
Zürcher Studien zum Privatrecht

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich
von P. Breitschmid, A. Büchler, H. C. von der Crone, P. Forstmoser, R. Hilty, H. Honsell,
C. Huguenin, P. Oberhammer, W. Ott, W. Portmann, H. Rey, H.-M. Riemer, A. K. Schnyder,
H. U. Vogt, R. H. Weber, R. Zäch und D. Zobl

Tamara Berchtold

Zur Revisionsbedürftigkeit des Bauhandwerkerpfandrechts

und ein Vorschlag zur Neuformulierung
von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB

Schulthess § 2008

Inhaltsverzeichnis

<i>Vorwort</i>	<i>III</i>
<i>Inhaltsübersicht</i>	<i>V</i>
<i>Inhaltsverzeichnis</i>	<i>VII</i>
<i>Literaturverzeichnis</i>	<i>XIII</i>
<i>Materialien</i>	<i>XXI</i>
<i>Abkürzungsverzeichnis</i>	<i>XXIII</i>
1. Teil Einleitung	1
§ 1 <i>Thematik und Ziel der Arbeit</i>	3
§ 2 <i>Vorgehensweise</i>	4
2. Teil Zur Reformbedürftigkeit des Bauhandwerkerpfandrechts und bisherige Entwicklung der Revisionsbestrebungen	7
§ 1 <i>Vorentwurf für eine Teilrevision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Immobiliarsachen- und Grundbuchrecht) vom März 2004</i>	9
I. Revision der Gesetzesbestimmungen über das Bauhandwerkerpfandrecht	9
II. Vernehmlassung: Ergebnisse und Reaktionen	11
III. Verzicht der Aufnahme der Bestimmungen über das Forderungspfandrecht in die Teilrevision	13
IV. Beendigung der Diskussion zur Vermeidung des Doppelzahlungsrisikos	13
§ 2 <i>Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches und Entwurf-ZGB vom Juni 2007</i>	15
§ 3 <i>Stellungnahme zur bisherigen Entwicklung und ein Vorschlag zur Neuformulierung von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB</i>	15
I. Stellungnahme zur bisherigen Entwicklung der Revision von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB	15
II. Kritik an der Systematik der Revisionsbestimmungen	16
1. Systematik des VE-ZGB	16
2. Systematik des Entwurfs-ZGB	17
III. Vorschlag zur Neuformulierung von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB in einem eigenen Artikel (Art. 837 ^{bis} ZGB)	17

3. Teil Problematik bei den materiellen Voraussetzungen zur Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts	21
§ 1 Einleitung	23
§ 2 Die Baupfandgläubiger nach geltendem Recht und gemäss den Revisionsbestimmungen	24
I. Kreis der Baupfandberechtigten nach geltendem Recht	24
1. Nach Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB Baupfandberechtigte und das Kriterium der Selbständigkeit	24
2. Unterscheidung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Baugläubigern	25
a) Unmittelbare Baugläubiger	25
b) Mittelbare Baugläubiger – Zulässigkeit des Beizugs und dessen Konsequenzen	26
aa) Zulässigkeit aufgrund einer Vertragsabrede	28
bb) Zulässigkeit unter Berücksichtigung von Art. 364 Abs. 2 OR	29
II. Abgrenzung zum nicht baupfandberechtigten Personenkreis nach geltendem Recht	30
III. Rechtliche Stellung der mittelbaren Baugläubiger gemäss Art. 841a Abs. 1 VE-ZGB	31
1. Umwandlung des Grundpfandrechts in ein Forderungspfandrecht	31
2. Voraussetzungen zur Entstehung des im VE-ZGB vorgeschlagenen Forderungspfandrechts	32
a) Bestehen einer pfändbaren Forderung	32
b) Entstehung des Forderungspfandrechts durch Notifikation gemäss Art. 841a Abs. 2 VE-ZGB	33
3. Möglichkeit der Eintragung des Grundpfandrechts des Handwerkers oder Unternehmers gemäss Art. 841a Abs. 3 VE-ZGB	34
4. Konsequenzen aus der Neuregelung in Art. 841 VE-ZGB	36
IV. Diskussion zur Umwandlung des gesetzlichen Grundpfandrechts der Subunternehmer in ein Forderungspfandrecht	37
1. Beurteilung der geltenden Rechtslage	37
2. Stellungnahmen zum Revisionsvorschlag und Argumente der Befürworter und Gegner des Forderungspfandrechts	37
V. Konkretisierung von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 Entwurf-ZGB	38
VI. Stellungnahme zu den Revisionsbestimmungen und eigenständiger Formulierungsvorschlag	39
1. Zur Schlechterstellung der Subunternehmer durch das Forderungspfandrecht	39
2. Eigenständiger Formulierungsvorschlag unter Beibehaltung des Grundpfandrechts der Subunternehmer	40
3. Zum Verzicht auf Zustimmung für den Beizug von Subunternehmern gemäss Entwurf-ZGB	42

§ 3	<i>Baupfandverpflichtete Grundeigentümer und deren Risiko der Doppelzahlungspflicht</i>	43
I.	Das Bauhandwerkerpfandrecht als Realobligation	43
II.	Die Entstehung des Anspruchs gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks	44
1.	Bauherr ist zugleich Grundeigentümer – Problematik bei Verkauf des Grundstücks	44
2.	Bauherr ist nicht zugleich Grundeigentümer – die Problematik des Mieterbaus	46
a)	Rechtsprechung	46
b)	Lehrmeinungen	48
3.	Die Sicherung einer auf Art. 672 ZGB basierenden Forderung	49
4.	Exkurs: Der selbständige Baurechtsberechtigte als Pfandrechtsbelasteter	51
III.	Vorgesehene Änderungen im VE-ZGB und eigenständiger Formulierungsvorschlag	52
1.	Vorbemerkung: Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts bei Verkauf des Grundstücks	52
2.	Mieter oder Pächter als Schuldner des Handwerkers oder Unternehmers nach Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 VE-ZGB	54
a)	Die gesetzliche Verankerung des Bauhandwerkerpfandrechts beim sog. „Mieterbau“	54
b)	In der Vernehmlassung geforderte zusätzliche Voraussetzungen	55
aa)	Schriftlichkeit der Zustimmung des Grundeigentümers	55
bb)	Voraussetzung des objektiven Mehrwerts	57
c)	Aufnahme des Mieterbaus in den Entwurf-ZGB	58
d)	Vorschlag für eine Neuformulierung zur gesetzlichen Verankerung des Mieterbaus	59
IV.	Ergänzungsvorschläge und deren Formulierungen	59
1.	Formulierungsvorschlag für eine gesetzliche Verankerung des realobligatorischen Charakters des Bauhandwerkerpfandrechts	60
2.	Nutzniesser und andere Dienstbarkeitsberechtigte als Schuldner des Handwerkers oder Unternehmers	61
a)	Ausgangslage gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 VE-ZGB	61
b)	Ausgangslage gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 Entwurf-ZGB	63
c)	Vorschlag zur Aufnahme der Dienstbarkeitsberechtigten als Schuldner des Handwerkers oder Unternehmers in den Gesetzestext	63
V.	Problematik des Doppelzahlungsrisikos des Grundeigentümers nach geltendem Recht und Schutzmassnahmen gegen die Gefahr der Doppelzahlung	65
1.	Ausgangslage für die Gefahr der Doppel- bzw. Mehrfachzahlung	65
2.	Kritik	66
3.	Mögliche Schutzmassnahmen gegen die Gefahr der Doppelzahlung	67

a)	Überwachung durch die kreditgebende Bank	67
b)	Beauftragung eines Treuhänders	69
c)	Direkte Zahlung an Subunternehmer	70
aa)	Alle Zahlungen erfolgen direkt an die Subunternehmer	70
bb)	Möglichkeit der Direktzahlung zur Vermeidung drohender Bauhandwerkerpfandrechte	71
d)	Vertragliche Zusicherung einer Sicherheitsleistung des Generalunternehmers	72
e)	Sicherheit durch eine Bank- oder Versicherungsgarantie	73
f)	Rückbehalte	74
4.	Abschliessende Bemerkungen	75
VI.	Fazit	76
§ 4	<i>Abgrenzungproblematik der grundpfandrechtlich geschützten Bauleistungen von den nicht geschützten Arbeiten und die vorgesehene Änderung in den Revisionsbestimmungen</i>	77
I.	Die pfandgeschützten Leistungen nach geltendem Recht	77
1.	Grundsatz der versio in rem und die Wertvermehrung des Grundstücks durch Bauleistungen	77
2.	Die Terminologie „ <i>Bauten und andere Werke</i> “ gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB	79
3.	Die Art der Bauleistung als Anknüpfungspunkt für die Qualifikation der pfandgeschützten Bauarbeiten	81
4.	Die Materialisierung	82
5.	Arbeitsleistung am Baugrundstück ohne Materiallieferung	83
6.	Lieferung von Material und Arbeit	84
a)	Akzession als Voraussetzung für den Anspruch auf das Bauhandwerkerpfandrecht	84
b)	Lieferung und allenfalls Einbau einer speziell für den Bau hergestellten Sache	85
7.	Die Problematik bei gemischten Bauleistungen und deren Qualifikation	87
a)	Problematik	87
aa)	Erbringung von unterschiedlichen materiellen Leistungen	88
bb)	Erbringung von intellektuellen und materiellen Leistungen	89
b)	Problematik bei General- und Totalunternehmerverträgen als Beispiel für intellektuell-materiell gemischte Leistungen	90
II.	Konkretisierung in den Revisionsbestimmungen	91
1.	Die Aufnahme der Abbrucharbeiten in Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 VE-ZGB bzw. Entwuf-ZGB	92
a)	Die Frage nach der Voraussetzung eines funktionalen Zusammenhangs zur Erstellung oder Veränderung eines Bauwerks	92
b)	Den Abbrucharbeiten ähnliche Bauleistungen als künftig pfandgeschützte Leistungen (Entsorgungsarbeiten, Ausgrabungen und Terrassierungen)	95
2.	Die Unmittelbarkeit der Leistungen nach VE-ZGB	96

III. Nicht geschützte Bauleistungen	98
1. Intellektuelle Bauleistungen	98
2. Reine Materiallieferungen	99
3. Erstellung von Baustelleninstallationen	100
a) Rechtsprechung des Bundesgerichts – BGE 131 III 300 ff.	100
b) Kontroverse Lehrmeinungen und kantonale Rechtsprechung	101
c) Eigene Meinung zur Diskussion um den Pfandrechtschutz beim Gerüstbau	103
4. Herstellung und Lieferung von Fahrnisbauten und Zugehör	104
a) Fahrnisbauten	104
b) Zugehör	105
5. Abgrenzung: nicht pfandberechtigte Schadenersatzansprüche	106
IV. Ergänzungsvorschläge und deren Formulierungen	106
1. Voraussetzung der direkten Wertvermehrung am Baugrundstück	106
2. Ersetzen der Terminologie „Bauten oder andern Werken“	109
§ 5 Mit dem Bauhandwerkerpfandrecht zu belastende Grundstücke	111
I. Grundsätzliches zum pfandbelasteten Grundstück	111
1. Gegenstand des Pfandrechts	111
2. Umfang der Pfandhaft	112
II. Die Problematik bei Gesamtüberbauungen	112
III. Das Pfandobjekt bei dienstbarkeitsbelasteten Grundstücken	114
1. Das Pfandobjekt bei Personaldienstbarkeiten	114
a) Das Pfandobjekt bei Bauten aufgrund eines Baurechts	114
aa) Das Pfandobjekt bei Bauten aufgrund eines selbständigen Baurechts	115
bb) Das Pfandobjekt bei Bauten aufgrund eines unselbständigen Baurechts	116
b) Das Pfandobjekt bei Grundstücken, die mit anderen Personaldienstbarkeiten belastet sind	117
2. Das Pfandobjekt bei Grunddienstbarkeiten	119
a) Das Pfandobjekt bei Bauten aufgrund eines unselbständigen Baurechts	119
b) Das Pfandobjekt bei Grundstücken, die mit anderen Grunddienstbarkeiten belastet sind	120
3. Fazit	121
IV. Grundsatz der Unpfändbarkeit von Grundstücken im Verwaltungsvermögen	122
1. Aktuelle Rechtslage	122
a) Unterscheidung zwischen Grundstücken im Finanz- und Verwaltungsvermögen	122
b) Rechtsprechung des Bundesgerichts und die Kontroverse in der Lehre um das Vorliegen einer Gesetzeslücke	124
2. Keine Änderung der Rechtslage nach der Teilrevision	126
3. Art. 839 Abs. 4 Entwurf-ZGB als vorläufiger Rechtsschutz der Baugläubiger	127

4. Fazit	128
§ 6 Das Pfandobjekt beim gemeinschaftlichen Eigentum im Speziellen	129
I. Die Belastung eines im Gesamteigentum stehenden Grundstücks	129
II. Die Belastung eines im Miteigentum stehenden Grundstücks	130
III. Die Belastung eines zu Stockwerkeigentum aufgeteilten Grundstücks	131
1. Das Pfandrecht für Bauleistungen ausschliesslich an Gebäudeteilen im Sonderrecht	132
2. Das Pfandrecht für Bauleistungen an gemeinschaftlichen Teilen	132
3. Das Pfandobjekt bei Bauleistungen an Räumen im Sonderrecht und an gemeinschaftlichen Bauteilen	134
4. Teil Exkurs: Weitere in den Revisionsbestimmungen vorgesehene Änderungen im Zusammenhang mit dem Bauhandwerkerpfandrecht	137
§ 1 Änderung von Art. 839 Abs. 3 ZGB unter Beibehaltung der Dreimonatsfrist gemäss Abs. 2 von Art. 839 ZGB	139
I. Redaktionelle Anpassung	139
II. Diskussion um die Dauer der Frist zur Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts	140
§ 2 Zwingender Gerichtsstand für Klagen auf Eintragung beschränkter dinglicher Rechte	141
5. Teil Schlussbetrachtung	143
§ 1 Frühere Revisionsversuche	145
§ 2 Abschliessende Bemerkungen	148
Anhang	151
I. Bestehender Gesetzeswortlaut von Art. 837 ZGB	151
II. Relevante Bestimmungen im VE-ZGB	152
III. Relevante Bestimmungen im Entwurf-ZGB	153
IV. Formulierungsvorschlag für einen neuen Bauhandwerkerpfandrechtsartikel (Art. 837 ^{bis} ZGB)	154