

# GR\_GERICHTE ZK1 2013 76 vom 24. Oktober 2013

GR Gerichte, 2013-10-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK1\\_2013\\_76](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1_2013_76)

FR: GR\_GERICHTE ZK1 2013 76 du 24 octobre 2013

IT: GR\_GERICHTE ZK1 2013 76 del 24 ottobre 2013

## Regeste

vorläufige Eintragung eines provisorischen Bauhandwerkerpfandrechts | Berufung ZGB Sachenrecht

## Erwägungen

### E. 31

August 2012 auf der StWE-Parzelle Nr.\_\_\_\_\_, Grundstück Nr.\_\_\_\_\_ Grundbuch Chur, im Eigentum von X.\_\_\_\_\_, vorzumerken. b) Die grundbuchamtlichen Kosten gehen zu Lasten der Y.\_\_\_\_\_ AG. 2. Der Y.\_\_\_\_\_ AG wird eine Frist bis zum 4. Oktober 2013 zur Einreichung der Klage auf Eintragung des Pfandrechts angesetzt. Bei ungenutztem Ablauf der Frist wird die Vormerkung der vorläufigen Eintragung ohne weiteres von Amtes wegen gelöscht.

Seite 3 — 14 3.a) Die Gerichtskosten in Höhe von CHF 1'500.00 (Entscheidgebühr) gehen zu Lasten von X.\_\_\_\_\_ und werden mit dem von der Y.\_\_\_\_\_ AG geleisteten Vorschuss verrechnet. b) X.\_\_\_\_\_ hat die Y.\_\_\_\_\_ AG mit CHF 300.00 (inkl. Barauslagen und MwSt.) aussergerichtlich zu entschädigen und ihr den geleisteten Vorschuss in Höhe von CHF 1'500.00 zu ersetzen. 4. [Rechtsmittelbelehrung] 5. [Mitteilung]“ E. Gegen diesen Entscheid reichte X.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Berufungskläger) am 15. Juli 2013 Berufung beim Kantonsgericht von Graubünden ein. Darin beantragte der Berufungskläger, den Entscheid des Bezirksgerichts Plessur vom 2. Juli 2013 aufzuheben und das Begehren um vorläufige Eintragung eines gesetzlichen Pfandrechts gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB abzuweisen. Eventualiter sei das Verfahren zur Neuurteilung an das Bezirksgericht Plessur zurückzuweisen. Dies unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich der Mehrwertsteuer zu Lasten der Berufungsbeklagten. Zur Begründung führte der Berufungskläger im Wesentlichen die fehlende Passivlegitimation an. Vorliegend gehe es um die Sanierung des Flachdaches, also um Arbeiten an einem zwingend gemeinschaftlichen Teil der Liegenschaft. Er sei als einzelner Stockwerkeigentümer beziehungsweise als einzelner Miteigentümer an den gemeinschaftlichen Teilen der Liegenschaft jedoch nicht passivlegitimiert. Des Weiteren seien die letzten Arbeiten an der Terrasse durch die Berufungsbeklagte im November 2012 ausgeführt worden. Die Berufungsbeklagte habe aufgrund des Zahlungsverzugs des Bauherrn die Arbeiten eingestellt, weshalb die viermonatige Verwirkungsfrist zur Eintragung des Pfandrechts spätestens Ende März 2013 abgelaufen sei. Schliesslich seien an der Richtigkeit des Forderungsbetrags von Fr. 54'245.20 aufgrund der nicht nachvollziehbaren Differenz von rund Fr. 20'000.-- zum ersten Begehren erhebliche Zweifel anzubringen, weshalb der Forderungsbetrag nicht glaubhaft gemacht worden sei. F. Mit Berufungsantwort vom 2. August 2013 (Poststempel: 5. August 2013) nahm die Y.\_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Berufungsbeklagte) Stellung zur erhobenen Berufung und beantragte, die Berufung des

Berufungsklägers sei vollumfänglich abzuweisen und der Entscheid des Bezirksgerichtes Plessur vom 2. Juli 2013 zu bestätigen. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. Mehrwertsteuer) seien dem Berufungskläger aufzuerlegen. Begründend führte die Berufungsbeklagte an, dass der Werkvertrag vom 16. Juni/21./31. Juli 2011 auf die Vereinbarung vom 27./29./31. Mai 2011 hinweise. Sinngemäss werde darin festgehalten, dass nicht

Seite 4 — 14 nur die Stockwerkeigentümergeinschaft, sondern auch der Berufungskläger als Bauherr auftrete. Auch beschränke sich der durch die ausgeführten Arbeiten entstandene Mehrwert auf seine Stockwerkeinheit. Zusätzliche Arbeiten seien nötig gewesen und diese habe der Berufungskläger auch vor der Vorinstanz akzeptiert. Von einer Einstellung der Arbeiten könne auch nicht gesprochen werden. Vielmehr liege es am Berufungskläger, dass die Arbeiten weiter ausgeführt würden. Beispielsweise seien, wie dem Werkvertrag vom 16. Juni/21./31. Juli 2011 zu entnehmen sei, die Bodenplatten auf dem Terrassenboden noch zu verlegen. Schliesslich sei auch trotz mehrmaliger Aufforderung die Auswahl des weiteren Baumaterials durch den Berufungskläger nicht erfolgt. G. 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 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 An-

Seite 5 — 14 gelegenheiten 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 beträgt 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 in Zivilsachen des Bezirksgerichtes Plessur vom 2. Juli 2013, mitgeteilt am 4. Juli 2013, gerichtete Berufung wurde dem Kantonsgericht von Graubünden am 15. Juli 2013 zugestellt. Diesbezüglich gilt es festzustellen, dass die Berufung frist- und formgerecht eingereicht wurde. Die weiteren Prozessvor- aussetzungen geben zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass, sodass auf die Berufung einzutreten ist. 2.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 abge- nommen werden. Die Beschränkung der Beweismittel in Art. 254 ZPO führt mithin nicht zu einer Beschränkung des Beweismasses. Ausnahmen im Sinne einer Be- schränkung 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, Schweizeri- sche 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

Seite 6 — 14 Hasenböhler/Christoph Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl., Zürich 2013, N 1 ff. zu Art. 254). Die vorläufi- ge Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB wird demgemäss durch den Richter ver- fügt, wenn der Anspruch glaubhaft gemacht wurde. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente spre- chen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sich die be- hauptete Tatsache nicht verwirklicht haben könnte. Das Beweismass der blossen Glaubhaftmachung ist im summarischen Verfahren betreffend die vorläufige Ein- tragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes ins Grundbuch besonders stark her- abgesetzt. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung darf die vorläufige Ein- tragung 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 Eintra- gung zu überlassen (Rainer Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Auf- lage, 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. Be- reits im summarischen Verfahren darf die Gerichtsbehörde den Anspruch auf ein Baupfandrecht umfassend abklären und das Gesuch um den vorläufigen Grund- bucheintrag ablehnen, wenn der Baupfandanspruch ausgeschlossen ist (Schuma- cher, 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 Bauhandwerkerpfandrechts nur abgelehnt werden kann, wenn der Pfandanspruch praktisch ausgeschlossen ist und der Nachweis des Bauhandwerkerpfandrechts 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 ein-

Seite 7 — 14 schränkend wären (vgl. Schumacher, Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Auflage, Zürich 2011, N 628). 3. Der Berufungskläger rügt in seiner Berufung, er sei im vorliegenden Fall nicht passivlegitimiert. Im Konkreten ist der Berufungskläger der Auffassung, die von der Y. \_\_\_\_\_ AG ausgeführten Arbeiten betreffen gemeinschaftliche Bauteile der zu Stockwerkeigentum ausgeschiedenen Liegenschaft, so dass lediglich die Stockwerkeigentümergeinschaft passivlegitimiert sein könne. Es gehe bei der Sanierung des Flachdaches um Arbeiten an einem zwingend gemeinschaftlichen Teil der Liegenschaft. Die Zugehörigkeit des Daches als elementarer Teil der Gebäudehülle zu den gemeinschaftlichen bestehe immer, auch wenn das Dach mit einem Sondernutzungsrecht belastet ist. Die pfandrechtliche Belastung habe folglich nicht auf dem Stockwerkeigentumsanteil des Berufungsklägers, sondern bei allen Miteigentumsanteilen nach Massgabe der jeweiligen Wertquoten zu erfolgen (act. A.1, II. Materielles, Ziffer 2 der Berufung vom 15. Juli 2013). Diese Ausführungen greifen - wie nachfolgend darzulegen sein wird - zu kurz. Grundsätzlich hat die Passivlegitimation die Frage zum Inhalt, wer hinsichtlich des streitigen Anspruchs materiell-rechtlich verpflichtet und demzufolge als beklagte Partei in den Prozess einzubeziehen ist (Stahelin/Stahelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, § 13 N 20). Dazu ergibt sich folgendes: Unbestritten ist wohl, dass das Dach, welches teilweise auch die Terrasse der Stockwerkeinheit des Berufungsklägers bildet, sachenrechtlich ein gemeinschaftlicher Gebäudeteil ist (vgl. dazu die Ausführungen des Berufungsklägers unter II. Materielles, Ziffer 2.1 der Berufung vom 15. Juli 2013, mit weiteren Hinweisen auf Wermelinger, Das Stockwerkeigentum, Zürich 2010, N 151 zu Art. 712b ZGB; vgl. Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 100 N 43; vgl. auch Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, N 1023). Darauf kommt es indes nicht ausschliesslich an. Wie im Stockwerkeigentum üblich wird die Dachterrasse als Sondernutzungsrecht zugunsten der X. \_\_\_\_\_ gehörenden Stockwerkeinheit ausgeschieden sein, was vom Berufungskläger in seiner Berufungsschrift denn auch bestätigt wird (act. A.1, II. Materielles, Ziffer 2.3 der Berufung). Hierzu ist einleitend noch folgendes anzumerken: Das Stockwerkeigentum ist der Miteigentumsanteil an einem Grundstück, der dem Miteigentümer das Sonderrecht gibt, bestimmte Teile eines Gebäudes ausschliesslich zu benutzen und innen auszubauen (Art. 712a Abs. 1 ZGB). Gegenstand des Sonderrechts können einzelne Stockwerke oder Teile von Stockwerken sein, die als Wohnung oder als Einheit von Räumen zu geschäftlichen oder anderen Zwecken mit eigenem Zugang in Seite 8 — 14 sich abgeschlossen sein müssen, aber getrennte Nebenräume umfassen können (Art. 712b Abs. 1 ZGB). Die ausschliesslichen Benutzungsrechte (Sondernut-

zungsrechte) sind vom Sonderrecht zu unterscheiden. Die ausschliesslichen Benutzungsrechte umfassen Bauteile, Anlagen und Grundstücksteile, die nicht zu Sonderrecht ausgeschieden werden können, die aber trotzdem nur von einem bestimmten Stockwerkeigentümer benutzt werden sollen (Balkone, Gartensitzplätze, Dachterrassen etc.). Diese ausschliesslichen Benutzungsrechte werden entweder im Reglement oder in der Begründungsurkunde als solche ausgeschieden und in den Plänen entsprechend gekennzeichnet (vgl. Schmid/Hürlimann-Kaup, a.a.O., N. 1023, mit weiteren Hinweisen). Für den vorliegend zu beurteilenden Fall bedeutet dies, dass die Terrasse des Berufungsklägers nicht allen anderen Stockwerkeigentümern zur Verfügung steht, sondern das Nutzungsrecht ausschliesslich dem Eigentümer der Stockwerkeinheit Nr. \_\_\_\_\_ zusteht. In diesem Zusammenhang drängt sich die Darstellung der Regelung zur Aufteilung des Pfandanspruchs bei derart komplizierten Verhältnisse auf. Schumacher (vgl. a.a.O., N 798 ff.) weist unter Bezugnahme auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (vgl. dazu das Urteil des Bundesgerichts 111 II 31 vom 17. Januar 1985, insbesondere E. 4, wonach grundsätzlich alle Bestandteile und Gebäude des Grundstückes, an welchem Stockwerkeigentum besteht, zu einer Einheit verbunden werden. Arbeitsleistungen und Materiallieferungen des Bauhandwerkers wachsen daher wertmässig unmitelbar der im Miteigentum der Stockwerkeigentümer stehenden Liegenschaft an) auf die Verteilungsmethode nach dem Akzessionsprinzip hin. Dabei wird davon ausgegangen, dass bauliche Aufwendungen, die nicht einer einzelnen Stockwerkeinheit beziehungsweise einem einzelnen Sonderrecht zugewiesen werden können, sondern für sogenannte gemeinschaftliche Anlagen erfolgten, quotenproportional allen Stockwerkeinheiten zu belasten sind, auch wenn diese Anlagen ausschliesslich einem einzigen Gebäude oder nur einem Teil eines Gebäudes einer im Stockwerkeigentum stehenden Überbauung nützen (Schumacher, a.a.O., N 800). Schumacher ist demgegenüber der Auffassung, dass sachenrechtliche Überlegungen kein Verteilungskriterium abzugeben vermögen. Was das Eigentum anbelange, gebe es keine verschiedenen Bestandteile, also weder Alleineigentum an einem Stockwerk noch (davon abgegrenztes) teilweise gemeinschaftliches Eigentum. Mit dem Sonderrecht werde das Akzessionsprinzip beim Stockwerkeigentum auch nicht bloss teilweise durchbrochen. Sachenrechtlich sei alles Miteigentum, auch alle Bestandteile, die den Sonderrechten der Stockwerkeigentümer zugewiesen seien. Wenn ein einzelner Miteigentümer die ihm zugewiesenen Räume teurer ausbaue, würden die entsprechenden Bauteile zufolge des Akzessionsprin-

Seite 9 — 14 zips zu Bestandteilen des gemeinschaftlichen Eigentums (Miteigentums) und erhöhten ebenfalls den Gesamtwert des Stammgrundstücks. Davon profitierten die allfälligen Gläubiger mit Grundpfandrechten zulasten des Stammgrundstücks. Das Akzessionsprinzip sei deshalb kein Verteilungskriterium (vgl. dazu eingehend Schumacher, a.a.O., N 804 ff.). Anzuknüpfen sei vielmehr bei den ausschliesslichen Verfügungsrechten, welche das Sonderrecht mit seinem räumlichen Bezug dem einzelnen Stockwerkeigentümer verschaffe. Die Antwort auf die Frage, ob eine Stockwerkeinheit überhaupt und, wenn ja, in welcher Höhe belastet werden dürfe, hänge davon ab, ob die fraglichen Bauarbeiten den Wert der betreffenden Stockwerkeinheit tatsächlich erhöht hätten beziehungsweise zur konkreten Vermehrung des Wertes der betreffenden Stockwerkeinheit geeignet seien (Mehrwert- oder Wertschöpfungsprinzip; Schumacher, a.a.O., N 805 f.). Die Auffassung von Schumacher hat einiges für sich; indessen muss diese Streitfrage im vorliegenden Fall aus folgenden Gründen nicht entschieden werden. Gemäss dem Werkvertrag vom 16. Juni/21./31. Juli 2011 (Vorinstanz act. II./1 und 5) trat

der Berufungskläger nämlich direkt als Besteller auf. So wird X.\_\_\_\_\_ im soeben erwähnten Werkvertrag explizit als Partei und Bauherr aufgeführt. Demnach bestimmte er selbst - und nicht etwa die Stockwerkeigentümergeinschaft - , welche Arbeiten, im speziellen für seine Stockwerkeinheit beziehungsweise für seine im Sondernutzungsrecht stehende Dachterrasse, auszuführen waren. Die von ihm bestellten Bauarbeiten sind unter diesem Aspekt ohne weiteres pfandbe- rechtigt (vgl. Schumacher, Ergänzungsband, N 194, wonach die Bauarbeiten, die vom Grundeigentümer direkt beim Unternehmer bestellt worden sind, baupfandbe- rechtigt sind). Die Stockwerkeigentümergeinschaft A.\_\_\_\_\_ und der Berufungskläger haben unter Beizug der Unternehmer im Mai 2011 eine Vereinbarung (Vorinstanz act. II./2 und 6) getroffen, worin unter anderem aufgeschlüsselt wurde, welche Arbeiten zu Lasten von X.\_\_\_\_\_ gehen. Dies geschah ohne Zweifel auch zu dem Zweck, dass nicht nachträglich die übrigen Stockwerkeigentümer mit Bauhandwerkerpfandrechten für jene Arbeiten belastet würden, die lediglich dem Berufungskläger beziehungsweise seiner Stockwerkeinheit zum Vorteil gereichten. Unter diesen Umständen ist die Passivlegitimation des Berufungsklägers ohne Zweifel zu bejahen. Die Rüge des Berufungsklägers erweist sich somit als nicht stichhaltig, was in diesem Punkt zur Abweisung der Berufung führt. 4. Der Berufungskläger bringt weiter vor, die viermonatige Frist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB zur Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch sei im Zeitpunkt der Gesuchstellung verstrichen gewesen, da seit November

Seite 10 — 14 2012 keine Arbeiten mehr ausgeführt worden seien und die Berufungsbeklagte diese wegen Zahlungsverzugs des Bauherren eingestellt habe, womit die Y.\_\_\_\_\_ AG konkludent den Vertragsrücktritt bekundet habe (act. A.1, II. Materielles, Ziffer 3 der Berufung vom 15. Juli 2013). Die Berufungsbeklagte bestreitet dies in ihrer Berufungsantwort unter anderem mit dem Hinweis, der Bauherr sei in Verzug mit der Auswahl der noch zu verlegenden Granitplatten. Die Arbeiten seien nicht beendet, sondern „am Laufen“ (act. A. 2, Ziffer 8 der Berufungsantwort vom 2. August 2013). Unbestritten ist unter den Parteien offensichtlich, dass auf der Terrasse des Berufungsklägers noch nicht alle Arbeiten gemäss dem ins Recht gelegten Werkvertrag (Vorinstanz act. II./5, S. 11, Rz. 932, wo explizit Gehbeläge aus Betonplatten genannt werden) ausgeführt sind. So fehlen noch die Bodenplatten, was die Lebenspartnerin des Bauherrn mit E-Mail an Rechtsanwalt Fertig noch am 4. Juni 2013 feststellte und mit einem Foto sogleich dokumentierte (vgl. Vorinstanz act. III./2). Von einer Vollendung der Arbeiten im Sinne von Art. 837 Abs. 2 ZGB kann somit noch nicht gesprochen werden. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kommt es bei einer für die Werkvollendung unerlässlichen Arbeit grundsätzlich nicht darauf an, ob ein unplanmässiger Arbeitsunterbruch eingetreten ist, der vom Unternehmer zu vertreten ist. Der Besteller könne bei zeitlicher Verzögerung den Unternehmer in Verzug setzen, um anschliessend allenfalls den Vertrag vorzeitig zu beenden (vgl. dazu eingehend Schumacher, a.a.O., N 1132 ff., mit weiteren Hinweisen; insbesondere das Urteil des Bundesgerichts C.409/1987 vom 2. Dezember 1987 E. 3b). Da die Verlegung von Bodenplatten als unerlässliche Vollendungsarbeit zu qualifizieren ist, spielt es gemäss Bundesgericht somit keine Rolle, ob ein Arbeitsunterbruch stattgefunden hat, der vom Unternehmer zu vertreten ist. Letzteres kann vom Berufungskläger zudem nicht bewiesen werden. Auf jeden Fall fehlt seitens des Bauherrn eine Inverzugsetzung der Y.\_\_\_\_\_ AG. Unter diesen Umständen kann davon ausgegangen werden, dass die viermonatige Frist zur Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts eingehalten ist. Somit erweist sich auch dieser beru-

fungsklägerische Einwand als unbegründet, weshalb die Berufung diesbezüglich abzuweisen ist. 5. In ihrem Gesuch betreffend vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts vom 14. Mai 2013 hat die Berufungsbeklagte den Forderungsbetrag mit Fr. 32'438.10 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 31. August 2012 beziffert. Anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 2. Juli 2013 vor dem Einzelrichter in Zivilsa-

Seite 11 — 14 chen am Bezirksgericht Plessur wurde die Forderung auf Fr. 54'245.20 erhöht mit der Begründung, im Mai seien dies noch andere Beträge gewesen, welche nun kumuliert würden (act. A.1, II. Materielles, Ziffer 4 der Berufung vom 15. Juli 2013). Die Vorinstanz hat in der Folge den erhöhten Betrag als provisorisches Pfandrecht eintragen lassen. In seiner Berufung rügt der Berufungskläger dieses Vorgehen mit der Begründung, seit November 2012 seien keine Bauarbeiten mehr ausgeführt worden, so dass die Erhöhung nicht nachvollziehbar sei (act. A.1, II. Materielles, Ziffer 4 der Berufung vom 15. Juli 2013). Mit Berufungsantwort von 2. August 2013 macht die Berufungsbeklagte dazu geltend, nebst dem schriftlichen Werkvertrag sei noch ein mündlicher Werkvertrag über verschiedene Zusatzarbeiten abgeschlossen worden, welche mit entsprechenden Rechnungen belegt seien (act. A. 2, Ziffer 11 der Berufungsantwort vom 2. August 2013).

a) Vorweg gilt es zu prüfen, ob es prozessual zulässig ist, das mit Gesuchseinreichung gestellte Forderungsbegehren während des Verfahrens zu erhöhen. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang zunächst, dass es sich - wie eingangs erwähnt - beim Verfahren um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts um ein Verfahren betreffend Erlass vorsorglicher Massnahmen handelt und die diesbezüglichen Entscheide lediglich in formelle, nicht aber in materielle Rechtskraft erwachsen. Es ist demnach grundsätzlich möglich, in der gleichen Sache ein neues Gesuch um vorsorgliche Massnahme zu stellen mit dem Zweck, die bereits ergangenen gerichtlichen Anordnungen zu ergänzen oder abzuändern (vgl. Huber, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl., Zürich 2013, N 1 ff. zu Art. 261 ZPO). Dazu kommt, dass das für vorsorgliche Massnahmen anzuwendende summarische Verfahren sich durch eine grosse Flexibilität auszeichnet, die es dem Richter erlaubt, das Verfahren in verschiedener Hinsicht auf den jeweils zu beurteilenden Fall anzupassen (Schumacher, Ergänzungsband, N 588 mit Hinweis auf Chevalier, a.a.O., N 2 zu Art. 248 ZPO). In diesem Sinne sieht Art. 252 Abs. 2 ZPO sogar vor, dass in einfachen und dringenden Fällen das Gesuch auch mündlich zu Protokoll gegeben werden kann. So gut wie die Gesuchstellerin nach Abschluss des summarischen Verfahrens ein neues Gesuch mit zusätzlichen Forderungen hätte stellen können, hat sie nach eingeleitetem Verfahren auch ihr Rechtsbegehren erweitern können, zumal der Gesuchsgegner dadurch keine prozessualen Nachteile auf sich nehmen musste und anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 2. Juli 2013 dazu Stellung nehmen konnte. Begründen lässt sich die Zulässigkeit der Erhöhung der Pfandsumme auch mit Art. 227 Abs. 1 lit. a ZPO, wonach eine Klageänderung zulässig ist, wenn der

Seite 12 — 14 geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht. Diese Bestimmung ist nach der Lehre auch im summarischen Verfahren anwendbar (Killias, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012, N 4 zu Art. 227 ZPO; Willisegger, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2013, N 59 zu Art. 227 ZPO). Gerade bei vorläufigen Eintragungen von Bauhandwerkerpfandrechten

sind derartigen Forderungserhöhungen relativ enge Grenzen gesetzt, da vielfach durch die Viermonatsfrist von Art. 837 Abs. 2 ZGB eine spätere Erhöhung der Pfandforderung ausgeschlossen ist. Da diese Frist aber - wie in vorstehender Erwägung 4 erwähnt - aufgrund der noch auszuführenden Vollendungsarbeiten noch nicht abgelaufen ist, war im vorliegenden Fall die Ausweitung des Rechtsbegehrens prozessual zulässig. b) Zu prüfen bleibt, ob die Forderung von Fr. 54'245.20 zuzüglich Zins seit dem 31. August 2012 auch hinreichend glaubhaft gemacht wurde. Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang an das extrem herabgesetzte Beweismass bezüglich der Glaubhaftmachung der Forderung (vgl. dazu vorstehende Erwägung 2a, wonach eine Tatsache schon dann glaubhaft gemacht ist, 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). Die Gesamtforderung setzt sich zusammen aus drei Rechnungen der Y. \_\_\_\_\_ AG für die Fenstervorbereitung für Flüssigkunststoffabdichtungen, für die Reparatur von Betonschwellen und Notüberläufe und für die Fenstervorbereitung für Flüssigkunststoffabdichtungen Lamellen-Storen und Galerie (Rolladenschürzen), demontieren und neu montieren (Vorinstanz act. II./10). In diesen Rechnungen sind detaillierte Aufstellungen über die Art der Leistung, den Zeitpunkt, die Dauer und den Preis enthalten. Sie setzen sich zusammen aus pfandberechtigten Leistungen (Arbeit und Materiallieferung; vgl. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB) in verschiedenen Abrechnungsperioden (Verrechnungsdauer bis 25. Juni 2012, Verrechnungsdauer 2. Juli 2012 bis 6. August 2012 und Verrechnungsdauer 25. Juni 2012 bis 12. Oktober 2012). Der Berufungskläger setzt sich mit diesen Rechnungen nicht substantiiert auseinander und bestreitet insbesondere weder im Grundsatz noch im Einzelnen, dass diese Leistungen von der Berufungsbeklagten auch wirklich erbracht wurden. Dies führt ohne weiteres zum Schluss, dass die Forderung genügend glaubhaft gemacht wurde, so dass auch diese Rüge des Berufungsklägers unbegründet ist. Mit keinem Wort geht der Berufungskläger auch auf den von der Vorinstanz festgelegten Zins zu 5% ab dem 31. August 2012 ein, so dass es

Seite 13 — 14 damit sein Bewenden hat. Somit ist die Berufung auch in diesem Punkt abzuweisen. 6. Der Berufungskläger beantragt die Aufhebung des gesamten vorinstanzlichen Entscheids und somit auch des Kostenpunkts (vgl. Ziffer 3a und b des Dispositives des angefochtenen Entscheids). Er begründet indessen mit keinem Wort, weshalb er den Kostenspruch der Vorinstanz als rechtswidrig erachtet oder für unangemessen hält. Insbesondere wird nicht gerügt, dass die Vorinstanz in einem Verfahren um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts die Prozesskosten dem Gesuchsgegner und Pfandeigentümer ohne Vorbehalt der definitiven Kostenverteilung im Hauptverfahren auferlegt hat (vgl. zum Ganzen das Urteil des Einzelrichters in Zivilsachen des Kantonsgerichts von Graubünden ERZ 13 205 vom 22. Juli 2013). Infolge fehlender Begründung des mitangefochtenen Kostenpunktes durch den Berufungskläger (vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist darauf nicht weiter einzugehen. 7. Die Berufung ist somit aufgrund der vorstehend genannten Gründe gesamtthaft abzuweisen. Demnach gehen die Kosten des Berufungsverfahrens zu Lasten des Berufungsklägers, welcher der nicht anwaltlich vertretenen Berufungsbeklagten eine angemessene Umtriebsentschädigung auszurichten hat (Art. 106 Abs. 1 ZPO; vgl. PKG 2007 Nr. 6).

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