

## Webinar

### **Bauhandwerker-Pfandrecht**

Grundlagen, Praxistipps und Fallbeispiele aus der aktuellen Gerichtspraxis



## Sophie Dorschner



lic.iur. Sophie Dorschner  
s.dorschner@keller-law.ch

KELLER Rechtsanwälte  
Fraumünsterstrasse 17  
8001 Zürich  
www.keller-law.ch

20. Mai 2021

### **Rechtsanwältin/Mediatorin und Dozentin**

Dozentin Campus Sursee Bildungszentrum  
Bau AG seit 2016 (Modul Recht BF, BMA, LG BL)

Mediatorin SAV  
(Schweizerischer Anwaltsverband), 2012

Zürcher Anwaltspatent, 2009

Lizentiat Universität Freiburg i. Ue., 2002

### **Tätigkeitsschwerpunkte**

Öffentliches und privates Baurecht

Werkvertrags- und Architektenrecht

Mietrecht, Sachenrecht

Mediation

## **Einstiegsbeispiel**

Ein Bauherr schliesst mit einem Generalunternehmer einen Pauschalwerkvertrag. Der Bau läuft nicht ganz plangemäss, die Verhältnisse sind anders als erwartet. Der GU stellt Nachtragsforderungen, der Bauherr findet diese nicht gerechtfertigt. Er ist auch sonst nicht ganz zufrieden mit dem Bauablauf und hält Zahlungen zurück. Die Subunternehmer verlangen vom GU pünktliche Zahlung, um ihre Mitarbeiter bezahlen zu können. Bei allen Beteiligten steigt der Druck!

Ist nun das Bauhandwerkerpfandrecht die Lösung?

**Umfrage!**

## BHPR - Begriff

### Gesetzliches Pfandrecht

Keine Vereinbarung nötig

→ Erstellung durch Pfand-Gläubiger  
(Unternehmer)

### Bauhandwerk

Nur für Bauhandwerks-Forderungen

→ Nur für bestimmte Arbeiten

### Eintragungsfrist

4 Monaten ab Arbeitsbeendigung

→ Spezielles Eintragungsverfahren  
(Zunächst «vorläufige Eintragung»)

## BHPR - Grundproblem und Lösung

Handwerker / Unternehmer geht in **Vorleistung**

→ Zuerst Arbeit, dann erst Werklohn

Was eingebaut wurde, wird zu **Eigentum des Grundeigentümers**

→ Kann nicht mehr zurückgenommen werden

Lösung durch gesetzliches Pfandrecht auf 'bebautes' Grundstück

→ BHPR als Sicherheit für den Werklohn

→ BHPR als Drittpfand - der Grundeigentümer haftet!

## BHPR - Merkmale

### Sicherheit

Sicherheit für den Werklohn

➔ Geld aus Pfandverwertung

### Druckmittel

Pfandverwertung praktisch nie nötig

➔ Einsatz als Druckmittel reicht meist

➔ **Chance für eine Lösung?**

### Wertvoll für SubUs

Hilfreich bei GU-/SubU-Situationen

➔ Geht der GU Konkurs, so kann sich der SubU seinen Werklohn mit dem BHPR direkt beim Grundeigentümer holen!

# Regelung im Gesetz

**Art. 837<sup>576</sup>**

<sup>1</sup> Der Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechtes besteht:

1. für die Forderung des Verkäufers an dem verkauften Grundstück;
2. für die Forderung der Miterben und Gemeinder aus Teilung an den Grundstücken, die der Gemeinschaft gehörten;
3. für die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, die auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben, an diesem Grundstück, sei es, dass sie den Grundeigentümer, einen Handwerker oder Unternehmer, einen Mieter, einen Pächter oder eine andere am Grundstück berechnigte Person zum Schuldner haben.

<sup>2</sup> Ist ein Mieter, ein Pächter oder eine andere am Grundstück berechnigte Person Schuldner von Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, so besteht der Anspruch nur, wenn der Grundeigentümer seine Zustimmung zur Ausführung der Arbeiten erteilt hat.

<sup>3</sup> Auf gesetzliche Grundpfandrechte nach diesem Artikel kann der Berechnigte nicht zum Voraus verzichten.

**Art. 839<sup>577</sup>**

<sup>1</sup> Das Pfandrecht der Handwerker und Unternehmer kann von dem Zeitpunkte an, da sie sich zur Arbeitsleistung verpflichtet haben, in das Grundbuch eingetragen werden.

<sup>2</sup> Die Eintragung hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeit zu erfolgen.

<sup>3</sup> Sie darf nur erfolgen, wenn die Pfandsumme vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist, und kann nicht verlangt werden, wenn der Eigentümer für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet.

## Revision\*

Art. 839 Abs. 3 VE ZGB

<sup>3</sup> Sie darf nur erfolgen, wenn die Pfandsumme vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist, und kann nicht verlangt werden, wenn der Eigentümer für die angemeldete Forderung **zuzüglich Verzugszinse für die Dauer von zehn Jahren hinreichende Sicherheit leistet.**

\* iZH mit der Revision des Obligationenrechts, Baumängel

Vernehmlassung August 2020 eröffnet

<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/baumaengel.html>

## Voraussetzungen des BHPR

- 1. Berechtigte Arbeiten**
- 2. Richtiges Grundstück (Pfandobjekt)**
- 3. Fristeinhaltung: 4 Monate ab Arbeitsende**
- 4. (Vorläufige) Eintragung**
- 5. Keine Sicherheitsleistung durch den Eigentümer des Grundstücks**

# 1. Berechtigte Arbeiten

## Material & Arbeit / Arbeit allein

- Bauten oder andere Werke
- Abbrucharbeiten
- Gerüstbau
- Baugrubensicherung
- ... und dergleichen

# 1. Berechtigte Arbeiten - Speziell

**Grundsatz** Lieferung von Material alleine (dh ohne Arbeit)  
berechtigt nicht zu BHPR

**Ausnahme** Material, das für den betreffenden Bau eigens hergestellt wurde oder das nur kurzzeitig verwendbar ist

## Beispiele

- Speziell angefertigte Armierungseisen (**Massanfertigung**)
- Speziell vofabrizierte Garage (**Massanfertigung**)
- **Asphaltlieferung**, wenn Asphalt speziell hergestellt und fortlaufend und frisch (noch warm) geliefert wird
- **Frischbeton** (da nur kurzzeitig verwendbar)

## 2. Richtiges Grundstück (Pfandobjekt)

**Grundsatz** Belastet wird immer das Grundstück, zu dessen Wertvermehrung die Arbeit beigetragen hat

**Achtung** Bei Stockwerkeigentum bestehen oft komplexe Konstellationen (welches Grundstück bzw. welche Einheit ist in welchem Umfang zu belasten ?!)

## 2. Pfandobjekt - Trifft immer Grundeigentümer

**Belasteter ist immer der Grundeigentümer –  
auch wenn ein anderer den Auftrag erteilt hat**

- ➔ **Achtung:** Nur, wenn er den Arbeiten zugestimmt hat
- ➔ Wird u.a. bei Mieterausbauten relevant

### **Risiko für den Grundeigentümer:**

- Falls GU schon bezahlt wurde und dann Konkurs geht
- SubU, der noch nicht bezahlt wurde, kann dann BHPR eintragen – und der Grundeigentümer zahlt doppelt!

### 3. Fristeinhaltung

Frist von **4 Monaten** nach **Vollendung der Arbeiten**

- ➔ Als vollendet gilt die Arbeit, wenn «alle Verrichtungen, die zum Werkvertrag gehören, ausgeführt sind»
- ➔ Sogenannter «Letzter Hammerschlag»

**Fristeinhaltung**

- ➔ Durch «vorläufige Eintragung»

**Problematik: Zahlungsverzug Bauherr bei Schlussrechnung**

- ➔ Fristen ! Zeitachse...

## Problematik: Zahlungsverzug – Fristen !

Schlussrechnung (Art. 153 ff. SIA 118)

- ➔ spätestens 2 Mt. nach Abnahme einzureichen
- ➔ Innert 1 Mt. von Bauleitung zu prüfen (Prüfbescheid)
- ➔ Innert 30d seit Prüfbescheid (= Fälligkeit) zu bezahlen
- ➔ Allenfalls Nachfrist setzen...

Achtung (Zeitachse) !

- ➔ bis wann läuft Frist zur Eintragung des BHPR ?!
- ➔ Zahlungsfristen koordinieren !
- ➔ **Akontorechnungen stellen oder Zahlungsplan und faire Prüffristen vereinbaren, um Gerichtsprozesse zu vermeiden !**

## 4. Vorläufige Eintragung

### «Vorläufige» Eintragung beim Gericht beantragen

- ➔ Unternehmer muss die Eintragungs-Vss nur «glaubhaft machen», d.h. (noch) nicht vollständig beweisen
- ➔ Checkliste der Gerichte zur Eintragung

### Vorgehen: Dokumente und Unterlagen einreichen

- ➔ Grundbuchauszug (als Beleg für richtiges Grundstück)
- ➔ Werkvertrag (oder andere schriftliche Aufträge)
- ➔ Arbeitsrapporte, Rechnungen, E-Mails, etc.  
(bei Stockwerkeigentum: «geht daraus hervor, auf welcher Parzelle / Einheit wann welche Arbeit geleistet wurde ?!»)

## 5. Keine Sicherheitsleistung

### Abwehrmöglichkeit des Grundeigentümers

- ➔ Hinterlegung eines ausreichenden Betrages zuz. Zinsen (beim Gericht)
- ➔ Besser: unbefristete Bankgarantie
- ➔ Verhindert die Eintragung eines BHPR

### Folge

- ➔ BHPR wird nicht eingetragen
- ➔ Als Sicherheit dient (statt dem BHPR) der hinterlegte Betrag / die geleistete Bankgarantie

## Revision

Art. 839 Abs. 3 VE ZGB

<sup>3</sup> Sie darf nur erfolgen, wenn die Pfandsumme vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist, und kann nicht verlangt werden, wenn der Eigentümer für die angemeldete Forderung **zuzüglich Verzugszinse für die Dauer von zehn Jahren hinreichende Sicherheit leistet.**

## Vorteile für den Unternehmer

### Druckmittel

Anstoss, um Besteller, der nicht zahlt,  
an den Verhandlungstisch zu bringen

### Gegenpartei klar

BHPR richtet sich immer gegen den  
Grundeigentümer des 'bearbeiteten'  
Grundstücks - ganz egal, mit wem der  
Vertrag geschlossen wurde

➔ Unternehmer hat immer jemand  
«Zahlungskräftigen», der mit dem  
Grundstückwert haftet

## Nachteile für den Unternehmer

### Kosten

Unternehmer muss Kosten für das Verfahren vorschüssen

### Vertragspartei ?

Vorsicht bei Verträgen mit anderen Parteien als dem Grundeigentümer

➔ BHPR gilt u.U. nur, wenn der Grundeigentümer den z.B. vom Mieter beauftragten Arbeiten zustimmte (oder zumindest davon wusste und nicht intervenierte)

## Wann lohnt sich der Aufwand für ein BHPR ?

1. Abklären, wie hoch die Kosten ausfallen können
  - ➔ u.U. deckt Rechtsschutzversicherung die Kosten des Verfahrens
2. Vorl. BHPR als **Anstoss für Verhandlungen** reicht meistens schon
  - ➔ Bringt bei einfachen Verhältnissen «den Stein ins Rollen»
3. Klärung, ob Klage auf definitive Eintragung (sowie ggf. separate Klage auf Bezahlung des Werklohns) **noch nötig**
  - ➔ Vorläufige Eintragung reicht meist als Anstoss
  - ➔ Falls nicht: gut abwägen, ob weiterer Aufwand angemessen ist

## Kosten- und Beweisprobleme / Hilfsmittel

### Kosten

Unternehmer muss Kosten für das Verfahren vorschliessen

- ➔ Allenfalls durch Rechtsschutzversicherung gedeckt

### Beweisprobleme

Glaubhaftmachen der Eintragungs-Vss reicht - aber auch dafür müssen aussagekräftige Dokumente vorgelegt werden

- ➔ Mündliche Abmachungen reichen nicht weit - schriftliche Dokumente !

### Hilfsmittel

[www.gerichte-zh.ch/themen/bau-werk/bauhandwerkerpfandrecht](http://www.gerichte-zh.ch/themen/bau-werk/bauhandwerkerpfandrecht)

## Praxistipps

### Vorbemerkungen:

- BHPR-Verfahren binden Ressourcen und bieten nicht immer die zielführende Lösung
- Insb. bei Stockwerkeigentum / mit mehreren Gewerken sind BHPR-Verfahren komplex. Ein Gerichtsprozess geht kaum ohne Juristen.
- Einige Punkte sind bereits bei Abschluss und Ausführung eines Projekts zu beachten:
  1. Ausgewogene Vertragsklauseln
  2. Dokumentation der Arbeiten (Rapporte, Ausmasse)
  3. Zahlungsplan / Akontorechnungen / Nachtragswesen

## Tipp 1: Ausgewogene Vertragsklauseln:

- Der GU weist gegenüber dem Bauherrn regelmässig nach, dass er die SubUs bezahlt oder die Zahlungen werden direkt von der Bank bezahlt
- Mögliche Klausel in Bauherr – GU – SubU – Konstellation:
  - GU leistet Sicherheit, wenn der SubU BHPR androht
  - Falls dennoch ein BHPR eingetragen wird: Bauherr ist berechtigt, *unter vorheriger Ankündigung an den GU, das Bauhandwerkerpfandrecht direkt abzulösen und mit dem GU-Werklohn im Umfang des dem Subunternehmer tatsächlich geschuldeten Werklohns zu verrechnen.*

## Tipp 2: Dokumentation der Arbeiten

- Schafft Klarheit und Sicherheit
- Wo wird gearbeitet, welche Leistung wird erbracht (Dokumentation mit Rapporten, Ausmassurkunden und Plänen) und für wen (Eigentümer oder Mieter bei Mieterausbau, StWE – Gemeinschaft oder einzelner Eigentümer ?!) ?
- Bei GU/TU-Konstellationen: Vertraglich absichern, dass SubU's zulässig sind (Regel) und Risiken fair verteilt werden

## Tipp 3: Zahlungsplan / Akontorechnungen

- Schafft Klarheit und Sicherheit
- Faire Zahlungs- und Prüfristen
- Nachtragswesen
  - Problem «*Schriftformvorbehalt*»
  - Was passiert bei Uneinigkeit ? Weiterarbeit (Art. 37.1 SIA 118 - «*vertragswidrige Unterbrechung*» ist verboten...) ?!

## **Fallbeispiele / aktuelle Entscheide**

- 1. Eintragungsfrist (Fall «Baustopp» und «letzte Arbeiten»)**
- 2. Hinreichende Sicherheit (Fall und anstehende Revision des ZGB)**
- 3. Prozesskosten (Fall zur Änderung der Rechtsprechung)**

## Fallbeispiel zur Eintragungsfrist «Baustopp»

Handelsgericht des Kantons Zürich, Einzelgericht  
Urteil vom 14.9.2020 / HE200307

*Erfolgt im Rahmen der Bauarbeiten ein Baustopp, ist für die Berechnung der Viermonatsfrist für die Eintragung eines Pfandrechts massgebend, **wann der Unternehmer erkannt hat, dass er keine Arbeiten mehr leisten muss**. Dabei reicht es aus, wenn dies aus den konkreten Umständen für den Unternehmer klar sein muss. Eine formelle Kündigung des Vertrages ist nicht erforderlich (Erw. 3.3).*

## Fallbeispiel zur Eintragungsfrist «letzte Arbeiten»

### Bundesgericht

Urteil BGer 5A\_688/2019 (6.11.2019)

*Gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB hat die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeit zu erfolgen. Als Vollendung gilt der Zeitpunkt, in welchem alle Verrichtungen, welche Gegenstand des Werkvertrags bilden, ausgeführt worden sind und das Werk abgeliefert werden kann. Grundsätzlich fallen geringfügige oder nebensächliche Arbeiten nicht in Betracht, ausser sie sind – namentlich aus Sicherheitsgründen – unerlässlich. Die Arbeiten werden insoweit weniger nach quantitativen als vielmehr nach qualitativen Gesichtspunkten gewürdigt (E. 4.2 mit Hinweis auf BGE 125 III 113, E. 2b, und 106 II 22 E. 2b). Die Berechtigung zur vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts muss nach Art. 961 Abs. 3 ZGB glaubhaft gemacht werden. [...] In casu ist das von der Gesuchstellerin eingereichte Übernahmeprotokoll nicht dazu geeignet, den tatsächlichen Zeitpunkt der letzten Arbeiten glaubhaft zu machen (E. 3 und 4.3), sodass das Gesuch abzuweisen ist.*

## Fallbeispiel zu «pfandberechtigte Arbeiten» und «hinreichende Sicherheit»

Handelsgericht des Kantons Zürich, Einzelgericht  
Urteil vom 3.11.2020 / HE200276

**Art. 839 Abs. 3 ZGB. Bauhandwerkerpfandrecht. Pfandberechtigte Leistungen. Hinreichende Sicherheit.**

*Für **Forderungen auf Schadloshaltung** zufolge Vertragsauflösung besteht kein **Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts** (Erw. 5.2). Das durch einen Dritten erstellte Ausmass kann für die Glaubhaftmachung der geleisteten Arbeiten ausreichen (Erw. 5.3). Eine hinreichende Sicherheit ist auch dann gleichwertig im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB, wenn sie im **vorsorglichen Verfahren provisorisch geleistet wird** (Erw. 6.3). Deckt eine Bankgarantie aufgrund einer teilweise fehlenden Pfandberechtigung einen höheren Betrag ab, besteht im Verfahren kein Raum, um diese Garantie zu reduzieren (Erw. 6.3).*

## «pfandberechtigte Arbeiten»

*Erw. 5.2 [...] Das Bauhandwerkerpfandrecht ist nur für die Entschädigung der geleisteten Arbeit vorgesehen. Schadenersatzansprüchen steht kein baulicher Mehrwert auf dem Grundstück gegenüber, unabhängig davon, wie sie entstanden sind. Solche Forderung können nicht mittels eines Bauhandwerkerpfandrechtes abgesichert werden (vgl. auch Rainer Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., Zürich 2008, N.446).*

## «hinreichende Sicherheit»

*Erw. 6.1 Gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB kann die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nicht verlangt werden, wenn der Eigentümer oder ein Dritter für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet. Ein bereits eingetragenes Pfandrecht ist in diesem Fall zu löschen. Sofern der Unternehmer die Sicherheit nicht als genügend anerkennt, stellt das Gericht fest, ob die Sicherheit für die angemeldete Forderung hinreichend im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB ist (vgl. Schumacher, a.a.O. N. 1314 f.). Inhaltlich ist die Sicherheit dann hinreichend, wenn sie die Forderung voll und ganz sichert. Die Vergütungsforderung umfasst in der Regel einen Kapitalbetrag und Verzugszinsen. Letztere sind ohne zeitliche Beschränkung pfandberechtigt (Schumacher, a.a.O., N. 1254 ff.).*

*Erw. 6.3 [...] Die Frage, ob eine Sicherheit als provisorische oder als definitive geleistet wird, hat keinen Einfluss auf die Qualifikation einer Garantie als genügend. So erhält der Gesuchsteller mit einem gutheissenden Entscheid im vorsorglichen Verfahren stets nur eine provisorische Sicherheit. Eine das Pfandrecht ablösende Garantie muss aber nicht mehr sicherstellen als das Pfandrecht selbst. Unter diesen Umständen ist auch eine provisorische Garantie im Massnahmeverfahren als gleichwertig mit dem Pfandrecht anzusehen.*

## Revision

Art. 839 Abs. 3 VE ZGB

<sup>3</sup> Sie darf nur erfolgen, wenn die Pfandsumme vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist, und kann nicht verlangt werden, wenn der Eigentümer für die angemeldete Forderung **zuzüglich Verzugszinse für die Dauer von zehn Jahren hinreichende Sicherheit leistet.**

## Fallbeispiel zu den Prozesskosten

Obergericht des Kantons Aargau, 3. Zivilkammer  
Entscheid vom 1.4.2020 / ZSU.2019.126

Vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts, Verteilung der Prozesskosten (Änderung der Praxis) Art. 106 ZPO; Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO, Art. 261 ff. ZPO, Art. 839 ZGB

*Grundsätzlich ist der beantragende Bauhandwerker mit den Kosten der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts zu belasten. Wenn die Massnahme prosequiert und ein Hauptverfahren durchgeführt wird, sind die Kosten des Massnahmeverfahrens entsprechend dem Ausgang des Hauptverfahrens zu verlegen. In Fällen, in denen die Massnahme nicht prosequiert wird, sind die Verfahrenskosten nach den gleichen Wertungsgesichtspunkten zu verlegen. Vom Grundsatz der Kostenaufgabe an den Bauhandwerker ist abzuweichen, wenn der Bauhandwerker das Hauptverfahren aus Gründen nicht einleitet, die im Ergebnis einem Obsiegen im Hauptverfahren gleichkommen. Solche Gründe sind namentlich die Bezahlung der Forderung und die Bestellung einer anderweitigen Sicherheit. Wird das Hauptverfahren zufolge Vergleichs nicht eingeleitet, sind die Kosten des Massnahmeverfahrens nach Massgabe des Vergleichs zu verteilen.*

lic. iur. **Sophie Dorschner**

Rechtsanwältin & Mediatorin SAV und

Dozentin am Campus Sursee Bildungszentrum Bau AG

**KELLER Rechtsanwälte**

Fraumünsterstrasse 17

Postfach 2669

8001 Zürich

s.dorschner@keller-law.ch

**www.keller-law.ch**

*Diese Unterlagen sind ausschliesslich für dieses Webinar von RAin Sophie Dorschner / KELLER Rechtsanwälte bestimmt. Die Weitergabe und Verwendung der Unterlagen sowie das Zitieren aus den Unterlagen zwecks Weitergabe an Dritte ist nur mit ihrer vorherigen Zustimmung gestattet.*