
Das Bauhandwerkerpfandrecht – eine aktuelle Übersicht unter Berücksichtigung der Baukreditüberwachungspraxis der Banken

Von CHRISTOPH THURNHERR, lic. iur., Rechtsanwalt*

Inhaltsübersicht

I. Einleitung

1. Thema
2. Vorgehen
3. Zweck des Bauhandwerkerpfandrechts
4. Begriff und Grundmerkmale

II. Die Voraussetzungen des Bauhandwerkerpfandrechts

1. Übersicht
2. Handwerker oder Unternehmer
 - a) Grundlagen
 - b) Spezialfälle
3. Die geschützte Bauleistung
 - a) Grundsatz
 - b) Bauten oder andere Werke
 - c) Lieferung von Material und Arbeit oder Arbeit allein
4. Das belastete Grundstück (Pfandobjekt) und der Grundeigentümer
 - a) Allgemeines
 - b) Sonderfälle hinsichtlich des Pfandobjekts
5. Keine andere hinreichende Sicherheit
6. Fristgerechte Eintragung im Grundbuch
 - a) Allgemeines
 - b) Sonderfälle
 - c) Verfahrensrechtliche Fragen

III. Das Doppelzahlungsrisiko

1. Die Risikosituationen für den Grundeigentümer
 - a) Übersicht
 - b) Mehrere Bauhandwerkerpfandrechte für die gleiche Bauleistung
 - c) Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten trotz Bezahlung
2. Schutzmassnahmen
 - a) Zweckmässige Vertragsgestaltung
 - b) Vorgehen bei erfolgter Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten

* Ich danke Andrea Mayer (Credit Suisse) und Daniel Maurer (ZKB) für verschiedene wertvolle Auskünfte.

3. Zur Baukreditüberwachungspraxis der Banken
 - a) Einführung
 - b) Akteure und Grundlagen
 - c) Durchführung und Ablauf

IV. Übersicht über die Rechtswirkungen des Bauhandwerkerpfandrechts

1. Grundlegendes
2. Die Realisierung des Bauhandwerkerpfandrechts
3. Das Vorrecht der Baugläubiger

V. Die Löschung des Pfandrechts

VI. Die Revision des Bauhandwerkerpfandrechts – oder was davon übrig blieb

VII. Zusammenfassung

I. Einleitung

1. Thema

Das Bauhandwerkerpfandrecht (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 und Abs. 2 sowie Art. 839 ff. ZGB) ist bekanntlich ein ebenso praktisch wichtiges wie aber auch problembehaftetes Pfandrecht. Dies zeigen die umfangreiche Gerichtspraxis kantonaler Gerichte und des Bundesgerichts, die zahlreichen Publikationen zum Thema und nicht zuletzt auch die verschiedenen Revisionsvorschläge. Der vorliegende Aufsatz soll aus Anlass einiger aktueller Entscheide sowie der auch das Bauhandwerkerpfandrecht betreffenden laufenden Teilrevision des Immobiliarsachen- und Grundbuchrechts eine kurze Übersicht über dieses auch schon als «Fallstrick für Leichtgläubige»¹ oder gar als «gefährliches Pfandrecht»² bezeichnete Institut geben.

2. Vorgehen

Im Folgenden werden nach einigen Bemerkungen zum Zweck und zur Terminologie die einzelnen Voraussetzungen des Bauhandwerkerpfandrechts dargelegt. Dabei wird insbesondere zu einigen

1 NZZ am Sonntag, 30.10.2005, 51.

2 NZZ, 31.12.2004, 61.

aktuellen Fragen Stellung genommen. Das Problem des Doppelzahlungsrisikos – und damit verbunden die Frage der Baukreditüberwachung durch die Banken – wird infolge seiner praktischen Relevanz gesondert behandelt. Im Anschluss daran wird kurz auf die Rechtsfolgen des Bauhandwerkerpfandrechts und auf dessen Löschung eingegangen, bevor dann einige Ausführungen zur laufenden Revision folgen. Den Schluss bildet eine Zusammenfassung des Wesentlichen.

3. Zweck des Bauhandwerkerpfandrechts

Das Bauhandwerkerpfandrecht bezweckt die Sicherung der Forderungen der Handwerker und Unternehmer. Ein entsprechendes Schutzbedürfnis besteht vor allem deshalb, weil infolge des Akzessionsprinzips (Art. 667 ZGB) das eingebaute Material unmittelbar Bestandteil des Grundstücks wird und demnach in das Eigentum des Grundeigentümers fällt. Wird nur Arbeit alleine (d.h. ohne den Einbau von Material) geleistet, liegt ebenfalls eine Vermögensverschiebung vor, nämlich hinsichtlich dieser geleisteten Arbeit. Zudem sind die Handwerker und Unternehmer gemäss Art. 372 Abs. 1 OR vorleistungspflichtig, sofern nichts anderes vereinbart wird.

4. Begriff und Grundmerkmale

Handwerkern oder Unternehmern, die zu Bauten oder andern Werken auf einem Grundstück Material und Arbeit oder auch Arbeit alleine geliefert haben, steht ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts zu, unabhängig davon, ob sie den Grundeigentümer selbst oder einen Unternehmer zum Schuldner haben (Art. 837 Abs. 1 ZGB). Dies bedeutet einerseits, dass es sich beim Bauhandwerkerpfandrecht um ein *mittelbares gesetzliches Grundpfandrecht*³ (Grundpfandverschreibung) handelt, und andererseits, dass sich der

³ Das Bauhandwerkerpfandrecht unterscheidet sich demnach von den vertraglichen Pfandrechten dadurch, dass der Entstehungsgrund nicht in einem Rechtsgeschäft liegt, sondern dass es auf einer Gesetzesvorschrift beruht. Es besteht aber nicht bereits von Gesetzes wegen (unmittelbar); der Berechtigte hat jedoch einen Anspruch auf Errichtung des Pfandrechts (mittelbares Pfandrecht). Vgl. dazu auch HANS LEEMANN, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Berner Kommentar), Band IV: Sachenrecht, II. Abteilung: Art. 730–918 ZGB, Bern 1925, Art. 837 N 2.

schweizerische Gesetzgeber für ein System entschieden hat, bei dem nicht nur der Unternehmer, sondern auch der *Subunternehmer*⁴ einen direkten Anspruch auf Errichtung eines Pfandrechts hat.⁵ Dieser Anspruch der Baugläubiger auf Pfanderrichtung ist *realobligatorischer Natur*.⁶ Folge davon ist, dass er sich gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks richtet und auch dann durchgesetzt werden kann, wenn das Grundstück Gegenstand eines Zwangsvollstreckungsverfahrens ist.⁷ Gemäss Art. 837 Abs. 2 ZGB können die Baugläubiger *nicht zum Voraus auf das Bauhandwerkerpfandrecht verzichten*. Ein Verzicht ist demnach erst dann möglich, wenn der Anspruch auf Errichtung des Pfandrechts bereits entstanden ist, also nach Abschluss des Werkvertrags.⁸

4 Soweit sich aus dem Zusammenhang nichts anderes ergibt, wird nachfolgend grundsätzlich von der Konstellation Erstbesteller (= Grundeigentümer oder Bauherr), (General-)Unternehmer, Subunternehmer ausgegangen. (General-)Unternehmer ist also der Vertragspartner des Erstbestellers, Subunternehmer derjenige des Unternehmers. Als Baugläubiger werden (General-)Unternehmer (= unmittelbare Baugläubiger) und Subunternehmer (= mittelbare Baugläubiger) zusammenfassend bezeichnet.

5 Pfandobjekt ist dasjenige Grundstück, dem die Bauarbeiten zugute gekommen sind (vgl. dazu unten II. 4.).

6 Vgl. etwa BGE 92 II 227 ff. E. 1, 120 Ia 240 ff. E. 3c sowie DIETER ZOBL, Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda, ZSR NF 101/1982 II, 76 ff.; PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, Tome III, 3. A., Bern 2003, Rz. 2877a; DIETER ZOBL/CHRISTOPH THURNHERR, Bauhandwerkerpfandrecht: Bemerkungen zum geltenden Recht sowie zum Revisionsvorentwurf, in: Hans Michael Riemer/Moritz Kuhn/Dominik Vock/Myriam A. Gehri (Hrsg.), Schweizerisches und Internationales Zwangsvollstreckungsrecht, Festschrift für Karl Spühler zum 70. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2005, 489 und zum Ganzen PETER LIVER, Die Begründung des Bauhandwerkerpfandrechts, ZBJV 1962, 209 ff.

7 Vgl. dazu LUKAS HANDSCHIN/DANIEL HUNKELER, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG II, Basel/Genf/München 1998, Art. 198 N 7 sowie ZOBL, ZSR 1982 II (Fn. 6), 78.

8 BK-LEEMANN (Fn. 3), Art. 837 N 57, 59; RAINER SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Systematische Darstellung der Praxis, 2. A., Zürich 1982, Rz. 521; ZOBL/THURNHERR (Fn. 6), 491. Ein zum Voraus erklärter Verzicht ist gemäss Art. 20 OR nichtig (JOSEF HOFSTETTER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, ZGB II, 2. A., Basel/Genf/München 2003, Art. 839/840 N 26; BK-LEEMANN [Fn. 3], Art. 837 N 61; ZOBL, ZSR 1982 II [Fn. 6], 143).

II. Die Voraussetzungen des Bauhandwerkerpfandrechts

1. Übersicht

Die Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts ist grundsätzlich von folgenden Voraussetzungen abhängig:

- Anspruchsberechtigung (Handwerker oder Unternehmer);
- Forderung, die auf der Lieferung von Material und Arbeit oder Arbeit alleine zu Bauten oder andern Werken beruht (geschützte Bauleistung);
- bestimmtes Grundstück als Pfandobjekt;
- Fehlen hinreichender anderer Sicherheit;
- fristgerechte Eintragung im Grundbuch.

2. Handwerker oder Unternehmer

a) Grundlagen

Anspruchsberechtigt sind gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB Handwerker und Unternehmer. Unter Handwerkern versteht man diejenigen Gewerbetreibenden, die sich zur *Ausführung spezieller Bauleistungen* verpflichten (z.B. Schreiner, Dachdecker, Spengler). Unternehmer im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB sind diejenigen, welche zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen *Subunternehmer beiziehen* (z.B. General- oder Totalunternehmer).^{9, 10} Arbeitnehmern (nach

⁹ Vgl. dazu insbes. ZOBL, ZSR 1982 II (Fn. 6), 80 und auch BK-LEEMANN (Fn. 3), Art. 837 N 34 ff. Von rechtlicher Relevanz ist die Unterscheidung der beiden Begriffe nicht, da Handwerker und Unternehmer hinsichtlich des Bauhandwerkerpfandrechts gleich behandelt werden. Handwerker und Unternehmer können sowohl natürliche als auch juristische Personen sein. Hinzuweisen ist hier noch auf die Arbeitsgemeinschaft (ARGE, Konsortium). Arbeitsgemeinschaften sind einfache Gesellschaften (Art. 530 ff. OR), in denen sich mehrere Unternehmer zwecks gemeinsamer Erfüllung eines Werkvertrages zusammenschliessen. Mit dem Bauherrn wird lediglich ein einziger Werkvertrag abgeschlossen. Die beteiligten Unternehmer sind solidarisch verpflichtet, diesen Werkvertrag zu erfüllen (Art. 544 Abs. 3 OR). Die Arbeitsgemeinschaft ist hinsichtlich des Bauhandwerkerpfandrechts grundsätzlich anspruchsberechtigt, wobei aber den Besonderheiten der einfachen Gesellschaft Rechnung zu tragen ist (vgl. dazu und zum Ganzen SCHUMACHER [Fn. 8], Rz. 278 ff.).

¹⁰ Im Bauwesen werden grundsätzlich die folgenden Verträge unterschieden: Planungs- oder Projektierungsvertrag (Werkvertrag), Bauleitungsvertrag (Auftrag),

Art. 319 ff. OR) kommt dagegen kein Pfandrechtsschutz zu.¹¹ Klar ist, dass auch Subunternehmer anspruchsberechtigt sind, sofern die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind.¹²

b) *Spezialfälle*

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist grundsätzlich auch derjenige Handwerker oder Unternehmer berechtigt die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu verlangen, der nicht den Grundeigentümer oder einen Unternehmer, sondern einen *Mieter* zum Schuldner hat.¹³ Voraussetzung dafür ist, dass der Vermieter und Grundeigentümer den entsprechenden Leistungen *zugestimmt* hat, die Bauarbeiten mit dem Grundstück dauerhaft verbunden sind und dadurch eine *objektive Wertvermehrung* eingetreten ist.¹⁴ Unlängst hat das Bundesgericht zudem entschieden, dass eine ausdrückliche schriftliche Zustimmung – wie es das Handelsgericht des Kantons Zürich unter Rückgriff auf Art. 260a Abs. 1 OR verlangt hatte – nicht erforderlich ist.¹⁵ M.E. ist diesem Entscheid vollumfänglich zuzustimmen, weil es nicht sein kann, dass eine *mietrechtliche Formvorschrift* (Art. 260a Abs. 1 OR), die nur auf das Vertragsverhältnis zwischen dem Vermieter (= Grundeigentümer) und Mieter zur Anwendung kommt und deren *ratio legis* lediglich in der Verhinderung von Konflikten zwischen den Parteien des Mietvertrages

Unternehmervertrag (Werkvertrag), Gesamtarchitekturvertrag (gemischter Vertrag), Generalunternehmervertrag (Werkvertrag) und Totalunternehmervertrag (Werkvertrag). Der Generalunternehmervertrag unterscheidet sich vom Totalunternehmervertrag hinsichtlich der Übernahme der Projektierungsarbeiten. Der Generalunternehmer erstellt das Werk gestützt auf ein von einem Dritten ausgearbeitetes Projekt. Der Totalunternehmer übernimmt hingegen sowohl die Projektierung als auch die gesamte Ausführung der Bauarbeiten.

11 Vgl. aber Art. 146 Abs. 2 und 219 Abs. 4 SchKG.

12 Vgl. dazu oben I. 4. und generell zur Rechtsstellung des Subunternehmers ZOB/THURNHERR (Fn. 6), 488 ff.

13 Vgl. etwa BGE 126 III 505 ff. E. 4a, 123 III 124 ff., 116 II 677 ff., 92 II 227 ff. E. 1. Kritisch dazu etwa DAMIEN VALLAT, *L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs et l'exécution forcée*, Diss. Lausanne 1998, 25 f. und auch JEAN-CLAUDE DE HALLER, *Le droit à l'inscription de l'hypothèque légale de l'entrepreneur*, Diss. Lausanne 1970, 113 ff. sowie PAUL PROTET, *Hypothèque légale pour les travaux commandés par le locataire?*, JdT 2001 I 173 ff., die ein Bauhandwerkerpfandrecht zuzugunsten des Vertragspartners des Mieters generell ablehnen.

14 BGE 126 III 505 ff. E. 4a; vgl. auch ZOB/THURNHERR (Fn. 6), 485 f.

15 Urteil des Bundesgerichts 5C.208/2004 vom 12.4.2005, E. 4.3, 4.4.

liegt (Beweisfunktion)¹⁶, direkte Wirkungen gegenüber einer an diesem Vertragsverhältnis nicht beteiligten Person entfalten kann.

Tritt der Handwerker oder Unternehmer seine Forderung an einen Dritten ab (Art. 164 ff. OR), ist zu unterscheiden, ob das Bauhandwerkerpfandrecht bereits im Grundbuch eingetragen ist oder nicht. Bei bereits erfolgter Eintragung *erwirbt der Zessionar mit der Forderung auch das Bauhandwerkerpfandrecht* (Art. 170 Abs. 1 OR). Ist das Pfandrecht noch nicht definitiv im Grundbuch eingetragen, *geht mit der Forderung auch der realobligatorische Anspruch auf Pfanderrichtung auf den Zessionar über*.¹⁷ Verlangt der Handwerker oder Unternehmer nach Abtretung der Forderung die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts, ist dieses Begehren vom Gericht infolge fehlender Aktivlegitimation abzuweisen.¹⁸

3. Die geschützte Bauleistung

a) Grundsatz

Nach dem Wortlaut des Gesetzes (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB) sichert das Bauhandwerkerpfandrecht nur Forderungen von denjenigen Handwerkern und Unternehmern, welche zu «Bauten oder andern Werken» auf einem Grundstück «Material und Arbeit oder Arbeit allein» geliefert haben.

b) Bauten oder andere Werke

Unter Bauten und anderen Werken sind nicht nur Gebäude zu verstehen, sondern *alles, was mit technischer Hilfe ober- oder unterirdisch mit dem Boden verbunden ist*.¹⁹ Neben allen Arten von Gebäu-

16 Vgl. dazu ROGER WEBER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR I, 3. A., Basel/Genf/München 2003, Art. 260a N 4.

17 BK-LEEMANN (Fn. 3), Art. 837 N 55; SCHUMACHER (Fn. 8), Rz. 304 ff.; ZOBL, ZSR 1982 II (Fn. 6), 119.

18 BK-LEEMANN (Fn. 3), Art. 837 N 56; JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 2. A., Zürich 2003, Rz. 1719.

19 ARTHUR MEIER-HAYOZ, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 2. Teilband: Grundeigentum I, Art. 655–679 ZGB, 3. A., Bern 1964, unveränderter Nachdruck mit Supplement 1974, Art. 667 N 30; vgl. auch BGE 76 II 134 ff. E. 1.

den (Neu- und Umbauten) fallen darunter auch Brücken, Strassen, Kanäle, Tunnels, Leitungen oder auch Sportplätze.²⁰ Kein Anspruch auf Pfanderrichtung besteht – mangels dauerhafter Verbindung mit dem Boden – für Fahrnisbauten (Art. 677 ZGB).²¹ In der Lehre umstritten ist die Frage, ob der Gerüstbauer einen Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts hat.²² Das Bundesgericht hat sich dazu in einem neueren Entscheid zum ersten Mal geäußert und einen Anspruch m.E. zu Recht verneint.²³ Gerüste werden nicht fest und dauerhaft mit dem Boden verbunden und sind demnach auch nicht vom Akzessionsprinzip erfasst. Der Gerüstbauer kann das Gerüst somit bei Zahlungsunfähigkeit seines Vertragspartners entfernen, weshalb ein die Bejahung eines Anspruchs auf Pfanderrichtung rechtfertigendes Schutzbedürfnis nicht gegeben ist.

c) *Lieferung von Material und Arbeit oder Arbeit allein*

Bei der geschützten Bauleistung kann es sich um die Lieferung von Arbeit allein oder Material und Arbeit handeln. «Arbeit» ist also stets erforderlich. Erfolgt diese zusammen mit einer Materiallieferung, werden die entsprechenden Leistungen üblicherweise im Rahmen eines *Werklieferungsvertrages* (vgl. dazu Art. 365 Abs. 1 OR) erbracht (z.B. Hausanstrich mit Lieferung der Farbe, Schreinerarbeiten mit Lieferung des Werkstoffes). Voraussetzung des Pfandrechtschutzes ist dabei, dass die vereinbarte Werklieferung effektiv erfolgt und auch Bestandteil des Baugrundstücks geworden ist (Akzession). Bei der Lieferung von Arbeit allein wird regelmässig ein *gewöhnlicher Werkvertrag* (Art. 363 ff. OR) abgeschlossen. Die

20 Vgl. dazu SCHUMACHER (Fn. 8), Rz. 116 ff.

21 BGE 105 II 264 ff. E. 1.

22 Vgl. etwa SCHUMACHER (Fn. 8), Rz. 260 (befürwortend) und PASCAL SIMONIUS/THOMAS SUTTER, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band II: Die beschränkten dinglichen Rechte, Basel/Frankfurt a.M. 1990, § 8 Rz. 42 (ablehnend).

23 BGE 131 III 300 ff. E. 4. Anders dürfte der Fall dann liegen, wenn es sich um ein «massgeschneidertes», also um ein nicht wieder verwendbares, speziell für die Erstellung einer bestimmten Baute angefertigtes Gerüst handelt (vgl. E. 4.2). Die Frage nach der Rechtsnatur des Gerüstbauvertrages konnte das Bundesgericht offen lassen, da Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB nicht zwingend einen Werkvertrag voraussetzt. Vgl. dazu auch RAINER SCHUMACHER, Kein Bauhandwerkerpfandrecht beim Gerüstbau?, BR/DC 2005, 163 ff., der die vom Bundesgericht im erwähnten Entscheid vertretene Auffassung ablehnt.

Bauleistung besteht in diesem Fall in der Erbringung von manueller oder maschineller Arbeit auf dem Baugrundstück (z.B. Aushub- oder Abbrucharbeiten, reine Montagarbeiten).²⁴ *Nicht pfandgeschützt sind blosse Materiallieferungen²⁵, intellektuelle Bauleistungen²⁶ oder auch blosse Unterhaltsarbeiten.*

Umstritten ist die Frage, ob die Geltendmachung des Bauhandwerkerpfandrechts den Nachweis voraussetzt, dass die Bauleistung einen konkreten Mehrwert des Grundstückes zur Folge hat. Die h.L. lehnt dies zu Recht ab.²⁷

4. Das belastete Grundstück (Pfandobjekt) und der Grundeigentümer

a) *Allgemeines*

aa) Der Grundeigentümer

Aufgrund der realobligatorischen Rechtsnatur des Anspruchs der Baugläubiger auf Pfanderrichtung ist dieser immer gegen den

24 Vgl. dazu ZOBL, ZSR 1982 II (Fn. 6), 84 ff. Die Rechtsnatur des Vertrages, der die Grundlage für die Bauleistungen bildet, ist nicht entscheidend, da grundsätzlich auf die Art der Bauleistung abgestellt wird (vgl. dazu auch oben Fn. 23). Möglich ist unter Umständen auch ein einfacher Auftrag (Art. 394 ff. OR) z.B. bei künstlerischen Arbeiten. Zu den Abbrucharbeiten vgl. auch HGer ZH, ZR 104 (2005), 184 ff.

25 Anders verhält es sich jedoch, wenn bestimmte Sachen durch einen Lieferanten individuell für einen Bau hergestellt werden und sonst nicht oder nur schwerlich verwendbar sind. In solchen Fällen besteht ein Anspruch auf Pfanderrichtung auch dann, wenn der Einbau durch einen Dritten vorgenommen wird (vgl. BGE 104 II 348 ff. E. II. 1 [Frischbeton] und 103 II 33 ff. E. 2a [speziell gefertigte Armierungseisen]).

26 Vgl. etwa BGE 119 II 426 ff. E. 2b (Architekt). Das Bundesgericht begründet seine diesbezügliche Rechtsprechung damit, dass sich die planerische und bauleitende Tätigkeit von Architekten und Ingenieuren nicht materialisiere und deren soziale Stellung nicht mit derjenigen der Bauhandwerker zu vergleichen sei (kritisch dazu SCHUMACHER [Fn. 8], Rz. 180 ff. und ZOBL, ZSR 1982 II [Fn. 6], 99). Umstritten ist die Frage, ob die Total- oder Generalunternehmer den Pfandrechtsschutz für ihre gesamte Bauleistung – also inklusive der intellektuellen Komponenten – beanspruchen können oder ob nach der Art der Bauleistung zu differenzieren ist (vgl. dazu insbesondere ZOBL, ZSR 1982 II [Fn. 6], 92 ff. sowie ZGB-HOFSTETTER [Fn. 8], Art. 839/840 N 3 m.w.N.).

27 BK-LEEMANN (Fn. 3), Art. 837 N 54; ZGB-HOFSTETTER (Fn. 8), Art. 839/840 N 12; ZOBL, ZSR 1982 II (Fn. 6), 97 f.; differenzierend SCHUMACHER (Fn. 8), Rz. 257 ff. und SIMONIUS/SUTTER (Fn. 22), § 8 Rz. 42.

jeweiligen Grundeigentümer gerichtet.²⁸ Die Klage auf vorläufige oder definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts ist demnach gegen diejenige Person zu richten, die zum Zeitpunkt der Klageeinreichung im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen ist.

bb) Das Pfandobjekt

Pfandobjekt ist grundsätzlich dasjenige *Grundstück, dem die Bauarbeiten zugute gekommen sind*.²⁹ Als Grundstücke kommen neben den Liegenschaften auch die selbstständigen und dauernden Rechte (insbesondere das Baurecht) sowie Miteigentumsanteile an Grundstücken in Betracht (Art. 655 Abs. 2 und Art. 943 Abs. 1 ZGB).

b) *Sonderfälle hinsichtlich des Pfandobjekts*

aa) Mit- und Stockwerkeigentum

Bei Bauarbeiten, die an Grundstücken erbracht werden, die im Mit- oder Stockwerkeigentum stehen, stellt sich die Frage nach dem konkreten Belastungsobjekt. Kommen die Bauleistungen einem Grundstück zugute, das im *gewöhnlichen Miteigentum* steht, oder betreffen sie nur die *gemeinschaftlichen Teile eines in Stockwerkeigentum aufgeteilten Grundstücks*, haben die Baugläubiger grundsätzlich die *Wahl*, ob sie die Gesamtliegenschaft belasten oder die Forderung entsprechend den Wertquoten auf die Miteigentumsanteile resp. Stockwerkeigentumsanteile aufteilen wollen.³⁰ Zu beachten ist dabei aber Art. 648 Abs. 3 ZGB.³¹ Danach kann die Sache selbst nicht mehr mit Pfandrechten belastet werden, wenn bereits Grundpfandrechte an Miteigentumsanteilen bestehen. Folglich wird dadurch das Wahlrecht der Baugläubiger schon dann hin-

28 Vgl. dazu oben I. 4.

29 BGE 119 II 421 ff. E. 2, 3b; ZOBL, ZSR 1982 II (Fn. 6), 119 f.; SCHUMACHER (Fn. 8), Rz. 315; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 18), Rz. 1721; STEINAUER III (Fn. 6), Rz. 2874 sowie MICHÈLE GASSER/ALEXANDRA MÄUSLI/ROGER WEBER, in: Peter Münch/Peter Karlen/Thomas Geiser (Hrsg.), Handbücher für die Anwaltspraxis IV, Beraten und Prozessieren in Bausachen, Basel/Genf/München 1998, Rz. 13.18.

30 Vgl. inbes. BGE 126 III 462 ff. E. 2b, 125 III 113 ff. E. 3a sowie SCHUMACHER (Fn. 8), Rz. 354, 383 und SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 18), Rz. 1736 f; a.M. MORITZ OTTIKER, Pfandrecht und Zwangsvollstreckung bei Miteigentum und Stockwerkeigentum, Diss. Zürich 1972 = ASR Bd. 416, 66 ff.; ZOBL, ZSR 1982 II (Fn. 6), 122.

31 Gemäss BGE 113 II 157 ff. E. 1c ist diese Norm auch für das Bauhandwerkerpfandrecht massgebend.

fällig, wenn auch nur ein einziger Anteil mit einem Pfandrecht belastet ist. In diesem Fall muss die Forderung auf die einzelnen Miteigentumsanteile resp. Stockwerkeigentumsanteile aufgeteilt werden.

Haben die Leistungen der Handwerker und Unternehmer lediglich die *individuelle Ausgestaltung einer Stockwerkeinheit* zum Zweck, können diese Leistungen grundsätzlich nur durch ein Bauhandwerkerpfandrecht am entsprechenden Stockwerkeigentumsanteil gesichert werden.³²

bb) Gesamtüberbauungen

Erbringt ein Bauhandwerker gestützt auf einen einzigen Werkvertrag Bauleistungen für mehrere Bauwerke, die sich auf verschiedenen (meist benachbarten) Grundstücken befinden, stellt sich die Frage, ob er seine Forderung entsprechend den einzelnen Grundstücken aufzuteilen hat oder ob ein Gesamtpfandrecht (Haftung jedes Grundstücks für die ganze Forderung) errichtet werden kann. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist Letzteres grundsätzlich ausgeschlossen. Dies bedeutet, dass jedes Grundstück einzeln mit einem Bauhandwerkerpfandrecht zu belasten ist.³³

cc) Selbstständiges und dauerndes Baurecht

Ist eine Bauleistung für ein selbstständiges und dauerndes Baurecht (Art. 675, 779 ff. ZGB, Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB, Art. 7 Abs. 2 GBV) erbracht worden, bildet nicht die mit dem Baurecht belastete Liegenschaft, sondern das *Baurecht selbst* Gegenstand des Bauhandwerkerpfandrechts.³⁴

32 BGE 126 III 462 ff. E. 2b, 125 III 113 ff. E. 3a; SCHUMACHER (Fn. 8), Rz. 379; STEINAUER III (Fn. 6), Rz. 2874h; ZOBL, ZSR 1982 II (Fn. 6), 127; GASSER/MÄUSLI/WEBER (Fn. 29), Rz. 13.21.

33 BGE 102 Ia 81 ff. E. 2b; SCHUMACHER (Fn. 8), Rz. 388 ff.; STEINAUER III (Fn. 6), Rz. 2876; ZOBL, ZSR 1982 II (Fn. 6), 129 ff.; vgl. aber auch BGE 119 II 421 ff. E. 2. Zur ganzen Problematik vgl. auch RUDOLF KAPPELER, Das Bauhandwerkerpfandrecht bei Gesamtüberbauungen, insbesondere die Dreimonatsfrist nach Art. 839 Abs. 2 ZGB, ZBGR 57 (1976), 257 ff. sowie ARTHUR MATHIS, Das Bauhandwerkerpfandrecht in der Gesamtüberbauung und im Stockwerkeigentum, Diss. St. Gallen 1988 = St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht Bd. 16.

34 SCHUMACHER (Fn. 8), Rz. 344 ff.; ZOBL, ZSR 1982 II (Fn. 6), 120; GASSER/MÄUSLI/WEBER (Fn. 29), Rz. 13.26. Zu den Problemen bei unselbstständigen Baurechten vgl. BK-LEEMANN (Fn. 3), Art. 837 N 18 ff.; ZOBL, ZSR 1982 II (Fn. 6), 135 und ZGB-HOFSTETTER (Fn. 8), Art. 839/840 N 20.

dd) **Verwaltungsvermögen und öffentliche Sachen im Gemeingebrauch**

An Grundstücken, die Verwaltungsvermögen eines Gemeinwesens bilden, sowie an solchen, die im Gemeingebrauch stehen, kann *kein Bauhandwerkerpfandrecht eingetragen werden*.³⁵ Anders verhält es sich, wenn der Staat eine privatwirtschaftliche Tätigkeit gesetzlich zur öffentlichen Aufgabe macht und Leistungen anbietet, die auch von Privaten zu gleichen Bedingungen erbracht werden. An Grundstücken, die der Erfüllung solcher Aufgaben durch ihren Gebrauchswert unmittelbar dienen, können Bauhandwerkerpfandrechte gültig eingetragen werden.³⁶ Ebenso können *Grundstücke, die zum Finanzvermögen eines Gemeinwesens gehören, mit Bauhandwerkerpfandrechten belastet werden*.³⁷

5. Keine andere hinreichende Sicherheit

Der Anspruch der Baugläubiger auf Eintragung eines Grundpfandrechts ist nur *subsidiärer Natur*.³⁸ Die Eintragung kann nicht verlangt werden, wenn «der Eigentümer für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet» (Art. 839 Abs. 3 ZGB, Art. 22 Abs. 3 GBV). Dies bedeutet, dass der *Grundeigentümer das Pfandrecht nach seiner Wahl z.B. durch eine Bürgschaft, eine Bankgarantie oder ein vertragliches Grundpfandrecht abwehren kann*.³⁹ Hinrei-

35 BGE 103 II 227 ff. E. 4, 124 III 337 ff. E. 6c, 120 II 321 ff. E. 2b, 108 II 305 ff. E. 1; SCHUMACHER (Fn. 8), Rz. 523 ff.; ZOBL, ZSR 1982 II (Fn. 6), 136 ff.; GASSER/MÄUSLI/WEBER (Fn. 29), Rz. 13.27; HANS MICHAEL RIEMER, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Band II: Die beschränkten dinglichen Rechte, 2. A., Bern 2000, § 25 Rz. 23; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 18), Rz. 1722 ff. Zum Ganzen vgl. MARKUS ZANOLA, Die Errichtung von beschränkten dinglichen Rechten an Liegenschaften im Verwaltungsvermögen, Unter besonderer Berücksichtigung des Bauhandwerkerpfandrechts, Diss. Zürich 2005, 201 ff.

36 BGE 120 II 321 ff. E. 2h, i (Grundstück der Aargauischen Kantonalbank).

37 Zur Unterscheidung Verwaltungsvermögen/Finanzvermögen vgl. etwa PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. A., Bern 2005, § 47 Rz. 4 ff.

38 BK-LEEMANN (Fn. 3), Art. 837 N 12, Art. 839 N 23.

39 Vgl. dazu ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Bd., 3. A., Zürich 1979, 139 f.

chend ist die Sicherheit, wenn sie die Forderung unzweifelhaft genügend sichert.⁴⁰ Ob die Sicherheit genügend ist oder nicht, entscheidet im Streitfall der Richter und nicht etwa der Grundbuchverwalter.⁴¹ Wird die anderweitige Sicherheit erst nach der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts bestellt, resultiert daraus ein Anspruch auf Löschung.⁴² Umstritten ist, ob dies auch dann gilt, wenn das Bauhandwerkerpfandrecht bereits definitiv im Grundbuch eingetragen ist.⁴³

Zu beachten ist, dass lediglich der Grundeigentümer ein Recht hat, die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts durch Leistung von Sicherheit abzuwehren. Der Bauhandwerker ist hingegen nicht berechtigt, anstelle des Pfandrechts die Stellung anderer Sicherheiten zu verlangen.⁴⁴

6. Fristgerechte Eintragung im Grundbuch

a) *Allgemeines*

Die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts hat bis spätestens *drei Monate nach Vollendung der Arbeit* zu geschehen (Art. 839 Abs. 2 ZGB).⁴⁵ Bei der erwähnten Frist handelt es sich um eine *Ver-*

40 BK-LEEMANN (Fn. 3), Art. 839 N 25. D.h., die Forderung muss vollumfänglich inkl. Zinsen gesichert sein (BGE 97 I 209 ff. E. 2, 121 III 445 ff. E. 5a). Bei Bürgschaften werden grundsätzlich nur Solidarbürgschaften als hinreichend betrachtet (DIETER ZOBL, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht [Berner Kommentar], Band IV: Das Sachenrecht, 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, 5. Teilband: Das Fahrnispfand, 1. Unterteilband: Systematischer Teil und Art. 884–887 ZGB, 2. A., Bern 1982, Syst. Teil N 1100).

41 BK-LEEMANN (Fn. 3), Art. 839 N 27; HENRI DESCHENAUX, Das Grundbuch, in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht (SPR), Band V/3 (2 Teilbände), Basel/Frankfurt a.M. 1988/89, 287.

42 SCHUMACHER (Fn. 8), Rz. 893.

43 Vgl. dazu etwa ZOBL, ZSR 1982 II (Fn. 6), 161 und ZGB-HOFSTETTER (Fn. 8), Art. 839/840 N 11 m.w.N.

44 Vgl. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 18), Rz. 1745 und auch BGE 124 III 337 ff.

45 Der frühestmögliche Termin für die Eintragung in das Grundbuch ist der Zeitpunkt, an dem sich der Bauhandwerker zur Arbeitsleistung verpflichtet hat (Art. 839 Abs. 1 ZGB).

wirkungsfrist.⁴⁶ Zur Einhaltung dieser Frist ist die Eintragung des Pfandrechts im Grundbuch (Tagebucheinschreibung⁴⁷) erforderlich. Es genügt nicht, wenn die Eintragung während der Frist von drei Monaten lediglich verlangt wird.⁴⁸ Ausreichend ist jedoch die vorläufige Eintragung (Vormerkung⁴⁹) des Bauhandwerkerpfandrechts.⁵⁰

Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang der Begriff der *Vollendung*. Bauarbeiten sind grundsätzlich dann vollendet, «wenn alle Verrichtungen, die Gegenstand des Werkvertrages bilden, ausgeführt sind. Nicht in Betracht fallen dabei geringfügige oder nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Arbeiten oder Ausbesserungen wie der Ersatz gelieferter, aber fehlerhafter Teile oder die Behebung anderer Mängel (...). Geringfügige Arbeiten gelten aber dann als Vollendungsarbeiten, wenn sie unerlässlich sind; insoweit werden Arbeiten weniger nach quantitativen als vielmehr nach qualitativen Gesichtspunkten gewürdigt.»⁵¹

b) *Sonderfälle*

Im Zusammenhang mit dem Beginn der Eintragsfrist sind verschiedene Sonderfälle zu beachten. Bei *vorzeitiger Auflösung des Werkvertrages* läuft die Frist vom Zeitpunkt der Vertragsauflösung an.

46 BGE 126 III 462 ff. E. 2c, 119 II 429 ff. E. 3a; BK-LEEMANN (Fn. 3), Art. 839 N 9; ZOBL, ZSR 1982 II (Fn. 6), 145. D.h., nach Ablauf der Frist von drei Monaten ist der Anspruch auf Pfanderrichtung verwirkt.

47 DESCHENAUX (Fn. 41), 288 m.w.N.

48 BGE 126 III 462 ff. E. 2c.

49 Gemäss Art. 22 Abs. 4 GBV handelt sich dabei – systemwidrig – um eine vorläufige Eintragung nach Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB (vgl. dazu DIETER ZOBL, Grundbuchrecht, 2. A., Zürich 2004, Rz. 334 ff.).

50 BGE 126 III 462 ff. E. 2c, 119 II 429 ff. E. 3a; vgl. auch ZOBL, ZSR 1982 II (Fn. 6), 152. Zu beachten ist, dass die Frist nur dann eingehalten ist, wenn das definitiv zu belastende Grundstück mit demjenigen identisch ist, das mit der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts belastet worden ist (BGE 126 III 462 ff. E. 2c).

51 BGE 125 III 113 ff. E. 2b; vgl. auch BGE 106 II 22 ff. E. 2b und c, 102 II 206 ff. E. 1a und b, 101 II 253 ff.; HGer ZH, ZR 104 (2005), 184 ff. sowie BK-LEEMANN (Fn. 3), Art. 839 N 18 ff.; SCHUMACHER (Fn. 8), Rz. 611 ff.; ZOBL, ZSR 1982 II (Fn. 6), 145 f.; ZGB-HOFSTETTER (Fn. 8), Art. 839/840 N 29; RIEMER (Fn. 35), § 25 Rz. 27 ff. und GASSER/MÄUSLI/WEBER (Fn. 29), Rz. 13.30. Nicht als Vollendungsarbeiten gelten auch absichtlich hinausgeschobene geringfügige Arbeiten (BK-LEEMANN [Fn. 3], Art. 839 N 20).

Werden aber später (im Einverständnis mit dem Besteller) trotzdem noch Arbeiten geleistet, wird auf das effektive Ende der Leistungen abgestellt.⁵² Beim *Stockwerkeigentum* ist wieder zwischen Bauleistungen, welche die gemeinschaftlichen Bauteile betreffen, und solchen, die sich auf einzelne Einheiten beziehen, zu unterscheiden. Im ersten Fall wird ein einheitlicher Fristbeginn mit Fertigstellung der entsprechenden Arbeiten angenommen,⁵³ im letzteren beginnt die Frist mit Abschluss der Arbeiten hinsichtlich der jeweiligen Einheit.⁵⁴ Bei General- oder Totalunternehmern beginnt die Frist generell mit der Vollendung der letzten Leistung zu laufen.⁵⁵ Handelt es sich um eine *Gesamtüberbauung*⁵⁶, ist der Fristbeginn für jedes Grundstück separat zu beurteilen.⁵⁷ Ebenso verhält es sich dann, wenn Bauleistungen für verschiedene Bauten oder andere Werke auf dem gleichen Grundstück erfolgten, ausser es handle sich dabei um eine einheitliche Bauleistung.⁵⁸

c) *Verfahrensrechtliche Fragen*

Als mittelbares gesetzliches Pfandrecht entsteht das Bauhandwerkerpfandrecht erst mit der *definitiven Eintragung im Grundbuch* (Eintragungsprinzip). Bedingung dafür ist (neben den materiellen Voraussetzungen), dass die Pfandsumme vom Grundeigentümer anerkannt wurde oder gerichtlich festgestellt ist.⁵⁹ Möglich ist aber auch

52 BGE 120 II 389 ff. E. 1a und c.

53 BGE 125 III 113 ff. E. 3b sowie ZOBL, ZSR 1982 II (Fn. 6), 149.

54 BGE 112 II 214 ff. E. 4.

55 Vgl. SCHUMACHER (Fn. 8), Rz. 662; ZGB-HOFSTETTER (Fn. 8), Art. 839/840 N 30.

56 Zum Begriff siehe oben 4. b) bb).

57 BGE 102 Ia 81 ff. E. 2b sowie SCHUMACHER (Fn. 8), Rz. 672.

58 BGE 125 III 113 ff. E. 3b (sukzessive Lieferung von Beton und Sand usw. bezüglich versch. Gebäude auf einem Grundstück), 111 II 343 ff. E. 2c.

59 Das gerichtliche und das aussergerichtliche Eintragungsverfahren ist grundsätzlich zu unterscheiden (vgl. dazu ZOBL, ZSR 1982 II [Fn. 6], 152 ff. und nachfolgend im Text). Beim aussergerichtlichen Verfahren ist umstritten, ob die Anmeldung vom Eigentümer auszugehen hat oder ob der Baugläubiger bei Vorliegen einer Anerkennung der Pfandsumme zur Grundbucheintragung legitimiert ist (dafür: ARTHUR HOMBERGER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch [Zürcher Kommentar], IV. Band: Das Sachenrecht, Dritte Abteilung: Besitz und Grundbuch, Art. 919–977, 2. A., Zürich 1938, Art. 961 N 30; BK-LEEMANN [Fn. 3], Art. 839 N 33;

eine Bewilligung der Eintragung durch den Eigentümer gemäss Art. 22 Abs. 2 GBV. Wie bereits erwähnt, darf die Eintragung dann nicht erfolgen, wenn der Grundeigentümer für die Forderung des Baugläubigers hinreichende andere Sicherheit geleistet hat.⁶⁰

In der Praxis ist primär das *gerichtliche Eintragsverfahren von Bedeutung*. Für die örtliche Zuständigkeit sind diesbezüglich die Art. 19 Abs. 1 lit. c (Klage auf definitive Eintragung) und Art. 33 GestG (Gesuch um provisorische Eintragung) massgebend. Über die vorläufige Eintragung entscheidet im Kanton Zürich der Einzelrichter im summarischen Verfahren (§ 215 lit. d Ziff. 36 ZPO i.v.m. § 23 Abs. 1 GVG), wobei es genügt, dass der Baugläubiger seinen *Anspruch glaubhaft macht* (Art. 961 Abs. 3 ZGB).⁶¹ Erlässt der Richter die beantragte Verfügung, wird diese dem Grundbuchamt – wenn in zeitlicher Hinsicht nötig per Fax – übermittelt (Art. 13 Abs. 4 GBV). Der Richter setzt dem Baugläubiger sodann eine *Frist zur Geltendmachung seines Anspruchs im ordentlichen Verfahren* (Klage auf definitive Eintragung; Art. 961 Abs. 3 ZGB).⁶²

ARMAND GONVERS-SALLAZ, *Le registre foncier Suisse*, Lausanne 1938, Art. 22 N 4; ZOBL, ZSR 1982 II [Fn. 6], 153 f. und implizit wohl SCHUMACHER [Fn. 8], Rz. 716 ff.; dagegen: JÜRGEN SCHMID, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser [Hrsg.], *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, ZGB II, 2. A., Basel 2003, Art. 965 N 23; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP [Fn. 18], Rz. 1765).

⁶⁰ Vgl. dazu oben 5.

⁶¹ Im Kanton Zürich wird die provisorische Eintragung – sogar ohne einen entsprechenden Antrag – regelmässig schon bei Eingang des Begehrens im Sinn von § 110 Abs. 2 ZPO veranlasst (vgl. RICHARD FRANK/HANS STRÄULI/GEORG MESSMER, *Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung*, 3. A., Zürich 1997, § 215 N 83). Betreffend den Inhalt des Gesuchs um vorläufige Eintragung vgl. die Checkliste bei GASSER/MÄUSLI/WEBER (Fn. 29), nach Rz. 13.53.

⁶² Zu berücksichtigen ist hier, dass diese Frist gleiche Wirkungen wie eine gesetzliche Verwirkungsfrist des Bundesrechts hat (BGE 119 II 434 ff.; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4C.91/2006 vom 29.5.2006 E.5.4 sowie BGE 123 III 67 ff. E. 2a; siehe sodann GASSER/MÄUSLI/WEBER [Fn. 29], Rz. 13.42). Zur Gerichtsferienproblematik vgl. Urteile des Bundesgerichts 4C.91/2006 vom 29.5.2006 E.5.4, 5C.145/2001 vom 10.1.2002 E. 2a f., 3 und RAINER SCHUMACHER, BR/DC 2005, 94 f.

II. Das Doppelzahlungsrisiko

1. Die Risikosituationen für den Grundeigentümer

a) Übersicht

Risikosituationen für den Grundeigentümer ergeben sich vor allem dann, wenn Subunternehmer beigezogen werden.⁶³ Dies hängt damit zusammen, dass nicht nur der Unternehmer, sondern auch der Subunternehmer einen direkten Anspruch auf Pfanderrichtung hat.⁶⁴ Folge davon ist, dass der Grundeigentümer unter gewissen Umständen für die gleiche Leistung doppelt oder sogar mehrfach bezahlen muss, wenn er die Zwangsverwertung seines Grundstücks verhindern will.

b) Mehrere Bauhandwerkerpfandrechte für die gleiche Bauleistung

Der direkte Anspruch auf Pfanderrichtung der Subunternehmer kann dazu führen, dass für eine Leistung an den Grundeigentümer zwei oder bei einer längeren Vertragskette auch mehrere Bauhandwerkerpfandrechte eingetragen werden, obwohl die geltend gemachten Pfandrechte zumindest teilweise die *gleiche Bauleistung*, nämlich

63 Zu beachten ist aber auch, dass sich – infolge der Qualifikation des Pfanderichtungsanspruches als Realobligation – der Erwerber einer Liegenschaft noch drei Monate nach Vollendung des Bauwerks mit der Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten konfrontiert sehen kann, wenn der Verkäufer nicht alle Handwerker vollständig bezahlt hat. Stellt sich der Verkäufer als zahlungsunfähig heraus und hat der Käufer den Kaufpreis bereits vollumfänglich bezahlt, bleibt Letzterem zur Verhinderung der Zwangsverwertung des Grundstücks nur die Ablösung des Bauhandwerkerpfandrechts übrig. Der Käufer kann sich dagegen schützen, indem er einerseits Rückbehalt macht, bis keine Pfandrechte mehr eingetragen werden können, und andererseits die Sicherstellung allfälliger Anzahlungen vereinbart wird. Vgl. zu dieser Problematik auch RAINER SCHUMACHER/ERICH RÜEGG, Die Haftung des Grundstückverkäufers, in: Alfred Koller (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 2. A., Bern 2001, 220 ff.

64 Vgl. dazu oben I. 4. Generell zur «Subunternehmerproblematik» vgl. PETER GAUCH, Probleme von und mit Subunternehmern – Ein Beitrag zum privaten Baurecht, in: Peter Forstmoser/Walter R. Schlupe (Hrsg.), Freiheit und Verantwortung im Recht, Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Bern 1982, 151 ff.; RAINER SAXER, Der Subunternehmer und sein Vertrag, Diss. Freiburg 1999 = Schriftenreihe zum Obligationenrecht Bd. 64 (insbes. 141 ff. zum Bauhandwerkerpfandrecht) und ZOBL/THURNHERR (Fn. 6), 488 ff.

diejenige des Subunternehmers, betreffen.⁶⁵ Auch wenn der Unternehmer bereits ein Pfandrecht hat eintragen lassen, hindert dies den Subunternehmer keineswegs, die Eintragung eines Pfandrechts für seine Forderung zu verlangen.⁶⁶ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts hat der Subunternehmer sogar dann einen Pfanderrichtungsanspruch, wenn der Grundeigentümer gar nicht wusste, dass Arbeiten an Subunternehmer weitergegeben wurden, oder wenn deren Beizug *explizit ausgeschlossen* wurde.⁶⁷

c) *Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten trotz Bezahlung*

Die Subunternehmer sind selbst dann berechtigt, ein Bauhandwerkerpfandrecht eintragen zu lassen, wenn der Grundeigentümer den Unternehmer oder Generalunternehmer *bereits bezahlt hat*.⁶⁸ Dass diese Konstellation faktisch eine Doppelzahlungspflicht zur Folge haben kann, ist evident.⁶⁹

2. Schutzmassnahmen

a) *Zweckmässige Vertragsgestaltung*

Der Grundeigentümer kann sich präventiv am besten durch eine zweckmässige Vertragsgestaltung schützen. Ein *absoluter Schutz lässt sich damit jedoch nicht erreichen*. Dies hängt neben dem Faktum, dass es sich eben nur um Vorkehrungen vertraglicher Natur handelt, damit zusammen, dass die Subunternehmer auch dann pfandberechtigt sind, wenn ihr Beizug – infolge entsprechender vertraglicher Vereinbarungen – nicht zulässig war. Zu erwähnen ist hier auch, dass

65 Vgl. dazu das Beispiel bei SCHUMACHER (Fn. 8), Rz. 487 (Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für die Lieferung von Beton für das Betonwerk, eines weiteren für die Forderung des Baumeisters, in der die Betonlieferung enthalten ist, und eines dritten für den Generalunternehmer, dessen Forderung die Betonlieferung ebenfalls umfasst) und ZOBL/THURNHERR (Fn. 6), 493.

66 BGE 95 II 87 ff. E. 3; BK-LEEMANN (Fn. 3), Art. 837 N 45.

67 BGE 105 II 264 ff. E. 2; GAUCH, Subunternehmer (Fn. 64), 171.

68 BGE 95 II 87 ff. E. 3; BK-LEEMANN (Fn. 3), Art. 837 N 45; vgl. auch das Beispiel bei SCHUMACHER (Fn. 8), Rz. 489 sowie PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 4. A., Zürich 1996, Rz. 184 und ZOBL/THURNHERR (Fn. 6), 494.

69 Vgl. dazu auch ZOBL, ZSR 1982 II (Fn. 6), 100 f.

sich viele Bauherren auch heute noch der Bauhandwerkerpfandrechtsproblematik gar nicht bewusst sind. In Anbetracht der verschiedenen (eher krassen) Fälle, die von den Medien in den letzten Jahren publik gemacht wurden, ist dies doch einigermaßen erstaunlich.⁷⁰ Problematisch ist in dieser Hinsicht zudem auch, dass die verschiedenen *Standardverträge* des Baugewerbes (naturgemäss) *nicht eben bauherrenfreundlich* ausgestaltet sind.⁷¹

Eine mögliche vertragliche Schutzmassnahme ist die *Vereinbarung einer Verpflichtung des (General-)Unternehmers zur Sicherheitsleistung* (im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB) für den Fall, dass von Subunternehmern Bauhandwerkerpfandrechte angemeldet werden.⁷² Der Wert einer solchen Vereinbarung hängt jedoch direkt von der Zahlungsfähigkeit des Unternehmers ab. Für den Grundeigentümer sicherer ist deshalb die Vereinbarung einer vom Unternehmer beizubringenden *Bankgarantie*. Die Bank verpflichtet sich diesfalls, anstelle des Unternehmers allfällige Bauhandwerkerpfandrechte abzulösen. Guten Schutz bietet auch die *Vereinbarung von Rückbehalten* gegenüber dem Unternehmer bis zum Zeitpunkt, in dem keine Bauhandwerkerpfandrechte mehr eingetragen werden können. Ob solche Vereinbarungen praktisch durchsetzbar sind, erscheint jedoch zumindest als fraglich.⁷³ Möglich ist allenfalls auch die Vereinbarung

70 Vgl. z.B. NZZ am Sonntag, 30.10.2005, 51.

71 Hinzuweisen ist hier etwa auf die Verträge und ABV des Verbandes Schweizerischer Generalunternehmer (VSGU). In den ABV (revidierte Ausgabe 1995) ist unter Ziff. 32 zwar folgende Regelung vorgesehen: «32.1 Der Generalunternehmer ist verpflichtet, die Rechnungen seiner Beauftragten, Subunternehmer und Lieferanten für vertragsgemäss erbrachte Leistungen pünktlich zu bezahlen. 32.2 Unter Voraussetzung der vertragsgemässen Erfüllung der Zahlungspflichten durch den Bauherrn garantiert der Generalunternehmer, dass seitens seiner Subunternehmer und Lieferanten keine Bauhandwerkerpfandrechte definitiv eingetragen werden. 32.3 Der Bauherr ist berechtigt, im Falle der provisorischen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes den entsprechenden Betrag bei der nächsten fälligen Zahlung zurückzubehalten. Der Rückbehalt ist unverzüglich freizugeben, sobald der Generalunternehmer eine hinreichende Sicherheit gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB geleistet hat.» Diese Bestimmungen bieten dem Grundeigentümer keinen genügenden Schutz, weil sie einerseits bei Vorauszahlungen in Bezug auf den Baufortschritt nicht greifen und bei Zahlungsunfähigkeit des Generalunternehmers völlig versagen.

72 SCHUMACHER (Fn. 8), Rz. 498 ff.; ZOBL, ZSR 1982 II (Fn. 6), 102.

73 DANIEL BAUMANN, *Der Baukredit*, 2. A., Zürich 1997, 297; SCHUMACHER (Fn. 8), Rz. 519.

von *Direktzahlungen* an die Subunternehmer.⁷⁴ Vor allem bei grösseren Projekten werden überdies *Bautreuhänder* eingesetzt. Zahlungen werden in diesem Fall zwar direkt an den Unternehmer geleistet, wobei aber der Bautreuhänder die korrekte Verwendung des Baukredites beaufsichtigt.⁷⁵

b) *Vorgehen bei erfolgter Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten*

Haben die präventiven Massnahmen versagt (oder wurde diesen keine Beachtung geschenkt) und ist es zu einer Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten gekommen, ist zu unterscheiden, ob der Grundeigentümer den Unternehmer bereits vollständig bezahlt hat oder nicht. Wurde der (General-)Unternehmer noch nicht vollständig befriedigt, kann diesem gegenüber – wegen Schlechterfüllung des Werkvertrages⁷⁶ – ein *Abzug vom Werklohn* im Rahmen der Höhe der Forderungen der Subunternehmer gemacht werden.⁷⁷ Eine weitere Möglichkeit besteht darin, die Forderungen der Pfandgläubiger (Subunternehmer) zu begleichen und die durch Subrogation (auf den Grundeigentümer) übergegangene Forderung (Art. 110 Ziff. 1 OR, Art. 827 Abs. 2 ZGB) mit der Werklohnforderung des Unternehmers zu *verrechnen*.⁷⁸ Wurde hingegen die Forderung des Unternehmers bereits vollumfänglich beglichen, ist der Grundeigentümer auf den *Klageweg* verwiesen, was ihm bei Insolvenz des Ersteren unter Umständen nur wenig bringt.⁷⁹

74 Vgl. dazu und zu den praktischen Problemen dieser Lösung ZOB, ZSR 1982 II (Fn. 6), 102 f.; SCHUMACHER (Fn. 8), Rz. 505 ff. sowie BAUMANN (Fn. 73), 298.

75 Vgl. dazu auch nachfolgend 3. sowie SCHUMACHER (Fn. 8), Rz. 515 ff.; ZOB, ZSR 1982 II (Fn. 6), 103 und BAUMANN (Fn. 73), 178 f.

76 Die Schlechterfüllung besteht in der schuldhaften Ablieferung eines Werks, das mit Pfandrechten belastet ist.

77 BGE 116 II 533 ff. E. 2a/aa/cc, 104 II 348 ff. E. III; vgl. auch GAUCH, Werkvertrag (Fn. 68), Rz. 184.

78 Vgl. dazu ZOB, ZSR 1982 II (Fn. 6), 105 f. und SCHUMACHER (Fn. 8), Rz. 927 ff. sowie SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 18), Rz. 1717. Im Konkurs des Unternehmers ist Art. 213 SchKG zu beachten.

79 SCHUMACHER (Fn. 8), Rz. 929 und ZOB/THURNHERR (Fn. 6), 496.

3. Zur Baukreditüberwachungspraxis der Banken

a) Einführung

Die wirksamste Massnahme hinsichtlich der Vermeidung des Doppelzahlungsrisikos des Grundeigentümers ist eine seriöse *Baukreditüberwachung der kreditgebenden Bank*. Im Hinblick auf das Anfechtungsrecht der Baugläubiger nach Art. 841 ZGB⁸⁰ hat aber auch die Bank ein grosses Interesse an der bestimmungsgemässen Verwendung des Baukredits (Parallelität der Interessen).⁸¹ Eine umfassende Baukreditüberwachung ist jedoch mit grossem Aufwand und entsprechenden Kosten verbunden.⁸² Aus diesem Grund *verzichten die Banken etwa beim privaten Wohnungsbau*⁸³ unter gewissen Voraussetzungen *auf eine Baukreditüberwachung*.⁸⁴ Entscheidungsrelevante Faktoren sind dabei etwa die Höhe der Anlagekosten, die Bonität des Kunden (Bauherrn) oder auch die Reputation eines Generalunternehmers.

b) Akteure und Grundlagen

Grundsätzlich ist zu unterscheiden, ob der Generalunternehmer⁸⁵ selbst Bauherr und Kreditnehmer ist oder ob er sich über die Käuferschaft (Anzahlungen sowie Tranchenzahlungen entsprechend dem Baufortschritt) finanziert. Im ersten Fall wird in der Regel ein Baukreditkonto pro zu erstellendes Projekt geführt. Sämtliche Ein- und Auszahlungen, die das entsprechende Projekt betreffen, werden über dieses Konto geleistet (Generalunternehmerkonto = Baukreditkonto). Im zweiten Fall gilt es – aus dem Blickwinkel der Bank – denjenigen Unterfall, bei dem

⁸⁰ Vgl. dazu unten IV. 3.

⁸¹ ZOB, ZSR 1982 II (Fn. 6), 103.

⁸² Vgl. dazu etwa URS EMCH/HUGO RENZ/RETO ARPAGAU, Das Schweizerische Bankgeschäft, 6. A., Zürich/Basel/Genf 2004, Rz. 897.

⁸³ Darunter wird grundsätzlich die Erstellung von selbstbewohntem Wohneigentum verstanden. Nicht relevant ist hierfür, ob das Objekt mit einem Generalunternehmer erstellt wird oder nicht. Unter den privaten Wohnungsbau werden auch Ferienwohnungen sowie Objekte mit einer Einliegerwohnung oder kleineren Geschäftsräumen subsumiert.

⁸⁴ In diesem Fall gelangt eine Hypothek mit tranchenweiser Auszahlung zur Anwendung. Üblicherweise wird hier nur eine Plausibilitätskontrolle durchgeführt.

⁸⁵ In der Bankpraxis werden die Begriffe Generalunternehmer und Totalunternehmer nicht unterschieden. Betreffend die juristische Unterscheidung vgl. oben Fn. 10.

eine von der kreditgebenden Bank verschiedene Drittbank das Generalunternehmerkonto (= GU-Konto) führt (A), von demjenigen zu unterscheiden, bei dem die Bank das GU-Konto selbst führt (B). Bei Unterfall A wird die *Baukreditkontrolle regelmässig derjenigen Bank überlassen, die das GU-Konto führt*. Diese bestätigt der baukreditgebenden Bank einerseits, dass die an den Generalunternehmer zu überweisenden Tranchen zweckgebunden für die Erstellung des vereinbarten Projektes verwendet werden (Ausschluss der Quersubventionierung anderer Projekte [sog. «Löcher stopfen»]), und andererseits, dass die Gesamtfinanzierung des Projektes sichergestellt ist. Diejenige Bank, die das GU-Konto führt (Unterfall B) übernimmt demnach regelmässig die Baukreditkontrolle. *Sie überwacht sämtliche Ein- und Auszahlungsbewegungen auf dem entsprechenden Konto*. Dieses wird ausschliesslich auf Guthabenbasis geführt. Die Baukreditüberwachung wird dabei üblicherweise entsprechend der Reputation und Bonität des Generalunternehmers abgestuft (periodische Kontrolle bis umfassende Überwachung anhand eines detaillierten Handwerkerverzeichnisses). Zudem wird der Baufortschritt mittels *periodischer Besichtigungen* der Baustelle kontrolliert. Bei grösseren Projekten wie auch bei Zweifeln hinsichtlich der Vertrauenswürdigkeit der Beteiligten werden dafür auch Spezialisten beigezogen.⁸⁶

c) *Durchführung und Ablauf*

Die Kontrolle der Auszahlungen erfolgt grundsätzlich anhand eines der Bank einzureichenden *Bauhandwerkerverzeichnisses*.⁸⁷ Die Zahlungsaufträge müssen üblicherweise vom Bauherrn sowie vom Architekten des Projektes unterzeichnet und zusammen mit den Kopien der dazugehörigen Rechnungen der Bank zur Ausführung eingereicht werden.⁸⁸ Die Zahlungsaufträge werden sodann mit dem

⁸⁶ Vgl. dazu nachfolgend c).

⁸⁷ Das Handwerkerverzeichnis besteht aus dem Vergebungsblatt und der Baukostenaufstellung nach Baukostenpositionen. Die Banken stellen dafür regelmässig entsprechende Formularsätze zur Verfügung. Vgl. zum Ganzen auch BAUMANN (Fn. 73), 29 f. Wichtig ist, dass ausdrücklich vereinbart wird, dass das Handwerkerverzeichnis laufend aktualisiert werden muss. Verschiedene Banken verlangen zudem etwa vom Architekten eine Bestätigung, dass nur die im Verzeichnis aufgeführten Handwerker und Unternehmer Arbeiten für das Projekt erbringen (vgl. dazu auch BAUMANN [Fn. 73], 293).

⁸⁸ Dieses Vorgehen mittels Visierung muss jedoch – damit sich die Bank auf das Erfordernis der Visierung berufen kann – im Baukreditvertrag ausdrücklich vereinbart werden (vgl. BAUMANN [Fn. 73], 177 f.).

Bauhandwerkerverzeichnis abgeglichen und hinsichtlich ihrer Plausibilität geprüft. Sofern keine Unregelmässigkeiten festgestellt werden, gibt die Bank daraufhin die Zahlungen frei. Werden die Mittel nur aufgrund einer Zahlungskontrolle in der beschriebenen Art freigegeben, kann damit eine *zweckwidrige Verwendung des Baukredits und somit eine Gefährdung der Kreditdeckung in den meisten Fällen verhindert werden*.⁸⁹ Zudem wird damit – wie auch mittels Kontrollen vor Ort auf der Baustelle – erreicht, dass der Kredit im Verhältnis zum Baufortschritt freigegeben wird und die Bauhandwerker tatsächlich befriedigt werden. Insbesondere bei grossen Bauprojekten oder zum Beispiel auch bei Projekten mit Generalunternehmern, die sich ausserhalb ihres angestammten Tätigkeitsbereichs bewegen,⁹⁰ wird die Zahlungskontrolle auch an spezialisierte *Bautreuhänder* übertragen.⁹¹

IV. Übersicht über die Rechtswirkungen des Bauhandwerkerpfandrechts

1. Grundlegendes

Mit der definitiven Eintragung im Grundbuch erhält der Baugläubiger die *Stellung eines Grundpfandgläubigers*. Ist die Höhe der Pfandforderung bereits genau bestimmt, d.h., hat der Baugläubiger bereits sämtliche Bauleistungen erbracht, ist eine Kapitalhypothek (Art. 794

⁸⁹ Im Normalfall hat sich der Generalunternehmer ausserdem der kreditgebenden Bank gegenüber zur vertragskonformen Mittelverwendung zu verpflichten (vgl. dazu BAUMANN [Fn. 73], 237).

⁹⁰ Beispiel: Ein Generalunternehmer hat bis anhin nur Fabrikgebäude erstellt und verfolgt nun ein Projekt mit Wohnliegenschaften. Zu erwähnen ist hier auch, dass die Banken im Vorfeld einer Zusammenarbeit mit einem Generalunternehmer regelmässig versuchen, dessen Seriosität so genau wie möglich zu beurteilen. Dies hat damit zu tun, dass nicht selten Generalunternehmer auf dem Markt auftreten, die weder über ausreichende Mittel noch über das nötige Know-how für ihre Tätigkeit verfügen. Warnsignale sind diesbezüglich etwa mangelnde Bonität, häufige Domizilwechsel des Generalunternehmers, Projekte ausserhalb des üblichen Tätigkeitsgebiets des Generalunternehmers (räumlich und fachlich), ungenügende Referenzen wie auch generell ungenügende Transparenz.

⁹¹ Vgl. dazu BAUMANN (Fn. 73), 178 f.; EMCH/RENZ/ARPAGAUS (Fn. 82), Rz. 897 und SCHUMACHER (Fn. 8), Rz. 515 ff.

Abs. 1 ZGB) einzutragen. Bei unbestimmter Höhe der Forderung erfolgt die Eintragung einer Maximalhypothek (Art. 794 Abs. 2 ZGB).⁹² Betreffend den Umfang der Pfandhaft ist Art. 805 Abs. 1 ZGB massgebend. Zu beachten ist, dass die *Pfandhaft nicht auf den Mehrwert beschränkt ist*, der durch die Leistung desjenigen Baugläubigers entstanden ist, der die Eintragung eines Pfandrechts verlangt.⁹³ Dies bedeutet, dass den Baugläubigern der gesamte wirtschaftliche Wert des Grundstücks Sicherheit bietet. Ist der Grundeigentümer nicht mit dem Besteller der Bauleistung, für deren Sicherung das Pfandrecht eingetragen wird, identisch, liegt ein Drittpfandverhältnis vor.⁹⁴

Der Rang des Bauhandwerkerpfandrechts bestimmt sich nach dem *Datum der Eintragung in das Grundbuch* (Art. 972 Abs. 1 und 2 ZGB).⁹⁵ Daraus folgt, dass die Bauhandwerkerpfandrechte vorrangigen Grundpfandrechten nachgehen.⁹⁶ Dies könnte sich naturgemäss für diejenigen Handwerker und Unternehmer nachteilig auswirken, die entsprechend ihrem Gewerbe ihre Leistungen erst in der Schlussphase des Bauprojektes erbringen.⁹⁷ Deshalb schreibt Art. 840 ZGB vor, dass alle Baugläubiger untereinander unabhängig vom formellen Rang ihrer Pfandrechte – im Verhältnis zur Höhe der Forderungen – den *gleichen Anspruch auf Befriedigung* haben. Dies gilt auch dann, wenn zwischen den einzelnen Bauhandwerkerpfandrechten vertragliche Pfandrechte bestehen.⁹⁸

2. Die Realisierung des Bauhandwerkerpfandrechts

Das Bauhandwerkerpfandrecht wird grundsätzlich mittels *Betreibung auf Pfandverwertung* (Art. 151 SchKG) geltend gemacht.

92 BGE 126 III 467 ff. E. 4d; vgl. auch ZOBL, ZSR 1982 II (Fn. 6), 163 f.

93 BGE 119 II 421 ff. E. 2; SCHUMACHER (Fn. 8), Rz. 322.

94 Zu den Problemen, die dadurch entstehen können, vgl. oben III. 1.

95 Es gilt somit der Grundsatz der Alterspriorität. Zu berücksichtigen ist hier aber, dass das provisorisch eingetragene Pfandrecht (Art. 22 Abs. 4 GBV) bei dessen späterer Feststellung vom Zeitpunkt der Vormerkung an dingliche Wirkung entfaltet (Art. 961 Abs. 2 ZGB).

96 BK-LEEMANN (Fn. 3), Art. 840 N 1.

97 Zum Beispiel Dachdecker oder Zimmerleute. Vgl. dazu auch BGE 115 II 136 ff. E. 5a.

98 SIMONIUS/SUTTER (Fn. 22), § 8 Rz. 47.

Dies ist aber erst dann möglich, wenn das Pfandrecht definitiv im Grundbuch eingetragen ist.⁹⁹ Solange lediglich eine vorläufige Eintragung vorgemerkt ist, kann nur die Betreibung auf Pfändung oder Konkurs eingeleitet werden.¹⁰⁰

3. Das Vorrecht der Baugläubiger

Der Zweck des Bauhandwerkerpfandrechts¹⁰¹ ist dann gefährdet, wenn das Grundstück vor der Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten in einem Umfang mit anderen Grundpfandrechten belastet wird, dass im Falle einer Verwertung des Grundstückes die Baugläubiger leer ausgehen. Für diesen Fall gewährt das Gesetz den Baugläubigern ein besonderes Vorrecht, welches ein *Korrektiv zum Grundsatz der Alterspriorität* darstellt.¹⁰² Gemäss Art. 841 Abs. 1 ZGB ist den Baugläubigern ihr Verlust aus dem den Wert des Bodens übersteigenden Verwertungsanteil der vorgehenden Pfandgläubiger zu ersetzen, wenn das Grundstück durch die Pfandrechte der Letzteren in für diese erkennbarer Weise zum Nachteil der Baugläubiger belastet worden ist. Zu Verlust kommen die Baugläubiger dann, wenn ihre Forderungen durch den Verwertungsanteil nicht gedeckt sind.¹⁰³

99 BGE 125 III 248 ff.; DOMENICO ACOCELLA, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Basel/Genf/München 1998, Art. 41 N 5 m.w.N.

100 Für weitere Ausführungen zur Realisierung des Bauhandwerkerpfandrechts vgl. insbes. ZOBL/THURNHERR (Fn. 6), 496 ff. sowie JÜRGEN SCHMID, Das Bauhandwerkerpfandrecht im Konkurs, in: Paul Angst/Flavio Cometta/Dominik Gasser (Hrsg.), Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Basel/Genf/München 2000 (zugleich TREX 2001, 148 ff.); REBEKKA SCHRANER/CLAUDE MONNIER, Das Bauhandwerkerpfandrecht im Konkurs des Grundeigentümers, ST 1995, 507 ff.; VALLAT (Fn. 13) und REINMAR FÜLLEMANN, Durchsetzung und Vollstreckung des Bauhandwerkerpfandrechts unter besonderer Berücksichtigung der Dritteigentümerverhältnisse, Diss. Zürich 1983.

101 Vgl. dazu oben I. 3.

102 Vgl. oben I. und ZOBL, ZSR 1982 II (Fn. 6), 168.

103 BGE 112 II 493 ff. E. 8; HEIDI PFISTER-INEICHEN, Das Vorrecht nach Art. 841 ZGB und die Haftung der Bank als Vorgangsgläubigerin, Diss. Freiburg 1991 = AISUF Bd. 102, 81 f.

Die Befriedigung der vorgehenden Pfandgläubiger erfolgt in diesem Fall aus dem Wertzuwachs des Grundstücks, den die Leistungen der Bauhandwerker bewirkt haben. Dieser Wertzuwachs wird als *realisierter Mehrwert* bezeichnet und dient den Baugläubigern als Haftungssubstrat für ihr Vorrecht.¹⁰⁴ Zusätzliche Voraussetzung für die Ersatzpflicht der vorrangigen Pfandgläubiger ist jedoch, dass die Belastung in *erkennbarer Weise zum Nachteil der Baugläubiger* erfolgt ist. Eine Benachteiligung wird dann bejaht, wenn der Baukredit nicht zur Finanzierung des Bauprojektes verwendet worden ist (*Zweckentfremdungsverbot*)¹⁰⁵ oder wenn die Baugläubiger ungleichmässig befriedigt worden sind (*Gleichbehandlungspflicht*).¹⁰⁶ Erkennbarkeit dieser Benachteiligung bedeutet «Kennen oder schuldhaftes Nichtkennen des Benachteiligungstatbestandes».¹⁰⁷ Sind diese Voraussetzungen gegeben, steht den betreffenden Baugläubigern eine *Forderung gegen die vorgehenden Pfandgläubiger* zu, die durch Klage geltend zu machen ist.¹⁰⁸ In der Konsequenz bedeutet dies, dass die

104 Der realisierte Mehrwert berechnet sich aus der Differenz zwischen dem Verwertungserlös und dem Bodenwert zum Zeitpunkt der Verwertung (PFISTER-INEICHEN [Fn. 103], 115 f. m.w.N.; RUBEN PERREN, Der Vorrechtsanspruch des Bauhandwerkers i.S.v. Art. 841 ZGB, AJP 2006, 704, 707 ff.). Sind die Leistungen der Baugläubiger nicht für einen Neubau erbracht worden, ist – anstelle des reinen Bodenwerts – auf denjenigen Wert abzustellen, den Boden und bestehende Gebäude vor den Umbau-, Renovations- oder Reparaturarbeiten hatten (STEINAUER III [Fn. 6], Rz. 2906c m.w.N.).

105 BGE 115 II 136 ff. E. 4a und b; BAUMANN (Fn. 73), 323 ff.; STEINAUER III (Fn. 6), Rz. 2906f; SCHUMACHER (Fn. 8), Rz. 978; ZOBL, ZSR 1982 II (Fn. 6), 176 und insbes. PFISTER-INEICHEN (Fn. 103), 122 ff. m.w.N.; PERREN (Fn. 104), 704 ff. Zahlungen an solche Gläubiger, die zwar Leistungen für das Bauprojekt erbracht haben, aber keinen Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts haben (z.B. reine Materiallieferanten oder Architekten) fallen nicht unter das Zweckentfremdungsverbot (vgl. etwa BGE 115 II 136 ff. E. 4a).

106 BGE 115 II 136 ff. E. 4a und b; DIETER ZOBL, BR/DC 1990, 94 ff.; BAUMANN (Fn. 73), 328 ff.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 18), Rz. 1791; SCHUMACHER (Fn. 8), Rz. 984; STEINAUER III (Fn. 6), Rz. 2906g; PERREN (Fn. 104), 705 und insbes. PFISTER-INEICHEN (Fn. 103), 125 ff. m.w.N.

107 ZOBL, ZSR 1982 II (Fn. 6), 178; vgl. auch BK-LEEMANN (Fn. 3), Art. 841 N 21; BAUMANN (Fn. 73), 343 ff.; PERREN (Fn. 104), 706 und insbes. PFISTER-INEICHEN (Fn. 103), 149 ff.

108 Aktivlegitimiert sind diejenigen Baugläubiger, deren Pfandrechte in das Lastenverzeichnis aufgenommen sind, passivlegitimiert die vorgehenden Pfandgläubiger (vgl. dazu und zum Ganzen PFISTER-INEICHEN [Fn. 103], 204 ff. m.w.N.).

Banken – die sich häufig in der Position des vorrangigen Pfandgläubigers befinden – auch im eigenen Interesse für eine bestimmungsgerechte Auszahlung des Baukredits besorgt sein müssen.¹⁰⁹

V. Die Löschung des Pfandrechts

Wie jedes andere eintragungsbedürftige Pfandrecht geht das Bauhandwerkerpfandrecht durch die Löschung des Eintrags oder durch Untergang des Grundstücks unter (Art. 801 Abs. 1 ZGB). Der Eintrag (wie auch die Vormerkung [vorläufige Eintragung]) kann mit *schriftlicher Einwilligung des Berechtigten* (also des eingetragenen Pfandgläubigers) gelöscht werden (Art. 964 Abs. 1 ZGB).¹¹⁰ Kommt es nicht zu einer einvernehmlichen Lösung, bleibt dem Grundeigentümer die *Grundbuchberichtigungsklage* (Art. 975 Abs. 1 ZGB).

VI. Die Revision des Bauhandwerkerpfandrechts – oder was davon übrig blieb¹¹¹

Das Bauhandwerkerpfandrecht soll im Zuge der laufenden Teilrevision des Immobiliarsachen- und Grundbuchrechts ebenfalls revidiert werden. Ursprünglich sollte es sich dabei um eine grundlegende Änderung oder gar Systemänderung handeln. Vorgesehen war näm-

¹⁰⁹ Vgl. oben III. 3.

¹¹⁰ Von Amtes wegen wird die Vormerkung in den Fällen von Art. 76 GBV – also wenn die definitive Eintragung vorgenommen wird oder wenn die Frist für deren Anmeldung ungenutzt abgelaufen ist – gelöscht (vgl. BGE 126 III 462 ff. E. 2c/aa). Das Bundesgericht hatte gerade kürzlich den Fall zu beurteilen, bei dem die provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu Unrecht gemäss Art. 76 GBV gelöscht wurde. Konkret ging es darum, ob der dadurch in seinen Rechten verletzte Baugläubiger in solchen Fällen Grundbuchbeschwerde (Art. 104 GVB) führen kann oder nicht. Das Bundesgericht hat zu Recht entschieden, dass diese – infolge des offen stehenden Klageweges (Grundbuchberichtigungsklage, Art. 975 Abs. 1 ZGB) – nicht zulässig ist (Art. 956 Abs. 2 ZGB; vgl. Urteile des Bundesgerichts 5A.6/2005 vom 17.3.2005 E. 3, 4 sowie 5A.6/2006 vom 18. Juli 2006 E. 1,2).

¹¹¹ Zum Ganzen vgl. insbes. ZOBL/THURNHERR (Fn. 6), 483 ff. und 500 ff. sowie RAINER SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht: Renovation oder Reformation oder ...?, BR/DC 2005, 4 ff.

lich die Aufhebung des direkten Anspruchs der mittelbaren Baugläubiger (also Subunternehmer und Subsubunternehmer usw.) auf Errichtung eines Grundpfandrechts am Grundstück, dem die Bauleistungen zugute gekommen sind. Diese sollten dafür das Recht erhalten, an der Forderung ihres Vertragspartners (also des Unternehmers) gegen dessen Vertragspartner (also z.B. des Grundeigentümers = Erstbesteller) ein Pfandrecht zu errichten (Forderungspfandrecht).¹¹² Nach der Auswertung des Vernehmlassungsverfahrens wurde dieser Revisionspunkt jedoch fallen gelassen. Dies ist angesichts der wenig überzeugenden Umsetzung des an sich guten Konzeptes mit verschiedenartigen Pfandrechten für mittelbare und unmittelbare Baugläubiger nicht überraschend.¹¹³ Trotzdem wurde damit m.E. eine weitere Chance vertan, die Klippen des Bauhandwerkerpfandrechts zumindest ein wenig zu glätten, was in praktischer Hinsicht sicherlich zu bedauern ist.

Was noch bleibt, sind einige «Neuerungen», die grösstenteils aus der *Kodifizierung von Lehre und Rechtsprechung* bestehen. So sollen neu bei der Umschreibung der geschützten Bauleistungen die Abbrucharbeiten explizit erwähnt werden,¹¹⁴ die Frage des Mieterbaus soll gesetzlich geregelt werden,¹¹⁵ und es soll – neben einigen kosmetischen Änderungen – auch ein einheitlicher zwingender Gerichtsstand festgelegt werden.¹¹⁶

VII. Zusammenfassung

1. Das Bauhandwerkerpfandrecht bezweckt die Sicherung der Forderungen der Baugläubiger. Voraussetzung für die Errichtung des Pfandrechts sind die Folgenden: Anspruchsberechtigung, geschützte Bauleistung, bestimmtes Grundstück als Pfandobjekt, Fehlen hinreichender anderer Sicherheit und die fristgerechte Eintragung im Grundbuch.

¹¹² Vgl. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 und Art. 841a VE-ZGB.

¹¹³ Zur Kritik an der Ausgestaltung des Vorentwurfs vgl. ZOB/THURNHERR (Fn. 6), 502 ff.

¹¹⁴ Vgl. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 VE-ZGB. Zu den sich daraus ergebenden Problemen vgl. SCHUMACHER, BR/DC 2005 (Fn. 111), 11 f.

¹¹⁵ Art. 837 Abs. 2 VE-ZGB; vgl. dazu ZOB/THURNHERR (Fn. 6), 485 f.

¹¹⁶ Vgl. dazu ZOB/THURNHERR (Fn. 6), 487.

2. Anspruchsberechtigt sind Handwerker und Unternehmer. Hat die Bauleistung eine objektive Wertvermehrung des Grundstücks zur Folge, kann auch derjenige Unternehmer die Eintragung eines Pfandrechts verlangen, der einen Mieter zum Schuldner hat, sofern der Grundeigentümer den entsprechenden Leistungen zugestimmt hat. Eine ausdrückliche schriftliche Zustimmung ist jedoch nicht erforderlich.

3. Das Bauhandwerkerpfandrecht sichert nur Forderungen von Baugläubigern, die zu Bauten oder anderen Werken auf einem Grundstück Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben. Kein Anspruch besteht für Fahrnisbauten wie auch für Gerüste. Nicht pfandgeschützt sind sodann blosse Materiallieferungen sowie intellektuelle Bauleistungen.

4. Der Anspruch der Baugläubiger auf Pfanderrichtung ist realobligatorischer Natur und damit gegen den jeweiligen Grundeigentümer gerichtet. Pfandobjekt ist dasjenige Grundstück, dem die Bauarbeiten zugute gekommen sind. Hinsichtlich des Pfandobjekts sind folgende Sonderfälle zu beachten: Mit- und Stockwerkeigentum, Gesamtüberbauungen, Baurechte und Grundstücke, die Verwaltungsvermögen eines Gemeinwesens bilden.

5. Bei der Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch ist die Verwirkungsfrist von drei Monaten seit Vollendung der Arbeit zu beachten. Für die Einhaltung der Frist ist die vorläufige Eintragung ausreichend.

6. Werden Subunternehmer beigezogen, ist das Problem des Doppelzahlungsrisikos von Bedeutung. Präventiv kann diesem mittels einer sinnvollen Vertragsgestaltung entgegengetreten werden. Ebenso wichtig ist eine seriöse Baukreditüberwachung, weil damit die Zweckentfremdung des Baukredits in den meisten Fällen verhindert werden kann.

7. Mit der definitiven Eintragung im Grundbuch erhält der Baugläubiger die Stellung eines Grundpfandgläubigers. Die Realisierung des Pfandrechts erfolgt grundsätzlich mittels Betreibung auf Pfandverwertung. Sämtliche pfandgesicherten Baugläubiger haben untereinander den gleichen Anspruch auf Befriedigung. Sofern bei der Auszahlung des Baukredits gegen das Zweckentfremdungsverbot oder gegen die Gleichbehandlungspflicht verstossen wurde, haben die Baugläubiger Anspruch auf Ersatz ihres Verlustes.

8. Wesentliche Änderungen der gesetzlichen Regelung des Bauhandwerkerpfandrechts sind mittelfristig – soweit ersichtlich – leider nicht zu erwarten. Im Rahmen der laufenden Teilrevision kommt es aber zu einem «Facelifting» dieses Instituts.