

Dokument	Anwaltsrevue 2017 S. 459
Autor	Roland Pfäffli, Mascha Santschi Kallay
Titel	Bauhandwerkerpfandrecht: Rechtsprechung und Vollzug
Seiten	459-465
Publikation	Das Praxismagazin des schweizerischen Anwaltsverbands
Herausgeber	Schweizerischer Anwaltsverband
ISSN	1422-5778
Verlag	Stämpfli Verlag AG

BAUHANDWERKERPFANDRECHT: RECHTSPRECHUNG UND VOLLZUG

ROLAND PFÄFFLI*

Prof. Dr. iur., Notar, Thun, Titularprofessor an der Universität Freiburg sowie Konsulent bei Von Graffenried Recht, Bern

MASCHA SANTSCI KALLAY*

MLaw, Rechtsanwältin und Doktorandin, Meggen LU

Stichworte: Bauhandwerkerpfandrecht, Grundpfandrecht, Sachenrecht, Grundbuchrecht

Vor fünf Jahren wurden die Bestimmungen zum Bauhandwerkerpfandrecht – sie waren zuvor während hundert Jahren gültig – im ZGB angepasst. Das Bauhandwerkerpfandrecht zählt heute zu den häufigsten mittelbaren gesetzlichen Grundpfandrechten. Es wird in der Regel zunächst als vorläufige Eintragung im Grundbuch vorgemerkt, denn auf diese Weise kann die Frist zur Eintragung gewahrt werden.

* Die Autoren danken MLaw Anja Risch, Notarin, wissenschaftliche Mitarbeiterin beim Eidgenössischen Amt für Grundbuch- und Bodenrecht, Bern, für die zuverlässige Kontrolle der Druckfahnen.

* Die Autoren danken MLaw Anja Risch, Notarin, wissenschaftliche Mitarbeiterin beim Eidgenössischen Amt für Grundbuch- und Bodenrecht, Bern, für die zuverlässige Kontrolle der Druckfahnen.

I. Einführung

Nur wenige Artikel im ZGB befassen sich mit dem Bauhandwerkerpfandrecht, nämlich Art. 837 und Art. 839 bis 841. Seit der Einführung des ZGB am 1.1.1912 wurden diese Bestimmungen nur einmal revidiert, und zwar im Rahmen der Teilrevision des Immobiliarsachenrechts. Diese Teilrevision trat am 1.1.2012 in Kraft und verlängerte die Frist für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch von drei auf vier Monate (Art. 839 Abs. 2 ZGB). Gesetzlich geregelt wurden zudem der Pfandrechtsanspruch bei Bauleistungen, die ein Mieter, Pächter oder eine andere am Grundstück berechnete Person bestellt (Art. 837 Abs. 2 ZGB). Es erfolgte eine neue Definition der vom Anspruch des Bauhandwerkerpfandrechts umfassten Arbeiten. Es handelt sich dabei um die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer für Bauten oder andere Werke, Abbrucharbeiten, Gerüstbau, Baugrubensicherung oder dergleichen (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB)¹.

Besonders zahlreich ist die Judikatur im Bereich des Bauhandwerkerpfandrechts². Die nachfolgenden Ausführungen vermitteln im Sinne einer Auswahl einen Überblick über die Rechtsprechung in den vergangenen rund zehn Jahren. Dabei prägten vor allem die drei Auflagen³ des Standardwerks zum Bauhandwerkerpfandrecht, verfasst von Rainer Schumacher⁴, dem «ungekrönten» Grossmeister des Bauhandwerkerpfandrechts⁵, die Literatur stark.

II. Grundsätze⁶ und Vollzug im Grundbuch

1. Verfahren

Das Bauhandwerkerpfandrecht wird in der Rubrik «Grundpfandrechte» im Grundbuch eingetragen. Es ist zwar möglich, dass direkt der Grundeigentümer (in der Regel in der Eigenschaft als Bauherr) das Bauhandwerkerpfandrecht beim Grundbuchamt anmeldet⁷, doch ist dies eher ein Ausnahmefall. Anerkennt der Eigentümer die Pfandschuld nämlich nicht – was der Normalfall ist –, muss der Bauhandwerker ein gerichtliches Verfahren in Gang setzen. Dabei erfolgt zunächst eine vorläufige Eintragung als Vormerkung im Grundbuch. Erst im nachfolgenden Hauptprozess ist zu entscheiden, ob die definitive Eintragung als Grundpfandrecht (Grundpfandverschreibung) vorgenommen werden kann⁸.

Anwaltsrevue 2017 S. 459, 460

Die Anmeldung zur Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch hat spätestens vier Monate nach Vollendung der Arbeit zu erfolgen (Art. 839 Abs. 2 ZGB). Diese Verwirkungsfrist ist im gerichtlichen Verfahren gewahrt, sofern die provisorische Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts – im Rahmen einer vorläufigen Eintragung

¹ Vgl. Roland Pfäffli/Daniela Byland, Sachenrecht und Notar: Neuerungen, BN 2011, S. 95.

² Vgl. Jörg Schmid/Bettina Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Zürich/Basel/Genf 2017, Nr. 55.

³ 1. Auflage (Zürich 1979), 2. Auflage (Zürich 1982), 3. Auflage (Zürich/Basel/Genf 2008) mit Ergänzungsband (Zürich/Basel/Genf 2011).

⁴ Professor Dr. iur. Rainer Schumacher, Rechtsanwalt, Kirchdorf/Baden, hat nach einem reich erfüllten Berufsleben Ende Oktober 2017 bekannt gegeben, dass er (nunmehr im 86. Altersjahr stehend) seine Tätigkeit als Anwalt Ende 2017 niederlegen werde.

⁵ Vgl. Alec von Graffenried, Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat 2009, S. 1956.

⁶ Übernommen und ergänzt aus den Bemerkungen zur Musterurkunde Nr. 672 der Musterurkundensammlung des Verbands bernischer Notare, Langenthal 2017.

⁷ Vgl. dazu die Musterurkunde Nr. 672 (Fn. 6).

⁸ Bei der Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts als Grundpfandverschreibung handelt es sich um eine Kapitalhypothek (BGE 126 III 467 = ZBGR 2001, S. 308).



als Vormerkung gemäss Art. 961 ZGB – innerhalb dieser Frist von vier Monaten beim Grundbuchamt angemeldet wird. Im Hauptprozess wird alsdann über die definitive Eintragung als Grundpfandrecht entschieden⁹.

2. Belastungsgrenze

Für nicht landwirtschaftliche Grundstücke besteht keine Belastungsgrenze hinsichtlich der Eintragung oder Vormerkung von Bauhandwerkerpfandrechten. Landwirtschaftliche Grundstücke dürfen hingegen nur bis zu 135 Prozent des Ertragswerts mit Grundpfandrechten belastet werden (Art. 798a ZGB; Art. 73 ff. BGBB). Diese Belastungsgrenze gilt auch für Bauhandwerkerpfandrechte als Grundpfandverschreibungen. Andererseits dürfen vorläufige Eintragungen von Bauhandwerkerpfandrechten im Grundbuch ungeachtet der Belastungsgrenze vorgemerkt werden (Art. 75 Abs. 2 BGBB).

3. Rechtsgeschäftliche Errichtung

Das Rechtsgeschäft zur Errichtung eines Grundpfandrechts bedarf gemäss Art. 799 Abs. 2 ZGB zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung. Beruht der Anspruch auf Errichtung eines Grundpfandrechts unmittelbar auf dem Gesetz, wie dies beispielsweise beim Bauhandwerkerpfandrecht der Fall ist, genügt bei einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung die einfache schriftliche Form¹⁰.

Sofern der gemäss Grundbuch verfügungsberechtigte Eigentümer mit der Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts einverstanden ist, bedarf es keines gerichtlichen Verfahrens für dessen Durchsetzung. Das Einverständnis des Eigentümers bezieht sich dabei auf die Anerkennung der Pfandsumme (Art. 839 Abs. 3 ZGB). In der Praxis wird das Gesuch an das Grundbuchamt – neben dem Eigentümer – auch vom Gläubiger (Bauhandwerker) unterzeichnet; seine Zustimmung ist allerdings nicht Gültigkeitserfordernis (vgl. Art 13 OR).

Anmelden muss das Bauhandwerkerpfandrecht derjenige, welcher im Zeitpunkt der Anmeldung im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist. Sofern nicht mehr der ursprüngliche Eigentümer (als Bauherr und Schuldner) im Grundbuch eingetragen ist, hat der neue Eigentümer das Gesuch an das Grundbuchamt zu unterzeichnen. Unter dem «im Grundbuch eingetragenen Eigentümer» ist auch derjenige Eigentümer zu verstehen, dessen Erwerb zwar beim Grundbuchamt angemeldet (Tagebuch), aber noch nicht im Hauptbuch eingetragen ist. Die Wirkung der Eigentumsänderung wird gemäss Art. 972 Abs. 2 ZGB stets auf den Zeitpunkt der Einschreibung in das Tagebuch zurückbezogen. Bei hängigen Geschäften empfiehlt sich aus Sicherheitsgründen eine Unterzeichnung des Gesuchs sowohl durch den bisherigen wie auch durch den neuen Eigentümer¹¹.

4. Subunternehmer

Das Bauhandwerkerpfandrecht besteht nur für Forderungen der Handwerker und Unternehmer, die auf einem Grundstück zu Bauten und anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen Material

⁹ Vgl. BGE 119 II 429 = Praxis 1994, Nr. 273 = ZBGR 1995, S. 161, mit redaktioneller Bemerkung von Jürg Schmid, S. 165.

¹⁰ Die gleiche Regelung gilt auch im Bereich des Dienstbarkeitsrechts, beispielsweise bei der rechtsgeschäftlichen Begründung eines Notwegrechts, vgl. Roland Pfäffli/DanieLA Byland (Fn. 1), S. 79.

¹¹ Vgl. Rainer Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Systematischer Aufbau, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 479, N. 1323; S. 539 ff., N. 1466 ff.; S. 548, N. 1489; S. 564 ff., N. 1533 ff.; S. 579 f., N. 1573.



und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Auch zugunsten eines Subunternehmers ist ein Bauhandwerkerpfandrecht zulässig¹².

5. Der Mieter als Bauherr

Ist nicht der Grundeigentümer, sondern ein Mieter, ein Pächter oder eine andere am Grundstück berechnigte Person Schuldner von Forderungen der Handwerker und Unternehmer, so besteht der Anspruch auf ein Bauhandwerkerpfandrecht nur, wenn der Grundeigentümer seine Zustimmung zur Ausführung der Arbeiten erteilt hat (Art. 837 Abs. 2 ZGB). Nicht erforderlich ist jedoch die Zustimmung des Grundeigentümers zum einzelnen konkreten Vertragsabschluss und damit auch nicht zur Person des Unternehmers, bei dem die Bauarbeiten bestellt werden¹³.

6. Verwaltungsvermögen

Vermögenswerte eines Gemeinwesens, die unmittelbar der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen, stellen Verwaltungsvermögen dar und können weder gepfändet noch verwertet werden¹⁴. Die Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts an einem Grundstück des Verwaltungsvermögens ist nicht zulässig, da in solchen Fällen keine Verwertung des Grundstücks möglich ist. Die Haftung des Gemeinwesens gegenüber den Handwerkern und Unternehmern richtet sich nach den Bestimmungen über die einfache Bürgschaft (Art. 839 Abs. 4 ZGB)¹⁵.

7. Gesamtpfandrecht

Ein Bauhandwerkerpfandrecht kann nur auf demjenigen Grundstück eingetragen werden, das durch Arbeiten und Materiallieferungen einen Mehrwert erfahren hat. Die Er-

Anwaltsrevue 2017 S. 459, 461

richtung eines Bauhandwerkerpfandrechts als Gesamtpfandrecht ist ausgeschlossen¹⁶.

8. Stockwerkeigentum

Wurden die Bauarbeiten im Stockwerkeigentum lediglich für im Sonderrecht stehende Räume erbracht, so ist das Bauhandwerkerpfandrecht zulasten der entsprechenden Stockwerkeinheit einzutragen. Bei Forderungen des Bauhandwerkers aus Bauarbeiten an den gemeinschaftlichen Teilen kann der Bauhandwerker grundsätzlich wählen, ob er das Stammgrundstück belasten oder seinen Anspruch anteilmässig auf alle Stockwerkeinheiten verlegen will. Wurde jedoch eine Stockwerkeinheit bereits mit Grundpfandrechten belastet, so darf das Stammgrundstück ohne Zustimmung aller Beteiligten, insbesondere auch der Pfandgläubiger der Pfandrechte an den Stockwerkeinheiten, nicht mehr mit einem Bauhandwerkerpfandrecht belastet werden

¹² Vgl. Botschaft des Bundesrats vom 27.6.2007, Bundesblatt 2007, S. 5319; Rainer Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 67, N. 196 und 197.

¹³ Vgl. Rainer Schumacher (Fn. 12), S. 72 ff., N. 220 ff.

¹⁴ Vgl. Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Schuldbetreibung gegen Gemeinden und andere Körperschaften des kantonalen öffentlichen Rechts; SR 282.11.

¹⁵ Vgl. dazu auch die Bestimmungen von Art. 839 Abs. 5 und 6 ZGB sowie Rainer Schumacher (Fn. 12), S. 87 ff., N. 268 ff.

¹⁶ Vgl. Rainer Schumacher (Fn. 11), S. 203, N. 594, sowie S. 283, N. 839.



(Art. 648 Abs. 3 ZGB). Dies bedeutet, dass die vorgenannte Wahlmöglichkeit des Bauhandwerkers in vielen Fällen entfällt¹⁷.

9.Zinsen

Sofern Verzugszinsen geschuldet sind, ist im Grundbuch in den Bemerkungen zu den Grundpfandrechten wie folgt darauf hinzuweisen: «Verzugszinsen gemäss Beleg». Als Höchstzinsfuss ist im Grundbuch der Zinsfuss des Verzugszinses einzutragen, wobei anderslautende Anträge der Parteien aber auch zu respektieren sind¹⁸.

Wurde für Bauleistungen die Norm SIA 118 vereinbart, muss der Bauherr fällige Zahlungen innerhalb von dreissig Tagen leisten, sofern die Parteien im Werkvertrag nicht eine andere Zahlungsfrist vereinbart haben. Der Unternehmer hat den Bauherrn in Verzug zu setzen; erst ab diesem Zeitpunkt schuldet dieser einen Verzugszins (Art. 102 Abs. 1 OR). Massgebend für die Höhe des Verzugszinses ist der am Zahlungsort übliche Zinssatz für bankmässige Kontokorrentkredite an Unternehmer¹⁹.

10.Darstellung im Grundbuch

Art. 840 ZGB normiert die Gleichberechtigung mehrerer Bauhandwerkerpfandrechte auf dem gleichen Baugrundstück. Unabhängig davon, ob diese Pfandrechte an verschiedenen Tagen im Grundbuch eingetragen worden sind, haben sie untereinander einen Anspruch auf gleichmässige Befriedigung aus dem Grundpfand. Die Bauhandwerkerpfandrechte werden wie gleichrangige Grundpfandrechte behandelt (Art. 817 Abs. 2 ZGB). Trotz der Gleichberechtigung nach Art. 840 ZGB wird jedem Bauhandwerkerpfandrecht im Grundbuch aber fortlaufend eine Pfandstelle zugewiesen. Die Gleichstellung der Bauhandwerker wirkt sich erst bei der Verteilung aus, d.h. im Rahmen der Zwangsverwertung des Grundstücks²⁰.

Da die Bauhandwerkerpfandrechte ein Rangprivileg (Art. 840 ZGB) haben, kann in der Zwangsverwertung nicht auf die Rangfolge im Grundbuch abgestellt werden. Massgebend ist hier das Lastenverzeichnis. In der praktischen Grundbuchführung empfiehlt es sich, für die gesetzlichen Pfandrechte die gleiche Darstellung wie für die vertraglichen Pfandrechte vorzusehen. Dies ist so auch in Art. 118 Abs. 3 GBV ausdrücklich vorgesehen²¹.

III.Rechtsprechung

1.Schlichtungsverfahren

Für das Einklagen der Forderung, die dem Bauhandwerkerpfandrecht zugrunde liegt, ist kein vorgängiges Schlichtungsverfahren nötig, soweit die Klage gemeinsam mit der definitiven Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts geltend gemacht wird und sich die Klage gegen dieselbe Partei richtet. Dies ergibt sich gemäss dem Obergericht des Kantons Bern gestützt auf Art. 198 lit. h ZPO²². Das Obergericht des Kantons Zürich

¹⁷ Übernommen aus dem Grundbuch-Newsletter Nr. 7 des Grundbuch- und Vermessungsamts des Kantons Basel-Stadt vom 16.5.2017, unterzeichnet vom Grundbuchverwalter Dr. Amir Moshe. Vgl. dazu auch Christoph Thurnherr, Das Bauhandwerkerpfandrecht – eine aktuelle Übersicht unter Berücksichtigung der Baukreditüberwachungspraxis der Banken, ZBJV 2006, S. 918 f.; Rainer Schumacher (Fn. 11), S. 260 ff., N. 778 ff., sowie hinsichtlich der Belastung von Miteigentumsanteilen S. 250 ff., N. 746 ff.

¹⁸ Vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern, Justizkommission, vom 9.5.1989 = Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide, LGVE 1989 I, Nr. 8 = SJZ 1991, S. 246 = Kurzfassung von Roland Pfäffli in BN 1990, S. 126, Ziff. 41.

¹⁹ Vgl. Norm SIA 118:2013 Art. 190.

²⁰ Vgl. Rainer Schumacher (Fn. 11), S. 638 ff., N. 1744 ff.

²¹ Zur praktischen Umsetzung im Grundbuch vgl. Roland Pfäffli/Daniela Byland (Fn. 1), S. 96 f.

²² Urteil Nr. ZK 15 153 des Obergerichts des Kantons Bern, 2. Zivilkammer, vom 25.6.2015.



geht hingegen davon aus, dass in einem solchen Fall zwingend ein Schlichtungsverfahren durchzuführen ist²³.

2. Streitwert

Bei der Beschwerde betreffend die definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts handelt es sich um eine zivilrechtliche Streitigkeit in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit (vgl. Art. 72 Abs. 1 BGG). Diese ist vor Bundesgericht zulässig bei einem Streitwert von mindestens CHF 30000.– (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG).

Bei einem Streitwert von unter CHF 30000.– kann der Beschwerdeführer allerdings behaupten, dass es sich um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung handelt (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG). Liegt keine solche Rechtsfrage vor, kann mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (vgl. Art. 113 ff. BGG). Diesen Vorwurf prüft das Bundesgericht nicht von Amtes wegen, sondern nur soweit eine entsprechende Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet wird (Art. 106 Abs. 2 BGG). Im vorliegenden Fall trat das Bundesgericht auf die Beschwerde nicht ein²⁴. Das

Anwaltsrevue 2017 S. 459, 462

anschliessende Revisionsgesuch wies es ab, soweit darauf einzutreten war²⁵.

3. Passivlegitimation

Bei der Vormerkung einer vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ist grundsätzlich der im Grundbuch eingetragene Eigentümer passivlegitimiert (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB)²⁶. Ist ein Eigentumsübergang beim Grundbuchamt noch hängig, d.h. erst im Tagebuch eingeschrieben und noch nicht im Hauptbuch eingetragen, so ist dies ebenfalls zu berücksichtigen, da die Wirkung der Eigentumsänderung auf den Zeitpunkt der Einschreibung in das Tagebuch zurückbezogen wird (Art. 972 Abs. 2 ZGB). Der Grundbuchverwalter muss deshalb die Anmeldung eines richterlichen Urteils abweisen, sofern das Verfahren gegen den früheren Grundeigentümer geführt worden ist²⁷.

In einem ersten Fall wurde der Grundbuchverwalter angewiesen, eine vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf einem Grundstück im Eigentum des X vorzumerken. Im Grundbuch war zwar X als Eigentümer eingetragen (Übereinstimmung von Name und Vorname). Hingegen richtete sich das Verfahren gegen eine mit demselben Namen und Vornamen existierende Person, deren Geburtsdatum, Heimatort und Wohnadresse jedoch von denen des im Grundbuch eingetragenen Eigentümers abwichen. Der Grundbuchverwalter wies die Anmeldung des Gerichts ab, da das Verfügungsrecht gemäss Art. 965 ZGB fehlte²⁸.

Wird das Grundstück während des Prozesses veräussert, so kann der Erwerber anstelle des Veräusserers in den Prozess eintreten (Art. 83 Abs. 1 ZPO). Erfolgt kein Parteiwechsel zugunsten des Erwerbers, ist das Gesuch bzw. die Klage infolge fehlender Passivlegitimation abzuweisen. In einem zweiten Fall fand der Prozesseintritt des Erwerbers ordnungsgemäss statt, doch bewies der Bauhandwerker die

23 Urteil Nr. LB130063-O/U vom 17.9.2014 = BIZR 2014, S. 271 = Rainer Schumacher in Baurecht 2015, S. 165.

24 Urteil Nr. 5A_235/2017 des Bundesgerichts vom 14.8.2017.

25 Urteil Nr. 5F_19/2017 des Bundesgerichts vom 9.10.2017.

26 Vgl. Rainer Schumacher (Fn. 11), S. 539, N. 1466 ff.

27 Vgl. dazu Roland Pfäffli, in: Festschrift für Paul-Henri Steinauer, Bern 2013, S. 522, mit ausführlichen Hinweisen.

28 Verfügung des Departements Volkswirtschaft und Inneres des Kantons Aargau vom 14.2.2014.



viermonatige Frist zur Geltendmachung des Bauhandwerkerpfandrechts nicht. Daher wurde die Vormerkung der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts gelöscht²⁹.

4. Hilfeleistung durch das Gericht

Problematisch sind sodann Hilfeleistungen durch das Gericht, wie folgender Fall aus dem Kanton Schaffhausen illustriert: A und B waren Miteigentümer zu je ½ eines Grundstücks, auf welchem eine Unternehmerin Werkvertragsarbeiten verrichtet hatte. Da die Rechnung für diese Arbeiten nicht bezahlt wurde, stellte die Unternehmerin, vertreten durch ihren Anwalt, beim Gericht ein Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts als Vormerkung im Grundbuch. Das Gesuch richtete sich einzig gegen A als Grundeigentümer. Das Gericht nahm daraufhin Rücksprache mit dem Anwalt der Unternehmerin hinsichtlich der Passivlegitimation. Dies hatte zur Folge, dass der Anwalt das Gesuch noch innerhalb der Viermonatsfrist telefonisch auf B ausdehnte.

Gemäss Bundesgericht verletzt eine solche gerichtliche Hilfeleistung die Bestimmungen von Art. 30 Abs. 1 BV (richterliche Unparteilichkeit) bzw. Art. 6 Ziffer 1 EMRK. Eine Kontaktaufnahme mit der Gesuchstellerin rechtfertigte sich hier umso weniger, als diese anwaltlich vertreten war³⁰.

Rainer Schumacher bezeichnete dieses Vorgehen als «weit verbreitete Unsitte», welche durch das vorliegende Urteil hoffentlich endgültig gestoppt werde³¹. Mit der eigenständigen Verbesserung des Gesuchs verletzte das Gericht den Verhandlungsgrundsatz (Art. 55 Abs. 1 ZPO³²) und die Dispositionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO³³). Das Gericht darf nicht einseitig Partei zugunsten der Unternehmerin und indirekt zugunsten ihres Rechtsanwalts nehmen³⁴.

5. Miteigentum und Stockwerkeigentum

In einem weiteren Fall wurde beim Gericht ein Gesuch zur Vormerkung einer vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf einem Stammgrundstück eines in Stockwerkeigentum aufgeteilten Grundstücks eingereicht. Das Gericht verfügte von Amtes wegen eine anteilmässige Aufteilung der Forderung auf die einzelnen Stockwerkeinheiten, da die Belastung der Gesamtliegenschaft (Stammgrundstück) nicht mehr möglich war (Art. 648 Abs. 3 ZGB). Diese von Amtes wegen vorgenommene Aufteilung auf die einzelnen Stockwerkeinheiten war prozessual aber nicht statthaft, da sie die Dispositions- und Verhandlungsmaxime verletzte. Die Vormerkung auf den Stockwerkeinheiten wurde deshalb gelöscht³⁵.

²⁹ Urteil Nr. 1B 15 12 des Obergerichts des Kantons Luzern vom 20.10.2015.

³⁰ Urteil Nr. 5A_462/2013 des Bundesgerichts vom 12.11.2013 = Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht, SZZP 2014, S. 203 = Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht, ZZZ 2013, S. 214, mit redaktionellen Bemerkungen von Ivo Schwander, S. 215.

³¹ Vgl. Baurecht 2014, S. 164, Nr. 284: Er verglich die Hilfeleistung des Gerichts mit der «Hand Gottes» von Diego Armando Maradona, welcher am 22.6.1986 bei der Fussballweltmeisterschaft in Mexiko ein irreguläres Tor erzielte, das jedoch vom Schiedsrichter als gültiges Kopfballtor gewertet wurde.

³² «Die Parteien haben dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben.»

³³ «Das Gericht darf einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat.»

³⁴ Vgl. dazu ausführlich Rainer Schumacher, Bauhandwerkerpfandrechte: Besondere Herausforderungen an die Anwaltschaft, Anwaltsrevue 2014, S. 103 ff.

³⁵ Urteil Nr. 5A_299/2014 des Bundesgerichts vom 22.7.2014.

Steht ein Grundstück im Miteigentum bzw. Stockwerkeigentum, so ist ein Bauhandwerkerpfandrecht entweder auf dem Stammgrundstück oder anteilmässig auf einzelnen Mit- bzw. Stockwerkeigentumsanteilen einzutragen³⁶. Ist das Stammgrundstück zu belasten, so hat der Bau-

Anwaltsrevue 2017 S. 459, 463

handwerker sämtliche Miteigentümer bzw. Stockwerkeigentümer ins Recht zu fassen, ansonsten das Gesuch wegen mangelnder Passivlegitimation abzuweisen ist³⁷.

Bestehen bereits Grundpfandrechte oder Grundlasten an Miteigentumsanteilen, so können die Miteigentümer die Sache selbst (Stammgrundstück) nicht mehr mit solchen Rechten belasten (Art. 648 Abs. 3 ZGB). Sofern ein Grundstück in Stockwerkeigentum aufgeteilt ist, bedeutet dies folglich, dass das Stammgrundstück nicht mehr mit Grundpfandrechten belastet werden kann, sofern einzelne Stockwerkeinheiten schon verpfändet sind.

In einem entsprechenden Fall war die Begründung von Stockwerkeigentum zwar beim Grundbuchamt angemeldet (Aufnahme im Tagebuch), jedoch noch nicht im Hauptbuch eingetragen. Auch in einer solchen Konstellation muss der Bauhandwerker bzw. sein Anwalt zuerst überprüfen, ob die Stockwerkanteile bereits verpfändet sind. Die Wirkung des angemeldeten Geschäfts wird gemäss Art. 972 Abs. 2 ZGB und Art. 89 Abs. 3 GBV stets auf den Zeitpunkt der Einschreibung im Tagebuch zurückbezogen. Eine Belastung des Stammgrundstücks mit einem Bauhandwerkerpfandrecht oder mit einer Vormerkung einer vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts war in casu nicht zulässig, da einzelne Stockwerkeinheiten schon verpfändet waren³⁸.

6.Zuständigkeit

Gemäss Art. 6 Abs. 1 ZPO können die Kantone ein Fachgericht bezeichnen, das als einzige kantonale Instanz für handelsrechtliche Streitigkeiten zuständig ist. Ein solches Handelsgericht kennen derzeit vier Kantone, nämlich Aargau, Bern, St.Gallen und Zürich.

Bei der Anordnung einer vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts (als Vormerkung) handelt es sich um eine Anordnung gemäss Art. 6 Abs. 5 ZPO. Somit ist das Handelsgericht gemäss Art. 6 Abs. 2 ZPO für die Beurteilung entsprechender Gesuche zuständig, sofern die Hauptsache handelsrechtlicher Natur ist³⁹.

Es wird in diesem Zusammenhang verwiesen auf die Aufsätze von Fridolin Walther, Eintragung provisorischer Bauhandwerkerpfandrechte nach neuer ZPO – ein Fall für die Handelsgerichte?⁴⁰, und von Bernhard Berger, Verfahren vor dem Handelsgericht: ausgewählte Fragen, praktische Hinweise⁴¹.

36 Vgl. BGE 126 III 462 = ZBGR 2001, S. 304 = Heinz Rey in ZBJV 2002, S. 166.

37 Urteil Nr. 11 08 85 des Obergerichts des Kantons Luzern vom 9.7.2008 = Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide, LGVE 2008 I, Nr. 27.

38 Urteil Nr. 5A_227/2007 des Bundesgerichts vom 11.1.2008 = Rainer Schumacher in Baurecht 2008, S. 76, Nr. 155.

39 Urteil Nr. 5A_453/2011 des Bundesgerichts vom 9.12.2011 = BGE 137 III 563 = ZBGR 2012, S. 124 = Rainer Schumacher in Baurecht 2012, S. 72 = Rainer Schumacher in Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht, SZPP 2012, S. 183 = Christoph Thurnherr in ZBGR 2012, S. 88 = Christian Oetiker in «ius.focus» 2012, Heft 5, S. 15.

40 In: Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht, SZPP 2011, S. 447 ff.

41 In: ZBJV 2012, S. 465 ff.



7. Vorläufige Eintragung

Der Entscheid, mit dem die provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (als Vormerkung) verweigert wird, ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Gegen solche Entscheide ist eine Beschwerde an das Bundesgericht zulässig.

Demgegenüber bildet der Entscheid, der die provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts bewilligt, einen Zwischenentscheid, der weder einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil für den betroffenen Grundeigentümer bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG), noch die Voraussetzungen gemäss Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG erfüllt. Gegen solche Entscheide kann keine Beschwerde beim Bundesgericht erhoben werden⁴².

Entscheide über superprovisorische Massnahmen sind grundsätzlich nicht mit Beschwerde beim Bundesgericht anfechtbar, da es an der Ausschöpfung des kantonalen Instanzenzugs im Sinne von Art. 75 Abs. 1 BGG mangelt und in aller Regel ein Rechtsschutzinteresse fehlt (Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG)⁴³.

8. Rechtsvorschlag

Gestützt auf einen definitiven Eintrag eines Bauhandwerkerpfandrechts kann der aus dem Pfandrecht berechnete Bauhandwerker eine Betreuung auf Grundpfandverwertung einleiten (Art. 151 ff. SchKG; Art. 85 ff. VZG). Der betriebene Grundeigentümer kann seinerseits Rechtsvorschlag erheben und sowohl das Bauhandwerkerpfandrecht als auch die Forderung des Bauunternehmers bestreiten.

In einem solchen Fall hat der Gläubiger gegenüber dem Gericht die Existenz des im Grundbuch eingetragenen Grundpfandrechts zu beweisen. Dies geschieht regelmässig mit einem Grundbuchauszug. Zudem muss er die Schuldsomme (Forderung) durch Vorlage eines rechtskräftigen Leistungsurteils – als definitiven Rechtsöffnungstitel – belegen. Das Urteil, das die definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts anordnet, stellt jedoch keinen solchen definitiven Rechtsöffnungstitel dar⁴⁴.

9. Belastetes Grundstück

Bei der Geltendmachung eines Bauhandwerkerpfandrechts ist im Antrag an das Grundbuchamt das zu belastende Grundstück stets genau anzugeben, d.h. der Name der Gemeinde und die Grundstücksnummer (Identifikation des Grundstücks gemäss Art. 18 Abs. 2 lit. a GBV). Dies gilt sowohl beim Gesuch um Vormerkung einer vorläufigen Eintragung als auch bei der Klage für die Eintragung des definitiven Grundpfandrechts als Grundpfandverschreibung.

Anwaltsrevue 2017 S. 459, 464

Haben die zu belastenden Grundstücke vor der Grundbuchanmeldung Änderungen erfahren (z.B. durch Grundstückvereinigung oder Parzellierung), muss dies der Gesuchsteller bzw. Kläger berücksichtigen. Der Richter kann nicht von Amtes wegen eine solche Bereinigung bzw. Richtigstellung vornehmen⁴⁵.

⁴² Urteil Nr. 5A_509/2011 des Bundesgerichts vom 18.10.2011 = BGE 137 III 589 = Praxis 2012, Nr. 50 = ZBGR 2012, S. 129 = Christoph Thurnherr in ZBGR 2012, S. 89 = Cordula Lötscher in «ius.focus» 2012, Heft 1, S. 4; Urteil Nr. 5A_541/2011 des Bundesgerichts vom 3.1.2012 = Anwaltsrevue 2012, S. 158; Urteil Nr. 5A_432/2013 des Bundesgerichts vom 24.6.2013; Urteil Nr. 5A_827/2015 des Bundesgerichts vom 4.3.2016.

⁴³ Urteil Nr. 4A_577/2011 des Bundesgerichts vom 4.10.2011 = BGE 137 III 417.

⁴⁴ Urteil Nr. 5A_195/2011 des Bundesgerichts vom 25.11.2011 = BGE 138 III 132 = Praxis 2012, Nr. 89.

⁴⁵ Urteil Nr. 11 08 38 des Obergerichts des Kantons Luzern vom 5.6.2008 = Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide, LGVE 2008 I, Nr. 30 = SJZ 2009, S. 341.



10. Bauten auf fremdem Boden

Verwendet jemand zu einem Bau eigenes Material auf fremdem Boden, so wird dieses Bestandteil des Grundstücks (Art. 671 Abs. 1 ZGB). Der Grundeigentümer hat – sofern wie im vorliegenden Fall eine Trennung von Material und Boden nicht möglich ist – eine angemessene Entschädigung zu leisten (Art. 672 Abs. 1 ZGB). Zur Sicherung der Entschädigung steht derjenigen Person, die mit dem Einverständnis des Grundeigentümers und im Vertrauen darauf gebaut hat, er werde das Grundstück erwerben können, ein gesetzliches Pfandrecht zu, und zwar analog dem Bauhandwerkerpfandrecht gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB⁴⁶.

11. Schiedsklausel

Sofern in einem Werkvertrag eine Schiedsklausel enthalten ist, erfasst diese auch das Verfahren um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts. Dies gilt allerdings nur dann, wenn der Schuldner der Werklohnforderung und der Eigentümer des zu belastenden Grundstücks identisch sind⁴⁷.

12. Glaubhaftmachung

Die Anforderungen an die Glaubhaftmachung im Rahmen des Verfahrens um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts sind zwar gering. Das herabgesetzte Beweismass ändert aber nichts an der Behauptungs- und Substanziierungslast des Gesuchstellers. Dieser muss in seinem Gesuch mit substantiierten Behauptungen seinen Anspruch auf ein Pfandrecht und dessen Dringlichkeit begründen. Unter anderem hat er die Arbeiten zeitlich und inhaltlich so genau zu umschreiben, dass beurteilt werden kann, ob es sich dabei um Vollendungsarbeiten im Sinne des Gesetzes oder um andere, nicht fristauslösende Verrichtungen handelt⁴⁸.

13. Hinreichende Sicherheit

Die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch darf nur erfolgen, wenn die Pfandsumme vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist. Die Eintragung kann nicht verlangt werden, wenn der Eigentümer für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet (Art. 839 Abs. 3 ZGB).

Die hinreichende Sicherheit (konkret ging es um eine Bankgarantie) muss allerdings qualitativ und quantitativ die gleiche Sicherheit bieten wie ein Bauhandwerkerpfandrecht. Somit müssen die Kapitalforderung, die Verzugszinsen und allfällige vertragliche Zinsen von der Bankgarantie vollumfänglich abgedeckt sein. Im vorliegenden Fall genügte die Bankgarantie nicht, da die Bezahlung der Verzugszinsen

⁴⁶ Urteil Nrn. 5A_160/2007 und 5A_161/2007 des Bundesgerichts vom 6.12.2007 = BGE 134 III 147 = La Semaine Judiciaire, Semjud 2008 I, S. 392 = Journal des Tribunaux, JdT 2008 I, S. 207 = Rainer Schumacher in Baurecht 2008, S. 78, Nr. 156 = Peter Jung in «ius.full», Forum für juristische Bildung 2008, S. 166.

⁴⁷ Urteil Nr. 4A_65/2015 des Bundesgerichts vom 28.9.2015 = BGE 141 III 444 = Tarkan Göksu in Baurecht 2016, S. 161.

⁴⁸ Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 13.2.2017 = BIZR 2017, S. 127; vgl. dazu das vorinstanzliche Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Audienz, vom 16.11.2016 = BIZR 2017, S. 125.



befristet war, obschon solche beim Bauhandwerkerpfandrecht unbeschränkt geschuldet sind⁴⁹.

In diesem Zusammenhang wird zudem verwiesen auf die Ausführungen von Meinrad Vetter und Matthias Brunner: Die hinreichende Sicherheit gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB⁵⁰.

14. Baureinigung

Die Baureinigung ist objektspezifisch und stellt einen festen Bestandteil der Bauausführung dar. Für die diesbezügliche Forderung – wie für den Gerüstbau und die Abbrucharbeiten – besteht ein Anspruch auf ein Bauhandwerkerpfandrecht gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziffer 3 ZGB⁵¹.

15. Bezeichnung des Gläubigers

Die Eintragung bzw. Vormerkung des Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch hat – wie bereits erwähnt – bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeit zu erfolgen (Art. 837 Abs. 2 ZGB). Im vorliegenden Fall war die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts als Vormerkung fristgerecht, allerdings unterlief dem Gericht hinsichtlich der Bezeichnung des Baupfandgläubigers ein Fehler. Der Fehler bestand darin, dass gegenüber dem Grundbuchamt als Pfandgläubiger «B.B.» angegeben wurde statt richtigerweise «B. AG». Der Vormerkung lag hinsichtlich des Gläubigers ein Versehen des Gerichts zugrunde. Es handelte sich folglich nicht um einen Schreibfehler des Grundbuchamts, der von Amtes wegen hätte berichtigt werden können (Art. 977 Abs. 3 ZGB sowie Art. 141 GBV).

Die Berichtigung der Parteibezeichnung musste somit vom Gericht neu verfügt werden. Grundsätzlich kann eine solche «Nachbesserung» nicht auf den Zeitpunkt der ersten (mangelhaften) Anmeldung zurückbezogen werden⁵², da die zeitliche Reihenfolge zu berücksichtigen ist, d.h. die Chronologie der Grundbuchanmeldungen (Art. 948 Abs. 1 ZGB sowie Art. 81 Abs. 2 lit. b GBV).

Der Wechsel eines Pfandrechtsgläubigers bei einer Grundpfandverschreibung erfolgt ausserbuchlich durch

Anwaltsrevue 2017 S. 459, 465

Zession. Das Grundbuch gibt somit nicht verbindlich Auskunft über den effektiven Gläubiger. Somit kommt dem Eintrag bezüglich der Person des Pfandgläubigers nicht die gleiche Wirkung zu wie dem Eintrag der Pfandbelastung und der Pfandsumme. Aus diesem Grund war es gerechtfertigt, dass die gerichtliche «Nachbesserung» auf den Tag zurückwirkte, an dem die frühere Eintragung vorgenommen worden war. Der Mangel konnte somit geheilt werden⁵³.

⁴⁹ Urteil Nr. 5A_838/2015 des Bundesgerichts vom 5.10.2016 = BGE 142 III 738 = Jörg Schmid/Annabelle Peschke in Baurecht 2017, S. 163 = Placidus Plattner in Baurecht 2017, S. 292.

⁵⁰ In: Jusletter vom 27.2.2016.

⁵¹ Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 14.1.2016 = Bettina Hürlimann-Kaup in Baurecht 2017, S. 162.

⁵² Vgl. Rainer Schumacher (Fn. 11), S. 507, N. 1386, in Verbindung mit S. 479 f., N. 1323.

⁵³ Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau, 3. Zivilkammer, vom 25.1.2016 = CAN, Zeitschrift für kantonale Rechtsprechung, 2017, S. 10.



16.Arrest

Der Gläubiger kann in gewissen Fällen für eine fällige Forderung, soweit diese nicht durch ein Pfand gedeckt ist, Vermögensstücke des Schuldners mit Arrest belegen lassen (Art. 271 Abs. 1 SchKG). Es stellte sich die Frage, ob eine Werklohnforderung, für welche die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch vorgemerkt war, mit Arrest belegt werden konnte.

Die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts als Vormerkung im Grundbuch lässt rechtlich noch kein Pfandrecht entstehen (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3; Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB). Dieses entsteht erst mit der definitiven Eintragung im Grundbuch als Grundpfandverschreibung. Die zur Diskussion stehende Werklohnforderung war somit nicht pfandgesichert im Sinne von Art. 271 Abs. 2 SchKG und konnte daher mit Arrest belegt werden⁵⁴.

⁵⁴ Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 6.10.2016 = BIZR 2016, S. 207 = Andreas Güngerich/Anita Miescher in «ius.focus» 2017, Heft 2, S. 23.