

12/4

Das Bauhandwerkerpfandrecht¹

12/4.1

Vorbemerkungen

Wer im Mittelalter an einer Kathedrale als Steinmetz, Mörtelmischer oder Zimmermann mitwirkte, arbeitete oft für Gottes-Lohn, Ablass oder auch für Geld. Das versprochene Geld wurde nicht immer geleistet. Vom Turm von Pisa flüstert man, es seien die Architekten nicht oder nur ungenügend bezahlt worden, weshalb das schiefe Mahnmal nie ins Lot kam. Dessen ungeachtet erfreuen wir uns noch heute der wunderbaren Bauten und der manifestierten Handwerkskunst.

Vor über hundert Jahren entworfen und seit fast hundert Jahren in Kraft ist die schweizerische Lösung des Problems der nicht bezahlten Bauhandwerker. Das altehrwürdige Bauhandwerkerpfandrecht als mittelbares gesetzliches Grundpfandrecht findet in wirtschaftlich stagnierenden Zeiten eine breite praktische Bedeutung. Die diesem Pfandrecht anhaftenden Fragen werden so stets mit frischer Aktualität präsentiert. Bereits vor der Rezession hat das Parlament im Zusammenhang mit der Teilrevision des Sachenrechts das Thema Bauhandwerkerpfandrecht auf die Traktandenliste gesetzt. Zurzeit diskutiert der Ständerat als Drittrat die Revision des Bauhandwerkerpfandrechts im Differenzbereinigungsverfahren.

¹ Autor dieses Beitrages: Dr. iur. Matthias Streiff, 8620 Wetzikon.
E-Mail: m.streiff@this-law.ch

Im Folgenden wird das Bauhandwerkerpfandrecht kurz umrissen, Voraussetzungen und Möglichkeiten zur Abwehr skizziert sowie ein kurzer Ausblick über die anstehende Gesetzesrevision gegeben. Ziel dieses Aufsatzes ist es nicht, die bewährte und vielseitige Lehre um eine weitere monotone Abhandlung zu ergänzen oder neue Theorien aufzustellen, sondern schlicht die erste Runde des Verfahrens im Bauhandwerkerprozess zu erhellen, sodass der Investor, Bewirtschafter oder Treuhänder die effektiven Instrumente zur Abwehr unberechtigter Bauhandwerkerpfandrechte kennt. So verschafft man sich Luft, um die zweite Runde professionell vorzubereiten. Da bereits das Prozedere der ersten Runde mehrschichtig ist, lohnt es sich für die Fortsetzung, die noch facettenreicher, komplexer und prozessual differenzierter abläuft, professionellen Support zu holen.

Dieser Praxisbeitrag beleuchtet die Voraussetzungen des Bauhandwerkerpfandrechts und die daraus folgenden Behelfe zur Abwehr derselben. Alles getreu dem Leitsatz «audiatur et altera pars» (es sei auch die andere Seite zu hören).

12/4.2

Überblick

Aus Sicht des Handwerkers und Baumeisters ist das Bauhandwerkerpfandrecht eine pragmatische Form des Inkasso: Wird es angemeldet, fließt in der Regel das Geld. Aus Sicht des Grundeigentümers oder Käufers ist das Bauhandwerkerpfandrecht ein Risiko, das zu Doppelzahlungen verpflichten kann. Das Doppelzahlungsrisiko ist nicht nur während der Bauzeit latent. Für den Juristen ist das Bauhandwerkerpfandrecht ein gesetzliches mittelbares Grundpfandrecht, das bestimmten Personengruppen ein Privileg in der Sicherung ihrer Forderungen gibt.

Belastung des Grundeigentums

12/4.2.1

Angelpunkt ZGB 837

Angelpunkt des Bauhandwerkerpfandrechtes ist Art. 837 Abs. 1 Ziffer 3 ZGB:

Der Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandes besteht für die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, die zu Bauten oder anderen Werken auf einem Grundstücke Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben, an diesem Grundstücke, sei es, dass sie den Grundeigentümer oder einen Unternehmer zum Schuldner haben.

Leitgedanken dieses besonderen Pfandrechts ist, dass der Handwerker vorleistungspflichtig ist und zu einer Wertvermehrung auf einem Grundstück beiträgt. Leistet der Grundeigentümer nicht, so steht dem Handwerker – ohne Bauhandwerkerpfandrecht – nur die normale nicht privilegierte Forderungsklage und Betreuung offen. Ein Rückerstattungsanspruch hat er nicht, denn die geleistete Arbeit kann er nicht zurückverlangen, ebenso eingebautes Material. Dieses wird mit dem Einbau in das Gebäude automatisch – kraft Akzessionsprinzip (Art. 667 ZGB) – Eigentum des Grundstückseigentümers. Damit die am Bau beteiligten Handwerker nicht geprellt werden, hat man ihnen das Privileg eines besonderen Grundpfandes gewährt¹. Damit wird die Forderung des Bauhandwerkers in Rang und Qualität einer «Hypothek» gleichgestellt.

¹ Mit «Bauschwindel» bezeichnete man vor der Entstehung des ZGB die unbefriedigenden Umstände, wenn ein gewissenloser Spekulant zur Finanzierung einer Baute ein grundpfandgesichertes Darlehen gewährte, selber einen bauenden Strohmann vorschob, der zahlungsunfähig wurde, um schliesslich in der Grundpfandverwertung günstig zum Grundeigentum zu kommen. Dabei gingen die Bauhandwerker leer aus, denn ihre Forderung war nicht pfandrechtsgeschützt, sondern in der dritten Klasse koloziert. Schon damals wurde trickreich geschwindelt, nicht erst seit es Hedge-Fonds gibt. Vgl. dazu Eugen Huber, Erläuterungen II vom 15. November 1900, 2. Auflage, Bern 1914, S. 276 f.

Belastung des Grundeigentums

Das Bauhandwerkerpfandrecht hat präventiven Charakter, denn alleine die latente Gefahr des Eintrages mit dem Risiko einer Doppelzahlung motiviert Grundeigentümer, Käufer, Investoren und selbst Generalunternehmer, die Bezahlung der am Bau beteiligten Handwerker bis zu den letzten Subakkordanten bestmöglich sicherzustellen.

Das Bauhandwerkerpfandrecht ist konzeptionell ein soziales Schutzrecht zu Gunsten des Klein- und Mittelgewerbes.

12/4.3

Kernmerkmale des Bauhandwerkerpfandrechts

- **Gesetzliches Grundpfand:** Das Bauhandwerkerpfandrecht existiert zwischen dem Grundeigentümer und den Handwerkern, ohne dass dieses speziell im Auftrag/Werkvertrag vereinbart werden muss. Das Recht fließt direkt aus dem Gesetz heraus.
- **Mittelbares Grundpfandrecht:** Mittelbar ist das Grundpfand, weil es erst mit der Eintragung im Grundbuch Wirkung erlangt. Ohne Eintragung ist es wirkungslos.
- **Eintragungsfrist:** Das Recht auf privilegierte Pfandrechtslegung ist aus Gründen der Rechtssicherheit befristet. Gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB hat die Eintragung des gesetzlichen Pfandrechts «bis spätestens drei Monate nach der Vollendung der Arbeiten zu geschehen».
- **Unverzichtbarkeit:** Gemäss Art. 837 Abs. 2 ZGB kann niemand im Voraus auf das Bauhandwerkerpfandrecht verzichten. Das gesetzliche Grundpfandrecht ist zwingend und steht jedem zu, der die Voraussetzungen erfüllt.
- **Belastete Grundeigentümer:** Das Bauhandwerkerpfandrecht ist stets zu Lasten des bebauten Grundstückes einzutragen und durchzusetzen; egal, ob der Grundeigentümer Besteller war oder nicht.
- **Akzession:** Nur Leistungen, die mit dem Grundstück in dauernde Verbindung gebracht werden, also eingebaut werden, können zu Bauhandwerkerpfandrechten führen. Fahrnisbauten lassen kein Bauhandwerkerpfandrecht zu (BGE 105 II 264).
- **Rangparität:** Legen mehrere Bauhandwerker Pfandrechte auf ein Grundstück, so sind die Bauhandwerker untereinander im gleichen Pfandrechtsrang. Die Handwerker werden in einem Grundpfandverwertungsverfahren gleich behandelt. Die Gleichbehandlung steht in Abweichung des sonst üblichen sachenrechtlichen Prinzips der «Alterspriorität», das besagt, dass ein älteres Recht dem jüngeren vorgeht.

- **Bedingtes Verwertungsprivileg:** Kommen die Bauhandwerker in der Pfandverwertung zu Verlusten, weil andere Pfandrechte (primär Hypotheken) den Verwertungserlös konsumierten und ist daran eine erkennbare Überbelehnung des Bodens schuld, so steht den Bauhandwerkern gemäss Art. 841 ZGB gegenüber den Banken ein Ausgleichsrecht zu. Dieses bedingte Vorzugsrecht in der Verwertung soll die Personen, die von Hand Mehrwerte geschaffen haben, gegenüber den Geldgebern privilegieren.
- **Privilegierte Personen:** Als Handwerker und Unternehmer im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziffer 3 ZGB gelten die typischen Bauhandwerker, Kleingewerbler, welche die Gebäude bauen, ausrüsten und fertigstellen. Ebenso gehören als «Unternehmer» die Gesellschaften dazu, die Bauleistungen erbringen. Das betrifft selbst gewichtige Generalunternehmer mit Milliardenumsatz. Kein Privileg steht den «intellektuellen» Baudienstleistern zu, deren Arbeit nicht materialisiert wird. Architekten, Ingenieure und selbst Juristen können vom Privileg des mittelbaren gesetzlichen Grundpfandes nicht profitieren, auch wenn sie an der Wertschöpfung der Baute wesentlich teilhaben.
- **Substitution:** Der durch ein Bauhandwerkerpfandrecht belastete Grundeigentümer kann das Pfandrecht verhindern, wenn er für die angemeldete Forderung ausreichende Sicherheit leistet. Vgl. dazu Art. 839 Abs. 3 ZGB *in fine*. Idee dieses Rechtes auf Verweigerung der Eintragung ist einleuchtend: Wenn der Grundeigentümer Sicherheit leistet, so wird das Pfandrecht, das auch nur ein Sicherungsrecht ist, obsolet. Insofern kann der Grundeigentümer das Pfandrecht substituieren.

12/4.4

Die betroffenen Parteien

12/4.4.1

Der Besteller

Soll eine Immobilie gebaut werden, so liegt in der Regel eine Bestellung oder Beauftragung vor, welche von einem Eigentümer oder von dessen Hilfsperson – seinem Architekt oder seinem Generalunternehmer (GU) – ausgeht. In der werkvertraglichen Terminologie spricht man von Besteller (Art. 363 OR) einerseits und dem Unternehmer, der Hersteller und Lieferant ist, andererseits. Im Auftragswesen spricht man von Auftraggeber, der die Leistung bestellt, und vom Beauftragten, der die Leistung erbringt (Art. 394 ff. OR).

Der Besteller ist Gläubiger der geforderten Leistung und zugleich Schuldner der Zahlungspflicht. Ist der Eigentümer zugleich Besteller, so ist er Schuldner der Handwerkerforderung und gegebenenfalls gleichzeitig auch Belasteter aus dem Bauhandwerkerpfandrecht. Es besteht Einheit in der Person des Bestellers und des Zahlungspflichtigen. Ebenso ist es, wenn der Eigentümer über seine Hilfsperson, die als direkter Stellvertreter¹ agiert, bauen lässt.

Fallen die Rollen des Bestellers und Eigentümers auseinander, z.B. wenn der Eigentümer über einen GU bauen lässt, so entsteht eine neue Ebene: Der GU als Besteller wird Schuldner der Zahlungspflicht gegenüber seinem Subakkordanten. Beahlt er nicht und trägt der Subakkordant seine Forderung als Bauhandwerkerpfandrecht ein, so lastet dieses Pfandrecht auf dem Grundstück und belastet somit den Eigentümer. Es findet eine Spaltung zwi-

¹ Art. 32 OR; die Rechte entstehen direkt bei der vertretenen Person.

schen Schuldner und Pfandrechtsbelastetem statt. Das ist die Wurzel des Doppelzahlungsrisikos: Der Grundeigentümer muss aufgrund des Werkvertrages mit dem GU den Werkpreis leisten und zudem hat er das Bauhandwerkerpfandrecht zu tragen. Vgl. dazu BGE 95 II 87 ff., 105 II 264 ff. In der letzten Konsequenz bedeutet das, dass der Grundeigentümer das Bauhandwerkerpfandrecht durch – nochmalige – Zahlung abzulösen hat. Derartige Pfandrechte sind äusserst ärgerlich für den Grundeigentümer, der seinen GU bereits finanziert hat. Das Bundesgericht hat derartige Doppelzahlungen als «äusserst hart» oder gar «*choquant*» (BGE 104 II 354) bezeichnet und den Gesetzgeber sanft aufgefordert, dies bei einer Gesetzesrevision zu überdenken (BGE 95 II 90). Dieser Ruf blieb ungehört. Diese latente doppelte Zahlungspflicht besteht alleine aufgrund gesetzlicher Normierung. Ohne Bauhandwerkerpfandrecht könnte der Subakkordant mangels vertraglicher Beziehung nicht an die finanziellen Mittel des Eigentümers gelangen. Der Gesetzgeber entschied, dass der Eigentümer, der vom geschaffenen Mehrwerte profitiert, auch das Risiko der Insolvenz seines GU zu tragen hat. Dieses Risiko dürfe keinesfalls zu Lasten der «Kleingewerbler» gehen. An dieser gesetzgeberischen Wertung und Risikozuordnung hat sich nichts verändert.

12/4.4.2

Der Mieter als Besteller

Lässt ein Mieter bauliche Änderungen an der Mietsache vornehmen, so leistet ein Bauhandwerker Arbeit. Kommt der bestellende Mieter seiner Zahlungspflicht nicht nach, so resultiert daraus ein Bauhandwerkerpfandrecht. Der Mieter als Besteller ist weder Eigentümer, noch Unternehmer im Auftrage des Eigentümers noch Subakkordant des vom Eigentümer eingesetzten Generalunternehmers.

Dem Gesetz ist heute nirgends zu entnehmen, dass auch Mieter zu den Bestellern für pfandrechtsgeschützte Leistungen gehören können. *De lege ferenda* soll das Mieterbau-Pfandrecht aber Gesetzesrecht werden. Vgl. dazu nachfolgendes Kapitel «Stand der aktuellen Revision». Die kreative Kraft des Bundesgerichtes hatte in Gewichtung des geschaffenen Mehrwertes gegenüber dem drohenden Werklohnausfall des Unternehmers entschieden, dass es grundsätzlich nicht darauf ankäme, wer Besteller einer Bauleistung sei. Diese Verwässerung wurde von einem Teil der Lehre scharf kritisiert, primär mit der Haltung, dass es nicht angehe, dass das Bundesgericht Gesetzeslücken konstruiere, die es danach selber füllen könne¹. In seinem wegweisenden Entscheid führte das Bundesgericht aus, «die Einräumung eines Pfandrechtsanspruchs rechtfertigt sich deshalb nur dann, wenn die vom Mieter bestellten, mit Zustimmung des Eigentümers ausgeführten Arbeiten infolge Akzession zu einer dauernden Vermehrung des Grundstückwertes geführt haben» (BGE 116 II 683). Damit führte das Bundesgericht qualifizierende Merkmale ein, welche das Mieterbauhandwerkerpfandrecht vom üblichen Pfandrecht unterscheidet: Zustimmung des Eigentümers, dauernde Verbindung mit dem Grundstück und schliesslich Wertvermehrung². In einem jüngeren Entscheid befand das Bundesgericht schliesslich, es komme nicht auf die explizite Zustimmung des Eigentümers an, sondern es ge-

1 Vgl. dazu Paul Piotet in SJZ 88, 1992, S. 213 ff. zu BGE 116 II 677 ff.

2 Die explizite Wertvermehrung wurde in BGE 126 III 505 wiederholt statuiert. In der Revision geht dieses Merkmal vergessen.

nüge die Kenntnisnahme ohne Opposition. Vgl. die kritische Stellungnahme dazu in MRA 2/2006¹. Während im Mietrecht noch unmissverständlich gefordert wird, der Mieterausbau bedinge der schriftlichen Zustimmung des Vermieters (Art. 260a OR), reicht es für den Anspruch auf ein Bauhandwerkerpfandrecht, wenn lediglich bauliche Massnahmen vom Eigentümer geduldet werden. Damit können selbst unbewilligte Mieterausbauten zu einem Bauhandwerkerpfandrecht führen. Das basiert auf der Fiktion des Bundesgerichts, der Eigentümer habe jederzeit Kenntnis über bauliche Massnahmen der Mieter in den Mietobjekten und könne deshalb auch jederzeit eingreifen und agieren. Was bei der vermieteten Einliegerwohnung zutreffen mag, ist bei grösseren Portefeuilles nicht mehr realistisch. Ein Immobilien-Fonds mit zigtausend Mietverhältnissen kann keine permanente Übersicht haben. *De lege fe-renda* wird dieser Fehltritt des höchsten Gerichts nun auch noch Gesetz (vgl. nachfolgendes Kapitel «Stand der aktuellen Revision»). Die Vermieter und Eigentümer tun gut daran, sich vertraglich vorzubereiten und bestmöglich abzusichern.

Da bei einer Rohbaumiete der Vermieter vertraglich Ausbaurechte dem Mieter überträgt, liegt von Anfang an eine Zustimmung vor. Es gilt, die Bauhandwerkerproblematik besonders bei derartigen Mietverträgen vorausschauend zu beachten.

1 MietRecht Aktuell, Basel.

12/4.4.3

Das betroffene Grundstück und der Eigentümer

Im Zusammenhang mit dem Bauhandwerkerpfandrecht interessiert nur der Grundstück-Eigentümer. Er wird allenfalls durch ein Pfandrecht belastet.

Betroffen ist der Eigentümer zum Zeitpunkt der Pfandrechtslegung (BGE 92 II 227 ff). Daraus folgt zweierlei:

1. War der letzte Eigentümer Besteller und hat dieser das Grundstück zwischenzeitlich veräussert, so trifft das Bauhandwerkerpfandrecht den Käufer. Hier trifft unter Umständen auch den Käufer ein Doppelzahlungsrisiko. Er hat den Kaufpreis dem Verkäufer überwiesen und muss in der Folge die verschiedenen Bauhandwerkerpfandrechte durch Begleichung deren Forderungen ablösen. Das ist Gesetz. Das Risiko kann nur durch geschickte Kaufvertragsgestaltung gemildert werden, mithin durch Kaufpreisrückbehalt, Sicherungsmassnahmen oder Gewährspflicht des Verkäufers, wenn er solvent ist.
2. Hat der Besteller und Eigentümer nach der Bestellung das Grundstück neu parzelliert, zum Beispiel aus der einen Parzelle 20 Stockwerkeigentumseinheiten mit zwei Stammparzellen gebildet, so sind im Bauhandwerkerpfandrechtsprozess die Eigentümer der neu 22 Grundstücke präzise einzuklagen (Art. 797 f. ZGB). Der Handwerker kann von einer ganz neuen sachenrechtliche Situation überrascht werden.

In der Grundkonzeption ist der Eigentümer auch Besteller und damit Verursacher eines allfälligen Disputs und Pfandrechts. Die erste Ausnahme dazu ist die Teilung von Eigentümer und Besteller. Die zweite und aussergesetzliche Ausnahme dazu ist die Pfandrechtslegung bei Mieterausbauten. Hier ist der Mieter Besteller. Während beim ersten Fall obligationenrechtliche Schuld und Pfandrecht in derselben Person liegen, fallen diese Eigenschaften in den zwei anderen Fällen auseinander. Den Eigentümer trifft die sachenrechtliche Pfandhaft, mit allen Konsequenzen¹.

¹ Dem Eigentümer bleibt nur ein Regressrecht auf den Mieter oder auf seinen Generalunternehmer.

Belastung des Grundeigentums

Der Anspruch auf Pfandrechtslegung richtet sich stets gegen den Eigentümer des betroffenen, also bebauten, Grundstückes. Bei Alleineigentum ist das klar und einfach. Bei gemeinschaftlichem Eigentum (Art. 646 ff. ZGB) beginnen die Schwierigkeiten. Liegt Gesamteigentum vor, so sind alle Gesamteigentümer gemeinsam einzuklagen. Sie bilden im Prozess eine Gemeinschaft. Liegt Miteigentum vor, so ist zu unterscheiden, ob qualifiziertes (ausgeschiedenes) Miteigentum, das heisst Stockwerkeigentum, vorliegt oder nicht. Bei Stockwerkeigentum richtet sich die Klage gegen jeden Eigentümer jedes einzelnen Grundstücks, auf dem gebaut wurde. Das ist mithin nur eine einzelne Stockwerkeigentumseinheit oder aber bei einer Überbauung gegebenenfalls alle Einheiten, zuzüglich der «Stammparzelle». Unter Umständen sind sehr viele Eigentümer sehr vieler einzelner Grundstücke gleichermaßen betroffen und im Prozess einzuklagen. Das ist alleine schon administrativ sehr anspruchsvoll. Vgl. zum Bauhandwerkerpfandrecht bei Stockwerkeigentum BGE 125 III 113.

Steht das betroffene Grundstück im Eigentum des Gemeinwesens, so gilt es, eine ganz andere Hürde zu nehmen: Lässt der Bund einen militärischen Bunker oder eine Strasse bauen, so kann dies wohl mit Pfandrecht belastet, aber gleichwohl nie realisiert und versteigert werden. Die Grundpfandverwertung eines Bunkers oder einer Strasse ist offensichtlich ausgeschlossen. Daraus wird klar, dass Grundstücke des Verwaltungsvermögens von Bund, Kanton oder Gemeinden nicht belastet werden können, mangels Vollstreckbarkeit (vgl. dazu BGE 103 II 227 ff.). Anders ist es bei Grundstücken des Finanzvermögens. Grundstücke des Finanzvermögens können grundsätzlich einer Versteigerung (Grundpfandverwertung) zugeführt werden. Ist der Vollzug möglich, kann das Bauhandwerkerpfandrecht nicht ausgeschlossen werden. Unsicher ist die Rechtslage bei Grundstücken des «PPP» (public private partnership), der halbprivaten Anstalten (Kantonalbanken) oder nicht zwingend dem Verwaltungsvermögen zugeordneten Grundstücken, wie zum Beispiel Gemeinde-Hallenbäder, Schulhäuser, Spitäler, Theater oder Elektrizitätswerke. Wusste das der bauende Unternehmer und Handwerker, bevor er prozessierte?

Ist der Eigentümer schliesslich Landwirt und sein Grundstück in der Landwirtschaftszone, so ist zudem das bäuerliche Bodenrecht (BGBB) zu beachten (Art. 798a ZGB). Ein Bodenrecht, das neben dem zivilen Bodenrecht ein paralleles Eigendasein fristet. Gemäss Art. 73 ff. BGBB sind die Bestimmungen über die pfandrechtlichen Belastungsgrenzen zu beachten. Das heisst, Bauhandwerkerpfandrechte in hoher Summe sind allenfalls nicht eintragbar und müssen reduziert werden.

12/4.4.4

Der Bauhandwerker

Nur wer Bauhandwerker ist, kann ein Bauhandwerkerpfandrecht beanspruchen. Handwerker und Unternehmer im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziffer 3 ZGB sind natürliche oder juristische Personen, die selbständig auftreten und aufgrund von Werkvertrag oder Auftrag Leistungen auf einem Grundstück (Art. 655 ZGB) erbringen. Gedacht wurde ursprünglich typischerweise an Steinmetze, Mörtelmischer und Zimmerleute. Dazu gehören auch Elektriker, Dachdecker, Küchenbauer, Bodenleger, Maler und Fensterbauer etc.

Aus dem Gesagten folgert, dass Angestellte der beschriebenen Handwerker nicht zum Kreis der privilegierten Personen gehören. Ihre Forderungen gehen auf Lohn und sind über die Insolvenzversicherung geschützt.

Aus der Bezeichnung «Unternehmer» haben Teile der Lehre gefolgert, dass auch ein Total- oder Generalunternehmer ein Unternehmer im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziffer 3 ZGB sei. Das ist heute wenig reflektiert allgemein anerkannt. Doch dieser Grundsatz ist heikel, wenn der Total- oder Generalunternehmer selber keine Bauleistungen mehr erbringt. Richtig ist, dass den Unternehmen, die selber auf der Baustelle Arbeit erbringen, auch einen Pfandrechtsanspruch zusteht. Das gilt auch, wenn der Unternehmer als Gesamtleister auftritt und die versprochene Leistung teilweise an Subakkordanten weitergibt. Die Zeit und Baupraxis hat jedoch Unternehmen hervorgebracht, die sich als «Generalunternehmer» bezeichnen, die aber selber weder Hammer, Schraubenzieher noch Wurfschaufel besitzen. Generalunternehmungen funktionieren heute zum Teil als reine Organisationsunternehmen, die planen, projektieren, beraten, managen und Baustellen organisieren. Sie überlassen die gesamte Bauausführung anderen Personen, eben Bauhandwerkern. Derartige Generalunternehmer sind keine Bauhandwerker mehr, sie dürfen konsequenterweise nicht dem Privileg der Bauhandwerker gleichgestellt werden. Insofern ist die uneinheitliche Lehre um eine dezidierte Meinung zu ergänzen. Das Parlament wäre zudem gefordert, diese Frage im Gesetz zu klären. Vgl. dazu auch nachfolgendes Kapitel «Privilegierte Bauarbeiten».

Belastung des Grundeigentums

12/4.4.5

Sub-Subakkordant

Wie durch die Trennung der Eigentümer- und Bestellereigenschaft eine zweite Ebene geschaffen wird, welche zu einem Doppelzahlungsrisiko zu Lasten des Eigentümers werden kann, so lässt sich diese Kette praktisch beliebig verlängern. Der Eigentümer beauftragt den Generalunternehmer. Er ist Besteller, der GU ist Unternehmer. Der Generalunternehmer beauftragt den Baumeister. Der ist damit Sub-Akkordant. Der Baumeister beauftragt einen Stahlbauer, einen Betonlieferanten und die rumänischen Akkord-Schaler. Diese drei Handwerker und Zulieferer sind Sub-Subakkordanten. Beauftragt der Stahlbauer wiederum eine Eisenleger-Truppe, so kommt eine vierte Ebene dazu. Und so fort. Das Gesetz bemisst nicht die vertragliche Nähe des Bauhandwerkers zum Eigentümer, sondern alleine die Qualität als «Bauhandwerker». Vgl. dazu auch vorangehendes Kapitel «Der Bauhandwerker» und nachfolgend «Privilegierung der geleisteten Arbeit».

Belastung des Grundeigentums

12/4.4.6

Privilegierung der geleisteten Arbeit

Manch einer erbringt unbezahlte Leistungen auf einer Baustelle und führt in der Folge einen Prozess für ein Bauhandwerkerpfandrecht. Das gab primär der Rechtsprechung reichlich Möglichkeit, sich mit dem Thema «Handwerker» und der damit verbundenen «berechtigten Leistung» auseinander zu setzen. Ansatz ist einmal mehr der archetypische Handwerker, der mit Meissel, Lot und Kelle auf dem Baugerüst steht und handwerkelt.

Art. 837 Abs. 1 Ziffer 3 ZGB nennt unmissverständlich, dass nur Forderungen privilegiert werden, die auf «Arbeit» oder «Leistung von Arbeit in Verbindung mit Materiallieferungen» basieren. Damit wird die Arbeit zu einem elementaren Qualifikationsmerkmal. Gefordert wird eine Arbeit, die sich im Baukörper materialisiert. Daraus folgt dreierlei:

1. Forderungen der Lieferanten, Verkäufer von Material, Zulieferer von Apparaten oder Installationen erbringen keine Arbeit am Bau und bringen die gelieferte Ware nicht in körperliche Verbindung mit dem Grundstück. Ihnen steht kein Bauhandwerkerpfandrecht zu.

Beispiel

Wer vertretbare Sachen (Gattungsware) liefert, zum Beispiel Kies, Dachziegel, Rohre und Kabel, leistet aufgrund eines Kaufvertrages. Er kann seine Kaufpreisforderung in anderer Form sichern, zum Beispiel als Zug-um-Zug-Geschäft. Italienische Baustellen waren bekannt dafür, dass Warenlieferungen nur gegen Barzahlungen auf der Baustelle abgeladen wurden. Das ergab zu Zeiten der Lire volle Hin- und ebenso vollgeladene Rückfahrten.

2. Lieferanten, die extra und individuell hergestellte Ware für die Baustelle liefern, wurden durch die höchstrichterliche Rechtsprechung teilweise den privilegierten Leistungen zugeordnet. Entscheidendes Argument war, dass diese Zulieferer ihre Arbeit eben zu Hause, in ihrem Werkhof erbrachten und die Ware individualisiert bestellt wurde, sodass sie auf einer anderen Baustelle nicht mehr zu verwenden war/wäre.

Beispiel

Die Lieferung von extra bestelltem und aufbereitetem Kies ist wohl extra bestellt und individuell aufbereitet, aber nach wie vor eine unverderbliche Gattungsware. Derartige Lieferungen sind nicht privilegiert. Wurde dem aufbereiteten Kies jedoch Beton zugemischt, liegt «Frischbeton»¹ vor, so ist auch das Qualitätsmerkmal der Verderblichkeit oder nicht weiteren Verwendbarkeit gegeben. Der gelieferte Frischbeton ist grundsätzlich pfandrechtsgeschützt (BGE 104 II 348). Das Gleiche gilt für Armierungseisen, das speziell gebogen und vorbereitet wird und ohne Verwendung nur noch den Altmetallwert hat (BGE 103 II 33). Das ist je eine spitzfindige Argumentation des Bundesgerichts, denn in beiden Fällen kann der Lieferant wie der andere Warenlieferer auf Zug-um-Zug-Geschäft beharren. Seit den zitierten Leitentscheiden ist dies jedoch herrschende Praxis.

3. Reine intellektuelle Leistungen können sich nicht im Bauwerk materialisieren. Sie bleiben geistiges Eigentum und geistiger Art. Ohne dem Merkmal der dauerhaften Verbindung mit dem Bauwerk können diese Leistungen nicht vom Bauhandwerkerpfandrecht profitieren. Betroffen sind Architekten², Bauleiter, Ingenieure, Juristen etc. Da es sich hierbei mehrheitlich um die «freien Künste» handelt, scheint kein Sozialschutz notwendig zu sein. Diese Dienstleister müssen in anderer Form ihre Honorarforderungen sicherstellen.

Beispiel

Der Architekt, der nur zeichnet, plant und die Handwerker beobachtet, leistet keine Arbeit, die in irgendeiner Form physisch wird. Es findet keine sachenrechtliche Verbindung statt. Trägt der Architekt jedoch Hammer und Nägel bei sich und übernimmt er einen (kleinen) Teil der Handwerkerarbeit, so wird sicher seine Hammer-Tätigkeit privilegiert, in Analogie zum General- oder Totalunternehmer allenfalls auch seine intellektuellen Arbeiten. Bei planenden und ausführenden Generalunternehmungen sind auch die Teilleistungen des GU-internen Ingenieurs, Architekten oder Rechtskonsulenten vom Privileg mit umfasst. Ebenso sind die intellektuellen Handwerkerleistungen, zum Beispiel betreffend Ausführungsplanung und Koordination, vom Pfandrechtsschutz mit

1 Leading-Case für Frischbeton ist: BGE 104 II 348.

2 Vgl. dazu BGE 119 II 426.

umfasst. Wieso sollte das nicht auch bei einem Architekten, der selber auch noch Hand anlegt, gelten?

Fraglich im Zusammenhang mit den privilegierten Arbeiten ist die Stellung des Total- und Generalunternehmers, der selber keine Handwerksarbeit mehr erbringt, sondern nur noch plant und organisiert¹. In der Praxis wird fast unbesehen diesen intellektuellen Generalunternehmen das Bauhandwerkerpfandrecht zuerkannt. Das ist systematisch und logisch betrachtet falsch. Derartige General- und Totalunternehmer sind den reinen intellektuellen Dienstleistern gleichzustellen und vom Pfandrechtsschutz auszunehmen. Bereits die soziale Stellung zum Bauherrn und Eigentümer lässt ein privilegiertes Pfandrecht nicht zu. Dazu kommt die nicht nachvollziehbare Ungleichbehandlung, wenn intellektuelle Generalunternehmer – weil sie sich so nennen – vom Pfandrecht profitieren können, aber die intellektuellen Architekten, die sich schlicht als Architekten bezeichnen, vom Privileg ausgeschlossen sein sollen. Die Lehrmeinungen zum Privileg der Forderung des Generalunternehmers ist uneinheitlich².

1 Vgl. zu den Begriffen General- und Totalunternehmer: Gauch, Der Werkvertrag, 4. A. Zürich 1996, Rz. 217 ff.

2 Vgl. die aktuellen Literaturhinweise in Basler-Kommentar, Ziffer 3 zu ZGB 839/840.

Belastung des Grundeigentums

12/4.5

Forderung oder Pfandrechtssumme

Pfandrechtsgeschützt ist «die Forderung der Handwerker oder Unternehmer». Das ist in erster Linie der vereinbarte Werklohn; Pauschalpreis oder Regie mit Kostendach etc.

Erbringt der Unternehmer Teilleistungen in Phasen, zum Beispiel anfangs Planungsleistungen und später Ausführungsleistungen, so stellt sich die Frage, wie weit die an sich nicht pfandrechtsgeschützten Planungsleistungen (intellektuelle Leistungen) gleichwohl – in Verbindung – mit den Forderungen aus der Ausführung kumulierbar sind. Es gibt Meinungen, die jede einzelne Handlung bewerten und qualifizieren, um die Voraussetzungen für jede Teilleistung zu überprüfen. Die atomisierte Betrachtung ist meines Erachtens fehl am Platze, denn es ist das ganze Vertragsverhältnis insgesamt, in seiner Gesamtheit, zu betrachten. Liegt das Schwergewicht der versprochenen Leistung in der Planung, kann auch die kleinere Ausführungsarbeit keinen Pfandrechtsschutz auslösen. Liegt jedoch das Schwergewicht in der Ausführung, in einer sich im Bau manifestierenden Arbeit, so können meines Erachtens auch die intellektuellen Nebenleistungen vom Bauhandwerkerpfandrechtsanspruch profitieren. Was bei einem Kleingewerbler logisch erscheint, dass er auch Ausführungs- und Koordinationsplanungen macht und über alles pfandrechtsgeschützt ist, gilt auch für den bereits thematisierten Total- und Generalunternehmer. In jeder Bauleistung ist auch ein Anteil intellektueller Arbeit enthalten.

Die Forderung des Handwerkers geht oft über den ursprünglich vereinbarten Werklohn hinaus. Während der Bauphase traten ausserordentliche Umstände auf, es wurden Bestellungenänderungen vorgenommen oder es entstanden Schäden, die es zu reparieren galt. Dazu folgende drei Punkte:

1. Zusatzforderungen sind dann pfandrechtsgeschützt, wenn sie durch den Vertrag gedeckt sind; sei dies weil die Bestellsänderung verlangt wurde, sei dies, weil Mehrkosten aus ausserordentlichen Umständen im Werkvertrag als Mehrkosten ausgeschieden wurden¹.
2. Ohne erneute Abrede zwischen Besteller und Unternehmer fehlt es an der vertraglichen Grundlage für eine Werklohnforderung. Derartige Mehrforderungen über den vereinbarten Werklohn hinaus sind gemäss kritischer Lehre² nicht pfandrechtsgeschützt. Es fragt sich, ob dieser grundsätzlich richtige – da einschränkende – Standpunkt heute noch haltbar ist, wenn selbst Bauhandwerkerpfandrechte eingetragen werden können, die aus geduldeten Mieterausbauten resultieren. Bei geduldeten Mieterausbauten liegt bestimmt kein Vertrag zwischen Eigentümer oder Hilfsperson/Stellvertreter des Eigentümers mit einem Unternehmer vor. Gibt es bei dieser Rechtslage einen sachlichen Grund, den Bauhandwerker, der für einen Eigentümer baut, schlechter zu stellen, als den Bauhandwerker, der für einen Mieter baut?
3. Treten bei der Bauausführung Mängel auf, so sind diese durch den Unternehmer zu beheben, denn er schuldet ein mängelfreies Werk. Die Kosten aus der Mangelbehebung, allenfalls Nachbesserung, sind Schadenersatz und als solcher nicht pfandrechtsgeschützt. So der Grundsatz. Bei einem Generalunternehmervertrag trifft dieser Grundsatz weit gehend zu, da er für das Gesamtbauwerk verantwortlich ist. Für den Unternehmer einer einzelnen Teilleistung, zum Beispiel dem Maler, kann der Grundsatz nur differenziert angewendet werden. Verursacht der Maler den Mangel selber, weil er unsorgfältig arbeitet, dann hat er die Mehrkosten selber zu tragen. Diese Mangelbehebungskosten sind nicht pfandrechtsgeschützt. Wurde die Leistung des Malers jedoch (z.B.) durch den Bodenleger beschädigt, der mit dem dunklen Parkett Striche und Bremsspuren, Leimspuren und Kratzer verursachte, so wäre vorab der Verursacher haftpflichtig. Es liegt eine Haftpflicht-Forderung gegen den Nebenunternehmer vor. Da der Maler jedoch gegenüber dem Besteller eine mängelfreie Leistung schuldet, kann er nicht zuerst den Regressprozess führen, bis er für den Mangelbehebung schadlos gehalten wird, sondern muss sofort reagieren. Bei zeitlicher Dringlichkeit ist es adäquat, wenn diese Arbeiten des Malers auch pfandrechtsge-

1 Vgl. dazu auch S.I.A. 118, Art. 45 Abs. 2.

2 Vgl. dazu Gauch, Der Werkvertrag, 4. A. Zürich 1996, Rz. 1310 ff.

schützt sind, denn der Regress ist einfacher, pragmatischer und besser durchsetzbar durch den Besteller.

Bei der Forderung des Handwerkers fällt man in der Praxis oft ab vom Prozessthema und vergisst das Wesen des Bauhandwerkerpfandrechts. Es geht um die Eintragung eines Pfandrechts. Dieses wird analog einer Maximalhypothek auf dem betroffenen Grundstück eingetragen. Erst viel später, nach dem definitiven Eintrag des Grundpfandes, geht es um die Verwertung und damit um die durchsetzbare Höhe der Forderung. Wird das Bauhandwerkerpfandrecht für CHF 500 000.– eingetragen, aber im darauf folgenden Forderungsprozess vor dem ordentlichen Richter nur eine Forderung von CHF 350 000.– erkannt, so ist der Eigentümer auch nur im Umfang von CHF 350 000.– auf Pfandverwertung zu betreiben. Das ist einleuchtend in der Theorie. In der täglichen Praxis haben Eigentümer verständlicherweise, aber auch irrtümlicherweise erhebliche Schwierigkeiten, genau diesen Unterschied zwischen Pfandrecht und Forderung zu sehen. Je nach Rechtsbegehren ist diese Unterscheidung auch äusserst diffizil. Bestimmte Konstellationen lassen ein Rechtsbegehren nicht nur auf Pfandrechtslegung, sondern parallel auch zur Leistung der Forderung zu. Derartige Rechtsbegehren sind effizient, und bei diesen Rechtsbegehren ist unbedingt auch die Forderung in Umfang und Bestand zu bestreiten. Geht das Rechtsbegehren allerdings nur auf «Pfandrechtslegung», so wird der ordentliche Prozess vorbehalten und der Eigentümer geht seiner Abwehrrechte nicht verlustig. Gewieft ist der Eigentümer, der sein Pulver nicht bereits beim Pfandrechts-Eintragungsprozedere verschießt¹.

¹ Vgl. dazu Gasser/Mäusli/Weber in Handbücher für die Anwaltspraxis, IV Beraten und Prozessieren in Bausachen, Basel, 1998, Rz. 13.41.

Belastung des Grundeigentums

12/4.6

Fristenlauf

Art. 839 ZGB regelt das Zeitfenster, während dem das Bauhandwerkerpfandrecht eingetragen werden kann. Vor diesem Zeitfenster besteht kein Anspruch. Nach diesem Zeitfenster ist der Anspruch auf Pfandrechtslegung verwirkt. Auch hier ist zu unterscheiden zwischen Anspruch auf Pfandrechtslegung und Anspruch auf Forderung. Die Forderung aus Handwerk verjährt erst nach fünf Jahren, so Art. 128 Ziffer 3 OR; Werklohn verjährt erst nach zehn Jahren (Art. 127 OR). Dies vorausgeschickt, versteht sich Art. 839 ZGB ohne weiteres: Ab dem Zeitpunkt des Vertragschlusses zwischen Besteller und Unternehmer kann das Bauhandwerkerpfandrecht begehrt werden. Die Pfandrechtslegung vor Arbeitsbeginn zeigt nochmals auf, dass das Pfandrecht nicht der Schlussforderung entsprechen muss, sondern lediglich ein Sicherungsrecht darstellt. In der Praxis ist mir kein Fall bekannt, bei dem ein Handwerker oder Unternehmer vor Arbeitsaufnahme ein Pfandrecht auf das zu bearbeitende Grundstück legte.

Viel wichtiger ist das Ende der Frist: Gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB muss «die Eintragung ... bis spätestens drei Monate nach der Vollendung der Arbeit ... geschehen». Das heisst, das Pfandrecht muss bis zu diesem Enddatum im Grundbuch eingetragen sein. Da jeder Prozess länger als drei Monate dauert, bis ein rechtskräftiger Entscheid vorliegt, wird das Bauhandwerkerpfandrecht in der ersten Phase «nur» superprovisorisch und vorsorglich im Sinne von Art. 961 ZGB eingetragen. Die Parteien haben in der Folge ausreichend Zeit, über Pfandrecht und Forderung zu prozessieren. Wesentlich ist, ob die Verwirkungsfrist eingehalten wurde oder nicht.

Fristauslösend für die «drei Monate» ist die Vollendung der Arbeit¹. Daraus erhellt, dass unwesentliche Fertigstellungsarbeiten, Mängelbehebungen und dergleichen nicht massgebend sind. Auch die Rechnungsstellung oder die Abnahme des Werkes mit dem Besteller sind irrelevant für den Fristbeginn der drei Monate. Gemäss

¹ Massgebender BGE dazu ist BGE 106 II 22; vgl. auch 112 II 214.

Belastung des Grundeigentums

herrschender Praxis sind die «funktional letzten Fertigstellungsarbeiten» entscheidend. Sobald die Malerarbeiten erledigt sind, beginnt die Schlussfrist der drei Monate und nicht erst, wenn der Maler den Pinsel gewaschen und getrocknet hat. Die funktional wesentlichen Fertigstellungsarbeiten ergeben sich jedesmal konkret aus der versprochenen Leistung.

12/4.7

Eintragungsvarianten

Örtlich zuständig für die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts ist das Gericht am Ort der gelegenen Sache, so das eidgenössische Gerichtsstandsgesetz (Art. 19 Abs. 1 lit. c GestG).

In der ersten Phase versucht der Handwerker oder Unternehmer das Bauhandwerkerpfandrecht fristwährend vorsorglich einzutragen. Dies erfolgt materiellrechtlich in der Form der vorsorglichen Vormerkung gemäss ZGB 961. Das prozessrechtliche Eintragsverfahren richtet sich nach kantonalem Prozessrecht. Die Kantone offerieren bei zeitlicher Dringlichkeit ein «superprovisorisches» Verfahren, bei dem der Gerichtspräsident ohne Anhörung der Gegenpartei das Begehren prüft und wenn keine fundamentalen Fehler vorhanden sind, auch eintragen lässt. Die tatsächliche Eintragung findet auf dem Grundbuchamt statt. Zu beachten ist folglich, dass der Entscheid des Richters noch vollzogen werden muss innert der Dreimonats-Frist. Die Anmeldung des Bauhandwerkerpfandrechts am letzten Tag der Frist beim Gericht kann – auch wenn die Gerichtspräsidenten effizient sind – zu spät sein, wenn am selben Tag nicht auch noch die Eintragung im Grundbuch erfolgt. Das ist das Risiko des Gesuchstellers.

Nach Erlass der superprovisorischen Eintragung wird dem Beklagten Eigentümer Gelegenheit zur Einsprache geboten. In der Folge entscheidet der Richter, ob die nach wie vor «vorläufige» Eintragung Bestand hat oder gelöscht werden soll. In diesem Einspracheverfahren verliert die vorläufige Eintragung lediglich das Prädikat «superprovisorisch». Während der klagende Handwerker seine Darlegungen nur «glaubhaft» machen muss, das heisst, alle Voraussetzungen des Bauhandwerkerpfandrechts behaupten muss, ohne dass diese absurd oder offensichtlich falsch sind, hat der Beklagte Eigentümer die Einwendungen und Einreden zu beweisen. Da sind die Spiesse im Prozess ungleich lange. An das Erfordernis der Glaubhaftmachung sind keine hohen Anforderungen zu stellen, so ausdrücklich BGE 86 I 265. Man ist sich klar, dass in diesem Verfahren nur klar ausgewiesene Einwendungen gegen den Bestand (nicht gegen den Umfang) des Pfandrechts zu hören sind. Es geht also um allenfalls fehlende Aktiv- oder Passivlegitimation, um ein nicht verwertbares oder nicht betroffenes (falsches) Grund-

stück, um offensichtlich nicht pfandrechtsgeschützte Leistungen, offensichtlich verwirkte Eintragsfrist oder dergleichen.

Da zum Zeitpunkt der Klage des Handwerkers eine Schlussrechnung oder eine definitive Forderung noch nicht erhärtet ist, selbst beim Handwerker noch unklar ist, muss es für den Eintrag des Pfandrechts genügen, wenn der Handwerker seine Forderung im Umfang glaubhaft¹ macht. Im Zweifelsfalle ist die eingeklagte Pfandsumme einzutragen. Dadurch erleidet der Eigentümer auch keinen markanten Rechtsnachteil, denn der Pfandbetrag stellt nicht automatisch auch den Forderungsbetrag dar.

Mit Bestätigung der vorläufigen Eintragung setzt der Richter dem Handwerker oder Unternehmer Frist zur Einleitung des ordentlichen Verfahrens auf definitive Eintragung gemäss Art. 961 Abs. 3 ZGB. Die definitive Eintragung des Pfandrechts erfolgt in Form einer «Kapitalhypothek» im Sinne von Art. 794 Abs. 1 ZGB². In der Folge geht es schliesslich auch um den Umfang der Forderung.

Das weitere Prozedere ist vielfältig und je nach Prozesseinleitung, Einspracheverfahren oder Ermessen des Gerichtes unterschiedlich. Prozessual ist das Bauhandwerkerpfandrecht mit all seinen Facetten anspruchsvoll.

1 Vgl. auch BGE 86 I 265.

2 Vgl. dazu BGE 126 III 467.

12/4.8

Substitution

Das Bauhandwerkerpfandrecht ist ein Sicherungsrecht zu Gunsten der Bauhandwerker. Liegt eine Spaltung zwischen Auftraggeber/Besteller und Eigentümer vor, so entsteht durch das Bauhandwerkerpfandrecht erst eine durchsetzbare Forderung (ohne Bauhandwerkerpfandrecht müsste sich der Handwerker, der von einem Dritten beauftragt ist, an seinen Vertragspartner halten). Dem Sicherungsanspruch Genüge getan ist, wenn der Eigentümer in anderer Form Sicherheit leistet. Deshalb normiert Art. 839 Abs. 3 ZGB, dass ein Bauhandwerkerpfandrecht nicht eingetragen werden kann, wenn der Eigentümer für die angemeldete Forderung hinreichend Sicherheit leistet. Eine Bankgarantie, Bankbürgschaft, Kautions- oder Hinterlegung ist ausreichende Sicherheit, eine Patronatserklärung hingegen nicht.

Der Eigentümer, der das mit Bauhandwerkerpfandrechten belastete Grundstück veräußern will, tut gut daran, die Bauhandwerkerpfandrechte durch Sicherheitsleistungen abzulösen und damit aus dem Grundbuch zu entfernen. Damit fällt der Schatten weg, der sonst die zu verkaufende Sache verdunkelt. Durch Sicherheitsleistung wird nur der Pfandrechtsanspruch obsolet. Die geleistete Sicherheit stellt Verwertungssubstrat dar. Wie viel von der Sicherheit tatsächlich zum fordernden Handwerker oder Unternehmer geht, bleibt dem ordentlichen Forderungsprozess vorbehalten.

Belastung des Grundeigentums

12/4.9

Stand der aktuellen Revision

Am 7. Juli 1998 hat die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates eine Motion eingereicht, welche den Bundesrat aufforderte, das Bauhandwerkerrecht zu reformieren. Geändert oder überprüft werden sollte im Wesentlichen die Frist zur Eintragung des Pfandrechts, der Kreis der Pfandrechtsberechtigten (Subunternehmer), der Pfandrechtsgegenstand, das Vorrecht in der Pfandverwertung sowie das Verfahren bei Grundstücken des Gemeinwezens¹. In der Vernehmlassung² übten Verbände, Kantone und Private Lob und Tadel. Seither ist das Sub-Pfandrecht, auch als Forderungspfandrecht allfälliger Subunternehmer bezeichnet, kein Thema mehr. Jeder hat gemerkt, dass so etwas Abstraktes im Bauhandwerk nicht praktikabel ist. Heute, elf Jahre nach der Motion, debattiert der Ständerat über das Bauhandwerkerpfandrecht im Differenzbereinigungsverfahren³. Die Gesetzgebung ist weit fortgeschritten. Es ist absehbar, wie das zukünftige Bauhandwerkerpfandrecht aussehen wird:

Es handelt sich um eine kosmetische Revision, fast nur um einen Nachvollzug der in den letzten 100 Jahren gewachsenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Das Parlament nimmt keine fundamentalen Änderungen vor, will aber den Schutz der Bauhandwerker partiell verstärken⁴. Ändert nicht das System, so ist man geneigt, die Retouchen zu übergehen, doch das kann fatale Folgen haben.

1 Vgl. dazu Motion 98.3362 der Kommission für Rechtsfragen des NR, Änderung von Art. 839 Abs. 2 ZGB.

2 BBl 2004 2209.

3 Vgl. zum Geschäft: www.parlament.ch und danach Geschäfts-Nummer 07.061.

4 Vgl. ZGBR 2007, S. 391 und S. 397.

Belastung des Grundeigentums

12/4.9.1

Privilegierte Bauarbeiten

Art. 837 Abs. 1 Ziffer 3 ZGB soll wie folgt ergänzt werden:

«3. Für die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, die auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben ...»

Partielle Leistungen von am Bau beteiligten Unternehmern sollen zukünftig privilegiert werden. Das wirkt willkürlich. Die individualisierte und konkretisierte Aufzählung einzelner Leistungen des Bauens wirkt fremd in einem Gesetz, das sonst mit generellen und abstrakten Termini arbeitet, die für eine Vielzahl von Fällen anwendbar wären. Lediglich der neue Passus: «oder dergleichen» öffnet Tür und Tor für eine angepasste, abstrahierte Anerkennung der Pfandrechtsansprüche. Der Lieferant von Frischbeton oder extra gefertigten Armierungseisen bleibt unerwähnt, obwohl das Bundesgericht deren Ansprüche auf Pfandrechtlegung anerkannte. Dies obwohl der Lieferant eben keine Arbeit auf der Baustelle erbringt und bei strenger Auslegung vom Pfandrecht ausgeschlossen werden müsste. Das Bundesgericht behalf sich mit der Konstruktion, dass extra und individuell für eine Baustelle bearbeitete Lieferungen eben Arbeit enthalten würden, welche den Pfandanspruch rechtfertigen würden (zusätzlich wird gefordert, dass die Lieferung wertlos wird, wenn sie nicht verbaut werden kann, also keine Gattungsware vorliegt und Verderblichkeit droht).

Scheusslich ist die Idee, dass ein Aushub oder auch ein «Abbrüchler» generellen Zugang zum Bauhandwerkerpfandrecht erhalten soll. Diese Arbeitsgattungen stellen durch Wegnahme oder Zerstörung grundsätzlich eine Wertverminderung dar und stehen damit diametral dem fundamentalen Konzept des Bauhandwerkerpfandrechts gegenüber. Das Bauhandwerkerpfandrecht will die nicht vergütete Wertschöpfung dem begünstigten Eigentümer aufladen. Er soll neben der Last des Pfandrechts wenigstens den Mehrwert konsumieren können. Im Generellen ist sich die Lehre einig, dass Aushubarbeiten, Abbrucharbeiten, das Verlegen von Armierungs-

eisen¹, Bauaustrocknung, Baureinigung oder Gerüstbau grundsätzlich pfandrechtsschutzwürdig sind². Betreffend Gerüstbau hat das Bundesgericht jedoch klar gemacht, dass derartige Leistungen mangels Manifestierung im Baukörper eben gerade nicht pfandrechtsgeschützt sind³. Im Einzelfall mag es fragliche Konstellationen geben. Diese sind vom Richter zu beantworten. Die Kombination des konkret genannten «Abbrüchlers» mit dem lediglich konkludent geduldeten Mieterausbau lässt Schlimmes ahnen⁴.

Sprachlich ist die Ergänzung der pfandrechtsgeschützten Leistungen mit den Abbrucharbeiten leider auch nicht geglückt. Die Leistungen der Abbrecher werden kaum je mit unmittelbaren Materiallieferungen verbunden sein, höchstens wohl Sprengstoff. Der textliche Einschub der Abbrucharbeiten (wie auch Gerüstbau) in Verbindung mit der Materiallieferung ist unbefriedigend.

Der Wunsch nach einer entsprechenden Ergänzung der pfandrechtsgeschützten Bauleistungen ist kasuistischer Natur und passt deshalb nicht in ein gesetzgeberisches Verfahren. Anstelle einer exemplarischen Enumeration sollte besser auf die «fachmännische Leistung» verwiesen werden, die zu einer dauernden Wertvermehrung führt.

Nur noch drei Fragen:

1. Wie sieht es zukünftig aus mit dem Entsorgungsunternehmen, das den Abtransport macht und zudem das kontaminierte Material entsorgt? Sind die Entsorgungskosten, die immens sein können, auch pfandrechtsgeschützt?
2. Wie sieht es aus mit dem Vermieter des Hochkranes? Soll da unterschieden werden, ob er einen Kranführer mitvermietet, den Kran selber aufstellt oder ob er nur den Kran vermietet?

1 Der Armierungseisenfall: BGE 103 II 33.

2 Vgl. dazu Rainer Schuhmacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 2. A. Zürich 1982, Rz. 101 ff., oder Hans-Peter Buchsacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht in: Das private Baurecht der Schweiz, Zürich 1994, S. 276.

3 Vgl. den noch jungen BGE 131 III 300.

4 Vor Jahren prozessierte der Autor als Vertreter des Eigentümers gegen einen Sanitär, der «im Auftrage» des Mieters das Badezimmer zusammenschlug und entsorgte. Nach dem Abbruch wurde der Mieter insolvent. Zurück blieb ein ausgeräumtes Badezimmer. Das alte Badezimmer wäre noch für Jahre tauglich gewesen. Das Gericht entschied damals zu Recht, dass (1) Abbrucharbeiten (2) ohne Zustimmung des Vermieters nicht zu einem Bauhandwerkerpfandrecht führen können. Nach neuem Recht wäre dieser Fall anders zu beurteilen!

3. Wie sieht es aus mit der Baureinigung? Ohne Baureinigung kann ein Bauwerk nicht fertiggestellt werden, wie auch ohne Gerüstbau ein Hochbau nicht erstellt werden kann. Beides manifestiert sich nicht im Baukörper. Der Gerüstbau ist aufgezählt, der Baureiniger nicht. *Quid juris?*

Man fragt sich, bringt die Ergänzung im Gesetz mehr Rechtssicherheit? Ich erwarte, dass über den Passus «oder dergleichen» zukünftig jeder Handwerker oder Lieferant, der zu einem Bau etwas beiträgt, einen Pfandrechtsanspruch geltend machen kann. Davon ausgenommen werden wohl nur Zulieferer von Gattungswaren (vertretbarer Ware) bleiben.

Belastung des Grundeigentums

12/4.9.2

Mieterbauten

Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziffer 3 ZGB kann der Handwerker oder Unternehmer das Bauhandwerkerpfandrecht beanspruchen, «sei es, dass er den Grundeigentümer oder einen Unternehmer zum Schuldner» habe. Diese zwei möglichen Besteller der Leistung sollen nun wie folgt ergänzt werden: «Sei es, dass sie den Grundeigentümer, einen Handwerker oder einen Unternehmer, einen Mieter, einen Pächter oder eine andere am Grundstück berechnigte Person¹ zum Schuldner haben.»

Für den Mieter- und Pächterausbau wird eine sinnvolle Ergänzung vorgebracht. Gemäss dem neuen Art. 837 Abs. 1^{bis} ZGB gilt: *«Ist ein Mieter, Pächter oder eine andere am Grundstück berechnigte Person Schuldner von Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, so besteht der Anspruch nur, wenn der Grundeigentümer seine Zustimmung zur Ausführung der Arbeiten erteilt hat.»*

Die Gleichstellung des Eigentümers, der allfällige Bauhandwerkerpfandrechte tragen muss, mit dessen obligatorisch und derivatär berechtigten Personen, ist sportlich. Während die Zulassung der Mieter und Pächter zu Mieterausbauten mit Bauhandwerkerpfandrechtsfolgen einer Pandora gleich kommt, so hilft das Korrektiv des neuen Abs. 1^{bis}, schlimme Auswüchse zu verhindern. Somit führen insbesondere eigenmächtige, nicht bewilligte Mieterausbauten kaum zu einem Bauhandwerkerpfandrecht. Mit dem Wort «Zustimmung» werden auch all die Graubereiche des «eigentlich Wissen müssen» und «Duldens» weggefegt, denn «Zustimmung» ist die aktive und positive Beantwortung zu einer Anfrage. Was jedoch vergessen wurde, ist das Merkmal der Wertvermehrung, welches das Bundesgericht ausdrücklich als Voraussetzung für Pfandrechte aus Mieterbauten verlangte, so explizit BGE 126 III 505 vom 23. November 2000. Meines Erach-

¹ Das Parlament folgte damit ungewissen einem fraglichen Bundesgerichtsentscheid vom 21. Juli 1999, bei dem das Schriftefordernis als unwichtig beurteilt wurde sowie selbst vertragswidrige Mieterausbauten, die jedoch (wissend oder unwissend) geduldet wurden, für Bauhandwerker-Pfandrechtsforderungen zulässig.

Belastung des Grundeigentums

tens legitimiert erst die Wertvermehrung auf Seiten des Vermieters auch die drohende Last eines Bauhandwerkerpfandrechts. Doch das Parlament in seiner politischen Weitsicht sieht das anders.

Gemäss Mietrecht Art. 260a Abs. 1 OR darf ein Mieter nur die Mietsache verändern, wenn er dazu das schriftliche Einverständnis des Vermieters hat. Der Rechtssicherheit wäre dienlich gewesen, wenn das Parlament dieses Schriftfordernis auch für die Pfandrechtsansprüche als Bedingung gesetzt hätte. Nur so kann Gewähr geboten werden, dass der Eigentümer tatsächlich von Mieterausbauten weiss. Aber das Parlament war sportlich, nicht mutig.

12/4.9.3

Eintragungsfrist

Mutig hat das Parlament die Verlängerung der allbekannten Dreimonatsfrist auf eine Viermonatsfrist beschlossen. Das ist immerhin eine Verlängerung um 33%. Es handelt sich also um die signifikanteste Veränderung des Bauhandwerkerpfandrechts. Im Zusammenhang mit den Doppelzahlungsrisiken für Käufer und bauende Eigentümer¹ müssen nun alle vertraglichen Nachfristen für Kaufpreisrückbehalte oder Werklohnzahlungen um einen Monat verlängert werden. Der vorsichtige Eigentümer wird seinen Generalunternehmer nicht vollständig bezahlen, bis er sicher ist, dass die Handwerker keine Bauhandwerkerpfandrechte verlangen werden. Er wird einen Werklohnrückbehalt von 10% für heute dreieinhalb und morgen viereinhalb Monaten verlangen (oder adäquate Sicherstellung). Ebenso wird der Käufer einer baulich veränderten Immobilie und sicher bei einem Neubau eine Kaufpreis-hinterlegung für heute dreieinhalb und morgen viereinhalb Monaten vereinbaren, damit er bei Bauhandwerkerpfandrechten nicht zur befürchteten Doppelzahlung kommt.

Diese Verlängerung ist vollkommen daneben und bringt niemandem etwas. Die Parteien erdulden einen Monat länger einen Schwebezustand, haben Gelder auf Sicherungskonti länger blockiert, und am Schluss muss der Handwerker oder Unternehmer gleichwohl nur seine Forderung in Bestand und Umfang glaubhaft machen. Das kann er innert drei Monaten genau so exakt – oder unexakt – tun wie nach vier Monaten. Das Parlament wollte etwas verändern, damit die Revision auch einen Nachhall hat, und hat etwas verändert.

¹ Vgl. dazu vorangehende Kapitel «Der Besteller» und «Der Sub-Subakkordant».

Belastung des Grundeigentums

12/4.9.4

Forderung oder Pfandsumme

Gute Arbeit hat das Parlament verrichtet mit der Klarstellung von Art. 839 Abs. 3 ZGB. Dort heisst es heute, das Pfandrecht dürfe nur eingetragen werden, wenn entweder Zustimmung vom Eigentümer gegeben werde (was selten der Fall ist) oder die «Forderung» gerichtlich festgestellt wurde. Seit BGE 126 III 467 vom 31. August 2000 ist jedoch klar, dass der Terminus «Forderung» hier redaktionell falsch war. Gemeint ist, dass die «Pfandsumme» gerichtlich geklärt sei. Bei der Eintragung des Pfandrechts geht es ja nicht um die Forderung, sondern um die Pfandsumme, analog einer Maximalhypothek. Der Forderungsumfang ist im ordentlichen Prozess auf Pfandverwertung zu überprüfen. In bezeichnetem Artikel wird das Wort «Forderung» durch das Wort «Pfandsumme» ersetzt.

Belastung des Grundeigentums

12/4.9.5

Differenzen bei Grundstücken des Verwaltungsvermögens

National- und Ständerat sind sich noch nicht einig, was bei Handwerkerforderungen aus Leistungen an Grundstücken des Verwaltungsvermögens geschehen soll. Zurzeit liegt ein Vorschlag auf dem Tisch, den Handwerkern den Staat als «einfachen Bürgen» zur Seite zu stellen. Damit käme der Staat kraft gesetz in die Position des Bürgen gegenüber dem bauleistenden Handwerker. Der Ständerat wird darüber entscheiden müssen, ob er diesem Vorschlag folgen will oder nicht.

Belastung des Grundeigentums

12/4.9.6

Fehlende Revisionspunkte

Keinen Eingang in die aktuelle Revision haben bisher Veränderungen von Art. 841 ZGB gefunden, welche die Vorrechte der Bauhandwerker gegenüber den Hypothekarbanken bündeln würden. Das wäre sicher sinnvoll, denn Klagen aus Art. 841 ZGB sind kostspielig, langwierig und wenig effizient.

Mit grossem Bedauern stellt man fest, dass die Revision an der Begrifflichkeit des «Handwerkers oder Unternehmers» keine Schärfung vornimmt und insbesondere die Rechtsunsicherheit betreffend die Ansprüche der Total- und Generalunternehmer auf Pfandrechtleger bestehen lässt.

Belastung des Grundeigentums

12/4.10

Muster und Musterverträge

12/10.4.1

Muster: Kommentiertes Gesuch zum Eintrag eines Bauhandwerkerpfandrechts

LSi¹
Bezirksgericht Z.²

Bauhandwerkerpfandrecht

Sehr geehrter Herr Präsident

In Sachen

K- AG, Zürich

Klägerin

vertreten durch

Rechtsanwalt³

1 Das Begehren auf Pfandrechtslegung kann mündlich beim zuständigen Gericht oder schriftlich gestellt werden. Ein schriftliches Gesuch hat «eingeschrieben» zu erfolgen, damit der postalische Beweis für das Datum der Einreichung vorliegt. LSi bedeutet «Lettre Signature», was das bisherige «eingeschrieben» ersetzt.

2 Bauhandwerkerpfandrechte sind an das Bezirksgericht zu richten und nicht an das in der Folge verfügende Grundbuchamt.

3 Der Beizug eines Rechtsanwaltes oder Fürsprechers ist nicht zwingend vorgeschrieben. Der Kläger kann das Begehren selber stellen. Sinnvoll ist der Beizug eines Rechtsanwaltes, wenn komplexe Verhältnisse vorliegen, sei dies, weil die Eigentümerschaft eine Stockwerkeigentümer-Gemeinschaft ist, ein Gebäude des Kantons oder des Bundes betroffen ist, sei dies, weil der Besteller nicht der Eigentümer war, oder sei dies, weil kaum schriftliche Belege vorhanden sind. Will ein Treuhänder oder Berater den Unternehmer und Bauhandwerker vertreten, so empfiehlt es sich, das nicht offenkundig zu tun, sondern das Gesuch durch den Unternehmer unterzeichnen zu lassen, ohne nach aussen erkennbarem Vertretungsverhältnis (kantonale Prozessvoraussetzungen beachten; u.U. Anwaltsmonopol).

Belastung des Grundeigentums

gegen

Eigentümerin, Zürich

Beklagte

betreffend **Bestellung eines Bauhandwerkerpfandrechts**

stelle ich hiermit namens und auftrags der Klägerin¹ folgende

Rechtsbegehren²:

1. «Es sei das Grundbuchamt S. anzuweisen, auf dem Grundstück Kataster Nr. 1111 Grundregisterblatt 444, Plan Nr. 2, Aussichtsstrasse 10, S., ein Bauhandwerkerpfandrecht für eine Pfandsumme von CHF 100.– vorläufig vorzumerken.
2. Diese Verfügung sei superprovisorisch zu erlassen.
3. Unter Kosten³ und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.»

Begründung

A. Formelles

1. Legitimation⁴

Die Klägerin ist als beauftragte Unternehmerin und Bauhandwerkerin zur Leistung von Gipserarbeiten aktivlegitimiert zur Klage.

Der Unterzeichnende ist rechtsgehörig bevollmächtigt.

Die Beklagte⁵ ist Grundeigentümerin und damit passivlegitimiert im vorliegenden Verfahren.

BO⁶: Vollmacht

Beilage

BO: Werkvertrag vom 10. Juni 2007

Beilage 1

BO: Grundbuchauszug

für den Bestreitungsfall

1 Stellt der Unternehmer das Begehren selber und direkt, so ist dies selbstverständlich gekürzt zu formulieren, ohne Vertretungsverhältnis.

2 Bei der Formulierung des Rechtsbegehrens ist sehr präzise vorzugehen. Ziel ist, dass das Rechtsbegehren praktisch wörtlich zur Verfügung des Richters wird. Entscheidend ist die genaue Bezeichnung des betroffenen Grundstückes und des Pfandrechtsbetrages. Das Begehren auf vorläufige Vormerkung, superprovisorische Verfügung und Kostenfolgen sind prozessrechtliche Forderungen.

3 Die Gerichtskosten werden zuerst vom Kläger bezogen und erst mit dem endgültigen Entscheid über das Pfandrecht definitiv dem Kläger oder Beklagten auferlegt. Das Begehren, die Kosten dem Beklagten aufzuerlegen, ist somit vorsorglicher Natur.

4 An dieser Stelle ist nur die Berechtigung zum Prozess, das Rechtsschutzinteresse, darzulegen. Zur Pfandrechtslegung ist der Bauhandwerker berechtigt.

5 Das Gesuch für ein Bauhandwerkerpfandrecht richtet sich gegen den Eigentümer des Grundstückes, auf dem Arbeit oder Arbeit und Material verbaut wurde. Das ist selbst so, wenn zwischen dem Unternehmer (Kläger) und dem Eigentümer kein Vertrag besteht. Diesfalls ist der Eigentümer nicht der Schuldner des Werklohnes und gleichwohl Pfandrechtsbelasteter. Daraus kann sich eine Doppelbelastung des Eigentümers ergeben, welche rechtspolitisch heikel, aber legislatorisch gewollt ist.

6 Mit «BO» bezeichnet man die «Beweisofferte». So werden die beigelegten Akten oder vorgesehenen Beweismittel bezeichnet. In dieser Vorlage wurden tatsächlich vorhandene Urkunden als Beweis offeriert, wie aber auch andere Beweismittel wie Zeugen oder Nachreichung von Urkunden.

2. Zuständigkeit

Zuständig für die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts ist örtlich das Gericht am Ort der Sache¹. S. liegt im Gerichtskreis des Bezirksgerichts Z.

Sachlich zuständig² ist der Einzelrichter im summarischen Verfahren.

Infolge zeitlicher Dringlichkeit ist das superprovisorische Verfahren³ durchzuführen, vorerst ohne Anhörung der Beklagten.

B. Materielles

3. Sachverhalt⁴

Mit Werkvertrag vom 10. Juni 2007 wurde die Klägerin zur Leistung von Gipserarbeiten beauftragt. Die Klägerin ist Unternehmerin und Bauhandwerkerin. Bestellerin ist die Generalunternehmung XY AG, Zürich. Die Generalunternehmung wurde ihrerseits von der Eigentümerin, der Beklagten, als GU eingesetzt. Der Werkpreis wurde mit pauschal CHF 100.– (inkl. MWSt) beziffert. Während der Ausführung wurden Regie- und Mehrarbeiten notwendig sowie Nachträge zum Werkvertrag vereinbart.

Die GU, Bestellerin der Leistungen und Generalunternehmerin, hat weder den Pauschalwerkpreis vollständig, noch die Nachträge oder Regie- und Mehrleistungen vergütet. Auf die bisherigen Schreiben und Forderungen seitens der Klägerin hat die GU nur abweisende Antworten erteilt.

Die letzten funktional wesentlichen Arbeiten⁵ wurden im Oktober 2008 erbracht.

1 Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus dem eidgenössischen Gerichtsstandsgesetz. Dieses bezeichnet den Ort der gelegenen Sache als örtlich zuständig und nicht den Sitz des Unternehmers oder den Sitz des Beklagten. Das kantonale Gerichtsverfassungsgesetz regelt die Gerichtskreise und damit die konkrete Zuständigkeit eines Gerichts.

2 Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich aus dem kantonalen Prozessrecht. Für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ist regelmässig ein Einzelrichter zuständig.

3 Die Wahl des Verfahrens ist grundsätzlich Sache des Richters. Er leitet den Prozess. Bauhandwerkerpfandrechte werden regelmässig in einem Verfahren angeordnet, bei dem die Beklagte nicht angehört wird, respektive erst nach Erlass der Verfügung von der Pfandrechtslegung erfährt und sich auch erst nach Erlass der Verfügung wehren kann. Die Idee des «superprovisorischen» Verfahrens ist einzig, die Frist zur Eintragung zu wahren. Damit wird das materielle Recht nicht tangiert. Die superprovisorische Verfügung wird in der Folge durch Einsprache oder Hauptverhandlung in der Sache, mit Anhörung der beiden Parteien, bestätigt oder aufgehoben.

4 Für den Einzelrichter ist der Sachverhalt kurz zu schildern. Es ist die Forderung darzulegen: Woraus leitet der Kläger seine Forderung ab, gegen wen richtet sich die Forderung (Auftraggeber), wie ist der Forderungsumfang berechnet und wann wurden die Leistungen erbracht, insbesondere die letzten Leistungen. Der Richter muss aus diesen Darstellungen erkennen können, dass der Kläger Bauhandwerker ist, er Arbeit oder Arbeit und Material auf dem Grundstück des Beklagten physisch verbaute und dass der Kläger diese Leistungen nicht unentgeltlich erbrachte.

5 Die Wahrung der gesetzlichen Frist zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts beträgt drei Monate, gemessen ab den letzten funktional wesentlichen Arbeiten. Nachbesserungen oder Mangelbehebungen wie auch unwesentliche Fertigstellungsarbeiten sind nicht tauglich für diese Fristberechnung. Diese letzten funktional wesentlichen Arbeiten sind durch Arbeitsrapporte oder zumindest Zeugenaussagen zu belegen. Das Datum einer Schlussrechnung ist für die Fristberechnung irrelevant.

Belastung des Grundeigentums

BO: Schlussrechnung vom 20. November 2008

Beilage 2

BO: Arbeitsrapporte 25. Oktober 2008

für den Bestreitungsfall

BO: Herr H. Müller, Gipser

als Zeuge

4. Rechtliches¹

Gemäss ZGB 837 Abs. 1 Ziffer 3 hat der Unternehmer, der zu Bauten auf einem Grundstück Material und Arbeit geliefert hat, einen Anspruch auf Pfandrechtslegung auf dem Grundstück, sei es, dass er den Grundeigentümer direkt oder einen vorgeschobenen Generalunternehmer zum Schuldner habe.

Die Klägerin ist zweifelsfrei Bauhandwerkerin. Sie ist eine Unternehmung für Gipserarbeiten. Die erbrachten Leistungen bestehen aus Material und Arbeit. Sie wurden auf dem Grundstück der Beklagten erbracht. Schuldnerin ist die Generalunternehmung XY AG. Das Bauhandwerkerpfandrecht belastet jedoch nicht die GU, sondern den Grundeigentümer, hier also die Beklagte.

Für die Eintragung des gesetzlichen Grundpfandrechts muss die Verwirkungsfrist von drei Monaten ab Fertigstellung der Arbeiten eingehalten werden, so ZGB 839 Abs. 2. Wurden die letzten funktional wesentlichen Arbeiten im Oktober 2008 erbracht, so ist diese Dreimonatsfrist eingehalten. Der Eintragung des vorläufigen Bauhandwerkerpfandrechts im Sinne von ZGB 961 steht somit nichts im Wege.

Ich ersuche den Gerichtspräsidenten, antragsgemäss zu verfügen.

Mit freundlichen Grüssen

Rechtsanwalt

– Im Doppel²

– Beilagen³ gemäss separatem Verzeichnis

1 «Jura novit curia» will sagen, der Einzelrichter kennt das Recht. Die rechtliche Erläuterung des Anspruches auf ein Bauhandwerkerpfandrecht ist grundsätzlich nicht notwendig. Liegen spezielle, besondere oder aussergewöhnliche Verhältnisse vor, so sind die rechtlichen Erwägungen eine Hilfe für den Richter, rasch eine Verfügung im Sinne des Rechtsbegehrens zu erlassen. Ergo helfen nur rechtliche Erwägungen weiter, die in sich stringent sind und zudem im Bereich der herrschenden Lehre liegen.

2 Eingaben an ein Gericht sind mindestens im Doppel einzureichen.

3 Minimale Beilagen für ein Bauhandwerkerpfandrecht sind (sofern vorhanden) Werkvertrag und Arbeitsrapporte. Sehr dienlich sind Grundbuchauszug und Katasterplan sowie Rechnungsstellung des Unternehmers.