



Das Bauhandwerkerpfandrecht – Gefahren, die Sie kennen sollten

Handwerkern und Unternehmern steht von Gesetzes wegen das Bauhandwerkerpfandrecht zur Verfügung, um ihre Forderungen abzusichern. Am 1. Januar 2012 wurden die gesetzlichen Grundlagen zum Bauhandwerkerpfandrecht revidiert. Vieles blieb beim Alten, in anderen Punkten führte die Revision zu einer massiven Verbesserung für Unternehmer und Subunternehmer. Der vorliegende Artikel soll einerseits eine Übersicht über die aktuelle Gesetzeslage geben, andererseits als Leitfaden zur Chancen- und Risikoabwägung dienen.

■ **Von Roman Wyrsh, MLaw, Rechtsanwalt, Mediator SAV**

Das Bauhandwerkerpfandrecht dient als Sicherungsinstrument für Lohnforderungen von Handwerkern und Unternehmern, damit diese nicht auf unbezahlten Forderungen sitzenbleiben, obwohl sie ihre Arbeiten ordnungsgemäss erfüllt haben. Zwar haben Handwerker und Unternehmer gesetzlich Anspruch auf Lohnzahlung für die Ablieferung ihres Werkes, doch sind sie bei dessen Herstellung vorleistungspflichtig. Einen Eigentumsvorbehalt können sie regelmässig nicht geltend machen, denn mit dem Einbau werden Arbeits- und Materialleistung meist Bestandteil des fremden Grundstücks und gehen in das Eigentum des Grundeigentümers über. Mit Akontozahlungen können sie ihr Risiko teilweise beschränken, eine eigentliche Sicherheitsleistung können sie in der Regel jedoch nicht verlangen.

Mit dem Bauhandwerkerpfandrecht soll verhindert werden, dass ein Bauherr ein Bauwerk erstellen lässt, bei Bauabschluss aber plötzlich zahlungsunfähig wird und die Handwerker zuschauen müssen, wie das Grundstück mitsamt Bauwerk zur Deckung bestehender oder vorrangiger Forderungen verwendet wird. Auch soll verhindert werden, dass Handwerker für einen Generalunternehmer bauen, dieser aber Konkurs anmelden muss und die Bauunternehmer leer ausgehen, ohne dass sie ihr Geld direkt beim profitierenden Bauherrn einfordern können. Das Bauhandwerkerpfandrecht ermöglicht es den Unternehmern, ihre Forderung abzusichern, indem sie fristgerecht ein Pfandrecht auf das Baugrundstück eintragen lassen. Unabhängig davon, ob der Bauherr Eigentümer des Grundstücks ist, können die Handwerker und die Unternehmer



das Grundstück versteigern lassen, wenn sie nicht bezahlt werden, und mit dem Erlös ihre Forderung decken.

Pfandrecht für Handwerker und Unternehmer

Ein Bauhandwerkerpfandrecht eintragen lassen dürfen gemäss Gesetz nur Handwerker und Unternehmer. Diese Gruppen werden durch die Leistungen definiert, welche pfandrechtgeschützt sind. Das Pfandrecht beruht auf der Lieferung von Arbeit und Material oder von Arbeit alleine. Mit der Gesetzesrevision per Anfang 2012 zählen heute ausdrücklich auch Abbruch- und Gerüstbau- und Baugrubensicherungsarbeiten als pfandgeschützte Leistungen. Während einige dieser Arbeiten schon vor der Revision als pfandgeschützt anerkannt wurden, führte die Revision dennoch zu einer erheblichen Verbesserung für viele Handwerksgattungen, beispielsweise Gerüstbauer, deren Forderungen nun gemäss Gesetzeswortlaut mittels Bauhandwerkerpfandrecht abgesichert werden können.

Stets ist aber Arbeit erforderlich, die reine Materiallieferung alleine (z.B. Lieferung von Kies, Farbe etc.) ist nicht pfandgeschützt. Verarbeitet der Lieferant das Material aber direkt vor Ort (z.B. Anbringen der Farbe an den Wänden, Auffüllung des Flachdaches mit Kies in einer bestimmten Schichtdicke), erbringt er auch Arbeit und kann für seine Forderung ein Bauhandwerkerpfandrecht beantragen. Keinen Anspruch auf ein Bauhandwerkerpfandrecht geben intellektuelle Leistungen, da sie keine «Handwerker»-Arbeiten sind und das Bauhandwerkerpfandrecht schon seinem Namen nach Handwerkern und Unternehmern dienen soll. Dies bedeutet, dass der Architekt – auch wenn er seine intellektuelle Leistung auf Plänen festhält – keinen Anspruch auf ein Bauhandwerkerpfandrecht besitzt, genauso wenig wie andere Planer oder mit dem Bau befasste Notare, Anwälte etc.

Nach dem Gesetzeswortlaut sind neu auch Tätigkeiten pfandgeschützt, die mit Abbrucharbeiten, Gerüstbauarbeiten und Baugrubensicherungsarbeiten vergleichbar sind. Welche Tätigkeiten dies genau umfasst, ist noch nicht restlos geklärt. So ist beispielsweise offen, ob ein Sicherheitsunternehmen für seine Leistungen (Nachtwache auf der Baustelle) oder



ein Unternehmen für Bauaustrocknung ein Bauhandwerkerpfandrecht eintragen lassen könnte. Die Bauaustrocknung dürfte einen genügend engen Zusammenhang mit dem Bauwerk aufweisen, dass ein Pfandrecht zugelassen würde, während das Pfandrecht des Sicherheitsunternehmens wohl eher abgelehnt würde.

Anzumerken bleibt, dass kein Handwerker im Voraus auf seinen gesetzlichen Anspruch auf das Bauhandwerkerpfandrecht verzichten kann. Ein solcher Verzicht ist nichtig und entfaltet keine Wirkungen.

ACHTUNG FRIST



Will ein Handwerker oder Unternehmer ein Bauhandwerkerpfandrecht eintragen lassen, muss er dies innert vier Monaten seit Vollendung seiner letzten Arbeiten tun. Das Pfandrecht muss bis dahin schon im Grundbuch eingetragen sein, die rechtzeitige Gesuchstellung beim Gericht alleine reicht nicht. Das Gesuch muss also zwingend einige Tage vor Fristablauf gestellt werden, damit das Pfandrecht sicher rechtzeitig eingetragen ist.

Stellt der Unternehmer das Eintragungsgesuch frühzeitig, hat das Gericht Zeit, zunächst den Grundeigentümer anzuhören und erst dann über die Eintragung zu entscheiden (provisorische Eintragung). Wird das Gesuch aber sehr knapp vor Ablauf der Viermonatsfrist gestellt, lässt das Gericht das Pfandrecht sofort im Grundbuch eintragen und hört erst dann den Grundeigentümer an (superprovisorische Eintragung).

Verfahrensablauf

Das Bauhandwerkerpfandrecht wird in einem zweistufigen Verfahren eingetragen. Die vorläufige (provisorische oder superprovisorische) Eintragung dient nur der Fristwahrung, sodass das Pfandrecht auf jeden Fall innert vier Monaten im Grundbuch eingetragen ist. Bei der vorläufigen Eintragung bleibt weitgehend offen, ob die Forderung tatsächlich berechtigt ist: Der Unternehmer muss zur Eintragung nur glaubhaft machen (und nicht bereits umfassend beweisen), dass er pfandberechtigte Arbeiten auf dem Grundstück geleistet hat und die letzte Arbeit weniger als vier Monate zurückliegt.

Erst in einem zweiten Schritt kann der Unternehmer die definitive Eintragung des Bau-

handwerkerpfandrechts verlangen. Er muss in diesem Schritt nun beweisen, dass er tatsächlich eine offene Forderung in der behaupteten Höhe hat und er die behaupteten Arbeiten alle mängelfrei ausgeführt hat.

Mit einem definitiv eingetragenen Bauhandwerkerpfandrecht kann der Unternehmer nun in einem separaten Verfahren die Verwertung des Grundstücks verlangen, um seine Forderung durch den Verwertungserlös zu decken.

(Super)Provisorische Eintragung

Erforderlich ist zur provisorischen oder superprovisorischen Eintragung zunächst, dass der Handwerker ein entsprechendes Gesuch an das Gericht stellt. Wie erwähnt, muss er das Gesuch spätestens einige Tage vor Ablauf der Viermonatsfrist stellen, die Gesuchstellung am letzten Tag reicht nicht mehr. Die (super)provisorische Eintragung erfolgt im summarischen Verfahren, also einem Verfahren, das möglichst rasche Handlungen des Gerichts erlauben soll. Der Gang zum Friedensrichter ist nicht nötig. Zuständig ist – zumindest im Kanton Zürich – in der Regel das Einzelgericht desjenigen Bezirksgerichts, in dessen Bezirk das Grundstück im Grundbuch aufgenommen ist. Bei handelsrechtlichen Streitigkeiten (wenn beide Parteien im Handelsregister eingetragen sind, die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist und gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht zulässig ist) muss das Begehren im Kanton Zürich an das Einzelgericht des Handelsgerichts gerichtet werden.

Der Unternehmer kann im Gesuch beantragen, dass das Bauhandwerkerpfandrecht vorläufig superprovisorisch im Grundbuch eingetragen wird, also bevor sich der Grundeigentümer äussern kann. Ist die Frist knapp, wird das Gericht diesem Antrag in der Regel stattgeben. Ohne den Antrag oder wenn noch genügend Zeit vorhanden ist, gibt das Gericht dem Grundeigentümer Gelegenheit, sich zum Gesuch zu äussern, und lässt das Gesuch erst danach eintragen (provisorische Eintragung). Auch bei der superprovisorischen Eintragung erhält der Grundeigentümer aber umgehend die Möglichkeit, sich zu äussern. Die Eintragung erfolgt hier nur früher, damit die Frist auf jeden Fall gewahrt ist.

Kann der Grundeigentümer die provisorische Eintragung verhindern?

Erweist sich das Pfandrecht später als unbezweifelbar, wird es wieder aus dem Grundbuch gelöscht. Der Grundeigentümer kann die provisorische Eintragung verhindern (bzw. das superprovisorische Pfandrecht sogleich wieder löschen lassen), wenn er eine der folgenden Konstellationen belegen kann:

- Der Unternehmer hat die behaupteten Arbeiten nachweislich gar nicht ausgeführt – er war also beispielsweise nur Lieferant und macht eine pfandberechtigte Arbeit (z.B. das Verlegen der gelieferten Platten) nur geltend, um ein Pfandrecht überhaupt eintragen zu können – oder er hat die Arbeit auf einem anderen Grundstück (z.B. benachbarte Stockwerkeinheit) ausgeführt.
- Der Unternehmer hat die Eintragsfrist verpasst: Die Frist beginnt mit der letzten Arbeit zu laufen, was aber nicht bedeutet, dass jede geringfügige, unwesentliche Arbeit als Fristbeginn gilt. Gemäss Rechtsprechung muss es sich um eine wesentliche, unerlässliche Arbeit handeln. Garantearbeiten nach Werkvollendung gelten ebenfalls nicht als fristauslösend bzw. fristverlängernd. Je nach Arbeitsgattung und Einzelfall kann die Räumung des Bauplatzes als fristauslösend gelten; wenn aber die Bauplatzräumung Wochen später erfolgt und gemäss Rechnung nur wenige Stunden umfasst, stellt sich die berechnete Frage, ob diese Arbeiten nur zur künstlichen Fristverlängerung so spät angesetzt oder gar nur auf der Rechnung nach hinten verschoben wurden. Lässt sich gar belegen, dass die Arbeiten bereits früher erfolgt sind, so kann damit das Bauhandwerkerpfandrecht bereits im Keim erstickt werden.

Definitive Eintragung

Mit der provisorischen Eintragung ist erreicht, dass das Pfandrecht rechtzeitig in das Grundbuch aufgenommen worden ist. Zur provisorischen Eintragung muss der Handwerker seine Forderung nur glaubhaft machen, um die Eintragsfrist zu wahren. Ob aber seine Forderung tatsächlich berechtigt ist, wurde bisher nicht geprüft. Nach der erfolgten Eintragung ist nun aber der Zeitdruck entfallen und der Unternehmer muss zur definitiven Eintragung den Bestand seiner Forderung und damit die



Berechtigung zur definitiven Eintragung des Pfandrechts beweisen.

Die Forderung wird im ordentlichen Zivilprozess geprüft und das Pfandrecht nur definitiv eingetragen, wenn der Richter den Anspruch als bewiesen (und nicht nur glaubhaft) erachtet. In diesem Verfahrensstadium kann nun auch der Grundeigentümer alles vorbringen, was den Anspruch des Unternehmers zerstört, er kann somit Höhe wie auch Bestand der Forderung anfechten, so z.B. das Vorliegen erheblicher Mängel beweisen und das Pfandrecht entsprechend reduzieren oder aufzeigen, dass nur ein Teil der Forderung pfandberechtigt ist.

Die definitive Eintragung ist oftmals ein zeitraubendes und aufwendiges Verfahren, da der Handwerker grundsätzlich beweisen muss, dass er alle vertraglich vereinbarten Arbeiten ausgeführt hat. Oftmals wird der Grundeigentümer Mängel geltend machen und Gegenforderungen für die Mängelbehebung behaupten, um den Pfandanspruch des Handwerkers zu verringern. Je nach Konstellation sind aufwendige Gutachten erforderlich, damit das Gericht feststellen kann, ob tatsächlich Mängel vorliegen oder nicht.

HINWEIS

Auch wenn die provisorische Eintragung des Pfandrechts innert weniger Monate erfolgt (bzw. erfolgen muss), kann das Verfahren um definitive Eintragung Jahre dauern.



Auch Subunternehmern steht das Pfandrecht zur Verfügung

Es spielt grundsätzlich keine Rolle, ob der Handwerker oder der Unternehmer die Arbeit selbst ausführt oder ob er dies durch einen Subunternehmer machen lässt. In der Rechtsprechung ist schon lange verankert, dass der Unternehmer auch für diejenigen unbezahlten Leistungen ein Pfandrecht eintragen lassen kann, die er durch einen Subunternehmer ausführen liess. So steht auch dem Generalunternehmer ein Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu. Ein neuerer Entscheid des Obergerichts Zürich geht aber in die Richtung, dass der Anspruch des Generalunternehmers nur dann besteht, wenn er zumindest einige Arbeiten selber ausgeführt hat. Hat er alle Arbeiten an Sub-



unternehmer weitergeben, sei er nur noch für die Koordination zuständig, was eine rein intellektuelle Leistung (und keine Handwerkerleistung) sei.

Im Vorentwurf der Gesetzesrevision 2012 war noch vorgesehen, dass Subunternehmer vom Bauhandwerkerpfandrecht ausgeschlossen werden. Stattdessen hätten Subunternehmer einen Pfandrechtsanspruch an der Forderung des Hauptunternehmers gegenüber dem Grundeigentümer erhalten. Diese Änderung stiess aber auf harte Kritik und wurde schliesslich nicht ins Gesetz aufgenommen.

Risiko der Doppelzahlung

Genau bei der Arbeit mit Subunternehmern entsteht für den Grundeigentümer das Risiko der Doppelzahlung. Die Rollen des Bestellers und des Grundeigentümers fallen auseinander,

denn aus der Sicht des Subunternehmers ist nicht der Grundeigentümer Besteller, sondern der Hauptunternehmer bzw. der Generalunternehmer. Dieser ist für ihn Schuldner der Werklohnzahlung. Zahlt er nicht und meldet der Subunternehmer daraufhin ein Bauhandwerkerpfandrecht an, so belastet dieses Pfandrecht den Grundeigentümer.

Der Grundeigentümer wiederum hat vielleicht dem Hauptunternehmer oder Generalunternehmer schon den gesamten Werklohn bezahlt, dieser hat das Geld aber dem Subunternehmer nicht weitergeleitet. Das Bauhandwerkerpfandrecht des Subunternehmers ist für ihn eine grosse Belastung, da sein Grundstück schlimmstenfalls versteigert werden kann, obwohl er seine Schulden bereits bezahlt hat. Ist der Haupt- oder Generalunternehmer gar zahlungsunfähig, ist auch nicht



zu erwarten, dass der Subunternehmer sein Geld noch erhält. Der Grundeigentümer kann die Versteigerung seines Grundstücks nur abwehren, indem er schlimmstenfalls dem Subunternehmer dessen Lohn nochmals bezahlt.

Der Hintergrund ist aber klar: Zwischen Subunternehmer und Grundeigentümer besteht – vielleicht gerade absichtlich – kein Vertragsverhältnis. Der Subunternehmer soll daher die Möglichkeit haben, mit seinem Pfandrecht die Forderung bei der Person zu sichern, die letztendlich von seiner Arbeit profitiert. Das Doppelzahlungsrisiko des Eigentümers ist zwar die harte Folge dieses Ziels, doch ist das Bundesgericht der Ansicht, dass der Eigentümer das Insolvenzrisiko seines Generalunternehmers zu tragen hat und nicht die Handwerksunternehmer.

Vorsicht beim Mieterbau

In der typischen Grundkonstellation ist der Besteller auch Grundeigentümer. Beahlt er nicht, können die Unternehmer ihre Forderungen mit einem Pfandrecht auf seinem Grundstück absichern. Heutzutage ist es aber ein Bedürfnis vieler Mieter, insbesondere bei Geschäftsräumen den Innenausbau selbst zu übernehmen und die Räumlichkeiten nur im Rohbauzustand zu mieten. Besteller von Ausbaurbeiten ist dabei der Mieter, der nicht Grundeigentümer ist.

Die frühere Fassung des Gesetzes vor der Revision 2012 sah grundsätzlich kein Bauhandwerkerpfandrecht vor, wenn Bauarbeiten von Dritten in Auftrag gegeben wurden, die selber nicht Eigentümer des betroffenen Grundstücks waren. Das Bundesgericht ging bereits damals davon aus, dass dem Handwerker trotzdem ein Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zustehe, auch wenn ein Mieter den Auftrag erteilt hatte.

Forderungen gegen Bund, Kantone und Gemeinden

Befindet sich ein Grundstück im Eigentum von Bund, Kantonen oder Gemeinden, so stellt sich auf den ersten Blick nur selten die Frage nach dem Bauhandwerkerpfandrecht: Bei Einwohnergemeinden dürfte die Möglichkeit der Insolvenz kaum je zum Problem werden. Der Handwerker muss seine Forderung somit nicht speziell absichern, sondern kann seine Forderung gegen die Gemeinde auf dem Klageweg durchsetzen. Hat der Handwerker aber keinen Vertrag mit der Gemeinde selbst, sondern mit einem Generalunternehmer abgeschlossen, hat er ein Interesse, seine Forderung abzusichern: er will im Konkursfall des Generalunternehmers die Gemeinde belangen können.

Auf Grundstücken im Finanzvermögen von Bund, Kantonen oder Gemeinden ist die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts grundsätzlich möglich. Befindet sich das Grundstück aber im Verwaltungsvermögen – dient es also öffentlichen Aufgaben (z.B. Ausbildung, Krankenpflege etc.) –, ist die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nicht möglich.

Vor der Revision konnte der Handwerker nichts unternehmen, wenn sich das Grundstück im Verwaltungsvermögen befand. Im Rahmen der Revision wurde aber die Möglichkeit geschaffen, dass die Gemeinde im Rahmen einer gesetzlichen Bürgschaft für Ausfälle haftet. Auch hier gilt die viermonatige Frist zur Geltendmachung. Zwar haftet nicht das Grundstück selbst für die Forderung des Unternehmers, doch bietet das Gemeinwesen im Rahmen einer Bürgschaft Sicherheit für die Forderung. Die Eintragungsvoraussetzungen sind jedoch sehr komplex, weshalb sich rechtliche Beratung aufdrängt.

Grundbucheintrag löschen lassen

Der Grundeigentümer hat in jedem Verfahrensstadium den Anspruch, das Bauhandwerkerpfandrecht im Grundbuch löschen zu lassen, wenn er den Pfandgläubiger vollständig in bar bezahlt. Mit einer solchen Zahlung hat der Handwerker sofort sein Ziel erreicht und seine ausstehende Forderung wurde vollständig bezahlt.

Der Grundeigentümer hat aber auch das Recht, eine hinreichende Sicherheit zu leisten. Es kann sich dabei um eine Bankgarantie,

eine Bürgschaft eines Dritten oder um eine Sachleistung in genügender Höhe handeln. Die Forderung des Handwerkers wird nun durch die neue Sicherheitsleistung sichergestellt, weshalb der Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts entfällt. Der Grundeigentümer erreicht damit, dass sein Grundstück unbelastet bleibt. Zwar ist die Forderung des Unternehmers nicht vom Tisch, zumindest droht aber nicht die Verwertung des Grundstücks. Gegenüber der vollständigen Bezahlung der Forderung hat er zudem den Vorteil, dass er allfällige Einreden gegen die Forderung des Unternehmers immer noch geltend machen kann. Denn der Handwerker muss seine Forderung nach wie vor gerichtlich durchsetzen und hat erst dann das Recht, die Sicherheitsleistung zu beanspruchen, wenn das Gericht seine Forderung gutheisst.

Fazit

Das Bauhandwerkerpfandrecht ist nach wie vor das Mittel der Wahl für Handwerker und Unternehmer, um ihre Forderung abzusichern. Die Revision im Jahr 2012 hat das Bauhandwerkerpfandrecht für die Unternehmer deutlich aufgewertet, denn der Kreis der pfandgeschützten Arbeiten wurde erheblich erweitert, die Eintragsfrist für das Pfandrecht wurde von drei auf vier Monate verlängert und das Gemeinwesen haftet neu auch bei Grundstücken im Verwaltungsvermögen.

Zwar ist die definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts regelmässig damit verbunden, dass der Unternehmer seine gesamten erbrachten Leistungen nachweisen muss, was für ihn einen enormen Aufwand bedeuten kann. Doch ist das Pfandrecht auf dem Grundstück ein starkes Sicherungsmittel, sodass der Handwerker in vielen Fällen zumindest einen Teil seiner Forderung erhalten wird. Die rechtzeitige Geltendmachung lohnt sich daher auf jeden Fall. Da viele Voraussetzungen zu beachten sind und oft rasch reagiert werden muss, empfiehlt sich eine rechtliche Beratung im Vorfeld, also bereits bei der provisorischen Eintragung.

GESETZLICHE GRUNDLAGE

Gestützt auf diese Rechtsprechung sieht der revidierte Art. 837 Abs. 1 ZGB heute vor, dass für Handwerker auch bei der Bestellung durch Mieter oder Pächter, allenfalls auch durch Wohn- oder Nutzniesungsberechtigte, ein Anspruch auf ein Pfandrecht besteht. Dies jedoch nur dann, wenn der Grundstückeigentümer diesen Arbeiten zugestimmt hat. Die Zustimmung des Eigentümers kann formfrei erfolgen, sollte zu Beweis Zwecken aber am besten schriftlich vorliegen.



AUTOR

Roman Wyrsh, MLaw, Rechtsanwalt, Mediator SAV, Rechtsanwalt im Bau- und Immobilienrecht, Partner in der Kanzlei Rechtskraft Advokatur & Business Coaching in Zürich.