

**Postulat ANDREA CARONI vom 20. Dezember 2019**  
**«Ausgewogeneres Bauhandwerkerpfandrecht»**  
**(Geschäft 19.4638)**

**Gutachten**

*erstattet vom*

Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht  
Universität Freiburg i.Ü.  
Avenue Beauregard 13  
1700 Freiburg

*zuhanden des*

Bundesamts für Justiz  
Bundesrain 20  
3003 Bern

*verfasst von*

Dr. iur. Pascal Rey, Rechtsanwalt, Senior Researcher

November 2022

# Inhaltsverzeichnis

|                                                                   |           |
|-------------------------------------------------------------------|-----------|
| Inhaltsverzeichnis .....                                          | II        |
| Quellenverzeichnis .....                                          | IV        |
| Abkürzungsverzeichnis.....                                        | VI        |
| <b>I. Der Gegenstand dieses Gutachtens .....</b>                  | <b>1</b>  |
| A. Das Postulat .....                                             | 1         |
| B. Der Auftrag.....                                               | 2         |
| C. Die Grundlagen.....                                            | 3         |
| <b>II. Einordnung des Postulats in das geltende Recht.....</b>    | <b>3</b>  |
| A. Errichtung von Bauhandwerkerpfandrechten .....                 | 3         |
| 1. Das «Bauhandwerkerpfandrecht» .....                            | 3         |
| 2. Parteien des Pfandeintragungsanspruchs .....                   | 4         |
| 3. Entstehung des Pfandeintragungsanspruchs .....                 | 6         |
| 4. Zustimmung des Grundeigentümers .....                          | 7         |
| 5. Schranke Rechtsmissbrauch.....                                 | 9         |
| B. Vernichtung von Bauhandwerkerpfandrechten .....                | 9         |
| 1. Durch Bezahlung .....                                          | 10        |
| 2. Durch Sicherstellung.....                                      | 10        |
| 3. Durch Kündigung?.....                                          | 11        |
| C. Das «Doppelzahlungsrisiko» .....                               | 12        |
| 1. Zulässigkeit von Drittpfandverhältnissen .....                 | 12        |
| 2. Die Bezahlung (oder Sicherstellung) einer fremden Schuld ..... | 12        |
| 3. Ratio des Doppelzahlungsrisikos .....                          | 13        |
| 4. Verschärfung durch Regressprobleme .....                       | 15        |
| 5. Abgrenzungen zu verwandten Problemkomplexen.....               | 16        |
| D. Beherrschbarkeit von Subunternehmer-Pfandrechten?.....         | 16        |
| 1. Vertragsregeln betreffend Subunternehmer .....                 | 16        |
| 2. Weitere vertragliche Vorkehren.....                            | 18        |
| 3. Bauüberwachung .....                                           | 20        |
| 4. Analoge Überlegungen für den «Mieterbau».....                  | 21        |
| <b>III. Kernanliegen des Postulats .....</b>                      | <b>21</b> |
| A. Ansatz 1: Verhinderung von Pfandeintragungsansprüchen .....    | 22        |
| 1. Interpretation.....                                            | 22        |
| 2. Würdigung .....                                                | 22        |
| a. Unerlaubter Beizug von Subunternehmern .....                   | 22        |
| b. Unbestellte Bauarbeiten .....                                  | 23        |
| c. Doppel- und Mehrfacheintragungen .....                         | 23        |
| 3. Zum Regulierungsbedarf .....                                   | 24        |
| B. Ansatz 2: Verhinderung (nur) von Unkenntnis.....               | 25        |
| 1. Interpretation.....                                            | 25        |
| 2. Würdigung .....                                                | 25        |
| 3. Zum Regulierungsbedarf .....                                   | 25        |
| <b>IV. Regulierungsideen .....</b>                                | <b>25</b> |
| A. Leitgedanken .....                                             | 25        |

|            |                                                                       |           |
|------------|-----------------------------------------------------------------------|-----------|
| B.         | Idee 1: Erkennbarkeit des Beizugs («Transparenzlösung»).....          | 27        |
| 1.         | Formulierung .....                                                    | 27        |
| 2.         | Grundzüge .....                                                       | 27        |
| 3.         | Würdigung .....                                                       | 27        |
| 4.         | Beweislast.....                                                       | 29        |
| 5.         | Weitere Hinweise .....                                                | 29        |
| C.         | Idee 2: Informationsobliegenheit des Subunternehmers.....             | 30        |
| 1.         | Formulierung .....                                                    | 30        |
| 2.         | Grundzüge .....                                                       | 30        |
| 3.         | Würdigung .....                                                       | 31        |
| 4.         | Beweislast.....                                                       | 31        |
| 5.         | Weitere Hinweise .....                                                | 31        |
| D.         | Idee 3: Ablehnungsrecht des Grundeigentümers .....                    | 32        |
| 1.         | Formulierung .....                                                    | 32        |
| 2.         | Grundzüge .....                                                       | 32        |
| 3.         | Würdigung .....                                                       | 33        |
| 4.         | Beweislast.....                                                       | 35        |
| 5.         | Weitere Hinweise .....                                                | 35        |
| E.         | Idee 4: Partieller Ausschluss des Pfandeintragungsanspruchs.....      | 36        |
| 1.         | Formulierung .....                                                    | 36        |
| 2.         | Grundzüge .....                                                       | 36        |
| 3.         | Würdigung .....                                                       | 37        |
| 4.         | Beweislast.....                                                       | 38        |
| 5.         | Weitere Hinweise .....                                                | 39        |
| F.         | Idee 5: Sicherstellungs- und Direktzahlungsrecht des Eigentümers..... | 39        |
| 1.         | Formulierung .....                                                    | 39        |
| 2.         | Grundzüge .....                                                       | 39        |
| 3.         | Würdigung .....                                                       | 40        |
| 4.         | Beweislast.....                                                       | 41        |
| 5.         | Weitere Hinweise .....                                                | 41        |
| <b>V.</b>  | <b>Querschnittsthemen .....</b>                                       | <b>42</b> |
| A.         | Mehrere Eigentümer des Zielgrundstücks .....                          | 42        |
| B.         | Identifikation des Zielgrundstücks .....                              | 43        |
| C.         | Handänderung am Zielgrundstück.....                                   | 43        |
| D.         | Behördliche «Drehscheibe» zwischen den Beteiligten? .....             | 44        |
| E.         | Folgefragen beim «Mieterbau» .....                                    | 46        |
| F.         | Folgefragen bei Verwaltungsvermögen.....                              | 47        |
| <b>VI.</b> | <b>Zusammenfassung .....</b>                                          | <b>48</b> |

## Quellenverzeichnis

### Juristisches Schrifttum

- BOVEY GRÉGORIE, Kommentierung der Art. 679–679a, 836–841 ZGB, in: Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx/Denis Piotet (Hrsg.), *Commentaire Romand, Code Civil II, Art. 457–977 CC, Art. 1–61 Tit. fin. CC*, Basel 2016.
- BUSCHE JAN, Kommentierung der §§ 631–650 BGB, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, §§ 631–704 BGB*, 8. Aufl., München 2020.
- CARRON BLAISE/FELLAY MAUD, L’hypothèque légale des artisans et entrepreneurs: ce qui change et ce qui reste, in: François Bohnet (Hrsg.), *Le nouveau droit de l’hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, Fond et procédure*, Neuchâtel 2012, S. 1 ff.
- CERUTTI ROMEO, *Der Untervertrag*, Diss. Freiburg, Freiburg 1990.
- DE HALLER JEAN-CLAUDE, L’hypothèque légale de l’entrepreneur, Des solutions nouvelles à de vieux problèmes?, in: *ZSR* 1982, Bd. II, S. 189 ff.
- FASEL URS, *Sachenrechtliche Materialien, Von den ersten Entwürfen bis zum Gesetz 1912*, Basel 2005.
- GAUCH PETER, *Der Werkvertrag*, 6. Aufl., Zürich 2019 (zit. GAUCH, *Werkvertrag*).
- GAUCH PETER, Probleme von und mit Subunternehmern, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Universität Freiburg i.Ü. (Hrsg.), *Schweizerische Baurechtstagung* 1981, S. 1 ff. (zit. GAUCH, *BRT* 1981).
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, *OR AT Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Bd. I, 11. Aufl., Zürich 2020.
- HÜRLIMANN ROLAND, Kommentierung der Art. 1, 2, 15–17, 23–37, Vb. Art. 28–32, Vb. Art. 33–36 SIA-Norm 118, in: Peter Gauch/Hubert Stöckli (Hrsg.), *Kommentar zur SIA-Norm 118, Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten (Ausgabe 2013)*, 2. Aufl., Zürich 2017.
- LEU CHRISTIAN, Kommentar zu Art. 150–157, 159 ZPO, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar*, 2. Aufl., Zürich 2016.
- REY PASCAL, Neue Urteile und Entwicklungen im Privatrecht – was man sich merken sollte, III. Bauhandwerkerpfandrecht, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Universität Freiburg i.Ü. (Hrsg.), *Baurecht jetzt! 2022*, S. 41 ff. (zit. REY, *Baurecht jetzt! 2022*).
- REY PASCAL, Die Bauhandwerker-Bürgschaft (Art. 839 Abs. 4–6 ZGB): in drei Thesen zur Praktikabilität, in: *ZBJV* 2020, S. 139 ff. (zit. REY, *ZBJV* 2020).
- REY PASCAL, *Mitwirkung und Mitwirkungsversäumnis des Bauherrn*, Diss. Freiburg, Zürich 2019 (zit. REY, *Mitwirkung*).
- SAVIAUX NICOLAS, La double garantie en matière d’hypothèque légale des artisans entrepreneurs, in: *BR/DC* 1999, S. 91 ff.
- SCHMID JÖRG/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, *Sachenrecht*, 5. Aufl., Zürich 2017.
- SCHMID JÖRG, Bauhandwerkerpfandrecht: Praktische Hinweise zur Problemvermeidung, in: Alfred Koller (Hrsg.), *Neue und alte Fragen zum privaten Baurecht*, St. Gallen 2004.
- SCHUMACHER RAINER, *Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Auflage*, Zürich 2011 (zit. SCHUMACHER, *ErgB*).
- SCHUMACHER RAINER, *Das Bauhandwerkerpfandrecht, Systematischer Aufbau*, 3. Aufl., Zürich 2008 (zit. SCHUMACHER, *3. Aufl.*).

- SCHUMACHER RAINER, Rechtsgutachten vom 24. September 2002 zuhanden des Bundesamts für Justiz betreffend Revision des Bauhandwerkerpfandrechtes, Art. 837 ff. ZGB (zit. SCHUMACHER, Gutachten).
- SCHUMACHER RAINER/REY PASCAL, Das Bauhandwerkerpfandrecht, System und Anwendung, 4. Aufl., Zürich 2022.
- STEINAUER PAUL-HENRI, Les droits réels, Bd. III, Servitudes personnelles/Charges foncières, Droits de gage immobiliers/Droits de gage mobiliers, 5. Aufl., Bern 2021.
- STREIFF MATTHIAS, Das neue Bauhandwerkerpfandrecht, Ein Leitfaden zum neuen Recht, Wet-zikon 2011.
- THURNHERR CHRISTOPH, Kommentierung der Art. 836–841 ZGB, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 6. Aufl., Basel 2019 (zit. THURNHERR, BSK).
- THURNHERR CHRISTOPH, Das revidierte Bauhandwerkerpfandrecht – zu wenig Neues, aber noch mehr Problematisches?, in: ZBGR 2012, S. 73 ff. (zit. THURNHERR, ZBGR 2012).
- TRAUFFER BERNHARD, Bauhandwerkerpfandrecht: die Rechtslage, in: Alfred Koller (Hrsg.), Neue und alte Fragen zum privaten Baurecht, St. Gallen 2004, S. 197 ff.
- ZOBL DIETER, Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda (Referat am Schweizerischen Juristentag vom 3. Oktober 1982), in: ZSR 1982, Bd. II, S. 1 ff.

## Materialien

- Stellungnahmen im Vernehmlassungsverfahren 2020/46 zur Revision des Obligationenrechts (Baumängel), abgeschlossen am 30. November 2020, PDF der gesammelten Stellungnahmen, <https://www.fedlex.admin.ch/de/consultation-procedures/ended/2020#EJPD> (zit. Stellungnahmen, Seitenzahl im PDF, Stellungnehmende/r).
- Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Protokoll der Sitzung des Ständerats vom 3. Dezember 2009, S. 1185.
- Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Protokoll der Sitzung des Nationalrats vom 26. November 2009, S. 1952–1958.
- Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Protokoll der Sitzung des Ständerats vom 22. September 2009, S. 938–941.
- Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Protokoll der Sitzung des Nationalrats vom 27. April 2009, S. 609–613, 622–629.
- Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Protokoll der Sitzung des Ständerats vom 4. Juni 2008, S. 405 f., 415–421.
- Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht) vom 27. Juni 2007, BBl 2007, S. 5283 ff.
- Entwurf des Bundesrats zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht) vom 27. Juni 2007, BBl 2007, S. 5347 ff.

## Abkürzungsverzeichnis

|             |                                                                                                                |
|-------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| a.a.O.      | am angegebenen Ort                                                                                             |
| a.E.        | am Ende                                                                                                        |
| Abs.        | Absatz                                                                                                         |
| Art.        | Artikel                                                                                                        |
| Amtl. Bull. | Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Bern                                                                 |
| Aufl.       | Auflage                                                                                                        |
| BBl.        | Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern                                                        |
| BGB         | Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896, in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002, Deutschland |
| BGE         | Urteil des schweizerischen Bundesgerichts, Lausanne (in der amtlichen Sammlung publiziert)                     |
| BGer        | Urteil des schweizerischen Bundesgerichts, Lausanne (in der amtlichen Sammlung nicht publiziert)               |
| BR/DC       | Baurecht/Droit de la construction, Zürich                                                                      |
| BRT         | Tagungsunterlage der Schweizerischen Baurechtstagung, Freiburg i.Ü.                                            |
| BSK         | Basler Kommentar                                                                                               |
| bspw.       | beispielsweise                                                                                                 |
| bzw.        | beziehungsweise                                                                                                |
| CHF         | Schweizer Franken                                                                                              |
| CR          | Commentaire Romand, Basel                                                                                      |
| d.h.        | das heisst                                                                                                     |
| E.          | Erwägung                                                                                                       |
| ErgB        | Ergänzungsband                                                                                                 |
| Etc.        | Et cetera                                                                                                      |
| f.          | und die folgende                                                                                               |
| ff.         | und die folgenden                                                                                              |
| Fn.         | Fussnote                                                                                                       |
| GBV         | Grundbuchverordnung vom 23. September 2011 (SR 211.432.1)                                                      |
| ggf.        | gegebenenfalls                                                                                                 |
| ggü.        | gegenüber                                                                                                      |
| HGer        | Handelsgericht                                                                                                 |
| Hrsg.       | Herausgeber                                                                                                    |
| inkl.       | inklusive                                                                                                      |
| insb.       | insbesondere                                                                                                   |
| KGer        | Kantonsgericht                                                                                                 |
| lit.        | litera                                                                                                         |
| m.w.N.      | mit weiteren Nachweisen                                                                                        |
| N           | Note(n)                                                                                                        |
| NJW         | Neue Juristische Wochenschrift, München                                                                        |
| NR          | Nationalrat oder Nationalratsmitglied                                                                          |
| OGer        | Obergericht                                                                                                    |

|              |                                                                                                                                          |
|--------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| OR           | Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220) |
| Rz.          | Randziffer(n)                                                                                                                            |
| S.           | Seite(n)                                                                                                                                 |
| SIA          | Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein, Zürich                                                                                 |
| SIA-Norm 118 | SIA-Norm 118, Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, herausgegeben vom SIA, Ausgabe 2013                                                |
| SR           | Systematische Sammlung des Bundesrechts, Bern                                                                                            |
| StR          | Ständerat oder Ständeratsmitglied                                                                                                        |
| u.a.         | unter anderem                                                                                                                            |
| usw.         | und so weiter                                                                                                                            |
| u.U.         | unter Umständen                                                                                                                          |
| vgl.         | vergleiche                                                                                                                               |
| z.B.         | zum Beispiel                                                                                                                             |
| ZBGR         | Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht, Wädenswil                                                               |
| ZBJV         | Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bern                                                                                         |
| z.G.         | zum Ganzen                                                                                                                               |
| ZGB          | Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)                                                                           |
| Ziff.        | Ziffer                                                                                                                                   |
| zit.         | zitiert                                                                                                                                  |
| ZK           | Zürcher Kommentar                                                                                                                        |
| ZPO          | Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)                                                                        |
| ZR           | Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, Zürich                                                                                          |
| ZSR          | Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel                                                                                             |



# I. Der Gegenstand dieses Gutachtens

## A. Das Postulat

1. *Ausgangspunkt.* Am 20. Dezember 2019 hat Ständeratsmitglied ANDREA CARONI das Postulat «Ausgewogeneres Bauhandwerkerpfandrecht» eingereicht (das «Postulat»), abrufbar auf Curia Vista unter der Geschäftsnummer 19.4638.<sup>1</sup> Dieses lautet wie folgt:

### a. Eingereichter Text.

«Der Bundesrat wird beauftragt, 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 vom Subunternehmer Kenntnis haben konnte.»

### b. Begründung.

«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 ander[e]n 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 pfandrechtl. auch gegenüber ganzen Ketten von Subunternehmern. Im Vergleich dazu ist die Position des Eigentümers, dessen Mieter ein Bauunternehmen bezieht, 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.»

2. *Stand der Behandlung.* Der Bundesrat beantragte am 26. Februar 2020 die Annahme des Postulats. Vom Ständerat wurde es am 4. März 2020 angenommen.<sup>2</sup> In den Beratungen schlug der Postulant vor, das Anliegen kombiniert mit der Motion THIERRY BURKART<sup>3</sup> in die laufenden Revisionsbestrebungen betreffend Haftung für Baumängel<sup>4</sup> einzuflechten, wofür sich auch Bundesrätin KARIN KELLER-SUTTER aussprach.<sup>5</sup> Im Vorentwurf vom 19. August 2020<sup>6</sup> war

<sup>1</sup> <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20194638>.

<sup>2</sup> Amtl. Bull. 2020, S. 51 f.

<sup>3</sup> «Praxistaugliches Bauhandwerker-Pfandrecht; Recht des Eigentümers auf die Stellung einer Ersatzsicherheit konkretisieren», Geschäftsnummer 17.4079, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20174079>. Siehe dazu auch Rz. 31.

<sup>4</sup> Zum Dossier: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/baumaengel.html>.

<sup>5</sup> Amtl. Bull. 2020, S. 51 f.

<sup>6</sup> Der Vorentwurf ist ebenfalls im Dossier Baumängel zu finden (Fn. 4).

allerdings nur der Umsetzungsvorschlag für die Motion BURKART untergebracht, während auf Neuerungen, die in die Richtung des Postulats gingen, vorerst verzichtet wurde. Mit Schreiben vom 19. August 2020 eröffnete das EJPD das Vernehmlassungsverfahren zur Revision des Obligationenrechts betreffend Baumängel (das «Vernehmlassungsverfahren»). Darin berücksichtigte es das Postulat in der Weise, dass den Adressaten des Schreibens zusätzlich zum Vorentwurf unter dem Titel «Weiterer Revisionsbedarf beim Bauhandwerkerpfandrecht?» drei Fragen unterbreitet wurden, die im Wesentlichen darauf abzielen, Stellungnahmen zum Anliegen des Postulats einzuholen.<sup>7</sup> Das Vernehmlassungsverfahren hat am 30. November 2020 geendet. Zum Zeitpunkt dieses Gutachtens liegen sowohl die Stellungnahmen als auch der Vernehmlassungsbericht vor.<sup>8</sup>

## B. Der Auftrag

- 5 **1. Ausgangspunkt.** Mit Auftrag vom 3. Juni 2022 hat das Bundesamt für Justiz das Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Universität Freiburg, mit der Aufgabe befasst, [1] das Postulat in das geltende Recht einzuordnen, [2] das Kernanliegen des Postulats zu umreißen und [3] auf dieses Kernanliegen zugeschnittene Regulierungsideen zu unterbreiten.
- 6 **2. Eingrenzungen.** Das Postulat zielt auf einen gewichtigen Aspekt des Bauhandwerkerpfandrechts, nämlich die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein «Subunternehmer» ein Bauhandwerkerpfandrecht errichten darf. Gemeint ist, in der wohl zu engen Begrifflichkeit des Postulats,<sup>9</sup> jener Unternehmer, der im Auftrag eines anderen Unternehmers tätig wird und nicht im Auftrag des Grundeigentümers, wobei die Bauarbeiten immerhin von diesem letzteren veranlasst worden sind, dieser also, zumindest umgangssprachlich, «Bauherr» ist. Nach heutigem Gesetzesrecht ist ein solcher Subunternehmer berechtigt, ein Bauhandwerkerpfandrecht zu errichten, obwohl er mit dem Grundeigentümer in keiner vertraglichen Beziehung steht. Das Postulat impliziert, dass dieses Recht des Subunternehmers in bestimmter Hinsicht zu weit geht und dessen Feinjustierung am Platz wäre. Auf dieses Anliegen beschränkt sich dieses Gutachten denn auch. Es untersucht insbesondere nicht, ob und inwiefern es heute noch am Platz ist, dass unsere Rechtsordnung ein Bauhandwerkerpfandrecht<sup>10</sup> oder auch nur ein Subunternehmerpfandrecht vorsieht, zumal das Postulat beides nicht in Frage stellt.<sup>11</sup> Im Übrigen sorgt das Bauhandwerkerpfandrecht aufgrund seiner rechtlichen Vielschichtigkeit für zahlreiche anderweitige Anwendungsschwierigkeiten, die hier ebenfalls nicht aufgegriffen werden, es sei denn, sie stünden mit dem Kernanliegen des Postulats in Verbindung.<sup>12</sup>
- 7 **3. Ausgriffe.** Dagegen greift dieses Gutachten Themen auf, die im Postulat unerwähnt bleiben, mit dessen Anliegen aber so direkt zusammenhängen, dass sie im Zuge einer Gesetzesänderung zumindest bedacht werden müssten. Beispiele: [1] Für den Grundeigentümer lauert die überraschende Konfrontation mit den Pfandeintragungsansprüchen von Subunternehmern nicht nur dort, wo er selbst an der Spitze der Bauvertragskette steht, sondern auch dort, wo ein Nichteigentümer (ein Mieter, ein vormaliger Grundeigentümer usw.) das Bauen veranlasst, d.h. als

<sup>7</sup> Das Begleitschreiben ist abrufbar unter: <https://www.fedlex.admin.ch/de/consultation-procedures/ended/2020#EJPD>. Die drei Fragen auf dessen S. 2: «1. Subunternehmer haben einen eigenen Anspruch auf Pfanderrichtung, unabhängig von demjenigen eines Hauptunternehmers. Dieser Anspruch der Subunternehmer besteht selbst dann, wenn der Bauherr den Hauptunternehmer bereits bezahlt hat. Für den Bauherrn ergibt sich dadurch unter Umständen ein Doppelzahlungsrisiko. Wie könnte das Bauhandwerkerpfandrecht angepasst werden, um das Verhältnis zwischen Bauherrn und Subunternehmer ausgewogener zu regeln? 2. Sollte das Pfandrecht nur für Leistungen greifen, die vom Subunternehmer erbracht wurden, nachdem der Bauherr vom Subunternehmer Kenntnis hatte oder haben konnte? 3. Sehen Sie in diesem Bereich gesetzgeberischen Handlungsbedarf?»

<sup>8</sup> Beides findet sich im Online-Dossier der Vernehmlassung: <https://www.fedlex.admin.ch/de/consultation-procedures/ended/2020#EJPD>.

<sup>9</sup> «Subunternehmer» im herkömmlichen Sinn tauchen auch dort auf, wo die Bauarbeiten nicht vom Grundeigentümer veranlasst werden: Rz. 7.

<sup>10</sup> Eine Frage, die im juristischen Schrifttum zuweilen aufgegriffen wird. Skeptisch in diesem Punkt z.B. SCHMID/HÜRLI-MANN-KAUP, Rz. 1701, Abs. 2.

<sup>11</sup> Vgl. Rz. 40.

<sup>12</sup> Beispiel: die Sicherstellung von Verzugszinsen. Siehe dazu Rz. 31.

Bauherr auftritt. Zumindest nach dem Wortlaut des revidierten Art. 837 Abs. 2 ZGB hat es der Gesetzgeber unterlassen, auch diese Konstellation dem Zustimmungserfordernis zu unterwerfen, was näher zu beleuchten ist. [2] Mit dem Zustimmungserfordernis von Art. 837 Abs. 2 ZGB hat der Gesetzgeber bereits Anstalten gemacht, den Pfandeintragungsanspruch – hier: des Primärunternehmers – zu beschneiden. Es fragt sich, ob und wie weitere Beschränkungen des Pfandeintragungsanspruchs – dann: der Subunternehmer – hiermit zu harmonisieren sind bzw. ob nicht eine umfassende Lösung für alle Drittpfandverhältnisse des Bauhandwerkerpfandrechts zu treffen wäre. Eine ganze Reihe weiterer Querschnittsthemen werden in diesem Gutachten thematisiert, so z.B. die Pluralität von Eigentümern, die Identifikation des Zielgrundstücks, die Handänderung am Baugrundstück oder die Harmonisierung mit der Bauhandwerker-Bürgschaft.<sup>13</sup>

## C. Die Grundlagen

Bei der Darstellung der juristischen Aspekte stütze ich mich auf ausgewählte Werke der schweizerischen Standardliteratur zum Bauhandwerkerpfandrecht sowie punktuell auf Vertiefungspublikationen; sie alle sind im Quellenverzeichnis aufgeführt. Für eine erste Einschätzung des Regulierungsbedarfs konsultierte ich einerseits die Stellungnahmen, die im Vernehmlassungsverfahren ergangen sind und holte andererseits Auskünfte und Einschätzungen von Fachpersonen aus Jurisprudenz und Bauwirtschaft ein. Inspiration bei der Formulierung der Regulierungsideen besorgten unter anderem die Vorbereitungsarbeiten und die parlamentarischen Beratungen zur Teilrevision Immobiliarsachenrecht (i.K. seit 1. Januar 2012), frühere, im juristischen Schrifttum geäußerte Regulierungsvorschläge, Mechanismen des geltenden Rechts und natürlich die im Postulat skizzierte «Transparenzlösung».

## II. Einordnung des Postulats in das geltende Recht

Das Postulat erheischt zunächst Ausführungen darüber, [A.] wie ein Bauhandwerkerpfandrecht errichtet wird und was es bewirkt, [B.] wie der Eigentümer des Baugrundstücks die Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts verhindert bzw. ein errichtetes Bauhandwerkerpfandrecht vernichtet, [C.] was unter dem «Doppelzahlungsrisiko» zu verstehen ist und [D.] wie es aus Sicht des Grundeigentümers um die Beherrschbarkeit von Subunternehmer-Pfandrechten steht.

### A. Errichtung von Bauhandwerkerpfandrechten

#### 1. Das «Bauhandwerkerpfandrecht»

*1. Differenzierung.* Im Zentrum des Postulats steht das Rechtsinstitut des Bauhandwerkerpfandrechts. Zu unterscheiden sind zwei Rechtspositionen, die dem Berechtigten in der Fachsprache unter diesem Titel zugeschrieben werden:

*a. Das errichtete Pfandrecht.* Das Bauhandwerkerpfandrecht im engeren Sinn ist ein als Grundpfandverschreibung ausgestaltetes Grundpfandrecht, also ein auf einem Grundstück lastendes Pfandrecht, dessen Gläubiger ein «Handwerker oder Unternehmer» (im Folgenden: ein «Unternehmer»<sup>14</sup>) und dessen Schuldner der jeweilige Grundstückseigentümer ist (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Einmal im Grundbuch zulasten des Baugrundstücks eingetragen und damit errichtet, sichert das Bauhandwerkerpfandrecht die vertragliche Vergütungsforderung des Unternehmers für Bauarbeiten, die er zugunsten des Baugrundstücks erbracht hat. Bleibt die Bezahlung der Vergütung aus, kann der Unternehmer ein Zwangsvollstreckungsverfahren einleiten, im Zuge dessen das pfandbelastete Baugrundstück verwertet wird, namentlich durch öffentliche Versteigerung. Der Grundeigentümer verliert hierbei das Eigentum am Grundstück, während der Verwertungserlös dazu verwendet wird, die Vergütungsforderung des Unternehmers zu

<sup>13</sup> Zu diesen Querschnittsthemen: Rz. 132 ff.

<sup>14</sup> Eingehender zu diesem Begriff Rz. 16 f.

decken.<sup>15</sup>

- 12 **b. Der Pfandeintragungsanspruch.** Das Bauhandwerkerpfandrecht, verstanden als Grundpfandrecht, ist ein mittelbares gesetzliches Grundpfandrecht. Das heisst, der Bauunternehmer ist (bei gegebenen Voraussetzungen)<sup>16</sup> initial nicht Träger des Grundpfandrechts<sup>17</sup> – ein solches existiert zunächst nicht –, sondern nur eines Pfandeintragungsanspruchs.<sup>18</sup> Der Pfandeintragungsanspruch ist das Recht des Unternehmers, zulasten des von ihm bedienten Baugrundstücks ein Grundpfandrecht ins Grundbuch eintragen und damit zur Entstehung bringen zu lassen. Zu dessen Ausübung besteht selbstverständlich kein Zwang. In den wohl meisten Fällen wird davon denn auch abgesehen, weil der Unternehmer vergütet wird und zur Eintragung eines Pfandrechts keinen Anlass sieht.<sup>19</sup> Erhebt aber ein Unternehmer seinen Pfandeintragungsanspruch, so entsteht das Grundpfandrecht durch Eintragung im Grundbuch, wobei zur hierfür nötigen Anmeldung ans zuständige Grundbuchamt zwei alternative Wege führen: Ist der Grundeigentümer mit der Pfanderrichtung einverstanden,<sup>20</sup> wird er die Anmeldung selber vornehmen bzw. den Unternehmer hierzu ermächtigen. Ist der Grundeigentümer nicht einverstanden, muss der Unternehmer den Gerichtsweg beschreiten, d.h. auf Pfanderrichtung klagen, worauf das Gericht die Grundbucheintragung beim zuständigen Grundbuchamt anmeldet.
- 13 **2. Fokus: Pfandeintragungsanspruch.** Der Bundesrat wird im Postulat aufgefordert, Wege aufzuzeigen, wie die heutigen Regeln des Bauhandwerkerpfandrechts nachjustiert werden könnten, damit «das Verhältnis zwischen Bauherren und Subunternehmern ausgewogener» werde. Unterstellt wird mithin, dass die heutigen Regeln in dieser Hinsicht unausgewogen seien, dass also das Interesse der «Bauherren»<sup>21</sup> gegenüber jenen Unternehmern, die als «Subunternehmer»<sup>22</sup> bezeichnet und tätig werden, zu wenig berücksichtigt wird, und genauer, dass das Recht der Subunternehmer, ein Bauhandwerkerpfandrecht zu errichten, heute – zulasten der Bauherren – zu weit geht und – zulasten der Subunternehmer – beschränkt werden soll. Dieses Kernanliegen, das noch genauer herauszuarbeiten sein wird,<sup>23</sup> zielt mithin nicht auf das (errichtete) Grundpfandrecht. Dessen Zweck, Entstehungsmechanismus, Umfang und Wirkungsweise werden, soweit ersichtlich, nicht in Frage gestellt. Dem Postulat geht es stattdessen um die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit der Unternehmer bzw. ein bestimmter Typ von Unternehmer (der «Subunternehmer») das Recht erlangt, ein Grundpfandrecht im Grundbuch eintragen zu lassen. Es geht vorliegend also um den Pfandeintragungsanspruch bzw. um seine Entstehungsvoraussetzungen.

## 2. Parteien des Pfandeintragungsanspruchs

- 14 **1. Klärung der Beteiligten.** Das Postulat handelt vom Verhältnis zwischen dem «Bauherrn» und dem «Subunternehmer», womit es Termini verwendet, die sich so im Gesetz nicht finden. Es ist deshalb am Platz, die Beteiligten klarzustellen:
- 15 **a. Grundeigentümer.** Der Pfandeintragungsanspruch richtet sich stets gegen die Person, die im

<sup>15</sup> Zum «Bauhandwerkerpfandrecht» im Sinne des errichteten Grundpfandrechts: GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1300a; SCHUMACHER/REY, Rz. 1–16, mit zahlreichen weiterführenden Querverweisen; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1778 ff.

<sup>16</sup> Zu diesen Voraussetzungen: Rz. 19 ff.

<sup>17</sup> Des «Bauhandwerkerpfandrechts» im Sinne von Rz. 11.

<sup>18</sup> Zum «Bauhandwerkerpfandrecht» als Pfandeintragungsanspruch: BOVEY, CR, Art. 837 ZGB N 13; SCHUMACHER/REY, Rz. 5 ff.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1750 ff.; THURNHERR, BSK, Art. 837/838 ZGB N 1.

<sup>19</sup> Die Fälle, in denen es zum Streit über die Errichtung eines Pfandrechts kommt, sind allerdings zahlreich genug, um einen wesentlichen Teil der täglichen Arbeitslast von Zivilgerichten auszumachen.

<sup>20</sup> Ist der Pfandeintragungsanspruch zweifelsfrei gegeben, macht es für den Grundeigentümer zuweilen mehr Sinn, die Pfanderrichtung kampfflos hinzunehmen, um Geld zu sparen. Unterliegt er nämlich im gerichtlichen Eintragungsverfahren, trägt er – zusätzlich zum eigentlichen Nachteil des Pfandrechts – auch die Gerichtsgebühren und die Anwaltskosten des Unternehmers.

<sup>21</sup> Gemeint sind nicht irgendwelche Veranlasser der Bauarbeiten, sondern jene, die zugleich Eigentümer des Baugrundstücks sind: Rz. 15.

<sup>22</sup> Zum Begriff: Rz. 17.

<sup>23</sup> Rz. 59 ff.

Zeitpunkt der Anspruchserhebung Eigentümerin des Baugrundstücks ist.<sup>24</sup> Nur sie ist passivlegitimiert. Alle anderen Baubeteiligten werden, zumal in dinglicher Hinsicht, von einem Pfandeintragungsanspruch bzw. vom errichteten Grundpfandrecht nicht belastet. Wo das Postulat vom «Bauherrn» spricht, zu dessen Gunsten eine Gesetzesänderung zu prüfen ist, meint es offensichtlich den Passivlegitimierten des Pfandeintragungsanspruchs, demnach also den Grundeigentümer. Fortan wird deshalb auf die Bezeichnung «Bauherr» verzichtet und stattdessen vom «Grundeigentümer» gesprochen.

**b. Unternehmer.** Träger des Pfandeintragungsanspruchs ist der «Handwerker oder Unternehmer»<sup>25</sup>, eine natürliche oder juristische Person, die sich zugunsten des Baugrundstücks zu pfandberechtigten Bauarbeiten verpflichtet hat. Die gesetzliche Unterscheidung von «Handwerkern» und «Unternehmern» bezieht sich auf deren Grösse, Arbeitsorganisation und Industrialisierungsgrad.<sup>26</sup> Insgesamt erfasst der Ausdruck alle Grössen und Fachrichtungen von Bauunternehmer/innen und Bauunternehmungen,<sup>27</sup> wobei hier vereinfacht vom «Unternehmer» gesprochen wird. Er ist in Bezug auf seinen Pfandeintragungsanspruch aktivlegitimiert.

**c. «Subunternehmer».** Der «Subunternehmer», der im Fokus des Postulats steht, ist zunächst ein «Unternehmer» im Sinne des Bauhandwerkerpfandrechts. Gegenüber anderen Unternehmern zeichnet ihn seine organisationale Stellung aus: Sein Vertragspartner (Besteller oder auch «Auftraggeber»<sup>28</sup>) ist nicht der Grundeigentümer und auch kein am Grundstück berechtigter Nichteigentümer (Mieter, Nutzniesser, usw.), sondern ein anderer Bauunternehmer, auch: der «Besteller-Unternehmer», der dem Subunternehmer die übernommenen Bauarbeiten im eigenen Namen und auf eigene Rechnung<sup>29</sup> ganz oder teilweise untervergeben hat.<sup>30</sup> Dies im Gegensatz zum Bauunternehmer, dessen Vertragspartner (Besteller, «Auftraggeber») der Grundeigentümer, ein Mieter, ein Nutzniesser usw. ist; dieser Unternehmer wird im Folgenden «Primärunternehmer» genannt. An der Spitze einer typischen Wertschöpfungskette des ausführenden Baugewerbes steht der Bauveranlasser (der Eigentümer oder ein berechtigter Nichteigentümer), gefolgt vom Primärunternehmer, gefolgt von einem Subunternehmer. Engagiert der Subunternehmer seinerseits einen Unternehmer (einen Sub-Subunternehmer), entsteht das, was im Postulat als «Kette von Subunternehmern» bezeichnet wird, die selbstredend beliebig viele Glieder oder Stufen aufweisen kann (Sub-Sub-Sub... -unternehmer). Alle Unternehmer einer solchen Subunternehmerkette werden, sofern der Fall es nicht differenzierter erheischt, im Folgenden pauschal als «Subunternehmer» bezeichnet.

**2. Der Subunternehmer-Pfandeintragungsanspruch.** Das Postulat nimmt sich zum

<sup>24</sup> BOVEY, CR, Art. 837 ZGB N 14 und Art. 839 ZGB N 34 ff.; SCHUMACHER/REY, Rz. 883 ff.; THURNHERR, BSK, Art. 837/838 ZGB N 11 und Art. 839/840 ZGB N 24a.

<sup>25</sup> Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB.

<sup>26</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1301; SCHUMACHER/REY, Rz. 449 ff. Stets vorausgesetzt ist wirtschaftliche und rechtliche Selbstständigkeit. Während ein Bauunternehmen pfandberechtigt sein kann, sind es seine Arbeitnehmer mangels Selbstständigkeit regelmässig nicht (siehe auch BOVEY, CR, Art. 849 ZGB N 18 ff.; THURNHERR, BSK, Art. 839/840 ZGB N 3).

<sup>27</sup> Was nichts daran ändert, dass der Pfandeintragungsanspruch am Typus der geschuldeten Arbeiten anknüpft, nicht an der Fachrichtung des Unternehmers. Die Arbeit eines Maurers ist typischerweise pfandberechtigt. Verpflichtet er sich ausnahmsweise aber bspw. (nur) zur Beseitigung von Bauschutt, hat er keinen Pfandeintragungsanspruch, mag er auch Maurer sein.

<sup>28</sup> Juristisch ist dieses Wort unangebracht, weil zwischen einem Bauunternehmer und seinem Bauherrn (sei er Grundeigentümer, sei er Unternehmer) kaum je ein Auftragsverhältnis (Art. 394 ff. OR) entsteht, sondern meistens ein Werkvertrag (Art. 363 ff. OR). Das Wort wird aber in der Praxis des Baugewerbes derart häufig als Synonym für den «Besteller» verwendet, dass ich mir diese Ungenauigkeit hier erlaube. Erträglich scheint mir dies auch darum, weil der Pfandeintragungsanspruch nicht vom Vertragstyp abhängt, welcher der Forderung des Unternehmers zugrunde liegt (SCHUMACHER/REY, Rz. 429 ff.).

<sup>29</sup> D.h. nicht etwa stellvertretend für den Grundeigentümer oder einen anderen Bauherrn, was zu einem direkten Vertragsverhältnis zu diesem führen würde, also eine Subunternehmerstellung entfallen liesse (vgl. GAUCH, BRT 1981, S. 3, 5).

<sup>30</sup> Vgl. auch zum Subunternehmerbegriff GAUCH, Werkvertrag, Rz. 138 (dort auf den Werkvertrag beschränkt, wobei im Bauhandwerkerpfandrecht der Vertragstypus, dem die Vergütungsforderung entspringt, keine Rolle spielt), insbesondere auch die Abgrenzung zum blossen Zulieferanten (a.a.O., Rz. 140, 188b), der über keinen Pfandeintragungsanspruch verfügt; BOVEY, CR, Art. 839 ZGB N 24; STEINAUER, Rz. 4459 ff.

Ausgangspunkt, dass nicht nur der Primärunternehmer über einen Pfandeintragungsanspruch verfügt, sondern auch der Subunternehmer einer beliebigen Stufe. Das ist zutreffend. Das Bauhandwerkerpfandrecht ist im Kern ein sachenrechtliches Institut und nimmt keine Rücksicht darauf, ob und wie die Baubeteiligten unter sich vertraglich verbunden sind. Wer versprochen hat, zur Schaffung von immobilem Mehrwert geeignete Arbeiten auszuführen, soll an diesem Mehrwert ein Sicherungsrecht erhalten.<sup>31</sup> Pfandeintragungsberechtigt sind deshalb auch alle Subunternehmer, die entlang einer Unternehmerkette mit pfandberechtigten Bauarbeiten befasst sind.<sup>32</sup> Deren Pfandeintragungsberechtigung hängt im Übrigen auch nicht davon ab, dass der Grundeigentümer sich mit deren Beizug einverstanden erklärt hat<sup>33</sup> oder auch nur von deren Beizug weiss.<sup>34</sup> Solches liesse sich im Übrigen nicht einmal dann vertraglich vereinbaren, wenn der Subunternehmer hierzu Hand bieten würde,<sup>35</sup> denn wirksam auf den Pfandeintragungsanspruch verzichten kann er von Gesetzes wegen erst nach Vertragsabschluss.<sup>36</sup> Der Subunternehmer-Pfandeintragungsanspruch ist die Ursache vieler, wenn nicht gar der meisten Drittpfandverhältnisse<sup>37</sup> im Bauhandwerkerpfandrecht.

### 3. Entstehung des Pfandeintragungsanspruchs

- 19 *1. Entstehungsvoraussetzungen.* Das Postulat schlägt vor, die Entstehungsvoraussetzungen des Pfandeintragungsanspruchs um (mindestens) eine neue Voraussetzung zu ergänzen, die, je nach Lesart des Postulats, in irgendeiner Weise an das Wissen bzw. das Wissenmüssen oder gar auch an den Willen des Grundeigentümers knüpft. An den althergebrachten Voraussetzungen des Pfandeintragungsanspruchs rüttelt das Postulat insofern nicht. Die Pfandeintragungsberechtigung soll unverändert voraussetzen, dass [1] ein Unternehmer [2] pfandberechtigte Bauarbeiten [3] auszuführen verspricht und [4] ihm im Gegenzug eine Vergütung versprochen wird. Unternehmerin ist jede selbstständige (d.h. unabhängige), natürliche oder juristische Person, welche die Bauarbeiten in eigener Verantwortung auszuführen verspricht (also namentlich nicht die Arbeitnehmer eines Bauunternehmens). Bauarbeiten sind pfandberechtigt, wenn sie im Zusammenhang mit einem auf einem Grundstück gelegenen Bauwerk erfolgen, physischer Natur und zudem objektspezifisch sind. Die Verpflichtung, solche Bauarbeiten zu leisten, begründet der Unternehmer durch den Abschluss eines Vertrags, der in der Praxis meistens als Werkvertrag qualifiziert, wobei aber der Vertragstypus für die Entstehung des Pfandeintragungsanspruchs nicht entscheidend ist. Lässt sich der Unternehmer in diesem Vertrag eine in Geld bemessene Vergütung versprechen, was ebenfalls die Regel ist, begründet dies seine Vergütungsforderung und zugleich das Sicherungsobjekt des Pfandeintragungsanspruchs bzw. des späteren Grundpfandrechts.<sup>38</sup>
- 20 In bestimmten Fällen – aber eben nur in diesen – muss für den Pfandeintragungsanspruch ausserdem [5] die *Zustimmung* des Grundeigentümers zu den Bauarbeiten (nicht: zum Beizug eines Unternehmers) vorliegen; darauf ist sogleich einzugehen.<sup>39</sup>
- 21 Nicht für die Entstehung, aber für die *Erhaltung* des Pfandeintragungsanspruchs ist

<sup>31</sup> Zur Teleologie des Bauhandwerkerpfandrechts auch: Rz. 38.

<sup>32</sup> BOVEY, CR, Art. 839 ZGB N 25; GAUCH, Werkvertrag, Rz. 183 ff.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1713 ff.; SCHUMACHER/REY, Rz. 195 ff.; STEINAUER, Rz. 4461; THURNHERR, BSK, Art. 839/840 ZGB N 3, 10.

<sup>33</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz. 184; SCHUMACHER/REY, Rz. 910; THURNHERR, BSK, Art. 839/840 ZGB N 10. Werden die Bauarbeiten von einem berechtigten Nichteigentümer veranlasst, stellt sich – je nach Auffassung nur für den Primär- oder auch für den Subunternehmer – die Frage, ob der Grundeigentümer mit den Arbeiten insgesamt einverstanden ist (Art. 837 Abs. 2 ZGB). Das Fehlen dieser Zustimmung lässt die Pfandberechtigung (des Primärunternehmers, je nach Auffassung auch des Subunternehmers) dahinfallen, dies aber notabene nicht, weil der Beizug eines Unternehmers vom Eigentümer nicht gutgeheissen worden ist, sondern weil die Bautätigkeit schlechthin seinem Willen zuwiderläuft. Vertiefend: Rz. 23 ff.

<sup>34</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz. 184; BGE 105 II 267.

<sup>35</sup> Zum Beispiel im Bauvertrag zwischen Besteller-Unternehmer und Subunternehmer (dem Subunternehmervertrag), und zwar zugunsten des Grundeigentümers (Vertrag zugunsten eines Dritten).

<sup>36</sup> Art. 837 Abs. 3 ZGB. Ob der Verzicht bereits nach Abschluss des Vertrags zulässig ist oder erst später, namentlich erst nach Vollendung der Bauarbeiten, ist umstritten (SCHUMACHER/REY, Rz. 1025 ff.).

<sup>37</sup> Zum Begriff: Rz. 36.

<sup>38</sup> Z.G. SCHUMACHER/REY, § 7–15.

<sup>39</sup> Rz. 23 ff.

überdies erforderlich, dass der Unternehmer nicht nachträglich auf seinen Anspruch verzichtet,<sup>40</sup> dass keine hinreichende, anderweitige Sicherstellung der Vergütungsforderung erfolgt<sup>41</sup> und dass die viermonatige Eintragungsfrist ab Vollendung der Bauarbeiten eingehalten wird.<sup>42,43</sup>

2. *Zeitpunkt der Entstehung insbesondere.* Damit ist schon gesagt, muss im vorliegenden Zusammenhang aber betont werden, dass der Pfandeintragungsanspruch dem Unternehmer nicht erst im Verlauf oder nach Vollendung der Bauarbeiten entsteht, wie das teilweise in anderen Rechtsordnungen zu beobachten ist.<sup>44</sup> Tatsächlich entsteht der Pfandeintragungsanspruch «von dem Zeitpunkte an, da sie [die Unternehmer] sich zur Arbeitsleistung verpflichtet haben» (Art. 839 Abs. 1 ZGB). Mit anderen Worten entsteht der Anspruch von Gesetzes wegen im Augenblick, da der Unternehmer (auch der Subunternehmer) mit seinem Besteller (dem Grundeigentümer, dem Mieter, einem anderen Unternehmer usw.) den Bauvertrag abschliesst. Von der effektiven Ausführung der übernommenen Bauarbeiten oder von der Fälligkeit der Vergütung hängt der Pfandeintragungsanspruch dagegen nicht ab. Im Ergebnis kann ein Bauhandwerkerpfandrecht in der Höhe der gesamten voraussichtlichen Vergütungsforderung errichtet werden, noch bevor mit den Bauarbeiten begonnen worden ist.<sup>45</sup> Dies ermöglicht dem Unternehmer, durch eine frühe Grundbucheintragung einen besseren Rang gegenüber später hinzutretenden Grundpfändern zu sichern.<sup>46</sup> In der Praxis machen Unternehmer von dieser Möglichkeit sehr selten Gebrauch.

#### 4. Zustimmung des Grundeigentümers

1. *Ausnahmeregelung.* Das Postulat verweist vergleichshalber auf den Sonderfall, da nicht der Grundeigentümer, sondern ein «Mieter ein Bauunternehmen be[i]zieht», also die Bauarbeiten veranlasst. In dieser Konstellation ist der Pfandeintragungsanspruch ausnahmsweise der zusätzlichen Voraussetzung unterworfen, dass «der Grundeigentümer seine Zustimmung zur Ausführung der Arbeiten erteilt hat» (Art. 837 Abs. 2 ZGB).<sup>47</sup> Diese Zustimmung ist generell erforderlich, wenn «ein Mieter, ein Pächter oder eine andere am Grundstück berechnigte Person Schuldner von Forderungen der Handwerker oder Unternehmer» ist (Art. 837 Abs. 2 ZGB).<sup>48</sup> Dieser Katalog von Forderungsschuldnern ist in Verbindung mit der Ankerbestimmung des Bauhandwerkerpfandrechts zu lesen,<sup>49</sup> wo klargestellt wird, dass der Pfandeintragungsanspruch grundsätzlich nicht davon abhängt, ob der Grundeigentümer, ein anderer Unternehmer, ein Mieter, ein Pächter oder eine andere am Grundstück berechnigte Person Vergütungsschuldnerin ist. Dass in der Ausnahmebestimmung die Grundeigentümer und die anderen Unternehmer nicht auftauchen, unterstreicht, dass das Zustimmungserfordernis nur in den genannten Fällen gilt, nicht aber, wenn der Grundeigentümer oder andere Unternehmer Vergütungsschuldner sind.

<sup>40</sup> Vgl. Art. 837 Abs. 3 ZGB.

<sup>41</sup> Vgl. Art. 839 Abs. 3 ZGB.

<sup>42</sup> Vgl. Art. 839 Abs. 2 ZGB.

<sup>43</sup> Z.G. SCHUMACHER/REY, § 21–25.

<sup>44</sup> So z.B. in Deutschland, wo § 650e BGB in Satz 2 ausdrücklich festhält: «Ist das Werk noch nicht vollendet, so kann er die Einräumung der Sicherungshypothek für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung [...] verlangen.» Hierzu BUSCHE, § 650e BGB N 20.

<sup>45</sup> Von den effektiv erbrachten Arbeiten hängt dagegen die Vollstreckbarkeit des Bauhandwerkerpfandrechts ab. Werden die ausstehenden Arbeiten definitiv nicht mehr geleistet, z.B. weil der Bauvertrag vorzeitig aufgelöst worden ist, muss der Eigentümer nicht auf ewig mit dem Pfandrecht leben, sondern kann die Löschung des Grundpfandrechts im Umfang des «überschüssenden» Betrags verlangen. Vgl. SCHUMACHER/REY, Rz. 395 f., 1841.

<sup>46</sup> Nicht aber gegenüber anderen *Bauhandwerkerpfandrechten*. Denn mehrere Bauhandwerkerpfandrechte haben, «auch wenn sie von verschiedenem Datum sind, untereinander den gleichen Anspruch auf Befriedigung aus dem Pfande» (Art. 840 ZGB). Dazu SCHUMACHER/REY, Rz. 1996 ff.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1784.

<sup>47</sup> Zum Gegenstand dieser Zustimmung siehe sogleich Rz. 25.

<sup>48</sup> Das Gesetz greift hier die simpelste dieser Konstellationen auf: Grundeigentümerin – (z.B.) Mieterin – Unternehmer. Natürlich sind aber alle vergleichbaren Fälle gemeint, auch solche, in denen die rechtliche Verbindung zwischen der bauveranlassenden Person (Mieterin, Pächterin usw.) und dem Grundeigentümer viel «länger» ausfällt. Beispiel: Grundeigentümer – Baurechtsberechnigte – Immobilienverwaltung – Hauptmieterin – Untermieterin.

<sup>49</sup> Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB.

Das führt bei strikter Lesart zum Ergebnis, dass (allein) der Pfandeintragungsanspruch desjenigen Unternehmers, der seinen Bauvertrag «direkt» mit dem am Grundstück berechtigten Grundeigentümer (Mieter usw.) abgeschlossen hat, davon abhängt, dass der Grundeigentümer mit den Arbeiten einverstanden ist. Die Pfandeintragungsansprüche der Subunternehmer, die mit diesem Unternehmer kontrahieren, hängen dagegen von dieser Zustimmung nicht ab,<sup>50</sup> wobei andere, bedenkenswerte Auffassungen zu verzeichnen sind.<sup>51</sup> Für die hier verfolgten Zwecke spielt die Diskussion allerdings nur eine beschränkte Rolle.<sup>52</sup>

- 24 **2. Hintergrund.** Das Zustimmungserfordernis für den – verkürzt bezeichneten – Fall des «Mieterbaus» ist ein Produkt der Teilrevision Immobiliarsachenrecht, die am 1. Januar 2012 in Kraft getreten ist. Die Regel sollte eine Gesetzeslücke schliessen, deren Ausfüllung vormals über zwei Jahrzehnte das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung besorgt hatte. Das frühere Gesetzesrecht sah einen Pfandeintragungsanspruch vor nur für den Fall, dass der Grundeigentümer oder ein anderer Unternehmer als Auftraggeber auftraten. Im Jahr 1990 hatte das Bundesgericht zu entscheiden, ob auch der Unternehmer über einen Pfandeintragungsanspruch verfügt, der stattdessen von einem Mieter mit den Bauarbeiten beauftragt worden war. Das Bundesgericht rang sich durch, die Frage zu bejahen, stipulierte aber besondere Voraussetzungen. Eine davon war, dass der Grundeigentümer dem Mieter die Bauarbeiten erlaubt haben muss,<sup>53</sup> was das Bundesgericht anschliessend mehrfach bestätigte.<sup>54</sup> Die heutige Ausnahmeregel geht auf dieses richterrechtlich geschaffene Erfordernis zurück.<sup>55</sup>
- 25 **3. Schutz vor unerlaubten Arbeiten, nicht vor Subunternehmern.** Aus dieser Vorgeschichte gehen zwei nennenswerte Punkte hervor: Erstens muss die «Zustimmung» im Sinne von Art. 837 Abs. 2 ZGB nicht an die Adresse des pfandbegehrenden Unternehmers gerichtet sein;<sup>56</sup> sie kann sich an irgendjemanden (oder auch an niemand bestimmten)<sup>57</sup> richten, solange daraus abzuleiten ist, dass der Grundeigentümer mit dem baulichen Eingriff einverstanden ist, so etwa, indem dieser den Eingriff schlicht duldet.<sup>58</sup> Zweitens erstreckt sich das Zustimmungserfordernis nur auf den Umstand, dass baulich (durch «Arbeiten») in das Grundstück eingegriffen wird.<sup>59</sup> Die Gutheissung muss sich weder auf den Vertragsabschluss mit dem Unternehmer (oder einem Subunternehmer) beziehen noch auf dessen Auswahl. Mit Blick auf das Problem von «überraschenden» Subunternehmer-Pfandrechten, wie sie im Postulat beklagt werden, spielt es also keine Rolle, ob man der engen Lesart des Zustimmungserfordernisses nachhängt (Anwendung nur auf den Pfandeintragungsanspruch des Primärunternehmers) oder der extensiven

<sup>50</sup> SCHUMACHER/REY, Rz. 910, 914. Auf dieser Linie z.B. auch HGer Zürich, HG130009 vom 13. Juni 2013, E. 4.2.4.

<sup>51</sup> So etwa jene von GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1304, wonach in extensiver Interpretation von Art. 837 Abs. 2 ZGB auch die Subunternehmer (und Sub-Subunternehmer usw.) auf die Zustimmung des Grundeigentümers angewiesen seien, ansonsten ihr Pfandeintragungsanspruch nicht entstehe. Ebenso CARRON/FELLAY, Rz. 34; THURNHERR, ZGBR 2012, S. 84 f. In der Tat: Hätte der Schutz des Eigentümers hier durchgehalten werden sollen, müssten auch die Subunternehmer davon abhängen, dass er die Bauarbeiten insgesamt gutheisst. Denn unerlaubte Arbeiten auf seinem Grundstück tangieren den Eigentümer gleichermassen, ob sie vom Primärunternehmer des Mieters ausgehen oder vom Subunternehmer des Primärunternehmers. Siehe allerdings ein möglicher Grund, weshalb der Gesetzgeber hiervon abgesehen haben könnte: Rz. 142.

<sup>52</sup> Siehe Rz. 25.

<sup>53</sup> Dieser Punkt war im grundlegenden BGE 116 II 677 nicht strittig, bildete aber gleichwohl eine Voraussetzung des zugesprochenen Pfandeintragungsanspruchs (E. 1a, 2b, 4c).

<sup>54</sup> BGE 126 III 505 E. 4a; BGer 5C.208/2004 E. 3.2.

<sup>55</sup> Rückblick auf das Problem des Mieterbaus bei SCHUMACHER, 3. Aufl., Rz. 904 ff.; Rückblick auf die Entstehung des Zustimmungserfordernisses bei SCHUMACHER, ErgB, Rz. 180 ff.

<sup>56</sup> BOVEY, CR, Art. 839 ZGB N 30; CARRON/FELLAY, Rz. 35.

<sup>57</sup> CARRON/FELLAY, Rz. 35, scheinen anzunehmen, dass sich die Zustimmungserklärung an die am Grundstück berechnigte Person (an die «Bauveranlasserin») richten muss, jedenfalls aber nicht an den Unternehmer.

<sup>58</sup> CARRON/FELLAY, Rz. 35 («si le propriétaire tolère les travaux»). A.A. STREIFF, S. 94.

<sup>59</sup> BOVEY, CR, Art. 839 ZGB N 29; THURNHERR, BSK, Art. 839/840 ZGB N 9. Vgl. auch OGer Zürich, HE180160 vom 29. Mai 2018, E. 5.4: «Dabei ist [...] nicht notwendig, dass die Gesuchsgegnerin [= Eigentümerin] über die konkreten Werkverträge oder die beigezogenen Handwerker konkret im Bilde war. Allfällige von der E. GmbH [= Bestellerin] versäumte [Informations-]Obliegenheiten gegenüber der Gesuchsgegnerin, können der Gesuchstellerin [= Unternehmerin], die sich gutgläubig auf eine vorliegende Zustimmung der Grundeigentümerin verliess, nicht entgegengehalten werden.»

Interpretation (Anwendung auch auf die Pfandeintragungsansprüche der Subunternehmer):<sup>60</sup> Auch wenn man das Zustimmungserfordernis auf die Subunternehmer ausweitet, beschlüsse dieses nur den baulichen Eingriff per se und nicht die Tatsache, dass dieser vom einen Unternehmer an einen anderen übertragen wird. Auch bei dieser Lesart steht es dem Primärunternehmer frei, beliebig viele Subunternehmer beizuziehen und auf diese Weise beliebig viele Subunternehmer-Pfandeintragungsansprüche zu begründen, solange die untervergebenen Arbeiten dem Willen des Eigentümers nicht zuwiderlaufen. Das Zustimmungserfordernis schützt so allenfalls vor Subunternehmern, die unerlaubte Arbeiten übernommen haben, aber nicht vor Subunternehmern schlechthin und auch nicht davor, dass deren Mitwirkung dem Eigentümer unbekannt bleibt. Die vielfach geäußerte Vorstellung, die Position des Grundeigentümers sei beim Mietbau «viel stärker»,<sup>61</sup> geht also, gemessen am Kernanliegen des Postulats, weitgehend fehl.

## 5. Schranke Rechtsmissbrauch

**1. Prinzip.** Der Unternehmer ist als Träger des Pfandeintragungsanspruchs, wie jeder andere Träger eines Rechts, in dessen Ausübung frei, aber nicht völlig frei. Auch für ihn gilt, dass offensichtlich rechtsmissbräuchliches Verhalten keinen Schutz genießt.<sup>62</sup> Erhebt der Subunternehmer seinen Pfandeintragungsanspruch etwa «zur Verwirklichung von Interessen [...], die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will»<sup>63</sup> oder setzt er sich hierdurch «zu seinem früheren Verhalten in Widerspruch»<sup>64</sup>, ist ihm die Pfandeintragung zu versagen, selbst wenn die Voraussetzungen der Pfanderrichtung an sich gegeben sind. 26

**2. Bedeutung in der Praxis.** Dem Kernanliegen des Postulats kommt das Verbot des offensichtlichen Rechtsmissbrauchs wenigstens theoretisch entgegen, indem es die (Extrem-)Fälle abdeckt, in denen der Subunternehmer sich offensichtlich treuwidrig verhält. Denkbare Fälle wären etwa der Subunternehmer, der weiss, dass ihm die Bauarbeiten gegen den Willen des Eigentümers untervergeben wurden, der diese gleichwohl annimmt und anschliessend die Pfandeintragung anbegehrt, oder der durch Androhung einer Pfandeintragung Ziele verfolgt, die nichts mit der Begleichung seiner Vergütungsforderung zu tun haben. Ein weiterer Fall läge vor, wenn der Subunternehmer bei Übernahme der Arbeiten weiss, dass ihn der betreffende Besteller-Unternehmer nicht vertragsgemäss bezahlen wird (sei er zahlungsunfähig oder -unwillig), und der plant, per Bauhandwerkerpfandrecht stattdessen den Grundeigentümer zur Bezahlung zu nötigen. In der Praxis spielt diese Einwendung des Grundeigentümers eine verschwindende Rolle. Die Fälle, die den Verdacht des Rechtsmissbrauchs aufkommen lassen, sind an sich schon selten. Besteht denn einmal Anlass zu dieser Einwendung, scheitert sie regelmässig am Beweis der Rechtsmissbräuchlichkeit, der dem Grundeigentümer obliegt und je nach Konstellation unüberwindbare Schwierigkeiten bereiten kann. 27

## B. Vernichtung von Bauhandwerkerpfandrechten

Mit der Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts gehen für den Eigentümer diverse Nachteile einher. Der eventuelle Verlust seines Eigentums wurde schon erwähnt. Auf dem Weg dorthin ist oft auch eine Minderung des Verkehrswerts oder gar die Unverkäuflichkeit des Grundstücks zu verzeichnen. Entsprechend fragt sich für den Eigentümer, wie er nötigenfalls latente Pfandeintragungsansprüche vernichten bzw. errichtete Bauhandwerkerpfandrechte entkräften kann. Es sind dies nur wenige Massnahmen:<sup>65</sup> 28

<sup>60</sup> Zu dieser Diskussion siehe Rz. 23.

<sup>61</sup> Postulatstext (Rz. 3); Stellungnahmen, S. 135, HEV Schweiz.

<sup>62</sup> Art. 2 Abs. 2 ZGB.

<sup>63</sup> BGE 131 II 265 E. 4.2.

<sup>64</sup> BGE 125 III 257.

<sup>65</sup> Nicht mehr erwähnt wird hier, dass der Unternehmer seinen Pfandeintragungsanspruch verliert, wenn er ihn nicht innerhalb von vier Monaten seit Arbeitsvollendung realisiert (Art. 839 Abs. 2 ZGB) oder nachträglich darauf verzichtet (Art. 837 Abs. 3 ZGB); siehe schon Rz. 21. Auf beides wird der Grundeigentümer, der die Dinge in die Hand nehmen will, sich nicht verlassen wollen.

## 1. Durch Bezahlung

- 29 Am effektivsten befreit der Grundeigentümer sein Grundstück von Pfandeintragungsansprüchen bzw. von Bauhandwerkerpfandrechten, indem er (oder ein Dritter an seiner Stelle) den pfandberechtigten bzw. pfandgesicherten Vergütungsbetrag bezahlt. Gleich, ob die bezahlte Vergütungsschuld eine persönliche Schuld des zahlenden Eigentümers ist oder die Schuld eines Dritten,<sup>66</sup> lässt deren vollständige Bezahlung nicht nur die Schuld untergehen, sondern auch den damit verbundenen Pfandeintragungsanspruch, was eine Pfanderrichtung gestützt auf diese Forderung nachhaltig verunmöglicht. Ist bereits ein Bauhandwerkerpfandrecht im Grundbuch eingetragen, wird dieses im Umfang der Zahlung entkräftet und lebt als nicht vollstreckbares Recht im Grundbuch weiter, bis der Grundeigentümer beim Grundbuchamt (und nötigenfalls unter Anrufung des Gerichts) dessen Löschung verlangt.<sup>67</sup>

## 2. Durch Sicherstellung

- 30 **1. Gesetzliches Abwehrinstrument.** Das Gesetz erlaubt dem Grundeigentümer, einen auf sein Grundstück gerichteten Pfandeintragungsanspruch bzw. ein darauf errichtetes Bauhandwerkerpfandrecht zu vernichten, indem er (oder ein Dritter an seiner Stelle) in Höhe des pfandberechtigten Vergütungsbetrags eine hinreichende anderweitige Sicherheit bestellt.<sup>68</sup> Eine solche Ersatzsicherheit kann wiederum zur Sicherung einer eigenen oder einer fremden Vergütungsschuld bestellt werden. Die wohl verbreitetste Form der Ersatzsicherheit ist die Bankgarantie, die im Auftrag des Grundeigentümers oder des Primärunternehmers zugunsten des pfandbegehrenden Unternehmers ausgestellt wird. Ob, wie und wann der Unternehmer auf die Sicherheit zugreifen kann, ergibt sich aus den darin festgelegten Voraussetzungen der Inanspruchnahme. Wird darin nur vorausgesetzt, dass die Vergütungsforderung im betreffenden Betrag gerichtlich oder durch Schuldanerkennung festgestellt ist, ist die Sicherheit sogenannt definitiv bestellt und der Streit um die Sicherstellung beendet. Wird zusätzlich vorausgesetzt, dass der Unternehmer im Rahmen eines Gerichtsverfahrens beweist, dass er (in Ermangelung der Ersatzsicherheit) über das Recht verfügte hätte, ein Bauhandwerkerpfandrecht einzutragen, ist die Sicherheit sogenannt nur vorläufig bestellt und der Streit um die Sicherstellung geht weiter. Ist jedenfalls die definitive oder vorläufige Ersatzsicherheit «hinreichend» im Sinne des Gesetzes (Art. 839 Abs. 3 ZGB), erlischt der Pfandeintragungsanspruch des Unternehmers bzw. wird sein Bauhandwerkerpfandrecht entkräftet<sup>69</sup>. Die wirtschaftlichen Mittel, die der Grundeigentümer (oder ein Dritter) mobilisiert, um die Ersatzsicherheit zu bestellen, bleiben definitiv oder wenigstens vorläufig gebunden, wohingegen das Baugrundstück durch die alternative Sicherstellung endgültig aus der Schusslinie genommen wird.
- 31 **2. Revisionsbestrebungen.** Das Recht, eine Ersatzsicherheit zu bestellen, ist im Gesetz als einseitiges Gestaltungsrecht konzipiert; der Grundeigentümer kann dieses ausüben, ohne dass es darauf ankäme, wie sich der Unternehmer hierzu stellt. Diese Konzeption wird derzeit von der Bundesgerichtspraxis unterlaufen, wonach allfällige Verzugszinsen zeitlich unlimitiert sicherzustellen seien, damit von einer «hinreichenden» Sicherheit die Rede sein könne. Faktisch verhindert diese Auslegung von «hinreichend» in vielen Fällen, dass der Grundeigentümer die Sicherheit ohne das Einverständnis des Unternehmers bestellen kann, was nicht die Idee der Regelung ist.<sup>70</sup> Der Gesetzgeber ist dank der Motion BURKART bereits auf das Problem aufmerksam geworden.<sup>71</sup> Derzeit liegt ein Vorentwurf für eine Gesetzesänderung vor, wonach Verzugszinsen (nur) für zehn Jahre sichergestellt werden müssen. Der Vorschlag wird in den

<sup>66</sup> Zu diesem Risiko: Rz. 35 ff.

<sup>67</sup> SCHUMACHER/REY, Rz. 395 f., 1841.

<sup>68</sup> Art. 839 Abs. 3 ZGB. Dazu BOVEY, CR, Art. 839 ZGB N 121 ff.; SCHUMACHER/REY, Rz. 1213 ff.; SCHMID/HÜRLI-MANN-KAUP, Rz. 1741 ff.; THURNHERR, BSK, Art. 839/840 ZGB N 11.

<sup>69</sup> Siehe schon Fn. 67.

<sup>70</sup> Eine Übersicht des Problems, jeweils mit weiterführenden Hinweisen: REY, Baurecht jetzt! 2022, S. 41 f.; THURNHERR, BSK, Art. 839/840 ZGB N 11.

<sup>71</sup> Rz. 4.

Stellungnahmen im Vernehmlassungsverfahren<sup>72</sup> durchwegs begrüsst.

Diese Gesetzesänderung wird am Doppelzahlungsrisiko des Grundeigentümers notabene nichts ändern, weil die Sicherstellung eines Subunternehmers den Grundeigentümer nicht weniger kostet als die Direktbezahlung desselben. Dies ist hier zu erwähnen, weil im Vernehmlassungsverfahren teilweise (falsch) angenommen worden ist, mit der Lösung des Verzugszinsensicherstellung werde auch das Doppelzahlungsrisiko adressiert.<sup>73</sup>

### 3. Durch Kündigung?

**1. Prinzip.** Je nach Zeitpunkt kann die Kündigung des Bauvertrags ein weiterer Weg sein, den Pfandeintragungsanspruch bzw. das errichtete Bauhandwerkerpfandrecht des Unternehmers zu vernichten. Die Option wird erfahrungsgemäss wenig thematisiert, mitunter, weil die meisten Pfandeintragungsansprüche erst nach Arbeitsvollendung erhoben werden. Zu diesem Zeitpunkt ist das freie Kündigungsrecht des Bestellers, über das er im Werkvertrag nach dispositivem Gesetzesrecht verfügt, bereits erloschen.<sup>74</sup> Kündigt der Besteller aber noch im Verlauf der Herstellung, so zerfällt seine Gegenleistungspflicht nunmehr in zwei Teile. Einerseits hat er die ausgeführten Arbeiten zu vergüten, andererseits den Unternehmer für den entgangenen Gewinn schadlos zu halten. Pfandberechtigt ist allein erstere Position, weil ihr effektive Bauleistungen zugrundeliegen, die geeignet sind, den Grundstückswert zu mehrten. Der Schadloshaltungsanspruch kompensiert lediglich Entgangenes, das gerade auf die Nichtausführung von Bauleistungen, also auf die Nichtschaffung von Grundstückswert zurückgeht.<sup>75</sup> Der Zeitpunkt der Kündigung ist demnach entscheidend. Der Pfandeintragungsanspruch ist umfangmässig desto kleiner, je früher die Kündigung ausgesprochen wird. Wird sie gar noch vor Arbeitsbeginn ausgesprochen, bleibt es beim – nicht pfandberechtigten – Schadloshaltungsanspruch. Wird die Kündigung im Verlaufe der Ausführung ausgesprochen, steht neben dem Schadloshaltungsanspruch auch ein pfandberechtigter Vergütungsrest, dessen Pfandsicherung wiederum nur durch Bezahlung<sup>76</sup> oder Sicherstellung<sup>77</sup> eliminiert werden kann.

**2. Nicht: Blosser Wegweisung.** Den Bauvertrag aufzukündigen ist nicht dasselbe, wie einen Unternehmer vom Bauplatz wegzuweisen. Untersagt ein Besteller dem Unternehmer die Verrichtung der Arbeiten oder hindert er ihn gar physisch oder organisational an der Ausführung, gerät der Besteller grundsätzlich in Gläubigerverzug.<sup>78</sup> Damit aber bleibt der betreffende Bauvertrag zunächst bestehen,<sup>79</sup> mit ihm auch die Vergütungsforderung des Unternehmers und damit einhergehend sein Pfandeintragungsanspruch in der vollen Höhe der voraussichtlich verdienten Vergütung. Nur wenn das Verhalten des Bestellers für den Unternehmer zweifelsfrei darauf schliessen lässt, dass der Besteller den Vertrag auflösen will, darf und muss dieser von einer Kündigung ausgehen.<sup>80</sup> In diesem Sinn lässt sich unter Umständen auch die Verweigerung einer für die Bauausführung erforderlichen Mitwirkungshandlung verstehen,<sup>81</sup> wobei häufig erst nach einer gewissen Zeitspanne erkennbar wird, dass ein Besteller gar nicht vorhat, diese noch zu erbringen. So oder anders bewirkt der Besteller mit einer einfachen Wegweisung in punkto Pfandeintragungsanspruch meistens (noch) nichts, und noch weniger der Grundeigentümer, der einen Subunternehmer wegweist, da er mit diesem begriffsgemäss nicht in vertraglicher Beziehung steht. Damit von einer Kündigung auszugehen ist, muss sie für den Unternehmer nicht nur als solche zu verstehen sein, sondern auch von einer kündigungsberechtigten Person ausgehen.

<sup>72</sup> Siehe Fn. 8.

<sup>73</sup> Beispiel: Stellungnahmen, S. 64, Associazione consumatrici e consumatori della Svizzera italiana.

<sup>74</sup> Art. 377 OR: «Solange das Werk unvollendet ist, kann der Besteller gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers jederzeit vom Vertrag zurücktreten.»

<sup>75</sup> SCHUMACHER/REY, Rz. 397 f.

<sup>76</sup> Rz. 29.

<sup>77</sup> Rz. 30 f.

<sup>78</sup> Zu den vielfältigen Mitwirkungsobliegenheiten des Bauherrn: REY, Mitwirkung, Rz. 406 ff. Siehe dort auch Rz. 20 zur willkürlichen Interferenz des Gläubigers (hier: des Bauherrn).

<sup>79</sup> Vom Auflösungsrecht gemäss Art. 95 OR macht der Bauunternehmer kaum je Gebrauch.

<sup>80</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz. 526.

<sup>81</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1343.

## C. Das «Doppelzahlungsrisiko»

- 35 Das Postulat umschreibt das «Doppelzahlungsrisiko», wie es auch in der Fachsprache überwiegend genannt wird, als die zentrale Last, die dem Grundeigentümer mit dem Pfandrecht der Subunternehmer aufgebürdet wird. Verstanden als die Gefahr, für eine fremde Vergütungsschuld eintreten zu müssen, greift das Risiko aber eigentlich über blosser Subunternehmer-Situationen hinaus, weshalb das Phänomen hier in seinem grösseren Zusammenhang darzustellen ist:

### 1. Zulässigkeit von Drittpfandverhältnissen

- 36 Am Anfang des sogenannten Doppelzahlungsrisikos steht das Drittpfandverhältnis.<sup>82</sup> Es wurde bereits gesagt, dass der Unternehmer den Pfandeintragungsanspruch unabhängig davon erlangt, ob er vom Grundeigentümer beauftragt wird oder von einer anderen Person.<sup>83</sup> Ebenfalls, dass der Pfandeintragungsanspruch sich ausnahmslos gegen den aktuellen Grundeigentümer richtet.<sup>84</sup> Errichtet der Unternehmer, dessen Besteller (und Vergütungsschuldner) nicht der Grundeigentümer ist, ein Bauhandwerkerpfandrecht am Baugrundstück, so entsteht folgende Rechtslage: [1] Aus der Sicht des Unternehmers haftet ihm das Grundstück des einen (des Eigentümers) für eine Vergütungsschuld des anderen (des Bestellers); [2] aus der Sicht des Grundeigentümers haftet sein Grundstück dem einen (dem Unternehmer) für eine Vergütungsschuld des anderen (des Bestellers); [3] aus der Sicht des Bestellers haftet für seine eigene Vergütungsschuld das Grundstück des einen (des Eigentümers) dem anderen (dem Unternehmer). Zu solchen Drittpfandverhältnissen kommt es nicht nur, aber immer auch dann, wenn ein Subunternehmer ein Pfandrecht errichtet. Allerdings kann auch das Pfandrecht eines Primärunternehmers ein Drittpfandverhältnis begründen, sei es, dass er im Auftrag des vormaligen Eigentümers baut und das Grundstück währenddessen veräussert wird,<sup>85</sup> sei es, dass er einen berechtigten Nichteigentümer (Mieter, Pächter usw.) zum Auftraggeber hat.

### 2. Die Bezahlung (oder Sicherstellung) einer fremden Schuld

- 37 Es wurde festgestellt, dass die Bezahlung oder die Sicherstellung der pfandberechtigten bzw. pfandgesicherten Vergütungsschuld für den Grundeigentümer regelmässig die einzigen Wege sind, die Eintragung bzw. die Verwertung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu verhindern.<sup>86</sup> Ebenfalls war zu sehen, dass im Bereich des Bauhandwerkerpfandrechts Drittpfandverhältnisse zulässig und an der Tagesordnung sind.<sup>87</sup> Bei einem Drittpfandverhältnis steht der Grundeigentümer vor der Wahl, entweder die Errichtung bzw. die Verwertung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu erdulden oder die Vergütungsschuld (die in diesem Fall nicht die seine ist) an den pfandberechtigten Unternehmer zu bezahlen (Direktzahlung) bzw. zu dessen Gunsten sicherzustellen (Direktsicherstellung). Insofern ist das Doppelzahlungs-«Risiko» nicht wörtlich aufzufassen. Der Grundeigentümer erleidet die Begleichung einer fremden Schuld nicht wie einen unverhofften Blitzschlag, sondern aus eigenen Stücken, wenngleich natürlich unter dem Druck der zahlreichen, mit einem Pfandeintragungsanspruch bzw. Bauhandwerkerpfandrecht verbundenen Nachteile. Genauer wäre es, von einer Doppelzahlungso**bliegenheit** zu sprechen. Im Übrigen ist aber auch das «Doppelte» nicht immer ein solches. «Doppelt» bezahlt der Eigentümer eine Bauarbeit, wenn er diese selber veranlasst hat und sich infolgedessen die Bezahlung seiner eigenen Vergütungsschuld an einen Primärunternehmer mit der Direktzahlung an einen

<sup>82</sup> Zum Drittpfandverhältnis bei der Grundpfandverschreibung: SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1606 ff.; beim Bauhandwerkerpfandrecht: z.B. TRAUFFER, Rz. 66 ff. («Drittpfandrecht»).

<sup>83</sup> Rz. 18.

<sup>84</sup> Rz. 15

<sup>85</sup> Der Pfandeintragungsanspruch richtet sich infolge dieser Transaktion gegen den neuen Eigentümer, also gegen den Erwerber des Grundstücks.

<sup>86</sup> Rz. 28 ff.

<sup>87</sup> Rz. 36.

Subunternehmer häuft.<sup>88</sup> Berücksichtigt man hingegen das Problem der Mehrfacheintragung, besteht gar die faktische Gefahr, dass ein Grundeigentümer einmal «dreifach», «vierfach» usw. zur Kasse gebeten wird, selbst wenn für eine gegebene Bauarbeit theoretisch nie mehr als ein Bauhandwerkerpfandrecht verwertet werden dürfte.<sup>89</sup> Nur «einfach» – aber aus Sicht des Grundeigentümers immer noch einmal zu viel – bezahlt er die Bauarbeiten, wenn diese nicht von ihm selbst veranlasst worden sind, sondern von einem Dritten, z.B. einem Mieter oder einem Nutzniesser.<sup>90</sup> In diesem Fall trifft den Eigentümer keine vertragliche Vergütungspflicht, doch verbleibt ihm zur Abwehr des Pfandeintragungsanspruchs auch hier nur die Direktzahlung an den Unternehmer, der vom Nichteigentümer beauftragt worden ist. Im Kern geht es also immer um die Obliegenheit des Grundeigentümers, die Vergütungsschuld (mindestens) eines Dritten zu begleichen, um sein Grundstück nicht zu verlieren. Im Folgenden werden alle diese Fälle verkürzt unter das «Doppelzahlungsrisiko» gefasst.

### 3. Ratio des Doppelzahlungsrisikos

**1. Zielsetzung des Bauhandwerkerpfandrechts.** Das Bauhandwerkerpfandrecht ist seit Inkrafttreten des Zivilgesetzbuchs am 1. Januar 1912 in unserer Rechtsordnung enthalten und soll(te) im Wesentlichen verhindern, dass das ausführende Baugewerbe infolge der sorglosen Verwendung von Baugeldern, insbesondere von grundpfandgesicherten Baukrediten, Zahlungsausfälle erleidet. Der Unternehmer steigert mit den Bauarbeiten den Grundstückswert, wobei der geschaffene Bauwert kraft Akzession sogleich in das Vermögen des Grundeigentümers übergeht. Wird der Grundeigentümer zahlungsunfähig, fliesst weder eine Vergütung noch lässt sich der geschaffene Bauwert rückübertragen.<sup>91</sup> Ohne gesetzliche Privilegierung müsste der Unternehmer nun, im Insolvenzverfahren des Grundeigentümers um seine Vergütungsforderung kämpfend, gegen grundpfandgesicherte Gläubiger antreten,<sup>92</sup> die vorab von der Verwertung des – nunmehr wertgesteigerten – Grundstücks profitieren würden, während der Unternehmer, immerhin Urheber der Wertsteigerung, als nicht privilegierter Gläubiger regelmässig leer ausgehe. In der Entstehungszeit des Zivilgesetzbuchs wurde dieses Ergebnis als unbefriedigend empfunden. Dies auch darum, weil Kreditgeber und/oder Grundeigentümer an industrialisierten Orten die Rechtslage teilweise systematisch ausnützten, z.B., indem der Bauauftrag von einem vorgeschobenen, mittellosen Eigentümer vergeben wurde, von dem der (Grundpfand-)Gläubiger nach Bauvollendung im Wege der Grundpfandverwertung das nunmehr überbaute Grundstück günstig (zurück-)erstand.<sup>93</sup> Heute ermöglicht das Bauhandwerkerpfandrecht dem

38

<sup>88</sup> In diesem Sinne etwa bei SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1715; SCHUMACHER/REY, Rz. 194 ff. Von einem Doppelzahlungsrisiko spricht man auch im Zusammenhang mit dem Risiko des *Grundstückserwerbers*, zusätzlich zum Kaufpreis (an den Verkäufer) auch den Werklohn eines Unternehmers bezahlen zu müssen (SCHUMACHER/REY, Rz. 198 ff.; vgl. auch Rz. 137 hiernach). – Anders THURNHERR, für den es offenbar zum Doppelzahlungsrisiko gehört, dass ein Grundstück doppelt *pfandbelastet* wird (BSK, Art. 839/840 ZGB N 10), was freilich für die Realisierung des fraglichen Risikos nicht erforderlich ist. Angesprochen ist damit aber jedenfalls das – anders gelagerte – Problem der Mehrfachanmeldung (dazu Rz. 65).

<sup>89</sup> Gleicher Auffassung darüber, wie das Problem der Mehrfacheintragung (dazu Rz. 65) sich in diesem Punkt auswirkt: STREIFF, S. 64.

<sup>90</sup> Zusätzliche Voraussetzung bildet in diesem Fall, wie gesagt, die Zustimmung des Grundeigentümers zu den Bauarbeiten: Art. 837 Abs. 2 ZGB und Rz. 23 ff.

<sup>91</sup> ZOBL, ZSR 1982 II, S. 29.

<sup>92</sup> Zu denken ist insbesondere an die Banken, die den Bau- und andere Hypothekarkredite vergeben haben.

<sup>93</sup> Man sprach in diesem Zusammenhang vom «Bauschwindel» (vgl. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1696 Abs. 2; Votum von Ständeratsmitglied PETER EMIL ISLER in der Sitzung der Expertenkommission vom 21. April 1903, Protokoll, S. 235, abgedruckt bei FASEL, S. 674: «[...] der Übelstand ist im Grunde so alt, wie das Hypothekarrecht selbst, es ist ein Konflikt zwischen dem Handwerker, der mit seiner Arbeit das Pfand verbessert und dem Pfandgläubiger. Es gilt einen Excess des Pfandrechts zu beseitigen; ein Pfandgläubiger steckt in seine Tasche dasjenige, was der Handwerker mit seiner Arbeit verdient hat; das verstösst gegen den gesunden Gerechtigkeitssinn in einer für einfache Leute ganz unverständlichen Weise. Ein solcher Missstand dient nicht zur Erhaltung der gegenwärtigen Gesellschaftsordnung»). Zu diesem und weiteren wirtschaftlichen Hintergründen des Bauhandwerkerpfandrechts (ungünstige Zahlungsbedingungen, leichtsinnige Gewährung von Hypothekarkrediten) siehe etwa ZOBL, ZSR 1982 II, S. 31 ff. Zum Hintergrund des Bauhandwerkerpfandrechts mit zahlreichen Nachweisen auch: SCHUMACHER/REY, Rz. 121 ff.; TRAUFFER, Rz. 1 ff. Vgl. auch THURNHERR, BSK, Art. 839/840 ZGB N 1.

Unternehmer nötigenfalls, sich den geschaffenen Bauwert gleichsam zurückzuholen, indem er in Höhe seiner Vergütungsforderung auf den Grundstückswert zugreift.

- 39 **2. Vitaler Bestandteil des Bauhandwerkerpfandrechts?** So gesehen ist das Doppelzahlungsrisiko nicht ein vom Gesetzgeber übersehenes Kollateralprodukt des Bauhandwerkerpfandrechts, sondern eines seiner Kernelemente. Es setzt dem Eigentümer den Anreiz, die lückenlose Bezahlung aller Unternehmer, die auf seinem Grundstück tätig werden, auch dann nach Kräften sicherzustellen, wenn die Unternehmer nicht seine Vertragspartner sind und gar dann, wenn er die Bauarbeiten nicht selber veranlasst hat. Dies nicht in der Idee, dass möglichst viele Pfandrechte eingetragen, sondern möglichst viele Vergütungsforderungen beglichen werden.<sup>94</sup> Die bemerkenswerte Strenge dieses Prinzips<sup>95</sup> sorgt traditionell für Kontroversen. Den einen geht es zu weit, dass der Grundeigentümer auch dann noch mit einem Bauhandwerkerpfandrecht belastet werden kann, wenn er alle seine Primärunternehmer (und Forderungsgläubiger) restlos bezahlt hat, also den auf dem Grundstück geschaffenen Mehrwert vollständig vergütet hat.<sup>96</sup> Für die anderen wird die Effektivität des Bauhandwerkerpfandrechts, die auch von seiner Abschreckungswirkung zehrt, weitgehend unterminiert, wenn der Subunternehmer-Pfandeintragungsanspruch von der Erfüllung vertraglicher Schulden zwischen Grundeigentümer und Primärunternehmer abhängig gemacht wird.<sup>97</sup> Dass das Baugewerbe der letzteren Auffassung ist, überrascht natürlich nicht.<sup>98</sup> Dies scheint vereinzelt aber auch die Auffassung von Kantonsregierungen zu sein<sup>99</sup> und war zumindest vor etwas mehr als zehn Jahren auch jene des Bundesgesetzgebers, der das Subunternehmer-Pfandrecht anlässlich der Teilrevision Immobiliarsachenrecht nicht nur beibehalten, sondern ausgebaut hat.<sup>100</sup> Allerdings wird die Frage in dieser Grundsätzlichkeit vom Postulat gar nicht aufgeworfen:

- 40 **3. Keine Fundamentalkritik im Postulat.** Soweit ersichtlich, stellt das Postulat weder das Bauhandwerkerpfandrecht in Frage noch den Umstand, dass der Subunternehmer über ein Bauhandwerkerpfandrecht verfügt und konsequenterweise auch nicht, dass den Grundeigentümer ein Doppelzahlungsrisiko treffen soll. Das Doppelzahlungsrisiko wird durchaus akzeptiert für den Fall, da der Grundeigentümer – so mein Verständnis des Anliegens, das noch genauer herauszuschälen sein wird –<sup>101</sup> mit der Untervergabe der Bauarbeiten an einen oder mehrere Subunternehmer sowie mit den damit einhergehenden Pfandeintragungsansprüchen gerechnet hat oder nach den Umständen wenigstens hat rechnen müssen. Nur für die Fälle, wo er damit vernünftigerweise nicht hat rechnen müssen, wird eine Einschränkung des Doppelzahlungsrisikos angedacht. Dies zu betonen, bietet sich an, nachdem dieser Punkt im Vernehmlassungsverfahren von manchen Befürwortern der «Transparenzlösung» falsch aufgefasst worden ist.<sup>102</sup> In diesem

<sup>94</sup> Vgl. dazu die Erläuterungen und Stellungnahmen bei FASEL, S. 684, 988, 1163; SCHUMACHER/REY, Rz. 191.

<sup>95</sup> Streng ist nicht nur, dass u.U. eine fremde Schuld bezahlt werden muss, sondern auch, dass sich die Einbringung der Regressforderung in der Praxis schwierig oder aussichtslos gestalten kann; dazu Rz. 41 f.

<sup>96</sup> DE HALLER: «situation déplorable» (ZSR 1982 II, S. 290); GAUCH, Werkvertrag, Rz. 185 («Kein Zweifel, dass der Bauherr Schutz gegen solche Doppelzahlungen verdient!»); SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1716; THURNHERR, BSK, Art. 839/840 ZGB N 10a; BGE 95 II 87 E. 4: «conséquences extrêmement rigoureuses pour le propriétaire»; BGE 104 II 348 E. III.3.b «effet [...] non seulement rigoureux mais choquant».

<sup>97</sup> SCHUMACHER/REY, Rz. 201 ff., insbesondere 203 und 206 f.

<sup>98</sup> Beispiele: Stellungnahmen, S. 66, bauenschweiz; S. 79 f., constructionromande; S. 99 f., Fédération des Entreprises Romandes; S. 127, Halter AG; S. 172 ff., Schweizerischer Baumeisterverband. Differenzierend der sia schweizerischer ingenieur- und architektenverein, Stellungnahmen, S.183 (Überlegungen im Sinne des Postulats «führen jeweils zu Resultaten, welche die berechtigten Interessen der Beteiligten in ein anderes Ungleichgewicht bringen»).

<sup>99</sup> Stellungnahmen, S. 50, Regierungsrat Kanton Zürich («Mit einer Anpassung des Bauhandwerkerpfandrechts kann ohne Änderung des Zwecks des Bauhandwerkerpfandrechts somit kein ausgewogeneres Verhältnis zwischen Bauherrschaft und Subunternehmen geschaffen werden»).

<sup>100</sup> «Ausbau – kein Umbau», so SCHUMACHER, ErgB, Rz 367 ff. Daran ändert auch nichts, dass es ehemals «ein zentrales Anliegen des Vorentwurfs vom März 2004 war, dafür [für das Doppelzahlungsrisiko] Lösungen zu bieten» (THURNHERR, ZBGR 2012, S. 74). Die gebotenen Lösungen wurden in Botschaft und Entwurf vom 27. Juni 2007 gerade deshalb fallen gelassen, weil sie im Vernehmlassungsverfahren (also nicht erst in den parlamentarischen Beratungen) auf vehemente Kritik gestossen waren (vgl. auch SCHUMACHER, ErgB, Rz. 374; STEINAUER, Rz. 4464).

<sup>101</sup> Rz. 59 ff.

<sup>102</sup> Beispiele: Stellungnahmen, S. 1, Regierungsrat Kanton Aargau («eine Regelung, mit welcher das bestehende Doppelzahlungsrisiko des Bauherrn abgeschafft würde, ohne auf heute bestehende Sicherheiten zu verzichten»); S. 3,

Sinn sind denn auch der Regulierungsbedarf zu beleuchten und die Regulierungsideen zu entwickeln.<sup>103</sup>

#### 4. Verschärfung durch Regressprobleme

*1. Regressgrundlagen.* Die Zahlung oder die Sicherstellung der pfandberechtigten Vergütungsschuld des Unternehmers, der nicht sein Vertragspartner ist, ist meistens das einzige Mittel des Grundeigentümers, eine Pfandeintragung schnell und nachhaltig abzuwenden bzw. rückgängig zu machen.<sup>104</sup> Das aufgewendete Geld ist nicht a priori verloren, denn theoretisch kann er dieses von anderen Baubeteiligten wieder erhältlich machen, also gegen sie regressieren. Haben ihm z.B. der Primärunternehmer oder der Mieter (also seine Vertragspartner) versprochen, das Baugrundstück von Pfandrechten frei zu halten, kommen beim Grundeigentümer vertragliche Schadenersatzansprüche in Betracht. Selbst wenn betreffend Pfandrechte nichts vereinbart ist und das Grundstück pfandbelastet wird, räumt das Bundesgericht dem Grundeigentümer im Bauwerkvertrag das Recht ein, seine Vergütungsschuld gegenüber dem Primärunternehmer einseitig zu mindern.<sup>105</sup> Löst der Grundeigentümer ein bereits vorläufig oder gar definitiv eingetragenes Bauhandwerkerpfandrecht durch Direktzahlung ab, übernimmt er ausserdem kraft Subrogation die Vergütungsschuld des Dritten<sup>106</sup> und kann sie gegen den jeweiligen Vergütungsschuldner (einen Primärunternehmer, einen Mieter, einen Sub-Subunternehmer usw.) einziehen. Gegen jeden Vergütungsschuldner, den er durch Direktzahlung an dessen Gläubiger befreit, entstehen zumeist auch Ausgleichsansprüche aus Bereicherungsrecht.<sup>107</sup> Bei allen diesen Ansprüchen des Grundeigentümers herrscht in dem Umfang, wie sie zeitlich koexistieren und inhaltlich kongruieren, Anspruchskonkurrenz.

*2. Regressprobleme.* Die Regressgrundlagen erscheinen zunächst üppig, nützen aber dem Grundeigentümer je nach Bonität und Zahlungswilligkeit seines Regressschuldners wenig, was die Strenge des Doppelzahlungsrisikos unterstreicht.<sup>108</sup> Am günstigsten liegen die Dinge für den Eigentümer, wenn Geldflüsse gänzlich vermieden werden können, insbesondere durch die einseitige Minderung seiner noch offenen Vergütungsschuld gegenüber dem Primärunternehmer. Zu denken ist auch an die Verrechnung der Regressforderung (gleich welcher Art) gegen den Regressschuldner,<sup>109</sup> was natürlich voraussetzt, dass der Grundeigentümer diesem gegenüber Schulden hat, namentlich eine offene Vergütungsschuld.<sup>110</sup> Ist die Vergütungsschuld bereits bezahlt<sup>111</sup> oder ist über den Regressschuldner der Konkurs eröffnet oder die Konkurseröffnung abzusehen,<sup>112</sup> fällt eine Verrechnung unter Umständen bereits ausser Betracht. Muss der Grundeigentümer mangels Verrechnungsmöglichkeit seine Regressforderung einziehen, so liegt alles an der Zahlungsfähigkeit seines Regressschuldners: Ist bei diesem noch Haftungssubstrat vorhanden, mündet dies regelmässig in einem oder mehreren Zivilprozessen, die bekanntlich zeitintensiv sind und weitere Kostenrisiken mit sich bringen. Ist kein Haftungssubstrat mehr

---

Regierungsrat Kanton Appenzell Ausserrhoden (im Zusammenhang mit der «Transparenzlösung»: «Das Doppelzahlungsrisiko [...] ist zu eliminieren»); S. 58, SP Schweiz («eine Lösung [...], die das aktuell zuungunsten der Bauherren – und frauen [sic] bestehende Doppelzahlungsrisiko beseitigt»).

<sup>103</sup> Für die Frage, ob und wie das postulierte Anliegen sinnvoll in Gesetzesform überführt werden könnte, erweisen sich die jene Stellungnahmen im Vernehmlassungsverfahren (dazu Fn. 8), die pauschal für die Abschaffung des Bauhandwerkerpfandrechts oder zumindest des Subunternehmer-Pfandrechts plädieren, entsprechend als wenig hilfreich (Beispiel: Stellungnahmen, S. 230 ff., Verband Schweizerischer Grundbuchverwalter).

<sup>104</sup> Dazu Rz. 28 ff.

<sup>105</sup> BGE 116 II 537; 104 II 355; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1717.

<sup>106</sup> Art. 110 Ziff. 1 OR; vgl. SCHUMACHER/REY, Rz. 1903 ff.

<sup>107</sup> Zum Ganzen GAUCH, Werkvertrag, Rz. 179–180a; SCHUMACHER/REY, Rz. 1857.

<sup>108</sup> STREIFF, S. 63, spricht deshalb vom Regressverhältnis als «(fast zynisches) Scheinargument zur Linderung der Last des mehrfach leistenden Grundeigentümers».

<sup>109</sup> SCHUMACHER/REY, Rz. 975 ff.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1717.

<sup>110</sup> Gegenüber seinem Primärunternehmer ist dies regelmässig der Fall; gegenüber Mietern, Subunternehmern usw. regelmässig nicht.

<sup>111</sup> In diesem Fall ist die Vergütungsschuld getilgt und keine Verrechnungsmasse mehr vorhanden.

<sup>112</sup> Zur Verrechnung im Konkurs oder vor Eröffnung des Konkurses: Art. 213/214 SchKG. Dazu SCHUMACHER/REY, Rz. 1926 ff.

vorhanden, ist der Regress a priori aussichtslos. So liegen die Dinge gerade im klassischen Fall, da der Grundeigentümer den Subunternehmer seines konkursiten Total- oder Generalunternehmers direkt auszahlt.

## 5. Abgrenzungen zu verwandten Problemkomplexen

- 43 Im Postulat heisst es mitunter, der Grundeigentümer hafte «pfandreichtlich [...] gegenüber ganzen Ketten von Subunternehmern». Dieser Passus erheischt Klarstellungen:
- 44 **a. Längere Ketten, mehr Pfandeintragungsansprüche.** Insofern gemeint ist, dass mit jeder Untervergabe der Bauarbeiten die Zahl der Besteller-Unternehmer steigt, bei denen sich potenziell ein Zahlungsausfall ereignen kann, also auch die Zahl der potenziell unbezahlten und deshalb pfandrechtsinteressierten Subunternehmer, so trifft dies zu. Ebenfalls wäre die Implikation nachvollziehbar, dass längere Unternehmerketten «empfindlicher» sind, weil die Zahl der potenziell Unbezahlten umso grösser wird, je weiter oben in der Kette der Zahlungsausfall eintritt. Anzumerken ist immerhin, dass die Pfandeintragungsansprüche der Subunternehmer bereits im Zeitpunkt ihres Bezugs entstehen, nicht erst, wenn sie unbezahlt bleiben.<sup>113</sup> Längere Unternehmerketten bringen das Risiko mehrerer Subunternehmer-Pfandrechte also von Anfang an mit sich. Nur sehen die Unternehmer regelmässig davon ab, ein Pfandrecht zu errichten, solange noch Geld durch die Kette fliesst.
- 45 **b. Doppel- und Mehrfacherrichtung.** Ist gemeint, dass im Fall einer längeren Unternehmerkette (z.B. Generalunternehmer, Subunternehmer, Sub-Subunternehmer, Sub-Sub-Subunternehmer) eine Direktzahlung an einen der Subunternehmer nicht ausreicht, wenn alle Subunternehmer ihren Pfandeintragungsanspruch erheben, sondern die direkte Bezahlung aller Subunternehmer erforderlich wird, so ist zu differenzieren: Einerseits trifft es zu, dass dem Grundeigentümer, der in einer solchen Konstellation sein Grundstück sofort von Unternehmerpfandrechten befreien bzw. freihalten will, noch bevor die Begründetheit aller Pfandeintragungen gerichtlich festgestellt ist, letztlich nur die (Direkt-)Auszahlung oder (Direkt-)Sicherstellung sämtlicher Unternehmer verbleibt. Andererseits ist es eindeutig nicht die Idee des Gesetzes, dass mehrere Pfandrechte, die sich auf dieselben Bauarbeiten beziehen, mehrfach auf den Verwertungserlös zugreifen dürften. Die Schwierigkeit liegt darin, dass das Gesetz eine Mehrfacherrichtung zumindest nicht ausdrücklich verbietet und im Wege der vorläufigen Pfandeintragung sogar ermöglicht. Dass es in der Praxis so gut wie nie zu mehrfachen Pfanderrichtungen kommt, dürfte dem Grundeigentümer, der es einmal trifft, nur ein schwacher Trost sein. Auf dieses Problem ist an anderer Stelle noch einmal einzutreten.<sup>114</sup>

## D. Beherrschbarkeit von Subunternehmer-Pfandrechten?

- 46 Das Postulat beklagt, dass der Grundeigentümer bzw. dessen Grundstück auch «für unrechtmässig beigezogene Subunternehmer bzw. auch solche, von denen er gar nichts weiss bzw. wissen kann» hafte. Der Eigentümer müsse gegenüber «durch ihn nicht kontrollierbare Subunternehmerverhältnisse[n]» gestärkt werden. Unterstellt wird damit, dass ein Grundeigentümer die Arbeitsteilung auf seiner Baustelle nicht vollständig beherrscht und auch dann von Subunternehmer-Pfandeintragungen heimgesucht werden kann, wenn er von der Beteiligung des betreffenden Subunternehmers an den Bauarbeiten zuvor nie erfahren hat. Dies ist in den Grundzügen zu erläutern:

### 1. Vertragsregeln betreffend Subunternehmer

- 47 **1. Regelungsvielfalt.** In vielen Bauverträgen wird der Umgang mit Subunternehmern geregelt, dies namentlich in der Form eines (Teil-)Verbots, einer (Teil-)Erlaubnis oder gar einer Pflicht des Unternehmers, bestimmte Subunternehmer beizuziehen.<sup>115</sup> Mit einem vollständigen Verbot

<sup>113</sup> Rz. 22.

<sup>114</sup> Rz. 65, 111, 114.

<sup>115</sup> Vgl. GAUCH, BRT 1981, S. 6; CERUTTI, Rz. 377.

etwa, Subunternehmer beizuziehen, wird zwar der Pfandeintragungsanspruch des Primärunternehmers nicht beseitigt. Hält dieser sich aber an das Verbot, wird immerhin vermieden, dass es zu überlagernden Pfandeintragungsansprüchen von Subunternehmern (und damit zu einem Doppelzahlungsrisiko) kommt. Oder wird einem Primärunternehmer z.B. verboten, mehr als x Subunternehmer beizuziehen<sup>116</sup> oder ein Bauvolumen von mehr als y Prozent an Subunternehmer zu vergeben, bewirkt dies, wiederum die Befolgung der Regel vorausgesetzt, eine Deckelung der Anzahl Subunternehmer-Pfandeintragungsansprüche bzw. des Bauvolumens, für welches sich ein Doppelzahlungsrisiko ergeben kann. Häufig verpflichtet sich der Primärunternehmer ausserdem, dafür zu sorgen, dass solche Untervergaberegeln, wo sinnvoll, über die gesamte Subunternehmerkette eingehalten werden.<sup>117</sup>

**2. Was aber bei Pflichtverletzungen?** Die offensichtliche Schwäche solcher Vertragspflichten ist, dass sie verletzt werden können, sei es schon im Verhältnis Grundeigentümer/Primärunternehmer oder Primärunternehmer/Subunternehmer oder auch auf tieferen Stufen der Unternehmerkette.<sup>118</sup> Ein Primärunternehmer kann einen oder mehrere Subunternehmer unerlaubt beiziehen, stattdessen aber auch vergessen, seinen (erlaubten) Subunternehmer zu verpflichten, seinerseits keine weiteren Subunternehmer zu engagieren. Oder aber der Primärunternehmer macht alles richtig, doch engagiert sein Subunternehmer – entgegen seinen vertraglichen Pflichten – für einen Teil der Arbeiten einen Sub-Subunternehmer usw. Gleich, auf welcher Stufe einer Unternehmerkette die Vertragsverletzung sich ereignet, für den Grundeigentümer hat sie potenziell unangenehme Folgen:

**a. Indifferenz des Bauhandwerkerpfandrechts.** Der Pfandeintragungsanspruch eines Subunternehmers entsteht unabhängig davon, ob sein Beizug mit dem Vertrag harmoniert, der den Besteller-Unternehmer mit seinem eigenen Auftraggeber verbindet, sowie unabhängig davon, ob an der Spitze der Bauvertragskette der Grundeigentümer oder ein berechtigter Nichteigentümer steht.<sup>119</sup> Erkennt der Grundeigentümer die – auch unerlaubte – Untervergabe nicht, kann es durchaus vorkommen, dass er von der Mitwirkung des betreffenden Subunternehmers erstmals erfährt, wenn dieser seinen Pfandeintragungsanspruch erhebt, was typischerweise in den vier Monaten nach Arbeitsvollendung passiert, also nachdem das Werk schon ausgeführt ist. Zudem aber entsteht der Pfandeintragungsanspruch nicht erst mit Vollendung der Arbeiten, sondern bereits im Augenblick, da der Subunternehmer sich zu den Arbeiten verpflichtet, also den Vertrag mit dem Besteller-Unternehmer abschliesst.<sup>120</sup> Das heisst, die Ausführungsfrist ist dem Grundeigentümer keine «Gnadenfrist», innert welcher er nach unerlaubten Subunternehmer Ausschau halten und diese rechtzeitig abfangen könnte. Selbst, wenn der Grundeigentümer von der unerlaubten Untervergabe sogleich erfährt und er den Subunternehmer anweist (oder den «zuständigen» Primärunternehmer instruiert, ihn anzuweisen), die Arbeiten stillzulegen und sich bis auf weiteres von der Baustelle fernzuhalten, ist der Pfandeintragungsanspruch bereits entstanden und kann theoretisch in der vollen Höhe der voraussichtlichen Vergütung erhoben werden, vorbehaltlich Fälle des offensichtlichen Rechtsmissbrauchs<sup>121</sup> und der vorzeitigen Beendigung des Subunternehmer-Bauvertrags<sup>122</sup>.

**b. Vertragsrechtliche Sanktionen wenig zielführend.** Verletzt eine Vertragspartei ihre Pflichten, schuldet sie Schadenersatz, insofern sie ein Verschulden trifft,<sup>123</sup> und muss sie allenfalls auch

<sup>116</sup> Vgl. das Beispiel bei CERUTTI, Rz. 382.

<sup>117</sup> Zu sogenannten «flow-through»-Klauseln: GAUCH, Werkvertrag, Rz. 181, 631.

<sup>118</sup> Deshalb ZOBL, ZSR 1982 II, S. 101: «Es sei vorausgestellt, dass es aufgrund des geltenden Rechtes nie möglich sein wird, zum voraus solche Massnahmen zu treffen, welche das Risiko der Doppelzahlung des Grundeigentümers absolut ausschliessen.»

<sup>119</sup> Ausnahme: Wenn der Grundeigentümer den Bauarbeiten nicht zugestimmt hat und man jener Interpretation von Art. 837 Abs. 2 ZGB nachhängt, wonach auch Subunternehmer von dieser Zustimmung abhängen (vgl. Rz. 23,25).

<sup>120</sup> Dazu Rz. 22.

<sup>121</sup> Rz. 26 f.

<sup>122</sup> Rz. 33 f.

<sup>123</sup> Art. 97 Abs. 1 OR.

die vertragsgemässe Situation (wieder-)herstellen.<sup>124</sup> Mit anderen Worten kann der Grundeigentümer seinen Primärunternehmer zur Verantwortung ziehen, wenn dieser seine Pflichten hinsichtlich Untervergabe verletzt.<sup>125</sup> In Bezug auf die Errichtung von Subunternehmer-Pfandrechten lauern hier allerdings Schwierigkeiten. Der unerlaubte Beizug eines Subunternehmers muss nicht unbedingt kausal sein für die anschliessende Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts.<sup>126</sup> Die gerichtliche Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts ist ein mehrstufiger Prozess, entlang dessen sich nur nach und nach ergibt, ob und wie viel an Schaden entstanden ist.<sup>127</sup> Hält sich zwar der Primärunternehmer an seine Untervergabepflichten, nicht aber ein Subunternehmer, vermag der Grundeigentümer aus Vertrag nicht auf diesen zuzugreifen,<sup>128</sup> und ebenfalls nicht aus Delikt.<sup>129</sup> Wenn denn dem Eigentümer ein vertraglicher Schadenersatzanspruch erwächst, trägt er das Inkassorisiko, insofern er keine eigenen Vergütungsschulden (mehr) zur Verrechnung stellen kann. Ist der vertragsbrüchige Unternehmer zahlungsunfähig, wird das Einziehen aussichtslos, derweil aber das drohende oder errichtete Bauhandwerkerpfandrecht persistiert und sich auf das Grundstück bzw. den Eigentümer auswirkt. Auch die Wegweisung des Subunternehmers, insofern der Primärunternehmer diesem Begehren nachkommt, ändert nichts daran, dass dieser seinen Pfandeintragungsanspruch in voller Höhe erheben kann, solange der Vertrag nicht aufgekündigt ist.<sup>130</sup> Auf dasselbe läuft es wohl hinaus, wenn der Eigentümer zur «Ausschaltung» des unerlaubt beigezogenen Subunternehmers eine Ersatzvornahme gegen den Primärunternehmer erzwingt;<sup>131</sup> sie wirkt sich auf die Vergütungsforderung des Subunternehmers, mithin auf seine Berechtigung zur Pfanderrichtung, nicht aus.<sup>132</sup>

## 2. Weitere vertragliche Vorkehren

- 51 **I. Ausgangspunkt.** Vielfach wird im Zusammenhang mit dem Doppelzahlungsrisiko gesagt, der Grundeigentümer habe es durch geschickte und praxisübliche Gestaltung seiner Bauverträge in der Hand, das Risiko von Bauhandwerkerpfandrechten zu minimieren oder gar zu eliminieren. Diese Position ist anlässlich der Teilrevision Immobiliarsachenrecht von manchen Parlamentariern vertreten worden<sup>133</sup> und nun auch im Vernehmlassungsverfahren in vielfältiger

<sup>124</sup> In casu würde das heissen, vom Primärunternehmer zu verlangen, dass er den unerlaubt beigezogenen Subunternehmer wegweist. Weigert dieser sich, steht dem Besteller die Auflösung des Vertrags nach Art. 107–109 OR zu. Vgl. GAUCH, BRT 1981, S. 9, mit Verweis auf BGE 103 II 55. Generell zur Wegweisung des Drittkontrahenten auch CERUTTI, Rz. 471 ff.

<sup>125</sup> Generell zur Haftung aus unerlaubtem Beizug: CERUTTI, Rz. 457 ff.

<sup>126</sup> Wird der Subunternehmer A anstelle des vorgeschriebenen oder zumindest genehmigten Subunternehmers B beigezogen und strebt A ein Bauhandwerkerpfandrecht an, ist nicht ohne weiteres erstellt, dass es nicht auch beim Beizug von B zu einer Pfanderrichtung gekommen wäre.

<sup>127</sup> Die Verteilung von Verfahrenskosten (Gerichtsgebühren, Parteientschädigungen, eigene Anwaltskosten) im summarischen Massnahmenverfahren hat nur provisorischen Charakter, solange das Hauptverfahren nicht rechtskräftig abgeschlossen ist. – Eine Direktzahlung an einen Subunternehmer wird möglicherweise durch einen Regressanspruch kompensiert, dessen Einbringlichkeit sich aber erst noch weisen muss. – Die Belastung mit einem Bauhandwerkerpfandrecht bedeutet nicht ohne weiteres, dass der Verkehrswert der Liegenschaft in der Höhe der betreffenden Pfandsomme reduziert wird, schon gar nicht, wenn die Belastung lediglich eine provisorische ist (vorläufige Grundbucheintragung).

<sup>128</sup> Art. 399 Abs. 3 OR gilt im Werkvertrag nicht.

<sup>129</sup> Der vertragswidrige Beizug eines Subunternehmers lässt dessen Erhebung des Pfandeintragungsanspruchs nicht rechtswidrig werden. Zum Thema auch DE HALLER, ZSR 1982 II, S. 296 f.

<sup>130</sup> Rz. 33 f.

<sup>131</sup> Zu dieser Möglichkeit GAUCH, Werkvertrag, Rz. 640; CERUTTI, Rz. 497 ff.

<sup>132</sup> Unter der Annahme immerhin, dass die vom Subunternehmer versprochene Leistung dadurch (rechtlich) nicht unmöglich wird und seine Vergütungsforderung nicht kraft einer Kündigung durch den Hauptunternehmer (Art. 377 OR) in eine Schadenersatzforderung verwandelt wird.

<sup>133</sup> Vgl. etwa Amtl. Bull. 2009, S. 938, 1953 ff.

Ausformung aufgetaucht,<sup>134</sup> wobei sie vereinzelt auch von Juristen geteilt wird.<sup>135</sup> Gemeint sind meistens nicht oder nicht nur die bereits erwähnten Vertragsregeln zum Beizug von Subunternehmern,<sup>136</sup> sondern Abreden wie etwa die folgenden.<sup>137</sup>

**a. Pflichten des Primärunternehmers.** In der Tat verpflichtet sich der Primärunternehmer im Bauvertrag mit dem Eigentümer häufig, z.B. [1] die rechtzeitige Bezahlung von Subunternehmern zu gewährleisten; [2] über drohende oder entbrannte Vergütungsstreitigkeiten mit Subunternehmern zu informieren; [3] dafür zu sorgen, dass keine Bauhandwerkerpfandrechte im Grundbuch eingetragen werden; [4] bereits eingetragene Bauhandwerkerpfandrechte durch Bezahlung in dem Umfang abzulösen, wie die Vergütung geschuldet ist; [5] nach Bauende eine Erklärung aller Subunternehmer beizubringen, wonach sie vollständig bezahlt sind oder auf allfällig verbleibende Pfandeintragungsansprüche verzichten. 52

**b. Rechte des Grundeigentümers.** Der Grundeigentümer bedingt sich zudem häufig das Recht aus, [1] bei drohender oder erfolgter Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts einen korrespondierenden Vergütungsanteil einzubehalten; [2] einen Teil der Vergütung erst dann zu bezahlen, wenn feststeht, dass infolge Ablauf der Viermonatsfrist keine Pfandeintragungsansprüche mehr bestehen; [3] Subunternehmer aller Stufen direkt zu bezahlen oder sicherzustellen, dies mit tilgender Wirkung für seine eigene Vergütungsschuld bzw. gekoppelt mit Regressansprüchen gegen den Primärunternehmer. 53

**c. Einbindung Dritter.** Zusätzlich werden durch Abrede auch einmal Dritte eingebunden, dies hauptsächlich in zwei Funktionen: [1] Der Garant, Bürge, Mitschuldner usw. wird vom Primärunternehmer beigezogen, damit dieser die Mittel bereitstelle, um sämtlichen Aufwand abzudecken, der beim Grundeigentümer für die Abwehr von Bauhandwerkerpfandrechten anfällt. Besonders beliebt ist eine als Erfüllungsgarantie ausgestellte Bankgarantie zuhanden des Grundeigentümers, die das Risiko von Bauhandwerkerpfandrechten miterfasst und vom Primärunternehmer bei Vertragsabschluss beizubringen ist. [2] Der Bautreuhänder wird von einer oder beiden Vertragsparteien beauftragt, die Eigen- und die Fremdmittel des Grundeigentümers projektgetreu zu disponieren und insbesondere sicherzustellen, dass daraus auch die Subunternehmer bezahlt werden, dies unter Anrechnung an die Vergütungsschuld des Grundeigentümers. 54

**2. Schwächen dieser Vorkehren.** Eine erste liegt in deren privatautonomen Natur. Alle diese Lösungsmechanismen erblicken das Licht der Welt nur, wenn die Parteien sich hierauf einigen. Ob der Grundeigentümer in den Vertragsverhandlungen genug Gewicht aufbringt, um sich ein solches Vorsorge- und Abwehrdispositiv auszuhandeln, ist eine Frage des Einzelfalls; was man abmachen darf, ist bedeutungslos, wenn man es nicht abmachen kann.<sup>138</sup> Wenn denn solche oder ähnliche Regeln vereinbart werden, reihen sich weitere Schwierigkeiten auf. Pflichten eines 55

<sup>134</sup> Beispiel: Stellungnahmen, S. 50, Regierungsrat Zürich; S. 80, constructionromande; S. 87, economiesuisse; S. 99, Fédération des Entreprises Romandes; S. 101, Fédération genevoise des métiers du bâtiment; S. 114 f., FSKB; S. 148 ff., KSE; S. 154, metal suisse; S. 175, Schweizerischer Baumeisterverband; S. 191, SMGV. Bis hin zur Behauptung: «Bereits heute kann ein Bauherr mit dem Hauptunternehmer im Werkvertrag vereinbaren, dass Doppelzahlungen vermieden werden können» (Stellungnahmen, S. 179, Schweizerischer Gewerbeverband sgV). Gar der SVIT Schweiz sieht angesichts «der bestehenden Schutzmöglichkeiten durch Steuerung der Zahlungsflüsse» keinen Revisionsbedarf (Stellungnahmen, S. 202).

<sup>135</sup> Beispiele: CERUTTI, Rz. 600, befindet, mit solchen Ansätzen seien «die meisten Sachverhalte befriedigend zu regeln»; nach CARRON/FELLAY, Rz. 78, habe der Gesetzgeber anlässlich der Teilrevision Immobiliarsachenrecht das Doppelzahlungsrisiko beibehalten, weil der Grundeigentümer «dispose de suffisamment de moyens pour prévenir une telle inscription, tels que le paiement direct des sous-traitants, la conclusion de contrats avec ces derniers directement, les sûretés fournies par un tiers (garantie bancaire, caution etc.), le contrôle des paiements par une fiduciaire ou encore les retenues sur le prix».

<sup>136</sup> Rz. 47 ff.

<sup>137</sup> Die folgenden Vertragsgestaltungsideen lehnen sich an den Abschnitt «Vorsorge- und Abwehrmassnahmen» in SCHUMACHER/REY, Rz. 965 ff., wo auf zahlreiche weitere Fundstellen und Inspirationsquellen weiterverwiesen wird.

<sup>138</sup> THURNHERR, ZBGR 2012, S. 74: «Gerade bei Grossüberbauungen durch Generalunternehmer ist der Spielraum für eine vom (durch den Generalunternehmer vorgegebenen) Standardvertragstext abweichende vertragliche Regelung heute äusserst klein bzw. inexistent.»

Primärunternehmers, die auf die Abwehr von Subunternehmer-Pfandrechten zielen, sind wertlos, alsbald er diesen Pflichten infolge Insolvenz nicht nachleben kann. Rückbehaltungs- und Fälligkeitsregeln zugunsten des Eigentümers nützen nur so viel, wie der pendent gehaltene Betrag die kumulierte Pfandsumme aller Subunternehmer-Pfandrechte – von denen gerade nicht immer alle bekannt sein müssen – übersteigt.<sup>139</sup> Ist die Restvergütung zu klein oder die Vergütung schon bezahlt, nützt auch die Tilgungswirkung einer Direktzahlung nichts mehr und der Eigentümer steht vor den erwähnten Regressrisiken.<sup>140</sup> Ein Bautreuhänder ist machtlos, wenn ein bislang unbekannter Subunternehmer nicht auf dem Zahlungsplan auftaucht, deshalb unbezahlt bleibt und so zur Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts veranlasst wird.<sup>141</sup> Die Erfüllungsgarantie des Primärunternehmers ist grundsätzlich hilfreich, insofern die Garantiesumme hinreichend bemessen ist und die Voraussetzungen der Inanspruchnahme angemessen gestaltet sind. Sie erhöht allerdings die Kosten des Primärunternehmers und indirekt wohl auch den Werkpreis für den Bauveranlasser, mitunter für den Grundeigentümer. Aus Sicht des Eigentümers sind alle diese Vorkehrungen zwar gute Ideen, aber letztlich keine Garanten dafür, dass Subunternehmer keine Pfandeintragungsansprüche erlangen oder diese nicht geltend machen. Was THURNHERR aus den Voten zahlreicher Parlamentarier (Teilrevision Immobiliarsachenrecht) schliesst, nämlich, «dass [...] die (mangelnde) praktische Effektivität präventiver Massnahmen (insb. Vertragsgestaltung) schlicht verkannt wurde»<sup>142</sup>, lässt sich auch von zahlreichen, im Vernehmlassungsverfahren ergangenen Stellungnahmen sagen.

- 56 3. Insbesondere zu einer Informationspflicht des Primärunternehmers. Im Vernehmlassungsverfahren wurde vereinzelt postuliert, der Besteller (namentlich der Grundeigentümer) könne und solle sich im Hauptvertrag mit dem Primärunternehmer ein Auskunftsrecht betreffend Subunternehmer ausbedingen oder dem Primärunternehmer gar die Pflicht auferlegen, von sich aus über jeden beigezogenen Subunternehmer zu informieren.<sup>143</sup> Dies ist rechtlich zulässig und möglich, wiederum unter der Prämisse, dass sich der Vertragspartner hierzu bewegen lässt. Aber auch wenn ein solches Auskunftsrecht bzw. eine solche Informationspflicht als zwingendes Gesetzesrecht ausgestaltet wäre, wie dies im Vernehmlassungsverfahren mitunter vorgeschlagen wurde,<sup>144</sup> bleibt der Nutzen der Regel fraglich, unabhängig davon, wie der Besteller-Unternehmer im Fall der Nicht- oder Falschinformation sanktioniert wird.<sup>145</sup> Denn lebt der Besteller-Unternehmer seiner Pflicht (aus welchen Gründen auch immer)<sup>146</sup> nicht nach, erfährt der Grundeigentümer gleichwohl nichts vom betreffenden Subunternehmer. Tut es der Besteller-Unternehmer doch, ändert dies nichts an der Entstehung des Subunternehmer-Pfandeintragungsanspruchs,<sup>147</sup> es sei denn natürlich, man wollte den Anspruch in diesem Fall dahinfallen lassen, d.h. das (pfandrechtliche) Schicksal des Subunternehmers in die Hände des Besteller-Unternehmers legen. Sachgerecht erschiene mir das aber nicht.

### 3. Bauüberwachung

- 57 Der Grundeigentümer, der Bauarbeiten veranlasst, sollte sich nicht allein auf Vertragsgestaltung

<sup>139</sup> Im Vernehmlassungsverfahren wurde dies oftmals übersehen oder zumindest ignoriert. Beispiel: Stellungnahmen, S. 22, Finanzdepartement Kanton Luzern; S. 102, Fédération genevoise des métiers du bâtiment, mit Verweis auf Ziff. 3.5 der eigenen AGB.

<sup>140</sup> Rz. 41 f.

<sup>141</sup> Auch das wurde im Vernehmlassungsverfahren von manchen Stellungnehmenden übersehen. Beispiele: Stellungnahmen, S. 7, Regierungsrat Kanton Basel Landschaft (Zahlungen des «Bauherrn» über ein «Sperr- oder Treuhandkonto anstelle von direkten Zahlungen an den Hauptunternehmenden»); S. 22, Finanzdepartement Kanton Luzern («Sperrkonto»).

<sup>142</sup> THURNHERR, BSK, Art. 839/840 ZGB N 10a. Siehe auch schon THURNHERR, ZBGR 2012, S. 74.

<sup>143</sup> Beispiel: Stellungnahmen, S. 99, Fédération des Entreprises Romandes; S. 102, Fédération genevoise des métiers du bâtiment, mit Verweis auf Ziff. 3.4 der eigenen AGB.

<sup>144</sup> Stellungnahmen, S. 43 f., Département de l'économie, de l'innovation et du sport; S. 45, Staatsrat Kanton Wallis; S. 112, Fédération Romande Immobilière;

<sup>145</sup> Zu diesem Problem: Rz. 97.

<sup>146</sup> Potenzielle «Interessenkonflikte» werden in diesem Punkt namentlich befürchtet vom FSKB und der KSE (Stellungnahmen, S. 116, 151).

<sup>147</sup> Vgl. Rz. 79.

verlassen, sondern die Bauausführung in geeigneter Weise überwachen. Betreffend Bauhandwerkerpfandrechte ist unter anderem zu überprüfen, ob der oder die Primärunternehmer ihren Pflichten in Sachen Subunternehmerbeizug nachkommen, und es sollte wenigstens versucht werden, allfällige Regelverstösse rechtzeitig zu antizipieren (pro memoria: der Pfandeintragungsanspruch entsteht bereits mit Abschluss des Subunternehmervertrags)<sup>148</sup>. Mit Hilfe einer professionellen Bauleitung oder von Bauberatern wird er dieser Aufgabe regelmässig besser gewachsen sein. Auch dann aber ist festzustellen: Je grösser eine Baustelle und je mehr Unternehmer mit den Bauarbeiten befasst sind, insbesondere je länger eine Unternehmerkette, desto grösser die Zahl jener, die ihre Vertragspflichten in punkto Subunternehmer verletzen könnten, und desto aufwändiger, die Einhaltung der Regeln durch alle Baubeteiligten sicherzustellen. Selbst eine sorgfältige Bauleitung erkennt zuweilen nicht, dass es sich bei einzelnen Personen, die auf der Baustelle anzutreffen sind, nicht um Arbeitnehmer eines (ihr bekannten) Subunternehmers, sondern eines von diesem (erlaubter- oder unerlaubterweise) herangezogenen Sub-Subunternehmers handelt.<sup>149</sup> Hinzu kommt, dass Pfandeintragungsansprüche auch abseits der Baustelle entstehen können; gelegentlich kann verborgen bleiben, dass ein Subunternehmer einzelne Bauelemente (z.B. Türen, Fenster usw.) nicht selbst herstellt, sondern von einem Sub-Subunternehmer bezieht.<sup>150</sup>

#### 4. Analoge Überlegungen für den «Mieterbau»

Die vorstehenden Überlegungen sind auf den Grundeigentümer zugeschnitten, der die Bauarbeiten eigenhändig veranlasst. Es wurde aber schon gesagt, dass der Grundeigentümer «überraschenden» Bauhandwerkerpfandrechten (aller Unternehmerstufen) auch dann ausgesetzt ist, wenn die Arbeiten von einem am Grundstück berechtigten Dritten veranlasst werden, z.B. von einem Mieter. Die vorstehenden Überlegungen lassen sich immerhin teilweise auf diesen Fall übertragen: Natürlich kann und sollte der Grundeigentümer in seiner vertraglichen Beziehung zum bauveranlassenden Nichteigentümer (d.h. im Mietvertrag, im Pachtvertrag, im Nutznießungsvertrag usw.) Regeln vorsehen, die das Risiko von Bauhandwerkerpfandrechten auf seinem Grundstück aufgreifen. Sämtliche Rechte und Pflichten, die er sich in diesem Zusammenhang ausbedingt, wie aber auch die Überwachung der Baustelle (die er in diesem Fall kaum je selber wahrnimmt), schützen ihn aber aus den genannten Gründen nicht absolut. Selbst das besondere Zustimmungserfordernis von Art. 837 Abs. 2 ZGB schützt ihn, wie gesagt, nur vor unerlaubten Arbeiten, aber nicht vor – auch unerlaubt beigezogenen – Subunternehmern, die erlaubte Arbeiten ausführen.<sup>151</sup> Als rein «reaktive» Lösung verbleibt auch hier einzig die Einbindung eines Dritten, z.B. eines Garanten, wobei dies das Einverständnis des Mieters erfordert und die Kosten seiner Bautätigkeit erhöht.

### III. Kernanliegen des Postulats

*1. Zusammenfassung der Rechtslage.* Es war zu sehen, dass [1] ein Bauhandwerkerpfandrecht errichten kann, wer über einen Pfandeintragungsanspruch verfügt,<sup>152</sup> [2] ein Subunternehmer, der gegen Vergütung mit pfandgeschützten Arbeiten befasst wird, im Augenblick seiner Beauftragung einen Pfandeintragungsanspruch erlangt,<sup>153</sup> [3] der Subunternehmer-Pfandeintragungsanspruch nicht voraussetzt, dass der Grundeigentümer der Ausführung der Bauarbeiten oder dem Beizug des betreffenden Subunternehmers zugestimmt hat,<sup>154</sup> [4] die «doppelte» Bezahlung der Bauarbeiten für den Grundeigentümer die einzige Möglichkeit ist, den

<sup>148</sup> Rz. 22.

<sup>149</sup> Ein Punkt, der auch im Vernehmlassungsverfahren aufgegriffen worden ist: Stellungnahmen, S. 28, Regierung Kanton St. Gallen.

<sup>150</sup> Auch ein solcher, abseits der Baustelle tätiger Unternehmer ist pfandberechtigt, insofern das von ihm hergestellte Material sich mit dem Grundstück dauerhaft verbindet (SCHUMACHER/REY, Rz. 387).

<sup>151</sup> Rz. 25.

<sup>152</sup> Rz. 12.

<sup>153</sup> Rz. 17 f.; 22.

<sup>154</sup> Rz. 18; 23, 25.

Pfandeintragungsanspruch bzw. das errichtete Pfandrecht zu eliminieren, wenn der Subunternehmer nicht bezahlt wird,<sup>155</sup> [5] dieses Ergebnis vom Gesetzgeber so gewollt ist,<sup>156</sup> [6] die Schranke des Rechtsmissbrauchsverbots dem Grundeigentümer faktisch kaum hilft<sup>157</sup> und [7] der Beizug von Subunternehmern und die damit einhergehenden Pfandeintragungsansprüche weder mit Massnahmen der Vertragsgestaltung noch solchen der Bauüberwachung vollends verhindert werden können.<sup>158</sup>

- 60 **2. Interpretationsbedürftigkeit des Postulats.** Das Postulat bezweckt, die vorstehend skizzierte Rechtslage zugunsten des Grundeigentümers zu verbessern. Bei näherem Hinsehen fällt es nicht einfach, zu beurteilen, wie weit die Verbesserungsmassnahmen gehen sollen oder dürfen, denn das Postulat erwähnt und vermischt Konstellationen, die wertungsmässig nicht ohne weiteres vergleichbar sind.<sup>159</sup> Es folgt daher der Versuch, das Anliegen des Postulats zu ermitteln, worauf sich natürlich die anschliessende Ausgestaltung der Regulierungsvorschläge stützen wird.<sup>160</sup> Bereits herausgestellt wurde, dass das Postulat nach meiner Lesart nicht darauf abzielt, das Doppelzahlungsrisiko per se abzuschaffen.<sup>161</sup>

## **A. Ansatz 1: Verhinderung von Pfandeintragungsansprüchen**

### **1. Interpretation**

- 61 Das Postulat moniert, dass der Grundeigentümer bzw. dessen Grundstück auch «für unrechtmässig beigezogene Subunternehmer bzw. auch solche, von denen er gar nichts weiss bzw. wissen kann» hafte. Der Grundeigentümer sei «gegenüber durch ihn nicht kontrollierbaren Subunternehmerverhältnissen zu stärken». Ausserdem wird der Vergleich gezogen zur «Position des Eigentümers, dessen Mieter ein Bauunternehmen bef[i]zieht», die «viel stärker» sei, weil hier «der Vermieter dem Bauvorhaben zugestimmt» haben muss. Mit diesen Passagen scheint das Postulat anzustreben, den Subunternehmer-Pfandeintragungsanspruch in gewissen Konstellationen schlechthin auszuschliessen, nämlich in solchen, da der Grundeigentümer mit dessen Entstehung nicht rechnet und – wie sich zumindest aus seiner Sicht argumentieren liesse – vernünftigerweise auch nicht rechnen muss. Nach dieser Lesart des Postulats geht es also darum, Subunternehmer-Pfandrechte in bestimmten Konstellationen auszuschliessen.

### **2. Würdigung**

- 62 Das Postulat umschreibt diese Konstellationen nicht abschliessend. Aus der Praxis des Bauhandwerkerpfandrechts sind mir mindestens drei «Problemzonen» bekannt, die zum (so verstandenen) Anliegen des Postulats passen. Konstellationen also, in denen der Grundeigentümer durchaus von einem Subunternehmer-Pfandrecht «überrascht» werden kann, ohne dass er sich vorwerfen müsste, er habe sich nicht über die Gesetzeslage informiert, sich nicht um die Vertragsgestaltung gekümmert, sei in der Bauausführung unaufmerksam gewesen oder er habe sonst wie Leichtsinn an den Tag gelegt:

#### *a. Unerlaubter Beizug von Subunternehmern*

- 63 Diese Konstellation ist im Postulat erwähnt. Wie gesehen, lassen sich Subunternehmer-Pfandeintragungsansprüche durch Abreden mit dem Primärunternehmer, namentlich durch Beizugsverbote, nicht verhindern.<sup>162</sup> Aus Sicht des Grundeigentümers ist dies gewiss unbefriedigend. Bei einem Totalverbot verlässt er sich darauf – und dies vernünftigerweise, denn zu diesem Zweck vereinbart er es –, dass der bzw. die Primärunternehmer sämtliche Arbeiten eigenhändig

<sup>155</sup> Rz. 28 ff., 35 ff.

<sup>156</sup> Rz. 39.

<sup>157</sup> Rz. 26 f.

<sup>158</sup> Rz. 46 ff.

<sup>159</sup> Zum Wortlaut des Postulats: Rz. 2 f.

<sup>160</sup> Dazu Rz. 72 ff.

<sup>161</sup> Rz. 40.

<sup>162</sup> Rz. 47 ff.

ausführen werden. Ist ein Genehmigungsvorbehalt vereinbart,<sup>163</sup> erwartet der Grundeigentümer, dass ihm ein jeder Beizug einzeln und vorab zur Genehmigung vorgelegt wird. Bei einem Teilverbot, wonach nur bestimmte Teile der Arbeiten untervergeben werden dürfen, verlässt sich der Eigentümer darauf, dass mit Blick auf die «proprietären» Bauarbeiten keine Subunternehmer-Pfandrechte auftauchen. Ist vorgeschrieben, dass eine Arbeit nicht mehr als x Mal untervergeben werden darf, verlässt sich der Grundeigentümer auf eine maximale Anzahl von Subunternehmer-Stufen und Subunternehmer-Pfandrechten.<sup>164</sup> Ist der Beizug bestimmter Subunternehmer verboten bzw. vorgeschrieben, nimmt der Grundeigentümer an, dass ausserhalb des zulässigen Personenkreises kein Subunternehmer beigezogen wird. Ist der Primärunternehmer verpflichtet, Untervergaberegeln auf alle nachfolgenden Unternehmerstufen zu überwälzen, verlässt sich der Grundeigentümer darauf, dass sein Dispositiv durch die gesamte Unternehmernetz hindurch eingehalten wird. Eine Wiederhandlung des Primärunternehmers (oder gebundener Subunternehmer) gegen solche und ähnliche Vorschriften mag für den Grundeigentümer in Pfandeintragungsansprüchen resultieren, deren Entstehung er durch die Implementierung solcher Vertragspflichten gerade hat verhindern wollen.

#### b. *Unbestellte Bauarbeiten*

Eine andere potenziell problematische Konstellation ist jene der unbestellten Bauarbeiten. Sie wird im Postulat nicht erwähnt. Nicht gemeint sind, trotz der sprachlichen Verkürzung, Bauarbeiten, die der Primärunternehmer ohne vertragliche Grundlage zugunsten des Baugrundstücks ausführt. Solcherlei unbestellte Arbeiten sind unproblematisch, weil sie den Primärunternehmer nicht zu einer Pfandeintragung berechtigen.<sup>165</sup> Problematisch sind dagegen Arbeiten, die der Primärunternehmer beim Subunternehmer bestellt und die ihrem Umfang nach dasjenige sprengen, was im Hauptvertrag zwischen Grundeigentümer und Primärunternehmer bestellt worden ist. Obwohl diese Arbeiten im Verhältnis zum Grundeigentümer in dem Sinne «unbestellt» sind, dass sie nicht mit den von ihm beim Primärunternehmer bestellten Arbeiten kongruieren, sind sie aus Sicht des Subunternehmers durchaus vergütungspflichtig «bestellt», nämlich vom Primärunternehmer, sodass der Subunternehmer selbst für diese Arbeiten zur Pfandeintragung berechtigt ist.<sup>166</sup> Auch diese Rechtslage fällt für den Grundeigentümer unbefriedigend aus. Wie der Beizug von Subunternehmern ist auch die Vergabe von unbestellten Arbeiten (im vorstehenden Sinn) seinem Machtbereich letztlich entzogen. Selbst wenn er Bauarbeiten veranlasst und aufgrund seiner Arbeitsorganisation und Arbeitsteilung mit Subunternehmer-Pfandrechten rechnet, so tut er dies in aller Regel nicht auch mit Blick auf Bauarbeiten, die er auf seinem Grundstück nie ausgeführt haben wollte.

#### c. *Doppel- und Mehrfacheintragungen*

Das Bauhandwerkerpfandrecht leidet an einer inneren Ungereimtheit, die im Postulat mit dem Hinweis gestreift wird, dass der Grundeigentümer «gegenüber ganzen Ketten von Subunternehmern» hafte.<sup>167</sup> Für eine gegebene Bauarbeit, die entlang einer Unternehmernetz untervergeben wird, haben die Unternehmer aller Stufen einen selbstständigen Pfandeintragungsanspruch. Gleichzeitig bezweckt das Gesetz teleologisch gesehen nicht, dass ein Baugrundstück den Gegenwert einer Bauarbeit mehr als einmal absichert, weil sich dieser Wert nur ein einziges Mal auf dem Grundstück entfaltet. Was soll nun gelten, wenn z.B. der Subunternehmer und der Sub-Subunternehmer ihre Pfandeintragungsansprüche für dieselbe Arbeit gleichzeitig erheben, weil der Primärunternehmer den Subunternehmer nicht bezahlt und dieser den Sub-Subunternehmer nicht? Das Gesetz regelt die Frage nicht. Nach heutiger Rechtslage müsste ein Gericht die

<sup>163</sup> Beispiel: Art. 29 Abs. 3 SIA-Norm 118. Zur Tragweite dieser Bestimmung: HÜRLIMANN, Art. 29 SIA-Norm 118 N 9–12. Vgl. auch GAUCH, Werkvertrag, Rz. 629; CERUTTI, Rz. 379 ff.

<sup>164</sup> Die mehrfache Eintragung von Pfandrechten für dieselbe Arbeit ist wegen der unklaren Gesetzeslage ein Risiko für den Grundeigentümer: Rz. 65.

<sup>165</sup> SCHUMACHER/REY, Rz. 406.

<sup>166</sup> Beim Mieterbau gilt dies nicht. Es ist dies genau der Fall, in welchem das Zustimmungserfordernis von Art. 837 Abs. 2 ZGB den Grundeigentümer «rettet» (Rz. 25; siehe auch Fn. 302).

<sup>167</sup> Siehe schon Rz. 45.

Eintragung mehrerer Pfandrechte für eine und dieselbe Arbeit wohl gutheissen.<sup>168</sup> Hingegen müsste spätestens im Pfandverwertungsverfahren dafür gesorgt werden, dass der Verwertungserlös nicht für beide Vergütungsforderung erhalten muss.<sup>169</sup> Für den Grundeigentümer aber, der sein Grundstück behalten oder zu einem vernünftigen Preis veräussern will, ist dies ein schwacher Trost, denn zur Zwangsverwertung will er es schon gar nicht kommen lassen, sondern sein Grundstück von daran haftenden Pfandeintragungsansprüchen bzw. von darauf lastenden Pfandrechten befreien. Steht er unter Zeitdruck, bleibt ihm womöglich nichts anderes übrig, als alle drei Unternehmer (Primärunternehmer; Subunternehmer; Sub-Subunternehmer) auszu zahlen, obwohl er damit offensichtlich über das gesetzliche Ziel hinausschiesst. Mit einer solchen «Klemme» rechnet der Grundeigentümer vernünftigerweise wohl nicht, mag er auch die Bauarbeiten selber veranlasst haben und gar mit der Gefahr von Subunternehmer-Pfandrechten vertraut sein.

### 3. Zum Regulierungsbedarf

- 66 Eine ökonomisch ausgerichtete Gesetzesrevision müsste sich der Frage widmen, ob sich die soeben aufgezählten Unzulänglichkeiten des geltenden Rechts in der täglichen Rechtsanwendung negativ auswirken. Zu untersuchen wäre mithin die Frage, ob und wie häufig es in der Praxis vorkommt, dass ein Grundeigentümer zur Bezahlung einer Subunternehmer-Forderung genötigt wird, nachdem der pfandbegehrende Subunternehmer [1] unerlaubt beigezogen worden ist, [2] unbestellte Arbeiten verrichtet hat und/oder [3] wegen einer Mehrfacheintragung und aufgrund seiner Stufe in der Unternehmerkette eigentlich keinen Anspruch auf Verwertungserlös hätte. Zu dieser Frage liegen mir keine Daten vor, und die Auskünfte, die ich bei zahlreichen Exponenten der Baujuristerei und des Baugewerbes eingeholt habe, ergeben ein durchzogenes Bild. Jedenfalls lässt sich von keiner der genannten Konstellationen sagen, sie sei in der Praxis inexistent. Vom unerlaubten Beizug wird mir berichtet, er komme ab und an vor,<sup>170</sup> wobei dieser nicht immer mit einer Pfandeintragung einhergehe. Die Kombination sei aber naheliegend, weil Unternehmer, die sich um vertragliche Vergaberegeln foutieren, nicht selten auch eine niedrige Zahlungsmoral an den Tag legen, was die unerlaubt Beigezogenen zur Pfandeintragung veranlasst. Das Problem der unbestellten Arbeiten scheidet häufig aus, weil Primärunternehmer ihre Subunternehmer gestützt auf Auszüge aus dem Hauptvertrag (Pläne, Leistungsbeschreibungen, NPK usw.) beauftragen, sodass Inkongruenzen vermieden werden. Allerdings wurde das Problem im Vernehmlassungsverfahren durchaus moniert.<sup>171</sup> Zum Problem der Mehrfacheintragung sind mir zwei Gerichtsverfahren bekannt, in denen dieses Problem direkt oder indirekt Streitgegenstand gebildet hat.<sup>172</sup>
- 67 Bei alledem bleibt es dabei, dass zur Beurteilung des Regulierungsbedarfs weitergehende Abklärungen erforderlich wären, auf die hier verzichtet wird. Dieser unvollständigen Informationslage zum Trotz soll das hiervor umschriebene Anliegen des Postulats bedient werden. Insbesondere wird hinten ein Regulierungsvorschlag unterbreitet, der sich auf den unerlaubten Beizug, die unbestellten Arbeiten und die Mehrfacherrichtung konzentriert.<sup>173</sup>

<sup>168</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz. 184 (der Pfandeintragungsanspruch des Subunternehmers «entfällt [...] auch nicht deswegen, weil der Unternehmer seinerseits ein Pfandrecht auf dem Grundstück des Bauherrn eintragen lässt»; dies mit Verweis auf BGE 95 II 90); SAVIAUX, BR/DC 1999, S. 91 ff.; SCHUMACHER, Gutachten, S. 25 ff.; ZOBL, ZSR 1982 II, S. 100. Vgl. Rz. 111, 114 hiernach.

<sup>169</sup> SCHUMACHER, Gutachten, S. 26, mit weiteren Nachweisen.

<sup>170</sup> Häufiger wird dagegen beklagt, dass Leiharbeitskräfte beigezogen würden, deren Erwerbstätigkeit nicht ordnungsgemäss bewilligt sei. Weder diese Arbeitskräfte noch die betreffenden Arbeitsverleiher sind pfandberechtigt (GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1304; SCHUMACHER/REY, Rz. 456), sodass sich daraus zumindest an der Front Bauhandwerkerpfandrecht keine Probleme ergeben.

<sup>171</sup> Beispiel: Stellungnahmen, S. 6, Regierungsrat Kanton Bern (zu Frage 2).

<sup>172</sup> KGer Wallis, Urteil vom 7. Mai 1997 = BR/DC 1998, S. 138, Nr. 372; OGer Zürich, LB130063 vom 17. September 2014 = BR/DC 2015, S. 165 ff., Nr. 256. Im zweiten Fall hat das Zürcher Obergericht, wissentlich oder nicht, das Prinzip der «untersten Sprosse» (dazu Rz. 111, 114) angewandt, indem es für den sogenannten Schreibtisch-Generalunternehmer erwog: «Wer keinerlei eigene Leistungen im Zusammenhang mit der Erstellung eines Werks erbringt, hat keinen Anspruch auf die Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts.»

<sup>173</sup> Rz. 110 ff.

## B. Ansatz 2: Verhinderung (nur) von Unkenntnis

### 1. Interpretation

Das Postulat erbittet die Prüfung einer gesetzlichen «Transparenzlösung», womit im Wesentlichen gemeint ist, dass der Subunternehmer-Pfandeintragungsanspruch nur bestehen soll «bei Leistungen, die erbracht wurden, nachdem der Bauherr vom Subunternehmer Kenntnis haben konnte». Es scheint darum zu gehen, dass ein Subunternehmer nur für jene Arbeiten (bzw. nur für die damit korrespondierenden Vergütungsanteile) einen Pfandeintragungsanspruch erlangen soll, die erbracht werden, nachdem der Grundeigentümer von ihm bzw. von dessen Baubetätigung auf dem Grundstück Kenntnis erlangt hat oder vernünftigerweise hätte erlangen müssen. 68

### 2. Würdigung

Die so umschriebene «Transparenzlösung» verhindert Subunternehmer-Pfandrechte nicht, und zwar auch nicht, wenn der Subunternehmer unerlaubt beigezogen wird, wenn er unbestellte Arbeiten übertragen erhält oder wenn andere Unternehmer für dieselbe Bauarbeit Pfandeintragungsansprüche erheben. In dieser Hinsicht ist der zweite Interpretationsansatz milder als der erste. In anderer Hinsicht ist er strenger: Den Pfandeintragungsanspruch erlangt der Subunternehmer nur, alsbald seine Baubeteiligung für den Grundeigentümer erkennbar wird, und zwar auch dann, wenn er erlaubt beigezogen worden ist, wenn er keine unbestellten Arbeiten übernommen hat und wenn keine anderen Unternehmer für dieselbe Bauarbeit Pfandeintragungsansprüche erheben. In diesen wie in allen anderen Fällen verwirkt sein Anspruch für jene Leistungsanteile, die er vor diesem Zeitpunkt erbracht hat. 69

### 3. Zum Regulierungsbedarf

Wie schon der erste Interpretationsansatz soll im Folgenden auch dieser zweite unabhängig davon bedient werden, ob sich ein Regulierungsbedarf ausmachen lässt. Dass sich dieser bezweifeln lässt, sei hier trotzdem vorausgeschickt. Die wohl augenfälligste Frage ist, worin für den Grundeigentümer der Nutzen liegt, dass er von einem Subunternehmer Kenntnis erlangt, wenn er der Entstehung des Pfandeintragungsanspruchs letztlich nichts entgegensetzen kann. Und die Folgefrage ist, weshalb die Unkenntnis des Eigentümers die (Teil-)Verwirkung des Pfandeintragungsanspruchs nach sich ziehen soll. Darauf ist noch näher einzugehen.<sup>174</sup> 70

Überdies sind zahlreiche Konstellationen denkbar, in denen das Subunternehmer-Pfandrecht für den Grundeigentümer zwar überraschend kommen mag, es aber doch falsch erscheint, den Pfandeintragungsanspruch verwirken zu lassen. Manche Grundeigentümer verkennen schlicht, dass die Rechtsordnung ein Bauhandwerkerpfandrecht vorsieht, oder nehmen an, dass nur die Primärunternehmer über einen Pfandeintragungsanspruch verfügen, nicht aber die Subunternehmer. Manche Eigentümer verkennen, dass ihr Bauvertrag mit dem Primärunternehmer diesem beim Beizug von Subunternehmern freie Hand lässt. Solche Fehlannahmen sind möglich und üblich, wobei aber kaum zu rechtfertigen wäre, dass sie sich zulasten des Subunternehmers mit einer Verwirkungsfolge auswirken.<sup>175</sup> 71

## IV. Regulierungsideen

### A. Leitgedanken

1. *Abstrahieren vom Regulierungsbedarf.* Bei einer oberflächlichen Betrachtung des 72

<sup>174</sup> Rz. 79 f.

<sup>175</sup> Es gibt durchaus Stimmen, die das Kernproblem darin orten, dass die Möglichkeit und die Tragweite eines Subunternehmer-Pfandrechts weiten Teilen der Rechtsunterstellten nicht bewusst sei. Das Kennen sämtlicher Baubeteiligten – somit auch die im Postulat vorgeschlagene «Transparenzlösung» – nütze einem rechtsunkundigen Grundeigentümer deshalb nichts. Vgl. etwa THURNHERR, ZBGR 2012, S. 74 f.; Stellungnahmen, S. 232, Verband Schweizerischer Grundbuchverwalter.

Regulierungsbedarfs, wie er im Postulat nach dem einen wie nach dem anderen Interpretationsansatz unterstellt wird,<sup>176</sup> habe ich mich teilweise skeptisch geäußert, sei es, weil ich die praktische Relevanz der monierten Rechtslage nur ansatzweise einzuschätzen vermag,<sup>177</sup> sei es, weil die sachliche Richtigkeit der angeregten Regulierung fraglich ist.<sup>178</sup> Diese Bedenken treten für das Folgende zur Seite, um Regulierungsideen zu unterbreiten, die das Anliegen des Postulats bestmöglich adressieren, wobei sich die einen Ideen natürlich besser eignen als die anderen, je nachdem, welchen Interpretationsansatz man priorisiert.

- 73 **2. Versuch einer «milden» Regulierung.** Vergleicht man das Postulat mit früheren Vorstößen, die sich in grundsätzlicher Weise gegen das Doppelzahlungsrisiko bzw. gegen das Subunternehmer-Pfandrecht richteten, zeichnet es sich durch eine gewisse Milde aus.<sup>179</sup> Dieser Linie folgend, werden hernach keine fundamentalen Umwälzungen in Betracht gezogen. Beispielsweise wird auf den Vorschlag verzichtet, das Subunternehmer-Pfandrecht durch eine alternative, eigentümerfreundlichere Sicherungsform zu ersetzen. Das Forderungspfandrecht des Subunternehmers etwa, wie es noch im Vorentwurf 2004 zur Teilrevision Immobiliarsachenrecht figurierte<sup>180</sup> und auch im Vernehmlassungsverfahren Befürworter gefunden hat,<sup>181</sup> hat sich damals als chancenlos erwiesen.<sup>182</sup> Nicht aufgegriffen wird deshalb auch das deutsche Modell, worunter nur der Primärunternehmer, der mit dem Grundeigentümer kontrahiert, einen Anspruch auf Errichtung einer Sicherungshypothek hat,<sup>183</sup> während der Subunternehmer sich mit einem Sicherstellungsanspruch gegenüber seinem Besteller zufriedengeben muss.<sup>184</sup> Und schliesslich bleibt auch der in der Lehre und auch im Vernehmlassungsverfahren zuweilen vertretene Ansatz unbehandelt, den Subunternehmer-Pfandeintragungsanspruch in dem Umfang zu kürzen, wie der Grundeigentümer den Primärunternehmer, der an der Spitze der betreffenden Unternehmerkette steht, bezahlt hat.<sup>185</sup>
- 74 **3. Terminologie.** Im Folgenden werden für eine allfällige Neugestaltung des Gesetzeswortlauts konkrete Formulierungsvorschläge unterbreitet. Diese verstehen sich nicht als pfannenfertige Rezepte, sondern als Skizzen, die in kondensierter Form den Kern der Regulierungsidee zum Ausdruck bringen sollen. Für den sprachlichen Aufbau greife ich, wann immer möglich, auf Begriffe und Wendungen zurück, die das bestehende Gesetzesrecht zum Bauhandwerkerpfandrecht bereits enthält. Dies resultiert nicht immer in der rankesten Formulierung, hat aber den Vorzug, dass insgesamt weniger Auslegungshürden anfallen.

<sup>176</sup> Interpretationsansatz 1: Rz. 61 ff. Interpretationsansatz 2: Rz. 68 ff.

<sup>177</sup> Rz. 66 f.

<sup>178</sup> Rz. 70 f.

<sup>179</sup> Zu dieser Sichtweise schon Rz. 40.

<sup>180</sup> Bericht zum Vorentwurf, Vernehmlassungsvorlage, März 2004, S. 10 f., Art. 841a neu Abs. 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 [...]» Quelle: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/immobiliarsachenrecht.html>

<sup>181</sup> Beispiel: Stellungnahmen, S. 19, Regierung Kanton Jura. Zur Funktionsweise dieses Forderungspfandrechts auch ZOB, ZSR 1982 II, S. 109 ff., der diese Regulierungsidee als gangbaren Weg zu beurteilen scheint (vgl. auch a.a.O., S. 114 f.).

<sup>182</sup> BBl 2007 5347, S. 5354; dazu auch SCHUMACHER, 3. Aufl., Rz. 58; SCHUMACHER, ErgB, Rz. 187, 197.

<sup>183</sup> § 650e Abs. 1 BGB: «Der Unternehmer kann für seine Forderungen aus dem Vertrag die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstück des Bestellers verlangen». Zu dieser Auslegung: BUSCHE, § 650e BGB N 11. Obwohl die Lösung für den Grundeigentümer deutlich mehr Klarheit schafft, könne nach ZOB (ZSR 1982 II, S. 109) diese Regulierungsidee «de lege ferenda nicht verantwortet werden. [...] Es läge ein legislativpolitischer Rückschritt vor.»

<sup>184</sup> Die sog. «Bauhandwerkersicherung» in § 650f Abs. 1 BGB: «Der Unternehmer kann vom Besteller Sicherheit für die [...] Vergütung [...] verlangen.» Zu dieser Auslegung: BUSCHE, § 650f BGB N 7. Auch dieses Konstrukt bringt allerdings seine Schwierigkeiten mit sich, sodass zahlreiche Aspekte in der Rechtsprechung geschärft werden mussten. Ein Einblick: SCHMIDT VOLKER, Aktuelle Probleme der Bauhandwerkersicherung, in: NJW 2013, S. 497 ff.

<sup>185</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz. 185; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1716, 1717a; Stellungnahmen, S. 13, Regierungsrat Kanton Genf; S. 19, Regierung Kanton Jura; S. 22, Finanzdepartement Kanton Luzern; S. 27, Sicherheits- und Justizdepartement Kanton Obwalden; S. 219, Universität Zürich (Rz. 22); S. 231, Verband Schweizerischer Grundbuchverwalter.

4. *Querschnittsthemen.* Wie erwähnt, sind manche Probleme, die im Zusammenhang mit Subunternehmern zu thematisieren sind, Teil einer grösseren Fragestellung, die im Sinne einer kohärenten Gesetzesrevision mit zu berücksichtigen wäre.<sup>186</sup> Zudem sind vereinzelte Themen mehreren oder allen Regulierungsideen gemeinsam. Solche Querschnittsthemen werden in einen separaten Abschnitt ausgelagert,<sup>187</sup> woraus sie modularartig hinzugezogen werden können. So können die Regulierungsideen und deren Besprechung schlanker gehalten werden. 75

## **B. Idee 1: Erkennbarkeit des Beizugs («Transparenzlösung»)**

### **1. Formulierung**

*«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 Pfandrecht, sobald der Grundeigentümer die Verpflichtung kennt oder kennen müsste. Für vorher erbrachte Arbeiten besteht der Anspruch nicht.»* 76

### **2. Grundzüge**

Angelpunkt dieser Regelung ist, ob und wann der Grundeigentümer Kenntnis davon erlangt, dass ein bestimmter Subunternehmer sich verpflichtet hat, zugunsten seines Grundstücks Bauarbeiten auszuführen. Ab diesem Zeitpunkt sind Leistungen, die fortan verrichtet werden bzw. hierfür geschuldete Vergütungsanteile pfandberechtigt. Weiss der Grundeigentümer vom Beizug des Subunternehmers nicht, doch müsste er bei der gebotenen Aufmerksamkeit davon wissen, gilt dasselbe, hier ab dem Zeitpunkt, da er Kenntnis vom Beizug hätte haben sollen. Leistungen dagegen, die der Subunternehmer verrichtet, bevor der Grundeigentümer von seiner Baubeteiligung weiss, sind nicht pfandberechtigt. 77

### **3. Würdigung**

**1. Im Allgemeinen.** Nach meinem Verständnis kommt diese Regel dem am nächsten, was im Postulat als «Transparenzlösung» vorskizziert ist, wobei die Lösung im Vernehmlassungsverfahren teilweise auch anders verstanden worden ist.<sup>188</sup> Der Mechanismus ist prima vista einfach. Ein Subunternehmer, der über einen Pfandeintragungsanspruch verfügen will, muss dafür sorgen, dass er und seine Bauverpflichtung bzw. seine Beteiligung an den Bauarbeiten gegenüber dem Grundeigentümer in irgendeiner Form erkennbar wird. Dies ist dem Subunternehmer an sich schon möglich, bevor der Bauvertrag abgeschlossen ist, und danach erst recht. Selbst nach Arbeitsbeginn kann er noch für Erkennbarkeit sorgen, hat dann aber natürlich die (Teil-)Verwirkung seines Anspruchs zu gewärtigen. Der Subunternehmer kann proaktiv auf die Kenntnisnahme des Grundeigentümers hinwirken, indem er diesen kontaktiert, wobei ihm theoretisch alle Kommunikationsformen offenstehen, weil die Regel keine Formvorschrift enthält. Er kann aber auch passiv bleiben, wenn er der Meinung ist, dass der Grundeigentümer bereits von seiner Betätigung erfahren hat oder hiervon zumindest wissen müsste. Auf den zweiten Blick lauern teilweise erhebliche praktische Schwierigkeiten, auf die noch einzugehen sein wird, so wenn es auf die Kenntnis von zahlreichen Eigentümern ankommt<sup>189</sup> oder die Identifikation des Zielgrundstücks Schwierigkeiten bereitet.<sup>190</sup> Bei der erwähnten Formfreiheit ist zudem die Beweisbarkeit und der damit verbundene Administrativaufwand zu bedenken.<sup>191</sup> 78

**2. Nutzen?** Diese Lösung gibt dem Grundeigentümer keine Möglichkeit, der Entstehung des 79

<sup>186</sup> Siehe schon Rz. 7.

<sup>187</sup> Rz. 132 ff.

<sup>188</sup> Vgl. bspw. Stellungnahmen, S. 115, FSKB: «Dass nur diejenigen Subunternehmer [...] das Bauhandwerkerpfandrecht anmelden dürfen, welche vom Bauunternehmer dem Bauherrn gemeldet wurde[n], ist willkürlich.» Die «Transparenzlösung» wurde dort offenbar als Informationspflicht des Besteller-Unternehmers aufgefasst.

<sup>189</sup> Hierzu dann gesondert: Rz. 132 f.

<sup>190</sup> Hierzu dann gesondert: Rz. 134 f.

<sup>191</sup> Dazu etwa Rz. 82.

Subunternehmer-Pfandeintragungsanspruchs entgegenzuwirken. Sobald der Subunternehmer sich zu erkennen gibt, entsteht für die fortan erbrachten Leistungen unweigerlich der Pfandeintragungsanspruch, gleich, ob dem Eigentümer dies behagt oder nicht. Abwehren kann er das Pfandrecht nur für solche Leistungen, die vor diesem Zeitpunkt erbracht worden sind. Was aber nützt dem Grundeigentümer die möglichst frühe Kenntnis des Subunternehmers, wenn er dessen Pfandeintragungsanspruch nicht verhindern kann? Das Postulat äussert sich hierzu nicht. Vielleicht soll dies dem Grundeigentümer erlauben, gewisse Abwehrmassnahmen vorzubereiten und/oder frühzeitig einzuleiten: Anweisung an den Primärunternehmer, den Subunternehmer wegzuweisen<sup>192</sup> oder ihm zu kündigen;<sup>193</sup> Überwachung des Zahlungsflusses und allenfalls Meldung an den Bautreuhänder<sup>194</sup> zur Aktualisierung des Zahlungsplans; Einbehalten von Vergütungsanteilen<sup>195</sup> usw. Alle diese Massnahmen räumen aber die Möglichkeit nicht aus, dass der Subunternehmer einen Pfandeintragungsanspruch erlangt und geltend macht – ein Umstand, der auch im Vernehmlassungsverfahren häufig bemerkt worden ist.<sup>196</sup> Die blossе Wegweisung eliminiert den Anspruch, wie gesagt, nicht.<sup>197</sup> Die frühzeitig ausgesprochene Kündigung tut es, doch muss sie vom betreffenden Besteller-Unternehmer ausgehen, dieser also mit dem Vorgehen einverstanden sein.<sup>198</sup> Die Überwachung des Zahlungsflusses verhindert nicht, dass der Besteller-Unternehmer (im Paradefall wegen Zahlungsunfähigkeit) nicht bezahlt und so den Subunternehmer zur Pfanderrichtung veranlasst. Ein wirksamer Rückbehalt setzt voraus, dass noch Restvergütung im betreffenden Umfang offensteht. Vielleicht geht es aber nur darum, dass der Grundeigentümer nach Bauabschluss, da er sich schon über den gelungenen Bauabschluss freut, jetzt nicht noch von einem ihm unbekannten Subunternehmer angegangen wird. Dann allerdings fragt sich, ob eine solche «Wohlfühlbestimmung» ihren Platz im Gesetz hat. Umso mehr, da sie dem Grundeigentümer eine willkommene Einwendung (und den Gerichten eine willkommene Begründung) beistellen würde, um Zivilprozesse über die Errichtung von Bauhandwerkerpfandrechten schon im Anfangsstadium abzuklemmen.

- 80 **3. Rechtfertigung der Verwirkungsfolge?** Mit der partiellen Verwirkungsfolge, die der «Transparenzlösung» anhaftet, wird dem Subunternehmer ein Anreiz gesetzt, sich möglichst früh zu erkennen zu geben. Wenn allerdings diese Kenntnisnahme – auch eine frühe – dem Grundeigentümer kaum ermöglicht, die Entstehung des Pfandeintragungsanspruchs zu verhindern, kann man sich fragen, wie es sich rechtfertigt, den Pfandeintragungsanspruch im Fall der Nichtkenntnis verwirken zu lassen, sei es vollständig oder auch nur teilweise. Hier scheint eine Diskrepanz vorzuliegen zwischen dem Druck (dem Nachteil), der dem Subunternehmer auferlegt wird, und dem Nutzen (dem Vorteil), den der Grundeigentümer daraus zieht. Kaum noch zu rechtfertigen ist die Verwirkungsfolge, wenn gemäss Hauptvertrag mit dem Primärunternehmer der Beizug von Subunternehmern – generell oder zumindest des fraglichen – zulässig ist, sodass der Grundeigentümer schon abstrakt mit der Möglichkeit eines Subunternehmer-Pfandrechts hat rechnen müssen. Die «Transparenzlösung» differenziert in diesem Punkt nicht.
- 81 **4. Problem Kurzfristigkeit.** Bei kleineren Bauunternehmen kommt es häufig vor, dass Arbeitsinsätze nur einen oder wenige Tage in Anspruch nehmen. Werden sie für solche Einsätze kurzfristig als Subunternehmer unter Vertrag genommen (zum Beispiel am Vorabend oder noch am

<sup>192</sup> Rz. 34, 50.

<sup>193</sup> Der «Dienstweg» wird desto länger, je tiefer in der Subunternehmerkette der betreffende Subunternehmer steht: Einem Sub-Subunternehmer z.B. kann nicht der Primärunternehmer, sondern nur der Besteller-Subunternehmer kündigen. Hierzu muss sich der Subunternehmer vom Primärunternehmer bewegen lassen, der wiederum vom Grundeigentümer hierzu angehalten wird.

<sup>194</sup> Dazu Rz. 54 f.

<sup>195</sup> Das allerdings setzt ein entsprechendes vertragliches oder gesetzliches Rückbehaltungsrecht voraus, wenn die Vergütung fällig geworden ist (Rz. 53, 55). Dass der Grundeigentümer sich aufgrund mangelnder Kenntnis der Subunternehmer «vor der Zahlung an den Generalunternehmer [...] nicht versichern [könne], dass die mittelbaren Baugläubiger befriedigt worden sind» (THURNHERR, BSK, Art. 839/840 ZGB N 10), ist das nachgelagerte Problem.

<sup>196</sup> Beispiel: Stellungnahmen, S. 19, Regierung Kanton Jura; S. 27, Sicherheits- und Justizdepartement Kanton Obwalden; S. 34, Regierungsrat Kanton Thurgau; S. 84, Centre Patronal; S. 226, uspi suisse.

<sup>197</sup> Rz. 34.

<sup>198</sup> Unattraktiv ist dies für ihn u.a. wegen OR 377. Vgl. überdies die in Fn. 193 angesprochene Komplikation.

selben Tag),<sup>199</sup> ist der Arbeitseinsatz womöglich bereits vorüber, bis sie sich dem Grundeigentümer zu erkennen geben können. Unter der «Transparenzlösung» hat dies zur Folge, dass der Pfandeintragungsanspruch für die gesamte Arbeitsleistung verwirkt. Der Postweg scheidet zumindest bei eintägigen Einsätzen aus. Der Weg über das Telefon, Telefax, E-Mail, SMS usw. kommt, die entsprechenden Kontaktdaten vorausgesetzt, in Frage, doch leidet dann die Beweisbarkeit. Bei mehrtägigen Einsätzen kommt der Postweg vielleicht in Betracht, doch kann es auch dann vorkommen, dass dieser einige Tage in Anspruch nimmt (Beispiel: ausländischer Grundeigentümer), Tage, in denen bereits ein Teil, vielleicht das Gros der Leistungen ausgerichtet werden muss.

#### 4. Beweislast

1. *Im Allgemeinen.* Gemäss Formulierungsentwurf liegt die Beweislast beim Subunternehmer.<sup>200</sup> Im Gerichtsverfahren muss er aufzeigen, dass der Grundeigentümer schon vor Ausrichtung der Bauleistungen von seiner Mitwirkung wusste oder bei der gebotenen Aufmerksamkeit hätte wissen müssen. Gelingt ihm dieser Nachweis nicht, und sei es auch nur wegen unzureichender Dokumentation, scheitert die Pfandeintragung. Auch wenn der Regelwortlaut dies nicht erfordert, wird deshalb der Subunternehmer, der nichts anbrennen lässt, auf eine eingeschriebene Anzeige an den Eigentümer zurückgreifen. Dies bedeutet unweigerlich ein Mehr an Verwaltungsaufwand, das zudem umso grösser wird, je höher die Auftragsfrequenz ausfällt und je mehr Grundeigentümer informiert werden müssen.<sup>201</sup> Bei alledem schreibt die Regel aber keine Form vor. Entnimmt sich also etwa einer E-Mail oder einem SMS des Eigentümers, dass er von der Betätigung des Subunternehmers weiss, genügt das. Mündliche Aussagen, die in diese Richtung gehen, oder die gemeinsame Teilnahme an Sitzungen genügen unter Umständen auch, sofern sie sich nachträglich beweisen lassen, sei es durch unterzeichnete Schriftstücke wie z.B. Protokolle oder auch durch Zeugenaussagen.

2. *Wissenszurechnung?* Ein wichtiger, im Formulierungsvorschlag nicht angesprochener Punkt ist die Frage, ob sich der Eigentümer die Kenntnis durch Dritte, die ihm nahestehen, zurechnen lassen muss. Zu denken ist insbesondere an professionelle Bauherrenberater oder Bauleitungen, derer sich der Grundeigentümer für die Ausführung der Bauarbeiten bedient. Bejaht man eine solche Wissenszurechnung, würde z.B. der Nachweis genügen, dass ein Stellvertreter des Grundeigentümers anlässlich einer (protokollierten) Baustellensitzung vom Subunternehmer Kenntnis genommen hat. Ob eine Wissenszurechnung greifen soll, könnte einerseits der Rechtsprechung überlassen werden, könnte andererseits aber auch gesetzlich geregelt werden. Schwierigkeiten wird jedenfalls das Umreissen des Personenkreises bereiten, dessen Wissen dem des Grundeigentümers gleichzustellen ist. Während es vernünftig erscheint, etwa die Bauleitung und die Berater des Eigentümers miteinzubeziehen, ginge es weniger leicht von der Hand, dasselbe mit dem Primärunternehmer zu tun, denn dies würde die Subunternehmer der ersten Stufe pauschal davon dispensieren, sich dem Grundeigentümer zu erkennen zu geben.

#### 5. Weitere Hinweise

- Die betreffende Regel müsste selbstredend an einem systematisch passenden Ort innerhalb der Art. 837, Art. 839–841 ZGB eingefügt und gegebenenfalls mit anderen Bestimmungen des Bauhandwerkerpfandrechts harmonisiert werden. Zu überdenken wäre insbesondere, ob das Zustimmungserfordernis beim Mieterbau gemäss Art. 837 Abs. 2 ZGB parallel

<sup>199</sup> Solche «Spontanität» ist im Baugewerbe häufig zu beobachten, nicht nur wegen ehrgeizig ausgestalteten Terminplänen, sondern auch, weil auf ausserplanmässige Vorkommnisse mit ausserplanmässigen Baubeteiligten reagiert werden muss. Zuweilen muss vom einen Tag auf den anderen ein Subunternehmer ausgewechselt oder ein weiterer herbeigerufen werden, z.B. bei der Beschaffung von Frischbeton.

<sup>200</sup> Dem Grundeigentümer den Beweis aufzuerlegen, dass er vom Subunternehmer *nicht* gewusst hat und auch nicht hat wissen müssen, erscheint unpraktikabel. Vgl. immerhin LEU, der sich nicht prinzipiell gegen den Beweis eines Negativums ausspricht, solange dieses mit positiven Umständen dargelegt werden kann (Art. 154 ZPO N 108 ff.).

<sup>201</sup> Zu diesem Problem: Rz. 132 f. Zu einer möglichen Lösung: Rz. 138 ff.

aufrechterhalten oder beide Problemkomplexe in einer einheitlichen Bestimmung adressiert werden sollten.<sup>202</sup>

- 85 – Der vorstehende Formulierungsvorschlag ignoriert gänzlich, ob der fragliche Subunternehmer unerlaubt beigezogen worden ist, ob er unbestellte Arbeiten übernommen hat oder ob er gegenüber dem Pfandeintragungsanspruch eines anderen Unternehmers das Nachsehen hätte. Bedient wird hier insofern nicht die erste, sondern die zweite Interpretation des Postulats.<sup>203</sup>
- 86 – Den diversen Problemen, die bei einer Mehrheit von Grundeigentümern lauern, insbesondere dem drohenden Administrativ(mehr-)aufwand für den Subunternehmer, liesse sich womöglich begegnen, indem eine bestehende oder eine allenfalls noch zu schaffende Behörde mit entsprechendem Professionalisierungsgrad als «Drehscheibe» zwischen Subunternehmer und Eigentümerschaft eingesetzt würde. Dieser Ansatz wird hinten ausformuliert.<sup>204</sup>
- 87 – Das erwähnte Problem der Kurzfristigkeit<sup>205</sup> könnte zumindest mit Blick auf kurze Arbeits-einsätze gemildert werden, indem Auftragsvolumen unterhalb eines gewissen Schwellen-werts von der «Transparenzlösung» ausgenommen würden. Dies gestützt auf die Vermutung, dass die Kenntnis bzw. das Kennenmüssen des Grundeigentümers nur für Einsätze Voraus-setzung bildet, die einen gewissen Umfang aufweisen, entsprechend länger dauern und auch nicht spontan vergeben werden. Eine andere Lösung findet sich im nachfolgenden Vorschlag «Informationsobliegenheit»<sup>206</sup>.

## C. Idee 2: Informationsobliegenheit des Subunternehmers

### 1. Formulierung

- 88 *«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.»*

### 2. Grundzüge

- 89 Dieser Vorschlag basiert auf der «Transparenzlösung»<sup>207</sup> und entwickelt sie weiter, dies auch in Anlehnung an gewisse Stellungnahmen des Vernehmlassungsverfahrens.<sup>208</sup> Ein erster Unterschied besteht darin, dass die Pfandberechtigung des Subunternehmers nicht nach einem bestimmten Zeitpunkt abgegrenzt wird. Der Anspruch entsteht entweder ganz (also für alle Leistungen) oder gar nicht. Als Zweites knüpft der Pfandeintragungsanspruch nicht an das Kennen oder Kennenmüssen des Grundeigentümers an, sondern an den Akt der Information, der vom Subunternehmer ausgeht und der innert einer bestimmten Zeitspanne zu erfolgen hat, ansonsten sein Pfandeintragungsanspruch dahinfällt. Gegenstand der Information an den Eigentümer ist «das Eingehen seiner Verpflichtung», also die vertragliche Übernahme der ihm untervergebenen Bauarbeiten. Informiert der Subunternehmer obliegenheitsgemäss über seine Verpflichtung, besteht sein Pfandeintragungsanspruch fort. Versäumt er die Information gänzlich oder erfolgt sie zu spät, entfällt der Anspruch.

<sup>202</sup> Rz. 141.

<sup>203</sup> Zum Ganzen: Rz. 59 ff.

<sup>204</sup> Rz. 138 ff.

<sup>205</sup> Rz. 81.

<sup>206</sup> Rz. 88 ff.

<sup>207</sup> Rz. 76 ff.

<sup>208</sup> Beispiel: Stellungnahmen, S. 28, Regierung Kanton St. Gallen («[...] soll der Subunternehmer dem Bauherrn vorgängig zur Kenntnis bringen müssen, dass er auf der fraglichen Baustelle tätig sein wird. Dagegen wird eine Regelung, wonach bereits das «Kennen sollen» des Bauherrn genügen soll, als nicht praktikabel eingeschätzt»); S. 112, Fédération Romande Immobilière (sinngemäss; dort wird vorgeschlagen, der Subunternehmer müsse dem Grundeigentümer vorab seine Rechnung zur Kenntnis bringen, bevor er zur Pfanderrichtung berechtigt sei).

### 3. Würdigung

1. *Zur rechtswahrenden Handlung.* Dieser Vorschlag stellt, im Gegensatz zur «Transparenzlösung», die Rechtzeitigkeit des Anzeigeakts ins Zentrum, also eine Handlung des Subunternehmers, und nicht die Kenntnisnahme des Grundeigentümers. Entsprechend muss der Subunternehmer hier nicht nachweisen, dass der Grundeigentümer von seiner Betätigung Kenntnis erlangt hat (bzw. hätte erlangen müssen), sondern dass er eine zur Herbeiführung dieser Kenntnis geeignete Massnahme getroffen hat, wie beispielsweise den Versand einer schriftlichen Anzeige an die Adresse des Grundstückseigentümers. Dass es sich bei der «Anzeige» des Subunternehmers nicht um eine empfangsbedürftige, sondern lediglich um eine «versandbedürftige» Erklärung handelt, müsste gegebenenfalls im Gesetzestext noch besser herausgestrichen werden, um Unsicherheiten in der Rechtsanwendung auszuschliessen. Dies hat zur Folge, dass das Versandrisiko beim Grundeigentümer liegt,<sup>209</sup> was bedeutet, dass der Grundeigentümer vom Subunternehmer auch einmal nicht erfahren könnte, selbst wenn dieser seiner Obliegenheit nachgekommen ist, und dass der Subunternehmer auch in diesem Fall einen Pfandeintragungsanspruch erlangt.

2. *Problem Kurzfristigkeit.* Das erwähnte Problem der Kurzfristigkeit,<sup>210</sup> das den Subunternehmer belastet, ist hier weitgehend gelöst, weil nicht mehr auf die Kenntnis des Grundeigentümers abgestellt wird. Dem Subunternehmer wird es regelmässig möglich sein, die rechtswahrende Handlung – die zur Anzeige geeigneten Massnahmen sogleich nach Vertragsabschluss – einzuleiten, selbst dann, wenn er die Arbeiten noch gleichentags aufzunehmen hat.

3. *Verweis auf Gesagtes.* Zahlreiche Schwächen der «Transparenzlösung» bestehen freilich weiter, weshalb hier auf das Gesagte verwiesen wird.<sup>211</sup> Zu denken ist an den Nutzen, die eine solche Regel für den Grundeigentümer letztlich stiftet sowie an die Frage, wie sich die Verwirklichungsfolge rechtfertigt (die im vorliegenden Fall nicht partiell, sondern entweder ganz oder gar nicht greift). Es verbleiben ausserdem die erwähnten Probleme, die eine Mehrheit von Grundeigentümern aufwerfen kann, und ebenfalls die Schwierigkeit, das Zielgrundstück zu identifizieren.<sup>212</sup>

### 4. Beweislast

Gemäss dem vorstehenden Formulierungsvorschlag trägt wiederum der Subunternehmer die Beweislast. Er hat zu beweisen, dass er die Anzeige, d.h. die zur Information geeignete Massnahme, rechtzeitig vorgenommen hat.<sup>213</sup> Das liegt ohne weiteres in seiner Macht. Gelingt ihm der Beweis nicht, etwa, weil er das versandte Schreiben oder den Zeitpunkt des Versands nicht dokumentiert hat, scheitert er im Pfanderrichtungsverfahren. Zur Wissenszurechnung wird auf das Gesagte verwiesen.<sup>214</sup>

### 5. Weitere Hinweise

– Es wird zunächst auf das vorn Gesagte verwiesen, und zwar betreffend die systematische Verortung dieser Regel<sup>215</sup>, betreffend die Indifferenz der Regel gegenüber den monierten problematischen Konstellationen<sup>216</sup> und betreffend den Einsatz einer geeigneten Behörde als «Drehscheibe» zwischen den Beteiligten<sup>217</sup>.

<sup>209</sup> Eine ähnliche Konstruktion findet sich beim Versand der Mängelrüge im Werkvertrag, wobei dort die Rechtfertigung darin liegt, dass Unternehmer für die Mängel verantwortlich zeichnet.

<sup>210</sup> Rz. 81.

<sup>211</sup> Siehe namentlich Rz. 79 f.

<sup>212</sup> Rz. 78 a.E.

<sup>213</sup> Dem Grundeigentümer den gegenteiligen Beweis aufzuerlegen, erscheint auch hier nicht angemessen. Vgl. Fn. 200.

<sup>214</sup> Rz. 83.

<sup>215</sup> Rz. 84.

<sup>216</sup> Rz. 85.

<sup>217</sup> Rz. 86, 138 ff.

- Die Modalitäten der vom Subunternehmer vorzunehmenden «Anzeige» liesse sich in verschiedener Hinsicht verfeinern. Zum Beispiel könnte sie einer bestimmten gesetzlichen Frist (etwa zehn oder zwanzig Tage) seit Abschluss des Subunternehmervertrags unterworfen werden, womit vermieden würde, dass das Kriterium der «Unverzüglichkeit» in der Rechtsanwendung konkretisiert werden müsste. Für die Anzeige könnte weiters die Schriftform verlangt werden oder zumindest eine Form, die «den Nachweis durch Text ermöglicht»<sup>218</sup>.
- 96 – Die vorgeschlagene «Informationsobliegenheit» ignoriert mindestens zwei nennenswerte Realien des Baugewerbes. Eine erste ist, dass viele Grundeigentümer von vornherein nicht von Subunternehmern angesprochen werden wollen, zumal dann nicht, wenn sie ihren Primärunternehmern (Total- und Generalunternehmer) freie Hand beim Beizug von Subunternehmern lassen. Auf Grossbaustellen mag dies dazu führen, dass der Grundeigentümer hunderte von Briefsendungen erhält, mit denen ihm die Beteiligung von Subunternehmern mitgeteilt wird, von denen er nichts wissen will. Eine zweite ist, dass es häufig nicht im Sinn eines Unternehmers (jeglicher Stufe) ist, dass sich seine Unterakkordanten direkt mit dem Grundeigentümer in Verbindung setzen und dort über Einzelheiten ihres Auftrags und womöglich auch über ihre Vergütungsansprüche auslassen.
- 97 – Man könnte erwägen, die Pflicht zur Anzeige an den Grundeigentümer nicht dem Subunternehmer, sondern dem Besteller-Unternehmer aufzuerlegen. Die Idee ist teilweise auch im Vernehmlassungsverfahren aufgetaucht.<sup>219</sup> Schliesslich begründet auch der Besteller-Unternehmer das Risiko eines Subunternehmer-Pfandrechts, indem er den Subunternehmer (auch erlaubterweise) beizieht. Als Sanktionierung kommt aber eigentlich nur in Betracht, den Pfandeintragungsanspruch des Besteller-Unternehmers verwirken zu lassen. Das wiederum erscheint nicht gerade zielführend. Erstens behält jetzt der beigezogene Subunternehmer seinen eigenen Pfandeintragungsanspruch, während der Grundeigentümer von dessen Beteiligung weiterhin nichts ahnt. Zweitens bedroht die Verwirkung zumindest den Primärunternehmer nicht so sehr, denn seine Bezahlung ist häufig in Form eines Baukredits sichergestellt. Eine gesetzliche Haftpflicht gegenüber dem Grundeigentümer, wie sie zuweilen vorgeschlagen wird,<sup>220</sup> bleibt zahnlos, wenn der Besteller-Unternehmer zahlungsunfähig ist, was gerade den Paradefall bildet, der den Subunternehmer erst zur Pfandeintragung veranlasst.<sup>221</sup>

## D. Idee 3: Ablehnungsrecht des Grundeigentümers

### 1. Formulierung

- 98 *«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.»*

### 2. Grundzüge

- 99 Zwei neue Voraussetzungen für den Pfandeintragungsanspruch des Subunternehmers: Erstens muss er dem Grundeigentümer unverzüglich mitteilen, dass er sich gegenüber dem Besteller-Unternehmer zur Ausführung von Bauarbeiten zugunsten des fraglichen Grundstücks verpflichtet hat. Zweitens darf vonseiten des Grundeigentümers keine Ablehnung ergehen, zumal nicht innert der gesetzlichen Frist. Für eine solche Ablehnungserklärung ist die Mitteilung des Subunternehmers eine logische Vorbedingung, sodass der Pfandeintragungsanspruch schon dann

<sup>218</sup> Formulierung entnommen aus Art. 358 Abs. 1 ZPO, der Formvorschrift für Schiedsvereinbarungen.

<sup>219</sup> Beispiele: Stellungnahmen, S. 3, Regierungsrat Kanton Appenzell Ausserrhoden; S. 7, Regierungsrat Kanton Basel Landschaft; S. 12, Regierungsrat Kanton Genf («l'annonce du sous-traitant par l'entrepreneur principal»); S. 191, SMGV («Wenn schon, wäre es Aufgabe des Hauptunternehmers den Bauherrn über Arbeiten eines allfälligen Subunternehmers auf den Baustellen zu orientieren»).

<sup>220</sup> Beispiel: Stellungnahmen, S. 46, Staatsrat Kanton Wallis.

<sup>221</sup> Siehe schon Rz. 55.

ausbleibt, wenn der Subunternehmer die Mitteilung unterlässt. Den Subunternehmervertrag immerhin lässt die versäumte Anzeige unberührt. Der Pfandeintragungsanspruch bleibt überdies aus, wenn zwar die Mitteilung an den Grundeigentümer erfolgt, dieser jedoch die Untervergabe form- und fristgerecht ablehnt. Die Ablehnung des Eigentümers bringt auch den Subunternehmervertrag zu Fall. Versäumt der Eigentümer die Ablehnung oder erfolgt sie verspätet, besteht der Subunternehmervertrag fort und der Pfandeintragungsanspruch lebt mit Ablauf der Ablehnungsfrist auf.

### 3. Würdigung

**1. Inspiration.** Dieser Regulierungsvorschlag macht Anleihen einerseits beim Einzelantrag von 100 (damals) NR PHILIPP MÜLLER und andererseits beim Einzelantrag von StR THIS JENNY (†), die beide in die parlamentarischen Debatten zur Teilrevision Immobiliarsachenrecht im Jahr 2009 eingebracht worden waren. Der Antrag MÜLLER lautete: «Der Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechtes zugunsten von Subunternehmern ist nur möglich, wenn der Subunternehmer bei Auftragsübernahme den Grundstückseigentümer oder den Bauherrn<sup>222</sup> schriftlich darüber informiert und der Grundstückseigentümer oder der Bauherr<sup>223</sup> die Auftragsübergabe an den Subunternehmer nicht ausdrücklich ablehnt.»<sup>224</sup> Der Antrag JENNY lautete: «Der Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechtes zugunsten von Subunternehmern setzt voraus, dass der Grundeigentümer dem Vertragsabschluss zwischen dem Unternehmer und dem Subunternehmer schriftlich zugestimmt hat.»<sup>225</sup>

**2. Wirkung.** Der formulierte Vorschlag wie auch die zitierten Einzelanträge gehen deutlich weiter als die «Transparenzlösung»<sup>226</sup> und die «Informationsobliegenheit»<sup>227</sup>. Tatsächlich bestimmt hier der Grundeigentümer einseitig über das Zustandekommen des Subunternehmer-Pfandeintragungsanspruchs, in der vorgeschlagenen Variante dadurch, dass er den Beizug des Subunternehmers ablehnen und, damit verbunden, auch dessen Pfandeintragungsanspruch einseitig vernichten kann (die Variante JENNY knüpfte umgekehrt an die Zustimmung des Grundeigentümers, eine Idee, die auch im Vernehmlassungsverfahren wieder aufgegriffen worden ist)<sup>228</sup>. Die Variante ist ausgesprochen eigentümerfreundlich, womit sich unter anderem fragt, ob sie konsenstauglich ist. Sie liegt aber im weitesten Sinne noch auf der Linie des ersten, im Postulat identifizierten Ansatzes (Verhinderung von Pfandeintragungsansprüchen),<sup>229</sup> weshalb es richtig erscheint, sie hier in Betracht zu ziehen.

**3. Behobene Schwächen.** Die Anträge MÜLLER und JENNY hatten in den jeweiligen Räten zu- 102 nächst Auftrieb erhalten, wurden letztlich aber verworfen, weil sie mit zu vielen Schwächen

<sup>222</sup> Dass der eigene Besteller (bzw. Besteller-Unternehmer) informiert werden müsste, ist auszuschliessen, weil der Vertrag gerade mit ihm abgeschlossen wird. Der Begriff «Bauherr» muss in diesem Zusammenhang also die Person meinen, die an der Spitze der Bauverkettung steht, selber aber nicht Grundeigentümerin ist, z.B. ein Mieter.

<sup>223</sup> Siehe Fn. 222.

<sup>224</sup> Amtl. Bull. 2009, S. 622.

<sup>225</sup> Amtl. Bull. 2009, S. 938.

<sup>226</sup> Rz. 76 ff.

<sup>227</sup> Rz. 88 ff.

<sup>228</sup> Beispiele: Stellungnahmen, S. 6, Regierungsrat Kanton Bern («Der Anspruch [...] sollte deshalb auf diejenigen Subunternehmer beschränkt werden, zu deren Beauftragung der Auftraggeber ausdrücklich eingewilligt hat»); S. 12, Regierungsrat Kanton Genf («l'autorisation de la sous-traitance par le maître»); S. 14, Regierungsrat Kanton Glarus; S. 136, HEV Schweiz («dessen Anspruch auf Errichtung [...] von der ausdrücklichen und schriftlichen Zustimmung des Grundeigentümers [...] abhängig zu machen»).

<sup>229</sup> Rz. 61 ff.

behaftet waren: Der Begriff der «Subunternehmers»<sup>230</sup> oder des «Bauherrn»<sup>231</sup> ist dem Zivilgesetzbuch fremd und sollte nicht ohne Not darin Eingang finden. Die kumulative Bezugnahme auf den Grundeigentümer einerseits und die Bauherrschaft andererseits (Antrag MÜLLER) belässt im Dunkeln, wer endgültige Entscheidungsgewalt hat. Dass eine Ablehnung «ausdrücklich» erfolgen muss (Antrag MÜLLER), sagt nichts über die Form und die Beweisbarkeit aus. Das völlige Auslassen von zeitlichen Anhaltspunkten für die jeweiligen Kommunikationshandlungen schadet der Rechtssicherheit. Und beide Anträge äusserten sich nicht zum Schicksal des Subunternehmervertrags im Fall, da der Grundeigentümer den Beizug ablehnt bzw. seine Zustimmung verweigert. In diesen Punkten erachte ich die hier formulierte Regel als ausgereifter.

- 103 **4. Verbleibende Schwächen.** Weil die Rechtsposition des Eigentümers mit dieser Regel stark ausgebaut würde, war bereits auf die zweifelhafte Mehrheitsfähigkeit einer solchen Lösung hinzuweisen. Dagegen entfällt, anders als bei der «Transparenzlösung» und der «Informationsobliegenheit», die Frage, worin der Nutzen für den Grundeigentümer bestünde, ist dieser doch offensichtlich. Dann wiederum darf man sich fragen, ob das Subunternehmer-Pfandrecht nicht ausgehöhlt würde, wenn das Pendel so stark zugunsten des Grundeigentümers ausschlägt.<sup>232</sup> Das Problem von gemeinschaftlichem Eigentum besteht für den Subunternehmer auch hier, jetzt aber auch für die Eigentümerschaft, weil sie sich innert Frist zu einer Stellungnahme durchringen und entsprechend organisieren muss. Es kommt hinzu, dass selbst dann, wenn die Anzeige des Subunternehmers unverzüglich stattfindet, dem Eigentümer eine angemessene Reaktionsfrist für die Ablehnung eingeräumt werden muss, dies ab dem Zeitpunkt des Erhalts der Mitteilung.<sup>233</sup> Mit der Schnelllebigkeit und Spontanität der Baubranche oder zumindest bestimmter Arbeitsgattungen sind solche Leerläufe nur schwer zu vereinbaren.<sup>234</sup> Anders als bei der Lösung «Informationsobliegenheit» wird der Subunternehmer nicht mit der Arbeit beginnen wollen, solange das Votum der Eigentümerschaft ausbleibt. Wenn er es doch tut, stellen sich aufgrund der vertragsauflösenden Wirkung der Ablehnung komplizierte Weiterungen, so etwa die Frage, ob und wie bereits ausgerichtete Bauleistungen rückgängig zu machen sind.
- 104 **5. Schicksal des Subunternehmervertrags.** Eine auffällige Besonderheit dieser Regel ist, dass sie sich in die Wirksamkeit des Subunternehmer-Bauvertrags einmischt. Das erscheint zunächst systemfremd und auch nicht ratsam. Doch stehen Regeln dieser Art zwischen Scylla und Charybdis:<sup>235</sup> Ergeht eine Ablehnung, bleibt aber der Subunternehmervertrag aufrecht, muss der Subunternehmer die Bauarbeiten ohne Pfandeintragungsanspruch im Rücken ausführen. Er steht da, wie wenn das Subunternehmer-Pfandrecht insgesamt abgeschafft worden wäre. Entfällt mit der Ablehnung auch der Subunternehmervertrag, hat der Subunternehmer weder Pfandeintragungsanspruch noch Auftrag. Auch dies eine unangenehme Lage, für die aber immerhin zweierlei spricht: Erstens erscheint es stimmiger, den Pfandeintragungsanspruch beizubehalten, wenn baulicher Mehrwert geschaffen wird bzw. den Pfandeintragungsanspruch entfallen zu lassen, wenn auch die Pflicht entfällt, immobilien Mehrwert zu schaffen.<sup>236</sup> Zweitens wirkt sich diese Verknüpfung womöglich positiv auf das Verhalten der Beteiligten aus: [1] Der Eigentümer wird nicht wahllos und reihenweise Subunternehmer ablehnen, nur um

<sup>230</sup> Beim Subunternehmer handelt es sich – im Sinne des Bauhandwerkerpfandrechts – um den «Handwerker oder Unternehmer» (oder einfach «Unternehmer»), der seinerseits «einen Handwerker oder Unternehmer [oder einfach «Unternehmer»] zum Schuldner hat» (vgl. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Oder auch um den Unternehmer, der sich einem anderen Unternehmer «zur Arbeitsleistung verpflichtet hat» (Art. 839 Abs. 1 ZGB). Die gesetzliche Umschreibung des Subunternehmers sollte, wenn sie denn erforderlich wird, auf solche Satzbestandteile zurückgreifen (vgl. Rz. 74). Doch wird dies auch in der juristischen Lehre zuweilen anders gesehen; vgl. etwa DE HALLER, der schon vor vierzig Jahren vorschlug, den «Subunternehmer» im Zivilgesetzbuch zu definieren (ZSR 1982 II, S. 292 ff., 297).

<sup>231</sup> Siehe schon die Präzisierungen in Rz. 15 und Fn. 222.

<sup>232</sup> Bei näherer Betrachtung der Rechtsfolgen ist dies womöglich nicht ganz so strikt zu bejahen, wie es zunächst den Anschein macht (vgl. Rz. 104). Jedenfalls aber fehlte es im Vernehmlassungsverfahren erneut nicht an Kritik vonseiten des Baugewerbes, teilweise unter ausdrücklicher Erwähnung der Einzelanträge MÜLLER und JENNY: Stellungnahmen, S. 115, FSKB; S. 150, KSE; S. 176, Schweizerischer Baumeisterverband.

<sup>233</sup> Dies analog zur Empfangsbedürftigkeit bei Willenserklärungen. Hierzu GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 193 ff.

<sup>234</sup> Ebenfalls kritisch in diesem Punkt: Stellungnahmen, S. 175, Schweizerischer Baumeisterverband; S. 191 f., SMGV.

<sup>235</sup> Das allein könnte man freilich schon zum Argument nehmen, auf eine solche Regelung zu verzichten.

<sup>236</sup> Zur Teleologie des Bauhandwerkerpfandrechts: Rz. 38.

Pfandeintragungsansprüche zu verhindern. Wenn seine Primärunternehmer zeitlich oder fachlich auf diese Subunternehmer angewiesen sind, bedeutet jede Ablehnung eine Verzögerung oder gar ein Verunmöglichen der weiteren Bauausführung.<sup>237</sup> [2] Der Besteller-Unternehmer muss jetzt annehmen, dass jeder seiner Subunternehmer beim Grundeigentümer vorstellig wird, um seiner Mitteilungsobliegenheit nachzukommen, und wird sich deshalb schon im Vorfeld vergewissern wollen, dass der Grundeigentümer «seinen» Subunternehmer nicht ablehnt. [3] Auch der Subunternehmer wird versuchen, die Transparenz und Legitimität seines Bezugs im Voraus abzuklären, weil er wenig Lust verspürt, einen Vertrag zu kalkulieren und abzuschließen, der hinterher annulliert wird. Gleichwohl bringt die Macht des Eigentümers, Subunternehmerverträge einseitig zu Fall zu bringen, heikle Themen mit sich. So etwa die Gefahr, dass er durch «Massen-Ablehnungen» bei den jeweiligen Besteller-Unternehmern ein organisatorisches Chaos, Mehraufwendungen und Verzögerungen auslöst, oder auch die Frage, was in einer Subunternehmerkette mit den «unteren» Subunternehmern geschieht, wenn «oben» ein Subunternehmer abgelehnt, d.h. die Kette abgeschnitten wird.

#### 4. Beweislast

Nach dem vorn entworfenen Formulierungsvorschlag müsste sich die Beweislast wie folgt auf die Parteien verteilen. Der Unternehmer muss, als den Pfandeintragungsanspruch mitbegründende Tatsache, darlegen, dass er dem Grundeigentümer den Vertragsabschluss mit dem Besteller-Unternehmer mitgeteilt hat und dass diese Information mindestens in dessen Machtbereich eingegangen ist. Dem Grundeigentümer obliegt es dagegen, zu zeigen, dass er innert der gesetzlichen Frist den betreffenden Subunternehmer abgelehnt hat.

#### 5. Weitere Hinweise

- Zur systematischen Verortung des vorgeschlagenen Absatzes und zum Harmonisierungsbedarf wird sinngemäss auf das vorn Gesagte verwiesen.<sup>238</sup> Zu beachten ist, dass das Ablehnungsrecht in der hier formulierten Variante auch dann gilt, wenn die Bauarbeiten nicht vom Grundeigentümer, sondern von einem berechtigten Nichteigentümer veranlasst werden. Dies erscheint konsequent, wenn der Schutz des Grundeigentümers Priorität haben soll. Einwenden lässt sich, dass der Grundeigentümer so imstande ist, einen «fremden» Bauerfolg zu vereiteln, auch wenn er dem Nichteigentümer die Ausführung der Arbeiten grundsätzlich erlaubt hat. 106
- Zu den diversen Schwierigkeiten, mit denen eine Erklärungsobliegenheit des Subunternehmers («Information», «Anzeige», «Mitteilung» usw.) verbunden ist, wird auf das vorn Gesagte verwiesen.<sup>239</sup> 107
- Anstatt für den Ablehnungsfall das Schicksal des Subunternehmervertrags im Gesetz zu regeln, könnte dessen Fortbestand dem Willen des Subunternehmers überlassen werden, indem diesem ein freies Rücktritts- bzw. Kündigungsrecht eingeräumt würde.<sup>240</sup> Damit wird dem Subunternehmer überlassen, ob er den Auftrag auch ohne Anspruch auf das Pfandrecht ausführt oder ganz vom Auftrag Abstand nimmt. Dem Subunternehmer verbleibt so mehr Autonomie, während die umschriebenen Anreize der Regel für die Beteiligten schätzungsweise gleich bleiben.<sup>241</sup> 108
- Die Synchronisation eines solchen Ablehnungsrechts mit dem Inhalt der einzelnen Bauverträge bereitet auch hier Schwierigkeiten. So wäre es merkwürdig, dass der Grundeigentümer 109

<sup>237</sup> Aus diesem Grund erachtete etwa ZOBLe ein Genehmigungserfordernis in der Praxis als nicht geeignet, das Doppelzahlungsrisiko auszuschliessen (ZSR 1982 II, S. 113).

<sup>238</sup> Namentlich Rz. 84.

<sup>239</sup> Namentlich Rz. 86, 96.

<sup>240</sup> Angelehnt ist die Idee an § 650f Abs. 5 Satz 1 BGB, der im Kontext der sogenannten Bauhandwerkersicherung steht (siehe schon Fn. 184): «Hat der Unternehmer dem Besteller erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung der Sicherheit nach Absatz 1 bestimmt, so kann der Unternehmer die Leistung verweigern oder den Vertrag kündigen.»

<sup>241</sup> Rz. 104.

einen Subunternehmer mit vertragsauflösender Wirkung ablehnen könnte, wenn der Beizug gemäss Hauptvertrag zwischen Eigentümer und Primärunternehmer an sich zulässig ist. In diesem Punkt differenziert die vorgeschlagene Regel nicht, wie auch nicht danach, ob unbestellte Arbeiten untervergeben werden oder ein Fall von Mehrfacheintragung vorliegt.<sup>242</sup> Eine stringente Verknüpfung von Ablehnungsrecht, Vertragsinhalt und Problemkonstellationen erscheint mir praktisch unmöglich zu kodifizieren. Will man den ersten Interpretationsansatz trotzdem bedienen,<sup>243</sup> ist es womöglich ratsamer, sich auf eine Regelung im Stil der vierten Idee zu beschränken,<sup>244</sup> die auf einige wenige, dafür klar umrissene Problemkonstellationen fokussiert.

## E. Idee 4: Partieller Ausschluss des Pfandeintragungsanspruchs

### 1. Formulierung

- 110 *«Für den Handwerker oder Unternehmer, der sich einem anderen Handwerker oder Unternehmer zur Lieferung von Material und Arbeit oder Arbeit allein verpflichtet hat, entfällt der Anspruch auf das Pfandrecht, wenn der Grundeigentümer den Arbeiten nicht zugestimmt oder die Verpflichtung des Unternehmers im Vorfeld untersagt hat.»*
- 111 *«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.»*

### 2. Grundzüge

- 112 **1. Unbestellte Bauarbeiten.**<sup>245</sup> Mit der Regel von Rz. 110 wird dem Problem der unbestellten Arbeiten entgegengewirkt. Der Passus «wenn der Grundeigentümer den Arbeiten nicht zugestimmt hat» lehnt sich an den neuen Art. 837 Abs. 2 ZGB. Es wird so auf das Anliegen des Postulats eingegangen, die beim Mieterbau gestärkte Position des Eigentümers<sup>246</sup> generell auf die Situation des Subunternehmer-Pfandrechts zu übertragen. Auch wird damit ein Anliegen aufgegriffen, das im Vernehmlassungsverfahren zum Ausdruck gekommen ist.<sup>247</sup> Weichen die dem Subunternehmer untervergebenen Arbeiten materiell von dem ab, was «ganz oben» in der Vertragskette vom Grundeigentümer bestellt oder gutgeheissen worden ist,<sup>248</sup> entfällt der Pfandeintragungsanspruch im Umfang dieser Inkongruenz.
- 113 **2. Unerlaubter Beizug.**<sup>249</sup> Nach Rz. 110 entfällt der Pfandeintragungsanspruch überdies, wenn die Untervergabe an den Subunternehmer gegen ein Verbot verstösst, das der Grundeigentümer schon im Vorfeld der Untervergabe aufgestellt hat.<sup>250</sup> Dieser Ansatz ist auch im Vernehmlassungsverfahren aufgegriffen worden.<sup>251</sup> Der Passus «oder die Verpflichtung des Unternehmers im Vorfeld untersagt hat» hat keine Vorbilder im Bauhandwerkerpfandrecht, wenn man von der «Verpflichtung» absieht, wie sie in Art. 839 Abs. 1 ZGB auftaucht. Ein wesentlicher Unterschied zum Vorschlag «Ablehnungsrecht»<sup>252</sup> sowie zu den Anträgen MÜLLER und JENNY<sup>253</sup>

<sup>242</sup> Hierzu Rz. 64 f.

<sup>243</sup> Rz. 61 ff.

<sup>244</sup> Rz. 110 ff.

<sup>245</sup> Zu diesem Problem: Rz. 64.

<sup>246</sup> Zum Zustimmungserfordernis: Rz. 23 ff.

<sup>247</sup> Beispiel: Stellungnahmen, S. 6, Regierungsrat Kanton Bern (zu Frage 2).

<sup>248</sup> Massgeblich sind hier die Verträge zwischen dem Grundeigentümer und seinem Primärunternehmer, wenn der Grundeigentümer den Bau veranlasst, oder zwischen dem Grundeigentümer und dem berechtigten Nichteigentümer, wenn der Bau von diesem letzteren veranlasst wird.

<sup>249</sup> Zu diesem Problem: Rz. 63.

<sup>250</sup> Stellte mit Blick auf eine Modernisierung des Bauhandwerkerpfandrechts ebenfalls die Gutheissung der Untervergabe durch den Besteller in den Vordergrund: DE HALLER, ZSR 1982 II, S. 297 f.

<sup>251</sup> Beispiel: Stellungnahmen, S. 40, Regierungsrat Kanton Tessin; S. 195, Schweizerischer Städteverband («Subunternehmer [...], deren Beizug entweder vertraglich vereinbart oder vom Grundeigentümer [...] genehmigt wurde»).

<sup>252</sup> Rz. 98 ff.

<sup>253</sup> Rz. 100.

liegt in der Klarstellung, dass der Eigentümer schon im Vorfeld der Untervergabe durch Vertragsgestaltung oder Weisungen dafür gesorgt haben muss, dass auf dem Grundstück keine Subunternehmer zum Einsatz kommen, die er nicht gutheisst. Hat er das versäumt, kann er den Pfandeintragungsanspruch des Subunternehmers nicht nachträglich (weder durch eine Ablehnungs- noch durch eine sonstige Erklärung) zu Fall bringen.

3. *Mehrfacheintragungen.*<sup>254</sup> Dieses Problem hat seinen Ursprung darin, dass nach heutigem 114  
Recht ein Baugrundstück für eine gegebene Arbeit mehrfach (pfand-)belastet – wenngleich nicht mehrfach verwertet – werden kann. Ein besserer Schutz des Grundeigentümers müsste also der multiplen Pfandeintragung einen Riegel vorschieben. Ein möglicher Lösungsansatz ist das in Rz. 111 formulierte Prinzip der «untersten Sprosse»: Für eine gegebene Bauarbeit, die über eine Unternehmerkette weitervergeben wird, hat nur jener Unternehmer einen Pfandeintragungsanspruch, der die Arbeiten nicht seinerseits untervergibt, d.h. sie eigenhändig oder vermittels eigener Arbeitnehmer ausführt.<sup>255</sup> Bei Mutationen in der Unternehmerkette folgt die Pfandberechtigung der vertraglichen Verpflichtung zur Ausführung. Fällt der «unterste» Unternehmer aus, fällt der Pfandeintragungsanspruch von ihm auf den Besteller-Unternehmer zurück. Vergibt der «unterste» Unternehmer neuerdings einen Teil der Arbeiten weiter, überträgt sich sein Pfandeintragungsanspruch in diesem Umfang auf den Subunternehmer.

Notabene verhindert diese «Subsidiarität» des Subunternehmer-Pfandrechts nicht das 115  
Doppelzahlungsrisiko, wie dies manchmal angenommen wird.<sup>256</sup> Auch wenn der Subunternehmer allein pfandberechtigt ist, kumuliert sich der Pfandeintragungsanspruch mit der Vergütungsforderung des Primärunternehmers; eine «doppelte» Zahlung droht dem Eigentümer also auch hier.

### 3. Würdigung

1. *Vergleichende Betrachtung.* Diese Regelung ist anders strukturiert als die bislang behandel- 116  
ten. Weder wird dem Subunternehmer in die Hände gelegt, sich den Pfandeintragungsanspruch einseitig zu sichern («Transparenzlösung»; «Informationsobliegenheit»). Noch wird dem Grundeigentümer ermöglicht, über die Entstehung des Subunternehmer-Pfandeintragungsanspruchs mitzubestimmen («Ablehnungsrecht»). Vielmehr schliesst die Regel in den drei aufgeführten Konstellationen ein Subunternehmer-Pfandrecht schlechthin aus. In den übrigen Fällen besteht das Subunternehmer-Pfandrecht unverändert gemäss heutigem Gesetzesrecht. So gesehen ist die Regel präziser auf jene Konstellationen zugeschnitten, die vorn als potenziell problematisch identifiziert wurden und – zumindest nach meinem ersten Interpretationsansatz – teilweise auch im Postulat moniert werden.<sup>257</sup> Es entfallen auch die erwähnten Komplikationen betreffend rechtswahrende Handlung und deren zeitliche Modalitäten, Kontaktierung mehrerer Grundeigentümer und Identifikation des Zielgrundstücks.<sup>258</sup>

2. *Offene Punkte.* In theoretischer Hinsicht schafft eine solche Regelung für den Grundeigentü- 117  
mer zweifelsohne Nutzen. Ob sich dieser Nutzen auch in der Praxis entfalten würde, ist, wie gesagt, eine andere Frage.<sup>259</sup> Die vorgeschlagene Regel nimmt davon Abstand, sich in die Wirksamkeit der Bauverträge einzumischen. Eine solche Verknüpfung würde allenfalls mit Blick auf den unerlaubt beigezogenen Subunternehmer Sinn machen, wäre aber bei nur teilweise unbestellten Arbeiten und im Fall von Mehrfachansprüchen unbefriedigend. Der Vorschlag lässt zudem den zweiten Interpretationsansatz des Postulats<sup>260</sup> unbedient (wenn man diesen denn priorisieren wollte), weil das situationsbezogene Verbot von Subunternehmer-Pfandrechten nichts dazu beiträgt, dem unwissenden Grundeigentümer das Engagement eines Subunternehmers zur Kenntnis zu bringen. Schliesslich erfordert dieser Vorschlag auch differenziertere

<sup>254</sup> Zu diesem Problem: Rz. 65.

<sup>255</sup> SCHUMACHER/REY, Rz. 540 ff.

<sup>256</sup> Beispiel: Stellungnahmen, S. 45 f., Staatsrat Kanton Wallis.

<sup>257</sup> Rz. 61 ff.

<sup>258</sup> Siehe aber Rz. 118.

<sup>259</sup> Rz. 66 f.

<sup>260</sup> Rz. 68 ff.

#### 4. Beweislast

- 118 **1. Beweislast betreffend Legitimität der Bauarbeiten.** Die Rz. 110 ist als Einwendung des Grundeigentümers ausgestaltet. Im Streit um die Pfanderrichtung muss er behaupten und untermauern, dass der Subunternehmer wenigstens teilweise von ihm nie bestellte und auch sonst nicht genehmigte Bauarbeiten auszuführen übernommen hat. Hierzu sollte der Grundeigentümer, der seine Verträge schriftlich abschliesst, regelmässig imstande sein. Diese Beweislastverteilung erscheint freilich nicht zwingend. Das Zustimmungserfordernis in Art. 837 Abs. 2 ZGB etwa wird überwiegend als anspruchsbegründende und mithin vom Unternehmer zu beweisende Tatsache aufgefasst.<sup>261</sup> Also könnte es auch Sache des Unternehmers sein, zu beweisen, dass die von ihm übernommenen Arbeiten vom Grundeigentümer gebilligt werden. Zu bedenken ist immerhin, dass ihn Bauvereinbarungen zwischen dem Grundeigentümer und dessen Vertragspartnern im Prinzip nichts angehen, und dass es eine Frage des Einzelfalls bleibt, wie gut er sich mit dem Umfang der gutgeheissenen Arbeiten vertraut machen kann. Den Hauptvertrag oder den Mietvertrag z.B. kennt er nicht unbedingt, ebenfalls nicht allfällige Weisungen des Eigentümers oder bilaterale, nachträgliche Vertragsanpassungen («Bestellungsänderungen»). Doch müsste auch der Nachweis genügen, dass der Eigentümer von sämtlichen vom Subunternehmer übernommenen Arbeiten Kenntnis gehabt und diese gegenüber dem Primärunternehmer bestellt oder gegenüber dem berechtigten Nichteigentümer gebilligt hat, z.B. anhand von mitunterzeichneten Baugesuchsunterlagen oder rechtskräftigen Baubewilligungen, die in Kopie auch an die Eigentümerschaft gerichtet sind.<sup>262</sup> Will aber der Subunternehmer sicher gehen, zwingt ihn eine solche Beweislast praktisch wiederum, im Vorfeld des Vertragsabschlusses mit dem Grundeigentümer Kontakt aufzunehmen, um die Legitimität der übernommenen Arbeiten in Erfahrung zu bringen.<sup>263</sup>
- 119 **2. Beweislast betreffend (Un-)Zulässigkeit der Untervergabe.** Auch hinsichtlich dieses Punkts ist Rz. 110 als Einwendung des Grundeigentümers ausgestaltet. Dies erscheint mir hier nicht nur sachgerecht, sondern zwingend. Der Beweis, dass die Vergabe der Arbeiten an den Subunternehmer, an eine Gruppe von Subunternehmern (zu welcher der Subunternehmer gehört) oder an Subunternehmer überhaupt vom Grundeigentümer im Vorfeld der Untervergabe untersagt worden ist, sollte für diesen bei hinreichender Dokumentation (Vertragsurkunden, Korrespondenz, Mietverträge, Sitzungsprotokolle usw.) zu erbringen sein. In freier Beweiswürdigung könnten die Gerichte alsdann die im Einzelfall gebotenen Differenzierungen treffen. Ein generelles Subunternehmerverbot im Hauptvertrag z.B. könnte zum Beweis der Untersagung reichen, wenn der Eigentümer das Einzelunternehmermodell gewählt hat, aber nicht schon, wenn der Primärunternehmer als Generalunternehmer fungiert und der Beizug von Subunternehmern für die Realisierung selbstverständlich, ja unausweichlich erscheint. Hier müssten Subunternehmerlisten, Verzeichnisse, interne Organisationsdokumente und allenfalls Zeugenaussagen produziert werden, die erhärten, dass der betreffende Subunternehmer nicht «genehmigt» worden ist. Für den Subunternehmer wäre es unvergleichlich schwieriger, die Zulässigkeit seines Beizugs nachzuweisen. Er wäre darauf angewiesen, dass ihm einer oder gar mehrere, in der Vertragskette über ihm stehende Unternehmer die benötigten Informationen eröffnen, wobei diese Baubeteiligten normalerweise gerade kein Interesse haben, den Subunternehmer bei der Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu unterstützen. Ausserdem könnte der Grundeigentümer, wenn die Beweislast beim Subunternehmer läge, dazu verleitet sein, die Einwendung

<sup>261</sup> Vgl. z.B. HGer Zürich, HE200153 vom 8. Juni 2020, E. 5.2, 6.2; THURNHERR, BSK, Art. 839/840 ZGB N 9.

<sup>262</sup> OGer Zürich, HE180160 vom 29. Mai 2018, E. 5.4: «Zumindest ist jedoch glaubhaft, dass die Gesuchsgegnerin [= Eigentümerin] den Bauarbeiten konkludent zugestimmt hat. Denn durch die unstrittig auch ihr zugestellte Baubewilligung [...] hatte sie detaillierte Kenntnis vom geplanten Ausbau. Dennoch erklärt sie nicht, gegen das Projekt bzw. den entsprechenden Mieterausbau je interveniert zu haben. Indem sie dies nun im vorliegenden Verfahren erstmals vorbringt, handelt sie treuwidrig.» Vgl. auch CARRON/FELLAY, Rz. 35.

<sup>263</sup> Im Zusammenhang mit der Zustimmung gemäss Art. 837 Abs. 2 ZGB liess der Bundesrat den Unternehmern angedeihen, dass sie «[in] ihrem eigenen Interesse [...] dafür besorgt sein [werden], dass diese [Zustimmung] in einer beweisbaren Form vorliegt» (Botschaft 2007, BBl 2007 S. 5320).

zweckfremd zu erheben, also sogar dann, wenn der Subunternehmer eigentlich erlaubterweise beigezogen worden ist.

3. *Beweislast betreffend mehrfache Pfandansprüche.* Die Rz. 111 ist wiederum als Einwendung des Grundeigentümers ausgestaltet, hauptsächlich, um zusammen mit den beiden anderen Regeln die Beweislast einheitlich zu gestalten. Doch erscheint diese Verteilung hier nicht zwingend. Tatsächlich wird dem Grundeigentümer so aufgebürdet, einen Umstand aufzuzeigen, der sich seiner eigenen Arbeitsorganisation entzieht, nämlich, dass der pfandbegehrende Subunternehmer die fraglichen Arbeiten seinerseits untervergeben hat. Es könnte auch dem Subunternehmer abgefordert werden, nachzuweisen, dass sich ihm für den Arbeiten kein Dritter verpflichtet hat und dass die bisherigen Arbeiten denn auch sämtlich von ihm (bzw. von seinen Arbeitnehmern) verrichtet worden sind. 120

## 5. Weitere Hinweise

- Zur systematischen Verortung des vorgeschlagenen Absatzes und zum Harmonisierungsbedarf wird sinngemäss auf das vorn Gesagte verwiesen.<sup>264</sup> 121
- Es stellt sich die Frage, was gilt, wenn der Grundeigentümer passiv bleibt, obwohl er weiss oder zumindest wissen müsste, dass der Subunternehmer unerlaubt beigezogen worden ist oder unbestellte Arbeiten übernommen hat. Soll der Unternehmer nun darauf vertrauen dürfen, dass der Eigentümer ihn bzw. seine Arbeiten nachträglich «genehmigt» hat, d.h., soll dem Grundeigentümer infolge seiner Passivität die Einwendung abhanden kommen?<sup>265</sup> Auf eine dahinzielende Regel wurde hier verzichtet, weil mir die Frage in den Händen der Rechtsanwendung (dort im Rahmen von Art. 2 und 3 ZGB) besser aufgehoben scheint. Dort müsste konsequenterweise auch aufgegriffen werden, inwiefern der Grundeigentümer sich das Wissen seiner Hilfspersonen anrechnen lassen muss.<sup>266</sup> 122

## F. Idee 5: Sicherstellungs- und Direktzahlungsrecht des Eigentümers

### 1. Formulierung

*«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 sicherstelle. Insoweit der Grundeigentümer die Forderung sicherstellt oder bezahlt, befreit ihn dies von seiner eigenen Schuld für die Lieferung.»* 123

### 2. Grundzüge

Der Besteller-Unternehmer unterliegt hiernach der gesetzlichen Pflicht, seine Vergütungsschuld zuhänden des fraglichen Subunternehmers (und Forderungsgläubigers) hinreichend sicherzustellen, wenn und insoweit der Grundeigentümer dies von ihm verlangt. Mit dieser Sicherstellung wird das in Art. 839 Abs. 3 ZGB bereits verankerte Abwehrrecht des Grundeigentümers referenziert;<sup>267</sup> Folge der Sicherstellung ist, dass der Pfandeintragungsanspruch entfällt. Der Grundeigentümer kann die Sicherstellung von einem Besteller-Unternehmer jeglicher Stufe verlangen, also nicht nur von seinem Primärunternehmer, sondern z.B. auch von einem Sub-Subunternehmer, sofern dieser als Besteller-Unternehmer fungiert. Entscheidet sich der Grundeigentümer, die Forderung des Subunternehmers eigenhändig zu bezahlen oder sicherzustellen,<sup>268</sup> bewirkt dies in diesem Umfang die Tilgung seiner eigenen Vergütungsschuld, insoweit er für 124

<sup>264</sup> Namentlich Rz. 84.

<sup>265</sup> Zum Schutz des gutgläubigen Bauunternehmers in einer vergleichbaren Konstellation z.B. SCHUMACHER/REY, Rz. 926 f.

<sup>266</sup> Zur Wissenszurechnung Rz. 83.

<sup>267</sup> Dazu siehe schon Rz. 30 f.

<sup>268</sup> Zur Möglichkeit, eine Direktzahlung oder eine Direktsicherstellung zu tätigen: Rz. 30 f., 37.

die fraglichen Bauarbeiten eine solche (noch) trägt.

### 3. Würdigung

- 125 **1. Inspiration.** Diese Regel leitet sich ab von einem Einzelantrag von (damals) NR CASPAR BAADER, der im Rahmen der parlamentarischen Beratungen zur Teilrevision Immobiliarsachenrecht im Jahr 2009 eingebracht worden ist. Er lautete: «*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.*»<sup>269</sup> Der Vorschlag BAADER wiederum geht auf etablierte Bauvertragspraxis zurück, wo zuweilen vereinbart wird, dass [1] der Primärunternehmer drohende oder schon errichtete Subunternehmer-Pfandrechte durch Bezahlung oder Sicherstellung ablösen muss und [2] Direktzahlungen des Grundeigentümers dessen Vergütungsschuld auch gegenüber dem Primärunternehmer tilgen.<sup>270</sup> In diese Richtung zielende Vorschläge waren erneut auch im Vernehmlassungsverfahren zu verzeichnen.<sup>271</sup>
- 126 **2. Vergleichende Betrachtung.** Anders als in den vorangegangenen Regulierungsvorschlägen bleiben die Voraussetzungen des Subunternehmer-Pfandeintragungsanspruchs hier unangetastet. Gestärkt wird der Grundeigentümer stattdessen in seinen obligatorischen Beziehungen zu den Baubeteiligten. Die Regel führt dazu, dass der Sicherstellungsanspruch des Grundeigentümers sowie die doppeltilgende Wirkung der Direktzahlung (oder Direktsicherstellung) nunmehr von Gesetzes wegen gilt, ohne dass solches im Bauvertrag mit dem Primärunternehmer vereinbart werden muss. Dies käme sicherlich unerfahrenen Bauherren gelegen, die in den Vertragsverhandlungen mit Total- oder Generalunternehmern diese Punkte entweder gar nicht bedenken oder aber auf Granit beißen würden. Der Regulierungsvorschlag geht sodann weiter als der Antrag BAADER und die ihm zugrundeliegende Bauvertragspraxis. Erstens kann der Grundeigentümer die Sicherstellung hier auch von Besteller-Unternehmern verlangen, mit denen er nicht in vertraglicher Beziehung steht. Zweitens kann die «Doppeltilgung» dem Primärunternehmer auch dann entgegenhalten werden, wenn die Direktzahlung nicht an einen seiner Auftragnehmer geht, sondern an einen tiefer in der Kette stehenden Unternehmer (z.B. einen Sub-Subunternehmer). Dies erhöht den Koordinations- und Überwachungsdruck, der auf dem Primärunternehmer lastet, was dem im Vernehmlassungsverfahren zu verzeichnenden Anliegen gerecht wird, auch den Besteller-Unternehmer stärker einzubinden.<sup>272</sup> Und drittens: Stellt der Grundeigentümer z.B. einen Subunternehmer sicher und erhebt später ein Sub-Subunternehmer für dieselben Arbeiten einen Pfandeintragungsanspruch, kann er auch diesen mit – erneut – befreiender Wirkung sicherstellen oder bezahlen. Dies natürlich unter der Annahme, dass man das erwähnte Problem der Mehrfachanmeldung bestehen lässt.<sup>273</sup>
- 127 **3. Behobene Schwächen.** Der Antrag BAADER wurde im Zuge der Teilrevision Immobiliarsachenrecht teilweise befürwortet, dann aber verworfen. Abgesehen davon, dass im Parlament nach der Beratung und Verwerfung der Einzelanträge MÜLLER und JENNY<sup>274</sup> für die Subunternehmer-Thematik nur noch wenig Geduld vorhanden war, barg der Vorschlag zu viel ungeklärte Punkte. Beispiele: Er war strikte auf das Verhältnis Grundeigentümer – Unternehmer – Subunternehmer zugeschnitten, liess also offen, ob der Grundeigentümer gegen Pfandeintragungsansprüche tieferer Stufen geschützt werden soll. Der einleitende Passus «*Zur Abwendung der*

<sup>269</sup> AB 2009, S. 1952 f., NR vom 26. November 2009.

<sup>270</sup> Vgl. Rz. 53.

<sup>271</sup> Beispiele: Stellungnahmen, S.7, Regierungsrat Basel Landschaft; S. 84, Centre Patronal; S. 134 und 136, HEV Schweiz; S. 195, Schweizerischer Städteverband; S. 226, uspi suisse.

<sup>272</sup> Vgl. z.B. Rz. 97.

<sup>273</sup> Vgl. Rz. 65, 111, 114. Hätte hingegen nur noch die «letzte Sprosse» in der Unternehmernetzwerk einen Pfandeintragungsanspruch, wäre stets nur dieser Subunternehmer sicherzustellen bzw. zu bezahlen; die übrigen, «über ihm» stehenden Kettenglieder, welche die Bauarbeiten allesamt untervergeben haben, hätten a priori keine Chance auf Pfanderrichtung.

<sup>274</sup> Rz. 100.

*Eintragung eines gesetzlichen Grundpfandrechts durch einen Subunternehmer*» stellt nicht klar, ab wann, bis wann und unter welchen Voraussetzungen genau der Grundeigentümer die Sicherstellung verlangen darf. Erneut und unnötig wurde versucht, den Begriff des «Subunternehmers» in das Zivilgesetzbuch einzuführen. Dass der Grundeigentümer nur dann zur Direktzahlung berechtigt gewesen wäre, wenn der Besteller-Unternehmer die Sicherstellung verweigert, wäre im Vergleich zur heutigen Rechtslage ein Rückschritt gewesen, denn aktuell ist der Grundeigentümer jederzeit berechtigt, den Pfandeintragungsanspruch eines Subunternehmers durch dessen direkte Bezahlung zu vernichten.<sup>275</sup> In diesen Punkten erscheint mir der vorstehende Regulierungsansatz zumindest klarer.

4. *Verbleibende Schwächen.* Doch ist auch dieser Ansatz kein Allheilmittel und weiterhin mit 128 Schwächen behaftet. Beispiele: Behauptet der Besteller-Unternehmer eine mangelhafte Ausführung durch den Subunternehmer, die Geltendmachung eines Rückbehalts<sup>276</sup> oder gar die einseitige Minderung des Subunternehmerforderung<sup>277</sup>, fragt sich, ob der Besteller-Unternehmer gleichwohl verpflichtet sein soll, eine Sicherstellung in der geforderten Höhe zu leisten. Entschieden sich der Grundeigentümer für eine Direktzahlung, steht er vor der Gefahr, die Arbeitsorganisation des Besteller-Unternehmers zu sabotieren, aber auch, gegebenenfalls zu viel zu bezahlen, mit fraglichen Aussichten auf Rückleistung. Ohnehin dürfte der Eigentümer selten imstande sein, den Leistungsausweis und die Schlussabrechnung des Subunternehmers auf ihre Richtigkeit zu überprüfen. Die Pflicht eines beliebigen Besteller-Unternehmers zur Sicherstellung bleibt toter Buchstabe, alsbald dieser zahlungsunfähig wird. Der klassische Fall, da der Subunternehmer nicht bezahlt wird, weil der Besteller-Unternehmer nicht mehr zahlen kann, wird auch hier auf eine Direktzahlung durch den Grundeigentümer hinauslaufen. Die damit verbundene «Doppeltilgung» wiederum nützt ihm nichts, wenn er selber keine Vergütungsschuld trägt, sei es, weil nicht er Veranlasser der Bauarbeiten ist (sondern z.B. sein Mieter), sei es, weil er seine Schuld bereits beglichen hat. Hier begegnen dem Grundeigentümer die Regressprobleme, mit denen eine Direktzahlung behaftet sein kann.<sup>278</sup> Die Regel verleitet den Grundeigentümer womöglich dazu, prinzipiell und ohne begründeten Anlass von jedem Besteller-Unternehmer eine Sicherstellung seiner Subunternehmer zu verlangen, was die Kosten entlang der gesamten Unternehmerkette in die Höhe treibt.<sup>279</sup>

#### 4. Beweislast

In punkto Beweislast wirft die Regel keine besonderen Probleme auf, zumal nicht im Verhältnis 129 zwischen Grundeigentümer und Subunternehmer. Behauptet der Grundeigentümer gestützt auf eine Sicherstellung oder Bezahlung des Subunternehmers (gleich, von wem diese ausgeht) den Untergang des Pfandeintragungsanspruchs, muss er die Sicherstellung oder Bezahlung in der erforderlichen Höhe beweisen. Dem Subunternehmer steht es offen, einen höheren Forderungsbetrag nachzuweisen.

#### 5. Weitere Hinweise

- Die systematische Verortung einer solchen Regelung müsste wohl anders ausfallen als bei 130 den bislang diskutierten Vorschlägen. Denkbar wäre z.B. die Unterbringung im Kontext der Sicherstellung in Art. 839 Abs. 3 ZGB, so bspw. in Form eines Art. 839 Abs. 3<sup>bis</sup> ZGB.
- Was die Verteilung der Kosten für die Sicherstellung des Subunternehmers betrifft, sei hier 131 nur indizienweise auf § 650f Abs. 3 BGB verwiesen. Dieser handelt zwar von einer anderen Situation: Bei der sogenannten Bauhandwerkersicherung hat der Unternehmer, der von

<sup>275</sup> Rz. 30, 37.

<sup>276</sup> Dies steht einem Besteller offen, sofern er Nachbesserung verlangt hat und der Unternehmer sich damit verspätet (GAUCH, Werkvertrag, Rz. 2377 ff.).

<sup>277</sup> Hierzu ist der Besteller bei mangelhafter Ausführung gemäss Art. 368 Abs. 2 OR berechtigt. Die Minderungserklärung bewirkt bei gegebenen Voraussetzungen ohne weiteres, dass sich die Vergütungsforderung des Subunternehmers reduziert (einseitiges Gestaltungsrecht; GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1620 ff.).

<sup>278</sup> Rz. 42.

<sup>279</sup> Vgl. Rz. 131.

seinem Besteller die Sicherstellung seiner Vergütungsforderung verlangt (was er nach schweizerischem Recht nicht kann), «dem Besteller die üblichen Kosten der Sicherheitsleistung bis zu einem Höchstsatz von 2 Prozent für das Jahr zu erstatten. Dies gilt nicht, soweit eine Sicherheit wegen Einwendungen des Bestellers gegen den Vergütungsanspruch des Unternehmers aufrechterhalten werden muss und die Einwendungen sich als unbegründet erweisen». Eine ähnliche Regel zulasten des Grundeigentümers, der vom Besteller-Unternehmer Sicherstellung verlangt, könnte in Betracht gezogen werden.<sup>280</sup>

## V. Querschnittsthemen

### A. Mehrere Eigentümer des Zielgrundstücks

- 132 **1. Problemaufriss.** Das mit dem Pfandeintragungsanspruch behaftete Baugrundstück gehört in überaus zahlreichen Fällen mehr als nur einem Eigentümer. Wie der Subunternehmer mit einer solchen Pluralität von Eigentümern umzugehen hat, ist für die Praktikabilität jeglicher Neuregelung, die eine Kontaktierung der Eigentümerschaft voraussetzt, entscheidend. Arbeitet der Subunternehmer beispielsweise an gemeinschaftlichen Teilen einer in Stockwerkeigentum aufgeteilten Liegenschaft, treten je nach Grösse der Liegenschaft vielleicht zwei, vielleicht zwanzig, vielleicht zweihundert passivlegitimierte Miteigentümer auf den Plan. Für den Subunternehmer, der sich zu erkennen geben oder gar eine Mitteilung an die Eigentümerschaft absetzen muss (Vorschläge «Transparenzlösung», «Informationsobliegenheit», «Ablehnungsrecht»), stellt sich die Frage, ob dies mit Wirkung für alle Eigentümer geschehen soll. Ist er an Fristen gebunden, beginnen die Probleme eventuell schon mit der Dauer, welche die Einsicht ins Grundbuch in Anspruch nimmt. In manchen Kantonen ist die Eigentümerabfrage online möglich,<sup>281</sup> in anderen telefonisch oder per E-Mail.<sup>282</sup> Die Zahl der Eigentümer pro Anfrage ist aber häufig gedeckelt. Bei zahlreichen Eigentümern wird der Subunternehmer auf eine schriftliche Eigentümerauskunft verwiesen, womit mindestens ein Tag für den Postweg einzurechnen ist. Dann der Recherche- und Kommunikationsaufwand: Je höher die Auftragsfrequenz, desto häufiger werden Grundbuchabfragen nötig, wobei schriftliche Eigentümerauskünfte etwa in Zürich CHF 20 kosten. Für den Versand eines eingeschriebenen Briefs kann, Verwaltungsaufwand eingeschlossen, ca. CHF 10 angesetzt werden. Je nachdem, wie viele Grundeigentümer angeschrieben werden müssen, muss das Auftragsvolumen bereits ein gewisses Mass erreichen, damit im Verhältnis hierzu der drohende Zusatzaufwand zu vernachlässigen ist.<sup>283</sup>
- 133 **2. Kommentar.** Für dieses Problem gibt es kein Patentrezept. Schafft man für den Subunternehmer gesetzlich keine Abhilfe, kann die Sicherung seines Pfandeintragungsanspruchs je nach Regulierungsmodell unverhältnismässig teuer oder gar unmöglich werden. Vereinfacht man hingegen die Kommunikationsprozesse zugunsten des Subunternehmers, frustriert man die Eigentümerschaft. Solche Vereinfachungen könnten etwa sein, dass die Anzeige eines Subunternehmers (vgl. Regulierungsideen «Informationsobliegenheit», «Ablehnungsrecht») einzig an die zuständige Immobilienverwaltung, an den Verwalter der Stockwerkeigentümerschaft oder an einen einzigen Miteigentümer gerichtet werden muss. Eine Alternative böte der Ansatz, eine bestehende oder neue Behörde als «Drehscheibe» in die Begründung und die Verwaltung von Pfandeintragungsansprüchen einzubinden.<sup>284</sup>

<sup>280</sup> Vgl. auch den Revisionsvorschlag von DE HALLER, ZSR 1982 II, S. 298 f., der auf eine gesetzliche Pflicht zur Bestellung einer Erfüllungsgarantie zugunsten des Besteller-Unternehmers hinausläuft, mit oder ohne Übernahme der daraus entspringenden Kosten.

<sup>281</sup> Beispiel: Kanton Luzern, <https://grundbuch.lu.ch/onlinedienste/eigentuemerabfrage>.

<sup>282</sup> Beispiel: Kanton Zürich, <https://www.notariate.zh.ch/deu/grundbuch/auszugsbestellung>.

<sup>283</sup> Handkehrum ist anzunehmen, dass der Subunternehmer diesen Aufwand auftragsspezifisch kalkulieren und auf seine Preise umlegen wird, womit letzten Endes die Spitze der Bauverkettung dafür aufzukommen haben wird.

<sup>284</sup> Rz. 138 ff.

## B. Identifikation des Zielgrundstücks

*1. Problemaufriss.* Jede Regel, die eine Kontaktierung der Eigentümerschaft voraussetzt, bedingt natürlich, dass zunächst das «richtige» Grundstück, das sogenannte Zielgrundstück in Erfahrung gebracht wird. Manche Grundstücke aber, auf die sich der Pfandeintragungsanspruch des Subunternehmers bezieht, haben mit «Liegenschaften» im umgangssprachlichen Sinne nichts gemein. Ein im Grundbuch eingetragenes, selbstständiges und dauerndes Baurecht beispielsweise ist ein Grundstück im rechtlichen Sinn, so auch ein im Grundbuch eingetragener Miteigentumsanteil. Die Unterscheidung zwischen dem physischen Landabschnitt, der rechtlichen Bodenparzelle (der Stammparzelle) und den darauf basierten, besonderen Grundstücken «unsichtbarer» Art ist für den Laien kein Leichtes, mithin auch nicht die Unterscheidung zwischen dem Eigentümer der einen und jenem der anderen Grundstücke.<sup>285</sup> Sogar im verhältnismässig einfachen Fall, da ein Subunternehmer innerhalb (nur) einer Stockwerkeinheit tätig wird, ist die Identifikation der «richtigen» Stockwerkeinheit im Grundbuch nicht selbstverständlich, zumal wenn sich auf demselben Stockwerk (oder gar in benachbarten Gebäuden auf derselben Stockwerkhöhe)<sup>286</sup> weitere Stockwerkeinheiten befinden.

*2. Kommentar.* Gesetzliche Abhilfe innerhalb einer – milden – Anpassung des Bauhandwerkerpfandrechts scheidet mit Blick auf dieses Problem wohl aus. Gesetzliche Erleichterungen zuhanden des Subunternehmers werden wiederum kontrovers sein. Zu denken wäre an die Möglichkeit, die Anzeige- oder Mitteilungsobliegenheit des Subunternehmers (Vorschläge «Informationsobliegenheit», «Ablehnungsrecht») auf den bzw. die Eigentümer der betreffenden Stammparzelle zu beschränken, unter Auslassung der Eigentümerschaft des konkret zu belastenden Zielgrundstücks (z.B. einem als Grundstück eingetragenen Baurecht). Doch wäre es wenig einsichtig, den Adressaten der Anzeige und den Passivlegitimierten des Pfandeintragungsanspruchs personell auseinanderfallen zu lassen. Beschränkt man hingegen die Anzeige- oder Mitteilungsobliegenheit des Subunternehmers auf die Eigentümerschaft des Zielgrundstücks, ist dem Subunternehmer in komplexen Verhältnissen gleichwohl nicht geholfen.<sup>287</sup> Will der Subunternehmer sicherstellen, dass die Anzeige oder Mitteilung rechtsgenügend ergeht, zwingt ihn dies praktisch, schon an dieser Stelle (und nicht erst für die eigentliche Pfanderrichtung) professionelle Rechtsberatung in Anspruch zu nehmen. Abhilfe vermöchte vielleicht auch hier eine bestehende oder neue Behörde zu leisten, die als «Drehscheibe» in die Begründung und Verwaltung von Pfandeintragungsansprüchen eingebunden wird,<sup>288</sup> je nachdem, ob und wie die Frage der Grundstücksidentifikation in der Ausgestaltung des Verfahrens Berücksichtigung findet.

## C. Handänderung am Zielgrundstück

*1. Problemaufriss.* Regeln des Subunternehmer-Pfandeintragungsanspruchs, die sich in irgendeiner Weise auf den «Grundeigentümer» beziehen, erbiten die Frage, wie es sich verhält, wenn das Eigentum am Baugrundstück wechselt. Obliegt es etwa dem Subunternehmer, für die Eigentümerschaft erkennbar zu werden oder diese aktiv zu informieren («Transparenzlösung», «Informationsobliegenheit»), so könnte bei strenger Lesart der Erwerber einwenden, dass der Unternehmer diese Voraussetzungen zwar gegenüber dem vormaligen Eigentümer (dem Veräusserer) erfüllt habe, nicht aber gegenüber ihm. Hat ein Grundeigentümer von seinem allfälligen Ablehnungsrecht keinen Gebrauch gemacht (Vorschlag «Ablehnungsrecht») und wechselt

<sup>285</sup> Zur diesbetreffenden Komplexität siehe auch SCHUMACHER/REY, Rz. 736 ff. (zum Baurecht: Rz. 752 ff.; zum Miteigentum: Rz. 758 ff.; zum Bauen auf Nebengrundstücken: Rz. 837 ff.); weiter SCHMID, Rz. 4 ff.

<sup>286</sup> Damit muss im Fall des «kombinierten» oder «hybriden» Stockwerkeigentums gerechnet werden. Dieses zeichnet sich dadurch aus, dass auf einer Stammparzelle nicht nur eines, sondern mehrere Gebäude stehen, die allesamt derselben Stockwerkeigentümergeinschaft gehören (SCHUMACHER/REY, Rz. 816). Eine wenig empfehlenswerte, aber in der Praxis anzutreffende (Mit-)Eigentumsgestaltung.

<sup>287</sup> Selbst für rechtskundige Personen ist die Ermittlung des Zielgrundstücks je nachdem mit Unsicherheiten behaftet. Vgl. die Vorbemerkungen zum Auffinden des «richtigen» (rechtlich verstandenen) Grundstücks bei SCHUMACHER/REY, Rz. 546–553.

<sup>288</sup> Dazu Rz. 138 ff.

die Eigentümerschaft, könnte der neue Eigentümer einwenden, der Subunternehmer habe nunmehr auch ihm seine Betätigung anzeigen müssen. Geht es um die Frage, ob der Grundeigentümer seinem Beizug oder den Bauarbeiten zugestimmt hat (Vorschlag «Partieller Ausschluss»), stünde dem Erwerber die Einwendung offen, er selbst habe der Beteiligung des Subunternehmers oder den ihm untervergebenen Bauarbeiten nie zugestimmt.

- 137 **2. Kommentar.** Erwirbt jemand ein Grundstück, auf dem kürzlich gebaut worden ist, und schreibt ein pfandberechtigter Unternehmer (gleich welcher Stufe) anschliessend zur Errichtung seines Bauhandwerkerpfandrechts, so hat der Erwerber dies nach heutiger Rechtslage hinzunehmen, auch wenn er vom betreffenden Pfandeintragungsanspruch nichts wusste und auch nichts wissen konnte. Es ist dies eine Konstellation, die in der Juristerei und im Immobiliengewerbe etwa gleichermassen kontrovers diskutiert wird, wie das Subunternehmer-Pfandrecht; vereinzelt ist das Thema auch im Vernehmlassungsverfahren aufgetaucht.<sup>289</sup> Ein Teil der Lehre vertritt, dass der Erwerber in dieser Situation zu schützen sei.<sup>290</sup> Der andere Teil will dem Unternehmer die Pfanderrichtung uneingeschränkt einräumen, was sich mit dem Wortlaut des Gesetzes und mit dessen Entstehungsgeschichte besser verträgt.<sup>291</sup> In diesem letzteren Sinn wird überdies die Zustimmung des Grundeigentümers gemäss Art. 837 Abs. 2 ZGB interpretiert: Es genügt, dass der vormalige Grundeigentümer seine Zustimmung erteilt hat, jene des Erwerbers ist nicht erforderlich.<sup>292</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint es stimmig, dass sich der Erwerber im Verhältnis zum Unternehmer (auch dem Subunternehmer) das Wissen und das Verhalten des vormaligen Eigentümers anrechnen lassen muss. Mit dem Kontaktieren der «richtigen» Eigentümerschaft wird ohnehin schon eine Gefahr auf den Subunternehmer vorverlegt, die unter professionellen Rechtsvertretungen berührt und nach heutiger Rechtslage erst im Gerichtsverfahren zu gewärtigen ist, nämlich, dass man sich infolge Handänderung am Grundstück versehentlich an den früheren Eigentümer wendet und dadurch einen Rechtsverlust erleidet. Die Frage könnte auch der Rechtsprechung überlassen werden, doch erscheint es ratsam, sie bereits im Gesetz zu beantworten.

## **D. Behördliche «Drehscheibe» zwischen den Beteiligten?**

- 138 **1. Zur Idee.** Regulierungsideen, die dem Unternehmer abfordern, mit der Eigentümerschaft in Kontakt zu treten, rufen in punkto Praktikabilität Bedenken auf den Plan, wenn das Baugrundstück im Eigentum zahlreicher Personen steht.<sup>293</sup> Sollten die Revisionsbemühungen in die Richtung einer solchen Lösung gehen, müsste erwogen werden, zwischen Subunternehmer und Eigentümerschaft eine dritte, fachkundige, vorzugsweise behördliche Instanz zu schalten, die gleichsam als Drehscheibe zwischen Subunternehmer und Grundeigentümerschaft fungiert. Diese Instanz müsste einerseits, z.B. in der Form eines öffentlichen Registers oder eines ähnlichen Instruments, Entstehung und Untergang von Pfandeintragungsansprüchen verzeichnen und öffentlich einsehbar machen. Ausserdem müsste sie es übernehmen, die betreffende Eigentümerschaft zu ermitteln und zu notifizieren. Idealerweise würden die Unternehmer entlastet und die Eigentümerschaften schnell, vollständig und adäquat informiert. Es wäre dies vielleicht auch eine Antwort auf das alte Problem, dass latente Pfandeintragungsansprüche, anders als errichtete Grundpfandrechte,<sup>294</sup> grundbuchlich «unsichtbar» sind. Als vor mehr als einem Jahrhundert das Zivilgesetzbuch konzipiert worden ist, mag dies noch unproblematisch gewesen sein, weil die Arbeitsorganisation im Baugewerbe noch weniger verästelt war. Die grassierende

<sup>289</sup> Beispiel: Stellungnahmen, S. 230, Verband Schweizerischer Grundbuchverwalter.

<sup>290</sup> Unter vielen: GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1306 f.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1732. Weitere Hinweise und eine Übersicht der Kontroverse z.B. bei CARRON/FELLAY, Rz. 75; TRAUFFER, Rz. 8.

<sup>291</sup> Mit zahlreichen Hinweisen auf die Materialien: SCHUMACHER/REY, Rz. 84. Siehe auch THURNHERR, BSK, Art. 839/840 ZGB N 23 a.E. und die weiteren Verweise bei CARRON/FELLAY, Rz. 75; TRAUFFER, Rz. 8.

<sup>292</sup> SCHUMACHER/REY, Rz. 930, 934.

<sup>293</sup> Rz. 132 f.

<sup>294</sup> Vgl. Rz. 11 und 12.

Arbeitsteilung des heutigen Bauens allerdings sorgt diesbezüglich für Unübersichtlichkeit.<sup>295</sup> Mit einer öffentlichen und professionalisierten «Nachverfolgung» von Pfandeintragungsansprüchen könnte für alle Beteiligten – Unternehmer, Eigentümerschaft und alle am Grundstück interessierten Personen – mehr Rechtssicherheit geschaffen werden. Womöglich liesse sich auf diesem Weg auch das Problem des gutgläubigen Grundstückserwerbs<sup>296</sup> ausmerzen oder zumindest abschwächen.

**2. Neue Rechtsgrundlagen.** Ob die angedachte Instanz (im Folgenden: die «Behörde») öffentlich-rechtlich oder privat verfasst sein soll, ob sie eine solche des Bundes- oder des kantonalen Rechts sein soll, ob eine bereits bestehende oder aber eine neue Behörde damit zu befassen wäre und wie sie zu finanzieren wäre, soll hier nicht Gegenstand bilden. Skizziert seien hier nur die groben Züge einer möglichen Regelungsstruktur: [1] Zunächst wären an einem geeigneten (oder neuen) Ort in der Privatrechtsordnung Aufgaben, Kompetenzen, Geschäftsführung, Haftung usw. der Behörde problemadäquat zu verankern und auszugestalten. Im Vordergrund stände dabei der Mechanismus, mit dem die Pfandeintragungsansprüche grundstücksspezifisch verzeichnet und publik gemacht werden. Die Behörde müsste informell und unmittelbar Zugriff auf sämtliche oder wenigstens die für ihre Aufgaben unerlässlichen (vorzugsweise elektronischen) Daten des Grundbuchs haben, damit die Daten der pfandeintragungsberechtigten Unternehmer mit jenen der Zielgrundstücke verknüpft und zur Einsicht angeboten werden können. Zu regeln sind insbesondere die Rechtshandlungen, die dem Unternehmer gegenüber der Behörde abgefordert werden (z.B. die einseitige Mitteilung seiner Bautätigkeit auf einem bestimmten Grundstück oder an einer bestimmten Adresse), um in den Genuss der damit verbundenen Vorteile zu kommen. [2] Sodann muss in den Regeln des Bauhandwerkerpfandrechts die Verbindung zu dieser Behörde geschaffen werden. Wie diese auszugestalten ist, hängt davon ab, welche Regulierungsidee verfolgt wird. Die erwähnte «Transparenzlösung» müsste wohl dahingehen, dass der Pfandeintragungsanspruch erst auflebt, nachdem der Eigentümer von der Behörde über die Bautätigkeit des Subunternehmers ins Bild gesetzt worden ist. Bei der «Informationsobliegenheit» hätte der Unternehmer die Anzeige rechtsgenügend vollzogen (und würde der Pfandanspruch vollumfänglich bestehen), wenn die Mitteilung an die Behörde erfolgt ist. Beim Vorschlag «Ablehnungsrecht» würde, alsbald die Behörde die betreffende Eigentümerschaft notifiziert hat, einerseits die Mitteilungsobliegenheit des Subunternehmers erfüllt, andererseits die Frist für die Erklärung der Ablehnung ausgelöst.

**3. Abhilfe bei der Identifikation des Grundstücks?** Auch sie kann dem Unternehmer erhebliche Schwierigkeiten bereiten.<sup>297</sup> Entscheidet man sich für die Implementierung der vorerwähnten Behörde, wäre es wohl nur konsequent, dem Unternehmer auch diese Schwierigkeit so weit als möglich abzunehmen, zumal sie der Ermittlung der passivlegitimierten Eigentümerschaft vorgelagert ist. Erfordert die Ermittlung des richtigen Zielgrundstücks juristische Kenntnisse (z.B. Stockwerkeinheit, selbstständiges und dauerndes Baurecht usw.), ist zu befürchten, dass der Unternehmer sich gegenüber der Behörde häufig auf ein falsches Grundstück beziehen wird. Belässt es die Behörde nun bei der Notifikation der «falschen» oder unvollständigen Eigentümerschaft, bewirkt sie dadurch nichts und dem Unternehmer droht ein Rechtsverlust. Der Behörde müsste hier ein Mindestmass an Ermittlungsarbeit obliegen, um in Erfahrung zu bringen, auf welches Grundstück sich ein gegebener Pfandeintragungsanspruch bezieht, dies selbststehend unter weitestgehender Mitwirkung des Unternehmers. Oder aber man wählt eine grobkörnigere Lösung, z.B. indem der Unternehmer der Behörde nur die richtige Stammparzelle zu nennen hat<sup>298</sup> und es anschliessend der Behörde obliegt, die mit dieser Stammparzelle verbundenen Miteigentümer und Inhaber selbstständiger und dauernder Rechte zu notifizieren.

<sup>295</sup> Die mehr als vierzig Jahre alte Feststellung ZOBLs (ZSR 1982 II, S. 107 f.), wonach eine «hochgezüchtete Arbeitsteilung in diesem Wirtschaftszweig» es zwingend mit sich bringe, «dass praktisch bei jedem Neubau ohne Vertragsketten nicht mehr auszukommen ist», dürfte sich inzwischen potenziert haben.

<sup>296</sup> Rz. 137.

<sup>297</sup> Zu diesem Problem: Rz. 134 f.

<sup>298</sup> Die Ermittlung der korrekten Stammparzelle ist mithilfe der kantonalen GIS-Plattformen auf dem Internet auch ohne rechtlichen Beistand zu vollbringen.

## E. Folgefragen beim «Mieterbau»

- 141 **1. Harmonisierung.** Sollte der Gesetzgeber das Subunternehmer-Pfandrecht neuen Voraussetzungen unterwerfen wollen, muss das Zustimmungserfordernis beim Mieterbau im Blick behalten werden. Lässt man z.B. den Pfandeintragungsanspruch des Subunternehmers partiell scheitern, weil er sich erst spät dem Grundeigentümer zu erkennen gibt («Transparenzlösung»), und lässt man daneben den Pfandeintragungsanspruch des Primärunternehmers vollständig scheitern, weil der Eigentümer den Arbeiten nicht zugestimmt hat (Art. 837 Abs. 2 ZGB), droht ein unübersichtliches Zerfransen des bzw. der Pfandeintragungsansprüche. Zumindest wenn ein bauender Grundeigentümer mit Subunternehmern gar nicht rechnet und dann von einem Subunternehmer-Pfandeintragungsanspruch überrascht wird, fühlen sich die Dinge für ihn nicht wesentlich anders an, als wenn sein Mieter, Pächter usw. die Bauarbeiten unerlaubt veranlasst und er vom Pfandeintragungsanspruch des Primärunternehmers überrascht wird. Ein möglicher Ansatz wäre, inskünftig nur noch danach zu unterscheiden, ob ein Unternehmer im Auftrag des Grundeigentümers baut oder im Auftrag eines anderen.<sup>299</sup> Dieser letzteren Gruppe wären die neuen Voraussetzungen dann einheitlich aufzuerlegen. Der betreffende Unternehmerkreis könnte, wiederum in Anlehnung an Passagen des bestehenden Gesetzesrechts, umschrieben werden mit dem «*Handwerker oder Unternehmer, der sich einem anderen als dem Grundeigentümer zur Arbeitsleistung verpflichtet hat*» oder «*der einen anderen als den Grundeigentümer zum Schuldner hat*».
- 142 **2. Minimalprogramm.** Sollte der Gesetzgeber erwägen, am Zustimmungserfordernis von Art. 837 Abs. 2 ZGB in seiner heutigen Form festzuhalten, könnte immerhin eine damit verbundene Unklarheit ausgeräumt werden. Nach dem Gesetzeswortlaut ist nur der Primärunternehmer des Nichteigentümers (Mieters usw.) darauf angewiesen, dass der Grundeigentümer den Arbeiten zugestimmt hat, nicht aber der Subunternehmer. Im juristischen Schrifttum herrscht Uneinigkeit, ob die Regel entgegen ihrem Wortlaut auf den Subunternehmer auszudehnen ist.<sup>300</sup> Dagegen liesse sich anführen, dass ein Unternehmer, der mit einem anderen Unternehmer kontrahiert, mangels gegenteiliger Indizien annehmen darf, dass sein Vertragspartner, der schliesslich dem Baugeschäft verschrieben ist und gewerblich Bauaufträge ausführt, rechtens mit den Bauarbeiten befasst worden ist, also keine unerlaubten Arbeiten vornimmt und auch keine solchen veranlasst, indem er den Subunternehmer engagiert. Nur der Primärunternehmer soll sich um die «Legitimität» der Arbeiten, die er von einem Nichteigentümer übertragen erhält, kümmern müssen, weil (nur) er mit dem Veranlasser der Bauarbeiten direkt kontrahiert und, je nachdem, guten Grund hat, zu prüfen, ob die Person seines Auftraggebers (der ja hier kein Unternehmer ist) mit dem im Grundbuch eingetragenen Eigentümer übereinstimmt. Für eine Ausdehnung auf die Subunternehmer spricht allerdings, dass die frühere Bundesgerichtsrechtsprechung, die im Art. 837 Abs. 2 ZGB kodifiziert worden ist, den Grundeigentümer ganz generell vor baulichen Eingriffen schützen wollte, die von Grundstücksbenutzern unerlaubt veranlasst werden.<sup>301</sup> So gesehen, müsste die Zustimmung des Eigentümers über alle Glieder der Unternehmerkette eine anspruchsbegründende Voraussetzung bilden.<sup>302</sup> Jedenfalls wäre Klärung in diesem Punkt nicht verkehrt.

<sup>299</sup> Eine solche Unterscheidung nimmt etwa die seit 1. Januar 2012 in Kraft stehende Bauhandwerker-Bürgschaft vor, indem sie allein dem Unternehmer zusteht, der nicht direkt im Auftrag des (öffentlichen) Grundeigentümers baut (vgl. Art. 839 Abs. 4 ZGB, der sprachlich allerdings missglückt ist; dazu SCHUMACHER/REY, Rz. 637; REY, ZBJV 2020, S. 140, Fn. 3).

<sup>300</sup> Siehe schon Rz. 23 a.E.

<sup>301</sup> Rz. 24.

<sup>302</sup> Bei dieser Auslegungsweise droht freilich eine andere Ungleichbehandlung: Veranlasst der Nichteigentümer die Bauarbeiten, ist der Grundeigentümer bis hinunter zum letzten Subunternehmer vor unbestellten Arbeiten (zu diesem Phänomen: Rz. 64) geschützt. Veranlasst aber der Grundeigentümer die Bauarbeiten, versagt der Schutz vor unbestellten Arbeiten schon beim ersten Subunternehmer, weil in dieser Vertragskette das Zustimmungserfordernis von Art. 837 Abs. 2 ZGB von vornherein nicht gilt.

## F. Folgefragen bei Verwaltungsvermögen

1. *Vernetzung mit der Bauhandwerker-Bürgschaft.* Beim Bauen auf Grundstücken, die im staatlichen Verwaltungsvermögen stehen, ist ein jeder Unternehmer, der nicht direkt mit dem Grundeigentümer kontrahiert,<sup>303</sup> berechtigt, eine Bürgschaft zulasten dessen Eigentümers zu errichten (Art. 839 Abs. 4–6 ZGB).<sup>304</sup> Hierfür müssen nicht nur die besonderen Voraussetzungen der Bürgschaftserrichtung gegeben sein, sondern zunächst auch die Basisvoraussetzungen der Pfandeintragung (auch wenn eine solche hier ausser Betracht fällt).<sup>305</sup> Werden die Voraussetzungen des Subunternehmer-Pfandeintragungsanspruchs angepasst, wirkt sich dies also auf die Voraussetzungen der Bürgschaftserrichtung aus. Wäre man der Meinung, dass die neuen Regeln ganz oder teilweise nicht auf die Fälle von Verwaltungsvermögen durchschlagen sollten, müsste dies hier bedacht werden. 143

2. *Zustimmungserfordernis bei Mieterbau?* Lässt ein Mieter des öffentlichen Wesens auf einem Grundstück bauen, das im Verwaltungsvermögen steht, gelangt das Zustimmungserfordernis von Art. 837 Abs. 2 ZGB (direkt) zur Anwendung, wenn der Unternehmer zunächst die vorläufige Pfandeintragung anstrebt (Art. 839 Abs. 5 ZGB). Doch kann die Bürgschaft auch ohne Umweg über die Pfandeintragung errichtet werden (Art. 839 Abs. 4 ZGB). Das Gesetz lässt offen, ob in diesem Fall der Bürgschaftsanspruch entfällt, wenn die Bauarbeiten von einem Mieter des öffentlichen Wesens veranlasst worden sind und dieses den Arbeiten nicht zugestimmt hat. Dies wiegt nicht schwer, weil die Frage meines Wissens in der Praxis nie streitig geworden ist, wie überhaupt die Bauhandwerker-Bürgschaft kaum Rechtsprechung produziert. Auch könnte man sich mit der analogen Anwendung von Art. 837 Abs. 2 ZGB behelfen, wenn man der Meinung wäre, dass das Zustimmungserfordernis auch in diesem Fall gelten muss. Im Rahmen einer Revision, die sich mit dem Sicherungsanspruch desjenigen Unternehmers befasst, der nicht im Auftrag des Grundeigentümers arbeitet, könnte der Punkt aber immerhin diskutiert, allenfalls auch reguliert werden. 144

<sup>303</sup> Siehe schon Fn. 299.

<sup>304</sup> Diese Lösung, die anlässlich der Teilrevision Immobiliarsachenrecht neu in den Art. 839 Abs. 4–6 ZGB verankert worden ist, zeichnet sich weder durch Verständlichkeit noch durch Stringenz aus und böte an sich für eine Revision viele Ansatzpunkte. Zu den augenfälligsten Auslegungsschwierigkeiten vgl. etwa REY, ZBJV 2020, S. 139 ff.

<sup>305</sup> SCHUMACHER/REY, Rz. 629 ff.

## VI. Zusammenfassung

- 145 *1. Rechtliche Ausgangslage.* Die im Postulat geschilderte Rechtslage trifft im Wesentlichen zu: Weder durch geschickte Vertragsgestaltung noch durch umsichtiges Verhalten auf der Baustelle kann der Grundeigentümer endgültig verhindern, dass ein Subunternehmer gegen ihn einen Pfandeintragungsanspruch erlangt. Wird ein solcher Anspruch erhoben oder auch nur damit gedroht und will der Eigentümer die Belastung seines Grundstücks mit einem Bauhandwerkerpfandrecht nicht hinnehmen, bleibt ihm nur, die betreffende Subunternehmerforderung direkt zu bezahlen oder wenigstens sicherzustellen. Der Grundeigentümer steht so für eine fremde Schuld ein. Scheitert sein Regress auf Dritte, wie in der Praxis häufig, muss der aufgewendete Geldbetrag abgeschrieben werden. Dieses sogenannte Doppelzahlungsrisiko gehört zur (schweizerischen) Konzeption des Bauhandwerkerpfandrechts, mag es auch für den Grundeigentümer schwer wiegen.
- 146 Von den im Postulat auszumachenden Ungenauigkeiten soll hier nur eine wiederholt werden: Das Zustimmungserfordernis beim Mieterbau gemäss Art. 837 Abs. 2 ZGB bleibt in seiner Tragweite unklar, geht aber jedenfalls nicht so weit, den Grundeigentümer vor Subunternehmer-Pfandeintragungsansprüchen zu «immunisieren». Nach der wortlautgetreuen Auslegung dieser Norm findet das Zustimmungserfordernis auf Subunternehmer-Pfandeintragungsansprüche von vornherein keine Anwendung. Nach der extensiven Auslegung schon, doch muss sich der Grundeigentümer auch hier überraschend auftauchende Subunternehmer-Pfandeintragungsansprüche gefallen lassen, insoweit sie materiell auf Bauarbeiten zurückgehen, die der Eigentümer, namentlich gegenüber dem bauenden Nichteigentümer, gutgeheissen hat.
- 147 *2. Anliegen des Postulats.* Dieses zu identifizieren, ist nicht evident. Die im Postulat skizzierte «Transparenzlösung» einerseits bekämpft nicht das Subunternehmer-Pfandrecht per se, sondern will den Informationsstand des Grundeigentümers verbessern. Sie würde – zumal im Regelfall – bewirken, dass ein Grundeigentümer früh im Baugeschehen von der Beteiligung eines Subunternehmers erfährt. An Bestand und Umfang des Pfandeintragungsanspruchs ändert sich grundsätzlich aber nichts, was den Nutzen der Regelung und die Rechtfertigung der Verwirkungsfolge fraglich erscheinen lässt. Andererseits hebt das Postulat die Härte des Doppelzahlungsrisikos im Zusammenhang mit dem unerlaubten Beizug oder mit der Haftung gegenüber Subunternehmerketten hervor, verbunden mit dem Hinweis auf das (wie gesagt, nicht ganz zutreffend interpretierte) Zustimmungserfordernis beim Mieterbau. Daraus lässt sich eine alternative Stossrichtung herauslesen, die das Subunternehmer-Pfandrecht in seiner heutigen Form zumindest teilweise beschneiden will und so über eine blossе «Transparenzlösung» hinausgeht.
- 148 *3. Regulierungsideen.* Vor diesem Hintergrund habe ich hiervor Regulierungsideen ausgearbeitet, die versuchen, sowohl die eine wie die andere Lesart des Postulats zu bedienen. Die erste Idee entspricht meinem Verständnis der «Transparenzlösung», die zweite, «Informationsobliegenheit», ist eine milde Weiterentwicklung derselben. Beide Ideen gefährden, von Spezialfällen abgesehen, den Pfandeintragungsanspruch des Subunternehmers nicht. Anders dann die zwei nächsten Ideen: Die dritte, das «Ablehnungsrecht» des Grundeigentümers, dreht den Spiess um und gibt dem Grundeigentümer gleichsam ein Vetorecht gegen Subunternehmer-Pfandeintragungsansprüche. Die vierte Idee, «Partieller Ausschluss», schliesst den Subunternehmer-Pfandeintragungsanspruch in drei Konstellationen, die unter dem heutigen Recht als korrekturbedürftig erscheinen, schlicht aus. Die fünfte und letzte Idee rührt die Voraussetzungen des Subunternehmer-Pfandeintragungsanspruchs nicht an, sondern geht einen «palliativen» Weg, indem sie mit dem Sicherstellungsanspruch des Grundeigentümers und mit der doppelt tilgenden Direktzahlung kodifiziert, was heute in vielen Bauverträgen standardmässig zur Risikominimierung vereinbart wird.
- 149 Im Rahmen dieser Vorschläge sind zudem thematische Vernetzungen mit anderen Aspekten des Bauhandwerkerpfandrechts zu bedenken, von denen ich hoffe, die wichtigsten umschrieben zu haben. Wiederholen will ich nur, dass infolge neuer Voraussetzungen für das Subunternehmer-Pfandrecht das Zustimmungserfordernis von Art. 837 Abs. 2 ZGB auf seine Erforderlichkeit und Reichweite zu überprüfen ist, ebenso wie die Frage, ob nicht eine

einheitliche Regel für alle Unternehmer getroffen werden sollte, die nicht im Auftrag des Grundeigentümers bauen.

4. *Schwächen und praktische Probleme.* Davon verbleiben bei allen hiervor skizzierten Regulierungsideen reichlich. Hervorheben möchte ich das in mehreren Regulierungsideen vorgesehene Erfordernis, dass der Subunternehmer mit der Eigentümerschaft in Kontakt tritt. Diese Ansätze ignorieren zunächst einmal, dass in der Praxis eine solche Kontaktaufnahme bei vielen Besteller-Unternehmern und Eigentümern unerwünscht ist. Vor allem aber setzt die Kontaktaufnahme voraus, dass der Subunternehmer weiss, wie er an die Eigentümerschaft herankommt, und dies möglichst schnell und in beweisbarer Form. Dies wird ihm nur in einfachen Fällen gelingen, wobei auch dann zu einem gewissen Grad mit administrativem Mehraufwand, Leerläufen und Verzögerungen zu rechnen ist, Dingen also, die nicht ins hektische und oftmals von spontanen Lösungen getriebene Baugeschäft passen. In komplexen Fällen spielen in die Identifikation des Zielgrundstücks und der Eigentümerschaft bereits kernjuristische Überlegungen hinein, die heute erst im gerichtlichen Pfanderrichtungsverfahren angestellt werden müssen, dort regelmässig von fachkundigen Rechtsvertretungen. Faktisch müssten die Subunternehmer also schon für die Kontaktaufnahme mit der Eigentümerschaft Rechtsanwält/innen beiziehen, und zwar gleichsam «prophylaktisch», für den Fall, dass man später einmal auf den Pfandeintragungsanspruch angewiesen wäre. Will man diesen zusätzlichen Aufwand als Preis für eine insgesamt überzeugendere Rechtslage erachten, fällt dies – gleich, wer diesen Preis bezahlt –<sup>306</sup> zumindest dort schwer, wo dem Grundeigentümer kein eigentliches Abwehrinstrument in die Hand gegeben wird, so bei der «Transparenzlösung» und der «Informationsobliegenheit». Wo dies der Fall ist, namentlich beim «Ablehnungsrecht» des Grundeigentümers, richten sich die Fragezeichen auf die Radikalität des Eingriffs und, damit einhergehend, auf die politische Machbarkeit.

5. *Schluss.* Dieses Entweder-oder scheint mir für die vorliegende Fragestellung bezeichnend zu sein. Bei der Anlage des Subunternehmer-Pfandrechts gibt es keinen Mittelweg, keine Graustufen. Entweder hat der Subunternehmer die rechtswahrenden Massnahmen allein in der Hand und bleibt so Herr seines Pfandrechts, wie dies heute der Fall ist und wie es auch der Fall wäre, wenn eine «Transparenzlösung», eine «Informationsobliegenheit» oder ein «Sicherstellungs- und Direktzahlungsrecht» gesetzlich implementiert würde. Oder aber man macht den Pfandeintragungsanspruch vom Verhalten des Eigentümers abhängig («Ablehnungsrecht») oder verbietet das Pfandrecht in bestimmten Konstellationen gänzlich («Partieller Ausschluss»), womit man den Subunternehmer entmachtet. Der Gesetzgeber wird zu entscheiden haben, wessen Interesse schutzwürdiger ist. Will er sich dieser Dichotomie entziehen, muss die Diskussion eben doch für alternative Modelle geöffnet werden, in denen der Sicherungsanspruch des Subunternehmers fundamental anders ausgestaltet ist.

\*\*\*

Freiburg, 21. November 2022

---

Pascal Rey

---

<sup>306</sup> Im Ausgangsfall trägt ihn der Subunternehmer. Könnte man der Idee etwas abgewinnen, eine bestehende oder neue Behörde als «Drehscheibe» unter anderem für die Notifizierung der Eigentümerschaft einzuschalten (Rz. 138 ff.), trüge ihn auch der Staat.