

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2017.49 vom 23. Juli 2018**

BS Appellationsgericht, 2018-07-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_ZB.2017.49](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2017.49)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2017.49 du 23 juillet 2018

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2017.49 del 23 luglio 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 In vermögensrechtlichen Streitigkeiten steht die Berufung gegen erstinstanzliche Entscheide offen, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.─ beträgt (Art. 308 Abs. 2 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO, SR 272]). Diese Streitwertgrenze ist vorliegend ohne Weiteres erreicht, so dass der Entscheid des Zivilgerichts vom 30. August 2017 mit Berufung anfechtbar ist. Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Berufung ist somit einzutreten.

1.2 Zuständig zur Beurteilung der Berufung ist, nachdem erstinstanzlich die Kammer des Zivilgerichts über die Klage entschieden hat, die Kammer des Appellationsgerichts (§ 91 Ziff. 3 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]). Mit der Berufung können gemäss Art. 310 ZPO die unrichtige Rechtsanwendung (lit. a) und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts (lit. b) gerügt werden.

### **E. 2**

2.1 Handwerker und Unternehmer, die auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Werken Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben, haben Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs [ZGB, SR 210]). Die Eintragung dieses Bauhandwerkerpfandrechts hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeit zu erfolgen (Art. 839 Abs. 2 ZGB). Zur Wahrung der Frist genügt es, wenn der Handwerker bzw. der Unternehmer innerhalb der Frist die vorläufige Eintragung in Form einer Vormerkung im Grundbuch erwirkt (Thurnherr, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar. ZGB II, 5. Auflage, Basel 2015, Art. 839/840 N 31 und 35; Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008, Nrn. 1095 und 1098 f.).

Der Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zugunsten der Unternehmer besteht nach unbestrittener Auffassung nicht nur hinsichtlich der Arbeiten, die sie selber ausführen, sondern auch bezüglich jener Arbeiten, deren Ausführung sie an Dritte (Subunternehmer) übertragen (Thurnherr, a.a.O., Art. 839/840 N 3; Schumacher, a.a.O., Nr. 238). Massgebliches Kriterium für die Qualifikation als (Sub-)Unternehmer ist einzig die Arbeit (mit oder ohne Materiallieferung), zu welcher er sich nach dem Inhalt des konkreten Vertrags verpflichtet (Schumacher, a.a.O., Nr. 511). Unter Arbeit im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB ist ein erfolgsbezogenes Mitwirken an der gesamten arbeitsteiligen Bauausführung des betreffenden Bauwerks zu verstehen. Zu einem bestimmten Arbeitserfolg kann man sich nur selbständig verpflichten. Der Unternehmer wird in eigener Verantwortung (inkl. Haftung für Werkmängel) und auf eigene Rechnung tätig (Schumacher, a.a.O., Nr. 513). Keinen Anspruch auf Eintragung eines

Bauhandwerkerpfandrechts hat nach Lehre und Rechtsprechung deshalb eine Firma, die einem Bauunternehmer bloss temporäre Arbeitskräfte zur Verfügung stellt bzw. vermittelt. Die Firma, die lediglich Bauarbeiter ausleiht, hat nicht für ein bestimmtes Werk und demgemäss auch nicht für Werkmängel einzustehen, welche die von ihr unter Vertrag genommenen und ausgeliehenen Arbeiter gegebenenfalls verursachen. Sie haftet nur dafür, dass sie Arbeiter abordnet, die für die fragliche Tätigkeit geeignet sind. Sie überlässt ihre Arbeitnehmer dem Einsatzbetrieb und verspricht dergestalt diesem nichts anderes als diejenigen Dienste, die ihr von ihren Arbeitnehmern in den Einzelarbeitsverträgen zugesichert worden sind. Entsprechend sind solche Dienstverschaffungsverträge arbeitsrechtlicher und nicht werkvertraglicher Natur (Schumacher, a.a.O., Nr. 514; Britschgi, Das belastete Grundstück beim Bauhandwerkerpfandrecht, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 38; Urteil des Handelsgerichts ZH vom 31. Januar 2017 [HE160403] E. 3; Obergericht OW vom 29. Juli 1997, in: BR 2/99 Nr. 97; zur Haftung des Personalverleihers auch BGer 4A\_134/2016 vom 11. Juli 2016 E. 2.3 mit Hinweisen).

Als Hilfskriterien zur Abgrenzung von Personalverleihverhältnissen gegenüber anderen Vertragsarten können, worauf das Zivilgericht zu Recht hingewiesen hat (angefochtener Entscheid, E. 2.2), auch die Weisungen und Erläuterungen des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) zum Arbeitsvermittlungsgesetz (abrufbar unter <https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?lang=de> [besucht am 25. Juni 2017]) beigezogen werden (vgl. statt vieler BGer 2C\_356/2012 vom 11. Februar 2013 E. 3.5 mit Hinweisen). Ob im Einzelfall ein Personalverleih vorliegt, lässt sich nur anhand des vereinbarten Vertragsinhalts und der konkreten Tätigkeit im Einsatzbetrieb bestimmen. Auf die Bezeichnung des Vertrags durch die Parteien kommt es nicht an (BGer 2A.425/2006 vom 30. April 2007 E. 3.2 und 2C\_543/2014 vom 26. November 2014 E. 2.4). Gegen ein Vorliegen eines Personalleihverhältnisses spricht, wenn a) der Einsatzbetrieb über keinerlei (d.h. auch nicht über geteilte) Weisungsbefugnisse verfügt; b) sich der Arbeitnehmer keiner Werkzeuge, Utensilien oder weiterer Materialien im Einsatzbetrieb bedient; c) der Arbeitnehmer nicht ausschliesslich am Sitz und im Rahmen der Arbeitszeiten des Einsatzbetriebs arbeitet; d) der primäre Zweck des Vertragsverhältnisses nicht in einer Verrechnung von Einsatzstunden besteht, sondern in einer klar definierten Arbeitsleistung (bzw. eines Arbeitsziels) für eine bestimmte Vergütung; und e) der Unternehmer im Fall einer Nichterfüllung dem Einsatzbetrieb für Nachbesserung oder Preisminderung haftet (vgl. BGer 2C\_356/2012 vom 11. Februar 2013 E. 3.5; Weisungen SECO, a.a.O., S. 66 ff.).

2.2 Die Anwendbarkeit der vorgenannten Grundsätze ist in der vorliegenden Streitsache unbestritten (vgl. auch Berufung, S. 12 sub Ziff. 10). Strittig ist hingegen, ob der Berufungskläger als Subunternehmer Bauarbeiten im Sinn von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB geleistet oder ob er seine Mitarbeiter der C\_\_\_\_\_ bloss ausgeliehen hat und damit nicht pfandberechtigter Personalverleih vorliegt. Aufgrund der Aussagen von sechs befragten Personen (dazu angefochtener Entscheid, E. 4.1) und der von den Parteien eingereichten Beweismittel ist das Zivilgericht zum Schluss gekommen, dass der Berufungskläger nicht nachweisen könne, dass er als Subunternehmer für die C\_\_\_\_\_ tätig gewesen sei. Es könne nicht von einer überwiegenden Weisungsbefugnis des Berufungsklägers ausgegangen werden. Die C\_\_\_\_\_ als Einsatzbetrieb sei Ansprechstelle der Mitarbeiter des Berufungsklägers gewesen. D\_\_\_\_\_ (Verwaltungsrat der C\_\_\_\_\_ ) habe ihnen je nach Situation und Bedarf gesagt, wo und welche Arbeiten sie auszuführen hätten. Dazu hat das

Zivilgericht gewürdigt, dass aus den Rechnungen des Berufungsklägers kein konkretes Ziel der Dienstleistungen hervorgehe, sondern lediglich die Einsatzwochen resp. Monate mit Objektnamen und dem Betreff "Diverse Montagen" in Rechnung gestellt worden seien, was ebenfalls für Personalverleih sprechen würde. Entgegen den Ausführungen des Berufungsklägers sei nicht ersichtlich, welcher Teil des Werkvertrags zwischen der Berufungsbeklagten und der C\_\_\_\_\_ auf den Berufungskläger übertragen worden sei, zumal die Mitarbeitenden des Berufungsklägers jeweils dort gearbeitet hätten, wo sie gebraucht worden seien. Es seien der C\_\_\_\_\_ auch keine Materialkosten in Rechnung gestellt worden, und es seien lediglich Arbeitsstunden zu einem einheitlichen Stundenansatz in Rechnung gestellt worden. Die Mitarbeiter des Berufungsklägers hätten mehrheitlich über einen Zeitraum von zwei bis drei Monaten ausschliesslich auf der Baustelle der Berufungsbeklagten gearbeitet und seien mit T-Shirts der C\_\_\_\_\_ ausgestattet gewesen. An der Qualifikation des Verhältnisses zwischen der C\_\_\_\_\_ und dem Berufungskläger als Personalverleih ändere auch nichts, dass die Mitarbeiter des Berufungsklägers mit Werkzeug des Berufungsklägers tätig gewesen seien und mit seinen Fahrzeugen zur Baustelle gefahren seien und dass der Personalverleih nicht zu den im Handelsregister aufgeführten Zwecken des Berufungsklägers gehöre (zum Ganzen angefochtener Entscheid, E. 4.3). Auf eine Anhörung des vom Berufungskläger angerufenen Zeugen E\_\_\_\_\_ könne in antizipierter Beweiswürdigung verzichtet werden, da dessen Aussage keine Änderung des genannten Ergebnisses bewirken könne (E. 4.4).

2.3 In seiner Berufung macht der Berufungskläger geltend, dass die vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen sich als qualifiziert unrichtig erweisen würden. Entgegen den Ausführungen des Zivilgerichts habe zwischen der C\_\_\_\_\_ und dem Berufungskläger zu keinem Zeitpunkt eine Vereinbarung bestanden, Personal auszuleihen. Der Berufungskläger sei nicht im Personalverleih tätig und habe auch im vorliegenden Fall kein Personal ausgeliehen (Berufung, S. 7 f.). Weiter wird gerügt, dass die Vorinstanz zu Unrecht auf eine Befragung von E\_\_\_\_\_ verzichtet habe (Berufung, S. 10 f.). Zudem habe die Vorinstanz in rechtlicher Hinsicht gewisse Aspekte völlig unbeachtet gelassen und die bundesgerichtlichen Abgrenzungskriterien nicht konsequent sowie partiell auf den teilweise richtig festgestellten Sachverhalt nicht angewandt (Berufung, S. 12 sub Ziff. 11).

2.3.1 Das Zivilgericht hat die Aussagen von sechs angehörten Personen sorgfältig und ausführlich analysiert und geprüft. Die entsprechenden Ausführungen des Zivilgerichts unter E. 4.1 werden vom Berufungskläger nicht substantiiert in Frage gestellt. Vom Berufungskläger wird allein die zusammenfassende Würdigung der Aussagen der befragten Personen in Frage gestellt. Dabei geht aber aus der Berufungsbegründung nicht hervor, welche Sachverhaltsfeststellungen des Zivilgerichts nicht korrekt sein sollen. Insbesondere stellt der Berufungskläger die eingehend begründeten Ausführungen des Zivilgerichts nicht substantiiert in Frage, wonach aus den Zeugenaussagen deutlich hervorgehe, dass im vorliegenden Fall zumindest von einer geteilten Weisungsbefugnis auszugehen sei, wobei D\_\_\_\_\_ (Verwaltungsrat der C\_\_\_\_\_) Ansprechpartner der Bauleitung gewesen sei, und im Wesentlichen auch den Mitarbeitern des Berufungsklägers je nach Situation und Bedarf gesagt habe, wo und welche Arbeiten sie auszuführen hätten, und diese auch kontrolliert habe (angefochtener Entscheid, E. 4.3 S. 14 f.). Entgegen seinen Vorbringen ist aber auch die abschliessende Würdigung der Aussagen der befragten Personen durch das Zivilgericht nicht zu beanstanden.

Gemäss den nachvollziehbaren und glaubhaften Aussagen von F\_\_\_\_, dem Projekt- und Bauleiter bei G\_\_\_\_, hatte die Berufungsbeklagte mit der C\_\_\_\_ einen Werkvertrag mit einem entsprechenden Leistungsbeschrieb abgeschlossen (vgl. Protokoll der erstinstanzliche Hauptverhandlung [Verhandlungsprotokoll], S. 6). Er sei als Bauleiter auf der Baustelle gewesen und habe im Kontakt gestanden mit D\_\_\_\_ (C\_\_\_\_) und dessen Vorarbeiter. Er (F\_\_\_\_) sei jeden Tag im Schnitt ein bis zwei Stunden auf der Baustelle gewesen. Den Berufungskläger habe er nie auf der Baustelle gesehen (vgl. Verhandlungsprotokoll, S. 7). Diese Aussage wird vom ebenfalls glaubwürdigen Zeugen D\_\_\_\_ bestätigt, welcher aussagte, dass die C\_\_\_\_ mit der Berufungsbeklagten einen schriftlichen Werkvertrag mit Leistungsbeschrieb abgeschlossen habe, dass aber die Arbeiten nicht nur von seinen eigenen Mitarbeitern erledigt worden seien, da die C\_\_\_\_ damals in einer finanziellen Schieflage gewesen sei (Verhandlungsprotokoll, S. 7). Der Zeuge hat dann zwar ausgeführt, dass er den Berufungskläger als "Subunternehmer" beigezogen habe (Verhandlungsprotokoll, S. 8). Das Zivilgericht hat aber zu Recht erkannt, dass die rechtliche Qualifikation der (mündlich) mit dem Berufungskläger abgeschlossenen Vereinbarung nicht dem Zeugen obliegt, sondern dem Gericht gestützt auf den tatsächlichen Vertragsinhalt. Des Weiteren hat D\_\_\_\_ angegeben, dass er die Mitarbeiter des Berufungsklägers bereits gut gekannt und auch gewusst habe, dass sie gute Arbeit leisten würden. Grundsätzlich habe er den Mitarbeitern des Berufungsklägers gesagt, was sie zu tun hätten. Lediglich wenn er in den Ferien gewesen sei, habe der Berufungskläger dies gemacht. Er habe dem Berufungskläger nicht genau bezeichnen können, welche Arbeiten dessen Mitarbeiter zu erledigen hätten. Es sei meistens ad hoc entschieden worden, was genau gemacht werden müsse. Er habe die Mitarbeiter des Berufungsklägers nicht nur beim Dachstock gebraucht, sondern auch an anderen Stellen des Baus, weshalb er nach Stunden habe abrechnen wollen. Die Mitarbeiter des Berufungsklägers hätten T-Shirts der C\_\_\_\_ getragen; dies sei bei namhaften Unternehmen in Basel, welche Temporärmitarbeiter ausleihen würden, auch so üblich. Es habe nur Regierapporte der C\_\_\_\_ gegeben (zum Ganzen Verhandlungsprotokoll, S. 8).

Das Zivilgericht hat weiter richtig erkannt, dass die Aussagen von D\_\_\_\_ über den Einsatz der Mitarbeiter des Berufungsklägers für die C\_\_\_\_ auch durch die diejenigen von anderen befragten Personen bestätigt werden. So hat der Mitarbeiter des Berufungsklägers H\_\_\_\_ ausgeführt, dass der Berufungskläger ihm zwar gesagt habe, wo er arbeiten müsse. Eigentlich sei der Bauführer "der grosse Chef", aber auch D\_\_\_\_ und sein Chef [wobei es sich um den Berufungskläger handeln muss] hätten gesagt, was zu tun sei (Verhandlungsprotokoll, S. 6). Ebenso haben die Mitarbeiter des Berufungsklägers I\_\_\_\_ und J\_\_\_\_ ausgeführt, dass ihnen diese drei Personen gesagt hätten, was sie machen müssten (Verhandlungsprotokoll, S. 4 und 5). Dies wird auch vom weiteren befragten Mitarbeiter des Berufungsklägers K\_\_\_\_ bestätigt, wobei er präziserte, dass D\_\_\_\_ die Anweisungen gegeben habe, wenn der Berufungskläger nicht anwesend gewesen sei (Verhandlungsprotokoll, S. 4). Bezüglich der persönlichen Anwesenheit des Berufungsklägers haben dessen befragte Mitarbeiter ausgeführt, dass er zwei bis dreimal pro Woche anwesend gewesen sei (K\_\_\_\_ [Verhandlungsprotokoll, S. 4], ebenso J\_\_\_\_ [Verhandlungsprotokoll, S. 5] und H\_\_\_\_ [Verhandlungsprotokoll, S. 6]). Die vom Berufungskläger in seiner Berufung aufgestellte Behauptung, wonach drei befragte Arbeiter ausgeführt hätten, vorwiegend von ihm Weisungen erteilt bekommen zu haben (Berufung, S. 7 sub Ziff. 4), trifft somit nicht zu. Aus den genannten Zeugenaussagen hat das Zivilgericht viel mehr zu Recht geschlossen, dass nicht von einer überwiegenden

Weisungsbefugnis seitens des Berufungsklägers ausgegangen werden könne (dazu und zum Nachfolgenden angefochtener Entscheid, E. 4.3 S. 15). Die C\_\_\_\_ als Einsatzbetrieb war Ansprechstelle der Mitarbeiter des Berufungsklägers und D\_\_\_\_ hat je nach Situation und Bedarf gesagt, welche Arbeiten seine eigenen Mitarbeiter und diejenigen des Berufungsklägers auszuführen hatten. Das Zivilgericht hat zu Recht berücksichtigt, dass aus den Rechnungen des Berufungsklägers an die C\_\_\_\_ auch kein für die Dienstleistungen jeweils konkretes Ziel hervorgeht, sondern lediglich die Einsatzwochen bzw. Monate mit Objektnamen und dem Betreff "diverse Montagen" aufgeführt sind (Sammelbeilage 4 zur Klage). Aus den Abrechnungen geht im Übrigen auch keinerlei Eigenleistung (resp. eine verrechnete Anwesenheit) des Berufungsklägers persönlich hervor, und es werden auch keine Materialkosten aufgeführt. Lediglich die Arbeitsstunden der auf der Baustelle eingesetzten Mitarbeiter wurden aufgeführt und mit einem einheitlichen Stundeneinsatz von CHF 50.■ in Rechnung gestellt (Sammelbeilage 4 zur Klage). Weiter hat das Zivilgericht zu Recht ausgeführt, die Mitarbeiter des Berufungsklägers hätten ausgesagt, dass sie mit ihrem eigenen Werkzeug auf der Baustelle der Berufungsbeklagten gearbeitet hätten und teilweise mit dem Geschäftsauto des Berufungsklägers angereist seien (angefochtener Entscheid, E. 4.3 S. 15 f.).

Es ist somit nicht ersichtlich, in welchem Punkt das Zivilgericht den Sachverhalt aufgrund der von ihm sorgfältig analysierten Aussagen und den übrigen Beweismitteln falsch festgestellt haben soll. An diesem Beweisergebnis könnte auch eine Befragung von E\_\_\_\_ nichts ändern. In der Berufung werden in keiner Weise die Erwägungen des Zivilgerichts in Frage gestellt, wonach die vier befragten Mitarbeiter des Berufungsklägers nicht ausgesagt hätten, dass E\_\_\_\_ ihnen als Vorarbeiter des Berufungsklägers Arbeitsanweisungen gegeben haben soll und dass dieser gemäss Stundenrapport des Berufungsklägers lediglich an 8 von insgesamt 85 berechneten Tagen auf der Baustelle der Berufungsbeklagten tätig gewesen sei (angefochtener Entscheid, E. 4.4). Das Zivilgericht hat diesen Beweis Antrag somit zu Recht in antizipierter Beweiswürdigung abgewiesen. Dem im Berufungsverfahren wiederholte Antrag des Berufungsklägers auf Anhörung von E\_\_\_\_ (Berufung, S. 10 f.) ist daher keine Folge zu leisten.

2.3.2 Entgegen den Ausführungen des Berufungsklägers (Berufung, S. 6 f.) ändert an den zutreffenden Ausführungen des Zivilgerichts zur zumindest geteilten Weisungsbefugnis auch nichts, dass die obere Weisungsbefugnis auf einer solchen Baustelle gewöhnlich bei der Bauleitung liegt, was im Übrigen gar nicht bestritten wurde. Aus den erwähnten Zeugenaussagen (oben E. 2.3.1) geht aber hervor, dass der Ansprechpartner dieser Bauleitung eben D\_\_\_\_ von der C\_\_\_\_ war, welcher jeweils entschied, welche Arbeiten seine und welche die Mitarbeiter des Berufungsklägers zu erledigen hatten, und diese hierbei auch überwachte. Daraus folgt, dass die C\_\_\_\_ eben nicht einen definierten Teil des von ihr mit der Berufungsbeklagten abgeschlossenen Werkvertrags dem Berufungskläger als Subunternehmer zur Ausführung übergeben hatte, sondern dass sie Mitarbeiter des Berufungsklägers, soweit diese benötigt wurden, vielmehr zur eigenen Erfüllung des Werkvertrags beigezogen hatte.

Das Zivilgericht ist aufgrund der Zeugenaussagen und der übrigen Beweismittel zu Recht zum Schluss gekommen, dass die Verantwortung für die Ausführung des Werkvertrags nach wie vor bei der C\_\_\_\_ lag, welche sowohl mit eigenen Mitarbeitern als auch mit Mitarbeitern des Berufungsklägers ihren Werkvertrag gegenüber Berufungsbeklagten erfüllte (vgl. angefochtener Entscheid, E. 4.3 S. 15). Es kann keine Rede davon sein, dass

die C\_\_\_\_\_ einen gesamten Teil des Werkvertrags auf den Berufungskläger übertragen hätte. Daran ändert auch nichts, dass die Mitarbeiter des Berufungsklägers unbestritten massen teilweise mit den (nicht beschrifteten) Geschäftsfahrzeugen des Berufungsklägers zur Baustelle fuhren und dort mit eigenen Werkzeugen tätig waren. Dieser Einsatz von Fahrzeugen für den Transport der Mitarbeiter zur Baustelle und deren Verwendung von Werkzeugen des Berufungsklägers ändert nichts daran, dass die Mitarbeiter des Berufungsklägers in die Organisation und Weisungsbefugnis der C\_\_\_\_\_ eingebunden waren und diese lediglich bei deren Erfüllung des Werkvertrags unterstützten. Zwar haben die Mitarbeiter des Berufungsklägers bei ihrer Befragung ausgeführt, dass sie ihr eigenes Werkzeug (K\_\_\_\_\_, [Verhandlungsprotokoll, S. 4], J\_\_\_\_\_ [Verhandlungsprotokoll, S. 5], I\_\_\_\_\_ [Verhandlungsprotokoll, S. 5] und H\_\_\_\_\_ [Verhandlungsprotokoll, S. 6]) mitgebracht hätten. Dies bezog sich aber bloss auf das individuelle Werkzeug der einzelnen Mitarbeiter des Berufungsklägers und nicht auf weiteres umfangreiches Werkzeug des Berufungsklägers, wie die Berufungsbeklagte bemerkt (Berufungsantwort, Rz 30). Die Verwendung des persönlichen Werkzeugs der Mitarbeiter des Berufungsklägers und auch das Mitbringen von wenig eigenem Material (gemäss den unbestrittenen Aussagen von D\_\_\_\_\_ "gelegentlich kleineres Material [gebracht], d.h. Klebeband und einmal ein wenig Gips (ca. 2 Säcke)" [Verhandlungsprotokoll, S. 8]) bei der Tätigkeit auf der Baustelle der Berufungsbeklagten ändert daher am Charakter des Personalverleihs nichts. Der geringfügige Einsatz von eigenem Material und der übliche Einsatz des persönlichen Werkzeugs wurde denn auch in der Rechnungstellung des Berufungsklägers an die C\_\_\_\_\_ in keiner Weise berücksichtigt, was beweist, dass dies lediglich einen Nebenaspekt der wesentlichen und in Rechnung gestellten Zurverfügungstellung des erforderlichen Personals darstellte.

2.3.3 Entgegen den Ausführungen des Berufungsklägers (Berufung, S. 11 ff.) ist auch die rechtliche Qualifizierung des oben dargestellten Sachverhalts durch das Zivilgericht in keiner Weise zu beanstanden. Aus den vorstehenden Ausführungen geht deutlich hervor, dass die C\_\_\_\_\_ nicht einen Teil des Werkvertrags dem Berufungskläger zur selbständigen Erfüllung übertragen hat, sondern für die Erfüllung des Werkvertrags gegenüber der Berufungsbeklagten neben den eigenen Mitarbeitern auch noch auf Mitarbeiter des Berufungsklägers zurückgegriffen und damit (teilweise) den Werkvertrag gegenüber der Berufungsbeklagten erfüllt hat. Da lediglich seitens der C\_\_\_\_\_ Regierapporte erstellt wurden und die Tätigkeit der beigezogenen Mitarbeiter des Berufungsklägers lediglich über die Stundenabrechnungen dokumentiert wurden, folgt daraus auch, dass die nachträglich von D\_\_\_\_\_ (nach Eröffnung des Konkurses über seine Gesellschaft) am 22. November 2016 abgegebene Erklärung, wonach der Berufungskläger "für Schadensbehebungen oder Nachbesserungen für mangelhafte Arbeiten an der [...] selbst hätte aufkommen müssen" (Replikbeilage 1), ins Leere läuft. Mit der alleinigen Ausstellung von Regierapporten ohne Aufteilung in eigene Erfüllung auf der einen und in Erfüllung durch einen angeblichen Unterakkordanten auf der anderen Seite hat die C\_\_\_\_\_ zusammen mit dem Berufungskläger dafür gesorgt, dass eben eine Unterscheidung zwischen der Werkvertragserfüllung durch die C\_\_\_\_\_ mit eigenen Mitarbeitern und mit dem Beizug von Mitarbeitern des Berufungsklägers gar nicht möglich war. Damit haben die beiden Unternehmen aufgezeigt, dass es im vorliegenden Fall nicht um den Beizug eines Subunternehmers, sondern allein um die temporäre Ausleihe von Personal des Berufungsklägers an die C\_\_\_\_\_ ging. Daran ändert weder die Bezeichnung dieses Beizugs von Mitarbeitern als Subunternehmerverhältnis durch D\_\_\_\_\_ noch die Tatsache etwas, dass

solches Zurverfügungstellen von Personal nicht zum Kerngeschäft des Berufungsklägers gehört. Relevant ist allein die tatsächliche Ausführung des Vertrags im vorliegenden Fall, welche gemäss den obigen Ausführungen (vorne E. 2.3.2) als Personalverleih zu qualifizieren ist. Ein solcher Personalverleih durch den Berufungskläger an die C \_\_\_\_\_ verschafft dem ausleihenden Unternehmen keinen eigenen Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (oben E. 2.1). Der Berufungskläger war im vorliegenden Fall nicht als Bauhandwerkerunternehmen tätig und fällt daher nicht unter den speziellen Schutz, welchen Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB Bauhandwerkern resp. entsprechenden Unternehmen gewährt, nicht aber den Unternehmen, welche temporär anderen Unternehmen Mitarbeitende zur Verfügung stellen.

2.4 Das Zivilgericht ist nach dem Gesagten zu Recht zum Schluss gelangt, dass die Voraussetzungen für eine Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts durch den Berufungskläger nicht erfüllt sind, weshalb die entsprechende Prosekutionsklage abgewiesen werden musste. Aus diesem Grund ist die Berufung vollumfänglich abzuweisen und das erstinstanzliche Urteil zu bestätigen.

### **E. 3**

3.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt der Berufungskläger die Prozesskosten (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

3.2 Die Gerichtskosten betragen das Ein- bis Anderthalbfache der erstinstanzlichen Gerichtskosten (§ 11 Abs. 1 Ziff. 1 der Gerichtsgebührenverordnung [GebV, SG 154.810]; zur übergangsrechtlichen Anwendbarkeit der GebV vgl. § 41 Abs. 1 des Reglements über die Gerichtsgebühren [GGR, SG 154.810]). Bei erstinstanzlichen Gerichtskosten von CHF 5'800.■ (angefochtener Entscheid, E. 5.2) werden die zweitinstanzlichen mit CHF 8'700.■ festgelegt.

3.3 Die von der unterliegenden Partei im Berufungsverfahren zu entrichtenden Parteientschädigung berechnet sich nach den für das erstinstanzliche Verfahren aufgestellten Grundsätzen, wobei in der Regel ein Abzug von einem Drittel vorzunehmen ist (§ 12 Abs. 1 Satz 1 der Honorarordnung [HO, SG 291.400]). Bei einem Streitwert von vorliegend CHF 113'256.50 beträgt das erstinstanzliche Grundhonorar CHF 9'500.■ (angefochtener Entscheid, E. 5.3). Aufgrund des Drittelabzugs für das Berufungsverfahren ergibt sich eine Parteientschädigung von gerundet CHF 6'300.■. Mit der Zusprechung einer Parteientschädigung soll der obsiegenden Partei der aus der anwaltlichen Parteivertretung im Verfahren erlittene Schaden ersetzt werden. Da die Parteientschädigung somit als Schadenersatz im Sinn von Art. 18 Abs. 2 lit. i des Mehrwertsteuergesetzes (MWSTG, SR 641.20) zu qualifizieren ist, wird darauf keine Mehrwertsteuer erhoben. Wenn die Partei durch die ihr von ihrer anwaltlichen Vertretung in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer finanziell belastet wird, rechtfertigt es sich, diesen Betrag auch bei der Bemessung der Parteientschädigung zu berücksichtigen. Fehlt eine entsprechende Belastung, so ist die Mehrwertsteuer bei der Parteientschädigung hingegen nicht zu berücksichtigen. Wenn die obsiegende Partei selbst mehrwertsteuerpflichtig ist und den Prozess im Rahmen ihrer unternehmerischen Tätigkeit geführt hat, kann sie die ihr von ihrer anwaltlichen Vertretung in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer in der Regel als Vorsteuer abziehen (Art. 28 Abs. 1 lit. a MWSTG). In diesem Fall wird die Parteientschädigung deshalb ohne Mehrwertsteuer zugesprochen, sofern die betroffene Partei nicht ausdrücklich einen Zuschlag für die Mehrwertsteuer beantragt und nachweist, dass sie durch die Mehrwertsteuer belastet ist

(AGE ZB.2017.36 vom 29. Dezember 2017 E. 3 und ZB.2017.1 vom 29. März 2017 E. 4.3). Gemäss dem UID-Register ist die Berufungsbeklagte mehrwertsteuerpflichtig. Das vorliegende Verfahren betrifft ihre unternehmerische Tätigkeit. Dass sie ausnahmsweise trotzdem durch die Mehrwertsteuer belastet sei, macht sie nicht geltend. Folglich ist ihr die Parteientschädigung für das Berufungsverfahren ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen. Das Zivilgericht sprach der Berufungsbeklagten die Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer zu. Da der Berufungskläger dies nicht beanstandet, besteht kein Anlass, den erstinstanzlichen Entscheid diesbezüglich zu ändern.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.