



FOKUS: BAUHANDWERKERPFANDRECHT

Sicherheitsleistung zur Ablösung des Bauhandwerkerpfandrechts



Raphael Butz, LL.M.



Florian Fuhrmann

Bereits die Vormerkung eines Bauhandwerkerpfandrechts kann die Kreditwürdigkeit des Grundeigentümers erheblich beeinträchtigen und weitere Verfügungen über das Baugrundstück erschweren. Durch Leistung einer hinreichenden Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB kann der Grundeigentümer diese Nachteile sofort eigenhändig abwenden: Dem Unternehmer wird die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts verunmöglicht, und vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrechte werden gelöscht. Die geleistete Sicherheit tritt an die Stelle des Grundpfandrechts.

Im Zusammenhang mit der Bestellung von Ersatzsicherheiten stellen sich zahlreiche Fragen:

Wann ist eine Sicherheit hinreichend?

Nur eine hinreichende Sicherheitsleistung vermag den Anspruch des Unternehmers auf (definitive) Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts abzuwehren. Eine Sicherheit ist nur dann hinreichend, wenn sie dem Bauhandwerkerpfandrecht vollumfänglich gleichwertig ist. Gedeckt sein muss nicht nur die pfandberechtigte Forderung selbst, sondern auch die Verzugszinsen, und zwar grundsätzlich ohne zeitliche Beschränkung. Im Streitfall kann insbesondere der Umstand, dass die Verzugszinsen zeitlich unlimitiert sichergestellt werden müssen, die Sicherstellung verteuern oder gar verunmöglichen. In einem

aktuellen Entscheid erwog das Bundesgericht, dass selbst eine Befristung der Sicherstellung von Verzugszinsen auf zehn Jahre (eine Frist, innert welcher erfahrungsgemäss alle gerichtlichen Instanzen durchlaufen sind) nicht hinreichend ist.

Welche Arten von Sicherheitsleistungen sind möglich?

Da das Gesetz keine bestimmte Form der Sicherheitsleistung vorschreibt, kann diese in den Schranken der Rechtsordnung frei gewählt werden. Zulässig und auch in der Praxis anzutreffen sind insbesondere die folgenden drei Varianten:

- Die **(Bank-) Garantie** ist die wohl geeignetste und gängigste Form der Sicherheitsleistung im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB. Sie hat den Vorteil, dass keine Formvorschriften zu beachten sind und die Verzugszinsen auf unbeschränkte Zeit gesichert werden können, da kein garantierter Höchstbetrag festgelegt werden muss.
- Die **Bürgschaft**, welche vom Gesetz gesondert in Art. 492 ff. OR geregelt wird, kann nur dann als Sicherheitsleistung im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB qualifizieren, wenn sie von einer erstklassigen Bank oder Versicherungsgesellschaft mit Sitz in der Schweiz erbracht wird und als Solidarbürgschaft ausgestaltet ist. Eine Bürgschaft bedarf zur ihrer Gültigkeit

zwingend der Angabe eines Höchstbetrags, was eine zeitlich unbegrenzte Deckung der Verzugszinsen verunmöglicht. Im Streitfall dürften die Gerichte eine Bürgschaft mit Blick auf die neuste bundesgerichtliche Rechtsprechung nur noch sehr zurückhaltend als hinreichend qualifizieren.

- Auch die **Hinterlegung** einer Geldsumme kann unter Umständen eine hinreichende Sicherheit darstellen. Da es sich dabei allerdings wie bei der Bürgschaft um eine nicht-flexible Sicherheit handelt, stellt sich auch bei der Hinterlegung die Frage, für welche Dauer die mutmasslichen Verzugszinsen gedeckt sein müssen. Die Geldsumme kann beim Gericht, aber auch bei einem Notar oder einer renommierten Bank hinterlegt werden.

Besteht eine Pflicht des Hauptunternehmers zur Ablösung von (provisorisch eingetragenen) Bauhandwerkerpfandrechten der Subunternehmer?

Da auch Subunternehmer berechtigt sind, Pfandrechte auf dem Baugrundstück eintragen zu lassen, wenn ihr Werklohn durch den Hauptunternehmer nicht bezahlt wird, trägt der Grundeigentümer ein Doppelzahlungsrisiko: Einerseits hat er die direkten Forderungen des Hauptunternehmers zu begleichen, andererseits muss er unter Umständen aber auch den Werklohnanspruch des Subunternehmers sicherstellen, um der Verwertung seines Grundstücks zu entgehen.

In Ermangelung einer vertraglichen Regelung trifft den Hauptunternehmer weder aus Gesetz noch gestützt auf allenfalls anwendbare SIA-Normen die Pflicht, Subunternehmerpfandrechte abzulösen. Regelmässig wird eine entsprechende Pflicht allerdings vertraglich vereinbart. Bei Zahlungsunfähigkeit und nachfolgendem Konkurs des Hauptunternehmers wird diese Ablösung aber selbst bei Vorliegen einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung unterbleiben. Deshalb ist der

Grundeigentümer gut beraten, das Doppelzahlungsrisiko durch andere Massnahmen zu minimieren. Denkbar ist etwa die Vereinbarung von Direktzahlungen an die Subunternehmer.

Wie leistet der Hauptunternehmer die Sicherheit? Tritt er dadurch in das Gerichtsverfahren ein?

Für den Regelfall, indem der Hauptunternehmer zur Ablösung von Bauhandwerkerpfandrechten seiner Subunternehmer vertraglich verpflichtet ist, stehen ihm mehrere Möglichkeiten offen. Er wird sich für gewöhnlich bei einer Bank oder Versicherung eine Bankgarantie oder Bürgschaft beschaffen und diese dem Gericht präsentieren, um seine Vertragspflicht gegenüber dem Besteller (Grundeigentümer) zu erfüllen und diesen von der Pfandlast zu befreien. Dabei kann er wie folgt vorgehen:

- Auf eigene Initiative, durch Stellung eines Interventionsgesuchs und unter Geltendmachung eines rechtlichen Interesses als Nebenintervenient (Art. 74 ff. ZPO);
- nach erfolgter Streitverkündung (in der Regel durch den Grundeigentümer) als Streitberufener (Art. 78 ZPO);
- mittels Garantieerklärung zuhanden des Grundeigentümers, welcher den Prozess in eigenem Namen führt.

Gegen wen richtet sich die Klage auf definitive Bestellung der Ersatzsicherheit?

Wird die Sicherheit zur Ablösung des provisorisch eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts geleistet, der definitive Sicherungsanspruch des Unternehmers jedoch bestritten, so muss der Unternehmer beim Gericht Klage auf definitive Bestellung der Sicherheit einreichen (Prosequierungsklage). Dabei hat er das Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen zu beweisen, die auch für die Errichtung des definitiven Bauhandwerkerpfandrechts nötig wären.

Zur Frage, welche Person mittels Prosequierungsklage auf definitive Bestellung der Ersatzsicherheit einzuklagen ist, divergierten die Meinungen in Lehre und Rechtsprechung bis vor kurzem. Das Handelsgericht Zürich vertrat in einem Entscheid aus dem Jahr 2014 die Ansicht, dass die Sicherheitsleistung im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB das Grundstück als Sicherheit ablöse und damit die Sicherheit leistende Person anstelle des Grundeigentümers die Beklagtenstellung innehatte. Diese Ansicht stiess in der Lehre auf Kritik. Aus materiell-rechtlichen Überlegungen sei auch im Verfahren auf definitive Bestellung der Sicherheit der Grundeigentümer passivlegitimiert, selbst wenn ein Dritter die Sicherheit geleistet habe. In einem jüngeren Entscheid aus dem Jahr 2016 schloss sich das Handelsgericht Zürich in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung dieser Meinung an. Bis allerdings ein höchst-richterliches Urteil vorliegt, bleibt hinsichtlich der Frage der Passivlegitimation im Verfahren auf definitive Bestellung der Ersatzsicherheit eine gewisse Unsicherheit bestehen.