

# GR\_GERICHTE ZK1 2013 1 vom 16. April 2013

GR Gerichte, 2013-04-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK1 2013 1](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1_2013_1)

FR: GR\_GERICHTE ZK1 2013 1 du 16 avril 2013

IT: GR\_GERICHTE ZK1 2013 1 del 16 aprile 2013

## Regeste

vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts | Berufung ZGB Sachenrecht

## Erwägungen

### E. 7

August 2012, wie folgt verlegt wurde: StWE- Blatt Eigentümer Pfand- summe Fr. 688-1-1 W. u n d U . , H., - je zu ½ - 365.25 688-1-2 W. u n d U . , H., - je zu ½ - 365.25 688-1-3 R., E., I. 365.25 688-1-4 R., E., I. 365.25 688-1-5 T., J. 365.25 688-1-6 X. und V., K., - je zu ½ - 365.25 688-1-7 Y., L. 365.25 688-1-8 R., E., I. 365.25 688-1-9 R., E., I. 365.25 688-1-10 S., M., - je zu ½ - 365.25 688-1-11 S., M., - je zu ½ - 365.25 688-1-12 R., E., I. 365.25

Seite 3 — 18 688-1-13 R., E., I. 365.25 688-1-14 R., E., I. 365.25 688-1-15 Z., N. 365.25 688-1-16 Z., N. 365.25 688-2 S., M., - je zu ½ - 5'843.40 688-3 R., E., I. 3'207.30 688-4 W. u n d U . , H., - je zu ½ - 4'437.50 688-5 Y., L. 4'657.15 688-6 T., J. 5'755.25 688-7 Z., N. 9'665.80 688-8 X. und V., K., - je zu ½ - 4'525.35 Die Vormerkungen dieser Baupfandrechte wurden vom Grundbuchamt Hinterrhein unter dem Datum des 19.

November 2012 ins Grundbuch eingetragen. C. Gegen die erste, nachmalig revozierte provisorische Eintragung vom 2. No- vember 2012, liess sich von den betroffenen zehn Stockwerkeigentümern nur die R. als Vertreterin der StWEG „C.“ innert Frist am 19. November 2012 vernehmen. Aufgrund der neuen Eintragung vom 16. November 2012 wurde diese Stellung- nahme obsolet. D. Auf die neue provisorische Anordnung vom 16. November 2012 liess sich mit Eingabe vom 30. November 2012 erneut nur die R. vernehmen, welche als Verwalterin der StWEG und als betroffene Stockwerkeigentümerin handelte. Sie beantragte wie folgt: „1. Das Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfand- rechts für eine Pfandsumme von total CHF 43'935.30 zuzüglich 8% Zins seit dem 7. August 2011 (recte: 2012) auf den StWE-Blättern 688- 1-1 bis 688-8 in der Gemeinde B. sei abzuweisen; eventualiter sei das Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für eine Pfandsumme von total CHF 5'764.05 zuzüglich 8% Zins seit dem 7. August 2011 (recte: 2012) auf den StWEG-Blättern 688-1-3, 688-1-4, 688-1-8, 688-1-9, 688-1-12 bis 688-1-14 und 688-3 in der Gemeinde B. abzuweisen. 2. Das Grundbuchamt Hinterrhein sei anzuweisen, die superprovisorisch verfügte Vormerkung der oberwähnten Bauhandwerkerpfandrechte auf den genannten Grundstücken zu löschen. 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der gesuchstellen- den Partei.“ Zur Begründung wurde im Wesentlichen die Aktivlegitimation der Gesuchstellerin bestritten. Sodann wurde geltend gemacht, mit Ausnahme der R., welche Ei-

Seite 4 — 18 gentümerin einer Wohnung und von sieben Autoeinstellplätzen sei, sei die Schuldner eigenschaft der Gesuchsgegner mangels eines Vertrages mit der Ge- suchstellerin nicht gegeben. Ferner habe sich die Gesuchstellerin unlauterer Ma- chenschaften bedient,

welche für die Gesuchgegner die Gefahr der Doppelzahlung des Werklohns heraufbeschwören. Darüberhinaus sei festzustellen, dass das abgelieferte Werk Mängel aufweise. E. Am 3. Dezember 2012 stellte das Bezirksgericht Hinterrhein die Stellungnahme der R. an die Q. zu mit der Ankündigung, dass der Entscheid betreffend vorsorgliche Eintragung folge. F. Mit Entscheid vom 19. Dezember 2012, mitgeteilt am 21. Dezember 2012, wies der Einzelrichter am Bezirksgericht Hinterrhein das Begehren um vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts ab und wies das Grundbuchamt Hinterrhein an, nach Eintritt der Vollstreckbarkeit der vorliegenden Entscheidung die am 19. November 2012 zu Gunsten der Q. eingetragenen Vormerkungen von Bauhandwerkerpfandrechten auf den Grundstücken StWE-Blätter 688-1-1 bis 688-1-16 und 688-2 bis 688-8, im Grundbuch der Gemeinde B., zu löschen. Die Gerichtskosten in der Höhe von Fr. 1'800.-- überband die Vorinstanz der Q. und verpflichtete diese, den Gesuchsgegnern gesamthaft eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.-- zu bezahlen. Das Gericht wies dabei fast alle Einwände der R. ab; es erachtete indessen den Einwand der Gesuchsgegner als glaubhaft, dass die Arbeiten nicht von der Gesuchstellerin ausgeführt worden seien (Erwägung 5). Sodann fand der Einwand Gehör, dass die Q. sich rechtsmissbräuchlich verhalten habe, da sie gewusst habe, dass die F. AG die Arbeiten nicht an einen Subunternehmer habe weitergeben dürfen (Erwägung 6). G. Gegen diesen Entscheid reichte die Q. (nachfolgend: Berufungsklägerin) am 31. Dezember 2012 (Poststempel: 3. Januar 2013) Berufung beim Kantonsgericht von Graubünden ein. Beantragt wurde sinngemäss die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts gemäss Gesuch vom 29. Oktober 2012. Begründet wurde die Berufung damit, dass objektbezogene Rechnungen von Lieferanten (Transport der Bohrmaschinen und Gerätschaften auf die Baustelle, Materiallieferung sowie Bohrschlammentsorgung) der Firma Q. in Rechnung gestellt sowie von ihr beglichen worden seien. Dies wurde von ihr mit neuen Belegen ausgewiesen. Die Behauptung der R., Mitarbeiter der F. AG hätten die Arbeiten ausgeführt, sei ebenfalls nicht korrekt, weil ab April 2012 keine Lohnzahlungen mehr von der F. AG erfolgt seien, da ab April 2012 gar keine Mitarbeiter mehr bei der Firma angestellt

Seite 5 — 18 gewesen wären. Zudem machte die Berufungsklägerin geltend, dass die Allgemeinen Bedingungen der R. von ihr mangels Unterzeichnung nicht akzeptiert und somit auch nicht Gegenstand des Werkvertrages geworden seien. H. Am 18. Januar 2013 reichte die R. (nachfolgend: Berufungsbeklagte) ihre Berufungsantwort ein und beantragte die vollumfängliche Abweisung der Berufung, soweit auf sie eingetreten werden kann, unter Kosten- und Entschädigungsfolge für beide Instanzen zu Lasten der Berufungsklägerin. I. In der Stellungnahme vom 12. Februar 2013 (Poststempel: 13. Februar 2013) hielt die Berufungsklägerin an ihren Rechtsbegehren und ihrer Begründung der Berufung fest. Mit Schreiben vom 25. Februar 2013 verzichtete die Berufungsbeklagte auf die Einreichung einer Stellungnahme und hielt vollumfänglich an ihren Ausführungen in der Berufungsantwort fest. J. Auf die weiteren Ausführungen in den Rechtsschriften sowie im angefochtenen Entscheid wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen. II. Erwägungen 1.a) Beim vorliegend angefochtenen Entscheid über die vorsorgliche Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts handelt es sich gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung um einen Entscheid über eine vorsorgliche Massnahme (Art. 261 ff. ZPO; BGE 137 III 563 E. 3.3 mit Hinweisen auf zahlreiche Publikationen zur neuen eidgenössischen ZPO; dazu auch Rainer Schumacher, Sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte für die Anordnung des vorläufigen Grundbucheintrags

eines Bauhandwerkerpfandrechts - ZPO 6 V, in: Baurecht 2/2012, S. 72 ff.). Nach der neusten bundesgerichtlichen Rechtsprechung werden solche Entscheide fernerhin als Zwischen- und nicht mehr als Endentscheide angesehen (BGE 137 III 589 E. 1.2.3; Urteil des Bundesgerichts 5A\_541/2011 vom 3. Januar 2011; diese Rechtsprechung zusammenfassend: Rainer Schumacher, Bauhandwerkerpfandrecht: Rechtsmittel im summarischen Verfahren betreffend vorläufigen Grundbucheintrag, in: Baurecht 2/2012, S. 74 ff.). Gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. a und b ZPO sind sowohl erstinstanzliche Zwischenentscheide als auch erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen mit Berufung anfechtbar. Der gemäss Art. 308 Abs. 2 ZPO für eine Berufung in vermögensrechtlichen Angelegenheiten notwendig zu erreichende Streitwert von Fr. 10'000.-- ist vorliegend bei

Seite 6 — 18 Weitem erreicht. Die Zuständigkeit des Kantonsgerichts von Graubünden ergibt sich ferner aus Art. 7 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (EGzZPO; BR 320.100). Nach Art. 249 lit. d Ziff. 5 ZPO gilt in Angelegenheiten betreffend vorläufige Eintragung gesetzlicher Grundpfandrechte (Art. 712i, 779d, 779k und 837-839 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210]) - wie es auch vorliegend der Fall ist - das summarische Verfahren. Gleiches gilt im Übrigen auch aufgrund von Art. 249 lit. d Ziff. 11 ZPO für die Vormerkung von Verfügungsbeschränkungen und vorläufige Eintragungen im Streitfall (Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1, 961 Abs. 1 Ziff. 1 und 966 Abs. 2 ZGB). b) Gegen einen im summarischen Verfahren ergangenen Entscheid trägt die Frist zur Einreichung der Berufung und zur Berufungsantwort je 10 Tage, wobei die Berufung unter Beilage des angefochtenen Entscheides schriftlich und begründet einzureichen ist (Art. 311 i.V.m. Art. 314 ZPO). Die gegen den Entscheid des Einzelrichters des Bezirksgerichtes Hinterrhein vom 19. Dezember 2012, mitgeteilt am 21. Dezember 2012, gerichtete Berufung ging dem Kantonsgericht von Graubünden am 4. Januar 2013 (Poststempel: 3. Januar 2013) zu. Diesbezüglich gilt es festzustellen, dass die Berufung verspätet eingereicht wurde. Gemäss Track & Trace Auszug vom 14. Januar 2013 (Anhang zum vorinstanzlichen Urteil in den Akten der Vorinstanz) wurde der Entscheid des Bezirksgerichtes Hinterrhein der Berufungsklägerin am 22. Dezember 2012 zugestellt. Die zehntägige Frist zur Einreichung der Berufung begann somit am 23. Dezember 2012 und endete am 1. Januar 2013. Weil der 1. Januar ein vom Bundesrecht anerkannter Feiertag gemäss Art. 142 Abs. 3 ZPO ist, endete die Frist am nächsten Werktag, also am 2. Januar 2013. Da dieser Tag weder ein vom Bundesrecht noch vom kantonalen Recht (vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. b des Ruhetagsgesetzes von Graubünden; BR 520.100) gesetzlich anerkannter Feiertag ist, wurde die von der Berufungsklägerin mit Poststempel vom 3. Januar 2013 eingereichte Berufung (grundsätzlich) verspätet eingereicht (vgl. PKG 2001 Nr. 41). Dies ist deshalb der Fall, weil Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO vorsieht, dass der Fristenstillstand für die gesetzlichen und gerichtlichen Fristen gemäss Abs. 1 für das summarische Verfahren nicht gilt. Indessen bestimmt Art. 145 Abs. 3 ZPO, dass die Parteien auf die Ausnahmen von Abs. 2 hinzuweisen sind. Diese Hinweispflicht gilt absolut. Eine Verletzung der Hinweispflicht hat zur Folge, dass die Fristen gleichwohl stillstehen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_378/2012 vom 6. Dezember 2012, E. 5). Die Vorinstanz hat in ihrer Rechtsmittelbelehrung nur ausgeführt, dass innert 10 Tagen seit Zustellung des Entscheids schriftlich und begründet zivilrechtliche Berufung an das Kantonsgericht von Graubünden geführt werden kann. Ein Hinweis, dass der Fristenstillstand

Seite 7 — 18 vom 18. Dezember bis 2. Januar für vorliegendes summarisches Verfahren nicht gilt, findet sich indessen in der Rechtsmittelbelehrung nicht. Dies hat zur Folge, dass die Frist zur Einreichung der Berufung - mangels Hinweis auf Art. 145 Abs. 2 lit. b - erst am 3. Januar 2013 zu laufen begonnen hat, womit die Berufung mit Poststempel vom 3. Januar 2013 innert Frist eingereicht wurde. Im Übrigen wurde die Berufung auch formgerecht eingereicht. Die weiteren Prozessvoraussetzungen geben zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass, sodass auf die Berufung einzu- treten ist. 2.a) Die Berufungsbeklagte rügt, dass die Berufungsklägerin mit ihrer Berufung neue Akten eingereicht habe. Die Voraussetzung von Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO, wonach dies nur zulässig ist, wenn diese Akten trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten, sei vorliegend nicht erfüllt. Dem Einwand der Berufungsbeklagten ist nicht zu folgen. Die Berufungsklägerin hat ihr Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ohne anwaltliche Vertretung auf einem formularähnlichen Papier mit rudimentärer Begründung eingereicht, das nur die nötigsten Angaben enthielt. Dabei ging sie offensichtlich stillschweigend davon aus, dass - auch aufgrund der eingereichten Unterlagen - unbestritten sei, dass sie als Subunternehmerin die zur Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts berechtigenden Arbeiten auf der Parzelle Nr. 688 in B. auch in der Tat ausgeführt habe und dass die Beauftragung als Subunternehmerin unbeanstandet sei. In der Stellungnahme der Berufungsbeklagten vom 30. November 2012 wurden sodann die entsprechenden rechtshindernden Einwände vorgebracht, auf welche die Vorinstanz in ihrem das Gesuch abweisenden Entscheid abstellte. Die Vorinstanz erzog dabei - nachdem sie alle anderen Einwände der Berufungsbeklagten als unbegründet erachtet hatte -, aufgrund der eingereichten Unterlagen sei zu schliessen, dass die Berufungsklägerin nicht glaubhaft gemacht habe, dass sie selbst die fraglichen Arbeiten ausgeführt habe. Sodann sei der Einwand der Gegenpartei begründet, wonach die Berufungsklägerin rechtsmissbräuchlich gehandelt habe, indem sie gewusst haben musste, dass die Weitergabe des Auftrags an einen Subunternehmer ohne die Zustimmung der Bauherrin untersagt sei. Zu diesen von der Berufungsbeklagten in ihrer Stellungnahme vom 30. November 2012 vorgebrachten, für die Berufungsklägerin neuen Einwände konnte letztere im vorinstanzlichen Verfahren nicht Stellung nehmen. Dies stellt nach der Praxis des Kantonsgerichts von Graubünden eine Verletzung des Anspruchs einer Prozesspartei auf rechtliches Gehör dar. In seiner den Rechtsschriftenwechsel einleitenden Eingabe muss der Kläger bzw. Gesuchsteller nur die rechtsbegründenden Tatsachen vorbringen und braucht sich nicht im Vor-

Seite 8 — 18 aus über allfällige rechtshindernde oder rechtsaufhebende Tatsachen auszusprechen. Führt die Gegenpartei in der Prozessantwort bzw. Stellungnahme rechtshindernde oder rechtsaufhebende Tatsachen in den Prozess ein, so erfordert in aller Regel der aus der Bundesverfassung (nunmehr Art. 29 Abs. 2 BV) fliessende Grundsatz des rechtlichen Gehörs, dass dem Kläger bzw. Gesuchsteller seinerseits Gelegenheit geboten wird, zu den Vorbringen der Gegenpartei Stellung zu nehmen (PKG 1985 Nr. 22). Dasselbe gilt für Beweismittel des Prozessgegners, zu denen die klagende Partei noch nicht Stellung nehmen konnte (PKG 1988 Nr. 33). Diese Grundsätze sind sowohl im ordentlichen als auch im summarischen Verfahren zu beachten, unabhängig davon, ob das Gesetz in der Regel nur einen einfachen Schriftenwechsel vorsieht (PKG 1988 Nr. 33). Nichts geändert an dieser Praxis hat die auf den 1. Januar 2011 in Kraft getretene Schweizerische Zivilprozessordnung und die vom Bundesgericht - auch gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK - begründete Praxis zum sogenannten Replikrecht. Art. 53 Abs. 1 ZPO wiederholt den in der

Bundesverfassung verankerten Anspruch einer Partei auf rechtliches Gehör. Die herrschende Lehre leitet daraus nach wie vor ein Äusserungsrecht der Parteien ab, also das Recht der Parteien, vor einer Entscheidung - auch einer Zwischenentscheidung - zu allen entscheidungsrelevanten Sachfragen und Beweisergebnissen angehört zu werden (vgl. Göksu, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011, N 14 zu Art. 53 ZPO; Sutter-Somm/Chevalier, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2013, N 6 zu Art. 35; Hurni, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Band I, Bern 2012, N 37 zu Art. 53 ZPO). Damit im Zusammenhang steht das erwähnte Replikrecht, wonach die Parteien einen bedingungslosen Anspruch auf Zustellung und Stellungnahme zu eingegangenen Beweiseingaben, Äusserungen und Vernehmlassungen der übrigen Verfahrensparteien, anderer Instanzen und weiterer Stellen haben (Hurni, a.a.O., N 39 zu Art. 53 ZPO unter Hinweis auf BGE 137 I 195 E. 2.3.1). Wohl ist es nicht unbedingt notwendig, einen weiteren formellen Schriftenwechsel anzuordnen. Vielmehr genügt es grundsätzlich, neu eingegangene Eingaben der Verfahrensbeteiligten zur Kenntnisnahme zuzustellen; diese können sodann selbst entscheiden, ob sie (umgehend und ohne vorheriges Ersuchen um gerichtliche Fristansetzung) dazu Stellung nehmen wollen. Unterlassen sie dies, so darf grundsätzlich Verzicht auf eine weitere Äusserung angenommen werden (Hurni, a.a.O., N 40 zu Art. 53 ZPO mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Dies gilt indessen nach der neueren Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) nicht in jedem Fall. Wird - insbesondere einer nicht anwaltlich vertretenen

Seite 9 — 18 Partei - eine Eingabe eines Verfahrensbeteiligten zur blossen Kenntnisnahme zugestellt, darf nicht ohne weiteres auf einen Verzicht geschlossen werden, wenn nicht innert kurzer Frist eine entsprechende Reaktion erfolgt. Vielmehr erfordert es die richterliche Fürsorgepflicht, dass die Zustellung der neuen Eingabe mit dem Hinweis versehen wird, dass es der Partei innerhalb der Grenzen von Treu und Glauben, d.h. innerhalb einer vernünftigen Frist, freistehe, sich dazu zu äussern. Erst wenn dies nicht erfolgt, darf konventionskonform ein Verzicht auf das Replikrecht angenommen werden (Hurni, a.a.O., N 41 zu Art. 53 ZPO mit Hinweisen; vgl. auch Markus Lanter, Formeller Charakter des Replikrechts - Herkunft und Folge, in ZBl 4/2012, S. 175 f.; Urteil des Bundesgerichts 5A\_779/2010 vom 1. April 2011 sowie dessen Besprechung durch Chr. Leuenberger in ZBJV, 149, 2013, S. 234; vgl. auch BGE 138 I 484). b) Im vorliegenden Fall hat der Einzelrichter am Bezirksgericht Hinterrhein zwar die Stellungnahme der Berufungsbeklagten vom 30. November 2012 der Berufungsklägerin am 3. Dezember 2012 zugestellt. Ein Hinweis auf eine Äusserungsmöglichkeit fehlt indessen (act. IV./5). Im Gegenteil wurde das Schreiben des Bezirksgerichts Hinterrhein mit dem Hinweis abgeschlossen, dass der Entscheidung betreffend vorläufige Eintragung folge. Ein Laie konnte dies ohne weiteres so auffassen, dass als nächster Verfahrensschritt die gerichtliche Beurteilung der Parteibegehren folgt, ohne dass eine weitere Anhörung in schriftlicher oder mündlicher Form stattfindet. Implizit kommt dieser Hinweis somit einer ohnehin mit Blick auf das Replikrecht unzulässigen Feststellung des Gerichts gleich, der Schriftenwechsel sei geschlossen (BGE 132 I 42, E. 3.3.2). Im Sinne der ausgeführten Gerichtspraxis hätte die Vorinstanz deshalb zumindest die Zustellung der Stellungnahme der Gesuchgegnerin mit dem Hinweis verbinden müssen, dass die Gesuchstellerin sich innert kurzer Frist dazu äussern könne. Da dies unterlassen wurde, liegt eine Verletzung des

Anspruchs der Berufungsklägerin auf rechtliches Gehör vor. c) Nicht jede Verletzung des rechtlichen Gehörs führt indessen zur Aufhebung des mit diesem Mangel behafteten Entscheides. Ausnahmsweise kann eine Gehörsverletzung im Rechtsmittelverfahren geheilt werden, wenn die Rechtsmittelinstanz über die gleiche Kognition in Tat- und Rechtsfragen verfügt wie die Vorinstanz und die Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht gravierend ist (vgl. PKG 2007 Nr. 13; Hurni, a.a.O., N 83 zu Art. 53 ZPO; Sutter-Somm/Chevalier, a.a.O., N 27 zu Art. 53 ZPO; Göksu, a.a.O., N 40 zu Art. 53 ZPO mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Vorliegendenfalls lässt sich die Annahme, dass die Gehörsverweigerung nicht besonderes schwerwiegend war, noch vertreten.

Seite 10 — 18 Zudem ist die Kognition des Kantonsgerichts im Berufungsverfahren weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht eingeschränkt. Es rechtfertigt sich daher, den Mangel mit der Durchführung des Berufungsverfahrens als geheilt zu betrachten. Dies kann indessen nur unter der Voraussetzung geschehen, dass der Gesuchstellerin im Rechtsmittelverfahren die gleichen Möglichkeiten eingeräumt werden, sich zu äussern und Beweismittel einzureichen, wie sie dies bei einer ordentlichen Durchführung des vorinstanzlichen Verfahrens hätte tun können bzw. müssen. Da sie in einem weiteren Schriftenwechsel vor dem Einzelrichter am Bezirksgericht Hinterrhein entsprechende Gegenbehauptungen zur Stellungnahme der Gesuchsgegnerin hätte vorbringen und auch diesbezüglich neue Urkunden hätte einreichen können, ist ihr dies in Abweichung von den Einschränkungen gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO auch im Berufungsverfahren zu gestatten. Dies führt dazu, dass die neuen Tatsachenbehauptungen in der Berufungsschrift, welche sich auf die rechthindernden Einwände in der Stellungnahme der Gesuchsgegnerin vom 30. November 2012 beziehen, und die im Rechtsmittelverfahren neu eingereichten Beweismittel, zuzulassen sind. 3.a) Wie bereits erwähnt, findet vorliegend gemäss Art. 249 lit. d Ziff. 5 ZPO das summarische Verfahren Anwendung. Hierbei handelt es sich um ein beschränktes Verfahren, dessen typische Merkmale Flexibilität und Schnelligkeit sind. Dem Zweck des summarischen Verfahrens entsprechend sind grundsätzlich nur sofort greifbare, das heisst liquide Beweismittel zulässig, denn nur solche können ohne Verzug abgenommen werden. Entsprechend ist gemäss Art. 254 Abs. 1 ZPO der Beweis grundsätzlich und in erster Linie durch Urkunden zu erbringen. Andere Beweismittel werden nur ausnahmsweise, d.h. unter den Voraussetzungen von Art. 254 Abs. 2 ZPO zugelassen. Damit ist klar, dass der Urkundenbeweis im summarischen Verfahren das im Vordergrund stehende Beweismittel darstellt. Auch im summarischen Verfahren muss grundsätzlich der volle Beweis abgenommen werden. Die Beschränkung der Beweismittel in Art. 254 ZPO führt mithin nicht zu einer Beschränkung des Beweismasses. Ausnahmen im Sinne einer Beschränkung des Beweismasses auf Glaubhaftmachung gelten nur, wo diese im Gesetz speziell vorgesehen sind, was nach Art. 961 Abs. 3 ZGB gerade bei der vorläufigen Eintragung ins Grundbuch der Fall ist (vgl. Stephan Mazan, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 1 ff. und N 10 zu Art. 254; ferner Myriam A. Gehri/Michael Kramer, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Zürich 2010, N 1 ff. zu Art. 254; Marco Chevalier, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., N 1 ff. zu Art. 254). Die vor-

Seite 11 — 18 läufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB wird demgemäss durch den Richter verfügt, wenn der Anspruch glaubhaft gemacht wurde. Glaubhaft gemacht ist eine

Tatsache schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sich die behauptete Tatsache nicht verwirklicht haben könnte. Das Beweismass der blossen Glaubhaftmachung ist im summarischen Verfahren betreffend die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes ins Grundbuch besonders stark herabgesetzt. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung darf die vorläufige Eintragung nur verweigert werden, wenn das beantragte Bauhandwerkerpfandrecht als ausgeschlossen erscheint oder höchst unwahrscheinlich ist. Im Zweifelsfall, namentlich bei unklarer oder unsicherer Rechtslage, ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen beziehungsweise die aufgrund einer superprovisorischen Verfügung bereits erfolgte vorläufige Eintragung zu bestätigen und der Entscheid über die Berechtigung des Baupfandrechts dem Hauptprozess betreffend definitive Eintragung zu überlassen (Rainer Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Auflage, Zürich 2008, N 1394 ff.; Jürg Schmid, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 4. Auflage, Basel 2011, N 16 zu Art. 961). Nach Art. 961 Abs. 3 ZGB hat der Unternehmer allerdings keinen absoluten Anspruch auf den vorläufigen Grundbucheintrag. Bereits im summarischen Verfahren darf die Gerichtsbehörde den Anspruch auf ein Baupfandrecht umfassend abklären und das Gesuch um den vorläufigen Grundbucheintrag ablehnen, wenn der Baupfandanspruch ausgeschlossen ist (Schumacher, Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O., N 1394 in fine). b) Die Beschränkung der zulässigen Beweismittel im summarischen Verfahren auf die sofort greifbaren und der Ausschluss von Beweismitteln, deren Abnahme längere Zeit in Anspruch nimmt (v.a. Zeugeneinvernahmen, Gutachten), aber im ordentlichen Verfahren zulässig sind, führen dazu, dass ein Begehren um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes nur abgelehnt werden kann, wenn der Pfandanspruch praktisch ausgeschlossen ist und der Nachweis des Bauhandwerkerpfandrechtes mit den vollen Beweismöglichkeiten des ordentlichen Verfahrens faktisch undenkbar ist. Besteht noch eine einigermaßen realistische Möglichkeit, den entsprechenden Beweis im nachfolgenden ordentlichen Prozess zu führen, ist das Begehren um vorläufige Eintragung gutzuheissen, da die Folgen für den schon im Massnahmeverfahren abgewiesenen Unternehmer zu einschränkend wären (vgl. Schumacher, Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Auflage, Zürich 2011, N 628).

Seite 12 — 18 c) Nachdem die Vorinstanz in den Erwägungen 4.4 bis 4.6 verschiedene Einwände der Gesuchsgegnerin als in diesem Verfahren unbegründet abgelehnt hat (Sachmängel, Passivlegitimation der weiteren Stockwerkeigentümer, Risiko der Doppelzahlung), kommt sie in Erwägung 5 mit der Gesuchsgegnerin zum Schluss, die Gesuchstellerin habe nicht glaubhaft nachgewiesen, dass sie selbst (und nicht die F. AG) die Erdsondenarbeiten ausgeführt habe. Dies begründet sie damit, dass mit Ausnahme der Werklohn-Rechnung vom 7. August 2012 die relevanten Beweisunterlagen überwiegend nur auf die F. AG Bezug nehmen würden. Dass die Abtretung des Auftrages an die Berufungsklägerin fiktiv gewesen sei, sei auch aus einer zeitlich nachgehenden Ankündigung von G. zu schliessen, womit praktisch eingestanden sei, dass der im Juli 2012 ausgeführte Bohrauftrag noch durch die F. AG selbst ausgeführt worden sei. Damit würden weiter die Tatsachen übereinstimmen, dass der spätere Garantieschein und die Rückweisung der Mängelrüge ebenfalls von der F. AG stammen würden. Die Gesuchstellerin habe bloss Rechnungen gestellt und nicht glaubhaft gemacht, dass sie auf dem Grundstück gearbeitet habe. Die Beweislage spreche überwiegend dafür, dass die

Arbeiten von der F. AG nur zum Schein an eine Subunternehmerin (Berufungsklägerin) vergeben worden, jedoch effektiv von der F. AG ausgeführt worden seien, womit das Gesuch bereits mangels glaubhafter Lieferung von Material bzw. Arbeit durch die Gesuchstellerin abzuweisen sei. Dem hält die Berufungsklägerin in ihrer Berufungsschrift entgegen, dass objektbezogene Rechnungen von Lieferanten (Transport der Bohrmaschinen und Gerätschaften auf die Baustelle, Materiallieferung sowie Bohrschlammentsorgung) der Firma Q. in Rechnung gestellt sowie von ihr beglichen worden seien. Die Behauptung der Berufungsbeklagten, dass Mitarbeiter der F. AG die Arbeiten ausgeführt hätten, sei ebenfalls nicht korrekt, weil ab April 2012 keine Lohnzahlungen mehr von der F. AG erfolgt seien, da ab April 2012 gar keine Mitarbeiter mehr bei der Firma angestellt gewesen wären. d) In der Tat kann die Darstellung der Berufungsklägerin nicht völlig von der Hand gewiesen werden und es erscheint nicht ausgeschlossen, dass die von der Bauherrschaft vorgebrachten Zweifel, ob die Berufungsklägerin die fraglichen Arbeiten ausgeführt hat, in einem ausgedehnteren Beweisverfahren ausgeräumt werden können und die zur Zeit bestehende zweideutige Beweislage sich im ordentlichen Verfahren etwa durch Zeugen (eingesetzte Arbeiter, Einsatzpläne, Lohnzahlungen etc.) aufhellt. Zutreffend ist wohl, dass im Verlaufe der Ausführung des Bohrauftrages auch Briefpapier bzw. Formulare (Bohrprotokolle, act. III./B6) mit dem Briefkopf der Firma F. AG verwendet wurden und offenbar auch das Garantieschreiben auf Papier der F. AG ausgestellt wurde (act. III./B10). Dies lässt

Seite 13 — 18 sich unter Umständen damit erklären, dass die F. AG im Verlaufe des Jahres 2012 (per 1. Oktober 2012) in Konkurs fiel und die Berufungsklägerin jetzt die Nachfolgefirma der F. AG ist, welche nicht nur personell stark miteinander verbunden (vgl. act. III./B3 und B4) sind, sondern die Berufungsklägerin auch Material der F. AG in Liquidation übernommen hat (vgl. das Schreiben des Konkursamtes St. Gallen vom 9. November 2012, act. B.8 des Berufungsverfahrens). Für die Angaben der Berufungsklägerin, dass sie selbst den Auftrag ausgeführt hat, sprechen verschiedene Umstände. Einmal besteht eine schriftliche „Auftragsvergabe im Unterakord“ der F. AG vom 1. Juli 2012, die vom damaligen Verwaltungsrat der F. AG mit Einzelunterschriftberechtigung (G.) rechtsgültig unterzeichnet ist (act. II./K1). Sodann wurden verschiedene Unternehmensrechnungen, welche auf die Baustelle in B. Bezug nehmen, an die Berufungsklägerin gerichtet (insbesondere für Transporte und Entsorgungen [act. B.2 bis B.6 der Berufungsakten]). Ebenso wurde die Rechnung für die Auftragsausführung vom 7. August 2012 von der Berufungsklägerin gestellt (act. II./K3). Schliesslich ging auch das Konkursamt St. Gallen davon aus, dass in der Tat der Auftrag von der Berufungsklägerin übernommen und ausgeführt wurde. Im Schreiben vom 9. November 2012 an die Berufungsklägerin hält das Konkursamt nämlich fest, dass die F. AG für die Abtretung des Auftrags eine Entschädigung zu gute habe (act. B.8 und B.9 der Berufungsakten). Das Konkursamt ging in diesem Schreiben sogar soweit, der Berufungsbeklagten bestätigen zu wollen, dass die Konkursverwaltung keine Ansprüche am Auftrag „C. MFH, B.“ geltend mache. Eine Gefahr der Doppelzahlung bestand somit nicht wirklich - und trotzdem ist offenbar keine Begleichung der Rechnung erfolgt. Unter diesen Umständen ergibt sich kein eindeutiger Schluss zugunsten der Auffassung der Berufungsbeklagten und der Vorinstanz, so dass aufgrund der bestehenden Beweislage kein Grund besteht, der Gesuchstellerin aus dem erwähnten Grund die vorläufige Eintragung des beantragten Bauhandwerkerpfandrechts zu verwehren. 4.a) Schliesslich begründet die Vorinstanz die Abweisung des Gesuchs der Berufungsklägerin damit, sie habe sich bei der Übernahme des Auftrags von der F. AG

bösgläubig verhalten, da sie gewusst habe, dass die Bauarbeiten gemäss Werkvertrag nicht ohne schriftliche Zustimmung der Bauherrin auf Dritte übertragen werden durften. Dagegen bringt die Berufungsklägerin vor, die fragliche Zustimmung sei nicht im Werkvertrag enthalten gewesen, sondern lediglich in den Allgemeinen Bedingungen der Ausschreibungsunterlagen. Diese seien nach den Vertragsverhandlungen nicht in den Werkvertrag übernommen worden. b) Auszugehen ist vom Grundsatz, dass der Unternehmer grundsätzlich die im Werkvertrag festgelegten Arbeiten durch einen Subunternehmer ausführen lassen

Seite 14 — 18 kann und dass in diesem Fall der Subunternehmer baupfandberechtigt ist (Schumacher, Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband, a.a.O., N 196 f.). Ebenso kann der beklagte Grundeigentümer dem Grundsatz nach den Grundbucheintrag eines Baupfandrechts auch nach den revidierten Bestimmungen über das Bauhandwerkerpfandrecht nicht mit dem Einwand verhindern, der Abschluss eines Subunternehmervertrags sei überhaupt oder mit dem klagenden Subunternehmer nicht erlaubt gewesen. Anders verhält es sich hingegen, wenn der Subunternehmer wusste oder wissen musste, dass die Weitergabe der betreffenden Bauarbeit an ihn, den klagenden Subunternehmer, überhaupt unerlaubt war (Schumacher, Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband, a.a.O., N 216 f.). c) Im vorliegenden Fall ist es wohl zutreffend, dass in den Allgemeinen Bedingungen der Bauherrin die Klausel enthalten war, dass die Weitergabe von jeglichen Arbeiten durch den Unternehmer an Dritte (Subunternehmer) von der Bauherrin vorher schriftlich genehmigt werden müsse. Ob die Behauptung der Berufungsklägerin in der Tat zutrifft, diese Klausel sei nicht zum Werkvertragsbestandteil geworden, obwohl der Vertreter der vertragsschliessenden F. AG (G.) offensichtlich selbst auf dem Abdruck der Allgemeinen Bedingungen handschriftlich die Versicherungsleistung und die Versicherungsgesellschaft eingetragen hat und dieser als Seite 2 der von der F. AG unterzeichneten Offerteingabe angehängt war, muss in diesem Verfahren nicht abschliessend beurteilt werden. Bezüglich der rechtlichen Wirkungen der fraglichen Vertragsbestimmung unter den konkreten Umständen bestehen indessen offene Fragen, die sich nicht in einem summarischen Verfahren beantworten lassen und einer vertieften Beweisführung und Prüfung in einem ordentlichen Verfahren bedürfen. Zunächst wäre zu klären, ob die schriftliche Zustimmung überhaupt Gültigkeitserfordernis für eine Abtretung der Arbeiten durch die F. AG an die Berufungsklägerin war; dies auch vor dem Hintergrund, dass die Berufungsklägerin faktisch die Nachfolgefirma der F. AG in Liquidation ist und es fraglich war, ob die F. AG angesichts der zweifellos schon damals bestehenden prekären finanziellen Situation überhaupt in der Lage war, den Auftrag auszuführen. Näher zu untersuchen ist sodann, ob es der Bauherrin oder ihrem Vertreter nicht schon während der Bauausführung hätte bewusst werden müssen - oder es sogar war -, dass die Berufungsklägerin die Bohrungen vornahm, und sie nicht schon dann hätte dagegen einschreiten müssen. Schliesslich ergibt sich aus den bis jetzt vorliegenden Akten nicht, dass die Berufungsbeklagte spätestens nach Zustellung der Rechnung vom 7. August 2012 gegen dieses Vorgehen remonstriert hätte. Erst nach Erhalt der Mahnung vom 23. September 2012 erhob die Berufungsbeklagte (O.) den Einwand, die Berufungsklägerin sei gar

Seite 15 — 18 nicht ihre Vertragspartei (Mail vom 3. Oktober 2102, III./act. B8). Ob ein solches Verhalten vor dem Grundsatz von Treu und Glauben standhält und ob die Berufung auf die genannte Vertragsklausel erst im späteren Verfahren betreffend vorläufige

Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nicht ihrerseits rechtsmissbräuchlich ist, wäre im ordentlichen Eintragungsverfahren vertieft zu prüfen. Auf jeden Fall erscheint es unter den gegebenen Umständen nicht als gerechtfertigt, den Pfandanspruch aufgrund eines angeblich bösgläubigen Verhaltens der Gesuchstellerin bereits im summarischen Verfahren betreffend vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts (definitiv) abzuweisen. 5. Da die Berufungsbeklagte auf die weiteren, vor der Vorinstanz ebenfalls vorgebrachten Einwände gegen die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts nicht substantiiert eingeht, ist darauf nicht mehr zurückzukommen. Die Berufung ist aus allen diesen Gründen gutzuheissen. Ebensowenig besteht Anlass, auf die Höhe des gesamten Pfandanspruchs und die Aufteilung auf die einzelnen Stockwerkeinheiten näher einzugehen. Die Höhe entspricht der Rechnung vom 7. August 2012 und die Aufteilung kann von der superprovisorischen Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht Hinterrhein vom 16. November 2012 übernommen werden. 6. Der Berufungsklägerin ist schliesslich Frist zur Einreichung der Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts anzusetzen. In diesem ordentlichen Klageverfahren ist auch über die Höhe der Forderung zu befinden, soweit sie von den Beklagten nicht anerkannt ist (vgl. Schumacher, Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O., N 1415 und 1511). Als angemessen erscheint die Ansetzung einer Klagefrist bis zum 1. September 2013. Das vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht fällt dahin, wenn die ordentliche Klage nicht rechtzeitig eingereicht wird. 7.a) Bei diesem Verfahrensausgang sind die Kosten für das vorinstanzliche Verfahren, falls die Berufungsklägerin Klage auf definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts einreicht, nur vorläufig zu regeln. Insofern werden die Kosten des vorinstanzlichen einzelrichterlichen Verfahrens am Bezirksgericht Hinterrhein vorläufig dahingehend geregelt, dass die Gerichtskosten in der Höhe von Fr. 1'800.-- unter Vorbehalt der definitiven Kostenregelung im Hauptverfahren zu Lasten der Berufungsklägerin gehen (Schumacher, Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O., N 1407 f). Bezüglich der Kosten für das Berufungsverfahren vor dem Kantonsgericht von Graubünden gilt es festzuhalten, dass diese überhaupt erst entstanden sind, weil der Einzelrichter am Bezirksgericht Hinterrhein das rechtliche

Seite 16 — 18 Gehör der Berufungsklägerin verletzt hat. Insofern können die Kosten für das Berufungsverfahren in der Höhe von Fr. 3'000.-- nicht der Berufungsklägerin auferlegt werden (vgl. PKG 2007 Nr. 13 E. 5). Es stellt sich somit die Frage, ob die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens der Gegenpartei auferlegt werden können. Es ist nicht ausgeschlossen, dass die Vorinstanz mit einer korrekten Durchführung des Verfahrens und demnach unter Berücksichtigung der Gegenargumente und weiterer Urkunden der Gesuchstellerin zu einem anderen Schluss gekommen wäre. In Anwendung von Art. 108 ZPO gehen die Kosten des Berufungsverfahrens deshalb zu Lasten des Bezirksgerichts Hinterrhein. b) Die aussergerichtlichen Kosten für das Verfahren vor der Vorinstanz sind erst im ordentlichen Klageverfahren zu regeln (vgl. Schumacher, Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O., N 1408). Für das Berufungsverfahren hat die Berufungsbeklagte keinen Anspruch auf eine aussergerichtliche Entschädigung, da sie die vollumfängliche Abweisung der Berufung beantragt und sich dieser Antrag als unbegründet erwiesen hat. Der Berufungsklägerin steht aus obigen Gründen eine ausseramtliche Entschädigung zu Lasten der Vorinstanz zu. Da sie im Berufungsverfahren jedoch nicht anwaltlich vertreten war, steht ihr nur eine Umtriebsentschädigung zu, wobei deren Höhe auf Fr. 1'000.-- festgelegt wird.

Seite 17 — 18 III.

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