

Wahrscheinlichkeit feststeht, dass einzig V. als Einsprecherin in Frage kommt, und weil V. im ordentlichen Prozess um den Bestand der behaupteten Dienstbarkeit Partei ist. A.'s Rekurs ist folglich in Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheides abzuweisen.

PF 22/93

Entscheid vom 16. August 1994

- 49 - Bauhandwerkerpfandrecht (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB).**
- **Anforderungen an die Glaubhaftmachung des Anspruchs auf Pfandbestellung. Die vorläufige Eintragung darf nur verweigert werden, wenn der Anspruch ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich erscheint; in Zweifelsfällen, namentlich bei unklarer oder unsicherer Rechtslage, ist sie zu bewilligen (Erw. 2).**
 - **Die Lieferung handelsüblicher, auf Mass zugeschnittener Holzbauteile (Kanthölzer usw.) durch eine Handelssägerei an das als Hauptunternehmer beauftragte Holzbauunternehmen ist als blosse Materiallieferung nicht pfandrechtsgeschützt (Erw. 3).**

Erwägungen:

2. Nach Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB können Handwerker und Unternehmer, die zu Bauten auf einem Grundstück Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben, für ihre Forderungen gegen den Grundeigentümer oder einen Unternehmer die Errichtung eines gesetzlichen Pfandrechtes an diesem Grundstück verlangen. Die Eintragung hat bis spätestens drei Monate nach der Vollendung der Arbeit zu geschehen und darf nur erfolgen, wenn die Forderung vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich

festgestellt ist (Art. 839 Abs. 2 ZGB). Vermag der Gesuchsteller seine Berechtigung glaubhaft zu machen, kann der Richter die vorläufige Eintragung des beantragten Bauhandwerkerpfandrechtes anordnen (Art. 961 ZGB). Das Bauhandwerkerpfandrecht wird dadurch für den Fall seiner definitiven Eintragung vom Zeitpunkt der Vormerkung an dinglich wirksam, das heisst die dingliche Wirkung wird auf den Zeitpunkt der vorläufigen Eintragung im Grundbuch zurückbezogen (Art. 961 Abs. 2 ZGB; Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 2. Aufl., Zürich 1982, N 740). Die Interessenlage gebietet dabei, dass an die Glaubhaftmachung keine strengen Anforderungen gestellt werden, kann doch ein zu Unrecht eingetragenes Pfandrecht immer noch gelöscht werden, ohne dass dem Grundeigentümer durch die vorübergehende Belastung ein nennenswerter Schaden erwächst. Demgegenüber kann ein

fälschlicherweise verweigerter Eintrag in der Regel
nicht mehr nachgeholt werden, da die Frist in der Zwischenzeit
meist

abgelaufen sein wird. Eine vorläufige Eintragung darf deshalb nur verweigert werden, wenn ausgeschlossen erscheint oder höchst unwahrscheinlich ist, dass ein Pfandrecht besteht. In Zweifelsfällen, namentlich bei unklarer oder unsicherer Rechtslage, ist hingegen die vorläufige Eintragung zu bewilligen und der Entscheid über deren Berechtigung dem ordentlichen Richter zu überlassen (mit Hinweisen Schumacher, a.a.O., N 748f.).

3. Streitig ist im vorliegenden Verfahren, ob die Forderung der B. AG für ihre Lieferung der Holzkonstruktionsteile gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB pfandrechtsgeschützt sei und ob der Kreispräsident, in bezug auf seine beschränkte Überprüfungsbefugnis, die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes zu Recht habe verweigern können, indem er die superprovisorisch angeordnete Vormerkung wieder habe löschen lassen.

a) Auszugehen ist vom Begriff der Bauarbeiten, wie sie auch das Gesetz als Tatbestandselement nennt. Nach Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB fallen darunter die Lieferungen von «Material und Arbeit oder Arbeit allein» für Bauten auf einem Grundstück. Unter welchen Umständen solche Leistungen als Bauarbeiten zu verstehen sind, ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aufgrund der Beziehungen der Vertragspartner, das heisst aufgrund aller Leistungen und Lieferungen des gleichen Unternehmers, in ihrer Gesamtheit zu würdigen (BGE 106 II 128, 104 II 352; Schumacher, a.a.O., N 143). Demnach werden die vertraglichen Leistungen und Lieferungen durch ein Baupfand geschützt, wenn sie insgesamt als «un seul travail spécifique» zu betrachten sind (mit Hinweisen Schumacher, a.a.O., N 143). Die Bauarbeiten im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB haben daher - ohne dass dies begriffsnotwendig ist - ihren Schwerpunkt im Werkvertragsrecht (Schumacher, a.a.O., N 150). Sie sind Arbeitsvorgänge, mit denen ein Bau, der mit dem Erdboden verbunden ist, körperlich gestaltet wird; sie zielen auf einen körperlichen und individuellen Arbeitserfolg (BGE 103 II 3 5 ff.). Bloss Materiallieferungen fallen daher nicht darunter, weil sie nur vertretbare Sachen enthalten, die auf Vorrat produziert und verkauft werden können. Die Grenze zwischen reinem Baulieferant und Handwerker wird jedoch überschritten, wenn der Baulieferant Material liefert, welches er nicht vorfabriziert hat, sondern welches er als Sonderanfertigungen eigens für ein bestimmtes Bauwerk herstellt (ZR 1980, S. 153; Schumacher, a.a.O., N 161).

b) Die Gesuchstellerin macht nun geltend, dass die am 7. September

1993 der Holzbau AG gelieferten Holzelemente speziell für die

Überdachung der Garage angefertigt worden seien. Die Länge und Stärke der einzelnen Holzteile habe für die Anforderungen der Baute, das heisst speziell für die Bedürfnisse und Gegebenheiten des bestellten Garagendaches, gefertigt werden müssen. Die Gesuchstellerin will sich als Erfüllungsgehilfin

der Holzbau AG, der Hauptunternehmerin, und damit als Subunternehmerin darstellen.

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Denn bei einer Gesamtwürdigung ergibt sich, dass die Rekurrentin reine Lieferantin von Baumaterialien war. Es steht nämlich fest, dass die Holzbau AG die von der Gesuchstellerin gelieferten Holzkonstruktionsteile vor dem Einbau in das Garagendach noch zurichten musste. Es war im Zustand, wie es geliefert wurde, nicht unmittelbar verwendbar. Dies stimmt auch mit der vertraglichen Vereinbarung zwischen der Holzbau AG und der B. AG überein, mussten die Holzelemente doch unter anderem «roh» geliefert werden. Für die Weiterverarbeitung des fraglichen Holzes stellte die Holzbau AG einen separat ausgewiesenen Betrag von Fr. 195.- (Hobeln Fr. 60.-; Kopfbearbeitung der Sparren und Pfetten Fr. 108.- und Fr. 27.-) in Rechnung. Das weist zwar nicht auf einen besonders grossen Arbeitsaufwand hin. Es ist aber zu bedenken, dass auch der in der Rechnung ziffernmässig nicht separat ausgewiesene Aufwand für die Vorbereitung der Holzverbindungen hinzukommt, der im Betrag von Fr. 2668.- für Materialbeschaffung (gemäss Rechnung der B. AG Fr. 1253.30) und Aufrichtarbeit mitenthalten sein soll. Diese unbestrittenen Tatsachen lassen die Folgerung zu, dass das arbeitsmässige Hauptgewicht ohne Zweifel in der Aufrichtarbeit gelegen hat. Dass das Zurichten der einzelnen Konstruktionshölzer im Verhältnis dazu wenig Arbeit beansprucht hat, liegt aber nicht darin begründet, dass die fraglichen Holzelemente in ausgeprägter Weise den individuellen Umständen der Garagenüberdachung der Bauherren G. entsprochen hätten, sondern darin, dass bedeutendere Anpassungsarbeiten an den im Holzhandel erhältlichen Materialien für die Erstellung eines Garagendaches aus Holz normalerweise gar nicht notwendig sind. Dies bekräftigt, im Gegensatz zur Ansicht der Gesuchstellerin, auch die Liste der gelieferten Holzelemente. Demgemäss ist nämlich mit Fug anzunehmen, dass es sich bei den fraglichen Kanthölzern, Sparren (Brettern) und Pforten bloss um einfache Holzteile handelt, und zwar obwohl sie, wie vorliegend, eine präzise vorgegebene Stärke und Länge aufgewiesen haben. In Fachgeschäften sind solche Hölzer regelmässig und ohne Aufwand sogleich zuschneidbar, was sich durchaus mit einem entsprechenden Kauf von einigen Laufmetern eines bestimmten Stoffes vergleichen lässt. Auch für die B. AG ist eine Lieferung in der Art, wie sie an die Holzbau AG erfolgte, ein einfaches und häufig abgeschlossenes Geschäft. Denn eine Aktiengesellschaft, die gemäss

Auszug

aus dem kantonalen Handelsregister unter anderem den «Betrieb eines Säge- und Hobelwerkes mit Holzhandel sowie An- und Verkauf

von Holz- waren aller Art» bezweckt, muss nicht nur in der Lage sein, solche Holzele- mente jederzeit zu liefern, sondern sie fertigt sie in gewissen Mengen auch zum voraus an. Ein klares Indiz hierfür ergibt sich auch aus der kurzen,

nicht einmal einwöchigen Frist zwischen Bestellung und Liefertermin (2. beziehungsweise 9. September 1993). In dieser Hinsicht unterscheidet sich ein solches Fachgeschäft zum Beispiel auch nicht von grossen Einkaufszentren mit «Do It»-Bastelwaren, die solche Holzelemente - allerdings in qualitativ und quantitativ bescheidenerer Auswahl - auch zum Kauf anbieten und sogar auf Lager halten. Die fraglichen Holzelemente sind demnach durchaus leicht handelbare, vertretbare Waren. Ein weiteres Indiz dafür, dass die gelieferten Holzelemente nicht besonderen Einzelfertigungen entsprechen, ergibt sich schliesslich auch aus der Rechnung der B. AG, wonach einzig ein m³-Preis aufgeführt worden ist und weitere Preisbestimmungsposten fehlen. Wenn solche von der Gesuchstellerin geltend gemachte Aufwendungen, welche die gelieferten Holzelemente als Sonderanfertigungen erscheinen lassen sollten, getätigt worden wären, hätte sie als handelsgewohntes Unternehmen diesen Preis- und Kostenfaktor aber mit Sicherheit auch in der Rechnung speziell angeführt. Dies nicht zuletzt auch, um einen gegebenenfalls hohen Gesamtpreis im Vergleich zu einem allfällig billigen Materialpreis durch den teuren Preisfaktor «Arbeit» zu erklären.

Vorliegend fehlen demnach Indizien für die Behauptung der Gesuchstellerin, wonach die gelieferten Holzteile speziell für das Garagendach der Gesuchsgegner angefertigt worden seien. Vielmehr erscheint es, in Übereinstimmung mit der Vorinstanz, sogar gewiss oder zumindest höchst wahrscheinlich, dass es sich bei den von der Gesuchstellerin gelieferten Holzkonstruktionsteilen um handelsübliche und vertretbare Ware gehandelt hat und dass das fragliche Material aus Serien- und Normprodukten bestanden hat, deren Lieferung im Geschäftsleben regelmässig gestützt auf einen Kaufvertrag erfolgt.

c) Wenn somit zweifellos feststeht, dass die von der Gesuchstellerin gelieferten Holzkonstruktionselemente nicht Holzmaterialien entsprechen, die speziell für die fragliche Garagenüberdachung der Gesuchsgegner G. angefertigt worden sind, und es sich demnach nicht um Material und Arbeit im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB handelt, ist die vorläufige Vormerkung eines Bauhandwerkerpfandrechtes für die fragliche Forderung der B. AG nicht zulässig und die Verfügung vom 7. Januar 1994 rechtmässig. Die mit Verfügung vom 24. November 1993 superprovisorisch angeordnete vorläufige Vormerkung ist zu löschen, weshalb sich das Gesuch der B. AG nicht als gerechtfertigt erweist und abzuweisen ist.

