

## **OW\_GERICHTE AbR 1996/97 Nr. 7 vom 26. November 2015**

OW Obergericht, 2015-11-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow\\_gerichte\\_AbR\\_1996\\_97 Nr. 7](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_AbR_1996_97_Nr.7)

FR: OW\_GERICHTE AbR 1996/97 Nr. 7 du 26 novembre 2015

IT: OW\_GERICHTE AbR 1996/97 Nr. 7 del 26 novembre 2015

### **Regeste**

AbR 1996/97 Nr. 7, S. 57: Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB; Art. 274 Abs. 1 nZPO  
Bauhandwerkerpfandrecht des Subunternehmers. Abgrenzung des  
Subunternehmervertrages vom Leiharbeitsverhältnis; im Zweifelsfall ist die vorläufige  
Eintragung im Gru

### **Volltext**

AbR 1996/97 Nr. 7, S. 57: Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB; Art. 274 Abs. 1 nZPO  
Bauhandwerkerpfandrecht des Subunternehmers. Abgrenzung des  
Subunternehmervertrages vom Leiharbeitsverhältnis; im Zweifelsfall ist die vorläufige  
Eintragung im Grundbuch zu bewilligen. Grobes Verschulden bei der Geltendmachung von  
Noven im Sinne von Art. 274 Abs. 1 ZPO bejaht bei Zeugenbescheinigungen, die ein  
rechtskundig Vertretener im Hinblick auf das Rekursverfahren veranlasst. Entscheid der  
Obergerichtskommission vom 29. Juli 1997 Aus den Erwägungen: 2.a) Unter den  
Voraussetzungen der Art. 837 ff. ZGB hat auch der Subunternehmer das Recht auf  
Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Beizug  
des Subunternehmers durch den Unternehmer erlaubt war und ob der Bauherr um den  
Beizug wusste. Insbesondere ist der Subunternehmer nicht gehalten, dem Grundeigentümer  
den Abschluss des Subunternehmervertrages anzuzeigen, um in den Genuss des  
Bauhandwerkerpfandrechtes zu gelangen (BGE 105 II 267, 95 II 89; ZR 79/1980, Nr. 12,  
21; Peter Gauch, Der Werkvertrag, Zürich 1996, N. 184; Rainer Schumacher, Das  
Bauhandwerkerpfandrecht, Systematische Darstellung der Praxis, Zürich 1982, N. 289).  
Sein Recht auf Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes ist unabhängig von der  
Vergütungsforderung und einem allfälligen eigenen Pfandanspruch des Unternehmers.  
Nach herrschender Meinung besteht es selbst dann in vollem Umfang, wenn der  
Unternehmer vom Bauherrn ganz oder teilweise befriedigt wurde (BGE 105 II 267, 104 II  
354, 103 II 332, 95 II 89 f.; Gauch, a.a.O., N. 184, mit weiteren Hinweisen). Das kann im  
Einzelfall, namentlich wenn der bezahlte Unternehmer in Konkurs gerät, zum praktischen  
Ergebnis führen, dass der Bauherr, auf dessen Grundstück das Pfandrecht lastet, die  
erhaltene Leistung zwei Mal bezahlen muss (BGE 111 III 11, 109 II 446, 104 II 354;  
kritisch hiezu Gauch, a.a.O., N. 184 ff. und 1305 ff.). Im vorliegenden Fall ist vorab  
umstritten, ob die Rekurrentin überhaupt als Subunternehmerin Arbeitsleistungen  
zugunsten der Rekursgegner erbracht hat, oder ob ihre Mitarbeiter unter der Verantwortung  
der O. AG, über die am 3. Januar 1997 der Konkurs eröffnet worden ist, arbeiteten, dieser  
also bloss im Sinne eines Leiharbeitsverhältnisses zur Verfügung gestellt wurden. b) Bei  
den Akten liegt das Deckblatt des Werkvertrages, welchen die O. AG mit den  
Rekursgegnern am 7. Juli 1996 für Gipserarbeiten in der Höhe von netto Fr. 39'877.90  
geschlossen hat. Ein Subunternehmervertrag für die fraglichen Bauarbeiten liegt nicht vor.  
Hingegen findet sich bei den Akten eine Vereinbarung der O. AG mit der Rekurrentin vom

22. November 1995. Darin sicherte die O. AG der Rekurrentin grundsätzlich zu, für 10 bis 15 Mann Gipsarbeiten im Unterakkord oder nach Stundennachweis in Auftrag zu geben, falls sich der Auftragsbestand bei der O. AG im aktuellen Rahmen bewege. Für sämtliche Arbeiten, die im Unterakkord von der O. AG an die Rekurrentin vergeben werden, vereinbarten die Vertragsparteien eine Provision von 5 % zugunsten der O. AG auf der Nettoschlussabrechnung. Weiter vereinbarten die Parteien, für Arbeiten nach Stundennachweis berechne die I. AG der O. AG einen generellen Stundenansatz von Fr. 53.--, worin auch der Werkzeugverbrauch des Arbeiters inbegriffen sei. Falls untereinander Arbeiter ausgetauscht würden, werde mit dem gleichen Stundenansatz gerechnet. Dem Rahmenvertrag ist weiter zu entnehmen, dass sämtliche von der Rekurrentin für die O. AG auszuführenden Arbeiten von A. (Unterzeichner der Vereinbarung für die Rekurrentin) persönlich überwacht und begleitet würden. Ferner findet sich im Vertrag der Passus "Sämtliche Werkzeuge und Materialien werden über die O. AG bezogen und zu den gleichen Konditionen der I. AG verrechnet." Die Vereinbarung wurde mit einer neuen Vereinbarung vom 13. September 1996 ersetzt, welche die alte Vereinbarung leicht modifizierte, jedoch keine vorliegend interessierenden Neuerungen enthielt. c) Die zwischen der Rekurrentin und der O. AG getroffene Vereinbarung lässt keine zuverlässigen Rückschlüsse zu, ob die Rekurrentin auf der Baustelle der Rekursgegner als selbständige Subunternehmerin beigezogen wurde. Dafür spräche etwa der Passus, dass sämtliche von der Rekurrentin für die O. AG auszuführenden Arbeiten von A. persönlich überwacht und begleitet würden (Ziff. 4 der Vereinbarung). Andererseits ist in Ziff. 3.3 der Vereinbarung ausdrücklich davon die Rede, dass auch Arbeiter untereinander ausgetauscht werden könnten, was zweifellos als Leiharbeitsverhältnis zu deuten wäre (vgl. Schumacher, a.a.O., N. 298). Unklar ist auch, wie Ziff. 10 der Vereinbarung zu verstehen ist, wonach die Werkzeuge und Materialien über die O. AG bezogen und zu den gleichen Konditionen der Rekurrentin verrechnet würden. Während die Rekurrentin behauptet, sie habe mit eigenem Werkzeug und eigenem, von der O. AG abgekauftem Material gearbeitet, machen die Rekursgegner geltend, die Rekurrentin habe von der O. AG nicht Material und Werkzeug abgekauft, sondern die O. AG habe der Rekurrentin Material und Werkzeug zur Benützung überlassen und diese Kosten der Gebrauchsüberlassung seien von der Rekurrentin getragen worden. Bei den Akten liegen weiter zwei Regierapporte, welche belegen, dass am 9., 24. und 25. Oktober 1996 beim Einfamilienhaus der Rekursgegner verschiedene Arbeiten ausgeführt wurden. Bei beiden Regierapporten wurden Formulare der O. AG verwendet. Rapport Nr. 31178 wurde von C. und Rapport Nr. 3911 von S., beide Mitarbeiter der O. AG, unterzeichnet. Diese Rapporte deuten eher darauf hin, dass die Verantwortung und das Weisungsrecht gegenüber den Mitarbeitern bei der O. AG und nicht bei der Rekurrentin lagen, auch wenn die Rekurrentin diesen Befund unter Hinweis auf die Garantiepflcht und Koordinationsaufgaben gegenüber den Bauherren und dem Architekten zu entkräften sucht. Dennoch lassen sich aufgrund all dieser Unterlagen keine zweifelsfreien Schlüsse ziehen. Die Rekurrentin legte aber im vorinstanzlichen Verfahren eine von den Mitarbeitern der O. AG C., S. und M. unterzeichnete Bestätigung auf, wonach die Rekurrentin auf der Baustelle der Liegenschaft der Rekursgegner als Subunternehmerin der O. AG die inneren und äusseren Gipsarbeiten erbracht habe. Die Vorinstanz hat diese Bestätigung in ihrem Entscheid nicht erwähnt. Die Rekursgegner verweisen demgegenüber darauf, C. (Bauführer der O. AG) habe anlässlich der Gründung der Rekurrentin am 6. September 1995 Sacheinlagen im Wert von Fr. 25'000.-- geleistet und dafür 25 der 100 Namenaktien der Gesellschaft erhalten. Dies ergibt sich in der Tat aus dem Handelsregistrauszug der

Rekurrentin. Keine Anhaltspunkte bestehen indessen für die Behauptung der Rekursgegner, auch die beiden anderen Unterzeichner der Bestätigung, S. und M., seien an der Rekurrentin beteiligt. Schon aus diesem Grund kann dem Antrag der Rekursgegner, die Bestätigung wegen Befangenheit der Unterzeichner aus dem Recht zu weisen, nicht gefolgt werden. Ob es sich bei der Bestätigung um eine Gefälligkeitsbescheinigung handelt, kann im summarischen Verfahren betreffend vorläufige Vormerkung des Bauhandwerkerpfandrechtes ohnehin nicht eruiert werden; diese Frage müsste durch Zeugeneinvernahmen und richterliche Würdigung dieser Aussagen im ordentlichen Prozess geklärt werden. Die Tatsache, dass die drei Mitarbeiter der O. AG in ihrer Bestätigung ausdrücklich ausführen, die Rekurrentin habe "als Subunternehmerin" der O. AG gehandelt, bildet aber jedenfalls ein Indiz für die Richtigkeit dieser Behauptung, zumal es sich bei den Unterzeichnern der Bestätigung um baukundige Fachleute handelt. d) Die Rekurrentin legte im Rekursverfahren zwei neue "Zeugenbescheinigungen" der Mitarbeiter der O. AG S. und C. vom 26. März 1997 auf. aa) Bei diesen Zeugenbescheinigungen handelt es sich an sich um sog. echte Noven, da sie erst nach Ergehen der angefochtenen Verfügung produziert wurden. Indessen hätte sich die Rekurrentin die fraglichen Zeugenbescheinigungen nicht anders als die Bestätigung vom 27. Januar 1997 schon im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens ausstellen lassen können. Es ist deshalb fraglich, ob die Bescheinigungen im Rekursverfahren noch berücksichtigt werden können. Nach der neuen, am 15. Februar 1997 in Kraft getretenen und sofort anwendbaren (vgl. Art. 304 Abs. 1 ZPO) Fassung des Art. 274 Abs. 1 ZPO sind bei Rekursen im summarischen Verfahren neue Behauptungen und Beweismittel zulässig, es sei denn, dass sie infolge groben Verschuldens vor der ersten Instanz nicht vorgebracht wurden. Mit der neuen Regelung wurde eine Lockerung des bisher geltenden Novenverbots angestrebt, das Noven nur ausnahmsweise zuliess, wenn sie ohne jedes Verschulden vor erster Instanz nicht geltend gemacht werden konnten (vgl. Protokolle der Sitzungen der kantonsrätlichen Kommission vom 28. Oktober und 6. November 1996). Noch auszulegen ist allerdings, wann grobes Verschulden im Sinne der neuen Regelung anzunehmen ist. Zweifellos könnte von grobem Verschulden im Falle von Vorsatz gesprochen werden; zumeist dürfte allerdings Vorsatz bei der erst nachträglichen Beweisführung im Rechtsmittelverfahren ausgeschlossen sein. Grobe Fahrlässigkeit liegt nach einer vom Bundesgericht im Haftpflichtrecht verwendeten Formel dann vor, wenn der Haftpflichtige unter Verletzung der elementarsten Vorsichtsgebote das ausser acht gelassen hat, was jedem verständigen Menschen in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen hätte einleuchten müssen (BGE 115 II 283 = Pra 79, Nr. 19; BGE 112 II 137; Oftinger/Stark, Schweiz. Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Zürich 1995, § 5, Rz. 107). Es spricht nichts dagegen, diese Definition auch zur Interpretation des groben Verschuldens im Sinne von Art. 274 Abs. 1 ZPO zu verwenden. bb) Die Rekurrentin macht geltend, die neu aufgelegten Zeugenbescheinigungen seien nicht als neue Beweismittel zu werten, soweit sie bloss die schon am 27. Januar 1997 gemachten Aussagen wiederholten und bestätigten. Dem kann nicht gefolgt werden. Es ginge nicht an, bezüglich einzelner Punkte auf eine Urkunde abzustellen, sie aber bezüglich anderer Fragen als unbeachtliches Novum zu qualifizieren (vgl. auch OGKE vom 29. Juli 1997 i.S. J.S. AG, E. 4b/aa/bbb). Fraglich ist deshalb, ob es die Rekurrentin im Sinne eines groben Verschuldens unterlassen hat, die neu aufgelegten Bestätigungen schon im vorinstanzlichen Verfahren einzureichen. Sie macht dazu keine Ausführungen. Im vorinstanzlichen Verfahren war sie bereits anwaltlich vertreten. Ihrem Rechtsvertreter hätte klar sein müssen, dass es zu einer sorgfältigen Prozessführung gehört, alle entscheiderelevanten Urkunden rechtzeitig

einzureichen. Es kann auch nicht angenommen werden, dass es die Rekurrentin bloss im Sinne einer gewöhnlichen Fahrlässigkeit unterlassen hat, ihren Rechtsvertreter mit dem nötigen Prozessstoff zu versorgen. Vielmehr wurden die Zeugenbescheinigungen offensichtlich erst für das Rekursverfahren angefertigt, um dessen Ausgang zu beeinflussen. Das hätte die rechtskundig vertretene Rekurrentin aber ohne weiteres schon im Verfahren vor der Vorinstanz tun können. Sie und ihr Anwalt haben deshalb im vorinstanzlichen Prozess elementare Sorgfaltspflichten, die jede Partei beachten müsste, ausser acht gelassen. Infolge groben Verschuldens im Sinne von Art. 274 Abs. 1 ZPO können daher die Zeugenbescheinigungen im Rekursverfahren nicht berücksichtigt werden. ... e) Ist aber über die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes aufgrund der vor der Vorinstanz vorgelegenen Akten zu entscheiden, so bleibt es vorliegend dabei, dass die Frage, ob die Rekurrentin als Subunternehmerin Arbeitsleistungen erbracht hat oder lediglich im Sinne eines Leiharbeitsverhältnisses der O. AG ihre Mitarbeiter zur Verfügung gestellt hat, letztlich nicht geklärt ist. Es liegt ein eigentlicher Zweifelsfall vor. Nach dem Gesagten ist aber bei unklarer oder unsicherer Rechtslage die vorläufige Eintragung zu bewilligen bzw. zu bestätigen und der Entscheid über die Berechtigung des Baupfandes dem ordentlichen Richter im Verfahren betreffend definitive Eintragung zu überlassen. de| fr | it Schlagworte bauhandwerkerpfandrecht vorinstanz eintragung verfahren werkzeug mitarbeiter entscheid subunternehmer unternehmer frage bauherr subunternehmervertrag nova bescheinigung bezogener Mehr Deskriptoren anzeigen Normen Bund ZGB: Art.837 ZPO: Art.274 Art.304 Praxis (Pra) 79 Nr.19 Leitentscheide BGE 109-II-445 S.446 112-II-131 S.137 103-II-330 S.332 105-II-264 S.267 111-III-8 S.11 104-II-348 S.354 115-II-283 95-II-87 S.89 AbR 1996/97 Nr. 7

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