmen – wie der Einsatz einer Hebebühne oder Drehleiter – zumutbar gewesen wäre». Bei dieser Prüfung orientierte sich das Gericht an den Grundsätzen, die das Bundesgericht im Zusammenhang mit dem Unterhalt öffentlicher Strassen entwickelt hatte. Dazu gehört, dass das «vom Strasseneigentümer zu vertretende Sorgfaltsmass herabgesetzt» ist (BGE 130 III 743) und in jedem einzelnen Fall geprüft werden muss, «ob der Strasseneigentümer nach den zeitlichen, technischen und finanziellen Gegebenheiten in der Lage war, seine Aufgabe zu erfüllen» (BGE 130 III 743, unter Verweis auf 129 III 67 E. 1.1.). Das Kantonsgericht verneinte auch die Zumutbarkeit und wies die Schädigung schlussendlich dem «allgemeinen Lebensrisiko» der Klägerin zu. *KGr. BL 100 07 538 (4.3.2008).*

Anmerkung: 1. Steht ein Baum bei einem Grillplatz, stellt sich allerdings nicht die Frage nach der Werkeigenschaft des Baumes. Vielmehr ist hier der Grillplatz, zu dem auch der Baum gehört, insgesamt das Werk im Sinne des Art. 58 OR. 2. Kommt es für den Unterhaltsmangel auf die Erkennbarkeit an? Das Kantonsgericht stellte darauf ab. BREHM, auf den sich das Kantonsgericht bezieht, schreibt, der Unterhalt sei «erst dann mangelhaft, wenn es dem Eigentümer zumutbar gewesen wäre, den Mangel festzustellen und ihn zu beheben» (Berner Kommentar, N 59 zu Art. 58 OR). Der Massstab ist objektiv, weshalb es nicht auf die subjektiven Verhältnisse des Eigentümers ankommt. Zu präzisieren ist lediglich, dass bei fehlender Erkennbarkeit der Unterhaltsmangel überhaupt zu verneinen ist. 3. Was ist mit dem «allgemeinen Lebensrisiko» gemeint? Hier nicht viel mehr als der Umstand, dass die Voraussetzungen einer Haftung des Gemeinwesens nicht gegeben waren: *casum sentit dominus*. Dazu braucht man das Argument eines «allgemeinen Lebensrisikos», dem (nach deutscher Lehre) die Funktion zukommt, die Adäquanz eines Kausalzusammenhangs zu relativieren (vgl. LANGE/SCHIEHMANN, Schadensersatz, 3. Aufl., Tübingen 2003, S. 145 ff.), nicht zu bemühen. (hs)

Responsabilité civile – Haftpflichtrecht

Werkeigentümerhaftung – OR 58 – Begriff des Werkes – Mangelhafter Unterhalt – Grillplatz mit Baumbestand (*Responsabilité pour les bâtiments et autres ouvrages – CO 58 – notion d'ouvrage – défaut d'entretien – place de grillade avec arbre*)

Werkeigentümerhaftung – OR 58 – Fehlerhafte Anlage – Anforderungen an die Sicherheit eines Treppenhauses in einem Kindergarten (*Responsabilité pour les bâtiments et autres ouvrages – CO 58 – vices de construction – exigences de sécurité d'un escalier dans un jardin d'enfants*)