[AZA 0/2]
5P.242/2000/bnm

II. Z I V I L A B T E I L U N G **********

15. August 2000

Es wirken mit: Bundesrichter Reeb, Präsident der II. Zivilabteilung,
Bundesrichter Weyermann, Bundesrichter Merkli und
Gerichtsschreiber Schneeberger.

_____

In Sachen
Z._____ AG, Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Hans Beeli, Buchenstrasse 5, Postfach, 6210 Sursee,

gegen
Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF), boulevard de Pérolles 25, 1700 Freiburg, vertreten durch Rechtsanwalt Jean-Yves Hauser, avenue de Tivoli 3, 1701 Freiburg, Präsident des Zivilgerichts des Saanebezirks,

betreffend
provisorische Eintragung
eines Bauhandwerkerpfandrechts,
wird festgestellt und in Erwägung gezogen:

1.- Nach einer superprovisorischen Eintragung (Verfügung vom 23. Dezember 1999) ersuchte die Z._____ AG das Zivilgericht des Saanebezirks, auf der Verwaltungsliegenschaft GB-Nr. x der Entreprises Electriques Fribourgeoises provisorisch ein Bauhandwerkerpfandrecht im Betrag von Fr. 33'683. 40 samt Zins von 7 % auf Fr. 8'115. 40 seit dem 27. Oktober 1999 und auf Fr. 25'568.– seit dem 29. Oktober 1999 einzutragen.
Nach der Durchführung eines Schriftenwechsels in französischer Sprache und einer Verhandlung am 18. Mai 2000 verfügte der Präsident des Zivilgerichts des Saanebezirks am 31. Mai 2000 in französischer Sprache die Abweisung des Eintragungsgesuches (Art. 961 ZGB) und wies den Grundbuchführer an, die provisorische Eintragung zu löschen.

Die Z._____ AG beantragt mit staatsrechtlicher Beschwerde, den Entscheid des Gerichtspräsidenten vom 31. Mai 2000 aufzuheben. Vernehmlassungen in der Sache sind nicht eingeholt worden.

Dem Gesuch der Beschwerdeführerin, der staatsrechtlichen Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung zu gewähren, hat der Präsident der II. Zivilabteilung mit Verfügungen vom 30. Juni 2000 entsprochen. Nachdem die gleichzeitig zur Stellungnahme eingeladenen anderen Verfahrensbeteiligten auf Äusserungen verzichtet hatten, hat der Präsident der II. Zivilabteilung mit Verfügung vom 18. Juli 2000 die aufschiebende Wirkung gewährt.

2.- Die Beschwerdeführerin kann ihre Eingabe dem Bundesgericht in deutscher Sprache einreichen (Art. 30 Abs. 1 OG i.V.m. Art. 4 BV; vgl. zu den Amtssprachen Art. 70 BV). Dass das Urteil des Bundesgerichts nach Art. 37 Abs. 3 Satz 1 OG regelmässig in der Sprache des angefochtenen Entscheids zu ergehen hat, erlaubt Ausnahmen, wobei auf die Sprache der Parteivertreter nichts ankommt (Poudret, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Bd. I, Bern 1990, N 4.1 zu Art. 37 OG S. 321 Abs. 2). Von der geschilderten Regel weicht Art. 37 Abs. 3 Satz 2 OG insofern ab, als das bundesgerichtliche Urteil auch in der Sprache der Parteien ausgefertigt werden darf. Im vorliegenden Fall kann das Urteil in deutscher Sprache ergehen:

Da die Beschwerdeführerin in der deutschen Schweiz domiziliert ist und sich der deutschen Sprache bedient,

steht deren Verwendung aus dieser Sicht nichts entgegen. Die Beschwerdegegnerin, die als öffentlichrechtliche Anstalt (Art. 1 des Gesetzes vom 18. September 1998 über die Freiburgischen Elektrizitätswerke; FEWG, Nr. 772. 1.1 der systematischen Gesetzessammlung des Kantons Freiburg [SGF]) in einem zweisprachigen Kanton (Art. 21 Abs. 1 StV/FR; SR 131. 219) offenbar ein Monopol (Art. 2 Abs. 2 und Art. 4 FEWG) besitzt, muss der deutschen Sprache mächtig sein, weil sie gegenüber deutschsprachigen Benutzern in ihrer Sprache auftreten muss (Art. 36 Abs. 3 des Gesetzes vom 23. Mai 1991 über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Freiburg; VRG, SGF 150. 1; vgl. zur Prozesssprache im Verwaltungsverfahren das unveröffentlichte Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts i.S. A. vom 22. Januar 1997, E. 4b). Auch der Gerichtspräsident muss über die erforderlichen Sprachkenntnisse verfügen, obwohl er in einem überwiegend französisch sprechenden Bezirk amtet (BGE 121 I 196 E. 3b S. 202; A. Papaux, La langue judiciaire en procédure civile fribourgeoise, RFJ/FZR 1999 S. 11), wo der Prozess regelmässig französisch
geführt wird (Art. 10 ZPO/FR, SGF 270. 1; BGE 121 I 196 E. 3b S. 202; Papaux, a.a.O. S. 9 f.; vgl. zur Sprachenfreiheit und zum Territorialitätsprinzip im Kanton Freiburg BGE 121 I 196 E. 2c). Denn im Saanebezirk gilt die Besonderheit, dass ein Zivilprozess zwischen deutsch sprechenden Parteien in ihrer Sprache geführt wird (Papaux, a.a.O. S. 18 bis 20; vgl. zur Sprachregelung im Strafverfahren BGE 121 I 196 E. 5a und c S. 204 und 206). Damit wird einerseits offenbar dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit, der im Bereich der Sprachenfreiheit und des Territorialitätsprinzips gilt, Rechnung getragen. Andererseits wird die sprachliche Minderheit geschützt (BGE 122 I 236 E. 2b und e S. 238 und 240; 121 I 196 E. 2a S. 198 f.).

Ob dem Gerichtspräsidenten, welcher den angefochtenen Entscheid gefällt hat, im vorliegenden staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren überhaupt Parteistellung eingeräumt werden kann, braucht bei diesem Ergebnis nicht weiter geprüft zu werden (W. Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde,
2. Aufl. 1994 S. 220 ff.; Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Rz 143 S. 201 f.).
Wäre er nicht Partei, käme nach Art. 37 Abs. 3 Satz 2 OG auf seine Sprachkenntnisse ohnehin nichts an.

3.- Nur ein kantonal letztinstanzliches Urteil, mit dem die Klage auf definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts beurteilt worden ist, stellt einen Endentscheid im Sinne von Art. 48 Abs. 1 OG dar (BGE 102 Ia 81 E. 1; 101 II 63 E. 1 S. 66 mit Hinweis). Infolgedessen kann ein kantonal letztinstanzlicher Endentscheid über die Abweisung des Gesuchs um provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Art. 86 Abs. 1 und Art. 87 OG) - wie hier (Art. 56 des Gesetzes vom 28. Februar 1986 über das Grundbuch; SGF 214. 5.1) - nur mit staatsrechtlicher Beschwerde angefochten werden (Art. 84 Abs. 2 OG; nicht publizierte E. 1 von BGE 119 II 426; 102 Ia 81 E. 1; 96 II 424 E. 2 S. 428; 71 II 248 E. 1 S. 250 f.).
4.- Der Gerichtspräsident hat die Löschung des provisorischen Grundbucheintrages damit begründet, bei der Beschwerdegegnerin handle es sich um eine öffentlichrechtliche Anstalt mit Rechtspersönlichkeit, deren Eigentum zum Verwaltungsvermögen des Kantons Freiburg gehöre, das nur in Ausnahmefällen mit einem Bauhandwerkerpfandrecht belastet werden dürfe. Sofern eine zum Verwaltungsvermögen gehörende Anstalt Leistungen anbiete, wie sie von Privaten gleichermassen erbracht werden, sei auf deren Liegenschaften ein Bauhandwerkerpfandrecht einzutragen (BGE 120 II 321 E. 2d S. 325 f. und E. 2i S. 329 f.). Obwohl sich der Strommarkt wegen Gesetzgebungsvorhaben des Bundes (BBl. 1999 S. 7370 ff.) in einem Umbruch befinde, bestehe zur Zeit noch kein freier Markt. Die Beschwerdegegnerin sei nach Art. 1 bis 4 FEWG verpflichtet, auf dem gesamten Kantonsgebiet für die Produktion, den Handel und die Verteilung elektrischer Energie besorgt zu sein; sie übe somit eine öffentliche Aufgabe aus, die zur Zeit von keinem Privatunternehmen angeboten werden könne. Weil das Verwaltungsgebäude der Beschwerdegegnerin, auf dessen Grundbuchblatt die Beschwerdeführerin die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts anstrebe, zu 90 % für Verwaltungsbelange im
öffentlichen Interesse benutzt werde, könne dem provisorischen Eintragungsgesuch nicht entsprochen werden.

a) Soweit die Beschwerdeführerin damit argumentiert, die bevorstehende Umwandlung der Beschwerdegegnerin in eine Aktiengesellschaft und die Liberalisierung des Strommarktes würden staatliche Reglementierungen und Quasi-Monopole hinfällig werden lassen, wie ein Blick über die Landesgrenzen hinaus zeige, mag sie Recht haben. Sie verkennt jedoch, dass über die Zulässigkeit der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nach der geltenden Rechtslage zu befinden ist.
Weshalb der Gerichtspräsident, der so vorgegangen ist, in Willkür verfallen ist, wird von der Beschwerdeführe-

rin nicht rechtsgenüglich begründet (Art. 90 Abs. 1 lit. b OG; BGE 123 III 261 E. 4a und b S. 270; 121 I 225 E. 4c S. 230; 118 Ia 20 E. 5c S. 27 unten).

b) Die Beschwerdeführerin wendet gegen den angefochtenen Entscheid weiter ein, Liegenschaften der Beschwerdegegnerin seien zum Finanzvermögen zu zählen, weil diese nur mittelbar einen öffentlichen Zweck verfolge. Ob sie insoweit der Vorschrift von Art. 90 Abs. 1 lit. b OG genügt, weil sie sich mit der Erwägung des Gerichtspräsidenten nicht auseinandersetzt, wonach für die Erfüllung eines öffentlichen Zweckes bereit gestellte Betriebsmittel öffentlichrechtlicher Anstalten zum Verwaltungsvermögen gehören (dazu statt vieler H. Beeli, Das öffentlichrechtliche und gemischtwirtschaftliche Unternehmen am Beispiel der Luzerner und Zuger Kantonalbank, Diss. Freiburg 1988, S. 53 ff., 61 ff., 91 f. und 160 f.), kann offen bleiben. Denn die Beschwerdeschrift genügt in diesem Punkt aus einem anderen Grund dem Begründungserfordernis offensichtlich nicht:

Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts unterscheidet sich das Finanzvermögen vom Verwaltungsvermögen dadurch, dass es ausschliesslich mit seinem Kapitalwert und seinen Erträgen dem Staat dient. Sobald staatliches Vermögen dauerhaft zur Erfüllung einer staatlich angeordneten, öffentlichen Aufgabe bereit gestellt worden ist und zu deren Erfüllung gebraucht wird, muss es zum Verwaltungsvermögen gezählt werden (BGE 123 I 78 E. 3a S. 81; 120 II 321 E. 2b S. 323 f.; 119 II 411 E. 3b S. 414; 118 Ib 54 E. 2d S. 57 f.; 107 II 44 E. 1b S. 47; 103 II 227 E. 3 S. 233 f.).

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Beschwerdegegnerin habe im Jahre 1999 einen Nettogewinn von 55,9 Mio.
Fr. erzielt, davon 7,5 Mio. Fr. in die Staatskasse abliefern müssen und einen cash-flow von 19 % erwirtschaftet. Zwar belegt sie damit, dass die Beschwerdegegnerin im vergangenen Jahr einträglich geschäftet hat. Jedoch begründet sie mit keinem Wort, weshalb die Beschwerdegegnerin zur Zeit entgegen dem gesetzlichen Auftrag keine öffentliche Aufgabe erfüllt und die Erwirtschaftung eines Gewinnes somit nicht Nebenzweck ist (vgl. Beeli, a.a.O. S. 173); sie verweist vielmehr selber darauf, dass die Beschwerdegegnerin ein Monopol hat und hätte somit begründen müssen, inwiefern die staatlich reglementierte Stromversorgung im Kanton Freiburg zur Zeit noch gewährleistet werden könnte, falls das Verwaltungsgebäude der Beschwerdegegnerin gepfändet und verwertet würde. Denn das Bundesgericht hat wiederholt festgestellt, Privatrecht dürfe nicht zur Vereitelung öffentlicher Aufgaben herangezogen werden (BGE 124 III 337 E. 6b/aa S. 340; 120 II 321 E. 2b S. 323 f.; 119 II 411 E. 3b S. 414; 103 II 227 E. 3 und 4 S. 234 ff.).

c) Die Beschwerdeführerin rügt weiter, ihr die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts zu verweigern sei deshalb absolut stossend, weil sie die Deckenplatten, für die sie nicht entschädigt worden sei, gerade für den Verkaufsladen, der offensichtlich kommerziellen Zwecken diene und private Anbieter konkurrenziere, geliefert habe. Ob sie damit rechtsgenüglich begründet, weshalb dieses Argument zwingend zu einer anderen Beurteilung führen muss, weil das Pfandrecht wegen des Akzessionsprinzips (Art. 671 Abs. 2 ZGB) so oder so nur auf der Liegenschaft eingetragen werden kann, braucht nicht geprüft zu werden, weil die Rüge ohnehin scheitert:

Es mag zutreffen, dass die Beschwerdegegnerin in der fraglichen Liegenschaft ein Gewerbe betreibt, mit dem sie private Anbieter konkurrenziert. Jedoch macht dies den angefochtenen Entscheid keinesfalls willkürlich, hat doch das Bundesgericht in einem Berufungsverfahren erkannt, die definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf einer Liegenschaft des städtischen Versorgungswerkes von Genf (Monopolbetrieb) könne selbst dann nicht erlaubt werden, wenn die Liegenschaft zu rund zwei Drittel kommerziell vermietet sei; das genüge nicht, die Liegenschaft dem Verwaltungsvermögen zu entziehen (Urteil vom 3. April 1997 i.S. H., E. 2b, publiziert in SJ 119/1997 S. 623 E. 2b S. 625).

d) Hat der Gerichtspräsident im vorliegenden Fall nicht anders entschieden als das Bundesgericht in einem vergleichbaren, kann von Willkür nicht die Rede sein (BGE 118 Ia 8 E. 2d und c S. 13 f.). Damit ist auch dem Vorwurf der Beschwerdeführerin, in zweifelhaften Fällen sei gemäss BGE 102 Ia 81 E. 2b/bb S. 86 das Bauhandwerkerpfandrecht einzutragen, der Boden entzogen, obwohl die Rüge in grundsätzlicher Hinsicht einiges für sich hat. Denn die von der Beschwerdeführerin angerufene Regel stellt sicher, dass der Rechtsstreit in einem ordentlichen Verfahren über die definitive Eintragung ausgetragen wird. Jedoch kann hier entgegen der Ansicht

der Beschwerdeführerin nicht von einem zweifelhaften Fall gesprochen werden, übt sie doch in tatsächlicher Hinsicht am angefochtenen Entscheid bloss appellatorische und damit unzulässige Kritik (BGE 121 I 225 E. 4c S. 230, 118 Ia 20 E. 5c S. 27 unten).

5.- Mit dem Einwand, die Privilegierung des Staates gegenüber privaten Bauherren sei vernünftig schlichtweg nicht begründbar und damit willkürlich, übt die Beschwerdeführerin prinzipielle Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts auf Liegenschaften im Verwaltungsvermögen von Bund und Kantonen.

Soweit in dieser Rüge mehr als bloss appellatorische Kritik erblickt und sie als Willkürrüge entgegengenommen werden kann, muss sie scheitern:

a) Dass namentlich das zuletzt veröffentlichte Urteil (BGE 124 III 337) verschiedentlich Kritik erfahren hat (P. Eitel, recht 17/1999, S. 179 ff. und R. Schumacher, Baurecht 1999, S. 69 ff.; neutral R. Pfäffli, Berner Notar, S. 141; zustimmend H. Rey, ZBJV 135/1999, S. 267 ff.), ist dem Bundesgericht ebenso wenig entgangen wie das hauptsächliche Argument gegen seine Praxis, wonach nicht einzusehen sei, weshalb die für den privaten Bauherrn tätigen Bauhandwerker besser gestellt sein sollen als die für Bund und Kanton bauenden (BGE 124 III 337 E. 6a; weitere Hinweise bei Eitel, a.a.O. S. 188 in Fn 96).

Die Kritiker anerkennen das Verwertungsverbot (BGE 124 III 337 E. 6c S. 341; Eitel, a.a.O. S. 187 f. insbes.
bei Fn 86 und 93) und rechtfertigen die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts auf Liegenschaften im Verwaltungsvermögen von Bund und Kantonen damit, die Eintragung begründe eine Pflicht dieser Gemeinwesen zur Leistung einer Sicherheit; insoweit müsse das Wahlrecht gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB für die erwähnten Gemeinwesen in eine Pflicht umgedeutet werden (Eitel, a.a.O. S. 187 nach Fn 91; Schumacher, a.a.O.
S. 70 Anm. 4e). Indirekt werfen sie dem Bundesgericht, das eine zu füllende Lücke wiederholt verneint hat (BGE 124 III 337 E. 6b/aa S. 340 nach Mitte; 108 II 305 E. 1 S. 308 f., 103 II 227 E. 5 S. 238 f.), vor, entweder differenziere es nicht nach der Frage, ob eine hoheitliche Tätigkeit des Staates im Fall der Eintragung des Pfandrechts und der Verwertung der Liegenschaft im konkreten Fall wesentlich gefährdet wäre (Eitel, a.a.O. S. 183 ff.) oder stelle es an das Vorliegen von Gründen für eine Lückenfüllung zu hohe Anforderungen (Schumacher, a.a.O. S. 70 Anm. 3 und 4).

b) Zwar kann man erwägen, ein Bauhandwerkerpfandrecht sei immer dann auf den in das Grundbuch aufgenommenen Liegenschaften von Bund und Kantonen einzutragen und diesen eine Pflicht zur Sicherheitsleistung aufzuerlegen, wenn der Staat seine Aufgaben auch ohne die gepfändete Liegenschaft erfüllen könnte. Jedoch liegt auf der Hand, dass im Fall einer solch schwer zu handhabenden Praxis das Bundesgericht für eine einheitliche Anwendung von Bundesrecht nicht mehr sorgen könnte (vgl. Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Rz 72 S. 102). Überspannte Anforderungen an die Pflicht zur Differenzierung würde bloss zu Rechtsunsicherheit und dazu führen, dass die von den kantonalen Instanzen ins Unrecht versetzte Partei den Fall regelmässig dem Bundesgericht unterbreiten würde.

Die Befürworter einer weiter gehenden Pflicht zur Lückenfüllung dürften wohl kaum bei der Erkenntnis stehen bleiben, dass das Gemeinwesen im Fall der Pflicht zur Leistung einer Sicherheit gegenüber dem privaten Bauhandwerker insofern benachteiligt wäre, als dieser das Wahlrecht nach Art. 839 Abs. 3 ZGB hätte, das Gemeinwesen jedoch nicht (Schumacher, a.a.O. S. 70 Anm. 4e). Erstens ist das Argument, die Ungleichbehandlung sei dadurch zu rechtfertigen, dass das Gemeinwesen von der Unpfändbarkeit profitiere, bloss ein scheinbares. Denn auch die Liegenschaft des privaten Bauherrn kann nicht gepfändet werden, wenn dieser Sicherheit leistet (Art. 839 Abs. 3 ZGB). Zweitens erlaubt das Wahlrecht dem Bauherrn, namentlich bei Grossbauten die für ihn möglicherweise weniger kostspielige Verwertung hinzunehmen; dies kann mit Blick auf das Mehrfachzahlungsrisiko (BGE 95 II 87 E. 4 S. 92) vor allem in Zeiten, wo sich die Unternehmer (inkl.
Sub- und Subsubunternehmer, etc.) mit zu knapp kalkulierten Offerten gegenseitig unterbieten und damit ihr Überleben gefährden (Überkapazitäten in der Bauwirtschaft), interessant sein.

Weshalb durch Lückenfüllung eine Ungleichbehandlung durch eine andere mit umgekehrten Vorzeichen ersetzt werden soll, ist weder begründet noch ersichtlich. Denn eine Wertungslücke, sofern man eine solche annehmen will, sollte nicht durch eine Regel gefüllt werden, die ihrerseits Wertungsdefizite mit sich bringt, bzw. eine Ungleichbehandlung zur Folge hat.
c) Aus den geschilderten Gründen kann es weiterhin beim Hinweis bleiben, dass der Gesetzgeber gefragt ist (BGE 124 III 337 E. 6c S. 341 mit Hinweisen; Eitel, a.a.O.
188 bei Fn 98). Ein anderes Ergebnis fällt schon deshalb ausser Betracht, weil eine in freier Kognition entwickelte Rechtsprechung im Rahmen eines auf Willkürkognition beschränkten Verfahrens nicht in Frage gestellt werden kann.

6.- Bleibt die staatsrechtliche Beschwerde ohne Erfolg, wird die unterliegende Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 156 Abs. 1 OG); jedoch schuldet sie keine Parteientschädigung, weil der Beschwerdegegnerin mangels Einholung einer Vernehmlassung keine Kosten entstanden sind (Art. 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.- Die staatsrechtliche Beschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten werden kann.

2.- Die Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.– wird der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.- Dieses Urteil wird den Parteien und dem Präsidenten des Zivilgerichts des Saanebezirks schriftlich mitgeteilt.

_____

Lausanne, 15. August 2000

Im Namen der II. Zivilabteilung des
SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTS
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: