VISCHER

Das Bauhandwerkerpfandrecht – jüngste Entwicklungen und Fallstricke

14. Februar 2017

Raphael Butz, LL.M., Advokat, VISCHER AG

Inhalt

- Grundzüge des Bauhandwerkerpfandrechts
- Einzelne Voraussetzungen und Fallstricke
- Verfahrensablauf und prozessuale Knackpunkte
- Jüngste Erfahrungen in konkreten Mandaten

I. Grundzüge des Bauhandwerkerpfandrechts

1. Gesetzliche Grundlage und Übersicht

- Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 und Art. 839 ff. ZGB (Beilage 1)
- **Handwerker**, die
- **Arbeit und Material oder Arbeit allein** liefern,
- können zur **Sicherung ihrer Forderung**
- auf dem Grundstück, ein **Pfandrecht** eintragen lassen.
- Der Anspruch ist **unverzichtbar**.
- Er richtet sich immer gegen den **Grundeigentümer**.

I. Grundzüge des Bauhandwerkerpfandrechts

2. Hintergrund und Zweck

Sicherung von Forderungen der Handwerker und Unternehmer aufgrund ihrer **besonderen Schutzbedürftigkeit**:

- **Vorleistungspflicht** der Handwerker: «Der Besteller hat die Vergütung bei der Ablieferung des Werkes zu zahlen» (Art. 372 Abs. 1 OR)»
  → Keine zwingende Regelung

- **Akzessionsprinzip**: Grundeigentümer wird Eigentümer der verbauten Sachen. Handwerker verliert Eigentum und Retentionsrecht ohne Möglichkeit des Eigentumsvorbehalts.
  → Keine zwingende Voraussetzung (Baugerüst)
  → Keine Wertvermehrung des Grundstücks nötig (Abbruch)

I. Grundzüge des Bauhandwerkerpfandrechts

3. Aktiv- und Passivlegitimation

- Aktivlegitimiert sind «***Handwerker und Unternehmer***»
  - Generalunternehmer, Subunternehmer, Sub-Subunternehmer etc.
  - NICHT: Architekten, Ingenieure, Geologen etc.

- Passivlegitimiert ist immer der «***Grundeigentümer***»
  - Auch wenn Werkvertrag vom GU, Mieter oder Pächter (Letztere mit Zustimmung des Grundeigentümers) geschlossen wurde.
  - Anspruch richtet sich gegen den Grundeigentümer, der im Zeitpunkt der Anmeldung im Grundbuch eintragen ist.

I. Grundzüge des Bauhandwerkerpfandrechts

4. Pfandrechtsberechtigte Leistung

– Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3: «[...] *zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen* ***Material und Arbeit oder Arbeit allein*** *geliefert haben*, [...].»

→ Sehr weit gefasste Begrifflichkeit (v.a. «andere Werke»).

→ Reine Materiallieferung nur ausnahmsweise.

I. Grundzüge des Bauhandwerkerpfandrechts

5. Pfandobjekt

- Pfandobjekt ist das **Grundstück**, an welchem die Leistung erbracht wurde.
- Bei Miteigentum:
  - Belastung des Stammgrundstücks nur möglich, falls noch kein Miteigentumsanteil belastet ist (Art. 648 Abs. 3 ZGB) – gilt auch für Stockwerkeigentum.
  - Sonst Miteigentumsanteile entsprechend Wertquoten (BGE 126 III 462, E. 2b).
- Bei Stockwerkeigentum
  - Arbeiten, die nur einem einzigen Stockwerk zugute kommen, können nur auf diesem Stockwerkeigentumsanteil eingetragen werden (BGE 126 III 462, E. 2b; 125 III 113, E. 3a).
  - Ansonsten Aufteilung auf die Stockwerkeigentumsanteile, i.d.R. nach Nutzen oder entsprechend den Wertquoten.

I. Grundzüge des Bauhandwerkerpfandrechts

6. Hinreichende Sicherheit - Subsidiarität

- Eigentümer kann durch Leistung einer **hinreichenden Sicherheit** den Eintrag Pfandrechts verhindern.
- Sicherheit muss dem Handwerker einen gleichwertigen Schutz vor Insolvenz des Bestellers und umfangmässig die gleiche Deckung geben (Forderung plus Verzugszins).
- Die Sicherheit darf nicht befristet sein.

I. Grundzüge des Bauhandwerkerpfandrechts

7. Zeitpunkt der Eintragung im Grundbuch

- Frühestens, wenn sich der Handwerker zur Leistung verpflichtet.
- Spätestens **vier Monate** nach Vollendung der Arbeit (**Verwirkungsfrist**).
- Frist ist erst mit **Eintragung** des Pfandrechts im Tagebuch gewahrt.
- Bestimmung des Fristbeginns in vielen Fällen unklar.

I. Grundzüge des Bauhandwerkerpfandrechts

8. Pfandrang

- Grundsatz der **Alterspriorität** gegenüber anderen Grundpfandrechten: Rang bestimmt sich nach dem Datum der (vorsorglichen) Eintragung im Grundbuch (Art. 972 ZGB).
- ABER: Alle Baupfandgläubiger haben unter sich den gleichen Anspruch auf Befriedigung, unabhängig vom formellen Rang ihrer Pfandrechte (Art. 840 ZGB).
- Spezialfall: Vorrecht gemäss Art. 841 ZGB

II. Verfahrensablauf

1. Mehrstufiges Verfahren

1. Gesuch um **vorsorgliche Eintragung** des Pfandrechts

2. Klage auf **definitive Eintragung**

3. Evtl. separate Klage auf Bezahlung des Werklohns

4. Betreibung auf Pfandverwertung

II. Verfahrensablauf

2. schematische Darstellung

Phase 1: Vorsorgliches Massnahmenverfahren

Gesuch um vorläufige Eintragung

Abweisung

Gutheissung

Kein Pfandrecht/ Evtl. weitere Rechtsmittel

Abweisung

Berufung / Beschwerde

Gutheissung

Vorläufiger Eintrag im GB

Phase 2: Ordentliches (oft vereinfachtes) Verfahren

Klage auf definitive Eintragung **und** Leistung (Bezahlung der Forderung)

Abweisung

Gutheissung

Vorläufig Eintrag wird gelöscht

Pfandrecht wird definitiv eingetragen

Phase 3: Pfandverwertung

Pfandverwertung nach SchKG

II. Verfahrensablauf

1. Fallbeispiel – Sachverhalt

A. beauftragt den Generalunternehmer B. mit der Erstellung eines Wohnhauses (Pauschalpreisvereinbarung).

B. vergibt die einzelnen Arbeiten an diverse Subunternehmer.

Das Haus wird fertiggestellt. A. überweist B. den Pauschalpreis.

Wenig später taucht B. unter. Wie sich herausstellt, hat er nicht alle Subunternehmer bezahlt.

A. sieht sich mit diversen Gesuchen um vorsorgliche Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten konfrontiert.

II. Verfahrensablauf

3. Phase 1: Vorsorgliches Massnahmeverfahren

Verfahren

- Erstinstanzliches Gericht am Ort des Grundstücks oder Handelsgericht
- Einleitung des **Summarverfahrens** mittels Gesuch (Art. 261 ZPO)
  - Verletzung eines Anspruchs oder Verletzung zu befürchten
  - Es droht ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil
- Mustergesuche der Gerichte sind mit Vorsicht zu geniessen! Gesuch muss begründet werden unter Verweis auf die einschlägigen Beilagen (Art. 221 ff. ZPO; vgl. OGer ZH LF140001)
- Beschränkung auf Urkundenbeweis
- Keine Möglichkeit der Nachbesserung mangelhafter Gesuche (OGer ZH PF140061)

II. Verfahrensablauf

3. Phase 1: Vorsorgliches Massnahmeverfahren

Verfahren

- **Glaubhaftmachen** genügt (wird grosszügig bejaht):
  - Rechnung genügt für den Nachweis einer Arbeitsleistung
  - Oft scheint sogar eine substantiierte Behauptung zu genügen
  - In Zweifelsfällen entscheiden die Gerichte zugunsten der Unternehmer
- **Superprovisorium** (Art. 265 ZPO):
  - Dringlichkeit aufgrund der Viermonatsfrist oft bejaht.
- **Entscheid des Gerichts**:
  - Gutheissung → vorläufige Eintragung (Anweisung GB-Amt) → Prosequierungsfrist
    - Gerichtlich angesetzte Frist im Summarverfahren → Art. 145 Abs. 2 ZPO: Frist läuft auch während den Gerichtsferien.
    - Dauer meist 30 oder 60 Tage.
  - Abweisung → Keine Eintragung → evtl. Berufung/Beschwerde

II. Verfahrensablauf

3. Phase 1: Vorsorgliches Massnahmeverfahren

Mögliche Reaktion/Entgegnungen auf Gesuch

1. Reaktion: Gesuchsantwort im Massnahmeverfahren
   - Verhinderung des vorsorglichen Eintrags
   - Geltendmachung von Formfehlern
   - Schaffung einer Vergleichsbasis durch Aufzeigen von Schwächen

2. Keine Reaktion: Vorsorgliche Eintragung in Kauf nehmen
   - Der Ball bleibt beim Unternehmer
   - Prosequierungsdruck (Zeitdruck, Kosten)
   - Beweisdruck (Regelbeweismass)

II. Verfahrensablauf

3. Phase 1: Vorsorgliches Massnahmeverfahren

Mögliche Reaktion/Entgegnungen auf Gesuch

Eingabe im Massnahmeverfahren:

- Falsche Partei, Beklagte wurden vertauscht
- Gesuch wurde nach Viermonatsfrist gestellt
  - Fehlender Nachweis der letzten Arbeitshandlung (Regierrapporte etc.)
  - Kein einheitlicher Fristenlauf

II. Verfahrensablauf

3. Phase 1: Vorsorgliches Massnahmeverfahren

Mögliche Reaktion/Entgegnungen auf Gesuch

Hauptargumentation Verwirkung:

- Beginn der Verwirkungsfrist:
  - Arbeiten gelten dann als vollendet, *«… wenn alle Verrichtungen, die Gegenstand des Werkvertrages bilden, ausgeführt sind. Nicht in Betracht fallen dabei geringfügige oder nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Arbeiten oder Ausbesserungen wie der Ersatz gelieferter, aber fehlerhafter Teile oder die Behebung anderer Mängel*.
  - **[ABER:]** *Geringfügige Arbeiten gelten aber dann als Vollendungsarbeiten, wenn sie unerlässlich sind; insoweit werden Arbeiten weniger nach quantitativen als vielmehr nach qualitativen Gesichtspunkten gewürdigt»* (BGE 125 III 113)

II. Verfahrensablauf

3. Phase 1: Vorsorgliches Massnahmeverfahren

Mögliche Reaktion/Entgegnungen auf Gesuch

- Bei vorzeitiger Auflösung des Werkvertrags läuft die Frist ab Vertragsauflösung. Werden später einvernehmlich trotzdem noch Arbeiten verrichtet, wird auf das effektive Ende dieser Arbeiten abgestellt.
- Beim Stockwerkeigentum:
  - Gemeinschaftliche Bauteile: Fristbeginn einheitlich mit Abschluss aller Arbeiten
  - Einzelne StWE-Einheiten: Fristbeginn mit Abschluss der Arbeiten an jeweiliger Einheit
  - Kombination: Je nachdem zusammen oder getrennt (funktionaler Zusammenhang)

II. Verfahrensablauf

3. Phase 1: Vorsorgliches Massnahmeverfahren
Mögliche Reaktion/Entgegnungen auf Gesuch

- Verwirkung: Kein einheitlicher Fristenlauf
  - Separater Fristenlauf für Arbeiten jeder Arbeitsgattung
    - Äussere Gipserarbeiten vs. innere Gipserarbeiten
  - ABER: Besteht ein funktionaler Zusammenhang, unterstehen die Arbeiten einem einheitlichen Fristenlauf
    - Schwach- und Starkstromarbeiten
- Verwirkung: Verzögerungen durch den Unternehmer
  - Für Verzögerungen durch den Unternehmer muss der Grundeigentümer **nicht** einstehen.
    - Arbeiten sollen im Mai abgeschlossen werden. Unternehmer beendet Arbeiten schuldhaft erst im August. Im September stellt er das Gesuch.

II. Verfahrensablauf

3. Phase 1: Vorsorgliches Massnahmeverfahren

Ziel der Reaktion/Entgegnungen auf Gesuch

- Verhindert selten die vorläufige Eintragung (3/9).
- ABER: Massnahmeentscheid kann den Vergleichsdruck erhöhen, denn er setzt sich mit der Eingabe des Grundeigentümers auseinander und lässt u.U. durchblicken, dass die Gesuchsbeilagen für das summarische Verfahren genügen, dem Regelbeweismass aber nicht standhalten würden.

II. Verfahrensablauf

3. Phase 1: Vorsorgliches Massnahmeverfahren
Vergleichsverhandlung nach Massnahmeverfahren

- Hoher Vergleichserfolg (6/9)
- Gemeinsames Begehren auf Erstreckung der Prosequierungsfrist (KEINE Sistierung, weil Massnahmeverfahren beendet)
- Hinweis auf beschwerlichen Verfahrensfortgang (Prosequierung gegen Grundeigentümer und Forderungsklage gegen den GU – jeweils mit Kostenvorschüssen etc.)
- Hinweis auf den Beweisnotstand (Massnahmeentscheide verbesserten die Argumentationsbasis)
- Hinweis auf hohe Hypotheken und reine Sachhaftung
- Hinweis auf Schicksalsgemeinschaft: GU ist der Schurke!

  → Vergleichsbereitschaft bei den Unternehmern hoch

II. Verfahrensablauf

4. Phase 2: Klage auf definitive Eintragung

Verfahren

- Je nach Streitwert ordentliches Verfahren oder vereinfachtes Verfahren mit **Regelbeweismass** (Unternehmer oft in Beweisnotstand)
- **Kein** Schlichtungsverfahren, da Prosequierungsfrist als gerichtliche Klagefrist (Art. 198 lit. h ZPO)
- Erfolgt keine (rechtzeitige) Klageeinreichung, muss der Grundeigentümer beim Gericht die Löschung beantragen

II. Verfahrensablauf

4. Phase 2: Klage auf definitive Eintragung
Unterschied bei Zwei- und Dreiparteienverhältnis

- Im Zweiparteienverhältnis:
  - Klage gegen den Grundeigentümer auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts
  - Je nach Ansicht: Mit Leistungsklage verbinden (objektive Klagehäufung)
    - Sofern gleiche Zuständigkeit und Verfahrensart
    - Kein Schlichtungsverfahren nötig (umstrittten!)
- Im Dreiparteienverhältnis (Beispielfall):
  - Klage gegen den Grundeigentümer auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts
  - Klage gegen den GU auf Leistung der Werklohnforderung

II. Verfahrensablauf

5. Phase 3: Verwertung des Pfandrechts

- Betreibung auf Pfandverwertung gegen den Grundeigentümer
- Doppelter Rechtsöffnungstitel zur Beseitigung des Rechtsvorschlags vorausgesetzt:
  - Grundbuchauszug (Nachweis des definitiven Pfandrechts)
  - Leistungsurteil betreffend die Werklohnforderung
- Im Dreiparteienverhältnis: Reine Sachhaftung des Grundeigentümers (Pfandausfallschein wertlos)

Einige wichtige Erkenntnisse

- Vorsicht bei der Berechnung der Verwirkungsfrist
- Vorsicht im Umgang mit Mustergesuchen (Art. 261 ZPO)
- Bewusster Entscheid für oder gegen eine Reaktion auf ein Gesuch um vorsorgliche Eintragung
- Hoher Vergleichsdruck nach vorsorglicher Eintragung kann oft nutzbar gemacht werden
- Notwendigkeit eines doppelten Rechtsöffnungstitels für die Pfandverwertung

VISCHER

Herzlichen Dank.

Zürich
Schützengasse 1
Postfach 1230
CH-8021 Zürich
Tel +41 58 211 34 00
Fax +41 58 211 34 10

Basel
Aeschenvorstadt 4
Postfach 526
CH-4010 Basel
Tel +41 58 211 33 00
Fax +41 58 211 33 10

VISCHER

Herzlichen Dank.

Raphael Butz LL.M.,
Senior Associate
rbutz@vischer.com
+41 58 211 32 28

Zürich
Schützengasse 1
Postfach 1230
CH-8021 Zürich
Tel +41 58 211 34 00
Fax +41 58 211 34 10

Basel
Aeschenvorstadt 4
Postfach 526
CH-4010 Basel
Tel +41 58 211 33 00
Fax +41 58 211 33 10