

# Neuerungen im Bauhandwerkerpfandrecht ab 1. Januar 2012

(KUB-SVIT: 8. März 2011)

**Christopher Tillman LL.M.**  
**Rechtsanwalt + Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht**

Lutz Rechtsanwälte  
Forchstr. 2 / Kreuzplatz  
Postfach 1467  
8032 Zürich

[www.lawyerlutz.ch](http://www.lawyerlutz.ch)

# Ziele

Die folgende Darstellung soll informieren über:

- Die wesentlichen Voraussetzungen des Bauhandwerkpfandrechts.
- Die wesentlichen Neuerungen des Bauhandwerkpfandrechts, die voraussichtlich am 1. Januar 2012 in Kraft treten.

# Inhaltsverzeichnis

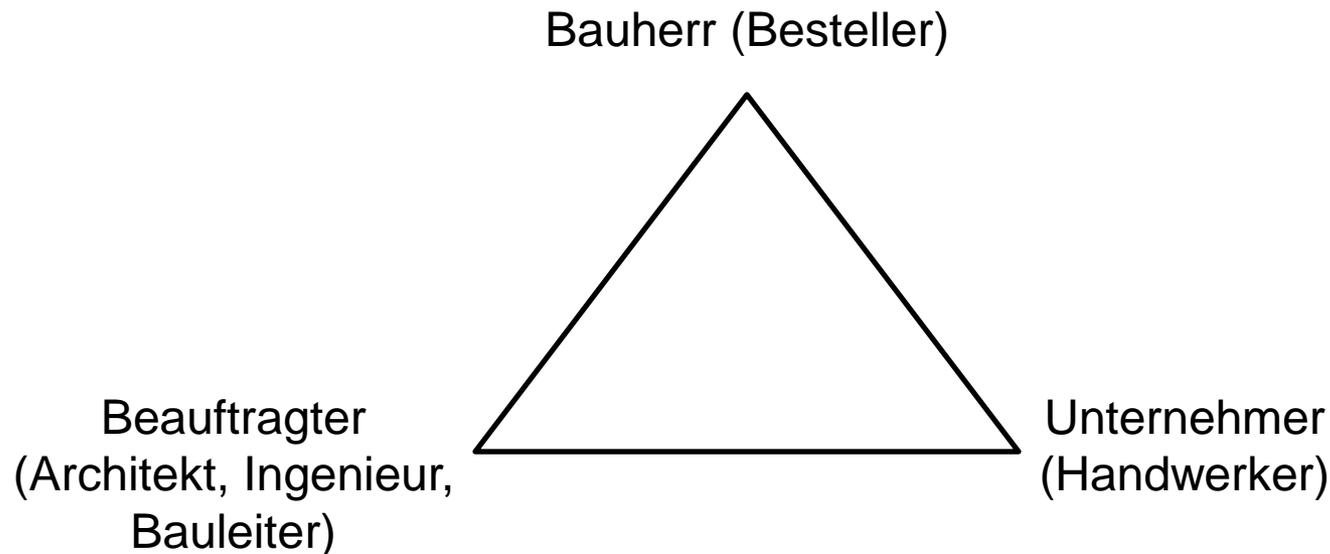
- A. Die Beteiligten im Werkvertrag
- B. Die Voraussetzungen des Bauhandwerkerpfandrechts und ihre Neuerungen ab 1.1.2012
- C. Mieter, Pächter, Dienstbarkeitsberechtigte usw. im Besonderen
- D. Pfandrang und Löschung des BHP
- E. Das Doppelzahlungsrisiko und vertragliche Schutzmassnahmen gegen das BHP

# Die Beteiligten im Werkvertrag

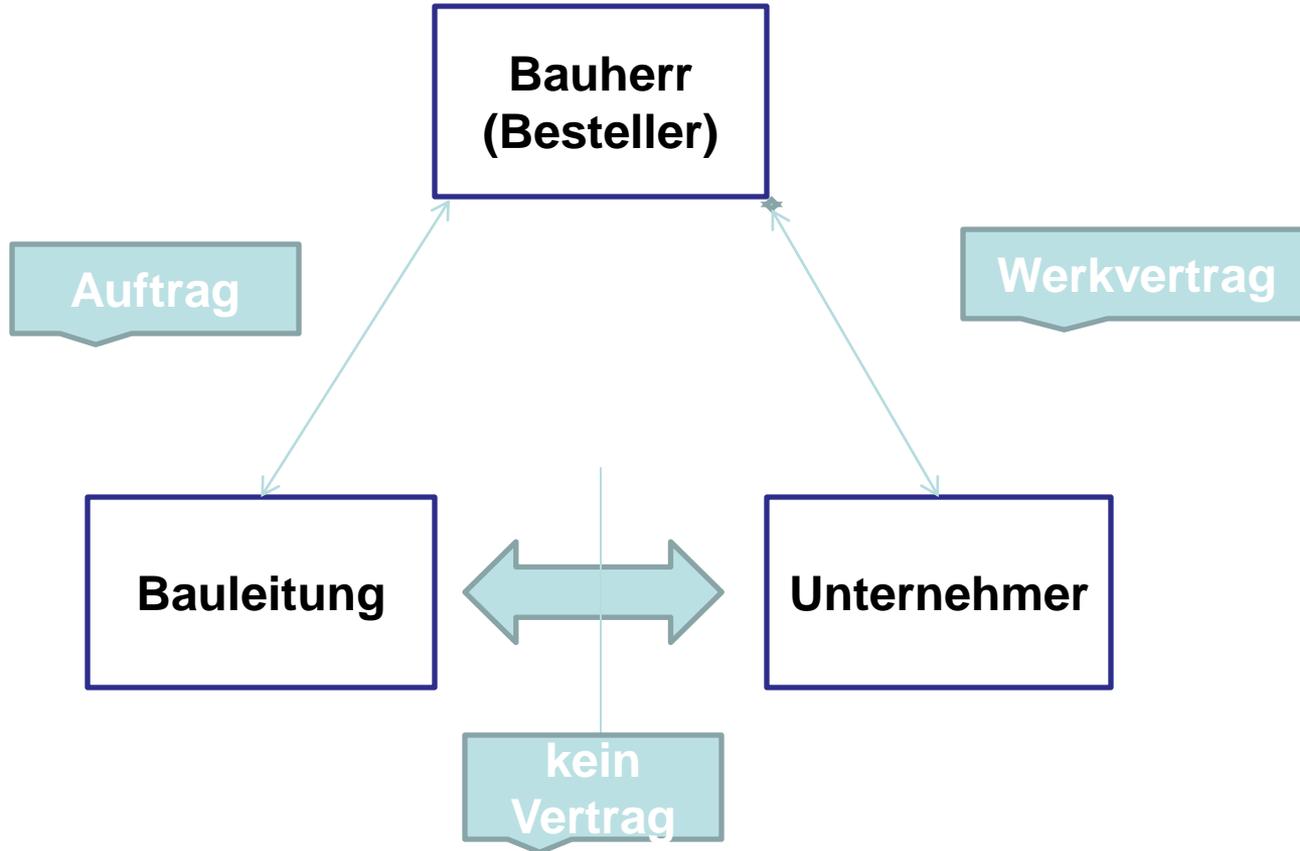


# Die Beteiligten im Werkvertrag (1)

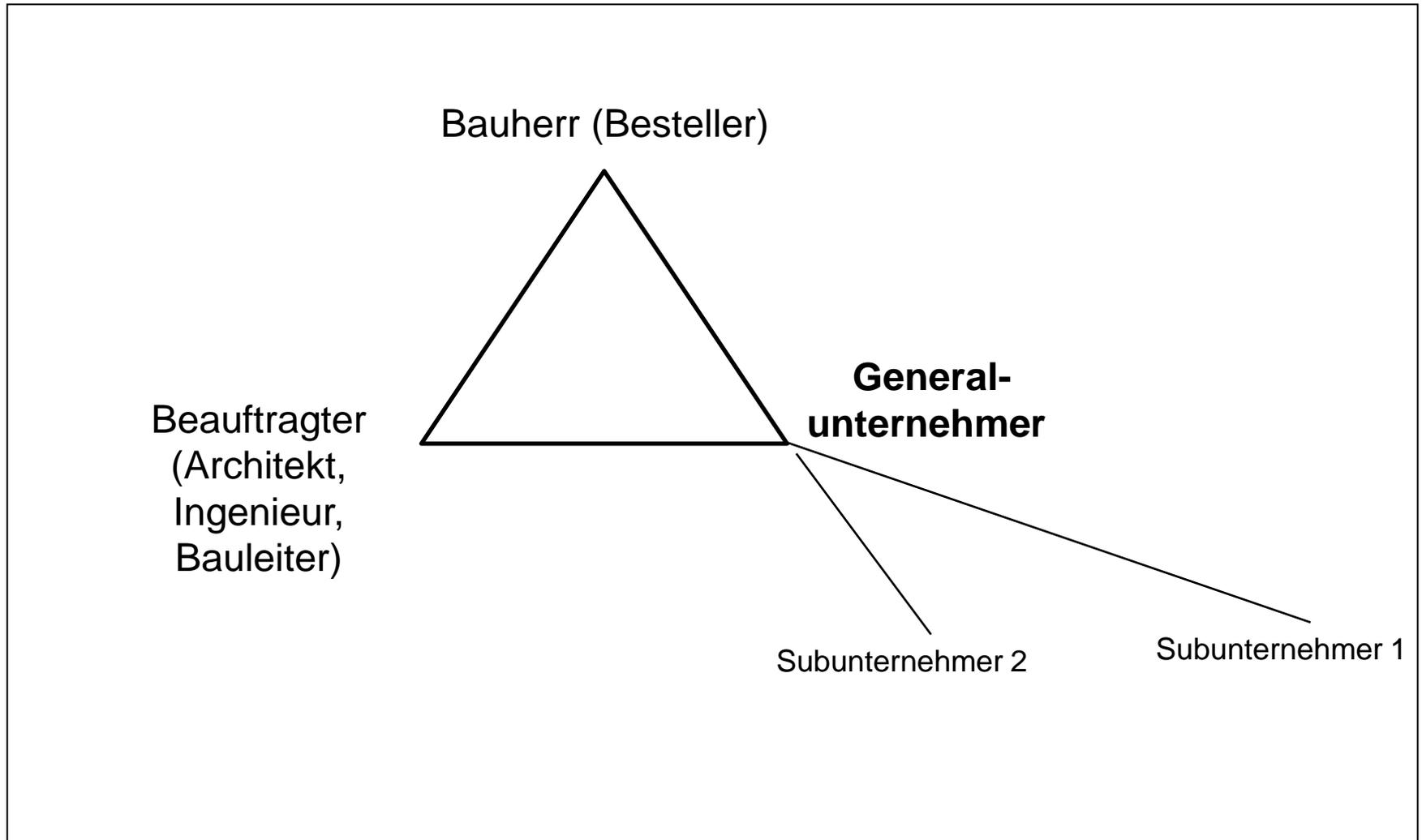
- Besteller (Bauherr)
- Unternehmer (Handwerker)
- Beauftragter (Architekt, Ingenieur, Bauleiter)



# Die Beteiligten im Werkvertrag (2)



# Die Beteiligten im Werkvertrag (3)



# Zweck des Bauhandwerkerpfandrecht (BHP)

- **Zweck:** Sicherung der Forderungen der Handwerker (Unternehmer); **auch Subunternehmer.**
- **Besonderes Schutzbedürfnis der Handwerker** besteht daher,
  - weil das eingebaute Material unmittelbar Bestandteil des Grundstücks wird und demnach in das Eigentum des Grundeigentümers fällt (**Akzessionsprinzip**, Art. 667 ZGB).
  - weil **Handwerker und Unternehmer vorleistungspflichtig sind** (Art. 372 Abs. 1 OR), sofern nichts anderes vereinbart.

# B. Die Voraussetzungen des Bauhandwerkerpfandrechts und ihre Neuerungen ab 1. Januar 2010



# Überblick der Voraussetzungen des BHP

1. Die pfandrechtsberechtigten Personen  
(Handwerker oder Unternehmer)
2. Die pfandrechtsberechtigende Bauleistung:
  - a. Lieferung von Material und Arbeit für Bauten oder Werke.
  - b. Arbeit alleine für Bauten oder Werke
3. Bestimmtes Grundstück als Pfandobjekt
4. Keine andere hinreichende Sicherheit
5. Fristgerechte Eintragung im Grundbuch
6. Mieter, Pächter, Dienstbarkeitsberechtigten im Besonderen

# 1. Handwerker oder Unternehmer (1)

## a) Grundfälle

- Anspruchsberechtigt sind:
  - Handwerker und Unternehmer (z.B. Schreiner, Dachdecker, Spengler, Maler), welche sich zur Ausführung spezieller Bauleistungen verpflichten.
  - Subunternehmer, Sub-Subunternehmer usw.
- Kein Pfandrechtsschutz:
  - Architekten, Ingenieure, Bauherrenberater, Anwälte
  - Arbeitnehmer.

# 1. Handwerker oder Unternehmer (2)

## **b) Spezialfall: Werkvertrag mit Mieter, Pächter und Dienstbarkeitsberechtigte**

- Handwerker oder Unternehmer, der einen **Mieter** zum Werkvertragsschuldner hat: Eintragung BHP beim Grundeigentümer (Vermieter): Art. 837 Abs. 2 nZGB.
- Siehe Titel C. hinten im Besonderen.

## 2. Die pfandberechtigte Bauleistung (1)

### a) Grundsatz

- Sicherung von Forderungen von Handwerkern und Unternehmern, welche
  - zu Bauten oder anderen Werken auf einem Grundstück
  - Material und Arbeit, oder
  - Arbeit alleingeliefert haben (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 nZGB).
  
- Hier keine Neuerung beim BHP.

## 2. Die pfandberechtigte Bauleistung (2)

### b) Bauten oder andere Werke

- = ober- oder unterirdische Bauten oder Anlagen.
- Neu- und Umbauten.
- Brücken, Strassen, Kanäle, Tunnels, Leitungen, Sportplätze.
- **Neu ab 2012 (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB):**
  - Forderungen aus Abbrucharbeiten
  - Forderungen Gerüstbau (bisher hat dies das Bundesgericht abgelehnt: BGE 131 III 300 ff. E. 4)
  - Forderungen aus Baugrubensicherung
  - „oder dergleichen“

## 2. Die pfandberechtigte Bauleistung (3)

- „**dergleichen**“ bezieht sich auf die Aufzählungen von „zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau und zur Baugrubensicherung oder dergleichen“.
- **D.h.:** alle mit diesen Aufzählungen ähnlichen Bauleistungen sind BHP-berechtigt, auch wenn diese nicht „Bauten oder andere Werke“ sind.
- **Fazit** (Lehrmeinung Peter Reetz, BR1/2010,122):
- BHP für alle, die auf einem Grundstück Arbeit leisten, z.B. Aufstellen der Bauprofile, Aufstellen Baukran etc.
- BHP auch bei blosser Lieferung von Material und Arbeit, keine Vorfabrikation für bestimmten Bau mehr nötig.

## 2. Die pfandberechtigte Bauleistung (4)

### c) Lieferung von Material und Arbeit oder Arbeit allein

- z.B. Hausanstrich mit Lieferung der Farbe
- z.B. Schreinerarbeiten mit Lieferung des Werkstoffes
- „**Handwerker-Arbeit**“ **ist immer erforderlich**, d.h. Werkvertrag; kein konkreter Mehrwert nötig!
- Leistung muss effektiv erfolgt und muss Bestandteil des Baugrundstückes geworden sein (Akzession).
- Nicht pfandgeschützt sind:
  - Blosser Materiallieferungen
  - Intellektuelle Leistungen
  - blosser Unterhaltsarbeiten

## 2. Die pfandberechtigte Bauleistung (5)

### **d) Keine reine Materiallieferung**

- Wie bisher schafft die reine Materiallieferung keine Pfandberechtigung (z.B. Kauf-Liefervertrag).
- Ausnahme (wie bisher):
  - Als pfandgeschützte Baulieferung gilt eine eigens für den Bau hergestellte und angepasste Sache.
  - z.B. Lieferung von Frischbeton (BGE 104 II 348, 351 E. 2.1).

## 3. Das Grundstück als Pfandobjekt (1)

### a) Gegen den jeweiligen Grundeigentümer

- Gegen diejenige Person, die zum Zeitpunkt der Bauhandwerkerpfandrechtserrichtung oder Klageeinreichung als Grundeigentümer im Grundbuch eingetragen ist.

### b) Pfandobjekt

- = dasjenige Grundstück, dem die Bauarbeiten zugute gekommen sind, auch (ZGB 655 II):
  - Baurecht im Sinne von Art. 675 und 779 ff. ZGB.
  - Miteigentumsanteile an Grundstücken (ZGB 943).

## 3. Das Grundstück als Pfandobjekt (2)

### c) Sonderfälle hinsichtlich des Pfandobjekts

#### • **Mit- und Stockwerkeigentum:**

– Wahlrecht der Handwerker, ob sie

- Das Bauhandwerkerpfandrecht auf der Gesamtliegenschaft belasten (auf dem Miteigentum);
- Das Bauhandwerkerpfandrecht entsprechend der Wertquoten auf jedem Miteigentums- resp. Stockwerkeigentumsanteil je einzeln belasten.

(BGE 126 III 462 ff. E. 2b, 125 III 113 ff. E. 3a)

– Bauarbeiten nur an Stockwerkeigentumseinheit:

- Nur Bauhandwerkerpfandrecht eintragen an der betroffenen Stockwerkeigentumseinheit (BGE 126 III 462 ff. E. 2b; 125 III 113 ff. E. 3a)

# 3. Das Grundstück als Pfandobjekt (3)

- **Gesamtüberbauungen**

- **Voraussetzung:** Ein einziger Werkvertrag für Bauleistungen auf mehreren (meist benachbarten) Grundstücken.
- **Frage:** Kann ein Gesamtpfandrecht über alle einzelnen Grundstücke für die ganze Forderung errichtet werden?
- **Lösung:** Nein! D.h. jedes Grundstück ist einzeln mit einem betragsmässig einzeln bestimmten Bauhandwerkerpfandrecht zu belasten (BGE 102 1a 81 ff. E. 2b; BGE 119 II 421 ff. E. 2).
- **Keine Änderung im neuen Recht!**

### 3. Das Grundstück als Pfandobjekt (4)

- **Baurecht im Sinne von Art. 675, 779 ff., 655 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB:**
  - Nicht das Grundstück, sondern nur das dieses belastende Baurecht selbst (Baurechts-Grundstücksblatt im Grundbuch) bildet Gegenstand des BHP.  
(Christopher Thurnherr, Das Bauhandwerkerpfandrecht, ZBJV 2006, S. 909 ff., 919)
  - Keine Änderung im neuen Recht!

# 3. Das Grundstück als Pfandobjekt (5)

- **Verwaltungsvermögen und öffentliche Sachen im Gemeingebrauch**
  - **Geltendes Recht:**
    - **Kein Eintrag eines BHP möglich** (BGE 103 II 227 ff., E. 4; 124 III 337 ff. E. 6; 120 II 321 ff. E. 2b; 108 II 305 ff. E.1)
    - **Ausnahmen:**
      - wenn der Staat eine privatwirtschaftliche Tätigkeit gesetzlich zur öffentlichen Aufgabe macht und Leistungen anbietet, die auch von Privaten zu gleichen Bedingungen erbracht werden (BGE 120 II 321 ff. E. 2h, Grundstück der aargauischen Kantonalbank)
      - Grundstücke des Gemeinwesens, die zum Finanzvermögen gehören (Sozialer Wohnungsbau, Hallenbad, Kunsteisbahn usw.)

# 3. Das Grundstück als Pfandobjekt (6)

## – Neues Recht ab 2012:

- Wie bisher keine Eintragung eines BHP möglich.
- Aber neu einfache Bürgschaft des Staates von Gesetzes wegen (Art. 839 Abs. 4, 5 und 6 ZGB).
- Der Staat haftet nach den Bestimmungen über die einfache Bürgschaft (Art. 492 ff. OR, Art. 495 OR), wenn Forderungen von Subunternehmern, welche auf einem staatlichen Grundstück im Verwaltungsvermögen Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben, unbezahlt bleiben.
- Geltendmachung **spätestens 4 Monate nach Vollendung** der Arbeit, **schriftlich**, und unter **schriftlichem Hinweis auf die „gesetzliche Bürgschaft“**.  
**=> Grosse Tücke in der Praxis! (Rechtsfalle!)**

## 4. Keine andere hinreichende Sicherheit (1)

- Der Anspruch der Baugläubiger auf Eintragung eines BHP ist nur **subsidiärer Natur** (BK-Leemann, Art. 837 N 2).
- Die Eintragung eines BHP kann nicht verlangt werden, wenn der „Eigentümer für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet“ (Art. 839 Abs. 3 ZGB, Art. 22 Abs. 3 GBV).
- D.h. der Grundeigentümer kann **nach seiner Wahl das BHP abwehren** durch eine **Hinterlegung, Bürgschaft, Bankgarantie oder ein vertragliches Grundpfandrecht** (von Tuhr/Peter, OR-AT, 1. Bd. 3. A, Zürich 1979, 139 f.)

## 4. Keine andere hinreichende Sicherheit (2)

- „Hinreichende Sicherheit“ = Forderung ist unzweifelhaft genügend gesichert, d.h. die Forderung muss vollumfänglich inkl. Zinsen gesichert sein.  
(BGE 97 I 209 ff, E. 2; 121 III 445 ff. E. 5a).
- Bei Bürgschaften werden nur Solidarbürgschaften i.S.v. Art. 496 OR (nicht einfache Bürgschaften) als hinreichend betrachtet.  
(BK-Zobl, Art. 884-887 ZGB, Syst. Teil N 1100).

## 4. Keine andere hinreichende Sicherheit (3)

- Der Handwerker/Unternehmer kann nicht anstelle BHP andere Sicherheit verlangen; nur Wahlrecht Grundeigentümer.

(BGE 124 III 337 f).

- Im neuen Recht: keine Änderungen!

## 5. Fristgerechte Eintragung im Grundbuch (1)

- **Neu:** Eintragung von BHP bis spätestens 4 Monate (nicht mehr nur 3 Monate) nach der Vollendung der Arbeit.  
(Art. 839 Abs. 2, 4 und 5 nZGB)
- 4 Monate = Verwirkungsfrist.
- Fristeinhaltung = Eintragung des Pfandrechts im Tagebuch des Grundbuches erforderlich,
  - d.h. es genügt nicht, wenn die Eintragung des BHP während der Frist von lediglich verlangt wird (z.B. Poststempel innert der Frist).

## 5. Fristgerechte Eintragung im Grundbuch (2)

- Bei vorzeitiger Auflösung des Werkvertrages läuft die 4-Monatsfrist vom Zeitpunkt der Vertragsauflösung an zu laufen.
- Wird aber später (im Einverständnis mit dem Besteller) trotzdem noch Arbeiten geleistet, wird auf das effektive Ende der Leistungen abgestellt.
- Beim Stockwerkeigentum:
  - Unterscheidung bei Bauleistungen für
    - Gemeinschaftliche Bauteile: Frist beginnt einheitlich mit Fertigstellung der entsprechenden Arbeiten.
    - Einzelne Stockwerkeinheiten: Frist beginnt mit Abschluss der Arbeiten hinsichtlich der jeweiligen Einheit.

## 6. Mieter, Pächter usw. als Besteller (1)

- Mieter, Pächter und andere am Grundstück berechnigte, die Bauleistungen bestellt haben, haben Anspruch auf Eintragung des BHP, wenn:
  - Der Grundeigentümer **vorgängig seine Zustimmung** zur Ausführung der Arbeiten erteilt hat (wie bisher: BGE 126 III 505 ff.; 116 II 677 ff.).
  - **Nicht mehr zusätzliche Voraussetzung** in der BHP-Revision ist, wie das bisher der Fall war:
    - Akzession (Verbindung) mit dem Grundstück (mit der Revision des BHP ist diese Voraussetzung generell abgeschafft worden, vgl. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB).
    - Dauernde Vermehrung des Grundstückwertes (vgl. BGE 116 II 677 E. 4c am Ende).

## 6. Mieter, Pächter usw. als Besteller (2)

- „Andere Berechtigte“ = Wohnrechtsberechtigte, Nutzniesser, Dienstbarkeitsberechtigte.
- Zustimmung des Grundeigentümers muss **nicht zwingend schriftlich** erfolgen (BGer 5C.208/2004). Das gilt weiterhin so auch ab 1.1.2012.
- Empfehlung:
  - Zustimmungserfordernis in Mietverträge schreiben.
  - Vorgängige schriftliche Zustimmung des Grundeigentümers (Vermieter) verlangen. Dies mit Vorlage eines Bauhandwerkerverzeichnis.

# Fazit der Neuerungen beim BHP

- Es ist nur eine bescheidene Reform (Facelifting).
- Die Stellung des Unternehmers wird verbessert.
- Die Leistungskategorien, welche bauhandwerkerpfandrechtlich geschützt sind, sind ausgeweitet worden (Abbrucharbeiten, Gerüstbauer, Baugrubensicherung, kein abschliessender Katalog).
- Eintragung BHP ins Grundbuch neu 4 Monate nach Vollendung der Arbeit.
- Verschärfung der Haftung des Staates, sofern betr. Grundstücke im Verwaltungsvermögen.

# D. Pfandrang und Löschung des BHP



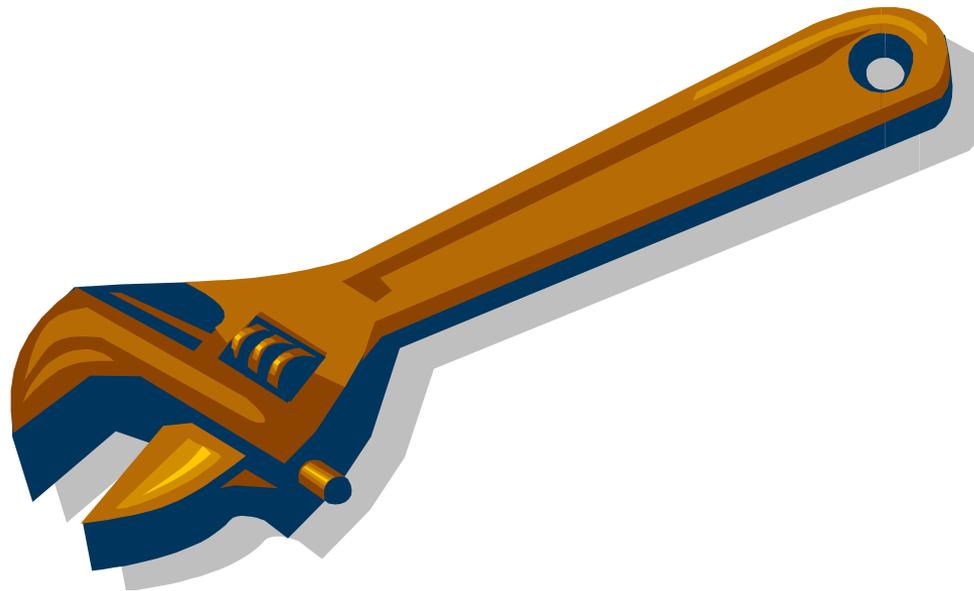
# 1. Der Rang des Bauhandwerkerpfandrechts

- **Grundsatz der Alterspriorität:** Der Rang des BHP bestimmt sich nach dem Datum der Eintragung in das Grundbuch (Art. 972 ZGB).
- **Fazit:** BHP gehen vorrangigen Grundpfandrechten nach.
- **Lösung:** Alle Baugläubiger haben den gleichen Anspruch auf Befriedigung, unabhängig vom formellen Rang ihrer Pfandrechte (Art. 840 ZGB).
- Keine Neuerungen mit der BHP-Revision!

## 2. Löschung des BHP

- **2 Möglichkeiten:**
  - Schriftliche Einwilligung des Berechtigten, d.h. des eingetragenen Pfandgläubigers (Art. 964 Abs. 1 ZGB).
  - Grundbuchberichtigungsklage des Grundeigentümers (Art. 975 Abs. 1 ZGB): Beleg der erfolgten Zahlung oder Sicherheitsleistung nötig.
- **Keine Neuerungen mit der BHP-Revision.**

# D. Das Doppelzahlungsrisiko und vertragliche Schutzmassnahmen gegen das BHP



# Doppelzahlungsrisiko (1)

## Problemstellung

- **Grund:** Nicht nur der Unternehmer, sondern auch der Subunternehmer haben einen direkten Anspruch auf Pfanderrichtung.
- **Folge:** Der Grundeigentümer zahlt doppelt, mehrfach oder noch mehr, wenn er die Zwangsverwertung seines Grundstücks verhindern will.
- Der Subunternehmer hat selbst dann Anspruch auf ein BHP, wenn der Grundeigentümer den Unternehmer oder GU bereits bezahlt hat.

# Doppelzahlungsrisiko (2)

## Mehrere BHP für die gleiche Bauleistung

- Auch wenn der Unternehmer/GU BHP hat eintragen lassen, kann Subunternehmer für die gleiche Forderung BHP eintragen lassen (BGE 95 II 87 ff.).
- Subunternehmer hat Anspruch auf BHP-Eintrag, wenn
  - Der Grundeigentümer gar nicht wusste, dass Subunternehmer beigezogen wurden, und
  - Der Beizug von Subunternehmer werkvertraglich verboten wurde (BGE 105 II 264 ff. E.2).

# Vertragliche Schutzmassnahmen (1)

- Vereinbarung einer Verpflichtung des Unternehmers / GU zur Sicherheitsleistung im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB für den Fall, dass von Subunternehmern BHP angemeldet wurden.
- Vereinbarung einer vom Unternehmer / GU beizubringenden Bankgarantie (Gewährleistungsgarantie; Werkgarantie)
  - ⇒ Bank verpflichtet sich, BHP abzulösen.
- Vereinbarung Rückbehalt bis (neu) 5 Monate nach Abnahme resp. bis keine BHP mehr eingetragen.

## Vertragliche Schutzmassnahmen (2)

- Vereinbarung von **Direktzahlungen** des Bauherren / Grundeigentümers an den Subunternehmer.
- Verpflichtung des Unternehmers / GU bei Eintragungen von BHP sämtliche **Umtriebskosten des Grundeigentümers, insbesondere Anwaltskosten** eines vom Grundeigentümer beigezogenen Anwaltes, im Zusammenhang mit der gerichtlichen Auseinandersetzung bis zur Löschung des BHP, vollständig zu übernehmen.

## Vertragliche Schutzmassnahmen (3)

- **Einsetzung eines Bautreuhänders:** Zahlungen werden direkt an den Unternehmer geleistet, wobei der Bautreuhänder die korrekte Verwendung des Baukredites beaufsichtigt.
- **Vereinbarung einer seriösen Baukreditüberwachung** der kreditgebenden Bank des Unternehmers / GU mit Zustimmung der Bank (welche daran ja auch ein Eigeninteresse hat) mit Baufortschrittkontrolle.
  - Sämtliche Zahlungen werden über ein GU-Konto = Baukreditkonto geführt.
  - Kontoführung entweder durch a) GU-Bank oder b) unabhängige Drittbank.

# Vertragliche Schutzmassnahmen (4)

## Fazit:

- Standardverträge des Baugewerbes und des SIA sind **nicht bauherrenfreundlich**. U.a. keine Prävention gegen BHP vorhanden.
- Prävention gegen BHP-Risiko durch **zweckmässige rechtliche Vertragsgestaltung** möglich.
- **Aber:** ein absoluter Schutz gegen BHP und Doppelzahlungsrisiko ist nicht möglich.

Danke für Ihre Aufmerksamkeit ! Fragen ?

**Christopher Tillman LL.M., Rechtsanwalt**  
Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht

**Lutz Rechtsanwälte**

Forchstrasse 2 / Kreuzplatz

8032 Zürich

Tel. 044 560 80 80

[www.lawyerlutz.ch](http://www.lawyerlutz.ch)