

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	32 (1913)
Artikel:	Das Baugläubigerpfandrecht im schweizerischen ZGB
Autor:	Scheidegger, Otto
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896527

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 04.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Das Baugläubigerpfandrecht im schweizerischen ZGB.¹⁾

Von Dr. OTTO SCHEIDEgger in Basel.

Die Machinationen, welche man allgemein unter dem Namen „Bauschwindel“ zusammenzufassen pflegt, lassen sich auf folgende beiden Grundtypen zurückführen:

Entweder bestellt der Eigentümer einen insolventen Unternehmer, der mit den Handwerkern kontrahiert; den vom Eigentümer erhaltenen viel zu niedrig bemessenen Werklohn verbraucht der Unternehmer für sich und die Handwerker bekommen, abgesehen von kleinen Abschlagszahlungen, nichts, da sie sich nur an den insolventen Unternehmer als ihren Schuldner halten können;

Oder der Spekulant verkauft die Baustelle zu einem weit übersetzten Preise einem insolventen Unternehmer, er verschafft diesem einen Teil der nötigen Baugelder, damit der Bau begonnen werden kann. Sowohl für den Kaufpreis wie für das Baugeld lässt er sich Hypotheken einräumen. Kann nun der Unternehmer das fertige Haus nicht etwa wegen günstiger Konjunktur so teuer verkaufen, dass sowohl die Forderungen des Verkäufers wie diejenigen der Handwerker gedeckt werden, so tritt die Zwangsvollstreckung ein; der Verkäufer kauft das Haus an der Gant zurück, verrechnet den Kaufpreis mit seiner Hypothek und die Handwerker gehen leer aus.

Das ZGB hat durch die Art. 837 ff. versucht, diesen Manövern ein Ende zu machen. Die Mittel, die es dazu angewandt hat, sind zum Teil bereits bekannte, zum Teil durchaus originelle.

¹⁾ Nach einem im Basler Juristenverein gehaltenen Vortrage.

Ein schon in gewisser Form im römischen Recht, dann im französischen Code civil (Art. 2103) und in manchen deutschen Gesetzen, worunter auch im BGB § 648 angewandtes Mittel ist die Gewährung eines gesetzlichen Anspruchs an die Baugläubiger auf Einräumung eines Pfandrechts. Dieses Mittel ist aber immer wirkungslos geblieben, da es dem Spekulanten immer möglich ist zu bewirken, dass die Pfandrechte der Handwerker einen derart hohen Rang erhalten, dass sie bei der Zwangsvollstreckung ausfallen müssen.

Das zweite Mittel verunmöglicht die erste der oben genannten Arten des Schwindels, das Einschieben des mittellosen Unternehmers zwischen Eigentümer und Handwerker. Dieses Mittel, das bis jetzt nur in den Vereinigten Staaten von Nord-Amerika und in Deutschland durch das „Reichsgesetz über die Sicherung der Bauforderungen“ vom 1. Juni 1909 eingeführt ist, ist die Gewährung des Anspruchs auf Bestellung eines Pfandrechtes an diejenigen Baugläubiger, die nicht mit dem Eigentümer selbst kontrahiert haben.

Das dritte Mittel ist etwas ganz Neues; es soll die zweite Art des Schwindels, den Verkauf der Baustelle an einen mittellosen Unternehmer unter Vorbehalt hoher Hypotheken, verhindern; es ist das Anfechtungsrecht der zu Verlust gekommenen Baugläubiger gegenüber vorgehenden Pfandgläubigern.

Für das schweizerische Recht ist das gesamte Institut des Bauhandwerkerpfandrechtes neu; es bringt in der Art, wie es vom ZGB ausgestaltet wurde, mannigfache und einschneidende Neuerungen mit sich; trotzdem hat es das ZGB nur ganz summarisch geregelt, so dass es bei seiner Anwendung in der Praxis manche Schwierigkeiten bieten wird. Es scheint mir daher einer näheren Untersuchung wert zu sein; es soll jedoch in Nachstehendem nicht eine abgeschlossene systematische Darstellung des gesamten Baugläubigerpfandrechts gegeben werden, son-

dern es sollen nur die für die Praxis wichtigsten Fragen erörtert werden.

In der Literatur ist das Bauhandwerkerpfandrecht des ZGB nur sehr spärlich behandelt. Es sei hier insbesondere verwiesen auf die Kommentare von Wieland: „Sachenrecht“ ad Art. 837—841, Ostertag: „Sachenrecht“ ad Art. 961 und Rossel et Mentha: *Manuel du droit civil suisse* S. 254—260. An Monographien sind zu nennen: die Arbeiten von Hellmüller, Egger, Meili, Karrer. Dieselben beschäftigen sich jedoch mit dem Bauhandwerkerpfandrecht, wie es in den Entwürfen zum ZGB geregelt war, und behandeln die Frage daher *de lege ferenda* unter besonderer Berücksichtigung der wirtschaftlichen Seite des Instituts. Auf die ausländische Literatur kann nur wenig abgestellt werden, da die Regelung im ZGB zu sehr abweicht von derjenigen in den ausländischen Gesetzen²⁾.

§ 1.

Die Voraussetzungen für die Entstehung des Anspruchs auf Eintragung eines Baugläubigerpfandrechts.

a) Das Gesetz gewährt den gesetzlichen Anspruch auf das Baugläubigerpfandrecht den Handwerkern und Unternehmern (Art. 837, Abs. 1, Ziff. 3). Der Begriff Handwerker und Unternehmer, für den eine nähere Umbeschreibung nicht gegeben wird, ist äusserst unpräzis; ein juristischer Begriff ist er nicht. Ähnlich ungenau spricht sich der französische Code civil, Art. 2103, Abs. 1, Ziff. 4, aus, während das deutsche BGB § 648 den juristisch genauen Ausdruck „Unternehmer“ gebraucht; wobei der Ausdruck in der Gesetzesprache des BGB diejenige Per-

²⁾ Vergl. über das deutsche Gesetz den Artikel von Oermann im Handwörterbuch d. Staatswissenschaften, herausgegeben von Conrad, Levis, etc. Bd VII sub verbo: „Sicherung der Bauforderungen“ und die dort citierte Literatur, und über die amerikanische Gesetzgebung und Judikatur: Salomonsohn: *Der gesetzliche Schutz der Baugläubiger in den Vereinigten Staaten von Nord-Amerika*.

son bedeutet, die sich durch einen Werkvertrag zur Ausführung eines Werkes verpflichtet hat.

Das ZGB verbindet jedoch mit dem Ausdruck „Handwerker und Unternehmer“ keinen bestimmten Begriff. Würde es nur von „Unternehmern“ sprechen, so könnte man annehmen, es sei damit der Unternehmer im Sinne von Art. 363 OR gemeint; die Beifügung des Wortes „Handwerker“ weist jedoch darauf hin, dass das Gesetz nicht einen Ausdruck verwenden wollte, der einen bestimmt ausgeprägten juristischen Inhalt hat, sondern dass es einfach den Sprachgebrauch des täglichen Lebens verwendet hat. Dieser Sprachgebrauch ist naturgemäß unbestimmt; es wird daher Aufgabe der Praxis sein, festzustellen, wer alles unter die „Handwerker und Unternehmer“ zu subsumieren sein wird. Im allgemeinen lässt sich folgendes sagen:

Unter Handwerkern und Unternehmern versteht man im täglichen Leben Leute, welche sich durch Werkverträge zur Ausführung von bestimmten Arbeiten gegen Vergütung verpflichten. Daraus folgt, dass das ZGB den Anspruch auf ein Baupfandrecht nur Personen gewähren wollte, die auf Grund eines Werkvertrages Leistungen für einen Bau machen; Leute, die auf Grund anderer Verträge als Werkverträge Leistungen für ein Werk machen, sind im allgemeinen keine Handwerker oder Unternehmer. Ausgeschlossen vom Privileg sind somit Personen, die auf Grund von Dienstvertrag³⁾), sowie solche, die auf Grund irgend eines andern Rechtsverhältnisses, z. B. als Beauftragte oder als Geschäftsführer ohne Auftrag, Leistungen machen. Die ersten bezeichnet man im täglichen Leben als Arbeiter und die letztern werden im allgemeinen keine Handwerker und Unternehmer sein, sondern irgendwelche Privatpersonen, die nicht um eigenen Gewinnes willen, sondern im Interesse des Eigen-

³⁾ Gleicher Ansicht Erläuterungen a. a. O. S. 265, Wieland: a. a. O. N. 7 a ad Art. 837.

tümers gelegentlich (z. B. der Nachbar lässt in Abwesenheit des Eigentümers an dessen Haus als Geschäftsführer ohne Auftrag eine dringende Reparatur vornehmen) eine Leistung für ein Werk erbringen. Es würde in diesen Fällen auch die *ratio legis* fehlen, welche zur Gewährung des Pfandrechts an die Handwerker und Unternehmer geführt hat. Die auf Grund eines Dienstvertrages Arbeitenden werden nämlich meistens in kurzen Zwischenräumen abgelohnt und diejenigen, die auf Grund eines sonstigen Rechtsverhältnisses Leistungen erbringen, tun es im allgemeinen nicht, um etwas zu verdienen, sind daher nicht wie die Handwerker und Unternehmer gezwungen Kredit zu gewähren. Daher lag für den Gesetzgeber kein Grund vor, diesen Leuten einen besondern ausnahmsweisen Schutz zu gewähren.

Der Anspruch besteht somit nur auf Grund eines Werkvertrages mit Ausnahme des unten sub d i. f. genannten Falles, wo auch ein Kaufvertrag den Anspruch gewähren kann.

Zu eng wäre es jedoch, wenn man auf Grund des Sprachgebrauchs des täglichen Lebens den Ausdruck „Handwerker und Unternehmer“ dahin interpretieren wollte, dass nur diejenigen Personen den Anspruch auf das Pfandrecht erhalten können, welche den Beruf eines Handwerkers oder Unternehmers betreiben. Das Baugläubigerpfandrecht ist zwar zum Schutze einer bestimmten Berufsklasse, der Handwerker und Unternehmer, eingeführt worden; doch kann nicht zweifelhaft sein, dass dadurch nicht eine Art ständischen Privilegs geschaffen werden sollte, sondern dass der Anspruch auf das Pfandrecht jedermann zusteht, der die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, habe er nun als berufsmässiger Handwerker oder Unternehmer oder als Privatmann nur gelegentlich eine Leistung für ein Werk gemacht.

b) Die Leistungen des Anspruchsberechtigten müssen zu „Bauten oder anderen Werken“ erfolgen. Nicht nur Leistungen zu Häuserbauten gewähren demnach

den Anspruch, sondern Leistungen zu irgendwelchen Veränderungen der Erdoberfläche, z. B. Kanalbauten, Meliorationen landwirtschaftlicher Grundstücke, Erstellung von Brücken, Dämmen, Uferschutzbauten, Tunnelbauten etc.⁴⁾ Gleichgültig ist es ferner, ob es sich um Neubauten, Umbauten oder blosse Reparaturen handelt; auch auf die Grösse der Reparaturen kommt es nicht an. Ich sehe z. B. kein Hindernis dafür, dass jeder Tapezierer, der im Auftrag des Eigentümers ein Zimmer tapeziert, ein Pfandrecht beanspruchen kann. Wir können auf diese Weise Pfandrechte im Grundbuch eingetragen erhalten in der Höhe von z. B. Fr. 20. — und weniger. (Ebenso Erläuterungen S. 265; Wieland a. a. O. N. 6 zu Art. 837 und die dort angeführte Literatur.)

Was alles unter „Bauten und andere Werke“ subsumiert werden muß, kann hier nicht untersucht werden; die Praxis wird, wie in analogen Fällen, z. B. bei der Entwicklung des Begriffes „Werk“ in Art. 67 altes OR, eine reiche Kasuistik schaffen.

c) Die Bauten oder andern Werke müssen sich auf einem Grundstücke befinden. Das Wort Grundstück ist in dem in Art. 943 ZGB definierten Sinne gebraucht. Das ergibt sich daraus, dass ein Grundpfandrecht nur an Teilen der Erdoberfläche oder an Rechten entstehen kann, die im Grundbuch eingetragen werden können. Im Grundbuch können nun nur die in Art. 943 ZGB genannten Grundstücke aufgenommen werden.

Daraus folgt, dass ein Anspruch auf das Pfandrecht nicht entsteht bei Leistungen zu einem Werk, das

a) auf einem nicht ins Grundbuch aufnehmbaren Teile der Erdoberfläche errichtet wird, z. B. Bau einer Ballonhalle auf einem nicht im Privateigentum stehenden See.

β) auf Veranlassung einer Person errichtet wird, der zwar ein beschränktes dingliches Recht an einem Grund-

⁴⁾ Wieland: a. a. O. N. 6 ad Art. 837.

stücke, jedoch kein selbständiges dauerndes Recht (Baurecht, Quellenrecht, Wasserrechtverleihung) zusteht. Der Anspruch besteht somit dann z. B. nicht, wenn der Nutzniesser Bauten auf dem Nutzniessungsgrundstücke aufzuführen lässt, die der Eigentümer nicht bezahlen muss. Lässt der Inhaber eines selbständigen dauernden Rechtes ein Werk errichten, so entsteht für die Handwerker und Unternehmer ein Anspruch auf Eintragung des Pfandrechtes⁶ auf dem selbständigen und dauernden Rechte. Fraglich dürfte vielleicht sein, ob der Anspruchsberechtigte dann, wenn das zu belastende Recht noch nicht als besonderes Grundstück im Grundbuch eingetragen ist, die Möglichkeit besitzt, diese Aufnahme zu bewirken. Art. 7 der Grundbuchverordnung gibt nur dem aus dem selbständigen und dauernden Rechte Berechtigten das Recht, die Aufnahme in das Grundbuch zu verlangen; doch muss angenommen werden, dass dieses Recht auch denjenigen zusteht, welche einen gesetzlichen Anspruch auf Eintragung eines beschränkten dinglichen Rechtes an dem Rechte haben; ihr Anspruch wäre sonst gänzlich illusorisch.

Als Grundstücke gelten gemäss Art. 944 ZGB auch Liegenschaften, die nicht im Privateigentume stehen, und diejenigen, die dem öffentlichen Gebrauche dienen. Sie werden allerdings ordentlicher Weise nicht im Grundbuch aufgenommen; sind jedoch beschränkte dingliche Rechte an denselben einzutragen, so sind sie aufzunehmen. Gemäss Art. 1, Abs. 3 der Grundbuchverordnung kann der Baugläubiger die Aufnahme von Amtswegen veranlassen.

Zu bemerken ist, dass die durch Art. 769² ZGB den Kantonen gewährte Möglichkeit, die Verpfändung von bestimmten Grundstücken zu verbieten, sich nur auf die durch Vertrag vereinbarte Belastung eines Grundstückes mit Pfandrechten beziehen kann; die auf Grund von Gesetz entstehenden Ansprüche auf Gewährung eines Pfandrechtes bleiben von dieser Vorschrift unberührt; das ergibt sich schon allein aus dem Worte „Verpfändung“.

Unter Verpfändung versteht man nur die vertragliche Belastung, nicht auch die von Gesetzeswegen entstehende.

d) Der Anspruchsberechtigte muss Arbeit oder Arbeit und Material geliefert haben. Ausgeschlossen vom Privileg sind also die Lieferanten von Baumaterialien. Andererseits aber besteht das Privileg nicht nur für diejenigen, welche nur Arbeit liefern, sondern auch für diejenigen, welche Arbeit und Material liefern⁵⁾. Zweifellos aber ist, dass der Anspruch nur besteht für die Lieferung von Materialien, welche der Lieferant selbst im Bau verarbeitet hat. Der Anspruch für die Lieferung besteht also dann z. B. nicht, wenn der Maurermeister, der die Maurerarbeiten macht, dem Eigentümer Kreuzstöcke, Fensterläden etc., die er bei einem Abbruch erworben hat, liefert und diese Materialien vom Schreiner im Auftrage des Eigentümers angeschlagen werden. In diesem Falle hat der Maurermeister die Läden und Kreuzstöcke nicht als Handwerker geliefert, sondern als Lieferant von Baumaterialien.

Im einzelnen Falle dürfte schwierig zu unterscheiden sein, ob blosse Lieferung vorliegt, oder ob das Material auch verarbeitet worden ist. Wenn der Ofenfabrikant die ihm vom Eigentümer bestellten Öfen selbst aufstellen lässt, die Verbindungsrohre anbringt etc., so dürfte angenommen werden, dass er das von ihm gelieferte Material im Bau verarbeitet hat. Zweifelhaft aber dürfte es sein, wenn der Lieferant der Gasleuchter dieselben selbst im Bau aufhängt. Doch ist meines Erachtens auch in diesem Falle das Pfandrecht zu gewähren, trotzdem die Arbeit so geringfügig ist, dass sie durchaus Nebensache und die Lieferung Hauptsache ist; denn die Voraussetzungen des Gesetzes: Lieferung durch einen Handwerker oder Unternehmer und Lieferung in Verbindung mit Arbeit sind erfüllt. Es liegt also hier ein Fall vor, wo der Anspruch auf Grund eines Kaufvertrages und nicht eines Werkvertrages besteht.

⁵⁾ Ebenso Wieland: a. a. O. N. 7 b ad Art. 837.

e) Aus dem Wortlaut des Gesetzes: „geliefert haben“ ergibt sich ferner, dass der Anspruch nur besteht für wirklich geleistete Arbeit und wirklich erfolgte Lieferung. Demnach besteht für alle Schadensersatzforderungen, die aus irgend einem Grunde bei Herstellung des Werkes entstanden sind, der Anspruch auf das Pfandrecht nicht. Wenn demnach der Besteller von dem Rechte des Art. 377 OR Gebrauch macht, so kann der Unternehmer nur für den bereits ausgeführten Teil der Arbeit, nicht aber für seinen Schadensersatzanspruch das Pfandrecht verlangen.

f) Eine weitere Voraussetzung, welche das Gesetz für die Entstehung des Anspruches auf Eintragung des Pfandrechtes aufstellt, ist diejenige, die es mit den Worten bezeichnet: „sei es, dass sie (scil. die Handwerker oder Unternehmer) den Grundeigentümer oder einen Unternehmer zum Schuldner haben“. Das ist eine der beiden hauptsächlichen Neuerungen, die ich eingangs erwähnt habe.

Das Gesetz gewährt also den Anspruch auch denjenigen Handwerkern und Unternehmern, die mit dem Eigentümer in keinem rechtlichen Verhältnis stehen. Der Anspruch entsteht einzig dadurch, dass der Handwerker oder Unternehmer Arbeit oder Arbeit und Material in den Bau geliefert hat. Huber drückt das in den Erläuterungen S. 265 folgendermassen aus: „Nicht der mit dem Eigentümer abgeschlossene Werkvertrag, sondern die Leistung für das Werk bildet die Grundlage für das Privileg“. Es entsteht somit eine ganze Kette von Baugläubigern, von denen jeder gegen den Eigentümer einen selbständigen Anspruch auf Einräumung eines Pfandrechts hat, wobei aber immer die Forderung des vorhergehenden Baugläubigers diejenigen aller nachgehenden umfasst. Beispiel: der Grundeigentümer übergibt die Herstellung eines Hauses einem Bauunternehmer; dieser übergibt die Schreinerarbeiten einem Schreinermeister und der letztere wiederum übergibt die

Legung des Parketts einem Parkettier. Hier erhalten sowohl der Schreinermeister wie der Parkettier einen direkten Anspruch auf Einräumung des Pfandrechts für ihre Forderung; die Forderungen des Schreiners und damit auch diejenige des Parkettiers sind in derjenigen des Bauunternehmers enthalten und diejenige des Parkettiers in derjenigen des Schreiners.

Diejenigen Unternehmer und Handwerker, welche mit dem Eigentümer direkt kontrahiert haben, nennt man unmittelbare, die andern mittelbare Baugläubiger. Für das Verhältnis der Baugläubiger unter einander verwendet man die Bezeichnung Vormänner und Nachmänner. Vormann ist derjenige, der in der Kette der Baugläubiger dem Eigentümer näher steht, Nachmann derjenige, der weiter steht. Der letzte Nachmann ist derjenige, der die Arbeit, für welche die Forderung gestellt wird, selbst ausgeführt hat; in unserm Beispiel ist es der Parkettier.

Der Umfang des Pfandrechts, auf das jeder Baugläubiger Anspruch hat, wird bestimmt durch die Höhe der Forderung, die dem betreffenden Baugläubiger für seine Leistungen in den Bau zusteht. Allein hier erhebt sich nun die Schwierigkeit, die hervorgerufen wird durch die unserem Rechtssystem bisher unbekannte Regelung, dass einem Gläubiger ein gesetzliches Pfandrecht zusteht gegenüber einer Person, mit der er in keiner rechtlichen Beziehung steht. Wie weit muss ein Eigentümer Pfandrechte gewähren? Meines Erachtens muss man unter allen Umständen an dem Grundsatz festhalten, dass der Eigentümer nicht mehr bezahlen muss, als er überhaupt schuldig ist. Der Schutz der Baugläubiger ist etwas durchaus notwendiges, aber dieser Schutz darf keinesfalls so weit gehen, dass ihm die Interessen anderer rücksichtslos geopfert werden.

Wenn die Forderung des Nachmannes gleich gross oder kleiner ist als die Forderung des unmittelbaren Baugläubigers, entstehen keine Schwierigkeiten; dann hat der Eigentümer ein Pfandrecht in Höhe dieser Forderung

zu gewähren. Allein es ist leicht möglich, dass die Forderung des Nachmannes grösser ist als der Eigentümer für die betreffende Arbeit, für welche die Forderung gestellt wird, schuldig ist. Z. B. der Bauunternehmer, dem der Bau vergeben worden ist, muss infolge ungünstiger Konjunktur, falscher Berechnung oder dgl. einen Teil der Arbeit zu höheren Preisen vergeben als er selbst bei Berechnung des Werklohnes vorgesehen hat. Der Eigentümer, der einzig den Unternehmer zum Gegenkontrahenten hat, kann nun nicht für mehr als den vertraglich abgemachten Werklohn haften. Wenn die Forderungen aller Unter-Unternehmer mehr ausmachen als diesen Werklohn, so haftet der Eigentümer für diesen Überschuss nicht; denn er ist nicht Schuldner der Unter-Unternehmer; er ist aber auch nicht verpflichtet ein Pfandrecht für diesen Überschuss zu gewähren; denn dadurch würde der Eigentümer, wenn er die Zwangsvollstreckung in das Grundstück vermeiden will, indirekt doch gezwungen, die Schuld zu bezahlen. Es liesse sich allerdings fragen, ob sich diese Interpretation mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbaren lässt; ich bin überzeugt, dass die gegenteilige Interpretation Vertreter finden wird. Allein eine wörtliche Interpretation würde zu sehr unserem Rechtssystem widersprechen und würde grosse Unbilligkeiten zur Folge haben, wie aus folgendem Beispiel hervorgeht: Der Eigentümer lässt sich von einem Heizungsingenieur überreden, ein neuerfundenes Heizungssystem in seinem Hause zu probieren; er vereinbart jedoch ausdrücklich, dass er nichts zu zahlen brauche, wenn die Heizung nicht funktioniere, und dass der Ingenieur die Heizungsanlage auf seine Kosten wieder zu entfernen habe. Der Ingenieur übergibt nun die Montierung der Heizung einem Montagegeschäft. Die Heizung funktioniert nicht. Der Monteur hat zweifellos aus Vertrag eine Forderung gegen den Ingenieur für die Montierung der Anlage; denn er hat keine Garantie für das Funktionieren derselben übernommen; würde man ihm aber den Pfandanspruch gegen den Eigen-

tümer gewähren, so müsste der Eigentümer die Heizung doch bezahlen, trotzdem ausdrücklich abgemacht war, dass er nichts zu zahlen habe, und trotzdem er nichts davon wusste und auch nichts dagegen tun konnte, dass der Ingenieur die Arbeit weiter vergabe. Er hätte allerdings gegen den Ingenieur einen Regressanspruch; doch dürfte ihm dieser nicht immer viel nützen. Eine derart weitgehende Haftung des Eigentümers kann das Gesetz trotz des scheinbar entgegenstehenden Wortlautes kaum gewollt haben. Hätte es sie gewollt, so hätte es dies ausdrücklich sagen müssen. Wir kommen somit zum Resultat, dass jeder Baugläubiger, sei er unmittelbarer oder mittelbarer Baugläubiger, nur so weit einen Pfandanspruch gegen den Eigentümer hat, als der Eigentümer verpflichtet ist, für die Arbeit, für welche die Forderung gestellt wird, zu zahlen.⁶⁾

Andererseits muss bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen der Eigentümer für jede Forderung, die er bezahlen muss, ein Pfandrecht gewähren, gleichgültig ob der unmittelbare Baugläubiger berechtigt ist ein Pfandrecht zu verlangen. Zwischen dem ansprechenden mittelbaren Baugläubiger und dem Eigentümer braucht keine zusammenhängende Kette von Verträgen, die Anspruch auf das Pfandrecht gewähren, zu bestehen. So hat der Handwerker, der vom Geschäftsführer ohne Auftrag beauftragt wurde, eine Reparatur am Hause des Geschäftsherrn vorzunehmen, zweifellos einen Anspruch auf das Pfandrecht, obwohl der Geschäftsführer selbst einen solchen Anspruch nicht hat (vgl. oben sub a). Voraussetzung hiebei ist nur, dass der Eigentümer nach den Grundsätzen über die Geschäftsführung ohne Auftrag dem Geschäftsführer gegenüber verpflichtet ist, die Reparatur zu bezahlen; besteht keine obligatorische Verpflichtung des Eigentümers zur Zahlung, so kann nach den oben dargelegten Grundsätzen

⁶⁾ Der Eigentümer kann daher den mittelbaren Baugläubigern gegenüber sämtliche Einreden (z. B. Mängelrüge, Einrede der Verspätung) erheben, die er dem unmittelbaren Gläubiger gegenüber erheben kann.

auch kein Pfandrecht verlangt werden. Das gleiche gilt auch in allen andern Fällen, wo, sei es mit, sei es ohne, sei es gegen den Willen des Eigentümers, ein Werk auf einem Grundstücke erstellt wird, so z. B. dann, wenn der Beauftragte des Eigentümers im eigenen Namen mit den Handwerkern und Unternehmern die Werkverträge abschliesst, wenn der Mieter, der Pächter, der Nutzniesser, der Pfandgläubiger Reparaturen auf dem Grundstücke vornehmen lassen, die der Eigentümer bezahlen muss (OR Art. 256², 277², ZGB Art. 753, 764³, 808, 810). Ein Grund, in diesen Fällen den Anspruch auf das Pfandrecht dem Unternehmer oder Handwerker nicht zu gewähren, liegt nicht vor, alle Voraussetzungen sind vorhanden.

§ 2.

Der Ausschluss des Anspruchs infolge Sicherheitsleistung.

a) Die Wirkung der Sicherheitsleistung.

Sofern der Eigentümer Sicherheit leistet, kann die Eintragung des Pfandrechtes nicht verlangt werden. Durch die Leistung der Sicherheit geht somit der obligatorische Anspruch auf Eintragung eines Pfandrechtes unter. Doch kann kaum angenommen werden, dass der Anspruch endgültig untergeht; er kann bloss, so lange die Sicherstellung dauert, nicht geltend gemacht werden; würde angenommen, dass er endgültig untergeht, so wäre die Folge die, dass bei ohne Verschulden des Anspruchsberechtigten eintretender Verminderung der Sicherheit (z. B. infolge Sinken des Kurses der deponierten Wertpapiere, Insolventwerden der gestellten Bürgen) der Anspruchsberechtigte keinen Anspruch auf Einräumung des Pfandrechtes mehr hätte. Er hätte in diesem Falle weder die Sicherheit noch ein Pfandrecht. Das wäre unbillig, denn nicht der Anspruchsberechtigte, sondern der Richter entscheidet darüber, ob die Sicherheit hinreichend sei.

Das bereits eingetragene Baupfandrecht bleibt jedoch durch die nachträglich erfolgende Sicherheitsleistung unberührt. Das folgt einerseits aus dem Wortlaut des Gesetzes, das sagt, dass die Eintragung nicht verlangt werden könne, wenn Sicherheit geleistet wird; davon, dass ein bereits erfolgter Eintrag gelöscht werden müsse, sagt das Gesetz nichts; andernteils ergibt sich dies aus dem Wesen des Baupfandrechts. Das Baupfandrecht ist eine Grundpfandverschreibung wie jede andere, soweit nicht das Gesetz für sie ausdrücklich Ausnahmebestimmungen aufstellt. Eine Grundpfandverschreibung nun geht dadurch, dass der Schuldner anderweitige Sicherheit leistet, nicht unter; demnach auch das Baupfandrecht nicht. Hätte der Gesetzgeber gewollt, dass das letztere durch die Bestellung der Sicherheit untergehen solle, so hätte er dies ausdrücklich sagen müssen.

b) Der Umfang der Sicherheitsleistung.

Der Eigentümer hat für „die angemeldete Forderung“ Sicherheit zu leisten. Aus dem Wortlaut könnte gefolgert werden, dass der Eigentümer für jede angemeldete Forderung Sicherheit zu leisten hätte. Das wäre eine bedeutende Belastung für ihn; er könnte dadurch in den Fall versetzt werden, für einen Betrag Sicherheit leisten zu müssen, der den Gesamtbetrag der Bausumme weit übersteigt. Dem Eigentümer könnte dadurch die Abwendung des Eintrags der Baupfandrechte durch Leistung der Sicherheit gänzlich verunmöglicht werden. Da er jedoch, wie wir gesehen haben, nur verpflichtet ist, im Ganzen so viel zu bezahlen, als er den unmittelbaren Baugläubigern schuldig ist, so hätte es keinen Sinn ihn zu verpflichten, für einen höhern Betrag Sicherheit zu leisten.

Gleich wie bei der Zahlung kann daher der Eigentümer dem Vormanne gegenüber einwenden, er habe dem Nachmanne bereits Sicherheit geleistet; wenn er dann den Vormann auf die gleiche Sicherheit verweist, die er dem

Nachmann geleistet hat, so kann der Vormann, soweit seine Forderung sich auf die gleiche Leistung bezieht, für welche der Nachmann seine Forderung gestellt hat, die Eintragung des Pfandrechtes nicht verlangen.

Da der Eigentümer im Ganzen für keinen höhern Betrag Sicherheit leisten muss, als er überhaupt schuldig ist, so kann er sich allen Begehren auf Eintragung der Pfandrechte und allen Sicherstellungsbegehren dadurch ent iehen, dass er sofort bei Beginn des Baues die gesamte Bausumme, die er den unmittelbaren Baugläubigern schuldet, zu Handen sämtlicher Baugläubiger deponiert. Zahlungen aus dem Depot dürfen dann nur an denjenigen erfolgen, der nachweist, dass er der letzte Baugläubiger ist. Am sichersten wird der Depositär gehen, wenn er für jede Anzahlung die Einwilligung sämtlicher vorgehenden Baugläubiger verlangt.

c) Das Verfahren bei der Sicherstellung.

Man hätte erwarten können, dass die Grundbuchverordnung das Verfahren, das bei der Sicherstellung einzuhalten ist, näher regeln würde. Dieselbe enthält jedoch nur die zwei kurzen Bestimmungen von Abs. 3 und 4 des Art. 22. Abs. 3 ist zudem unklar; er scheint darauf hinzuweisen, dass der Grundbuchverwalter berechtigt sein solle, darüber zu entscheiden, ob die geleistete Sicherheit genügend sei; doch kann dies weder Wille des Gesetzes noch derjenige der Verordnung sein.

Das Verfahren, das am zwanglosesten aus Gesetz und Verordnung gefolgt werden kann, scheint folgendes zu sein:

Die Geltendmachung der Unwirksamkeit des Anspruchs auf Eintragung des Grundpfandes infolge Sicherstellung ist die Geltendmachung einer Einrede. Der Eigentümer gibt zwar zu, dass der Anspruch entstanden sei, macht jedoch geltend, derselbe sei aus bestimmten Gründen unwirksam geworden. Somit hat der Eigentümer diese Einredetatsachen zu behaupten und zu beweisen. Daraus ergibt sich folgendes:

Sofern der Ansprecher einen Titel, auf Grund dessen er das Pfandrecht eintragen lassen kann,⁷⁾ noch nicht besitzt, so hat der Eigentümer gegenüber der vom Ansprecher erhobenen Klage auf Feststellung der Pfandsumme einredeweise geltend zu machen, er habe eine hinreichende Sicherheit bestellt, der Ansprecher habe daher keinen Anspruch auf Eintragung des Pfandrechtes. Erachtet der Richter die Sicherheit als hinreichend, so ist die Klage des Ansprechers abzuweisen.

Sofern der Ansprecher einen Titel, auf Grund dessen er das Pfandrecht eintragen lassen kann (Anerkennung oder gerichtliche Feststellung der Pfandsumme oder Be- willigung der Eintragung durch den Eigentümer), bereits besitzt, so hat der Eigentümer, wenn er den Eintrag des Pfandrechtes verhindern will, beim Richter auf Fest- stellung zu klagen, dass er für die Forderung des Anspre- chers Sicherheit geleistet habe und dass diese Sicherheit hinreichend sei. Auf Grund des auf diese Klage ergehenden Feststellungsurteils kann dann der Eigentümer vom Grund- buchverwalter die Abweisung der Eintragung des Bau- pfandrechtes verlangen. Wenn jedoch der Eintrag bereits erfolgt ist, kann, wie bereits oben ausgeführt, eine Löschung desselben nicht mehr verlangt werden. Dem Eigentümer steht meines Erachtens, um sich dagegen zu schützen, dass der Ansprecher vor Beendigung des Prozesses über die Sicherstellung das Pfandrecht eintragen lässt, kein Mittel zur Verfügung; die in Art. 22, Abs. 4 der Verordnung erwähnte vorläufige Eintragung kann nur der Ansprecher gegen den Eigentümer, nicht aber der Eigentümer gegen den Ansprecher erwirken. Der Eigentümer kann auch nicht etwa beim Grundbuchverwalter verlangen, dass zu Gunsten des Ansprechers nur eine vorläufige Eintragung statt eines Pfandrechtes vorgemerkt werde, mit der Begründung, es schwebe ein Prozess über die Sicherstellung. Auf Grund seines Titels hat der Ansprecher Anspruch darauf, dass ein Pfandrecht eingetragen werde.

⁷⁾ Hierüber vergl. unten § 4.

§ 3.

Der Untergang des Anspruchs durch Veräusserung des Grundstücks vor Eintragung des Pfandrechts.

Rossel und Menta a. a. O. S. 255 halten es für zweifelhaft, ob der Eintrag des Pfandrechts dann auch noch erfolgen könne, wenn das Grundstück nach Beendigung der Arbeiten, aber vor Eintrag des Pfandrechtes veräussert worden ist. Die Erläuterungen S. 266 bejahen diese Frage, ohne nähere Begründung; sie sagen, der Erwerber eines Neubaues müsse sich immer darauf gefasst machen, dass innert 3 Monaten nach Beendigung des Baues noch Pfandrechte angemeldet werden⁸⁾.

Das Obergericht Zürich hat in zwei in Heft 6, Jahrg. IX der schweiz. Juristenzeitung S. 93 ff publizierten Entscheiden die Frage ebenfalls bejaht und hat ausserdem erklärt, das Pfandrecht könne auch, nachdem der Eigentümer in Konkurs gefallen sei, noch eingetragen werden. Das Gericht beruft sich in der Hauptsache auf die Erläuterungen und verweist auf den vom Gesetzgeber gewollten Zweck, die Bauhandwerker in wirksamer Weise zu schützen. Es konstruiert das dem Baugläubiger schon vor der Eintragung zustehende Recht als durch die Eintragung resolutiv bedingtes Pfandrecht (a. a. O. S. 96 oben).

Im gleichen Heft der schweiz. Juristenzeitung finden sich zwei durch die oben zitierten Entscheide veranlasste Aufsätze von Wieland und Leemann.

Wieland a. a. O. S. 81: „Kann die Eintragung des Pfandrechts der Bauhandwerker auch dem dritten Erwerber einer Liegenschaft gegenüber verlangt werden?“ vertritt die bereits von ihm in seinem Kommentar N. 1 zu Art. 837 verfochtene Ansicht, es stehe dem Baugläubiger vor der Eintragung nur ein obligatorischer

⁸⁾ Ebenso Leemann: Drei Uebergangsfragen betr. das Bauhandwerkerpfandrecht, in der Schweiz. Juristen Ztg. Jahrgang VIII S. 301.

Anspruch gegen den Eigentümer zu; daher könne gegenüber dem Erwerber des Grundstücks die Eintragung nicht verlangt werden.

Leemann a. a. O. S. 84: „Die rechtliche Natur und Tragweite der gesetzlichen Grundpfandansprüche nach Art. 837 ff ZGB“, stellt sich auf die Seite des zürcherischen Obergerichts, indem er geltend macht, die gesetzlichen Pfandbestellungsansprüche aus Art. 837 ZGB müssten deshalb als schon vor der Eintragung dinglich wirkende angesehen werden, weil das Gesetz den Verpflichteten, gegen den sich der Anspruch richtet, nirgends konkret bestimme; daraus müsse gefolgert werden, dass der Anspruch auf dem Grundstück unmittelbar hafte und demnach dem Grundstücke auch beim Eigentumswechsel folge. Nach Ansicht Leemanns hätte das Gesetz, wenn es die Ansprüche aus Art. 837 ZGB als obligatorische hätte regeln wollen, den Verpflichteten bestimmen sollen.

Meines Erachtens bestreitet Leemann zu Unrecht, dass die Ansprüche der Baugläubiger vor der Eintragung nur obligatorische seien. Seine Argumentation erscheint mir aus folgenden Gründen als unhaltbar:

a) Auf den Wortlaut des ZGB kann bei der Interpretation des Gesetzes nie ein entscheidendes Gewicht gelegt werden, da dem ZGB im Allgemeinen eine juristisch präzise Sprache fehlt (vergl. z. B. den oben sub § 1 a behandelten juristisch nichtssagenden Ausdruck „Handwerker und Unternehmer“). Aus dem Umstande, dass das Gesetz nicht ausdrücklich sagt, der Anspruch der Baugläubiger richte sich nur gegen den Eigentümer, dem gegenüber er entstanden ist, kann daher nichts gefolgert werden; dieser Umstand kann sehr wohl nur auf Zufall beruhen.

b) Wenn aus dem Wortlaut überhaupt ein Schluss gezogen werden kann, so ist es folgender: das Gesetz sagt, dass in den in Art. 837 ZGB genannten Fällen ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandes bestehe. Damit ist doch deutlich gesagt, dass vor der Errichtung (die zweifellos

durch Eintragung zu geschehen hat), also vor der Eintragung ein Grundpfand und demnach ein dingliches Recht noch nicht bestehe; würde es schon vor der Eintragung bestehen, so brauchte es nicht mehr errichtet zu werden. Ausserdem wäre, wenn das Pfandrecht schon vor der Eintragung bestehen würde, nicht einzusehen, aus welchem Grunde die Marginalien ausdrücklich zwischen gesetzlichen Grundpfandrechten ohne Eintragung (Art. 836) und mit Eintragung (Art. 837) unterscheiden.

c) Das Gesetz hatte, um auszudrücken, dass die in Art. 837 geregelten Ansprüche vor der Eintragung nur obligatorische seien, deshalb nicht nötig den Verpflichteten zu nennen, weil sich aus dem gesamten dem ZGB zugrunde liegenden Rechtssystem genügend ergibt, dass der Anspruch vor der Eintragung nicht dinglich sein kann. Das Grundbuchrecht des ZGB beruht auf dem Eintragungsprinzip. Danach entstehen die dinglichen Rechte erst mit der Eintragung ins Grundbuch. Ausnahmen von diesem Prinzip müssen ausdrücklich genannt sein; sonst ist anzunehmen, dass das Prinzip gelte. Solche Ausnahmen sind die in Art. 784, 836 und 819 ZGB geregelten Ansprüche; bei diesen Ansprüchen ist jeweilen deutlich gesagt, dass sie ohne Eintragung dinglich seien. Bei den Ansprüchen des Art. 837 ZGB aber sagt das Gesetz dies nicht. Daraus folgt, dass für dieselben das Prinzip von der Notwendigkeit der Eintragung gilt, dass sie also vor der Eintragung nur als obligatorische Ansprüche gegenüber demjenigen Eigentümer bestehen, dem gegenüber sie entstanden sind. Es wäre daher durchaus überflüssig gewesen, wenn das Gesetz durch irgend eine Wendung hätte zum Ausdruck bringen wollen, dass die Ansprüche aus Art. 837 vor der Eintragung nur obligatorische seien. Dem dritten Erwerber, auch dem schlechtgläubigen, gegenüber können diese Ansprüche daher nicht geltend gemacht werden und ebensowenig kann, wie das zürcherische Obergericht meint, im Konkurse des Verpflichteten ihre dingliche Wirkung dadurch herbeigeführt

werden, dass sie nach Konkursausbruch noch ins Grundbuch eingetragen und dann als dingliche Ansprüche geltend gemacht werden.

Es bestehen jedoch nicht nur rechtliche, sondern auch schwerwiegende praktische Bedenken gegen die Art, wie das zürcherische Obergericht und Leemann das Gesetz interpretieren.

Es würde, wenn die Gefahr bestände, dass noch drei Monate nach Beendigung der Arbeiten Pfandrechte gegen den Erwerber geltend gemacht würden, während längerer Zeit nach Fertigstellung eines Werkes beinahe unmöglich, dasselbe zu veräussern, da der Erwerber das Risiko, für nicht bezahlte Bauschulden, deren Höhe er nirgends ersehen kann, zu haften, kaum auf sich nehmen würde. Diese Behinderung würde sogar nicht nur während drei Monaten bestehen und würde sich nicht nur auf Neubauten erstrecken. Da der gesetzliche Anspruch der Baugläubiger, wie wir oben § 1 b gesehen haben, auch für Umbauten und Reparaturen besteht, so müsste auch jeder Käufer eines zweifellos vor mehr als drei Monaten erstellten Gebäudes befürchten, für kürzlich vorgenommene Umbauten oder Reparaturen in Anspruch genommen zu werden. Da man es nun einem Gebäude nicht ansieht, ob und welche Veränderungen innert der letzten drei Monate an demselben vorgenommen worden sind, und der Erwerber keine Möglichkeit hat sich hierüber Gewissheit zu verschaffen, so müsste diese Unsicherheit überaus lähmend auf den ganzen Liegenschaftshandel wirken; dies hätte zur Folge, dass nur noch kapitalkräftige Leute, die für den Fall eines Rückgriffes durch den Erwerber genügend Sicherheit bieten, bebaute Grundstücke verkaufen könnten. Das würde durch Ausschaltung aller nicht kapitalkräftigen Unternehmer aus dem Baugewerbe die Bau-tätigkeit vermindern und damit die Bauhandwerker, die doch durch die vom Zürcher Obergericht inaugurierte Rechtsprechung geschützt werden sollten, in aller-erster Linie am meisten schädigen (vergl. über diese nach-

teiligen Wirkungen: Wieland Schweizerische Juristen-Zeitung a. a. O. S. 82).

Es liegt ferner durchaus kein Grund vor, die Baugläubiger besser zu stellen als andere obligatorisch Berechtigte; sie haben, um sich dagegen zu schützen, dass der Eigentümer durch Verkauf des Grundstücks ihren Anspruch illusorisch mache, die Möglichkeit, sofort nachdem sie sich zur Leistung verpflichtet haben, eine vorläufige Eintragung zu erwirken (vergleiche hierüber § 4).

Das Bestreben, die Ansprüche aus Art. 837 ZGB vor der Eintragung ins Grundbuch mit dinglicher Wirkung zu bekleiden, stellt sich dar als ein Versuch, das nach langer, mühevoller Rechtsentwicklung endlich beseitigte geheime Pfandrecht wieder einzuführen; die Publizität des Pfandrechts, einer der Grundpfeiler des modernen Rechtssystems, wird in Frage gestellt. Das wäre ein grosser Rückschritt, denn dadurch würde ein grosser Teil der durch das Grundbuch gewährten Vorteile in dem kurzsichtigen Bestreben, eine einzelne Berufsklasse zu schützen, leichtfertig preisgegeben zum Nachteil nicht nur der Allgemeinheit, sondern auch derjenigen Klasse, deren Schutz beabsichtigt ist.

Man kann nicht einwenden, diese Erwägungen würden auch für die vom ZGB ausdrücklich als nicht eintragungspflichtig bezeichneten dinglichen Rechte zutreffen. Bei diesen letzteren Ansprüchen handelt es sich immer um relativ geringe Beträge, so dass einem Grundstückserwerber kein irgendwie in betracht fallender Schaden entstehen kann, wenn er diese Forderungen bezahlen muss. Die Forderungen der Baugläubiger hingegen können oft beinahe so gross sein als der Wert des Grundstücks beträgt, so dass ein Grundstückserwerber leicht in den Fall kommen könnte, den ganzen Kaufpreis doppelt bezahlen zu müssen. Zudem belasten die in Art. 784 und 856 ZGB geregelten Ansprüche (z. B. Grundsteuern, Strassenreinigungsbeiträge, Brandversicherungsprämien) meistens alle Grundstücke eines bestimmten Bezirkes, so dass der

Erwerber die Existenz dieser Ansprüche ohne weiteres voraussetzen muss. Über die Höhe dieser Ansprüche kann er sich dann jeweilen vor der Erwerbung des Grundstücks durch Nachfrage bei der zuständigen Verwaltungsbehörde Gewissheit verschaffen. Bezüglich nicht eingetragener Bauforderungen aber hat er diese Möglichkeit nicht.⁹⁾

§ 4.

Die Voraussetzungen für die Entstehung des Baugläubigerpfandrechts.

Das Pfandrecht der Baugläubiger entsteht nur durch Eintragung im Grundbuch. Vor der Eintragung steht den Baugläubigern kein dingliches Recht zu, sondern, wie sub § 3 ausgeführt wurde, nur ein gegen den Eigentümer gerichteter obligatorischer Anspruch auf Eintragung des Pfandrechtes.

Gemäss Art. 839¹ ZGB kann die Eintragung erfolgen von dem Zeitpunkte an, da sich die Handwerker und Unternehmer zur Leistung verpflichtet haben. Gemäss Art. 839³ jedoch kann die Eintragung nur erfolgen, wenn die Forderung vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist, und gemäss Art. 839² muss die Eintragung innert drei Monaten nach Vollendung der Arbeiten geschehen.

Die Kommentatoren haben sich bereits den Kopf darüber zerbrochen, wie diese widersprechenden Bestimmungen zu verstehen seien; denn es ist klar, dass der Eigentümer die Forderung nie anerkennen wird, bevor sie existiert; ebensowenig kann sie gerichtlich festgestellt werden, bevor sie besteht; demnach scheint es für die Handwerker und Unternehmer überhaupt unmöglich, von der in Art. 839¹ gewährten Möglichkeit Gebrauch zu machen, das Pfandrecht einzutragen sofort nachdem sie sich zur Arbeitsleistung verpflichtet haben;

⁹⁾ Vergl. Erläuterungen a. a. O. S. 153 und 229.

denn sofort nach Eingehung der Verpflichtung, vor Leistung der Arbeit, besteht die Forderung noch nicht, und fernerhin dürfte für die meisten Baugläubiger die Sicherung dadurch verloren gehen, dass sie, wenn der Eigentümer die Forderung nicht anerkennen will, auf Feststellung klagen müssen, der Prozess jedoch nicht immer innert drei Monaten nach Vollendung der Arbeiten fertig werden dürfte.

Es sind folgende Fälle zu unterscheiden:

1. Wenn die Forderung des Baugläubigers bereits existiert, so kann der Gläubiger die Eintragung erlangen

a) entweder auf Grund einer Anerkennung der Forderung von seiten des Eigentümers;

b) oder auf Grund eines gerichtlichen Urteils, durch das die Forderung festgestellt wird;

c) oder auf Grund einer Eintragungsbewilligung von seiten des Eigentümers (hierüber siehe sub 2).

In den beiden Fällen a und b ist eine Ermächtigung zur Eintragung des dinglichen Rechtes nicht nötig. Es braucht also, wenn die Eintragung auf Grund einer Anerkennung der Forderung verlangt wird, nicht noch eine besondere Eintragungsbewilligung des Eigentümers vorzuliegen. Wird die Eintragung auf Grund gerichtlichen Urteils verlangt, so braucht das Urteil nicht etwa eine Anweisung an den Grundbuchführer zu enthalten, es sei das Pfandrecht einzutragen. Es genügt, wenn im Urteil festgestellt wird, dass der Anmeldende eine Forderung für Leistungen in einen bestimmten Bau habe. Die Vorschrift von Art. 18 der Grundbuchverordnung, wonach die Ermächtigung zur Eintragung nötig sei, kann daher für diesen Fall nicht gelten.

2. Wenn die Forderung noch nicht besteht, so ist möglich, dass

a) der Eigentümer die Eintragung bewilligt (Art. 22² der Verordnung). In dieser Bewilligung liegt nicht die

Anerkennung irgend einer Bauforderung, so wenig in der Bewilligung zur Eintragung eines Pfandrechts mit einem Höchstbetrag die Anerkennung einer Forderung liegt. Auf Grund dieser Bewilligung kann die Eintragung gemäss Art. 22 Grundbuchverordnung erfolgen. Es könnte sich fragen, ob die Verordnung mit der Zulassung der Eintragung auf blosse Bewilligung des Eigentümers hin nicht über das Gesetz hinausgegangen ist. Ich möchte diese Frage bejahen. Das Gesetz (Art. 839³) lässt die Eintragung nur auf Grund von Anerkennung resp. gerichtlicher Feststellung der Forderung zu, d. h. es verlangt, dass der Rechtsgrund hergestellt sei, verzichtet jedoch auf die Eintragungsbewilligung (die Anmeldung von seiten des nach Grundbuchrecht Verfügberechtigten). Die Verordnung lässt umgekehrt bei der Eintragung auf Grund einer Bewilligung des Eigentümers den Ausweis über den Rechtsgrund fallen und verlangt die Eintragungsbewilligung von seiten des Verfügberechtigten. Da nun der auf blosse Eintragungsbewilligung des Eigentümers erfolgte Eintrag, wie nicht bezweifelt werden kann, der Eintrag eines definitiven Pfandrechts ist und nicht etwa die Vormerkung einer vorläufigen Eintragung, so lässt die Verordnung die Eintragung von Grundpfandverschreibungen zu auf blosse Bewilligung des Eigentümers hin, ohne dass der Nachweis erbracht sein muss, dass, sei es auf Grund von Vertrag, sei es auf Grund von Gesetz, ein Rechtsgrund für den Eintrag besteht. Das lässt aber das ZGB nirgends zu; daher geht die Verordnung zu weit.

b) wenn der Eigentümer den Eintrag nicht bewilligt, so muss sich der Baugläubiger mit einer vorläufigen Eintragung behelfen. Es liegt meines Erachtens kein Grund vor, die in Art. 224 Grundbuchverordnung genannte vorläufige Eintragung, wie Rossel und Mentha es tun (a. a. O. S. 256), nur für den Fall als zulässig zu erklären, dass die Forderung bereits besteht; dem Wortlauten nach kann unter der dort genannten „Pfandsumme“ auch die „zukünftige Pfandsumme“ verstanden werden. Wollte

man dem Baugläubiger erst nach Entstehung seiner Forderung das Recht gewähren, eine vorläufige Eintragung zu verlangen, so würde der durch das Pfandrecht gewährte Schutz beinahe ganz illusorisch. Unrichtig ist es allerdings, wenn die Verordnung sagt, es sei eine vorläufige Eintragung gemäss Art. 961 Abs. 1 Ziffer 1 ZGB vorzumerken. Die in diesem Artikel genannten Vormerkungen sind die vorläufigen Eintragungen zur Sicherung „behaupteter dinglicher Rechte“. Hierunter fallen aber, wie in der Literatur unbestritten ist¹⁰⁾, nur diejenigen Vormerkungen, die zum Schutze nicht eingetragener, aber bereits bestehender dinglicher Rechte eingetragen werden. Der Baugläubiger aber hat vor dem Eintrag noch kein dingliches Recht, blos einen obligatorischen Anspruch auf Einräumung eines dinglichen Rechtes. Da jedoch einerseits auch keine der übrigen in den Art. 959–961 ZGB geregelten Vormerkungen zum einstweiligen Schutze des Baugläubigeranspruchs verwendet werden konnte (die Verfügungsbeschränkungen des Art. 960, welche auf diesen Fall zu treffen würden, konnten offenbar deshalb nicht in Betracht kommen, weil sie nur auf gerichtliche Anordnung, nicht auch auf Bewilligung des Eigentümers eingetragen werden können), da andererseits ein vorläufiger Schutz für die Baugläubiger nötig ist, so hat die Verordnung, allerdings in Überschreitung der ihr durch das Gesetz gezogenen Schranken, eine neue Art von vorläufiger Eintragung geschaffen¹¹⁾.

Da nach der Verordnung die Baupfandrechtsvormerkung der Regelung von Art. 961 ZGB untersteht, so hat der Richter, sofern die Eintragung von ihm und nicht vom Eigentümer bewilligt wird, die Dauer der

¹⁰⁾ Wieland a. a. O. N. 2 ad Art. 961. Ostertag a. a. O. N. 5 uud 6 ad Art. 961. Leemann a. a. O. Jahrg. VIII S. 301.

¹¹⁾ Auch Ostertag a. a. O. N. 8 ad Art. 961 und Leemann a. a. O. Jahrg. VIII S. 301 bezeichnen diese vorläufige Eintragung als eine dritte, von der in Art. 961, Ziff. 1 und 2 geregelten verschiedene Vormerkung.

Vormerkung zeitlich genau festzustellen (Art. 961 Abs. 3 ZGB). Da nun die endgültige Eintragung des Pfandrechtes innert drei Monaten nach Vollendung der Arbeiten zu erfolgen hat, so hat es keinen Sinn, die vorläufige Eintragung länger als drei Monate dauern zu lassen; nach Verfluss dieser Frist ist sie zu löschen. Nur dann ist sie nicht zu löschen, wenn der Baugläubiger innert der ihm vom Richter gesetzten Prosektionsfrist, die weniger als drei Monate betragen kann, Klage auf Feststellung seiner Forderung eingereicht hat. In diesem Falle wäre es widersinnig, die Vormerkung vor Beendigung des Prozesses zu löschen. Die Löschung hat der durch die vorläufige Eintragung Beschwerte zu veranlassen.

Streitig ist, von welchem Zeitpunkte an die dreimonatliche Frist zu laufen beginnt. Wieland (a. a. O. N. 4 zu Art. 839) nimmt ohne nähere Begründung an, dass sie erst von dem Momente, da der Eigentümer die Forderung des Baugläubigers anerkannt habe, zu laufen beginne, während Rossel und Mentha (a. a. O. S. 254) sowie Huber (Stenogr. Bulletin Juni 1906 S. 647) sie nach der Beendigung der jedem einzelnen Baugläubiger obliegenden Leistung für jeden Baugläubiger gesondert laufen lassen. Mir erscheint die zweite Ansicht die richtigere; denn nach der Wieland'schen Ansicht würden die einzelnen Baugläubiger ganz ungleich behandelt; während die zuletzt arbeitenden Handwerker, wie Dachdecker, Tapezierer etc. nur fünf Monate Zeit hätten, hätten die zuerst arbeitenden wie Erdbauunternehmer, Maurer etc. drei Monate plus dem grössten Teil der Dauer des Baues Zeit.

Wie wir gesehen haben, hat jeder Baugläubiger die Möglichkeit, für seine existente oder, sofern der Eigentümer den Eintrag bewilligt, erst zukünftige Forderung ein Bau-pfandrecht zu erlangen; also haben auch die mittelbaren Baugläubiger dieses Recht. Die Folge hievon ist, dass für die gleiche Forderung mehrere Pfandrechte eingetragen werden können, da die Forderung des Nachmannes jeweilen in der Forderung aller Vormänner enthalten ist.

Wieland (a. a. O. N. 3 zu Art. 839) ist der Ansicht, dass der Eigentümer sich eine derartige Überlastung seines Grundstückes nicht brauche gefallen zu lassen. Er gibt daher jedem Baugläubiger nur das Recht, eine vorläufige Eintragung zu verlangen, und lässt die definitive Eintragung des Pfandrechtes nur zu, wenn

a) die Höhe der Forderung infolge Anerkennung oder Urteil feststeht;

b) derjenige der die Eintragung verlangt, nachweist, dass er der letzte Berechtigte ist, d. h. dass er entweder die Arbeit, für welche die Forderung gestellt wird, selbst ausgeführt hat, oder dass er alle seine Nachmänner bezahlt hat.

Ferner gibt Wieland (a. a. O. N. 28 zu Art. 839) dem Eigentümer nach Vollendung des Werkes das Recht, eine Löschung aller vorläufigen Eintragungen zu verlangen, die nicht dem in letzter Linie Berechtigten zustehen, und die Verwandlung derjenigen vorläufigen Eintragungen in definitive Pfandrechte zu verlangen, welche den in letzter Linie berechtigten Baugläubigern zustehen¹²⁾.

Ich kann dieser Ansicht nicht beistimmen, weil sie ohne Not dem Wortlaut des Gesetzes widerspricht:

Das Gesetz sagt nichts davon, dass die definitive Eintragung nur erfolgen könne auf Grund des Nachweises, dass der Ansprecher der in letzter Linie Berechtigte sei; es gibt klar und deutlich das Recht auf Eintragung des Pfandrechts jedem, dessen Forderung anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist. Wenn nun der Eigentümer anerkennt, dem Generalunternehmer Fr. 10,000.— schuldig zu sein, und der Schreiner erwirkt ein Urteil, durch das festgestellt wird, dass ihm gegenüber dem Generalunternehmer eine Forderung von Fr. 1000. — für Arbeitsleistung in dem betreffenden Bau zustehe, so hat der Schreiner das Recht, den Eintrag für Fr. 1000. —, und

¹²⁾ Gleicher Ansicht wie Wieland auch Ostertag, a. a. O. N. 8 ad Art. 961.

der Generalunternehmer, den Eintrag für Fr. 10,000. — zu verlangen, trotzdem die Fr. 1000. — in den Fr. 10,000. — enthalten sind. Eine weitere Voraussetzung für den Eintrag lässt sich auf Grund des Gesetzes einfach nicht aufstellen. Ein fernerer Grund, der gegen die Wielandsche Auffassung spricht, ist folgender: Wie oben angeführt kann die vorläufige Eintragung nicht länger als 3 Monate eventuell nicht länger als der Prosektionsprozess dauert, stehen bleiben. Wollte man nun dem Vormanne, solange er den Nachmann nicht bezahlt hat, ein definitives Pfandrecht verweigern, so würde man ihm unter Umständen die dingliche Sicherung ganz entziehen; denn es ist dem Vormanne nicht immer möglich, vor Erlöschen der vorläufigen Eintragung seinen Nachmann zu bezahlen, besonders wenn er selbst von seinem Vormann noch kein Geld erhalten hat. Auch aus der Verordnung ergibt sich deutlich, dass auf Grund von Anerkennung, Urteil oder Eintragungsbewilligung ein eigentliches definitives Pfandrecht eingetragen werden muss.

Irgend welche Schwierigkeiten entstehen aus dem Umstande, dass man jedem Baugläubiger das Recht auf ein definitives Pfandrecht gewährt, nicht. Der Eigentümer hat, wie oben ausgeführt, nicht mehr zu bezahlen als er schuldig ist. Wenn auch für einen Bau, der Fr. 50,000. — wert ist, Baupfandrechte im Totalbetrage von Fr. 150,000 und mehr eingetragen sind, so hat der Eigentümer davon höchstens den Nachteil, dass er weniger leicht ein Darlehen mit Pfandrecht hinter den Fr. 50,000. — aufnehmen kann, da der Geldgeber keine bestimmten Anhaltspunkte hat zur Berechnung derjenigen Summe, für welche das Grundstück in Wirklichkeit haftet. Allein dieser Nachteil kommt meines Erachtens nicht in Betracht; denn es steht dem Eigentümer zu jeder Zeit frei, denselben dadurch zu beseitigen, dass er die Baugläubiger bezahlt oder ihnen Sicherheit leistet.

Auch bei der Liquidation des Pfandes ergeben sich keine Schwierigkeiten. Das Recht Grundpfandbetreibung

anzuheben hat nur derjenige Baupfandgläubiger, der etwas fordern kann. Das ist, wie wir noch sehen werden, nur derjenige, der die Arbeit selbst ausgeführt hat, resp. derjenige, der diesen bezahlt hat, d. h. der letzte Nachmann. Die andern, die Vormänner, können nichts fordern, stehen also zum Eigentümer in der Stellung des Inhabers eines Pfandrechts mit Höchstbetrag, für das keine Forderung besteht.

Wird nun der Eigentümer von einem dieser Baugläubiger, der nicht der letzte Nachmann ist, betrieben, so ergibt sich folgende Sachlage:

Ist der Betreibende unmittelbarer Baugläubiger, so hat der Eigentümer Rechtsvorschlag zu erheben. Belangt ihn hierauf der Betreibende, so hat der Eigentümer, wie unten (vgl. § 6) ausgeführt wird, gegenüber der Klage dieses Gläubigers eine dilatorische Einrede, so lange der Gläubiger seine Nachmänner nicht bezahlt hat.

Ist der Betreibende mittelbarer Baugläubiger, so steht der Eigentümer zu ihm im Verhältnis des Eigentümers einer Sache, die für die Schuld eines Dritten verpfändet ist, zum Gläubiger dieser Schuld; obligatorische Beziehungen bestehen zwischen Eigentümer und mittelbarem Baugläubiger nicht. Der letztere kann daher sein Pfandrecht nur so exequieren, dass er die Betreibung auf Pfandverwertung gegen seinen unmittelbaren Vormann, seinen Schuldner, richtet, wobei er als Pfandobjekt das Grundstück des Eigentümers bezeichnet. Demnach hat der Eigentümer, sofern der Betreibende nicht forderungsberechtigt ist, da er nicht der letzte Nachmann ist, nach bisheriger Praxis nicht Rechtsvorschlag zu erheben, sondern das Pfandrecht zu bestreiten, worauf das Betreibungsamt das Widerspruchsverfahren gemäss Artikel 106 und 107 SchKG einzuleiten hat (vgl. Jäger: Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs N. 2 ad Art. 153 und die dort zitierten Entscheide¹³⁾).

¹³⁾ Jäger hält allerdings die bisherige Praxis für verfehlt und will auch dem Eigentümer das Recht Rechtsvorschlag zu erheben geben.

Im Widerspruchsverfahren wird dann der Eigentümer, wie unter § 6 ausgeführt wird, mit der Einrede durchdringen, dass dem Kläger, so lange er nicht der letzte Nachmann sei, keine Forderung und somit auch kein Pfandrecht zustehe.

§ 5.

Das Baugläubigerpfandrecht bei der Zerstückelung des belasteten Grundstücks.

Das Baupfandrecht unterliegt allen Bestimmungen über die Pfandrechte und zwar, da es eine Grundpfandverschreibung ist, den Normen über die Grundpfandverschreibungen. Auch für die Zerstückelung gelten demnach die gleichen Grundsätze wie für die Grundpfandverschreibungen. Die Anwendung dieser Grundsätze auf die Baupfandrechte bietet aber auf den ersten Blick einige Schwierigkeiten, weil eine Menge Baupfandrechte eingetragen sein können, welche alle zur Sicherung der gleichen Forderung dienen, und weil eine Anzahl dieser Pfandrechte vor, eine Anzahl nach der Zerstückelung eingetragen sein können.

Es sind folgende Fälle zu unterscheiden:

1. Sämtliche Baupfandrechte sind vor der Zerstückelung eingetragen. Nach der Eintragung wird das Grundstück zerstückelt, z. B. es sind auf einem Grundstück mehrere Häuser zusammen erbaut worden; nach Fertigstellung der Häuser werden dieselben einzeln verkauft. Da die Pfandrechte vor der Zerstückelung eingetragen wurden, belasten sie, wie jedes andere Pfandrecht, das ganze Grundstück; es ist nicht etwa so, dass für Leistungen in das Haus A nur das neue Teilgrundstück A, für Leistungen in das Haus B nur das Teilgrundstück B belastet würde. Wenn nun das ursprüngliche Grundstück geteilt wird, so ist gemäss Art. 833 ZGB und Art. 87 der

Grundbuchverordnung die Verteilung der Pfandhaft, sofern die Teilstücke nicht solidarisch verbundenen Eigentümern gehören, nach Abrede oder wenn diese fehlt, nach dem Wert der einzelnen Teilstücke vorzunehmen.

Die Abrede hat zwischen dem früheren Eigentümer und den Erwerbern zu geschehen; die Baupfandgläubiger brauchen nicht zuzustimmen (Art. 87² Grundbuchverordnung).

Findet keine Abrede statt, so hat, wie aus Art. 87 der Verordnung gefolgert werden muss, der Grundbuchverwalter die Verteilung vorzunehmen. Bei der Eruierung der Höhe der Pfandrechte kann einfach auf die Grundbucheinträge abgestellt werden; es braucht nicht untersucht zu werden, ob Pfandrechte eingetragen sind, denen keine Forderung entspricht; sämtliche Pfandrechte sind verhältnismässig nach dem Werte der Teilstücke zu verteilen. Beispiel: Das zu teilende Grundstück A ist im zweiten Rang mit Baupfandrechten in der Höhe von Fr. 20,000. — belastet; denselben liegen jedoch nur Forderungen im Werte von Fr. 5000. — zu Grunde; im vierten Range sind für Fr. 16,000. — Baupfandrechte eingetragen; die Bauforderungen, die diesen Pfandrechten entsprechen, betragen jedoch nur Fr. 10,000. —. Wird nun das Grundstück in A¹, A² und A³ zerlegt, wobei A¹ die Hälfte des Wertes des früheren Grundstückes, A² und A³ je $\frac{1}{4}$ enthalten, so ist die Belastung der Teilstücke folgende:

A¹: im zweiten Range Baupfandrechte von Franken 10,000. —, denen Forderungen von Fr. 2500. — entsprechen, im vierten Rang Baupfandrechte von Fr. 8000. —, denen Forderungen von Fr. 5000. — entsprechen. A² und A³: im zweiten Range Baupfandrechte von Fr. 5000. —, denen Forderungen von Fr. 1250. — entsprechen, im vierten Rang Baupfandrechte von Fr. 4000. —, denen Forderungen von Fr. 2500. — entsprechen.

Wenn ein Baupfandgläubiger die, sei es zwischen Veräusserer und Erwerber, sei es vom Grundbuchver-

walter festgestellte Teilung der Pfandhaft nicht annehmen will, so kann er, sofern seine Forderung fällig ist, sofort Betreibung auf Verwertung des unverteilten Grundstücks erheben; sofern die Forderung nicht fällig ist, kann er von dem ihm in Art. 833 Abs. 2 gewährten Rechte Gebrauch machen¹⁴⁾). Diejenigen Baugläubiger allerdings, die nicht letzte Nachmänner sind, können nur verlangen, dass der Eigentümer nicht an sie, sondern an den letzten Nachmann bezahle (vergl. § 6).

2. Sämtliche Baupfandrechte werden erst nach der Zerstückelung eingetragen. Dieser Fall bietet keine Schwierigkeiten. Die Eintragung kann auf jedes einzelne Teilstück nur für diejenigen Leistungen erfolgen, die für das betreffende Teilstück gemacht wurden, wobei gleichgültig ist, ob die Leistungen zu einer Zeit geschahen, wo das Grundstück noch unverteilt war. Wenn auch ein obligatorischer Anspruch auf Eintragung eines das ganze Grundstück ergreifenden Pfandrechtes entstanden ist, so kann dieser Anspruch, sofern er nicht durch eine Vormerkung geschützt war, nach der Verteilung nicht mehr durchgesetzt werden. Der Eintrag auf das Teilstück kann ferner nur unter der Voraussetzung erfolgen, dass das zu belastende Teilstück beim bisherigen Eigentümer des verteilten Grundstücks verbleibt. Kommt das Teilstück in das Eigentum einer andern Person, so kann gemäss den Ausführungen sub § 3 ein Eintrag überhaupt nicht mehr erfolgen.

3. Ein Teil der Pfandrechte ist vor, ein Teil nach der Zerstückelung eingetragen worden:

a) die vor der Zerstückelung eingetragenen Pfandrechte beruhen nicht auf den gleichen Leistungen wie die nach der Zerstückelung eingetragenen. Die Pfandhaft für die vor der Zerstückelung erfolgten Eintragungen ist gemäss den Ausführungen sub. 1 verhältnismässig auf die Teilstücke zu verteilen; die nach der Zerstückelung erfolgten Einträge werden durch dieselbe nicht berührt.

¹⁴⁾ Vergl. hierüber Wieland a. a. O. N. 9 ad Art. 833.

b) die vor und nach der Zerstückelung eingetragenen Pfandrechte beruhen auf der gleichen Leistung. Dieser Fall tritt dann ein, wenn der eine Gläubiger, z. B. der Generalunternehmer, das Pfandrecht für eine Arbeit, die er an einen Handwerker weiter vergeben hat, vor, der Handwerker sein Pfandrecht nach der Zerstückelung eintragen lässt. Das Pfandrecht des Unternehmers belastet dann das ursprüngliche Grundstück, dasjenige des Handwerkers nur das Teilgrundstück. Die Folge ist die, dass das Unterpfand ein verschiedenes ist, je nachdem der Handwerker oder nach Zahlung des Handwerkers der Unternehmer das Pfandrecht realisiert. Betreibt der Handwerker, so kann nur das Teilgrundstück verwertet werden, betreibt der Unternehmer, so ist, sofern er die Verteilung der Pfandhaft nicht angenommen hat, das ganze ursprüngliche Grundstück zu verwerten; sofern er die Verteilung angenommen hat, so sind die einzelnen Teilstücke, jedoch jedes nur für einen verhältnismässigen Teil der Forderung, zu verwerten.

Das ist eine Folge des Umstandes, dass der zahlende Vormann nicht das Pfandrecht des befriedigten Nachmannes, sondern ein eigenes selbständiges Pfandrecht geltend macht (vgl. hierüber unten § 6 i. f.).

§ 6.

Die Wirkung der Eintragung des Baupfandrechtes des Nachmannes auf die Rechte der Vormänner.

Das Baupfandrecht kennt die gleichen Erlöschenegründe wie jede andere Grundpfandverschreibung: Zahlung an den Gläubiger, Untergang der Pfandsache, Verzicht des Berechtigten¹⁵⁾, Realisierung des

¹⁵⁾ Auf das Pfandrecht kann selbstverständlich verzichtet werden; Art. 837² schliesst bloss den Verzicht auf den Anspruch auf das Pfandrecht aus; das ergibt sich aus den Worten „zum Voraus Verzicht leisten“. (Vergl. hierüber Wieland, a. a. O. N. 9 ad Art. 837.)

Pfandrechts. Alle diese Untergangsgründe bedürfen daher hier keiner besondern Behandlung, mit Ausnahme folgender auf der Eigenart des Baupfandrechts beruhenden Frage:

Da für die gleiche Forderung oft mehrere Pfandrechte, die verschiedenen Berechtigten zustehen, eingetragen sein können, so fragt es sich, an wen gezahlt werden muss, damit die Pfandrechte erlöschen. Wie bereits in § 1 sub f ausgeführt wurde, braucht der Eigentümer nicht mehr zu bezahlen, als er dem unmittelbaren Baugläubiger schuldig ist; somit muss dafür gesorgt werden, dass der Eigentümer vor der Gefahr der Doppelzahlung geschützt werde; es fragt sich demnach, an wen er zahlen soll, damit er gültig befreit werde.

Diese Frage war beim Problem des Bauhandwerkerschutzes immer eine der schwierigsten; denn es galt jeweilen, die einander widersprechenden Interessen des Eigentümers und der mittelbaren Baugläubiger miteinander in Einklang zu bringen. Wenn man nämlich diejenige Art des Bauschwindels verhindern will, wonach der Eigentümer den Bau durch einen insolventen Unternehmer, dem er ganz wenig zahlt, ausführen lässt, während die Handwerker mit ihren Forderungen gegenüber dem Unternehmer zu Verlust kommen, so muss man den Eigentümer zwingen, direkt an die letzten Nachmänner zu zahlen. Wie ist es nun einzurichten, dass der Eigentümer, der immerhin Schuldner des Unternehmers, des unmittelbaren Baugläubigers bleibt, vor der Gefahr der Doppelzahlung geschützt werde? Während die amerikanische Gesetzgebung und Rechtsprechung sich in intensiver Weise mit der Lösung dieser Frage beschäftigt haben¹⁶⁾, während das deutsche Gesetz über diese Frage eine Menge Detailbestimmungen enthält, sagt das ZGB hierüber gar nichts. Die Lösung derselben wird gänzlich

¹⁶⁾ Vergl. hierüber Salomonsohn: Der gesetzliche Schutz der Baugläubiger in den Vereinigten Staaten von Nord-Amerika.

der Judikatur überlassen; das ist für unser Rechtsleben sicherlich kein Vorteil.

Die Entscheidung der Frage ist deshalb nicht so leicht, weil sich hier obligationenrechtliche und sachenrechtliche Grundsätze entgegenstehen, und nicht erkennbar ist, ob das Gesetz bei Einführung des neuen sachenrechtlichen Instituts des Baugläubigerpfandrechts die entgegenstehenden obligationenrechtlichen Sätze aufgehoben resp. abgeändert hat oder ob es das sachenrechtliche Institut nur in der Gestalt einführen wollte, dass die obligationenrechtlichen Grundsätze intakt bleiben. Man könnte einerseits folgendermassen argumentieren:

Der unmittelbare Baugläubiger hat aus Vertrag resp. aus einer Obligation quasi ex contractu eine Forderung gegen den Eigentümer ganz ohne Rücksicht darauf, ob er das Werk selbst errichtet hat oder die Arbeit weitergegeben hat. Wenn nun auch der mittelbare Baugläubiger ein Pfandrecht an dem Grundstücke hat, so kann dies die obligatorischen Rechte des unmittelbaren Baugläubigers nicht beeinträchtigen; der unmittelbare Gläubiger hat nach wie vor das Recht, vom Eigentümer Zahlung zu verlangen; da aber der Eigentümer nicht zu mehrfacher Zahlung verpflichtet sein kann, so geht durch Zahlung an den unmittelbaren Baugläubiger das Pfandrecht resp. der Anspruch auf das Pfandrecht für den mittelbaren Gläubiger unter.

Andererseits lässt sich sagen: durch die oben genannte Interpretation geht der grösste Teil des Schutzes, den das Gesetz den Baugläubigern verschaffen wollte, verloren; denn wenn der Eigentümer an den vielleicht insolventen unmittelbaren Gläubiger zahlen muss, so haben die Nachmänner keine Gewähr, dass sie das an den letztern gelangte Geld erhalten. Es ist daher anzunehmen, dass das ZGB, wenn es auch das Obligationenrecht nicht ausdrücklich durch die Einführung des Baugläubigerpfandrechts abgeändert hat, es dies doch stillschweigend getan hat. Wenn das Gesetz den Zweck wollte, so musste es auch die Mittel

wollen. Das einzige Mittel nun, den vom Gesetz erstrebten Zweck, den Schutz der mittelbaren Baugläubiger zu erreichen, ist die Abänderung des Obligationenrechts in der Weise, dass der Eigentümer nicht mehr verpflichtet ist, an seinen Gläubiger, den unmittelbaren Baugläubiger, zu bezahlen, und dass er von seiner Schuld nur durch Zahlung an den letzten Nachmann gültig befreit wird.

Diese letztere Interpretation hat zwar sehr bedeutende und weitgehende Abänderungen des obligationenrechtlichen Rechtssystems zur Folge; die ratio legis verlangt aber mit Notwendigkeit, dass sie als die richtige angesehen werde¹⁷⁾.

Die Konsequenzen dieser Interpretation sind folgende:

1. Die Eintragung des Pfandrechts eines mittelbaren Baugläubigers hat zur Folge, dass der unmittelbare Gläubiger seine Forderung gegenüber dem Eigentümer nicht mehr geltend machen kann, so weit dieselbe für die gleiche Leistung gestellt wird, für welche das Pfandrecht des mittelbaren Gläubigers eingetragen wurde. Die Forderung des unmittelbaren Baugläubigers geht nicht gänzlich unter; es steht ihr vielmehr nur eine dilatorische Einrede des Eigentümers für so lange entgegen, als der unmittelbare Baugläubiger nicht der in letzter Linie Berechtigte ist, d. h. als er nicht denjenigen, der die Leistung gemacht hat, bezahlt hat. Die Schuld des Eigentümers gegenüber dem unmittelbaren Gläubiger wird demnach von Gesetzes wegen gestundet, bis der unmittelbare Gläubiger der in letzter Linie Berechtigte ist; der unmittelbare Gläubiger hat sonach, wenn er den Eigentümer belangen will, zu beweisen, dass er entweder die Arbeit, für welche die Forderung gestellt wird, selbst ausgeführt hat, oder dass er denjenigen, der sie ausgeführt hat, bezahlt hat.

¹⁷⁾ Gleicher Ansicht, jedoch ohne nähere Begründung: Wieland a. a. O. N. 2 e ad Art. 839.

2. Die dilatorische Einrede steht dem Eigentümer in einem besondern Falle auch dann zu, wenn noch keine Pfandrechte von Nachmännern eingetragen sind: dann nämlich, wenn er vor Ablauf der dreimonatlichen Eintragsfrist vom unmittelbaren Gläubiger belangt wird. Der Eigentümer muss während dieser Frist gewärtigen, dass Pfandrechte von seiten mittelbarer Gläubiger eingetragen werden; daher muss ihm das Recht gewährt werden, seinem Gläubiger gegenüber die Zahlung während dieser Frist, auch wenn keine Baupfandrechte eingetragen sind, zu verweigern¹⁸⁾. Man kann nicht etwa sagen, diese Einrede brauche dem Eigentümer nur in den Fällen gewährt zu werden, wo nachgewiesenermassen der unmittelbare Gläubiger die Arbeiten weitervergeben hat; denn nur in diesen Fällen bestehe die Gefahr, dass Pfandrechte angemeldet werden. Dem Eigentümer ist es nämlich schlechterdings unmöglich festzustellen, ob der unmittelbare Gläubiger die Arbeit weitervergeben hat und an wen er sie weitervergeben hat; er kann nicht untersuchen, ob die im Bau beschäftigten Arbeiter selbständige Handwerker oder vom unmittelbaren Baugläubiger im Dienstvertrag angestellte Arbeiter sind; weder diese Arbeiter noch seinen Gläubiger kann er zur Auskunft zwingen; deshalb wäre es unbillig, ihm den Beweis für die Weitervergebung der Arbeiten aufzuerlegen.

3. Der letzte Nachmann kann, sobald seine Forderung fällig ist, das Pfand, das für seine Forderung haftet, realisieren durch Anhebung der Betreibung auf Pfandverwertung. Zu betreiben hat er dabei, sofern er nicht unmittelbarer Baugläubiger ist, nicht den Eigentümer, sondern seinen unmittelbaren Vormann. Der Eigentümer ist jedoch, wenn der Schuldner des Betreibenden nicht bezahlt, gezwungen selbst zu zahlen, wenn er die Verwertung seines Grundstücks verhindern will. Dieser Zahlung an den letzten Nachmann muss, da der Eigentümer vor

¹⁸⁾ Gleicher Ansicht Wieland a. a. O. N. 3 a ad Art. 839.

mehrfacher Zahlung geschützt sein will, die Wirkung beigelegt werden, dass durch sie die Forderung des unmittelbaren Eigentümers im Betrage der Zahlung untergeht.

Es fragt sich, ob die gleichen Grundsätze, die im Verhältnis zwischen Eigentümer und unmittelbarem Baugläubiger gelten, auch im Verhältnis der Baugläubiger untereinander gelten. Das Verhältnis ist nur teilweise ein analoges.

Wenn nämlich der Unternehmer A die Arbeit dem B und dieser dem C weitervergeben hat und C die Arbeit ausgeführt hat, so ist A aus Vertrag verpflichtet, den B zu bezahlen. Solange jedoch C nicht bezahlt ist, kann A vom Eigentümer keine Zahlung verlangen; man kann ihm daher nicht zumuten, den B zu bezahlen, solange er selbst keine Gewähr dafür hat, vom Eigentümer bezahlt zu werden. Es müssen ihm daher die gleichen Einreden wie dem Eigentümer gewährt werden, d. h.

a) Sofern C ein Pfandrecht hat eintragen lassen, ist dem A die Schuld gestundet, solange C nicht bezahlt ist;

b) sofern C kein Pfandrecht hat eintragen lassen, ist die Schuld während der dreimonatlichen Eintragungsfrist gestundet.

Andererseits liegt jedoch kein Grund vor, dem Vormanne wie dem Eigentümer zu gestatten, statt an seinen Gläubiger an den letzten Nachmann zu bezahlen; denn der Vormann kann nicht wie der Eigentümer vom letzten Nachmann durch Anhebung der Grundpfandbetreibung zur Ablösung des Pfandes gezwungen werden; er kann daher ruhig warten, bis sein Gläubiger d. h. sein unmittelbarer Nachmann von ihm unter Nachweis, dass er der letzte Nachmann sei, Zahlung verlangt. Für denjenigen Teil seiner Forderung, für den er selbst der in letzter Linie Berechtigte ist, d. h. für die Differenz zwischen der Summe aller Forderungen der Nachmänner und seiner eigenen Gesamtforderung, d. h. für seinen Unternehmergegewinn kann der Vormann selbstverständlich jederzeit von seinem

Schuldner, seinem unmittelbaren Vormanne Zahlung verlangen.

Wenn ein Vormann seinen Nachmann bezahlt, so kann er nun selbst Zahlung von seinem Vormann verlangen. Es ist aber unrichtig zu sagen, dass durch die Zahlung die Forderung des Nachmannes auf den Zahlenden übergehe. Der Zahlende macht seine eigene Forderung, die ihm auf Grund des zwischen ihm und seinem unmittelbaren Vormanne bestehenden Rechtsverhältnisses (meistens Werkvertrag) zusteht, geltend. Aus dem Rechte des Nachmannes könnte er keine Forderung gegen seinen Vormann geltend machen; denn dem Nachmann stand nur eine Forderung gegen seinen unmittelbaren Vormann d. h. den Zahlenden zu, nicht aber gegen dessen Vormann. Auch das Pfandrecht resp. der Anspruch auf das Pfandrecht geht nicht über, sondern jedem Baugläubiger steht ein selbständiger Anspruch kraft eigenen Rechtes auf das Pfandrecht zu; das ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut des Gesetzes als aus den Ausführungen in § 4, wonach jeder Baugläubiger ohne Rücksicht darauf, ob er der letzte Nachmann ist, ein Pfandrecht verlangen kann. Derjenige, der den letzten Nachmann bezahlt hat, macht daher gegen den Eigentümer nicht das Pfandrecht des Nachmannes, sondern sein eigenes geltend. Es ist demnach unrichtig, das Vorliegen einer Subrogation anzunehmen, wie Wieland a. a. O. N. 8 b ad Art. 837 und N. 2 f ad Art. 839 es tut. Es würden übrigens weder die Voraussetzungen von Art. 126 Ziffer 2 altes OR (auf welchen Artikel Wieland verweist) noch diejenigen von Art. 110 Ziffer 1 neues OR vorliegen; denn der Vormann bezahlt nicht als Dritter eine fremde Schuld, sondern er bezahlt seine eigene Schuld.

§ 7.

Der Rang der Baupfandrechte und das Anfechtungsrecht der Baugläubiger.

Das ZGB kennt das Prinzip, dass über den Rang des Pfandrechts der bei der Eintragung geäusserte Wille

des Eigentümers entscheidet (Art. 813 ZGB). Bei den gesetzlichen Pfandrechten kann eine solche Willensäusserung nicht erfolgen; daher gilt der oberste Grundsatz des Grundbuchrechts, dass über den Rang des Pfandrechts das Datum der Eintragung entscheidet. Die Baupfandrechte gehen daher allen früher eingetragenen dinglichen Rechten nach und allen später eingetragenen vor.

Unter den Baugläubigern selbst aber gilt dieser Grundsatz gemäss Art. 840 ZGB nicht; diese haben alle unter sich den gleichen Rang ohne Rücksicht auf das Datum der Eintragung. Der sämtliche bei der Verwertung auf die einzelnen Baupfandrechte entfallende Erlös wird zusammengetan und pro rata unter die sämtlichen eingetragenen Baupfandgläubiger verteilt. Z. B.: Im I. Rang sind einige Bauhandwerker mit Fr. 10,000. — eingetragen, sodann folgt ein vertragliches Pfandrecht im Betrage von Fr. 20,000. — und dann wieder einige Baugläubiger mit Fr. 20,000. —. Der Erlös ist Fr. 40,000. —. Die im I. Rang stehenden Baugläubiger sind nicht etwa ganz und die im III. Range stehenden nur zur Hälfte gedeckt, sondern der auf die Baugläubiger entfallende Totalerlös von Fr. 10,000. — + Fr. 10,000. — = Fr. 20,000. — wird unter die Baupfandforderungen, die zusammen Fr. 30,000 betragen, verhältnismässig verteilt.

Da bei der Verwertung die fälligen grundversicherten Forderungen dem Ersteigerer überbunden werden (Art. 135 SchKG), erhebt sich die Frage, wie die gleichmässige Behandlung aller Baupfandgläubiger zu erlangen sei, wenn ein Teil der Baupfandforderungen überbunden werden sollte, der andere aber, weil verfallen, entweder bezahlt wird oder zu Verlust kommt. Jäger, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, Bd I N. 8 ad Art. 141 scheint sich über die Schwierigkeit dadurch hinweg helfen zu wollen, dass er bei jeder Verwertung die Liquidation aller Baupfandrechte herbeiführen will. Das erreicht er dadurch, dass er die Baupfandrechte, auch wenn sie nicht betrieben haben und dem betreibenden Pfand-

rechte vorgehen, bei der Berechnung des Zuschlagspreises (Art. 141 SchKG) ausschliesst.

Meines Erachtens ist es nicht nötig, derart vom Gesetze abzuweichen. Die gleichmässige Behandlung aller Baupfandrechte kann auch dadurch erreicht werden, dass man die nicht fälligen Pfandrechte, soweit sie durch den Erlös gedeckt sind, überbindet und sie am Erlöse resp. Verlust, der auf die fälligen Baupfandrechte fällt, verhältnismässig teilnehmen lässt, während man andererseits die Gläubiger der nicht überbundenen, liquidierten Pfandrechte zu verhältnismässigen Teilen als Gläubiger in die überbundenen Pfandrechte eintreten lässt.

Es ist jedoch zuzugeben, dass weder die eine noch die andere Lösung voll befriedigt; es wäre daher das Einfachste, dass eine Verordnung des Bundesgerichts als Oberaufsichtsbehörde über die Betreibungsämter hier eingreifen würde.

Im Verhältnis der Baupfandrechte zu den andern Pfandrechten entscheidet über den Rang der Tag der Eintragung. Darin liegt eine grosse Gefahr für die Baugläubiger; denn nichts ist für den Eigentümer leichter als durch Überlastung des Grundstücks schon vor dem Beginn des Werkes zu bewirken, dass die Baugläubiger Pfandrechte erlangen, die ganz sicher ausfallen werden. Das ZGB gewährt daher den zu Verlust gekommenen Baugläubigern das Recht, die vorgehenden Pfandrechte unter gewissen Voraussetzungen anzufechten.

Ich behandle zunächst die formellen, sodann die materiellen Voraussetzungen des Anfechtungsrechts.

1. Die formellen Voraussetzungen.

a) Aktiv legitimiert zur Klage sind nur Baugläubiger, für welche ein Pfandrecht eingetragen war; das ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 841 ZGB, der sagt, dass der Ausfall aus dem den Wert des Bodens übersteigenden Verwertungsanteil der vorgehenden Pfand-

gläubiger zu ersetzen ist. Vorgehende Pfandgläubiger gibt es natürlich nur für denjenigen, der selbst auch Pfandgläubiger ist.

b) Die Klage kann nur angehoben werden, wenn ein Verlust auf der Bauforderung des Klägers entstanden ist; es genügt jedoch, dass der Verlust bei der Grundpfandverwertung entstanden ist. Der Kläger braucht also nicht im Besitze eines Verlustscheines zu sein; er kann auf Grund eines Pfandausfallscheines klagen ohne Rücksicht darauf, ob sein Schuldner sonst durchaus solvent ist und die Zwangsvollstreckung in das übrige Vermögen desselben dem Baugläubiger alle Aussicht auf Befriedigung bieten würde.

c) Die Klage kann erst nach erfolgter Verwertung des Pfandes erhoben werden; denn nur dann steht fest, ob bei der Pfandverwertung die Baugläubiger zu Verlust kommen. Daraus folgt, dass die Klage nur dann im Kollokationsprozesse geltend gemacht werden kann, wenn der Ausfall entstanden ist infolge einer Betreibung auf Pfändung oder auf Pfandverwertung; denn nur in diesen Fällen findet die Aufstellung des Kollokationsplanes nach der Verwertung statt.

Die Anfechtung hat durch gerichtliche Klage und nicht, wie Wieland a. a. O. N. 5 ad Art. 841 sagt, durch Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde zu geschehen (Art. 148SchK). Eine Verpflichtung, die Anfechtung im Kollokationsprozesse geltend zu machen, besteht jedoch zweifellos nicht. Der Anfechtungsberechtigte verliert sein Anfechtungsrecht nicht dadurch, das er den Kollokationsplan nicht anficht; er kann den Anfechtungsverpflichteten noch nachträglich im besondern Prozesse belangen.¹⁹⁾

Im Konkursverfahren wird der Kollokationsplan vor der Verwertung aufgestellt. Daher kann eine Anfechtung desselben nicht stattfinden. Das Anfechtungsrecht kann aber auch nicht etwa durch Anfechtung der Ver-

¹⁹⁾ Ebenso Jäger a. a. O.

teilungsliste geltend gemacht werden; denn die letztere muss auf Grund des rechtskräftig gewordenen Kollokationsplanes aufgestellt werden.²⁰⁾ Wenn der Ausfall auf dem Baugläubigerpfandrecht im Konkurse eintritt oder die Klage sich gegen ein bei der Verwertung überbundenes Pfandrecht richtet, so bleibt somit dem Anfechtungsberechtigten nichts anderes übrig, als die Anfechtungsklage im selbständigen Prozesse geltend zu machen.

d) Aus dem Umstande, dass alle eingetragenen Baupfandgläubiger Anspruch auf gleichmässige Befriedigung haben, muss gefolgert werden, dass ein Baugläubiger auch ein ihm nachgehendes Pfandrecht anfechten darf, sofern hinter diesem Pfandrecht noch Baupfandrechte eingetragen sind; denn die Existenz dieses nachgehenden anfechtbaren Pfandrechtes vermindert den auf die Gesamtheit der Baupfandrechte entfallenden Erlös.

e) Anfechtungsbeklagter ist derjenige, dem ein anfechtbares Pfandrecht zusteht, oder wenn das Pfandrecht schon realisiert ist, derjenige, der den auf das anfechtbare Pfandrecht entfallenden Verwertungserlös erhalten hat. Im ersten Falle geht die Klage dahin, es sei festzustellen, dass das dem Beklagten zustehende Pfandrecht dem Kläger im Betrage seiner Forderung zustehe, im zweiten Falle geht sie auf Verurteilung des Beklagten auf Herausgabe dessen, was er bei der Realisierung des Pfandes erhalten hat. Der Kläger kann jedoch den Verwertungserlös nur so weit herausverlangen als nötig ist, um seine Forderung ganz zu decken.

f) In zwei Fällen jedoch kann das Anfechtungsrecht nicht gegen den Pfandinhaber resp. denjenigen, der den Erlös aus dem Pfand erhalten hat, geltend gemacht werden; dann nämlich, wenn der Pfandgläubiger auf Grund öffentlichen Glaubens das Pfandrecht erworben hat. Das ist der Fall bei Schuldbrief und Gült. Bei der Grundpfand-

²⁰⁾ Unrichtig: Wieland a. a. O. N. 5 ad Art. 841.

verschreibung kommt bekanntlich der öffentliche Glaube dem Zessionar nicht zu gut und zwar nach richtiger Ansicht weder für die Forderung noch für das Pfandrecht. Da somit der Zessionar nicht mehr Rechte erwerben konnte, als der Zedent hatte, so sind alle dem Zedenten gegenüber zustehenden Anfechtungsklagen auch dem Zessionar gegenüber möglich. Gegenüber dem Erwerber eines Schuldbriefes oder einer Gült jedoch können die gegenüber dem Veräusserer bestehenden Klagen und Einreden nicht geltend gemacht werden; denn gemäss Art. 866 ZGB besteht der formrichtig als Schuldbrief oder Gült erstellte Pfandtitel seinem Wortlaute gemäss für jedermann zu Recht, der sich in gutem Glauben auf die Urkunde verlassen hat. Höchstens dann könnte die Anfechtungsklage gegenüber dem Erwerber geltend gemacht werden, wenn nachgewiesen werden kann, dass dieser den Pfandtitel in Kenntnis von dessen Anfechtbarkeit erworben hat. Art. 841² Z bestimmt daher für den Fall, dass der Pfandtitel veräussert worden ist, dass dann der Veräusserer den Baugläubigern für das, was ihnen durch die Veräusserung entzogen wird, Ersatz zu leisten habe. Mit den Worten, „dasjenige, was ihnen dadurch entzogen wird“, will das Gesetz offenbar dasjenige bezeichnen, was der Veräusserer den Baugläubigern hätte herausgeben müssen, wenn er den Pfandtitel behalten hätte, d. h. den auf den Pfandtitel bei der Verwertung gefallenen Anteil am Erlös. Für diesen Anteil hat der Pfandgläubiger den Baugläubigern Ersatz zu leisten, wobei er jedoch in Abzug bringen darf dasjenige, was die Baugläubiger auf Grund irgend welcher Umstände von dem Erwerber haben erlangen können.

Der Ersatzanspruch der Baugläubiger gegenüber dem Veräusserer ist jedoch ein unsicheres Mittel, da der Veräusserer oft insolvent sein kann. Das Gesetz gibt daher den Baugläubigern noch ein anderes Mittel an die Hand, sich zu schützen. Gemäss Art. 841³ kann nämlich jeder Baugläubiger sofort nach Beginn des Baues die Eintragung

des sogenannten Bauvermerkes im Grundbuche verlangen. Dieser Vermerk, der keine Vormerkung, sondern eine Anmerkung ist, bewirkt eine partielle Sperrung des Grundbuches;²¹⁾ es dürfen nach seiner Eintragung keine Schuldbriefe und Gütten mehr auf das Grundstück eingetragen werden. Dadurch sind die Baugläubiger wenigstens von Beginn des Baues an sicher, dass ihnen ihr Anfechtungsrecht nicht dadurch illusorisch gemacht wird, dass der Eigentümer Schuldbriefe und Gütten zu Gunsten insolventer Personen errichtet und die Titel veräussern lässt.

2. Die materiellen Voraussetzungen.

Die Anfechtung ist möglich, wenn das Grundstück durch die Pfandrechte der vorhergehenden Grundpfandgläubiger in einer für sie erkennbaren Weise zum Nachteil der Handwerker und Unternehmer belastet worden ist. Die Voraussetzungen sind also:

1. die Belastung des Grundstückes zum Nachteil der Handwerker und Unternehmer;
2. die Erkennbarkeit dieser nachteiligen Belastung auf Seiten des anfechtungsbeklagten Pfandgläubigers.

Die Voraussetzungen sind demnach einsteils objektive, andernteils subjektive.

a) Die objektive Voraussetzung²²⁾.

Wann liegt eine zum Nachteil der Baugläubiger erfolgte Belastung der Liegenschaft vor?

Art. 841 sagt, dass der Ausfall, den die Baupfandgläubiger erleiden, aus dem den Wert des Bodens übersteigenden Verwertungsanteil der vorgehenden Pfandgläubiger zu ersetzen sei. Das weist darauf hin, dass die Baugläubiger Anspruch haben auf Befriedigung aus dem Teil des Verwertungserlöses, der dem den Boden-

²¹⁾ Wieland a. a. O. N. 4 ad Art. 841.

²²⁾ Wieland a. a. O. N. 2 ad Art. 841.

wert übersteigenden Wert des Grundstücks entspricht. Dieser den Bodenwert übersteigende Wert des Grundstückes ist den Baugläubigern gewissermassen verfangen. Sie haben durch ihre Arbeit und ihre Lieferungen diesen Wert geschaffen, also sollen sie auch vor allen andern Gläubigern das Recht haben, aus demselben befriedigt zu werden. Dies ergibt sich nicht nur aus dem Wortlaute des Gesetzes, sondern auch aus der ganzen Vorgeschichte des Baugläubigerpfandrechtes. Allerdings der Wortlaut des Gesetzes entspricht nicht ganz dem, was das Gesetz sagen wollte; nicht auf den den Bodenwert übersteigenden Wert kommt es nach Absicht des Gesetzes an, sondern auf denjenigen Wert, der den bei Beginn des Werkes vorhandenen Wert übersteigt. Der bei Beginn des Werkes vorhandene Wert entspricht nicht immer dem Bodenwert, z. B. dann nicht, wenn Reparaturen an einem Hause vorgenommen werden. Hier haftet den Baugläubigern, welche die Reparatur vorgenommen haben, nur der durch die Reparaturen herbeigeführte Mehrwert, nicht aber der Wert des ganzen Hauses.

Wenn nun den Baugläubigern der durch ihre Arbeit geschaffene Wert haftet, so ergibt sich daraus, dass eine Belastung zu ihrem Nachteil dann immer vorliegt, wenn der ihnen verfangene Wert belastet wird, wobei es gleichgültig ist, zu welchem Zeitpunkte die Belastung erfolgt ist, ob lang vor Beginn des Baues oder erst nachher. Gleichgültig ist ferner, ob die nachteilige Belastung durch vertragliches oder gesetzliches Pfandrecht erfolgt; auch der Verkäufer einer Baustelle, der sich einen weit über den wahren Wert der Baustelle hinausgehenden Kaufpreis versprechen lässt und für denselben ein gesetzliches Pfandrecht eintragen lässt (Art. 837 Ziff. 1 ZGB), belastet das Grundstück zum Nachteil der Baugläubiger.

Die Schädigung kann jedoch nur durch Pfandrechte geschehen, nicht auch durch andere Lasten. Darin liegt meines Erachtens eine grosse Schwäche des ganzen Institutes. Der Bauspekulant darf allerdings in Zukunft

beim Verkauf der Baustelle an einen insolventen Strohmann nicht mehr ein den Baustellenwert übersteigendes Pfandrecht auf das Grundstück legen, er riskiert sonst die Anfechtungsklage. Wenn er jedoch irgend ein anderes dingliches Recht zu seinen Gunsten auf das Grundstück legen lässt, z. B. eine den Wert des Grundstückes bei nahe absorbierende Nutzniessung, so ist er vor der Anfechtung geschützt und seinen Zweck hat er erreicht; denn infolge der dinglichen Last wird das Grundstück keinen hohen Verwertungserlös erzielen; der Spekulant kann es also zu einem niedrigen Preise zurückkaufen; damit hat er das Grundstück wieder und das neu erstellte Gebäude dazu.

Man kann nun nicht etwa ausdehnend interpretieren und sagen, es seien auch andere dingliche Rechte anfechtbar. Das Gesetz spricht ausdrücklich nur von Pfandrechten und da das Anfechtungsrecht eine Ausnahme ist, kann man nicht weiter gehen, als das Gesetz es ausdrücklich zulässt.

b) Die subjektive Voraussetzung²³⁾.

Das Gesetz verlangt, dass die den Baugläubiger schädigende Belastung in einer für den beklagten Pfandgläubiger erkennbaren Weise erfolgte. Darin liegt eine Ähnlichkeit der Anfechtungsklage des Baugläubigers mit der sogenannten Deliktpauliana. Der Begriff der Erkennbarkeit ist der gleiche und man kann daher nach meiner Ansicht die im Anschluss an Art. 288 Schuld betreibungs- und Konkursgesetz ergangene Judikatur bezüglich des Begriffes der Erkennbarkeit ohne weiteres auch für die Anfechtungsklage des Baugläubigers verwenden²⁴⁾. Damit die Erkennbarkeit vorliege, ist also nicht

²³⁾ Vergl. Wieland a. a. O. N. 3. ad Art. 841.

²⁴⁾ Vergl. Jäger: a. a. O. Bd II N. 5 ad Art. 288 und die dort citierte bundesgerichtliche Judikatur.

notwendig, dass der Beklagte in positiver Weise Kenntnis davon hatte, dass sein Pfandrecht das Grundstück in einer die Baugläubiger schädigenden Weise belaste, sondern es genügt, dass der Beklagte diese Kenntnis bei Anwendung der ihm zuzumutenden Sorgfalt und Aufmerksamkeit hätte erlangen können. Wie viel Sorgfalt ihm zuzumuten sei, ist im einzelnen Fall auf Grund des konkreten Tatbestandes und der individuellen Verhältnisse des Beklagten zu entscheiden. Die Erkennbarkeit dürfte z. B. dann anzunehmen sein, wenn eine Bank sich eine Bauhypothek bestellen lässt, die Baugelder successive auszahlt und dabei allen Grund hatte anzunehmen, dass der Eigentümer das Geld nicht zur Befriedigung der Baugläubiger, sondern anderweitig z. B. zur Bezahlung alter Schulden verwenden werde. In diesem Falle konnte die Bank erkennen, dass das ihr ausgestellte Grundpfandrecht den Baugläubigern die ihnen zukommende Befriedigung aus dem Grundstücke entziehen werde, ohne dass ihnen zugleich der für diesen entgangenen Wert zu leistende Gegenwert, die von der Bank gewährten Baugelder, zukommen werde; die Bank konnte also erkennen, dass die Baugläubiger geschädigt werden; ihr Pfandrecht ist daher anfechtbar. Andererseits dürfte dann die Erkennbarkeit nicht vorliegen, wenn das Grundstück Jahre lang, bevor jemand im Entferntesten an eine Bebauung desselben dachte, über seinen Wert hinaus belastet worden ist.

Der Beweis der Erkennbarkeit kann wie bei der *actio pauliana* meistens nur durch Indizien geführt werden.

Ein bedeutender Unterschied von der *actio pauliana* liegt jedoch darin, dass das Objekt, das erkennbar sein muss, ein anderes ist. Bei der *Deliktpauliana* sind anfechtbar diejenigen Rechtshandlungen, welche der Schuldner in der dem andern Teile erkennbaren Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen, vorgenommen hat. Objekt der Erkennbarkeit ist demnach die Benachteiligungs- resp. Begünstigungsabsicht des Schuldners. Anders

bei der Anfechtungsklage des Baugläubigers. Hier ist Objekt der Erkennbarkeit die infolge der Pfanderrichtung entstehende Benachteiligung der Baugläubiger, das ergibt sich aus dem Wortlaut: „sofern das Grundstück durch ihre Pfandrechte in einer für sie erkennbaren Weise zum Nachteil der Handwerker und Unternehmer belastet worden ist.“ Somit genügt bei der Anfechtungsklage der Baugläubiger der Beweis dafür, dass der Beklagte die Benachteiligung der Baugläubiger habe erkennen können; es ist nicht nötig, dass der Schuldner, der Grundstückseigentümer, bei Errichtung des anfechtbaren Grundpfandes die Absicht hatte seine Baugläubiger zu benachteiligen, und noch weniger ist demnach nötig, dass der Beklagte eine derartige Absicht erkennen konnte. Der Grundstückseigentümer kann das Pfandrecht in der ehrlichsten Absicht errichtet haben und dennoch ist es anfechtbar, sobald die beiden Voraussetzungen, Schädigung der Baugläubiger und Erkennbarkeit dieser Schädigung, für den Anfechtungsbeklagten vorliegen.

Inhaltsübersicht.

	Seite
Einleitung	1
§ 1. Die Voraussetzungen für die Entstehung des Anspruchs auf Eintragung eines Baugläubigerpfandrechts.	3
§ 2. Der Ausschluss des Anspruchs infolge Sicherheitsleistung	13
§ 3. Der Untergang des Anspruchs infolge Veräußerung des Grundstückes vor Eintragung des Pfandrechtes	17
§ 4. Die Voraussetzungen für die Entstehung des Baugläubigerpfandrechts	22
§ 5. Das Baugläubigerpfandrecht bei der Zerstückelung des Grundstücks	30
§ 6. Die Wirkung des Eintrags des Baupfandrechts des Nachmannes auf die Rechte der Vormänner	33
§ 7. Der Rang der Baupfandrechte und das Anfechtungsrecht der Baupfandgläubiger.	39

Literatur.

Th. Hellmüller, Das gesetzliche Pfandrecht für die Forderungen der Bauhandwerker und Unternehmer im Vorentwurf des schweiz. ZGB.

A. Egger, Der privatrechtliche Schutz der Bauhandwerker mit besonderer Rücksicht auf die neue schweiz. Zivilgesetzgebung. Berner Diss. 1900.

Derselbe: Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft. Heft XII.

Meili, Der gesetzgeberische Kampf gegen Schädigungen im Bauhandwerk. Schweiz. Zeitfragen Nr. 32, 1901.

H. Karrer, Der Bäuschwindel und der Schutz der Bauhandwerker und Lieferanten. Zürcher Diss. 1900.

Erläuterungen zum Vorentwurf des eidgen. Justiz- und Polizeidepartements (Bern 1902), 3. Heft, Sachenrecht S. 262—266.

Wieland, Kommentar zum schweiz. ZGB, Bd. IV: das Sachenrecht S. 362—373.

Rossel und Menthé, Manuel du droit civil suisse, Bd. II S. 254—260.

Ostertag, Kommentar zum schweiz. ZGB Bd. IV, III. Abteilung, Note 3 ad Art. 961.

Die II. Abteilung zu Bd. IV des von Gmür herausgegebenen Kommentars zum schweiz. ZGB, worin das Baugläubigerpfandrecht behandelt wird, war zur Zeit der Drucklegung dieses Aufsatzes noch nicht erschienen, konnte daher nicht berücksichtigt werden.
