

Bauhandwerkerpfandrecht: Wann beginnt der Fristenlauf nach Art. 839 Abs. 2 ZGB, wenn die letzte erbrachte Leistung für sich allein nicht pfandberechtigt ist?

Reine Materiallieferungen, die nur deshalb pfandgeschützt sind, weil sie in einem funktionalen Zusammenhang mit pfandberechtigten Leistungen stehen, können den Fristenlauf gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB nicht auslösen. Massgebend für den Beginn des Fristenlaufs ist vielmehr die Vollendung der letzten für sich allein pfandberechtigten Leistung.

Les livraisons des matériaux qui ne bénéficient de l'hypothèque légale qu'à cause de leur rapport fonctionnel avec d'autres prestations donnant droit à l'hypothèque ne peuvent pas déclencher le délai de l'art. 839 al. 2 CC. L'achèvement du dernier travail qui, en soi, donne lieu à l'hypothèque est l'élément déterminant pour le déclenchement du délai.

Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 9. April 2020 (LF200010)

Bettina Hürlimann-Kaup, Dr. iur., Professorin an der Universität Freiburg

Nathalie Ducrey, MLaw, Assistentin und Doktorandin an der Universität Freiburg

Der Fall

(254) Die A. AG lieferte auf Bestellung der I. AG zwischen dem 18. Juli 2019 und dem 28. Oktober 2019 für den Hausbau auf dem im Eigentum von B., C., D. und E. stehenden Grundstück Beton, Langzeitmauermörtel, Wandkies und Überzug. Die Bestellerin beglich die dafür ausgestellte Rechnung im Gesamtbetrag von CHF 10488.15 nicht. Am 28. Januar 2020 stellte die A. AG ein Gesuch um (super-)provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem Grundstück von B., C., D. und E. Die Vorinstanz wies das Gesuch ab. Gegen diesen Entscheid erhob die A. AG (im Folgenden: Berufungsklägerin) am 5. Februar 2020 Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich. Gestützt auf ihr Begehren wurde das Grundbuchamt im Sinn einer superprovisorischen Massnahme angewiesen, auf dem Grundstück von B., C., D. und E. (im Folgenden: Berufungsbeklagte) ein Bauhandwerkerpfandrecht für den Betrag von CHF 10488.15 zuzüglich Zins zugunsten der Berufungsklägerin einzutragen. Die Berufungsbeklagten verlangten die Abweisung der Berufung sowie die sofortige Löschung des superprovisorisch eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts. Das Obergericht weist die Berufung ab.

Der Entscheid

Das Obergericht weist zunächst darauf hin, dass reine Materiallieferungen nicht pfandberechtigt sind. Lieferungen von vertretbaren Sachen wie namentlich Kies, Sand und Backsteine sowie nicht objektspezifische Leistungen wie reine

Transporte sind keine Arbeitsleistungen i.S.v. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB. Hingegen sind Lieferungen von unvertretbaren Sachen pfandberechtigt, die speziell für das betreffende Bauwerk hergestellt wurden und mit diesem körperlich verbunden werden sollen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung trifft dies insbesondere auf die Lieferung von Frischbeton zu (E. 3.4.1).

Nicht pfandberechtigte Leistungen sind ausnahmsweise mitpfandberechtigt, wenn sie zusammen mit pfandberechtigten Leistungen von derselben Unternehmung erbracht werden und die Leistungen entweder eine funktionale Einheit bilden oder die nicht pfandberechtigten Leistungen bloss nebensächlich sind. Eine funktionale Einheit ist anzunehmen, wenn die einzelnen Leistungen so miteinander verbunden sind, dass sie ein Ganzes bilden. Nicht ausschlaggebend sind hingegen die juristische Qualifikation und die Anzahl der Verträge, die zwischen den Parteien abgeschlossen worden sind. Weiter ist nicht erforderlich, dass die pfandberechtigten und die nichtpfandberechtigten Leistungen in einer einzigen Lieferung erfolgen; eine funktionale Einheit kann nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung selbst dann vorliegen, wenn pfandberechtigte und nichtpfandberechtigte Leistungen zeitlich unabhängig voneinander erbracht werden (E. 3.4.2).

Die viermonatige Eintragsfrist nach Art. 839 Abs. 2 ZGB beginnt für verschiedenartige Arbeitsleistungen getrennt zu laufen. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Arbeiten gestützt auf denselben Vertrag oder gestützt auf mehrere Verträge erbracht werden. Der Grundsatz des getrennten Fristenlaufs erfährt eine Ausnahme, wenn die verschiedenen Verträge eine Einheit darstellen (wie etwa bei Sukzessivlieferungen) oder wenn die vom Unternehmen erbrachten Leistungen eine funktionale Einheit bilden, wobei die letzte Vollendungsarbeit den Fristbeginn bestimmt. Liegt eine funktionale Einheit vor und ist die letzte erbrachte Leistung für sich alleine pfandberechtigt, beginnt die Viermonatsfrist

nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung mit Vollendung dieser Arbeitsleistung. Das Bundesgericht hat sich hingegen bisher noch nicht zur Frage geäußert, wie es sich verhält, wenn die letzte erbrachte Arbeit für sich allein keinen Pfandschutz genießt. In der Literatur wird die Meinung vertreten, dass reine Materiallieferungen, die erst erfolgen, nachdem die letzte für sich allein pfandberechtigte Leistung erbracht worden ist, keine Arbeitsvollendung darstellen und den Fristbeginn nicht beeinflussen bzw. ihn nicht hinauszögern können. Das Obergericht folgt dieser Auffassung (E. 3.4.3). Da im vorliegenden Fall einzig die Lieferung von Frischbeton für sich allein pfandberechtigt ist und eine solche zuletzt am 5. September 2019 erfolgte, ist die viermonatige Frist am 6. Januar 2020 abgelaufen (E. 3.9.2). Mit Gesuchseinreichung am 28. Januar 2020 wurde die Frist somit nicht gewahrt (E. 3.10).

Anmerkungen

1. Der vorliegende Fall ist insofern interessant, als er festhält, dass reine Materiallieferungen zwar unter bestimmten Voraussetzungen Pfandschutz genießen, jedoch nicht geeignet sind, den Fristenlauf nach Art. 839 Abs. 2 ZGB auszulösen. Das betroffene Unternehmen darf sich also nicht darauf verlassen, dass der Tag, an dem es die letzte vertraglich geschuldete (und vom Pfandschutz [mit-]erfasste) Lieferung ausführt, automatisch das Datum ist, an dem die Frist zu laufen beginnt. Das Risiko einer Verwirkung des Anspruchs auf Errichtung des Bauhandwerkerpfandrechts besteht insbesondere bei Firmen, die ausschliesslich Material liefern, also nicht auch noch Arbeiten auf der Baustelle erbringen. Das ist hier der Fall: Bei der Berufungsklägerin handelt es sich um eine Aktiengesellschaft, die Kieswerke betreibt, Baustoffe produziert und damit handelt sowie Gütertransporte ausführt.¹ Ihre Leistungen (Lieferung von Frischbeton, Langzeitmauermörtel, Wandkies und Überzug) sind zumindest mit Bezug auf den Beton pfandgesichert, da es sich dabei um eine unvertretbare Sache handelt, welche die Berufungsklägerin spezifisch für das Bauwerk und nach Angaben der Bestellerin hergestellt und geliefert hat (Werklieferungsvertrag).² Bei den übrigen Materialien geht es hingegen um Kaufverträge.³ Die Lieferung dieser Materialien ist dann mitpfandberechtigt, wenn sie nur nebensächliche Leistungen darstel-

len oder wenn sie mit der pfandberechtigten Lieferung von Frischbeton eine funktionale Einheit bilden.⁴

2. Das Obergericht beruft sich bei seinem Entscheid über die bis anhin vom Bundesgericht noch nicht entschiedene Frage nach einer kurzen Darstellung der allgemeinen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Fristenlauf insbesondere auf SCHUMACHER und beschränkt sich in seiner Begründung auf die Aussage, die zitierte Lehrmeinung sei «[a]ngesichts der dargelegten Rechtslage [...] überzeugend»^{5,6}.

3. Dem Entscheid ist nach der hier vertretenen Ansicht zuzustimmen. Aufgrund seiner Bedeutung für die Praxis soll im Folgenden genauer untersucht werden, wie sich das Ergebnis anhand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung begründen lässt:

a. Gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB muss die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch spätestens vier Monate nach «der Vollendung der Arbeit» erfolgen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gelten Bauarbeiten grundsätzlich dann als vollendet, wenn sämtliche sich aus dem Werkvertrag ergebende Verrichtungen ausgeführt worden sind und das Werk abgeliefert werden kann. Geringfügige, nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Arbeiten oder Ausbesserungen fallen nicht darunter. Derartige Arbeiten sind immerhin dann als Vollendungsarbeiten zu qualifizieren, wenn sie – zum Beispiel aus Sicherheitsgründen – unerlässlich sind. Das Bundesgericht würdigt die Arbeiten also mehr nach qualitativen als nach quantitativen Gesichtspunkten.⁷

b. Aus dieser Rechtsprechung folgt, dass im konkreten Fall zunächst die Frage beantwortet werden muss, was überhaupt das Werk darstellt. In casu hat sich die Berufungsklägerin in einem Werklieferungsvertrag dazu verpflichtet, nach Vorgaben der Bestellerin Frischbeton zu produzieren und zu liefern. Mit der letzten Lieferung am 5. September 2019 hat sie sämtliche Verpflichtungen aus dem Werkvertrag erfüllt. Die Lieferung der übrigen Materialien (= Kauf) steht mit der Vollendung dieses Werks in keinem Zusammenhang. Sie kann deshalb von vorneherein nicht fristauslösend sein.

4. Anders hat das Obergericht Luzern in einem Entscheid vom 5. Dezember 2002⁸ geurteilt. Hier ging es ebenfalls um ein Verfahren um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts. Die Klägerin hatte sich im Zusammen-

¹ Vgl. E. 1.1 des Entscheids.

² Vgl. J. SCHMID/B. HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017, Nr. 1711 mit Hinweisen.

³ Es war unbestritten, dass die Lieferung von Langzeitmauermörtel und Wandkies keine für sich allein pfandberechtigte Leistung darstellt (E. 3.7.2). Dass Überzug (wie Frischbeton) nur auf Bestellung und nach Rezept hergestellt wird und mit dem Fahrmischer auf die Baustelle geliefert werden muss, hat die Berufungsklägerin erst in der Berufung und damit verspätet geltend gemacht (E. 3.7.3). – Zur Abgrenzung des Werklieferungsvertrags von einem Kauf über eine künftige Sache vgl. P. GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, Nr. 126 ff.

⁴ Während das Obergericht verneint, dass die Leistungen in casu nebensächlich sind (E. 3.8.3), bejaht es in der Tendenz die Frage, ob eine funktionale Einheit vorliegt, entscheidet sie aber mangels Entscheidungsrelevanz nicht abschliessend (E. 3.8.4).

⁵ E. 3.4.3 a.E.

⁶ Auch das Zürcher Handelsgericht hat unter Hinweis auf R. SCHUMACHER und ohne weitere Begründung bereits so entschieden; vgl. Entscheid HE150259 vom 10. Juni 2015, E. 2 (provisorische Eintragung); Entscheid HG070307 vom 18. Dezember 2012, E. 2.1 (definitive Eintragung).

⁷ Vgl. zuletzt BGer 5A_518/2020, E. 3.1 mit zahlreichen Hinweisen.

⁸ Der Entscheid ist publiziert in ZBJV 2003, S. 923 ff.

hang mit der Installation einer Lüftungsanlage zur Fertigung von Lüftungskanälen sowie zur Lieferung eines für den Betrieb der Lüftungsanlage notwendigen Revisionsdeckels verpflichtet. Für die Installation der Lüftungsanlage, und damit für den Einbau des gelieferten Materials, war eine andere Firma (nämlich die Bestellerin des Materials) zuständig. Der Rechtsstreit drehte sich darum, ob erst die Lieferung des Revisionsdeckels, die *nach* der Lieferung der Lüftungskanäle erfolgt war, den Fristenlauf ausgelöst hatte. Das Obergericht bejahte dies, und zwar unabhängig davon, ob es sich bei diesem Deckel um eine Spezialanfertigung oder um ein vorgefertigtes, nicht speziell für die Lüftungsanlage hergestelltes Bauteil handelte. Der Revisionsdeckel sei zwar eine betragsmässig geringfügige Leistung gewesen, habe aber einen notwendigen Bestandteil der Lüftungsanlage dargestellt. Weiter habe eine funktionale Einheit bestanden zwischen den Lüftungskanälen und dem Revisionsdeckel, der ein «Teil der Gesamtarbeit der Klägerin» gewesen sei; im Rahmen einer Gesamtarbeit würden «auch Materiallieferungen vom Pfandrecht erfasst, die für sich allein nicht zum Baupfand berechtigen würden»⁹. Dieser Argumentation kann in verschiedener Hinsicht nicht gefolgt werden:¹⁰ Zunächst ist festzuhalten, dass nicht die Lüftungsanlage, sondern die zu fertigenden Lüftungskanäle und allenfalls (nämlich bei einer Spezialanfertigung) der Revisionsdeckel das geschuldete Werk darstellen.¹¹ Die Frage, ob es sich beim

Revisionsdeckel tatsächlich um eine Spezialanfertigung handelte, hätte also in jedem Fall beantwortet werden müssen. Darüber hinaus vermischt das Obergericht die Frage nach dem Umfang des Pfandrechts mit derjenigen nach dem Beginn des Fristenlaufs.¹² Es wäre also zu prüfen gewesen, ob es sich (1.) bei der hinsichtlich des Revisionsdeckels geschuldeten Leistung um die Herstellung eines Werks gehandelt hat und – wenn ja – ob (2.) die Lüftungskanäle und der Revisionsdeckel eine einheitliche Leistung im Sinn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 839 Abs. 2 ZGB darstellten. Sollte dies zu bejahen sein, hat die Frist für die gesamte Leistung tatsächlich mit der Lieferung des Revisionsdeckels zu laufen begonnen.¹³

onsanschlusses sowie der Ausführung von Auffüll- und Zuputzarbeiten (E. 2a). Dennoch ging das Bundesgericht davon aus, es handle sich beim Werk um den Kanalisationsanschluss (E. 2b).

¹² Das Bundesgericht hat die *Pfandhaft* bei einer einheitlichen Arbeitsleistung auch auf für sich allein nicht pfandberechtigte Leistungen ausgedehnt; vgl. BGE 131 III 300 ff. (303), E. 3; 136 III 6 ff. (11), E. 5.3. Für den *Fristenlauf* ist das, soweit ersichtlich, hingegen nicht der Fall; vgl. BGE 104 II 348 ff. (352 f.), E. II.2; 106 II 123 ff. (127 f.), E. 5b; 111 II 343 ff. (345 ff.), E. 2c, d; BGer 5C.232/2001, E. 3a; 5D_116/2014, E. 5.2.3; 5A_426/2015, E. 3.2. Unklar immerhin BGE 125 III 113 ff. (118), E. 3b, der im Zusammenhang mit Art. 839 Abs. 2 ZGB nicht nur von Frischbeton, sondern auch von für sich allein nicht pfandberechtigten Leistungen wie die Lieferung von Sand, Sickergeröll und Abbruchgranulat spricht. Es ist allerdings aus dem Sachverhalt nicht klar ersichtlich, welche dieser Leistungen am für den Beginn des Fristenlaufs massgebenden Datum erbracht worden sind. Vgl. zu diesem Entscheid bereits Fn. 11.

¹³ Das gilt zumindest dann, wenn der Deckel unmittelbar nach der Produktion geliefert worden ist. Da nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung für den Beginn des Fristenlaufs wie gesagt massgebend ist, dass das Werk abgeliefert werden kann, kommt es bei Spezialanfertigungen auf das Produktionsende (und nicht auf das Datum der Lieferung) an; R. SCHUMACHER, *Das Bauhandwerkerpfandrecht*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Nr. 1112. Diese Unterscheidung spielt bei Frischbeton keine Rolle, weil er innert kurzer Zeit nach der Produktion geliefert werden muss.

⁹ ZBJV 2003, S. 926 (E. 6.3).

¹⁰ Kritisch zu diesem Entscheid auch R. SCHUMACHER, BR/DC 2004, S. 87 f. (88).

¹¹ Vgl. in diesem Zusammenhang auch BGE 125 III 113 ff., der keine klare Einschätzung der Frage zulässt, was im zu beurteilenden Fall das Werk darstellt: Die Klägerin/Gesuchstellerin scheint hier ausschliesslich zur *Lieferung* von Frischbeton, Auffüllmaterial und Mörtel verpflichtet gewesen zu sein. Diese Materialien dienen der Erstellung eines Kanalisati-