

Nur Probleme mit der Liegenschaft – Das (neue) Bauhandwerkerpfandrecht

Sebastian Reichle / Marisa Walker / Vito Roberto*

Die Bachelor-Studierenden der Universität St.Gallen hatten im Januar 2012 im Rahmen der Prüfung «Privatrecht – ZGB» unter anderem die nachfolgende Aufgabe zum Bauhandwerkerpfandrecht zu lösen. Zu beachten war, dass die für diese Aufgabe relevanten gesetzlichen Bestimmungen per 1.1.2012 mit dem Inkrafttreten des revidierten Immobiliarsachenrechts¹ teilweise geändert wurden. In der Musterlösung sind verschiedene mögliche rechtliche Aspekte aufgeführt, für die es Punkte gab. Natürlich konnte die Maximalpunktzahl auch mit weniger ausführlichen Antworten erzielt werden.

A. Sachverhalt

Tom möchte auf einer nicht pfandrechtsbelasteten Liegenschaft, die er für CHF 900 000 ersteigern konnte, anstelle des alten baufälligen Gebäudes ein neues Einfamilienhaus bauen. Die Bank Kreditanstalt gibt ihm einen grundpfandrechtslich gesicherten Baukredit von CHF 1,5 Mio. Tom beauftragt die BauAG mit dem Hausbau. Als Festpreis wird CHF 1,8 Mio. abgemacht. Diese muss Tom 30 Tage nach Vertragsschluss überweisen. CHF 300 000 hat er selber erspart, die übrigen CHF 1,5 Mio. erhält er durch Ausschöpfung des Baukredits.

Die BauAG lässt die Abbrucharbeiten durch die AbbruchAG zum Preis von CHF 60 000 sowie den Aushub und die Fundamentsarbeiten von der FundAG zum Preis von CHF 120 000 ausführen. Der Rohbau wird von der RohAG zum Preis von CHF 540 000 erstellt. Die ZiegelAG liefert die Ziegel für CHF 120 000 und die BetonAG mischt den für den Bau notwendigen Beton für ebenfalls CHF 120 000. Die Sanitärarbeiten werden an die SaniAG vergeben, die hierfür CHF 240 000 verlangt. Nicht in diesem Preis enthalten sind die Lavabos, Toiletten usw., die von der LavaAG zum Preis von CHF 60 000 geliefert werden. Die GrünAG ist für die Umgebungsarbeiten zuständig, was CHF 90 000 kostet. Die GerüsteAG hat die ganzen Baugerüste zur Verfügung gestellt und für CHF 30 000 aufgebaut. Für die Bauleitung hat die BauAG das Büro KreativGmbH für einen Pauschalpreis von CHF 300 000 beauftragt.

Da die BauAG in finanziellen Schwierigkeiten steckt, verwendet sie die Zahlung von Tom für ältere Verpflichtungen. Die Rechnungen der beigezogenen Unternehmen werden allesamt nicht beglichen. Als der Hausbau weitgehend abgeschlossen ist, wird über die BauAG der Konkurs eröffnet. Der Konkurs wird mangels Aktiven nicht durchgeführt, weshalb die BauAG auch keine weiteren rechtlichen Schritte einleiten kann.

Die am Hausbau beteiligten Unternehmen wenden sich mit ihren offenen Rechnungen an Tom, der aber kein Geld mehr hat. Das Haus wird in der Folge versteigert und die ImmoAG erwirbt es für CHF 1,8 Mio.

B. Aufgabenstellung

Haben die am Hausbau beteiligten Unternehmen (ausser BauAG) eine Möglichkeit, einen Verlust infolge der unbezahlt gebliebenen Rechnungen abzu-

* Sebastian Reichle, M.A. HSG/Marisa Walker, B.A. HSG/Vito Roberto, Prof. Dr./Lehrstuhl für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Universität St.Gallen

¹ Bundesgesetz über die Änderung des ZGB (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht) vom 11. Dezember 2009, in Kraft ab 1. Januar 2012; vgl. zu den Auswirkungen dieser Revision für das Bauhandwerkerpfandrecht insbesondere RAINER SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2011; MATTHIAS STREIFF, Das neue Bauhandwerkerpfandrecht, Zürich 2011.

wenden? Wenn ja, welche? Unter welchen Voraussetzungen? In welchem Umfang? Welchen Betrag erhält die Bank Kreditanstalt?

C. Lösung

1. Verlustabwendung mittels des Bauhandwerkerpfandrechts

Im Konkursverfahren erhalten die sog. Drittklassgläubiger im Regelfall höchstens einen geringen Teil

² Vgl. RAINER SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht: systematischer Aufbau, 3. Aufl., Zürich 2008, Rz. 2.

³ JOSEF HOFSTETTER/CHRISTOPH THURNHERR, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/THOMAS GEISER (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 4. Aufl., Basel 2011, Rz. 1a zu Art. 837/838 ZGB.

⁴ Der Pfandgläubiger muss den Anspruch allenfalls einklagen. Obsiegt er, so ist er nicht auf die Anmeldung durch den Eigentümer angewiesen (Art. 963 Abs. 2 ZGB).

⁵ Vgl. ausführlich z.B. SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, (Fn. 2) Rz. 856 ff.

⁶ BERNHARD TRAUFFER, Bauhandwerkerpfandrecht: Die Rechtslage, in: ALFRED KOLLER (Hrsg.), Neue und alte Fragen zum privaten Baurecht, St.Galler Baurechtstagung, St.Gallen 2004, 197 ff., Rz. 1.

⁷ BGE 116 II 682 E. 4a; zu beachten ist zudem, dass Bauhandwerker gemäss Art. 372 Abs. 1 OR im werkvertraglichen Verhältnis mangels anderer Abrede vorleistungspflichtig sind.

⁸ BGE 116 II 682 E. 4a; BGE 131 III 300 E. 3; HOFSTETTER/THURNHERR, (Fn. 3) Rz. 1 zu Art. 839/840 ZGB; ROBERTO/HRUBESCH-MILLAUER, Sachenrecht, 3. Aufl., Bern 2012, Rz. 649; rechtlich liegt der Grund, dass ein Anspruch eines Bauhandwerkers regelmässig nicht durch eine Anweisung auf das Erzeugnis seiner Arbeit (mittels Fahrnispfand oder Eigentumsvorbehalt) gesichert werden kann, im in Art. 667 ZGB verankerten Akzessionsprinzip. Aufgrund dieses Prinzips werden die von den Bauhandwerkern gelieferten Materialien mit dem Einbau unmittelbar Bestandteil des Grundstücks (vgl. auch Art. 671 Abs. 1 ZGB).

⁹ ROBERTO/HRUBESCH-MILLAUER, (Fn. 8) Rz. 649.

¹⁰ Das Gesetz gewährt in Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB den Anspruch auf ein Pfandrecht «für die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer», ohne den Rechtsgrund der Entstehung der Forderung zu bezeichnen. In der Praxis beruht der Forderungsanspruch meistens auf Grundlage eines Werk- (Art. 363 ff. OR) resp. Werklieferungsvertrages (vgl. zum Ganzen SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, [Fn. 2] Rz. 475 ff.). Entscheidend für die Beurteilung

ihrer Forderungen. Das Bauhandwerkerpfandrecht ist für die verlustgefährdeten Unternehmen die einzige Möglichkeit, ihre bereits getätigten Leistungen weitgehend oder vollständig doch noch bezahlt zu erhalten.

Als Bauhandwerkerpfandrecht wird der Anspruch bezeichnet, ein Grundpfandrecht im Grundbuch zwecks Sicherung einer Forderung eines Bauhandwerkers eintragen lassen zu können². Das Bauhandwerkerpfandrecht ist das wichtigste mittelbare gesetzliche Pfandrecht³. Bei den gesetzlichen Pfandrechten ersetzt die Gesetzesvorschrift den Pfandvertrag. Der Bauhandwerker hat während einer bestimmten Frist einen obligatorischen Anspruch auf Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts in das Grundbuch⁴. Der Anspruch richtet sich gegen den jeweiligen Grundstückseigentümer und kann damit als Realobligation qualifiziert werden⁵.

Das Bauhandwerkerpfandrecht schützt die Bauhandwerker davor, dass ihre Arbeiten unbezahlt bleiben⁶. Schutzbedürftig sind die Bauhandwerker insbesondere deshalb, weil sie nach herrschender Übung nicht im Voraus bezahlt werden⁷ und sich auch nicht mittels Fahrnispfand oder Eigentumsvorbehalt absichern können, da das von ihnen Erzeugte regelmässig Bestandteil der Baute wird⁸. Auch die Abwicklung der Geschäfte Zug um Zug kommt nicht in Betracht, da der Werkvertrag erst mit dem Einbau der Leistungen erfüllt wird⁹.

2. Voraussetzungen des Bauhandwerkerpfandrechts

Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB haben Bauhandwerker (nachfolgend 2.1) für bauspezifische Arbeitsleistungen und Material (nachfolgend 2.2) einen Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts. Nachfolgend ist anhand der Tatbestandsmerkmale von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 und Art. 839 Abs. 2 ZGB zu prüfen, welche der beteiligten Unternehmen einen Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts geltend machen können.

2.1 Kreis der Baupfandberechtigten

Bauhandwerker sind selbständig tätige natürliche oder juristische Personen, welche auf eigene Rechnung (in der Regel in einem werkvertraglichen Ver-

hältnis¹⁰) Bauleistungen erbringen¹¹. Als typische Bauhandwerker gelten unter anderem Elektriker, Maurer, Zimmerleute, Dachdecker, Bodenleger, Sanitäre oder Küchenbauer¹². Für die Frage der Pfandberechtigung ist die eigentliche Berufsausrichtung jedoch nicht entscheidend¹³. Auch spielen die gewählte Rechtsform der Unternehmung oder die Rechtsnatur des Vertrags, welcher der erbrachten Leistung zugrunde liegt, hierfür keine Rolle. Massgebend für die Gewährung des Pfandrechtschutzes ist vielmehr die Eigenart der vom Bauhandwerker erbrachten Leistungen (nachfolgend 2.2) sowie auf Seite des Bauhandwerkers das Kriterium der selbständigen Stellung¹⁴. Mangels beruflicher Selbständigkeit gehören Arbeitnehmer des Bauherrn oder einzelne Mitarbeiter der einzelnen Handwerker und Unternehmer nicht zum privilegierten Personenkreis nach Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB¹⁵.

Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht der Pfandanspruch zudem unabhängig davon, ob ein Grundeigentümer, ein Handwerker oder Unternehmer, ein Mieter, ein Pächter oder eine andere am Grundstück berechtigte Person Schuldner der Werklohnforderung ist. Ein Bauhandwerker ist folglich auch dann pfandberechtigt, wenn er den Auftrag zum Bau von einem Generalunternehmer¹⁶ (im Rahmen der Arbeitsvergabe an sog. Subunternehmer¹⁷) erhält¹⁸. Es ist mit anderen Worten nicht erforderlich, dass ein Vertrag zwischen dem Unternehmer und dem Grundeigentümer besteht¹⁹.

Tom beauftragt laut Sachverhalt die BauAG mit dem Hausbau und bezahlt hierfür einen Festpreis von CHF 1,8 Mio. Die BauAG ist als Generalunternehmer zu qualifizieren, welcher verschiedene Subunternehmer bezieht (z.B. die AbbruchAG, die SaniAG oder die GrünAG). Diese sind allesamt als selbständig tätige und daher grundsätzlich pfandberechtigte Bauhandwerker zu qualifizieren.

2.2 Bauspezifische Arbeitsleistung

Das Pfandprivileg besteht gemäss Gesetz (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB) nur für Forderungen der Bauhandwerker, «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»²⁰. Grundsätzlich müssen sich die Bauarbeiten, die der Unternehmer ausführt, «ma-

des Pfandanspruchs ist jedoch ohnehin nicht die Vertragsart, sondern die Art der vom Bauhandwerker erbrachten Bauleistung (BGE 131 III 300 E. 2.2; DIETER ZOBL, Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda, in: ZSR 1982 II, 1 ff., 115).

11 ROBERTO/HRUBESCH-MILLAUER, (Fn. 8) Rz. 650; vgl. SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, (Fn. 2) Rz. 511 ff.

12 STREIFF, (Fn. 1) 26.

13 Vgl. TAMARA BERCHTOLD, Zur Revisionsbedürftigkeit des Bauhandwerkerpfandrechts und ein Vorschlag zur Neuformulierung von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB, Diss. Zürich 2008, 30.

14 BERCHTOLD, (Fn. 13) 24–25.

15 STREIFF, (Fn. 1) 28 ff.; unter anderem ist der Ausschluss der Arbeitnehmer vom Pfandprivileg nach Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB darauf zurückzuführen, dass diese in einem möglichen Zwangsvollstreckungsverfahren bereits durch ein Rangprivileg geschützt sind (vgl. hierzu Art. 146 Abs. 2 und Art. 219 Abs. 4 SchKG).

16 Der Generalunternehmer (ohne Bauprojektierung) ist vom Totalunternehmer (mit Bauprojektierung) zu unterscheiden (HOFSTETTER/THURNHERR, [Fn. 3] Rz. 3 zu Art. 839/840 ZGB); im vorliegenden Fall hat die BauAG das Büro KreativGmbH für die Bauleitung zugezogen und ist darum als Generalunternehmung zu betrachten; vgl. zur umstrittenen Frage der Pfandberechtigung von Total- und Generalunternehmern insbesondere STREIFF, (Fn. 1) 29 ff.

17 Gleiches gilt z.B. auch für die Arbeitsvergabe eines Subunternehmers an einen Sub-Subunternehmer.

18 Weil der Anspruch des Handwerkers auf ein Bauhandwerkerpfandrecht direkt aus dem Gesetz resultiert, ergibt sich daraus für den Grundeigentümer unter Umständen ein Doppelzahlungsrisiko (STREIFF, [Fn. 1] 62 ff.). Bezahlt nämlich der Grundeigentümer zunächst den Generalunternehmer (aufgrund seiner Forderung aus dem Vertrag), so hat er später möglicherweise auch noch die Ansprüche der Subunternehmer (aus Bauhandwerkerpfandrechten) zu befriedigen (BGE 95 II 87 E. 3); vgl. zur umstrittenen Diskussion des Doppelzahlungsrisikos unter anderem HOFSTETTER/THURNHERR, (Fn. 3) Rz. 10 zu Art. 839/840 ZGB; SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, (Fn. 2) Rz. 238 ff.; ZOBL, (Fn. 10) 100; im vorliegenden Fall wird Tom gerade das Doppelzahlungsrisiko zum Verhängnis. Weil die konkursite BauAG ihre Verpflichtungen gegenüber den Subunternehmern nicht erfüllt hat, können diese aufgrund des gesetzlichen Pfandrechts ihre Forderungen gegenüber Tom geltend machen.

19 Vgl. z.B. SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, (Fn. 2) Rz. 130 & 147.

20 Der am 01.01.2012 in Kraft getretene revidierte Gesetzestext (vgl. hierzu Fn. 1) von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB enthält neben der unverändert übernommenen Formulierung (Lieferung «zu Bauten oder anderen Werken») eine nicht abschliessende Aufzählung von gewissen pfandgeschützten Bauleistungen («zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen»).

terialisieren», d.h. mit dem Bau körperlich verbunden werden²¹. Keinen Schutz bietet das

²¹ JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 4. Aufl., Zürich 2012, Rz. 1712.

²² BGE 65 II 1; 119 II 426 E. 2b; gemäss HOFSTETTER/THURNHERR, (Fn. 3) Rz. 4 zu Art. 839/840 ZGB, gilt der Ausschluss von der Pfandberechtigung bei intellektuellen Bauleistungen unter anderem auch für Geologen, Geometer, Treuhänder, Notare oder Rechtsberater; vgl. hierzu auch BERCHTOLD, (Fn. 13) 89; treten Architekten und Ingenieure allerdings als General- oder Totalunternehmer auf, so sind sie für ihre erbrachten Leistungen pfandberechtigt (TRAUFER, [Fn. 6] Rz. 36).

²³ Anstelle vieler: SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, (Fn. 2) Rz. 300; BGE 103 II 33 E. 2a und 3.

²⁴ BGE 103 II 33 E. 2a.

²⁵ BGE 106 II 333; das Bundesgericht qualifizierte in seinem Entscheid die Tankanlage als Bestandteil des Grundstücks und des Fabrikationsbetriebs. Unter anderem rechtfertigte es diese Qualifikation damit, dass die Tankanlage eigens für den Betrieb besonders angefertigt worden sei und eine Wegnahme derselben mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden gewesen wäre (BGE 106 II 333 E. 6).

²⁶ BGE 105 II 264; zwar räumte das Bundesgericht im erwähnten Entscheid ein, dass die Garage, ohne zerstört zu werden, an einen anderen Ort verbracht werden könne. Jedoch sei die Umstellung aufgrund des Gewichts delikater und könnte nur durch spezialisierte Fachkräfte mit besonderer Ausrüstung vorgenommen werden. Aufgrund dessen gelangte das Bundesgericht zum Schluss, dass eine vorgefertigte Garage nicht als Fahrnisbaute zu qualifizieren sei und ein Bauhandwerkerpfandrecht an ihr begründet werden könne (BGE 105 II 264 E. 2a).

²⁷ BGE 97 II 112; 104 II 348; auch für die Lieferung von Frischbeton ist nach Auffassung des Bundesgerichts die Pfandberechtigung gegeben, da Frischbeton einerseits individuell hergestellt wird und andererseits praktisch keine alternative Verwendung möglich ist (BGE 97 II 112 E. 1); gleiches gilt überdies für die Lieferung von nicht standardisierten Fenstern oder von speziell gesägten und gefrästen Holzbalken für den Zimmermann (STREIFF, [Fn. 1] 59).

²⁸ Das Bundesgericht hingegen hatte erst kürzlich (jedoch vor der Gesetzesänderung) argumentiert, dass ein Gerüst, welches nicht eigens für einen bestimmten Bau hergestellt wurde, auf einer anderen Baustelle wieder verwendet werden könne. Es würde darum kein Anspruch auf Eintragung bestehen (vgl. BGE 136 III 6). Dagegen enthält der revidierte Gesetzestext in Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB neben der unverändert übernommenen Formulierung (Lieferung «zu Bauten oder anderen Werken») eine nicht abschliessende Aufzählung von gewissen pfandgeschützten «Bauleistungen» («zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen»).

Bauhandwerkerpfandrecht demnach für die Honorarforderungen von Architekten und Ingenieuren, die ausschliesslich intellektuelle Bauleistungen wie Planungs- und Bauleitungsarbeiten erbringen²². Auch reine Materiallieferungen erfüllen das Tatbestandsmerkmal der bauspezifischen Arbeitsleistung nicht. Als reine Materiallieferung ist z.B. die Lieferung von (unbearbeitetem) Eisen, Kies, Sand, Zement oder Ziegel anzusehen²³. Eine Ausnahme von dieser Regel besteht jedoch gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung für Material, welches eigens für einen bestimmten Bau angefertigt und nicht oder nur schwer anderweitig verwendbar ist²⁴. Dies gilt etwa für eine spezifisch für einen Betrieb errichtete Tankanlage²⁵, für eine speziell hergestellte, vorgefertigte Garage²⁶ oder für die Lieferung von Frischbeton²⁷. Seit der Revision des Immobiliarsachenrechts kann gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB auch für Abbrucharbeiten und Gerüstbau das Bauhandwerkerpfandrecht gültig errichtet werden²⁸.

Der KreativGmbH steht kein Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu, da die alleinige Wahrnehmung der Bauleitung vom Pfandrechtsschutz ausgeschlossen ist. Ebenfalls nicht pfandberechtigt sind die ZiegelAG und die LavaAG, die einzig vertretbares Material (Ziegel resp. Lavabos, Toiletten usw.) liefern. Anders ist hingegen die Lieferung von Frischbeton durch die BetonAG zu beurteilen. Der Anspruch auf Pfanderrichtung ist in diesem Falle gegeben, weil der Frischbeton auf Bestellung hergestellt wird und zudem von so kurzer Haltbarkeit ist, dass eine anderweitige Verwertung ausser Betracht fällt. Die restlichen Unternehmen (AbbruchAG für Abbrucharbeiten, FundAG für Aushub und Fundamentsarbeiten, RohAG für Erstellung des Rohbaus, SaniAG für Sanitärarbeiten, GrünAG für Umgebungsarbeiten, GerüsteAG für Aufbau und Zurverfügungstellung des Baugerüsts) haben bauspezifische Arbeitsleistungen (mit oder ohne Material) erbracht und sind darum grundsätzlich zur Errichtung des Bauhandwerkerpfandrechts legitimiert.

2.3 Fehlen einer anderen hinreichenden Sicherheit

Gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB kann kein Pfandrecht verlangt werden, «wenn der Eigentümer für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leis-

tet»²⁹. Wird dem Sicherungsanspruch des Bauhandwerkers anderweitig genüge getan, so gibt es keinen Grund, darüber hinaus noch eine Realsicherheit zu verlangen³⁰.

Gemäss Sachverhalt ist keinem der beteiligten Unternehmen vom Grundeigentümer Tom in anderer Form Sicherheit geleistet worden. Es ist demnach festzuhalten, dass die AbbruchAG, die BetonAG, die FundAG, die GrünAG, die GerüsteAG, die RohAG und die SaniAG jeweils die materiellen Voraussetzungen zur Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts erfüllen.

3. Errichtung des Bauhandwerkerpfandrechts

Als mittelbares gesetzliches Pfandrecht wird das Bauhandwerkerpfandrecht erst mit der Eintragung im Grundbuch errichtet³¹. Die Eintragung kann bereits zu dem Zeitpunkt vorgenommen werden, an dem sich der Handwerker zur Bauleistung verpflichtet hat und muss bis spätestens vier Monate nach Vollendung der Arbeiten erfolgen (Art. 839 Abs. 1 und 2 ZGB)³². Versäumt der Unternehmer die Eintragsfrist, so erlischt sein Anspruch auf Pfandrechtslegung³³. Die Viermonatsfrist läuft gesondert für jeden Handwerker und für jeden Werkvertrag³⁴. Für die Fristberechnung zählen nur Vollendungsarbeiten, d. h. alle gemäss Vertrag geschuldeten Hauptarbeiten müssen ausgeführt und das Werk abgeliefert sein³⁵. Nebenarbeiten, Nachbesserungen bzw. Garantiarbeiten beeinflussen den Fristenlauf grundsätzlich nicht³⁶. Die Eintragung im Grundbuch darf nur erfolgen, wenn die Pfandsumme vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist (Art. 839 Abs. 3 ZGB). In der Praxis dürfte die Pfandsumme nur selten durch den Grundeigentümer anerkannt werden, weshalb der Baugläubiger regelmässig den Prozessweg einzuschlagen hat³⁷. Weil im Zivilprozess die gerichtliche Feststellung der Pfandsumme regelmässig länger als vier Monate dauert, sieht das Gesetz für Bauhandwerker die Möglichkeit vor, die Frist durch ein Begehren um vorläufige Eintragung zu wahren (Art. 76 Abs. 3 GBV mit Verweis auf Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB)³⁸.

Der Sachverhalt schweigt sich in zeitlicher Hinsicht aus. Es wird einzig erwähnt, dass die BauAG in Konkurs fällt, als der Hausbau gerade weitgehend abge-

schlossen ist. Im vorliegenden Fall wird davon ausgegangen, dass die viermonatige Eintragsfrist von jedem Bauhandwerker eingehalten wurde.

4. Wirkungen des Bauhandwerkerpfandrechts

Das im Grundbuch als Grundpfandverschreibung eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht ist ein Wertrecht. Es berechtigt den Bauhandwerker, sich

²⁹ Der Anspruch auf Eintragung ist demnach subsidiärer Natur (vgl. SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, [Fn. 2] Rz. 1237 ff.).

³⁰ STREIFF, (Fn. 1) 131; hinreichende Sicherheit könnte unter anderem durch eine Bankgarantie, eine Solidar-Bürgschaft einer solventen Person, eine private Kautio oder die gerichtliche Hinterlegung geleistet werden.

³¹ Anstelle vieler: STREIFF, (Fn. 1) 128.

³² Gemäss Art. 972 Abs. 1 ZGB ist die Eintragung in das Hauptbuch massgebend; jedoch wird ihre Wirkung aufgrund von Art. 972 Abs. 2 ZGB auf den Zeitpunkt der Einschreibung in das Tagebuch zurückbezogen.

³³ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, (Fn. 21) Rz. 1753; die Eintragsfrist ist eine Verwirkungsfrist, die weder gehemmt noch unterbrochen werden kann (vgl. hierzu BGE 126 III 462 E. 2c/aa).

³⁴ HANS MICHAEL RIEMER, Die beschränkten dinglichen Rechte, Bd. II, 2. Aufl., Bern 2000, § 25 Rz. 27.

³⁵ BGE 125 III 113 E. 2b; HEINZ REY, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts, veröffentlicht im Jahre 1999, Sachenrecht, ZBJV 2000, 550 ff.; RIEMER, (Fn. 34) § 25 Rz. 27 f.; SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, (Fn. 2) Rz. 1100 ff.; vgl. auch BGE 102 II 206 E. 1a; 106 II 22 E. 2b; 101 II 253 ff.

³⁶ Vgl. RIEMER, (Fn. 34) § 25 Rz. 28 f.; HOFSTETTER/THURNHERR, (Fn. 3) Rz. 29 zu Art. 839/840 ZGB; vgl. zudem für Sonderfälle der Arbeitsvollendung SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, (Fn. 21) Rz. 1757 ff.

³⁷ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, (Fn. 21) Rz. 1769.

³⁸ ROBERTO/HRUBESCH-MILLAUER, (Fn. 8) Rz. 660; über Begehren auf vorläufige Eintragung entscheidet das Gericht im summarischen Verfahren (Art. 249 lit. d Ziff. 5 und 11 ZPO). Bei zeitlicher Dringlichkeit kann die Eintragung durch superprovisorische Verfügung (ohne Anhörung des Grundeigentümers) angeordnet werden. Im Anschluss daran hat dann aber die Verhandlung über die provisorische Eintragung zu erfolgen. Gelingt es dem Bauhandwerker in dieser Verhandlung, den Eintrag glaubhaft zu machen, so bewilligt das Gericht eine provisorische Eintragung und setzt dem Bauhandwerker gleichzeitig eine Frist, während welcher er auf die definitive Eintragung klagen kann.

(unter Ausschluss der übrigen, nicht pfandgesicherten Gläubigerforderungen) aus dem Erlös des Grundstücks bezahlt zu machen, falls die ihm zustehende pfandgesicherte Forderung nicht beglichen wird³⁹. Für das definitiv eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht sind die allgemeinen Wirkungen der Grundpfandverschreibung massgebend (vgl. Art. 824–835 ZGB)⁴⁰. Zusätzlich normieren Art. 840 (Rang, nachfolgend 4.1) und 841 ZGB (Vorrecht, nachfolgend 4.2) besondere Regelungen, die sich auf das Stadium der Pfandverwertung beziehen.

4.1 Rangparität der Bauhandwerker bei Pfandverwertung

Ein im Grundbuch eingetragenes Bauhandwerkerpfandrecht steht grundsätzlich – insbesondere im Verhältnis zu anderen Pfandrechten – in dem Rang, den es durch den Zeitpunkt der Anmeldung erwirbt (vgl. Art. 972 Abs. 1 und 2 ZGB sowie zum Grundsatz der Alterspriorität Art. 817 Abs. 1 ZGB). Werden jedoch bei einem Bauprojekt mehrere Bauhandwerkerpfandrechte auf demselben Grundstück eingetragen, nehmen sie unabhängig vom Zeitpunkt der Entstehung gemäss Art. 840 ZGB den gleichen Rang ein. Mit dieser Regelung wird das Ziel verfolgt, nicht diejenigen Handwerker schlechter zu stellen, deren Arbeiten naturgemäss später erfolgen⁴¹. Die verschiedenen Pfandrechte der Bauhandwerker stehen demnach im gleichen Rang und ihre Forderungen werden bei der Befriedigung aus dem Pfande entsprechend anteilmässig berücksichtigt

(Art. 840 ZGB). Folglich erhalten alle durch ein Bauhandwerkerpfandrecht gesicherten Baugläubiger den gleichen Prozentsatz ihrer Forderungen ausbezahlt (bei voller Deckung 100%, ansonsten anteilmässige Reduktion; vgl. Art. 817 Abs. 2 ZGB)⁴².

Grundsätzlich wird im vorliegenden Fall der grundpfandrechtl. gesicherte Baukredit der Bank Kreditanstalt bei der Pfandverwertung prioritär befriedigt, da dieser im ersten Rang steht (vgl. Art. 817 Abs. 1 ZGB). Gemäss Sachverhalt wird das Haus für CHF 1,8 Mio. an die ImmoAG versteigert. Die höherrangige grundpfandgesicherte Forderung der Bank Kreditanstalt beläuft sich auf CHF 1,5 Mio. Demnach bliebe für die gemeinsam im zweiten Rang stehenden Bauhandwerker lediglich ein Betrag von CHF 300 000, welcher nicht ausreicht, um die noch offenen Forderungen zu decken.

4.2 Vorrecht der Baupfandgläubiger

Im Verhältnis zu rangmässig vorangehenden Pfandgläubigern ist jedoch Art. 841 Abs. 1 ZGB zu beachten: «Kommen die Forderungen der Handwerker und Unternehmer bei der Pfandverwertung zu Verlust, so ist der Ausfall aus dem den Wert des Bodens übersteigenden Verwertungsanteil der vorgehenden Pfandgläubiger zu ersetzen, sofern das Grundstück durch ihre Pfandrechte in einer für sie erkennbaren Weise zum Nachteil der Handwerker und Unternehmer belastet worden ist.» Art. 841 Abs. 1 ZGB verlangt demnach, dass zu Verlust gekommene Bauhandwerker (erste Voraussetzung) Anspruch auf jenen Teil des Verwertungserlöses haben, der den Wert des Bodens übersteigt⁴³. Die Baugläubiger sollen insofern nicht zu Schaden kommen, als sie durch eigene Leistungen eine Wertsteigerung bewirkt haben⁴⁴. In diesem Umfang haben sie einen Ersatzanspruch gegen den rangvorderen Pfandgläubiger. Der Verlust muss wegen der Pfandrechte der vorgehenden Pfandgläubiger entstanden sein, d.h. das Grundstück ist zum Nachteil der Bauhandwerker belastet worden (zweite Voraussetzung)⁴⁵. Subjektiv wird zudem vorausgesetzt, dass die vorgehende Belastung in erkennbarer Weise zum Nachteil der Handwerker gelegt worden ist (dritte Voraussetzung)⁴⁶. Dies ist regelmässig dann der Fall, wenn der Pfandgläubiger erkennen konnte, dass die Pfandsumme den Wert der Liegenschaft übersteigt und eine spätere Wertvermehrung durch Bauarbeiten zu

³⁹ TRAUFFER, (Fn. 6) Rz. 60.

⁴⁰ BGE 119 II 421 E. 2.

⁴¹ BGE 115 II 136 E. 5a; vgl. HANS LEEMANN, Berner Kommentar, Sachenrecht, 2. Abteilung, Art. 730–918 ZGB, Bern 1925, Rz. 1 zu Art. 840 ZGB; ZOBEL, (Fn. 10) 164 f.

⁴² Vgl. SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, (Fn. 2) Rz. 1744 ff.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, (Fn. 21) Rz. 1784.

⁴³ Vgl. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, (Fn. 21) Rz. 1788; ROBERTO/HRUBESCH-MILLAUER, (Fn. 8) Rz. 665 f.

⁴⁴ PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID/ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl., Zürich 2009, § 112, Rz. 65 ff.; vgl. hierzu auch HOFSTETTER/THURNHERR, (Fn. 3) Rz. 1 zu Art. 841 ZGB.

⁴⁵ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, (Fn. 21) Rz. 1789 ff.; ROBERTO/HRUBESCH-MILLAUER, (Fn. 8) Rz. 665 f.

⁴⁶ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, (Fn. 21) Rz. 1792; ROBERTO/HRUBESCH-MILLAUER, (Fn. 8) Rz. 665 f.; vgl. auch

erwarten ist⁴⁷. Die kreditgebende Bank hat damit ein eigenes Interesse, dass der von ihr über den Bodenwert gesprochene Betrag für die Bezahlung der mehrwertschaffenden Baugläubiger verwendet wird. Da die Generalunternehmer regelmässig Subunternehmer beiziehen, wird die Bank besondere Vorkehrungen in Bezug auf die Kreditverwendung treffen müssen. Zahlt sie den Baukredit direkt an den Generalunternehmer aus, ohne die Verwendung der Kreditmittel durch diesen zu überprüfen, riskiert sie, dass es zu Zweckentfremdungen kommt. Bei sukzessiver Überwachung der Baukreditverwendung müssten ihr Benachteiligungen von Bauhandwerkern auffallen⁴⁸.

4.2.1 Objektive Voraussetzungen: Verlust der Bauhandwerker und nachteilige Belastung durch vorgehende Pfandrechte

Bereits in 4.1 ist aufgezeigt worden, dass die nachrangigen Bauhandwerker bei der Zwangsverwertung zu Verlusten kommen. Insgesamt bliebe ihnen nach Befriedigung der im Rang vorangehenden Bank Kreditanstalt CHF 300 000. Dies reicht nur zur Deckung von 25% der insgesamt noch offenen Forderungen (CHF 1,2 Mio.) der pfandberechtigten Bauhandwerker aus. Diese Voraussetzung ist demnach erfüllt.

Die über den Bodenwert hinausgehende Belastung des Baugrundstücks durch das vorgehende Pfandrecht der Bank Kreditanstalt hat sich für die Bauhandwerker nachteilig ausgewirkt. Die Bauhandwerker erleiden gerade deshalb einen Verlust, weil die im Rang vorangehende Bank Kreditanstalt zuerst befriedigt wird. Ein Teil des von ihnen geschaffenen Mehrwerts steht den Bauhandwerkern damit nicht mehr als gemeinsames Pfand zur Verfügung.

4.2.2 Subjektive Voraussetzung: Erkennbarkeit

Die den Bauhandwerkern nachteilige Belastung muss in einer für die vorgehenden Pfandgläubiger erkennbaren Weise geschehen sein. Um das eigene Verlustrisiko nach Massgabe des Art. 841 ZGB zu vermeiden, hätte die Bank Kreditanstalt darauf bestehen müssen, dass nur diejenigen Unternehmer vergütet werden, welche die entsprechenden Bauarbeiten ausgeführt haben. Die Liegenschaft wurde

für CHF 900 000 gekauft und darauf ein Pfandrecht von CHF 1,5 Mio. errichtet. Es war für die Bank Kreditanstalt anlässlich der Pfandbestellung und insbesondere bei der Auszahlung des Baukredits an die BauAG erkennbar, dass die später zum Mehrwert ihren Beitrag leistenden Bauhandwerker bei einer eventuellen Verwertung zu Verlusten kommen würden.

4.3 Zwischenfazit

Die Voraussetzungen von Art. 841 Abs. 1 ZGB sind im vorliegenden Sachverhalt erfüllt. Der den Wert des Bodens übersteigende Verwertungsanteil beträgt CHF 900 000. Dieser Anteil ergibt sich aus dem Verwertungserlös (CHF 1,8 Mio.) abzüglich dem Bodenwert resp. hier Beschaffungswert (CHF 900 000)⁴⁹. Die Arbeiten der Bauhandwerker haben also insgesamt zu einer Wertsteigerung der Liegenschaft von CHF 900 000 geführt. Die Bank Kreditanstalt erhält CHF 1,5 Mio., muss aber aufgrund des Vorrechts der Bauhandwerker gemäss Art. 841 ZGB CHF 600 000 (Differenz zwischen den CHF 1,5 Mio. und CHF 900 000) an die Bauhandwerker herausgeben.

5. Berechnung der einzelnen Ansprüche

Sind mehrere Bauhandwerker vorhanden, hat der Einzelne nur Anspruch auf Ausfallersatz in dem

DANIEL BAUMANN, *Der Baukredit*, 2. Aufl., Zürich 1997, 343 ff.; PAUL-HENRI STEINAUER, *droits réels*, 3. Aufl., Bern 2007, Rz. 2907 ff.; MARGOT VAN'T DACK, *Das Vorrecht der Handwerker und Unternehmer im Lichte der Gerichtspraxis*, BJM 2/2007, 57 ff., 61; SCHUMACHER, *Bauhandwerkerpfandrecht*, (Fn. 2) Rz. 1890 ff.

⁴⁷ BGE 86 II 145 E. 1; 115 II 136 E. 4; PASCAL SIMONIUS/THOMAS SUTTER, *Schweizerisches Immobiliarsachenrecht*, Bd. II, Basel 1990, § 8 Rz. 48.

⁴⁸ Siehe zum Ganzen HEIDI PFISTER-INEICHEN, *Das Vorrecht nach Art. 841 ZGB und die Haftung der Bank als Vorkaufsgläubigerin*, Diss. Freiburg i. Ü. 1991, 153.

⁴⁹ Der Mehrwert berechnet sich grundsätzlich aus der Differenz zwischen dem Verwertungserlös und dem (geschätzten) Bodenwert zum Zeitpunkt der Verwertung; vgl. BGE 86 II 145 E. 2; STEINAUER, (Fn. 46) Rz. 2915; vgl. auch PFISTER-INEICHEN, (Fn. 48) 115 f. Hier gibt der Sachverhalt keine Hinweise auf den Bodenwert zum Zeitpunkt der Verwertung, darum kann vom ursprünglichen Bodenwert ausgegangen werden.

Verhältnis, in welchem er durch seine Arbeit zur Schaffung des Mehrwerts beigetragen hat (es wird proportional gekürzt)⁵⁰. Insgesamt stehen CHF 900 000 (CHF 300 000 aus der Zwangsverwertung und CHF 600 000 aufgrund des Vorrechts der Bauhandwerker gegenüber der Bank Kreditanstalt) zur Verfügung, um die Bauhandwerker zu befriedigen. Der gesamte Anspruch der pfandberechtigten Bauhandwerker beläuft sich auf CHF 1,2 Mio. Da nur CHF 900 000 zur Verfügung stehen, können jeweils nur $\frac{3}{4}$ der ursprünglichen Forderungen befriedigt werden.

- Abbrucharbeiten (Anspruch ursprünglich CHF 60 000): AbbruchAG hat Anspruch auf CHF 45 000.
- Aushub und Fundamentsarbeiten (Anspruch ursprünglich CHF 120 000): FundAG hat Anspruch auf CHF 90 000.
- Rohbau (Anspruch ursprünglich CHF 540 000): RohAG hat Anspruch auf CHF 405 000.
- Mischen des Betons (Anspruch ursprünglich CHF 120 000): BetonAG hat Anspruch auf CHF 90 000.

- Sanitärarbeiten (Anspruch ursprünglich CHF 240 000): SaniAG hat Anspruch auf CHF 180 000.
- Umgebungsarbeiten (Anspruch ursprünglich CHF 90 000): GrünAG hat Anspruch auf CHF 67 500.
- Baugerüste zur Verfügung gestellt und aufgebaut (Anspruch ursprünglich CHF 30 000): GerüsteAG hat Anspruch auf CHF 22 500.
- Lieferung Ziegel (Anspruch ursprünglich CHF 120 000): Es besteht kein Anspruch auf Pfanderrichtung.
- Lieferung Lavabos, Toiletten usw. (Anspruch ursprünglich CHF 60 000): Es besteht kein Anspruch auf Pfanderrichtung.
- Bauleitung (Anspruch ursprünglich CHF 300 000): Es besteht kein Anspruch auf Pfanderrichtung.

Die Bank Kreditanstalt hat eine Forderung aus dem grundpfandrechlich gesicherten Baukredit von CHF 1,5 Mio. Sie muss aber CHF 600 000 an die Bauhandwerker aufgrund des Vorrechts von Art. 841 Abs. 1 ZGB abgeben. Demnach bekommt die Bank Kreditanstalt CHF 900 000, was dem anfänglichen Bodenwert entspricht.

⁵⁰ Vgl. Art. 817 Abs. 2 ZGB; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, (Fn. 21) Rz. 1784.