Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Der Bundesrat

Bern, den 13. August 2025

Ausgewogeneres Bauhandwerkerpfandrecht

Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats 19.4638 Caroni vom 20. Dezember 2019

1 Ausgangslage ... 4
2 Das Postulat 19.4638 Caroni «Ausgewogeneres Bauhandwerkerpfandrecht» ... 5
3 Politische Bemühungen zur Anpassung des Bauhandwerkerpfandrechts ... 6
3.1 Allgemeine Entwicklung seit den 1980er Jahren ... 6
3.2 Motion 98.3362 der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates ... 6
3.3 Vorschläge im Rahmen der Teilrevision des Immobiliarsachenrechts (2009) ... 6
3.3.1 Vorschlag im Vorentwurf vom März 2004 ... 7
3.3.2 Antrag von Nationalrat Philipp Müller ... 7
3.3.3 Antrag von Ständerat This Jenny ... 8
3.3.4 Antrag von Nationalrat Caspar Baader ... 8
3.4 Motion 17.4079 Burkart «Praxistaugliches Bauhandwerker-Pfandrecht. Recht des Eigentümers auf die Stellung einer Ersatzsicherheit konkretisieren» ... 8
3.5 Im Rahmen der Vernehmlassung zur Revision des Obligationenrechts (Baumängel) gestellte Fragen zum Postulat 19.4638 CARONI ... 9
3.5.1 Einleitung und Fragestellung ... 9
3.5.2 Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens ... 9
4 Geprüfte Änderungsmöglichkeiten ... 10
4.1 Überblick über die Lehrmeinungen ... 10
4.2 Rechtsgutachten und Regulierungsvorschläge von Professor Rey ... 11
4.2.1 Einleitung ... 11
4.2.2 Vorschlag 1: Erkennbarkeit des Beizugs von Subunternehmen als Voraussetzung für den Pfandeintragungsanspruch ... 11
4.2.3 Vorschlag 2: Informationsobliegenheit der Subunternehmerschaft ... 12
4.2.4 Vorschlag 3: Informationspflicht der Subunternehmerschaft und Ablehnungsrecht der Grundeigentümerschaft ... 13
4.2.5 Vorschlag 4: Partieller Ausschluss des Pfandeintragungsanspruchs (mangels Zustimmung der Grundeigentümerschaft, Ablehnung der Untervergabe oder der doppelten Untervergabe) ... 13
4.2.6 Vorschlag 5: Sicherstellungs- und Direktzahlungsrecht der Grundeigentümerschaft ... 14
4.3 Weitere geprüfte Optionen ... 15
4.3.1 Informationspflicht und Schadenersatz ... 15
4.3.2 Reine Informationspflicht (ohne spezifische Androhung von Schadenersatz) ... 18
4.3.3 Direktzahlungsrecht der Grundeigentümerschaft mit befreiender Wirkung gegenüber der Unternehmerin oder dem Unternehmer ... 18
5 Stellungnahme des Bundesrates ... 20
5.1 Einleitende Bemerkungen ... 20
5.2 Angemessene Risikoverteilung, Praktikabilität und effektiver Nutzen für die Grundeigentümerschaft als zentrale Kriterien ... 20
5.3 Zur Frage der Transparenz im Besonderen ... 21
5.4 Die Problematik des Doppelzahlungsrisikos im Besonderen ... 21
5.5 Würdigung der geprüften Optionen durch den Bundesrat ... 22
5.6 Schlussfolgerung des Bundesrates ... 23

Übersicht

Das Bauhandwerkerpfandrecht nach Artikel 839 ZGB soll die Handwerker- und Unternehmerschaft vor Zahlungsausfällen schützen. Dieses Rechtsinstitut ist seit über 100 Jahren von praktischer Bedeutung in allen Regionen des Landes.

Das Postulat beauftragt den Bundesrat, einen Bericht darüber zu erstellen, wie das Bauhandwerkerpfandrecht ausgewogener gestaltet werden könnte. Es ist Teil einer Reihe politischer Bemühungen, die seit den 1980er Jahren unternommen wurden, um dieses Rechtsinstitut zu reformieren. Bisher blieben diese Bemühungen weitgehend erfolglos, insbesondere aufgrund der sehr unterschiedlichen Meinungen über die Zweckmässigkeit einer Revision und mögliche Lösungen.

Im vorliegenden Bericht analysiert der Bundesrat verschiedene Anpassungsvorschläge aus der Politik und Wissenschaft sowie Änderungsvorschläge, die im Rahmen dieses Berichts erarbeitet wurden. Die Analyse bestätigt, dass es keine ideale Lösung gibt, die allen Bedürfnissen (Transparenz, Beseitigung des Risikos der Doppelzahlung, Schutz der Unternehmer- sowie der Handwerkerschaft vor Zahlungsausfall, Praktikabilität) vollumfänglich gerecht wird.

Die Forderung nach einer Anpassung des Bauhandwerkerpfandrechts und namentlich nach Transparenz für die Grundeigentümerschaft über den Einsatz von Subunternehmen ist nachvollziehbar. Jede Anpassung zugunsten der Grundeigentümerschaft dieses Instituts muss jedoch nach Ansicht des Bundesrates im Ergebnis drei Aspekte gewährleisten: Erstens eine angemessene Risikoverteilung, damit Sinn und Zweck des Bauhandwerkerpfandrechts nicht ausgehöhlt werden. Als schwächstes Glied in der Kette müssen die Handwerkerinnen oder Handwerker sowie die Unternehmerschaft, die die Arbeit selbst verrichten, geschützt werden. Zweitens muss eine Anpassung des Bauhandwerkerpfandrechts im Ergebnis so praktikabel wie möglich sein. Sie darf also weder zu übermässigen administrativen oder finanziellen Belastungen für Handwerkerinnen oder Handwerker sowie für Bauunternehmen, noch zu unnötigen Verzögerungen auf den Baustellen führen. Und drittens muss sie der Grundeigentümerschaft auch einen effektiven Nutzen bringen.

Auf der Grundlage dieser Analyse kommt der Bundesrat zum Schluss, dass alle untersuchten Optionen die Komplexität des Bauhandwerkerpfandrechts erheblich erhöhen, ohne jedoch alle der genannten Kriterien der angemessenen Risikoverteilung, der Praktikabilität und des effektiven Nutzens für die Grundeigentümerschaft zu erfüllen. Die Analyse zeigt, dass die geprüften Lösungen zwar insbesondere hinsichtlich der Transparenz Verbesserungen für die Grundeigentümerschaft bringen können. Diese stehen jedoch in keinem positiven Verhältnis zu den damit verbundenen Nachteilen, welche die Unternehmen und die beigezogene Subunternehmerschaft treffen (z.B. Verlust des Anspruchs auf Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts, administrativer Mehraufwand, Unsicherheit betreffend den Bestand von Verträgen mit der Subunternehmerschaft). Hinzu kommt, dass das Doppelzahlungsrisiko nicht vollständig beseitigt werden kann und die Grundeigentümerschaft schon jetzt über Möglichkeiten verfügt, die Risiken zu begrenzen, sei dies über vertragliche Vereinbarungen oder auch durch die direkte Bezahlung der Subunternehmen. Eine Verbesserung der Situation der Grundeigentümerschaft konnte zudem bereits mit der 2024 verabschiedeten Revision des Obligationenrechts (Baumängel) erzielt werden. Damit wird die Leistung von Sicherheiten durch die Grundeigentümerschaft im Sinne von Artikel 839 Absatz 3 ZGB erleichtert. Aus all diesen Gründen hält der Bundesrat eine weitere Anpassung des Bauhandwerkerpfandrechts nicht für angezeigt.

1 Ausgangslage

Artikel 839 ZGB gewährt Handwerkern und Unternehmerinnen und Unternehmern, die auf einer Baustelle gearbeitet haben, ein Grundpfandrecht in Form eines gesetzlichen Pfandrechts am Baugrundstück. Dieses Pfandrecht soll die Handwerkerinnen oder Handwerker und die Unternehmerschaft vor einem Zahlungsausfall schützen. Darüber hinaus entfaltet das Pfandrecht eine präventive Wirkung, indem es für die Grundeigentümerschaft einen Anreiz schafft, ihren Zahlungsverpflichtungen nachzukommen.

Gemäss Artikel 839 ZGB steht das gesetzliche Pfandrecht «Handwerkern und Unternehmern» zu, wobei das Recht der Subunternehmerinnen oder Subunternehmer nicht ausdrücklich erwähnt wird. Das Bundesgericht anerkennt seit 1913 in ständiger Rechtsprechung[1] das Recht der Subunternehmerschaft auf Eintragung eines gesetzlichen Bauhandwerkerpfandrechts. Im Rahmen der Teilrevision des Immobiliarsachenrechts in den Jahren 2007–2009 bot sich dem Gesetzgeber die Gelegenheit, das Recht der Subunternehmen auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu erörtern. Er hat sich dabei zwar für die Beibehaltung der Anspruchsberechtigung der Subunternehmerinnen oder Subunternehmer ausgesprochen, jedoch auf eine ausdrückliche Regelung und Anpassung des Wortlauts der Bestimmung verzichtet.[2]

Dass über das Bauhandwerkerpfandrecht auch den Subunternehmerinnen oder Subunternehmern ein eigenständiger Anspruch auf Pfanderrichtung zusteht, obwohl sie mit der Grundeigentümerschaft in keinerlei Vertragsverhältnis stehen, ist eine Besonderheit der schweizerischen Rechtspraxis.

Das Bauhandwerkerpfandrecht wurde mit dem Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches am 1. Januar 1912 in die schweizerische Rechtsordnung eingeführt. Zuvor existierte es bereits in den kantonalen Rechtsordnungen von Genf und des Berner Juras. Das Bauhandwerkerpfandrecht wurde vor allem aus Anlass der Ausdehnung der Städte und des damit verbundenen «Bauschwindels» von verschiedener Seite gefordert. Namentlich in Basel, Zürich und Bern hatten Spekulanten verschiedene Vorkehren getroffen, um unentgeltlich in den Besitz eines Hauses zu gelangen, d.h. ohne die Handwerkerinnen oder Handwerker sowie die Unternehmerschaft zu bezahlen.[3] Das Bauhandwerkerpfandrecht wurde zum Schutz der Handwerkerinnen oder Handwerker und der Bauunternehmerschaft geschaffen. Denn sie sind grundsätzlich die schwächere Partei, da sie damals wie heute ihre Leistungen erbringen, bevor sie bezahlt werden.

Seit der landesweiten Einführung des Bauhandwerkerpfandrechts hat die Komplexität im Bauwesen zugenommen. So sind die Baustellen grösser geworden und es werden häufiger Subunternehmen beigezogen. Mit der wachsenden Anzahl von Akteurinnen und Akteuren auf einer Baustelle und somit von Anspruchsberechtigten auf das Bauhandwerkerpfandrecht sind auch die Risiken für die Grundeigentümerschaft gestiegen. Ungeachtet der zunehmenden Komplexität im Bausektor ist die Gesetzesnorm zum Bauhandwerkerpfandrecht jedoch nahezu unverändert geblieben. Trotz mehrerer Anläufe seit den 1980er Jahren wurde die einzige Änderung (insbesondere die Verlängerung der Eintragungsfrist auf vier Monate) im Rahmen der am 1. Januar 2012 in Kraft getretenen Teilrevision des ZGB vorgenommen, deren Kerninhalt die Einführung des Registerschuldbriefs war.

---

[1] BGE 39 II 205 E. 8.

[2] Im Parlament war der Vorschlag zur Einführung eines gesetzlichen Forderungspfandrechts anstelle des gesetzlichen Grundpfandrechts zur Sicherung der Forderungen von Subunternehmerinnen oder Subunternehmern heftig umstritten (BBl 2007 5292).

[3] REBER / HURNI, Berner Kommentar, Band II, Materialien zum Zivilgesetzbuch, Bern 2007, N. 1841.

Heute kommt dem Bauhandwerkerpfandrecht in allen Landesteilen eine erhebliche praktische Bedeutung zu. So wurden beispielsweise im Jahr 2022 im Kanton Genf 225 provisorische Bauhandwerkerpfandrechte eingetragen, 267 im Kanton Waadt, 409 im Kanton Tessin, 84 im Kanton Bern, 119 im Kanton Aargau, 22 im Kanton Luzern und 43 im Kanton Solothurn.[4]

2 Das Postulat 19.4638 Caroni «Ausgewogeneres Bauhandwerkerpfandrecht»

Der Ständerat hat das Postulat 19.4638 Caroni «Ausgewogeneres Bauhandwerkerpfandrecht» am 4. März 2020 angenommen. Es beauftragt den Bundesrat, «in einem Bericht darzulegen, wie das Bauhandwerkerpfandrecht (Art. 837 ff. ZGB) angepasst werden könnte, um das Verhältnis zwischen Bauherren und Subunternehmern ausgewogener zu regeln. Zu prüfen ist insbesondere eine "Transparenzlösung", wonach das Pfandrecht nur für Leistungen greift, die erbracht wurden, nachdem der Bauherr[5] vom Subunternehmer Kenntnis haben konnte.»

Das Postulat wird wie folgt begründet:

«Das Bauhandwerkerpfandrecht (Art. 837 ff. ZGB) schützt die finanziellen Interessen von Bauunternehmern, indem es ihnen zur Sicherung ihrer Werklohnforderung ein gesetzliches Pfandrecht am betroffenen Grundstück einräumt.

Für den Bauherrn bedeutet dieses Pfandrecht aber ein enormes Risiko, namentlich, wenn sein Bauunternehmer Subunternehmer beizieht. Wenn er nämlich den Unternehmer bezahlt, dieser aber die Subunternehmer nicht, so haftet der Bauherr mit seinem Grundstück dennoch und ist faktisch gezwungen, den Werklohn ein zweites Mal zu zahlen. Für manche Bauherrschaft kann das den Ruin bedeuten bzw. den Zwang, das eigene Haus zu verkaufen.

Dabei ist es für den Bauherrn – anders als in anderen Rechtsordnungen – unmöglich, dieses Risiko griffig abzusichern. Er haftet nämlich nicht nur für Subunternehmer, die er kennt und akzeptiert hat, sondern sogar für unrechtmässig beigezogene Subunternehmer bzw. auch solche, von denen er gar nichts weiss bzw. wissen kann. Zudem haftet er pfandrechtlich auch gegenüber ganzen Ketten von Subunternehmern. Im Vergleich dazu ist die Position des Eigentümers, dessen Mieter ein Bauunternehmen beizieht, viel stärker, denn das Pfandrecht greift dort nur, sofern der Vermieter dem Bauvorhaben zugestimmt hat (Art. 837 Abs. 2 ZGB).

In einem Bericht soll der Bundesrat dieses Problem im Einzelnen ausleuchten und Optionen zur Verbesserung vorschlagen. Zu prüfen ist insbesondere eine "Transparenzlösung" (das Pfandrecht des Subunternehmers greift nur bei Leistungen, die erbracht wurden, nachdem der Bauherr vom Subunternehmer Kenntnis haben konnte). Ziel ist es, den grundsätzlichen Schutz des Bauhandwerkers zu wahren und gleichzeitig den Bauherrn gegenüber durch ihn nicht kontrollierbaren Subunternehmerverhältnissen zu stärken.»

[4] Diese Zahlen stammen von den Grundbuchämtern.

[5] Die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts wirkt sich in erster Linie auf die Grundeigentümerin oder den Grundeigentümer des betroffenen Grundstücks aus. Diese oder dieser hat folglich auch das primäre Interesse an möglichen Schutzmassnahmen bzw. an Anpassungen des Bauhandwerkerpfandrechts. Die Bauherrschaft ist nicht immer identisch mit der Grundeigentümerschaft. Aus diesem Grund wird in diesem Bericht der Begriff der Grundeigentümerschaft verwendet.

3 Politische Bemühungen zur Anpassung des Bauhandwerkerpfandrechts

3.1 Allgemeine Entwicklung seit den 1980er Jahren

Wie bereits erwähnt, stand das Bauhandwerkerpfandrecht seit den achtziger Jahren im Zentrum zahlreicher politischer Diskussionen; insbesondere wurde in mehreren parlamentarischen Vorstössen dessen Anpassung gefordert. Erörtert wurden dabei zahlreiche Aspekte des Bauhandwerkerpfandrechts, namentlich der Kreis der Begünstigten (Subunternehmen), die Frist zur Eintragung des Pfandrechts, das Doppelzahlungsrisiko oder die Transparenz hinsichtlich des Bestehens von Subunternehmerverhältnissen.

Es wurden mehrere Anläufe für eine Revision unternommen, die jedoch allesamt scheiterten. So zum Beispiel das Postulat 83.360 von HANS SCHÄRLI «Bauhandwerkerpfandrecht. Revision der Gesetzgebung» vom 10. März 1983, mit welchem der Verfasser den Bundesrat aufforderte, das Institut den aktuellen Gegebenheiten anzupassen. Zu erwähnen ist ferner die parlamentarische Initiative 97.439 von TONI BORTOLUZZI vom 9. Oktober 1994. Der Initiant schlug vor, die Frist für die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts von drei auf sechs Monate zu verlängern, wobei der Fristenlauf nach Abschluss des Werkes beginnen sollte (anstatt nach Beendigung der einzelnen Arbeiten). Sie wurde am 10. Juli 1998 zurückgezogen.

Auf die weiteren, im Laufe der Jahre gemachten Vorschläge wird in den nachfolgenden Abschnitten (Ziff. 3.2 ff.) eingegangen.

3.2 Motion 98.3362 der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates

Am 7. Juli 1998 reichte die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates ihrerseits die Motion 98.3362 ein, mit welcher sie den Bundesrat beauftragte, «[...] insbesondere folgende Probleme zu prüfen: Verlängerung der Frist, Beginn der Frist, Kreis der Berechtigten (Unterakkordanten, Generalunternehmer), Werkbegriff, Sicherstellung, Bauhandwerkerpfandrecht bei öffentlichen Werken, Pfandordnung und Pfandverwirkung. Der Bundesrat hat die nötigen gesetzlichen Anpassungen vorzuschlagen.»

Am 16. September 1998 beantragte der Bundesrat die Annahme der Motion, die nach der Gutheissung durch den Nationalrat am 2. Juni 1999 in Form eines Postulats beider Räte überwiesen wurde.

Der Bundesrat beschloss, die von dieser Motion geforderten Änderungen in die 2009 durchgeführte Teilrevision des Immobiliarsachenrechts aufzunehmen. Die Vorschläge, die in diesem Rahmen insbesondere vom Bundesrat in seinem Vorentwurf im Jahr 2004 formuliert wurden, werden im Folgenden eingehender erläutert (Ziff. 3.3.1).

3.3 Vorschläge im Rahmen der Teilrevision des Immobiliarsachenrechts (2009)

Anlässlich der Teilrevision des Immobiliarsachenrechts[6] im Jahr 2009 wurde eine Revision der Bestimmungen zum Bauhandwerkerpfandrecht in Betracht gezogen. In der parlamentarischen Beratung kamen die Probleme im Zusammenhang mit der Transparenz und dem Doppelzahlungsrisiko zur Sprache, woraufhin drei Vorstösse eingereicht wurden. Keiner dieser Vorschläge wurde 2009 weiterverfolgt. Da sie jedoch weiterhin aktuell sind, sollen sie an dieser Stelle erneut dargestellt werden.

---

[6] 07.061, ZGB. Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht; Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht) vom 27. Juni 2007 (BBl 2007 5283).

3.3.1 Vorschlag im Vorentwurf vom März 2004

Den ersten Vorschlag zu dieser Teilrevision hat der Bundesrat im Vorentwurf vom März 2004 unterbreitet[7]. Der Vorschlag zum neuen Artikel 841 ZGB lautete wie folgt:

«[1]Die Subunternehmer haben zur Sicherung ihrer Forderungen für das von ihnen gelieferte Material und die geleistete Arbeit oder für die Arbeit allein einen Pfandrechtsanspruch an der Forderung des Handwerkers oder Unternehmers, der sie beauftragt hat, gegenüber dessen Vertragspartner; die Pfandrechte der Subunternehmer an der gleichen Forderung stehen untereinander im gleichen Rang.

[2] Das Pfandrecht entsteht mit der Notifikation gegenüber dem Schuldner der zu verpfändenden Forderung. Der Pfandrechtsanspruch ist spätestens drei Monate nach der Vollendung der Arbeit geltend zu machen.

[3] Unterlässt es ein Handwerker oder Unternehmer, die vorläufige Eintragung des Pfandrechts geltend zu machen, so ist jeder Subunternehmer dazu berechtigt.»

Der Vorschlag, den Subunternehmerinnen oder Subunternehmern ein Pfandrecht an der Forderung der Hauptunternehmerschaft[8] (Abs. 1) zu gewähren, wurde im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens sowohl im Grundsatz als auch bezüglich der konkreten Ausgestaltung von breiten Kreisen kritisiert.[9] So wurde diesem Vorschlag vorgeworfen, ein elementares Sicherungsinstrument für kleine und mittlere Unternehmen (KMU) auszuhöhlen, vor allem da die Subunternehmerschaft zur Wertschöpfung beiträgt und das schwächste Glied in der Kette bildet. Daher wurde dieser Ansatz in der Folge nicht mehr weiterverfolgt.

3.3.2 Antrag von Nationalrat Philipp Müller

Anlässlich der Sondersession im April 2009 unterbreitete Nationalrat Philipp Müller einen Antrag mit folgendem Wortlaut:

«Der Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechtes zugunsten von Subunternehmern ist nur möglich, wenn der Subunternehmer bei Auftragsübernahme den Grundstückeigentümer oder den Bauherrn schriftlich darüber informiert und der Grundstückeigentümer oder der Bauherr die Auftragsübergabe an den Subunternehmer nicht ausdrücklich ablehnt.»[10]

Der Antrag wurde zunächst mit 172 zu 4 Stimmen[11] angenommen, letztendlich jedoch unter anderem wegen seiner Formulierung abgelehnt, da die Begriffe «Subunternehmer» und «Grundstückeigentümer» dem Zivilgesetzbuch fremd sind. Die Kritik richtete sich dabei insbesondere gegen die explizite Nennung der Bauherrschaft und der Grundstückeigentümerin oder des Grundstückeigentümers. Befürchtet wurde, dass durch diese Formulierung Zweifel daran aufkommen könnten, wem die eigentliche Entscheidungsbefugnis zukommt. Auch die Voraussetzung, dass eine Ablehnung ausdrücklich von der Bauherrschaft geäussert werden müsse, lasse offen, in welcher Form diese erfolgen soll oder welche Beweismöglichkeiten bestehen. Dies sei der Rechtssicherheit abträglich. Schliesslich wurde bemängelt, dass der

---

[7] www.bj.admin.ch > Wirtschaft > Laufende Rechtsetzungsprojekte > Abgeschlossene Rechtsetzungsprojekte > Teilrevision des Immobilarsachen- und Grundbuchrechts.

[8] Der Begriff des «Hauptunternehmers» ist im geltenden Recht nicht gebräuchlich. In diesem Bericht ist darunter jene Unternehmerin oder jener Unternehmer zu verstehen, die oder der mit der Grundeigentümerschaft in einer vertraglichen Beziehung steht und unter der oder dem sich eine Kette von Subunternehmerinnen oder Subunternehmern bilden kann. Der Begriff ist bewusst weit gefasst, um alle vertraglichen Möglichkeiten einzuschliessen (z.B.: General-, Totalunternehmervertrag, Überwachung der Bauarbeiten usw.).

[9] Zusammenfassung der Vernehmlassung zur Teilrevision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Immobilarsachen- und Grundbuchrecht), Bundespublikationen, 3003 Bern.

[10] Amtliches Bulletin, Protokoll der Session des Nationalrates vom 27. April 2009, S. 622.

[11] Amtliches Bulletin, Protokoll der Session des Nationalrates vom 27. April 2009, S. 626.

Antrag die Frage nach dem Schicksal des Subunternehmervertrags nicht beantwortet, falls die Bauherrschaft die Subunternehmerschaft ablehnt oder ihre Zustimmung verweigert.[12]

3.3.3 Antrag von Ständerat This Jenny

In der Folge reichte Ständerat This Jenny während der Herbstsession 2009 des Ständerats einen Antrag mit folgendem Wortlaut ein:

«Der Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts zugunsten von Subunternehmern setzt voraus, dass der Grundeigentümer dem Vertragsabschluss zwischen dem Unternehmer und dem Subunternehmer schriftlich zugestimmt hat.»[13]

Der Antrag wurde mit 111 zu 67 Stimmen abgelehnt.[14] Es wurden verschiedene Kritikpunkte geäussert, insbesondere dass im Zivilgesetzbuch ungebräuchliche Begriffe wie «Subunternehmer» eingeführt werden sollten oder dass nicht geregelt sei, was mit dem Unterakkordantenvertrag geschehen sollte, falls die Bauherrschaft die Subunternehmerin oder den Subunternehmer ablehnen oder ihre Zustimmung verweigern sollte.[15]

3.3.4 Antrag von Nationalrat Caspar Baader

Schliesslich reichte Nationalrat Caspar Baader in der Wintersession 2009 des Nationalrats einen Antrag mit folgendem Wortlaut ein:

«Zur Abwendung der Eintragung eines gesetzlichen Grundpfandrechts durch einen Subunternehmer kann der Grundeigentümer vom Unternehmer verlangen, dass dieser eine hinreichende Sicherheit (im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB) leistet. Kommt der Unternehmer seiner Pflicht nicht nach, ist der Grundeigentümer berechtigt, den Subunternehmer mit befreiender Wirkung gegenüber dem Unternehmer direkt zu bezahlen.»[16]

Der Antrag wurde in der ersten Abstimmung mit 111 zu 67 Stimmen angenommen, in der zweiten Abstimmung am Ende jedoch mit 80 zu 100 Stimmen abgelehnt.[17] Insbesondere wurde bemängelt, dass sich der Antrag nur auf das Dreiecksverhältnis «Grundeigentümer – Bauunternehmer – Subunternehmer» beziehe und die Frage offenlasse, ob die Grundeigentümerschaft auch vor den Ansprüchen auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts von nachgelagerten Subunternehmen geschützt werden solle. Des Weiteren werde im ersten Teil des Satzes «[z]ur Abwendung der Eintragung eines gesetzlichen Grundpfandrechts durch einen Subunternehmer» nicht präzisiert, ab wann, bis wann und unter welchen Bedingungen die Grundeigentümerschaft die Sicherheit verlangen kann. Nicht zu überzeugen vermochte ausserdem die Absicht, mit «Subunternehmer» einen neuen Begriff ins Zivilgesetzbuch aufzunehmen.

3.4 Motion 17.4079 Burkart «Praxistaugliches Bauhandwerker-Pfandrecht. Recht des Eigentümers auf die Stellung einer Ersatzsicherheit konkretisieren»

Schliesslich beauftragte die am 13. Dezember 2017 von Thierry Burkart eingereichte Motion 17.4079 «Praxistaugliches Bauhandwerker-Pfandrecht. Recht des Eigentümers auf die Stellung einer Ersatzsicherheit konkretisieren» den Bundesrat, im Rahmen der Arbeiten zur Revision des Bauvertragsrechts die Bestimmungen des Zivilgesetzbuches (ZGB) zum

---

[12] Amtliches Bulletin, Protokoll der ersten Sitzung der April-Sondersession 2009 des Nationalrates vom 27. April 2009, S. 609 ff.
[13] Amtliches Bulletin, Protokoll der neunten Sitzung der Herbstsession 2009 des Ständerates vom 22. September 2009, S. 938.
[14] Amtliches Bulletin, Protokoll der vierten Sitzung der Wintersession 2009 des Nationalrates vom 26. November 2009, S. 1958.
[15] Amtliches Bulletin, Protokoll der neunten Sitzung der Herbstsession 2009 des Ständerates vom 22. September 2009, S. 938 ff.
[16] Amtliches Bulletin, Protokoll der vierten Sitzung der Wintersession 2009 des Nationalrates vom 26. November 2009, S. 1952.
[17] Amtliches Bulletin, Protokoll der vierten Sitzung der Wintersession 2009 des Nationalrates vom 26. November 2009, S. 1958.

Bauhandwerkerpfandrecht dahingehend zu konkretisieren, dass das Recht der Grundeigentümerschaft, eine Ersatzsicherheit zu stellen, wieder die Bedeutung erlangt, die ihm vom Gesetzgeber zugedacht worden ist.

Der Motionär begründete die Notwendigkeit dieser Präzisierung hauptsächlich damit, dass es mit der geltenden Praxis für die Eigentümerschaft unmöglich sei, die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts durch die Leistung von Sicherheiten zu verhindern. In Artikel 839 Absatz 3 ZGB stehe, dass die Eigentümerin oder der Eigentümer die Eintragung vermeiden kann, wenn sie oder er «hinreichende Sicherheit leistet». Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts[18] seien Sicherheiten «hinreichend», wenn sie qualitativ und quantitativ die gleiche Sicherheit bieten wie das Bauhandwerkerpfandrecht. Da Verzugszinsen zeitlich nicht limitiert seien (Art. 104 ZGB) müsse dementsprechend die Ersatzsicherheit eine zeitlich bzw. quantitativ nicht limitierte Sicherheit bieten. Eine Bankgarantie, die zwar den Kapitalbetrag, nicht aber die zeitlich unlimitiert geschuldeten Verzugszinsen abdecke, erfülle nach der Praxis des Bundesgerichts die Anforderungen somit nicht. Da die Höhe der Sicherheiten folglich nicht bestimmt werden könne, sei es in der Praxis nahezu unmöglich, das Bauhandwerkerpfandrecht durch eine Bankgarantie oder dingliche Sicherheiten zu ersetzen.

Nach Annahme der Motion hat der Bundesrat anlässlich der Revision des Obligationenrechts (Baumängel; BBl 2022 2744, Geschäft des Bundesrates 22.066) folgende Änderung von Artikel 839 Absatz 3 ZGB vorgeschlagen:

«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.»

Nachdem der Nationalrat zunächst entschieden hatte, dass die Höhe der Sicherheiten einer Dauer von fünf Jahren entsprechen muss, folgte er schliesslich dem Antrag des Bundesrates (in der Sitzung vom 12. September 2024). Das Parlament hat das Geschäft am 20. Dezember 2024 verabschiedet. Die angepasste Bestimmung wird am 1. Januar 2026 in Kraft treten.

3.5 Im Rahmen der Vernehmlassung zur Revision des Obligationenrechts (Baumängel) gestellte Fragen zum Postulat 19.4638 CARONI

3.5.1 Einleitung und Fragestellung

Im Rahmen der im vorhergehenden Kapitel erwähnten Vernehmlassung zur Revision des Obligationenrechts (Baumängel) hat der Bundesrat die Vernehmlassungsteilnehmenden aufgrund des thematischen Zusammenhangs auch um Stellungnahme zum Postulat 19.4638 Caroni gebeten. So wurden ihnen die folgenden drei Fragen gestellt: (1) «Wie könnte das Bauhandwerkerpfandrecht angepasst werden, um das Verhältnis zwischen Bauherrschaft und Subunternehmerin oder Subunternehmer ausgewogener zu regeln (insb. bzgl. Doppelzahlungsrisiko)?» (2) «Sollte das Pfandrecht nur für Leistungen greifen, die von der Subunternehmerin oder vom Subunternehmer erbracht wurden, nachdem die Bauherrschaft von der Subunternehmerschaft Kenntnis hatte oder haben konnte?» (3) «Sehen Sie in diesem Bereich gesetzgeberischen Handlungsbedarf?».

3.5.2 Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens

In der Vernehmlassung haben die Hälfte der Kantone sowie zahlreiche weitere Teilnehmende eine Gesetzesänderung begrüsst, um das Doppelzahlungsrisiko zu beseitigen oder zumindest

[18] BGE 142 III 738 E. 4.4.2 bis 4.4.3; 121 III 445 E. 5a; 110 II 34 E. 1b.

zu verringern und um die Transparenz zu verbessern (AR, BE, FR, GE, GL, GR, JU, LU, OW, SG, TG, TI, VD; FDP, SP, GLP, Casafair, der HEV Schweiz, der Verband Schweizerischer Grundbuchverwalter [VSGV] und der Schweizerische Städteverband [SSV]).

Demgegenüber erachteten mehrere Kantone (NE, SZ, ZH, VS) sowie mehrere weitere Vernehmlassungsteilnehmende eine Revision für nicht notwendig (der FSKB, constructionromande, Bauenschweiz, die KSE, Entwicklung Schweiz, economiesuisse, die FER, die FMB, Halter AG, Holzbau Schweiz, metal.suisse, die SIA, der Schweizerische Baumeisterverband [SBMV], SVIT Schweiz, der Schweizerische Gewerbeverband [SGV] und die Schweizerische Vereinigung beratender Ingenieurunternehmungen [usic]).[19]

Die Gegnerinnen und Gegner einer Revision sind im Wesentlichen der Meinung, dass das Bauhandwerkerpfandrecht das einzige Instrument zum Schutz von Handwerkerinnen oder Handwerkern und Unternehmerschaft darstellt und die Grundeigentümerschaft über genügend Mittel zur Vermeidung des Doppelzahlungsrisikos verfügt (z.B. durch vertragliche Absicherung).

In Bezug auf die konkreten Vorschläge (Frage 1) lässt sich feststellen, dass die Zahl der möglichen Lösungen fast ebenso hoch ist wie die Anzahl der Teilnehmenden. Vorgeschlagen werden insbesondere eine Informationspflicht durch die Hauptunternehmerin oder den Hauptunternehmer (AR, BL, TI, VS), ein Einsichtsrecht für die Bauherrschaft (VD), oder die Möglichkeit einer Direktzahlung durch die Bauherrschaft (GE, JU, OW, BL, LU, CP, Union Suisse des professionnels de l'immobilier [USPI] und der Verband Schweizerischer Grundbuchverwalter [VSGV]).

Schliesslich wird die spezifische Lösung, wonach die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts an die Information der Bauherrschaft geknüpft werden soll (Frage 2), von den Kantonen AG, BL, BE, GE, GL, GR, OW, SG, VS, TI, der FDP, der SP und dem SSV unterstützt. Umgekehrt lehnen insbesondere die Kantone TG, JU, LU, ZH, constructionromande, die FER, der Fachverband der Schweizerischen Kies- und Betonindustrie (FSKB), Holzbau Schweiz, der SBMV, der Schweizerischer Maler- und Gipserunternehmer-Verband (SMGV) diese Lösung ab. Ihre Haltung begründen sie damit, dass sie die Problematik insgesamt und insbesondere jene des Doppelzahlungsrisikos, nicht zu beheben vermag.

4 Geprüfte Änderungsmöglichkeiten

4.1 Überblick über die Lehrmeinungen

Bereits seit Ende der 1970er und Anfang der 1980er Jahre drängt sich die Frage nach einer Revision des Bauhandwerkerpfandrechts auf, insbesondere um im Gesetz den zunehmend komplexen Verhältnisse auf den Baustellen (hauptsächlich durch den Einsatz von Subunternehmen) Rechnung zu tragen.

Die herrschende Lehre fordert seit vielen Jahren eine Überarbeitung des Bauhandwerkerpfandrechts. Am heftigsten kritisiert wird das Doppelzahlungsrisiko für die Grundeigentümerschaft. Selbst das Bundesgericht hat dieses als schockierend bezeichnet[20].

In jüngerer Vergangenheit bedauerte die herrschende Lehre den Umstand, dass dieses Risiko bei der Teilrevision des Immobiliarsachenrechts (2009) nicht abgeschafft wurde. Zudem ist sie

[19] Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens vom 19. April 2020 zur Revision des Obligationenrechts (Baumängel) und diesbezügliche Stellungnahmen.
[20] BGE 104 II 348 E. 3b.

der Ansicht, dass durch die Verlängerung der Eintragungsfrist und die Erweiterung des Begünstigtenkreises dieses Risiko weiter zugenommen hat.[21]

Ein Teil der Lehre bedauert ferner, dass keine Verpflichtung besteht, die Grundeigentümerschaft über den Beizug von Subunternehmen zu informieren[22].

Allerdings muss festgestellt werden, dass die Lehre kaum Lösungen für die von ihr aufgezeigten Probleme vorschlägt. Dieses Schweigen ist zwar bedauerlich, dürfte aber darauf zurückzuführen sein, dass es viele Lösungsansätze gibt, jedoch keiner davon ideal zu sein scheint.

4.2 Rechtsgutachten und Regulierungsvorschläge von Professor Rey

4.2.1 Einleitung

Nach Überweisung des Postulats Caroni an den Bundesrat wurde am 3. Juni 2022 Prof. Dr. iur. Pascal Rey mit der Erstellung eines Rechtsgutachtens beauftragt, um das Postulat in das geltende Recht einzuordnen, dessen Kernanliegen zu umreissen und darauf zugeschnittene Regulierungsideen zu unterbreiten[23].

Gestützt auf die aktuelle Lehre und die politischen Diskussionen macht der Gutachter insgesamt fünf Regulierungsvorschläge und zeigt deren Vor- und Nachteile auf. Des Weiteren achtete er darauf, die bestehende Terminologie des Zivilgesetzbuches zu verwenden, indem er etwa vermied, in seinen Regelungsvorschlägen den Begriff «Subunternehmer» einzuführen[24].

Stark vereinfacht, knüpfen die Vorschläge 1 und 2 die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts durch die Subunternehmerschaft an die Voraussetzung, dass die Grundeigentümerschaft über den Beizug einer Subunternehmerin oder eines Subunternehmers informiert wurde (Informationsobliegenheit, ansonsten Verwirkung des Eintragungsanspruchs). Vorschlag 3 sieht nicht nur die Information der Grundeigentümerschaft über die Untervergabe von Arbeiten vor, sondern gibt der Grundeigentümerschaft zusätzlich die Möglichkeit, diese im Einzelfall abzulehnen (Information und Ablehnungsrecht). Vorschlag 4 macht die Existenz des Bauhandwerkerpfandrechts von der Zustimmung der Grundeigentümerschaft zu den Arbeiten (und nicht zur konkreten Vertragsbeziehung) oder vom Fehlen eines im Vorfeld ausgesprochenen Verbots der Untervergabe durch das Hauptunternehmen abhängig. Vorschlag 5 schliesslich gibt der Grundeigentümerschaft die Möglichkeit, von der Unternehmerin oder vom Unternehmer eine Sicherheit für die Forderung der Subunternehmerschaft zu verlangen. Ausserdem kann sich die Grundeigentümerschaft von ihrer eigenen Zahlungspflicht gegenüber dem Hauptunternehmer befreien, indem sie die Forderung der Subunternehmerschaft begleicht.

4.2.2 Vorschlag 1: Erkennbarkeit des Beizugs von Subunternehmen als Voraussetzung für den Pfandeintragungsanspruch

«Der Handwerker oder Unternehmer, der sich einem anderen Handwerker oder Unternehmer zur Lieferung von Material und Arbeit oder Arbeit allein verpflichtet hat, hat Anspruch auf das

---

[21] Commentaire Romand, *Code civil II*, Pichonnaz / Foëx / Piotet (Hsg), 1. Aufl., Art. 839, N. 26 ; RAINER SCHUMACHER, *Das Bauhandwerkerpfandrecht*, 4. Aufl., N. 43 ff. (vgl. zur Gesetzesrevision 2012, 3. Aufl. N. 44 ff.); PETER GAUCH, *Der Werkvertrag*, 6. Aufl., N. 1300 ff.

[22] BK, *Zivilgesetzbuch II*, Honsell / Vogt / Geiser (Hrsg.), 4. Aufl., Art. 839/840, N. 10 ff.

[23] Zum Zeitpunkt der Mandatserteilung war Dr. iur. Pascal Rey als Senior Researcher am Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht tätig.

[24] Zur Kritik an der Einführung einer neuen Terminologie beim Bauhandwerkerpfandrecht, siehe Kapitel 3.3.2 -3.3.4.

Pfandrecht, sobald der Grundeigentümer diese Verpflichtung kennt oder kennen müsste. Für vorher erbrachte Arbeiten besteht der Anspruch nicht.»[25]

Im ersten Vorschlag des Gutachters besteht ein Anspruch der Subunternehmerschaft auf das Pfandrecht erst ab dem Zeitpunkt, in welchem die Grundeigentümerschaft Kenntnis von der Untervergabe erhalten hat bzw. hätte haben müssen (ausschlaggebend ist die Information der Grundeigentümerschaft). Die Subunternehmerschaft besitzt keinen Pfandanspruch auf Arbeiten, die sie verrichtet hat, bevor die Grundeigentümerschaft von ihrem Beizug weiss. Die Beweislast liegt bei der Subunternehmerschaft. Somit handelt es sich um eine Informationsobliegenheit der Subunternehmerin oder des Subunternehmers, ansonsten der Eintragungsanspruch (teilweise) verwirkt.

Der Gutachter betont, dass diese Regelung den Vorzug hat, dass sie der vom Verfasser des Postulats skizzierten Lösung am nächsten kommt.

Im Gegenzug nennt Prof. Rey zahlreiche Nachteile dieser Lösung, darunter die Kurzfristigkeit (schwierige Wahrnehmung der Obliegenheit bei kurzzeitigen oder kurzfristigen Arbeiten), den administrativen Aufwand und schliesslich das ungünstige Verhältnis zwischen dem geringen Vorteil für die Grundeigentümerschaft (die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts kann trotz Information nicht verhindert werden) und dem erheblichen Nachteil für die Subunternehmen (vollständiger oder teilweiser Verlust des Rechts auf Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts bei Nichtkenntnis des Subunternehmerverhältnisses seitens der Grundeigentümerschaft). Dieser Vorschlag berücksichtigt überdies nicht, dass die Grundeigentümerschaft in vielen Fällen keinen direkten Austausch mit der Subunternehmerschaft wünscht[26].

4.2.3 Vorschlag 2: Informationsobliegenheit der Subunternehmerschaft

«Der Handwerker oder Unternehmer, der sich einem anderen Handwerker oder Unternehmer zur Lieferung von Material und Arbeit oder Arbeit allein verpflichtet hat, hat den Anspruch auf das Pfandrecht, wenn er dem Eigentümer das Eingehen seiner Verpflichtung unverzüglich anzeigt.»[27]

Beim zweiten Vorschlag des Gutachtens fällt der Anspruch auf das Bauhandwerkerpfandrecht der Subunternehmerschaft dahin, wenn diese ihren Beizug nicht unverzüglich anzeigt. Wenn sie die Grundeigentümerschaft rechtzeitig, d.h. unverzüglich, informiert, steht ihr ein Pfandrecht auf sämtliche Arbeiten zu, d.h. auch auf jene, die sie vor der Information der Grundeigentümerschaft ausgeführt hat. Im Gegensatz zu Vorschlag 1 ist bei dieser Regelung nicht die Kenntnisnahme der Grundeigentümerschaft vom Subunternehmerverhältnis massgeblich, sondern die unverzügliche Information der Grundeigentümerschaft durch die Subunternehmerin oder den Subunternehmer.

Der Gutachter verweist im Wesentlichen auf die Schwächen von Vorschlag 1. Konkret handelt es sich um den administrativen Aufwand für die Subunternehmerinnen oder Subunternehmer, insbesondere um in gewissen Fällen die Identität der Grundeigentümerschaft in Erfahrung zu bringen. Hinzu kommt das ungünstige Verhältnis zwischen dem geringen Vorteil für die Grundeigentümerschaft (das Pfandrecht kann trotz der Information eingetragen werden) und dem erheblichen Nachteil für die Subunternehmerschaft (Rechtsverwirkung bei Nichtinformation). Ferner berücksichtigt auch dieser Vorschlag nicht, dass die Grundeigentümerschaft vielfach keinen direkten Kontakt mit den Subunternehmen wünscht.

---

[25] Rechtsgutachten, N. 77.
[26] Rechtsgutachten, N. 150.
[27] Rechtsgutachten, N. 88.

Im Gegenzug hebt der Gutachter hervor, dass der Vorteil dieser Lösung darin besteht, dass sie wie Vorschlag 1 weitgehend der Stossrichtung des Postulats entspricht und die Informationspflicht zudem besser erfüllt werden kann als in Vorschlag 1, insbesondere bei kurzfristigen oder kurzzeitigen Aufträgen.

4.2.4 Vorschlag 3: Informationspflicht der Subunternehmerschaft und Ablehnungsrecht der Grundeigentümerschaft

«Der Unternehmer, der sich einem anderen Unternehmer zur Lieferung von Material und Arbeit oder Arbeit allein verpflichtet hat, hat Anspruch auf das Pfandrecht, wenn er dem Grundeigentümer das Eingehen der Verpflichtung unverzüglich mitteilt und der Grundeigentümer nicht innert zehn Tagen schriftlich ablehnt. Die Ablehnung lässt die Verpflichtung unwirksam werden.»[28]

Beim dritten Vorschlag des Gutachters steht der Subunternehmerin oder dem Subunternehmer kein Pfandrecht zu, wenn sie oder er die Grundeigentümerschaft nicht unverzüglich von ihrer oder seiner Verpflichtung in Kenntnis setzt oder Letztere diese innerhalb einer Frist von zehn Tagen abgelehnt hat.[29]

Prof. Rey weist darauf hin, dass diese Lösung die Position der Grundeigentümerschaft erheblich stärkt, da sie nicht nur Transparenz über die Subunternehmerverhältnisse schafft, sondern ihr auch die Möglichkeit gibt, die Untervergabe abzulehnen. Zu den Stärken dieser Lösung zählt der Experte die Tatsache, dass sie die Hauptunternehmen dazu veranlasst, mit der Grundeigentümerschaft im Voraus zu klären, ob sie der Verpflichtung von Subunternehmerinnen oder Subunternehmern zustimmt, um unnötige Verzögerungen und Komplikationen zu vermeiden.

Die Schwächen dieser Lösung liegen laut dem Gutachter im administrativen Aufwand, insbesondere zur Feststellung der Eigentümerschaft (bspw. im Falle mehrerer Grundeigentümerinnen oder Grundeigentümer) und/oder des massgeblichen Grundstücks, in den Verzögerungen aufgrund der Bedenkzeit (und damit der Unmöglichkeit, kurzfristig Subunternehmen beizuziehen) sowie der Tatsache, dass viele Eigentümerinnen oder Eigentümer keinen Kontakt zur Subunternehmerschaft wünschen. Ein weiterer Nachteil dieser Lösung besteht nach Ansicht des Gutachters darin, dass die Grundeigentümerschaft in die Wirksamkeit des Subunternehmervertrags eingreifen kann. Dies ist dem Vertragsrecht fremd und kann zu unklaren rechtlichen Situationen führen, insbesondere wenn die Unternehmerin oder der Unternehmer die Leistungen bereits erbracht hat. Da diese Lösung die Stellung der Grundeigentümerschaft zu Ungunsten der Handwerkerinnen oder Handwerker und Unternehmerinnen oder Unternehmer merklich stärkt, wirft der Gutachter auch die Frage auf, ob dadurch die Institution des Bauhandwerkerpfandrechts nicht ausgehöhlt würde.

4.2.5 Vorschlag 4: Partieller Ausschluss des Pfandeintragungsanspruchs (mangels Zustimmung der Grundeigentümerschaft, Ablehnung der Untervergabe oder der doppelten Untervergabe)

«Für den Handwerker oder Unternehmer, der sich einem anderen Handwerker oder Unternehmer zur Lieferung von Material und Arbeit oder Arbeit allein verpflichtet hat, entfällt

---

[28] Rechtsgutachten, N. 98. Dieser Regelungsvorschlag lehnt sich einerseits an den Antrag von Nationalrat Philipp Müller und andererseits an jenen von Ständerat This Jenny an. Beide Vorschläge wurden in die parlamentarischen Debatten zur Teilrevision des Immobiliarsachenrechts im Jahr 2009 eingebracht (vgl. Rechtsgutachten, N. 100 mit Hinweisen).

[29] Bei dieser Möglichkeit liegt die Beweislast bei der Subunternehmerin oder beim Subunternehmer bezüglich der Informationspflicht und bei der Grundeigentümerin oder beim Grundeigentümer hinsichtlich der Nichtablehnung innerhalb der gesetzlichen Frist.

der Anspruch auf das Pfandrecht, wenn der Grundeigentümer den Arbeiten nicht zugestimmt oder die Verpflichtung eines anderen Unternehmers im Vorfeld untersagt hat.[30]

Für eine Lieferung von Material und Arbeit oder von Arbeit allein entfällt der Anspruch auf das Pfandrecht, wenn und solange dem Unternehmer für diese Lieferung ein anderer Handwerker oder Unternehmer verpflichtet ist.»[31]

In Vorschlag 4 des Gutachtens entfällt das Pfandrecht einer Subunternehmerin oder eines Subunternehmers in drei spezifischen Konstellationen: (1) Wenn die von der Subunternehmerschaft ausgeführten Arbeiten von der Grundeigentümerschaft nicht bestellt waren oder (2) wenn die Grundeigentümerschaft den Beizug von Subunternehmen zuvor ausdrücklich untersagt hat. Schliesslich besteht kein Pfandrecht, wenn und solange für die Arbeit bereits ein anderes Subunternehmen verpflichtet wurde (3). Mit anderen Worten hat in einer Unternehmerkette nur jene Unternehmerin oder jener Unternehmer einen Pfandeintragungsanspruch, die oder der die Arbeiten nicht untervergibt. Diese Massnahme soll Mehrfacheintragungen für dieselbe Arbeit verhindern.

In seinem Bericht betont Prof. Rey, dass diese Lösung die Stellung der Grundeigentümerschaft im Falle von unbestellten Arbeiten, bei der Verletzung vertraglicher Untervergabeverbote oder bei Mehrfacheintragungen stärkt. Ein weiterer Vorteil ist, dass sie keinen Administrativaufwand (Identifikation der Eigentümerin oder des Eigentümers oder des Zielgrundstücks) verursacht und die Arbeiten nicht verzögert.

Hingegen weist der Experte darauf hin, dass die Schwachpunkte dieser Lösung darin bestehen, dass sie nicht die vom Postulanten angestrebte Transparenz schafft. Zugleich wird das Risiko des Verlusts des Pfandrechtsanspruchs hauptsächlich auf die Subunternehmerschaft überwälzt, obwohl die Vertragsverletzungen (unbestellte Bauarbeiten, Missachtung des Untervergabeverbots usw.) von der Hauptunternehmerin oder vom Hauptunternehmer begangen werden. Die Stellung der Subunternehmen wird dadurch verschlechtert, da es für sie schwierig zu wissen ist, ob die Hauptunternehmerin oder der Hauptunternehmer den vertraglichen Verpflichtungen gegenüber der Grundeigentümerschaft nachkommt. Der Gutachter erwähnt ferner den zusätzlichen administrativen Aufwand für die Subunternehmerinnen oder Subunternehmer, da diese im Vorfeld des Vertragsabschlusses mit der Grundeigentümerschaft Kontakt aufnehmen müssen, um die Legitimität der übernommenen Arbeiten in Erfahrung zu bringen. Nur auf diese Weise können sie sich ihren Pfandrechtsanspruch sichern.

4.2.6 Vorschlag 5: Sicherstellungs- und Direktzahlungsrecht der Grundeigentümerschaft

«Von einem Handwerker oder Unternehmer, dem sich ein anderer Handwerker oder Unternehmer zur Lieferung von Material und Arbeit oder Arbeit allein verpflichtet hat, kann der Grundeigentümer jederzeit verlangen, dass er die Forderung des anderen Unternehmers hinreichend sicherstellt. Insoweit der Grundeigentümer die Forderung sicherstellt oder bezahlt, befreit ihn dies von seiner eigenen Schuld für die Lieferung.»[32]

Vorschlag 5 hebt das Pfandrecht der Subunternehmerschaft nicht auf, sondern erlaubt es der Grundeigentümerschaft, von der Hauptunternehmerin oder vom Hauptunternehmer jederzeit die Sicherstellung der Forderungen der Subunternehmen zu verlangen. Kommt diese oder dieser der Aufforderung nicht nach, kann die Grundeigentümerschaft die Subunternehmen

[30] Rechtsgutachten, N. 110.
[31] Rechtsgutachten, N. 111.
[32] Rechtsgutachten, N. 123; bei dieser Lösung liegt die Beweislast für die Leistung der Sicherstellung bei der Grundeigentümerschaft.

direkt bezahlen und sich in diesem Umfang von der eigenen Schuld bei der Hauptunternehmerin oder beim Hauptunternehmer befreien.

Gemäss Einschätzung des Gutachters stärkt diese Lösung die Stellung der Grundeigentümerschaft, indem diese vom Hauptunternehmen die Sicherstellung der Forderung der Subunternehmerin oder des Subunternehmers verlangen kann. Wird die Subunternehmerschaft nicht bezahlt, kann die Grundeigentümerschaft die Zahlung selbst vornehmen und sich so von ihrer Schuld gegenüber der Hauptunternehmerin oder dem Hauptunternehmer in dieser Höhe befreien.

Zu den Schwächen dieser Lösung zählt Prof. Rey eine mögliche Rechtsunsicherheit, die im Falle einer mangelhaften Ausführung durch die Subunternehmerin oder den Subunternehmer entstehen kann[33]. In solchen Fällen stellt sich die Frage, ob der Hauptunternehmer trotzdem den ganzen Betrag sicherstellen muss[34]. Überdies kann die Pflicht zur Sicherstellung der Forderungen der Subunternehmerschaft für die Hauptunternehmen erhebliche Zusatzkosten oder sogar Liquiditätsprobleme verursachen. Ist die Hauptunternehmerin oder der Hauptunternehmer zahlungsunfähig und bezahlt die Grundeigentümerschaft diesfalls das Subunternehmen direkt, so besteht für sie zudem das Risiko, dass sie den doppelt bezahlten Betrag infolge der Zahlungsschwierigkeiten des Hauptunternehmens nicht zurückerhält (Doppelzahlungsrisiko)[35].

4.3 Weitere geprüfte Optionen

Im Rahmen der Erarbeitung des Postulatsberichtes wurden zudem neben den Anpassungsvorschlägen aus der Politik und der Wissenschaft (siehe oben Ziff. 3.2 f. und Ziff. 4) drei weitere Optionen geprüft. Die erste sieht eine Informationspflicht unter Androhung von Schadenersatz im Falle einer Unterlassung vor. In diesem Kontext sind zwei Untervarianten denkbar: Variante (a) sieht vor, dass die Informationspflicht und die damit verbundenen Rechtsfolgen auf alle Unternehmen sowie Handwerkerinnen und Handwerker Anwendung finden, die Bauarbeiten untervergeben. In der zweiten Variante (b) sind sie nur auf die Hauptunternehmerin oder den Hauptunternehmer anwendbar[36]. Die zweite Option sieht lediglich eine gesetzliche Informationspflicht ohne Androhung von Schadenersatz vor (auch hier bestehen zwei Untervarianten: eine Informationspflicht für alle Handwerkerinnen oder Handwerker sowie Unternehmen, die Arbeiten untervergeben [Variante a] oder lediglich für die Hauptunternehmerschaft [Variante b]). Die dritte Option verbindet ein Direktzahlungsrecht der Grundeigentümerschaft mit einer teilweisen Reduktion der Forderung der Handwerkerinnen oder Handwerker oder Unternehmen, welche ihrerseits Arbeiten weiter vergeben haben.

4.3.1 Informationspflicht und Schadenersatz

Variante a: Informationspflicht für alle Handwerker und Unternehmer, die Arbeiten weitervergeben mit Schadenersatzpflicht im Unterlassungsfall

Eine Informationspflicht der Hauptunternehmerschaft und aller Subunternehmerinnen oder Subunternehmer, die ihrerseits Bauarbeiten untervergeben, unter Androhung einer möglichen Schadenersatzpflicht könnte wie folgt formuliert werden:

---

[33] Vgl. Rechtsgutachten N. 128.
[34] Rechtsgutachten, N. 128.
[35] Vgl. Rechtsgutachten, N. 128.
[36] In der Gesetzgebung ist der Begriff des Hauptunternehmers aktuell nicht gebräuchlich. Im Rahmen dieses Berichts wird darunter jener Unternehmer verstanden, welche in einer vertraglichen Beziehung mit der Grundeigentümerschaft steht und von welchem aus eine Subunternehmerkette (bzw. Subsubunternehmen etc.) entstehen kann. Der Begriff wird weit verstanden, um alle möglichen vertraglichen Beziehungen zu umfassen (z.B. Generalunternehmer, Totalunternehmer).

«Vergibt der Handwerker oder Unternehmer die Ausführung des Werkes ganz oder teilweise an einen Dritten, so hat er den Grundeigentümer davon in Kenntnis zu setzen; im Unterlassungsfall wird er schadensersatzpflichtig.»

Dieser Vorschlag verpflichtet alle Handwerker und Unternehmerinnen, die Bauarbeiten untervergeben, die Grundeigentümerschaft vom Beizug von Subunternehmen in Kenntnis zu setzen. Diese Pflicht besteht auf jeder Stufe der Unternehmenskette und trifft somit auch die Subunternehmerschaft, die ihrerseits Arbeiten weitervergibt. Die Informationspflicht gilt jedoch nicht bei einem Eigentümerwechsel während der Bauphase. Um der Informationspflicht Nachachtung zu verschaffen, könnten fehlbare Handwerkerinnen und Handwerker oder die fehlbare Unternehmerschaft zum Ersatz des der Grundeigentümerschaft entstandenen Schadens verpflichtet werden. Der Schaden könnte sich etwa aus den Zinskosten der Sicherheitsleistung, Anwaltskosten, Parteientschädigungen oder sonstigen Verfahrenskosten zusammensetzen. Es würde sich um eine zwingende Norm handeln.

Dieser Vorschlag führt insgesamt zu einer moderaten Umverteilung der Risiken: Die Stellung der Grundeigentümerschaft wird zum Nachteil der Hauptunternehmerschaft und der Subunternehmerschaft, die ihrerseits Arbeiten vergibt, gestärkt. Der Handwerkerin oder dem Handwerker sowie der Unternehmerschaft obliegt eine Informationspflicht, wie dies vom Postulanten gefordert wurde. Für das schwächste Glied in der Kette, d. h. die Subunternehmen, welche die Bauarbeiten eigenhändig ausführen, ergeben sich keine zusätzlichen Risiken oder Mehraufwand. Die drohende Schadenersatzplicht soll die Handwerkerinnen und Handwerker sowie die Unternehmerschaft, welche Arbeiten weiterdelegieren zur Einhaltung ihrer Informationspflicht anhalten. Sie haben die Möglichkeit, durch die Einhaltung ihrer Informationspflicht einer Schadenersatzzahlung zu vermeiden.

Für die Hauptunternehmerschaft sind das Risiko und der zusätzliche administrative Aufwand gering, da sie sowohl die Grundeigentümerschaft als auch ihre weiteren Vertragspartner kennt und daher ihrer Informationspflicht einfach nachkommen kann. Für die Subunternehmerinnen oder Subunternehmer, die ihrerseits Arbeiten weitervergeben, sind das Risiko und der administrative Mehraufwand hingegen grösser. Sie stehen in keiner vertraglichen Beziehung mit der Grundeigentümerschaft. Deren Identifizierung kann sich somit etwas schwieriger gestalten (z.B. bei mehreren Eigentümerinnen oder Eigentümern oder komplexen Rechtsverhältnissen wie Erbengemeinschaften oder Stockwerkeigentum) und sie müssen zusätzliche Abklärungen vornehmen.

Für die Grundeigentümerschaft ist diese Lösung insofern vorteilhafter, als sie über die Untervergabe von Arbeiten in Kenntnis gesetzt wird. Auf diese Weise lässt sich vermeiden, dass die Grundeigentümerschaft vom Pfandeintragungsanspruch einer ihr unbekannten Handwerkerin oder eines ihr unbekannten Handwerkers überrascht wird, wie dies im Postulat beschrieben wird. Dank dieser Informationspflicht kann die Grundeigentümerschaft Massnahmen ergreifen, um das Risiko der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu vermindern (z.B. Prüfung der Zahlungen, Direktzahlung der Subunternehmerschaft). Anzumerken ist jedoch, dass mit dieser Lösung das Doppelzahlungsrisiko nicht vollständig ausgeschlossen werden kann. Dies ist zum einen damit begründet, dass bei einer Zahlungsunfähigkeit des Hauptunternehmens bei diesem kein Geld zu holen ist. Zweitens bezieht sich die Schadenersatzpflicht bei dieser Lösung nur auf den im Verhältnis zur Höhe des Bauhandwerkerpfandrechts entstandenen Sekundärschaden (Zinsen, Anwaltskosten usw.); der Betrag, für den das Bauhandwerkerpfandrecht eingetragen wurde, kann hingegen nicht als Schaden geltend gemacht werden, da er keine direkte Folge der Verletzung der Informationspflicht darstellt. Schliesslich vermag die Informationspflicht als solche das Risiko der Eigentümerschaft nicht zu beseitigen, dass ihr Grundstück mit einem Bauhandwerkerpfandrecht belastet wird.

Darüber hinaus ist auf die verfahrensrechtlichen Schwierigkeiten für die Grundeigentümerschaft hinzuweisen, welche die Wiedergutmachung ihres Schadens aus der Verletzung der Informationspflicht einfordern möchte. Diese trägt nämlich die Beweislast für den Schaden, d.h. die Höhe des finanziellen Nachteils, den sie nicht erlitten hätte, wenn sie korrekt informiert worden wäre. Die relativ hohen Kosten für die Geltendmachung der vergleichsweise geringen Schadensersatzforderung könnte Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer von einer Klage abhalten. Abschliessend ist noch zu erwähnen, dass die Grundeigentümerschaft gestützt auf die allgemeinen Regeln des Schuldrechts heute schon die Möglichkeit hat, Subunternehmen direkt zu bezahlen und von den eigenen Vertragspartnern Schadensersatz zu verlangen.

Variante b: Informationspflicht (nur) für die Hauptunternehmerschaft unter Androhung von Schadenersatz

Um das Risiko und den administrativen Aufwand für die Subunternehmen zu vermindern, wäre denkbar, die Informationspflicht nur der Hauptunternehmerin oder dem Hauptunternehmer aufzuerlegen. Diese Verpflichtung könnte wie folgt formuliert werden:

«Vergibt ein Handwerker oder Unternehmer, der dem Grundeigentümer gegenüber vertraglich verpflichtet ist, die Ausführung des Werkes ganz oder teilweise an einen Dritten, hat er den Grundeigentümer davon in Kenntnis zu setzen; im Unterlassungsfall wird er dem Grundeigentümer gegenüber schadensersatzpflichtig. Die Informationspflicht gilt für die gesamte Handwerker- und Unternehmerkette.»

Die Hauptunternehmerschaft, auf welche die Pflicht zur Information der Grundeigentümerschaft beschränkt ist, hat sicherzustellen, dass sie über die Weitervergabe von Arbeiten entlang der ganzen Unternehmer- und Handwerkerkette informiert wird, und dass ihre Vertragspartner und nachfolgende Vertragsparteien entlang der Unternehmer- und Handwerkerkette bei der Weitervergabe von Arbeiten ebenfalls vertraglich eine Informationspflicht vorsehen. D.h. Informationspflichten müssten entlang der gesamten Handwerker- und Unternehmerkette vertraglich festgeschrieben sein. Wie in der vorherigen Variante verbessert sich die Stellung der Grundeigentümerschaft aufgrund der ihr von der Hauptunternehmerschaft mitgeteilten Informationen über die Weitervergabe von Arbeiten und dies auf allen Delegationsstufen. Aus Sicht der Grundeigentümerschaft weist diese Lösung im Vergleich zur Variante (a) den Vorteil auf, dass sie die Kenntnis über die Untervergabe von Bauarbeiten ausschliesslich von ihrem Vertragspartner (in diesem Fall dem Hauptunternehmen) erhält und nicht von den unter Umständen zahlreichen weiteren Unternehmen, welche entlang der ganzen Handwerker- und Unternehmenskette noch beigezogen wurden.

In Bezug auf den Administrativaufwand bringt diese Variante Vereinfachungen für die Handwerkerinnen und Handwerker am Ende der Subunternehmerkette mit sich (zu Lasten der Hauptunternehmerschaft). Sie haben lediglich eine vertragliche Informationspflicht gegenüber ihrem Vertragspartner und nicht gegenüber der Grundeigentümerschaft, die sie möglicherweise nicht kennen. Wie bereits erwähnt, erhöht sich demgegenüber der administrative Aufwand für die Hauptunternehmerschaft, da sie die Umsetzung der Informationspflicht auch von Handwerkerinnen und Handwerkern sowie Unternehmen sicherstellen muss, mit denen sie keine vertragliche Beziehung unterhält. Die Umsetzung der Informationspflicht für die Hauptunternehmerin oder den Hauptunternehmer wird sich in der Praxis tendenziell umso komplizierter gestalten, je länger die Kette der beigezogenen Handwerker und Unternehmen ist. Grundsätzlich scheint es jedoch durchaus zumutbar zu sein, von der Hauptunternehmerin oder dem Hauptunternehmer zu verlangen, dass sie oder er jederzeit den Überblick darüber hat, welche Handwerkerinnen oder Handwerker sowie

Unternehmen auf der Baustelle arbeiten, und diese Informationen an die Grundeigentümerschaft weitergibt. Zu erwähnen sind noch mögliche Schwierigkeiten, die bei einer Verletzung der Informationspflicht entlang der Handwerker- und Unternehmerkette entstehen können. In einem solchen Fall besteht die Gefahr einer Kaskade von Verfahren, die das Ziel verfolgen, den allfälligen von der Grundeigentümerschaft erlittenen Schaden auf die fehlbare Handwerkerschaft sowie die fehlbaren Unternehmen abzuwälzen.

Hinsichtlich der weiteren Schwächen sind in erster Linie die in Variante (a) aufgezählten zu nennen, nämlich das Fortbestehen des Doppelzahlungsrisikos und die verfahrensrechtlichen Schwierigkeiten zur Durchsetzung des Schadenersatzanspruchs bei einer Verletzung der Informationspflicht.

4.3.2 Reine Informationspflicht (ohne spezifische Androhung von Schadenersatz)

Die Schwierigkeit bei der praktischen Umsetzung einer Schadenersatzpflicht (wie in Option 4.3.1) könnte dafürsprechen, im Gesetz eine reine Informationspflicht für Handwerker und Unternehmer zu verankern. Diese könnte gleich formuliert werden wie die obigen Vorschläge (Kapitel 4.3.1).

Variante a: Informationspflicht für alle Handwerkerinnen oder Handwerker und Unternehmer, die Arbeiten weitervergeben

«Vergibt der Handwerker oder Unternehmer die Ausführung des Werkes ganz oder teilweise an einen Dritten, hat er den Grundeigentümer davon in Kenntnis zu setzen.»

Variante b: Reine Informationspflicht einzig für die Hauptunternehmerschaft

«Vergibt ein Handwerker oder Unternehmer, der dem Grundeigentümer gegenüber vertraglich verpflichtet ist, die Ausführung des Werkes ganz oder teilweise an einen Dritten, hat er den Grundeigentümer davon in Kenntnis zu setzen. Die Informationspflicht gilt für die gesamte Handwerker- und Unternehmerkette.»

In beiden Varianten bewirkt die Informationspflicht, dass die Grundeigentümerschaft vom Beizug einer oder mehrerer Subunternehmer (bzw. Subsubunternehmern etc.) Kenntnis hat. Sie sorgt somit für die vom Postulanten geforderte Transparenz.

Eine reine Informationspflicht könnte die Stellung der Grundeigentümerschaft durchaus verbessern. So erhält die Eigentümerschaft eine Übersicht über die auf der Baustelle tätigen Unternehmen. Damit bietet sich der Grundeigentümerschaft die Möglichkeit, aktiv zu werden, indem sie den Stand der Zahlungen überprüft und gegebenenfalls beigezogene Handwerkerinnen und Handwerker oder Unternehmen direkt bezahlt. Dadurch kann sie möglicherweise die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts verhindern.

Allerdings gilt es zu betonen, dass die Informationspflicht der Grundeigentümerschaft – selbst, wenn sie aktiv wird – keinen umfassenden Schutz bietet, weder vor der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts noch vor dem Doppelzahlungsrisiko. Wie in Ziffer 4.3.1 dargelegt, zieht die Informationspflicht für die Handwerkerinnen oder Handwerker sowie für die Unternehmerschaft zudem unweigerlich einen gewissen administrativen Aufwand nach sich. Für eine vertiefte Analyse der Vor- und Nachteile einer Informationspflicht wird auf Ziffer 4.3.1 verwiesen.

4.3.3 Direktzahlungsrecht der Grundeigentümerschaft mit befreiender Wirkung gegenüber der Unternehmerin oder dem Unternehmer

Ein Direktzahlungsrecht der Grundeigentümerschaft mit befreiender Wirkung gegenüber der Unternehmerschaft, die Arbeiten delegiert hat, könnte wie folgt formuliert werden:

«Der Grundeigentümer kann den Handwerker oder Unternehmer, dem Bauarbeiten delegiert wurden, direkt bezahlen.

Bezahlt der Grundeigentümer den Handwerker oder Unternehmer, dem Bauarbeiten delegiert wurden, direkt, vermindert sich die Forderung der Handwerker oder Unternehmer, die die Arbeiten delegiert haben, im selben Umfang.»

Diese Option gibt der Grundeigentümerschaft, die vom Subunternehmerverhältnis Kenntnis erlangt hat, die Möglichkeit, die Subunternehmen direkt zu bezahlen. Damit befreit sich die Eigentümerin oder der Eigentümer in dieser Höhe von ihrer oder seiner finanziellen Verpflichtung gegenüber dem Vertragspartner. Die weiteren Handwerker und Unternehmen entlang der Handwerker- und Unternehmerkette (soweit sie auf der Handwerker- und Unternehmerkette zwischen dem Grundeigentümer und dem direkt bezahlten Unternehmen/Handwerker positioniert sind) können in Bezug auf diesen Betrag kein Bauhandwerkerpfandrecht (mehr) geltend machen. Es würde sich um eine zwingende Norm handeln.

Wichtig ist zu erwähnen, dass die Möglichkeit der Direktzahlung durch die Grundeigentümerschaft in der Praxis bereits besteht[37]. Die Subunternehmerschaft darf sich einer entsprechenden Zahlung grundsätzlich nicht widersetzen, da ihr hierfür das Interesse fehlt (Art. 68 Abs. 1 OR). Die Grundeigentümerschaft kann der Hauptunternehmerin oder dem Hauptunternehmer gegenüber entweder die Verrechnung geltend machen (Art. 120 OR) oder den der Subunternehmerin oder dem Subunternehmer bezahlten Betrag gestützt auf die unrechtmässige Bereicherung (Art. 62 OR) zurückfordern. Da die Möglichkeit der Direktzahlung jedoch nicht allgemein bekannt ist, kann es der Klarheit und Rechtssicherheit willen angezeigt sein, sie in die Bestimmungen über das Bauhandwerkerpfandrecht aufzunehmen.

Obwohl von den besprochenen Möglichkeiten diese Option das Doppelzahlungsrisiko am stärksten minimiert, so vermag sie dieses doch nicht vollständig auszuschliessen. Dies ist darauf zurückzuführen, dass in der Praxis die Hauptunternehmerschaft von der Grundeigentümerschaft regelmässig bereits bezahlt wurde, wenn die Direktzahlung der Subunternehmen für die Grundeigentümerschaft überhaupt zum Thema wird. Hinzu kommt, dass diese Möglichkeit der Grundeigentümerschaft nur offen steht, wenn sie Kenntnis vom Beizug der Subunternehmen sowie von deren Forderungen hat. Bei einer Direktzahlung geht die Forderung im Umfang der Direktzahlung entlang der Handwerker- und Unternehmerkette unter. Werden nun entlang der Handwerker- oder Unternehmerkette einzelne Forderungen bestritten – etwa aufgrund mangelhafter Ausführung – so kann es schwieriger werden, die einzelnen Ansprüche festzustellen oder diese geltend zu machen. Ausserdem sind die Folgen einer Direktzahlung durch die Grundeigentümerschaft häufig entweder vertraglich oder durch die im Bauwesen etablierte Praxis geregelt. Sollte diese Option weiterverfolgt werden, wären die Auswirkungen der Befreiung der Grundeigentümerschaft infolge der Direktzahlungen gegenüber ihrem Vertragspartner und indirekt den anderen Unternehmen (die in der Handwerker- und Unternehmenskette vor dem direkt bezahlten Unternehmen oder dem direkt bezahlten Handwerker positioniert sind) eingehender zu prüfen.

Ebenfalls wäre denkbar, nur die Möglichkeit der Direktzahlung ins Gesetz aufzunehmen und darauf zu verzichten, die Forderungsbefreiung in entsprechender Höhe im Gesetz zu verankern. Der Nachteil der Option «Direktzahlungsrecht» besteht in jeden Fall in ihrer lediglich deklaratorischen Wirkung. Aus legistischer Sicht sind Bestimmungen mit rein informativem

---

[37] Vgl. auch zum Folgenden BGer 4C.215/2004, E. 3.2 sowie PASCAL PICHONNAZ, Comment un maître d'ouvrage peut-il payer un sous-traitant sans perdre d'argent ? Commentaire de l'arrêt du Tribunal cantonal vaudois du 16 janvier 2018, in : BR-DC 3/2018, S. 162-164 ; mit weiteren Hinweisen.

Inhalt nicht wünschenswert. Umgekehrt könnte dadurch die Grundeigentümerschaft immerhin insofern gegenüber der Hauptunternehmerschaft gestärkt werden, als vertraglich kein Direktzahlungsverbot auferlegt werden kann.

5 Stellungnahme des Bundesrates

5.1 Einleitende Bemerkungen

Wie bereits erwähnt, ist das Bauhandwerkerpfandrecht in der Baubranche von praktischer Bedeutung. Es stellt für Handwerkerinnen und Handwerker sowie für die Unternehmerschaft eine wesentliche Sicherheit und ein Druckmittel dar, um die Zahlung für die erbrachte Arbeitsleistung zu erwirken. Umgekehrt resultiert daraus für die Grundeigentümerschaft ein nicht unerhebliches Risiko (insb. Risiko einer Doppelzahlung oder langwieriger Rechtstreitigkeiten zur Löschung von Grundbucheinträgen im Zusammenhang mit dem Pfandrecht).

Das Postulat fordert, dass eine Lösung gesucht wird, um die Beziehung zwischen Grundeigentümerschaft und Subunternehmerinnen oder Subunternehmern im Rahmen des Bauhandwerkerpfandrechts ausgewogener zu gestalten. Dabei soll eine Transparenzlösung angestrebt werden, wonach ein Pfandrecht nur dann eingetragen werden kann, wenn die Grundeigentümerschaft vom Subunternehmerverhältnis Kenntnis erlangt hat. Auf jeden Fall sollte die vorgeschlagene Lösung die Grundeigentümerschaft besser schützen (auch gegen Subunternehmerverhältnisse) und gleichzeitig die Interessen der Handwerker- und Unternehmerschaft wahren.

Im Postulat wird das Doppelzahlungsrisiko der Grundeigentümerschaft zwar erwähnt, eine Lösung dieses Problems jedoch nicht ausdrücklich verlangt.

Der Bundesrat hat Verständnis für das Anliegen des Postulanten, der mehr Transparenz und eine Verringerung der Risiken, insbesondere des Doppelzahlungsrisikos der Grundeigentümerschaft, fordert. Die jahrelangen Diskussionen, die zahlreichen Vorschläge zur Revision des Bauhandwerkerpfandrechts sowie der vorliegende Bericht zeigen jedoch, dass es keine perfekte Lösung gibt, die allen Bedürfnissen gerecht wird und gleichzeitig die vom Bauhandwerkerpfandrecht beabsichtigte Schutzfunktion weiterhin gewährleistet.

5.2 Angemessene Risikoverteilung, Praktikabilität und effektiver Nutzen für die Grundeigentümerschaft als zentrale Kriterien

An einem Bauhandwerkerpfandrecht sind die Grundeigentümerschaft, Hauptunternehmen und gegebenenfalls Subunternehmen (sowie gegebenenfalls weitere nachgeordnete Subunternehmen) beteiligt. Je nach Lösung trägt die eine oder andere Partei ein grösseres Risiko, weshalb die Risikoverteilung bei der Lösungssuche ein zentrales Kriterium darstellt.

Bei einer allfälligen Revision des Bauhandwerkerpfandrechts erachtet der Bundesrat eine ausgewogene Risikoverteilung und die Wahrung eines angemessenen Schutzes der Bauhandwerkerinnen oder Bauhandwerker als prioritär. Andernfalls wäre der Zweck des Bauhandwerkerpfandrechts – nämlich die Handwerkerin oder den Handwerker als grundsätzlich schwächste Vertragspartei vor dem Zahlungsausfallrisiko zu schützen – in Frage gestellt. Deshalb darf die Stärkung der Grundeigentümerschaft in einem Subunternehmerverhältnis die Stellung der Handwerker- und Unternehmerschaft nicht unverhältnismässig schwächen.

Ein wesentliches Kriterium für eine Änderung des Bauhandwerkerpfandrechts bildet ferner die Praktikabilität der getroffenen Lösung. Letztere darf weder einen übermässigen administrativen Aufwand oder erhebliche Verzögerungen verursachen noch eine unnötige finanzielle

Belastung für den Bausektor darstellen, zum Beispiel infolge erforderlicher Sicherheitsleistungen für Unternehmen, die Arbeiten delegieren. Dies könnte zu unerwünschten Liquiditätsengpässen führen.

Schliesslich muss eine Anpassung des Bauhandwerkerpfandrechts generell der Grundeigentümerschaft einen effektiven Nutzen bringen, der in einem angemessenen Verhältnis zu allfälligen Nachteilen der Handwerker- oder Unternehmerschaft steht.

5.3 Zur Frage der Transparenz im Besonderen

Der Verfasser des Postulats verlangt ausdrücklich eine «Transparenzlösung». Unter «Transparenz» versteht er, dass das Pfandrecht nur für Leistungen greift, die erbracht wurden, nachdem die Bauherrschaft von der Subunternehmerin oder vom Subunternehmer Kenntnis haben konnte. Dieser Begriff der «Transparenz» knüpft das Bauhandwerkerpfandrecht an eine Informationspflicht. Mit anderen Worten bedeutet dies, dass das Recht der Handwerkerin oder des Handwerkers auf Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts entfällt, wenn die Grundeigentümerschaft nicht informiert wurde.

Der Bundesrat vertritt die Auffassung, dass der Transparenzbegriff auch anders aufgefasst werden kann und die Unterlassung der Information nicht den Verlust des Pfandrechtsanspruchs der Subunternehmerin oder des Subunternehmers zur Folge haben soll. Eine reine Informationspflicht bringt der Grundeigentümerschaft bereits Transparenz. Der Bundesrat stellt denn auch fest, dass der Verfasser des Postulats auf den Mangel an Informationen im Allgemeinen hinweist, der es der Grundeigentümerschaft erschwert, sich vor der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu schützen.

Eine reine Informationspflicht kann einer proaktiven Grundeigentümerschaft sicherlich eine gewisse Verbesserung bringen, da sie in Kenntnis der Sachlage Massnahmen gegen die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ergreifen kann. Sie könnte insbesondere den Stand der von der Hauptunternehmerin oder der vom Hauptunternehmer geleisteten Zahlungen überprüfen und gegebenenfalls die Handwerkerin oder den Handwerker direkt bezahlen, um die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts abzuwenden. Aber selbst in diesem Fall wäre das Doppelzahlungsrisiko nur ausgeschlossen, wenn die Grundeigentümerschaft die Hauptunternehmerin oder den Hauptunternehmer noch nicht vollständig bezahlt hat. Ohne aktives Dazutun der Grundeigentümerschaft beschränkt sich die positive Wirkung einer reinen Informationspflicht hauptsächlich darauf, den im Postulat beschriebenen unerwünschten Überraschungseffekt angesichts eines Pfandeintragungsanspruchs eines der Grundeigentümerschaft unbekannten Subunternehmens zu vermeiden. Für die Handwerker- und Unternehmerschaft bedeutet eine Informationspflicht hingegen einen zusätzlichen administrativen Aufwand.

5.4 Die Problematik des Doppelzahlungsrisikos im Besonderen

Mit Blick auf eine allfällige Anpassung des Bauhandwerkerpfandrechts gilt es zu betonen, dass es nahezu unmöglich ist, das Doppelzahlungsrisiko vollständig auszuschliessen, ohne das Bauhandwerkerpfandrecht praktisch auszuhöhlen. Das Doppelzahlungsrisiko ergibt sich direkt aus der Rechtspraxis zum Bauhandwerkerpfandrecht, welche auch den Subunternehmerinnen oder Subunternehmern einen eigenständigen Anspruch auf Pfanderrichtung einräumt, obwohl diese in keiner vertraglichen Beziehung zur Grundeigentümerschaft stehen.

Das Doppelzahlungsrisiko resultiert aus dem Umstand, dass ein Dritter (die Subunternehmerschaft) einen Pfandrechtsanspruch gegenüber der Grundeigentümerschaft geltend machen kann, obwohl diese ihre eigenen finanziellen Verpflichtungen gegenüber ihrem Vertragspartner, d.h. der Hauptunternehmerschaft, schon erfüllt hat. Kommt die

Hauptunternehmerschaft ihren Zahlungspflichten bspw. infolge eines Konkurses, nicht nach, so wird sich die unbezahlte Subunternehmerin oder der unbezahlte Subunternehmer an der Grundeigentümerschaft schadlos halten. Dieser bleibt nichts anderes übrig, als zu bezahlen, will sie die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf ihrem Grundstück vermeiden. Das Doppelzahlungsrisiko liesse sich daher nur durch eine grundlegende Änderung des Bauhandwerkerpfandrechts in seiner heutigen Form beseitigen, nämlich durch den Ausschluss der Subunternehmerschaft aus dem Kreis der Anspruchsberechtigten. Eine solche Änderung wäre mit dem Sinn und Zweck des Bauhandwerkerpfandrechts kaum vereinbar. Denn die Subunternehmerinnen und Subunternehmer, die die Arbeit tatsächlich ausführen, befinden sich gegenüber der Grundeigentümerschaft und den Hauptunternehmen grundsätzlich in der schwächeren Position. Ausserdem scheint eine solche Änderung nicht im Sinne des Verfassers des Postulats zu sein, der den Schutz für Handwerkerinnen oder Handwerker und für die Unternehmerschaft beibehalten möchte.

5.5 Würdigung der geprüften Optionen durch den Bundesrat

Dieser Bericht zeigt auf, dass das Spektrum möglicher Optionen, das Bauhandwerkerpfandrecht anzupassen, äusserst breit ist. Diese reichen unter anderem von der Verknüpfung des Anspruchs auf Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts mit einer Informationspflicht, über die Verankerung einer Pflicht zu Sicherheitsleistungen für die Hauptunternehmerschaft, über ein besonderes Direktzahlungsrecht der Grundeigentümerschaft bis hin zu einer Informationspflicht über die Delegation von Arbeiten mit oder ohne Androhung von Schadenersatz.

Der Bundesrat stellt fest, dass Lösungen, welche die Risiken mehrheitlich auf die Subunternehmerschaft abwälzen, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Risikoverteilung problematisch sein können. Dazu zählen in erster Linie Lösungen, die das Recht auf Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts von einer Informationspflicht oder der Zustimmung der Grundeigentümerschaft abhängig machen (z.B. die in den Ziff. 4.2.2–4.2.5 vorgestellten Lösungen). Hauptsächlich wegen der im Baugewerbe verbreiteten Kurzfristigkeit der Vergabe und Erledigung von Arbeiten und des Fehlens einer Vertragsbeziehung zwischen der Subunternehmerschaft und der Grundeigentümerschaft könnte sich die Umsetzung der Informationspflicht als schwierig erweisen. Ferner ist festzuhalten, dass solche Lösungen die Grundeigentümerschaft nicht umfassend gegen die Eintragung des Bauhandwerker-pfandrechts und damit auch nicht gegen das Doppelzahlungsrisiko schützen. Ohne Beseitigung dieses Risikos würde sich die Situation der Grundeigentümerschaft indes nur beschränkt verbessern. Darüber hinaus bedeuten die vorgenannten Lösungen einen administrativen Mehraufwand für die Handwerker- und Unternehmerschaft und sie können potenziell zu erheblichen Verzögerungen auf den Baustellen führen.

Lösungen, bei denen die Vertragsbeziehungen zwischen Unternehmen und Subunternehmen von der Zustimmung der Grundeigentümerschaft abhängen (z.B. Ziff. 4.2.2 - 4.2.5), erscheinen unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit insofern problematisch, als die Grundeigentümerschaft die Unwirksamkeit von Verträgen bewirken kann, bei denen sie nicht Partei ist.

Schwierig umzusetzen dürften auch jene Lösungen sein, die finanzielle Sicherheiten verlangen von Handwerkern und Unternehmen, die Arbeiten delegieren (z.B. die in Ziff. 4.2.6 vorgeschlagene Lösung). Sie können insbesondere zu unerwünschten Liquiditätsproblemen führen. Darüber hinaus erhöhen sie auch den administrativen Aufwand.

Schliesslich stellt der Bundesrat fest, dass die Lösungen, die eine Informationspflicht enthalten (ohne Verlust des Anspruchs auf Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts bei Nichterfüllung

der Informationspflicht; vgl. dazu Ziff. 4.3.1 und 4.3.2), die Grundeigentümerschaft zumindest davor bewahren können, von einem Pfandeintragungsanspruch einer ihr unbekannten Handwerker- oder Unternehmerschaft überrascht zu werden. Eine Transparenzpflicht könnte die Stellung der Grundeigentümerschaft damit zwar verbessern. Dennoch müsste Letztere jeweils tätig werden und den Stand der Zahlungen kontrollieren sowie gegebenenfalls die Handwerkerinnen oder Handwerker und die Bauunternehmen direkt bezahlen. Und selbst wenn sie proaktiv tätig wird, kann das Doppelzahlungsrisiko nicht gänzlich beseitigt werden. Zudem kann die Grundeigentümerschaft heute schon eine Informationspflicht vertraglich festlegen oder ihren Vertragspartnern den Beizug von Subunternehmen verbieten. Auch sieht das geltende Recht bereits die Möglichkeit einer Direktzahlung durch die Grundeigentümerschaft vor. Schliesslich stärkt eine allfällige Schadenersatzpflicht bei Verletzung der Informationspflicht (vgl. Ziff. 4.3.1) die Situation der Grundeigentümerschaft wegen den ihr auferlegten verfahrensrechtlichen Hürden (insbesondere der Beweislast) nur beschränkt.

Im Ergebnis können die geprüften Anpassungsvorschläge der Grundeigentümerschaft zwar einen gewissen Mehrwert bringen. Alle diese Optionen weisen jedoch auch erhebliche Schwächen auf (insbesondere Nichtbeseitigung des Doppelzahlungsrisikos, ungenügende Praktikabilität oder unangemessene Risikoverteilung). Insgesamt ist der Bundesrat der Ansicht, dass keine der geprüften Optionen zur Anpassung des Bauhandwerkerpfandrechts ein günstiges Aufwand-Nutzen-Verhältnis aufweist, weshalb eine Anpassung des Bauhandwerkerpfandrechts als nicht angezeigt erscheint.

5.6 Schlussfolgerung des Bundesrates

Seit über hundert Jahren ist das Bauhandwerkerpfandrecht in allen Landesteilen von praktischer Relevanz. Der Bundesrat anerkennt, dass die heutige Rechtslage in Bezug auf das Doppelzahlungsrisiko und die mangelnde Transparenz im Zusammenhang mit dem Beizug von Subunternehmen für die Grundeigentümerschaft nicht gänzlich überzeugt. Dieser Bericht hat aufgezeigt, dass zahlreiche Möglichkeiten existieren, um die Transparenz in Bezug auf das Bestehen von Subunternehmerverhältnissen zu verbessern und die Risikoverteilung zwischen der Grundeigentümerschaft und den Handwerkern und den Unternehmen anzupassen. Er hat jedoch auch erneut vor Augen geführt, dass es keine ideale Lösung gibt, die allen Bedürfnissen gerecht wird.

Der Bundesrat stellt fest, dass keine der geprüften Optionen der Grundeigentümerschaft einen effektiven Nutzen und somit eine merkliche Verbesserung bringt, ohne gleichzeitig erhebliche Nachteile zu zeitigen. Zu den Nachteilen zählen vor allem eine unzureichende Praktikabilität (z.B. administrativer Mehraufwand, Verzögerungen, Rechtsunsicherheit bezüglich der Gültigkeit von Vertragsbeziehungen), die fehlende Beseitigung des Doppelzahlungsrisikos sowie der Verlust einer ausgewogenen Risikoverteilung zwischen der Grundeigentümerschaft und der Handwerker- und Unternehmerschaft. Der Bundesrat kommt daher zum Schluss, dass bei den geprüften Optionen die damit verbundenen Vor- und Nachteile in keinem günstigen Verhältnis stehen. Kommt hinzu, dass am 1. Januar 2026 eine Revision von Artikel 839 Absatz 3 ZGB in Kraft treten wird, welche die Situation der Grundeigentümerschaft bereits verbessert und es ihr erneut ermöglicht, die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts mittels Hinterlegung von Sicherheiten effektiv zu verhindern. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Grundeigentümerschaft ohnehin die Möglichkeit hat, Transparenz in Bezug auf die Untervergabe von Bauarbeiten zu schaffen, indem sie in den Verträgen mit den Handwerkerinnen und Handwerkern sowie mit Unternehmen entsprechende Informationspflichten vereinbart. Eine allgemeine Transparenzpflicht bezüglich Subunternehmen besteht aktuell jedoch nicht.

In Abwägung des Nutzen-/Kostenverhältnisses erachtet der Bundesrat derzeit eine Änderung des Bauhandwerkerpfandrechts als nicht angezeigt.