

## HINREICHENDE SICHERHEIT BEIM BAUHANDWERKERPFANDRECHT: AKTUELLE ENTWICKLUNGEN

Practice Group Bau- und Immobilienrecht

### A) Ausgangslage: Das Bauhandwerkerpfandrecht

Das Bauhandwerkerpfandrecht dient der Sicherstellung der Forderung von Handwerkern oder Unternehmern, die auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Grubensicherung oder dergleichen Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben. Wird der Handwerker nun für seine Leistungen nicht entschädigt, räumen ihm die Art. 837 und 839 ZGB ein gesetzliches Grundpfandrecht am betreffenden Grundstück ein (Ausnahme: Handelt es sich beim Grundstück um Verwaltungsvermögen, kann daran kein Bauhandwerkerpfandrecht bestellt werden, sondern der Eigentümer haftet nach den Bestimmungen über die einfach Bürgschaft gemäss Art. 495 OR); dies unabhängig davon, ob er den Grundeigentümer, einen anderen Handwerker oder Unternehmer, einen Mieter, einen Pächter oder eine andere am Grundstück berechnigte Person zum Schuldner hat. Der Grundeigentümer kann jedoch die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts und damit die Belastung und anschliessende Verwertung seines Grundstücks verhindern, indem er für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet.

### B) Hinreichende Sicherheit

Das Bauhandwerkerpfandrecht dient der Sicherung einer Forderung (typischerweise einer Werklohnforderung), wobei die Betreuungskosten sowie der Verzugszins ebenfalls gesichert werden (vgl. Art. 818 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZGB). Folglich muss die Ersatzsicherheit «hinreichend» bzw. genügend gross sein, um die genannten Beträge zu decken.

Nach bisheriger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine Ersatzsicherheit dann hinreichend, wenn sie qualitativ und quantitativ die gleiche Sicherheit bietet wie das zu ersetzende Bauhandwerkerpfandrecht (BGE [142 III 738](#) E. 4.4.2; [121 III 445](#) E. 5a). Daraus schloss das Bundesgericht so dann, dass die Ersatzsicherheit die Verzugszinsen zeitlich – und damit betragsmässig – unbegrenzt sicherstellen müsse. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts müssen Ersatzsicherheiten demnach auch für die Verzugszinsen «eine zeitlich bzw. quantitativ nicht limitierte Sicherheit bieten».

Eine Sicherheit, die zwar den Kapitalbetrag, jedoch nicht die Verzugszinsen zeitlich unlimitiert abdeckt, stellt damit keine hinreichende Sicherheit dar.

Diese Rechtsprechung des Bundesgerichts ist in der Lehre stark kritisiert worden. So wurde etwa kritisiert, dass das Erfordernis der zeitlich nicht beschränkten Sicherung von Verzugszinsen dazu führe, dass die gängigen Sicherungsinstrumente nicht mehr zur Verfügung stünden, weil eine Beschränkung der Haftungssumme (und damit der Verzugszinsen) aus rechtlichen und/oder praktischen (wirtschaftlichen) Gründen unabdingbar sei. Dies hätte sodann zur Folge, dass faktisch nur noch dann eine Ersatzsicherheit geleistet werden könne, wenn der Gläubiger damit wie auch mit deren konkreten Ausgestaltung einverstanden sei. Bei der Leistung einer hinreichenden Sicherheit handle es sich aber um ein Gestaltungsrecht des Grundeigentümers. Sind die Anforderungen an dessen Ausübung aber so hoch, dass sie praktisch nicht realisierbar sind bzw. das Recht faktisch nur noch mit Zustimmung des Pfandgläubigers ausgeübt werden kann, werde dieses Recht seines Sinnes entleert. Schliesslich wurde auch darauf hingewiesen, dass das Gesetz nicht eine gleiche, sondern (lediglich) eine «hinreichende», also eine ausreichende, angemessene bzw. genügende Sicherheit voraussetze.

Als Reaktion auf die entsprechende Rechtsprechung des Bundesgerichts, insbesondere auf BGE 142 III 738, nahm sich auch die Politik der Thematik an. So sollen in Umsetzung der Motion Burkart 17.4079 vom 13. Dezember 2017 die Voraussetzungen für eine Ablösung des Pfandrechtes durch eine Ersatzsicherheit dahingehend konkretisiert werden, dass es neu genügen soll, wenn die Sicherheit nebst der Forderungssumme den Verzugszins für die Dauer von zehn Jahren umfasst. Die Dauer von zehn Jahren wurde so gewählt, da die zehn Jahre in der Regel ausreichen, um allfällige gerichtliche Verfahren betreffend die Beanspruchung der Sicherheit abzuschliessen bzw. die Forderung rechtlich durchzusetzen.

### **C) Praxisänderung des Bundesgerichts**

In einem neuen Bundesgerichtsurteil (Urteil [5A\\_323/2022](#) vom 27. Oktober 2022) hatte das Bundesgericht erneut eine Ersatzsicherheit zu beurteilen. Konkret handelte es sich um eine Ersatzsicherheit für ein Bauhandwerkerpfandrecht, die den Verzugszins für zehn Jahre sicherstellte. Das Bundesgericht setzte sich darin eingehend mit der Kritik in der Lehre an seiner Rechtsprechung auseinander. Ausserdem bezog das Bundesgericht auch die laufende Gesetzesrevision in seine Erwägungen mit ein. Schliesslich kam das Bundesgericht zum Schluss, dass der kantonale Entscheid, welcher die entsprechende Sicherheit als

hinreichend erachtete, nicht willkürlich sei. Es lässt also im Unterschied zu seiner bisherigen Rechtsprechung eine zeitlich beschränkte Sicherung des Verzugszinses als hinreichende Sicherheit genügen.

#### **D) Fazit und Ausblick**

Auch wenn das Bundesgericht im Urteil [5A\\_323/2022](#) vom 27. Oktober 2022 den vorinstanzlichen Entscheid nur unter Willkürgesichtspunkten geprüft hat, so lässt die Begründung, welche nicht nur auf das laufende Gesetzgebungsprojekt verweist, sondern auch die Kritik in der Lehre an BGE 142 III 738 aufnimmt, doch hoffen, dass es auch in einem Fall mit weiterer Kognition gleich entscheiden würde. Spätestens mit der Inkraftsetzung der geplanten Gesetzesänderung ist jedoch ohnehin eine Klärung der Rechtslage zu erwarten.