

Exkurs zum Baurechtszins

Auch nach neuem Recht hat der Grundeigentümer gemäss Art. 779i ZGB an dem in das Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Baurecht gegenüber dem jeweiligen Bauberechtigten Anspruch auf Errichtung eines **Pfandrechtes zur Sicherung des Baurechtszinses** im Höchstbetrag von drei Jahresleistungen. Abgesehen von den gesetzlichen Spezialbestimmungen in Art. 779k Abs. 1 ZGB, wonach dieser Anspruch jederzeit geltend gemacht werden kann, richtet sich die Eintragung dieses gesetzlichen Pfandrechtes nach den Bestimmungen über das Bauhandwerkerpfandrecht (Art. 779k Abs. 2 ZGB). Ein im Voraus erklärter Verzicht auf die Geltendmachung dieses Anspruches ist unverbindlich.

Für die Eintragung des Pfandrechtes ist die Fälligkeit einer Baurechtszinsforderung nicht Voraussetzung. Bei einer nachträglichen Erhöhung des Baurechtszinses hat der Grundeigentümer von Gesetzes wegen einen Anspruch auf Eintragung eines neuen Grundpfandrechtes, wenn der im Grundbuch eingetragene Maximalbetrag nicht mehr drei volle Jahresleistungen deckt.

Analog zu den Bestimmungen des Bauhandwerkerpfandrechtes kann der Grundeigentümer durch den Richter die vorläufige Eintragung im Grundbuch veranlassen. Dabei hat er nur die Höhe der sicherzustellenden Baurechtszinsforderung nachzuweisen.

Aufgrund der Gesetzesrevision können seit 1. Januar 2012 nicht mehr nur der Inhalt und Umfang des Baurechts sondern auch der Baurechtszins und weitere vertragliche Bestimmungen des Baurechtsvertrags im Grundbuch vorge­merkt werden, falls die Vertragsparteien dies vereinbaren. Dadurch werden diese Vertragsbestimmungen zu Realobligationen und entfalten Wirkung für alle Rechtsnachfolger.

Damit die Vormerkung im Grundbuch eingetragen werden kann, müssen der Baurechtszins und auch seine Abänderung in öffentlicher Urkunde festgesetzt werden. Diese Formvorschrift gilt auch für weitere vertragliche Bestimmungen des Baurechtsvertrags, welche im Grundbuch vorge­merkt werden (Art. 779a Abs. 2 rev. ZGB und Art. 779b Abs. 2 rev. ZGB).

Fazit

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass durch das seit 1. Januar 2012 geltende Recht die Stellung des Unternehmers verbessert wurde, da insbesondere der Umfang der Leistungskategorien, welche zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes berechtigen erweitert wurde und die bisher erforderliche körperliche Verbindung der Arbeit mit dem Grundstück weggefallen ist. Weiter wurde die Frist, innerhalb welcher die Eintragung im Grundbuch zu erfolgen hat um einen Monat verlängert. Schliesslich kommen für Leistungen, welche an Grundstücken erfolgt sind die

im Verwaltungsvermögen stehen, die Regeln über die einfache Bürgschaft zur Anwendung und wurden betreffend Pfandrechten bei Mieter- und Pächterbauten Erleichterungen für die Unternehmer geschaffen, insbesondere dahingehend, dass das Erfordernis der dauernden Wertvermehrung der Arbeiten weggefallen ist.

Bei der Anmeldung von Bauhandwerkerpfandrechten in Handelsgerichts­kantonen ist immer zu prüfen, ob es sich um eine Handelsgerichtliche Streitigkeit handelt, da diesfalls das Handelsgericht zur Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes zuständig ist.

Betreffend Baurechtszins ist insbesondere auf die Einhaltung der neuen Formvorschriften zu achten, sofern der Baurechtszins im Grundbuch vorge­merkt werden soll.

Für die Beurteilung Ihrer konkreten Fragen im Zusammenhang mit der Gesetzesrevision oder die Unterstützung bei Eintragungen von Bauhandwerkerpfandrechten nach neuem Recht stehen wir Ihnen selbstverständlich jederzeit gerne zur Verfügung.

Walder Wyss AG
Rechtsanwälte

Seefeldstrasse 123
Postfach 1236
8034 Zürich
Schweiz

Telefon +41 44 498 98 98
Fax +41 44 498 98 99
reception@walderwyss.com
www.walderwyss.com

Bubenbergplatz 8
Postfach 8750
3001 Bern
Schweiz

Telefon +41 44 498 98 98
Fax +41 44 498 98 99
reception@walderwyss.com
www.walderwyss.com

Revision des Bauhandwerkerpfandrechtes
Mit der Teilrevision des Sachenrechtes,
welche per 1. Januar 2012 in Kraft getreten ist,
wurden auch einzelne Bestimmungen zum
Bauhandwerkerpfandrecht angepasst. Dabei
wurde teilweise, jedoch nicht nur die
geltende Bundesgerichtspraxis kodifiziert.



Von **Marco Strahm**
Rechtsanwalt und Notar
Partner
Telefon +41 44 498 99 01
marco.strahm@walderwyss.com



und **Claudia Leu**
lic. iur., Rechtsanwältin
Telefon +41 44 498 99 06
claudia.leu@walderwyss.com

Mit der Teilrevision des Sachenrechtes, welche per 1. Januar 2012 in Kraft getreten ist, wurden auch einzelne Bestimmungen zum Bauhandwerkerpfandrecht angepasst. Dabei wurde teilweise, jedoch nicht nur die geltende Bundesgerichtspraxis kodifiziert.

Nachfolgend werden diese Neuerungen und Besonderheiten kurz dargestellt und aufgezeigt, worauf im Zusammenhang mit dem Bauhandwerkerpfandrecht und der analog ausgestalteten Sicherung des Baurechtszinses seit 1. Januar 2012 insbesondere zu achten ist.

Durch das Bauhandwerkerpfandrecht geschützte Leistungskategorien

Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziffer 3 rev. ZGB berechtigt neu die Lieferung von **Material und Arbeit** oder **Arbeit allein** auf einem Grundstück nicht nur dann zum Eintrag eines Bauhandwerkerpfandrechtes, wenn dies zu Bauten oder anderen Werken geschieht, sondern vielmehr auch dann, wenn es sich um **Abbrucharbeiten, Gerüstbau, Baugrubensicherung oder dergleichen** handelt.

Nach Ansicht des Bundesgerichtes (BGE 136 III 6, E. 6) soll nach neuem Recht genügen, dass Arbeit auf einem Grundstück im Zusammenhang mit einem konkreten Bauvorhaben geleistet wurde. Die bisher notwendige Voraussetzung der **körperlichen Verbindung** der Arbeit mit dem Grundstück oder wenigstens die Bestimmtheit der Arbeit zu einer solchen Verbindung sei neu nicht mehr erforderlich.

Nach wie vor nicht zur Errichtung des gesetzlichen Pfandrechtes berechtigt die **bloße Materiallieferung**. Werden also von einem Unternehmer bloss vertretbare Sachen für ein Bauwerk geliefert, diese aber sodann durch ein anderes Unternehmen eingebaut, so ist der Lieferant nicht pfandberechtigt. Anders verhält es sich, wenn die Bauteile spezifisch für das konkrete Bauobjekt hergestellt worden sind und für andere Bauten nicht oder nur schwer verwertbar wären (z.B. Transportbeton, speziell angefertigte Türen und Fenster).

Ebenfalls nach wie vor nicht pfandberechtigt sind Entschädigungen für **intellektuelle Arbeitsleistungen** wie Honoraransprüche der Architekten und Ingenieure, es sei denn sie bilden mit den physischen Arbeitsleistungen eine funktionelle Gesamtleistung, wie dies z.B. bei General- und Totalunternehmer der Fall ist.

Zur Anmeldung des Bauhandwerkerpfandrechtes berechnete Personen

In der Gesetzesrevision war der Baupfandanspruch der **Subunternehmer** ein zentraler Streitpunkt. Die Anträge, die darauf zielten, das Recht des Subunternehmers auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandes zu schwächen oder gar aufzuheben wurden indes abgewiesen. Nach wie vor sind also auch Subunternehmer, Sub-Subunternehmer

etc. – und damit nicht nur jene Unternehmer, die einen direkten Vertrag mit dem Grundeigentümer oder dem Mieter haben – baupfandberechtigt.

Für den Grundstückeigentümer bedeutet dies, dass er weiterhin das Risiko einer Doppelzahlung trägt, wenn er z.B. den Generalunternehmer bezahlt hat, dieser dann jedoch insolvent wird und die Forderungen der Subunternehmer nicht befriedigen kann.

Frist

Seit 1. Januar 2012 beträgt die Frist zur Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes neu **4 Monate ab Vollendung der Arbeit**.

Wie bisher muss das Bauhandwerkerpfandrecht spätestens am letzten Tag der Frist im Grundbuch **eingetragen** sein, d.h. zumindest die Einschreibung der Anmeldung des vorläufigen Grundbucheintrages des Bauhandwerkerpfandrechtes muss im Tagebuch vorgemerkt worden sein.

Die Frist beginnt wie bisher mit der Vollendung der Arbeit zu laufen, d.h. ab dem Zeitpunkt, in welchem alle Verrichtungen, die Gegenstand des Werkvertrages bilden, ausgeführt sind. Nicht in Betracht fallen dabei geringfügige oder nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Arbeiten oder Ausbesserungen, wie z.B. Nachbesserungsarbeiten, Aufräum- und Reinigungsarbeiten sowie die Demontage eines Krans auf der Baustelle.

Grundstücke im Verwaltungsvermögen
Grundstücke, die **im Gemeingebrauch oder im öffentlichen Verwaltungsvermögen** stehen, sind grundsätzlich unpfändbar. Wenn z.B. ein Subunternehmer an einem solchen Grundstück Arbeit lieferte und vom Generalunternehmer nicht bezahlt wurde, konnte er nach bisherigem Recht kein Bauhandwerkerpfandrecht eintragen lassen und war somit schlechter gestellt als ein Unternehmer, der für ein privates Grundstück Arbeiten geleistet hat.

Diese Ungleichbehandlung wurde mit der Gesetzesrevision nun dahingehend ausgeglichen, dass neu der Eigentümer des Verwaltungsgrundstückes den Handwerkern oder Unternehmern für die anerkannten oder gerichtlich festgestellten Forderungen nach den Bestimmungen über die **einfache Bürgschaft** haftet, sofern die Forderung ihm gegenüber spätestens vier Monate nach Vollendung der Arbeit schriftlich unter Hinweis auf die gesetzliche Bürgschaft geltend gemacht worden war (Art. 839 Abs. 4 rev. ZGB).

Diese Haftung des Grundeigentümers besteht indes nicht gegenüber Unternehmer, die in einem direkten Vertragsverhältnis zum Gemeinwesen stehen, sondern nur gegenüber Subunternehmern und auch bloss sofern und soweit die Vergütungsforderungen des Subunternehmers von dessen Besteller nicht befriedigt worden sind.

Ist strittig, ob es sich beim betreffenden Grundstück um ein Grundstück im Verwaltungsvermögen handelt, so kann zur Fristwahrung eine vorläufige Eintragung des Pfandrechtes in das Grundbuch verlangt werden, welche dann zu löschen ist, wenn auf Grund eines Urteils feststeht, dass das Grundstück zum Verwaltungsvermögen gehört.

Mieter und Pächterbauten

Ausdrücklich kodifiziert wurde in Art. 837 Abs. 2 rev. ZGB die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach der Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes auch dann besteht, wenn ein **Mieter, ein Pächter oder eine andere am Grundstück berechtigte Person** die Bauleistungen bestellt hat, sofern der **Grundeigentümer seine Zustimmung** zur Ausführung der Arbeiten erteilt hat.

Die gemäss bisheriger Rechtsprechung zusätzlich erforderliche Akzession mit dem Grundstück sowie die dauernde Vermehrung des Grundstückwertes sind nicht mehr erforderlich.

Zuständigkeit zur vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes in den Handelsgerichtskantonen

Gestützt auf Art. 6 Abs. 1 ZPO verfügen zurzeit die Kantone **Aargau, Bern, St. Gallen und Zürich** über ein Handelsgericht. Liegt also das zu belastende Grundstück in einem dieser Kantone und sind die Voraussetzungen gemäss Art. 6 Abs. 2 ZPO erfüllt (geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei ist

betroffen, gegen den Entscheid steht die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen und die Parteien sind im Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen), so stellt sich die Frage, ob die Klage zur vorläufigen Eintragung im Grundbuch beim Regionalgericht oder beim Handelsgericht einzureichen ist.

Nachdem alle vier Handelsgerichte zunächst ihre sachliche Zuständigkeit betreffend die vorläufige Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten abgelehnt haben, hat das Bundesgericht in seiner Entscheid vom 9. Dezember 2011 (5A_453/2011) festgehalten, die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes stelle eine vorsorgliche Massnahme dar, wodurch gestützt auf Art. 6 Abs. 5 ZPO die Handelsgerichte zur Beurteilung zuständig seien, sofern die Hauptsache handelsrechtlicher Natur sei. Es bestünden keine Gründe, die Handelsgerichte trotz Hauptsachezuständigkeit für die vorsorgliche Massnahme nicht zuständig zu erachten und von der in der ZPO vorgesehenen Einheitlichkeit des Verfahrens abzuweichen. Die Kantone hätten keine Möglichkeit, die Zuständigkeit des Handelsgerichtes enger zu umschreiben als dies in der ZPO vorgesehen sei.

Die Regelung des Kantons Aargau in seinem Einführungsgesetz zur ZPO, welche in § 13 Abs. 1 lit. a ausdrücklich festhält, das Handelsgericht sei für die vorläufige Eintragung gesetzlicher Grundpfandrechte nicht zuständig, ist folg-

lich bundesrechtswidrig, weshalb entgegen diesem Gesetzeswortlaut bei handelsrechtlichen Streitigkeiten auch im Kanton Aargau das Handelsgericht zur vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes zuständig ist.

Liegt das zu belastende Grundstück in einem Handelsgerichtskanton, so ist entsprechend immer zu prüfen, ob eine handelsrechtliche Streitigkeit vorliegt. Ist die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen, steht gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen und sind die Parteien im Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen, so ist zur (vorläufigen) Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes das jeweilige Handelsgericht und nicht das Regionalgericht zuständig.

Vorsicht bei intertemporalen Sachverhalten

In der Lehre ist umstritten, ob die neuen Regelungen und insbesondere die verlängerte 4-monatige Frist auch massgebend ist, wenn die Arbeit unter dem bisherigen Recht vollendet wurde, die bisher geltende dreimonatige Frist jedoch am 1. Januar 2012 noch nicht abgelaufen war. Diesbezüglich wird die Rechtsprechung klären müssen, ob das neue Recht vollumfänglich anwendbar ist auf Bauhandwerkerpfandrechte, welche nach dem 1. Januar 2012 errichtet werden, sofern vor dem 1. Januar 2012 die bisherige dreimonatige Eintragsfrist noch nicht abgelaufen war oder ob

die Anwendbarkeit der neuen Regelungen voraussetzt, dass der Zeitpunkt der Arbeitsvollendung nach dem Inkrafttreten des neuen Rechtes liegt.

Merkmale zur vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes

Da die Gesuche um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes meist superprovisorisch kurz vor Ablauf der Eintragsfrist gestellt werden müssen, ist zu empfehlen, sich über folgende Fragen bereits während der Arbeitsausführung genügend zu dokumentieren, so dass die benötigten Unterlagen rasch zur Hand sind:

- (a) Welches Grundstück ist betroffen?
→ aktueller Grundbuchauszug
- (b) Aktueller Grundeigentümer?
→ Grundbuchauszug und Adresse
- (c) Welche Arbeiten wurden geleistet?
→ Werkvertrag, Auftragsbestätigung
- (d) Besteller der Arbeiten?
→ allenfalls schriftliche Zustimmung des Grundeigentümers
- (e) Datum der letzten Arbeit?
→ entsprechende Rapporte
- (f) Art und Umfang der letzten Arbeit?
→ entsprechende Rapporte
- (g) Datum der Rechnungsstellung?
→ Abschlags- und Schlussrechnungen
- (h) Genauer Forderungsbetrag?
→ Rechnungen und Zahlungsbelege
- (i) Datum der Inverzugsetzung?
→ Mahnungen