

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5C.208/2004 /blb

Urteil vom 12. April 2005
II. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichter Raselli, Präsident,
Bundesrichterin Nordmann, Bundesrichter Marazzi,
Gerichtsschreiber Zbinden.

Parteien
X. _____ AG,
Kläger und Berufungskläger,
vertreten durch Rechtsanwalt Rolf Müller,

gegen

Y. _____ AG,
Beklagte und Berufungsbeklagte,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Matthias Streiff.

Gegenstand
Bauhandwerkerpfandrecht usw.,

Berufung gegen das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 5. Juli 2004.

Sachverhalt:

A.
Mit Vertrag vom 30. Juli / 8. August 2001 hatte die Z. _____ AG (nachfolgend: Z. _____) von der Y. _____ AG (Beklagte und Berufungsbeklagte, nachfolgend: Beklagte) das dritte Geschoss der Liegenschaft L. _____ in M. _____, deren Eigentümerin die Beklagte war, gemietet. Mit Werkvertrag vom 31. Oktober / 4. November 2001 beauftragte die Z. _____ die X. _____ AG (Klägerin und Berufungsklägerin, nachfolgend: Klägerin) mit der Herstellung von Holztrennwänden mit Glaseinsatz im zweiten Erdgeschoss. Auf den 21. Januar 2002 wurde für die seitens der Klägerin geltend gemachte Forderung von Fr. 29'158.50 zuzüglich Zins durch das Grundbuchamt G. _____ ein provisorisches Bauhandwerkerpfandrecht auf der Liegenschaft der Beklagten eingetragen. Auf Rekurs der Klägerin bestätigte das Obergericht des Kantons Zürich mit Beschluss vom 31. Oktober 2002 besagten Eintrag.

B.
Die Klage auf Feststellung von Bestand und Umfang des Bauhandwerkerpfandrechts wurde am 14. Januar 2003 beim Bezirksgericht M. _____ angehoben; letzteres überwies jedoch die Angelegenheit mit Beschluss vom 18. Februar 2003 an das Handelsgericht des Kantons Zürich, das die Klage mit Urteil vom 5. Juli 2004 abwies, soweit es darauf eintrat.

C.
Mit Berufung vom 13. September 2004 beantragt die Klägerin, die Klage gutzuheissen und die Verfahrenskosten der Beklagten aufzuerlegen; eventuell sei die Streitsache zur Ergänzung des Sachverhalts an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Mit Berufungsantwort vom 21. März 2005 schliesst die Beklagte auf Abweisung der Klage und Löschung des provisorisch eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts; ferner ersucht sie darum, sämtliche Prozesskosten der Klägerin aufzuerlegen. Das Handelsgericht hat auf Gegenbemerkungen verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Das Bundesgericht prüft die Rechtsmittelvoraussetzungen frei und von Amtes wegen, ohne an die Auffassungen der Parteien gebunden zu sein (BGE 130 III 76 E. 3.2.2 S. 81 f.; 129 II 453 E. 2 S. 456 mit Hinweisen).

1.2 Rechtzeitig (Art. 54 Abs. 1 OG) gegen ein Endurteil eines oberen kantonalen Gerichts (Art. 48 Abs. 1 OG) eingelegt, welches in Bezug auf die hier erhobenen Rügen auf kantonomer Ebene nicht weitergezogen werden kann, ist auf die vorliegende Berufung einzutreten, ist doch auch der geforderte Streitwert (Art. 46 OG) erreicht.

1.3 Mit Berufung kann Verletzung des Bundesrechts gerügt werden, nicht aber Verletzung von verfassungsmässigen Rechten der Bürger (Art. 43 Abs. 1 OG; BGE 127 III 248 E. 2c S. 252 mit Hinweisen). Im Berufungsverfahren hat das Bundesgericht seiner Entscheidung die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz zu Grunde zu legen, es sei denn, sie beruhen auf einem offensichtlichen Versehen, seien unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zu Stande gekommen oder bedürften der Ergänzung, weil das kantonale Gericht in fehlerhafter Rechtsanwendung einen gesetzlichen Tatbestand nicht oder nicht hinreichend klärte, obgleich ihm die für den Entscheid wesentlichen Behauptungen und Beweisanträge rechtzeitig und in der vorgeschriebenen Form unterbreitet wurden (Art. 63 und 64 OG; BGE 127 III 248 E. 2c S. 252). Blosser Kritik an der Beweismwürdigung des kantonalen Gerichts kann dagegen mit Berufung nicht vorgetragen werden (Art. 63 Abs. 2 OG; BGE 127 III 73 E. 6a S. 81). Das Bundesgericht darf nicht über die Anträge der Parteien hinausgehen, ist aber an deren Begründung ebenso wenig gebunden wie an der rechtlichen Würdigung, welche die Parteien vertreten haben bzw. die Vorinstanz zur Urteilsgrundlage erhoben hat; das Bundesgericht kann demnach eine Berufung mit anderen Gründen gutheissen als denjenigen, die der Berufungskläger vertreten hat, und dasselbe Rechtsmittel mit einer anderen Begründung abweisen, als derjenigen der Vorinstanz (Art. 63 Abs. 1 und 3 OG; BGE 127 III 248 E. 2c S. 252).

2.

2.1 Dass die Klägerin im 2. Obergeschoss der Liegenschaft der Beklagten Holztrennwände mit Glaseinsatz erstellt hatte, war bereits vor dem Handelsgericht nicht mehr streitig. Mithin ist davon auszugehen, dass die Klägerin eine Lieferung von Arbeit und Material im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB erbracht hat. Die dagegen gerichteten Einwendungen der Beklagten betreffen die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung und sind daher nicht zu hören.

2.2 Problematisch ist vielmehr, dass diese Arbeiten nicht von der Grundstücks- und Gebäudeeigentümerin bestellt wurden, sondern von einer Mieterin, wobei noch umstritten ist, ob der einschlägige Mietvertrag zwischen der Mieterin bzw. der Bestellerin der Arbeiten und der Beklagten lediglich das 3. Obergeschoss oder auch noch das 2. Obergeschoss umfasste.

2.3 Das Handelsgericht hat zunächst die bundesgerichtliche Rechtsprechung in Erinnerung gerufen, gemäss welcher auch vom Mieter bestellte Arbeiten einen Anspruch des Handwerkers auf Errichtung eines gesetzlichen Pfandrechts bewirken können. Es sei im Grunde genommen aber irrelevant, ob tatsächlich ein Mietvertrag für das 2. Obergeschoss bestanden habe; von weit grösserer Bedeutung sei, ob der Mieter die Zustimmung des Grundeigentümers und Vermieters erhalten habe. Es habe allerdings der Klägerin obgelegen, sich zu vergewissern, ob die Bestellerin über eine schriftliche Zustimmung der Grundeigentümerin verfüge, wie dies Art. 260a Abs. 1 OR verlange, selbst wenn der Mieter ein nur vermeintlicher war. Die Klägerin habe dies nicht getan, weshalb eine der unabdingbaren Voraussetzungen für das Bauhandwerkerpfandrecht nicht erfüllt sei. Sie könne sich auch nicht auf ihren guten Glauben berufen; aufgrund des Verhaltens der Beklagten habe sie nicht davon ausgehen dürfen, dass diese dem Umbau zustimme: Die einfache und leicht durchzuführende Abklärung, ob eine schriftliche Zustimmung der Vermieterin und Grundeigentümerin vorliege, habe ihr als Handwerkerin eher zugemutet werden dürfen. Indem die Klägerin die besagte Abklärung unterlassen habe, sei sie ein entsprechendes Risiko eingegangen. Sie habe somit bei der gebotenen Aufmerksamkeit nicht gutgläubig sein können, weshalb ihr eine Berufung auf Art. 3 ZGB verwehrt sei. Zwar deute die Klägerin auf Umstände hin, welche ihrer Ansicht nach darauf hinweisen, dass die Beklagte von den Bauarbeiten Kenntnis gehabt und diese zumindest geduldet habe. Aber selbst wenn diese Umstände bewiesen wären, hätten diese die Klägerin nicht von ihrer Pflicht zur Abklärung entbunden, zumal das Verhalten der Beklagten nicht eine besondere Situation geschaffen habe, welche geeignet gewesen sei, die Klägerin von der nahe liegenden Erkundigung nach einer schriftlichen Zustimmung abzuhalten. Weil die entgegengesetzten Interessen der Klägerin als Handwerkerin und der Beklagten als Grundeigentümerin sich als gleichwertig erwiesen, sei es nahe liegender, von der Klägerin, die ihre Berechtigung zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts wahren wolle, ein Handeln zu verlangen, als von der Grundeigentümerin, die lediglich nicht belangt zu werden wünsche. Gestützt darauf hat das Handelsgericht die Klage abgewiesen.

2.4 Die Klägerin wendet gegen das handelsgerichtliche Urteil drei Argumente ein: Ihre Ansprüche seien nicht von der Existenz eines Mietvertrages zwischen der Grundeigentümerin und der Bestellerin der Arbeiten abhängig, Entsprechendes sei in Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB nicht zu finden. Schon von daher sei Art. 260a OR nicht anwendbar, zumal diese Bestimmung ohnehin nur zwischen den Mietparteien gelte und keinerlei Aussenwirkungen habe. Darüber hinaus sei die Bestellerin als Unternehmerin im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB anzusehen. Sodann führt die Klägerin aus,

selbst wenn eine schriftliche Zustimmung der Beklagten an die Bestellerin der Arbeiten verlangt werden dürfte, hätte die Beklagte gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB und der Vertrauens Theorie keinen Anspruch auf Rechtsschutz, weil sie sich an der gesamten Bauphase am relevanten Grundstück durch Mitgestaltung der Pläne, Gewährung von Besprechungsterminen, Schlüsselüberlassung und ständige Präsenz auf der Baustelle beteiligt habe. Wenn sie sich heute nicht mehr daran erinnern möchte, zeitige sie ein widersprüchliches Verhalten. Ebenso widersprüchlich sei ihre heutige Anrufung eines Formmangels (fehlende schriftliche Zustimmung nach Art. 260a OR). Die Klägerin fährt alsdann fort,

unter den gegebenen Umständen dürfe Art. 3 ZGB nicht gegen sie angewendet werden, würde doch damit Art. 2 ZGB umgangen. Schliesslich wirft die Klägerin dem Handelsgericht vor, die Anwendung von Art. 672 ZGB nicht überprüft zu haben, obwohl diese Bestimmung substantiiert angerufen worden sei.

2.5 In ihrer Berufungsantwort beschäftigt sich die Beklagte, trotz der zutreffenden einleitenden Bemerkung, dass der Sachverhalt verbindlich vom Handelsgericht festgestellt wurde, doch einlässlich mit der Darstellung der Klägerin, womit auch ihre einschlägigen Ausführungen - wie jene der Klägerin - nicht zu hören sind. Es gilt dies vor allem für die Ausführungen unter Punkt B.5.a bis B.5.e S. 4-6 und unter Punkt C.6 in fine S. 7, C.10 S. 10-12, 13 der Berufungsschrift. Zum Rechtlichen unterstützt sie die Lösung des Handelsgerichts, indem sie auf die Tatsache hinweist, dass der Grundeigentümer keine Kontrolle mehr über die von Dritten vergebenen Arbeiten haben kann, wenn man nicht einmal dessen schriftliche Zustimmung gestützt auf Art. 260a OR verlangt: Bei der gedanklichen Vernetzung zwischen Art. 260a OR und Art. 837 ZGB gehe es doch darum, dass nur die Bauleistungen eintragungsfähig sein sollen, die dem Willen des Eigentümers entsprechen, sei es, weil er sie direkt angeordnet hat, sei es, weil er dazu eine konkrete und schriftliche Zustimmung zu einer Anfrage eines Mieters gegeben hat. Die Klägerin könne im Ergebnis auch nicht als gutgläubig im Sinne von Art. 3 Abs. 2 ZGB betrachtet werden, denn in Anwendung der Aufmerksamkeit, die nach den Umständen von ihr verlangt werden konnte, hätte sie die fehlende Zustimmung der Beklagten erkennen können.

3.

3.1 Das in BGE 116 II 677 E. 2b S. 680 ausführlich zusammengefasste Schrifttum sowie seither veröffentlichte Publikationen wie etwa von Paul Piotet (*Hypothèque légale pour les travaux commandés par le locataire?*, in: JdT 2001 I 173) und von Vallat (*L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs et l'exécution forcée*, Lausanne 1998, S. 25 f.) äussern sich differenziert zur Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Handwerker für die vom Mieter bestellten Arbeiten einen Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu Lasten des Grundeigentümers hat. Während etwa Piotet ein Bauhandwerkerpfandrecht zu Gunsten des durch den Mieter beauftragten Unternehmers ablehnt (a.a.O., S. 173 ff.), lässt z.B. Schumacher (*Das Bauhandwerkerpfandrecht*, 2. Aufl. 1982, S. 123, Rz. 458) ein solches bereits dann zu, wenn der Unternehmer gutgläubig habe annehmen dürfen, dass der Grundeigentümer selbst der Bauherr oder mit den Arbeiten einverstanden sei. Die Vertreter vermittelnder Positionen betonen einmal, dass eine derartige Ausdehnung des Kreises der Begünstigten nur dann denkbar sei, wenn die Arbeiten eine Wertvermehrung der Liegenschaft und mithin eine Bereicherung des Grundeigentümers bewirkt hätten (so Liver, SPR V/1, Basel 1977, S.

192), oder verlangen, dass der Grundeigentümer den Arbeiten zugestimmt bzw. sie in Kauf genommen habe (z.B. Zobl, *Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda*, in: ZSR 101/1982 II S. 82).

3.2 Nach der konstanten, zuletzt in BGE 126 III 505 bestätigten Rechtsprechung des Bundesgerichts können durch den Mieter bestellte Bauarbeiten einen Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu Lasten des Grundeigentümers nur dann bewirken, wenn (kumulativ) der Vermieter und Grundeigentümer seine Zustimmung erteilt hat, wenn die Bauarbeiten mit dem Grundstück dauerhaft verbunden sind und dadurch eine objektive Wertvermehrung eingetreten ist (BGE 126 III 505 E. 4a S. 507).

3.3 Der grundlegende BGE 116 II 677 hält zur Frage, ob das Bestehen eines Mietvertrages entscheidend sei, fest, dass die von Handwerkern im Rahmen eines Bauvorhabens geleisteten Arbeiten kein selbständiges Dasein haben, sondern Bestandteil der Baute werden und dadurch deren Wert (in der Regel) steigern. Dieser Mehrwert soll vorrangig denjenigen als Sicherheit dienen, die ihn geschaffen haben (BGE 116 II 677 E. 4a S. 682). Für diese Gedankenführung ist, wie das Handelsgericht zutreffend hervorhebt, ohne Belang, wer auf welche Weise diese Arbeiten bestellt hat. Denn der Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Pfandrechts nach Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB ist insofern realobligatorischer Natur, als zwischen dem Handwerker oder Bauunternehmer einerseits und dem Grundeigentümer andererseits nicht notwendigerweise eine vertragliche Beziehung zu bestehen braucht (BGE 116 II 677 E. 3 S. 682): Entscheidend ist lediglich der vom Handwerker zu Gunsten des Grundeigentümers geschaffene Mehrwert. Die Folgerung des Handelsgerichts, der

Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts sei vom Bestehen eines Mietverhältnisses nicht abhängig, ja sogar, auf das Verhältnis zwischen Besteller und Grundeigentümer komme es gar nicht an, steht im

Zeichen der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung (E. 3.2 hiavor) und hält folglich vor Bundesrecht stand.

3.4 Daran ändert nichts, dass sich das Bundesgericht noch nicht mit einem Sachverhalt zu beschäftigen hatte, wo sich die Frage der Zustimmung des Vermieters stellte. Im älteren publizierten Entscheid war die Frage zentral, ob vom Mieter bestellte Arbeiten ein Bauhandwerkerpfandrecht bewirken können, wogegen sich die Frage der Zustimmung des Vermieters gar nicht stellte (BGE 116 II 677 E. 4c S. 683); ebenso im jüngeren Bundesgerichtsurteil, wo sich die Ermächtigung für den Mieter, bauliche Änderungen und Ergänzungen vorzunehmen, aus dem Mietvertrag selbst ergab (BGE 126 III 505, Sachverhalt S. 506), und nur noch die Frage der Wertvermehrung zu beantworten war. Aber aus dem oben Ausgeführten (E. 3.2 und 3.3) erhellt, dass das Bestehen oder Nichtbestehen eines Mietverhältnisses als solches kein taugliches Kriterium für die Zulassung bzw. die Verweigerung eines Bauhandwerkerpfandrechts darstellt.

4.

4.1 Wenn es also für den Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf das Verhältnis zwischen Besteller und Grundeigentümer gar nicht ankommt, lautet die nächste Frage, ob sich letzterer automatisch immer ein solches gesetzliches Pfandrecht gefallen lassen muss. In konsequenter Handhabung des Bauhandwerkerpfandrechts als Realobligation wäre die Frage zu bejahen. Dies allerdings bedeutete, dass der Grundeigentümer hinsichtlich seiner Verantwortung überhaupt keine Kontrolle mehr hätte und denen, die seine Baute benutzen (vorab Mieter), völlig ausgeliefert wäre, worauf die Beklagte zu Recht hinweist.

4.2 Dem ist freilich schon deshalb nicht so, weil laut der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (E. 3.2 hiavor) die Ausdehnung des Anspruchs auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu Lasten des Grundeigentümers für durch den Mieter bestellte Bauarbeiten an drei kumulativ zu erfüllende Bedingungen geknüpft ist, die ein Ausufern derartiger Situationen verhindern. Insbesondere bürgt die Bedingung, dass die Arbeit für das Grundstück eine objektive Wertvermehrung bewirken muss, dass der Eigentümer ein - wenn überhaupt - nur mässiges Verlustrisiko eingeht.

4.3 Bleibt noch zu bestimmen, wie es sich mit der Zustimmung des Grundeigentümers (und, das Bestehen eines solchen Vertrages vorausgesetzt, Vermieters) verhält. Genau formuliert lautet die Frage nicht, wie genau eine solche Zustimmung für alle Fälle aussehen muss, sondern lediglich, ob mit dem Bundesrecht vereinbar sei, unter Rückgriff auf Art. 260a Abs. 1 OR strikte nur eine ausdrückliche und schriftlich abgefasste Zustimmung genügen zu lassen, wie vom Handelsgericht entschieden.

4.4 Der Rückgriff auf Art. 260a OR überzeugt aus zwei Gründen nicht. Zunächst einmal handelt es sich dabei um eine vertragsrechtliche Bestimmung, die ausschliesslich zwischen den Vertragsparteien Wirkungen entfaltet. Es ist nicht einzusehen, wie eine solche Norm jemanden, der gar nicht Vertragspartei ist, zu einem positiven Handeln (nämlich das Verlangen einer schriftlichen Zustimmung des Vermieters) gegenüber einer Vertragspartei zwingen und die Missachtung der Obliegenheit auf ein vom Mietverhältnis unabhängiges Leistungsverhältnis direkte und einschneidende Folgen haben soll (nämlich die Verwirkung des Anspruches des Handwerkers auf die Eintragung eines Pfandrechts). Weil das Bestehen eines Mietvertrages zwischen Besteller und Grundeigentümer keine Voraussetzung für den Anspruch auf ein Bauhandwerkerpfandrecht darstellt (vorne, E. 3.3), fällt selbst eine analoge Heranziehung von mietrechtlichen Grundsätzen ohnehin ausser Betracht: Es ist kein Grund ersichtlich, den Handwerker, der mit einem beliebigen Nicht-Mieter ins Geschäft kommt, gestützt auf mietrechtliche Normen schlechter als denjenigen zu behandeln, der von einem Mieter aufgeboden wird. Dem der Beklagten wichtigen Anliegen, die Gefahren für den Grundeigentümer auf für

ihn überschaubare Situationen zu beschränken, ist nicht auf diese Weise Rechnung zu tragen. Hinzu kommt, dass die fragliche Bestimmung aus dem Vertragsrecht ohnehin lediglich Beweisfunktion hat, nicht zwingend ist (BGE 124 III 149 E. 5) und seitens der Beklagten unsubstantiiert und sowieso zu Unrecht in Abrede gestellt wird.

5.

5.1 Damit noch nicht beantwortet ist freilich die Frage, ob im Sinne des Schutzes des (berechtigten) guten Glaubens des Handwerkers genügen soll, dass der Grundeigentümer beim Handwerker den Anschein erweckt, der Besteller handle mit seiner Einwilligung, wie Schumacher (E. 3.1 hiavor) verlangt, oder ob eine positive Zustimmung des Grundeigentümers (in Form einer stillschweigenden Einwilligung oder einer konkludenten Hinnahme) gefordert werden muss. Das Bundesgericht hat eine kantonale Entscheidung als bundesrechtskonform bestätigt, welche die Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts für Arbeiten geschützt hatte, die vom neuen Betreiber eines Cafés veranlasst wurden, obwohl letzterer keine ausdrückliche Zustimmung der Grundeigentümer hatte

vorweisen können: Das Bundesgericht hat in jenem Fall dafür gehalten, dass den Grundeigentümern, die in derselben Liegenschaft wohnten, in der auch das Café untergebracht war, und die täglich am Café vorbeilaufen mussten, die immerhin vier Monate dauernden Arbeiten nicht unbemerkt blieben; sie hätten diese Arbeiten auch nicht als kosmetische Auffrischung missverstehen können. Den Grundeigentümern war der Einwand verwehrt, der Mieter habe wegen Art. 260a OR keine Arbeiten ohne ihre Zustimmung

veranlassen dürfen, zumal sie selbst einen Dritten mit der Auswahl eines neuen Betreibers für das Café betraut hatten (Urteil 5C.118/1999 vom 21. Juli 1999, E. 1b): Von Bedeutung sei lediglich, ob die Eigentümer stillschweigend in die Arbeiten eingewilligt oder dieselben konkludent hingenommen hätten, und nicht, ob der Mieter den Mietvertrag verletzt habe (E. 1c).

5.2 Das ist, was die Klägerin im konkreten Fall behauptet: Die Beklagte sei auf der Baustelle anwesend gewesen und habe sich an den Arbeiten beteiligt (ausführlicher E. 2.4 hiervor), woraus sie auf deren Einwilligung geschlossen habe. Weil die Beklagte dies alles bestreitet, wird darüber ein Beweisverfahren zu führen sein. Erst dann wird sich weisen, ob sie den Arbeiten positiv zugestimmt hat, den Anschein erweckt hat, sie zu dulden, oder hingegen die Klägerin auf eine solche Einwilligung nicht schliessen durfte. Folglich lässt sich derzeit die eingangs gestellte Frage noch nicht beantworten.

Klar ist indessen, dass die in der Berufungsantwort vorgetragene Argumente der Beklagten entweder tatsächlicher Natur, und deshalb unstatthaft (E. 2.5 hiervor) sind, oder aber inhaltlich an der Sache vorbeigehen. Dies gilt insbesondere für die Ausführungen zur vertraglichen Beziehung zwischen der Klägerin und ihrer Auftraggeberin: Nach dem oben Gesagten ist für die hier einzig relevante Frage nach der Einwilligung bedeutungslos, wie der Informationsfluss und das Vertrauensverhältnis zwischen den Werkvertragsparteien sich gestaltete; und selbstverständlich ist nirgends die Rede von einem zweiten, neben dem zwischen der angeblichen Mieterin und der Klägerin bestehenden, konkludent abgeschlossenen Werkvertrag zwischen der Beklagten und der Klägerin, sondern lediglich von einer allfälligen konkludent zum Ausdruck gebrachten Einwilligung der Beklagten zum erstgenannten Vertrag, was offensichtlich nicht dasselbe bedeutet.

5.3 Im Ergebnis kann die Klage nicht mit der handelsgerichtlichen Begründung abgewiesen werden, die Klägerin habe es versäumt, eine schriftliche Zustimmung der Grundeigentümerin einzuholen bzw. von der Bestellerin zu verlangen. Dies führt zur Gutheissung der Berufung.

6.

Die handelsgerichtliche Lösung hatte zur Folge, dass weder über die bestrittene Hauptfrage nach der angeblichen Einwilligung der Beklagten noch über das ebenfalls bestrittene Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des geltend gemachten Anspruches Beweise abgenommen wurden. Auch die weiteren aufgeworfenen Fragen nach der Anwendbarkeit von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB auf die Bestellerin sowie einer Subsumtion des Sachverhaltes unter Art. 671 f. ZGB blieben unbehandelt. Dem Bundesgericht fehlen demnach tatsächliche Feststellungen, die für die korrekte Anwendung des Bundesrechts unumgänglich sind. Weil es sich keineswegs um nebensächliche Punkte im Sinne von Art. 64 Abs. 2 OG handelt, muss das angefochtene Urteil aufgehoben, und die Sache zur Durchführung des Beweisverfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen werden.

7.

Ausgangsgemäss hat die unterlegene Beklagte die Gerichtskosten zu tragen (Art. 156 Abs. 1 OG). Weiter hat sie die Klägerin für ihre Umtriebe im Berufungsverfahren angemessen zu entschädigen (Art. 159 Abs. 1 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

In Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 5. Juli 2004 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Die Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.-- wird der Beklagten auferlegt.

3.

Die Beklagte hat die Klägerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 3'000.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Handelsgericht des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 12. April 2005

Im Namen der II. Zivilabteilung

des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: