

**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:** 101 (1982)

**Artikel:** Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda

**Autor:** Zobl, Dieter

**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-896394>

### **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:** 06.01.2026

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

# Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda

Referat von Dr. iur. DIETER ZOBL

Rechtsanwalt

Stv. Direktor der Zürcher Kantonalbank

Privatdozent an der Universität Zürich



Die Drucklegung der vorliegenden Arbeit wurde durch einen namhaften finanziellen Beitrag der Zürcher Kantonalbank in Zürich gefördert.

# Inhaltsverzeichnis

310

Abkürzungen .....	13
Literaturverzeichnis .....	14
<b>Einleitung</b> .....	19
I. <b>Problem</b> .....	19
II. <b>Heutiger Stand der Diskussion um eine Revision</b> .....	19
III. <b>Methode</b> .....	20
IV. <b>Literatur und Judikatur</b> .....	21
V. <b>Terminologie</b> .....	21
 ERSTER TEIL:	
GRUNDLEGUNG .....	22
 <i>Erster Abschnitt:</i>	
<b>Allgemeine Grundlagen des Baugläubigerschutzes</b> .....	22
I. <b>Begriff und Funktion des Baugläubigerschutzes</b> .....	22
II. <b>Historische Entwicklung des Baugläubigerschutzes</b> .....	22
A. Römisches Recht .....	22
B. Germanisches Recht .....	23
C. Naturrechtskodifikationen .....	23
D. Früheres kantonales Recht .....	24
E. USA .....	24
III. <b>Rechtsvergleichender Überblick</b> .....	24
A. Schweiz .....	25
B. Deutschland .....	25
C. Österreich .....	25
D. Frankreich .....	26
E. Italien .....	26
F. USA .....	26
IV. <b>Rechtliche und wirtschaftliche Ursachen der heutigen Baugläubigerschutzgesetzgebung</b> .....	27
A. Rechtliche Ursachen .....	27
1. Akzessionsprinzip .....	27
a) Begriff und Wesen .....	27
b) Rechtsfolgen des Akzessionsprinzips .....	28
aa) Für die Bauhandwerker .....	28
bb) Für den Grundeigentümer .....	29
cc) Für die Grundpfandgläubiger .....	30
dd) Für die Kurrentgläubiger .....	30
2. Vorleistungspflicht des Baugläubigers .....	30

B. Wirtschaftliche Ursachen .....	31
1. Bauschwindel .....	32
2. Ungünstige Zahlungsbedingungen .....	33
3. Leichtsinnige Gewährung von Hypothekarkrediten .....	34
4. Baugläubigernot .....	35
a) Baugläubiger .....	35
b) Arbeiter .....	36
c) Lieferanten und andere Gläubiger der Bauhandwerker ..	37
d) Mieter .....	37
e) Öffentlichkeit .....	37
<b>V. Ziele der Baugläubigerschutzgesetzgebung .....</b>	<b>37</b>
<i>Zweiter Abschnitt:</i>	
<b>Mögliche Formen des Baugläubigerschutzes .....</b>	<b>38</b>
<i>Erster Unterabschnitt:</i>	
<b>Öffentlich-rechtlicher Baugläubigerschutz (vorbeugender Schutz) .....</b>	<b>39</b>
<b>I. Verwaltungsrechtlicher Baugläubigerschutz .....</b>	<b>39</b>
1. Verwaltungsrechtliche Prüfung der Zuverlässigkeit und Zahlungsfähigkeit des Bauherrn durch Bauschöffenämter ..	39
a) Vorgesehene Regelung .....	39
b) Würdigung .....	40
2. Hinterlegung der Bauverträge und Kostenvoranschläge bei einer Behörde zur Einsicht durch die Baugläubiger .....	40
a) Vorgesehene Regelung .....	40
b) Würdigung .....	41
3. Konzessionierung des Baugewerbes .....	42
a) Vorgesehene Regelung .....	42
b) Würdigung .....	42
4. Obligatorischer Fähigkeitsausweis für Bauhandwerker ....	42
a) Vorgesehene Regelung .....	42
b) Würdigung .....	42
<b>II. Strafrechtlicher Baugläubigerschutz .....</b>	<b>43</b>
A. Vorschläge .....	43
B. Würdigung .....	43
<i>Zweiter Unterabschnitt:</i>	
<b>Privatrechtlicher Baugläubigerschutz (Vollstreckungsschutz) .....</b>	<b>44</b>
<b>I. Überblick über die postulierten privatrechtlichen Schutzformen ..</b>	<b>44</b>
A. Selbsthilfe .....	44
1. Vorgeschlagene Formen der Selbsthilfe .....	44
2. Würdigung .....	44
B. Aufhebung der gesetzlichen Vorleistungspflicht des Bauhandwerkers .....	45
1. Vorschlag .....	45
2. Würdigung .....	45
C. Eigentumsvorbehalt .....	46
1. Vorschlag .....	46
2. Würdigung .....	47

D. Persönliche Haftung des Grundeigentümers für alle Bauforderungen .....	47
1. Vorschlag .....	47
2. Würdigung .....	47
E. Baugläubigerpfandrecht .....	48
<b>II. Baugläubigerpfandrecht als wichtigste Schutzform .....</b>	<b>49</b>
A. Allgemeines .....	49
B. Interessenlage .....	49
1. Baugläubiger .....	49
a) Versionsgedanke .....	49
b) Rechtliche Gleichstellung des Baugläubigers mit dem Hersteller eines beweglichen Werkes .....	50
c) Sozial-ethische Rechtfertigung .....	51
2. Grundeigentümer .....	51
3. Erwerber dinglicher Rechte am Baugrundstück .....	52
a) Vertragliche Grundpfandgläubiger .....	52
b) Erwerber des Eigentums oder beschränkter dinglicher Rechte .....	53
4. Kurrentgläubiger .....	54
a) Kurrentgläubiger des Grundeigentümers .....	54
b) Kurrentgläubiger des Bauhandwerkers .....	54
5. Öffentlichkeit .....	54
6. Würdigung .....	54
C. Ausgestaltungsformen des Baugläubigerpfandrechtes .....	55
1. Baugläubigerpfandrecht als Konkursprivileg .....	55
a) Vorschlag .....	55
b) Würdigung .....	56
2. Unmittelbares gesetzliches Pfandrecht mit Vorrecht vor allen Grundpfandrechten .....	56
a) Vorschlag .....	56
b) Würdigung .....	56
3. Mittelbares gesetzliches Pfandrecht ohne Rangprivileg ....	57
a) Begriff und Wesen. Vorschlag .....	57
b) Sicherungshypothek des Bauunternehmers gemäß § 648 BGB .....	58
c) Würdigung .....	58
4. Mittelbares gesetzliches Pfandrecht mit Rangprivileg ....	59
a) Vorschlag .....	59
b) Baugläubigerpfandrecht gemäß art. 2103 Ziff. 4 Code civil français .....	59
c) Das Mechanic's lien nach amerikanischem Recht .....	61
d) Mittelbare gesetzliche Bausicherungshypothek gemäß BauFG .....	61
e) Mittelbares gesetzliches Pfandrecht gemäß Art. 837, 839 ff. ZGB .....	62
D. Subjekte des Baugläubigerschutzes .....	62
1. Allgemeines .....	62
2. Einteilung der Baugläubiger nach dem Charakter der Bauleistung .....	63
a) Manuelle Bauleistungen .....	63
aa) Aufgrund eines Werk- oder Werklieferungsvertrages .....	63

bb) Aufgrund eines Kaufvertrages .....	63
cc) Aufgrund eines Arbeitsvertrages .....	64
b) Intellektuelle Bauleistungen .....	65
3. Einteilung der Baugläubiger in selbständige Unternehmer und (unselbständige) Arbeitnehmer .....	67
4. Einteilung der Baugläubiger nach ihrer rechtlichen Beziehung zum Grundeigentümer .....	67
a) Unmittelbare Baugläubiger .....	67
b) Mittelbare Baugläubiger .....	68
E. Pfandrechtsbelasteter Personenkreis .....	70
1. Identität von Besteller und Eigentümer .....	70
2. Keine Identität zwischen Besteller und Grundeigentümer ..	71
F. Pfandobjekt .....	72
G. Pfandforderung .....	72
1. Vertragliche oder außervertragliche Grundlage .....	72
2. Vertragsart .....	72
 ZWEITER TEIL:	
DAS BAUHANDWERKERPFANDRECHT NACH GELTENDEM SCHWEIZERISCHEN RECHT MIT BEMERKUNGEN DE LEGE FERENDA .....	73
 <i>Erster Abschnitt:</i>	
<b>Grundlagen</b> .....	73
I. <b>Rechtsquellen</b> .....	73
A. Privatrecht .....	73
1. ZGB .....	73
2. OR .....	73
3. GBV .....	74
B. Zwangsvollstreckungsrecht .....	74
1. SchKG .....	74
2. VZG .....	74
C. Zivilprozeßrecht .....	75
D. Strafrecht .....	75
II. <b>Begriff</b> .....	75
III. <b>Rechtsnatur des Bauhandwerkerpfandrechts</b> .....	76
A. Bauhandwerkerpfandrecht als gesetzliches Pfandrecht .....	76
B. Bauhandwerkerpfandrecht als mittelbares gesetzliches Pfandrecht und als mittelbare gesetzliche Eigentumsbeschränkung ..	76
C. Gesetzlicher Pfandbestellungsanspruch als Realobligation ....	76
D. Bauhandwerkerpfandrecht als subsidiäres Sicherungsrecht ....	78
E. Würdigung .....	79
 <i>Zweiter Abschnitt:</i>	
<b>Materielle Voraussetzungen</b> .....	79
 <i>Erster Unterabschnitt:</i>	
Baupfandgläubiger .....	79
I. <b>Allgemeines</b> .....	79
II. <b>Selbständige Handwerker oder Unternehmer</b> .....	80

<b>III. Unmittelbare und mittelbare Baugläubiger</b> .....	81
A. Unmittelbare Baugläubiger .....	81
B. Mittelbare Baugläubiger .....	81
C. Besondere Fälle .....	81
<b>IV. Eigenart der geschützten Bauleistung</b> .....	82
A. Versio in rem als Ausgangspunkt .....	82
B. Bezugspunkt der pfandgeschützten Bauleistungen: Bauten oder andere Werke auf einem Grundstück .....	83
C. Geschützte Bauleistungen im einzelnen .....	84
1. Lieferung von Material und Arbeit .....	84
2. Lieferung von Arbeit .....	85
3. Lieferung, aber nicht persönlicher Einbau einer individuell hergestellten Sache .....	86
a) Einbau durch Werklieferanten oder Dritten .....	86
b) Einbau unterbleibt .....	86
D. Nicht geschützte Bauleistungen .....	88
1. Fälle fehlender Akzession .....	88
a) Fahrnisbauten .....	88
b) Zugehör .....	88
2. Intellektuelle Bauleistungen .....	89
3. Materiallieferungen .....	91
4. Vorbereitungs- und Unterhaltsarbeiten .....	91
a) Grundatz .....	91
b) Ausnahme .....	92
E. Grenzfälle: Gemischte Bauleistungen .....	92
1. Problem .....	92
2. Beim Totalunternehmervertrag .....	93
3. Beim Generalunternehmervertrag .....	96
F. Erfordernis der konkreten Wertvermehrung durch die pfand- rechtsgeschützten Bauleistungen? .....	97
G. Rechtsverhältnis, aufgrund dessen die Bauleistung erbracht wird .....	98
<b>V. Würdigung</b> .....	98
 <i>Zweiter Unterabschnitt:</i>	
<b>Pfandrechtsbelasteter Grundeigentümer</b> .....	100
<b>I. Jeweiliger Grundeigentümer als realobligatorisch verpflichtete         Partei des Eintragsanspruches</b> .....	100
<b>II. Doppelzahlungsrisiko des Grundeigentümers</b> .....	100
<b>III. Maßnahmen gegen das Doppelzahlungsrisiko des Grundeigen-         tümers</b> .....	101
A. Nach geltendem Recht .....	101
1. Prophylaktische Maßnahmen .....	101
a) Garantie des Generalunternehmers .....	102
b) Recht des Bauherrn zur Direktbezahlung der Unterak- kordanten .....	102
c) Treuhänder .....	103

d) Überwachung des Baukredites durch die baukreditgebende Bank .....	103
e) Hinterlegung .....	104
2. Abwehrmaßnahmen .....	105
a) Wenn Generalunternehmer und Subunternehmer Bauhandwerkerpfandrechte anmelden .....	105
b) Wenn Generalunternehmer, Subunternehmer und Subsubunternehmer Bauhandwerkerpfandrechte anmelden ..	106
B. Würdigung .....	107
1. Kritik der geltenden Rechtslage .....	107
2. Generelle Aufhebung des Bauhandwerkerpfandrechtes zugunsten der Unterakkordanten (Extremlösung) .....	109
3. Bauhandwerkerpfandrecht des unmittelbaren Unternehmers, gesetzliches Forderungspfandrecht der Unterakkordanten .....	109
4. Aufteilung der Pfandsumme zwischen unmittelbarem Unternehmer und Unterakkordanten .....	111
5. Gesetzliches Recht des Bauherrn, sämtliche Unterakkordanten direkt zu befriedigen .....	112
6. Genehmigung der Übertragung von Bauarbeiten an Unterakkordanten durch den Grundeigentümer als Voraussetzung des Pfandrechtsanspruches .....	113
7. Kodifizierung der Praxis der Banken betreffend Überwachung der Baukredite .....	113
8. Folgerungen .....	114
 <i>Dritter Unterabschnitt:</i>	
Pfandforderung .....	115
I. <b>Rechtsgrund</b> .....	115
A. Vertragliche Forderungen .....	115
1. Vertragsarten .....	115
2. Umfang der Sicherung .....	116
a) Hauptforderung .....	116
b) Verzugszinse und weitere Akzessorien .....	116
c) Schadenersatzforderungen? .....	117
B. Außervertragliche Ersatzforderungen aus Art.671 ff. ZGB ...	117
II. <b>Parteien der gesicherten Forderung</b> .....	118
1. Gläubiger: Handwerker oder Unternehmer .....	118
2. Schuldner: Grundeigentümer oder Unternehmer .....	118
III. <b>Abtretung der gesicherten Forderung</b> .....	119
IV. <b>Würdigung</b> .....	119
 <i>Vierter Unterabschnitt:</i>	
Pfandobjekt .....	119
I. <b>Bestimmung des Pfandobjektes</b> .....	119

<b>II. Arten von Pfandobjekten</b> .....	120
A. Liegenschaften .....	120
B. Selbständige und dauernde Rechte, insbesondere Baurecht ...	120
C. Bergwerke .....	121
D. Miteigentumsanteile an Grundstücken .....	121
<b>III. Gemeinschaftliches Eigentum</b> .....	121
A. Gesamteigentum .....	121
B. Gewöhnliches Miteigentum .....	121
1. Allgemeines .....	121
2. Belastungsobjekt, wenn Miteigentumsanteile noch nicht mit Grundpfandrechten belastet sind .....	122
3. Belastungsobjekt, wenn Miteigentumsanteile bereits mit Grundpfandrechten belastet sind .....	124
4. Ausschluß des Gesamtpfandrechtes .....	125
5. Würdigung .....	126
C. Stockwerkeigentum .....	126
1. Grundsatz: Anwendbarkeit der für das gewöhnliche Miteigentum entwickelten Regeln .....	126
2. Besonderheiten gegenüber dem gewöhnlichen Miteigentum .....	127
D. Subjektiv-dingliches Miteigentum .....	127
<b>IV. Pfandobjekte bei der Gesamtüberbauung</b> .....	129
A. Begriff .....	129
B. Verlegung der Pfandsumme auf die einzelnen Parzellen nach Maßgabe der effektiv erbrachten Bauleistungen .....	129
C. Ausschluß des Gesamtpfandrechtes .....	130
<b>V. Pfandobjekt bei der Errichtung von Bauten, welche Gegenstand dienstbarkeitsrechtlicher Nutzungen sind</b> .....	132
A. Regeln zur Bestimmung des Pfandobjektes, wenn die Baute Gegenstand einer Grunddienstbarkeit bildet .....	132
1. Unselbständiges Baurecht als Grunddienstbarkeit .....	133
2. Einfaches Benutzungsrecht als Grunddienstbarkeit .....	134
B. Regeln zur Bestimmung des Pfandobjektes, wenn die Baute Gegenstand einer Personaldienstbarkeit bildet .....	135
1. Beim unselbständigen Baurecht .....	135
2. Bei den übrigen Personaldienstbarkeiten .....	136
<b>VI. Grundstücke der öffentlichen Hand</b> .....	136
A. Ausschluß des Bauhandwerkerpfandrechtes an Verwaltungsvermögen und Sachen im Gemeingebrauch .....	136
B. Zulässigkeit des Bauhandwerkerpfandrechtes an Grundstücken des Finanzvermögens .....	138
C. Würdigung .....	138
1. Schutzmöglichkeiten de lege lata .....	138
2. Mögliche Lösungen de lege ferenda .....	141
a) Übernahme des New Yorker-Modells .....	141
b) Sicherstellungspflicht des Gemeinwesens .....	141
<b>VII. Heimstätten, Eisenbahn- und landwirtschaftliche Grundstücke</b> ...	142
<b>VIII. Würdigung</b> .....	142



*Fünfter Unterabschnitt:*

Unzulässigkeit des Verzichtes auf das Bauhandwerkerpfandrecht zum voraus .....	143
--	-----

I. Grundsatz .....	143
--------------------	-----

II. Ausnahmen .....	143
---------------------	-----

III. Würdigung .....	144
----------------------	-----

*Dritter Abschnitt:*

<b>Verfahrensrechtliche Voraussetzungen</b> .....	145
---	-----

*Erster Unterabschnitt:*

Eintragungsfrist .....	145
------------------------	-----

I. Dauer, Rechtsnatur und Funktion der Eintragungsfrist .....	145
---	-----

II. Begriff der Vollendung der Bauarbeiten als Beginn der Drei-monatsfrist .....	145
--	-----

A. Im allgemeinen .....	145
-------------------------	-----

B. Besondere Fälle .....	146
--------------------------	-----

1. Beginn des Fristenlaufes bei vorzeitiger Beendigung des Werkvertrages .....	146
--	-----

2. Beginn des Fristenlaufes bei einer Mehrheit selbständiger Werkverträge .....	147
---	-----

3. Beginn des Fristenlaufes bei Änderungen und Ergänzungen des Werkvertrages .....	147
--	-----

4. Beginn des Fristenlaufes bei einer Mehrheit von Baugrundstücken .....	148
--	-----

a) Im allgemeinen .....	148
-------------------------	-----

b) Gesamtüberbauung .....	148
---------------------------	-----

c) Stockwerkeigentum .....	149
----------------------------	-----

III. Wahrung der Frist .....	149
------------------------------	-----

IV. Würdigung .....	149
---------------------	-----

A. Dauer der Eintragungsfrist .....	149
-------------------------------------	-----

B. Zeitpunkt der Vollendung .....	151
-----------------------------------	-----

*Zweiter Unterabschnitt:*

Eintragung im Grundbuch .....	152
-------------------------------	-----

I. Allgemeines .....	152
----------------------	-----

II. Außergerichtliches Eintragungsverfahren .....	152
---	-----

A. Anerkennung der Forderung durch den Grundeigentümer ....	152
---	-----

1. Anerkennung der Pfandsomme .....	152
-------------------------------------	-----

2. Grundbuchanmeldung .....	153
-----------------------------	-----

B. Eintragungsbewilligung des Grundeigentümers .....	154
--	-----

1. Eintragungsbewilligung .....	154
---------------------------------	-----

2. Grundbuchanmeldung .....	155
-----------------------------	-----

3. Bewilligung zur vorläufigen Eintragung .....	155
---	-----

<b>III. Gerichtliches Eintragungsverfahren</b>	156
A. Überblick	156
B. Vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes	156
1. Ist die vorläufige Eintragung das adäquate Mittel zur Wahrung des Eintragungsanspruches?	156
2. Verfahren	158
C. Definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes	159
1. Verfahren	159
2. Konzept der Prozeßführung	159
3. Urteil	160
<b>IV. Abwendung der Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes durch Leistung von Sicherheit (Art. 839 III ZGB)</b>	160
A. Grundsatz	160
B. Art der Sicherheitsleistung	161
C. Rechtsfolgen der Sicherheitsleistung	161
<b>V. Würdigung</b>	162
<i>Vierter Abschnitt:</i>	
<b>Rechtsfolgen</b>	163
<b>I. Rechtsnatur des eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechtes</b>	163
A. Bauhandwerkerpfandrecht als Grundpfandrecht	163
B. Bauhandwerkerpfandrecht als Grundpfandverschreibung	163
C. Würdigung	164
<b>II. Rang des Bauhandwerkerpfandrechtes (Art. 840 ZGB)</b>	164
A. Grundsatz der Alterspriorität	164
B. Materielle Gleichstellung der Baupfandgläubiger untereinander	164
C. Würdigung	165
<b>III. Geltendmachung des Bauhandwerkerpfandrechtes</b>	165
A. Betreibung auf Pfandverwertung	165
B. Übrige Fälle der Zwangsvollstreckung in das Pfandgrundstück	167
C. Würdigung	167
<b>IV. Vorrecht der Baupfandgläubiger (Art. 841 ZGB)</b>	168
A. Begriff und Wesen des Vorrechtes	168
B. Rechtsnatur des Vorrechtes	168
1. Vorrecht als besonderer Anfechtungstatbestand	168
2. Vorrecht als obligatorischer, realobligatorischer oder dinglicher Anfechtungsanspruch bzw. als Zwangsvollstreckungsprivileg	169
3. Vorrecht als akzessorisches Nebenrecht	170
C. Legitimation	171
1. Aktivlegitimation	171
2. Passivlegitimation	171
D. Spezielle Voraussetzungen	175
1. Objektive Voraussetzung: Belastung des Pfandgrundstückes zum Nachteil der Handwerker und Unternehmer	175
a) Ausgangspunkt	175
b) Verlust des Baupfandgläubigers	175

c) Pfandbelastung .....	175
d) Pfandbelastung zum Nachteil der Baupfandgläubiger ...	176
e) Benachteiligungshandlungen im einzelnen .....	176
f) Kausalzusammenhang zwischen dem Verlust des Bauhandwerkers und den Benachteiligungshandlungen durch die Vorgangsgläubiger .....	178
2. Subjektive Voraussetzung: Erkennbarkeit .....	178
E. Geltendmachung des Vorrechts .....	179
1. Gemäß Art. 117 VZG .....	179
2. Bei Versäumung der Klagefrist gemäß Art. 117 VZG .....	181
F. Umfang der Haftung des Vorgangsgläubigers .....	181
1. Berechnung des anfechtbaren Betrages .....	181
2. Berechnung des Anteiles, welchen die einzelnen Bauhandwerker beanspruchen können .....	181
G. Verjährung des Anspruches aus Art. 841 ZGB .....	182
H. Verzicht auf das Vorrecht .....	183
J. Würdigung .....	183
<b>Ergebnisse .....</b>	<b>185</b>

## **Abkürzungen**

Außer den sonst üblichen Abkürzungen (vgl. etwa das Abkürzungsverzeichnis in meinem Kommentar zum Fahrnispfandrecht) werden folgende benützt:

- BauFG Reichsgesetz über die Sicherung der Bauforderungen vom 1. Juni 1909 (Deutschland).  
BR Baurecht, Mitteilungen zum privaten und öffentlichen Baurecht, Freiburg/Solothurn, 1980 ff.

## Literaturverzeichnis

Die im Literaturverzeichnis aufgeführten Schriften werden nur mit dem Namen des Verfassers, gegebenenfalls mit zusätzlichen Stichwörtern zitiert. Weitere Literaturangaben finden sich in den Anmerkungen.

- BARDE, ED. Note à propos de l'inscription d'une hypothèque légale en faveur d'un sous-traitant, *Semjud* 1959, S.183–184.
- BERICHT des leitenden Ausschusses an die Jahresversammlung des Schweiz. Gewerbevereins in Basel, 9.Juni 1901, zu Traktandum 6: «Hypothekarische Sicherstellung der Forderungen der Bauhandwerker», *Gewerbliche Zeitfragen*, Heft XIX, Bern 1902, S.63 ff. (zit. Bericht).
- BISE, HENRI. De l'hypothèque légale des entrepreneurs et des artisans dans le Code civil suisse, Diss. Fribourg 1912.
- BLUMENSTEIN, ERNST. Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911.
- BOOS-JEGHER, ED. Die Lage der schweizerischen Baugewerbe und die Notwendigkeit eines gesetzlichen Schutzes ihrer Forderungen, *Gewerbliche Zeitfragen*, Heft XIX, Bern 1902, S.1 ff.
- BRUNNER, MAURICE T. Mechanics' Liens, in: *American Jurisprudence*, Second Ed., Rochester, N.Y./San Francisco, Calif. 1970, Vol. 53, S.499 ff.; vgl. dazu auch das Cumulative Supplement, Stand Juni 1981, Rochester, N.Y./San Francisco, Calif. 1981, S.52 ff.
- DREHER, JÜRG. Das Bauhandwerkerpfandrecht im Spannungsfeld zwischen Baugewerbe und Bauherren, Heft 65 der Schriftenreihe der Schweizerischen Kreditanstalt, Zürich 1981.
- EGGER, AUGUST. Der privatrechtliche Schutz der Bauhandwerker mit besonderer Rücksicht auf die Neue Schweizerische Zivilgesetzgebung, Diss. Bern 1900. – Zürcher Kommentar; Verwandtschaftsrecht, 2. Aufl., Zürich 1943.
- EHRENZWEIG, ARMIN. System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd.I, 1. und 2. Hälfte, 2. Aufl., Wien 1951/1957.
- ENQUÊTE des Schweiz. Gewerbevereins über die Lage der schweizerischen Baugewerbetreibenden und deren Ansichten betr. die Sicherstellung ihrer Forderungen, *Gewerbliche Zeitfragen*, Heft XIX, Bern 1902, S.24 ff. (zit. Enquête).
- FERID, MURAD. Das französische Zivilrecht, Bd.I–II, Frankfurt a.M./Berlin 1971.
- FLEINER, FRITZ. Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Zürich 1939.
- FREESE, HEINRICH. Das Pfandrecht der Bauhandwerker, Leipzig 1901.
- FRIEDRICH, HANS-PETER. Stockwerkeigentum I–V, SJK 1301–1305, Genf 1967/1969.
- Der Rang der Grundstücksrechte, ZBGR 1977, S.321 ff.
  - Stockwerkeigentum und Grundbuch, ZBGR 1964, S.321 ff.
  - Das Stockwerkeigentum. Reglement für die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer, 2. Aufl., Bern 1972 (zit. FRIEDRICH, Reglement).
- FRITZSCHE, HANS. Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd.I, 2. Aufl., Zürich 1967; Bd.II, 2. Aufl., Zürich 1968.

- GAUCH, PETER. Der Unternehmer im Werkvertrag, 2. Aufl., Zürich 1977.  
– Einige Fragen zum Bauvertrag, SJZ 1976, S. 153 ff.
- GAUTSCHI, GEORG. Berner Kommentar; Der Werkvertrag, 2. Aufl., Bern 1967;  
Der einfache Auftrag, 3. Aufl., Bern 1971.
- VON GIERKE, OTTO. Deutsches Privatrecht, Bd. II: Sachenrecht, Leipzig 1905 (zit. GIERKE, DPR II).
- GIOVANOLI, SILVIO. Zum gesetzlichen Grundpfandrecht der Bauhandwerker, BLSchK 1970, S. 33 ff.
- GÖSCHKE, R. Die Klage des Bauhandwerkers gegen den vorgehenden Pfandgläubiger, ZBJV 1929, S. 289 ff. und 1942, S. 241 ff.
- GROSS, HEINRICH. Die Bauhandwerkersicherungshypothek, Düsseldorf 1978.
- GROSSEN, JACQUES-MICHEL. Quelques problèmes actuels concernant l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs, ZBGR 1973, S. 65 ff.
- GSCHNITZER, FRANZ. Sachenrecht, Wien/New York 1968.
- GULDENER, MAX. Schweizerisches Zivilprozeßrecht, 3. Aufl., Zürich 1979 (zit. GULDENER, Zivilprozeßrecht).
- HAAB, ROBERT/SIMONIUS, AUGUST/SCHERRER, WERNER/ZOBL, DIETER. Zürcher Kommentar; Sachenrecht, 2. Aufl., Zürich 1929–1977.
- HAEFLIGER, CHARLES. Le rang et le privilège de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Etude des articles 840 et 841 du Code civil, Diss. Lausanne 1957.
- DE HALLER, JEAN-CLAUDE. Le droit à l'inscription de l'hypothèque légale de l'entrepreneur, Diss. Lausanne 1970.  
– L'hypothèque légale de l'entrepreneur, le patrimoine administratif et la « responsabilité subsidiaire » des collectivités publiques. Le point après un arrêt du tf, JT 1978, I, S. 632 ff.  
– Note sur l'arrêt Umberto Bonomo Söhne AG, JT 1974, I, S. 322 ff.
- HEDEMANN, JUSTUS WILHELM. Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert; Zweiter Teil: Die Entwicklung des Bodenrechts von der französischen Revolution bis zur Gegenwart, 1. Hälfte: Das materielle Bodenrecht, Berlin 1930.
- HELLMÜLLER, TH. Das gesetzliche Pfandrecht für die Forderungen der Bauhandwerker und Unternehmer im Vorentwurf des schweiz. Zivilgesetzbuches, Gewerbliche Zeitfragen, Heft XIX, Bern 1902, S. 38 ff.
- HOFMANN, PAUL. Die gesetzlichen Grundpfandrechte des Art. 837 ZGB, insbesondere das Bauhandwerkerpfandrecht, Diss. Zürich 1940.
- HOMBERGER, ARTHUR. Zürcher Kommentar; Besitz und Grundbuch, 2. Aufl., Zürich 1938.
- HOMBERGER, ARTHUR/MARTI, HANS. Grundpfandverschreibung III: Bauhandwerkerpfandrecht, SJK 638, Genf 1942.
- HUBER, EUGEN. System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, Bd. I–IV, Basel 1886–1893 (zit. HUBER, SPR I–IV).
- IMBODEN, MAX/RHINOW, RENÉ A. Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. I–II, 5. Aufl., Basel 1976.
- JAEGER, C. Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, Kommentar, 3 Bde., 3. Aufl., Zürich 1911/12.
- JAEGER, C./DAENIKER, M. Schuldbetreibungs- und Konkurspraxis der Jahre 1911–1945, 2 Bde., Zürich 1947.
- KARRER, HEINRICH. Der Bauschwindel und der Schutz der Bauhandwerker und Lieferanten, Diss. Zürich 1900.
- KAPPELER, RUDOLF. Das Bauhandwerkerpfandrecht bei Gesamtüberbauungen, insbesondere die Dreimonatsfrist nach Art. 839 Abs. 2 ZGB, ZBGR 1976, S. 257 ff.

- LANG, HERBERT. Fragen um das Bauhandwerkerpfandrecht, *bau*, Fachzeitschrift für Betriebsführung und Kalkulation («Der Bauunternehmer»), 1979, S. 10 ff. (Heft 6a).
- LAUTENBACH, KURT. Die Bauhandwerkerklage aus Art. 841 ZGB, Diss. Basel 1929.
- LEEMANN, HANS. Berner Kommentar; Die beschränkten dinglichen Rechte, Bern 1925.
- Die rechtliche Natur und Tragweite der gesetzlichen Grundpfandansprüche nach Art. 837 ff. ZGB, SJZ 1912/1913, S. 84–85.
- LEHNER, OTHMAR. Das Objekt des Bauhandwerkerpfandrechts nach dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch, SJZ 1961, S. 133 ff.
- LIVER, PETER. Die Begründung des Bauhandwerkerpfandrechts, ZBJV 1962, S. 209 ff.
- Das Eigentum, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. V/1, Basel 1977 (zit. LIVER, SPR V/1).
  - Zürcher Kommentar; Dienstbarkeiten und Grundlasten, 3. Aufl., Zürich 1980.
- MAILLEFER, MICHEL. Le privilège de l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs. Etude de l'action de l'art. 841 CCs, Diss. Bern 1961.
- MARTY, G./RAYNAUD, P. Droit civil, Bd. III: Les sûretés/la publicité foncière, Paris 1971.
- VON MAYR, ROBERT. Baugläubigerschutz, GrünhutsZ, 1911, S. 131 ff.
- MEIER-HAYOZ, ARTHUR. Berner Kommentar; Das Eigentum; Syst. Teil und Allgemeine Bestimmungen, 5. Aufl., Bern 1981; Grundeigentum I, 3. Aufl., Bern 1964; unveränderter Nachdruck mit Supplement 1974; Grundeigentum II, 3. Aufl., Bern 1975.
- Berner Kommentar; Einleitungsband, Bern 1962, Art. 1 und 4 ZGB.
- MEILI, F. Der gesetzgeberische Kampf gegen Schädigungen im Bauhandwerk, in der illoyalen Konkurrenz und im Kreditwesen, Zürich 1901.
- MESCHELSOHN, M. Hypothekarisches Pfandrecht für Bauhandwerker, Berlin 1895.
- MOSIMANN, RUDOLF. Der Generalunternehmervertrag im Baugewerbe, Diss. Zürich 1972.
- OERTMANN, P. Sicherung der Bauforderungen, in: Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 4. Aufl., Jena 1924, Bd. II, S. 417 ff.
- OFTINGER, KARL/BÄR, ROLF. Zürcher Kommentar; Das Fahrnispfand, 3. Aufl., Zürich 1981.
- OSER, HUGO/SCHÖNENBERGER, WILHELM. Zürcher Kommentar; Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1929; Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2. Aufl., 1. Halbband, Zürich 1936, 2. Halbband, Zürich 1945.
- OSTERTAG, FRITZ. Berner Kommentar; Besitz und Grundbuch, 2. Aufl., Bern 1917.
- OTTIKER, MORITZ. Pfandrecht und Zwangsvollstreckung bei Miteigentum und Stockwerkeigentum, Diss. Zürich 1972.
- Zum Bauhandwerkerpfandrecht beim Stockwerkeigentum, ZBGR 1971, S. 193 ff.
- PALANDT, OTTO. Kurzkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 37. Aufl., München 1978.
- PEDRAZZINI, MARIO M. Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1, Basel 1977, S. 497 ff. (zit. PEDRAZZINI, SPR VII/1).
- PETER, W.G. Die gesetzlichen Pfandrechte der Baugläubiger, Rüschiikon-Zch. 1944.



- PIOTET, PAUL. Le privilège de l'entrepreneur et l'acquisition par des tiers de titres de gage créés aux dépens de son hypothèque légale, ZBGR 1972, S.141 ff.
- L'hypothèque légale de l'entrepreneur en cas de travaux et fournitures relatifs aux conduites traversant le fonds d'autrui, JT 1972, I, S.322 ff.
  - L'entrepreneur a-t-il droit à l'hypothèque légale en cas de construction sur le fonds d'autrui ou de faillite du propriétaire, JT 1970, I, S.130 ff.
  - Qui est le «propriétaire des matériaux» qui construit sans autorisation sur le fonds d'autrui au sens des art.671–673 CC?, SJZ 1975, S.17 ff.
  - Le droit à l'hypothèque légale et le privilège de l'entrepreneur, notamment quand l'immeuble est acquis par un tiers ou réalisé dans une exécution forcée, ZBGR 1968, S.193 ff.
  - Note sur le droit à la constitution d'une hypothèque légale, JT 1967, I, S.272–274.
  - Les effets typiques des annotations au registre foncier, ZBGR 1969, S.34 ff.
- PLANIOL/RIPERT/BECQUE. Traité pratique de droit civil français, Bd.XII/XIII, 2.Aufl., Paris 1953.
- PLANIOL/RIPERT/BOULANGER. Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol, Bd.I–IV, Paris 1956–1959.
- POUDRET, JEAN-FRANÇOIS. Patrimoine administratif et hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, in: Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne 1977, S.497 ff.
- QUARCK, PETER. Die Verpfändung des Stockwerkeigentums, Diss. Basel 1963 (Maschinenschrift).
- RAMSEYER, ERWIN. Baugläubigerpfandrecht, Baukredit und Treuhänder, Diss. Bern 1924.
- RASCHEIN, ROLF. Das Bauhandwerkerpfandrecht in der Zwangsverwertung von Grundstücken, BLSchK 1972, S.33 ff.
- REBER, H.J. Rechtshandbuch für Bauunternehmer, Bauherr, Architekt und Bauingenieur, 3.Aufl., Dietikon 1975.
- REY, HEINZ. Berner Kommentar; Dienstbarkeiten und Grundlasten, Lieferung 1, 2.Aufl., Bern 1981.
- ROSSEL V./MENTHA F.H. Manuel du droit civil suisse, 3 Bde., 2.Aufl., Lausanne 1922.
- SALOMONSOHN, GEORG. Der gesetzliche Schutz der Baugläubiger in den Vereinigten Staaten von Nord-Amerika. Ein Beitrag zu den Entwürfen eines Reichsgesetzes betreffend die Sicherung der Bauforderungen und eines Preußischen Ausführungsgesetzes, Berlin 1900.
- SCHIEDEGGER, OTTO. Das Baugläubigerpfandrecht im schweizerischen ZGB, ZSR 1913, S.1 ff.
- SCHLUEP, WALTER. Innominatsverträge, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd.VII/2, Basel 1979, S.763 ff. (zit. SCHLUEP, SPR VII/2).
- SCHMID, EMIL. Zürcher Kommentar; Miete, Pacht, Leihe; 1.Lieferung, 3.Aufl., Zürich 1974; 2.Lieferung, 3.Aufl., Zürich 1977.
- SCHNEEBELI, HANS. Der Schutz der Baugläubiger im Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Diss. Zürich 1914.
- SCHNEIDER, BENNO. Probleme des subjektiv-dinglichen Miteigentums, ZBGR 1976, S.1 ff.
- Das schweizerische Miteigentumsrecht, Diss. Bern 1973.
- SCHROFF, CHRISTIAN. Das Bauhandwerkerpfandrecht auf öffentlichen Grundstücken, ZBJV 1981, S.144 ff.
- SCHUMACHER, RAINER. Das Bauhandwerkerpfandrecht. Systematische Darstellung der Praxis, Zürich 1979.
- SIMOND, FRED E. L'hypothèque légale de l'entrepreneur en droit suisse, Diss. Lausanne 1924.



- SOERGEL/Bearbeiter. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Aufl., Stuttgart 1967 ff.
- SOLMSEN (= SALOMONSOHN), GEORG/HAUDEK, WILHELM. Bauhandwerkerschutz, in: Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, hg. von Schlegelberger, Bd. 2, Berlin 1929, S. 367 ff.
- SPIRO, KARL. Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Bd. I–II, Bern 1975.
- STAHEL, MAX. Das Bauhandwerker-Pfandrecht nach dem schweiz. Zivilgesetzbuch, Zürich 1913.
- STAUDINGER/Bearbeiter. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl., Berlin.
- STRÄULI, HANS/MESSMER, GEORG. Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozeßordnung vom 13. Juni 1976; Schiedsgerichte und Schiedsgutachten von FELIX WIGET, Zürich 1976.
- TOMAS, J. Zur Bundesgerichtspraxis über das Verhältnis der Bauhandwerker zu den Hypothekargläubigern, SJZ 1948, S. 97 ff.
- VON TUHR, ANDREAS/PETER, HANS/ESCHER, ARNOLD. Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I–II, 3. Aufl., Zürich 1974/1979 (zit. VON TUHR/PETER bzw. ESCHER, OR I bzw. II).
- TUOR, PETER/SCHNYDER, BERNHARD. Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. Aufl., Zürich 1975.
- VOLMAR, FR. Die Sicherstellung der Forderungen der Bauhandwerker im schweizerischen Zivilgesetzbuche. Studien und praktische Anleitungen, Gewerbliche Zeitfragen, Heft XXVI, 2. Aufl., Bern 1912, S. 1 ff.
- WEBER, ROLF. Die Stockwerkeigentümergeinschaft, Diss. Zürich 1979.
- WIEDERKEHR, ARTHUR. Die vorläufige Eintragung im Grundbuch nach dem schweiz. ZGB, Diss. Zürich 1932.
- WIELAND, CARL. Kann die Eintragung des Pfandrechts der Bauhandwerker auch dem dritten Erwerber einer Liegenschaft gegenüber verlangt werden?, SJZ 1912/1913, S. 81–83.
- Kommentar zum Sachenrecht, Zürich 1909.
- WIPFLI, PETER. Das gesetzliche Pfandrecht für Leistungen der Bauhandwerker an mehreren Liegenschaften und an Liegenschaften mit Eigentumswohnungen, ZBGR 1971, S. 65 ff.
- ZOBL, DIETER. Berner Kommentar; Das Fahrnispfand, 1. Halbband, 2. Aufl., Bern 1982.

# Einleitung

## I. Problem

Das vorliegende Referat befaßt sich mit dem Problem der Revisionsbedürftigkeit des Bauhandwerkerpfandrechts nach geltendem schweizerischen Recht. Die Diskussion dieses Problems ist deshalb angezeigt, weil sich die faktischen Grundlagen in der Bauwirtschaft seit dem Erlass des ZGB im Jahre 1912 wesentlich geändert haben. Dazu kommt, daß auch in der Rechtsanwendung zahlreiche Fragen aufgetaucht und nicht immer befriedigend gelöst worden sind. Ebenso sind in der Doktrin mehrere Kontroversen zu Einzelfragen zu verzeichnen, welche die Lückenhaftigkeit der geltenden Ordnung hervortreten lassen. Es ist daher zu prüfen, ob die vor über 70 Jahren erlassene Ordnung gemessen an den heutigen tatsächlichen Verhältnissen immer noch als angemessen erscheint oder ob allenfalls eine Revision am Platz ist.

## II. Heutiger Stand der Diskussion um eine Revision

Eine eigentliche Gesetzesrevision ist gegenwärtig nicht im Gange. Die Postulate der Nationalräte Fischer und Oehler, welche hauptsächlich die Verlängerung der Eintragungsfrist (Art. 839 II ZGB) sowie eine Unterwerfung des Verwaltungsvermögens des Staates unter das Bauhandwerkerpfandrecht verlangt hatten, wurden in der Zwischenzeit abgeschrieben. Darauf komme ich im entsprechenden Zusammenhang zurück<sup>1</sup>. Sodann führte Prof. GAUCH (Fribourg) im Auftrage des Bundesamtes für Justiz im Jahre 1980 bei zahlreichen privaten und staatlichen Stellen eine äußerst detaillierte Umfrage durch, ob eine Revision des Werkvertragsrechtes vorzunehmen sei, und bejahendenfalls, nach welchen Kriterien sie zu erfolgen habe. Dabei wurde gleich-

<sup>1</sup> Vgl. hinten, S. 149 ff., 141 N. 589.

zeitig auch die Frage nach der Revisionsbedürftigkeit des Bauhandwerkerpfandrechtes aufgeworfen. Leider war das Bundesamt für Justiz aus verwaltungsinternen Gründen nicht in der Lage, die Ergebnisse dieser Rechtstatsachenabklärungen den Referenten zur Verfügung zu stellen. Der Autor dieses Beitrages hat sich daher die Stellungnahmen der wichtigsten staatlichen und privaten Stellen selber beschaffen müssen<sup>2</sup>. Daraus lassen sich etwa folgende *Trends* ableiten:

1. Grundsätzliche *Beibehaltung des Bauhandwerkerpfandrechtes*<sup>3</sup>.

2. Die *Ausdehnung des Pfandrechtsschutzes auf Architekten und Ingenieure* wird zum Teil befürwortet, mehrheitlich aber abgelehnt<sup>4</sup>.

3. Erlaß von *Sonderbestimmungen für Bauhandwerkerpfandrechte zulasten von Grundstücken im Miteigentum und Stockwerkeigentum*<sup>5</sup>.

4. Das *Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der Subunternehmer* soll nach den einen Stellungnahmen *aufgehoben*, nach den andern *beibehalten* werden<sup>6</sup>.

5. Erlaß von *Bestimmungen gegen die Gefahr der Doppelzahlungspflicht* des Grundeigentümers bei mehrstufigen Vertragsverhältnissen<sup>6</sup>.

6. Erlaß von *Sonderbestimmungen für Grundstücke im Verwaltungsvermögen des Staates*<sup>7</sup>.

7. Die Frage der *Verlängerung der Dreimonatsfrist* (Art. 839 II ZGB) wird zum Teil befürwortet, mehrheitlich aber abgelehnt<sup>8</sup>.

### III. Methode

Im *ersten Teil* des vorliegenden Befundes werden neben den allgemeinen Grundlagen die möglichen Formen des Baugläubigerschutzes dargestellt. Eine gründliche Diskussion de lege ferenda setzt deren Kenntnis voraus.

Der *zweite Teil* des Referates ist der konkreten Ausgestaltung des Bauhandwerkerpfandrechtes nach geltendem schweizerischen Recht gewidmet, wobei diese Ordnung Schritt für Schritt

<sup>2</sup> Aus Diskretionsgründen können die Namen der angefragten Stellen hier nicht genannt werden.

<sup>3</sup> Vgl. hinten, S. 54 ff., 185.

<sup>4</sup> Vgl. hinten, S. 99.

<sup>5</sup> Vgl. hinten, S. 126.

<sup>6</sup> Vgl. hinten, S. 109 ff.

<sup>7</sup> Vgl. hinten, S. 141.

<sup>8</sup> Vgl. hinten, S. 149 ff.

*de lege ferenda* gewürdigt wird. Aus Platzgründen war es nicht möglich, neue Gesetzesbestimmungen auszuformulieren; vielmehr mußte sich der Referent darauf beschränken, die Reformrichtung anzudeuten und je nachdem verschiedene Lösungsmöglichkeiten zu diskutieren.

#### IV. Literatur und Judikatur

Die *Literatur* zum Bauhandwerkerpfandrecht ist relativ umfangreich<sup>9</sup>. Eine neueste ausgezeichnete Darstellung stammt von SCHUMACHER, dem es gelungen ist, die *lex lata* vor allem für den Praktiker eindrucksvoll zu erschließen. Da diese Abhandlung neueren Datums ist, kann in weiten Teilen auf sie verwiesen werden.

Ebenso ist eine äußerst umfangreiche *kantonale und bundesgerichtliche Judikatur* zu verzeichnen; die betreffenden Urteile stammen vorwiegend aus den vergangenen siebziger Jahren (Rezessionsphase im Baugewerbe).

Bei der *Zitierung der Literatur und Judikatur* in den Fußnoten wurden – soweit vertretbar – nur die neueren Autoren und Entscheide angeführt. Aus Platzgründen war es nicht möglich, sämtliche in den letzten 70 Jahren ergangenen Urteile und literarischen Äußerungen zur gleichen Frage zu resümieren. Angesichts des Gegenstandes dieses Referates war dies auch gar nicht erforderlich.

#### V. Terminologie

A. Die Ausdrücke *Baugläubiger*, *Baupfandgläubiger*, *Bauhandwerker und Unternehmer* werden – soweit sich aus dem Zusammenhang nichts Gegenteiliges ergibt – synonym verwendet<sup>10</sup>.

B. Gleichwertig sind auch die Ausdrücke *mittelbarer Baugläubiger*, *Subunternehmer und Unterakkordant*<sup>11</sup>.

C. Ebenso werden die Ausdrücke *Bauhandwerkerpfandrecht*, *Baupfandrecht*, *Baugläubigerhypothek* und *Bauhandwerkerhypothek* gleichbedeutend verwendet<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Vgl. Literaturverzeichnis.

<sup>10</sup> Vgl. hinten, S. 62 ff., 79 ff., insb. 80.

<sup>11</sup> Vgl. hinten, S. 67 ff., 81.

<sup>12</sup> Vgl. hinten, S. 49.

Erster Teil:

## Grundlegung

Erster Abschnitt:

## Allgemeine Grundlagen des Baugläubigerschutzes

### I. Begriff und Funktion des Baugläubigerschutzes

Unter dem Baugläubigerschutz verstehen wir die Gesamtheit jener generell-abstrakten Normen, welche den Baugläubiger<sup>13</sup> für die von diesem erbrachten Leistungen<sup>14</sup> an einem Grundstück<sup>15</sup> gegen die nachteiligen Folgen des Akzessionsprinzips<sup>16</sup> in einer besonderen Form<sup>17</sup> privilegieren. Der Schutz kann dabei öffentlich-rechtlicher<sup>18</sup> oder privatrechtlicher Natur<sup>19</sup> sein. Das Bauhandwerkerpfandrecht des schweizerischen Rechts (Art. 837, 839 ff. ZGB) stellt eine der verschiedenen möglichen Formen des privatrechtlichen Baugläubigerschutzes dar<sup>20</sup>.

### II. Historische Entwicklung des Baugläubigerschutzes<sup>21</sup>

#### A. Römisches Recht

Rechtshistorisch betrachtet finden wir Ansatzpunkte zu einem Baugläubigerschutz bereits im *römischen Recht*<sup>22</sup>. Darnach wurde demjenigen, der zur Auffri-

<sup>13</sup> Zum Begriff Baugläubiger vgl. vorn, S. 21 und hinten, S. 62 ff., 79 ff.

<sup>14</sup> Zur geschützten Bauleistung vgl. S. 63 ff., 82 ff.

<sup>15</sup> Zum Baugrundstück vgl. S. 72, 119 ff.

<sup>16</sup> Zum Akzessionsprinzip vgl. S. 27 ff.

<sup>17</sup> Zu den möglichen Formen des Baugläubigerschutzes vgl. S. 38 ff.

<sup>18</sup> Zum öffentlich-rechtlichen Baugläubigerschutz vgl. S. 39 ff.

<sup>19</sup> Zum privatrechtlichen Baugläubigerschutz vgl. S. 44 ff.

<sup>20</sup> Zum Bauhandwerkerpfandrecht nach schweizerischem Recht vgl. eingehend S. 73 ff.

<sup>21</sup> Vgl. die eingehenden Darstellungen bei EGGER, S. 27 ff.; VON MAYR, S. 134 ff.; OERTMANN, S. 417 ff.; SOLMSEN/HAUDEK, S. 367 ff.; HEDEMANN, S. 268 ff.

<sup>22</sup> EGGER, S. 27 ff.; HEDEMANN, S. 270 f.; OERTMANN, S. 418; VON MAYR, S. 135 ff.; KARRER, S. 20 ff.

schung brüchiger Häuser Geld geliehen hatte, ein Pfandrechtsprivileg zugestanden<sup>23</sup>. Durch extensive Interpretation dieses Privilegs wurde es in der Folge nicht nur dem Geldgeber, sondern auch dem Bauhandwerker gewährt<sup>24</sup>. Als geistiger Vater des auf diese Weise ausgebildeten Baugläubigerschutzes gilt Kaiser Marc Aurel<sup>25</sup>. Er bezweckte damit, der Verödung und dem Verfall blühender Städte durch Belebung der Bautätigkeit entgegenzutreten<sup>26</sup>.

## B. Germanisches Recht

Im *älteren deutschen Recht* finden wir dagegen keinerlei Anhaltspunkte für einen institutionalisierten Baugläubigerschutz<sup>27</sup>. Dagegen sind in verschiedenen von den Rezeption beeinflussten Stadt- und Landrechten entsprechende Tendenzen zu erkennen<sup>28</sup>.

## C. Naturrechtskodifikationen

Den durch das Naturrecht beeinflussten *Kodifikationen* sind gesetzliche Sicherungsmittel zugunsten der Baugläubiger zum Teil bekannt<sup>29</sup>:

1. Das *preußische* «*Allgemeine Landrecht*» von 1794 gewährte den Bauhandwerkern durch §§ 971/972 (T.I, Tit.11) ein «in der Konkursordnung näher bestimmtes Vorrecht», welches auf die preußische Konkursordnung von 1620 zurückgeführt wird<sup>30</sup>. Darnach hatten die Baugläubiger einen gesetzlichen Pfandrechtstitel auf Errichtung einer Baugläubigerhypothek<sup>31</sup>. Ähnliche Regelungen kannten die bayerische und württembergische Gesetzgebung. So sahen das *bayerische Hypothekengesetz* von 1822 und das *württembergische Pfandgesetz* von 1825 einen Anspruch des Baugläubigers auf Errichtung einer Sicherungshypothek vor<sup>32</sup>.

2. Nach art.2103 des *Code civil* von 1804 war in *Frankreich* ein «*privilège en faveur des ouvriers*» vorgesehen; ein ähnliches Sicherungsrecht soll aber bereits in der Zeit vor dem Erlaß des *Code civil* bestanden haben<sup>33</sup>. Der direkte Zusammenhang mit dem römischen Recht ist hier unverkennbar<sup>34</sup>.

<sup>23</sup> VON MAYR, S.136 N.12; HEDEMANN, S.270f., je mit Quellennachweisen.

<sup>24</sup> OERTMANN, S.418; EGGER, S.27 ff.; VON MAYR, S.137 ff.; HEDEMANN, S.271.

<sup>25</sup> VON MAYR, S.135; KARRER, S.30 ff., je mit Belegen.

<sup>26</sup> VON MAYR, S.135 und dort N.11; HEDEMANN, S.270.

<sup>27</sup> Der Gedanke des Baugläubigerschutzes wurde in Deutschland offenbar erst nach der Rezeption aufgenommen; vgl. HEDEMANN, S.271; KARRER, S.61 ff.

<sup>28</sup> KARRER, S.61 ff. mit Belegen.

<sup>29</sup> OERTMANN, S.418. Besonders für Preußen wird z.T. behauptet, der Baugläubigerschutz habe sich dort selbständig, ohne jeden römischrechtlichen Einfluß entwickelt (VON MAYR, S.146; EGGER, S.42; a.M. HEDEMANN, S.271).

<sup>30</sup> Einzelheiten zur preußischen Lösung bei VON MAYR, S.146 ff.; EGGER, S.42 ff.; KARRER, S.68 ff.; HELLMÜLLER, S.44.

<sup>31</sup> OERTMANN, S.418; VON MAYR, S.146 f.; EGGER, S.43.

<sup>32</sup> EGGER, S.47 ff., 50; VON MAYR, S.148; OERTMANN, S.418.

<sup>33</sup> OERTMANN, S.418; EGGER, S.37 ff.; VON MAYR, S.139 ff.; HELLMÜLLER, S.44; KARRER, S.70 ff.

<sup>34</sup> VON MAYR, S.139.



3. Im *österreichischen ABGB* wurde der Baugläubigerschutz nicht verwirklicht, obwohl bereits ein Gesetz Karls VI. vom Jahre 1737 einen solchen für die österreichischen Erblande eingeführt hatte<sup>35</sup>.

4. Während das unter dem Einfluß des französischen Code civil stehende Zivilgesetzbuch von Papst Gregor XVI. aus dem Jahre 1834 für weite Gebiete *Italiens* ein Pfandrechtsprivileg zugunsten der Baugläubiger vorsah, wurde dieses mit dem Erlaß des italienischen Codice civile beseitigt<sup>36</sup>.

## D. Früheres kantonales Recht

Ein dem französischen Code civil nachgebildetes Bauhandwerkerprivileg kannten die vor Erlaß des ZGB maßgebenden Rechtsordnungen der *Kantone Wallis, Tessin, Genf* sowie des katholischen *Berner Juras*.

Das Stadt- und Landrecht des *Kantons Zürich* vom Jahre 1715 gewährte ein stillschweigendes Pfandrecht für Lidlöhne des Schmiedes, Wagners, Zieglers usw., welches aber durch das privatrechtliche Gesetzbuch vom Jahre 1854 beseitigt wurde<sup>37</sup>.

## E. USA

Völlig unabhängig von der europäischen Entwicklung entfaltete sich in den *USA* schon Ende des 18. und anfangs des 19. Jahrhunderts eine wirkungsvolle Schutzgesetzgebung zugunsten der Bauhandwerker. Nach den entsprechenden einzelstaatlichen Rechtsordnungen wurde den Baugläubigern ein gesetzliches Pfandrecht («Mechanic's lien») gewährt<sup>38</sup>.

## III. Rechtsvergleichender Überblick<sup>39</sup>

Der folgende Überblick bezweckt, auf die *heute* maßgebenden Rechtsquellen verschiedener Rechtsordnungen sowie auf die dort getroffenen Lösungen des Baugläubigerschutzes hinzuweisen. Die Ausgestaltung der einzelnen Institute wird im 2. Abschnitt nach rechtlichen Gesichtspunkten dargestellt.

<sup>35</sup> HEDEMANN, S.271 mit Belegen; VON MAYR, S.154 N.87; EHRENZWEIG, I/2, S.434.

<sup>36</sup> OERTMANN, S.419; KARRER, S.76; VON MAYR, S.145 mit Belegen.

<sup>37</sup> BLUNTSCHLI, Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich II, 1854, S.223; HUBER, SPR III, S.516ff.; KARRER, S.74, 89ff.; SCHNEEBELI, S.13; HELLMÜLLER, S.45; HEDEMANN, S.273; VON MAYR, S.143f.; OERTMANN, S.419; Botschaft, S.81.

<sup>38</sup> Eingehend zur Entwicklung in den USA: SALOMONSOHN passim und BRUNNER, S.515ff.; s. auch die Kurzdarstellungen bei EGGER, S.59ff.; VON MAYR, S.151ff.; OERTMANN, S.419; HELLMÜLLER, S.44.

<sup>39</sup> Allgemeine rechtsvergleichende Literatur zum Baugläubigerschutz vorn, N.21.

## A. Schweiz<sup>40</sup>

Das schweizerische Recht hat den Baugläubigerschutz im wesentlichen in den Art. 837 I Ziff. 3, II, 839–841 ZGB verwirklicht. Darnach steht dem Baugläubiger ein *realobligatorischer Anspruch auf Bestellung eines Bauhandwerkerpfandrechts* zu, welches mit der Eintragung im Grundbuch entsteht. Beim Bauhandwerkerpfandrecht handelt es sich somit um ein *mittelbares gesetzliches Pfandrecht*. Der Baugläubiger genießt unter bestimmten Voraussetzungen ein *Vorrecht* gegenüber vorgehenden Grundpfandgläubigern (Art. 841 ZGB).

## B. Deutschland<sup>41</sup>

Für den privatrechtlichen Baugläubigerschutz im deutschen Recht ist § 648 BGB maßgebend. Darnach hat der Baugläubiger einen obligatorischen Anspruch auf die Einräumung einer Sicherungshypothek am Baugrundstück<sup>42</sup>. Da sich der in dieser Bestimmung enthaltene Baugläubigerschutz als unzulänglich erwies, wurde nach längerem Hin und Her das *Gesetz über Sicherung der Bauforderungen vom 1. Juni 1909* (BauFG) erlassen. Dieses sieht im 2. Abschnitt unter dem Titel «Dingliche Sicherung der Bauforderungen» ein eigentliches System eines umfassenden privatrechtlichen Baugläubigerschutzes vor. Der 2. Abschnitt des Gesetzes ist aber bis heute nie in Kraft gesetzt worden. Dagegen erhielt der 1. Abschnitt («Allgemeine Sicherungsmaßregeln») bald nach Erlass des Gesetzes Geltung. Dort ist ein verwaltungs- und strafrechtlicher Schutz zugunsten der Baugläubiger enthalten<sup>43</sup>.

## C. Österreich<sup>44</sup>

Obwohl auch in Österreich die Bauhandwerkerfrage Ende des letzten und anfangs dieses Jahrhunderts eine sehr bedeutende

<sup>40</sup> Eingehend hinten, S. 73 ff.

<sup>41</sup> Eingehende Darstellungen des deutschen Baugläubigerschutzes bei STAUDINGER/RIEDEL und SOERGEL/BALLERSTEDT, je Bem. zu § 648 BGB; OERTMANN, S. 417 ff.; GROSS.

<sup>42</sup> Dazu hinten, S. 58 f.

<sup>43</sup> Dazu hinten, S. 40 N. 141; 41 N. 149, 152; 43; 61 f.

<sup>44</sup> Zur Rechtslage in Österreich vgl. VON MAYR; DERSELBE, DJZ 1912, S. 1012 ff.; KLING, JBl 1912, S. 241, 253, 267; HEDEMANN, S. 269, 270 N. 10; GSCHNITZER, S. 86 f., 165; EHRENZWEIG, I/2, S. 434.



Rolle spielte, blieben zwei Gesetzesentwürfe von 1909 und 1911 über den Bauhandwerkerschutz bis heute unerledigt. Das österreichische Recht kennt demzufolge auch heute noch *keinen gesetzlichen Bauhandwerkerschutz*.

#### **D. Frankreich**<sup>45</sup>

In Frankreich werden die Bauhandwerker durch *art. 2103 Ziff. 4 Code civil* privatrechtlich geschützt. Darnach genießen sie in einem später näher darzulegenden Rahmen ein vorzugsweises Befriedigungsrecht aufgrund eines gesetzlichen Privilegs am Versteigerungserlös des Baugrundstückes<sup>46</sup>. In den Zusammenhang des Baugläubigerschutzes gehört auch die in *art. 1798 Code civil* geregelte *action directe* zugunsten der Subunternehmer.

#### **E. Italien**<sup>47</sup>

Der italienische Codice civile hat, obwohl unter starkem Einfluß des Code civil français stehend, den privatrechtlichen *Bauhandwerkerschutz nicht verwirklicht*; dieser Mangel führte um die Jahrhundertwende zu erheblichen Verlusten im italienischen Baugewerbe.

#### **F. USA**<sup>48</sup>

In den USA ist der Baugläubigerschutz auch heute noch nicht bundesstaatlich geregelt. Dagegen kennen die *einzelstaatlichen Rechtsordnungen* wirksame Maßnahmen im Rahmen eines gesetzlichen Pfandrechtes (*Mechanic's lien*). Verbreitet sind das Pennsylvania- und das New Yorker-System<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> Zum französischen Baugläubigerschutz vgl. PLANIOL/RIPERT/BECQUE, XII, Nrn. 658 ff.; PLANIOL/RIPERT/BOULANGER, III, Nrn. 845 ff.; FERID II, S. 959, 960, 968, 976, 1062, I, S. 732; MARTY/RAYNAUD, III, Nr. 258; REINECKER/PETEREIT, Recht der Kreditsicherheiten in europäischen Ländern, Teil II: Frankreich, Berlin 1978, S. 351 ff.; SOLMSEN/HAUDEK, S. 367 ff.; EGGER, S. 37 ff.; VON MAYR, S. 139 ff.; HEDEMANN, S. 268 ff.

<sup>46</sup> Dazu hinten, S. 59 ff., 48.

<sup>47</sup> Zur Rechtslage in Italien vgl. VON MAYR, S. 145.

<sup>48</sup> Vgl. die Literaturangaben unter N. 38.

<sup>49</sup> Dazu hinten, S. 61, 69 f., 109 ff., 141, 185.

#### IV. Rechtliche und wirtschaftliche Ursachen der heutigen Baugläubigerschutzgesetzgebung

Während die heutige Baugläubigerschutzgesetzgebung in den USA auf eine beinahe 200jährige Tradition zurückblicken kann, entwickelte sie sich in Kontinentaleuropa zur heutigen Form hauptsächlich Ende des letzten und anfangs dieses Jahrhunderts<sup>50</sup>. Ihre Ursachen beruhten regelmäßig auf einem Zusammenwirken rechtlicher und wirtschaftlicher Momente. Diese waren, wie verschiedene rechtsvergleichende Untersuchungen zeigen, in allen Staaten, in denen eine Baugläubigerschutzgesetzgebung aktuell wurde, in ihren Grundzügen die gleichen. Unterschiede bestanden nur in quantitativer Hinsicht<sup>51</sup>. Aus diesem Grunde erübrigt es sich, auf die Gesetzgebungsgeschichte jedes einzelnen Landes separat einzutreten. Die folgende Betrachtung ist auf die Entwicklung der schweizerischen Baugläubigerschutzgesetzgebung zugeschnitten, wobei aber die gleichartigen Vorgänge in Deutschland mitberücksichtigt werden.

##### A. Rechtliche Ursachen

###### 1. Akzessionsprinzip

###### a) Begriff und Wesen

Das Akzessionsprinzip im Bereiche des Immobiliarsachenrechts besagt, daß sämtliche Mobilien durch Verbindung mit Grund und Boden zu Bestandteilen des Grundstücks werden<sup>52</sup>; dadurch verlieren sie ihre Sonderrechtsfähigkeit<sup>53</sup>. Diese Rechtsfolge wird in der Parömie «superficies solo cedit» anschaulich zum Ausdruck gebracht<sup>54</sup>.

Das Akzessionsprinzip stellt ein uraltes Dogma der Eigentumslehre dar, welches dem römischen Recht entspringt<sup>55</sup>. Es galt auch schon im älteren französischen sowie im deutschen Par-

<sup>50</sup> Vgl. VON MAYR, S. 154 und dort N. 87; SCHNEEBELI, S. 13.

<sup>51</sup> EGGER, S. 18.

<sup>52</sup> MEIER-HAYOZ, Syst. Teil N. 98, Art. 667 N. 1, 5 f., 29 ff. mit weiteren Hinweisen; DERSELBE, Bem. zu Art. 642 (dort umfassende Literaturangaben zum Akzessionsprinzip); HAAB, Bem. zu Art. 642 und 667; LIVER, SPR V/1, S. 165 ff.

<sup>53</sup> MEIER-HAYOZ, Art. 642 N. 50.

<sup>54</sup> MEIER-HAYOZ, Art. 667 N. 5; LIVER, SPR V/1, S. 165; HEDEMANN, S. 107; J. BIERMANN, Superficies solo cedit, Jher. Jahrb. 34, 1895, S. 169 ff.

<sup>55</sup> A. F. SCHNITZER, Vergleichende Rechtslehre II, 2. Aufl., Basel 1961, S. 590; HEDEMANN, S. 107.

tikular- und Reichsrecht<sup>56</sup>. Vor Erlass des Schweizerischen Zivilgesetzbuches war es in den kantonalen Rechten – wenn auch in unterschiedlicher Ausprägung – ebenfalls gesetzlich verankert<sup>57</sup>. Dieses Prinzip hat aber auch noch in den heutigen europäischen Rechtsordnungen Geltung, obwohl es vor allem im französischen und italienischen Recht nicht streng durchgeführt ist<sup>58</sup>. Im ZGB ist es zwar nicht zusammenhängend geregelt, wird aber als Axiom vorausgesetzt und erfährt in verschiedenen Einzelvorschriften seine Anerkennung<sup>59</sup>.

*Ausnahmen* vom Akzessionsprinzip sind regelmäßig nur dort zu verzeichnen, wo das Baurecht<sup>60</sup> (*superficies*) oder ähnliche Institute<sup>61</sup> zugelassen sind. Fahrnisbauten und Fahrnispflanzen werden vom Akzessionsprinzip deshalb nicht erfaßt, weil es an der für die Bestandteileigenschaft notwendigen intensiven Verbindung mit Grund und Boden fehlt<sup>62</sup>.

## b) Rechtsfolgen des Akzessionsprinzips

### aa) Für die Bauhandwerker

Die Durchführung des Axioms, wonach das Eigentum an der unbeweglichen Sache alles ergreift, was durch Verbindung zu

<sup>56</sup> EGGER, S.25. In verschiedenen älteren germanischen Rechten war aber Sondereigentum an Gebäudeteilen anerkannt (SCHNITZER, zit. N.55, S.590; LIVER, SPR V/1, S.170 N.20 mit Hinweisen).

<sup>57</sup> HUBER, SPR III, S.27 ff., 167 ff.

<sup>58</sup> Rechtsvergleichender Überblick bei MEIER-HAYOZ, Rechtsvergleichung zu Art.642 (S.360f.) sowie zu Art.667 (S.246 ff.); LIVER, SPR V/1, S.170 bei N.20; DERSELBE, *Usque ad sidera usque ad inferos*, in: *Mélanges Ph. Meylan*, Lausanne 1963, II, S.170 ff. – Vgl. im einzelnen §§ 905, 93, 94 BGB; §§ 294, 417–419 ABGB; art.552/553 CCfr; art.840, 934 CCit. Der Akzessionsgrundsatz hat auch im angelsächsischen Recht Eingang gefunden, vgl. dazu LIVER, SPR V/1, S.166 bei N.4.

<sup>59</sup> Vgl. Art.642 I, 667 II, 671 I, 805 I ZGB.

<sup>60</sup> Art.675, 779 ff. ZGB. Dazu LIVER, SPR V/1, S.184 ff. Aus der umfangreichen Literatur zum Baurecht vgl. ferner PETER ISLER, *Der Baurechtsvertrag und seine Ausgestaltung*, Diss. Zürich 1973; HANS MICHAEL RIEMER, *Das Baurecht (Baurechtsdienstbarkeit) des Zivilgesetzbuches und seine Behandlung im Steuerrecht*, Diss. Zürich 1968; H. U. FREIMÜLLER, *Die Stellung der Baurechtsdienstbarkeit im System der dinglichen Rechte*, Diss. Bern 1967; MANFRED ZOBL, *Der zulässige Inhalt von Dienstbarkeiten*, Diss. Zürich 1976, S.33 ff.

<sup>61</sup> Durchleitungsrecht (Art.675 I, 676 I ZGB); dazu MEIER-HAYOZ, Art.675 N.10, Art.676 N.1 ff.; LIVER, SPR V/1, S.188 ff. MEIER-HAYOZ (Syst. Teil N.99) erblickt auch in der Anerkennung des Stockwerkeigentums (Art. 712 aff. ZGB) eine Durchbrechung des Akzessionsprinzips.

<sup>62</sup> Art.677/678 ZGB; dazu MEIER-HAYOZ und HAAB, je Bem. zu Art.677/678 ZGB; LIVER, SPR V/1, S.191 ff.

deren Bestandteil wird, hat für die Bauhandwerker zur Konsequenz, daß das von diesen im Grundstück verbaute Material in das Eigentum des Grundeigentümers übergeht, während sie – ohne Baugläubigerschutz – für ihre Ansprüche auf bloße obligatorische Forderungen angewiesen sind<sup>63</sup>.

Da der verbaute Bestandteil seine Sonderrechtsfähigkeit verloren hat, können sich die Bauhandwerker daran auch keinen Eigentumsvorbehalt einräumen lassen<sup>64</sup>; sie haben folglich auch nicht die Möglichkeit, bei Rücktritt vom Werkvertrag die entsprechenden Teile zu vindizieren<sup>65</sup>. Ebenso wenig wird ihnen ein Wegnahmerecht (*ius tollendi*) zugestanden<sup>66</sup>.

Im Konkurs des Grundeigentümers hat dies zur Folge, daß der vom Baugläubiger geschaffene Mehrwert als Bestandteil des Grundstückes in die Konkursmasse fällt, während sich der Baugläubiger – ohne pfandrechtlichen Schutz – mit einer bloßen Kurrentforderung zu begnügen hat<sup>67</sup>. Das gleiche gilt sinngemäß beim Nachlaßvertrag sowie bei der Pfändung des Grundstückes.

#### bb) Für den Grundeigentümer

Der Rechtsverlust, welchen der Baugläubiger erleidet, kommt in erster Linie dem Grundeigentümer zugute. Aufgrund des Akzessionsprinzips erwirbt dieser am verbauten Material das Eigentum ex lege. Der entsprechende Rechtserwerb ist zwingender und originärer Natur<sup>68</sup>. Das bisherige Eigentum am Bestandteil geht endgültig unter<sup>69</sup>. Der Rechtsgrund, welcher der Tätigkeit des Bauhandwerkers zugrundelag (insbesondere Werkvertrag), ist somit für den originären Eigentumserwerb des Grundeigentümers irrelevant<sup>70</sup>.

<sup>63</sup> Vgl. BERICHT, S. 64; MEILI, S. 8.

<sup>64</sup> BGE 76 II 28f., 40 II 109ff.; ZBGR 1925, S. 330, 1922, S. 182f.; SJZ 1913/14, S. 93, 145; MEIER-HAYOZ, Art. 642 N. 51; HAAB/SCHERRER, Art. 715/716 N. 27, 29; BECK, Der Eigentumsvorbehalt nach dem schweizerischen ZGB, Diss. Bern 1916, S. 172f.; LIVER, SPR V/1, S. 36; TUOR/SCHNYDER, S. 652; BOOS-JEGHER, S. 5; HELLMÜLLER, S. 43; SCHNEEBELI, S. 14; SCHUMACHER, Nr. 14; a.M. eine Minderheit des Obergerichtes Zürich in ZR 1969 Nr. 146.

<sup>65</sup> MEIER-HAYOZ, Art. 642 N. 54; SCHNEEBELI, S. 14.

<sup>66</sup> MEIER-HAYOZ, Art. 671 N. 19, Art. 642 N. 54; vgl. auch HAAB/ZOBL, Art. 727 N. 76.

<sup>67</sup> Vgl. BERICHT, S. 64.

<sup>68</sup> MEIER-HAYOZ, Art. 642 N. 50; a.M. ZR 1969 Nr. 146.

<sup>69</sup> MEIER-HAYOZ, Art. 642 N. 50, 52.

<sup>70</sup> MEIER-HAYOZ, Art. 642 N. 50; HELLMÜLLER, S. 43.

## cc) Für die Grundpfandgläubiger

Der Rechtsverlust des Baugläubigers am verbauten Material kommt ohne speziellen Baugläubigerschutz nicht nur dem Grundeigentümer, sondern indirekt auch den Grundpfandgläubigern am betreffenden Grundstück zugute<sup>71</sup>. Das Grundpfandrecht erfaßt nämlich das Grundstück mit Einschluß aller Bestandteile und aller Zugehör<sup>72</sup>. Durch die Erstellung einer Baute kann ein vorher ungedeckter Grundpfandgläubiger nachträglich volle Deckung erlangen<sup>73</sup>. Ohne Baugläubigerschutz hätten die Bauhandwerker somit das Zusehen, wie sich die Grundpfandgläubiger aus dem von ihnen geschaffenen Mehrwert direkt befriedigten, während sie auf bloße obligatorische Kurrentforderungen angewiesen wären.

## dd) Für die Kurrentgläubiger

Die reine Durchführung des Akzessionsgrundsatzes bewirkt für die Gesamtheit der Gläubiger des Grundeigentümers eine Vermehrung des Haftungssubstrates, was den Baugläubigern umgekehrt zum Schaden gereicht. Diese Vermehrung des Haftungssubstrates hatte aber deshalb keine praktische Bedeutung für die Kurrentgläubiger, weil die Baugrundstücke mit vertraglichen Grundpfandrechten regelmäßig überbelastet waren<sup>74</sup>.

## 2. Vorleistungspflicht des Baugläubigers

a) Zur Zeit der Baugläubigerschutzgesetzgebung war der Baugläubiger nach den meisten Rechtsordnungen vorleistungspflichtig<sup>75</sup>; der Besteller hatte den Werklohn erst dann zu bezahlen, wenn das vom Baugläubiger zu erstellende Werk vollendet und damit zum Bestandteil des Grundstücks geworden war. Diese noch heute geltende Regelung<sup>76</sup>, die sich aus der Natur des Werkvertrages ergibt<sup>77</sup>, ist zwar bloß dispositiver Art, weshalb

<sup>71</sup> MEIER-HAYOZ, Art. 642 N. 61 ff.; SCHNEEBELI, S. 14; EGGER, S. 25; BERICHT, S. 63.

<sup>72</sup> Art. 805 I ZGB; dazu MEIER-HAYOZ, Art. 642 N. 61; LEEMANN, Art. 805 N. 22.

<sup>73</sup> SCHNEEBELI, S. 14; HUBER, Sten Bull NR 1906, S. 646 f.; MEILI, S. 8.

<sup>74</sup> Hierzu allgemein MEIER-HAYOZ, Art. 642 N. 67 ff., 74 f.

<sup>75</sup> Statt vieler: SCHNEEBELI, S. 13.

<sup>76</sup> Art. 372 I OR; § 641 I BGB; § 1170 ABGB; dazu GAUTSCHI, Art. 372 N. 2; SCHUMACHER, Nr. 15; BGE 83 II 524, 72 II 351.

<sup>77</sup> Nach GAUTSCHI (Art. 372 N. 2) handelt es sich beim Grundsatz «Erst Arbeit, dann Lohn» um ein allgemeines Prinzip des Arbeitsvertragsrechts. Vgl. hierzu auch HELLMÜLLER, S. 43; SCHNEEBELI, S. 13.



der Bauhandwerker aufgrund vertraglicher Vereinbarung Voraus- bzw. Akontozahlung oder Sicherstellung verlangen könnte<sup>78</sup>. Ob er dies aber im Einzelfall auch tun kann, hängt von den jeweiligen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen ab. Steht der Bauhandwerker unter Konkurrenzdruck, so ist es ihm faktisch verwehrt, seinen Vertragspartner zum Abschluß einer entsprechenden Vereinbarung zu veranlassen. Dadurch wird der Baugläubiger gezwungen, seine Werklohnforderung gegenüber dem Besteller zu kreditieren<sup>79</sup>. Das hat zur Folge, daß der Bauhandwerker dem Grundeigentümer nach Maßgabe des Baufortschrittes gezwungenermaßen Kredit zu gewähren hat.

b) Gemäß Art. 144ff. der Norm SIA 118 (Ausgabe 1977) ist die Leistung von Abschlagszahlungen im Baugewerbe heute die Regel; sie werden im Rahmen des Baufortschrittes geschuldet<sup>80</sup>. Da die SIA-Norm 118 in breiten Kreisen des Baugewerbes Anwendung findet, hat die gesetzlich vorgesehene Vorleistungspflicht heute nicht mehr den Stellenwert wie vor 80 Jahren. Ob das Baugewerbe diese Vertragsbestimmungen auch bei wesentlicher Änderung der Konjunkturlage durchsetzen kann, bleibt offen.

## B. Wirtschaftliche Ursachen

Die wirtschaftlichen Hauptgründe, welche zur Baugläubigerschutzgesetzgebung Anlaß gegeben haben, können im wesentlichen unter den Stichworten «*Bauschwindel*»<sup>81</sup> und «*Baugläubigernot*»<sup>82</sup> zusammengefaßt werden. Dazu kommen aber noch weitere Teilursachen, welche ebenfalls mitberücksichtigt werden müssen<sup>83</sup>. Da darüber eingehende Untersuchungen bestehen<sup>84</sup>, ist es geboten, im folgenden lediglich die wichtigsten Punkte zu rekapitulieren. Sie sollen uns ein Bild über die konkreten Zustände geben, mit denen der Gesetzgeber konfrontiert wurde.

<sup>78</sup> GAUTSCHI, Art. 372 N.2.

<sup>79</sup> HELLMÜLLER, S.43; HEDEMAN, S.107.

<sup>80</sup> SCHUMACHER, Nr. 15.

<sup>81</sup> Hinten, S.32 f.

<sup>82</sup> Hinten, S.35 ff.

<sup>83</sup> Hinten, S.33 ff.

<sup>84</sup> Für die Schweiz: ENQUÊTE, S.24 ff.; BERICHT, S.63 f.; BOOS-JEGHER, S.3 ff.; KARRER, S.1 ff.; EGGER, S.18 ff.; MEILI, S.7 ff.; WIELAND, Art.837 N.5; für Deutschland: EGGER, S.1 ff. mit weiteren Belegen; für Österreich: VON MAYR, S.132 ff. mit weiteren Belegen.

Dabei muß berücksichtigt werden, daß die zu schildernden Mißstände nur deshalb möglich waren, weil sie durch die frühere Gesetzgebung gebilligt wurden. Das ließ die Mängel der damaligen Rechtsordnung besonders deutlich hervortreten.

### 1. Bauschwindel

Als wesentlichste Ursache der Baugläubigernot wird in der Literatur einstimmig der im Zusammenhang mit der *Bodenspekulation* stehende *Bauschwindel* genannt<sup>85</sup>. Dieser war bestens organisiert und spielte sich in den verschiedensten Formen ab, welche in der zeitgenössischen Literatur umfassend dargestellt und kritisiert wurden<sup>86</sup>. Davon seien drei für die schweizerischen Verhältnisse repräsentative Formen herausgegriffen<sup>87</sup>:

a) Ein mittelloser Strohmann wurde vom Eigentümer (Spekulant) eines unrentablen Bauplatzes veranlaßt, diesen zu einem weit übersetzten Preise zu erwerben. Der entsprechende Kaufpreis wurde nicht bar bezahlt, sondern in Form einer Kaufpreishypothek kreditiert. Anschließend ließ der Strohmann als Grundeigentümer das Grundstück in eigenem Namen überbauen, ohne aber die Bauhandwerker zu bezahlen. Nachdem die Überbauung mehr oder weniger vollendet war, wurde der Strohmann durch den Spekulanten (Verkäufer) für die Kaufpreisforderung auf Grundpfandverwertung betrieben. Dadurch konnte der Verkäufer entweder das nunmehr überbaute Grundstück im Rahmen der Zwangsversteigerung zu billigem Geld an sich ziehen oder seine nunmehr gedeckte Grundpfandforderung realisieren. Da die Bauhandwerker ihre Werkverträge mit dem Strohmann abgeschlossen hatten, haftete ihnen nur dieser. Der letztere erklärte sich dann in der Regel insolvent oder zog außer Landes, worauf die Bauhandwerker in dessen Konkurs regelmäßig leer ausgingen und damit erhebliche Verluste erlitten. Der von ihnen geschaffene Mehrwert kam voll und ganz dem Spekulant zugute. Die Baugläubiger hatten aufgrund der damaligen Gesetzgebung keine Möglichkeit, sich an diesem bzw. am überbauten Grundstück schadlos zu halten.

b) Auch kam es vor, daß der im Grundbuch eingetragene mittellose Grundeigentümer einen Baugeldgeber fand, welcher ihm einen Baukredit nach Maßgabe des Baufortschrittes auszahlte. Der Grundeigentümer schloß die Werkverträge direkt mit den Bauhandwerkern ab, leitete aber die aus dem Baukredit erhaltenen Zahlungen nicht an diese weiter, sondern verwendete sie in zweckwidriger Weise. Nach Bauvollendung erklärte sich der Grundeigentümer insol-

<sup>85</sup> ENQUÊTE, S.28, 34; BERICHT, S.64; Erl. II, S.276f.; ProtExpKom, S.289ff.; Sten Bull NR 1906, S.646; Sten Bull StR 1906, S.1402; BOOS-JEGHER, S.8ff., 13, 22; EGGER, S.18ff., 67ff.; KARRER, S.2ff.; SCHNEEBELI, S.13f.; MEILI, S.7ff.; HEDEMANN, S.107, 268, 272; VON MAYR, S.132ff., 155ff.; OERTMANN, S.419; SOLMSEN/HAUDEK, S.368.

<sup>86</sup> Dazu die in N.85 resümierte Literatur.

<sup>87</sup> Vgl. zu den folgenden Beispielen: BERICHT, S.64; Erl. II, S.276f.; BOOS-JEGHER, S.8; EGGER, S.6ff., 18, 21; VON MAYR, S.157ff.; KARRER, S.2ff.; HEDEMANN, S.107; VOLMAR, S.5f.

vent, worauf die Bauhandwerker wiederum leer ausgingen. Demgegenüber war der Baugeldgeber durch sein Grundpfandrecht für seine Darlehensforderung vollständig gedeckt. Vielfach hatten die Baugeldgeber von den Machenschaften des Grundeigentümers sogar Kenntnis. Dessen ungeachtet war es aber den Bauhandwerkern versagt, gegen das Grundpfandrecht aufzukommen. Der Hypothekargläubiger genoß einen absoluten Schutz.

c) Vielfach ließ ein mittelloser Grundeigentümer auf dem Baugrundstück Eigentümerschuldbriefe mit Pfandsummen eintragen, welche den Wert der unbebauten Parzelle bei weitem überstiegen. Diese Titel setzte er mit Einschlag in Verkehr. Während sich die Bauhandwerker auch hier einem mittellosen Grundeigentümer als Schuldner gegenüber sahen, konnten sich die gutgläubigen Erwerber der in Verkehr gesetzten Schuldbriefe aus dem durch die Bauhandwerker geschaffenen Mehrwert vollständig befriedigen<sup>88</sup>.

Der Bauschwindel hing mit dem Wachstum der Städte zusammen, was auf die expandierende Industrialisierung zurückzuführen war<sup>89</sup>. Diese rief nach neuen Arbeitskräften und damit nach zusätzlichem Wohnraum<sup>90</sup>. Deshalb entfaltete sich eine rege Bautätigkeit, welche aber nicht in normalen Bahnen gehalten werden konnte, sondern eine Überproduktion bewirkte<sup>91</sup>. Diese war vor allem von einer in Exzesse ausmündenden Bodenspekulation begleitet, wobei der Bauschwindel eines der dazu benützten Mittel darstellte<sup>92</sup>. Was die schweizerischen Verhältnisse betrifft, so beschränkten sich diese Auswüchse hauptsächlich auf Städte und industrialisierte Dörfer<sup>93</sup>. Besonders betroffen davon wurden die Städte Zürich, St. Gallen, Schaffhausen und Basel<sup>94</sup>. In Basel nahm der Bauschwindel einen derartigen Umfang an, daß sogar von einem «System von Schwindel bei Bauspekulationen» gesprochen werden konnte<sup>95</sup>.

## *2. Ungünstige Zahlungsbedingungen*

Weiterer Anlaß zur Baugläubigerschutzgesetzgebung waren die ungünstigen Zahlungsbedingungen im Baugewerbe<sup>96</sup>. Diese

<sup>88</sup> Vgl. VON MAYR, S. 159 N. 95 mit ähnlichen Beispielen für Österreich; EGGER, S. 25; MEILI, S. 8.

<sup>89</sup> BOOS-JEGHER, S. 8; EGGER, S. 19 f.

<sup>90</sup> BOOS-JEGHER, S. 9 f.; EGGER, S. 19.

<sup>91</sup> ENQUÊTE, S. 34; BOOS-JEGHER, S. 13; VON MAYR, S. 162.

<sup>92</sup> ENQUÊTE, S. 34; VON MAYR, S. 162.

<sup>93</sup> BOOS-JEGHER, S. 8 f.; EGGER, S. 19.

<sup>94</sup> ENQUÊTE, S. 33; BOOS-JEGHER, S. 8 ff.; EGGER, S. 19.

<sup>95</sup> EGGER, S. 19.

<sup>96</sup> ENQUÊTE, S. 25 ff.; BOOS-JEGHER, S. 6 f.; HELLMÜLLER, S. 43 f.; EGGER, S. 12; VON MAYR, S. 156 f., 163; VOLMAR, S. 6 f.



stehen im Zusammenhang mit der gesetzlichen Vorleistungspflicht der Bauhandwerker<sup>97</sup>.

- a) *Schlechte Zahlungsmoral* der Bauherren<sup>98</sup>.
- b) *Fragwürdige Zahlungsmittel*. Sehr oft mußten sich die Bauhandwerker anstatt mit Barzahlungen mit langfristigen Wechseln, fragwürdigen Aktien oder ungedeckten Hypotheken an Zahlungsstatt begnügen<sup>99</sup>.
- c) Zu lange *Zahlungsfristen*<sup>100</sup>.
- d) Die *Abrechnungen* mit den Bauhandwerkern wurden mehrfach recht in die Länge gezogen, und es wurden unnötigerweise Mängelrügen angebracht, damit ein wesentlicher Teil des Werkpreises möglichst lang unbezahlt bleiben konnte. Dadurch verzögerten sich die Zahlungen oft um Jahre, was zu Liquiditätsengpässen bei den Bauhandwerkern führte<sup>101</sup>.
- e) Die *Garantiesumme* wurde jahrelang zurückbehalten und nicht einmal verzinst<sup>102</sup>.
- f) Auch im Zusammenhang mit *Generalunternehmungsverträgen* wurde Unfug getrieben. Der Generalunternehmer ließ sich durch den Bauherrn voll bezahlen, während er seine Unterakkordanten nicht befriedigte. Anschließend offerierten solche Generalunternehmer ihren Unterakkordanten einen Nachlaßvertrag auf der Basis von 20 bis 30% ihrer Forderungen, wodurch bei den Handwerkern erhebliche Verluste entstanden<sup>103</sup>.
- g) *Zahlungsunfähige Vertragspartner*. Es wurde gebaut, ohne daß hinreichende Mittel vorhanden waren, wobei dies auf Leichtsinn oder auf Bauschwindel zurückzuführen war<sup>103</sup>.

### 3. Leichtsinnige Gewährung von Hypothekarkrediten

Weil um die Jahrhundertwende bei den Banken ein großer Liquiditätsüberschuß bestand, kamen diese in Versuchung, zum Teil leichtsinnig tiefverzinsliche Hypothekarkredite zu gewähren. Da sie mit ihrem Grundpfandrecht einen absoluten Schutz genossen, brauchten sie sich um die Verwendung des ausbezahlten Kredites nicht zu kümmern. Wichtig für sie war lediglich die Gewißheit, Deckung zu haben. So konnten sie also z.B. Baukreditlimiten aussetzen, welche nach Maßgabe des Baufortschrittes ausbezahlt wurden, ohne zu prüfen, wohin das Geld letztlich gelangte. Mit dem Eintritt eines Liquiditätsengpasses infolge Änderung der Konjunkturlage erhöhten sich die Hypothekarzinsen, was zur Folge hatte, daß sie vor allem von spekulativen Bauherren nicht

<sup>97</sup> Vorn, S. 30f.

<sup>98</sup> ENQUÊTE, S. 25f.

<sup>99</sup> ENQUÊTE, S. 26, 29; BERICHT, S. 64; BOOS-JEGHER, S. 6.

<sup>100</sup> BOOS-JEGHER, S. 6.

<sup>101</sup> ENQUÊTE, S. 26; BOOS-JEGHER, S. 6.

<sup>102</sup> ENQUÊTE, S. 26; BOOS-JEGHER, S. 6.

<sup>103</sup> BOOS-JEGHER, S. 6f.; MEILI, S. 8.

mehr bezahlt werden konnten. Das zog Grundpfandverwertungen und damit Verluste der Bauhandwerker nach sich<sup>104</sup>.

#### 4. Baugläubigernot

Aus dem Zusammenwirken der soeben geschilderten Ursachen (Bauschwindel, ungünstige Zahlungsbedingungen, leichtsinnige Kreditgewährung) haben Krisenerscheinungen resultiert, die unter dem Stichwort Baugläubigernot zusammengefaßt werden<sup>105</sup>. Davon wurden aber nicht nur die Bauhandwerker, sondern mittelbar auch noch weitere Bevölkerungskreise betroffen<sup>106</sup>, was im folgenden überblicksmäßig zu skizzieren ist.

##### a) Baugläubiger

Die Hauptleidtragenden der Krise waren zweifellos die Bauhandwerker<sup>107</sup>. Diese hatten gegenüber ihren Lieferanten und Arbeitern kurzfristige Zahlungsverpflichtungen, während sie dem Besteller des Bauwerkes den Werklohn gezwungenermaßen kreditieren mußten<sup>108</sup>. Das führte bei den Bauhandwerkern zu einem Liquiditätsengpaß. Sie konnten deshalb ihre eigenen Verpflichtungen nicht mehr erfüllen, was zu ihrem finanziellen Zusammenbruch und damit zum Konkurs führte<sup>109</sup>. Hievon wurden in erster Linie kleinere und mittlere Handwerkersbetriebe betroffen<sup>110</sup>. Dazu kamen die Verluste im Zusammenhang mit der eigentlichen Bauspekulation, insbesondere mit dem Bauschwindel. Daß dadurch viele Handwerkerfamilien ins Unglück gestürzt worden sind, liegt auf der Hand<sup>111</sup>. Wie VOLMAR berichtet, stellten alle derart ruinierten Existenzen und vernichteten Familien einen inhaltsschweren Abschnitt der menschlichen Leidensgeschichte dar<sup>111</sup>. Ähnliche Äußerungen fielen auch im Zusam-

<sup>104</sup> ENQUÊTE, S. 30 ff.; EGGER, S. 20; BOOS-JEGHER, S. 11 f., 13. – Bei den die Spekulation begünstigenden Banken handelte es sich vorwiegend um kleinere, meistens unseriöse Institute (vgl. dazu Geschäftsbericht der Zürcher Kantonalbank von 1898, wo bereits auf die Gefahren leichtsinniger Kreditgewährung durch fragwürdige Bankinstitute deutlich hingewiesen wurde).

<sup>105</sup> Vgl. VON MAYR, S. 132 ff., 155 f.; KARRER, S. 9.

<sup>106</sup> BOOS-JEGHER, S. 7, 9 f.

<sup>107</sup> EGGER, S. 12; KARRER, S. 9.

<sup>108</sup> Vgl. EGGER, S. 12.

<sup>109</sup> ENQUÊTE, S. 26.

<sup>110</sup> Vor allem Betriebe von Schreibern, Schlossern, Glasern, Malern, Installateuren, Hafnern und Dachdeckern (vgl. EGGER, S. 13).

<sup>111</sup> VOLMAR, S. 7.

menhang mit der Parallelentwicklung in Deutschland und Österreich<sup>112</sup>.

Von der Baugläubigernot wurden in der Schweiz vor allem jene Zentren betroffen, in denen infolge der industriellen Entwicklung eine rigorose Bautätigkeit zu verzeichnen war<sup>113</sup>.

Zuverlässige Zusammenstellungen über das *Ausmaß* der durch die Bauhandwerker tatsächlich erlittenen Verluste fehlen. Immerhin steht fest, daß sie beachtlich gewesen sein müssen<sup>114</sup>. Es bestehen verschiedene Zusammenstellungen, denen entnommen werden kann, in welchem Rahmen Verluste bei Grundpfandverwertungen resultiert haben<sup>115</sup>. Statistische Angaben für die Stadt Zürich zeigen, daß im Jahre 1900 48% aller Grundpfandbetreibungen im Zusammenhang mit der Bauspekulation standen, wobei die durchschnittlichen Pfandausfälle 20–25% der im Grundbuch eingetragenen Grundpfandforderungen betrugen, welche aus dem übrigen Vermögen der Spekulanten nicht gedeckt werden konnten<sup>116</sup>. Daraus kann immerhin geschlossen werden, daß auch den Bauhandwerkern kein genügendes Haftungssubstrat mehr zur Verfügung stand, weshalb die Verluste erheblich gewesen sein müssen<sup>117</sup>.

#### b) Arbeiter

Neben den Bauhandwerkern wurden indirekt auch deren Arbeiter in Mitleidenschaft gezogen, indem diese infolge der Verluste ihrer Arbeitgeber nicht mehr bezahlt werden konnten<sup>118</sup>. Dies führte dann auch zu einer Arbeitslosigkeit<sup>119</sup>, welche diesen Personenkreis besonders stark traf. Dies vor allem deshalb, weil um die Jahrhundertwende der Sozialschutz praktisch noch nicht verwirklicht war.

<sup>112</sup> VON MAYR, S. 162 bzgl. Österreich; EGGER, S. 67 N. 1 bzgl. Deutschland (vgl. den dort angeführten besonders eindrücklichen Fall «Seeger»).

<sup>113</sup> Vgl. vorn, S. 33.

<sup>114</sup> VON MAYR, S. 155, spricht von Millionenverlusten; nach EGGER, S. 22, waren die Verluste in Zürich von erschreckender Höhe; s. ferner EGGER, S. 13 ff., 21 f.; BOOS-JEGHER, S. 4, 7, 9; ENQUÊTE, S. 24 ff.: BERICHT, S. 64.

<sup>115</sup> Vgl. die Zusammenstellungen bei BOOS-JEGHER, S. 9, 14; EGGER, S. 22; Angaben bzgl. Österreich bei VON MAYR, S. 133 f. mit weiteren Belegen.

<sup>116</sup> Vgl. BOOS-JEGHER, S. 9; s. auch EGGER, S. 22 mit Angaben bzgl. St. Gallen und Zürich. Nachweise für Basel bei BOOS-JEGHER, S. 14.

<sup>117</sup> EGGER, S. 22.

<sup>118</sup> Vgl. EGGER, S. 22 f., der von Fällen «höchst bedauerlicher Art» berichtet. Bzgl. der Verhältnisse in Deutschland s. EGGER, S. 15 f.

<sup>119</sup> BOOS-JEGHER, S. 10, 13.

## c) Lieferanten und andere Gläubiger der Bauhandwerker

Zu den durch die Baugläubigerkrise Geschädigten zählten außer den Arbeitern auch die übrigen Gläubiger der Bauhandwerker, welche durch deren Konkurse ebenfalls zu Schaden kamen<sup>120</sup>. Dazu gehörten in erster Linie die *Lieferanten*<sup>121</sup> und der *Fiskus*<sup>122</sup>.

## d) Mieter

Da die Bauhandwerker mit jedem Auftrag das Risiko eingingen, nicht bezahlt zu werden, wurden die Spekulationsbauten einerseits kostspielig und andererseits qualitativ minderwertig erstellt<sup>123</sup>. Die Leidtragenden dieser unerfreulichen Praktiken waren dann schließlich die Mieter<sup>124</sup>, denen schlecht gebaute Wohnungen zu hohen Preisen aufgezwungen wurden. Gewisse Spekulationsbauten wurden derart liederlich gebaut, daß sie kaum bewohnt werden konnten<sup>125</sup>.

## e) Öffentlichkeit

Von der Baugläubigernot wurde schließlich indirekt auch die Öffentlichkeit betroffen. Der Umstand, daß viele Bauhandwerker und Arbeiter zu erheblichen Verlusten kamen, während sich umgekehrt gewissenlose Spekulanten enorm bereicherten, wurde bei weiten Bevölkerungsschichten als Verstoß gegen die Moral aufgefaßt. Das Bild der Baugläubigernot hinterließ daher bei der Öffentlichkeit einen demoralisierenden und zersetzenden Eindruck<sup>126</sup>.

## V. Ziele der Baugläubigerschutzgesetzgebung

Die Übelstände, welche namentlich durch den Bauschwindel hervorgerufen wurden, riefen den Gesetzgeber auf den Plan. Die Ziele, welche dieser durch Erlass wirksamer Normen verwirklichen sollte, können aufgrund der damaligen Postulate in der

<sup>120</sup> BOOS-JEGHER, S. 7, 9; VON MAYR, S. 164 N. 107.

<sup>121</sup> ENQUÊTE, S. 30; BOOS-JEGHER, S. 13; KARRER, S. 9.

<sup>122</sup> BOOS-JEGHER, S. 9.

<sup>123</sup> EGGER, S. 16 f., 18; BOOS-JEGHER, S. 13; VON MAYR, S. 163, 166; OERTMANN, JBl 1895, S. 567; HEDEMANN, S. 269 N. 9.

<sup>124</sup> VON MAYR, S. 163, 165; EGGER, S. 17.

<sup>125</sup> ENQUÊTE, S. 33.

<sup>126</sup> BERICHT, S. 64; BOOS-JEGHER, S. 13; EGGER, S. 18; HEDEMANN, S. 269; VON MAYR, S. 163, 164 N. 107.

Schweiz, in Deutschland und Österreich wie folgt zusammengefaßt werden:

1. Wirksamer Schutz der Baugläubiger für ihre Leistungen<sup>127</sup>.
2. Beseitigung des Bauschwindels<sup>128</sup>.
3. Verunmöglichung des leichtfertigen Bauens<sup>129</sup>.
4. Eindämmung der Bodenspekulation<sup>130</sup>.

Dabei war man sich im klaren, daß eine Baugläubigerschutzgesetzgebung nicht nur einseitig den Interessen der Baugläubiger, sondern auch noch denjenigen anderer betroffener Kreise Rechnung tragen sollte<sup>131</sup>. Insbesondere mußten die Interessen der *Grundeigentümer*, der *Grundpfandgläubiger* und der *Allgemeinheit* gebührend mitberücksichtigt werden. Auch durfte die Bautätigkeit durch den Erlass gesetzlicher Maßnahmen nicht wesentlich gehemmt werden<sup>132</sup>. Für alle diese verschiedenen Interessen einen adäquaten Ausgleich zu schaffen, stellte an die Kunst ausgewogener Gesetzgebung sehr hohe Anforderungen.

Zweiter Abschnitt:

## Mögliche Formen des Baugläubigerschutzes

Wie wir der umfangreichen Literatur im Zusammenhang mit der Bauhandwerkerbewegung um die Jahrhundertwende entnehmen können, fehlte es weder an Vorschlägen noch an Ideen zur Institutionalisierung des Baugläubigerschutzes<sup>133</sup>. Dabei wurde im wesentlichen zwischen dem öffentlich-rechtlichen und dem privatrechtlichen Baugläubigerschutz unterschieden. Es waren Lösungen zu verzeichnen, welche ausschließlich eine privatrecht-

<sup>127</sup> BERICHT, S. 64 f.; BOOS-JEGHER, S. 22 f.; EGGER, S. 23 ff.; VON MAYR, S. 166 ff.

<sup>128</sup> BERICHT, S. 64; BOOS-JEGHER, S. 22; EGGER, S. 17 f.; VON MAYR, S. 165 f. Dieser Autor weist zutreffend darauf hin, daß die Bekämpfung des Bauschwindels aber keineswegs das einzige Ziel der Baugläubigerschutzgesetzgebung ist (S. 172).

<sup>129</sup> BOOS-JEGHER, S. 22.

<sup>130</sup> BERICHT, S. 64; BOOS-JEGHER, S. 22; VON MAYR, S. 166.

<sup>131</sup> Hierzu allgemein EGGER, S. 17 f.; MEILI, S. 13.

<sup>132</sup> EGGER, S. 18.

<sup>133</sup> Umfassende Übersichten bei EGGER, S. 67 ff.; VON MAYR, S. 166 ff. Kurzübersichten bei SOLMSEN/HAUDEK, S. 367 ff.; HEDEMAN, S. 268 ff.; s.a. MEILI, S. 13 ff.

liche<sup>134</sup> und solche, die lediglich eine öffentlich-rechtliche<sup>135</sup> Regelung anstrebten. Daneben gab es auch Postulate, welche den öffentlich-rechtlichen mit dem privatrechtlichen Baugläubigerschutz<sup>136</sup> verbinden wollten. Während man mit dem Erlaß öffentlich-rechtlicher Normen vor allem einen vorbeugenden Schutz (Präventivschutz) bezweckte, versuchte man mit der privatrechtlichen Methode einen Zugriff gegen denjenigen zu erlangen, der den Nutzen aus den Bauarbeiten zog (Vollstreckungs- oder repressiver Schutz)<sup>137</sup>.

Im folgenden werden nur die wichtigsten zur Diskussion gestellten Schutzformen dargestellt und erläutert. Anschließend an die Einzelbetrachtung erfolgt aus Zweckmäßigkeitsgründen eine kurze *Würdigung aus heutiger Sicht*. Die Ergebnisse dieses Abschnittes werden bei der Besprechung des schweizerischen Bauhandwerkerpfandrechtes – soweit möglich und sinnvoll – verwendet; vielleicht vermögen sie dort, wo in unserem Baugläubigerschutzsystem Mängel oder Lücken festgestellt werden können, zu deren Behebung neue Denkanstöße zu vermitteln.

#### *Erster Unterabschnitt:*

### **Öffentlich-rechtlicher Baugläubigerschutz (vorbeugender Schutz)**

## **I. Verwaltungsrechtlicher Baugläubigerschutz**

### *1. Verwaltungsrechtliche Prüfung der Zuverlässigkeit und Zahlungsfähigkeit des Bauherrn durch Bauschöffenämter*

#### **a) Vorgesehene Regelung**

Im Rahmen der *deutschen Bauhandwerkerbewegung* wurde der Vorschlag gemacht, die baupolizeiliche Genehmigung eines Neu- oder Umbaues dürfe von der Polizeibehörde nur dann erteilt werden, wenn von den Bauschöffen die Erklärung abgegeben werde, daß bezüglich der Zahlungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Gesuchstellers keine Bedenken beständen. Andernfalls hätte das Bauschöffenamtsamt genügende Sicherstellung durch den Bauherrn zu verlangen, von deren

<sup>134</sup> So namentlich die schweizerischen Vorschläge, dazu BOOS-JEGHER, S.3. Vgl. ferner hinten, S.39 ff.

<sup>135</sup> Dazu hinten, S.44 ff.

<sup>136</sup> Eine solche Lösung liegt dem deutschen BauFG zugrunde.

<sup>137</sup> SOLMSEN/HAUDEK, S.369.



Erfüllung die Erteilung der Baubewilligung abhängig gemacht würde<sup>138</sup>. Ähnliche Lösungen wurden auch innerhalb der *österreichischen Bauhandwerkbewegung* postuliert<sup>139</sup>.

## b) Würdigung

Obwohl dieser Vorschlag vielerorts Anerkennung fand<sup>140</sup>, erhielt er nirgends Gesetzeskraft<sup>141</sup>. Dies zu Recht. Die vorgesehene Regelung hätte einen schweren *Eingriff in die Vertragsfreiheit* (= Abschlußfreiheit) zur Folge, indem der Abschluß und die Abwicklung von Bauverträgen letztlich von der Zustimmung einer Verwaltungsbehörde abhängig gemacht würden<sup>142</sup>. Sodann wäre es fraglich, ob eine einwandfreie Durchführung des entsprechenden Verfahrens vor einem Bauschöffenamte gewährleistet werden könnte<sup>143</sup>. Es wäre wohl schwierig, Leute zu finden, die über die dazu erforderliche Sachkenntnis und Unparteilichkeit verfügen würden. Deshalb müßten auch Fehlentscheide in Kauf genommen werden. Würde die Bonität des Bauherrn zu Unrecht positiv beurteilt oder würden sich dessen Vermögensverhältnisse nachträglich zum Nachteil der Baugläubiger ändern, so kämen diese trotz des von den Bauschöffen durchgeführten Verfahrens zu Verlust. Abweisende Fehlentscheidungen des Bauschöffenamtes könnten umgekehrt kreditschädigend wirken<sup>144</sup>. Ferner würde die Realisierung dieses Vorschlages auch eine Aufblähung des Behördenapparates mit sich bringen, was kaum wünschbar wäre. Dieser Vorschlag muß daher auch für die schweizerischen Verhältnisse als zum voraus völlig unpassend abgelehnt werden<sup>145</sup>.

## 2. Hinterlegung der Bauverträge und Kostenvoranschläge bei einer Behörde zur Einsicht durch die Baugläubiger

### a) Vorgesehene Regelung<sup>146</sup>

Damit sich die Baugläubiger ein Urteil über die finanzielle Lage des Bauherrn machen können, wurde die Einführung einer gesetzlichen Verpflichtung des Bauherrn zur *Offenlegung der Bauverträge und Kostenvoranschläge* postuliert<sup>147</sup>.

<sup>138</sup> Vgl. VON MAYR, S. 174; EGGER, S. 109; OERTMANN, S. 420 f.

<sup>139</sup> Belege dazu bei VON MAYR, S. 174 N. 38 a.E.

<sup>140</sup> Vgl. VON MAYR, S. 174 N. 38; EGGER, S. 109; OERTMANN, S. 421.

<sup>141</sup> Eine zumindest teilweise Auswirkung hat er aber in bezug auf den Zweiten Abschnitt des deutschen BauFG (§§ 9 ff.; dazu hinten, S. 61 f.).

<sup>142</sup> Vgl. OFTINGER, Über den Zusammenhang von Privatrecht und Staatsstruktur, SJZ 1940/41, S. 225 ff., 241 ff.

<sup>143</sup> VON MAYR, S. 174 f.

<sup>144</sup> VON MAYR, S. 174 f.

<sup>145</sup> So schon EGGER, S. 110, der in diesem Vorschlag sogar «eine traurige Ohnmachtserklärung privatrechtlicher Wissenschaft und Gesetzgebung» erblickte. Im gleichen Sinne auch VON MAYR, S. 175, für das österreichische Recht, dem «dieser Weg als ungangbar» erschien. Auch in Deutschland gelangte man später mehrheitlich zu dieser Ansicht.

<sup>146</sup> Überblick mit zahlreichen Belegen bei VON MAYR, S. 175 ff.

<sup>147</sup> SALOMONSOHN, S. 162; VON MAYR, S. 175.



Gleichzeitig wollte man damit auch den Bauherrn gegen allfällige Kostenüberschreitungen schützen<sup>148</sup>.

Dabei war vorgesehen, daß die unmittelbaren und mittelbaren Bauforderungen, die jeweils geleisteten Zahlungen sowie der Stand der zur Bezahlung der Baukosten verfügbaren Mittel in einem öffentlichen Register eingetragen würden<sup>149</sup>. Dieses sollte durch eine Amtsstelle geführt werden, wobei den entsprechenden Eintragungen öffentlicher Glaube in dem Sinne zukommen sollte, daß die Baugläubigereigenschaft von der erfolgten Registrierung abhängig gewesen wäre (= negative Rechtskraft)<sup>150</sup>.

Das Einsichtsrecht wollte man den unmittelbaren und mittelbaren Baugläubigern auf Verlangen zugestehen<sup>151</sup>.

Dieser Vorschlag wurde namentlich in Deutschland vertreten und fand auch in verschiedenen Entwürfen Eingang<sup>152</sup>; der darin enthaltene Grundgedanke entstammt allerdings dem amerikanischen Recht<sup>153</sup>.

## b) Würdigung

Die vorliegende Lösung ist auf den ersten Blick bestechend, weil sie dem Baugläubiger scheinbar die Möglichkeit eröffnet, sich über die Gesamtheit der Bauforderungen sowie über die zur Finanzierung erforderlichen Mittel ein zuverlässiges Bild zu machen. Soweit die registrierten Finanzierungsmittel tatsächlich vorhanden sind und ausschließlich für die Erstellung des Baues zur Verfügung gehalten werden, mag ein gewisser indirekter Schutz der Baugläubiger erreicht werden. Sind die registrierten Finanzierungsmittel dagegen nicht vorhanden oder werden sie zweckwidrig verwendet, so ist der Baugläubiger wiederum ungenügend geschützt. Der Vorschlag ist aber auch deshalb problematisch, weil er jedem einzelnen Baugläubiger die Möglichkeit gewährt, in die Preisgestaltung der übrigen Unternehmer Einblick zu nehmen<sup>154</sup>. Daß dies aus Konkurrenzgründen nicht wünschenswert ist, liegt auf der Hand. Darin läge jedenfalls ein Eingriff in die Privatsphäre des einzelnen Unternehmers<sup>155</sup>. Schließlich ist auch zu beachten, daß es einem kaufmännisch nicht versierten Handwerker wohl schwer fallen dürfte, sich aus der Gesamtheit der registrierten Verträge und Berechnungen ein

<sup>148</sup> SALOMONSOHN, S. 162; FREESE, S. 203; VON MAYR, S. 175.

<sup>149</sup> VON MAYR, S. 176; vgl. auch die detaillierte Umschreibung in § 2 BauFG, wo es allerdings um eine Buchführungs- und nicht um eine Offenlegungspflicht geht.

<sup>150</sup> VON MAYR, S. 177. Welches dagegen die Konsequenzen für nicht registrierte Forderungen gewesen wären, ist unklar. Der öffentliche Glaube der Registrierung könnte wohl nur dann einen vernünftigen Sinn erhalten, wenn den registrierten Forderungen gegenüber den nicht eingetragenen ein gewisses Vorrecht zukäme.

<sup>151</sup> VON MAYR, S. 176.

<sup>152</sup> Belege bei VON MAYR, S. 175 N. 40; FREESE, S. 180, 197; Deutscher Entwurf von 1901, § 7 (zit. bei VON MAYR, a.a.O.). – § 2 BauFG hat zwar Berührungspunkte zum geschilderten Vorschlag; er statuiert indessen lediglich eine öffentlich-rechtliche Buchführungspflicht, aber keinen offiziellen Registrierungszwang mit Bezug auf die Bauverträge mit Einsichtsrecht Dritter (vgl. OERTMANN, S. 424).

<sup>153</sup> SALOMONSOHN, S. 162; VON MAYR, S. 175.

<sup>154</sup> VON MAYR, S. 175 mit weiteren Belegen.

<sup>155</sup> VON MAYR, S. 176.

zuverlässiges Bild zu machen. Das sind die Hauptgründe, weshalb diese Lösung in Deutschland nicht Gesetz wurde und auch für die Schweiz abzulehnen ist. Der Einwand, dieses System hätte sich in den USA bewährt, ist deshalb zurückzuweisen, weil es dort nur einen Bestandteil eines umfassenderen Baugläubigerschutzes darstellt und daher nicht isoliert betrachtet werden darf<sup>156</sup>.

### 3. Konzessionierung des Baugewerbes

#### a) Vorgesehene Regelung

Ein Teil der Baugläubigerbewegung erblickte das Übel der Baugläubigernot in der Handels- und Gewerbefreiheit und forderte daher, daß das Baugewerbe konzessioniert werde. Die Protagonisten dieser Richtung waren der Ansicht, dadurch würde sichergestellt, daß Bauverträge nur noch mit soliden Bauherren abgeschlossen würden<sup>157</sup>.

#### b) Würdigung

Diese Regelung kann für die schweizerische Rechtsordnung, welche der Handels- und Gewerbefreiheit verpflichtet ist<sup>158</sup>, nicht ernsthaft in Erwägung gezogen werden. Sie liefe auf die Monopolisierung einer der wesentlichsten Wirtschaftszweige heraus, was völlig unvertretbar wäre. Dazu kommt, daß selbst bei einer Konzessionierung des Baugewerbes keine Gewähr dafür bestände, daß die Konzessionäre tatsächlich auch nur mit soliden Bauherren kontrahieren würden. Um dies zu erreichen, wäre, wie VON MAYR zu Recht bemerkte, auch die Konzessionierung der Bauherrentätigkeit notwendig, was außerhalb jeder Diskussion liegt<sup>159</sup>. Das vorgeschlagene Konzessionierungssystem wurde denn auch in der westlichen Hemisphäre nirgends verwirklicht.

### 4. Obligatorischer Fähigkeitsausweis für Bauhandwerker

#### a) Vorgesehene Regelung

In Deutschland war eine verbreitete Strömung zu verzeichnen, welche zur Bekämpfung des Bauschwindels die Einführung eines obligatorischen Fähigkeitsausweises (= Polizeierlaubnis) für das Baugewerbe forderte<sup>160</sup>.

#### b) Würdigung

Dieser Vorschlag muß entschieden abgelehnt werden. Mit einem Fähigkeitsausweis könnte höchstens sichergestellt werden, daß die Bauten in technischer Hinsicht einwandfrei erstellt würden. Zur Abwendung der Bauspekulation und

<sup>156</sup> Vgl. hinten, S. 61, 69 f.

<sup>157</sup> VON MAYR, S. 172; BÖTTGER, *Der Bauschwindel*, 1894, S. 45, 47.

<sup>158</sup> Art. 31 BV. Dazu FLEINER/GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich 1949, Nachdruck 1965, S. 274 ff.

<sup>159</sup> VON MAYR, S. 173.

<sup>160</sup> Nachweise bei EGGER, S. 108/109 N. 1.

des Bauschwindels sowie zum Schutz der Baugläubiger gegen Verluste wäre diese Lösung dagegen völlig untauglich<sup>161</sup>.

## II. Strafrechtlicher Baugläubigerschutz

### A. Vorschläge

Auch auf dem Gebiete des Strafrechtes waren Bestrebungen zur Bekämpfung des Bauschwindels und zum Schutze der Baugläubiger im Gange. Man hoffte, mit dem Erlaß besonderer Strafnormen im Hinblick auf deren generalpräventive Wirkungen die unerfreulichen Zustände im Baugewerbe beseitigen zu können. Die Reformbestrebungen wiesen dabei in zwei Richtungen: Einerseits wurde eine Erweiterung der *Wuchergesetzgebung* angestrebt und andererseits verlangte man die Statuierung von Straftatbeständen im Zusammenhang mit der *zweckwidrigen Verwendung des Baugeldes* sowie des *leichtsinnigen Konkurses*<sup>162</sup>.

### B. Würdigung

Den Postulaten zu einem strafrechtlichen Baugläubigerschutz wurde im großen und ganzen nirgends Folge geleistet. Der vorgeschlagene Ausbau der Wuchergesetzgebung wurde deshalb abgelehnt, weil er nach mehrheitlicher Ansicht zum vornherein wenig Aussicht auf Erfolg versprach. Eine Verschärfung der Bestimmungen über den leichtsinnigen Konkurs betrachtete man als wenig opportun, weil man damit den Bauschwindel in seiner Gesamterscheinung nicht treffen konnte. Einzig im deutschen Recht wurden Bestimmungen erlassen, welche bei zweckwidriger Verwendung von Baugeldern sowie bei Verletzung anderer damit im Zusammenhang stehender Verpflichtungen Strafe androhen<sup>163</sup>. Die praktische Bedeutung dieser Strafnormen scheint allerdings gering zu sein. Auch de lege ferenda drängt sich ein Ausbau der Strafgesetzgebung nicht auf.

<sup>161</sup> EGGER, S. 108.

<sup>162</sup> Dazu EGGER, S. 110 ff.; BOOS-JEGHER, S. 13; VON MAYR, S. 177 f.

<sup>163</sup> §§ 1–8 BauFG; BB 1980, S. 233.

*Zweiter Unterabschnitt:***Privatrechtlicher Baugläubigerschutz (Vollstreckungsschutz)****I. Überblick über die postulierten privatrechtlichen Schutzformen****A. Selbsthilfe***1. Vorgeschlagene Formen der Selbsthilfe*<sup>164</sup>.

Die Vertreter einer sehr liberalen Richtung waren der Auffassung, daß ein besonderer Schutz der Baugläubiger überhaupt nicht erforderlich sei. Diese hätten im Rahmen der Vertragsautonomie selber dafür zu sorgen, sich nur mit *solventen Bauherren* einzulassen und nötigenfalls *Sicherstellung des Werklohnes* zu verlangen<sup>165</sup>. Ferner verbliebe den Baugläubigern die Möglichkeit, sich zu *Schutzgenossenschaften* zusammenzuschließen. Diesen würde dann die Aufgabe obliegen, die Interessen des Baugläubigers gegenüber dem Schuldner in rechtlicher Hinsicht zu wahren und allfällige Verluste auszugleichen<sup>166</sup>. Die Schutzgenossenschaften hätten damit gleichzeitig die Funktion einer Kreditversicherung zu erfüllen. Schließlich könnten die Baugläubiger im Konkurs des Bauherrn allfällige *Baugeldhypothecken paulianisch anfechten*<sup>167</sup>. Damit seien sie auch im Verhältnis zu den grundpfandgesicherten Baugeldgebern genügend geschützt.

*2. Würdigung*

Alle diese Vorschläge müssen als Mittel für einen wirksamen Baugläubigerschutz als untauglich bezeichnet werden, da sie es im Grunde genommen bei der geltenden Ordnung bewenden lassen<sup>168</sup>. Der Hinweis auf die Vertragsfreiheit geht deshalb fehl,

<sup>164</sup> Eingehender Überblick bei VON MAYR, S. 166ff. mit zahlreichen Belegen.

<sup>165</sup> VON MAYR, S. 166; BOOS-JEGHER, S. 19.

<sup>166</sup> VON MAYR, S. 167, 169ff; MESCHELSOHN, S. 29.

<sup>167</sup> Vgl. VON MAYR, S. 171f.

<sup>168</sup> VON MAYR, S. 166; BOOS-JEGHER, S. 7, 19f.

weil der Baugläubiger in Zeiten des Konkurrenzdruckes faktisch gar nicht in der Lage ist, die Zahlungsfähigkeit des Bauherrn abzuklären und Sicherstellung zu verlangen. Dazu kommt, daß es oft praktisch sehr schwierig oder gar unmöglich ist, die finanziellen Verhältnisse eines Bauherrn zuverlässig zu ermitteln<sup>169</sup>. Auch die vorgeschlagenen Schutzgenossenschaften wären ungeeignet, den Bauschwindel zu verhindern und die Handwerker vor Verlusten zu schützen. Versicherungseinrichtungen können rein wirtschaftlich betrachtet dann nicht geschaffen werden, wenn zum voraus feststeht, daß bei jedem Versicherungsnehmer mit großer Wahrscheinlichkeit ein Schadenfall eintreten wird. Andernfalls müßten die Versicherungsprämien viel zu hoch angesetzt werden, was für den einzelnen Handwerker wiederum untragbar wäre<sup>170</sup>. Wollte man schließlich die Baugläubiger mit der eventuellen Möglichkeit der paulianischen Anfechtung von Baugeldhypotheken vertrösten, so hätten sie das entsprechende Prozeßrisiko allein zu tragen und den Prozeßgewinn mit andern Gläubigergruppen zu teilen. Darin ist aber kein spezieller Baugläubigerschutz zu erblicken.

## **B. Aufhebung der gesetzlichen Vorleistungspflicht des Bauhandwerkers**

### *1. Vorschlag*

Ein weiterer Vorschlag zielte darauf ab, die gesetzliche Vorleistungspflicht der Baugläubiger, die nach geltendem Recht dispositiver Natur ist, zu beseitigen, um die Baugläubiger vom Kreditierungszwang gegenüber dem Bauherrn zu befreien. Dafür sollte eine gesetzliche Vorleistungspflicht zwingenden Charakters des Bauherrn eingeführt werden<sup>171</sup>.

### *2. Würdigung*

Dieses Postulat muß auch aus heutiger Sicht als unwirksam qualifiziert werden. Der Zwang zur Kreditierung liegt im Wesen der

<sup>169</sup> BOOS-JEGHER, S. 19.

<sup>170</sup> VON MAYR, S. 169f. mit weiteren Belegen.

<sup>171</sup> VON MAYR, S. 179f.

Bautätigkeit und in den Verhältnissen des Baugewerbes begründet. Eine absolute Vorleistungspflicht des Bauherrn wäre praktisch gesehen undurchführbar, da sie aus Konkurrenzgründen kaum befolgt würde. Auch verstieße sie gegen berechnigte Interessen des redlichen Bauherrn. Dieser liefe Gefahr, bei Insolvenz des Baugläubigers seine Vorauszahlungen zu verlieren. Eine zwingende gesetzliche Vorleistungspflicht des Bauherrn würde sodann einen schwerwiegenden Eingriff in die Vertragsfreiheit darstellen, weshalb sie auch unter diesem Gesichtspunkt abzulehnen ist<sup>172</sup>.

### C. Eigentumsvorbehalt

#### 1. Vorschlag

Nach dem geltenden Recht ist die Bestellung eines Eigentumsvorbehaltes am verbauten Material wegen den zwingenden Folgen des Akzessionsprinzips ausgeschlossen<sup>173</sup>. Angesichts dieser Rechtslage wurde erwogen, ob man zugunsten der Bauhandwerker das Akzessionsprinzip durchbrechen und die Bestellung eines Eigentumsvorbehalts zulassen wolle<sup>174</sup>. Dabei wurden zwei Varianten zur Diskussion gestellt:

a) Der Baugläubiger behält zwar das Eigentum am verbauten Material, darf dieses aber nicht abtrennen. Dagegen wird ihm aus dem Verwertungserlös der Liegenschaft ein dem Wert des verbauten Materials entsprechender *Betrag* zugewiesen. Diese Variante hätte zur Folge, daß auf dem Baugrundstück eine unübersehbare Anzahl von Eigentumsvorbehalten lasten würde, was den Hypothekarkredit auf's schwerste beeinträchtigen könnte<sup>175</sup>.

b) Daneben wurden auch Vorschläge erwogen, die noch einen Schritt weiter gingen, indem sie dem Baugläubiger aufgrund seines Eigentumsvorbehaltes das Recht einräumen wollten, das verbaute Material durch Abtrennung zu *vindizieren*<sup>176</sup>.

<sup>172</sup> VON MAYR, S. 179f.; HEINITZ, DJZ 1898, S. 303.

<sup>173</sup> Vorn, S. 29.

<sup>174</sup> VON MAYR, S. 180f.; KRÜCKMANN, Wesentlicher Bestandteil und Eigentumsvorbehalt, 1906, S. 40, 42.

<sup>175</sup> VON MAYR, S. 180f.

<sup>176</sup> VON MAYR, S. 181. Zum ganzen vgl. VON MAYR, S. 180f.; HARNIER, DJZ 1906, S. 1120; KRÜCKMANN, zit. N. 174, S. 65f.



## 2. Würdigung

Die beiden Eigentumsvorbehaltsmodelle wurden in keiner Rechtsordnung verwirklicht. Sie stellen Verlegenheitslösungen dar, welche sich ohne Gewalt nicht in unser Sachenrechtssystem einfügen ließen. Die Variante 1 a) läßt sich besser und einfacher über einen pfandrechtlichen Schutz verwirklichen; die Variante 1 b) führt unnötigerweise zur Zerstörung von Werten und steht vom Ergebnis her gesehen weder im Interesse des Baugläubigers noch des Grundeigentümers. Schließlich ließen sich mit dem Eigentumsvorbehaltsmodell jene Bauleistungen nicht sicherstellen, welche in der Lieferung bloßer Arbeit bestehen<sup>177</sup>.

## D. Persönliche Haftung des Grundeigentümers für alle Bauforderungen

### 1. Vorschlag

Dieser Vorschlag zielte darauf ab, den Grundeigentümer<sup>178</sup> durch gesetzlichen Schuldbeitritt für sämtliche Forderungen der unmittelbaren und mittelbaren Baugläubiger persönlich haftbar zu machen<sup>179</sup>. Dies wurde indessen nirgends verwirklicht<sup>180</sup>.

### 2. Würdigung

a) Eine unbeschränkte persönliche Haftung des Grundeigentümers für die Forderungen sämtlicher Baugläubiger ist teils zu weit, teils zu eng<sup>181</sup>. Zu weit geht sie namentlich dann, wenn der Grundeigentümer für Forderungen von Subunternehmern entstehen müßte, welche er gegenüber seinem Vertragspartner bereits erfüllt hat. Unzureichend ist die allgemeine persönliche Haftung des Grundeigentümers aber dann, wenn die Baugläubi-

<sup>177</sup> Zum ganzen vgl. VON MAYR, S.180; HARNIER, DJZ 1906, S.1120; KRÜCKMANN, zit. N.174, S.65f.

<sup>178</sup> Eventuell auch den Baustellenhändler und den Baugeldgeber, dazu FREESE, S.176; SCHULTZ, DJZ 1898, S.137f.; VON MAYR, S.215.

<sup>179</sup> Vgl. EGGER, S.117; VON MAYR, S.214.

<sup>180</sup> Allerdings kannte der frühere italienische Codice civile in art.1645 eine ähnliche Bestimmung.

<sup>181</sup> Vgl. EGGER, S.120.



ger an einen Bauherrn verwiesen werden, welcher insolvent ist<sup>182</sup>. Die vorgeschlagene Haftungsordnung erweist sich somit sowohl aus der Sicht des Baugläubigers als auch aus jener des Grundeigentümers als unzulänglich.

b) Die *action directe des französischen Rechts* beruht auf ganz anderen Grundlagen als der unter Ziff.1 beschriebene Vorschlag. Gemäß art.1798 Code civil können die Bauhandwerker ihre Ansprüche auch dann gegenüber dem Grundeigentümer geltend machen, wenn sie mit diesem nicht in einem direkten Vertragsverhältnis stehen. Die Haftung des Grundeigentümers beschränkt sich aber auf jenen Betrag, welcher dieser dem unmittelbaren Baugläubiger im Zeitpunkt der Klageerhebung noch schuldet<sup>183</sup>. Dieser Durchgriff wird als *actio directa* bezeichnet. Dabei ist aber hervorzuheben, daß der Subunternehmer nicht seine eigene Forderung, sondern jene des unmittelbaren Baugläubigers geltend macht<sup>184</sup>. In dieser Beziehung wird ein gesetzlicher Forderungsübergang zahlungshalber auf den Subunternehmer angenommen<sup>185</sup>. Die *actio directa* steht den Arbeitern, Bauhandwerkern sowie den sonst bei der Herstellung eines Werkes beschäftigten Personen zu<sup>186</sup>. Im Gegensatz zu der unter Ziff.1 postulierten Lösung kann der Grundeigentümer als Bauherr nicht für mehr in Anspruch genommen werden, als er aufgrund des von ihm abgeschlossenen Werkvertrages gegenüber den unmittelbaren Baugläubigern schuldet. Diese Lösung hat Berührungspunkte mit dem später darzustellenden New Yorker-System<sup>187</sup>.

## E. Baugläubigerpfandrecht

Vgl. dazu unten, S.49 ff.

<sup>182</sup> Vgl. EGGER, S.120; FRANCKE, Für die Bauforderungen, 1908, S.55; VON MAYR, S.214f.; SOLMSEN/HAUDEK, S.370.

<sup>183</sup> PLANIOL/RIPERT/BECQUE, XII, Nr.659; SOLMSEN/HAUDEK, S.370.

<sup>184</sup> SOLMSEN/HAUDEK, S.370; FERID, I, S.543; PLANIOL/RIPERT/BOULANGER, II, Nrn. 1390 ff.

<sup>185</sup> FERID, I, S.189.

<sup>186</sup> FERID, I, S.543.

<sup>187</sup> Dazu hinten, S.69f.

## II. Baugläubigerpfandrecht als wichtigste Schutzform

### A. Allgemeines

Das Baugläubigerpfandrecht (= Bauhandwerkerpfandrecht, Bauhandwerkersicherungshypothek, Bauhypothek) stellt von seiner Bedeutung und Wirksamkeit her gesehen die *wichtigste und beste Schutzform* zugunsten der Baugläubiger dar<sup>188</sup>. In ganz unterschiedlicher Ausgestaltung finden wir dieses Sicherungsinstitut in verschiedenen Rechtsordnungen vor<sup>189</sup>. Im folgenden wird zunächst die dem Baugläubigerpfandrecht zugrunde liegende Interessenlage eruiert<sup>190</sup>. Sodann werden die verschiedenen Modelle der Baugläubigerhypothek resümiert, wobei gleich darauf abgeklärt wird, in welchen Rechtsordnungen die entsprechenden Modelle ihre Verwirklichung erfahren haben<sup>191</sup>. Abschließend wird geprüft, wer zur Geltendmachung der Baugläubigerhypothek legitimiert ist, gegen wen sich der entsprechende Anspruch richtet und welche Grundstücke Pfandobjekt bilden.

### B. Interessenlage

#### 1. Baugläubiger

Daß der Baugläubiger an der dinglichen Sicherstellung seiner Forderung das Hauptinteresse hat, steht außer Diskussion. Dafür können folgende Rechtfertigungsgründe namhaft gemacht werden:

##### a) Versionsgedanke<sup>192</sup>

Durch die Leistungen des Bauhandwerkers erfährt das Baugrundstück eine *Wertsteigerung*<sup>193</sup>. Da es dem Baugläubiger

<sup>188</sup> SOLMSEN/HAUDEK, S.370; EGGER, S.70ff.; VON MAYR, S.181ff.; KARRER, S.94ff.

<sup>189</sup> Vgl. dazu die Übersicht vorn, S.24ff.

<sup>190</sup> Nachstehend sub B, S.49ff.

<sup>191</sup> S.55ff.

<sup>192</sup> Zum Versionsprinzip vgl. EGGER, S.125ff., 27, 72; VON MAYR, S.132, 137, 139, 152, 181; SOLMSEN/HAUDEK, S.369; HEDEMANN, S.271; KARRER, S.18, 89ff.; TUOR/SCHNYDER, S.652; HUBER, StenBullNR 1906, S.646f.

<sup>193</sup> GROSS, S.7; SCHUMACHER, Nr.6.

nicht möglich ist, am verbauten Material einen Eigentumsvorbehalt zu bestellen, erleidet er mit der Verbauung einen zwingenden Rechtsverlust *ex lege*<sup>194</sup>. Der Grundeigentümer ist somit im Verhältnis zum Baugläubiger solange bereichert, als dieser für seine Leistungen nicht entschädigt ist<sup>195</sup>. Ausgehend von der gemeinrechtlichen *actio de in rem verso utilis* wurde daher postuliert, daß für Bauforderungen derjenige haften soll, welcher durch den Bau unmittelbar bereichert ist. Indessen war man sich bewußt, daß ein bloß kondiktorischer Verwendungsanspruch unzureichend wäre und in vielen Fällen mangels Vorliegens aller Voraussetzungen nicht einmal bestehen würde<sup>196</sup>. Aus diesem Grunde wurde unter Hinweis auf entsprechende römischrechtliche und partikularrechtliche Ansatzpunkte verlangt, es sei dem Baugläubiger – ohne Rücksicht auf eine allfällige Kondiktionsklage – ein direkter dinglicher Anspruch auf den von ihm geschaffenen Mehrwert am betreffenden Grundstück zuzuerkennen<sup>197</sup>. Durch die Einführung einer Baugläubigerhypothek sollte dieses Ziel erreicht werden. Das Baugläubigerpfandrecht stellt somit ein Korrektiv für die zwingenden Folgen des Akzessionsprinzips dar<sup>198</sup>.

Der Versionsgedanke wird zu Recht fast einhellig als wichtigster Rechtfertigungsgrund der Baugläubigerhypothek anerkannt<sup>199</sup>.

#### b) Rechtliche Gleichstellung des Baugläubigers mit dem Hersteller eines beweglichen Werkes

Der Unternehmer, welcher ein bewegliches Werk herstellt, kann sich an diesem bis zur Bezahlung des Werkpreises einen Eigentumsvorbehalt einräumen lassen<sup>200</sup>. Diese Möglichkeit ist dem Baugläubiger wegen den zwingenden Folgen des Akzes-

<sup>194</sup> Vorn, S. 29.

<sup>195</sup> Obligationenrechtlich geht es um das Problem der sogen. Versions- bzw. Verbindungskondiktion; vgl. dazu VON TUHR/PETER, OR I, S. 517; ANDREAS VON TUHR, *Actio de in rem verso*, Freiburg i.B. und Leipzig 1895; B. KUPISCH, *Die Versionsklage*, Heidelberg 1965, S. 40 ff.

<sup>196</sup> Wenn z. B. der Grundeigentümer als Bauherr seinen direkten Vertragspartner bezahlt hat, dieser aber seinem Unterakkordanten den Werklohn noch schuldig ist, kann von einer ungerechtfertigten Bereicherung des Grundeigentümers keine Rede sein. Vgl. VON TUHR/PETER, OR I, S. 517; KUPISCH, zit. N. 195, S. 40 ff.

<sup>197</sup> EGGER, S. 117 ff.; VON MAYR, S. 181 ff.

<sup>198</sup> MEIER-HAYOZ, Art. 642 N. 58.

<sup>199</sup> Vgl. die unter N. 192 zit. Autoren.

<sup>200</sup> Art. 715 ZGB; dazu HAAB/SCHERRER, Art. 715/716 N. 43; BGE 40 II 112.

sionsprinzips versagt<sup>201</sup>. Auch der Unternehmer, der ein bewegliches Werk bloß repariert, ist von Gesetzes wegen dinglich gesichert. Bis zur Bezahlung des Werkpreises kann er an der ausgebesserten Sache das Retentionsrecht ausüben<sup>202</sup>. Auch diese Möglichkeit ist dem Baugläubiger aus den erwähnten Gründen verbaut. Es ist nicht einzusehen, weshalb der Unternehmer, welcher ein unbewegliches Werk herstellt oder verbessert, schlechter gestellt sein soll als derjenige, dessen Leistungen sich auf eine Fahrnis beziehen. Eine unterschiedliche Behandlung ist aufgrund der Parallelität der Interessenlage und der Gleichartigkeit des Sachverhaltes nicht gerechtfertigt. Eine dingliche Sicherstellungsmöglichkeit zugunsten des Baugläubigers drängt sich daher auch unter diesem Gesichtspunkt auf.

### c) Sozial-ethische Rechtfertigung

Auch sozial-ethische Erwägungen wurden als Rechtfertigungsgründe für die Einführung einer Baugläubigerhypothek angeführt<sup>203</sup>. So wurde geltend gemacht, daß «die Unlauterkeit und Unsittlichkeit des Treibens der Bauspekulanten, die bewußte Ausbeutung anderer durch Mißbrauch des Rechts unter äußerer Wahrung seiner Formen»<sup>204</sup> einen dinglichen Schutz des Baugläubigers an dem von ihm geschaffenen Mehrwert aufdrängten.

## 2. Grundeigentümer

a) Von der Interessenlage her gesehen richtet sich die Baugläubigerhypothek in erster Linie gegen die Interessen des Grundeigentümers. Zwischen diesem und dem Baugläubiger besteht ein offener *Interessengegensatz*.

b) Die Baugläubigerhypothek als *gesetzliches Pfandrecht* charakterisiert sich als *privatrechtliche Eigentumsbeschränkung*<sup>205</sup>. Es stellt sich daher die verfassungsrechtliche Frage, ob sie gegen die Grundsätze der *Eigentumsgarantie* verstößt. Nach schweizeri-

<sup>201</sup> Vorn, S. 29.

<sup>202</sup> Art. 895 ZGB. Dazu OFTINGER/BÄR, Art. 895 N. 87, 94 mit weiteren Belegen.

<sup>203</sup> EGGER, S. 125.

<sup>204</sup> So SCHULTZ (zit. bei EGGER, S. 125).

<sup>205</sup> Dazu MEIER-HAYOZ, Art. 680 N. 8 ff. mit weiteren Belegen; LIVER, ZBJV 1962, S. 230, 234.

scher Rechtsauffassung sind gesetzliche Pfandrechte unter diesem Gesichtspunkt dann zulässig, wenn ein *dringendes Schutzbedürfnis* gegeben ist und zwischen der gesicherten Forderung und dem Grundstück ein *innerer Zusammenhang* besteht<sup>206</sup>. Da diese Voraussetzungen erfüllt sind, kann von einer ernsthaften Gefährdung der Eigentumsgarantie grundsätzlich nicht gesprochen werden. Dies zumindest dann nicht, wenn der Grundeigentümer persönlicher Schuldner der gesicherten Forderung ist.

c) *Besondere Probleme* mit Bezug auf die Rechtsstellung des Eigentümers des Baugrundstückes stellen sich dann, wenn dieses auch noch mit Baugläubigerpfandrechten zugunsten von *Unterakkordanten* belastet werden kann, obwohl der Grundeigentümer seinen Verpflichtungen gegenüber seinen direkten Vertragspartnern gehörig nachgekommen ist. Eine derartige Belastungsmöglichkeit stellt einen sehr schweren Eingriff in das Eigentum dar und kann für den Grundeigentümer nicht nur eine Doppelzahlungspflicht auslösen, sondern – sofern es zur Pfandverwertung kommt – sogar zum Eigentumsverlust führen. Daß dies unbefriedigend ist, liegt auf der Hand. Diese durchaus stoßende Rechtslage haben wir im schweizerischen Recht. Bei der Kritik der schweizerischen Baugläubigergesetzgebung wird dieser Punkt auf seine Revisionsbedürftigkeit hin besonders behandelt<sup>207</sup>. Wie die nachfolgenden Modelle von Baugläubigerhypotheken zeigen, sollte es Wege und Möglichkeiten geben, diesen unbefriedigenden Zustand durch Änderung der Gesetzgebung zu beseitigen.

### 3. Erwerber dinglicher Rechte am Baugrundstück

#### a) Vertragliche Grundpfandgläubiger

Prinzipielle Bedenken gegen die Baugläubigerhypothek aus der Sicht der vertraglichen Grundpfandgläubiger erheben sich nur dann, wenn das gesetzliche Pfandrecht allen andern Grundpfandrechten im Range vorgeht und ohne Eintragung im Grundbuch entsteht<sup>208</sup>. Das Grundbuch erbrächte bei einer solchen Regelung keine zuverlässige Auskunft mehr über den Bestand dinglicher Rechte<sup>209</sup>. Man müßte – ähnlich wie im gemeinen und

<sup>206</sup> ZOBL, Syst. Teil N.473 ff.; BGE 100 Ia 354 f.

<sup>207</sup> Vgl. hinten, S. 107 ff.

<sup>208</sup> VON MAYR, S. 188; EGGER, S. 72.

<sup>209</sup> VON MAYR, S. 188; EGGER, S. 72.

römischen Recht – mit dem Bestand von Hypotheken rechnen, welche aus dem Grundbuch nicht ersichtlich wären<sup>210</sup>. Dadurch würde aber der Realkredit stark erschüttert<sup>211</sup>. Das *Öffentlichkeitsprinzip* des Grundbuches sowie das *Eintragungsprinzip* würden folglich zur reinen Farce degradiert<sup>212</sup>, wodurch die Rechts- und Verkehrssicherheit schwer beeinträchtigt würden. Alle diese Bedenken sind indessen dann nicht begründet, wenn die Bauhypothek in ihrer Ausgestaltung einen festen Rang nach Maßgabe des Zeitpunktes der Eintragung ins Grundbuch erhält und sich materiell auf den durch die Bauhandwerker geschaffenen Mehrwert beschränkt. Auf den Wert der unüberbauten Parzelle haben die Baugläubiger selbstverständlich keinen präferenziellen Anspruch<sup>213</sup>. Durch geeignete Vorkehren kann auch ein vernünftiger Interessenausgleich zwischen Grundpfandgläubigern und Bauhandwerkern für den Fall gefunden werden, daß das Grundstück zum Nachteil der Bauhandwerker überbelastet worden ist, ohne daß dadurch grundlegende Prinzipien des Grundbuchrechtes verletzt und illusorisch gemacht werden müßten<sup>214</sup>.

b) Erwerber des Eigentums oder beschränkter dinglicher Rechte

Ähnliche Probleme, wie sie unter lit. a) erwähnt worden sind, stellen sich auch für Personen, die vor erfolgter Eintragung von Baugläubigerpfandrechten dingliche Rechte (Eigentum, Dienstbarkeiten, Grundlasten) am Baugrundstück erworben haben. Von besonderer Tragweite ist die Frage, ob das Baugläubigerpfandrecht auch gegenüber einem gutgläubigen Grundstückserwerber durchgesetzt werden können soll; sie wird unterschiedlich beurteilt<sup>215</sup>.

<sup>210</sup> Zu den römischrechtlichen Generalhypotheken vgl. ZOBL, Syst. Teil N. 70, 92, 467, 508 ff.; VON MAYR, S. 188. Ähnliche Schwächen hatte das französische Immobiliarsachenrecht vor der Reform von 1955, indem eine große Anzahl nicht erkennbarer Hypotheken bestand (FERID, II, S. 949 ff.).

<sup>211</sup> FERID, II, S. 949 ff.; VON MAYR, S. 188; EGGER, S. 73.

<sup>212</sup> VON MAYR, S. 188; EGGER, S. 72, 93 f. Es ist zu beachten, daß das Öffentlichkeits- und Eintragungsprinzip den Realkredit ungemein gefördert haben.

<sup>213</sup> EGGER, S. 72.

<sup>214</sup> VON MAYR, S. 190 ff.; EGGER, S. 76 ff., 94. In diesem Zusammenhang sei vorweg auf die ausgewogene Lösung des schweizerischen Rechtes in Art. 841 ZGB verwiesen. Dazu hinten, S. 168 ff.

<sup>215</sup> Vgl. hinten, S. 70 f., 78.



#### *4. Kurrentgläubiger*

##### *a) Kurrentgläubiger des Grundeigentümers*

Da die Baugläubigerhypothek ein Privileg zugunsten der Baugläubiger darstellt, genießen diese im Gegensatz zu den Kurrentgläubigern des Grundeigentümers eine Vorzugsstellung. Daß zwischen diesen beiden Gläubigergruppen somit ein Interessengegensatz besteht, liegt auf der Hand. Was nämlich den Baugläubigern vorzugsweise zugute kommt, entgeht den nichtgesicherten Gläubigern. Dieser Interessengegensatz bedarf aber, wie jeder andere, einer Entscheidung durch den Gesetzgeber. Zieht man in Betracht, daß sich das Vorrecht des Baugläubigers in erster Linie auf den von ihm geschaffenen Mehrwert beschränkt, so erscheint das Interesse des Baugläubigers an einem Vorrecht als gerechtfertigt, stellt doch dieses das Äquivalent zu den von ihm erbrachten Leistungen dar (Versionsgedanken).

##### *b) Kurrentgläubiger des Bauhandwerkers*

Aus dem Blickwinkel der Kurrentgläubiger des Bauhandwerkers kann die Baugläubigerhypothek nur begrüßt werden, da sie die Solvenz des Bauhandwerkers wesentlich verstärkt.

#### *5. Öffentlichkeit*

Die Öffentlichkeit ist an der Baugläubigerhypothek insoweit interessiert, als diese für die Erhaltung der Bauwirtschaft als eines tragenden Wirtschaftszweiges notwendig ist. Da die Baugläubigerhypothek des weitern als Waffe gegen die Bodenspekulation betrachtet werden kann<sup>216</sup>, besteht an deren Institutionalisierung ebenfalls ein öffentliches Interesse.

#### *6. Würdigung*

Wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, besteht ein Interessengegensatz zwischen dem Baugläubiger einerseits und dem Grundeigentümer sowie den vertraglichen Grundpfandgläubigern und dem gutgläubigen Grundstückserwerber andererseits. Zu wessen Gunsten dieser Interessengegensatz zu entscheiden ist, ist eine Wertungsfrage, welche letztlich nach politischen Ge-

<sup>216</sup> Dazu vorn, S. 38.



sichtspunkten beurteilt wird. Der schweizerische sowie verschiedene ausländische Gesetzgeber haben – in allerdings unterschiedlicher Ausprägung – ihre Entscheidung zugunsten des Bauhandwerkers getroffen; dies ist auch aus heutiger Sicht richtig, kam doch gerade unserem Bauhandwerkerpfandrecht in den vergangenen siebziger Jahren eine hervorragende Bedeutung zu. Viele Baubetriebe vermochten während der erwähnten Rezessionsphase u.a. dank dieses Sicherungsinstitutes zu überleben, womit es seine generelle Berechtigung unter Beweis gestellt hat<sup>217</sup>. Allein diese positive Wertung schließt nicht aus, nach der Ausgewogenheit der getroffenen Lösung zu fragen und nötigenfalls Verbesserungsvorschläge zu postulieren.

## C. Ausgestaltungsformen des Baugläubigerpfandrechtes

### 1. Baugläubigerpfandrecht als Konkursprivileg

#### a) Vorschlag

Sowohl in Deutschland als auch in der Schweiz wurden Stimmen laut, welche das Vorrecht der Baugläubiger mit dem Erlaß von pfandrechtsähnlichen Konkursprivilegien verwirklichen wollten<sup>218</sup>. Dabei hatte man aber nicht ein gewöhnliches, sondern ein *Konkursprivileg spezieller Art* in den Augen. Bei der Verwertung des Baugrundstückes sollte der Baugläubiger aufgrund seines Vorrechtes vor den Hypothekargläubigern aus dem Erlös befriedigt werden<sup>219</sup>. Dies steht im Gegensatz zur heutigen Ordnung der Konkursprivilegien, welche den pfandgesicherten Forderungen nachgehen<sup>220</sup>. In der Schweiz war es vor allem der Grütliverein, welcher die Einführung eines derartigen Vorrechtes forderte<sup>221</sup>.

<sup>217</sup> Vgl. SCHUMACHER, Nr.3; TUOR/SCHNYDER, S.652; DREHER, S.5; vgl. auch PETER-RUETSCHI, Stockwerkeigentum 1978, S.71.

<sup>218</sup> Nachweise bei EGGER, S.75; VON MAYR, S.181 ff.

<sup>219</sup> EGGER, S.75; VON MAYR, S.183.

<sup>220</sup> Art.219 I SchKG. Ein solches Vorrecht würde aber den Interessen der Baugläubiger nicht genügen, da im Konkurs des «Bauschwindlers» sehr oft keine frei verfügbaren Aktiven mehr vorhanden sind (vgl. VON MAYR, S.183).

<sup>221</sup> EGGER, S.75.

## b) Würdigung

Dieser mit Konkursprivileg etikettierte Vorschlag liefe im Ergebnis auf ein unmittelbares gesetzliches Pfandrecht hinaus, da es sämtlichen rechtsgeschäftlich errichteten Hypotheken vorgehen sollte<sup>222</sup>. Beschränkt man das Privileg nicht bloß auf das Baugrundstück, sondern dehnt man es auf das gesamte Vermögen des Grundeigentümers aus, so hat man eine Sicherungsform vor sich, welche der gemeinrechtlichen Generalhypothek nahekommt<sup>223</sup>. Dadurch würden aber die Grundbuchprinzipien (Publizitäts- und Eintragungsprinzip) und damit die Interessen der Grundpfandgläubiger unverhältnismäßig stark beeinträchtigt<sup>224</sup>. Zu Recht haben daher der schweizerische und der deutsche Gesetzgeber bewußt davon abgesehen, dieses systemfremde Postulat in die Gesetzgebung aufzunehmen.

## 2. Unmittelbares gesetzliches Pfandrecht mit Vorrecht vor allen Grundpfandrechten

## a) Vorschlag

Vor allem DERNBURG<sup>225</sup> und STOLP<sup>226</sup> forderten, daß den Bauhandwerkern ein unmittelbares gesetzliches Pfandrecht am Baugrundstück zugestanden werde, welches gegenüber sämtlichen rechtsgeschäftlichen Hypotheken unbedingten Vorrang haben sollte. Während DERNBURG das gesetzliche Pfandrecht außergrundbuchlich entstehen und fortbestehen lassen wollte, verlangte STOLP – aus Pulizitätsgründen – nicht zur Entstehung, aber zur Aufrechterhaltung des gesetzlichen Pfandrechtes die Eintragung im Grundbuch innert bestimmter Frist<sup>227</sup>.

## b) Würdigung

Während diese Vorschläge ursprünglich am meisten Anhänger verzeichnen konnten, verloren sie aus den folgenden Gründen nach und nach an Bedeutung<sup>228</sup>. Ein unmittelbares, sämtlichen

<sup>222</sup> Vgl. VON MAYR, S. 183.

<sup>223</sup> Vgl. vorn, S. 53; VON MAYR, S. 188.

<sup>224</sup> Das Grundbuch würde insbes. für gewerbsmäßige Hypothekargläubiger keine zuverlässige Grundlage mehr darstellen. Vgl. EGGER, S. 75; VON MAYR, S. 185.

<sup>225</sup> Belege bei EGGER, S. 71 N. 1/2; VON MAYR, S. 188 N. 91; s. auch FREESE, S. 112 ff.

<sup>226</sup> Belege bei EGGER, S. 71 N. 3; VON MAYR, S. 188 N. 91.

<sup>227</sup> EGGER, S. 71 f.

<sup>228</sup> EGGER, S. 70, 72.

bestehenden Belastungen vorgehendes Pfandrecht wurde als *Verstoß gegen grundlegende Grundbuchprinzipien* (Eintragungs- und Publizitätsprinzip) sowie gegen *berechtigte Interessen der Grundpfandgläubiger* betrachtet<sup>229</sup>. Man befürchtete, daß dadurch der Realkredit im allgemeinen und der Baukredit im speziellen wesentlich beeinträchtigt würden, was weitere unliebsame wirtschaftliche Konsequenzen (Lähmung der Bautätigkeit) zur Folge gehabt hätte<sup>230</sup>. Zu Recht wurde daher dieses Postulat weder in Deutschland noch in der Schweiz verwirklicht.

### 3. Mittelbares gesetzliches Pfandrecht ohne Rangprivileg

#### a) Begriff und Wesen. Vorschlag

Mittelbare gesetzliche Pfandrechte sind dadurch gekennzeichnet, daß sie nicht von Gesetzes wegen entstehen, sondern daß dieses dem Baugläubiger lediglich einen obligatorischen oder realobligatorischen Anspruch auf Errichtung des Pfandrechtes zugesteht. Dieses entsteht demnach erst mit der Eintragung in das Grundbuch<sup>231</sup>. Das Gesetz stellt den Rechtsgrund des so errichteten Pfandrechtes dar<sup>232</sup>.

Ist das mittelbare gesetzliche Pfandrecht mit keinem Rangprivileg ausgestattet, so richtet sich sein Rang nach dem Zeitpunkt der Eintragung im Grundbuch<sup>233</sup>. Für den Zeitpunkt, wann diese verlangt werden kann, wurden folgende Lösungen erwogen:

- Die Eintragung kann schon nach Abschluß des Werkvertrags und vor Beginn (der Bauarbeiten für die gesamte Werkvertragssumme verlangt werden<sup>234</sup>).
- Die Eintragung kann nur im Rahmen der jeweils effektiv geleisteten Bauarbeiten begehrt werden<sup>235</sup>.
- Der Eintragungsanspruch entsteht erst mit Abschluß sämtlicher Bauarbeiten<sup>236</sup>.

<sup>229</sup> EGGER, S. 72 f.; VON MAYR, S. 188; s. auch vorn, S. 52 f.

<sup>230</sup> EGGER, S. 72 f.; VON MAYR, S. 188 f.

<sup>231</sup> MEIER-HAYOZ, Syst. Teil N. 341; LIVER, SPR V/1, S. 197 f.; DERSELBE, Einleitung zum DBK N. 86 ff.; Art. 740 N. 20 ff.; DESCHENAUX, ZBGR 1957, S. 321 ff.; VON MAYR, S. 185.

<sup>232</sup> ZOBL, Syst. Teil N. 458.

<sup>233</sup> Diese Rechtsfolge ist ein Ausfluß des Prinzips der Alterspriorität, dazu MEIER-HAYOZ, Syst. Teil N. 95 ff.; LIVER, Einleitung zum DBK N. 35 ff.; OFTINGER/BÄR, Art. 893 N. 11 ff.; REY, Syst. Teil N. 239 ff.; ZOBL, Syst. Teil N. 301 ff.

<sup>234</sup> So die schweizerische Lösung (Art. 839 ZGB).

<sup>235</sup> So die deutsche Lösung (§ 648 BGB).

<sup>236</sup> Vgl. VON MAYR, S. 186.

Ein mittelbares gesetzliches Pfandrecht ohne jedes Rangprivileg kennt das geltende *deutsche Recht*<sup>237</sup>.

b) Sicherungshypothek des Bauunternehmers gemäß § 648 BGB

Ähnlich wie im früheren preußischen Recht steht dem Baugläubiger gemäß § 648 BGB lediglich ein *obligatorischer Anspruch* auf Eintragung einer Sicherungshypothek zu<sup>238</sup>. Dieser kann aber jeweils nur für Bauleistungen geltend gemacht werden, die effektiv erbracht worden sind. Zwar ist die Sicherung des Eintragsanspruches durch Vormerkung einer einstweiligen Verfügung zulässig<sup>239</sup>; eine solche kann aber ebenfalls nur im Rahmen der erfolgten Vollendung des Bauwerkes erwirkt werden<sup>240</sup>.

Der Anspruch auf Errichtung der Baugläubigerhypothek kann durch individualvertragliche Vereinbarung wirksam ausgeschlossen werden, weil § 648 BGB *dispositiver Natur* ist<sup>241</sup>.

c) Würdigung

Einer der *Hauptnachteile* der skizzierten Lösung liegt darin, daß die Eintragung der Sicherungshypothek erst dann verlangt werden kann, wenn das Werk ganz oder teilweise ausgeführt ist<sup>242</sup>. Zwischen dem Abschluß des Bauvertrages und der Vollendung des Werkes kann das Baugrundstück zum Nachteil der Baugläubiger aber ohne weiteres mit vertraglichen Hypotheken belastet werden<sup>242</sup>. Die Eintragung der Bauhypothek erfolgt dann oft zu spät, weil die in der Zwischenzeit eingetragenen rechtsgeschäftlichen Grundpfandrechte der Bausicherungshypothek im Range vorgehen<sup>242</sup>. Dies wird als der schwerwiegendste Nachteil der geltenden gesetzlichen Regelung in Deutschland empfunden<sup>242</sup>. Aus diesem Grunde fordern neuere Autoren, es sei den Baugläubigern *de lege ferenda* – analog der schweizerischen Ordnung, Art. 839 I ZGB – das Recht einzuräumen, bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses durch Erwirkung einer Vormerkung ihr Pfandrecht zu sichern<sup>242</sup>.

<sup>237</sup> Dazu sogleich sub lit. b.

<sup>238</sup> Eingehend hiezu die Kommentare von SOERGEL/BALLERSTEDT und STAUDINGER/RIEDEL, je Bem. zu § 648 BGB; GROSS passim; VON MAYR, S. 185; WILHELM, NJW 1975, S. 2322; SCHMALZL, MDR 1968, S. 14; HINNEBERG, BB 1955, S. 660; LÜDTKE-HANDJERY, Betrieb 1972, S. 2193 ff.

<sup>239</sup> GROSS, S. 7, 87 ff.

<sup>240</sup> GROSS, S. 90 ff.

<sup>241</sup> STAUDINGER/RIEDEL, § 648 BGB N. 16; GROSS, S. 8 ff.

<sup>242</sup> GROSS, S. 106.

Weiter wird der dispositive Charakter von § 648 BGB bemängelt<sup>242</sup>. Es kommt in der Praxis häufig vor, daß der Baugläubiger – aus Gründen des Konkurrenzdruckes – auf seinen Pfandrechts-titel zum voraus verzichten muß<sup>243</sup>. GROSS fordert daher, daß de lege ferenda ein vertraglicher Verzicht auf den Pfandrechts-titel nur gegen angemessene Sicherheitsleistung zulässig sein soll<sup>244</sup>.

#### 4. Mittelbares gesetzliches Pfandrecht mit Rangprivileg

##### a) Vorschlag

Wie im vorangehenden Falle Ziff. 3 oben steht dem Baugläubiger lediglich ein *obligatorischer oder realobligatorischer Anspruch* auf Eintragung einer Baugläubigerhypothek zu. Im Unterschied dazu hat aber der Berechtigte ein *Rangprivileg* gegenüber den Grundpfandgläubigern, wobei dieses von Rechtsordnung zu Rechtsordnung verschieden ausgestaltet sein kann. Im großen und ganzen zielen die darzulegenden Lösungen – unter Bezugnahme auf den Versionsgedanken –<sup>245</sup> darauf ab, den Baugläubiger an dem von ihm geschaffenen Mehrwert vorzugsweise partizipieren zu lassen<sup>246</sup>. Das Rangprivileg ist daher mehr materieller als formeller Natur. Wie dies im einzelnen durchgeführt wird, ist weitgehend ein rechtstechnisches Problem. Dabei muß in jedem Falle darauf geachtet werden, daß die zu treffende Regelung nicht zu schwerfällig und zu bürokratisch ausfällt. Sie sollte möglichst praktisch ausgestaltet und auf die Bedürfnisse des Wirtschaftslebens zugeschnitten sein. Jede Ordnung, welche diesen Anforderungen nicht genügt, läßt sich in der Rechtswirklichkeit nicht befriedigend durchsetzen<sup>247</sup>. Beispiele von Baugläubigerhypotheken mit Rangprivileg finden sich gleich anschließend.

##### b) Baugläubigerpfandrecht gemäß art. 2103 Ziff. 4 Code civil français

Das französische Recht regelt den pfandrechtlichen Baugläubigerschutz in Form eines *Privilegs* in art. 2103 Ziff. 4 Code civil<sup>248</sup>.

<sup>242</sup> GROSS, S. 8 ff.

<sup>244</sup> GROSS, S. 106.

<sup>245</sup> Vgl. vorn, S. 49 f.

<sup>246</sup> VON MAYR, S. 190 ff.

<sup>247</sup> GROSS, S. 105 f.

<sup>248</sup> Art. 2103 Ziff. 4 CCfr hat folgenden Wortlaut:

« 4° Les architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers employés pour



Darnach steht das französische Recht auf dem Boden des mittelbaren gesetzlichen Baugläubigerpfandrechts<sup>249</sup>. Das materielle Vorzugsrecht bezieht sich auf denjenigen Teil des Versteigerungserlöses, welcher dem durch den Bau geschaffenen Grundstücksmehrwert entspricht<sup>250</sup>. In diesem Rahmen hat es Vorrang vor älteren Grundpfandrechten, sofern seine Eintragung rechtzeitig erfolgt ist<sup>250</sup>. Die Berechnung des Mehrwertes geschieht dadurch, daß die Baustelle vor Baubeginn und nach Bauvollendung geschätzt wird, wobei Wertvermehrungen und Wertverminderungen, welche das Baugrundstück unabhängig von der Bauführung erhalten hat, außer Betracht fallen<sup>251</sup>. Das Schätzungsverfahren wickelt sich in schwerfälliger Form vor gerichtlich ernannten Sachverständigen ab, weshalb vom Privileg in der Praxis nur selten Gebrauch gemacht wird<sup>252</sup>. Dazu kommt, dass es auch als unzureichend betrachtet wird<sup>253</sup>. Die Möglichkeit einer zuverlässigen getrennten Schätzung von Baustelle und Bauwerk wird als höchst problematisch angesehen<sup>254</sup>. Weiter befürchtet man, daß im Falle, wo der Bau vor seiner Vollendung unterbrochen oder eingestellt wird, der Verwertungserlös bezüglich des Mehrwertes derart tief ausfällt, daß den Baugläubigern im Ergebnis nichts oder nur wenig verbleibt<sup>255</sup>. Dies deshalb, weil für solche Objekte erfahrungsgemäß nur tiefe Angebote gemacht werden<sup>256</sup>. Um seine Forderung zu retten, müßte der Baugläubiger die ihm vorgehenden Hypotheken herausbieten und das Grundstück selber ersteigern. Dann läge aber das gesamte wirtschaftliche Risiko bei ihm, was nicht wünschbar ist<sup>257</sup>.

édifier, reconstruire ou réparer des bâtiments, canaux, ou autres ouvrages quelconques, pourvu néanmoins que, par un expert nommé d'office par le tribunal de grande instance dans le ressort duquel les bâtiments sont situés, il ait été dressé préalablement un procès-verbal, à l'effet de constater l'état des lieux relativement aux ouvrages que le propriétaire déclarera avoir dessein de faire, et que les ouvrages aient été, dans les six mois au plus tard de leur perfection, reçus par un expert également nommé d'office;

Mais le montant du privilège ne peut excéder les valeurs constatées par le second procès-verbal, et il se réduit à la plus-value existante à l'époque de l'aliénation de l'immeuble et résultant des travaux qui y ont été faits».

Literatur zum französischen Baugläubigerpfandrecht sub N. 45.

<sup>249</sup> VON MAYR, S. 192 ff.

<sup>250</sup> PLANIOL/RIPERT/BECQUE, XII, Nrn. 663 ff.; SOLMSEN/HAUDEK, S. 371.

<sup>251</sup> PLANIOL/RIPERT/BECQUE, XII, Nrn. 665 ff.; VON MAYR, S. 141 N. 32.

<sup>252</sup> HEDEMANN, S. 274; SOLMSEN/HAUDEK, S. 371; VON MAYR, S. 142.

<sup>253</sup> VON MAYR, S. 193.

<sup>254</sup> VON MAYR, S. 194.

<sup>255</sup> VON MAYR, S. 193.

<sup>256</sup> VON MAYR, S. 193; SCHULTZ, DJZ 1898, S. 136.

<sup>257</sup> VON MAYR, S. 193.

Diese Ordnung wurde auch in jenen Staaten verwirklicht, welche das französische Zivilrecht übernommen haben<sup>258</sup>.

c) Das Mechanic's lien nach amerikanischem Recht<sup>259</sup>

Obwohl das amerikanische Mechanic's lien von Staat zu Staat verschieden geregelt ist, lassen sich gewisse gemeinsame Grundzüge in seiner Ausgestaltung erkennen<sup>260</sup>. Von einem mittelbaren gesetzlichen Pfandrecht können wir deshalb sprechen, weil zu seiner Entstehung auch gewisse Vollzugshandlungen erforderlich sind, die sich aber mit denjenigen nach unserem System nicht gleichsetzen lassen. Es geht dem Grundsatz nach allen nach Beginn des Baues errichteten Hypotheken vor<sup>261</sup>. Können bei der Zwangsversteigerung des Grundstückes nicht alle Grundpfand- und Baugläubiger aus dem Erlös befriedigt werden, so entsteht zwischen diesen beiden Gläubigergruppen eine Art *Gefahrengemeinschaft*. Das Gericht ermittelt in solchen Fällen den Sonderwert von Baustelle und Bauwerk. Der Versteigerungserlös wird so aufgeteilt, daß das ältere Grundpfandrecht den Vorrang am Verwertungsanteil des Grundstückes und das Mechanic's lien den Vorrang am Verwertungserlös des Bauwerkes erhält<sup>262</sup>. Dadurch können die Baugläubiger sowohl an dem von ihnen geschaffenen Mehrwert als auch am reinen Grundstückswert partizipieren<sup>263</sup>.

Die Frist zur gerichtlichen Geltendmachung des Mechanic's lien ist von Staat zu Staat verschieden geordnet<sup>264</sup>.

Auf das Mechanic's lien kann der Baugläubiger jederzeit uneingeschränkt *verzichten*<sup>264</sup>.

Die soeben skizzierte Lösung hat sich in den Vereinigten Staaten bewährt<sup>265</sup>.

d) Mittelbare gesetzliche Bausicherungshypothek gemäß BauFG

Einen umfassenden Schutz zugunsten der Baugläubiger gewährt das im Zweiten Abschnitt, nämlich in §§ 9 ff. des BauFG geregelte mittelbare gesetzliche

<sup>258</sup> Nachweise bei VON MAYR, S. 142 ff. Italien stellt indessen einen Ausnahmefall dar, indem dort der dingliche Baugläubigerschutz fallen gelassen worden ist (dazu vorn, S. 24, 26).

<sup>259</sup> Einzelheiten bei SALOMONSOHN und BRUNNER. Weitere Literaturangaben unter N. 38.

<sup>260</sup> BRUNNER, S. 512 ff.

<sup>261</sup> SOLMSEN/HAUDEK, S. 370 f.

<sup>262</sup> SOLMSEN/HAUDEK, S. 371.

<sup>263</sup> VON MAYR, S. 195.

<sup>264</sup> SOLMSEN/HAUDEK, S. 372.

<sup>265</sup> VON MAYR, S. 154; BRUNNER, S. 519 ff.



Pfandrecht zugunsten der Bauhandwerker. Wie bereits früher vermerkt, wurden diese Bestimmungen aber nie in Kraft gesetzt, obwohl sie im Zeitpunkt ihres Erlasses als schlagkräftiges Mittel gegen die Baugläubigernot angesehen wurden. Die Nichtinkraftsetzung dieser wesentlichsten Schutzvorschriften wird damit begründet, daß das Interesse am Schutz der Bauhandwerker stark nachgelassen habe<sup>266</sup>, was LEONHARD als einen «grotesken und unerhörten Zustand» bezeichnet<sup>267</sup>. Neuere Autoren tendieren eher gegen eine nachträgliche Inkraftsetzung der erwähnten Bestimmungen, da das ganze System als kompliziert, schwerfällig und aufwendig angesehen wird<sup>268</sup>. Aus diesen Gründen kann auch hier eine Separatdarstellung unterbleiben.

e) Mittelbares gesetzliches Pfandrecht gemäß Art. 837, 839 ff. ZGB

Dazu hinten, S. 73 ff.

## D. Subjekte des Baugläubigerschutzes

### 1. Allgemeines

a) Bei der Umschreibung des Personenkreises<sup>269</sup>, welchem der Baugläubigerschutz zuteil werden soll, hat sich der Gesetzgeber an jenem Grundgedanken zu orientieren, mit welchem man den besonderen Schutz der Baugläubiger hauptsächlich zu rechtfertigen versucht: Nämlich an der *versio in rem*<sup>270</sup>. Darnach kommen als privilegierte Baugläubiger nur solche Personen in Betracht, welche in einem näher zu definierenden Rahmen einen Beitrag zur Wertvermehrung des Grundstückes geleistet haben. Aus dieser Warte betrachtet, steht nicht die Person des Baugläubigers oder die Vertragsart, sondern die *Eigenart der erbrachten Leistung* als Anknüpfungspunkt für die Festlegung des Bauprivilegs im Vordergrund<sup>271</sup>. Ferner muß durch Interessenabwägung entschieden werden, ob alle Personen, bei denen diese Voraussetzungen erfüllt sind, auch eines besonderen Schutzes bedürftig sind<sup>271</sup>.

<sup>266</sup> GROSS, S. 4; kritisch MEYER, JZ 1954, S. 140 ff. – Vgl. im übrigen die Darstellung bei OERTMANN, S. 417 ff.

<sup>267</sup> Zit. bei GROSS, S. 4.

<sup>268</sup> Vgl. GROSS, S. 105 f.

<sup>269</sup> Die Festlegung des Personenkreises auf der Aktivseite stellt eine der Hauptschwierigkeiten der Baugläubigerschutzgesetzgebung dar, dazu HEDEMANN, S. 274; VON MAYR, S. 234 ff.

<sup>270</sup> Vgl. vorn, S. 49 f., 59; hinten, S. 82 f.

<sup>271</sup> VON MAYR, S. 235; hinten, S. 72, 83, 95, 98, 115.

b) Weiter hat der Gesetzgeber darüber zu befinden, ob nur *vertragliche* oder auch *außervertragliche Bauleistungen* als pfandgesichert zu gelten haben<sup>272</sup>.

c) Ferner steht dem Gesetzgeber der Entscheid darüber zu, ob nur *selbständige* oder auch *unselbständige Bauhandwerker* in den Genuß des Baugläubigerprivilegs kommen sollen<sup>273</sup>.

d) Schließlich hat sich die Gesetzgebung auch darüber auszusprechen, ob neben den *unmittelbaren* auch die *mittelbaren Baugläubiger* pfandrechtsgeschützt sein sollen<sup>274</sup>.

## 2. Einteilung der Baugläubiger nach dem Charakter der Bauleistung

### a) Manuelle Bauleistungen

#### aa) Aufgrund eines Werk- oder Werklieferungsvertrages

Da die Baugläubigerbewegung vornehmlich von im *Werk- oder Werklieferungsvertrag* tätigen Bauhandwerkern ausging, wundert es nicht, daß in erster Linie Bauleistungen gesichert sind, welche in diesem Rahmen erbracht werden. Diese sind namentlich dadurch gekennzeichnet, daß sie entweder in der Lieferung von Arbeit und Material oder nur von Arbeit bestehen. Dazu kommt, daß die baupfandberechtigte Leistung Bestandteil des Baugrundstückes wird oder geworden ist. Bauleistungen der beschriebenen Art werden vor allem vom Bauunternehmer, Zimmermann, Schreiner, Installateur sowie von anderen bausewerblichen Berufen erbracht. In diesem Sinne ist der Baugläubigerschutz im schweizerischen<sup>275</sup>, deutschen<sup>276</sup>, französischen<sup>277</sup> und amerikanischen Recht<sup>278</sup> verwirklicht.

#### bb) Aufgrund eines Kaufvertrages

Die Frage, ob auch die aufgrund eines *Kaufvertrages* erfolgten Lieferungen von Baustoffen einen gesetzlichen Pfandrechts-

<sup>272</sup> Vgl. hinten, S. 72. VON MAYR, S. 235 beschränkt den Baugläubigerschutz a priori auf vertragsmäßige Ansprüche; s. auch SALOMONSOHN, S. 102, 104, 465 N. 3.

<sup>273</sup> Dazu hinten, S. 67, 80.

<sup>274</sup> Dazu hinten, S. 67 ff., 81, 100 ff.

<sup>275</sup> Dazu hinten, S. 82 ff.

<sup>276</sup> GROSS, S. 23.

<sup>277</sup> EGGER, S. 38.

<sup>278</sup> SOLMSEN/HAUDEK, S. 371; EGGER, S. 60.

schutz benötigen, war in der Diskussion um den Baugläubigerschutz höchst umstritten<sup>279</sup>. Gegen ein Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der Lieferanten wurde eingewendet, daß diese ihre Leistungen in einer Zeit erbrächten, in welcher der Bauherr noch solvent sei<sup>280</sup>. Dazu komme, daß die Lieferanten im Vergleich zu den übrigen Baugläubigern in der Regel die wirtschaftlich stärkere Partei darstellten<sup>281</sup>. Schließlich hätten sie auch die Möglichkeit, sich rechtsgeschäftlich sicherstellen zu lassen<sup>282</sup>. Von den Befürwortern eines Baugläubigerpfandrechtes zugunsten der Lieferanten wurde unter Bestreitung der soeben erwähnten Argumente ausgeführt, daß auch die Lieferanten einen Beitrag leisteten, welcher zu einer Wertvermehrung am Baugrundstück führe<sup>283</sup>. Im übrigen wäre der Ausschluß der Lieferanten vom Baugläubigerprivileg praktisch undurchführbar, weil die Grenze zwischen Kauf- und Werkvertrag nicht immer leicht zu ziehen sei<sup>284</sup>.

Diese Argumente pro und contra wurden in den verschiedenen Gesetzgebungen unterschiedlich gewertet:

Nach § 648 BGB hat der Lieferant *im deutschen Recht* keinen Anspruch auf die Bauhypothek<sup>285</sup>. Dies im Gegensatz zu dem nie in Kraft getretenen § 18 BauFG<sup>286</sup>.

Das *französische Recht* gewährt dem Materiallieferanten kein Privileg<sup>287</sup>.

Demgegenüber werden die Lieferanten von Baustoffen nach *amerikanischem Recht* immer in den Genuß des Baugläubigerpfandrechtes einbezogen<sup>288</sup>.

Das *schweizerische Recht* verweigert dagegen den Lieferanten das Bauhandwerkerpfandrecht<sup>289</sup>.

#### cc) Aufgrund eines Arbeitsvertrages

Die Frage, ob auch für arbeitsvertragliche Leistungen das Baugläubigerpfandrecht gewährt werden soll, hängt hier nicht vom Kriterium der Bauleistungsart ab, sondern davon, ob man auch dem unselbständigen Baugläubiger Pfandrechtsschutz zuteil lassen werden soll. Dies wird im entsprechenden Zusammenhang gewürdigt<sup>290</sup>.

<sup>279</sup> EGGER, S. 61; VON MAYR, S. 237 ff.

<sup>280</sup> VON MAYR, S. 237.

<sup>281</sup> VON MAYR, S. 239.

<sup>282</sup> VON MAYR, S. 238; FREESE, S. 106 f.

<sup>283</sup> Vgl. FREESE, S. 106.

<sup>284</sup> VON MAYR, S. 238 f.

<sup>285</sup> GROSS, S. 13; VON MAYR, S. 240.

<sup>286</sup> GROSS, S. 6.

<sup>287</sup> SOLMSEN/HAUDEK, S. 371; VON MAYR, S. 240.

<sup>288</sup> SOLMSEN/HAUDEK, S. 371; EGGER, S. 61; SALOMONSON, S. 198 ff.

<sup>289</sup> Art. 837 I Ziff. 3 ZGB. Dazu hinten, S. 91.

<sup>290</sup> Dazu hinten, S. 67, 80.

## b) Intellektuelle Bauleistungen

Die Frage, ob auch dem Architekten, Bauingenieur und ähnlichen Sonderfachleuten, die auf dem Gebiete der Planung und Bauleitung tätig sind (wie z.B. Heizungs-, Lüftungs-, Sanitär-, Elektroingenieur, Ingenieur für Schall- und Wärmetechnik, Ingenieur für Akustik- und Schwingungstechnik, Innenarchitekt, Geologe), eine Baugläubigerhypothek zugestanden werden soll, wird in den verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedlich beantwortet. Geht man vom Grundgedanken des Baugläubigerschutzes aus, so hängt die Beantwortung der Frage davon ab, ob die vertragstypischen Leistungen dieser Personen einen Beitrag darstellen, welcher als Wertvermehrung des Grundstückes im Sinne des Versionsgedankens qualifiziert werden kann<sup>291</sup>.

aa) In den meisten Staaten der *USA* wird das Bauhandwerkerpfandrecht auch dem Architekten zugestanden<sup>292</sup>. Die Pfandrechtsberechtigung für die Forderungen aus der Bauleitung wird damit begründet, daß diese für den Bau ebenso wesentlich sei wie die Arbeit des Handwerkers. Sie stelle Arbeit hoher Ordnung dar, die ihren verhältnismäßigen Wert dazu beitrage, das Gebäude fest, schön und wohnlich zu gestalten. Sie sei ebenso verdienstlich wie die reine Handarbeit mit dem Handwerkszeug. Beide Arbeitsgattungen seien für den Fortgang des Baues notwendig und würden für und bei Errichtung des Gebäudes geleistet<sup>293</sup>.

bb) Nach der älteren *deutschen Rechtsprechung* wurde dem Architekten der Anspruch auf die Baugläubigerhypothek mit der Begründung abgesprochen, er werde nicht im Rahmen eines Werkvertrages, sondern aufgrund eines Auftrages bzw. Dienstvertrages tätig. Die Baugläubigerhypothek werde dagegen nur Personen gewährt, welche werkvertragliche Leistungen erbrächten<sup>294</sup>. Diese vertragstypologische Betrachtungsweise ist darauf

<sup>291</sup> Vgl. SALOMONSOHN, S.194 bei N.5; VON MAYR, S.235f.

<sup>292</sup> SALOMONSOHN, S.194ff.

<sup>293</sup> SALOMONSOHN, S.195 mit weiteren Belegen. Vgl. auch den bei diesem Autor (S.196 N.1) zit. Entscheid des supreme court von New York vom 21.Januar 1879: «Der allgemeine Grundsatz, auf dem sie [= lien-Gesetz] jetzt beruhen, ist, daß jeder, der durch seine Arbeit, oder durch Lieferung von Material zu einem Gebäude beigetragen hat, für seine Forderung einen Anspruch gegen das Grundstück, auf dem es steht, haben solle. Der Händler, der die Ölfarben liefert, der Handwerker, der mit ihnen eine Wand bemalt, und der Architekt, der die Zeichnung entwirft und die Ausführung überwacht, fallen in gleicher Weise unter Wortlaut und Zweck des Gesetzes.»

<sup>294</sup> Vgl. RGZ 137, S.83; 87, S.75 ff.; weitere Nachweise bei GROSS, S.24 N.55.

zurückzuführen, daß § 648 BGB eine Norm innerhalb der Werkvertragsbestimmungen bildet. Die neueste Rechtsprechung des BGH hält zwar mit Bezug auf die Pfandrechtsberechtigung nach wie vor am Erfordernis des Vorliegens eines Werkvertrages fest, qualifiziert nun aber das Vertragsverhältnis zwischen dem Bauherrn einerseits und dem Architekten bzw. Bauingenieur andererseits nicht mehr als Auftrag bzw. Dienstvertrag, sondern ebenfalls als Werkvertrag<sup>295</sup>. Damit steht aus vertragstypologischer Sicht nichts mehr im Wege, auch dem Architekten und Bauingenieur die Baugläubigerhypothek zuzugestehen. Der BGH erblickt sodann das Schwergewicht der Architektenleistung nicht in der auftragsrechtlichen Bauleitung, sondern in der werkvertraglichen Planleistung<sup>296</sup>. Sowohl der planende wie der bauleitende Beitrag des Architekten dienen der Herbeiführung des gleichen Erfolgs, nämlich der Erstellung des Bauwerks<sup>296</sup>. Da sich die geistigen Leistungen des Architekten im Bauvorhaben verkörpern und das Bauwerk insgesamt ohne die geistigen Leistungen nicht denkbar sei, müsse dem Architekten der Anspruch auf die Baugläubigerhypothek auch unter materiellen Gesichtspunkten gewährt werden<sup>297</sup>. Eine Schlechterstellung des Architekten gegenüber dem Bauunternehmer, der manuelle Leistungen erbringe, sei nicht gerechtfertigt<sup>298</sup>. Die analogen Überlegungen wurden auch in bezug auf die Vertragsverhältnisse mit dem Bauingenieur (Statiker) sowie mit den übrigen Sonderfachleuten gemacht, weshalb nun auch diesen die Bauhypothek zugestanden wird<sup>299</sup>.

cc) Die *französische Rechtsordnung* gewährt dem Architekten das Bauprivileg ebenfalls<sup>300</sup>.

dd) Die *schweizerische Lehre und Rechtsprechung* haben sich entschieden gegen die Zulassung des Bauhandwerkerpfandrech-

<sup>295</sup> GROSS, S. 24 f. mit zahlreichen Belegen; BGHZ 31, S. 224; 32, S. 206 f.

<sup>296</sup> GROSS, S. 24.

<sup>297</sup> GROSS, S. 25.

<sup>298</sup> GROSS, S. 25 N. 61 mit Belegen.

<sup>299</sup> GROSS, S. 29 ff. Bzgl. Bauingenieure (Statiker) s. BGHZ 58, S. 85 ff.; 48, S. 257 ff.; PALANDT, § 648 BGB N. 2c; bzgl. Vermessungsingenieur s. BGHZ 58, S. 225; bzgl. Heizungs-, Lüftungs-, Sanitärtechnikern, Elektroprojektanten, Ingenieuren für Schall- und Wärmetechnik, Ingenieuren für Akustik und Schwingungstechnik s. OLG München, NJW 1974, S. 2238, 1975, S. 391. Beim Innenarchitekten ist darauf abzustellen, ob sich seine Leistungen auf bewegliches Mobiliar oder auf wesentliche Bestandteile des Bauwerkes bzw. auf die planerische Konzeption im Zusammenhang mit der Bauausführung beziehen (Belege bei GROSS, S. 31 N. 85).

<sup>300</sup> Vgl. art. 2103 Ziff. 4 CCfr; dazu EGGER, S. 38; PLANIOL/RIPERT/BECQUE, XII, Nr. 658.



tes zugunsten von Architekten, Ingenieuren usw. ausgesprochen<sup>301</sup>.

### *3. Einteilung der Baugläubiger in selbständige Unternehmer und (unselbständige) Arbeitnehmer.*

In den meisten Rechtsordnungen wird das Baugläubigerpfandrecht nur den selbständigen Unternehmern zugestanden<sup>302</sup>; lediglich im amerikanischen Recht können auch die Arbeiter vom Mechanic's lien Gebrauch machen<sup>303</sup>. Das Baugläubigerpfandrecht wird den unselbständigen Baugläubigern vor allem deshalb abgesprochen, weil sie nach den meisten Rechtsordnungen durch ein besonderes Zwangsvollstreckungsprivileg geschützt sind. Zudem kommt ihnen das Baugläubigerpfandrecht ihres Arbeitgebers indirekt zugute, indem die pfandrechtsgeschützte Forderung in die Konkursmasse fällt. Schließlich wäre es für den Grundeigentümer völlig unzumutbar, auch noch für die Löhne der Arbeiter seiner Unternehmer einstehen zu müssen; es kann vom Grundeigentümer keinesfalls verlangt werden, daß er zur Vermeidung einer Baugläubigerhypothek auch noch die Lohnzahlungen an die Arbeiter der von ihm beauftragten Unternehmer überwachen müßte.

### *4. Einteilung der Baugläubiger nach ihrer rechtlichen Beziehung zum Grundeigentümer*

#### *a) Unmittelbare Baugläubiger*

Überall, wo der Baugläubigerschutz verwirklicht ist, haben in erster Linie die unmittelbaren Baugläubiger ein gesetzliches Pfandrecht. Unmittelbare Baugläubiger sind solche, welche in einem direkten Vertragsverhältnis zu dem mit dem Grundeigentümer identischen Bauherrn stehen<sup>304</sup>. Heikle Probleme können

<sup>301</sup> Dazu hinten, S. 89 f.

<sup>302</sup> Bzgl. Deutschland: GROSS, S. 13; STAUDINGER/RIEDEL, § 648 BGB N. 5; bzgl. Frankreich: EGGER, S. 38; VON MAYR, S. 140 N. 29 mit Belegen [der Ausdruck «ouvrier» in art. 2103 Ziff. 3 CCfr bezieht sich nur auf solche Arbeiter, die zum Bauherrn in einem direkten Vertragsverhältnis stehen]; bzgl. Schweiz: Hinten, S. 80.

<sup>303</sup> EGGER, S. 61; SOLMSEN/HAUDEK, S. 371; BRUNNER, S. 586 ff. – Nach dem nie in Kraft gesetzten § 18 BauFG hätten die Arbeiter ebenfalls Anspruch auf ein gesetzliches Pfandrecht gehabt (SOLMSEN/HAUDEK, S. 371).

<sup>304</sup> VON MAYR, S. 234 f., 242; GROSS, S. 56 ff.

sich dann ergeben, wenn zwischen Grundeigentümer und Bauherr keine Personalunion besteht<sup>305</sup>.

b) Mittelbare Baugläubiger

Mittelbare Baugläubiger sind solche, welche zwar für einen konkreten Bau Leistungen erbringen, zum Bauherrn (Grundeigentümer) aber nicht in einem direkten, sondern bloß in einem indirekten (mittelbaren) Vertragsverhältnis stehen<sup>306</sup>. Diesen Fall haben wir dann vor uns, wenn ein Vertragspartner des Bauherrn (z.B. Bauunternehmer) durch Vertragsabschluß in eigenem Namen und auf eigene Rechnung einen weiteren Unternehmer (Subunternehmer, Unterakkordant) beizieht<sup>306</sup>. Dieser kann unter Umständen durch den analogen Vorgang einen weiteren Unternehmer engagieren, welchen man als Subsubunternehmer bezeichnet<sup>307</sup>. Folglich können ganze Vertragsketten entstehen<sup>307</sup>, wobei der «Abstand» zwischen Bauherr und Baugläubiger je nachdem einen ganz unterschiedlichen Grad aufweisen kann<sup>308</sup>. Mittelbare Baugläubiger treten regelmäßig dann in Erscheinung, wenn die Baute durch einen Generalunternehmer erstellt wird. Es stellt sich nun die Frage, ob man auch diesen mittelbaren Baugläubigern ein gesetzliches Bauprivileg gewähren soll<sup>309</sup>. Die Frage ist zusammen mit der heute vorherrschenden Lehre grundsätzlich zu bejahen; andernfalls wäre es dem Bauherrn möglich, durch Einschlebung eines Generalunternehmers die Gesamtheit der Baugläubiger um ihre Bauhypothek zu bringen<sup>310</sup>. Dadurch würde aber der Zweck des Baugläubigerschutzes vollständig vereitelt. Umgekehrt bringt die Zulassung des Baugläubigerpfandrechts zugunsten der Subunternehmer das immense Doppelzahlungsrisiko des Grundeigentümers mit sich; die entsprechenden Probleme sind im Zusammenhang mit dem schweizerischen Baugläubigerschutz eingehender zu diskutieren<sup>311</sup>. Zweifellos müssen gesetzgeberische Lösungen gesucht werden, welche diese Gefahr ausschließen oder aber auf ein tragbares Minimum reduzieren.

<sup>305</sup> Dazu hinten, S. 81 f.

<sup>306</sup> VON MAYR, S. 242.

<sup>307</sup> SCHUMACHER, Nr. 115.

<sup>308</sup> VON MAYR, S. 242.

<sup>309</sup> Die Beantwortung dieser Frage gehört ebenfalls zu den rechtspolitisch heiklen Punkten des Baugläubigerschutzes, dazu HEDEMAN, S. 274.

<sup>310</sup> So schon VON MAYR, S. 242.

<sup>311</sup> Dazu hinten, S. 100 ff.



aa) Gemäß § 648 BGB haben die mittelbaren Baugläubiger nach *deutschem Recht* keinen Anspruch auf die Bauhypothek<sup>312</sup>. Demgegenüber wäre ihnen nach dem nie in Kraft gesetzten § 19 BauFG eine solche in beschränktem Rahmen zugestanden worden. Der Pfandrechtschutz wäre allerdings dann weggefallen, wenn der Eigentümer hätte nachweisen können, es sei ihm ohne grobes Verschulden unbekannt gewesen, daß dem Vormann (z.B. Generalunternehmer) die zur Erfüllung der Bauforderungen erforderlichen Mittel fehlten oder daß der Vormann nicht die Absicht hatte, die aus der Herstellung für ihn erwachsenen Verbindlichkeiten in vollem Umfange zu erfüllen (§ 19 II BauFG)<sup>313</sup>.

bb) Gemäß art.2103 Ziff.4 Code civil français kann in *Frankreich* das Baugläubigerprivileg nach herrschender Lehre nur von den unmittelbaren Baugläubigern beansprucht werden<sup>314</sup>.

cc) Im *amerikanischen Recht* werden die mittelbaren Baugläubiger – je nach Bundesstaat – verschieden berücksichtigt. Nach dem Recht von *Pennsylvania* steht den unmittelbaren und mittelbaren Baugläubigern gleichmäßig nebeneinander ein direktes Mechanic's lien am Baugrundstück zu<sup>315</sup>. Damit ist aber der Bauherr der Gefahr einer doppelten Zahlungspflicht ausgesetzt<sup>316</sup>. Um diese zu bannen, hat die Rechtsordnung des Staates *New York* eine eigenständige Lösung gefunden: Dem mittelbaren Baugläubiger wird kein gesetzliches Pfandrecht am Baugrundstück, sondern ein solches an der Bauforderung des Vormannes gegenüber dessen Vertragspartner gewährt<sup>317</sup>. Sofern die Bauforderung des Vormannes durch ein Mechanic's lien gesichert ist<sup>318</sup>, partizipiert der Subunternehmer mittelbar auch an diesem. Durch Anzeige an den Schuldner des Vormannes kann der mittelbare Baugläubiger zudem erreichen, daß die entsprechenden Zahlungen nicht mehr mit befreiender Wirkung an den Vormann geleistet werden können. Geschieht dies trotzdem, sind

<sup>312</sup> Statt vieler: GROSS, S.14.

<sup>313</sup> SOLMSEN/HAUDEK, S.372.

<sup>314</sup> PLANIOL/RIPERT/BECQUE, XII, Nr.659 (die mittelbaren Baugläubiger können allerdings mit der action directe [art.1798 CCfr, vgl. S.48] gegen den Grundeigentümer vorgehen); a.M. SOLMSEN HAUDEK, S.372.

<sup>315</sup> Man spricht vom sogen. Pennsylvania-System. Dazu SOLMSEN/HAUDEK, S.372; BRUNNER, S.524; SALOMONSOHN, S.122ff.

<sup>316</sup> SOLMSEN/HAUDEK, S.372; BRUNNER, S.525.

<sup>317</sup> SOLMSEN/HAUDEK, S.372; BRUNNER, S.525.

<sup>318</sup> Das trifft dann zu, wenn der Vormann mit dem Grundeigentümer direkt kontrahiert hat. SOLMSEN/HAUDEK, S.372; s. auch BRUNNER, S.686ff.

die geleisteten Zahlungen dem Subunternehmer gegenüber unwirksam<sup>319</sup>. Ferner kann der Nachmann, dessen Forderung nicht erfüllt wird, dem Baugeldgeber hiervon Anzeige machen; Auszahlungen des Baukredites, die der Geldgeber nach Erhalt dieser Anzeige an den Vormann ausführt, sind dem Nachmann gegenüber unwirksam und befreien das Baugrundstück nicht vom Mechanic's lien. Dasselbe gilt mit Bezug auf Zahlungen vor Erhalt der Anzeige, sofern der baukreditgewährenden Bank und dem Vormann Kollusion zum Nachteil des Nachmannes nachgewiesen werden kann<sup>320</sup>.

dd) Das Bauhandwerkerpfandrecht des *schweizerischen Rechtes* können nicht nur die unmittelbaren, sondern auch die mittelbaren Baugläubiger beanspruchen. Dazu hinten, S. 81, 100 ff.

## E. Pfandrechtsbelasteter Personenkreis

Die Baugläubigerschutzgesetzgebung hatte sich auch mit der Frage zu befassen, gegen welche Rechtssubjekte das Baugläubigerpfandrecht geltend gemacht werden kann. Insbesondere wurde geprüft, ob nur der unmittelbare Kontrahent in seiner Eigenschaft als Grundeigentümer pfandrechtsbelastet sein oder ob sich der Anspruch generell gegen den jeweiligen Grundeigentümer richten sollte<sup>321</sup>. Diese Fragestellung steht zum Teil in Korrelation zu jener nach dem Kreis der pfandrechtsberechtigten Subjekte.

### 1. Identität von Besteller und Eigentümer

a) Im *deutschen Recht* gilt der Grundsatz, dass die Bausicherungshypothek nur dann geltend gemacht werden kann, wenn zwischen Besteller und Grundeigentümer Identität besteht<sup>322</sup>. Schuldner des Anspruches aus § 648 BGB ist somit der *Grundstückseigentümer, sofern er gleichzeitig Besteller ist*<sup>322</sup>. Dabei gilt, daß dieser im Zeitpunkt der Eintragung der Sicherungshypothek im Grundbuch immer noch als Eigentümer eingetragen sein muß<sup>323</sup>. Wurde das Grundstück schon vor diesem Zeitpunkt ver-

<sup>319</sup> SOLMSEN/HAUDEK, S. 372.

<sup>320</sup> SOLMSEN/HAUDEK, S. 372.

<sup>321</sup> HEDEMANN, S. 274.

<sup>322</sup> GROSS, S. 56.

<sup>323</sup> GROSS, S. 56 f.; BGHZ 45, S. 186; RGZ 57, S. 277.

äußert, besteht kein Sicherungsanspruch gegenüber dem Erwerber<sup>324</sup>. Nach Eintragung der Sicherungshypothek bzw. Vormerkung einer vorläufigen Eintragung im Grundbuch wird das Sicherungsrecht durch eine nachträgliche Veräußerung dagegen nicht mehr tangiert<sup>324</sup>.

Diese Lösung wird im *deutschen Recht* als unbefriedigend empfunden. Neuere Autoren fordern daher, daß sich der Sicherungsanspruch *de lege ferenda* gegen den jeweiligen Grundstückseigentümer richten sollte<sup>325</sup>.

b) Auch im *französischen Recht* wird das Privileg nur jenem Baugläubiger eingeräumt, der mit dem Grundeigentümer selbst kontrahiert hat<sup>326</sup>. Veräußert jener das Grundstück an einen Dritten, so ist dieser an das Bauprivileg nur dann gebunden, wenn es vor der Veräußerung eingetragen wurde<sup>327</sup>.

## 2. Keine Identität zwischen Besteller und Grundeigentümer

a) Nach dem in den USA verbreiteten «*Pennsylvania-System*»<sup>328</sup> ist es sowohl den unmittelbaren als auch den mittelbaren Baugläubigern gestattet, ihr Baugläubigerpfandrecht gegenüber dem jeweiligen Grundeigentümer durchzusetzen<sup>329</sup>. Folglich werden keine direkten vertraglichen Beziehungen zwischen dem Grundeigentümer und dem Baugläubiger vorausgesetzt.

b) In Nachahmung des *Pennsylvania-Systems* hat auch der *schweizerische Gesetzgeber* den Grundsatz übernommen, wonach das Baugläubigerpfandrecht gegenüber dem jeweiligen Grundeigentümer geltend gemacht werden kann<sup>330</sup>.

c) Im *deutschen BauFG* war folgende Regelung vorgesehen: Durch die Eintragung des *Bauvermerks* erhalten die Baugläubiger einen Anspruch auf Eintragung einer Sicherungshypothek; der Bauvermerk hat die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung dieses Anspruchs und bindet folglich den jeweiligen Grundeigentümer<sup>331</sup>.

<sup>324</sup> GROSS, S. 57.

<sup>325</sup> GROSS, S. 107.

<sup>326</sup> PLANIOL/RIPERT/BECQUE, XII, Nr. 659; VON MAYR, S. 140 f. N. 29; EGGER, S. 38, je mit Belegen.

<sup>327</sup> EGGER, S. 39.

<sup>328</sup> Dazu vorn, S. 69.

<sup>329</sup> VON MAYR, S. 153 N. 83.

<sup>330</sup> Dazu hinten, S. 76 ff., 100.

<sup>331</sup> Dazu SOLMSEN/HAUDEK, S. 370 f.

## F. Pfandobjekt

1. Pfandobjekt bildet nach den meisten Rechtsordnungen das *Baugrundstück* als solches. Spezialprobleme, welche mit der Bestimmung des Pfandobjektes zusammenhängen, werden für das schweizerische Recht separat abgehandelt<sup>332</sup>.

2. Eine Ausnahme hinsichtlich des Pfandobjektes besteht in jenen einzelstaatlichen Rechtsordnungen der USA, in denen das «*New Yorker-System*» verwirklicht wurde<sup>333</sup>. Während der Baugläubiger, welcher mit dem Grundeigentümer in einem unmittelbaren Vertragsverhältnis steht, ein gesetzliches Pfandrecht am Baugrundstück hat, steht den mittelbaren Baugläubigern lediglich ein *Pfandrecht an der Forderung ihres Vertragspartners gegenüber dessen Vormann* zu. Dieses Sicherungsrecht stellt ein *gesetzliches Forderungspfandrecht* dar<sup>333</sup>.

## G. Pfandforderung

### 1. Vertragliche oder außervertragliche Grundlage

Das Baugläubigerpfandrecht kann nach *deutschem, französischem und amerikanischem Recht* nur für vertragliche Bauforderungen geltend gemacht werden<sup>334</sup>. Lediglich in der *Schweiz* wird die Frage diskutiert, ob man auch kondiktorische Ansprüche pfandrechtlich schützen soll<sup>335</sup>.

### 2. Vertragsart

Während die Pfandforderung nach *deutschem Recht* einem Werkvertrag entspringen muß<sup>336</sup>, kann nach *französischem, amerikanischem und schweizerischem Recht*<sup>337</sup> auch für Forderungen aus anderen Bauvertragstypen Pfanddeckung beansprucht werden. In den zuletztgenannten Rechtsordnungen wird nicht am Vertragstypus, sondern an der Bauleistung angeknüpft, was dem Sinn und Zweck des Baugläubigerschutzes viel besser entspricht.

<sup>332</sup> Dazu hinten, S. 119 ff.

<sup>333</sup> Dazu vorn, S. 69 f.

<sup>334</sup> Vgl. SOLMSEN/HAUDEK, S. 371; VON MAYR, S. 235; SALOMONSOHN, S. 102 ff., 465 N. 3. Vgl. auch S. 63.

<sup>335</sup> Dazu hinten, S. 117 f.

<sup>336</sup> Vgl. die systematische Stellung von § 648 BGB als Bestimmung des Werkvertragsrechtes. Vgl. auch vorn, S. 25, 58, 66.

<sup>337</sup> SOLMSEN/HAUDEK, S. 371; SALOMONSOHN, S. 465; hinten, S. 98, 115.

Zweiter Teil:

# Das Bauhandwerkerpfandrecht nach geltendem schweizerischen Recht mit Bemerkungen de lege ferenda

Erster Abschnitt:

## Grundlagen

### I. Rechtsquellen

#### A. Privatrecht

##### 1. ZGB

Hauptrechtsquelle für die Ordnung des Bauhandwerkerpfandrechtes bilden die Art. 837 I Ziff. 3/II, 839–841 ZGB.

Art. 837 I Ziff. 3 ZGB umschreibt die *materiellen Voraussetzungen* zur Geltendmachung des Anspruches auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechtes, Art. 837 II ZGB bestimmt, dass auf das Bauhandwerkerpfandrecht *nicht* zum voraus *verzichtet* werden kann, Art. 839 ZGB regelt das *Eintragungsverfahren*, Art. 840 ZGB ordnet den *Rang* des Bauhandwerkerpfandrechtes, und Art. 841 ZGB hat schließlich das *Vorrecht* der Bauhandwerker zum Gegenstand.

Neben diesen zentralen Vorschriften kommen aber auch die *allgemeinen Bestimmungen über das Grundpfandrecht* (Art. 793–823 ZGB) soweit passend zur Anwendung. Da es sich beim Bauhandwerkerpfandrecht um eine Grundpfandverschreibung handelt, können auch die auf diese anwendbaren Bestimmungen herangezogen werden, sofern sie nicht in Widerspruch zu den Besonderheiten des Bauhandwerkerpfandrechtes stehen.

##### 2. OR

Soweit die Vorschriften des OR für das Pfandrecht Bedeutung haben, gelten sie auch für das Bauhandwerkerpfandrecht. Als Beispiele seien hervorgehoben:

Art. 114 I OR (Erlöschen des Bauhandwerkerpfandrechtes bei Untergang der Pfandforderung), Art. 164 ff., insbesondere 170 OR (bei Abtretung der Pfandforderung geht auch das Bauhandwerkerpfandrecht auf den Zessionar über). Wie die späteren Ausführungen zeigen, spielen ferner die Normen über den Werkvertrag (Art. 363 ff. OR) eine bedeutende Rolle, handelt es sich doch bei den durch das Bauhandwerkerpfandrecht gesicherten Forderungen meistens um solche aus Werkverträgen.

### 3. GBV

In der GBV handeln die Art. 22 GBV (Voraussetzungen der Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes), 50 I in Verbindung mit 40 GBV (erforderliche Angaben für die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes) und 81 (Anmerkung des Zeitpunktes des Beginnes des Werkes, Art. 841 III ZGB) vom Bauhandwerkerpfandrecht. Die Art. 75 I und 76 GBV stehen im Zusammenhang mit der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes.

## B. Zwangsvollstreckungsrecht

### 1. SchKG

Das Bauhandwerkerpfandrecht wird im SchKG nicht ausdrücklich erwähnt, doch gehört es nach der gesetzlichen Terminologie zum «Grundpfand» (Art. 37 I SchKG). Folglich sind für die Geltendmachung des Bauhandwerkerpfandrechtes die Bestimmungen über die Betreibung auf Pfandverwertung maßgebend (Art. 41, 151 ff. SchKG).

### 2. VZG

Detailvorschriften über die Behandlung des Bauhandwerkerpfandrechtes in der Zwangsvollstreckung finden sich indessen in der VZG.

Art. 106 VZG enthält Vorschriften über die Berechnung des Zuschlagspreises sowie den Grundsatz der Barzahlung bei der



Verwertung des Pfandes. Demgegenüber regelt Art. 117 VZG das Verfahren, welches die Bauhandwerker einschlagen müssen, um ihr Bauhandwerkerprivileg gegenüber vorgehenden Grundpfandgläubigern (Art. 841 ZGB) durchzusetzen.

### C. Zivilprozeßrecht

Gelegentlich finden sich auch in den kantonalen Zivilprozeßordnungen Bestimmungen über das Bauhandwerkerpfandrecht. Es sind dies vor allem Zuständigkeitsnormen im Zusammenhang mit der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandes, der Beurteilung hinreichender Sicherheit und der Hinterlegung der Forderungssumme (Art. 839 ZGB). So bestimmt z.B. die zürcherische ZPO, daß für die geschilderten Verfahren der Einzelrichter im summarischen Verfahren zuständig sei (ZH ZPO § 215 Ziff. 36).

### D. Strafrecht

Das Bauhandwerkerpfandrecht als hypothekarisches Pfandrecht genießt den strafrechtlichen Schutz von Art. 147 StGB.

## II. Begriff

Das ZGB kennt *keine Legaldefinition* des Bauhandwerkerpfandrechtsbegriffes. Dieser ist daher aufgrund allgemeiner Rechtsgrundsätze in Verbindung mit dem Gesetz zu ermitteln. Darnach handelt es sich beim Bauhandwerkerpfandrecht um ein *mittelbares gesetzliches Grundpfandrecht* zwecks Sicherstellung von *Forderungen von Handwerkern oder Unternehmern* (Baugläubiger), welche zu Bauten oder andern Werken auf einem Grundstück Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben; *Pfandobjekt* bildet das Grundstück, welches die Wertvermehrung erfahren hat. Persönlicher Schuldner der *gesicherten Bauforderung* kann der Grundeigentümer oder ein Unternehmer sein. Der *formelle Rang* des Bauhandwerkerpfandrechts bestimmt sich nach dem Zeitpunkt der Eintragung im Grundbuch.

Gegenüber den rechtsgeschäftlichen Grundpfandrechten ist das Bauhandwerkerpfandrecht mit einem besondern *materiellen Vorrecht* ausgestattet (Art. 841 ZGB). Der Berechtigte kann

nach zwingender Gesetzesvorschrift *nicht zum voraus* auf das Bauhandwerkerpfandrecht *verzichten* (Art. 837 II ZGB).

### III. Rechtsnatur des Bauhandwerkerpfandrechts

#### A. Bauhandwerkerpfandrecht als gesetzliches Pfandrecht

Beim Bauhandwerkerpfandrecht handelt es sich deshalb um ein gesetzliches Pfandrecht, weil sein *Entstehungsgrund* nicht auf Rechtsgeschäft, sondern auf *Gesetzesvorschrift* beruht<sup>338</sup>.

#### B. Bauhandwerkerpfandrecht als mittelbares gesetzliches Pfandrecht und als mittelbare gesetzliche Eigentumsbeschränkung

Da das Gesetz dem Baugläubiger bloß einen *Anspruch auf Begründung des Bauhandwerkerpfandrechts* gewährt, stellt dieses ein *mittelbares gesetzliches Pfandrecht* dar. Es entsteht erst mit erfolgter Eintragung im Grundbuch<sup>339</sup>. Neben dem Bauhandwerkerpfandrecht handelt es sich auch bei den gesetzlichen Grundpfandrechten des Verkäufers<sup>340</sup>, der Miterben und Gemeinder<sup>341</sup> sowie bei den diesen nachgebildeten gesetzlichen Pfandrechten beim Stockwerkeigentum<sup>342</sup> und beim subjektiven Baurecht<sup>343</sup> um mittelbare gesetzliche Pfandrechte.

Als mittelbares gesetzliches Pfandrecht gehört das Bauhandwerkerpfandrecht gleichzeitig auch zu den mittelbaren gesetzlichen *Eigentumsbeschränkungen* des Privatrechts<sup>344</sup>.

#### C. Gesetzlicher Pfandbestellungsanspruch als Realobligation

1. Die ältere bundesgerichtliche Rechtsprechung qualifizierte das Recht des Baugläubigers auf Errichtung des Bauhandwerker-

<sup>338</sup> Art. 837 I Ziff. 3, II, 839 ff. ZGB.

<sup>339</sup> Dazu vorn, S. 57 ff.

<sup>340</sup> Art. 837 I Ziff. 1, II/838 ZGB.

<sup>341</sup> Art. 837 I Ziff. 2, II/838 ZGB.

<sup>342</sup> Art. 712i ZGB; dazu BGE 106 II 190 ff.

<sup>343</sup> Art. 779i/k ZGB.

<sup>344</sup> Vorn, S. 51 und dort N. 205; ZR 1980 Nr. 12, S. 22, 1971 Nr. 110, S. 299.

pfandrechtes als reinen *obligatorischen Anspruch*, welcher im Konkurs des Grundeigentümers oder gegen einen Dritterwerber des Grundstücks nicht mehr durchgesetzt werden konnte<sup>345</sup>. Demgegenüber vertraten bereits HUBER und LEEMANN die Auffassung, der Anspruch sei *dinglicher und absoluter Art*<sup>346</sup>. Es ist nun das Verdienst LIVERS, mit der *Realobligation*<sup>347</sup> eine Rechtsfigur entdeckt zu haben, die eine *obligatorisch-dingliche Zwischenstufe* einnimmt und damit gewissermaßen als Kompromiß zwischen der älteren Bundesgerichtspraxis und den Ansichten von LEEMANN und HUBER angesprochen werden kann. Ihre dogmatischen Grundlagen wurzeln in der gemeinrechtlichen Lehre von der *actio in rem scripta*<sup>348</sup>. Wenn aufgrund einer Gesetzesvorschrift der *jeweilige Inhaber* eines dinglichen Rechts obligatorisch verpflichtet ist, einer andern Person eine positive Leistung zu erbringen oder wenn jemand gegenüber dem jeweiligen Inhaber eines dinglichen Rechts zu einer positiven Leistung verpflichtet ist, liegt nach heute vorherrschender Ansicht eine Realobligation vor<sup>349</sup>. Da diese Merkmale auch für das Bauhandwerkerpfandrecht zutreffen – der Anspruch des Bauhandwerkers auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandes richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer des Baugrundstücks, welcher korrelativ verpflichtet ist, bei der Eintragung durch Abgabe der Eintragungsbewilligung mitzuwirken<sup>350</sup> – handelt es sich auch bei die-

<sup>345</sup> Vgl. BGE 40 II 459f.; weitere Belege aus der Judikatur bei LIVER, ZBJV 1962, S.217 N.1.

<sup>346</sup> EUGEN HUBER, Zum schweizerischen Sachenrecht, Bern 1914, S.30f., 61f., 67ff.; Erl. II, S.280f.; LEEMANN, Art.837 N.25; DERSELBE, SJZ 1912/13, S.84f. Vgl. ferner die bei LIVER, ZBJV 1962, S.216f. N.1, resümierte kantonale Gerichtspraxis, welche ebenfalls den dinglichen Charakter des Eintragsanspruches zum Teil befürwortete; auch ein bedeutender Teil der übrigen Autoren hat sich der Lehrmeinung von HUBER und LEEMANN angeschlossen (Nachweise bei LIVER, a.a.O., S.217 N.2).

<sup>347</sup> LIVER, Die Realobligation, ZBGR 1962, S.272f.; DERSELBE, Die Begründung des Bauhandwerkerpfandrechts, ZBJV 1962, S.209ff.; DERSELBE, Einleitung zum DBK N.148f., 157. Vgl. ferner MEIER-HAYOZ, Syst. Teil N.267ff.; JOST, Die Realobligation als Rechtsinstitut, Bern 1956, insbes. S.81f.; DESCHENAUX, Obligations propter rem, in: Festschrift Max Gutzwiller, Basel 1959, S.711ff., insbes. S.725; DERSELBE, ZBGR 1962, S.282ff.; REY, Syst. Teil N.81ff.; GIOVANOLI, BISchK 1970, S.38ff.; PETER R. WALLISER in: Festgabe Franz Josef Jeger, Solothurn 1973, S.552; LANG, S.14.

<sup>348</sup> LIVER, Einleitung zum DBK N.149; MEIER-HAYOZ, ZSR 1972 I, S.437.

<sup>349</sup> LIVER, Einleitung zum DBK N.148, 156; DERSELBE, ZBGR 1962, S.261; MEIER-HAYOZ, Syst. Teil N.271; REY, Syst. Teil N.85.

<sup>350</sup> Vgl. BGE 92 II 229f.; LIVER, ZBJV 1962, S.229f.

sem Anspruch um eine Realobligation<sup>351</sup>. Dieser Lehrmeinung hat sich nun auch das Bundesgericht angeschlossen<sup>352</sup>.

2. Aus der Anerkennung des Pfandbestellungsanspruches als Realobligation ergeben sich folgende *Konsequenzen*:

a) Die Pfandrechtserrichtung kann auch dann durchgesetzt werden, wenn das Grundstück Gegenstand der *Zwangsvollstreckung* bildet (Konkurs<sup>353</sup>, Pfändung<sup>354</sup>, Pfandverwertung, Nachlaßvertrag<sup>354</sup>, Arrest).

b) Da der jeweilige Grundeigentümer Schuldner des Pfandbestellungsanspruches ist, werden die Rechte des Baugläubigers durch die *Veräußerung* des Pfandobjektes nicht beeinträchtigt<sup>355</sup>. Der Anspruch richtet sich folglich auch gegen einen Erwerber des Pfandgrundstückes, unabhängig davon, ob dieser gut- oder bösgläubig ist<sup>356</sup>.

Mit dem Entscheid BGE 92 II 227ff. hat auch das Bundesgericht die aus der Rechtsnatur der Realobligation folgenden Konsequenzen gezogen<sup>357</sup>.

## D. Bauhandwerkerpfandrecht als subsidiäres Sicherungsrecht

Das Bauhandwerkerpfandrecht ist ein subsidiäres Sicherungsrecht, da es durch Stellung von genügender Sicherheit abgewendet werden kann (Art. 839 III ZGB)<sup>357a</sup>.

<sup>351</sup> Vgl. die unter N. 347 zit. Autoren.

<sup>352</sup> BGE 95 II 31, 92 II 227, 90 II 393.

<sup>353</sup> BGE 95 II 31 ff., 228 f.; ZR 1971 Nr. 110; LIVER, ZBJV 1962, S. 209 ff., insbes. S. 233 f.; SCHUMACHER, Nr. 224; TUOR/SCHNYDER, S. 655; PEDRAZZINI, SPR VII/1, S. 537 N. 18; a.M. PIOTET, ZBGR 1968, S. 198 ff., S. 201; DE HALLER, S. 51 ff. – Zum früheren Stand der Kontroverse vgl. LIVER, ZBJV 1962, S. 213 ff.

<sup>354</sup> Vgl. PIOTET, ZBGR 1968, S. 198; SCHUMACHER, Nr. 224.

<sup>355</sup> BGE 92 II 229; MEIER-HAYOZ, Syst. Teil N. 272; LIVER, Einleitung zum DBK N. 148; PEDRAZZINI, SPR VII/1, S. 537 N. 18.

<sup>356</sup> ZR 1980 Nr. 12; SJZ 1964, S. 145, 1935/36, S. 184; ZBGR 1949, S. 264; LIVER, ZBJV 1962, S. 209 ff., insbes. S. 231 ff.; HUBER, Erl. II S. 280 f.; MEIER-HAYOZ, Syst. Teil N. 272; a.M. PIOTET, ZBGR 1968, S. 196 ff.; DE HALLER, S. 46 f. – Zum früheren Stand der Kontroverse vgl. LIVER, ZBJV 1962, S. 213 ff.; s.a. ZBGR 1960, S. 298; SJZ 1949, S. 107. – Vgl. aber hinten, S. 167.

<sup>357</sup> Die Frage, ob das Bauhandwerkerpfandrecht auch von Subunternehmern geltend gemacht werden könne, ist nicht ein Problem der Realobligation, sondern der positivrechtlichen Ausgestaltung des Baugläubigerschutzes. A.M. SCHUMACHER, Nr. 222.

<sup>357a</sup> TUOR/SCHNYDER, S. 654; PEDRAZZINI, SPR VII/1, S. 536 N. 17.

## E. Würdigung

Das Bauhandwerkerpfandrecht soll auch de lege ferenda als mittelbares gesetzliches Pfandrecht ausgestaltet bleiben. Die Einführung eines unmittelbaren gesetzlichen Pfandrechts wäre angesichts der Interessen gutgläubiger Dritter (Erwerber des Grundstückes, Erwerber beschränkter dinglicher Rechte am Grundstück) nicht wünschbar. Das Grundbuch wäre dann keine zuverlässige Grundlage mehr zur Abklärung des Bestandes dinglicher Rechte am Grundstück. Die gegenwärtige Konzeption (mittelbares gesetzliches Pfandrecht mit zeitlicher Beschränkung des Eintragsanspruchs) vermag auch zwischen den Interessen Dritter und jener der Bauhandwerker einen angemessenen Ausgleich zu schaffen.

Aus der Sicht des Baupfandgläubigers wäre auch künftighin am realobligatorischen Charakter des Eintragsanspruchs festzuhalten. Nur so ist es dem Bauhandwerker möglich, seine Rechte auch gegenüber dem Erwerber des Grundstückes und in der Zwangsvollstreckung durchzusetzen.

Zweiter Abschnitt:

## Materielle Voraussetzungen

*Erster Unterabschnitt:*

### Baupfandgläubiger

#### I. Allgemeines

Zu den schwierigeren Fragen des Bauhandwerkerpfandrechts gehören jene nach der Bestimmung des Kreises der pfandrechtsberechtigten Personen. Dazu gibt das Gesetz in Art. 837 I Ziff. 3 ZGB lediglich zwei Anhaltspunkte:

- Beim Pfandrechtsberechtigten muß es sich um einen *Handwerker oder Unternehmer* handeln.
- Der Pfandrechtsberechtigte muß *zu Bauten oder andern Werken auf einem Grundstück Material und Arbeit oder Arbeit allein* geliefert haben.

Demnach setzt die Baupfandgläubigereigenschaft voraus, daß der Anspruchsberechtigte Handwerker bzw. Unternehmer ist und eine näher zu definierende Leistung zu Bauten oder andern Werken erbringt. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen,



sind die Begriffe Handwerker und Unternehmer geklärt, während jener der pfandrechtsgeschützten Bauleistungen mit Bezug auf das maßgebende Kriterium umstritten ist.

## II. Selbständige Handwerker oder Unternehmer

Bei den Ausdrücken «Handwerker» und «Unternehmer» handelt es sich nicht um präzise juristische Begriffe. Vielmehr kommt ihnen lediglich umschreibender Charakter zu. Unter *Handwerkern* sind vornehmlich jene Gewerbetreibenden zu verstehen, welche sich zur Erbringung ganz spezieller Bauleistungen verpflichten (z.B. Gipser-, Schreiner-, Zimmermanns-, Maurerarbeiten)<sup>358</sup>. Demgegenüber werden mit dem Ausdruck *Unternehmer* jene Personen angesprochen, welche zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen Subunternehmer beiziehen (z.B. Generalunternehmer, Totalunternehmer)<sup>359</sup>. Der Pfandrechtsschutz kommt nur solchen Baugläubigern zuteil, die zur Kategorie der *Selbständigerwerbenden* gehören, unabhängig davon, ob es sich bei diesen um natürliche oder juristische Personen handelt<sup>360</sup>. *Arbeitnehmer*, welche im Rahmen eines Arbeitsvertragsverhältnisses Bauarbeiten erbringen, sind somit nach unbestrittener Auffassung vom Bauhandwerkerpfandrecht ausgeschlossen; mit dem ihnen gemäß Art.219 SchKG zustehenden Konkursprivileg in der 1.Klasse sind ihre Interessen ausreichend gewahrt<sup>361</sup>. Rechtspolitisch betrachtet stellt das Bauhandwerkerpfandrecht des Selbständigerwerbenden das Korrelat zum Konkursprivileg des Unselbständigerwerbenden dar.

Eine unterschiedliche Behandlung von Handwerkern und Unternehmern in bezug auf das Bauhandwerkerpfandrecht besteht nicht. Beide Berufsgruppen können unter den Begriffen *Baupfandgläubiger*, *Bauhandwerker*, *Baugläubiger* etc. zusammengefaßt werden<sup>362</sup>.

<sup>358</sup> LEEMANN, Art.837 N.35; HOFMANN, S.21; SCHNEEBELI, S.44.

<sup>359</sup> LEEMANN, Art.837 N.36; HOFMANN, S.21; SCHNEEBELI, S.48.

<sup>360</sup> HOFMANN, S.21; SCHUMACHER, Nrn.111 ff.; ZR 1930 Nr.39c. – Betr. Arbeiten, die ein Mitglied einer einfachen Gesellschaft für ein Gesellschaftsgrundstück erbringt, vgl. ZR 1936 Nr.136. – Zu den Baukonsortien vgl. N.421.

<sup>361</sup> Erl. II, S.280; LEEMANN, Art.837 N.34; ROSSEL/MENTHA, III, S.172; HOMBERGER/MARTI, SJK Nr.638 III; SCHUMACHER, Nr.111; PEDRAZZINI, SPR VII/1, S.537; TUOR/SCHNYDER, S.653; GIOVANOLI, BLSchK 1970, S.38; HOFMANN, S.22 ff.; SCHNEEBELI, S.44 ff.; LANG, S.12; ZR 1980 Nr.12, S.24, 1930 Nr.39c; s. auch vorn, S.63, 67; hinten S.99.

<sup>362</sup> Vgl. auch SCHUMACHER, Nr.38.



### III. Unmittelbare und mittelbare Baugläubiger

#### A. Unmittelbare Baugläubiger

Unmittelbare Baugläubiger sind solche, welche den *Grundeigentümer zum Schuldner* haben. Sie stehen in erster Linie im Genuß des Bauhandwerkerpfandrechts<sup>363</sup>.

#### B. Mittelbare Baugläubiger

Die mittelbaren Baugläubiger, denen das Bauhandwerkerpfandrecht ebenfalls zusteht, haben nicht den Grundeigentümer, sondern einen von diesem verschiedenen *Unternehmer zum Schuldner*<sup>363</sup>. Bei diesem kann es sich um einen Generalunternehmer, Totalunternehmer oder andern Baubeteiligten handeln. Die Bauleistungen werden in solchen Fällen vom Eigentümer mittelbar veranlaßt. Die mittelbaren Baugläubiger werden auch als *Subunternehmer* oder *Unterakkordanten* bezeichnet<sup>364</sup>.

#### C. Besondere Fälle

Hat der Baugläubiger weder einen Unternehmer noch den Grundeigentümer, sondern z.B. einen *Mieter*<sup>365</sup> des Baugrundstückes zum Schuldner, so ist er grundsätzlich nicht pfandrechts-geschützt (Art. 837 I Ziff. 3 ZGB)<sup>366</sup>. Ob eine Ausnahme von diesem Grundsatz dann angebracht ist, wenn der Grundeigentümer den Bauarbeiten zugestimmt hat, ist in der Lehre umstritten<sup>367</sup>. Der größere Teil der Doktrin sowie die ältere Bundesge-

<sup>363</sup> Art. 837 I Ziff. 3 ZGB; LEEMANN, Art. 837 N. 44; ROSSEL/MENTHA, III, S. 172; GAUCH N. 78 ff.; HOFMANN, S. 21 f.; SCHNEEBELI, S. 55; SCHUMACHER, Nrn. 112, 222; REBER, S. 99 f.; TUOR/SCHNYDER, S. 653 f.; BGE 105 II 264 ff., 104 II 354, 99 II 388 ff., 97 II 212 f., 95 II 87 ff.; ZR 1980 Nr. 12; SJZ 1968, S. 225 u. a. m.

<sup>364</sup> Vgl. SCHUMACHER, Nr. 112; vorn, S. 21, 67 ff.

<sup>365</sup> Das gleiche Problem stellt sich, wenn die Arbeiten von einem Pächter oder Dienstbarkeitsberechtigten veranlaßt werden, vgl. HOFMANN, S. 22.

<sup>366</sup> BGE 56 II 166 ff.; ZR 1927 Nr. 128; SJZ 1927/28, S. 43, 1917/18, S. 90, 1914/15, S. 334; AGVE 1929 Nr. 6; SCHEIDEGGER, S. 12; HOFMANN, S. 22, 56 f.; a. M. LEEMANN, Art. 837 N. 48, der den Eintragungsanspruch auch in solchen Fällen vorbehaltlos bejaht.

<sup>367</sup> Nachweise pro und contra bei SCHMID, Art. 263 N. 20–23; s. auch SCHUMACHER, Nrn. 226 ff.

rechtspraxis lehnen den Pfandrechtsanspruch auch bei Zustimmung mit der Begründung ab, es bestünden zwischen Vermieter und Unternehmer weder unmittelbare noch mittelbare vertragliche Rechtsbeziehungen<sup>368</sup>. Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtes hat der Vermieter die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes dagegen zu dulden, sofern er den entsprechenden Arbeiten zugestimmt oder diese in Kauf genommen hat<sup>369</sup>.

Dieser neueren Rechtsprechung ist beizupflichten. Ein Eintragsanspruch ist natürlich auch dann gegeben, wenn der Mieter die Bauarbeiten im Auftrage des Vermieters ausführen läßt<sup>370</sup>. Dann kommt dem Mieter eine unternehmerähnliche Stellung zu, was den Pfandbestellungsanspruch wiederum rechtfertigt<sup>371</sup>.

#### IV. Eigenart der geschützten Bauleistung

##### A. Versio in rem als Ausgangspunkt

Bei der Festlegung der baupfandgesicherten Bauleistungen im einzelnen hat man vom Grundgedanken der Baugläubigerschutzgesetzgebung, der *versio in rem*, auszugehen. Darnach sollen jene Bauarbeiten pfandrechtsgeschützt sein, an denen infolge ihrer Eigenart weder ein Eigentumsvorbehalt bestellt noch ein Retentionsrecht geltend gemacht werden kann. «Nicht der mit dem Eigentümer abgeschlossene Werkvertrag, sondern die Leistung

<sup>368</sup> BGE 56 II 163 ff.; ZBGR 1947, S.146, 1946, S.144, 201; GROSSEN, ZBGR 1973, S.65 ff.; DE HALLER, S.113 ff.; PIOTET, JT 1967 I, S.273 ff., 1970 I, S.136 ff.; WERNER SPRENGER, Entstehung, Auslegung und Auflösung des Mietvertrages für Immobilien (unter Berücksichtigung der zürcherischen Gesetzgebung und Rechtspraxis), Diss. Zürich 1972, S.66 f.; LIVER, ZBJV 1975, S.65 ff.

<sup>369</sup> BGE 92 II 227 ff. (im Gegensatz zu BGE 56 II 163 ff.); ZR 1967 Nr.104; SJZ 1960, S.260, 1951, S.374, 1927/28, S.43; vgl. die Kritik bei LIVER, ZBJV 1981, S.116 f., 1975, S.65 ff.; SPR V/1, S.192; gl.M. wie das Bundesgericht: SCHUMACHER, Nr.227, nach dem der Pfandrechtsanspruch unbedenklich zu bejahen ist; GIOVANOLI, BLSchK 1970, S.41; HOFMANN, S.57. – Die Frage, ob in Fällen, wo die Zustimmung fehlt, die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes auf dem Umweg über Art.672 ZGB bewirkt werden könne, ist entschieden zu verneinen (GROSSEN, ZBGR 1973, S.65 ff.; DE HALLER, JT 1974 I, S.322 ff.; PIOTET, JT 1970 I, S.132 ff.; SPRENGER, zit. N.368, S.66, 68; SCHMID, Art.263 N.20; LIVER, ZBJV 1975, S.65 ff.; ZR 1978 Nr.133, S.302 ff.; a.M. BGE 95 II 221 ff., s. hiezu auch hinten, S.117 f.).

<sup>370</sup> SCHMID, Art.263 N.22.

<sup>371</sup> Vgl. SPRENGER, zit. N.368, S.67 f.

für das Werk bildet die Grundlage des Privilegs»<sup>372</sup>. Dabei sind zwei verschiedene Kategorien von geschützten Bauleistungen auseinanderzuhalten:

1. Eine erste Gruppe setzt sich aus jenen Bauleistungen zusammen, welche den Einbau einer Sache betreffen, die aufgrund des *Akzessionsprinzips* zum Bestandteil des Baugrundstückes wird. Der dingliche Rechtsverlust des Bauhandwerkers am eingebauten Material wird hier durch das gesetzliche Pfandrecht ausgeglichen<sup>373</sup>.

2. In einer zweiten Kategorie figurieren jene Tatbestände, in welchen der Bauhandwerker lediglich durch *unmittelbare physische Einwirkung auf das Grundstück* Arbeit leistet, ohne gleichzeitig Material einzubauen. Das Akzessionsprinzip spielt in diesem Zusammenhang deshalb nicht, weil keine Verbindung zwischen einer beweglichen Sache und dem Grundstück erfolgt. Gegenstand der Vermögensverschiebung bildet lediglich die geleistete Arbeit. Dieser Tatbestand weist Berührungspunkte zur Verarbeitung gemäß Art. 726 ZGB auf und bildet ebenfalls einen Anwendungsfall der *versio in rem*. Die vom Bauhandwerker vollbrachte Arbeit wird in diesem Zusammenhang dem Einbau einer beweglichen Sache wertungsmäßig gleichgesetzt, indem auch für sie das Bauhandwerkerpfandrecht gewährt wird<sup>374</sup>. Damit ist klargestellt, daß der Baugläubigerschutz nicht zwingend vom Vorliegen des Akzessionstatbestandes *sensu technico* abhängig ist.

## **B. Bezugspunkt der pfandgeschützten Bauleistungen: Bauten oder andere Werke auf einem Grundstück**

1. Im Sinne einer Konkretisierung des Versionsgedankens statuiert nun das Gesetz in Art. 837 I Ziff. 3 ZGB, daß der Pfandrechtsschutz nur für solche Leistungen besteht, welche zu *Bauten* oder *andern Werken* auf einem Grundstück erbracht worden sind<sup>375</sup>. Daraus ergibt sich, daß die geschützten Bauleistungen entweder die Erstellung einer Baute oder eines andern Werkes

<sup>372</sup> Erl. II, S. 280; HOFMANN, S. 22 N. 7; s. auch vorn, S. 62, 72; hinten S. 95, 98, 115.

<sup>373</sup> REY, Syst. Teil N. 82. – Vgl. BGE 106 II 333 ff. – Hierunter fallen die Tatbestände der Lieferung von Material und Arbeit (Art. 837 I Ziff. 3 ZGB); dazu hinten, S. 84 f.

<sup>374</sup> Hierunter fällt der Tatbestand der bloßen Lieferung von Arbeit (Art. 837 I Ziff. 3 ZGB); dazu hinten, S. 85 f.

<sup>375</sup> HOFMANN, S. 24., SCHNEEBELI, S. 63 ff.; LANG, S. 11.

direkt zum *Gegenstand* haben können. Es genügt aber umgekehrt auch, wenn die Bauleistungen Bauten oder andere Werke lediglich *teilweise* betreffen, indem der Bauhandwerker an deren Erstellung bloß mitwirkt oder daran nur Reparatur- oder Erweiterungsarbeiten ausführt. Es werden somit nicht nur Bauleistungen im Zusammenhang mit Neubauten geschützt<sup>376</sup>.

2. Der Begriff «Bauten oder andere Werke» wird zu Recht sehr weit gefaßt<sup>377</sup>. Darunter sind nicht nur Gebäude zu verstehen, sondern alles, was mit Hilfe der Technik oberirdisch oder unterirdisch mit dem Boden verbunden wird<sup>378</sup>. Demzufolge fallen unter diesen Begriff Bauwerke irgendwelcher Art, die Bestandteile eines Grundstückes bilden. Im einzelnen kommen etwa in Betracht:

Neubauten, Umbauten, Brücken, Dämme, Straßen, Weganlagen, Gartenanlagen, Wasserwerke, Kanäle, Tunnels, Eisenbahnen, Leitungen usw.<sup>379</sup>. Als Werk gelten aber auch die im Zusammenhang mit einem Bau vorzunehmenden Erdarbeiten, wie Ausgrabungen, Terrassierungen, Entsumpfungen usw.<sup>380</sup>.

## C. Geschützte Bauleistungen im einzelnen

### 1. Lieferung von Material und Arbeit

a) Gemäß Art. 837 I Ziff. 3 ZGB ist u.a. die Lieferung von *Material und Arbeit* pfandrechts geschützt. Solche Bauleistungen werden üblicherweise im Rahmen eines *Werklieferungsvertrages*<sup>381</sup> erbracht. Bei dieser Vertragsart verpflichtet sich der Unternehmer nicht nur zur Herstellung eines Werkes (Arbeitsleistung), sondern – entgegen der dispositiven gesetzlichen Regelung von Art. 365 I OR – auch zur Lieferung des für dessen Herstellung notwendigen Materials. Im Baugewerbe entspricht es geradezu einer Usanz, daß der Baustoff nicht vom Besteller,

<sup>376</sup> LEEMANN, Art. 837 N. 53; SCHNEEBELI, S. 64 ff.; ferner ProtExpKom, S. 295 ff.

<sup>377</sup> LEEMANN, Art. 837 N. 49; HAAB, Art. 667 N. 14.

<sup>378</sup> MEIER-HAYOZ, Art. 667 N. 30; HOFMANN, S. 24.

<sup>379</sup> MEIER-HAYOZ, Art. 675 N. 2; LEEMANN, Art. 837 N. 50; ROSSEL/MENTHA, III, S. 172; HOFMANN, S. 24; SCHNEEBELI, S. 64 f.; SCHUMACHER, Nr. 83; BGE 76 II 138.

<sup>380</sup> LEEMANN, Art. 837 N. 51; ROSSEL/MENTHA, III, S. 172; SJZ 1914/15, S. 43.

<sup>381</sup> Vgl. GAUCH, N. 32; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 363 N. 20; GAUTSCHI, Vorbem. zu Art. 363–379 N. 14 a ff.; HOFMANN, S. 23; LANG, S. 11; BGE 103 II 35, 72 II 349; ZR 1980 Nr. 12, S. 22 f.

sondern vom Unternehmer zu beschaffen ist<sup>382</sup>; dies kommt in Art. 10 und 12 der SIA-Norm 118 deutlich zum Ausdruck.

b) Das Pfandrecht kann freilich nur dann geltend gemacht werden, wenn die geschuldete Werklieferung auch tatsächlich erfolgt und zum Bestandteil des Baugrundstückes geworden ist<sup>383</sup>. Der Eintritt der *Akzession* ist damit eine der entscheidenden und unabdingbaren Voraussetzungen zur Realisierung des Bauhandwerkerpfandrechtes<sup>384</sup>. Ist das Werk zwar bereits hergestellt, wird es aber mit dem Grundstück nicht dauernd verbunden, entfällt der Pfandrechtsschutz nach der *ratio legis*<sup>385</sup>.

c) Beim gelieferten Material spielt es in diesem Zusammenhang keine Rolle, ob es aus vertretbaren oder unvertretbaren Sachen besteht. Wesentlich ist vielmehr, daß es durch den pfandrechtsberechtigten Gläubiger eingebaut wird (*Arbeitsleistung*)<sup>386</sup>.

d) Als typische *Beispiele*<sup>387</sup> für die Lieferung von Material und Arbeit seien erwähnt:

- Erstellung eines Rohbaues, eines Fabrikneubaues, einer Heizanlage, Mauer usw. unter gleichzeitiger Lieferung des entsprechenden Werkstoffes.
- Hausanstrich unter Lieferung der Farbe.
- Errichtung des Dachstockes unter Lieferung des erforderlichen Materials.

## 2. Lieferung von Arbeit

a) Die zweite typische Art der Bauleistung, welche nach dem Gesetzeswortlaut gesichert ist, besteht in der Erbringung von *manueller oder maschineller Arbeit* auf dem Baugrundstück<sup>388</sup>. Es handelt sich dabei um jene Bautätigkeit, welche im Rahmen eines gewöhnlichen *Werkvertrages*<sup>389</sup> erbracht wird. Die unter diesem Titel pfandrechtsgeschützten Leistungen lassen sich in zwei Kategorien einteilen:

<sup>382</sup> GAUCH, N. 24.

<sup>383</sup> Von der Geltendmachung des Pfandrechtes ist die Frage nach der Eintragungsmöglichkeit scharf zu trennen; dazu hinten, S. 152 ff.

<sup>384</sup> BGE 105 II 264 ff., 72 II 350; LEEMANN, Art. 837 N. 43; LIVER, ZBJV 1981, S. 116.

<sup>385</sup> BJM 1981, S. 138; ZR 1928 Nr. 57; LIVER, ZBJV 1981, S. 116.

<sup>386</sup> Zum Sonderfall der individuellen Herstellung einzelner Bauteile vgl. hinten, S. 86 ff.

<sup>387</sup> Vgl. SCHUMACHER, Nrn. 45 ff.

<sup>388</sup> Vgl. LEEMANN, Art. 837 N. 38 f. – Der manuellen Arbeit wird die maschinelle gleichgestellt: SJZ 1952, S. 238, 1935/36, S. 286, ZBGR 1935, S. 189.

<sup>389</sup> Art. 363 ff. OR. Dazu die Darstellung von GAUCH sowie die Kommentare von GAUTSCHI und OSER/SCHÖNENBERGER.

- In erster Linie sind jene Arbeiten hervorzuheben, für welche naturgemäß kein Material erforderlich ist. Dazu zählen etwa die Besorgung des Aushubes oder der Abbruch eines Gebäudes.<sup>389a</sup>
- Daneben fallen hierunter jene Arbeitsvorgänge, bei welchen das Material vom Bauherrn oder von dritter Seite zur Verfügung gestellt wird. Dazu gehören z.B. die bloße Verlegung von Armierungseisen, das bloße Anschlagen von Fenstern und Türen usw.

b) Der Pfandrechtsschutz kann nur für solche Arbeiten beansprucht werden, welche in einer *unmittelbaren physischen Einwirkung auf das Grundstück* bestehen. Die pfandrechtsgeschützten Leistungen müssen sich in irgendeiner Weise auf dessen *äußere Gestalt* auswirken. Erst der Vollzug dieser Arbeiten am Grundstück selber berechtigt zur Geltendmachung des Bauhandwerkerpfandrechtes<sup>390</sup>.

### *3. Lieferung, aber nicht persönlicher Einbau einer individuell hergestellten Sache*

#### a) Einbau durch Werklieferanten oder Dritten

Liefert jemand Material, das er für einen bestimmten Bau individuell hergestellt hat, so wird dem Werklieferanten der Pfandrechtsanspruch dann gewährt, wenn die Sache auch tatsächlich zum Bestandteil des Grundstückes geworden ist. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Werklieferant selber oder ein Dritter den Einbau vorgenommen hat<sup>391</sup>.

#### b) Einbau unterbleibt

Umstritten ist indessen, ob der Pfandrechtsschutz zugunsten des Werklieferanten der individuell hergestellten Sache auch dann besteht, wenn deren Einbau unterbleibt. Dazu ist folgendes auszuführen:

<sup>389a</sup> Vgl. z.B. SJZ 1961, S.367 (Baggeraushub).

<sup>390</sup> Vgl. LEEMANN, Art.837 N.43.

<sup>391</sup> BGE 105 II 264 ff. (vorfabrizierte Garagen), 104 II 348 ff. (Frischbeton; dazu STEINAUER, BR 1980, S.26 f. ), 103 II 33 ff. (Lieferung von speziell zugeschnittenen und gebogenen Armierungseisen), 97 II 212 (Lieferung von Frischbeton), 72 II 350; ZR 1981 Nr.18; s.a. BJM 1967, S.280; SJZ 1971, S.59; LEEMANN, Art.837 N.43, 39; WIELAND, Art.837 N.7b; HOFMANN, S.23 f.; SCHNEEBELI, S.51 ff.; TUOR/SCHNYDER, S.653. – Betr. gemischte Lieferungen vgl. S.93.



Liefert jemand *Material*, das er *für einen bestimmten Bau individuell hergestellt* hat, wird es aber mit dem betreffenden Bauwerk nicht verbunden, so behält es seine rechtliche Selbständigkeit als Fahrnis. Stellt man auf den Versionsgedanken ab, so muß hier der Pfandrechtsschutz verneint werden<sup>392</sup>. SCHUMACHER<sup>393</sup> ist indessen der Auffassung, daß das Gesetz in diesem Zusammenhang nicht wörtlich ausgelegt werden dürfe. Das ZGB liebe eine volksnahe, oft kernige Sprache und sei der pedantischen Übergenauigkeit abhold. Aufgrund einer sinngemäßen Auslegung besitze somit auch der Unternehmer, welcher auf den bereits hergestellten Bestandteilen sitzen bleibe, Anspruch auf das Bauhandwerkerpfandrecht. Diese weitherzige Auslegung des Gesetzes steht aber im Widerspruch zur herrschenden Lehre und Rechtsprechung. Sowohl LEEMANN<sup>394</sup> als auch WIELAND<sup>395</sup> verlangen, daß das gelieferte Material dem Bau als Bestandteil auch tatsächlich eingefügt werde. Das Bundesgericht sagt im Entscheid BGE 103 II 33 ff. nichts Gegenteiliges<sup>395a</sup>. Es stellt dort (S.35) lediglich fest, die Anspruchsberechtigung setze nicht voraus, daß der Werklieferant die hergestellte Sache auch *selber* einbaue. Demgegenüber erklärte es in BGE 72 II 350 unmißverständlich, daß die Voraussetzung zur Geltendmachung des Bauhandwerkerpfandrechtes erst mit dem vollzogenen Einbau erfüllt sei; dieser müsse aber nicht durch den Hersteller selber erfolgen. Es ist zuzugeben, daß die extensive Gesetzesinterpretation SCHUMACHERS den Interessen des Baugewerbes stark entgegenkommt. Indessen darf nicht übersehen werden, daß sich die Gesetzesauslegung an der ratio legis zu orientieren hat. Der Versionsgedanke verbietet es aber, den Baugläubigerschutz auf Leistungen auszuweiten, welche nicht zum Bestandteil des Bauwerkes geworden sind<sup>396</sup> und damit dem Grundeigentümer nicht zum Vorteil ge-

<sup>392</sup> So richtig ZR 1928 Nr.57; ZBGR 1956, S.222; s.a. ZR 1955 Nr.28; s. nun auch BJM 1981, S.138.

<sup>393</sup> SCHUMACHER, Nr.42.

<sup>394</sup> LEEMANN, Art.837 N.38f., 43.

<sup>395</sup> WIELAND, Art.837 N.7b.

<sup>395a</sup> Im gleichen Sinne nun auch BGE 105 II 267.

<sup>396</sup> Man denke auch an den Fall, in dem der Unterakkordant die entsprechenden Werkteile angefertigt und dem Direktakkordanten abgeliefert hat; dieser als nunmehriger Eigentümer unterläßt es, die individuell hergestellten Werkteile einzubauen und fällt in Konkurs. Damit bilden sie Gegenstand seiner Konkursmasse. Hier wird besonders deutlich, daß es nicht angeht, auch in solchen Fällen das Bauhandwerkerpfandrecht geltend zu machen, zumal zugunsten des Grundeigentümers überhaupt keine Vermögensverschiebung eingetreten ist.

reichen. Sicher wird es einem Lieferanten individuell hergestellter Gegenstände schwerfallen, diese bei Nichteinfügung in das Bauwerk wieder zurückzunehmen und anderweitig zu verwenden. Allein, dieses Risiko trägt nicht bloß der Hersteller und Lieferant von individuellem Baumaterial, sondern jeder Werklieferant<sup>397</sup>. Es kommt dazu, daß auch der Verkäufer von individuell hergestelltem Baumaterial mit dem Besteller einen *Eigentumsvorbehalt* vereinbaren kann, welcher bis zum erfolgten Eintritt der Akzession wirksam ist. Aus diesen Überlegungen folgt, daß dem Werklieferanten von individuell hergestelltem Baumaterial das Pfandrechtsprivileg dann zu verweigern ist, wenn keine Einfügung in das Bauwerk stattgefunden hat<sup>398</sup>. Andernfalls läge eine unzulässige Ausweitung der ratio legis vor, was angesichts des Umstandes, daß es sich beim Bauhandwerkerpfandrecht um eine Eigentumsbeschränkung handelt, zu mißbilligen wäre.

## D. Nicht geschützte Bauleistungen

### 1. Fälle fehlender Akzession

#### a) Fahrnisbauten

Wird auf einem Grundstück eine *Fahrnisbaute* (Art. 677 ZGB) errichtet, so wird diese begriffsnotwendig nicht zum Bestandteil des Grundstückes. Aus diesem Grunde kann für deren Erstellung auch kein Bauhandwerkerpfandrecht beansprucht werden<sup>399</sup>.

#### b) Zugehör

Keinen Pfandrechtsanspruch hat auch jener Baugläubiger, welcher für ein Grundstück *Zugehör* (Art. 644/645, 805 ZGB) individuell herstellt und liefert. Diese bewirkt keine Akzession; bei ihr handelt es sich stets um eine *selbständige bewegliche*

<sup>397</sup> Dies hängt mit der Eigenart des Werkvertrages zusammen. Wenn sich z.B. ein Zahntechniker zur Herstellung einer Zahnprothese verpflichtet, wird es diesem genau so schwer fallen, sie für einen anderen Kunden zu verwenden.

<sup>398</sup> So auch ZR 1928 Nr. 57.

<sup>399</sup> BGE 105 II 264 ff., 92 II 230 ff.; ZBJV 1965, S. 406 f.; ZR 1928 Nr. 57; ZBGR 1967, S. 224 = LuzMax XI, 1965, S. 425; ZBGR 1967, S. 268 ff. = SJZ 1967, S. 76; LEEMANN, Art. 837 N. 52; MEIER-HAYOZ, Art. 677 N. 20; LIVER, ZBJV 1968, S. 25 ff.; TUOR/SCHNYDER, S. 653; SCHUMACHER, Nr. 98; HOFMANN, S. 24. Zum Begriff der Fahrnisbaute im einzelnen vgl. MEIER-HAYOZ, Art. 677 N. 4 ff.; LIVER, SPR V/1, S. 191 f.

*Sache*, über welche gesondert verfügt werden kann<sup>400</sup>. Insbesondere ist es zulässig, an gelieferter Zugehör einen *Eigentumsvorbehalt* zu bestellen<sup>401</sup>. Betrachtet man die Gesetzesmaterialien, so stellt man fest, daß die fehlende Möglichkeit der Bestellung eines Eigentumsvorbehaltes infolge der Eigenart der Bauleistung einer der Hauptgründe war, die zur Einführung des Bauhandwerkerpfandrechtes geführt haben<sup>402</sup>. Da sich aber der Baugläubiger bei der Lieferung von Zugehör mit einem solchen absichern kann<sup>403</sup>, besteht kein Anlaß, auch für derartige Bauleistungen den gesetzlichen Pfandrechtsschutz zu gewähren. Der Umstand allein, dass die Verfügung über die Hauptsache normalerweise auch jene über die Zugehör in sich schließt, vermag – entgegen der Ansicht SCHUMACHERS – den Pfandrechtsschutz nicht zu rechtfertigen<sup>404</sup>. Auch kann dem weiteren Argument SCHUMACHERS, wonach der Grundpfandgläubiger bei der Negierung des Pfandrechtsanspruches für die Lieferung von Zugehör der «lachende Dritte» wäre, nicht beigespflichtet werden<sup>405</sup>, da der Eigentumsvorbehalt auch dem gutgläubig erworbenen Grundpfandrecht vorgeht<sup>406</sup>. Für ein Wahlrecht des Baugläubigers zwischen Eigentumsvorbehalt und Bauhandwerkerpfandrecht fehlt es an den erforderlichen gesetzlichen Grundlagen<sup>407</sup>. Da der Hersteller von Zugehör die Möglichkeit hat, sich einen Eigentumsvorbehalt einräumen zu lassen, ist er auf den Pfandrechtsschutz somit gar nicht angewiesen<sup>408</sup>.

## 2. Intellektuelle Bauleistungen

Geistige Arbeitsleistungen, welche regelmäßig aufgrund eines *einfachen Auftrages* (Art. 394 ff. OR) erbracht werden, sind nach

<sup>400</sup> MEIER-HAYOZ, Art. 644/645 N. 8 ff. mit weiteren Belegen.

<sup>401</sup> MEIER-HAYOZ, Art. 644/645 N. 70 ff.; BGE 76 II 28, 60 II 195, 56 II 186; ZBGR 1925, S. 325; SJZ 1913/14, S. 93.

<sup>402</sup> Dazu vorn, S. 29.

<sup>403</sup> HAAB/SCHERRER, Art. 715/716 N. 43; HOFMANN, S. 24.

<sup>404</sup> SCHUMACHER, Nr. 93.

<sup>405</sup> SCHUMACHER, Nr. 94.

<sup>406</sup> Art. 805 III ZGB; MEIER-HAYOZ, Art. 644/645 N. 72 mit weiteren Belegen; BGE 64 II 87, 60 II 195 ff.; a.M. LEEMANN, Art. 644/645 N. 45, Art. 805 N. 79 ff.; LIVER, SPR V/1, S. 41 f.; HAAB, Art. 644/645 N. 25; HAAB/SCHERRER, Art. 715/716 N. 133.

<sup>407</sup> BJM 1981, S. 128; ZR 1928 Nr. 57; HOFMANN, S. 24; a.M. SCHUMACHER, Nr. 96; LANG, S. 14.

<sup>408</sup> Vgl. HOFMANN, S. 24; BJM 1981, S. 128.

Lehre und Rechtsprechung vom Schutz des Bauhandwerkerpfandrechtes ausgeschlossen<sup>409</sup>. Davon wird vor allem die *plane-rische und bauleitende Tätigkeit* des *Architekten* und *Bauingenieurs* betroffen. Die ablehnende Haltung wird namentlich mit der Eigenart dieser Bauleistungen begründet. Das Bundesgericht<sup>410</sup> betont, daß es sich bei der Arbeit des *Architekten*, welche in der Anfertigung von Plänen sowie in der Bauaufsicht bestehe, nicht um eine Arbeit handle, welche nach ihrer Vollendung mit dem Bau körperlich verbunden sei wie die Bauleistungen der Handwerker und Unternehmer. Nach seiner sozialen Stellung gegenüber dem Bauherrn erscheine der Architekt des mit Art. 837/841 ZGB bezweckten Schutzes nicht oder jedenfalls nicht in dem Maße bedürftig wie der Bauhandwerker und Unternehmer<sup>411</sup>. Auch aufgrund der Materialien sei erwiesen, daß er vom Pfandrechtsschutz bewußt ausgeschlossen worden sei. Der Pfandrechtsschutz könnte im übrigen auch dann nicht gewährt werden, wenn man den Architektenvertrag nicht den Normen des einfachen Auftrages, sondern jenen des Werkvertrages unterstellen würde. Eine Ausdehnung des Bauhandwerkerpfandrechtes zugunsten des Architekten sei nur über eine Gesetzesrevision möglich. Dieser Auffassung ist de lege lata zuzustimmen. Sie steht auch in Einklang mit der hier vertretenen These, wonach der Pfandrechtsschutz eine physische Einwirkung auf das Grundstück voraussetzt. Ob aber eine *Reform* am Platz ist, wird noch zu prüfen sein<sup>412</sup>.

<sup>409</sup> BGE 65 II 1; ZR 1939 Nr. 139, 1933 Nr. 25; ZBGR 1956, S. 59; SJZ 1932/33, S. 334; ZBJV 1940, S. 530; LEEMANN, Art. 837 N. 42; WIELAND, Art. 837 N. 7b; RASCHEIN, BLSchK 1972, S. 34 bzgl. Architekt; GIOVANOLI, BLSchK 1970, S. 38; PEDRAZZINI, SPR VII/1, S. 537 N. 21; GAUTSCHI, Vorbem. zu Art. 363–379 N. 12; HOMBERGER/MARTI, SJK Nr. 638 III; SCHNEEBELI, S. 53; HOFMANN, S. 23; REBER, S. 95 [mit Hinweis auf einen unveröffentlichten Rekursentscheid des Obergerichtes ZH vom 1.11.1973]; TUOR/SCHNYDER, S. 653; SCHUMACHER, Ntn. 71 ff.; STAHEL, S. 26; LANG, S. 11; kritisch LEHNER, SJZ 1961, S. 133 ff.; a.M. RASCHEIN, BLSchK 1972, S. 34, bzgl. Bauingenieur (Statik, Stahlkonstruktionen); K. DÜRR, Der Werkvertrag, 2. Aufl., Bern 1966, S. 29. – Nach Art. 15/16 BG über die Verbesserung der Wohnverhältnisse in Berggebieten vom 20.3.1970 (SR 844.0) steht u.a. den *Architekten ein gesetzliches Forderungspfandrecht an den Staatsbeiträgen* zu (vgl. ZOBL, Syst. Teil N. 490).

<sup>410</sup> BGE 65 II 1 ff.; vgl. auch Botschaft, S. 81.

<sup>411</sup> So auch SCHNEEBELI, S. 54.

<sup>412</sup> Dazu hinten, S. 99.

### 3. *Materiallieferungen*

Bereits aufgrund des Gesetzeswortlautes ergibt sich deutlich, daß *reine Materiallieferungen*, die aufgrund eines *Kaufvertrages* erfolgen, vom Pfandrechtsschutz *ausgeschlossen* sind<sup>413</sup>. Dazu gehören namentlich die *Lieferungen vertretbarer Sachen*, welche durch den betreffenden Lieferanten als Serien- und Normprodukte auf Vorrat hergestellt und vertrieben werden<sup>414</sup>. Als Beispiele sind etwa die Lieferung von Backsteinen, Zement, genormten Türen und Fenstern, Norm-Garagen, serienmäßig hergestellten Maschinen, Apparaten usw. zu nennen. Demgegenüber wird der Pfandrechtsschutz dann gewährt, wenn der Lieferant die entsprechenden Produkte mit dem Baugrundstück so in Verbindung bringt, daß sie zu dessen Bestandteil werden. Dann liegt die Lieferung von Material und Arbeit im Rahmen eines Werklieferungsvertrages vor<sup>415</sup>. Eine Ausnahme ist auch dann gegeben, wenn der Lieferant die Sache individuell hergestellt hat, der Einbau aber durch einen Dritten vorgenommen wird<sup>416</sup>. Den reinen Materiallieferungen ist der sogenannte *Kauf mit Montageverpflichtung* gleichzustellen<sup>417</sup>.

### 4. *Vorbereitungs- und Unterhaltsarbeiten*

#### a) Grundsatz

Unterhalts- und Vorbereitungsarbeiten, welche weder eine Akzession noch eine unmittelbare physische Einwirkung auf die äußere Gestalt des Grundstückes zur Folge haben, sind nach herrschender Lehre und Rechtsprechung nicht pfandrechtsge-

<sup>413</sup> BGE 105 II 264 ff., 103 II 33 ff., 97 II 212, 72 II 350, 53 II 473; ZR 1981 Nr. 18; LEEMANN, Art. 837 N. 38; TUOR/SCHNYDER, S. 653; SCHUMACHER, Nrn. 51 ff. (mit Beispielen); HOFMANN, S. 23 ff.; SCHNEEBELI, S. 48 ff.; LANG, S. 11.

<sup>414</sup> SCHUMACHER, Nrn. 51 ff.; TUOR/SCHNYDER, S. 653; REBER, S. 96; HOFMANN, S. 24; ZR 1981 Nr. 18. Betr. gemischter Lieferungen vgl. S. 93.

<sup>415</sup> Dazu vorn, S. 85.

<sup>416</sup> Dazu vorn, S. 86.

<sup>417</sup> Zum sogen. Kauf mit Montagepflicht, der sich aus einem Kaufvertrag über die Lieferung einer fertigen Sache und einem werkvertraglichen Element, wonach der Verkäufer verpflichtet ist, die gelieferte Sache zu montieren, zusammensetzt, vgl. GAUCH, N. 36 ff.; ZBJV 1923, S. 305 ff.; LuzMax X, 1951, S. 12 f.; ZR 1933 Nr. 122, 1926 Nr. 82. Der Grund des fehlenden Pfandrechtsschutzes liegt darin, daß die Sachlieferung gegenüber der geschuldeten Arbeit (Montage) überwiegt (vgl. GAUCH, N. 38; ZR 1980 Nr. 12 S. 23).



schützt<sup>418</sup>. Diese Auffassung steht in Einklang mit dem Versionsgedanken. Demzufolge können weder Transportunternehmen noch Reinigungsinstitute das Bauhandwerkerpfandrecht für ihre Leistungen beanspruchen.

#### b) Ausnahme

Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Vorbereitungs- bzw. Unterhaltsarbeiten durch einen an sich pfandgeschützten Baugläubiger erbracht werden und im Verhältnis zu dessen pfandrechtsgeschützter Hauptleistung bloß nebensächlicher Art sind. Aus Praktikabilitätsgründen ist es dann gerechtfertigt, die erwähnten Nebenleistungen in die Pfanddeckung einzubeziehen<sup>419</sup>.

### E. Grenzfälle: Gemischte Bauleistungen

#### 1. Problem

In der Praxis zeigt sich häufig, daß pfandrechtsgeschützte Bauleistungen mit solchen kombiniert sind, für welche an sich kein Pfandrechtsanspruch besteht; sie sind aber aufgrund eines *einzi-gen Vertrages* als einheitliche *Gesamtleistung* zu erbringen. Dabei wird für die vorliegenden Überlegungen vorausgesetzt, daß die nicht pfandrechtsgeschützten Leistungen nicht bloß nebensächlicher Art<sup>420</sup> sind, sondern daß sie sich – wirtschaftlich betrachtet – als wesentlich erweisen.

Während die an sich nicht pfandgeschützte Lieferung von vertretbarem Material in Verbindung mit einer Arbeitsleistung schon aufgrund des Gesetzeswortlautes Pfandrechtsschutz erhält, erhebt sich die Frage, wie jene andern Bauleistungen zu behandeln sind, die neben eine pfandrechtsgeschützte Bauleistung treten. Das Problem stellt sich hauptsächlich dann, wenn der Baugläubiger neben eigentlichen werkvertraglichen Leistungen auch

<sup>418</sup> LEEMANN, Art. 837 N. 40, 53; WIELAND, Art. 837 N. 7b; SCHUMACHER, Nr. 68; HOFMANN, S. 23 f.; STAHEL, S. 26; BGE 97 II 216; SJZ 1951, S. 95; ZBGR 1956, S. 222 ff., 1947, S. 17; ZR 1925 Nrn. 214/215; a. M. SCHNEEBELI, S. 53; ZR 1930, S. 126 (Gerüst).

<sup>419</sup> BGE 97 II 216 (der Pfandrechtsschutz wird sogar dann gewährt, wenn die entsprechenden Vorbereitungsarbeiten nicht durch den Baugläubiger selber, sondern durch einen Unterakkordanten [der selber aber nicht pfandrechtsberechtigt ist] ausgeführt werden); ZR 1981 Nr. 18 (Öllieferung für die Rohbauheizung und Rohbauaustrocknung durch den Baumeister als Nebenleistung); ZR 1980 Nr. 12; vgl. auch LEEMANN, Art. 837 N. 41; HOFMANN, S. 24; SCHUMACHER, Nrn. 65 ff.; DERSELBE, BR 1981, S. 18.

<sup>420</sup> Dazu oben lit. b.



noch solche planerischer und bauleitender Art (vorwiegend Architekten- und Ingenieurtätigkeit) oder Lieferungen vertretbarer Sachen<sup>420a</sup> zu erbringen hat. Derartige Kombinationen verschiedenster Arbeitsgattungen kommen vor allem beim Totalunternehmer- und Generalunternehmervertrag vor.

## 2. Beim Totalunternehmervertrag

a) Die Tätigkeit des Totalunternehmers ist dadurch gekennzeichnet, daß diesem neben den *Planungsarbeiten* (Projektierung) auch die *gesamte Ausführung* (Bauleitung und Erstellung) eines Bauwerkes obliegt<sup>421</sup>. Aus dieser Definition erhellt, daß der Totalunternehmer eine Gesamtheit von verschiedenartigen Arbeitsleistungen zu erbringen hat, welche üblicherweise auf verschiedene Unternehmer aufgeteilt sind und aufgrund verschiedener Vertragstypen geschuldet werden<sup>422</sup>. Dazu gehören auch Arbeiten, welche als solche nicht pfandrechtsgeschützt sind. Hervorzuheben sind namentlich die Bauleistungen planerischer und bauleitender Art, insbesondere die dem Totalunternehmervertrag inhärente *Architektur- und Ingenieurverpflichtung*<sup>423</sup>. Zu den nicht pfandrechtsgeschützten Leistungen zählen ferner die im entsprechenden Gesamtpreis enthaltenen Aufwendungen für Risikoprämien, Versicherungsleistungen sowie für verschiedene Gebühren<sup>424</sup>. Es stellt sich nun die Frage, ob der Totalunternehmer

<sup>420a</sup> Dazu BGE 103 II 33 ff. (gemischte Lieferung von bearbeiteten und unbearbeiteten Armierungseisen; Pfandrechtsschutz bejaht, was sehr bedenklich ist); vgl. auch SCHUMACHER, BR 1982, S. 12; ferner nachstehend S. 93 ff.

<sup>421</sup> Einzelheiten zum Totalunternehmervertrag bei GAUCH, N. 260 ff.; DERSELBE, Ein Bauwerk – Mehrere Unternehmer, ZBJV 1982, S. 65 ff.; SCHLUEP, SPR VII/2, S. 900 ff. [dort detailliertes Literaturverzeichnis]; R. SCHAUB, Der Engineeringvertrag, Rechtsnatur und Haftung, Diss. Bern 1979; RUDOLF MOSIMANN, Der Generalunternehmervertrag im Baugewerbe, Diss. Zürich 1972; B. SCHNEUWLIN, Zur Rechtsnatur des Bauvertrages, insb. des Generalunternehmervertrages, ZBGR 1980, S. 365 ff. Der Totalunternehmervertrag wird als Werkvertrag bzw. gemischter Vertrag aufgefaßt (SCHLUEP, SPR VII/2, S. 905; GAUCH, N. 263; DERSELBE, SJZ 1976, S. 155; PEDRAZZINI, SPR VII/1, S. 508; SCHAUB, a.a.O., S. 119 f.; BGE 97 II 66 ff., 29 II 539; ZR 1980 Nr. 80; SIA-Norm 118, Art. 33 IV). Bzgl. Deutschland vgl. GROSS, S. 32. – Als Total- oder Generalunternehmer können auch sogen. *Baukonsortien* (einfache Gesellschaften), die sich aus verschiedenen baugewerblichen Betrieben zusammensetzen, auftreten (vgl. HANNES MÜLLER, Die Arbeitsgemeinschaft. Rechtliche Struktur der ARGE des Baugewerbes, Zürich 1981; WIDMER, Gewerbliche Rundschau, 1970, S. 29 ff.; GAUCH, N. 269 ff.; DERSELBE, ZBJV 1982, S. 87 ff.) Für sie gelten mit Bezug auf das Bauhandwerkerpfandrecht die gleichen Grundsätze, wie sie für den Total- bzw. Generalunternehmer darzulegen sind.

<sup>422</sup> Vgl. GAUCH, N. 250.

<sup>423</sup> SCHLUEP, SPR VII/2, S. 902; GAUCH, N. 260.

<sup>424</sup> MOSIMANN, zit. N. 421, S. 163.

mer gleichwohl berechtigt sei, für die Gesamtheit der von ihm erbrachten Leistungen das Bauhandwerkerpfandrecht geltend zu machen oder ob ihm die Pflicht obliege, seine Gesamtleistung in pfandrechtsgeschützte und ungeschützte Unternehmerleistungen aufzuteilen.

b) Die Auffassungen in der *Lehre* sind geteilt. MOSIMANN, der die Fragestellung in seiner Zürcher Dissertation einer subtilen Überprüfung unterzogen hat, kommt zum Schluß, daß die Forderung nur soweit pfandgesichert sei, als sie für eigentliche Unternehmerleistungen im Sinne des Art. 837 I Ziff. 3 ZGB geschuldet werde; andere Leistungen, wie Bauplanung oder Bauführung, seien dagegen eindeutig ausgeschlossen. Aus diesem Grunde sei es dem Totalunternehmer versagt, die gesamte vereinbarte Pauschale durch ein Bauhandwerkerpfandrecht sicherstellen zu lassen. Er begründet dies vorwiegend damit, daß andernfalls die Voraussetzungen des Privilegs leicht umgangen werden könnten<sup>425</sup>. GAUTSCHI spricht dem Total- bzw. Generalunternehmer den Anspruch auf Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts generell ab. Er macht geltend, daß es sich beim Generalunternehmensvertrag nicht um einen Werkvertrag, sondern um einen *Kauf einer künftigen Sache* bzw. um einen *einfachen Auftrag* handle<sup>426</sup>.

Anderer Meinung ist indessen SCHUMACHER<sup>427</sup>. Nach diesem Autor ist der Totalunternehmer berechtigt, für die Gesamtheit seiner Leistungen das Bauhandwerkerpfandrecht zu beanspruchen. Er begründet dies hauptsächlich damit, daß es sich beim Totalunternehmervertrag um einen einheitlichen *Werkvertrag* handle, weshalb sich eine Spaltung des Werkpreises in pfandberechtigte und nichtberechtigte Teilbeträge erübrige<sup>428</sup>. Ferner weist er auf die werkvertragliche Erfolgshaftung beim Totalunternehmensvertrag hin<sup>429</sup>. Schließlich hält er fest, daß eine Aussonderung pfandberechtigter und nicht pfandberechtigter Leistungen mit unüberwindbaren praktischen Schwierigkeiten verbunden wäre<sup>430</sup>.

<sup>425</sup> MOSIMANN, zit. N. 421, S. 162 f.

<sup>426</sup> GAUTSCHI, Vorbem. zu Art. 363–379 N. 18, Art. 363 N. 15e. Diese Auffassung wird in der übrigen Lehre grundsätzlich abgelehnt (Nachweise sub N. 421, insbes. SCHLUEP, SPR VII/2, S. 905 N. 23; ferner REBER, S. 19 f.).

<sup>427</sup> SCHUMACHER, Nrn. 75–82; PEDRAZZINI, SPR VII/1, S. 537 N. 21; zustimmend DREHER, S. 9; LANG, S. 11.

<sup>428</sup> SCHUMACHER, Nr. 78; s. auch GAUCH, N. 253, 257; BGE 97 II 69, 94 II 162.

<sup>429</sup> Art. 367/368 OR; SCHUMACHER, Nr. 79.

<sup>430</sup> SCHUMACHER, Nr. 80.

Das *Zürcherische Obergericht* hat sich in einem Entscheid vom 14. Februar 1980 den Argumenten SCHUMACHERS angeschlossen<sup>431</sup>.

c) Meines Erachtens ist – von der Argumentation her betrachtet – weder die Auffassung GAUTSCHIS noch jene SCHUMACHERS zutreffend. Beide Autoren argumentieren hauptsächlich unter *vertragstypologischen Gesichtspunkten*; sie sind sich darüber einig, daß Forderungen aus Werkverträgen pfandrechtsgeschützt sind, während Ansprüchen aus einfachem Auftrag bzw. Kaufvertrag dieser Schutz versagt bleibt. Deshalb behauptet der eine Autor einfach, es handle sich bei der Pauschale des Totalunternehmers um Werklohn (SCHUMACHER), während der andere die Ansprüche des Totalunternehmers ausschließlich aus Auftrags- bzw. Kaufvertragsrecht ableitet (GAUTSCHI). Wie aber das Bundesgericht bereits im Entscheid BGE 65 II 1 zu Recht klargestellt hat, ist die *Bauleistung* als solche und *nicht die Vertragsart*, welche jener zugrunde liegt, das maßgebende Kriterium für den Baugläubigerschutz<sup>432</sup>. Das schweizerische Bauhandwerkerpfandrecht knüpft direkt an die Art der Bauleistung und nicht an den Vertragstyp, der dieser zugrunde liegt, an<sup>433</sup>. Aus dieser Perspektive erweist sich eine Ausdehnung des Pfandrechtsschutzes auf nicht pfandrechtsgeschützte Leistungen als unzulässig. Aber auch die weiteren von SCHUMACHER vorgebrachten Argumente vermögen nicht zu überzeugen. Die Zerlegung der Pauschale des Totalunternehmers in pfandrechtsgeschützte und nicht geschützte Teile bringt zwar praktische, aber keineswegs unbehebbar Schwierigkeiten mit sich; diese vermögen, da sie lösbar sind, den Pfandrechtsanspruch gewiß nicht zu begründen. Vor allem gilt es in diesem Zusammenhang zu bedenken, daß das Bauhandwerkerpfandrecht eine mittelbare Eigentumsbeschränkung darstellt, welche nach allgemeinen Grundsätzen restriktiv zu handhaben ist. Ferner ist zu beachten, daß die nicht pfandrechtsgeschützten Teile wesentliche Teilbeträge der Gesamtpauschale ausmachen können. Man denke vor allem an die Honorare für Architektur- und Ingenieurarbeiten, die sich bis auf 15% der Bausumme belaufen können<sup>434</sup>. Sehr oft werden diese Arbeiten

<sup>431</sup> ZR 1980 Nr. 80; dazu SCHUMACHER, BR 1981, S. 17; vgl. dagegen Semjud 1981, S. 100ff.

<sup>432</sup> Vgl. Erl. II, S. 280: «Nicht der mit dem Eigentümer abgeschlossene Werkvertrag, sondern die Leistung für das Werk bildet die Grundlage des Privileges.» Vgl. ferner LEEMANN, Art. 837 N. 44; vorn, S. 62, 72, 83; hinten, S. 98, 115.

<sup>433</sup> Vgl. vorn, S. 62, 72, 83; hinten, S. 98, 115.

<sup>434</sup> SCHUMACHER, Nr. 71.

überdies durch den Totalunternehmer an selbständige Architekten und Ingenieure weitervergeben. Zusammen mit MOSIMANN ist schließlich festzuhalten, daß die Gewährung des Bauhandwerkerpfandrechtes für die Gesamtpauschale des Totalunternehmers auf eine Umgehung von Art. 837 I Ziff. 3 ZGB hinausliefe<sup>435</sup>. Durch Einschlebung eines Totalunternehmers könnten dann die an sich nicht geschützten Leistungen des Architekten und Ingenieurs mittelbar gesichert werden. Daß derartige Praktiken unerwünscht sind und gegen die ratio legis verstoßen, liegt auf der Hand. Eine Vorzugsbehandlung des Totalunternehmers ist folglich nicht am Platz.

d) *Folgerungen*: Will der Totalunternehmer das Bauhandwerkerpfandrecht geltend machen, hat er seine Gesamtpauschale mit Bezug auf die verschiedenen wesentlichen Arbeitsgattungen aufzugliedern. Dies ermöglicht, pfandrechtsgeschützte Bauleistungen sauber herauszukristallisieren. Dabei ist es zulässig, an sich nicht geschützte Nebenleistungen dann einer pfandrechtsgeschützten Position zuzuweisen, wenn sie auch unabhängig von einem Totalunternehmervertrag in den Rahmen der entsprechenden Arbeitsgattung fallen.

### 3. Beim Generalunternehmervertrag

Die im Zusammenhang mit dem Totalunternehmervertrag gemachten Überlegungen gelten hier sinngemäß<sup>436</sup>.

<sup>435</sup> S. N. 425.

<sup>436</sup> Zum Generalunternehmervertrag vgl. neben den in N. 421 zit. Autoren GAUCH, N. 250 ff.; DERSELBE, SJZ 1976, S. 154 f.; WIDMER, Gewerbliche Rundschau, 1970, S. 18 ff.; REBER, S. 74 ff. Im Gegensatz zum Totalunternehmervertrag ist der Generalunternehmer nur zur vollständigen Ausführung (Erstellung und Bauleitung), nicht aber zur Projektierung verpflichtet (SCHLUEP, SPR VII/2, S. 902). Der Generalunternehmervertrag wird heute als Werkvertrag aufgefaßt (BGE 97 II 69, 94 II 162; GAUCH, N. 257; DERSELBE, SJZ 1976, S. 155; MOSIMANN, zit. N. 421, S. 76; SCHLUEP, SPR VII/2, S. 903; PEDRAZZINI, SPR VII/1, S. 508; REBER, S. 79; a. M. GAUTSCHI, zit. N. 426, der den Generalunternehmervertrag als Kauf einer künftigen Sache bzw. als einfachen Auftrag qualifiziert). – Der Generalunternehmer genießt insbes. für seine bauleitende Tätigkeit keinen Pfandrechtsschutz; gl. M. MOSIMANN, zit. N. 421, S. 163; LEE-MANN, Art. 837 N. 42; REBER, S. 95; BGE 65 II 1 (sinngemäß); unveröffentlichter Rekursentscheid des Obergerichtes des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 1. 11. 1973 [zit. bei REBER, S. 95]; a. M. SCHUMACHER, Nrn. 75 ff.; LEHNER SJZ 1961, S. 136. Vgl. auch ZR 1980 Nr. 80.

## F. Erfordernis der konkreten Wertvermehrung durch die pfandrechtsgeschützten Bauleistungen?

1. Das *Bundesgericht* hat in verschiedenen Entscheiden im Sinne einer allgemeinen Erwägung betont, dem Bauhandwerkerpfandrecht liege der Gedanke zugrunde, daß der durch das Bauen entstandene *Mehrwert* eines Grundstückes die Forderungen der Handwerker und Unternehmer, die durch ihre Leistungen zur *Wertvermehrung* beigetragen haben, sichern soll<sup>437</sup>. Mit der gleichen Argumentation hat das Zürcherische Obergericht in seinem Urteil vom 13. Februar 1980 die Verzugszinsforderung des Bauhandwerkers als pfandrechtsberechtigt anerkannt<sup>438</sup>. Wie denn auch die Entstehungsgeschichte des Bauhandwerkerpfandrechts zeigt, ist der Gedanke der Wertvermehrung mit jenem der *versio in rem* untrennbar verbunden. Es stellt sich daher die Frage, ob die Geltendmachung des Bauhandwerkerpfandrechts vom Nachweis eines *konkreten Mehrwertes* abhängt.

2. Der *Gesetzeswortlaut* erwähnt dieses Erfordernis nicht. Nach LEEMANN wird nicht vorausgesetzt, daß durch die Arbeiten der Wert des Grundstückes oder des Baues objektiv bzw. für den gegenwärtigen Eigentümer persönlich erhöht werde; dieser Gesichtspunkt sei für die Frage, ob ein Anspruch auf ein Bauhandwerkerpfandrecht bestehe oder nicht, irrelevant<sup>439</sup>. Demgegenüber fordert WIELAND, die Arbeit müsse sich unmittelbar als Werterhöhung des Baues qualifizieren<sup>440</sup>. Dieselbe Meinung teilt VOLMAR<sup>441</sup>. Auf dem gleichen Boden steht auch LIVER, der betont, daß sich die Haftung des Grundstückes nur dann rechtfertige, wenn dieses durch die Überbauung eine Wertvermehrung erfahren habe, so daß der jeweilige Eigentümer auf Kosten der Bauhandwerker, welche diesen Mehrwert geschaffen haben, bereichert wäre<sup>442</sup>. SCHUMACHER vertritt einen differenzierten Standpunkt, indem er zwar keine tatsächliche Wertvermehrung fordert, aber verlangt, daß die fraglichen Arbeiten an sich geeignet seien, eine Werterhöhung herbeizuführen<sup>443</sup>.

<sup>437</sup> Vgl. etwa BGE 103 II 35, 97 II 214f., 95 II 90, 72 II 349f.

<sup>438</sup> ZR 1980 Nr. 30.

<sup>439</sup> LEEMANN, Art. 837 N. 54.

<sup>440</sup> WIELAND, Art. 837 N. 7b.

<sup>441</sup> VOLMAR, S. 14f.

<sup>442</sup> LIVER, ZBJV 1981, S. 116, 1968, S. 27, SPR V/1, S. 192. In BGE 92 II 227 ff. wird die Frage nach dem Vorliegen eines Mehrwertes nicht geprüft, was LIVER beanstandet.

<sup>443</sup> SCHUMACHER, Nr. 100.



3. Nach der ratio legis sowie in rechtspolitischer Hinsicht ist das Bauhandwerkerpfandrecht sicher nur dann gerechtfertigt, wenn der Baugläubiger auch einen konkreten Mehrwert am pfandrechtsbelasteten Grundstück geschaffen hat. Wie nun aber die Materialien zeigen, hat der schweizerische Gesetzgeber auf die Statuierung dieses Erfordernisses verzichtet und damit die Geltendmachung des Bauhandwerkerpfandrechts nicht vom Nachweis einer konkreten Wertvermehrung abhängig gemacht. Ausländische Lösungen, welche zur Ermittlung des Mehrwertes ein Schätzungsverfahren voraussetzen, haben sich bekanntlich auch nicht bewährt<sup>444</sup>. Würde man zudem am Erfordernis des Nachweises eines Mehrwertes festhalten, so würden bestimmte Bauarbeiten vom Pfandrechtsschutz ausgeschlossen; so u.U. der Aushub oder der Abbruch eines Gebäudes. Aus all diesen Gründen ist an der bereits von LEEMANN vertretenen, mit Gesetz und Materialien in Einklang stehenden Auffassung festzuhalten, wonach für die Geltendmachung des Bauhandwerkerpfandrechts weder ein objektiver noch ein subjektiver Mehrwert nachgewiesen werden muß<sup>445</sup>. Etwas anderes gilt freilich im Zusammenhang mit Art. 841 ZGB (Anfechtungsrecht)<sup>446</sup>.

### **G. Rechtsverhältnis, aufgrund dessen die Bauleistung erbracht wird**

Die Frage nach dem Rechtsgrund, welcher der Bauleistung zugrundeliegt, wird im Zusammenhang mit der Pfandforderung geprüft. Die Vertragsart ist jedenfalls nicht entscheidend<sup>447</sup>.

### **V. Würdigung**

Würdigt man die vorstehenden Ausführungen über die *bau-pfandberechtigten Personen* nach dem geltenden Recht, so ergeben sich folgende Feststellungen:

<sup>444</sup> Bzgl. Frankreich, s. vorn, S. 59 ff.

<sup>445</sup> Zweifellos werden die meisten Bauarbeiten geeignet sein, zur Schaffung eines Mehrwertes beizutragen, wie SCHUMACHER, Nr. 100 fordert. Auch kann man sich kaum Bauleistungen vorstellen, denen an sich kein Vermögenswert zukommt.

<sup>446</sup> Dazu hinten, S. 175 ff.

<sup>447</sup> Dazu S. 62, 72, 83, 95, 115.



A. Es ist richtig, daß das *Bauhandwerkerpfandrecht* nur den *Selbständigerwerbenden* zugestanden wird. Die Arbeitnehmer sind durch das Konkursprivileg in der 1. Klasse (Art. 219 SchKG) ausreichend gesichert. An diesem gesetzgeberischen Entscheid ist auch de lege ferenda festzuhalten<sup>448</sup>.

B. Die Frage, ob sich mit Bezug auf das Bauhandwerkerpfandrecht der *mittelbaren Baugläubiger* (Subunternehmer, Unterakkordanten) Änderungen aufdrängen, wird nachstehend aus der Sicht des belasteten Grundeigentümers gewürdigt<sup>449</sup>.

C. Die Anknüpfung der Baugläubigereigenschaft an die *Eigenart der Bauleistung* und nicht an die Vertragsart, welche dieser zugrunde liegt, steht in voller Übereinstimmung mit der ratio legis und ist auch de lege ferenda zu befürworten. Fraglich ist aber, ob man das Bauhandwerkerpfandrecht künftighin auch den *intellektuellen Baugläubigern*, insbesondere dem Architekten und Bauingenieur, gewähren soll. Dazu ist vorab zu bemerken, daß verschiedene ausländische Rechtsordnungen (Deutschland, Frankreich, USA) dieser Baugläubigerkategorie den Pfandrechtsschutz zugestehen<sup>450</sup>. Dieser wird in Deutschland damit gerechtfertigt, daß sich die geistigen Leistungen des Architekten im Bauvorhaben verkörpern und das Bauwerk insgesamt ohne die planerischen und bauleitenden Leistungen nicht denkbar sei<sup>451</sup>. Sodann ist nicht einzusehen, weshalb ein intellektueller Baugläubiger schlechter gestellt sein soll, als ein solcher, der manuelle Arbeit liefert. Die von Prof. GAUCH durchgeführte Vernehmlassung betreffend Revision des Werkvertragsrechtes hat gezeigt, daß aus verschiedenen Kreisen der Einbezug der Architekten und Bauingenieure in den Kreis der pfandrechtsberechtigten Personen gefordert wird<sup>452</sup>. Auch in der Literatur sind entsprechende Stimmen zu verzeichnen<sup>453</sup>. Dieser Reformrichtung schließt sich auch der Referent an<sup>454</sup>.

<sup>448</sup> Dazu vorn, S. 63, 67, 80.

<sup>449</sup> Dazu hinten, S. 107 ff.

<sup>450</sup> Dazu vorn, S. 65 ff.

<sup>451</sup> Dazu vorn, S. 66.

<sup>452</sup> Dazu vorn, S. 20.

<sup>453</sup> SCHUMACHER, Nr. 74; LEHNER, SJZ 1961, S. 133 ff.; STREIFF, NZZ vom 7. Mai 1979, S. 16; RASCHKEIN, BISchK 1972, S. 34; DÜRR, zit. N. 409; a. M. GIOVANNOLI, BISchK 1970, S. 38.

<sup>454</sup> Der Pfandrechtsschutz soll aber nur dann gewährt werden, wenn die Baute auch tatsächlich erstellt worden ist. Bleibt es bei bloßen Projektierungsarbeiten, so soll für diese auch künftighin kein Pfandrechtsschutz bestehen. Dieser wäre deshalb nicht gerechtfertigt, weil das Grundstück als solches dadurch keinen Mehrwert erfährt.

*Zweiter Unterabschnitt:***Pfandrechtsbelasteter Grundeigentümer****I. Jeweiliger Grundeigentümer als realobligatorisch verpflichtete Partei des Eintragungsanspruches**

Schuldner des Eintragungsanspruches ist der jeweilige Grundeigentümer; das ergibt sich aus dem realobligatorischen Charakter des Pfandbestellungsanspruches. Die weiteren daraus resultierenden Konsequenzen (vor allem Zwangsvollstreckungs- und Konkursfestigkeit sowie Sukzessionsschutz) wurden bereits vorn dargelegt<sup>455</sup>.

**II. Doppelzahlungsrisiko des Grundeigentümers**

Aus dem Umstand, daß auch der *mittelbare Baugläubiger* aus eigenem Recht zur Geltendmachung des Bauhandwerkerpfandrechtes berechtigt ist, ergeben sich weitere Folgerungen:

**A.** Der *Unterakkordant* kann das Pfandrecht selbständig und unabhängig von demjenigen seines Vormannes beanspruchen. Das kann zur Folge haben, daß bei einer längeren Vertragskette für die nämliche Leistung mehrere Pfandrechte eingetragen werden<sup>456</sup>.

**B.** Der *Unterakkordant* ist selbst dann berechtigt, das Bauhandwerkerpfandrecht *in vollem Betrag* eintragen zu lassen, wenn sein Vormann bereits bezahlt worden ist<sup>456a</sup>. Daraus folgt, daß der Grundeigentümer dem *Risiko der faktischen Doppelzahlungspflicht* ausgesetzt ist. Hierin liegt eines der *Hauptprobleme* des Bauhandwerkerpfandrechtes<sup>457</sup>. Neben den sogleich zu besprechenden privatrechtlichen Maßnahmen versucht die Rechtsprechung, den Unternehmer, der sich durch den Bauherrn voll

<sup>455</sup> Dazu vorn, S. 78.

<sup>456</sup> Vgl. hierzu etwa GAUCH, N. 82 f.; DERSELBE, ZBJV 1982, S. 85 f.; SCHUMACHER, Nrn. 230 ff.; REBER, S. 101 ff.; TUOR/SCHNYDER, S. 653 f.; BGE 95 II 92. Vgl. ferner die unter N. 363 zit. Literatur und Judikatur.

<sup>456a</sup> GAUCH, N. 79 f.; PEDRAZZINI, SPR VII/1, S. 537 N. 18; BGE 105 II 267, 104 II 354, 95 II 89 f.; ZR 1981 Nr. 18; SJZ 1974, S. 13, 1972, S. 227 u. a. m. Vgl. aber auch BGE 39 II 215; LuzMax XI, 1970, S. 773; SJZ 1959, S. 92; ROSSEL/MENTHA, III, S. 174.

<sup>457</sup> Vgl. etwa GAUCH, N. 82 f.; SCHUMACHER, Nrn. 230 ff.; TUOR/SCHNYDER, S. 653; GIOVANOLI, BLSchK 1970, S. 45; BGE 95 II 90 ff. – Diese Bedenken wurden bereits bei der Gesetzesberatung namhaft gemacht (ProtExpKom, S. 295 f.).

bezahlen läßt, ohne aber seine Unterakkordanten zu befriedigen, *strafrechtlich* über den Betrugstatbestand (Art. 148 StGB) ins Recht zu fassen (vgl. BGE 105 IV 102 ff., 102 IV 88).

### **III. Maßnahmen gegen das Doppelzahlungsrisiko des Grundeigentümers**

#### **A. Nach geltendem Recht**

##### *1. Prophylaktische Maßnahmen*

Es sei vorausgestellt, daß es aufgrund des geltenden Rechtes nie möglich sein wird, zum voraus solche Maßnahmen zu treffen, welche das Risiko der Doppelzahlung des Grundeigentümers absolut ausschließen<sup>458</sup>. Der Grund liegt darin, daß sich der Grundeigentümer nicht mit Sicherheit darauf verlassen kann, daß seine unmittelbaren Vertragspartner – selbst entgegen vertraglicher Abreden – keine Unterakkordanten beiziehen. Dagegen gibt es einige Mittel, mit welchen man das Risiko auf ein annehmbares Maß beschränken kann. Diese beruhen aber ausschließlich auf *vertraglicher Basis* und bilden damit Gegenstand der Vertragsautonomie. Ob sie in den konkreten Vertrag aufgenommen werden können, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Ihre Einbeziehung in die Vertragsverhandlungen setzt vorerst voraus, daß dem Bauherrn die entsprechende rechtliche Problematik überhaupt bekannt ist. Bei Bauherren, welche in Baurechtsfragen nicht versiert sind, kann man das Vorhandensein dieser Kenntnisse nicht voraussetzen. Daneben muß aber auch der Unternehmer bereit sein, zum Abschluß entsprechender Vereinbarungen Hand zu bieten. Ob er dies tut oder faktisch tun muß, hängt von den jeweiligen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen ab. In Zeiten der Überbeschäftigung im Baugewerbe wird er solche Abreden mit Sicherheit ablehnen. Dagegen ist der Bauherr in Zeiten der Rezession eher in der Lage, entsprechende Wünsche durchzusetzen. Was nun die prophylaktischen Maßnahmen zur Bannung der Gefahr der Doppelzahlung betrifft, hat das *Bundesgericht* im Entscheid BGE 95 II 87 ff. verschiedene Wege gewiesen, welche im folgenden resümiert und gewürdigt werden sollen. Um die Lösungsmöglichkeiten transparenter herauszukristallisieren, soll den folgenden Betrachtungen nur der praktisch

<sup>458</sup> Gl. M. GAUCH, N. 83.

wichtigste Fall zugrunde gelegt werden, in welchem der Bauherr die Baute durch einen Generalunternehmer erstellen läßt.

a) Garantie des Generalunternehmers

Der Bauherr kann sich im GU-Vertrag durch den Generalunternehmer garantieren lassen, daß sämtliche Unterakkordanten bezahlt werden<sup>458a</sup>. Diese Bestimmung kann des weiteren noch dadurch verschärft werden, daß sich der Generalunternehmer verpflichtet, für die sofortige Ablösung allfälliger Bauhandwerkerpfandrechte besorgt zu sein. Noch stärker wird die Stellung des Bauherrn dann, wenn der Generalunternehmer gehalten ist, bereits bei der vorläufigen Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten Sicherheit im Sinne von Art. 839 III ZGB zu leisten. Ob eine derartige Vereinbarung aber auch erfolgreich durchgesetzt werden kann, hängt letztlich von der Solvenz des Generalunternehmers ab. Fehlt diese, wird die Garantie zur reinen Farce. Wie aber die Praxis zeigt, droht die Gefahr der Doppelzahlung vor allem dann, wenn die Solvenz des Generalunternehmers angeschlagen ist. So betrachtet erweist sich der vom Bundesgericht gemachte Vorschlag im Bewährungsfalle als nutzlos. Diese Variante kann daher nur dann empfohlen werden, wenn die Zahlungsfähigkeit des Generalunternehmers auch für die Zukunft gewährleistet ist. Für diesen Fall ist sie aber nicht notwendig, da der Bauherr aufgrund des Gewährleistungsrechtes die Beseitigung von Bauhandwerkerpfandrechten verlangen kann.

b) Recht des Bauherrn zur Direktbezahlung der Unterakkordanten

Eine weitere Möglichkeit, das Doppelzahlungsrisiko des Grundeigentümers zu reduzieren, wird darin erblickt, daß sich der Bauherr im GU-Vertrag ermächtigen läßt, die pfandrechtsberechtigten Unterakkordanten direkt zu bezahlen, wobei sich mit jeder geleisteten Zahlung die Forderung des Generalunternehmers gegenüber dem Bauherrn entsprechend reduzieren würde. Dieses Vorgehen setzt voraus, daß der Generalunternehmer dem Bauherrn sämtliche Unterakkordanten bekannt gibt. Dadurch erhält der Bauherr aber die Möglichkeit, die Gewinnmargen des Generalunternehmers aufzudecken, was aus der Sicht des letzteren als störend empfunden wird. Diese Variante

<sup>458a</sup> Vgl. in diesem Sinne Art. 12 des Mustervertrages des Verbandes Schweizerischer Generalunternehmer (VSGU) – Ausgabe 1975/Revidiert 1980, wo die Nichteintragung von definitiven Bauhandwerkerpfandrechten durch Subunternehmer garantiert wird.

kommt daher in ihrer reinen Form so gut wie nie vor. Meistens wird die entsprechende Aufgabe einem *Dritten* übertragen; bei diesem kann es sich entweder um einen unabhängigen *Treuhänder*<sup>459</sup> oder um die *baukreditgebende Bank*<sup>460</sup> handeln.

#### c) Treuhänder

Der Generalunternehmer und der Bauherr können auch einen Dritten bestimmen, welchem die Baugelder mit dem treuhänderischen Auftrag übergeben werden, die Unterakkordanten sowie den Generalunternehmer nach Maßgabe des Baufortschrittes zu bezahlen<sup>461</sup>. Damit dieser Treuhänder seine Funktion richtig ausführen kann, muß er nicht nur die Verträge zwischen dem Generalunternehmer und den Unterakkordanten kennen, sondern darüber hinaus auch in der Lage sein, die ihm zur Bezahlung unterbreiteten Rechnungen auf deren Berechtigung hin zu überprüfen. Das setzt voraus, daß sinnvollerweise nur solche Leute als Treuhänder beauftragt werden, die fachlich und charakterlich in der Lage sind, diesen hohen Anforderungen zu genügen. Daneben sollten sie auch in finanzieller Hinsicht geeignet sein. Verletzt nämlich der Treuhänder die ihm obliegenden Sorgfaltspflichten, wird er gegenüber dem Bauherrn, eventuell auch gegenüber dem Generalunternehmer, schadenersatzpflichtig.

Ein absoluter Schutz zugunsten des Bauherrn kann aber auch mit der Einschaltung eines Treuhänders nicht erreicht werden, da dieser nicht mit Sicherheit weiß, ob hinter den Unterakkordanten noch weitere Nachmänner figurieren.

#### d) Überwachung des Baukredites durch die baukreditgebende Bank

Um sich dem Anfechtungsrecht der Baugläubiger gemäß Art. 841 ZGB nicht auszusetzen, hat vor allem die baukreditgebende Bank alles Interesse daran, sicherzustellen, daß der Baukredit bestimmungsgemäß verwendet wird. Da weder der Bauherr als Kreditschuldner noch die Bank als Kreditgeberin an der Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten interessiert sind, besteht insoweit eine Parallelität in der Interessenlage. Die Überwa-

<sup>459</sup> Dazu sogleich lit.c.; vgl. auch GAUCH, ZBJV 1982, S.85 f.

<sup>460</sup> Dazu sogleich lit.d.

<sup>461</sup> Zur Treuhänderschaft im vorliegenden Zusammenhang vgl. HAEFLIGER, S.80 ff.; RAMSEYER passim; TUOR/SCHNYDER, S.653 N.13; GÖSCHKE, ZBJV 1929, S.304 ff.; LIVER, ZBJV 1980, S.153; 1979, S.260; ZBJV 1944, S.462; BGE 47 II 142.



chung des Baukredites stellt somit Gegenstand der sorgfältigen Geschäftsführung jeder Bank dar. In der Praxis kommen u. a. folgende Formen der Baukreditüberwachung vor<sup>462</sup>:

aa) Die Bank führt zwei Konten: Das Baukreditkonto und das GU-Konto. Die Parteien haben der Bank ein unterzeichnetes Bauhandwerkerverzeichnis sowie einen unterzeichneten Zahlungsplan nach Maßgabe des Baufortschrittes einzureichen. Der Kunde erteilt der Bank den Auftrag, dem GU-Konto Teilbeträge im Rahmen des Baufortschrittes gutzuschreiben. Anschließend beauftragt der Generalunternehmer die Bank, bestimmte Zahlungen an Bauhandwerker sowie an ihn selber zu leisten. Dabei wird strikte darauf geachtet, daß nur an solche Bauhandwerker Vergütungen erfolgen, welche durch das Bauhandwerkerverzeichnis ausgewiesen sind. Auf der Gutschriftsanzeige zugunsten des Bauhandwerkers sollte ferner vermerkt werden, für welchen konkreten Bau die Zahlung bestimmt ist. Dies ist vor allem bei größeren Überbauungen wichtig.

bb) Soweit die Erstellung des Baues nicht einem Generalunternehmer übertragen ist, weist der Bauherr die Bank direkt an, Zahlungen an Bauhandwerker zu leisten. Die Bank vergewissert sich dann im Rahmen des Zumutbaren, ob die Zahlungen tatsächlich im Zusammenhang mit dem Bauprojekt stehen.

Diese beiden Varianten kommen in der Praxis sehr häufig vor und haben sich, wie ich zu überblicken vermag, meistens bewährt. Sicher sind auch hier Fälle zu verzeichnen, in denen aufgrund des Zusammenwirkens unglücklicher Umstände Schäden eingetreten sind. Wie in allen übrigen Fällen ist es auch mit dieser prophylaktischen Maßnahme nicht möglich, die Eintragung allfälliger Bauhandwerkerpfandrechte von Subsubunternehmern oder von solchen, die im Handwerkerverzeichnis nicht figurieren, absolut auszuschließen.

#### e) Hinterlegung

Schließlich wird die Möglichkeit erwogen, wonach der Bauherr den dem Generalunternehmer noch geschuldeten Restpreis bei einem Dritten hinterlegt, wobei dieser dem Generalunternehmer den hinterlegten Betrag nur gegen Nachweis der Befriedigung sämtlicher Unterakkordanten ausbezahlen darf<sup>463</sup>. Kann er diesen Beweis nicht erbringen, so steht ihm der Herausgabeanspruch aber spätestens dann zu, wenn feststeht, daß keine Bauhandwerkerpfandrechte eingetragen worden sind und auch nicht mehr eingetragen werden können (Art. 839 II ZGB). Diese Variante ist in der Praxis allerdings selten anzutreffen.

<sup>462</sup> Vgl. dazu HAEFLIGER, S. 80 ff.; RAMSEYER passim; DREHER, S. 20; GÖSCHKE, ZBJV 1929, S. 303 ff.

<sup>463</sup> Vgl. BGE 95 II 91.



## 2. Abwehrmaßnahmen

Werden Bauhandwerkerpfandrechte eingetragen, weil keine prophylaktischen Maßnahmen ergriffen worden sind oder weil diese nicht zum Ziel geführt haben, stellt sich die Frage, welche Möglichkeiten dem Grundeigentümer zur Verfügung stehen, um die der doppelten oder mehrfachen Pfandbelastung inhärenten Gefahren möglichst einzudämmen. Dabei sind folgende Fälle zu betrachten:

### a) Wenn Generalunternehmer und Subunternehmer Bauhandwerkerpfandrechte anmelden

Wir gehen vom einfachsten Fall aus, in dem der Generalunternehmer sowie der von diesem direkt beauftragte Subunternehmer je ein Bauhandwerkerpfandrecht eintragen lassen. Mit Bezug auf den Generalunternehmer liegt ein Eigenpfandrecht, mit Bezug auf den Subunternehmer ein Drittpfandrecht vor. Dieses kann der Grundeigentümer aufgrund des ihm von Gesetzes wegen zustehenden *ius offerendi* ablösen; das hat zur Folge, daß die Forderung des Subunternehmers gegen den Generalunternehmer durch Subrogation auf ihn übergeht (Art. 110 Ziff. 1 OR; Art. 827 ZGB). Dadurch entsteht eine *Verrechnungslage*: Der Grundeigentümer kann die durch Legalzession erworbene Forderung (nebst allfälligen Schadenersatz- und Minderungsansprüchen) mit jener des Generalunternehmers verrechnen<sup>464</sup>. Während das Pfandrecht des Subunternehmers bereits mit dem gesetzlichen Forderungsübergang auf den Grundeigentümer infolge sachenrechtlicher Konsolidation erlöscht, geht dasjenige des Generalunternehmers im Rahmen der erfolgten Verrechnung aus Akzessorietätsgründen unter.

Der Grundeigentümer kann vom *ius offerendi* erst dann Gebrauch machen, wenn das Pfandrecht im Grundbuch definitiv eingetragen ist. Wollte man dem Eigentümer bereits aufgrund seiner realobligatorischen Verpflichtung ein Ablösungsrecht zugestehen, so wäre dies nur durch ein Analogieverfahren möglich. Dies hätte allerdings zur Konsequenz, daß der Grundeigentümer die mittelbaren Baugläubiger dann jederzeit mit dem Subrogationseffekt ablösen könnte.

<sup>464</sup> Die Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten von Unterakkordanten wird als *Rechtsmangel* betrachtet, welcher vom entsprechenden unmittelbaren Baugläubiger (insbes. Generalunternehmer) zu verantworten ist; dadurch werden Minderungs- bzw. Schadenersatzansprüche ausgelöst (Art. 368 II OR; BGE 104 II 355; kritisch LIVER, ZBJV 1980, S. 152f.).

Die Ablösung von Subunternehmern hat im Interesse des Grundeigentümers vorsichtig zu erfolgen. Der Ablösende muß sich über den Bestand der Forderung des Subunternehmers genauestens vergewissern. Andernfalls läuft er die Gefahr, daß ihm bei der Geltendmachung der Verrechnung entsprechende Einreden und Einwendungen entgegengehalten werden.

Befindet sich der Generalunternehmer in *Konkurs*, so ist die Verrechnung freilich nur dann zulässig, wenn der Grundeigentümer bereits vor Konkurseröffnung von der Ausübung seines ius offerendi gegenüber dem Subunternehmer Gebrauch gemacht hat (Art. 213 SchKG)<sup>465</sup>. Der Grundeigentümer kann sein Ablösungsrecht auch erst unmittelbar vor der Konkurseröffnung ausüben, ohne sich dadurch der Anfechtung gemäß Art. 214 SchKG auszusetzen<sup>466</sup>.

b) Wenn Generalunternehmer, Subunternehmer und Subsubunternehmer Bauhandwerkerpfandrechte anmelden

aa) Die unter lit. a) entwickelte Ablösungsmethode kann nur teilweise übernommen werden, wenn innerhalb einer sogenannten Vertragskette der Generalunternehmer (GU), der Subunternehmer (S 1) und der Subsubunternehmer (S 2) Bauhandwerkerpfandrechte angemeldet haben. Löst nämlich der Grundeigentümer gestützt auf das ius offerendi S 2 ab, so erwirbt er durch Subrogation dessen Forderung gegenüber S 1. Dadurch entsteht aber keine Verrechnungslage zugunsten des Grundeigentümers, wie LEEMANN<sup>467</sup> und SCHUMACHER<sup>468</sup> zu Unrecht annehmen. Der Grundeigentümer ist zwar in die Forderung des S 2 gegenüber S 1 subrogiert; eine Forderung des S 1 gegenüber dem Grundeigentümer besteht aber nicht, weshalb eine *Verrechnung* in diesem Verhältnis *ausgeschlossen* ist<sup>469</sup>.

Löst der Grundeigentümer dagegen das dem S 1 zustehende Bauhandwerkerpfandrecht ab, so kann er mit der vom Generalunternehmer gegenüber ihm geltend gemachten Forderung wie im Fall lit. a) verrechnen.

bb) Anstatt daß der Grundeigentümer den Subunternehmer S 1 durch eine Barzahlung ablöst, kann er mit diesem die Erbrin-

<sup>465</sup> BGE 104 II 353; LIVER, ZBJV 1980, S. 152; der dargelegte Grundsatz gilt entsprechend auch beim Nachlaßvertrag (Art. 213 und 316 SchKG).

<sup>466</sup> Vgl. BGE 106 III 114 ff.

<sup>467</sup> LEEMANN, Art. 839 N. 52.

<sup>468</sup> SCHUMACHER, Nr. 463.

<sup>469</sup> So schon BGE 39 II 205.

gung eines *Erfüllungssurrogates* vereinbaren. Dieses kann darin bestehen, daß der Grundeigentümer die infolge Ablösung von S 2 erworbene Forderung gegen S 1 an diesen auf Abrechnung an der Ablösungssumme zediert oder ihm erläßt. Eine allfällige Differenz hätte der Grundeigentümer durch Leistung einer Barzahlung zu erbringen.

cc) Eine *echte Verrechnungsmöglichkeit* kann dadurch herbeigeführt werden, daß der Grundeigentümer seine Forderung gegenüber S 1 an den Generalunternehmer zediert, worauf dieser gegenüber S 1 aufrechnen kann. Aus Akzessorietätsgründen erlischt dann das Pfandrecht des S 1 im Ausmaß der Verrechnung.

dd) Eine reibungslose Durchführung dieser Maßnahmen setzt *Solvenz der Baupfandgläubiger* voraus. Fällt z.B. der Subunternehmer S 1 in Konkurs, so kann der Grundeigentümer die infolge Ablösung des S 2 auf ihn übergegangene Forderung gegen S 1 nur noch als Fünftklassforderung anmelden. Eine Ablösung des S 1 durch den Grundeigentümer ist zwar aufgrund des materiellen Rechtes noch möglich; dagegen fallen die rechtsgeschäftlichen Lösungen lit. bb) und cc) aus zwangsvollstreckungsrechtlichen Gründen außer Betracht.

## B. Würdigung

### 1. Kritik der geltenden Rechtslage

a) Wie die Darlegungen unter A gezeigt haben, kann sich der Grundeigentümer nach dem geltenden Recht gegen das Risiko der Doppelzahlung nicht absolut schützen. Das hängt in rechtlicher Hinsicht vom bestehenden *System des Bauhandwerkerpfandrechtes* und in tatsächlicher Beziehung von den *modernen Organisationsformen im Baugewerbe*<sup>470</sup> ab. Eine hochgezüchtete Arbeitsteilung in diesem Wirtschaftszweig, die vor allem durch die Spezialisierung bedingt ist, bringt es zwingend mit sich, daß

<sup>470</sup> Vgl. den Überblick bei SCHLUEP, SPR VII/2, S.902: Im Vordergrund stehen vor allem die Total- und Generalunternehmerverträge, die folgende Vorteile aufweisen: «Die Zusammenfassung verschiedener Spezialistendienste im Angebot einer Hand wahrt die Vorteile der Spezialisierung bei gleichzeitiger Überbindung der technisch-organisatorischen Komplikationen und einheitlicher Verantwortung.» (So SCHLUEP, a.a.O.)

praktisch bei jedem Neubau ohne Vertragsketten nicht mehr auszukommen ist. Diese vollständig zu überblicken, ist der nicht professionelle Bauherr nicht in der Lage. Dieser ist somit finanziellen Gefahren ausgesetzt, die er zum voraus nicht erkennen kann. Zwar hat bereits der Gesetzgeber von 1912 mit der ausdrücklichen Zulassung des Bauhandwerkerpfandrechts für Unterakkordanten die Problematik des Risikos der Doppelzahlung erkannt. Dagegen waren die Arbeitsstrukturen im Baugewerbe zu jener Zeit noch wesentlich einfacher und damit besser überblickbar. Vorwiegend technologisch bedingt hat sich hinsichtlich der faktischen Grundlagen des Bauhandwerkerpfandrechts in den letzten siebenzig Jahren ein wesentlicher Strukturwandel vollzogen. Das hat zur Folge, daß der Bauherr heute der Gefahr der Doppelzahlung mehr ausgesetzt ist als im Zeitpunkt der Inkraftsetzung des ZGB.

b) Die Fälle, in denen Grundeigentümer tatsächlich zur Doppelzahlung veranlaßt wurden, waren in den letzten Jahren relativ zahlreich. Dies ergibt sich aus Nachfragen bei Hypothekarinstitutionen und Konkursämtern. Genaues statistisches Material ist aber nicht verfügbar. Das Problem hatte vor allem während der letzten Rezessionsperiode in der zweiten Hälfte der siebziger Jahre besondere Aktualität.

c) Daß die heutige *Rechtslage nicht befriedigt*, wird nicht nur von der *Literatur*, sondern auch vom *Bundesgericht* anerkannt. Dieses hat im Entscheid BGE 95 II 97 ff. klar zum Ausdruck gebracht, daß die gegenwärtige Rechtslage gegen die Interessen des Grundeigentümers verstoße und folglich einer *Revision* rufe. Ähnliche Stimmen konnten auch in der vom Bundesamt für Justiz durchgeführten Umfrage betreffend Revision des Werkvertragsrechtes festgestellt werden<sup>471</sup>. Umgekehrt wird vor allem aus gewerblichen Kreisen am gegenwärtigen Rechtszustand festgehalten.

d) Heute bestehen Tendenzen, das *Wohneigentum zu fördern und zu streuen*<sup>472</sup>. Es soll auch dem Mittelstand ermöglicht werden, zu vernünftigen Konditionen Grundeigentum zu erwerben. Die Realisierung solcher Pläne kann aber dann scheitern, wenn der Bauherr zur Doppelzahlung veranlaßt wird. Das gegenwärtige System ist somit der Eigentumsförderung nicht freundlich gesinnt.

<sup>471</sup> Dazu vorn, S. 20.

<sup>472</sup> Dazu GEORG MÜLLER, Privateigentum heute, ZSR 1981 II, S. 113 f., mit Angabe der entsprechenden Postulate.

e) Umgekehrt besteht ein berechtigtes Interesse des *Bauwerbes* an der Sicherung der mittelbaren Bauforderungen. Die Geschichte des Baugläubigerschutzes belegt dies eindrücklich<sup>473</sup>.

f) Da der gegenwärtige Rechtszustand zu Recht als stoßend empfunden wird, ist mit Bezug auf das Bauhandwerkerpfandrecht der mittelbaren Baugläubiger eine *Revision angezeigt*. Dabei sollten Wege gefunden werden, die einerseits den Grundeigentümer von der Gefahr der Doppelzahlungspflicht bewahren und andererseits die berechtigten Interessen der Baugläubiger nicht allzu stark beeinträchtigen. Einige *Lösungsvorschläge* werden gleich anschließend besprochen.

## 2. Generelle Aufhebung des Bauhandwerkerpfandrechtes zugunsten der Unterakkordanten (*Extremlösung*)

a) Das geltende *deutsche*<sup>474</sup> und das *französische Recht*<sup>475</sup> gewähren nur den unmittelbaren Baugläubigern einen Anspruch auf Begründung einer Bauhandwerkerhypothek. Dies galt auch in verschiedenen früheren kantonalen Rechten<sup>476</sup>.

b) Diese Lösung hätte den *Vorteil*, daß für den Grundeigentümer klare Verhältnisse geschaffen würden.

Für die Baugläubiger hätte diese Variante dagegen den enormen *Nachteil*, daß ein großer Teil der Bauhandwerker schutzlos bliebe, zumal heute zahlreiche Bauten im Rahmen eines Generalunternehmensvertrages erstellt werden.

Eine Würdigung dieser Lösung ergibt, daß sie für das schweizerische Recht de lege ferenda nicht verantwortet werden könnte. Die Interessen der mittelbaren Bauhandwerker würden dadurch allzu sehr beeinträchtigt. Es läge ein legislativpolitischer *Rückschritt* vor<sup>477</sup>.

## 3. Bauhandwerkerpfandrecht des unmittelbaren Unternehmers, gesetzliches Forderungspfandrecht der Unterakkordanten

a) In den *nordamerikanischen Staaten* war lange Zeit das dem schweizerischen Bauhandwerkerkonzept verwandte Pennsylvan-

<sup>473</sup> Dazu vorn, S. 31 ff.

<sup>474</sup> Vorn, S. 69.

<sup>475</sup> Vorn, S. 69.

<sup>476</sup> Vgl. HUBER, SPR III, S. 523 ff.

<sup>477</sup> Dies wird deutlich, wenn man sich die Geschichte der Baugläubigerhypothek vor Augen führt; dazu vorn, S. 31 ff.



nia-System bekannt. Dieses wurde aber wegen der Gefahr der Doppelzahlungspflicht des Grundeigentümers als unbefriedigend empfunden und später in verschiedenen Staaten durch das sogenannte *New Yorker-System* ersetzt<sup>478</sup>. Dieses stellt eine Verfeinerung des Pennsylvania-Systems dar und ist – auf unsere Verhältnisse übertragen – wie folgt gekennzeichnet:

aa) Der *Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechtes* am Grundstück steht nur jenen *Personen zu, welche mit dem Grundeigentümer in unmittelbaren Vertragsbeziehungen stehen*.

bb) Für die *Subunternehmer* gilt folgendes:

- Der *Subunternehmer S 1*, der mit dem *Generalunternehmer* in einem direkten Vertragsverhältnis steht, hat ein *gesetzliches Forderungspfandrecht an der Forderung des Generalunternehmers gegenüber dem Grundeigentümer (Bauherrn)*.
- *Sämtliche weiteren Nachmänner (S 1, S 2 usw.)* haben an der *jeweiligen Forderung ihres Vormannes gegenüber dessen Vormann* ein *gesetzliches Forderungspfandrecht*.

cc) Für den *Schuldner* der dem gesetzlichen Forderungspfandrecht unterliegenden Forderung ist dieses nur dann beachtlich, wenn es ihm durch den Berechtigten *notifiziert* worden ist.

dd) Mit erfolgter *Notifikation* des Forderungspfandrechtes kann der Schuldner an seinen Gläubiger nur noch mit Zustimmung des Pfandgläubigers leisten. Fehlt diese, so hat er die fällige Leistung beim Gericht zu *hinterlegen*.

b) Dieses System hat sich in den USA *bewährt*. Es ist relativ einfach konzipiert und nicht mit allzu viel administrativen Umtrieben verbunden. Die Vornahme der Notifikation an den Schuldner des Auftraggebers dürfte kaum aufwendiger sein als das heute geltende Eintragungsverfahren für das Bauhandwerkerpfandrecht. Im Unterschied zur bisherigen Ordnung hätte der Unterakkordant bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses mit seinem Auftraggeber oder jedenfalls kurze Zeit darauf die Obliegenheit, den Schuldner der verpfändeten Forderung zu benachrichtigen. In einem gut organisierten Baubetrieb sollte dies ohne erhebliche Umtriebe möglich sein. Im Ergebnis hätte diese Lösung zur Folge, daß der Bauherr mit Zustimmung des Gene-

<sup>478</sup> Dazu allgemein vorn, S. 69f. Dort auch weitere Literaturangaben betreffend das New Yorker-System. – Eine ähnliche Lösung kennt das schweizerische Recht gemäß dem in N. 409 zit. BG über die Verbesserung der Wohnverhältnisse in Berggebieten.



ralunternehmers die Unterakkordanten direkt bezahlen könnte. Eine Schlechterstellung der Subunternehmer wäre mit dieser Variante nicht verbunden. Wirtschaftlich betrachtet würde das dem Generalunternehmer zustehende Pfandrecht auf die Unterakkordanten aufgeteilt. Wenn uns auch diese Lösung zu einem gewissen Umdenken zwingt, darf sie im Hinblick auf die Schaffung einer gerechten und ausgewogenen Ausgleichsordnung de lege ferenda nicht außer acht gelassen werden.

#### *4. Aufteilung der Pfandsumme zwischen unmittelbarem Unternehmer und Unterakkordanten*

a) Vor allem von GROSSEN<sup>479</sup> wird in Anlehnung an art. 2103 Ziff. 4 Code civil français der Vorschlag vertreten, es sei die Pfandsumme *nach Maßgabe des vom Unternehmer bzw. Unterakkordanten konkret geschaffenen Mehrwertes* aufzuteilen. Dies würde – ähnlich wie im französischen Recht – voraussetzen, daß die geschaffenen Mehrwerte genau berechnet werden müßten. Dies ist aber just einer der Gründe, weshalb sich die französische Baugläubigerschutzgesetzgebung nicht bewährt hat. Das erforderliche Schätzungsverfahren ist viel zu kompliziert und gleichzeitig mit dem Nachteil behaftet, daß der Gewinn des Unternehmers bzw. Unterakkordanten keinen Pfandrechtsschutz genießt. Der Generalunternehmer, der sämtliche Arbeiten durch Subunternehmer ausführen läßt, würde somit ohne Pfandrechtsschutz dastehen. Diese Lösung ist somit aus sachlichen und technischen Gründen apodiktisch abzulehnen.

b) Zu erwägen wäre auch die Variante, wonach nicht auf den Mehrwert, sondern auf die *Höhe der Forderungen* abgestellt würde. In diesem Falle hätte der Generalunternehmer seine Pfandforderung um den Betrag jener Forderungen zu reduzieren, welche von seinen Nachmännern geltend gemacht werden. Das bedeutet, daß das letzte Glied einer Vertragskette seine volle Forderung anmelden könnte, während die Vormänner ihre Forderungen um jene des Nachmannes zu reduzieren hätten.

c) Würdigt man die Lösungen a) und b), so kommt man zum Ergebnis, daß damit die *Gefahr der Doppelzahlung* gar nicht ausgeschlossen werden könnte. Hat nämlich der Grundeigentümer den Generalunternehmer bereits voll befriedigt, so ist es den unbezahlt gebliebenen Unterakkordanten gleichwohl gestattet,

<sup>479</sup> GROSSEN, ZBGR 1973, S. 74.

ihre Pfandrechte anzumelden. Das Postulat der Aufteilung der Pfandsumme auf die Bauhandwerker vermag somit das Grundproblem nicht zu lösen.

*5. Gesetzliches Recht des Bauherrn, sämtliche Unterakkordanten direkt zu befriedigen*

a) Gelegentlich wird auch die Möglichkeit erwogen, unter Aufrechterhaltung des Bauhandwerkerpfandrechts zugunsten der mittelbaren Baugläubiger dem Bauherrn von Gesetzes wegen das Recht zuzugestehen, die Unterakkordanten, gleich welchen Grades, direkt zu befriedigen<sup>480</sup>. Die Rechtswirkungen der geleisteten Zahlungen sollten darin bestehen, daß sich die Leistungspflicht des Bauherrn gegenüber den Vormännern, insbesondere gegenüber dem Generalunternehmer, im entsprechenden Rahmen reduzieren würde. Dieser Lösungsvorschlag ist aus verschiedenen Gründen *abzulehnen*:

b) Damit diese Variante überhaupt durchführbar wäre, müßte der Bauherr über sämtliche Unterakkordanten sowie deren Forderungen umfassend orientiert sein. Nachdem aber bei den heutigen Arbeitsstrukturen im Bausektor die einzelnen Vertragsketten geradezu unüberblickbar geworden sind, wäre eine zuverlässige Zusammenstellung sämtlicher Unterakkordanten mit enormen praktischen Schwierigkeiten verbunden. Zudem müßte der Bauherr darüber entscheiden, ob die von einem Unterakkordanten geltend gemachte Forderung berechtigt sei oder nicht. Ein solcher Entscheid, der nicht nur rechtliche Kenntnisse, sondern auch Fachwissen voraussetzt, kann zwar einem professionellen, nicht aber einem andern Bauherrn zugemutet werden. Es wäre völlig unverhältnismäßig, wollte man den Ersteller eines Einfamilienhauses mit derartigen Umtrieben belasten, um einer doppelten Zahlungspflicht zu entgehen.

c) Die Theorie des direkten Befriedigungsrechtes vermag aber auch unter dogmatischen Gesichtspunkten nicht zu überzeugen. Beahlt der Bauherr die Forderung eines Unterakkordanten, so kann er die geleistete Zahlung nur dann von jener des Generalunternehmers abziehen, wenn durch die Bezahlung eine Verrechnungslage geschaffen worden ist. Eine solche liegt aber nur dann vor, wenn es sich um die Ablösung von mittelbaren Baugläubigern ersten Grades handelt, deren Pfandrechte bereits ein-

<sup>480</sup> Vgl. SCHEIDEGGER, S. 9 f.; DE HALLER, S. 69 f.

getragen sind. In allen übrigen Fällen besteht keine Verrechnungsmöglichkeit. Wollte man dennoch eine solche von Gesetzes wegen einführen, so würde man in wesentliche Prinzipien der Privatrechtsdogmatik eingreifen, was *abzulehnen* ist.

#### *6. Genehmigung der Übertragung von Bauarbeiten an Unterakkordanten durch den Grundeigentümer als Voraussetzung des Pfandrechtsanspruches*

JEAN-CLAUDE DE HALLER postuliert in seiner Dissertation, das Bauhandwerkerpfandrecht sei den Unterakkordanten nur noch dann zuzugestehen, wenn deren Beizug durch den Grundeigentümer selber oder durch dessen Stellvertreter genehmigt worden sei<sup>481</sup>. Auch diese Lösung vermag die Gefahr der Doppelzahlungspflicht nicht zu beseitigen. Praktisch gesehen wird der Bauherr aufgrund der heutigen Arbeitsteilung in der Bauwirtschaft immer zum Beizug von Unterakkordanten Hand bieten müssen. Tut er es nicht, kann der Bau nicht erstellt werden. Mit der Einwilligung übernehme aber der Grundeigentümer bewußt das Risiko der Doppelzahlung.

#### *7. Kodifizierung der Praxis der Banken betreffend Überwachung der Baukredite*

a) Die Praxis, welche die Banken bei der Überwachung und Auszahlung der Baukredite ausüben, wurde bereits im Zusammenhang mit den prophylaktischen Maßnahmen gegen die Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten dargestellt. Vor allem GROSSEN regt nun an, diese Praxis sei gesetzlich zu institutionalisieren<sup>482</sup>.

b) Da die dargelegte im Interesse aller Baubeteiligten stehende Ordnung aufgrund rechtsgeschäftlicher Vereinbarung praktisch von allen baukreditgebenden Banken befolgt wird, besteht kein Anlaß zu deren gesetzlicher Institutionalisierung. Dies um so weniger, als auch dieses Konzept die Doppelbeanspruchung des Bauherrn nicht absolut verhindern kann. Dazu kommt, daß dieser Lösungsvorschlag praktisch nur auf jene Fälle zugeschnitten ist, in denen die Baute durch eine Bank finanziert

<sup>481</sup> DE HALLER, S. 101.

<sup>482</sup> GROSSEN, ZBGR 1973, S. 74.

wird. Erfolgt die Finanzierung aber aus eigenen Mitteln des Bauherrn, wäre die zur Diskussion stehende Ordnung nicht anwendbar. Sie hätte auch eine Aufblähung des Verwaltungsapparates zur Folge, indem für die Überwachung und Auszahlung des Baugeldes ein eigentliches Bauschöffenamts geschaffen werden müßte. Wie in der Grundlegung dieses Referates gezeigt, konnten sich solche Lösungen nirgends durchsetzen. Man wird daher auch *de lege ferenda* die Überwachung und Auszahlung der Baugelder den Baubeteiligten überlassen müssen.

### 8. Folgerungen

Würdigt man die verschiedenen Lösungsvorschläge, so kommt man zu folgenden Ergebnissen:

a) Eine Lösung, die der Gerechtigkeit, der Verkehrs- und Rechtssicherheit umfassend Rechnung trägt, kann nur dadurch erreicht werden, daß das Bauhandwerkerpfandrecht am Grundstück auf die unmittelbaren Baugläubiger beschränkt bleibt. Um aber auch die Interessen der mittelbaren Baugläubiger gebührend zu berücksichtigen, müßte diesen an der Forderung ihres Vormannes ein gesetzliches Forderungspfandrecht eingeräumt werden. Mit der *Verwirklichung* dieses an das *New Yorker-System* anlehnenen Konzeptes würde der Grundeigentümer berechtigterweise davon entbunden, nach Unterakkordanten Ausschau zu halten und unübersichtlichen Vertragsketten nachzugehen. Der beauftragte Bauhandwerker hätte es in der Hand, sich bei der Auftragserteilung nach dem Vormann seines Auftraggebers zu erkundigen und jenem im Bedarfsfalle das gesetzliche Forderungspfandrecht zu notifizieren. Ähnlich wie in der heutigen Ordnung sollte das gesetzliche Forderungspfandrecht und die damit verbundene Notifikationsbefugnis unverzichtbar ausgestaltet sein. Nachteilig für den Baugläubiger wäre diese Lösung dann, wenn der direkte Auftraggeber des Unterakkordanten sowie der Schuldner der Gegenstand des gesetzlichen Pfandrechtes bildenden Forderung in Konkurs gerieten. In diesem Falle verbliebe dem Baugläubiger eine bloße Fünftklassforderung. Dieses Risiko darf aber nicht allzu hoch eingestuft werden, da derartige Friktionsfälle doch eher selten vorkommen dürften. Daß der Grundeigentümer auch solche Vorkommnisse entgelten sollte, ist aber nicht einzusehen.

b) Alle übrigen Vorschläge stellen lediglich Halbheiten dar, indem sie nicht geeignet sind, den Grundeigentümer vor der Ge-

fahr der Doppelzahlung wirkungsvoll zu schützen. Sie sind deshalb insgesamt abzulehnen.

### *Dritter Unterabschnitt:*

## **Pfandforderung**

## **I. Rechtsgrund**

### **A. Vertragliche Forderungen**

#### *1. Vertragsarten*

Der Anspruch auf die Gewährung des Bauhandwerkerpfandrechtes knüpft in erster Linie an das Vorliegen einer pfandrechts-geschützten Bauleistung an. Aus diesem Grunde kommt es nicht auf die dieser zugrundeliegende Vertragsart an<sup>483</sup>. Aus der Eigenart der pfandgeschützten Leistung ergibt sich aber, daß diese meistens aufgrund eines *Werk-* oder *Werklieferungsvertrages* erbracht wird<sup>484</sup>. Der *Generalunternehmungs-* und *Totalunternehmervertrag* werden heute ebenfalls als Werkverträge qualifiziert<sup>485</sup>. Wegen der Anforderung an die Beschaffenheit der pfandrechtsgeschützten Bauleistung besteht für Forderungen aus *einfachem Auftrag* dagegen in der Regel kein Pfandrechtschutz<sup>486</sup>. *Kaufpreisforderungen* sind ebensowenig pfandrechts-geschützt, weil die bloße Lieferung von Material einen Anspruch auf Errichtung des Bauhandwerkerpfandrechts ausschließt<sup>487</sup>. Ferner genießen die Forderungen der *Arbeitnehmer* aus *Arbeitsvertrag* keinen Pfandrechtsschutz, da diese nicht zu den selbständigen Unternehmern und Handwerkern im Sinne des Gesetzes gehören<sup>488</sup>. Vertraglichen Forderungen sind solche aus *Geschäftsführung ohne Auftrag* mit Bezug auf die Pfandrechtsbe-rechtigung gleichzustellen<sup>488a</sup>.

<sup>483</sup> Dazu vorn, S. 62, 72, 83, 95, 98; ZR 1980 Nr. 12 S. 22; a. M. SCHNEEBELI, S. 48 ff., der das Vorliegen eines Werkvertrages fordert.

<sup>484</sup> Vgl. vorn, S. 82 ff.

<sup>485</sup> Vgl. vorn, S. 93 N. 421, 96 N. 436.

<sup>486</sup> Dazu vorn, S. 89 f.

<sup>487</sup> Dazu vorn, S. 91.

<sup>488</sup> Dazu vorn, S. 80.

<sup>488a</sup> GIOVANOLI, BLSchK 1970, S. 38; WIELAND, Art. 837 N. 7c.



## 2. Umfang der Sicherung

### a) Hauptforderung

Während bei gewöhnlichen *Werk- und Werklieferungsverträgen* der *gesamte Werklohn* für Haupt- und Nebenleistungen des Unternehmers pfandgesichert ist<sup>489</sup>, sind beim *Generalunternehmens- und Totalunternehmensvertrag* nur solche Forderungen gedeckt, denen eine pfandrechtsgeschützte Bauleistung zugrundeliegt. Deshalb besteht z. B. für das in der Gesamtforderung des Totalunternehmers enthaltene Architekten- und Ingenieurhonorar kein Pfandrechtsschutz<sup>490</sup>.

### b) Verzugszinse und weitere Akzessorien

aa) Das Bauhandwerkerpfandrecht kann als Maximal- oder Kapitalhypothek eingetragen werden<sup>491</sup>. Im letzteren Falle sind die *Verzugszinse* von Gesetzes wegen gedeckt (Art. 818 I Ziff. 2 ZGB). Entgegen der Auffassung SCHUMACHERS sind dann nicht bloß drei verfallene und der laufende, sondern sämtliche Verzugszinse bis zum Zeitpunkt der Pfandverwertung gesichert. Dies übersieht der zitierte Autor, weil er sich anstatt auf Art. 818 I Ziff. 2 auf Art. 818 I Ziff. 3 ZGB beruft, wo die vertraglichen Zinse, nicht aber die Verzugszinsen geregelt sind<sup>492</sup>. Zur Präzisierung des Entscheides des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 13. Februar 1980<sup>493</sup> ist es aufgrund der gesetzlichen Ordnung nur dann erforderlich, für die verfallenen Verzugszinse das Pfandrecht eintragen zu lassen, wenn die Sicherstellung durch eine Maximalhypothek erfolgt<sup>494</sup>.

bb) Neben den Verzugszinsen sind ferner auch die *Betriebskosten* von Gesetzes wegen pfandgedeckt (Art. 818 I Ziff. 2 ZGB). Dazu zählen auch allfällige Rechtsöffnungskosten, nicht aber andere Prozeß- und Anwaltskosten<sup>495</sup>.

<sup>489</sup> Vgl. BGE 97 II 212 ff.; ZR 1981 Nr. 18, 1980 Nrn. 12, 128; GAUCH, N. 79 mit weiteren Belegen; HOFMANN, S. 62 ff. – Betr. Warenumsatzsteuer, die vom Bauherrn zurückzuerstatten ist, vgl. SJZ 1954, S. 147; betr. Garantierücklaß, vgl. SJZ 1951, S. 349.

<sup>490</sup> Dazu vorn, S. 93 ff.

<sup>491</sup> Dazu hinten, S. 163 f.

<sup>492</sup> SCHUMACHER, Nr. 444.

<sup>493</sup> ZR 1980 Nr. 30. Dazu SCHUMACHER, BR 1981, S. 17.

<sup>494</sup> In diesem Lichte ist auch die Bemerkung in BGE 103 II 40, wonach die Zinsforderungen nicht in die Pfandsumme einzubeziehen seien, zumal sie schon vom provisorischen Pfandrecht nicht erfaßt worden seien, zu würdigen.

<sup>495</sup> LEEMANN, Art. 818 N. 4.



### c) Schadenersatzforderungen?

Treten anstelle der vertraglichen Hauptforderung Schadenersatzansprüche, so stellt sich die Frage, ob auch für diese das Bauhandwerkerpfandrecht geltend gemacht werden könne. Hierbei ist zu differenzieren:

aa) Soweit die Schadenersatzforderung das *Äquivalent für eine vom Bauhandwerker bereits erbrachte Bauleistung* darstellt, muß die Pfanddeckung vorbehaltlos bejaht werden. Dies folgt aus der ratio legis (Versionsgedanken)<sup>496</sup>.

bb) Handelt es sich dagegen bei den einzelnen Schadenposten um Entschädigungsansprüche für *entgangenen Gewinn und Auslagen aus nicht ausgeführten Bauleistungen*, so besteht nach der ratio legis kein Pfandrechtsanspruch. Darunter fallen vor allem jene Tatbestände, bei welchen bereits vor Baubeginn eine Vertragsliquidation stattgefunden hat<sup>497</sup>.

## B. Außervertragliche Ersatzforderungen aus Art. 671 ff. ZGB

1. Das Bauhandwerkerpfandrecht bezweckt (nach umstrittener Ansicht) nur die Sicherung vertraglicher Bauforderungen und schafft für die diesen zugrundeliegenden Leistungen eine besondere Ausgleichsordnung<sup>498</sup>. Das Vorhandensein einer vertraglichen Anspruchsgrundlage als Voraussetzung des Baugläubigerschutzes folgt auch aus Art. 839 I ZGB, wo von einer «Verpflichtung zur Arbeitsleistung» die Rede ist<sup>499</sup>. Demgegenüber regelt Art. 671 ZGB das Eigentumsverhältnis bei Bauten, welche auf fremdem Boden oder mit fremdem Material errichtet worden sind, wobei die Art. 672 und 673 ZGB für die entsprechenden durch Akzession eingetretenen Vermögensverschiebungen eine besondere *Ausgleichsordnung* schaffen<sup>500</sup>. Der Rechtsverlust des Materialeigentümers wird durch Ansprüche persönlicher und realobligatorischer Natur ausgeglichen: Nämlich durch solche auf Schadenersatz (Art. 672 ZGB), auf Zuweisung des Eigentums an Bau und Boden (Art. 673 ZGB) und auf Trennung

<sup>496</sup> Dies trifft etwa dann zu, wenn der Vertragsrücktritt erst nach bereits erbrachter Bauleistung erfolgt.

<sup>497</sup> ZR 1980 Nr. 80, 1955 Nr. 28; ZBJV 1977, S. 409; LEEMANN, Art. 837 N. 43; SCHUMACHER, Nr. 446; HOFMANN, S. 24.

<sup>498</sup> PIOTET, JT 1970 I, S. 130 ff., SJZ 1975, S. 17 ff.; DE HALLER, JT 1974 I, S. 322 ff.; a.M. TUOR/SCHNYDER, S. 653; BGE 95 II 228 f.

<sup>499</sup> HOFMANN, S. 22.

<sup>500</sup> Vgl. BGE 99 II 135, 95 II 226, 81 II 436; MEIER-HAYOZ, Art. 671 N. 1 ff.

und Herausgabe des Materials (Art. 671 II/III ZGB)<sup>501</sup>. Diese Regelung stellt im Verhältnis zu jener gemäß Art. 837 ZGB eine *lex specialis* dar. Für Forderungen aus Art. 671 ff. ZGB besteht somit kein Anspruch auf Errichtung des Bauhandwerkerpfandrechts<sup>502</sup>.

2. Anders verhält es sich freilich dann, wenn der Anspruch aus Art. 672 ZGB mit einer Werkvertragsforderung gegenüber einem Unternehmer konkurriert<sup>503</sup>. Dann kann der Baugläubiger das Bauhandwerkerpfandrecht aufgrund seiner vertraglichen Werkvertragsforderung geltend machen<sup>504</sup>.

## II. Parteien der gesicherten Forderung

### 1. Gläubiger: Handwerker oder Unternehmer

Die Qualifikationsmerkmale, welche an die Gläubigereigenschaft gestellt werden, wurden vorn dargelegt<sup>505</sup>.

### 2. Schuldner: Grundeigentümer oder Unternehmer

Nach dem Gesetzeswortlaut von Art. 837 I Ziff. 3 ZGB muß es sich beim Schuldner entweder um den *Grundeigentümer* oder um einen *Unternehmer* handeln<sup>506</sup>.

<sup>501</sup> Die Ansprüche gemäß Art. 671 ff. ZGB gehen jenen gemäß Art. 41 ff. bzw. 62 ff. OR vor: BGE 99 II 138. Der Ersatzanspruch gemäß Art. 672 ZGB setzt eine Bereicherung des Grundeigentümers voraus; eine solche besteht dann nicht, wenn der Grundeigentümer den Gegenwert für die entsprechenden Arbeiten einem Generalunternehmer bereits bezahlt hat oder noch schuldet (BGE 103 II 240, 99 II 149; s.a. ZR 1980 Nr. 12).

<sup>502</sup> ZR 1978 Nr. 133; PIOTET, JT 1970 I, S. 133 ff.; SJZ 1975, S. 17 ff.; DE HALLER, S. 105 ff., DERSELBE, JT 1974 I, S. 322 ff.; GROSSEN, ZBGR 1973, S. 69 ff.; a.M. TUOR/SCHNYDER, S. 653; BGE 95 II 228 f.; zum ganzen vgl. auch SCHUMACHER, Nr. 228.

<sup>503</sup> Das trifft etwa dann zu, wenn der Grundeigentümer deshalb bereichert ist, weil er kein Bauwerk bestellt hat und die Bestellung durch einen Unternehmer erfolgte.

<sup>504</sup> Vgl. BGE 95 II 221 ff.

<sup>505</sup> Dazu vorn, S. 79 ff.

<sup>506</sup> Dazu vorn, S. 81 f.

### III. Abtretung der gesicherten Forderung

Die pfandrechtsgeschützte Bauforderung kann vorbehaltlich der rechtsgeschäftlichen Vereinbarung eines Abtretungsverbotes (Art. 164 I OR) abgetreten werden. Das im Grundbuch eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht geht dabei als Akzessorium der Forderung von Gesetzes wegen auf den Zessionar über (Art. 170 I OR). Wird die Bauforderung abgetreten, bevor das Bauhandwerkerpfandrecht im Grundbuch definitiv eingetragen ist, so erwirbt der Zessionar der Forderung automatisch auch den realobligatorischen Eintragungsanspruch als deren Nebenrecht<sup>507</sup>.

### IV. Würdigung

Wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, ist die Frage, ob auch außervertragliche Ersatzforderungen den Pfandrechtschutz genießen, umstritten. Zwecks Beseitigung dieser Kontroverse wäre eine entsprechende Klarstellung durch den Gesetzgeber wünschenswert. Diese hätte die Feststellung zu enthalten, daß für außervertragliche Forderungen kein Pfandrechtsschutz besteht, verfügen ja diese bereits über eine besondere Ausgleichsordnung (Art. 671 ff. ZGB).

#### *Vierter Unterabschnitt:*

### **Pfandobjekt**

#### **I. Bestimmung des Pfandobjektes**

Gegenstand des Bauhandwerkerpfandrechtes bildet grundsätzlich jenes Grundstück, auf welchem die pfandberechtigte Bauleistung physisch erbracht worden ist. Dieser Grundsatz ist aber nicht wörtlich zu nehmen, sondern teleologisch zu interpretieren. Aus der ratio legis folgt, daß jenes Grundstück zu belasten ist,

<sup>507</sup> LEEMANN, Art. 837 N. 55 f.; MAILLEFER, S. 36 f.; HOFMANN, S. 58; SCHNEEBELI, S. 97 f.; ENGEL, ZBGR 1973, S. 321 ff.; SJZ 1969, S. 317, 1919/20, S. 383; ZR 1913, S. 263; a.M. SJZ 1914/15, S. 94 und dazu die Kritik von REICHEL (SJZ 1914/15, S. 95). Vgl. auch BGE 53 II 472 ff. betreffend Vorrecht (Art. 841 ZGB) und dazu hinten, S. 170 f.

dem der durch die Bauhandwerker geschaffene Mehrwert im Ergebnis zukommt. Wie die folgenden Ausführungen verschiedentlich zeigen, ist das eigentliche Baugrundstück mit dem Belastungsobjekt aber nicht immer identisch.

## II. Arten von Pfandobjekten

Objekt des Bauhandwerkerpfandrechtes bilden Grundstücke (Art. 796 I ZGB)<sup>507a</sup>. Als solche kommen gemäß Art. 655 ZGB in Betracht:

### A. Liegenschaften

Im Normalfall wird eine *Liegenschaft* im Sinne von Art. 655 Ziff. 1 ZGB mit dem Bauhandwerkerpfandrecht belastet.

### B. Selbständige und dauernde Rechte, insbesondere Baurecht

1. Praktisch bedeutsam ist auch der Fall, wo eine Bauleistung für ein selbständiges und dauerndes *Baurecht* erbracht worden ist (Art. 655 Ziff. 2, 779 ff. ZGB)<sup>508</sup>. Hier bildet das Baurecht als Grundstück und nicht die Liegenschaft, auf welcher das Baurecht lastet, Gegenstand des Bauhandwerkerpfandrechtes. Dies gilt auch im Falle des sogenannten Unterbaurechtes: Bauten, die aufgrund eines solchen erstellt werden, berechtigen nur zur Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes auf dem Unterbaurecht<sup>509</sup>.

2. Ist das Baurecht zwar selbständig und dauernd, aber noch nicht als Grundstück in das Grundbuch aufgenommen, so kann der Baugläubiger nach herrschender Lehre die Aufnahme des Rechts in das Grundbuch verlangen, um alsdann die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes durchzusetzen<sup>510</sup>.

<sup>507a</sup> Nicht aber registrierte Flugzeuge: ZOBL, Syst. Teil N. 393; RUOSCH, BLSchK 1978, S. 41 f. Bei registrierten Schiffen besteht eine Sonderordnung: Art. 51 I Ziff. 3 SchRG.

<sup>508</sup> Zum unselbständigen Baurecht hinten, S. 133 f., 135.

<sup>509</sup> SCHUMACHER, Nr. 151; MANFRED ZOBL, zit. N. 60, S. 36 ff.; ISLER, zit. N. 60, S. 67 f.; vgl. ferner vorn, N. 60.

<sup>510</sup> LEEMANN, Art. 837 N. 19; SCHNEEBELI, S. 106; SCHEIDEGGER, S. 7.

### C. Bergwerke

Der Fall, daß auch Bergwerke im Sinne von Art. 655 Ziff. 3 ZGB mit Bauhandwerkerpfandrechten belastet werden, kommt in der Praxis kaum vor.

### D. Miteigentumsanteile an Grundstücken

Die mit der Belastung von Miteigentumsanteilen (Art. 655 Ziff. 4 ZGB) verbundenen Probleme werden anschließend (III.) selbstständig behandelt.

## III. Gemeinschaftliches Eigentum

### A. Gesamteigentum

Da es beim Gesamteigentum (Art. 652 ff. ZGB) keine selbständigen Anteile gibt, kann nur das im gemeinschaftlichen Eigentum stehende Grundstück als solches belastet werden. Es ist darauf zu achten, daß die Klage auf Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts gegen alle Gesamteigentümer gerichtet wird, da diese nach dem Gesamthandsprinzip nur in ihrer Gesamtheit passivlegitimiert sind<sup>511</sup>.

### B. Gewöhnliches Miteigentum

#### 1. Allgemeines

Wurden die Bauarbeiten auf einem Grundstück erbracht, welches im Miteigentum steht, so stellen sich mit Bezug auf das Belastungsobjekt verschiedene Fragen. Insbesondere ist zu prüfen,

- ob das *Grundstück* als solches oder die einzelnen *Miteigentumsanteile* Belastungsobjekt darstellen;
- ob die in *Art. 648 III ZGB* enthaltene Regel, wonach die Miteigentümer die Sache selbst nicht mehr mit Pfandrechten belasten können, sofern solche an den Miteigentumsanteilen bereits bestehen, auch für das Bauhandwerkerpfandrecht gilt;
- ob das *Gesamtpfandrecht* zulässig sei.

<sup>511</sup> Vgl. SCHUMACHER, Nr. 153.

## 2. Belastungsobjekt, wenn Miteigentumsanteile noch nicht mit Grundpfandrechten belastet sind

a) Sind beim gewöhnlichen Miteigentum (Art. 646 ff. ZGB) die einzelnen Miteigentumsanteile noch nicht mit Pfandrechten belastet, so ist es den Miteigentümern gestattet, entweder auf dem gemeinschaftlichen Grundstück als solchem oder auf den einzelnen Miteigentumsanteilen Grundpfandrechte zu errichten<sup>512</sup>. Es stellt sich die Frage, ob dem Bauhandwerker mit Bezug auf das Pfandobjekt auch ein solches Wahlrecht zusteht oder ob er auf die eine oder andere Möglichkeit beschränkt bleibt. Eine gefestigte Rechtsprechung, die zu diesem Problemkomplex schlüssig Stellung genommen hätte, fehlt bis heute. In der Literatur sind die Meinungen nicht einheitlich:

b) Nach HAAB<sup>513</sup> und anderen Autoren<sup>514</sup> bildet das *gemeinschaftliche Grundstück* als solches deshalb Belastungsgegenstand, weil sich der anspruchsbegründende Tatbestand an der Sache als solcher verwirklicht hat. Auf diesem Boden scheint auch das *Bundesgericht* zu stehen<sup>515</sup>.

c) OTTIKER<sup>516</sup> plädiert – nach umsichtiger Interessenabwägung – für eine sofortige *Aufteilung der Pfandhaft auf die einzelnen Miteigentumsanteile*. Damit werde vor allem vermieden, daß ein Miteigentümer mit seinem Anteil für Lasten einzustehen habe, die die anderen Anteile betreffen.

d) SCHUMACHER<sup>517</sup> räumt dem Bauhandwerker das *Wahlrecht* ein, entweder die Gesamtliegenschaft oder die einzelnen Miteigentumsanteile zu belasten. Im letzteren Falle sei die Pfandsumme nach Bruchteilen auf die Miteigentumsanteile zu verlegen.

e) Der Referent stimmt der Auffassung von OTTIKER zu, wonach nur eine quotenmäßige Aufteilung der Pfandsumme auf die einzelnen Miteigentumsanteile in Betracht kommt. Mit dieser Lösung wird ein vernünftiger Interessenausgleich zwischen den Miteigentümern einerseits und den Bauhandwerkern andererseits gefunden, der sich auch dogmatisch vertreten läßt:

aa) Beim Anspruch auf Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes handelt es sich um eine Realobligation. Die Miteigentü-

<sup>512</sup> Art. 648 III ZGB; MEIER-HAYOZ, Art. 648 N. 40.

<sup>513</sup> HAAB, Art. 646 N. 13.

<sup>514</sup> Z. B. WIPFLI, ZBGR 1971, S. 73 ff.; FRIEDRICH, ZBGR 1964, S. 363 f.

<sup>515</sup> BGE 95 I 575.

<sup>516</sup> OTTIKER, S. 66 ff.; DERSELBE, ZBGR 1971, S. 197 ff.

<sup>517</sup> SCHUMACHER, Nr. 157.



mer sind demnach (real-)obligatorisch verpflichtet, ihre Zustimmung zur Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes zu erteilen. Nach einem *allgemeinen Grundsatz des Miteigentumsrechtes haften die Miteigentümer* für vertragliche und gesetzliche Forderungen vorbehaltlich anderer Vereinbarung oder gesetzlicher Regelung *nicht solidarisch*, sondern bloß *anteilmäßig*<sup>518</sup>. Diese Ordnung muß aber sinngemäß auch für den Eintragungsanspruch beim Bauhandwerkerpfandrecht gelten, was zur Folge hat, daß die gesamte Pfandsomme die einzelnen Miteigentümer nur anteilmäßig trifft. Nur auf diese Weise läßt sich eine Konkordanz zum Grundgedanken der anteilmäßigen Haftung beim Miteigentum erzielen.

bb) Der Grundsatz der anteilmäßigen Haftung der Miteigentümer steht sodann auch in Übereinstimmung mit dem *Versionsgedanken*. Der einzelne Miteigentümer soll mit seinem Anteil nur in dem Umfang haften, in welchem seine Quote eine Wertvermehrung erfahren hat. Bei der Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes auf dem Miteigentumsgrundstück als solchem hätte er aber indirekt auch für die Anteile der übrigen Miteigentümer einzustehen, was einem Übergriff in eine fremde Rechtsphäre gleichkommt.

cc) Die bloße Belastung des Anteiles hat für den Miteigentümer den Vorteil, daß er die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes durch bloße *Sicherstellung seines Anteilspfandrechtes* abwenden oder das bereits eingetragene Pfandrecht ablösen kann. Sind die übrigen Miteigentümer zur Sicherstellung oder Ablösung nicht in der Lage, so riskieren nur diese die Verwertung ihrer Miteigentumsanteile. Anders wäre die Rechtslage aber dann, wenn die im Miteigentum stehende Liegenschaft als solche belastet würde. Dann könnte der einzelne Miteigentümer das Bauhandwerkerpfandrecht nur gegen Sicherstellung bzw. Bezahlung der gesamten Pfandsomme abwenden bzw. ablösen. Wäre er dazu nicht imstande, käme es zur Verwertung der Gesamtliegenschaft; mit erfolgtem Zuschlag an den Erwerber würde das Miteigentum von Gesetzes wegen erlöschen, womit jeder Miteigentümer seines Anteiles vollständig verlustig ginge<sup>519</sup>.

dd) Die Belastung des gemeinschaftlichen Grundstückes hat im Ergebnis ähnliche *Wirkungen* wie die Eintragung von *Gesamtpfandrechten* auf den einzelnen Anteilen. Jene werden aber

<sup>518</sup> MEIER-HAYOZ, Art. 646 N. 110; SJZ 1924/25, S. 40, 1925/26, S. 10 = Semjud 1925, S. 299.

<sup>519</sup> BGE 95 I 576; BBl 1962 II, S. 1508; FRIEDRICH, SJK Nr. 1302 S. 15; WIPFLI, ZBGR 1971, S. 74; AMONN, BISchK 1968, S. 2.

praktisch einstimmig abgelehnt<sup>520</sup>. Das muß aus teleologischer Sicht auch für die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes auf dem Gesamtgrundstück gelten.

ee) *Beschränkt man die Eintragungsmöglichkeit beim Miteigentum auf die einzelnen Anteile, so werden die Bauhandwerker dadurch nicht nennenswert beeinträchtigt.* Sicher mag es Fälle geben, in denen bei der Verwertung eines einzelnen Miteigentumsanteiles verhältnismäßig weniger gelöst wird als bei der Versteigerung des ganzen Grundstückes. Diesem Bedenken kommt indessen bloß marginale Bedeutung zu, da es sich erfahrungsgemäß bloß um geringfügige Differenzen handeln kann<sup>521</sup>. Die Interessen des Grundeigentümers prävalieren in diesem Zusammenhang gegenüber jenen des Bauhandwerkers.

ff) *Beschränkt man die Belastungsmöglichkeit auf die Miteigentumsanteile, so entfällt die von SCHUMACHER postulierte Wahlmöglichkeit des Bauhandwerkers hinsichtlich der Pfandobjekte.* Wollte man im übrigen – entgegen der hier dargelegten Auffassung – ein *Wahlrecht* zulassen, so stände dieses nicht dem Bauhandwerker, sondern *den Miteigentümern als Schuldner* des Eintragungsanspruches zu. Dies ergibt sich aus Art. 72 OR, welche Vorschrift auch auf Realobligationen anwendbar ist.

### *3. Belastungsobjekt, wenn Miteigentumsanteile bereits mit Grundpfandrechten belastet sind*

Nachdem soeben festgestellt worden ist, daß sich der Eintragungsanspruch des Bauhandwerkers so oder so auf die einzelnen Miteigentumsanteile beschränkt, müßte die Problematik um Art. 648 III ZGB nicht mehr aufgerollt werden, spielt diese doch nur dann, wenn man die Belastung der Gesamtliegenschaft als zulässig erachtet. Dennoch bedarf sie aus Gründen der Vollständigkeit ihrer Behandlung. Gemäß Art. 648 III ZGB können die Miteigentümer die Sache selbst nicht mehr mit Pfandrechten belasten, wenn an den Miteigentumsanteilen bereits Grundpfandrechte bestehen<sup>522</sup>. In diesem Falle kommt folglich nur noch eine Belastung der einzelnen Anteile in Betracht. Die Frage, ob diese

<sup>520</sup> Dazu hinten, S. 125 f.

<sup>521</sup> Diese Betrachtungsweise liegt auch Art. 648 III ZGB zugrunde.

<sup>522</sup> Zur Entstehungsgeschichte und zur legislativpolitischen Motivierung dieser Bestimmung vgl. OTTIKER, S. 64 ff.; DERSELBE, ZBGR 1971, S. 193 ff.; WIPFLI, ZBGR 1971, S. 79 ff.; MEIER-HAYOZ, Art. 648 N. 37 ff.; ZOBL, Art. 884 N. 117; BBl 1962 II, S. 1500 ff.; StenBullStR 1963, S. 207, 213 f.; StenBullNR 1963, S. 217, 529; BGE 95 I 568 ff.

Bestimmung auch für das Bauhandwerkerpfandrecht als mittelbares gesetzliches Pfandrecht gilt, wird heute in der Lehre mehrheitlich bejaht<sup>523</sup>. Das Bundesgericht hat die Frage im Entscheid BGE 95 I 575 allerdings offengelassen. Demgegenüber haben sich das Obergericht des Kantons Bern in einem Urteil von 1975 und das Kantonsgericht Tessin in einem solchen von 1977 für die Anwendung von Art. 648 III ZGB ausgesprochen<sup>524</sup>. Dem ist zuzustimmen.

#### 4. Ausschuß des Gesamtpfandrechtes

a) Wie bereits vorn<sup>525</sup> dargelegt, hat die Aufteilung der Pfandsumme auf die einzelnen Miteigentumsanteile quotenmäßig zu erfolgen. Beim Gesamtpfandrecht würde dagegen jeder einzelne Anteil mit der ganzen Pfandsumme belastet. Dies stände aber im Gegensatz zum Grundsatz der anteilmäßigen Haftung der Miteigentümer. Dazu kommt, daß sich ein Gesamtpfandrecht auch nicht mit dem Versionsgedanken vertragen würde. Der einzelne Miteigentümer hätte mit seinem Anteil auch für solche Vermögensverschiebungen einzustehen, die wirtschaftlich und rechtlich den übrigen Miteigentümern zugute kommen<sup>526</sup>. Neben diesen Gründen sind schließlich auch noch jene anzuführen, die im Zusammenhang mit dem Verbot der Belastung des Gesamtgrundstückes erwähnt worden sind<sup>527</sup>. Zu Recht lehnen deshalb die herrschende Lehre und Rechtsprechung das Gesamtpfandrecht entschieden ab<sup>528</sup>.

<sup>523</sup> MEIER-HAYOZ, Art. 648 N. 44; LIVER, SPR V/1, S. 78; DESCHENAUX, ZBGR 1959, S. 326; FRIEDRICH, Reglement, S. 178 f.; ZOBL, Art. 884 N. 118; OTTIKER, S. 65; DERSELBE, ZBGR 1971, S. 193 ff.; SCHUMACHER, Nrn. 179 ff.; SCHNEIDER, S. 272 f.; a.M. WIPFLI, ZBGR 1971, S. 79 ff. – Nach SCHNEIDER wird die dargelegte Regel dann durchbrochen, wenn auf Anteilen bereits Pfandrechte haften und das Grundstück als solches nachträglich unter Nachgangserklärung der Anteilspfandgläubiger noch mit Pfandrechten belastet wird (SCHNEIDER, S. 273). Dieser Auffassung kann nur dann zugestimmt werden, wenn sich die Nachgangserklärungen der Anteilspfandgläubiger auch auf die Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten beziehen. Solche Erklärungen werden aber in der Praxis kaum abgegeben.

<sup>524</sup> ZBJV 1977, S. 315 ff.; Rep 1979, S. 86 ff.; BR 1980, S. 48; vgl. auch bernisches Grundbuchinspektorat ZBGR 1969, S. 88.

<sup>525</sup> Dazu vorn, S. 122 ff.

<sup>526</sup> WIPFLI, ZBGR 1971, S. 69.

<sup>527</sup> Dazu vorn, S. 122 ff.

<sup>528</sup> MEIER-HAYOZ, Art. 648 N. 44; OTTIKER, S. 67; DERSELBE, ZBGR 1971, S. 194; WIPFLI, ZBGR 1971, S. 66 ff., 73; SCHUMACHER, Nr. 189; SCHNEIDER, S. 273; ZBJV 1977, S. 318; ZR 1980 Nr. 128; a.M. HUBER, Stockwerkeigentum 1978, S. 29 f.

b) Gelegentlich wird in der Literatur die Meinung vertreten, daß im Falle, wo die Miteigentümer den Bauhandwerkern gegenüber für die gesicherte Forderung solidarisch haften, die Eintragung eines Gesamtpfandrechtes ausnahmsweise zulässig sei (Art. 798 I ZGB)<sup>529</sup>. Unter analoger Anwendung von Art. 798 I ZGB wäre dies zwar formal möglich. Materiell ist dies indessen mit Entschiedenheit abzulehnen, läge doch auch hier ein Verstoß gegen das Versionsprinzip vor.

### 5. Würdigung

Die vorstehenden Ausführungen machen deutlich, daß aufgrund der gegenwärtigen Rechtslage mit Bezug auf das Belastungsobjekt erhebliche Unsicherheiten bestehen. Diese aus Gründen der Rechtssicherheit zu beseitigen, wäre Aufgabe des *künftigen Gesetzgebers*. Er hätte vor allem klarzustellen,

- ob der Miteigentumsanteil oder das Grundstück primär Belastungsgegenstand bildet;
- ob gegebenenfalls Art. 648 III ZGB auch für gesetzliche Pfandrechte gilt;
- daß das Gesamtpfandrecht ausgeschlossen ist.

## C. Stockwerkeigentum

### 1. Grundsatz: Anwendbarkeit der für das gewöhnliche Miteigentum entwickelten Regeln

Da es sich beim Stockwerkeigentum (Art. 712a ff. ZGB) um einen Anwendungsfall des Miteigentums handelt, gelten die für dieses dargelegten Grundsätze im wesentlichen auch für das Stockwerkeigentum. Demnach muß die Pfandsumme auf die einzelnen Stockwerkeigentumsanteile nach Maßgabe der Miteigentumsquote verlegt werden. Dies ist für alle jene Bauleistungen maßgebend, welche nicht den Spezialausbau einer Stockwerkeinheit betreffen. Darunter fallen namentlich die Bauteile, die für den Bestand, die konstruktive Gliederung und Festigkeit des Gebäudes oder der Räume anderer Stockwerkeigentümer von Be-

<sup>529</sup> So etwa OTTIKER, S. 67 f.; SCHNEIDER, S. 273; FRIEDRICH, SJK Nr. 1303 S. 13; Bern. Notar 1968, S. 301 ff.

deutung sind oder die äußere Gestalt und das Aussehen des Gebäudes bestimmen (Art. 712b II Ziff. 2 ZGB) sowie für die gemeinschaftlich genutzten Anlagen und Einrichtungen (Art. 712b II Ziff. 3 ZGB<sup>530</sup>).

## *2. Besonderheiten gegenüber dem gewöhnlichen Miteigentum*

Besonderheiten gegenüber der Regelung beim gewöhnlichen Miteigentum ergeben sich dann, wenn der Bauhandwerker Leistungen erbringt, welche sich auf jene Teile beziehen, die Gegenstand des Sonderrechtes des Stockwerkeigentümers bilden<sup>531</sup>. Da solche Bauleistungen im ausschließlichen Interesse des einzelnen Stockwerkeigentümers stehen und zur Wertvermehrung von dessen Anteil beitragen, ist es gerechtfertigt, nur diesen mit dem Bauhandwerkerpfandrecht zu belasten<sup>532</sup>. Gegen diese Lösung könnte zwar der formalrechtliche Einwand erhoben werden, auch der Sonderausbau der einzelnen Stockwerkeinheit stehe im Miteigentum aller Stockwerkeigentümer<sup>533</sup>. Diesem Argument ist aber entgegenzuhalten, daß sich das Sonderrecht des einzelnen Stockwerkeigentümers auf seine Stockwerkeinheit beschränkt, während er von der Nutzung der übrigen Stockwerkeinheiten per definitionem ausgeschlossen ist. Aus diesen Gründen ist es angezeigt, in solchen Fällen nicht auf das formale Eigentumsverhältnis, sondern auf die materielle Nutzung abzustellen.

## **D. Subjektiv-dingliches Miteigentum**

1. Anstatt die Miteigentumsanteile an einem Grundstück individuell bestimmten Personen zuzuordnen, ist es zulässig, die je-

<sup>530</sup> ZBJV 1977, S. 317; SCHUMACHER, Nr. 184; FRIEDRICH, ZBGR 1964, S. 363 f.; QUARCK, S. 101 N. 24, 111; eingehend WEBER, S. 73 ff.

<sup>531</sup> Hierzu zählt insbesondere der Spezialausbau, wie z. B. die Anbringung von Arventäfer in einem Wohnzimmer (ZBJV 1977, S. 318; SCHUMACHER, Nr. 182). Negativ umschrieben fallen alle jene Bauleistungen hierunter, welche weder Bauteile noch Anlagen bzw. Einrichtungen im Sinne von Art. 712b II Ziff. 2 und 3 ZGB zum Gegenstand haben. Eingehend dazu WEBER, S. 111 ff.

<sup>532</sup> WIPFLI, ZBGR 1971, S. 84; FRIEDRICH, SJK Nr. 1303 S. 13 und ZBGR 1964, S. 363 f.; SCHUMACHER, Nrn. 182, 185 ff.; REBER, S. 110; ZBJV 1977, S. 318.

<sup>533</sup> Vgl. WEBER, S. 111.



weiligen Eigentümer bestimmter Grundstücke als Subjekte des Miteigentums zu bezeichnen<sup>534</sup>; man spricht hier von subjektiv-dinglichem Miteigentum<sup>535</sup>. Infolge der engen Verquickung zwischen dem berechtigten Grundstück und dem Anteilsrecht kann dieses nicht Gegenstand selbständiger Verfügungen sein<sup>536</sup>. Umgekehrt erfaßt das Pfandrecht am berechtigten Grundstück auch den subjektiv-dinglichen Miteigentumsanteil am dienenden Grundstück<sup>537</sup>.

Subjektiv-dingliches Miteigentum kommt hauptsächlich im Zusammenhang mit Gesamtüberbauungen vor, indem auf der Miteigentumsparzelle gemeinschaftliche Anlagen (z. B. Sammelgaragen, Vorgarten, Grünflächen, Fernheizungsanlagen, Privatstraßen, Tennisplätze usw.) errichtet werden<sup>538</sup>.

2. Werden auf der im subjektiv-dinglichen Miteigentum stehenden Grundstücksparzelle Bauleistungen erbracht, so ist das Bauhandwerkerpfandrecht nicht auf dieser, sondern auf den *berechtigten Grundstücken* nach Maßgabe der Miteigentumsquote einzutragen<sup>539</sup>. Dies ist eine zwingende Konsequenz des Grundsatzes, wonach das subjektiv-dingliche Miteigentum nicht Gegenstand selbständiger Verfügungen sein kann.

<sup>534</sup> MEIER-HAYOZ, Art. 646 N. 9; LIVER, SPR V/1, S. 59; REY, Syst. Teil N. 198, 225.

<sup>535</sup> MEIER-HAYOZ, Art. 646 N. 9; LIVER, ZBGR 1969, S. 14 ff.; DERSELBE, SPR V/1, S. 59 u. a. m. – Grundbuchtechnisch wird das subjektiv-dingliche Miteigentum so behandelt, daß auf dem Miteigentumsgrundstück anstatt der Namen der jeweiligen Eigentümer die Grundbuchnummern der berechtigten Grundstücke in der Eigentumskolumne eingetragen werden. Auf den Grundbuchblättern der berechtigten Grundstücke wird in der Kolumne «Anmerkungen» auf die Berechtigung verwiesen (Art. 32 I/II GBV). – Zum subjektiv-dinglichen Miteigentum im einzelnen vgl. BENNO SCHNEIDER, Probleme des subjektiv-dinglichen Miteigentums, ZBGR 1976, S. 1 ff.; LIVER, ZBGR 1969, S. 14 ff.; Bernisches Grundbuchinspektorat in ZBGR 1969, S. 92 ff.

<sup>536</sup> MEIER-HAYOZ, Art. 646 N. 9; SCHNEIDER, ZBGR 1976, S. 13 f.; SCHUMACHER, Nr. 208.

<sup>537</sup> SCHNEIDER, ZBGR 1976, S. 14.

<sup>538</sup> MEIER-HAYOZ, Art. 646 N. 9; LEEMANN, SJZ 1929/30, S. 289 ff.; LIVER, ZBGR 1969, S. 14 ff.; SCHNEIDER, ZBGR 1976, S. 6.

<sup>539</sup> ZR 1980 Nr. 128; SCHUMACHER, Nr. 209; unentschieden KAPPELER, ZBGR 1976, S. 282 N. 67.



## IV. Pfandobjekte bei der Gesamtüberbauung

### A. Begriff

Unter *Gesamtüberbauung*<sup>540</sup> versteht man nicht einen juristischen Begriff, sondern einen *tatsächlichen Vorgang*. Dieser ist hauptsächlich dadurch gekennzeichnet, daß mehrere Blöcke oder Einfamilienhäuser, die zusammengebaut oder benachbart sind, aufgrund eines *einheitlichen Arbeitsablaufes* und einer *geschlossenen Planung* erstellt werden. In rechtlicher Hinsicht ist bedeutsam, daß die Bauhandwerker je aufgrund eines *einheitlichen Werkvertrages* für sämtliche oder verschiedene Bauten der Gesamtüberbauung Bauleistungen erbringen. Die *Grundstücke*, auf welchen die Gesamtüberbauung erstellt wird, sind in der Regel *parzelliert*. Dabei kann die Parzellierung von allem Anfang an bereits bestehen oder erst nachträglich vorgenommen werden<sup>541</sup>. Im vorliegenden Zusammenhang interessiert nun die Frage, wie das Bauhandwerkerpfandrecht für Bauleistungen, die an verschiedenen Objekten der Gesamtüberbauung erbracht werden, zu handhaben ist. Das Problem des Beginns des Fristenlaufes wird separat behandelt<sup>542</sup>.

### B. Verlegung der Pfandsumme auf die einzelnen Parzellen nach Maßgabe der effektiv erbrachten Bauleistungen

Herrschende Lehre und Rechtsprechung sind übereinstimmend der Auffassung, daß die Pfandsumme auf die einzelnen Grundstücke der Gesamtüberbauung nach Maßgabe der auf sie effektiv

<sup>540</sup> Zum Begriff Gesamtüberbauung vgl. KAPPELER, ZBGR 1976, S. 257 ff.; SCHUMACHER, Nrn. 190 ff.

<sup>541</sup> Sofern keine Parzellierung erfolgt und sich die Gesamtüberbauung auf einer einzigen Parzelle vollzieht, stellen sich keine besonderen Probleme mit Bezug auf das Bauhandwerkerpfandrecht. Erfolgt die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes vor der Parzellierung, so ist die Pfandhaft auf die einzelnen Parzellen nach Maßgabe der auf diesen effektiv erbrachten Bauleistungen zu verteilen. Zum Parzellierungsproblem vgl. ferner KAPPELER, ZBGR 1976, S. 268; HOMBERGER, Art. 945 N. 7 ff.; SCHNEEBELI, S. 109 ff. – Zum Parzellierungsproblem bei Güterzusammenlegungen s. BGE 95 II 25; SCHUMACHER, Nrn. 134 ff.; REBER, S. 109; GIOVANOLI, BISchK 1970, S. 46 f.

<sup>542</sup> Dazu hinten, S. 145 ff.

verwendeten Leistungen zu verteilen ist<sup>543</sup>. Das Gesamtpfandrecht gilt damit als abgelehnt<sup>544</sup>. Dem Bauhandwerker obliegt somit eine entsprechende Substanziierungspflicht: Für jedes Grundstück hat er die konkret erbrachten oder noch zu erbringenden Bauleistungen speziell nachzuweisen<sup>545</sup>. Ist der Bauhandwerker für die an einem bestimmten Objekt der Gesamtüberbauung erbrachten Bauleistungen bereits befriedigt, so kann er auf der betreffenden Parzelle für Forderungen in bezug auf die übrigen Objekte kein Bauhandwerkerpfandrecht mehr eintragen lassen. Dieser Praxis ist nicht nur aus der Sicht der Interessenlage des Grundeigentümers, sondern auch aus jener der *ratio legis* zuzustimmen. Das dagegen vorgebrachte Argument, die individuelle Aufteilung nach effektiven Leistungen verursache in der Praxis für die Bauhandwerker arges Kopfzerbrechen, ist zurückzuweisen. Es ist dem Bauhandwerker zuzumuten, bezüglich jedes einzelnen Gebäudes eine separate Baustellenrechnung zu führen<sup>546</sup>.

### C. Ausschluß des Gesamtpfandrechtes

1. Da die Pfandsomme nach Maßgabe der effektiv erbrachten Bauleistungen auf die einzelnen Grundstücke der Gesamtüberbauung zu verlegen ist, bleibt kein Platz für die Bestellung eines Gesamtpfandrechtes<sup>547</sup>. Für diese Auffassung machen das Bundesgericht und die diesem zustimmende Doktrin folgende Gründe geltend:

a) Als erstes wird auf die *ratio legis* (Versionsgedanken) verwiesen, nach welcher die Rechtfertigung des Bauhandwerker-

<sup>543</sup> LIVER, ZBJV 1978, S. 203; SCHUMACHER, Nr. 191; WIPFLI, ZBGR 1971, S. 68; KAPPELER, ZBGR 1976, S. 268; REBER, S. 110; SCHNEEBELI, S. 108 f.; BGE 102 Ia 85; ZR 1980 Nr. 128, 1978 Nr. 18, 1976 Nr. 12; ZBGR 1956, S. 207; AGVE 1979, S. 18 ff.; Semjud 1981, S. 98 ff.; BR 1981, S. 18.

<sup>544</sup> Dazu sogleich sub lit. C.

<sup>545</sup> BGE 102 Ia 85; ZR 1980 Nr. 128; LIVER, ZBJV 1978, S. 203; KAPPELER, ZBGR 1976, S. 268; SCHUMACHER, Nr. 191.

<sup>546</sup> KAPPELER (ZBGR 1976, S. 269) bezeichnet dies zu Recht als branchenübliches Erfordernis. Gl. M. REBER, S. 110; GÖSCHKE, ZBJV 1942, S. 241 ff.; vgl. auch BGE 102 Ia 85.

<sup>547</sup> BGE 102 Ia 85 f., 80 II 24 f.; ZR 1980 Nr. 128, 1978 Nr. 18, 1976 Nr. 12, 1956 Nr. 91; ZBGR 1956, S. 207, 1947, S. 33; Semjud 1981, S. 98 ff.; LIVER, ZBJV 1978, S. 202 ff.; KAPPELER, ZBGR 1976, S. 269 N. 37; REBER, S. 110; SCHNEEBELI, S. 108 ff.; GÖSCHKE, ZBJV 1942, S. 241 ff.; SCHUMACHER, Nr. 191; WIPFLI, ZBGR 1971, S. 67 f.

pfandrechtes im Mehrwert des Grundstückes liegt, den der Bauhandwerker geschaffen hat<sup>548</sup>. Demnach kann die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes immer nur mit Bezug auf konkrete Bauleistungen auf einem bestimmten Grundstück verlangt werden (Spezialitätsprinzip)<sup>549</sup>.

b) Das Bundesgericht weist ferner daraufhin, daß ein Gesamtpfandrecht bei einer Gesamtüberbauung die *Rechtssicherheit* ungesam gefährden würde. Würden bei einer Gesamtüberbauung mehrere Blöcke zeitlich gestaffelt erstellt, so könnte der Bauhandwerker nach Vollendung des letzten Blockes auf den bereits früher fertiggestellten Gebäuden noch Bauhandwerkerpfandrechte eintragen lassen, obwohl zwischen der Fertigstellung des ersten und letzten Gebäudes unter Umständen Jahre liegen können. Dritte, namentlich Käufer und Grundpfandgläubiger der zuerst fertiggestellten Parzellen, liefen Gefahr, plötzlich von Bauhandwerkerpfandrechten überrascht zu werden<sup>550</sup>.

Das Gesamtpfandrecht ist auch in jenen Fällen abzulehnen, in denen sämtliche Parzellen dem gleichen Grundeigentümer gehören oder unter verschiedenen Grundeigentümern für die gesicherte Forderung Solidarhaft besteht. Dies selbst dann, wenn das Baugrundstück erst nach erfolgter Eintragung der Bauhandwerkerpfandrechte parzelliert wird<sup>551</sup>. Art. 798 I ZGB ist im vorliegenden Zusammenhang nicht direkt anwendbar<sup>552</sup>.

2. Auf rechtsgeschäftlicher Basis können die Bauhandwerker mit den Eigentümern der Bauparzellen die Eintragung eines Gesamtpfandrechtes dagegen vereinbaren<sup>553</sup>. Vorbehalten bleibt aber Art. 798 I ZGB.

3. Das Bundesgericht hat im Entscheid BGE 102 Ia 86 die Frage offen gelassen, ob die Eintragung eines Gesamtpfandrechtes dann ausnahmsweise zulässig wäre, wenn die mehreren Grundstücke infolge ihrer Zweckbestimmung eine wirtschaftliche Einheit bilden, welche eine getrennte Veräußerung als unwahrscheinlich erscheinen läßt. Als Beispiel wurde der Fall in Betracht gezogen, wo ein Fabrikgebäude auf einem separaten Grundstück erstellt wird, während sich die Zufahrten, Parkplätze

<sup>548</sup> BGE 102 Ia 85; LIVER, ZBJV 1978, S. 203 mit Hinweisen auf EUGEN HUBER (Erl. II, S. 278; Zum schweiz. Sachenrecht, Bern 1914, S. 30 f., 67 f.).

<sup>549</sup> BGE 102 Ia 85.

<sup>550</sup> BGE 102 Ia 85; LIVER, ZBJV 1978, S. 203.

<sup>551</sup> A.M. SCHNEEBELI, S. 110.

<sup>552</sup> Semjud 1981, S. 98 ff.; vgl. vorn, S. 125 f.; dort auch Angaben über abweichende Meinungen.

<sup>553</sup> LIVER, ZBJV 1978, S. 203; BGE 102 Ia 87.

und Lagergebäude je auf besonderen Parzellen befinden<sup>554</sup>. Wie bereits LIVER hervorgehoben hat, geht es in solchen Fällen nicht an, dem Gesamtpfandrecht eine Öffnung zu verschaffen. Vorbehalten bleibt selbstverständlich der Fall gegenteiliger vertraglicher Vereinbarung<sup>555</sup>.

## **V. Pfandobjekt bei der Errichtung von Bauten, welche Gegenstand dienstbarkeitsrechtlicher Nutzungen sind**

### **A. Regeln zur Bestimmung des Pfandobjektes, wenn die Baute Gegenstand einer Grunddienstbarkeit bildet**

Das Recht, eine Sache zu nutzen, stellt eine der wichtigsten Befugnisse dar, welche dem Eigentum inhärent sind. Durch die Errichtung einer Dienstbarkeit kann das Eigentum derart belastet werden, daß die Nutzung von diesem gewissermaßen abgespalten und einer andern Person, nämlich dem Dienstbarkeitsberechtigten, zugeordnet wird. Dabei kann die Nutzung graduell verschieden ausgestaltet sein: Entweder steht sie dem Dienstbarkeitsberechtigten ausschließlich zu oder sie wird zwischen dem Eigentümer und dem Nutzungsberechtigten aufgeteilt. Nutzungsberechtigt bei der Grunddienstbarkeit ist immer der jeweilige Eigentümer des herrschenden Grundstückes. Mit diesem ist die Grunddienstbarkeit untrennbar verbunden<sup>556</sup>. Zwischen dem herrschenden Grundstück und der Grunddienstbarkeit besteht somit eine notwendige rechtliche Schicksalsgemeinschaft, welche mit dem Verhältnis zwischen Hauptsache und Bestandteil zu vergleichen ist<sup>557</sup>. Wesentlich ist ferner, daß die auf dem herrschenden Grundstück lastenden Pfandrechte auch das Dienstbarkeitsrecht erfassen<sup>558</sup>.

<sup>554</sup> Weitere Beispiele bei SCHUMACHER, Nr. 213.

<sup>555</sup> LIVER, ZBJV 1978, S. 204; s. a. ZR 1980 Nr. 128. – Eine weitere Ausnahme bildet natürlich auch der Fall, wo die Nebengrundstücke mit dem Hauptgrundstück subjektiv-dinglich verbunden sind. Dazu vorn, S. 127 f.

<sup>556</sup> LIVER, Art. 730 N. 37; REY, Art. 730 N. 6 ff.

<sup>557</sup> Vgl. LIVER, Art. 730 N. 37. Nach § 96 BGB gilt das Grunddienstbarkeitsrecht als Bestandteil des berechtigten Grundstückes; dies ist eine Folge der in Deutschland vorherrschenden Teilungstheorie (vgl. REY, Art. 730 N. 7 und Syst. Teil N. 63). Nach schweizerischem Recht, wo die Belastungstheorie dominiert, ist der soeben erwähnte Grundsatz lediglich sinngemäß anwendbar. Vgl. dazu auch LEEMANN, Art. 730 N. 11; GIERKE, DPR II, S. 87.

<sup>558</sup> LIVER, Art. 730 N. 38; vgl. auch MEIER-HAYOZ, Art. 676 N. 38; HAAB, Art. 676 N. 18.

Für das dienende Grundstück stellt die Grunddienstbarkeit dagegen eine Belastung dar, welche dessen Wert beeinträchtigt. Der Beeinträchtigungsgrad ist dabei verschieden, je nachdem, ob dem belasteten Eigentümer am Dienstbarkeitsobjekt auch noch Nutzungsrechte verbleiben oder nicht.

Bei den Dienstbarkeitsanlagen kann es sich um Fernheizanlagen, Sammelgaragen, Schwimmbäder, Parkplätze usw. handeln.

Die Grunddienstbarkeit kann im vorliegenden Zusammenhang als *unselbständiges Baurecht* oder als bloßes *Benutzungsrecht* konzipiert sein. Demnach lassen sich zwei entsprechende Fallgruppen unterscheiden:

### 1. *Unselbständiges Baurecht als Grunddienstbarkeit*<sup>558a</sup>

a) Erfolgt die Erstellung der Dienstbarkeitsanlage aufgrund *eines unselbständigen Baurechtes*, so gilt das Akzessionsprinzip als aufgehoben, weshalb die entsprechende Anlage im Eigentum des Bauberechtigten steht. Der Mehrwert tritt in solchen Fällen somit nicht beim Baugrundstück, sondern bei den dienstbarkeitsberechtigten Grundstücken ein<sup>559</sup>; nur bei diesen läßt sich der Mehrwert auch realisieren. Folglich kommt eine Belastung des dienenden Grundstückes nicht in Betracht. Vielmehr ist das herrschende Grundstück mit dem Bauhandwerkerpfandrecht zu belasten<sup>560</sup>. Sind mehrere Grundstücke berechtigt, so erfolgt eine Aufteilung der Pfandsumme nach Maßgabe ihrer Nutzungsberechtigung.

b) Einen wichtigen Anwendungsfall hiezu stellt das *Leitungsbaurecht* im Sinne von Art. 676 ZGB dar<sup>561</sup>. In diesem Zusammenhang hat auch das Bundesgericht erkannt, daß nicht das belastete, sondern das herrschende Werkgrundstück mit dem Bauhandwerkerpfandrecht zu belasten sei<sup>562</sup>. Baurechtsdienstbarkeiten als Grundservituten kommen aber auch häufig bei Ge-

<sup>558a</sup> Zur Frage der Zulässigkeit von Baurechten in der Form von Grunddienstbarkeiten vgl. LIVER, Art. 730 N. 15; LEEMANN, Art. 730 N. 17; MANFRED ZOBL, zit. N. 60, S. 34 f.

<sup>559</sup> Vgl. BGE 97 II 332.

<sup>560</sup> LEEMANN, Art. 837 N. 18–20. Über die analoge Rechtslage beim unselbständigen Quellenrecht (Art. 780 ZGB) vgl. SJZ 1913/14, S. 73 Nr. 20.

<sup>561</sup> Einzelheiten zum Leitungsbaurecht bei MEIER-HAYOZ, Bem. zu Art. 676; dort auch weitere Literaturangaben.

<sup>562</sup> BGE 97 II 326 ff.; SCHUMACHER, Nrn. 199 ff.; LIVER, SPR V/1, S. 190; PIOTET, JT 1972 I, S. 322 f.



samtüberbauungen in verschiedenster Ausgestaltung vor, so etwa zwecks Erstellung gemeinschaftlicher Anlagen, wie Sammelgaragen, Fernheizanlagen usw.

## 2. Einfaches Benutzungsrecht als Grunddienstbarkeit

a) Haben die berechtigten Grundstücke an der Dienstbarkeitsanlage lediglich ein *Benutzungsrecht*, so kommt das Akzessionsprinzip voll zum Tragen: Die Dienstbarkeitsanlage wird Bestandteil des Baugrundstückes. Betrachtet man nun die Fragestellung nach dem Pfandobjekt ausschließlich aus der Perspektive des Akzessionsprinzips, so müßte die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes auf dem Baugrundstück ohne weiteres zulässig sein. Der Entscheid über die Richtigkeit dieser Folgerung gerät allerdings dann ins Schwanken, wenn man das Problem unter dem Gesichtspunkt der *versio in rem* ausleuchtet. Dann fällt auf, daß die *Wertvermehrung* im Ergebnis nicht am Baugrundstück, sondern bei den dienstbarkeitsberechtigten Grundstücken eintritt. Durch die servitutarische Möglichkeit, die entsprechenden Anlagen nutzen zu können, wird der Wert der herrschenden Grundstücke erheblich erhöht, während jener des dienenden Grundstückes eine entsprechende Minderung erfährt. Infolge der dinglichen Belastung des dienenden Grundstückes können die darauf erstellten Anlagen auch nicht durch Eintragung eines Pfandrechtes realisiert werden; der Mehrwert wird durch die Dienstbarkeitsbelastung kompensiert. Demgegenüber erfaßt das Pfandrecht am herrschenden Grundstück auch die mit diesem verbundene Dienstbarkeitsberechtigung. Demzufolge ist eine Realisierung des Mehrwertes nur durch Belastung des berechtigten Grundstückes möglich und sinnvoll. Dieser Gesichtspunkt ist aber nach der *ratio legis* entscheidend. Das hat zur Folge, daß auch in solchen Fällen das *Bauhandwerkerpfandrecht auf den dienstbarkeitsberechtigten Grundstücken anteilmäßig nach Maßgabe der Nutzung einzutragen* ist<sup>563</sup>. Ist das belastete Grundstück an den Anlagen auch nutzungsberechtigt, so ist das Bauhandwerkerpfandrecht ebenfalls auf dieses anteilmäßig zu verlegen.

Es ist nun allerdings nicht zu verkennen, daß die Verlegung der Pfandsomme auf die nutzungsberechtigten Grundstücke in gewissen Grenzfällen mit praktischen Schwierigkeiten verbunden sein kann. Im Vordergrund steht der Tatbestand, wo die Dienstbarkeitsanlage hauptsächlich im Interesse des belasteten Eigentümers steht, während das Interesse des Dienstbarkeitsberechtigten im Verhältnis zu jenem des Belasteten als untergeordnet erscheint. Man denke etwa an den Fall eines Wegrechtes über einen Vorplatz, der in erster Linie durch dessen Eigentümer genutzt wird. Wird der Vorplatz nun neu asphaltiert, wäre es kaum angebracht, auch das dienstbarkeitsberechtigte Grundstück mit dem Bauhandwerkerpfandrecht anteilmäßig zu belasten. Dies wäre denn auch praktisch nur unter erschwerten Bedingungen durchführbar. Man wird daher die Interessenlage im Einzelfall genau abklären müssen. Ergibt deren Beurteilung, daß die Dienstbarkeitsanlage im überwiegenden Interesse des belasteten Grundeigentümers steht, ist nur dessen Grundstück mit dem Bauhandwerkerpfandrecht zu belasten.

<sup>563</sup> Vgl. BGE 97 II 331 ff.; LEEMANN, Art. 837 N. 20; a.M. SCHUMACHER, Nrn. 210 f., der die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes nur auf dem dienenden Grundstück befürwortet, dessen Eigentümer aber einen Regreßanspruch gegen die Dienstbarkeitsberechtigten einräumt.



b) Grunddienstbarkeiten der beschriebenen Art kommen in der Grundbuchpraxis vor allem im Zusammenhang mit Gesamtüberbauungen vor. Dabei kann es sich um Benutzungsrechte an Parkplätzen, Schwimmbädern, Heizungsanlagen etc. handeln<sup>564</sup>.

## **B. Regeln zur Bestimmung des Pfandobjektes, wenn die Baute Gegenstand einer Personaldienstbarkeit bildet**

### *1. Beim unselbständigen Baurecht*

Beim *unselbständigen Baurecht*, das als *Personaldienstbarkeit* aufgezogen ist und infolge fehlender Dauerhaftigkeit oder Übertragbarkeit nicht als Grundstück in das Grundbuch aufgenommen werden kann, liegt der durch die Erstellung der Baute geschaffene Wert nicht beim Eigentümer des baurechtsbelasteten Grundstückes, sondern im Vermögen des Bauberechtigten. Diesem steht auch das Eigentum an der erstellten Baute zu. Daher ist es unzulässig, das dienende Grundstück mit einem Bauhandwerkerpfandrecht für Bauleistungen zu belasten, welche zugunsten des Baurechtes erbracht worden sind. Dies wäre mit dem Versionsgedanken nicht vereinbar: Das Bauhandwerkerpfandrecht würde die im Baurecht erstellten Teile gar nicht erfassen<sup>565</sup>. Umgekehrt bildet aber auch nicht die Personaldienstbarkeit als solche Gegenstand des Bauhandwerkerpfandrechtes, handelt es sich doch bei dieser nur um ein beschränktes dingliches Recht und nicht um ein Grundstück. Da beschränkte dingliche Rechte als Pfandobjekte den Regeln des Fahrnispfandrechtes unterstehen, diesem aber das Bauhandwerkerpfandrecht unbekannt ist, kann es in solchen Fällen gar nicht bestellt werden<sup>566</sup>. Es fehlt an einem geeigneten Pfandobjekt. Dies kann zwar bei Bauhandwerkern zu Härtefällen führen. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß sie es unterlassen haben, in das Grundbuch, wo die Baurechtsdienstbarkeit eingetragen ist, Einsicht zu nehmen. Die Folgen solcher Unterlassungen hat aber keineswegs der baurechtsbelastete Grundeigentümer zu entgelten.

<sup>564</sup> KAPPELER, ZBGR 1976, S.282.

<sup>565</sup> LEEMANN, Art.837 N.18; vgl. ferner die sub N.60 zit. Literatur.

<sup>566</sup> LEEMANN, Art.837 N.18; SCHEIDEGGER, S.6f.; vgl. auch LIVER, SPR V/1, S.190.

## 2. Bei den übrigen Personaldienstbarkeiten

Wird eine Baute oder ein anderes Werk erstellt, welches Gegenstand einer Personaldienstbarkeit bildet, so gelten mit Bezug auf das Bauhandwerkerpfandrecht folgende Regeln:

a) Steht die Dienstbarkeitsanlage im ausschließlichen Interesse des Dienstbarkeitsberechtigten, so kommt eine Belastung des dienenden Grundstückes nicht in Betracht, weil der durch die Baute geschaffene Mehrwert durch die Dienstbarkeitsbelastung kompensiert wird<sup>567</sup>. Dies trifft etwa dann zu, wenn der Nutznießungsberechtigte Bauten auf dem Nutznießungsgrundstück erstellen läßt<sup>568</sup>.

b) Anders zu entscheiden ist dann, wenn die Dienstbarkeitsanlage sowohl im Interesse des Dienstbarkeitsberechtigten als auch des Grundeigentümers steht. Überwiegt das Nutzungsinteresse des Grundeigentümers gegenüber jenem des Dienstbarkeitsberechtigten bei weitem, so ist es zulässig, das Baugrundstück mit der gesamten Pfandschuld zu belasten. Ist das Interesse des Dienstbarkeitsberechtigten dagegen nicht bloß geringfügig, so kann die Pfandschuld nur nach Maßgabe des Nutzungsinteresses des Grundeigentümers auf das Baugrundstück verlegt werden; der andere Teil der Bauschuld ist dagegen nicht pfandgesichert.

## VI. Grundstücke der öffentlichen Hand

### A. Ausschluß des Bauhandwerkerpfandrechts an Verwaltungsvermögen und Sachen im Gemeingebrauch

1. Nach gefestigter Lehre und Rechtsprechung kann an Grundstücken, welche Gegenstand des *Verwaltungsvermögens* oder des *Gemeingebrauchs* (= öffentliche Sachen im engeren Sinn)<sup>569</sup> bilden, *kein Bauhandwerkerpfandrecht* eingetragen werden<sup>570</sup>. Dies wird damit begründet, daß die entsprechenden Grundstücke aufgrund ihrer besonderen staatsrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Funktion – sie dienen dem Gemeinwesen

<sup>567</sup> LEEMANN, Art. 837 N. 18.

<sup>568</sup> SCHEIDEGGER, S. 7; a.M. SCHUMACHER, Nr. 211, der auch in solchen Fällen eine Belastung des Baugrundstückes befürwortet.

<sup>569</sup> Zum Begriff des Verwaltungsvermögens und der Sachen im Gemeingebrauch vgl. MEIER-HAYOZ, Syst. Teil N. 201 ff.; REY, Syst. Teil N. 162 ff.; IMBODEN/RHINOW, II, S. 810 f.; FLEINER, Institutionen, S. 351 ff.

<sup>570</sup> BGE 103 II 227 ff., 102 Ib 11 f., 95 I 101; Rep 1978, S. 2 ff.; Verfügung ER Bez. Ger. ZH vom 25. 4. 1977 (Universitätsneubau); TUOR/SCHNYDER, S. 652; SCHUMACHER, Nrn. 266 ff.; IMBODEN/RHINOW, II, S. 810; FLEINER, Institutionen, S. 358 f.; DE HALLER, JT 1978 I, S. 632 ff.; POUDRET, S. 503; LIVER, ZBJV 1978, S. 208, 1979, S. 260 ff.; RENTSCH, ZBGR 1980, S. 344 f.; REY, Syst. Teil N. 169; GAUCH, ZBJV 1982, S. 86 f.; LANG, S. 15; a.M. LEEMANN, Art. 796 N. 13, Art. 837 N. 21. – Zur Frage der Zulässigkeit von Bauhandwerkerpfandrechten an privaten Grundstücken von Diplomaten vgl. ZBGR 1977, S. 270. – Zur Prüfungsbefugnis des Grundbuchverwalters vgl. BGE 102 Ib 8 ff.

unmittelbar durch ihren Gebrauchswert – keine Verwertung zu lassen<sup>571</sup>. Dem Verpfändungsverbot unterliegen nach der Rechtsprechung das Verwaltungsvermögen und die Sachen im Gemeingebrauch des *Bundes*, der *Kantone* und der *Gemeinden*<sup>572</sup>. Beim Rechtsträger kann es sich um öffentlich-rechtliche Körperschaften oder um Anstalten handeln<sup>573</sup>. Es ist aber auch möglich, daß das entsprechende Grundstück im Privateigentum einer natürlichen oder juristischen Person des Privatrechtes steht, aber aufgrund seiner Funktion gleichwohl zum Verwaltungsvermögen gehört<sup>574</sup>. Auch in solchen Fällen ist die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes ausgeschlossen.

2. Bei der Beurteilung der Frage, ob ein Grundstück zum Verwaltungsvermögen der öffentlichen Hand gerechnet werden muß, ist vorerst auf den durch die Widmung fixierten *Zweck* abzustellen, dem das Grundstück dienen soll. Sodann wird vorausgesetzt, daß das Grundstück auch in der *Verfügungsgewalt des Staates* steht, sei es aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung, des Eigentums, eines beschränkten dinglichen oder ausnahmsweise auch eines persönlichen Rechts<sup>575</sup>. Es wird somit nicht bloß eine *Widmung* gefordert, sondern der Staat muß aufgrund eines *öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Titels* auch wirklich befugt sein, die Sache zur Verfolgung öffentlicher Zwecke zu gebrauchen<sup>576</sup>. Fehlt es an einer dieser Voraussetzungen, so liegt kein Verwaltungsvermögen im Rechtssinne vor; das entsprechende Grundstück untersteht dann den Regeln des Bundesprivatrechts, welches die Belastung mit Grundpfandrechten, insbesondere auch mit Bauhandwerkerpfandrechten, zuläßt<sup>577</sup>.

<sup>571</sup> Vgl. BGE 103 II 235, 97 II 378; POUDRET, S.502, 504f.; REY, Syst. Teil N.167; FLEINER, Institutionen, S.358 u.a.m.

<sup>572</sup> BGE 103 II 236.

<sup>573</sup> BGE 103 II 227ff.

<sup>574</sup> IMBODEN/RHINOW, II, S.811; FLEINER, Institutionen, S.354; BGE 95 I 247, 94 I 575; AGVE 1969, S.282f.

<sup>575</sup> MEIER-HAYOZ, Art.664 N.66; IMBODEN/RHINOW, II, S.817; FLEINER, Institutionen, S.354; BGE 106 II 44ff., 97 I 914, 94 I 574f.; AGVE 1969, S.283f.; MBVR 1954 Nr.154, 1948 Nr.20; vgl. auch SCHUMACHER, BR 1981, S.58.

<sup>576</sup> IMBODEN/RHINOW, II, S.817; BGE 107 II 44ff.; s.a. BGE 95 I 97ff. (betr. Widmung).

<sup>577</sup> BGE 89 I 43; IMBODEN/RHINOW, II, S.809f.; FLEINER, Institutionen, S.352; RENTSCH, ZBGR 1980, S.344.

## **B. Zulässigkeit des Bauhandwerkerpfandrechtes an Grundstücken des Finanzvermögens**

Grundstücke, die zum *Finanzvermögen* des Gemeinwesens gehören, unterliegen dem Privatrecht. Mit dem Finanzvermögen werden nur mittelbar öffentliche Zwecke verfolgt.

Aus diesen Gründen können solche Grundstücke auch mit Bauhandwerkerpfandrechten belastet werden<sup>578</sup>.

## **C. Würdigung**

Die gegenwärtige Rechtslage wird allgemein als unbefriedigend und stoßend empfunden<sup>579</sup>. Die Direktakkordanten des Gemeinwesens werden zwar in der Regel für ihre Forderungen befriedigt, weil dessen Solvenz kaum je in Frage steht. Somit sind die Direktakkordanten im allgemeinen auf ein Bauhandwerkerpfandrecht überhaupt nicht angewiesen. Anders ist die Rechtslage aber mit Bezug auf die Unterakkordanten. Gelangt z.B. der Generalunternehmer in Konkurs, ohne zuvor die von ihm beigezogenen Unternehmer und Bauhandwerker befriedigt zu haben, steht diesen im Konkurs des Generalunternehmers lediglich eine Fünftklassforderung (Art. 219 SchKG) zu; auf dem Baugrundstück können sie, weil dieses eine öffentliche Sache i.e.S. darstellt, kein Bauhandwerkerpfandrecht eintragen lassen. Die unterschiedliche Behandlung des Bauhandwerkers, je nach dem, ob es sich beim Grundeigentümer um ein Gemeinwesen oder um eine Privatperson handelt, ist nicht gerechtfertigt. Im Unterschied zu privaten Grundeigentümern ist das Gemeinwesen so dann auch nicht dem Risiko der Doppelzahlungspflicht ausgesetzt, was eine Besserstellung bedeutet.

### *1. Schutzmöglichkeiten de lege lata*

Da das Bundesgericht das Vorliegen einer echten Gesetzeslücke verneint, weil aus dem öffentlichen Recht keine Staatshaftung für

<sup>578</sup> Vgl. etwa MEIER-HAYOZ, Syst. Teil N.207, Art.664 N.6; REY, Syst. Teil N.166; TUOR/SCHNYDER, S.652.

<sup>579</sup> Vgl. etwa LIVER, ZBJV 1975, S.69f., 1979, S.262, 1980, S.153f.; SCHUMACHER, Ntn.280ff.; RENTSCH, ZBGR 1980, S.345; GIOVANOLI, BJSchK 1970, S.46; GAUCH, ZBJV 1982, S.86f.; a.M. DE HALLER, JT 1978 I, S.638.

den vorliegenden Fall abgeleitet werden könne, kommen als Ersatzlösungen nur solche in Betracht, welche keine zusätzlichen Verpflichtungen des Staates schaffen. Insbesondere ginge es nicht an, den Staat auf indirektem Weg zur Bezahlung der Forderungen der Bauhandwerker zu zwingen<sup>580</sup>.

a) Aufgrund des geltenden Rechtes kann sich der Unterakkordant *vertraglich* dadurch absichern, daß er entweder regelmäßige Abschlagszahlungen verlangt oder mit dem Gemeinwesen und dem Generalunternehmer vereinbart, direkt von jenem bezahlt zu werden. Diese Möglichkeit ist aber mehr theoretischer, als praktischer Art. Das Gemeinwesen ist nämlich in der Regel weder gewillt noch interessiert, zu derartigen Vereinbarungen Hand zu bieten. Bei dieser Haltung des Gemeinwesens wird der Bauhandwerker vielfach aus wirtschaftlichen Gründen (Konkurrenzdruck) nicht in der Lage sein, dennoch auf dem Abschluß einer solchen Vereinbarung zu beharren. Die Bedeutung dieser rechtsgeschäftlichen Schutzmöglichkeit ist daher gering<sup>581</sup>.

b) Eine andere Ersatzlösung hat das Bundesgericht im Entscheid BGE 99 II 134 ff. angetönt:

Vor allem hat es erwogen, ob gegen das Gemeinwesen *Ansprüche aus Art. 672 ZGB bzw. Art. 62 ff. OR* geltend gemacht werden könnten<sup>582</sup>. Bereits in anderem Zusammenhang wurde dargelegt, daß solche Ansprüche nur dann bestehen, wenn der Grundeigentümer ungerechtfertigt bereichert ist<sup>583</sup>. Soweit dieser aber die erbrachten Bauleistungen einem Generalunternehmer bezahlt hat oder noch schuldet, liegt keine ungerechtfertigte Bereicherung vor. Eine solche wird nach der zitierten Rechtsprechung nur dann angenommen, wenn der vom Unternehmer geschaffene objektive Mehrwert des Grundstückes den Teil des dem Generalunternehmer geschuldeten bzw. bezahlten Pauschalpreises übersteigt<sup>584</sup>. Dieser Tatbestand wird aber in der Praxis wohl selten vorliegen.

<sup>580</sup> Vgl. BGE 103 II 237; POUDRET, S. 503; DE HALLER, JT 1978 I, 637; kritisch LIVER, ZBJV 1979, S. 262; GAUCH, ZBJV 1982, S. 86 f.

<sup>581</sup> Vgl. hiezu auch SCHUMACHER, Nrn. 308 ff. mit weiteren Vorschlägen zu rechtsgeschäftlichen Schutzmaßnahmen (z. B. Einsetzung eines Treuhänders, Abgabe von Bankgarantien zugunsten der Bauhandwerker, Kontrolle des Generalunternehmers durch das Gemeinwesen).

<sup>582</sup> Siehe auch BGE 103 II 227 ff.; SCHUMACHER, Nrn. 293 ff.; POUDRET, S. 501 ff.; PIOTET, SJZ 1975, S. 17 ff.; LIVER, ZBJV 1975, S. 69; 1979, S. 262; DE HALLER, JT 1974 I, S. 322 ff.

<sup>583</sup> Vgl. vorn, S. 118 N. 501.

<sup>584</sup> BGE 103 II 240; SCHUMACHER, Nr. 298.



c) SCHUMACHER<sup>585</sup> erwägt die Möglichkeit, ob allenfalls ein *solidarischer Schuldbeitritt* des Gemeinwesens gegenüber dem Subunternehmer angenommen werden könnte. Ob ein solcher vorliegt oder nicht, bedarf der Abklärung im Einzelfall. Eine Vermutung für das Vorliegen einer Schuldübernahme besteht jedenfalls nicht.

d) Eine interessante Ersatzlösung schlägt SCHROFF vor<sup>586</sup>. Er befürwortet aus teleologischer Sicht eine *analoge Anwendung von Art. 11 des Bundesgesetzes über die Schuldbetreibung gegen Gemeinden und andere Körperschaften des kantonalen öffentlichen Rechts vom 4. Dezember 1947*. Diese Bestimmung lautet wie folgt:

« Wird ein mit einem Pfandrecht belastetes privates oder zum Finanzvermögen gehörendes Grundstück öffentlichen Aufgaben gewidmet, so ist der Pfandgläubiger auf Verlangen zu befriedigen oder sicherzustellen.

Bis dahin ist das Grundstück als Finanzvermögen zu behandeln. »

SCHROFF will in diesem Zusammenhang den realobligatorischen Anspruch auf Begründung eines Bauhandwerkerpfandrechtes einem bereits errichteten Pfandrecht gleichstellen. Dem ist an sich zuzustimmen. Dagegen ist zu beachten, daß der Anwendungsbereich dieser Norm relativ eng ist. Sie findet aufgrund ihres klaren Wortlautes nur in jenen Fällen Anwendung, in denen das Pfandrecht schon vor der Widmung bestellt worden ist. Das gilt somit entsprechend auch für den Pfandbestellungsanspruch des Bauhandwerkers: Auch dieser muß vor der Widmung entstanden sein. Dann steht der Geltendmachung des Bauhandwerkerpfandrechtes nichts im Wege. Entsteht der Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes dagegen erst nach dem Zeitpunkt der Widmung, so kann er folglich nicht mehr durchgesetzt werden. SCHROFF glaubt indessen, daß die Eintragung auch in solchen Fällen statthaft sei. Er begründet dies vor allem damit, daß es sich beim Eintragungsanspruch um eine Realobligation handle. Diese Auffassung ist indessen unzutreffend. Das Problem, weshalb Bauhandwerkerpfandrechte an Grundstücken des Verwaltungsvermögens nicht eingetragen werden können, hat mit der Rechtsnatur des Eintragungsanspruches als Realobligation nichts zu tun; die Problematik ist staats- und verwaltungsrechtlicher Natur.

<sup>585</sup> SCHUMACHER, Nrn. 299 ff.

<sup>586</sup> SCHROFF, ZBJV 1981, S. 144 ff.



## 2. Mögliche Lösungen *de lege ferenda*

### a) Übernahme des New Yorker-Modells

Würde das bereits an anderer Stelle befürwortete New Yorker-Modell übernommen, so wäre der Unterakkordant auf ein Bauhandwerkerpfandrecht deshalb nicht angewiesen, weil ihm von Gesetzes wegen ein Pfandrecht an der Forderung seines Vormannes zustehen würde<sup>587</sup>. Hätte der Unterakkordant den Generalunternehmer zum Schuldner, so stände ihm an dessen Forderung gegenüber dem Gemeinwesen ein *Forderungspfandrecht* zu. Dieses wäre für das Gemeinwesen mit Eintreffen der Notifikation verbindlich. Bei dieser Lösung würde es somit keine Rolle spielen, ob das Baugrundstück zum Verwaltungs- oder Finanzvermögen des Gemeinwesens gehörte. Dieser Weg wäre nicht nur einfach und praktikabel, sondern würde auch den berechtigten Interessen der Bauhandwerker gebührend Rechnung tragen. Vielleicht ließe sich der Grundgedanken des New Yorker-Systems auch nur mit Bezug auf das Verwaltungsvermögen des Staates im Sinne einer Sonderlösung realisieren.

### b) Sicherstellungspflicht des Gemeinwesens

Soweit sich das New Yorker-System *de lege ferenda* nicht verwirklichen läßt, hat der Gesetzgeber den gegenwärtig als unbefriedigend empfundenen Rechtszustand zu korrigieren. Unter Beibehaltung des bisherigen Systems scheint die Einführung einer gesetzlichen *Sicherstellungspflicht des Gemeinwesens*<sup>588</sup> den Interessen der Bauhandwerker am besten zu entsprechen. Dabei wird man differenzierte Kriterien zur Bemessung des sicherzustellenden Betrages festlegen müssen; ebenso wäre das Verfahren speziell zu ordnen.

c) Das *Postulat von Nationalrat P. Oehler* vom 24.9.1975, mit dem der Bundesrat eingeladen wurde, «Bericht und Antrag über die Erweiterung der Eintragungsmöglichkeit des Bauhandwerkerpfandrechtes für Bauten der öffentlichen Hand zu unterbreiten», wurde angesichts der bereits heute bestehenden rechtsgeschäftlichen Sicherstellungsmöglichkeiten, von denen aber in der Praxis kaum Gebrauch gemacht wird, unbegreiflicherweise zurückgezogen<sup>589</sup>.

<sup>587</sup> Dazu vorn, S. 69 f., 109 ff.

<sup>588</sup> *De lege lata* läßt sich eine Sicherstellungspflicht nicht begründen, da keine echte Gesetzeslücke vorliegt: BGE 103 II 238 f.; RENTSCH, ZBGR 1980, S. 345.

<sup>589</sup> Vgl. SCHUMACHER, Nr. 384. – Abdruck des Postulates Oehler, in: Übersicht über die Verhandlungen der Bundesversammlung, Herbstsession 1975, S. 36.

## VII. Heimstätten, Eisenbahn- und landwirtschaftliche Grundstücke

1. Grundstücke, die Gegenstand einer *Heimstätte* (Art. 349 ff. ZGB) bilden, können nicht mit Bauhandwerkerpfandrechten belastet werden (Art. 354 I ZGB)<sup>590</sup>. Dagegen ist es zulässig, auf Grundstücken eines *Familienfideikommiss* Bauhandwerkerpfandrechte zu errichten<sup>591</sup>.

2. *Eisenbahngrundstücke*, die dem BG über Verpfändung und Zwangsliquidation von Eisenbahn- und Schifffahrtsunternehmungen vom 25.9.1917 (SR 742.211) unterliegen, können nicht nach Maßgabe des ZGB verpfändet werden; für sie besteht eine besondere Pfandrechtsordnung gemäß dem erwähnten Gesetz<sup>592</sup>. Somit ist auch das Bauhandwerkerpfandrecht ausgeschlossen<sup>593</sup>.

3. Gemäß Art. 86 I lit. c des BG über die Entschuldung landwirtschaftlicher Heimwesen vom 12. Dezember 1940 (SR 211.412.12) bedarf die Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten auf *landwirtschaftlichen Grundstücken*, die diesem Gesetz unterstehen, der Zustimmung der zuständigen Behörde<sup>594</sup>.

## VIII. Würdigung

**A.** Die *Bestimmung des Pfandobjektes* bereitet aufgrund der heutigen Ordnung in jenen Fällen Schwierigkeiten, wo Eigentum und Nutzung am Bauwerk personell auseinanderfallen. Zwar lassen sich aufgrund der *ratio legis* gewisse Richtlinien gewinnen. Dennoch wäre es aus Gründen der Rechtssicherheit wünschbar, wenn darüber ein eindeutiger Entscheid des Gesetzgebers getroffen würde. Dabei wäre anzuregen, daß dieser nach den vorn herauskristallisierten Grundsätzen erfolgen würde. Bei der Festlegung des Pfandobjektes wäre daher nicht auf das formelle Eigentum am Bauwerk abzustellen, sondern an das Kriterium der Nutzung anzuknüpfen<sup>595</sup>.

**B.** Beim gewöhnlichen *Miteigentum* sowie beim *Stockwerkeigentum* ist die Kontroverse bezüglich des Belastungsobjektes noch nicht völlig geklärt<sup>596</sup>.

<sup>590</sup> LEEMANN, Art. 837 N. 22; EGGER, Art. 354/356 N. 2; HOFMANN, S. 25; unentschieden SCHUMACHER, Nr. 267.

<sup>591</sup> Vgl. EGGER, Art. 335 N. 22; OFTINGER/BÄR, Art. 884 N. 70; ZOBL, Art. 884 N. 147, 807; BGE 69 I 193, 67 III 14, 42 III 257.

<sup>592</sup> FRITZ KELLER, Das Eisenbahnpfandrecht, Diss. Bern 1941, S. 2; BGE 47 III 163 ff.

<sup>593</sup> LEEMANN, Art. 837 N. 23; HOFMANN, S. 25; a.M. SCHUMACHER, Nr. 270.

<sup>594</sup> HOTZ, ZSR 1979 II, S. 220; MOOR, ZBGR 1946, S. 256 f., 264; vgl. auch URSPRUNG, ZBGR 1961, S. 201.

<sup>595</sup> Dazu vorn, S. 127, 132 ff.

<sup>596</sup> Vgl. hiezu die Würdigung vorn, S. 126.

C. Mit Bezug auf die Handhabung des Bauhandwerkerpfandrechtes bei *Gesamtüberbauungen* erübrigt sich eine Ergänzung des Gesetzes. Dies deshalb, weil bereits aufgrund der geltenden Rechtsordnung eindeutige Richtlinien zur Handhabung des Bauhandwerkerpfandrechtes in solchen Fällen gefunden worden sind<sup>597</sup>.

D. Eine Gesetzesergänzung wäre dagegen mit Bezug auf das nach geltendem Recht nicht belastbare *Verwaltungsvermögen* des Staates am Platz<sup>598</sup>.

#### *Fünfter Unterabschnitt:*

### **Unzulässigkeit des Verzichtes auf das Bauhandwerkerpfandrecht zum voraus**

#### **I. Grundsatz**

Auf das Bauhandwerkerpfandrecht kann der Berechtigte nicht zum voraus verzichten (Art. 837 II ZGB). Diese gesetzliche Anordnung ist zwingender Natur<sup>599</sup>. Eine dagegen verstoßende Vereinbarung wäre nichtig (Art. 20 OR)<sup>600</sup>. Diese Ordnung bezweckt, den unter Konkurrenzdruck stehenden Baugläubiger vor der Abgabe einer Verzichtserklärung bei oder vor Vertragsabschluß zu schützen<sup>601</sup>. Würde es an einer solchen Bestimmung fehlen, könnte in Zeiten starken Konkurrenzdruckes der gesamte Baugläubigerschutz leicht unterlaufen werden<sup>601</sup>.

#### **II. Ausnahmen**

Der Verzicht ist dagegen in den folgenden Fällen *zulässig*:

A. *Nach Abschluß des Werkvertrages*, sofern der Verzicht nicht im Zusammenhang mit dem Vertragsabschluß steht. Gegenstand des Verzichtes bildet hier der realobligatorische Eintra-

<sup>597</sup> Dazu vorn, S. 129 ff.

<sup>598</sup> Vgl. hierzu die eingehende Würdigung vorn, S. 138 ff.

<sup>599</sup> LEEMANN, Art. 837 N. 57; GAUCH, N. 84; HOFMANN, S. 58; SCHNEEBELI, S. 121 f.; vgl. auch SCHUMACHER, Nr. 263 f.

<sup>600</sup> LEEMANN, Art. 837 N. 61 f.; SCHUMACHER, Nr. 264; SCHNEEBELI, S. 122 f.; HOFMANN, S. 58; BGE 53 II 468, 482.

<sup>601</sup> LEEMANN, Art. 837 N. 59.

gungsanspruch. Entscheidend ist, daß der Verzicht vom Bauhandwerker freiwillig, d.h. ohne jeden Druck, geleistet wird<sup>602</sup>.

**B. Nach bereits erfolgter Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes<sup>603</sup>.** In diesem Zusammenhang bildet das Pfandrecht als solches Gegenstand des Verzichtes.

In diesen Fällen besteht kein Schutzbedürfnis zugunsten des Bauhandwerkers mehr; die Ausübung eines wirtschaftlichen Druckes durch den Bauherrn ist in diesem Zeitpunkt praktisch gesehen ausgeschlossen<sup>604</sup>.

### III. Würdigung

Die in Art. 837 II ZGB getroffene Regelung hat sich *bewährt* und ist auch de lege ferenda beizubehalten. Dies wird einem besonders bewußt, wenn man sich die geltende Ordnung in Deutschland vor Augen hält, wonach auch ein zum voraus erklärter Verzicht auf das Baugläubigerpfandrecht zulässig ist<sup>605</sup>, was dort als schwerer Mangel empfunden wird. Vor allem kommt es in Deutschland häufig vor, daß sich die Verzichtserklärung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen vorfindet, was bewirkt, daß der Baugläubigerschutz vor allem bei professionellen Bauherren faktisch nicht spielt<sup>606</sup>. Aus diesem Grunde wird auch in Deutschland die Statuierung einer dem Art. 837 II ZGB entsprechenden Bestimmung gefordert<sup>607</sup>.

<sup>602</sup> Vgl. LEEMANN, Art. 837 N. 59; SCHNEEBELI, S. 121.

<sup>603</sup> HOFMANN, S. 59; SCHNEEBELI, S. 122; vgl. ZBGR 1940, S. 276.

<sup>604</sup> LEEMANN, Art. 837 N. 60; WIELAND, Art. 837 N. 9; SCHNEEBELI, S. 122; HOFMANN, S. 58f.

<sup>605</sup> GROSS, S. 8 ff.

<sup>606</sup> Vgl. GROSS, S. 9 ff.

<sup>607</sup> GROSS, S. 106.

Dritter Abschnitt:

## Verfahrensrechtliche Voraussetzungen

*Erster Unterabschnitt:*

### **Eintragungsfrist**

#### **I. Dauer, Rechtsnatur und Funktion der Eintragungsfrist**

1. Die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch kann vom Zeitpunkt an, von welchem sich der Bauhandwerker zur Arbeitsleistung verpflichtet hat, bis spätestens drei Monate nach der Vollendung der Arbeit erfolgen (Art. 839 I, II ZGB). Dabei handelt es sich um eine *Verwirkungsfrist*<sup>608</sup>.

2. Die *Eintragungsfrist* als solche ist demnach *zweistufig*: Eine erste Stufe, während welcher die Eintragung zulässig ist, läuft vom Zeitpunkt des Abschlusses des Werkvertrages an bis zur Vollendung des Werkes. Von diesem Augenblick an kann die Eintragung noch während den darauf folgenden drei Monaten stattfinden. Nur sehr selten verlangt der Baugläubiger die Eintragung schon vor Vollendung der Arbeit. In den weitaus meisten Fällen wird sie erst während der kritischen Dreimonatsfrist nach Vollendung der Bauarbeiten verlangt. In diesem Zusammenhang ist es in der Praxis sehr oft streitig, auf welchen Zeitpunkt abzustellen ist.

3. Zur *Funktion der Eintragungsfrist* s. hinten, S. 150.

#### **II. Begriff der Vollendung der Bauarbeiten als Beginn der Dreimonatsfrist**

##### **A. Im allgemeinen**

Nach LEEMANN ist als Zeitpunkt der Vollendung der Arbeit im Sinne von Art. 839 II ZGB der Augenblick anzusehen, in welchem sämtliche Arbeitsleistungen, die Gegenstand des in Be-

<sup>608</sup> BGE 101 II 255, 89 II 306ff., 53 II 219, 40 II 201f., 39 II 139; ZBGR 1946, S. 305, 1945, S. 289, 1929, S. 138; SPIRO, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Bd. II, Bern 1975, S. 1068, 1348; SCHUMACHER, Nr. 337; REBER, S. 116; HOFMANN, S. 65; GAUCH, N. 81; STRÄULI/MESSMER, § 215 ZPO N. 76.

tracht kommenden Werkvertrages bilden, vollendet und abgeliefert worden sind<sup>609</sup>. Dagegen fallen objektiv nebensächliche und geringfügige Arbeiten sowie bloße Ausbesserungen (Ersatz von gelieferten, aber fehlerhaften Teilen, Behebung anderer Mängel) für die Fristberechnung außer Betracht<sup>610</sup>. Auch die Ausführung von Garantiearbeiten ist dafür ohne Belang<sup>611</sup>. Ferner können jene Vollendungsarbeiten nicht berücksichtigt werden, welche der Unternehmer absichtlich hinausgeschoben hat (Art. 2 ZGB)<sup>612</sup>. Nach dem Entscheid BGE 102 II 206 ff. können aber zum Vollendungstatbestand auch solche Arbeiten gehören, die wenig Zeit und Material erfordern, sofern sie für die Fertigstellung des Werkes aus funktionellen Gründen unerlässlich sind<sup>613</sup>.

## B. Besondere Fälle

### *1. Beginn des Fristenlaufes bei vorzeitiger Beendigung des Werkvertrages*

Wird der Werkvertrag infolge Rücktritts einer Vertragspartei vorzeitig aufgelöst, so ist nach konsolidierter Praxis und Lehre nicht auf den Zeitpunkt der letzten Arbeitsleistung, sondern auf jenen des Empfangs der Rücktrittserklärung abzustellen<sup>614</sup>.

<sup>609</sup> LEEMANN, Art. 839 N. 18–20; BGE 106 II 25; Semjud 1981, S. 103; SJZ 1962, S. 104; ZR 1978 Nr. 18, 1971 Nr. 110.

<sup>610</sup> BGE 106 II 26, 102 II 206 ff., 101 II 255 f., 76 II 134, 53 II 478, 40 II 25, 39 II 777; ZR 1980 Nr. 128, 1946 Nr. 206; SJZ 1956, S. 348; ZBJV 1933, S. 82 ff.; LEEMANN, Art. 839 N. 19 f.; SCHUMACHER, Nr. 345; REBER, S. 117; HOFMANN, S. 66; a. M. SJZ 1937/38, S. 303.

<sup>611</sup> BGE 106 II 26, 102 II 206 ff.

<sup>612</sup> BGE 106 II 26; ZR 1980 Nr. 128; LEEMANN, Art. 839 N. 20; REBER, S. 117; HOFMANN, S. 66; vgl. auch SJZ 1958, S. 76.

<sup>613</sup> Im Entscheid BGE 102 II 206 ff. handelt es sich bei der Vollendungsarbeit um das Schließen zweier Öffnungen, wofür eine Stunde Arbeit und für fünf Franken Zement benötigt wurden; vgl. ferner AGVE 1972, S. 37 und BGE 106 II 22 ff.: Demontage der provisorisch montierten Heizkörper und Wiedermontage nach Abschluß der Malerarbeiten [dazu SCHUMACHER, BR 1981, S. 17]; Entscheid des Obergerichtes ZH, II. Zivilkammer, vom 1. 11. 1973 (zit. bei REBER, S. 117): Einhängen von Rolläden; vgl. ferner hiezu SCHUMACHER, Nr. 340 ff.; LIVER, ZBJV 1978, S. 200.

<sup>614</sup> Vgl. BGE 102 II 208 f.; ZR 1971 Nr. 110; LEEMANN, Art. 839 N. 16; SCHUMACHER, Nrn. 358 f.; HOFMANN, S. 66. – Der formellen Rücktrittserklärung wird die Ablehnung der Leistung weiterer Arbeit gleichgesetzt: ZR 1971 Nr. 110.



## 2. Beginn des Fristenlaufes bei einer Mehrheit selbständiger Werkverträge

Es kommt vor, daß zwischen den Vertragsparteien mit Bezug auf das gleiche Bauprojekt *verschiedene Werkverträge* abgeschlossen werden. Das bedeutet, daß der Unternehmer auf dem gleichen Baugrundstück verschiedene selbständige Werke im Rechtssinne zu erstellen hat. Da somit eine Mehrheit von Werken vorliegt, hat jedes von diesen seinen eigenen Vollendungstermin, weshalb die Dreimonatsfrist für jedes Werk separat zu laufen beginnt<sup>615</sup>. Beim *Sukzessivlieferungsvertrag* ist dagegen die letzte Lieferung maßgebend<sup>615a</sup>; dasselbe gilt dann, wenn zwar *mehrere Werkverträge* vorliegen, deren Leistungsgegenstände aber eine *wirtschaftliche Einheit* bilden (z.B. sukzessive Lieferung von Frischbeton)<sup>615b</sup>.

## 3. Beginn des Fristenlaufes bei Änderungen und Ergänzungen des Werkvertrages

Hat der Unternehmer noch andere oder zusätzliche Leistungen zu erbringen, als dies im ursprünglichen Werkvertrag vorgesehen war, so stellt sich die Frage, ob die neu vereinbarten Arbeiten Gegenstand einer Vertragsänderung bzw. -ergänzung oder eines neuen, selbständigen Werkvertrages bilden. Handelt es sich um eine bloße Vertragsänderung oder -ergänzung, so ist für die Berechnung der Dreimonatsfrist der Zeitpunkt der Fertigstellung sämtlicher Arbeiten entscheidend<sup>616</sup>. Haben wir dagegen einen neuen selbständigen Werkvertrag vor uns, so liegen zwei Werkverträge mit separaten Vollendungsterminen vor, was somit je einen getrennten Fristenlauf auslöst<sup>617</sup>. Das Abgrenzungskriterium zwischen Vertragsänderung bzw. -ergänzung und Abschluß eines neuen Vertrages ist in erster Linie der Parteiwille. Soweit diesem nichts Näheres entnommen werden kann, ist auf objek-

<sup>615</sup> BGE 106 II 123 ff., 76 II 139; ZR 1980 Nr. 12 S. 25, 1971 Nr. 110; SJZ 1969, S. 317; LEEMANN, Art. 839 N. 15; KAPPELER, ZBGR 1976, S. 283; SCHUMACHER, Nr. 363; REBER, S. 116.

<sup>615a</sup> ZR 1980 Nr. 12; SCHUMACHER, Nrn. 375 ff.; DERSELBE, BR 1981, S. 18; s. a. BGE 104 II 348 ff. und dazu kritisch STEINAUER, BR 1980, S. 27.

<sup>615b</sup> BGE 106 II 123 ff.; s. auch BGE 104 II 352 f. Vgl. hiezu SCHUMACHER, BR 1982, S. 10 ff., 1981, S. 57; LIVER, ZBJV 1980, S. 151.

<sup>616</sup> SJZ 1969, S. 317 f.; REBER, S. 116; SCHUMACHER, Nrn. 364 f.; DERSELBE, BR 1981, S. 18; a. M. ZR 1980 Nr. 12; s. a. ZR 1980 Nr. 128.

<sup>617</sup> LEEMANN, Art. 839 N. 19.

tive Gesichtspunkte abzustellen. Fallen die nachträglich bestellten Arbeiten in den erweiterten Rahmen des ursprünglichen Vertrages, ist eine bloße Vertragsänderung anzunehmen. Handelt es sich dagegen um von den ursprünglich geschuldeten Vertragsleistungen objektiv unabhängige Arbeitsgattungen, so ist vom Abschluß eines neuen Vertrages auszugehen<sup>618</sup>.

#### *4. Beginn des Fristenlaufes bei einer Mehrheit von Baugrundstücken*

##### *a) Im allgemeinen*

Allgemein gilt der Grundsatz, daß *Bauarbeiten*, welche auf *verschiedenen Grundstücken* erbracht werden, selbst dann je einen *separaten Fristbeginn* auslösen, wenn sie auf dem gleichen Werkvertrag beruhen<sup>619</sup>.

##### *b) Gesamtüberbauung*

Der unter lit.a) dargelegte Grundsatz findet auch bei Gesamtüberbauungen, welche einen Anwendungsfall der Überbauung mehrerer Grundstücke darstellen, Anwendung. Werden Arbeiten auf mehreren Grundstücken gesamthaft vergeben, so beginnt die Eintragsfrist für jedes Grundstück mit der Vollendung der darauf geleisteten Arbeiten gesondert zu laufen<sup>620</sup>. Dies gilt auch dann, wenn das Bauland erst nach Abschluß des Werkvertrages parzelliert worden ist<sup>620</sup>. Diese Praxis ist aus Gründen der Rechtssicherheit gerechtfertigt. Man denke vor allem an die Überbauung eines Areals mit Einfamilienhäusern, deren Fertigstellung zeitlich gestaffelt erfolgt. Es wäre nun unbillig, wenn ein bereits fertiggestelltes und verkauftes Einzelobjekt noch mit Bauhandwerkerpfandrechten belastet werden könnte, nur weil ein anderes Etappenhaus erst viel später vollendet worden ist. Der Käufer des Grundstückes würde in seinem berechtigten Vertrauen auf das Nichtbestehen eines Eintrages nach Ablauf der Dreimonatsfrist in ungebührendem Maße verletzt<sup>621</sup>.

<sup>618</sup> Vgl. die bei SCHUMACHER, Nrn.364–366 zit. Beispiele; aus der Judikatur: BGE 106 II 25f., 102 II 208, 101 II 256, 76 II 140; AGVE 1967, S.42; SJZ 1969, S.317f. – Zum ganzen auch KAPPELER, ZBGR 1976, S.283, 284 N.72.

<sup>619</sup> BGE 102 Ia 81ff.; ZR 1978 Nr.18; SCHUMACHER, Nrn.367ff.; KAPPELER, ZBGR 1976, S.285.

<sup>620</sup> BGE 102 Ia 81ff.; ZR 1980 Nr.128, 1978 Nr.18; AGVE 1979, S.18ff.; KAPPELER, ZBGR 1976, S.285; SCHUMACHER, Nr.370.

<sup>621</sup> ZR 1978 Nr.18; s. auch SCHUMACHER, Nr.371.

*Gemeinschaftsanlagen*, die im Zusammenhang mit einer Gesamtüberbauung erstellt werden, haben einen eigenen Fristbeginn. Entscheidend ist auch hier der Zeitpunkt der Vollendung der Gemeinschaftsanlage und nicht jener der Fertigstellung des einzelnen Hauses<sup>622</sup>.

#### c) Stockwerkeigentum

Mit Bezug auf den Fristbeginn gelten beim Stockwerkeigentum folgende Regeln: Soweit es sich um Arbeiten handelt, welche gemeinschaftliche Bauteile betreffen, besteht ein einheitlicher Fristbeginn mit Fertigstellung dieser Arbeiten. Geht es dagegen um Bauteile, welche Gegenstand des Sonderrechtes eines Stockwerkeigentümers bilden, so stellt der entsprechende Stockwerkeigentumsanteil das Pfandobjekt dar, weshalb der Fristbeginn auf den Zeitpunkt des Abschlusses dieser Arbeiten fällt<sup>623</sup>.

### III. Wahrung der Frist

Vgl. dazu hinten, S.152 ff.

### IV. Würdigung

#### A. Dauer der Eintragsfrist

Die Frage, ob die in Art. 839 II ZGB enthaltene Eintragsfrist zu kurz bemessen sei, bildete Gegenstand des *Postulates von Nationalrat Fischer* (Bern) vom 26. November 1969<sup>624</sup>. Damit wurde der Bundesrat eingeladen, eine Revision von Art. 839 II ZGB in dem Sinne vorzubereiten, daß die Eintragsfrist von drei auf mindestens sechs Monate nach Vollendung der Arbeit verlängert werde. Fischer begründete sein Postulat damit, daß Bauabrechnungen erst nach Vollendung des Bauwerkes erstellt werden könnten. Das Abrechnungsverfahren sei aber in der Regel kompliziert, was eine Verzögerung des Abrechnungsvorgang-

<sup>622</sup> ZR 1980 Nr.128; SCHUMACHER, Nr.372; vgl. auch KAPPELER, ZBGR 1976, S.282.

<sup>623</sup> SCHUMACHER, Nr.374; vgl. auch ZBJV 1977, S.318f.

<sup>624</sup> Abdruck des Postulates in SJZ 1970, S.111; NZZ Nr.445 vom 25.9.1970; dazu auch REBER, S.118f.

ges bewirke. Nach erfolgter Fakturierung räumten die SIA-Bestimmungen den Architekten das Recht ein, für die Prüfung der Unternehmerrechnungen ein bis zwei Monate zu beanspruchen. Der Unternehmer seinerseits gewähre meistens Zahlungskonditionen von 30 Tagen mit Skonto oder von 60 Tagen netto. Daher verstrichen in der Praxis zwangsläufig mehrere Monate, bis der Unternehmer überhaupt Grund erhalten könne, an der Sicherheit seines Guthabens zu zweifeln. Da in dieser Zeit die Eintragsfrist verstrichen sei, werde die durch das Gesetz vorgesehene Vorsorge zur Sicherung des Guthabens des Unternehmers praktisch vielfach gegenstandslos.

Mit Kreisschreiben vom 30. November 1971 lud das *Eidgenössische Grundbuchamt* die kantonalen Aufsichtsbehörden in Grundbuchsachen ein, zur Frage der Fristverlängerung Stellung zu nehmen. Die Befragung ergab 11 positive – wovon 5 mit mehr oder weniger deutlichen Vorbehalten – und 9 negative Stellungnahmen. Die Befürworter führten verschiedene Gründe an. So wiesen sie darauf hin, daß sich durch eine Verlängerung der Frist provisorische Eintragungen vermeiden ließen<sup>625</sup>. Andere Befürworter sahen in der gegenwärtigen Regelung eine Benachteiligung des Handwerkers durch den Umstand, daß sich Zahlungs- und Eintragsfrist oft decken; auch bestünde bei der gegenwärtigen Rechtslage die Gefahr der übereilten Rechnungsstellung. Die Gegner des Postulates stellten der beabsichtigten Verlängerung der Eintragsfrist die *Rechts- und Verkehrssicherheit* gegenüber. Das Interesse des Dritterwerbers an möglichst großer Rechtssicherheit, das kaum genügend betont werden könne, das öffentliche Interesse am Schutz des gutgläubigen Erwerbers und die Bewahrung des öffentlichen Glaubens des Grundbuches vor der Aushöhlung verdienten den Vorzug gegenüber den Argumenten des Postulanten sowie der befürwortenden Kantone<sup>626</sup>. Namentlich im Hinblick auf die realobligatorische Wirkung, welche dem Bauhandwerkerpfandrecht heute zuerkannt werde, sei die Verlängerung der Eintragsfrist abzulehnen. Diesen von den Gegnern des Postulates vorgebrachten Ar-

<sup>625</sup> Dieses Argument geht deshalb fehl, weil auch innerhalb von sechs Monaten kaum ein rechtskräftiges Urteil im ordentlichen Prozeßverfahren erstritten werden kann. Eine Fristverlängerung würde also in dieser Beziehung nichts bringen.

<sup>626</sup> Vgl. HUBER, Erl. II, S. 280 f.; LIVER, ZBJV 1977, S. 169 f., 1962, S. 219, 231; JENNY, ZBGR 1929, S. 171 f.; s. ferner BGE 101 II 63, 53 II 219; ZBGR 1929, S. 138; SJZ 1913/14, S. 362.

gumenten schloß sich in der Folge auch der Bundesrat an, was im Sommer 1975 zur Abschreibung des Postulates Fischer führte<sup>627</sup>.

Das *Postulat von Nationalrat P. Oehler* vom 24. September 1975, welcher eine unbezifferte Verlängerung der Eintragsfrist forderte, wurde zurückgezogen<sup>628</sup>.

Der vorliegende Befund schließt sich den Argumenten jener Kantone an, welche gegen eine Verlängerung der Eintragsfrist eingetreten sind<sup>629</sup>.

## B. Zeitpunkt der Vollendung

Gemäß Art. 839 II ZGB wird die Dreimonatsfrist mit der Vollendung der Arbeiten ausgelöst. Wie gezeigt, bietet die Konkretisierung des Vollendungsbegriffes in der Praxis gewisse Schwierigkeiten. Dagegen ist es der Rechtsprechung und Doktrin gelungen, einen *funktionellen Vollendungsbegriff* herauszudestillieren, welcher sowohl den teleologischen als auch den technischen Gesichtspunkten Rechnung trägt. Unter diesen Voraussetzungen ist es nicht angezeigt, den Gesetzgeber in diesem Zusammenhang auf den Plan zu rufen<sup>630</sup>. Betrachtet man die zahlreichen Fälle, bei denen der Vollendungstermin eine Rolle spielt, so wird deutlich, daß eine abschließende gesetzliche Regelung als unmöglich erscheint. Eine solche würde im übrigen auch nicht dem Geiste unseres ZGB entsprechen. Aus diesen Gründen ist es fruchtbarer, die Weiterentwicklung der Rechtsprechung und Doktrin zu überlassen; dadurch lassen sich praxisbezogene Lösungen am besten erzielen.

<sup>627</sup> Vgl. ZBGR 1975, S. 186: Wiedergabe der ablehnenden Berichterstattung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes, die im Kontext berücksichtigt worden ist.

<sup>628</sup> SCHUMACHER, Nr. 384; s. auch vorn, S. 19, 141 N. 589.

<sup>629</sup> Gl. M. GROSSEN, ZBGR 1973, S. 74 ff.; SCHUMACHER, Nr. 385 mit Hinweisen auf die revidierte SIA-Norm 118, welche Abschlagszahlungen während des Baues vorsieht; dadurch können Zahlungsschwierigkeiten des Bauherrn schon frühzeitig erkannt werden.

<sup>630</sup> A. M. KAPPELER, ZBGR 1976, S. 285, welcher mit Bezug auf Gesamtüberbauungen eine gesetzliche Regelung verlangt.

## *Zweiter Unterabschnitt:* **Eintragung im Grundbuch**

### **I. Allgemeines**

Die *Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes ins Grundbuch* setzt voraus, daß sämtliche vorn dargelegten materiellen und formellen Voraussetzungen erfüllt sind. Zudem darf sie nur erfolgen, «wenn die Forderung vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist, und kann nicht verlangt werden, wenn der Eigentümer für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet» (Art. 839 III ZGB). Nach Art. 22 II GBV kann sie überdies dann stattfinden, wenn sie vom Eigentümer bewilligt wird. In formeller Hinsicht ist vor allem wichtig, daß die Eintragung binnen spätestens drei Monaten nach der Vollendung des Werkes vorgenommen werden muß. Die *Fristwahrung* geschieht regelmäßig durch *Vormerkung einer vorläufigen Eintragung* (Art. 961 ZGB)<sup>631</sup>.

Das Bauhandwerkerpfandrecht kann in einem *außergerichtlichen oder gerichtlichen Verfahren* eingetragen werden. Die *Funktion* der Grundbucheintragung besteht darin, daß mit ihr das Bauhandwerkerpfandrecht als beschränktes dingliches Recht zur Entstehung gelangt (= Eintragungsprinzip).

### **II. Außergerichtliches Eintragungsverfahren**

#### **A. Anerkennung der Forderung durch den Grundeigentümer**

##### *1. Anerkennung der Pfandsumme*

Die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes darf erfolgen, wenn die *Forderung vom Eigentümer anerkannt* ist (Art. 839 III ZGB; Art. 22 II GBV).

a) Unter dem Begriff *Forderung* ist in diesem Zusammenhang nicht die Pfandforderung, sondern die *Haftungssumme* (= *Pfandsumme*) zu verstehen, was in Art. 22 II GBV deutlich

<sup>631</sup> BGE 89 II 306 ff.; zur Frage der Anwendbarkeit von Art. 139 OR vgl. VON TUHR/ESCHER, OR II, S. 230 N. 33 c.



zum Ausdruck gelangt<sup>632</sup>. Dies hängt mit der Eigenart des Grundpfandrechtes zusammen, welches bei seiner Begründung die Angabe eines bestimmten Betrages voraussetzt (Art. 794 ZGB). Erfolgt die *Eintragung unmittelbar nach Abschluß des Werkvertrages*, so haben wir die Sicherstellung einer künftigen Forderung vor uns. Steht diese aufgrund des Werkvertrages der Höhe nach schon zum voraus fest, so ist der vereinbarte Werkpreis mit der Höhe der Pfandsumme identisch<sup>633</sup>. Trifft das nicht zu, bedarf es einer Schätzung des Werkpreises; der geschätzte Betrag ist als Pfandsumme in das Grundbuch einzutragen<sup>634</sup>.

b) Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn die *Eintragung erst nach Abschluß der Bauarbeiten* erfolgt. Dann ist es aber auch möglich, zugleich die gesicherte Bauforderung anzuerkennen. Erfolgt eine solche Doppelanerkennung durch den mit dem Grundeigentümer identischen persönlichen Schuldner, so bildet sie nicht nur den Rechtsgrundaussweis für die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes, sondern gleichzeitig auch einen provisorischen Rechtsöffnungstitel für die Forderung (Art. 82 SchKG). In allen übrigen Fällen bezieht sich die Anerkennung nur auf die Pfandsumme<sup>635</sup>.

c) Gleichgültig, ob es sich beim Grundeigentümer um den persönlichen Schuldner handelt oder nicht, hat jener bei der zwangsvollstreckungsrechtlichen Geltendmachung des Bauhandwerkerpfandrechtes die Möglichkeit, sämtliche Einreden und Einwendungen gegen die gesicherte Forderung zu erheben<sup>636</sup>.

## 2. Grundbuchanmeldung

Liegt eine Anerkennung der Pfandsumme vor, so ist nach mehrheitlicher Auffassung der Baugläubiger zur Abgabe der Grundbuchanmeldung legitimiert (Art. 963 II ZGB; Art. 15 II/III

<sup>632</sup> BGE 39 II 217; ZBGR 1978, S. 31 f. = LuzMax XII, 1975, S. 294 Nr. 244; ZBGR 1973, S. 265 f., 1960, S. 292; ZBJV 1977, S. 409 ff.; ZR 1957 Nr. 91; LIVER, ZBJV 1962, S. 223 f.; LEEMANN, Art. 839 N. 4; SCHUMACHER, Nr. 448; REBER, S. 125; SCHNEEBELI, S. 86; SCHEIDEGGER, S. 23 ff.; vgl. auch HOFMANN, S. 69 ff.

<sup>633</sup> BGE 39 II 211 ff.; LEEMANN, Art. 839 N. 4; SCHUMACHER, Nr. 429.

<sup>634</sup> LEEMANN, Art. 839 N. 4.

<sup>635</sup> Vgl. ZBJV 1945, S. 400; ZBGR 1951, S. 155; ZR 1957 Nr. 91; SCHUMACHER, Nr. 396; PANCHAUD/CAPREZ, Die Rechtsöffnung, Zürich 1980, S. 125 f.

<sup>636</sup> Vgl. ZOBL, Art. 884 N. 982 ff. mit weiteren Belegen; ZBGR 1978, S. 32 = LuzMax XII, 1975, S. 294; BGE 42 III 318.

GBV)<sup>637</sup>. Dieser hat dem Grundbuchamt die schriftliche Anerkennung der Pfandsomme durch den Grundeigentümer sowie jene Ausweise beizubringen, aus denen seine Berechtigung ersichtlich ist<sup>638</sup>. Insbesondere ist der Baugläubiger gehalten, dem Grundbuchamt das die Forderung begründende Rechtsverhältnis nachzuweisen. Dies kann durch Vorlegung des Werkvertrages, von Korrespondenzen usw. geschehen. Zudem hat er dem Grundbuchverwalter nachzuweisen, daß sämtliche materiellen und formellen Voraussetzungen für die Eintragung erfüllt sind<sup>639</sup>. Der Baugläubiger hat selbstverständlich auch dafür Beweis zu leisten, daß die Frist gemäß Art. 839 I/II ZGB eingehalten ist<sup>640</sup>. Können diese Nachweise nicht erbracht werden, hat der Grundbuchverwalter die Grundbuchanmeldung abzuweisen<sup>641</sup>. Diese Darlegungen zeigen, daß das beschriebene außergerichtliche Eintragungsverfahren äußerst kompliziert ist. Aus diesem Grunde findet es in der Praxis nur selten Anwendung.

## **B. Eintragungsbewilligung des Grundeigentümers**

### *1. Eintragungsbewilligung*

Das Bauhandwerkerpfandrecht kann auch mit *Bewilligung des Grundeigentümers* definitiv eingetragen werden (Art. 22 II GBV). Dieses Eintragungsverfahren ist zwar in Art. 839 III ZGB nicht ausdrücklich vorgesehen, aber nach allgemeinen grund-

<sup>637</sup> HOMBERGER, Art. 961 N. 30; LEEMANN, Art. 839 N. 33, 34, 37; REBER, S. 122; JENNY, ZBGR 1929, S. 170; HOFMANN, S. 71; a. M. LIVER, ZBJV 1962, S. 222, der die Anmeldung durch den Erwerber nur im Rahmen des relativen Eintragungsprinzips zulassen will (vgl. Art. 963 II ZGB). Die Anerkennung der Pfandsomme kommt aber in materieller Hinsicht einer Eintragungsbewilligung gleich, womit die Kontroverse im wesentlichen gegenstandslos wird (so auch LIVER, a.a.O., S. 224, 226). – Im übrigen ließe sich die Legitimation des Baugläubigers zur Abgabe der Grundbuchanmeldung auch damit rechtfertigen, daß das Gesetz diesem den Anspruch auf Errichtung des Pfandrechts verleiht; diese Auffassung wäre auch mit dem Wortlaut von Art. 963 II ZGB durchaus vereinbar (vgl. in diesem Sinne auch JENNY, ZBGR 1929, S. 170).

<sup>638</sup> LEEMANN, Art. 839 N. 33; ZBJV 1964, S. 125; ZBGR 1942, S. 196.

<sup>639</sup> LEEMANN, Art. 839 N. 33; WIEDERKEHR, S. 75; SCHNEEBELI, S. 89f.

<sup>640</sup> LEEMANN, Art. 839 N. 38; ZBGR 1932, S. 81; SJZ 1914/15, S. 22; Semjud 1981, S. 103f.

<sup>641</sup> ZBGR 1944, S. 209, 1932, S. 81.

buchrechtlichen Grundsätzen zulässig<sup>642</sup>. Es entspricht sogar dem Normalfall im Bereiche des absoluten Eintragungsprinzips (Art. 963 I ZGB)<sup>643</sup>. Mit der Eintragungsbewilligung wird gleichzeitig die ins Grundbuch einzutragende Pfandsumme (nicht aber die Bauforderung als solche) anerkannt<sup>644</sup>.

## 2. Grundbuchanmeldung

Im Unterschied zu dem unter lit. A skizzierten Eintragungsverfahren wird hier die *Grundbuchanmeldung* vom Grundeigentümer und nicht vom Baugläubiger abgegeben<sup>645</sup>. Im übrigen müssen aber auch all jene Voraussetzungen erfüllt sein, die im Zusammenhang mit dem unter lit. A geschilderten Eintragungsverfahren erwähnt wurden. Würde man es bei der bloßen Eintragungsbewilligung bewenden lassen, so hätten es die Parteien in der Hand, unter Umgehung der Form der öffentlichen Beurkundung für irgendwelche Forderungen eine grundpfandrechtliche Sicherheit zu errichten<sup>646</sup>.

## 3. Bewilligung zur vorläufigen Eintragung

Die Parteien können anstelle einer definitiven bloß eine *vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts* anmelden<sup>647</sup>. Diese bedarf einer zeitlichen Befristung<sup>648</sup>. Bei der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts genügt es, wenn die Parteien dem Grundbuchverwalter die Voraussetzungen für

<sup>642</sup> Art. 963 I ZGB; LEEMANN, Art. 839 N. 7, 36; OSTERTAG, Art. 965 N. 35; SCHUMACHER, Nr. 396; SCHNEEBELI, S. 84f.; HOFMANN, S. 70; JENNY, ZBGR 1929, S. 171; MBVR 1965, S. 154; a.M. SCHEIDEGGER, S. 24.

<sup>643</sup> Vgl. LIVER, ZBJV 1962, S. 222 ff.

<sup>644</sup> Gl. M. LIVER, ZBJV 1962, S. 224. Ohne Fixierung einer Pfandsumme kann die Eintragung aus grundbuchtechnischen Gründen nicht erfolgen.

<sup>645</sup> Art. 963 I ZGB. – Müßte die Grundbuchanmeldung auch in diesen Fällen vom Baugläubiger ausgehen, hätte diese Eintragungsvariante keine selbständige Bedeutung mehr und könnte ersatzlos gestrichen werden. Gleichwohl kann von der praktischen Abwicklung her gesehen kein wesentlicher Unterschied gegenüber der Variante A (= Anerkennung der Pfandsumme durch den Grundeigentümer) festgestellt werden. Vgl. hiezu auch die kritischen Bem. von HOFMANN, S. 70f. mit weiteren Belegen.

<sup>646</sup> WIEDERKEHR, S. 75 N. 32.

<sup>647</sup> Art. 961 II ZGB; LEEMANN, Art. 839 N. 7, 40; HOMBERGER, Art. 961 N. 30; JENNY, ZBGR 1929, S. 172; WIEDERKEHR, S. 71 ff.

<sup>648</sup> Art. 961 III ZGB; LEEMANN, Art. 839 N. 41; OSTERTAG, Art. 961 N. 9, 13.

den Bestand des einzutragenden Rechtes glaubhaft machen<sup>649</sup>. Die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes mit Einwilligung der Beteiligten ist in der Praxis deshalb noch seltener als die definitive, weil ja im Falle des Einverständnisses in der Regel auch eine definitive Eintragung möglich ist<sup>650</sup>. Die vorläufige Eintragung bleibt somit auf Fälle beschränkt, wo man sich über die Höhe der Pfandsomme oder der Sicherheit nicht einig ist, den Bestand des Eintragungsanspruches aber grundsätzlich anerkennt<sup>651</sup>. Praktisch gesehen ist die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes mit Einwilligung aller Parteien dann sinnvoll, wenn man damit bewußt eine dem ordentlichen Prozeß vorangehende vorsorgliche Maßnahme vermeiden will.

### III. Gerichtliches Eintragungsverfahren

#### A. Überblick

In verfahrensrechtlicher Hinsicht sind zwei Abschnitte zu unterscheiden: Einerseits das Stadium der *vorsorglichen Maßnahmen*, welche im Erlaß einer *vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes* bestehen, und andererseits das daran anschließende *ordentliche Prozeßverfahren*, welches mit einem *rechtskräftigen Urteil* über die *definitive Eintragung* des Bauhandwerkerpfandrechtes endet. Vorsorgliche Maßnahmen sind vor allem deshalb angezeigt, weil innert *drei Monaten* nach Vollendung der Bauarbeiten nicht mit einem rechtskräftigen Urteil gerechnet werden kann. Da es sich bei der genannten Frist aber um eine *Verwirkungsfrist* handelt, müssen Wege gefunden werden, welche deren Einhaltung garantieren.

#### B. Vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes

##### 1. Ist die vorläufige Eintragung das adäquate Mittel zur Wahrung des Eintragungsanspruches?

Der Bundesrat hat in Art. 22 IV GBV die Möglichkeit der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes gemäß Art. 961 I Ziff. 1 ZGB ausdrücklich vorgesehen. Dem hat sich

<sup>649</sup> HOMBERGER, Art. 961 N. 30; vgl. auch BGE 39 II 139; ZR 1913, S. 249.

<sup>650</sup> HOMBERGER, Art. 961 N. 30.

<sup>651</sup> JENNY, ZBGR 1929, S. 172; HOFMANN, S. 74.

auch die Lehre und Rechtsprechung angeschlossen<sup>652</sup>. Ein direkter Anwendungsfall von Art. 961 ZGB liegt zwar nicht vor: Die Vormerkung dient im vorliegenden Zusammenhang nicht der Sicherung eines behaupteten dinglichen Rechtes (Art. 961 I Ziff. 1 ZGB)<sup>653</sup>, entsteht doch das Bauhandwerkerpfandrecht als mittelbares gesetzliches Pfandrecht erst mit der Eintragung in das Grundbuch<sup>654</sup>. Ebenso wenig dient die Vormerkung der Ergänzung des Rechtsgrundausweises (Art. 961 I Ziff. 2 ZGB)<sup>655</sup>. Umgekehrt ist aber zu beachten, daß der Baugläubiger eine Möglichkeit haben muß, angesichts der in Art. 839 II ZGB statuierten Verwirkungsfrist seinen Eintragungsanspruch durchzusetzen<sup>656</sup>. Von der Rechtswirkung her gesehen, ist die vorläufige Eintragung dazu deshalb geeignet, weil das provisorisch eingetragene Recht für den Fall seiner späteren Feststellung vom Zeitpunkt der Vormerkung an dinglich wirksam wird. Dieses Ergebnis könnte mit einer Verfügungsbeschränkung im Sinne von Art. 960 ZGB nicht erreicht werden<sup>657</sup>. Verfügungsbeschränkungen erhalten durch die Vormerkung zwar Wirkung gegenüber jedem später erworbenen Rechte (Art. 960 II ZGB); das Datum der späteren Eintragung wird aber nicht auf jenes der Vormerkung zurückbezogen<sup>658</sup>. Zusammenfassend ergibt sich, daß mit einer Verfügungsbeschränkung die Verwirkungsfrist nicht gewahrt werden könnte und umgekehrt die Voraussetzungen für eine vorläufige Eintragung nicht gegeben sind. Demzufolge ist eine echte *Gesetzeslücke* anzunehmen<sup>659</sup>. Diese muß so gefüllt werden, daß der Eintragungsanspruch auch tatsächlich realisiert werden kann.

<sup>652</sup> BGE 95 II 25, 79 II 439, 53 II 219, 40 II 458f.; LEEMANN, Art. 839 N. 40 ff.; HOMBERGER, Art. 961 N. 3, 29 ff.; SCHUMACHER, Nrn. 404 ff.; LIVER, Art. 731 N. 80; REY, Syst. Teil N. 264; FRIEDRICH, ZBGR 1977, S. 339; PIOTET, ZBGR 1968, S. 205, 1969, S. 38 N. 11. – Zur Berichtigung einer vorläufigen Eintragung vgl. ZR 1980 Nr. 13.

<sup>653</sup> Vgl. BGE 40 II 458f.; LIVER, Art. 731 N. 80; REY, Syst. Teil N. 264; PIOTET, ZBGR 1969, S. 38, 1968, S. 204f.; HOMBERGER, Art. 961 N. 3; HOFMANN, S. 72f.; WIEDERKEHR, S. 38f.; F. JENNY, Der öffentliche Glaube des Grundbuchs nach dem schweizerischen ZGB, Bern 1926, S. 184 N. 1 mit weiteren Belegen.

<sup>654</sup> Dazu vorn, S. 57 ff., 76.

<sup>655</sup> PIOTET, ZBGR 1968, S. 205; WIEDERKEHR, S. 38f.; HOFMANN, S. 72f.

<sup>656</sup> BGE 89 II 306 ff., 40 II 458f.; LIVER, Art. 731 N. 80; REY, Syst. Teil N. 264; PIOTET, ZBGR 1968, S. 205.

<sup>657</sup> Vgl. zu dieser Frage eingehend PIOTET, ZBGR 1968, S. 201 ff., 204f.

<sup>658</sup> Vgl. BGE 104 II 170 ff.; ZR 1979 Nr. 34; s.a. FRIEDRICH, ZBGR 1977, S. 339f.

<sup>659</sup> PIOTET, ZBGR 1968, S. 205.



Aus diesen Gründen drängt sich eine analoge Anwendung von Art. 961 I Ziff. 2 ZGB auf<sup>660</sup>. Auch dort handelt es sich um einen Fall, in welchem das dingliche Recht noch nicht entstanden ist<sup>661</sup>.

## 2. Verfahren

a) Über das Begehren betreffend vorläufige Eintragung ist nach Bundesrecht im *schnellen Verfahren* zu entscheiden (Art. 961 III ZGB). Die meisten Kantone haben dafür das summarische Verfahren vorgesehen<sup>662</sup>. Es genügt, wenn der Baugläubiger seinen Anspruch *glaubhaft* macht (Art. 961 III ZGB); die vorläufige Eintragung darf nur dann verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts als ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich erscheint<sup>663</sup>. Zwecks Wahrung der Dreimonatsfrist wird nach der zürcherischen Praxis die vorläufige Eintragung regelmäßig schon bei Eingang des Begehrens von Amtes wegen veranlaßt; dies sogar dann, wenn nicht einmal ein entsprechender Antrag gestellt wird<sup>664</sup>.

b) Zuständig zum *Erlaß vorsorglicher Maßnahmen*, insbesondere zur *vorläufigen Eintragung* des Bauhandwerkerpfandrechts, ist der Richter am Ort der gelegenen Sache<sup>665</sup>.

c) Die *vorläufige Eintragung* ist *betragsmäßig*<sup>666</sup> und *zeitlich zu limitieren* (Art. 961 III ZGB). Was die Befristung betrifft, so kann die Wirksamkeit der vorläufigen Eintragung auf eine bestimmte Zeitspanne beschränkt werden<sup>667</sup>. Der Baugläubiger hat

<sup>660</sup> Gl.M. LIVER, Art. 731 N. 80; LEEMANN, Art. 839 N. 5; BGE 40 II 458 f.

<sup>661</sup> Vgl. HOMBERGER, Art. 961 N. 3. – Die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts erfüllt somit die Doppelfunktion der Rangsicherung und der Fristwahrung (so REY, Syst. Teil N. 264; FRIEDRICH, ZBGR 1977, S. 339; PIOTET, ZBGR 1969, S. 38).

<sup>662</sup> Vgl. ZH ZPO, § 215 Ziff. 36; STRÄULI/MESSMER, § 215 ZPO N. 75 ff.; SCHUMACHER, Nrn. 405 ff.

<sup>663</sup> BGE 86 I 270, 79 II 439, 39 II 139; ZBGR 1946, S. 305; Beschluß Oberger. ZH, II. ZK., vom 8. 1. 1976; ZR 1978 Nr. 18; LEEMANN, Art. 839 N. 42; SCHUMACHER, Nr. 412. – Betreffend Rechtsmittel gegen Bewilligung bzw. Verweigerung der vorläufigen Eintragung ans Bundesgericht vgl. SCHUMACHER, Nrn. 413 f.; BGE 102 Ia 81 ff., 98 II 443 ff., 95 I 99 f.

<sup>664</sup> STRÄULI/MESSMER, § 215 ZPO N. 76.

<sup>665</sup> BGE 103 Ia 464 f., 41 I 284 ff.; HOMBERGER, Art. 961 N. 31; SCHUMACHER, Nr. 415. – Zur Frage der Anzeigepflicht des Grundbuchverwalters an die vertraglichen Hypothekargläubiger vgl. MATTER, ZBGR 1950, S. 313 ff.; zur Prüfungsbefugnis des Grundbuchverwalters vgl. BGE 102 Ib 8 ff.

<sup>666</sup> HOMBERGER, Art. 961 N. 39.

<sup>667</sup> Vgl. BGE 101 II 63 ff., 82 II 590; SCHUMACHER, Nr. 417.



dann dafür zu sorgen, daß er innerhalb der angesetzten Frist ein rechtskräftiges Urteil bezüglich der definitiven Eintragung erhält. Ist das nicht möglich, muß er eine Fristverlängerung beantragen<sup>668</sup>. Weit zweckmäßiger ist aber das bereits in Art. 961 III ZGB skizzierte Vorgehen, wonach der Richter dem Baugläubiger eine Frist zur gerichtlichen Geltendmachung seines Anspruches ansetzen kann. Wird die Klage fristgerecht angehoben, bleibt die Vormerkung bis zur rechtskräftigen Erledigung des Prozesses wirksam<sup>669</sup>.

## C. Definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes

### 1. Verfahren

Das Verfahren betreffend definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes erfolgt im Rahmen des *ordentlichen Zivilprozesses*. Dabei ist es Sache des klagenden Baugläubigers, sämtliche materiellen und formellen Voraussetzungen, welche für die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes erforderlich sind, rechtsgenügend zu behaupten und zu beweisen.

### 2. Konzept der Prozeßführung

Das Konzept der Prozeßführung kann verschieden aufgezogen sein:

a) Ist der *Grundeigentümer mit dem persönlichen Schuldner der Bauforderung identisch*, so wird der Baugläubiger, sofern seine Forderung fällig ist, nicht nur Feststellung des Bauhandwerkerpfandrechtes, sondern gleichzeitig auch Bezahlung seiner Forderung verlangen<sup>670</sup>. In diesem Falle wird eine *Feststellungs- mit einer Leistungsklage* verbunden<sup>671</sup>. Für beide Klagen ist der *Richter am Ort der gelegenen Sache* zuständig<sup>672</sup>.

b) Ist der *persönliche Schuldner mit dem Grundeigentümer nicht identisch*, empfiehlt es sich aus prozeßökonomischen Gründen dennoch, im selben Verfah-

<sup>668</sup> BGE 97 I 209 ff., 66 II 105 ff.; ZBGR 1932, S. 75 = ZR 1931 Nr. 63; ZBJV 1968, S. 484; SCHUMACHER, Nr. 417.

<sup>669</sup> Vgl. BGE 101 II 63 ff., 99 II 388 ff., 98 Ia 244 f.; ZBGR 1973, S. 263 ff.; ZBJV 1975, S. 71; STRÄULI/MESSMER, § 215 ZPO N. 84; weitere Einzelheiten bei SCHUMACHER, Nr. 418.

<sup>670</sup> REBER, S. 126.

<sup>671</sup> Vgl. BGE 99 II 132, 95 II 224; ZR 1981 Nr. 18. – Zwischen den beiden Klagen besteht keine Identität: BGE 105 II 149 ff.

<sup>672</sup> STRÄULI/MESSMER, §§ 6/7 ZPO N. 8; BGE 95 II 33, 81 II 281, 41 I 293; ZBGR 1967, S. 281; SJZ 1967, S. 208.

ren gegen beide vorzugehen. Auch in derartigen Fällen ist infolge des bestehenden Sachzusammenhanges der *Richter am Ort der gelegenen Sache* zuständig. Dem persönlichen Schuldner der Bauforderung ist es somit verwehrt, sich mit Erfolg auf Art. 59 BV zu berufen<sup>673</sup>.

c) Wird die *Eintragung* des Bauhandwerkerpfandrechtes bereits *unmittelbar nach Abschluß des Werkvertrages* verlangt, so besteht noch keine fällige Bauforderung; dann kann der Baugläubiger lediglich mit einer *Feststellungsklage* gegen den *Grundeigentümer* die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes begehren; auch dafür ist der *Richter am Ort der gelegenen Sache* anzurufen<sup>674</sup>.

d) Macht der Baugläubiger *lediglich* seinen *realobligatorischen Eintragungsanspruch* gegenüber dem Grundeigentümer geltend, so ist diesem zu empfehlen, dem persönlichen Schuldner den *Streit zu verkünden*. Dies deshalb, weil ihm Regreßansprüche zustehen können.

### 3. Urteil

a) Wird das Bauhandwerkerpfandrecht durch *rechtskräftiges Urteil* festgestellt, so ist es entweder auf direkte Anordnung des Richters oder in Verbindung mit einer vom Baugläubiger abzugebenden Grundbuchanmeldung im Grundbuch einzutragen. Die vorläufige Eintragung ist dann von Amtes wegen zu löschen (Art. 76 I GBV). Das Bauhandwerkerpfandrecht erhält dabei das Datum und den Rang der vorläufigen Eintragung (Art. 961 II ZGB); es geht allen in der Zwischenzeit eingetragenen Pfandrechten im Range vor.

b) Mit der gerichtlichen Feststellung des Pfandrechtes ist aber noch *keine gerichtliche Anerkennung der Pfandforderung* verbunden<sup>675</sup>.

## IV. Abwendung der Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes durch Leistung von Sicherheit (Art. 839 III ZGB)

### A. Grundsatz

Die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes darf nur erfolgen, wenn der Eigentümer für die angemeldete Forderung keine

<sup>673</sup> Vgl. STRÄULI/MESSMER, §§ 6/7 ZPO N.8, 17; ZR 1913 Nr.8; ZBGR 1935, S.163; SJZ 1964, S.42.

<sup>674</sup> STRÄULI/MESSMER, §§ 6/7 ZPO N.8; GULDENER, Zivilprozeßrecht, S.87 N.26; BGE 95 II 33, 89. Betr. Passivlegitimation vgl. SJZ 1935/36, S.286; ZBGR 1973, S.263 ff., 1950, S.272, 1935, S.189.

<sup>675</sup> ZBJV 1945, S.400. – Zur Frage der außergerichtlichen Vergleiche s. NUSSBAUM, ZBGR 1935, S.261 ff.

hinreichende Sicherheit geleistet hat (Art. 839 III ZGB). Diese kann jedenfalls bis zum Zeitpunkt der definitiven Eintragung gestellt werden<sup>676</sup>. Umstritten ist indessen, ob die Sicherheit auch noch nach der definitiven Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes mit der Folge erbracht werden kann, daß dieses zu löschen ist<sup>677</sup>. Stellt man lediglich auf den Wortlaut des Gesetzes ab, so wäre nur eine vorgängige Sicherheitsleistung zwecks Abwendung der Eintragung zulässig; indessen ist zu beachten, daß es unter teleologischen Gesichtspunkten für den Baugläubigerschutz ausreicht, wenn die Sicherheit auch erst später geleistet wird. Wichtig ist einzig, daß diese genügend ist. Damit wird den Interessen des Bauhandwerkers hinlänglich Rechnung getragen, weshalb auch die nachträgliche Sicherheitsleistung zulässig sein muß.

## B. Art der Sicherheitsleistung

Die Sicherheitsleistung kann in der Form einer *Personal- oder Realsicherheit* erbracht werden. Entscheidend, ist, daß sie dem Sicherheitszweck vollends genügt. Über Sicherheitsleistungen im allgemeinen besteht eine umfassende Literatur und Judikatur, auf die verwiesen sei<sup>678</sup>.

## C. Rechtsfolgen der Sicherheitsleistung

1. Die Sicherheit stellt ein *Surrogat* für das Bauhandwerkerpfandrecht dar. Dieses ist im Verhältnis zur Sicherheit *subsidiär*.

2. Im ordentlichen Prozeß dreht sich die Streitfrage nicht mehr um die Höhe der Grundpfandsumme. Vielmehr hat das *Prozeßthema* die Frage zum Gegenstand, ob und bis zu welchem Betrag

<sup>676</sup> LEEMANN, Art. 839 N. 30; SCHUMACHER, Nr. 325; SCHEIDEGGER, S. 14; s. auch HOFMANN, S. 67; SCHNEEBELI, S. 199 ff.

<sup>677</sup> Für die Zulässigkeit der nachträglichen Sicherheitsleistung LEEMANN, Art. 839 N. 30; SCHNEEBELI, S. 202 f.; ZBGR 1932, S. 181, 1931, S. 87, 1930, S. 98, 1929, S. 132; SJZ 1933/34, S. 136, 1932/33, S. 332; ZR 1927 Nr. 86, 1926 Nr. 107, 1915 Nr. 8; a.M. SCHUMACHER, Nr. 325; SCHEIDEGGER, S. 14.

<sup>678</sup> Vgl. BGE 97 I 209 ff.; LEEMANN, Art. 839 N. 23 ff.; SCHUMACHER, Nrn. 326 ff.; HOFMANN, S. 67. – Allgemein zu den Sicherheitsleistungen vgl. OFTINGER/BÄR, Syst. Teil N. 327 ff.; ZOBL, Syst. Teil N. 1099 ff.

die gestellte Sicherheit haftet. Der *Gerichtsstand* hängt von der Art der geleisteten Sicherheit ab<sup>679</sup>.

3. Die *Art der späteren Zwangsvollstreckung* in den Sicherungsgegenstand richtet sich nach dessen Natur.

4. Die Sicherheitsleistung kann *für den Grundeigentümer nachteilig* sein. Dies namentlich dann, wenn das Grundstück als Haftungssubstrat für die Baugläubiger nicht ausreicht und der Grundeigentümer nicht persönlicher Schuldner der Bauforderungen ist. Da jeder Baugläubiger Anspruch auf ausreichende Sicherheit hat, könnte auf diese Weise das Haftungssubstrat zugunsten der Bauhandwerker ungemein vergrößert werden. Mit der Stellung von Sicherheitsleistungen ist daher im Interesse des Grundeigentümers Vorsicht am Platz.

## V. Würdigung

Das nach dem gegenwärtigen Rechtszustand geltende Eintragsverfahren gibt zu keiner wesentlichen Kritik Anlaß. Sofern eine Gesetzesrevision durchgeführt werden sollte, wäre es aber wünschenswert, wenn folgende Punkte klargestellt würden:

1. Der Gesetzgeber hätte ausdrücklich festzulegen, daß die *Eintragsfrist* durch *Vormerkung einer vorläufigen Eintragung* gewahrt werden kann. Dies könnte durch eine entsprechende Ergänzung von Art. 961 ZGB geschehen<sup>680</sup>.

2. Aus Gründen der Rechtssicherheit wäre es zu begrüßen, wenn von Bundesrechts wegen für alle im Zusammenhang mit dem Bauhandwerkerpfandrecht stehenden Rechtsstreitigkeiten ein *einheitlicher Gerichtsstand am Ort der gelegenen Sache* statuiert würde.

3. Ferner hätte der künftige Gesetzgeber ausdrücklich anzuordnen, daß die *Sicherheit* im Sinne von Art. 839 III ZGB auch gegen Löschung des bereits eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechtes geleistet werden kann. Schließlich sollte der Grundeigentümer die Möglichkeit erhalten, sich von allen eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechten gegen Stellung einer Sicher-

<sup>679</sup> Vgl. BGE 103 Ia 462 ff.; ZR 1961 Nr. 52; SCHUMACHER, Nrn. 330, 420. – Zur prozessualen Seite, wenn die Sicherheitsleistung eine Klageänderung zur Folge hat, vgl. STRÄULI/MESSMER, § 215 ZPO N. 79, § 61 N. 6; zur paulianischen Anfechtung der Sicherheitsleistung vgl. ZBGR 1929, S. 194; SJZ 1929/30, S. 281.

<sup>680</sup> Vgl. PIOTET, ZBGR 1968, S. 205.

heit, welche dem mutmaßlichen auf alle Bauhandwerkerpfandrechte entfallenden Pfanderlös entspricht, zu befreien. Damit wären die Baugläubiger nicht schlechter gestellt als bei der Verwertung des Pfandgrundstückes. Gerade bei mittelbaren Bauforderungen ist es nicht einzusehen, weshalb eine Ablösung nur gegen Sicherstellung der vollen Pfandsumme zulässig sein soll, obwohl der potentielle Pfanderlös die Pfandsumme nicht decken wird.

Vierter Abschnitt:

## Rechtsfolgen

### I. Rechtsnatur des eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechtes

#### A. Bauhandwerkerpfandrecht als Grundpfandrecht

Mit der Eintragung im Grundbuch entsteht das Bauhandwerkerpfandrecht und der Baugläubiger erlangt die *Stellung eines Grundpfandgläubigers*. Demzufolge gelten für dieses – soweit passend – die allgemeinen Bestimmungen über das Grundpfandrecht gemäß Art. 793 ff. ZGB.

#### B. Bauhandwerkerpfandrecht als Grundpfandverschreibung

Beim Bauhandwerkerpfandrecht handelt es sich – wie bei allen andern Arten gesetzlicher Grundpfandrechte – um eine *Grundpfandverschreibung*<sup>681</sup>. Ist die Pfandforderung in ihrer genauen Höhe noch unbestimmt, so ist für den möglichen Höchstbetrag eine *Maximalhypothek* einzutragen (Art. 794 II ZGB)<sup>682</sup>. Ist die Höhe der Forderung dagegen bestimmt, erfolgt die Eintragung einer *Kapitalhypothek* im Sinne von Art. 794 I ZGB<sup>683</sup>. Im letzteren Falle richtet sich der Umfang der Sicherung nach Art. 818

<sup>681</sup> LEEMANN, Art. 837 N. 3; HOFMANN, S. 69, 77; SCHNEEBELI, S. 97; TUOR/SCHNYDER, S. 649.

<sup>682</sup> HOFMANN, S. 69, 78; HUGO ROSENSTIEL, Die Maximalhypothek, Diss. Zürich 1917, S. 50.

<sup>683</sup> Vgl. HOFMANN, S. 70, 78; S. SCHÖNBERG, Zehn Jahre Schweiz. Zivilgesetzbuch. Die Grundbuchpraxis, Aarau 1924, S. 177. HOFMANN betrachtet die Kapitalhypothek als den Normalfall (S. 78).

ZGB. Neben der Kapitalforderung sind auch die Kosten der Betreuung sowie die Verzugszinse von Gesetzes wegen pfandgesichert (Art. 818 I Ziff. 1 und 2 ZGB)<sup>684</sup>.

### C. Würdigung

De lege ferenda drängen sich in diesem Zusammenhang keine Änderungen auf.

## II. Rang des Bauhandwerkerpfandrechtes (Art. 840 ZGB)

### A. Grundsatz der Alterspriorität

Der *Rang des Bauhandwerkerpfandrechtes*<sup>685</sup> bestimmt sich nach dem Zeitpunkt der Eintragung im Grundbuch (Art. 972 ZGB)<sup>686</sup>. Es gilt somit, wie bei den rechtsgeschäftlichen Grundpfandrechten, der *Grundsatz der Alterspriorität*. Demzufolge geht das Bauhandwerkerpfandrecht allen bereits früher eingetragenen Pfandrechten und anderen Belastungen im Range nach<sup>687</sup>. Dieser Grundsatz wird durch die in Art. 840 ZGB statuierte Ausgleichsordnung und die in Art. 841 ZGB enthaltene Anfechtungsmöglichkeit materiell relativiert<sup>688</sup>.

### B. Materielle Gleichstellung der Baupfandgläubiger untereinander

Werden auf einem Grundstück *mehrere Bauhandwerkerpfandrechte* eingetragen, so erhält zwar jedes formell einen separaten Rang<sup>689</sup>. Dagegen schafft *Art. 840 ZGB* unter ihnen eine besondere *Ausgleichsordnung*. Unabhängig von ihrem formellen Rang

<sup>684</sup> Dazu vorn, S. 116.

<sup>685</sup> Dazu eingehend HAEFLIGER passim; SCHNEEBELI, S. 112 ff.; GRIEDER, ZSR 1911, S. 250.

<sup>686</sup> LEEMANN, Art. 840 N. 1; SCHUMACHER, Nr. 139; HOFMANN, S. 78 f.; MAILLEFER, S. 7; GUHL, SJZ 1914/15, S. 33 ff.

<sup>687</sup> BGE 63 III 1 ff.; LEEMANN, Art. 840 N. 1: Dies gilt auch für Pfandrechte, mit welchen eine leere Pfandstelle, die vor der vorläufigen oder definitiven Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes eingetragen worden ist, ausgefüllt wird; a.M. HOMBERGER, Art. 961 N. 42. – Vgl. auch TUOR/SCHNYDER, S. 656.

<sup>688</sup> Dazu S. 164 f., 168.

<sup>689</sup> LEEMANN, Art. 840 N. 1; TUOR/SCHNYDER, S. 655 f.; SCHUMACHER, Nr. 139; HOFMANN, S. 78 ff.



haben sie untereinander bei der Verteilung den gleichen verhältnismäßigen Anspruch auf Befriedigung aus dem Pfanderlös<sup>690</sup>. Diese Gleichbehandlung ist gerechtfertigt. Es liegt in der Natur der Sache begründet, daß die für die Erstellung eines Gebäudes notwendigen Arbeiten nicht gleichzeitig abgeschlossen werden können und deshalb auch die Eintragung der Bauhandwerkerpfandrechte zu verschiedenen Zeitpunkten erfolgen kann. Es wäre daher nicht gerechtfertigt, jenen Bauhandwerkern, deren Arbeit zuerst beendet ist und deren Pfandrecht zuerst eingetragen wird, einen Vorrang vor den übrigen einzuräumen. Das Schutzbedürfnis ist für alle Bauhandwerker dasselbe<sup>691</sup>.

### C. Würdigung

Da die *Rangfrage befriedigend gelöst* ist, brauchen in diesem Zusammenhang keine neuen Lösungen de lege ferenda gesucht zu werden.

## III. Geltendmachung des Bauhandwerkerpfandrechtes

### A. Betreibung auf Pfandverwertung

1. Die Geltendmachung des Bauhandwerkerpfandrechtes erfolgt im Normalfalle durch *Betreibung auf Pfandverwertung* (Art. 151 ff. SchKG)<sup>692</sup>. In verfahrensrechtlicher Hinsicht kann im wesentlichen auf die einschlägige Literatur und Judikatur zu dieser Betreibungsart verwiesen werden<sup>693</sup>.

<sup>690</sup> BGE 63 III 1 ff.; LEEMANN, Art. 840 N. 1; TUOR/SCHNYDER, S. 655 f.; SCHUMACHER, Nr. 139; MAILLEFER, S. 8; HOFMANN, S. 79 ff. – Dies geschieht so, daß der auf sämtliche Bauhandwerkerpfandrechte entfallende Gesamtbetrag im Verhältnis zur Höhe der Forderung jedes einzelnen Baugläubigers unter ihnen geteilt wird (BGE 63 III 1; TUOR/SCHNYDER, S. 656; RASCHEIN, BLSchK 1972, S. 36 ff. je mit Beispiel).

<sup>691</sup> LEEMANN, Art. 840 N. 1; HOFMANN, S. 79.

<sup>692</sup> Vgl. LEEMANN, Die Behandlung der Bauhandwerkerpfandrechte verschiedenen Ranges im Pfandverwertungs- und Verteilungsverfahren, SJZ 1915/16, S. 173 f.; JAEGER, SJZ 1915/16, S. 225 f. (Erwiderung). Vgl. auch ZBGR 1950, S. 14 und ZR 1944 Nr. 61 (Mietzinssperre).

<sup>693</sup> FRITZSCHE, I, S. 327 ff.; JAEGER und JAEGER/DAENIKER, Bem. zu Art. 151 ff. SchKG; BLUMENSTEIN, S. 505 ff.; BRAND, SJK Nr. 991; OFTINGER/BÄR, Syst. Teil N. 129 ff.; ZOBL, Syst. Teil N. 561 ff.; RASCHEIN, BLSchK 1972, S. 40 ff. – Das beneficium excussionis realis (Art. 41 SchKG) kann erst nach erfolgter definitiver Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes angerufen werden; vorher ist somit nur Betreibung auf Pfändung bzw. Konkurs zulässig: BGE 58 III 36.

In materiellrechtlicher Hinsicht setzt die Betreibung auf Pfandverwertung *Bestand und Fälligkeit der gesicherten Bauforderung* voraus.

2. Der *Zahlungsbefehl* ist sowohl dem persönlichen Schuldner als auch dem Eigentümer des Grundstückes zuzustellen<sup>694</sup>. Beide können Rechtsvorschlag erheben<sup>695</sup>. Der vom Schuldner verschiedene Grundpfand Eigentümer ist berechtigt, sämtliche Einreden und Einwendungen, welche auch dem persönlichen Schuldner zustehen, gegen die gesicherte Forderung geltend zu machen; dies selbst dann, wenn der letztere darauf verzichtet hat<sup>696</sup>.

3. a) Leitet von verschiedenen Baupfandgläubigern nur einer Betreibung auf Grundpfandverwertung ein, so gelten die übrigen Baupfandgläubiger gleichwohl als mitbetreibend, weil sie mit dem betreibenden Gläubiger materiell im gleichen Rang stehen (Art. 840 ZGB)<sup>697</sup>. Damit gilt das *Deckungsprinzip* unter verschiedenen Baugläubigern als aufgehoben<sup>698</sup>.

b) Steht das Pfandrecht des betreibenden Baupfandgläubigers nicht an erster Pfandstelle, so ist dagegen im Verhältnis zu vorgehenden rechtsgeschäftlichen Grundpfandrechten das *Deckungsprinzip* zu beachten (Art. 126, 141 SchKG)<sup>699</sup>. Für die Bauforderungen ist Barzahlung zu verlangen, sofern sie nicht vollständig gedeckt werden (Art. 106 VZG).

c) Gehen dem betreibenden vertraglichen Grundpfandgläubiger Bauhandwerkerpfandrechte im Range teils vor, teils nach, so werden diese bei der Berechnung des Zuschlagspreises nicht berücksichtigt; dagegen ist für sie in den Steigerungsbedingungen Barzahlung zu verlangen für den Fall, daß sie nicht vollständig gedeckt werden (Art. 106 VZG)<sup>700</sup>.

d) Das Deckungsprinzip kommt dann zum Spielen, wenn alle Bauhandwerkerpfandrechte dem betreibenden vertraglichen Grundpfandgläubiger im Range vorgehen<sup>701</sup>.

4. Das Zwangsvollstreckungsrecht ermöglicht es den Baugläubigern ferner, ihr *Vorrecht* gemäß Art. 841 ZGB wirksam durchzusetzen<sup>702</sup>.

5. Kann die gesicherte Bauforderung aus dem Pfanderlös nicht gedeckt werden, so steht dem Baupfandgläubiger gegenüber dem persönlichen Schuldner eine *Pfandausfallforderung* zu (Art. 158 SchKG)<sup>703</sup>.

<sup>694</sup> Art. 151 I, 153 II SchKG; Art. 88 VZG; FRITZSCHE, I, S. 334 f.; ZOBL, Art. 884 N. 982, Syst. Teil N. 569 ff., 636 ff.; BGE 42 III 318; ZBGR 1978, S. 32 = LuzMax XII, 1975, S. 294.

<sup>695</sup> ZOBL, Art. 884 N. 984; FRITZSCHE, I, S. 334; BGE 42 III 67; ZBGR 1978, S. 32 = LuzMax XII, 1975, S. 294.

<sup>696</sup> FRITZSCHE, I, S. 334; ZOBL, Art. 884 N. 983 [mit weiteren Belegen]; ZR 1981 Nr. 18. Vgl. auch SJZ 1974, S. 13.

<sup>697</sup> Art. 105 II VZG; Art. 141 und 126 SchKG; LEEMANN, Art. 840 N. 3; SCHUMACHER, Nr. 479; eingehend RASCHEIN, BLSchK 1972, S. 42 ff.

<sup>698</sup> HOFMANN, S. 80.

<sup>699</sup> Vgl. FRITZSCHE, I, S. 343; RASCHEIN, BLSchK 1972, S. 44.

<sup>700</sup> SJZ 1972, S. 224; HOFMANN, S. 80; RASCHEIN, BLSchK 1972, S. 42 ff. mit Kritik de lege ferenda.

<sup>701</sup> MAILLEFER, S. 8; RASCHEIN, BLSchK 1972, S. 42.

<sup>702</sup> Dazu hinten, S. 179 ff.

<sup>703</sup> Für Details hiezu vgl. JAEGER und JAEGER/DAENIKER, Bem. zu Art. 158 SchKG.

## B. Übrige Fälle der Zwangsvollstreckung in das Pfandgrundstück

1. In den übrigen Fällen der Zwangsvollstreckung in das Pfandgrundstück (Betreibung auf Pfandverwertung durch einen andern Grundpfandgläubiger, Pfändung des Grundstücks, Konkurs oder Nachlaßvertrag des Grundeigentümers) hat der Baupfandgläubiger in erster Linie dafür zu sorgen, daß sein *Pfandrecht ins Lastenverzeichnis* aufgenommen wird<sup>704</sup>. Ist das Bauhandwerkerpfandrecht erst *vorläufig eingetragen*, so bedarf auch die entsprechende *Vormerkung der Aufnahme ins Lastenverzeichnis*; wird die Forderung als grundpfandgesichert zugelassen, ist die förmliche Errichtung des Pfandrechtes durch definitive Grundbucheintragung nicht mehr erforderlich<sup>705</sup>. Die Nichtaufnahme des vorläufig oder definitiv eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechtes in das Lastenverzeichnis, sei es infolge Nichtanmeldung durch den Berechtigten oder wegen eines Fehlers des zuständigen Beamten, hat dessen Untergang gegenüber dem gutgläubigen Ersteigerer des Pfandgrundstückes zur Folge<sup>706</sup>.

2. Ist das Bauhandwerkerpfandrecht weder vorläufig noch definitiv eingetragen, so muß der *realobligatorische Pfandbestellungsanspruch* des Baugläubigers in das Lastenverzeichnis aufgenommen werden. Dieser Pfandbestellungsanspruch wirkt für den Steigerungsteilnehmer wegen seines realobligatorischen Charakters wie eine andere Belastung des Grundstückes, von der er vor der Versteigerung Kenntnis haben muß, um ein vernünftiges Angebot machen zu können. Im Interesse des Ersteigerers ist die Aufnahmepflicht daher geboten<sup>707</sup>.

3. Zum *Barzahlungsprinzip* bzgl. der gesicherten Bauforderungen vgl. Art. 106 VZG und vorn, S. 166.

## C. Würdigung

Die Zwangsvollstreckungsprobleme sind durch gefestigte Lehre und Rechtsprechung in Verbindung mit den Ausführungsvorschriften in der VZG befriedigend gelöst, so daß auf Postulate neuer Lösungen verzichtet werden kann. Eine generelle Besserstellung des Bauhaupt- und Baunebengewerbes im SchKG, wie dies

<sup>704</sup> Art. 135/138 SchKG; Art. 45 I lit. a und Art. 46 VZG; dazu FRITZSCHE, II, S. 144f. N. 217 mit Bezug auf das Bauhandwerkerpfandrecht.

<sup>705</sup> FRITZSCHE, II, S. 144 N. 217; dazu BGE 83 III 138; vgl. ferner JAEGER, Art. 135 N. 2; HOLLIGER, BISchK 1951, S. 148; FEHLMANN, Die Einflüsse des Sachenrechts auf Pfändung und Verwertung, Diss. Zürich 1976, S. 119.

<sup>706</sup> BGE 106 II 190f., 40 III 409ff.; ZR 1968 Nr. 21; JAEGER, Art. 135 N. 2 a. E., Art. 138 N. 13; LEEMANN, Die Bedeutung der Lastenbereinigung bei der Zwangsverwertung von Grundstücken, SJZ 1921, S. 37f.; HOLLIGER, Die Lastenbereinigung in der Spezialexécution, BISchK 1952, S. 14f.; FEHLMANN, zit. N. 705, S. 124f.; HÜSLER, Die Steigerungsbedingungen in der Zwangsversteigerung von Grundstücken, Diss. Bern 1937, S. 16ff., insbes. S. 18.

<sup>707</sup> So BGE 106 II 190ff. In diesem Entscheid wurde die Pflicht zur Aufnahme ins Lastenverzeichnis mit Bezug auf den Pfandrechtsanspruch der Stockwerkeigentümergeinschaft für verfallene Beitragsforderungen festgestellt. Im Interesse des Ersteigerers ist es auch beim Bauhandwerkerpfandrecht geboten, den realobligatorischen Pfandbestellungsanspruch unabhängig von der Fälligkeit der gesicherten Forderung aufzunehmen; der Ersteigerer muß in der Lage sein, sich über drohende Bauhandwerkerpfandrechte ein Bild machen zu können. – Vgl. aber vorn, S. 78.

durch das Postulat Oehler ganz allgemein begehrt wird, ist somit nicht am Platz. Immerhin sei auf das punktuelle Revisionspostulat von RASCHEIN (BISchK 1972, S.44f.) betreffend Art.106 VZG hingewiesen, der zu Recht eine prägnantere Formulierung dieser Vorschrift fordert.

#### **IV. Vorrecht der Baupfandgläubiger (Art.841 ZGB)**<sup>708</sup>

##### **A. Begriff und Wesen des Vorrechtes**

Wegen des Grundsatzes der Alterspriorität<sup>709</sup> besteht für den Baupfandgläubiger die Gefahr, daß vor der Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes rechtsgeschäftliche Grundpfandrechte errichtet werden, welche jenem im Range vorgehen, was zur Folge haben kann, daß der Baugläubiger bei der Pfandverwertung leer ausgeht. Um dieses Risiko zu bannen, hat der Gesetzgeber den Baugläubigern in Art.841 ZGB ein besonderes Anfechtungsrecht eingeräumt: Soweit diese bei der Pfandverwertung zu Verlust kommen, ist der Ausfall aus dem den Wert des Bodens übersteigenden Verwertungsanteil der vorgehenden Pfandgläubiger zu ersetzen, sofern das Grundstück durch ihre Pfandrechte in einer für sie erkennbaren Weise zum Nachteil der Handwerker und Unternehmer belastet worden ist (Art.841 I ZGB). Das Vorrecht stellt somit ein Korrektiv zu dem für das Bauhandwerkerpfandrecht geltenden Grundsatz der Alterspriorität dar<sup>710</sup>.

##### **B. Rechtsnatur des Vorrechtes**

###### *1. Vorrecht als besonderer Anfechtungstatbestand*

Wie das Bundesgericht im Entscheid BGE 96 III 138 zutreffend festgestellt hat, handelt es sich beim Vorrecht gemäß Art.841 ZGB um einen besonderen Anfechtungstatbestand<sup>711</sup>. Es beste-

<sup>708</sup> Einzelheiten zum Vorrecht bei MAILLEFER, HAEFLIGER und LAUTENBACH passim; GÖSCHKE, ZBJV 1929, S.289ff., S.337ff., 1942, S.241ff.; TOMAS, SJZ 1948, S.97f.; PIOTET, ZBGR 1972, S.141ff.; HOFMANN, S.82ff.; SCHNEEBELI, S.135ff.; RASCHEIN, BISchK 1972, S.38ff.; LEEMANN und WIELAND, je Bem. zu Art.841; ROSSEL/MENTHA, III, S.179ff.

<sup>709</sup> Art.840 ZGB; dazu vorn, S.164.

<sup>710</sup> Vgl. LEEMANN, Art.841 N.1-3.

<sup>711</sup> Vgl. auch BGE 86 II 150.

hen zwar in verschiedener Hinsicht Berührungspunkte zur paulianischen Anfechtungsklage nach Art. 285 ff. SchKG<sup>712</sup>. Gegenüber dieser sind indessen auch wesentliche Unterschiede zu verzeichnen<sup>713</sup>.

## *2. Vorrecht als obligatorischer, realobligatorischer oder dinglicher Anfechtungsanspruch bzw. als Zwangsvollstreckungsprivileg*

a) Die Frage, ob der Anfechtungsanspruch gemäß Art. 841 ZGB obligatorischer, realobligatorischer oder dinglicher Art sei, ist umstritten<sup>714</sup>. Das Bundesgericht hat in seiner früheren Rechtsprechung ständig das Vorliegen eines obligatorischen Anspruches angenommen<sup>715</sup>. Im Entscheid BGE 96 III 139 wurde die Frage erstmals offen gelassen. In BGE 100 III 62 wird die Auffassung vertreten, der Anspruch aus Art. 841 ZGB stelle jedenfalls eine Realobligation dar, die das angefochtene Grundpfandrecht zum vornherein belaste.

b) Es ist zutreffend, daß sich der Anfechtungsanspruch grundsätzlich gegen den jeweiligen Grundpfandgläubiger richtet. In dieser Beziehung kann in der Tat von einer *Realobligation* gesprochen werden<sup>716</sup>. Indessen ist aber gleich eine Einschränkung am Platz. Ist der Erwerber eines Schuldbriefes oder einer Gült gutgläubig, indem er von den anfechtbaren Rechtshandlungen seines Rechtsvorgängers keine Kenntnis hat oder haben muß, so unterliegt er der Anfechtungsklage gemäß Art. 841 ZGB nicht (Art. 841 II/III ZGB)<sup>717</sup>. In diesem Falle ist der Anfechtungsanspruch lediglich gegenüber dem ursprünglichen Pfandgläubiger durchsetzbar (Art. 841 II ZGB) und damit ausschließlich obligatorischer Natur.

c) Eine Besonderheit liegt dann vor, wenn bei der Verteilung nach Art. 117 VZG verfahren wird. Kommen dabei Pfandforderungen von Bauhandwerkern oder Unternehmern zu Verlust, so setzt das Betreibungsamt den letztern eine Frist von 10 Tagen an,

<sup>712</sup> BGE 96 III 137f., 39 I 304; WIELAND, Art. 841 N. 2; HAEFLIGER, S. 105f.; HOFMANN, S. 84, 113ff.; HOFFMANN, StenBullStR 1906, S. 1404.

<sup>713</sup> Bzgl. der wichtigsten Unterschiede vgl. HAEFLIGER, S. 106f. und HOFMANN, S. 113ff., insbes. 114f.

<sup>714</sup> Nachweise pro und contra in BGE 96 III 139 sowie bei PIOTET, ZBGR 1972, S. 141ff.; vgl. ferner HAEFLIGER, S. 107ff.; unentschieden REY, Syst. Teil N. 45; s.a. BGE 100 III 61f.

<sup>715</sup> BGE 39 I 302ff., 285.

<sup>716</sup> Gl.M. PIOTET, ZBGR 1972, S. 142f.; LIVER, Einleitung zum DBK N. 165a; vgl. auch BGE 100 III 61f.

<sup>717</sup> Vgl. hinten, S. 172.



um beim Gericht des Betreibungsortes einen allfälligen Anspruch auf Deckung aus dem den vorgehenden Pfandgläubigern zufallenden Verwertungsanteil einzuklagen. Dieser wird bis nach Erledigung des Prozesses durch das Betreibungsamt zurückbehalten. Obsiegen die Bauhandwerker, so erhalten sie einen direkten Anspruch auf Herausgabe des entsprechenden Erlöses. Einzig in diesem Zusammenhang rechtfertigt sich die Fragestellung nach der obligatorischen oder dinglichen Natur des Vorrechtes. Zusammen mit PIOTET<sup>718</sup> bin ich der Auffassung, daß weder das eine noch das andere zutrifft. Vielmehr handelt es sich um ein *Privileg zwangsvollstreckungsrechtlicher Natur*, welches durch das Bundesgericht auf dem Wege der Lückenfüllung in die erwähnte Verordnung aufgenommen wurde<sup>719</sup>. Da das Zwangsvollstreckungsrecht der Verwirklichung des Bundesprivatrechtes dient, stellt Art. 117 VZG eine Konkretisierung der vom Gesetzgeber in Art. 841 ZGB getroffenen Ordnung dar. Mit dem Erlaß dieser Vorschrift hat sich das Bundesgericht somit nicht über das Bundesprivatrecht hinweggesetzt<sup>720</sup>. Wird hingegen die Frist gemäß Art. 117 VZG nicht eingehalten, so entfällt das Zwangsvollstreckungsprivileg; der Anspruch des Baugläubigers gegenüber dem vorgehenden Grundpfandgläubiger ist dann lediglich obligatorischer bzw. realobligatorischer Natur<sup>721</sup>.

### 3. Vorrecht als akzessorisches Nebenrecht

Das Vorrecht gemäß Art. 841 ZGB stellt ein Nebenrecht zur pfandgesicherten Forderung dar<sup>722</sup>. Es kann nur zusammen mit dieser abgetreten werden (Art. 170 OR).

<sup>718</sup> PIOTET, ZBGR 1972, S. 144f.

<sup>719</sup> Vgl. PIOTET, ZBGR 1972, S. 145, 1968, S. 208; a.M. MAILLEFER, S. 46f. N. 1, der diesem Privileg die Zwangsvollstreckungsfestigkeit zu Unrecht abspricht.

<sup>720</sup> Das Recht des Baugläubigers auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Betreffnis des vorgehenden Grundpfandgläubigers ließe sich auch privatrechtlich erklären. So wäre es denkbar, daß man dem Baugläubiger an der Pfandforderung des Vorgangsgläubigers ein Forderungspfandrecht von Rechts wegen zugestehen würde. Ebenso wäre die Annahme einer der Hinterlegung sicherheitshalber analogen Rechtsfigur haltbar. Vgl. hierzu auch HAEFLIGER, S. 111 ff.; PIOTET, ZBGR 1968, S. 209 N. 48, S. 210 N. 50.

<sup>721</sup> PIOTET, ZBGR 1972, S. 145, 1968, S. 208; vgl. auch BGE 67 II 107 ff., insbes. 119, 53 II 467 ff.

<sup>722</sup> Dazu hinten, S. 171 und dort N. 727 mit Belegen.



## C. Legitimation

### 1. Aktivlegitimation

a) Die Legitimation zur Geltendmachung des Anfechtungsrechtes gemäß Art. 841 ZGB steht nur jenen *Handwerkern und Unternehmern zu, welche bei der Pfandverwertung zu Verlust gekommen sind*. Baugläubigern, deren Pfandrechte nicht definitiv eingetragen worden sind, fehlt die Klageberechtigung<sup>723</sup>. Ebenso wenig sind jene Baugläubiger klageberechtigt, die sich durch ein vertragliches Grundpfandrecht sicherstellen ließen<sup>724</sup>. Es spielt keine Rolle, in welcher Zwangsvollstreckungsverfahrensart das Grundstück verwertet worden ist<sup>725</sup>.

b) Wurden *mehrere Baugläubiger* aus dem Pfanderlös nicht befriedigt, so steht jedem einzelnen ein selbständiges Anfechtungsrecht zu; sie bilden somit keine notwendige Streitgenossenschaft<sup>726</sup>. Das Anfechtungsrecht kann ferner vom *Zessionar* der Bauforderung geltend gemacht werden<sup>727</sup>.

### 2. Passivlegitimation

a) Passivlegitimiert ist in erster Linie der *vorgehende ursprüngliche Grundpfandgläubiger, der zum Nachteil der Handwerker und Unternehmer das Grundstück belastet hat*. Die Art des Grundpfandrechtes spielt für die Passivlegitimation in diesem Zusammenhang keine Rolle<sup>728</sup>. Der Anfechtung unterliegt auch das vorgehende vertragliche Pfandrecht eines Baugläubigers<sup>729</sup>.

<sup>723</sup> LEEMANN, Art. 841 N. 7; HAEFLIGER, S. 29f.; HOFMANN, S. 86 und dort N. 1; GÖSCHKE, ZBJV 1929, S. 297.

<sup>724</sup> BGE 53 II 474, 51 II 122; HAEFLIGER, S. 34f.

<sup>725</sup> LEEMANN, Art. 841 N. 8f.; MAILLEFER, S. 12; HOFMANN, S. 88. Bei der Pfändung kommt eine Verwertung wegen des Deckungsprinzips nur dann in Betracht, wenn alle Grundpfandforderungen gedeckt sind (Art. 126 I, 141 SchKG; BGE 96 II 136; SCHUMACHER, Nr. 478).

<sup>726</sup> LEEMANN, Art. 841 N. 10; MAILLEFER, S. 38; HAEFLIGER, S. 90; BGE 67 II 118. – Das kantonale Zivilprozeßrecht kann aber die Bildung einer einfachen Streitgenossenschaft zulassen (MAILLEFER, S. 38).

<sup>727</sup> LEEMANN, Art. 841 N. 10a; PIOTET, ZBGR 1972, S. 143, 1968, S. 208; MAILLEFER, S. 12, 37; BGE 53 II 467 ff.

<sup>728</sup> LEEMANN, Art. 841 N. 14. – Der Ersteigerer des Grundstückes ist nicht passivlegitimiert: BGE 85 III 101 ff.; GIOVANOLI, BlSchK 1970, S. 35.

<sup>729</sup> BGE 53 II 474; HOFMANN, S. 89; HAEFLIGER, S. 34f.

b) *Wechselt die vorgehende anfechtbare Grundpfandforderung ihren Gläubiger*, so gelten mit Bezug auf die Passivlegitimation folgende Regeln:

aa) Im Falle der *Universalsukzession* richtet sich die Klage gegen den Universalsukzessor, und zwar unabhängig davon, ob dieser gutgläubig oder bösgläubig ist.

bb) Bei der *Singularsukzession* ist zu unterscheiden, ob die angefochtene Grundpfandforderung durch Schuldbrief/Gült oder durch eine Grundpfandverschreibung sichergestellt ist.

- Wurde eine anfechtbare *Schuldbrief-* bzw. *Gültforderung* an einen gutgläubigen Dritten veräußert, so kann gegenüber diesem der Anfechtungsanspruch aus Art. 841 ZGB nicht geltend gemacht werden (Art. 841 II ZGB)<sup>730</sup>. Der diesen Grundpfandtiteln als Wertpapieren zukommende öffentliche Glaube geht zum Schutze der Verkehrssicherheit den Interessen der Baugläubiger vor<sup>731</sup>. Der gutgläubige Erwerber solcher Pfandtitel soll sich auf Umfang, Inhalt und Rang verlassen können, wie dies aus dem Titel bzw. aus dem Grundbuch ersichtlich ist (Art. 865, 867, 872 ZGB). In solchen Fällen bleibt aber der bösgläubige Veräußerer des Pfandtitels gegenüber den geschädigten Bauhandwerkern ersatzpflichtig (Art. 841 II ZGB)<sup>732</sup>. Ist der Erwerber dagegen bösgläubig, so ist dieser von Gesetzes wegen passivlegitimiert, während der Veräußerer des Titels von der Ersatzpflicht befreit wird<sup>733</sup>. *Gegenstand des guten Glaubens* bildet im vorliegenden Zusammenhang das Kennen oder Kennensollen der Anfechtbarkeit des Pfandrechts<sup>734</sup>. Die Beurteilung des guten Glaubens erfolgt nach den zu Art. 3 in Verbindung mit Art. 865/866 ZGB entwickelten Regeln<sup>735</sup>.
- Stellt das angefochtene Grundpfandrecht eine *Grundpfandverschreibung* dar, so richtet sich der Anfechtungsanspruch gegen den jeweiligen Gläubiger der gesicherten Forderung; dies

<sup>730</sup> Vgl. BGE 85 III 101 ff., 67 II 106 ff., 43 II 606 ff.; PIOTET, ZBGR 1968, S. 209 f.; TUOR/SCHYDER, S. 657; LIVER, ZBGR 1969, S. 18.

<sup>731</sup> Vgl. HOFMANN, S. 91.

<sup>732</sup> BGE 105 II 11, 85 III 101 ff., 67 II 106 ff., 43 II 606 ff.; LEEMANN, Art. 841 N. 49; LIVER, ZBJV 1981, S. 120; PIOTET, ZBGR 1968, S. 210; HOFMANN, S. 91.

<sup>733</sup> PIOTET, ZBGR 1972, S. 151.

<sup>734</sup> LEEMANN, Art. 841 N. 48.

<sup>735</sup> LEEMANN, Art. 841 N. 48; HAEFLIGER, S. 43 f.; SIMOND, S. 206; BGE 43 II 606 ff. Nach PIOTET (ZBGR 1972, S. 149 f.) bildet Art. 872 ZGB (analog) die entsprechende Grundlage. – HOFMANN (S. 91) verlangt vom Erwerber des Pfandtitels keine Diligenzpflicht; nur die positive Kenntnis der Anfechtbarkeit könne ihm schaden. Diese Auffassung ist indessen abzulehnen.

deshalb, weil die durch Grundpfandverschreibung gesicherte Forderung mit allen Einreden und Einwendungen behaftet nach Zessionsrecht übertragen wird<sup>736</sup>. Auf den guten oder bösen Glauben des Zessionars kommt es somit nicht an.

c) Verpfändet der Grundeigentümer selber einen *Eigentümerschuldbrief*, so steht der Fahrnispfandgläubiger mit Bezug auf die Passivlegitimation einem gewöhnlichen Grundpfandgläubiger gleich (Art. 841 I ZGB)<sup>737</sup>.

d) Die Frage, ob die Klage aus Art. 841 ZGB nur gegen den *Eigentümer* des Grundpfandtitels oder auch gegen allfällige daran berechnigte *Faustpfandgläubiger* zu richten sei, ist umstritten. Das Bundesgericht hat die Frage im Entscheid BGE 100 III 57 ff. ausdrücklich offen gelassen. Immerhin führt es aus, daß beachtliche Gründe für die Auffassung sprechen, wonach sich ein gutgläubiger Erwerber oder Pfandgläubiger an einem Grundpfandtitel infolge des realobligatorischen Charakters des Vorrechtes die Ansprüche der Bauhandwerker entgegenhalten lassen müsse. Diese Argumentation überzeugt aber nicht in jeder Hinsicht. Obwohl es sich beim Vorrecht um einen realobligatorischen Anspruch handelt, legt Art. 841 II ZGB fest, daß der gutgläubige Erwerber eines Pfandtitels der Anfechtungsklage nicht unterliegt<sup>738</sup>. Wendet man nun diese Vorschrift auf den Fall der wertpapiermäßigen Verpfändung eines begebenen Grundpfandtitels analog an, so hat das zur Folge, daß der gutgläubige Faustpfandgläubiger gleich wie der Erwerber eines Pfandtitels geschützt sein muß<sup>739</sup>. Dies rechtfertigt sich um so mehr, als der gutgläubige Pfandrechtserwerb an einem Wertpapier – mutatis mutandis – nach den gleichen Regeln geschützt ist wie jener des Eigentums. Hieraus ergeben sich mit Bezug auf die Passivlegitimation folgende Konsequenzen:

- Ist die Faustpfandforderung höher oder gleich hoch wie die verpfändete Grundpfandforderung und ist der Faustpfandgläubiger gutgläubig, so richtet sich die Anfechtungsklage ausschließlich gegen den Grundpfandgläubiger als Verpfänder (Art. 841 II analog). Bei Bösgläubigkeit des Faustpfandgläubigers ist nur dieser passivlegitimiert.
- Ist die Faustpfandforderung kleiner als die verpfändete Grundpfandforderung, so haftet bei Gutgläubigkeit des Faustpfandgläubigers ebenfalls nur der Grundpfandgläubiger. Bei Bösgläubigkeit des Faustpfandgläubigers sind sowohl dieser als auch der Grundpfandgläubiger nach Maßgabe der ihnen zufallenden Betreffnisse passivlegitimiert<sup>740</sup>.

Die soeben entwickelten Grundsätze gelten aber nur dann, wenn die Verpfändung wertpapiermäßig erfolgt ist (Art. 901 ZGB)<sup>741</sup>. Wird die Grund-

<sup>736</sup> Art. 841 III ZGB; Art. 169/170 OR; LEEMANN, Art. 841 N. 46 f.; PIOTET, ZBGR 1968, S. 210; TUOR/SCHNYDER, S. 657; LIVER, ZBGR 1969, S. 19; HOFMANN, S. 90.

<sup>737</sup> BGE 100 III 60, 43 II 606 ff.; ZR 1918 Nr. 149; SJZ 1932/33, S. 171 f.; LEEMANN, Art. 841 N. 13; PIOTET, ZBGR 1972, S. 152 f.; 1968, S. 208 N. 43; HOFMANN, S. 90; HAEFLIGER, S. 38 f.; MAILLEFER, S. 40 f.; GÖSCHKE, ZBJV 1929, S. 347; SIMOND, S. 208 f. – Zur Verpfändung von Eigentümerschuldbriefen im einzelnen ZOBL, Probleme bei der Verpfändung von Eigentümerschuldbriefen, ZBGR 1978, S. 193 ff.

<sup>738</sup> Dazu vorn, S. 172.

<sup>739</sup> In diesem Sinne auch PIOTET, ZBGR 1972, S. 151 f., 1968, S. 210 N. 49.

<sup>740</sup> Vgl. PIOTET, ZBGR 1972, S. 151 f.

<sup>741</sup> Vgl. ZOBL, ZBGR 1978, S. 203 ff.; OFTINGER/BÄR, Bem. zu Art. 901.

pfandforderung dagegen lediglich wie eine gewöhnliche Forderung verpfändet (Art. 900 ZGB)<sup>742</sup>, so besteht entsprechend den Regeln des Zessionsrechtes kein Gutglaubensschutz. In solchen Fällen ist die Klage im Verhältnis der auf den Grundpfand- und Fahrnispfandgläubiger entfallenden Betreffnisse gegen beide zu richten.

e) Sind *mehrere vorgehende Grundpfandrechte* anfechtbar, so steht es dem Baugläubiger frei, die Klage gegen sämtliche oder nur einzelne Pfandgläubiger zu erheben<sup>743</sup>. Diese haften dem geschädigten Baugläubiger solidarisch<sup>744</sup>. Zweckmäßigerweise wird man die Klage gegen die Gläubiger aller anfechtbaren Pfandrechte richten<sup>745</sup>; dadurch kann das in Art. 117 VZG geschaffene Zwangsvollstreckungsprivileg gegen alle beklagten Vorgangsgläubiger gesichert werden.

f) Der passivlegitimierte Grundpfandgläubiger kann nicht nur sämtliche *Einreden und Einwendungen* gegen das *Vorrecht* als solches, sondern auch gegen die *pfandgesicherte Forderung* sowie das *Pfandrecht des Baugläubigers* geltend machen. So ist es ihm u.a. gestattet, einzuwenden, das Bauhandwerkerpfandrecht sei verspätet eingetragen worden. Alle diese Einrede- und Einwendungsmöglichkeiten sind auch dann zulässig, wenn Forderung und Pfandrecht des Baugläubigers durch rechtskräftiges Urteil bereits festgestellt sind; dies deshalb, weil sich die Rechtskraft nicht auf den Grundpfandgläubiger erstreckt, der am betreffenden Verfahren keine Parteistellung gehabt hat<sup>746</sup>.

g) Ist der Veräußerer eines Grundpfandtitels insolvent und kann der Erwerber wegen seines guten Glaubens nicht belangt werden, so droht dem Bauhandwerker die Gefahr, einen Verlust zu erleiden. Um sich gegen einen solchen zu schützen, hat der Gesetzgeber dem Bauhandwerker in *Art. 841 III ZGB* und *Art. 81 GBV* eine *Schutzmöglichkeit* eingeräumt. Sobald der *Beginn des Werkes auf Anzeige eines Bauhandwerkers im Grundbuch angemerkt* ist, dürfen bis zum Ablauf der Eintragsfrist Pfandrechte nur noch als Grundpfandverschreibungen, aber

<sup>742</sup> Dazu OFTINGER/BÄR, Art. 901 N. 100 ff.; ZOBL, ZBGR 1978, S. 209.

<sup>743</sup> MAILLEFER, S. 45 ff., 72.

<sup>744</sup> MAILLEFER, S. 45 ff., 72. Zur Frage der Subrogation vgl. BGE 43 II 608; MAILLEFER, S. 72 f.

<sup>745</sup> Vgl. BGE 62 II 91 ff.; HOFMANN, S. 110 f.; MAILLEFER, S. 46 f.

<sup>746</sup> BGE 96 III 131 f., 83 III 138 ff., 67 II 111 ff., 53 II 472 ff.; SCHUMACHER, Nr. 514; HAEFLIGER, S. 30 ff.; MAILLEFER, S. 62 f.; HOFMANN, S. 87 f.; a.M. GÖSCHKE, ZBJV 1929, S. 337 ff., der eine Bestreitung des Bauhandwerkerpfandrechtes durch die vorgehenden Grundpfandgläubiger nur im Rahmen eines Kollokationsprozesses (Art. 250, 148, 157 SchKG) zulassen will.

nicht mehr als Schuldbriefe oder Gülden, eingetragen werden<sup>747</sup>. Berechtigt zur Anmeldung der Anmerkung ist jeder Bauhandwerker und Unternehmer, welcher die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes verlangen kann. Die Anmerkung hat die *Funktion einer Kanzleisperre*<sup>748</sup>. Wird trotzdem ein Schuldbrief oder eine Gült errichtet, so besteht er für den gutgläubigen Erwerber dennoch zu Recht; für den Schaden ist der Kanton gemäß Art. 955 ZGB haftbar<sup>749</sup>.

## D. Spezielle Voraussetzungen

### 1. Objektive Voraussetzung: Belastung des Pfandgrundstückes zum Nachteil der Handwerker und Unternehmer

#### a) Ausgangspunkt

Das Pfandgrundstück ist in objektiver Hinsicht dann zum Nachteil der Handwerker und Unternehmer belastet, wenn die Grundpfandrechte der Vorgangsgläubiger *den reinen Bodenwert übersteigen* und die Bauhandwerker deshalb bei der Pfandverwertung zu *Verlust* gelangen<sup>750</sup>. Das Grundpfandrecht der vorgehenden Gläubiger ergreift infolge des Akzessionsprinzips auch den durch die Bauhandwerker geschaffenen *Mehrwert*. Dieser soll aber nach der ratio legis des Baugläubigerschutzes den Baugläubigern vorbehalten sein.

#### b) Verlust des Baupfandgläubigers<sup>751</sup>

#### c) Pfandbelastung

Anfechtbar sind nur rechtsgeschäftliche *Grundpfandrechte*, nicht aber andere beschränkte dingliche Rechte, wie Dienstbarkeiten und Grundlasten, oder Vormerkungen<sup>752</sup>. Das angefoch-

<sup>747</sup> Zum ganzen vgl. LEEMANN, Art. 841 N. 50ff.; HOFMANN, S. 91 f.; LIVER, ZBGR 1969, S. 18 f.; GIOVANOLI, BLSchK 1970, S. 37; ZR 1980 Nr. 12 S. 22.

<sup>748</sup> Art. 81 GBV; LEEMANN, Art. 841 N. 52; RIEMER, ZBGR 1976, S. 67 (dort weitere Literatur zur Kanzleisperre, S. 81).

<sup>749</sup> LEEMANN, Art. 841 N. 54.

<sup>750</sup> LEEMANN, Art. 841 N. 16; TUOR/SCHNYDER, S. 654.

<sup>751</sup> Dazu vorn, S. 168, 171.

<sup>752</sup> LEEMANN, Art. 841 N. 19; a.M. PIOTET, ZBGR 1968, S. 211 f., 215, der die in Art. 841 ZGB enthaltene Ordnung als lückenhaft betrachtet und durch die Zulassung der Anfechtungsmöglichkeit von Dienstbarkeiten, Grundlasten und



tene Pfandrecht muß dem Bauhandwerkerpfandrecht vorgehen, kann aber auch einen Rang zwischen verschiedenen Bauhandwerkerpfandrechten einnehmen<sup>753</sup>.

d) Pfandbelastung zum Nachteil der Baupfandgläubiger

Eine Benachteiligung der Baugläubiger liegt dann vor, wenn die vertraglichen Grundpfandforderungen den Wert des Baugrundstückes bei Baubeginn übersteigen und damit auch den von den Bauhandwerkern geschaffenen Mehrwert erfassen. Dies unter der Bedingung, daß der Gegenwert dieser Mehrbelastung den Baugläubigern nicht zugute gekommen ist. Für die Berechnung des Mehrwertes sind folgende Grundsätze zu beachten<sup>754</sup>:

- War das Grundstück bei Werkbeginn unüberbaut, so ist auf den reinen Bodenwert im Zeitpunkt der Grundpfandverwertung nebst des darauf entfallenden Zins- und Kostenbetrages abzustellen<sup>755</sup>. Ein Zuwachs des reinen Bodenwertes bzw. ein Wertverlust gehen zugunsten bzw. zulasten des Grundpfandgläubigers<sup>756</sup>. Die Differenz zwischen dem so errechneten Bodenwert und dem effektiven Verwertungserlös stellt den maßgebenden Mehrwert dar<sup>757</sup>.
- War das Grundstück im Zeitpunkt des Baubeginns bereits überbaut, so ist vom Wert der überbauten Liegenschaft (= Altbau) im Zeitpunkt der Pfandverwertung auszugehen. Der Mehrwert entspricht dann der Differenz zwischen dem so errechneten Wert und dem tatsächlichen Verwertungserlös<sup>758</sup>.

e) Benachteiligungshandlungen im einzelnen

aa) Weiter muß feststehen, daß der den Bodenwert übersteigende Belastungsbetrag *nicht zugunsten von pfandrechtsberechtigten Baugläubigern verwendet* worden ist<sup>759</sup>. Dies trifft generell dann zu, wenn das entsprechende Darlehen nicht der Bezahlung von Bauforderungen diente. Im Entscheid BGE 53 II 481 wurde eine zweckwidrige Verwendung für den Fall angenommen, daß aus der Darlehensvaluta Geschäftsschulden bezahlt wurden.

Vormerkungen ergänzen will (Art. 1 II ZGB). Eine derartig extensive Gesetzesauslegung ist aber mit der *lex lata* nicht vereinbar. – Betreffend Anfechtbarkeit von Grundlasten vgl. MAILLEFER, S. 39f. (befürwortend). Vgl. hiezu auch hinten, S. 183; BR 1980, S. 48.

<sup>753</sup> SCHUMACHER, Nr. 513.

<sup>754</sup> Vgl. hiezu MAILLEFER, S. 13 ff.; HAEFLIGER, S. 89 ff.; BGE 86 II 145 ff., 82 II 18, 76 II 143, 67 II 116, 53 II 479.

<sup>755</sup> BGE 86 II 148, 152f.

<sup>756</sup> BGE 86 II 152; LEEMANN, Art. 841 N. 16, 36; TUOR/SCHNYDER, S. 656; SCHUMACHER, Nrn. 489 f.; HOFMANN, S. 93.

<sup>757</sup> BGE 86 II 148 ff.

<sup>758</sup> BGE 82 II 15 ff.; LEEMANN, Art. 841 N. 16 ff.; TUOR/SCHNYDER, S. 656; SCHUMACHER, Nr. 487; HOFMANN, S. 93; LEHNER, SJZ 1961, S. 136.

<sup>759</sup> BGE 86 II 150, 51 II 122 ff.; ZBJV 1944, S. 462; DREHER, S. 20.



bb) Wurde der Gegenwert der Pfandbelastung zur *Bezahlung von Baugläubigern* verwendet, welchen *kein Bauhandwerkerpfandrecht* zusteht (z.B. Architekten, Ingenieure, Materiallieferanten), stellt sich die Frage, ob auch in solchen Fällen Anfechtbarkeit gegeben sei<sup>760</sup>. Nach dem Entscheid BGE 53 II 481f. sind Zahlungen an reine Holzlieferanten anfechtbar. Anders nach dem in BGE 86 II 153f. publizierten Urteil: Darnach darf der durch die bloßen Materiallieferanten geschaffene Mehrwert durch die pfandrechtsberechtigten Handwerker nicht beansprucht werden. Diese Auffassung wurde bereits in einem nicht veröffentlichten Urteil vom 12. Dezember 1935 vertreten<sup>761</sup>; ihr ist uneingeschränkt zuzustimmen<sup>762</sup>. Es wäre stoßend, wenn sich eine baukreditgewährende Bank, welche Honorare von Architekten und Ingenieuren sowie Rechnungen von bloßen Materiallieferanten bezahlt, der Anfechtbarkeit nach Art. 841 ZGB aussetzen würde. Dies vor allem deshalb, weil ohne die entsprechenden Arbeiten bzw. Materiallieferungen der im Zeitpunkt der Verwertung vorhandene Grundstückswert gar nicht hätte geschaffen werden können. Auch fehlt es an jedem inneren Rechtfertigungsgrund, den pfandrechtsgeschützten Handwerkern und Unternehmern auch noch einen Anspruch auf solche Mehrwertsquoten zu gewähren, die nicht von ihnen geschaffen wurden. Mit dem Versionsgedanken ließe sich eine solche Ansicht jedenfalls nicht vereinbaren.

cc) Anfechtbarkeit wird nach der Praxis auch dann angenommen, wenn bei der Anweisung von Zahlungen aus einem pfandgesicherten Kredit *einzelne Bauhandwerker vor anderen bevorzugt* werden, indem die Auszahlung an die einzelnen Bauhandwerker ungleichmäßig erfolgt<sup>763</sup>. Dies hängt damit zusammen, daß der durch die Leistungen der Bauhandwerker geschaffene

<sup>760</sup> Zum ganzen vgl. SCHUMACHER, Nrn. 492ff.; HAEFLIGER, S. 87f.; GÖSCHKE, ZBJV 1929, S. 307ff., 1942, S. 241ff.; SCHNEEBELI, S. 182ff.; RAMSEYER, S. 89ff.; WIELAND, Art. 841 N. 3b/bb.

<sup>761</sup> Vgl. Hinweis in BGE 86 II 154; s. auch BGE 67 II 106ff.; HAEFLIGER, S. 90ff., 94.

<sup>762</sup> Gl.M. HAEFLIGER, S. 87f.; LEHNER, SJZ 1961, S. 135f.; TUOR/SCHNYDER, S. 657: Demzufolge wären auch vertragliche Grundpfandrechte von bloßen Materiallieferanten, Architekten und Bauingenieuren für auf dem Baugrundstück erbrachte Leistungen nicht anfechtbar. A.M. GÖSCHKE, ZBJV 1929, S. 307f., 1942, S. 241ff.; ZR 1939 Nr. 139.

<sup>763</sup> BGE 67 II 111ff., 53 II 467ff., 51 II 132ff., 43 II 612; SCHUMACHER, Nr. 497; HAEFLIGER, S. 85ff.; HOFMANN, S. 98f.; DREHER, S. 20; RASCHEIN, BISchK 1972, S. 39; a.M. GÖSCHKE, ZBJV 1929, S. 307.

Mehrwert diesen als gemeinsames Pfand anteilmäßig haften soll<sup>764</sup>.

f) Kausalzusammenhang zwischen dem Verlust des Bauhandwerkers und den Benachteiligungshandlungen durch die Vorgangsgläubiger

Zwischen dem Pfandausfall des Baugläubigers und der Benachteiligung durch die Vorgangsgläubiger muß ein Kausalzusammenhang bestehen<sup>765</sup>. An einem solchen fehlt es in dem Umfange, als die Vorgangsgläubiger bei der Pfandverwertung selber einen Pfandausfall erfahren.

## *2. Subjektive Voraussetzung: Erkennbarkeit*

Der objektive Tatbestand muß in subjektiver Beziehung in einer für die vorgehenden Pfandgläubiger erkennbaren Weise herbeigeführt worden sein<sup>766</sup>. Erkennbarkeit bedeutet dabei Kennen oder schuldhaftes Nichtkennen des Benachteiligungstatbestandes. Maßgebend sind die im Zusammenhang mit Art. 3 II ZGB sowie Art. 288/289 SchKG entwickelten Regeln<sup>767</sup>. Im wesentlichen kommt es somit darauf an, ob der vorgehende Grundpfandgläubiger die Benachteiligung der Baupfandgläubiger nach der ihm nach den Umständen zumutbaren Aufmerksamkeit erkannte oder hätte erkennen können<sup>768</sup>. Bei professionellen Grundpfandgläubigern hat man im allgemeinen einen höheren Grad an die Sorgfaltspflicht zu stellen als bei nichtprofessionellen. Nach der Bundesgerichtspraxis wird allgemein ein hoher Grad von Aufmerksamkeit vorausgesetzt<sup>769</sup>.

Entsprechend dem objektiven Tatbestand muß sich der subjektive auf zwei Elemente beziehen: Einerseits auf die Bewer-

<sup>764</sup> BGE 96 III 138; LEEMANN, Art. 841 N. 23; SCHUMACHER, Nr. 497.

<sup>765</sup> BGE 86 II 150; TUOR/SCHNYDER, S. 654; SCHUMACHER, Nr. 484; RASCHEIN, BISchK 1972, S. 39.

<sup>766</sup> BGE 86 II 150; HAEFLIGER, S. 59 ff.; MAILLEFER, S. 47 ff., 60 f.; TUOR/SCHNYDER, S. 654.

<sup>767</sup> LEEMANN, Art. 841 N. 21; WIELAND, Art. 841 N. 3; SCHNEEBELI, S. 151; BLUMENSTEIN, S. 889; HAEFLIGER, S. 62; HOFMANN, S. 95; BISE, S. 64 ff.; SIMOND, S. 212; BGE 86 II 150, 30 II 164.

<sup>768</sup> LEEMANN, Art. 841 N. 21; s.a. ZR 1937 Nr. 170.

<sup>769</sup> BGE 100 II 314, 86 II 150, 82 II 20, 80 II 22, 76 II 140; TUOR/SCHNYDER, S. 654; SCHUMACHER, Nr. 499; RASCHEIN, BISchK 1972, S. 39.

tung des Grundstückes im Zeitpunkt der Belastung und andererseits auf die Verwendung der Zahlungen<sup>770</sup>.

## E. Geltendmachung des Vorrechts

### 1. Gemäß Art. 117 VZG

a) Erfolgt die Verwertung des Grundstückes im Rahmen der Zwangsvollstreckung, so sind die besonderen in Art. 117 VZG enthaltenen Verfahrensvorschriften zu beachten. Kommen bei der Verteilung Pfandforderungen von Bauhandwerkern oder Unternehmern zu Verlust, so setzt das Betreibungs- bzw. Konkursamt den letztern eine Frist von 10 Tagen an, um allfällige Ansprüche aus Art. 841 I ZGB gerichtlich geltend zu machen (Art. 117 I VZG). Die Klage ist dabei am Orte anzubringen, wo das Baugrundstück oder, wenn mehrere Grundstücke zusammen überbaut und verwertet wurden, der wertvollste Teil der Grundstücke liegt<sup>771</sup>. Bei Einhaltung der angesetzten Frist wird die Verteilung hinsichtlich des streitigen Anteiles bis zur Erledigung des Prozesses aufgeschoben (Art. 117 II VZG); wird die Klage gutgeheißen, hat das Betreibungs- bzw. Konkursamt den Baupfandgläubigern die ihnen nach dem Urteil zukommenden Befehrisse aus dem Verwertungsanteil des vorgehenden Pfandgläubigers zuzuweisen (Art. 117 II VZG) oder den obsiegenden Baupfandgläubiger bis zur Höhe des ihm zuerkannten Anspruches in das vorgehende – dem Ersteigerer überbundene – Pfandrecht einzuweisen (Art. 117 III VZG)<sup>772</sup>.

b) Wie bereits vorn ausgeführt, steht dem Baupfandgläubiger am Erlös des vorgehenden Grundpfandgläubigers ein *Zwangsvollstreckungsprivileg* zu<sup>773</sup>.

c) Wurde das Pfandrecht des vorgehenden Pfandgläubigers dem Ersteigerer überbunden, so wird der obsiegende Baupfand-

<sup>770</sup> Einzelheiten bei SCHUMACHER, Nrn. 498 ff.; HOFMANN, S. 95 ff.; BGE 100 II 316.

<sup>771</sup> Eingehend hiezu BGE 96 III 126 ff., 105 II 11; ferner STRÄULI/MESSMER, § 40 ZPO N. 3 mit weiteren Belegen. Der Gerichtsstand am Ort der gelegenen Sache gilt unabhängig davon, ob das Grundstück im Rahmen einer Pfandverwertungsabteilung, eines Konkurses oder Nachlaßvertrages verwertet wird. Er ist ferner auch dann maßgebend, wenn die Klage erst nach Ablauf der Frist gemäß Art. 117 VZG anhängig gemacht wird. – Vgl. auch RASCHEIN, BLSchK 1972, S. 45; ZBGR 1953, S. 182 (Zeitpunkt der Fristansetzung).

<sup>772</sup> HOFMANN, S. 111 f.; BLSchK 1976, S. 25; ZR 1937 Nr. 170.

<sup>773</sup> Vorn, S. 170.

gläubiger bis zur Höhe seines Anspruchs in jenes *eingewiesen*; dazu hat das Betreibungsamt die notwendigen Eintragungen im Grundbuch und in den Pfandtiteln von Amtes wegen zu veranlassen (Art. 117 III VZG). Was bedeutet nun Einweisung in das vorgehende Grundpfandrecht? Eine Rechtsprechung zu dieser Frage konnte nicht festgestellt werden. Man hat daher von der Überlegung auszugehen, daß der obsiegende Baupfandgläubiger so gestellt sein muß, daß er bei einer späteren Verwertung des Grundpfandes im Vorrang zum angefochtenen Grundpfandrecht befriedigt wird. Das hat zur Konsequenz, daß die Einweisung eine *Aufspaltung des angefochtenen Grundpfandrechtes in zwei Ränge* (z.B. Ia und Ib) bewirkt, wobei dem Baugläubiger der Vorrang (Ia) zukommt<sup>774</sup>. Grundbuchtechnisch ist dabei so zu verfahren, daß die Pfandsumme des angefochtenen Grundpfandrechtes entsprechend reduziert wird<sup>775</sup>; für den Baupfandgläubiger ist im Umfange des eingewiesenen Betrages – mit dem Rang Ia – eine Grundpfandverschreibung einzutragen. Da die Forderung des Baugläubigers fällig ist, kann dieser sofort Betreibung auf Grundpfandverwertung einleiten. Der Grundpfandgläubiger, der durch die Reduktion der Pfandsumme in seinen Rechten beschnitten wird, kann sich am ursprünglichen Schuldner der Pfandforderung schadlos halten<sup>776</sup>. Auch beim Einweisungsanspruch handelt es sich um ein *Zwangsvollstreckungsprivileg*. Aus diesem Grunde kann die Einweisung auch gegenüber einem Grundpfandgläubiger durchgesetzt werden, der sich in Konkurs befindet<sup>777</sup>.

d) Zur Frage, ob wegen *Einreichung der Klage beim unzuständigen Gericht* eine Nachfrist im Sinne von Art. 139 OR gewährt werden kann, vgl. BGE 96 III 141, 96 III 95 Erw 2.

<sup>774</sup> Gl.M. HAEFLIGER, S. 102; E. AMSTAD, Gleichrangige Grundpfandrechte, Diss. Fribourg 1949, S. 116; unklar SCHNEEBELI, S. 160.

<sup>775</sup> Auch die Pfandforderung erlischt in diesem Umfange; andernfalls hätte die Einweisung eine Mehrbelastung für den neuen Grundeigentümer zur Folge, was nicht dem Sinn und Zweck des Gesetzes entsprechen kann.

<sup>776</sup> Vgl. zur Einweisung auch LEEMANN, Art. 841 N. 40 ff.; HAEFLIGER, S. 101 ff. und HOFMANN, S. 112, die nicht eine Aufspaltung des Pfandrechtes, sondern eine Mitpfandgläubigerschaft annehmen. Eine derartige Konstruktion ist aber unpraktisch und den Verhältnissen nicht angemessen.

<sup>777</sup> HOFMANN, S. 117. Dieses Ergebnis ließe sich übrigens auch als Folgerung aus dem realobligatorischen Charakter des Anfechtungsanspruches ableiten.

## 2. Bei Versäumung der Klagefrist gemäß Art. 117 VZG

Die Versäumung der Klagefrist gemäß Art. 117 I VZG hat nicht zur Folge, daß die Handwerker und Unternehmer ihre materiell-rechtlichen Ansprüche aus Art. 841 ZGB verlieren; sie büßen lediglich das Recht ein, im Falle ihres Obsiegens für den ihnen nach dem Urteil zukommenden Betrag unmittelbar aus dem Verwertungsanteil der im Prozeß unterlegenen vorgehenden Pfandgläubiger befriedigt zu werden<sup>778</sup>.

Wird das angefochtene Grundpfandrecht dem Ersteigerer überbunden, so kann der Baupfandgläubiger auch bei Versäumung der erwähnten Klagefrist Einweisung in das Pfandrecht verlangen (Art. 117 III VZG analog)<sup>779</sup>, da der Einweisungsanspruch realobligatorischer Natur ist.

Wird die Klage erst nach Ablauf der Frist gemäß Art. 117 I VZG eingeleitet, so ist gleichwohl der *Gerichtsstand am Ort der gelegenen Sache* maßgebend<sup>780</sup>.

## F. Umfang der Haftung des Vorgangsgläubigers

### 1. Berechnung des anfechtbaren Betrages

Zur Berechnung des maximal anfechtbaren Betrages sind die unter lit. E entwickelten Regeln maßgebend. Ein instruktives Beispiel findet sich in BGE 86 II 148; darauf sei verwiesen.

### 2. Berechnung des Anteiles, welchen die einzelnen Bauhandwerker beanspruchen können

Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichtes kann der klagende Handwerker oder Unternehmer den nach Ziff. 1 errechneten Betrag nur *im Verhältnis seiner Beteiligung an den*

<sup>778</sup> BGE 96 III 131, 83 III 145 Erw 4, 53 II 471; LEEMANN, Art. 841 N. 35; SCHUMACHER, Nr. 517; HOFMANN, S. 112; RASCHEIN, BLSchK 1972, S. 45.

<sup>779</sup> HOFMANN, S. 112; HAEFLIGER, S. 102f.

<sup>780</sup> BGE 96 III 126ff.; SJZ 1958, S. 217; SCHUMACHER, Nr. 518; HOFMANN, S. 111. – Dieser Gerichtsstand gilt auch gegenüber dem vorgehenden Pfandgläubiger, der den Titel veräußert hat: BGE 105 II 11; LIVER, ZBJV 1981, S. 120f.



gesamten *Baukosten* beanspruchen<sup>781</sup>. Dabei dürfen die Rechnungen der nichtpfandgesicherten Baugläubiger (Lieferanten usw.) ebenfalls in die Totalbausumme einbezogen werden<sup>782</sup>. Die Festlegung eines entsprechenden Verteilungsschlüssels setzt somit voraus, daß vorerst die gesamten Baukosten festgestellt werden<sup>783</sup>. Gestützt auf eine solche Zusammenstellung kann dann der prozentuale Anteil des einzelnen Bauhandwerkers ermittelt werden. Nur in diesem Rahmen kann dieser von der in Ziff. 1 ermittelten anfechtbaren Gesamtsumme Ersatz beanspruchen.

Die für die Berechnung der Ersatzforderungen notwendigen Vorkehren mögen aus praktischer Sicht wohl etwas kompliziert anmuten. Indessen hat man zu bedenken, daß die Geltendmachung des Vorrechtes gemäß Art. 841 ZGB einen Eingriff in ein fremdes Recht bewirkt, was restriktiv zu handhaben ist. Auch wäre nicht einzusehen, weshalb der einzelne Bauhandwerker mehr beanspruchen sollen darf, als es dem von ihm selber geschaffenen Mehrwert entspricht. Die vom Bundesgericht entwickelte Berechnungsart erweist sich daher als ausgewogen und entspricht voll und ganz der ratio legis.

## G. Verjährung des Anspruches aus Art. 841 ZGB

Die Ansprüche aus Art. 841 ZGB sind nach überwiegender Auffassung deliktischer Art, wobei Art. 841 ZGB einen Spezialtatbestand zur allgemeinen Haftpflichtnorm von Art. 41 OR darstellt. Mangels besonderer Vorschriften ist daher für die Verjährung Art. 60 OR maßgebend. Die Verjährungsfrist beträgt demnach ein Jahr<sup>784</sup>. Für den Beginn des Fristenlaufes ist der Tag entscheidend, an welchem die Verteilungsliste mit Bezug auf die beteiligten Pfandrechte in Rechtskraft tritt<sup>785</sup>.

<sup>781</sup> BGE 86 II 153f., 76 II 142f., 67 II 116, 65 II 1, 53 II 479, 47 II 143, 43 II 611f.; HAEFLIGER, S. 89ff.; MAILLEFER, S. 19ff.; TOMAS, SJZ 1948, S. 97.

<sup>782</sup> BGE 86 II 153f.; nicht publ. BGE vom 12. Dezember 1935; vorn, S. 177.

<sup>783</sup> SCHUMACHER, Nr. 526.

<sup>784</sup> PIOTET, ZBGR 1972, S. 145ff., 154; HAEFLIGER, S. 115; SIMOND, S. 229; SCHUMACHER, Nr. 517; a.M. MAILLEFER, S. 66, der unter Berufung auf BGE 83 III 145 und 53 II 471 eine Verjährungsfrist von zehn Jahren befürwortet. Aus den von ihm zit. Entscheiden kann dieser Schluß allerdings nicht gezogen werden.

<sup>785</sup> Ähnlich MAILLEFER, S. 66; vgl. auch PIOTET, ZBGR 1972, S. 147 und SCHUMACHER, Nr. 517.



## H. Verzicht auf das Vorrecht

Ein Verzicht auf das Vorrecht ist nach herrschender Lehre und Rechtsprechung nur in den Schranken von Art. 837 II ZGB zulässig<sup>786</sup>.

## J. Würdigung

Überblickt man die Rechtsprechung, so stellt man fest, daß relativ wenige Urteile sich mit dem Vorrecht des Baupfandgläubigers gemäß Art. 841 ZGB zu befassen gehabt haben. Daraus ist zu schließen, daß dieser Bestimmung eine besondere *prophylaktische Bedeutung* zukommt. Es wurde bereits in anderem Zusammenhang dargelegt, daß sich die baukreditgebenden Banken befleißigen, den Baukredit unter Wahrung besonderer Vorsichtsmaßnahmen auszubezahlen, um sich nicht der Anfechtbarkeit gemäß Art. 841 ZGB auszusetzen<sup>787</sup>.

Unbefriedigend an der heutigen Lösung ist die Tatsache, daß aufgrund von Art. 841 ZGB nur Grundpfandrechte, nicht aber andere Belastungen des Grundstückes zum Nachteil der Bauhandwerker angefochten werden können<sup>788</sup>. Vor allem dienstbarkeitsrechtliche Belastungen des Baugrundstückes können sich im Ergebnis gleich oder ähnlich wie eine Grundpfandbelastung auswirken. Aus diesem Grunde wäre es geboten, den *Kreis der anfechtbaren Rechte auch auf Dienstbarkeiten, Grundlasten und Vormerkungen auszudehnen*.

Die *Rechtsnatur des Vorrechtes* mit Bezug auf den dem vorgehenden Grundpfandgläubiger zuzuteilenden Verwertungserlös ist zwar durch die in Art. 117 VZG getroffene Lösung befriedigend gelöst; dennoch wäre es aus Gründen der Rechtssicherheit geboten, wenn sich der Bundesgesetzgeber darüber klar und deutlich aussprechen würde. Dem klagenden Bauhandwerker wäre entweder ein gesetzliches Pfandrecht oder – wie vorn dargelegt – ein Zwangsvollstreckungsprivileg zuzugestehen<sup>789</sup>.

Der Rechtssicherheit wäre es sodann auch dienlich, wenn der Gesetzgeber für die Ansprüche aus Art. 841 ZGB die *Verjährungsfrist* ausdrücklich regeln würde.

<sup>786</sup> BGE 53 II 471 Erw 8; LEEMANN, Art. 841 N. 56; HAEFLIGER, S. 115f.; Hofmann, S. 118; SIMOND, S. 196.

<sup>787</sup> Dazu vorn, S. 103f.

<sup>788</sup> Dazu vorn, S. 175.

<sup>789</sup> Dazu vorn, S. 169f.

Im übrigen erscheint die geltende Ordnung als sinnvoll und den Verhältnissen angemessen. Obwohl das Verfahren eher zur Kompliziertheit neigt, ist daran festzuhalten. Eine einfachere Lösung wäre kaum denkbar.

# Ergebnisse

## I.

Am *privatrechtlichen Baugläubigerschutz* auf der Basis des Bauhandwerkerpfandrechtes ist auch künftighin *festzuhalten*. Die Einführung eines verwaltungs- oder strafrechtlichen Baugläubigerschutzes erübrigt sich für die schweizerischen Verhältnisse. Dagegen drängt sich mit Bezug auf einzelne Normen eine *punktueller Revision* auf, die zwar *notwendig*, aber *nicht besonders dringlich* ist.

## II.

Im Unterschied zur bisherigen Lösung wäre das *Bauhandwerkerpfandrecht am Baugrundstück* künftighin *nur noch den unmittelbaren Baugläubigern* zu gewähren, während den *Subunternehmern* aller Grade ein *gesetzliches Forderungspfandrecht an der Forderung ihres Vormannes* gegenüber dessen Auftraggeber einzuräumen wäre. Damit würde im schweizerischen Recht ein ähnlicher Schritt vollzogen, wie er in den USA schon vor vielen Jahrzehnten getan worden ist. Mit dieser Lösung könnten zwei *Hauptmängel* der *lex lata* behoben werden: Einerseits würde der Grundeigentümer vor der *Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme* für die gleiche Bauleistung befreit und andererseits käme den Subunternehmern auch bei *öffentlichen Bauten* Pfandrechtschutz zu. Kann sich der Gesetzgeber zu obigem Konzept nicht durchringen, wären zur Sanierung der erwähnten Mängel andere Ersatzlösungen ins Auge zu fassen.

## III.

An der Rechtsnatur des Bauhandwerkerpfandrechtes als *mittelbares gesetzliches Pfandrecht* sowie am *realobligatorischen Charakter* des Pfandbestellungsanspruches ist auch *de lege ferenda festzuhalten*. Nur dadurch läßt sich der Baugläubigerschutz sinnvoll verwirklichen.

## IV.

Auch bei einer Gesetzesrevision sollte das Bauhandwerkerpfandrecht nur den *selbständigen Bauhandwerkern und Unternehmern* vorbehalten bleiben.

Dagegen würde es der Billigkeit entsprechen, wenn es künftighin auch für *planerische und bauleitende Tätigkeiten* gewährt würde, sofern die entsprechende Baute auch tatsächlich ausge-

führt wird. Im übrigen soll auch weiterhin die Art der Bauleistung als Kriterium für die Bestimmung des Baugläubigers maßgebend bleiben.

#### V.

Mit Bezug auf den *Rechtsgrund* der geschützten Bauforderung sollte klargestellt werden, daß nur *vertragliche Forderungen* in den Genuß des Bauhandwerkerpfandrechts kommen. Die *Vertragsart* sollte dabei aber keine Rolle spielen, da eben das Anknüpfungskriterium nicht die Vertragsart, sondern die Eigenart der Bauleistung bildet.

#### VI.

Mit Bezug auf das *Pfandobjekt* sollte der Gesetzgeber die Frage lösen, wie jene Fälle zu handhaben sind, wo Eigentum und Nutzung am Bauwerk nicht der gleichen Person zustehen. Ferner sollte mit Bezug auf das Miteigentum ausdrücklich bestimmt werden, daß nicht die Sache als solche, sondern lediglich die einzelnen Miteigentumsanteile mit dem Bauhandwerkerpfandrecht anteilmäßig belastet werden können.

#### VII.

Auf das Bauhandwerkerpfandrecht sollte auch *de lege ferenda nicht zum voraus verzichtet* werden können. Art. 837 II ZGB ist somit auch künftighin beizubehalten.

#### VIII.

Mit Bezug auf das *Eintragungsverfahren* ergeben sich *de lege ferenda* lediglich Anregungen zu Änderungen formeller Art. Insbesondere ist von einer Verlängerung der *Eintragsfrist* (Art. 839 I/II ZGB) abzusehen.

#### IX.

Das *Rangproblem* unter den Baupfandgläubigern (Art. 840 ZGB) sowie im Verhältnis zu rechtsgeschäftlichen Grundpfandgläubigern ist befriedigend gelöst, so daß sich in dieser Beziehung keine neuen Postulate aufdrängen.

#### X.

Auch mit Bezug auf die *zwangsvollstreckungsrechtliche Geltendmachung* des Bauhandwerkerpfandrechts ergeben sich aus privatrechtlichen Perspektiven keine Änderungsvorschläge; solche müßten allenfalls im Rahmen der Revision des SchKG näher geprüft werden.

## **XI.**

Auch das *Vorrecht gemäß Art. 841 ZGB* hat sich bewährt; dank seiner präventiven Wirkung muß von ihm in der Praxis nur selten Gebrauch gemacht werden. Eine Änderung drängt sich daher nicht auf.

