

BAUHANDWERKERPFANDRECHT

# WAS GEHT MICH DAS AN?

*von Rainer Schumacher (Text) und Zeljko Gataric (Foto)*

Seit 1. Januar 2012 gilt das revidierte Bauhandwerkerpfandrecht (Art. 837, 839–841 ZGB). Nach wie vor besitzen die Architekten kein gesetzliches Baupfandrecht zur Sicherung ihrer Vergütungsansprüche für Honorar und Auslagen. Dürfen sich die Architekten deshalb um das Bauhandwerkerpfandrecht foutieren? – Nein!

■ Im Jahr 2011 stiegen die Bauinvestitionen in der Schweiz auf das Rekordniveau von 55 Milliarden Franken. Auch der vorgelagerte Planungssektor lief auf Hochtouren (Bauenschweiz, Dachorganisation der Schweizer Bauwirtschaft, Jahresbericht 2011, S. 21). Die Baubranche ist ein bedeutender Sektor der schweizerischen Volkswirtschaft. Den Architekten und Ingenieuren kommt bei den Bauarbeiten eine zentrale, ja unverzichtbare Rolle zu. Im Unterschied zu den bauausführenden Unternehmern besassen und besitzen die bauplanenden Architekten und Ingenieure kein gesetzliches Baupfandrecht zur Sicherung ihrer Vergütungsansprüche für Honorar und Auslagen.

## Die Revision des Bauhandwerkerpfandrechts

Die Kernpunkte der am 1. Januar 2012 in Kraft getretenen Revision der Art. 837 und Art. 839 ZGB lassen sich mit den folgenden Stichworten skizzieren:

- Die beiden unveränderten und nach wie vor auslegungsbedürftigen Leistungskategorien „Material und Arbeit“ oder „Arbeit allein“ wurden dadurch präzisiert und erweitert, dass auch die Vergütungsforderungen für Gerüstbauarbeiten, Baugrubensicherung und Abbrucharbeiten „oder dergleichen“ durch Baupfandrechte gesichert werden können.
- Neu werden verschiedene Personen aufgeführt, deren Bestellungen die Bauunternehmer ebenfalls zum Grundbucheintrag von Baupfandreden berechtigen. Es sind dies nebst dem Grundeigentümer als Bauherr: ein anderer Unternehmer (z.B. General- oder Totalunternehmer), ein Mieter oder Pächter oder „eine andere am Grundstück berechnigte Person“. Wie bis anhin muss zwischen dem Grundeigentümer des Baugrundstücks und dem Bauunternehmer kein Vertragsverhältnis bestehen. Somit sind weiterhin der Subunternehmer und alle Bauunternehmer auf den weiteren Stufen einer Vertragskette (z.B. das Betonwerk als Sub-Subunternehmer des für einen Generalunternehmer als Subunternehmer arbeitenden Baumeisters) baupfandberechnigt. Im Unterschied zu ihnen benötigen Mieter, Pächter und andere „am Grundstück berechnigte“ Personen die Zustimmung des Grundeigentümers zur Ausführung der konkreten Bauarbeiten.
- Die mit der Arbeitsvollendung beginnende Spätestensfrist, innerhalb welcher das beanspruchte Baupfandrecht im Grundbuch eingetragen beziehungsweise mindestens im Tagebuch des Grundbuchs vorläufig vorgemerkt werden muss und die nach wie vor eine nicht erstreckbare Verwirkungsfrist, jedoch nicht eine blosser Verjährungsfrist ist, beträgt nun neu vier Monate statt der früheren drei Monate.
- Die neuen Abs. 4–6 des Art. 839 ZGB schliessen eine Gesetzeslücke. Neu kann der Eigentümer eines Baugrundstücks gegenüber Bauunternehmern, die von einem anderen Bauunternehmer (insbesondere in einem Subunternehmervertrag)

oder von einer am Grundstück berechnigten Person (z.B. Mieter) verpflichtet worden sind, nach den Regeln über die einfache Bürgschaft (Art. 495 OR) haften, wenn das Bauwerk (z.B. Schulhaus) zum unpfändbaren Verwaltungsvermögen des Bundes, eines Kantons, einer Gemeinde oder dergleichen gehört oder dem Gemeingebrauch (z.B. Strasse) dient und sofern der Unternehmer nach Massgabe dieser neuen Gesetzesbestimmungen vorgeht.

## Verlorene Liebesmühe

Dass auch sie baupfandberechnigt wären, ist ein alter Wunsch der Architekten und Ingenieure. Prof. Peter Gauch führte 1979–1981 im Auftrag des Bundesamts für Justiz eine Umfrage durch, ob das Werkvertragsrecht (Art. 363–379 OR) revidiert werden solle. Die Frage, ob zugleich mit dem Werkvertragsrecht auch das Bauhandwerkerpfandrecht zu überarbeiten sei, wurde zwar mit grosser Mehrheit bejaht (36:16). Die weitere Frage Nr. 112: „Soll der Schutz des Bauhandwerkerpfandrechts auf weitere Berechnigte (z.B. Architekten, Ingenieure, Arbeitnehmer usw.) ausgedehnt werden?“ wurde ebenso deutlich verneint (35:14).

Der Vorentwurf zur ZGB-Teilrevision vom März 2004 sah keine Ausdehnung des Baupfandrechts auf die Architekten und Ingenieure vor. In verschiedenen Vernehmlassungen (z.B. seitens Centre Patronal, SIA und USIC) wurde daraufhin die Ausdehnung des Bauhandwerkerpfandrechts auf die Honorare und Auslagen für Planungsleistungen angeregt. Vergeblich: Der Revisionsentwurf sah eine solche Ausdehnung nicht vor (vgl. Botschaft 07.061 des Bundesrats vom 27. Juni 2007 zur Änderung des ZGB, Bundesblatt 2007, S. 5319 f.). In den Beratungen von Ständerat und Nationalrat war die Ausdehnung des Bauhandwerkerpfandrechts zugunsten der Architekten und Ingenieure kein Thema. Durch sogenannte authentische Interpretation hat es der Gesetzgeber stillschweigend abgelehnt, den Architekten und Ingenieuren den Schutz durch das Bauhandwerkerpfandrecht zukommen zu lassen. Somit sind die Architekten und alle weiteren Bauplaner vom Bauhandwerkerpfandrecht weiterhin ausgeschlossen.

## Trotzdem: Auch die Architekten müssen sich im Bauhandwerkerpfandrecht auskennen

Die „Handwerker und Unternehmer“, kurz: die Bauunternehmer, besitzen von Gesetzes wegen, also ohne Grundpfandvertrag, den Rechtsanspruch, dass ihre unbezahlten Vergütungsansprüche für Bauarbeiten durch Baupfandreden in der Form von gesetzlichen Grundpfandverschreibungen sichergestellt werden, und dies selbst dann, wenn der jeweilige (aktuelle) Grundeigentümer nicht der Schuldner des Bauunternehmers ist (z.B. des Subunternehmers eines vom Bauherrn beigezo-


genen Generalunternehmers). Der Grundeigentümer kann deshalb von Gesetzes wegen zum sogenannten Drittpfand­eigentümer werden, der nur, aber immerhin, mit seinem Grundstück für eine fremde Schuld (oder für mehrere fremde Schulden) haftet. Das Gesetz erfüllt eine wirtschaftsethische Ordnungsfunktion: Es will in erster Linie präventiv wirken und auferlegt dem aktuellen Grundeigentümer als Investor, der ein Bauherr oder Käufer sein kann, die Obliegenheit, sich darum zu kümmern, ob, wie und von wem die Bauarbeiten vergütet werden sollen beziehungsweise vergütet worden sind. Der Anreiz dazu wird unter dem Druck der Sanktion wegen mangelnder Sorgfalt durch die Belastung des überbauten Grundstücks mit Baupfandrechten geschaffen. Das Gesetz bezweckt in erster Linie die Prävention. Dem Grundeigentümer (z.B. Käufer einer Neubaute oder Bauherr, der mit einem Generalunternehmer baut) stehen verschiedene, weitgehend effiziente Vorsorge- und Abwehrmassnahmen zur Verfügung, um die Doppelzahlung zufolge der Ablösung von Baupfandrechten zu vermeiden; ohne Ablösung würde er seine Liegenschaft in der Zwangsversteigerung verlieren.

Der Grundeigentümer (Bauherr, Käufer, Vermieter usw.) ist oft rechtsunkundig oder unerfahren oder beides. Vom Bauhandwerkerpfandrecht hat er noch nie etwas gehört. Insbesondere sind ihm die präventiven Vermeidungs- und Abwehrstrategien unbekannt. Durch authentische Interpretation hat es der Gesetzgeber bei der kürzlichen Revision stillschweigend abgelehnt, den sogenannten gutgläubigen, das heisst ahnungslosen oder sorglosen Erwerber eines Baugrundstücks, insbesondere den Käufer, vom Risiko von Baupfandrechten zu befreien. Ausdrücklich wurde in der parlamentarischen Beratung der Abschluss des Subunternehmers vom Baupfandrecht abgelehnt. Hier muss der Architekt einspringen. Ihm obliegen die Risiken des Bauherrn „getreu und sorgfältig“ (Art. 398 Abs. 2 OR), somit nach „bestem Wissen und Können“ (Art. 1.3.1 SIA-Ordnung 102, Ausgabe 2003) zu wahren. Er hat den Bauherrn über das offensichtliche Risiko von Bauhandwerkerpfandrechten aufzuklären und ihm effiziente Vorsorgemassnahmen zu empfehlen. Diese Sorgfaltspflicht trifft den Architekten insbesondere, wenn er für den Bauherrn die Bauwerkverträge redigiert und dafür Honorar kassiert (vgl. Art. 4.5.1 SIA-Ordnung 102, Ausgabe 2003). Durch die ZGB-Teilrevision wurden das Haftungsrisiko des Bauherrn (z.B. durch die gesetzliche Haftung des öffentlichen Bauherrn als einfacher Bürge) und damit auch das Haftungsrisiko des Architekten wegen unterlassener oder unsorgfältiger Aufklärung und Beratung oder wegen mangelhafter Vertragsgestaltung ausgeweitet und verschärft. Verletzt der Architekt diese Sorgfaltspflicht – wenn auch bloss fahrlässig aus Rechtsunkenntnis –, kann er gegenüber seinem Auftraggeber haften (vgl. Modulør 08/2011, S. 75 f.). Er darf sich deshalb nicht um das Bauhandwerkerpfandrecht foutieren,

sondern muss sich entweder selber gründliche Kenntnisse auf diesem speziellen und komplexen Rechtsgebiet verschaffen oder seinem Auftraggeber eindringlich empfehlen, sich von einer bewanderten juristischen Fachperson beraten zu lassen.

### VORSORGE ZUM EIGENEN NUTZEN

Obwohl ihm das Bauhandwerkerpfandrecht weiterhin versagt bleibt, ist der Architekt nicht machtlos gegen Honorarverluste. Er kann sich auch ohne Hilfe des Gesetzes weitgehend selber schützen, indem er seine eigenen Interessen sorgfältig wahrnt. Häufig sind Honorarverluste auf unsorgfältige oder gar fehlende Vertragsgestaltung des Architekten zurückzuführen. Honorarverluste sind oft selbst verschuldet, weil der Architekt die Gestaltung seines eigenen Vertrags (Architekturvertrags) vernachlässigt hat, sei es, dass er überhaupt keinen schriftlichen Vertrag abgeschlossen hat, sodass der Bauherr versucht ist, knallhart auf „unentgeltliche Akquisitionsbemühungen“ zu plädieren, oder sei es, dass im Vertrag die Honorierung nicht festgelegt worden ist, indem zum Beispiel versäumt wurde, die SIA-Ordnung 102 als Vertragsbestandteil zu übernehmen. In einem solchen Fall ist das Honorar nach effektivem Zeitaufwand und nach tatsächlichen Auslagen geschuldet (Art. 394 Abs. 3 bzw. Art. 374 OR). Für beides ist der Architekt beweispflichtig. In einem Rechtsstreit konnten weder der Zeitaufwand des Architekten und seiner Angestellten noch die aufgewendeten Kosten nachgewiesen werden, weshalb das Tessiner Kantonsgericht und das Bundesgericht das in der Höhe von 79'710.80 Franken eingeklagte Architektenhonorar nur in der mickerigen Höhe von 3788.30 Franken guthiessen (Bundesgerichtsurteil 4A\_86/2011 vom 28. April 2011). Ausser Spesen nichts gewesen! Da hätte dem Architekten auch kein Bauhandwerkerpfandrecht geholfen.

Das wirksamste Risikomanagement des Architekten besteht darin, dass er mit dem Bauherrn mindestens periodische Abschlagszahlungen für die bereits erbrachten Leistungen vereinbart oder sich von einem Bauherrn mit zweifelhafter Zahlungsfähigkeit sogar die Vorauszahlung beziehungsweise die Sicherstellung versprechen lässt (vgl. Art. 1.4.4 Abs. 1 bzw. Abs. 2 SIA-Ordnung 102, Ausgabe 2003). In allen Fällen erfordert der Selbstschutz die strikte Zahlungskontrolle und ein unnachgiebiges Inkasso. 

Prof. Dr. Rainer Schumacher verfasste u. a. das vom Bundesgericht als Standardwerk qualifizierte Buch: Das Bauhandwerkerpfandrecht. Systematischer Aufbau, 3. Auflage, Zürich 2008, und behandelte die Gesetzesrevision im: Ergänzungsband zur 3. Auflage, Zürich 2011.  
[rainer.schumacher@hispeed.ch](mailto:rainer.schumacher@hispeed.ch), [buch@schulthess.com](mailto:buch@schulthess.com)