

# ius.focus

## Zivilprozessrecht

### Kostenverlegung bei Abschreibung des Verfahrens wegen Gegenstandslosigkeit

Art. 839 Abs. 3 ZGB

**Die Kostenverlegung bei Abschreibung des Verfahrens zufolge Gegenstandslosigkeit erfolgt nach Ermessen. Dabei prüft das Gericht, welche Partei das Verfahren veranlasst, welche die Gegenstandslosigkeit bewirkt und welche allenfalls unnötige Kosten verursacht hat. Schliesslich ist der mutmassliche Prozessausgang zu beachten.** [252]

**KGer SG RZ. 2008.36, Einzelrichter für Rekurse im Personen-, Erb- und Sachenrecht, Entscheid vom 14. November 2008**

Gestützt auf Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB hatte die Subunternehmerin als Gesuchstellerin um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem Grundstück der Gesuchgegnerin ersucht und zunächst superprovisorisch bewilligt erhalten. Im Verlauf des weiteren Verfahrens hatte die Gesuchgegnerin mittels Bankgarantie anderweitig hinreichend Sicherheit für die Forderung der Gesuchstellerin geleistet, was zur Abschreibung des Verfahrens um vorläufige Eintragung aufgrund Gegenstandslosigkeit geführt hatte. Die Verfahrenskosten waren in der Folge vollumfänglich der Gesuchgegnerin auferlegt worden.

Die Gesuchgegnerin rekurierte gegen den Kostenentscheid. Im Wesentlichen machte sie geltend, vor Anhebung des Verfahrens keine Möglichkeit gehabt zu haben, anderweitig hinreichend Sicherheit zu leisten, zumal sie von der Forderung der Gesuchstellerin erst nach Erlass des superprovisorischen Bauhandwerkerpfandrechts Kenntnis erhalten habe. In der Folge habe sie umgehend eine Bankgarantie angeboten; die Gesuchstellerin habe diese jedoch erst kurz vor der Verhandlung akzeptiert. Damit habe die Gesuchstellerin und nicht sie unnötig Kosten verursacht.

Das Kantonsgericht St. Gallen wies den Rekurs ab. Die offene Forderung der Gesuchstellerin sei ursächlich für die Einleitung des Verfahrens gewesen. Im Übrigen hätten sämtliche Voraussetzungen für die vorläufige Eintragung

des Bauhandwerkerpfandrechts vorgelegen. Zwar bestehe dann kein Anspruch auf Eintragung mehr, wenn für die angemeldete Forderung hinreichend Sicherheit geleistet werde; mit der Sicherheitsleistung erhalte der Unternehmer aber ein Haftungssubstrat für den Fall des Ausbleibens der Bezahlung und erreiche damit dasselbe wie mit dem Bau pfand. In einem solchen Fall könne die Gesuchstellerin nicht als Verliererin mit Kostenfolgen betrachtet werden.

Ausserdem habe die Leistung der Bankgarantie letztlich zur Beendigung des Verfahrens um vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts geführt. Im Hinblick auf die drohende Versäumnis der Verwirkungsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB habe von der Gesuchstellerin kein Zuwarten mit rechtlichen Schritten erwartet werden können. In der Praxis verbleibe der Subunternehmerin bei Ausbleiben der Zahlung der Generalunternehmerin oft lediglich die Möglichkeit, kurz vor Ablauf der Frist ein entsprechendes Gesuch um vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts zu stellen. Mangels Vertragsbeziehung zur Gesuchgegnerin sei die Gesuchstellerin im konkreten Fall nicht verpflichtet gewesen, dieser vorgängig Gelegenheit zur Leistung von Sicherheit zu geben. Sie habe damit keine unnötigen Kosten verursacht. Schliesslich verhalte es sich bei der Verlegung der Prozesskosten in einem solchen Fall gleich, wie wenn die Gesuchgegnerin den Anspruch der Gesuchstellerin auf Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch anerkannt hätte. Die Kosten seien daher zu Recht der Gesuchgegnerin auferlegt worden.

#### Kommentar

Auch gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO CH kann das Gericht von den gewöhnlichen Verteilungsgrundsätzen – nach Ob- siegen bzw. Unterliegen – abweichen und die Kosten nach Ermessen verteilen, wenn das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben wird. Es wird bei Ausübung seines Ermessens berücksichtigen, welche Partei Anlass zur Klage gegeben hat, welches der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre, und bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, welche dazu geführt haben, dass das Verfahren gegenstandslos wurde (Botschaft ZPO CH, BBI 2006 7297).

Um das Risiko der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für die durch einen Generalunternehmer unbezahlte Forderung eines Subunternehmers und die damit einhergehenden Kosten zu minimieren, sollte der Besteller als Grundeigentümer mit dem Subunternehmer direkte Vertragsbeziehungen eingehen oder den Generalunternehmer erst dann bezahlen, wenn dieser mittels Belegen nachgewiesen hat, dass er seinerseits sämtliche Subunternehmer befriedigt hat.