

Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2021
16. November 2021



AMÉDÉO WERMELINGER



Stockwerkeigentum und Bauhandwerkerpfandrecht

Im Fokus der anwaltlichen Beratung und mit Bemerkungen zur Substantiierungslast im Summarverfahren

CHRISTOPH THURNHERR

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	2
2.	Der Pfandgegenstand.....	3
2.1	Grundlagen	3
2.2	Verschiedene Grundstücke / Zuordnung der Bauteile	4
2.3	Geschützte Bauleistungen, welche gemeinschaftlichen Bauteilen zugutekommen	7
a)	Wahlrecht des Handwerkers oder Unternehmers?	7
b)	Art. 648 Abs. 3 ZGB: Praktischer Ausschluss des Wahlrechts	9
c)	Anteilmässige Aufteilung der Vergütungsforderung auf die einzelnen Stockwerkeigentumsanteile.....	10
d)	Sonderfall vertikales oder kombiniertes Stockwerkeigentum	11
2.4	Geschützte Bauleistungen, welche Bauteilen im Sonderrecht zukommen	12
a)	Grundsatz.....	12
b)	Keine Relevanz der baulichen Ausgestaltung als wesentliches Element des Sonderrechts	12
c)	Keine Relevanz ausserordentlicher Aufwendungen.....	13
d)	Kein Gesamtpfandrecht.....	13
2.5	Geschützte Bauleistungen, sowohl an gemeinschaftlichen als auch an Bauteilen im Sonderrecht	14
2.6	Sonderfälle	15
a)	Autoeinstellplätze.....	15
b)	Bauarbeiten während der Begründung von Stockwerkeigentum.....	17
2.7	Hinweise für die Anwaltstätigkeit	17
3.	Leitlinien für die Aufteilung der Vergütungsforderung entsprechend der effektiv erbrachten Leistungen auf die einzelnen Stockwerkeigentumsanteile bei Bauleistungen, welche Bauteilen im Sonderrecht zukommen	19
3.1	Grundlagen und Rechtsprechung des Bundesgerichts	19
3.2	Hinweise für die Anwaltstätigkeit	22
4.	Die Eintragungsfrist.....	25
4.1	Bundesrechtliche Verwirkungsfrist	25
4.2	Horizontales Stockwerkeigentum.....	26
4.3	Vertikales oder kombiniertes Stockwerkeigentum	27
4.4	Begründung von Stockwerkeigentum während laufenden Bauarbeiten....	28
4.5	Hinweise für die Anwaltstätigkeit	29
5.	Der Pfandgläubiger.....	29

6.	Der pfandrechtsbelastete Grundeigentümer	30
6.1	Der jeweilige Grundeigentümer	30
	a) Grundlagen	30
	b) Eigentümerwechsel	32
6.2	Belastung des Basisgrundstücks	33
6.3	Gemeinschaftliches Eigentum	33
6.4	Mieterbau	34
6.5	Die Stockwerkeigentümergeinschaft als Bestellerin von Bauleistungen	34
	a) Bauliche Massnahmen und Aussenverhältnis der Stockwerkeigentümergeinschaft	34
	b) Regelfall: Stockwerkeigentümer als Drittpfand­eigentümer	35
6.6	Hinweise für die Anwaltstätigkeit	36
7.	Prozessuales und die Substantiierungslast im Summarverfahren im Besonderen	37
7.1	Örtliche Zuständigkeit	37
7.2	Notwendige (passive) Streitgenossenschaft	39
	a) Anwendungsfälle	39
	b) Örtliche und sachliche Zuständigkeit	40
7.3	Einfache (passive) Streitgenossenschaft	40
	a) Anwendungsfälle	40
	b) Örtliche und sachliche Zuständigkeit	41
7.4	Streitwertberechnung	41
7.5	Schlichtungsverfahren bei der Leistungsklage, auch wenn diese mit der Klage auf definitive Eintragung verbunden wird (objektive Klagenhäufung)	42
7.6	Substantiierungsanforderungen im Summarverfahren	43
	a) Der Fall	43
	b) Das Beweismass der Glaubhaftmachung nach Art. 961 Abs. 3 ZGB	45
	c) Unhaltbare und überspannte Substantiierungsanforderungen	48
	d) Fazit	50
7.7	Hinweise für die Anwaltstätigkeit	50
8.	Schlussbemerkungen	53
	Literaturverzeichnis	54

1. Einleitung

In meiner ersten Publikation zum Bauhandwerkerpfandrecht habe ich einleitend festgestellt, dass das Bauhandwerkerpfandrecht ein ebenso wichtiges wie problembehaftetes Pfandrecht ist.¹ Daran hat sich nachweislich nichts geändert. Im Gegenteil: Gerade die Kombination von Bauhandwerkerpfandrecht und Stockwerkeigentum erweist sich durchwegs als anspruchsvoll.

¹ THURNHERR, ZBJV 2006, S. 910.

Rainer Schumacher hat 2013 in diesem Zusammenhang verschiedene «Komplexitätsfallen» thematisiert und einige «Reduktionsvorschläge» gemacht.² Nachfolgend werden diese wie auch weitere Schwierigkeiten aktuell erörtert. Der Schwerpunkt liegt dabei primär auf der anwaltlichen Beratung von Handwerkern und Unternehmern.

Anschliessend werden zuerst die Problemstellungen im Zusammenhang mit dem Pfandgegenstand ausführlich behandelt. Danach folgen Bemerkungen zum pfandbelasteten Grundeigentümer sowie zu den prozessualen Aspekten und insbesondere zur Substantiierungslast im Summarverfahren. Den Schluss bildet eine kurze Auseinandersetzung mit der aktuellen Rechtsprechung.

2. Der Pfandgegenstand

2.1 Grundlagen

Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts³

«für die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer⁴, die auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Werken [...]⁵ Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben, an diesem Grundstück».

² Vgl. SCHUMACHER, Komplexitätsfallen, S. 114 ff.

³ Die für das «Pfandrecht der Handwerker und Unternehmer» (vgl. Art. 839 Abs. 1 ZGB) verwendeten Begriffe sind mannigfaltig (z.B. Bauhandwerkerpfandrecht, Baupfandrecht, Handwerkerpfandrecht). Im ZGB wird in den Art. 712i Abs. 3 sowie Art. 779k Abs. 2 der Begriff «Bauhandwerkerpfandrecht» verwendet. Im Gesetzestext von 1907 findet sich dieser Begriff jedoch nicht. Anders verhält es sich in der GBV (Verwendung des Terminus «Bauhandwerkerpfandrecht» im Verordnungstext; Art. 76 Abs. 2 lit. b und Art. 120 lit. a sowie Marginalie). Im Gegensatz zur Begrifflichkeit im Verordnungstext legt Art. 120 lit. a GBV jedoch fest, dass der Eintrag eines Bauhandwerkerpfandrechts mit der Bemerkung «Baupfandrecht» zu versehen ist. Solche Begriffsdifferenzen sollten vermieden werden. Leider finden sich analoge Beispiele in aktuellen Gesetzes- und Verordnungstexten nicht selten. Im vorliegenden Aufsatz wird der Begriff «Bauhandwerkerpfandrecht» verwendet.

⁴ Zu diesen Begriffen vgl. THURNHERR, ZBJV 2006, S. 913.

⁵ Die wenig geglückte 2012 eingefügte Formulierung «zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen» (vgl. dazu etwa THURNHERR, ZBGR 2012, S. 75 ff.) ist im vorliegenden Kontext ohne Bedeutung.

Pfandgegenstand⁶ und damit Objekt des subjektiven (Bauhandwerker-)Pfandrechts ist damit ein Grundstück. Die Grundstücke im Sinne des ZGB sind in den Art. 655 Abs. 2 und Art. 943 Abs. 1 definiert. Gemäss den Ziff. 4 der beiden erwähnten Bestimmungen handelt es sich auch bei Miteigentumsanteilen an Grundstücken um Grundstücke. Solche Miteigentumsanteile werden etwa dann in das Grundbuch aufgenommen, wenn mit ihnen ein Sonderrecht verbunden ist, bestimmte Teile eines Gebäudes ausschliesslich zu benutzen und innen auszubauen (Art. 712a ZGB), mithin, wenn es sich um Stockwerkeigentum⁷ handelt (Art. 23 Abs. 1 lit. b GBV).⁸ Pfandgegenstand von Bauhandwerkerpfandrechten können damit auch Stockwerkeigentumsanteile sein.⁹

2.2 Verschiedene Grundstücke / Zuordnung der Bauteile

Bei der schweizerischen Konzeption des Stockwerkeigentums handelt es sich zwar nicht um «echtes»¹⁰, sondern um sog. «unechtes Stockwerkeigentum». Dies bedeutet, dass das Sonderrecht – wie oben erwähnt – nicht ein eigenständiges dingliches Recht ist, sondern nur (aber immerhin) die mit dem Miteigentumsanteil verbundene Befugnis zur ausschliesslichen Benutzung und Verwaltung gewisser Gebäudeteile beinhaltet. Das ganze zu Stockwerkeigentum aufgeteilte Grundstück mit allen seinen Bestandteilen steht im Miteigentum sämtlicher Stockwerkeigentümer. Diese Grundlagen implizieren, dass es neben den im Grundbuch aufgenommen Stockwerkeigentumsanteilen weiterhin ein Basisgrundstück¹¹ geben muss.

Die Aufnahme von Stockwerkeigentumsanteilen im Grundbuch erfolgt denn auch, indem auf dem Hauptbuchblatt des Basisgrundstücks in der Abteilung «Eigentum» die Angaben gemäss Art. 97 Abs. 2 GBV¹² eingetragen und

⁶ Zur Terminologie vgl. etwa ZOBL/THURNHERR, BK, N 182 Syst. Teil vor Art. 884 ZGB.

⁷ Vgl. zur entsprechenden Begriffsbildung etwa THURNHERR, Diss., Rz. 23.

⁸ Vgl. dazu insb. THURNHERR, Diss., Rz. 24.

⁹ Da das Stockwerkeigentum im ZGB von 1907 nicht vorgesehen war und die entsprechenden Normen erst auf den 1. Januar 1965 in Kraft gesetzt wurden, besteht die im vorliegenden Aufsatz behandelte Grundproblematik erst seit dem erwähnten Datum.

¹⁰ So aber etwa die Ausgestaltungen in Frankreich und in Italien (vgl. dazu THURNHERR, Diss., Rz. 110 ff.).

¹¹ Oder auch Stammgrundstück (vgl. etwa Art. 23 Abs. 4 lit. a GBV).

¹² Z.B. Hauptbuch-Blattnummer jedes Stockwerkeigentumsanteils, Wertquote, Bezeichnung als Stockwerkeigentum (StWE), Angabe des Begründungsaktes.

für jeden Stockwerkeigentumsanteil¹³ ein Hauptbuchblatt eröffnet wird (Art. 23 Abs. 4 GBV). Danach existieren sowohl Hauptbuchblätter für sämtliche Stockwerkeigentumsanteile als auch für das Basisgrundstück.

Aufgrund dieser Sachlage stellt sich die Frage, wie die verschiedenen Bauteile dem Sonderrecht der einzelnen Stockwerkeigentümer zuzuordnen sind.

«Gegenstand des Sonderrechts können einzelne Stockwerke oder Teile von Stockwerken sein, die als Wohnungen oder als Einheiten von Räumen zu geschäftlichen oder anderen Zwecken mit eigenem Zugang in sich abgeschlossen sein müssen, aber getrennte Nebenräume umfassen können» (Art. 712b Abs. 1 ZGB).¹⁴

Weiter können nur solche Bauteile Gegenstand von Sonderrechten sein, die nicht zwingend gemeinschaftlich sind¹⁵ oder als gemeinschaftlich erklärt¹⁶ werden.¹⁷

Die Zuordnung der verschiedenen Bauteile (und damit auch der fraglichen baulichen Massnahmen¹⁸) erfolgt anhand der Angaben im Grundbuch (insb. «Beschreibung der Einheit[en]» im Hauptbuchblatt der jeweiligen Stockwerkeigentumseinheiten; Art. 23 Abs. 4 lit. b GBV)¹⁹ und des Begründungsaktes (Begründungsvertrag oder Begründungserklärung; Art. 97 Abs. 2 lit. e GBV).²⁰ «Die räumliche Lage, die Abgrenzung und die Zusammensetzung der Stockwerkeinheiten müssen im Begründungsakt klar und bestimmt angegeben sein» (Art. 68 Abs. 1 GBV). Sofern diese Voraussetzungen bei der Anmeldung nicht erfüllt sind, setzt das Grundbuchamt eine Frist zur Beibringung eines von allen Eigentümern unterzeichneten Aufteilungsplans an (Art. 68 Abs. 2 GBV). In der Praxis wird regelmässig ein solcher eingereicht.²¹ Der Begründungsakt wie

¹³ Oder auch Stockwerkeigentumseinheit bzw. Stockwerkeinheit (so Art. 23 Abs. 1 lit. b und Art. 97 Abs. 2 lit. a und b GBV).

¹⁴ Vgl. dazu THURNHERR, Diss., Rz. 88 ff.

¹⁵ Zwingend gemeinschaftlich sind der Boden der Liegenschaft, elementare Gebäudeteile, Gebäudeteile, welche die äussere Gestalt und das Aussehen des Gebäudes bestimmen sowie gemeinsame Anlagen und Einrichtungen (vgl. dazu THURNHERR, Diss., Rz. 63 ff.).

¹⁶ Vgl. dazu THURNHERR, Diss., Rz. 83 f.

¹⁷ THURNHERR, Diss., Rz. 88.

¹⁸ THURNHERR, Diss., Rz. 86.

¹⁹ Gemäss Art. 970 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB und Art. 26 Abs. 1 lit. a GBV besteht diesbezüglich ein voraussetzungsloses Einsichtsrecht in das Grundbuch resp. ein Anspruch auf Auskunftserteilung. Vgl. dazu auch SCHMID, BSK ZGB II, N 6 zu Art. 970 ZGB sowie ZOBL, Grundbuchrecht, Rz. 545.

²⁰ Unter Umständen können aber auch Baupläne (Ausführungspläne oder auch Ingenieurpläne) von Bedeutung sein.

²¹ Vgl. dazu auch WERMELINGER, ZK, N 93 zu Art. 712d ZGB sowie HAAS, Rz. 352 ff. und Rz. 367 f.

auch der Aufteilungsplan gehören zu den Grundbuchbelegen (Rechtsgrundaussage)²², welche bei Glaubhaftmachung eines Interesses eingesehen werden können.²³ Ein entsprechendes Interesse wird der Handwerker oder Unternehmer zumindest dann glaubhaft machen können, wenn er aufgrund von Unterlagen (z.B. Werkvertrag, Rapporte, Rechnungen, Unternehmerlisten, Korrespondenz, Plänen etc.) darlegen kann, dass er Bauleistungen für die betreffende Liegenschaft (bzw. allenfalls auch für die einzelnen Stockwerkeigentumseinheiten) erbracht hat.²⁴

Fraglich ist nun noch, wie die Zuordnung bei Unklarheiten erfolgt. Gemäss Art. 712b Abs. 3 ZGB gilt die Vermutung, dass Bauteile des Gebäudes, welche nicht als gemeinschaftlich erklärt wurden, zu Sonderrecht ausgeschieden sind. Nach der h.L. widerspricht diese Vermutung zum einen logischen Gesichtspunkten und zum andern dem Stockwerkeigentum zugrundeliegenden Prinzipien.²⁵ Da jedoch auch vor dem Hintergrund von Art. 712b Abs. 3 ZGB die allgemeinen Grundsätze der Sonderrechtsfähigkeit zur Anwendung kommen,²⁶ ist die praktische Bedeutung dieser Vermutung gering. Zu erwähnen ist dazu noch, dass auch die Aufteilungspläne regelmässig nur die verschiedenen Sonderrechtsflächen mit unterschiedlichen Farben hervorheben. Dies alles führt dazu, dass letztlich nicht explizit zu Sonderrecht ausgeschiedene Bauteile als gemeinschaftlich zu gelten haben.²⁷

Nach den dargelegten Kriterien bzw. anhand der erwähnten Hilfsmittel sind die verschiedenen Bauteile grundsätzlich den gemeinschaftlichen oder zu Sonderrecht ausgeschiedenen Bauteilen und unter den letzteren sodann den unterschiedlichen Sonderrechten zuzuordnen.

In der Konsequenz bedeutet das oben Ausgeführte zum einen, dass bei Stockwerkeigentum zwingend mehrere Grundstücke, nämlich ein Basisgrundstück sowie Stockwerkeigentumsanteile (als weitere Grundstücke) vorliegen

²² Art. 62 ff. GBV.

²³ Art. 970 Abs. 1 ZGB; Urteil des BGer 5A_502/2014 vom 2. Februar 2015 E. 3.1; vgl. auch SCHMID, BSK ZGB II, N 10 ff. zu Art. 970 ZGB; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 451 sowie ZOBL, Grundbuchrecht, Rz. 548.

²⁴ Vgl. insb. BGE 112 Ib 482; Urteil des BGer 5A_227/2007 vom 11. Januar 2008 E. 2.5 sowie etwa ZOBL, Grundbuchrecht, Rz. 553 f. und WERMELINGER, ZK, N 131 zu Art. 712c ZGB. Grundsätzlich ist die Glaubhaftmachung eines Interesses auch ohne diesbezügliche Unterlagen möglich.

²⁵ THURNHERR, Diss., Rz. 103 m.w.Verw.; MANZ, Rz. 67.

²⁶ MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 76 zu Art. 712b ZGB; zu den entsprechenden Voraussetzungen vgl. THURNHERR, Diss., Rz. 89 ff.

²⁷ MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 77 zu Art. 712b ZGB; THURNHERR, Diss., Rz. 103; ähnlich WERMELINGER, ZK, N 186 zu Art. 712b ZGB.

und auch als Pfandgegenstände in Frage kommen.²⁸ Zum andern sind gemeinschaftliche Bauteile von solchen abzugrenzen, welche zu Sonderrecht ausgeschieden sind. Die entsprechenden Bauteile sind damit – bezogen auf die Befugnis zur ausschliesslichen Benützung und Verwaltung und somit auch im Zusammenhang mit baulichen Massnahmen (nicht technisch, sondern rechtlich) – entweder einzelnen Stockwerkeigentümern oder aber der Gemeinschaft zuzuordnen. Damit gehen erwartungsgemäss auch Abgrenzungsfragen hinsichtlich Bauleistungen und des Pfandgegenstandes einher.

Zu unterscheiden ist vorab, ob die geschützten Bauleistungen gemeinschaftliche Bauteile, solche, die zu Sonderrecht ausgeschieden sind oder gemeinschaftliche und zu Sonderrecht ausgeschiedene Bauteile betreffen.

2.3 Geschützte Bauleistungen, welche gemeinschaftlichen Bauteilen zugutekommen²⁹

a) Wahlrecht des Handwerkers oder Unternehmers?

Der Handwerker oder Unternehmer hat nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts³⁰ und den wohl überwiegenden Auffassungen in der Lehre³¹ die Möglichkeit, ein Bauhandwerkerpfandrecht wahlweise entweder zu Lasten des Basisgrundstücks oder aber anteilmässig zu Lasten der einzelnen Stockwerkeigentumsanteile zur Eintragung zu bringen, sofern die geschützten Bauleistungen gemeinschaftliche Bauteile betreffen.

Richtiger Auffassung nach wäre eine Lösung ohne entsprechendes Wahlrecht, mit der ausschliesslichen Möglichkeit der quotenmässigen Belastung der einzelnen Stockwerkeigentumsanteile, zu favorisieren.³²

Betrachtet man den das Wahlrecht der Handwerker und Unternehmer betreffenden Leitentscheid, so fällt auf, dass sich das Bundesgericht mit den sich

²⁸ Vgl. auch Art. 800 Abs. 1 ZGB.

²⁹ Z.B. Dachdeckerarbeiten, Zentralheizung (ohne Heizleitungen in den Sonderrechtsbereichen), gemeinschaftliche Treppen.

³⁰ BGE 146 III 7 E. 2.1.3 S. 10; BGE 126 III 462 E. 2b S. 464; vgl. auch die weiteren Nachweise bei THURNHERR, Diss., Rz. 586.

³¹ Vgl. dazu etwa STEINAUER, Rz. 2880c; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1736; SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 746 ff., 756, 772 und 778.

³² Vgl. dazu OTTIKER, S. 67 f. und 74; ZOBL, Bauhandwerkerpfandrecht, S. 122 ff.; THURNHERR, BSK ZGB II, N 14 zu Art. 839/840 ZGB; vgl. auch THURNHERR, Diss., Rz. 581 und 586.

stellenden Fragen nicht auseinandergesetzt hat.³³ Da verschiedene dogmatische und praktische Argumente gegen ein Wahlrecht sprechen, überrascht dies. Das Wahlrecht widerspricht etwa dem Grundsatz, dass es im Innenverhältnis der Stockwerkeigentümer – entsprechend der Regelung beim (schlichten) Mit-eigentum – keine solidarische Haftung gibt,³⁴ wie auch dem Versionsgedanken, wonach der Mit- bzw. Stockwerkeigentümer mit seinem Anteil nur im Umfang haften soll, in welchem seine Quote eine Wertvermehrung erfahren hat.³⁵ Entscheidend ist jedoch, dass der einzelne Stockwerkeigentümer bei der ausschliesslichen (quotenmässigen) Belastung seines Anteils die Möglichkeit hat, das Bauhandwerkerpfandrecht durch Leistung einer hinreichenden Sicherheit abzulösen.³⁶ Auf Seiten der Handwerker und Unternehmer ist sodann eine effektive Benachteiligung nicht erkennbar.³⁷

Sind Bauleistungen für (gemeinschaftliche) Bauteile erbracht worden, an welchen einem Stockwerkeigentumsanteil im Reglement³⁸ ein besonderes Nutzungsrecht³⁹ eingeräumt wurde, kann m.E. nur derjenige Stockwerkeigentumsanteil belastet werden, mit welchem das besondere Nutzungsrecht verbunden ist, zumal nur dieser eine Wertsteigerung erfährt^{40, 41}.

Hat ein Stockwerkeigentümer eigenmächtig (d.h. ohne Zustimmung der Stockwerkeigentümergeinschaft) bauliche Veränderungen an gemeinschaft-

³³ Vgl. BGE 126 III 462 E. 2b S. 464.

³⁴ THURNHERR, Diss., Rz. 581, 442 ff.; vgl. auch WERMELINGER, ZK, N 11 ff. und insb. N 118 ff. zu Art. 712h ZGB.

³⁵ Vgl. dazu etwa ZOBL, Bauhandwerkerpfandrecht, S. 49 und 123.

³⁶ Art. 839 Abs. 3 ZGB. Im Falle der Belastung des Basisgrundstücks kann der einzelne Stockwerkeigentümer das Bauhandwerkerpfandrecht nur dann ablösen, wenn er die gesamte Pfandsumme sicherstellt.

³⁷ Vgl. dazu ZOBL, Bauhandwerkerpfandrecht, S. 124; a.M. SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 749.

³⁸ Dieses kann im Grundbuch angemerkt werden (vgl. Art. 712g ZGB und Art. 80 Abs. 3 GBV).

³⁹ Vgl. dazu THURNHERR, Diss., Rz. 193 ff.

⁴⁰ Zulässig ist auch eine Ausgestaltung, wonach solche Nutzungsrechte nicht einem Stockwerkeigentumsanteil, sondern einem Stockwerkeigentümer persönlich zugeordnet werden. In diesem Fall kommt eine Belastung eines Stockwerkeigentumsanteils (mangels Verknüpfung mit einem solchen) nicht in Betracht. Möglich ist allenfalls die Belastung des Basisgrundstücks (vgl. zum Ganzen THURNHERR, Diss., Rz. 585).

⁴¹ Vor dem Hintergrund von BGE 125 III 113 E. 3a S. 116 ff. ist wohl davon auszugehen, dass nach der vom Bundesgericht vertretenen Auffassung das Basisgrundstück anteilig zu belasten ist (so auch WERMELINGER, ZK, N 128 zu Art. 712c ZGB).

lichen Bauteilen vornehmen lassen, kann grundsätzlich kein Bauhandwerkerpfandrecht zur Eintragung gebracht werden.⁴² Dies gilt auch dann, wenn die fraglichen Bauteile Gegenstand eines besonderen Nutzungsrechts sind.⁴³ Anders verhält es sich, wenn es sich um dringliche Massnahmen nach Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB⁴⁴ handelt, da der handelnde Stockwerkeigentümer in diesem Fall als gesetzlicher Vertreter der Gemeinschaft agiert, weshalb eine Zustimmung nicht erforderlich ist.⁴⁵

b) Art. 648 Abs. 3 ZGB: Praktischer Ausschluss des Wahlrechts

Ist auch nur ein einziger Stockwerkeigentumsanteil mit einem (vertraglichen oder gesetzlichen)⁴⁶ Pfandrecht (oder einer Grundlast) belastet⁴⁷, scheidet die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem Basisgrundstück per se aus (Art. 648 Abs. 3 ZGB).⁴⁸

⁴² Vgl. dazu THURNHERR, Diss., Rz. 584 und 587; WERMELINGER, ZK, N 135 zu Art. 712h ZGB; a.M. SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 757.

⁴³ Vgl. auch WERMELINGER, ZK, N 135 zu Art. 712h ZGB. Entgegen BGE 141 III 357 E. 3.3 S. 361 ff. ist Art. 647e ZGB (luxuriöse bauliche Massnahmen) bei der Beschlussfassung hinsichtlich baulicher Massnahmen im ausschliesslichen Individualinteresse nicht direkt, sondern nur analog anwendbar (vgl. dazu THURNHERR, Diss., Rz. 208 ff.; vgl. auch MANZ, Rz. 301 ff.).

⁴⁴ Vgl. dazu THURNHERR, Diss., Rz. 144 ff. Dringliche Massnahmen liegen nur dann vor, wenn gemeinschaftliche Bauteile von Schaden bedroht sind oder sich ein entsprechender Schaden vergrössert. Zudem darf der handelnde Stockwerkeigentümer nur Massnahmen einleiten, welche den Schadenseintritt oder die Schadensvergrösserung verhindern. Über eine Befugnis, die Schadensursache dauerhaft zu beheben bzw. beheben zu lassen, verfügt er nicht. Vgl. zum Ganzen THURNHERR, Diss., Rz. 146 ff.

⁴⁵ THURNHERR, Diss., Rz. 148; vgl. auch WERMELINGER, ZK, N 135 zu Art. 712h ZGB.

⁴⁶ BGE 113 II 157 E. 1c S. 161.

⁴⁷ Es genügt, wenn im Zeitpunkt der Anmeldung des Bauhandwerkerpfandrechts die Belastung eines einzigen Stockwerkeigentumsanteils (erst) im Tagebuch eingeschrieben ist (vgl. SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 750, 775). Ob ein Stockwerkeigentumsanteil bereits mit einem Pfandrecht belastet ist, ergibt sich zum einen aus dem Grundbuchblatt des entsprechenden Stockwerkeigentumsanteils (Art. 101 GBV) und zum andern aus demjenigen des Basisgrundstücks (Anmerkung; Art. 116 GBV).

⁴⁸ BGE 126 III 462 E. 2b S. 464; BGE 125 III 113 E. 3a S. 116 ff.; BGE 113 II 157 E. 1c S. 161; vgl. etwa auch Urteil des BGer 5A_299/2014 vom 11. Juli 2014 E. 4 sowie THURNHERR, BSK ZGB II, N 14 f. zu Art. 839/840 ZGB m.w.Verw. Hintergrund dieser Regelung sind die praktischen Schwierigkeiten, welche sich im Rahmen der Vollstreckung bei einer Verpfändung des Basisgrundstücks nach der Verpfändung von Anteilen ergeben würden. Diese wiederum hängen damit zusammen, dass es ein Rangverhältnis zwischen Belastungen des Basisgrundstücks und solchen der Anteile nicht gibt.

Mit dieser Regelung wird die Belastung des Basisgrundstücks in der Praxis regelmässig ausgeschlossen, weshalb die Bedeutung eines möglichen oder ausgeschlossenen Wahlrechts der Handwerker und Unternehmer sehr gering ist.

Wird ein Gesuch betreffend Anordnung der Vormerkung eines Bauhandwerkerpfandrechts hinsichtlich des Basisgrundstückes gestellt, obwohl bereits einer oder mehrere Stockwerkeigentumsanteile belastet sind, hat dies die Abweisung entweder des Gesuchs durch das Gericht oder aber der Anmeldung durch den Grundbuchverwalter zur Folge. Erfolgt trotzdem eine Vormerkung, ist diese zu löschen. Nach Ablauf der Eintragsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB können die Stockwerkeigentumsanteile nicht mehr belastet werden.⁴⁹ Auch eine spätere «Übertragung» auf die einzelnen Stockwerkeigentumsanteile – etwa im Verfahren betreffend definitive Eintragung – ist nicht möglich.⁵⁰

c) Anteilsmässige Aufteilung der Vergütungsforderung auf die einzelnen Stockwerkeigentumsanteile

Im absoluten Regelfall ist die Vergütungsforderung (als Pfandsomme = Haftungssumme)⁵¹ anteilmässig auf die einzelnen Stockwerkeigentumsanteile aufzuteilen, zumal die Fälle eines möglichen Wahlrechts äusserst selten sind.⁵² Die Aufteilung erfolgt dabei anhand der Wertquoten⁵³ der einzelnen Stockwerkeigentumseinheiten⁵⁴ und ist bereits im Gesuch betreffend Anordnung der provisorischen Eintragung (Vormerkung) vorzunehmen.⁵⁵

Hingegen gehen Belastungen an der Sache selbst den erst später begründeten an den Anteilen vor (vgl. dazu Art. 73e ff. sowie 106a VZG wie auch BGE 95 I 568 E. 1 S. 570 und E. 3b S. 575; ZOBL/THURNHERR, BK, N 119 zu Art. 884 ZGB; MEIER-HAYOZ, BK, N 41 und 45 zu Art. 648 ZGB).

⁴⁹ Vgl. dazu unten Ziff. 4.1.

⁵⁰ Vgl. dazu unten Fn. 144.

⁵¹ Vgl. dazu etwa ZOBL, Bauhandwerkerpfandrecht, S. 152.

⁵² BGE 146 III 7 E. 2.1.3 S. 10.

⁵³ Aufgrund des Eintrags im Grundbuch (vgl. dazu oben Fn. 12), auch wenn sie nicht (mehr) mit der aktuellen Bausubstanz übereinstimmen (vgl. dazu etwa SCHUMACHER, Komplexitätsfallen, S. 93). Gemäss Art. 970 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB und Art. 26 Abs. 1 lit. a GBV besteht diesbezüglich ein voraussetzungsloses Einsichtsrecht in das Grundbuch resp. ein Anspruch auf Auskunftserteilung. Vgl. dazu auch SCHMID, BSK ZGB II, N 7 zu Art. 970 ZGB sowie ZOBL, Grundbuchrecht, Rz. 545.

⁵⁴ BGE 146 III 7 E. 2.1.3 S. 10; THURNHERR, BSK ZGB II, N 15 zu Art. 839/840 ZGB; WERMELINGER, ZK, N 127 zu Art. 712c ZGB; MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 102 zu Art. 712a ZGB; STEINAUER, Rz. 2880b; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1736.

⁵⁵ Vgl. dazu etwa THURNHERR, BSK ZGB II, N 15 zu Art. 839/840 ZGB sowie SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1737.

d) Sonderfall vertikales oder kombiniertes Stockwerkeigentum⁵⁶

In zwei Entscheiden zum kombinierten Stockwerkeigentum hat das Bundesgericht entschieden, dass Forderungen aus Bauleistungen, die ausschliesslich für ein einzelnes oder für einzelne Gebäude erfolgen, aber nicht einem bestimmten Anteil zugeordnet werden können (keine Bauarbeiten an Teilen im Sonderrecht), nur durch Belastung sämtlicher Anteile bzw. des Basisgrundstücks gesichert werden können.⁵⁷ Die Möglichkeit, nur diejenigen Stockwerkeigentumsanteile zu belasten, welche direkt von den entsprechenden Leistungen profitieren (z.B. nur die Anteile, mit denen Sonderrechte an Räumen im entsprechenden Gebäude verbunden sind), scheidet damit aus. Wird z.B. nur das Treppenhaus eines von mehreren Gebäuden renoviert, sind entsprechende Bauleistungen durch die (quotenmässige) Belastung sämtlicher Stockwerkeigentumsanteile zu sichern, auch wenn die Anteile derjenigen Stockwerkeigentümer, die am betreffenden Gebäude nicht sonderrechtsberechtigt sind, durch die Renovation keine Wertsteigerung erfahren.⁵⁸

Die wohl überwiegende Lehre hat diese Entscheide des Bundesgerichts zu Recht kritisiert.⁵⁹ Die vom Bundesgericht vertretene Lösung führt dazu, dass die Handwerker und Unternehmer auf Kosten derjenigen Stockwerkeigentümer privilegiert werden, für welche die fraglichen Bauleistungen keinerlei Nutzen haben. Die Stockwerkeigentümer bei vertikalem und kombiniertem Stockwerkeigentum sind sodann hohen Risiken ausgesetzt. Richtigerweise wäre in diesen Fällen von einer unechten Gesetzeslücke auszugehen. Sodann würde sich die nachfolgende Lösung aufdrängen: Bei Bauleistungen, die zwar gemeinschaftlichen Bauteilen zukommen, für gewisse Stockwerkeigentumseinheiten jedoch objektiv betrachtet ohne jeden Nutzen sind, hat die Belastung nur

⁵⁶ Gemäss Art. 712b Abs. 1 ZGB können einzelne Stockwerke oder Teile von Stockwerken Gegenstand des Sonderrechts sein (horizontales Stockwerkeigentum). Möglich ist jedoch auch die Bildung von Stockwerkeigentum an mehreren Gebäuden auf dem gleichen Grundstück (vertikales Stockwerkeigentum) oder die Kombination von horizontalem und vertikalem Stockwerkeigentum (kombiniertes Stockwerkeigentum). Vgl. dazu insb. MANZ, Rz. 47 ff. wie auch HAAS, Rz. 327 ff.

⁵⁷ BGE 125 III 113 E. 3a S. 116 ff.; BGE 111 II 31 E. 4 S. 35 ff.

⁵⁸ Vgl. dazu auch THURNHERR, Diss., Rz. 591.

⁵⁹ Vgl. etwa THURNHERR, Diss., Rz. 592; THURNHERR, BSK ZGB II, N 15 zu Art. 839/840 ZGB; SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 800 ff.; SCHUMACHER, Komplexitätsfallen, S. 95 f.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1737a; WERMELINGER, ZK, N 128 zu Art. 712c ZGB.

derjenigen Stockwerkeigentumsanteile zu erfolgen, welche von den betreffenden Bauleistungen wertmässig profitieren.⁶⁰

2.4 Geschützte Bauleistungen, welche Bauteilen im Sonderrecht zukommen⁶¹

a) Grundsatz

Kommen die geschützten Bauleistungen ausschliesslich Bauteilen im Sonderrecht eines Stockwerkeigentümers zu bzw. handelt es sich um Bauleistungen für die Ausgestaltung eines einzelnen Stockwerkeigentumsanteils, ist das Bauhandwerkerpfandrecht zu Lasten dieses Anteils zur Eintragung zu bringen.⁶² Bauleistungen für mehrere Stockwerkeigentumsanteile bzw. für Bauteile im Sonderrecht unterschiedlicher Stockwerkeigentümer haben infolgedessen zur Belastung der jeweiligen (einzelnen) Stockwerkeigentumsanteile entsprechend der für die einzelnen Anteile erbrachten effektiven Leistungen bzw. Kosten zu führen.⁶³ Dementsprechend trifft die Handwerker und Unternehmer die Obliegenheit, über ihre Leistungen so Kontrolle zu führen, dass eine genaue Abgrenzung möglich ist.⁶⁴ Vgl. dazu unten Ziff. 3.

b) Keine Relevanz der baulichen Ausgestaltung als wesentliches Element des Sonderrechts

Gemäss gewissen Entscheiden des Bundesgerichts soll diese «Ausnahme von der Regel⁶⁵ [...] nur so weit [reichen], als die bauliche Ausstattung der im Son-

⁶⁰ Vgl. etwa THURNHERR, Diss., Rz. 592; SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 804 ff. sowie BRITSCHGI, S. 184 f. (insb. Bsp. in Fn. 930).

⁶¹ Z.B. Einbauküchen, Bodenbeläge, Heizkörper.

⁶² BGE 146 III 7 E. 2.1.2 und 2.1.3 S. 9 f.; BGE 126 III 462 E. 2b S. 464; BGE 125 III 113 E. 3a S. 116 ff.; BGE 112 II 214 E. 2 S. 216 f.; vgl. auch Urteil des BGer 5A_1015/2019 vom 10. Juni 2020 E. 5.2.3; THURNHERR, BSK ZGB II, N 16 zu Art. 839/840 ZGB; THURNHERR, Diss., Rz. 589 sowie MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 102 zu Art. 712a ZGB je m.w.Verw.

⁶³ Vgl. etwa THURNHERR, BSK ZGB II, N 17 zu Art. 839/840 ZGB; THURNHERR, Diss., Rz. 589; WERMELINGER, ZK, N 129 zu Art. 712c ZGB; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1735 sowie STEINAUER, Rz. 2880b.

⁶⁴ THURNHERR, Diss., Rz. 590 sowie OTTIKER, S. 74.

⁶⁵ Also lit. a vorstehend.

derrecht stehenden Räume ein wesentliches Element des dem gemeinschaftlichen Eigentum entgegenstehenden Sonderrechts ausmacht».⁶⁶ Diese Auffassung ist m.E. abzulehnen. Sie lässt sich zum einen dogmatisch nicht begründen, da sie den Zuordnungskriterien zum Sonderrecht widerspricht. Zum andern stellen sich praktische Abgrenzungsprobleme, für welche eine Definition allgemeingültiger Grundsätze schwierig ist.

c) Keine Relevanz ausserordentlicher Aufwendungen

Entgegen SCHUMACHER⁶⁷ ist es nicht von Bedeutung, ob es sich bei der baulichen Ausgestaltung der Sonderrechtsbereiche um eine solche «mit ausserordentlichen Aufwendungen» (Art. 712m Abs. 1 Ziff. 6 ZGB) handelt oder aber nur um den üblichen Standardausbau.⁶⁸ Auch hier würden sich unüberschaubare Abgrenzungsfragen stellen. Zudem widerspricht diese Auffassung dem Grundgedanken der Version.⁶⁹

Zu erwähnen ist dazu noch, dass SCHUMACHER die (abzulehnende)⁷⁰ Auffassung vertritt, wonach generell – und zwar unabhängig davon, ob die Bauleistungen gemeinschaftlichen Bauteilen oder solchen im Sonderrecht zugekommen sind – grundsätzlich sämtliche Stockwerkeigentumseinheiten quotenproportional zu belasten seien.⁷¹

d) Kein Gesamtpfandrecht

Der oben dargelegte Grundsatz (Belastung der einzelnen Stockwerkeigentumsanteile nach Massgabe der effektiv erbrachten Leistungen) gilt auch dann, wenn der Handwerker oder Unternehmer aufgrund desselben Werkvertrages

⁶⁶ BGE 111 II 31 E. 4b S. 36; BGE 112 II 214 E. 2 S. 216 f.; vgl. auch BGE 126 III 462 E. 2b S. 464 («zum Zweck der individuellen Ausgestaltung der Stockwerkeinheit»); vgl. dazu weiter THURNHERR, Diss., Rz. 589 sowie SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1734. Zu beachten ist jedoch auch BGE 125 III 113 E. 3a S. 116 ff., wo das Bundesgericht explizit festhält, dass auch Leistungen für den «Standardausbau einer Stockwerkeinheit» nur zu einer Belastung der entsprechenden Anteile führen kann.

⁶⁷ SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 794.

⁶⁸ BGE 125 III 113 E. 3a S. 116 ff.; THURNHERR, BSK ZGB II, N 16 zu Art. 839/840 ZGB.

⁶⁹ Vgl. dazu oben Fn. 35.

⁷⁰ Vgl. lit. a vorstehend.

⁷¹ SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 792 ff.

Bauleistungen (auch ähnlichen oder gleichen Inhalts) für mehrere Stockwerkeigentumsanteile erbracht hat.⁷² Ein Gesamtpfandrecht kommt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nur ausnahmsweise in Betracht, nämlich wenn die Voraussetzungen von Art. 798 Abs. 1 ZGB (Stockwerkeigentumsanteile im Eigentum des gleichen Stockwerkeigentümers oder solidarisch verpflichtete Eigentümer) erfüllt sind.⁷³ Auch diese Meinung des Bundesgerichts ist m.E. abzulehnen, zumal sie dem Versionsgedanken⁷⁴ widerspricht.⁷⁵

2.5 Geschützte Bauleistungen, sowohl an gemeinschaftlichen als auch an Bauteilen im Sonderrecht⁷⁶

Für Bauleistungen, welche zum einen gemeinschaftlichen und zum andern Bauteilen im Sonderrecht zukommen, sind die eben dargelegten Grundsätze ebenfalls anwendbar. Dies bedeutet, dass eine Abgrenzung vorzunehmen und eine anteilige⁷⁷ Belastung der Stockwerkeigentumsanteile (für die Leistungen hinsichtlich gemeinschaftlicher Bauteile) wie auch eine Belastung der einzelnen Anteile entsprechend dem effektiven Aufwand bzw. der effektiven Kosten (für die Leistungen an Bauteilen im Sonderrecht) vorzunehmen ist.⁷⁸ Da dies für die Handwerker und Unternehmer einen erheblichen Aufwand wie auch komplexe Abgrenzungsfragen zur Folge haben kann, sollte diesen ein gewisser Spielraum eingeräumt werden. So ist z.B. für den Rohbau⁷⁹ die anteilige Belastung sämtlicher Stockwerkeigentumseinheiten die einzig praktikable Lösung, auch wenn dabei gewisse Leistungen (z.B. Maurerarbeiten für nicht tragende Wände) ausschliesslich einzelnen Anteilen zukommen.⁸⁰

⁷² THURNHERR, BSK ZGB II, N 17 zu Art. 839/840 ZGB.

⁷³ Vgl. insb. Urteil des BGer 5A_924/2014 vom 7. Mai 2015 E. 4.1.3; vgl. etwa auch WERMELINGER, ZK, N 129 zu Art. 712c ZGB; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1735 sowie STEINAUER, Rz. 2880b.

⁷⁴ Vgl. dazu oben Fn. 35.

⁷⁵ Vgl. dazu auch ZOBL, Bauhandwerkerpfandrecht, S. 125 f.; SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 778; SCHMID-TSCHIRREN, BSK ZGB II, N 6a zu Art. 798 ZGB.

⁷⁶ Z.B. Maurerarbeiten, elektrische oder sanitäre Installationen, Heizungsarbeiten.

⁷⁷ Entsprechend den Wertquoten der einzelnen Stockwerkeigentumsanteile.

⁷⁸ Vgl. dazu auch WERMELINGER, ZK, N 130 zu Art. 712c ZGB.

⁷⁹ Z.B. Aushub, Kanalisation, Beton- und Stahlbetonarbeiten, Maurerarbeiten.

⁸⁰ Vgl. dazu insb. MATHIS, S. 62 f. Vor dem Hintergrund auch der neusten Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. BGE 146 III 7 E. 4.1 und 4.4.1 S. 11 ff. sowie Urteil des BGer 5A_682/2010 vom 24. Oktober 2011 E. 3.3) ist es jedoch zumindest zweifelhaft, ob den Handwerkern und Unternehmer ein entsprechender Spielraum eingeräumt wird.

2.6 Sonderfälle

a) Autoeinstellplätze

Autoeinstellplätze werden häufig als Miteigentumsanteil an einem Grundstück (Tiefgarage) begründet, bei welchem es sich um eine Liegenschaft, ein Baurecht oder eine eigene Stockwerkeigentumsseinheit⁸¹ handeln kann. Dabei wird der Abstellplatz als unselbständiges Grundstück ausgestaltet, das weder gesondert belastet noch verpfändet noch veräussert werden kann (Art. 655a Abs. 1 ZGB). Für den Miteigentumsanteil wird ein eigenes Hauptbuchblatt eröffnet und in der Abteilung «Eigentum» die Bezeichnung des Hauptgrundstücks (dominierendes Grundstück) eingetragen (Art. 95 Abs. 1 GBV). Auf dem Hauptbuchblatt des dominierenden Grundstücks wird die Verknüpfung in die Grundstücksbeschreibung oder in die Abteilung «Anmerkungen» eingetragen (Art. 95 Abs. 5 GBV). Sowohl das unselbständige als auch das zu Miteigentum ausgestaltete Grundstück müssen anlässlich der Verknüpfung und während der gesamten Dauer der Verknüpfung pfand- und grundlastenfrei sein (Art. 95 Abs. 3 und 4 GBV). Mit einem Bauhandwerkerpfandrecht kann damit nur das dominierende Grundstück (also der entsprechende Stockwerkeigentumsanteil), nicht aber das unselbständige Grundstück (Autoeinstellplatz) belastet werden. Anders verhält es sich selbstverständlich, wenn die Autoeinstellplätze (bzw. die entsprechenden Grundstücke) nicht mit Stockwerkeigentumsanteilen subjektiv verdinglicht werden, sondern selbständige Grundstücke sind (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 oder Ziff. 4 ZGB). Dann können nur (oder auch) diese Grundstücke mit einem Bauhandwerkerpfandrecht belastet werden.⁸²

Autoeinstellplätze können auch im Reglement der Stockwerkeigentümergeinschaft einem einzelnen Stockwerkeigentumsanteil zugewiesen werden.⁸³ Auch hier können nur die entsprechenden Stockwerkeigentumsanteile mit Bauhandwerkerpfandrechten belastet werden, da nur diese eine Wertsteigerung erfahren.⁸⁴

Möglich ist weiter die Verbindung eines Autoeinstellplatzes mit einem Stockwerkeigentumsanteil mittels einer Grunddienstbarkeit (Art. 730 ff. ZGB;

⁸¹ Vgl. MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 56 zu Art. 712b ZGB.

⁸² Vgl. auch SCHUMACHER, Komplexitätsfallen, S. 100 m.w.Verw.

⁸³ Vgl. dazu PFÄFFLI, S. 376 f.

⁸⁴ THURNHERR, Diss., Rz. 585.

Dienstbarkeit, deren Ausübung auf bestimmte Bereiche der gemeinschaftlichen Teile beschränkt wird).⁸⁵ Auch hier kann nur der begünstigte Stockwerkeigentumsanteil belastet werden. Handelt es sich um Bauleistungen hinsichtlich Vorrichtungen für die Ausübung von Grunddienstbarkeiten (Art. 740a und Art. 741 ZGB; z.B. Zufahrt [Rampe] in eine Einstellhalle über ein anderes Grundstück) und dient die Vorrichtung einzig der Einstellhalle, sind ebenfalls nur die begünstigten Stockwerkeigentumsanteile zu belasten. Dient die Vorrichtung auch dem Eigentümer des belasteten Grundstücks, sind die Kosten entsprechend den Interessen aufzuteilen und den fraglichen Grundstücken (bzw. Stockwerkeigentumsanteilen) zu belasten.⁸⁶

Die oben dargelegten Grundsätze gelten analog auch für weitere Gebäudeteile, welche mit den Stockwerkeigentumsanteilen verknüpft sind (z.B. Wellnessanlage etwa in einem Apparthotel).⁸⁷

Werden die Miteigentumsanteile an einer Einstellhalle (= Stockwerkeigentumseinheit) nicht subjektiv verdinglicht⁸⁸, sind die entsprechenden Miteigentumsanteile zu belasten bzw. es besteht nach der (abzulehnenden) Rechtsprechung des Bundesgerichts ein Wahlrecht hinsichtlich der Belastung des Basisgrundstücks oder der Miteigentumsanteile, solange keine Pfandrechte an den Anteilen bestehen.⁸⁹

Wurde ein Autoeinstellplatz durch eine unselbständige Personaldienstbarkeit einer bestimmten Person zugeordnet (Art. 781 ZGB; Art. 70 und 98 GBV), kann (mangels Vorliegen eines herrschenden Grundstücks) nur das belastete Grundstück mit einem Bauhandwerkerpfandrecht belastet werden.⁹⁰

Gemäss Art. 712b Abs. 2 Ziff. 1 ZGB können Abstellplätze im Freien nicht Gegenstand von Sonderrechten sein. Möglich ist hingegen die Zuweisung zu ei-

⁸⁵ Vgl. dazu PFÄFFLI, S. 373 f. Belastet wird dabei das Basisgrundstück. Hierfür ist ein einstimmiger Beschluss der Stockwerkeigentümer (vgl. dazu MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 49 ff. zu Art. 712g ZGB) bzw. für die grundbuchliche Umsetzung eine Unterschrift jedes Stockwerkeigentümers erforderlich.

⁸⁶ ZOBL, Bauhandwerkerpfandrecht, S. 134; SCHUMACHER, Komplexitätsfallen, S. 99 m.w.Verw.

⁸⁷ Vgl. auch WERMELINGER, ZK, N 25 zu Art. 712b ZGB.

⁸⁸ Vgl. dazu PFÄFFLI, S. 377 ff.

⁸⁹ Vgl. dazu oben Ziff. 2.3/a.

⁹⁰ Vgl. auch SCHUMACHER, Komplexitätsfallen, S. 99 f. m.w.Verw.

nem einzelnen Stockwerkeigentumsanteil im Reglement (besonderes Nutzungsrecht).⁹¹ In diesem Fall ist derjenige Anteil zu belasten, mit welchem das besondere Nutzungsrecht verbunden ist.⁹²

b) Bauarbeiten während der Begründung von Stockwerkeigentum

Stockwerkeigentum kann vor oder nach der Erstellung des Gebäudes begründet werden (Art. 69 GBV). Möglich ist damit auch die Begründung von Stockwerkeigentum während laufenden Bauarbeiten. Sind bereits Bauhandwerkerpfandrechte auf dem (nachmaligen) Basisgrundstück eingetragen worden, belasten diese zum einen weiterhin das Basisgrundstück (unabhängig davon, ob es sich um Leistungen für gemeinschaftliche Teile oder für solche im Sonderrecht handelt) und sie gehen zum andern späteren Pfandrechten an den Stockwerkeigentumsanteilen vor.⁹³ Ein Anwendungsfall von Art. 833 ZGB (Verteilung der Pfandlast auf die einzelnen Anteile) liegt nicht vor. Ebenso wenig kann die Pfandlast ohne Zustimmung der Pfandgläubiger auf die einzelnen Anteile verteilt werden.⁹⁴

Die Verteilung von Pfandrechten am Basisgrundstück kann z.B. durch die quotenproportionale Verlegung vom Basisgrundstück auf sämtliche oder auch nur einzelne Stockwerkeigentumsanteile erfolgen.⁹⁵

Sobald Stockwerkeigentum begründet wurde, gelten die oben dargelegten allgemeinen Grundsätze.

2.7 Hinweise für die Anwaltstätigkeit

Das Pfandobjekt (bzw. die Bodenfläche; vgl. Art. 2 lit. a GBV) ist genau festzustellen. Die fraglichen Grundstücke (im Falle von Stockwerkeigentum das Basisgrundstück) sollten zusammen mit den Klienten mittels Planunterlagen oder auch Satellitenaufnahmen genau bestimmt werden und es ist festzustellen,

⁹¹ Vgl. etwa Urteil des BGer 5C.39/2006 vom 7. April 2006 E. 2.1. Zulässig ist auch eine Ausgestaltung, wonach solche Nutzungsrechte nicht einem Stockwerkeigentumsanteil, sondern einem Stockwerkeigentümer persönlich zugeordnet werden (vgl. dazu oben Fn. 40).

⁹² THURNHERR, Diss., Rz. 585.

⁹³ Art. 73e und Art. 73f Abs. 2 sowie Art. 106a VZG; vgl. auch BGE 95 I 568 E. 1 S. 570 und E. 3b S. 575 f.; ZOBL/THURNHERR, BK, N 119 zu Art. 884 ZGB; MEIER-HAYOZ, BK, N 41 und 45 zu Art. 648 ZGB.

⁹⁴ MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 42 zu Art. 712d ZGB m.w.Verw.

⁹⁵ Vgl. dazu wie auch zu diesbezüglichen Formfragen MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 43 ff. zu Art. 712d ZGB sowie SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1524.

welchem Grundstück oder welchen Grundstücken die Bauleistungen zugekommen sind.

Unmittelbar vor der Einreichung des Gesuches betreffend provisorische Eintragung (Vormerkung) und mit genügend Zeitreserven hinsichtlich der Eintragungsfrist sollte nochmals beim Grundbuchamt geklärt werden, ob seit den ersten Abklärungen (welche allenfalls schon eine gewisse Zeit zurückliegen) eine Änderung der Eigentumsform oder ein Eigentümerwechsel erfolgt ist (Eintragung im Tagebuch). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts – wie auch aus naheliegenden praktischen Gründen – sind bei einer Mitteilung, dass betreffend das Grundstück «schwebende Geschäfte» vorhanden sind, weitere Abklärungen vorzunehmen.⁹⁶

Bei baulichen Massnahmen an gemeinschaftlichen Bauteilen, und insbesondere dann, wenn der Vertrag mit dem Handwerker oder Unternehmer nicht durch eine Verwaltung abgeschlossen wird⁹⁷, sollte sichergestellt werden, dass eine Zustimmung der Stockwerkeigentümer vorliegt. Sofern sich entsprechende Fragen erst dann stellen, wenn es um ein Gesuch betreffend provisorische Eintragung (Vormerkung) eines Bauhandwerkerpfandrechts geht, empfiehlt es sich, auch in diesem Stadium zu klären, ob eine Zustimmung vorliegt. Allenfalls ist der Handwerker oder Unternehmer abzumahnern.

Wird die Belastung des Basisgrundstücks beabsichtigt, so empfiehlt es sich, unmittelbar vor Einreichung des Gesuches betreffend provisorische Eintragung (Vormerkung) und mit genügend Zeitreserven hinsichtlich der Eintragungsfrist nochmals beim Grundbuchamt zu klären, ob effektiv keine Stockwerkeigentumsanteile belastet sind. Falls dem so wäre, kann dann nämlich noch ein Gesuch betreffend die Stockwerkeigentumsanteile eingereicht werden.

Bei Bauleistungen für Dienstbarkeitseinrichtungen ist es dem Handwerker oder Unternehmer nicht zuzumuten, bereits im Summarverfahren Detailabklärungen betreffend die Interessenlage vorzunehmen. Deshalb ist das Gesuch betreffend Vormerkung von Pfandrechten über die gesamte Pfandsumme für beide Grundstücke zu stellen.

Bei vertikalem oder kombiniertem Stockwerkeigentum besteht das Risiko, dass Stockwerkeigentumsanteile noch nach längerer Zeit mit Bauhandwerkerpfandrechten für Bauleistungen belastet werden, welche für diese Anteile kei-

⁹⁶ Urteil des BGer 5A_227/2007 vom 11. Januar 2008 E. 2.5; vgl. dazu auch SCHUMACHER, Herausforderungen, S. 108 f.

⁹⁷ Wenn die Stockwerkeigentümergeinschaft durch eine Verwaltung vertreten wird, kann im Grundsatz davon ausgegangen werden, dass eine Zustimmung der Gemeinschaft vorliegt, falls eine solche für bauliche Massnahmen erforderlich ist (vgl. dazu unten Ziff. 6.5/a).

nerlei Nutzen haben. Bei der Beratung von potenziellen Käufern solcher Stockwerkeigentumsanteile ist auf diese Risiken hinzuweisen. Sodann ist zu versuchen, die Risiken z.B. mit einem langfristigen Rückbehalt zu minimieren.

3. Leitlinien für die Aufteilung der Vergütungsforderung entsprechend der effektiv erbrachten Leistungen auf die einzelnen Stockwerkeigentumsanteile bei Bauleistungen, welche Bauteilen im Sonderrecht zukommen

3.1 Grundlagen und Rechtsprechung des Bundesgerichts

Bei Bauleistungen, welche Bauteilen im Sonderrecht wie auch gemeinschaftlichen Bauteilen oder aber Bauteilen unterschiedlicher Stockwerkeigentümer zugekommen sind, hat der Handwerker oder Unternehmer entsprechend dem Versionsgedanken⁹⁸ oder Mehrwertprinzip für jeden einzelnen Stockwerkeigentumsanteil darzutun, in welchem Umfang er mit seinen Leistungen zur Weitersteigerung beitrug (Belastung der jeweiligen Stockwerkeigentumsanteile entsprechend der für die einzelnen Anteile erbrachten effektiven Leistungen bzw. Kosten).⁹⁹

Daraus folgt, dass die Handwerker und Unternehmer für jeden einzelnen Stockwerkeigentumsanteil exakt belegen müssen, welche Arbeiten für diesen erbracht und welches Material geliefert wurde. Sodann sind die massgeblichen Preise darzulegen.¹⁰⁰ Die Pfandsumme (und damit der Anteil der auf jeden Stockwerkeigentumsanteil entfallenden Vergütung) muss genau beziffert werden. Eine abstrakte Aufteilung der Gesamtvergütung etwa anhand der Flächen, Kubaturen oder Quoten ist grundsätzlich unzulässig.¹⁰¹ Anders verhält es sich

⁹⁸ Vgl. dazu oben Fn. 35.

⁹⁹ Vgl. dazu BGE 146 III 7 E. 2.1.2 und 2.1.3 S. 9 f. sowie oben Ziff. 2.4.

¹⁰⁰ Dies gilt auch dann, wenn mit dem Besteller ein Global- oder Pauschalpreis vereinbart wurde (vgl. BGE 146 III 7 E. 2.1.2 S. 9 f.).

¹⁰¹ BGE 146 III 7 E. 2.1.2 S. 9 f.: «È quindi compito dell'artigiano o imprenditore tenere un conteggio preciso, per ogni fondo, dei lavori svolti e del materiale fornito e del prezzo unitario applicato – anche se con i committenti aveva pattuito prezzi globali o forfettari –, e di fatturarli separatamente non appena terminati. L'entità del credito che si vuole garantito dal pegno dev'essere infatti quantificato e cifrato in modo preciso. Un frazionamento astratto della totalità dei costi fra gli immobili, rispettivamente una ripartizione dei medesimi in funzione, per esempio, del volume degli immobili, è in linea di principio inammissibile». Vgl. auch Urteil des BGE 5A_1015/2019 vom

nur dann, wenn eine separate Buchführung und Abrechnung aufgrund der tatsächlichen Begebenheiten schlicht nicht machbar oder in praktischer Hinsicht völlig übertrieben erscheint.¹⁰² Oder anders formuliert: Eine schematische Aufteilung ist nur ausnahmsweise und unter sehr restriktiven Bedingungen zulässig^{103, 104} Soweit ersichtlich gilt dieser Grundsatz für die Subunternehmer etwas weniger absolut.¹⁰⁵ Trotzdem ist diese Rechtsprechung des Bundesgerichts m.E. abzulehnen. Dem Handwerker oder Unternehmer wird damit oftmals ein unverhältnismässiger Verwaltungsaufwand zugemutet, der in der Praxis schlicht nicht geleistet werden kann und dazu führt, dass der Pfandrechtsschutz ausgehöhlt wird. Sinnvollerweise sollte an den der fraglichen Rechtsprechung zugrunde liegenden Grundsätzen zwar festgehalten, den Handwerkern und Unternehmern aber ein angemessener Spielraum eingeräumt werden.¹⁰⁶

Ob die Leistungen aufgrund eines einzigen oder aber von mehreren Verträgen erbracht wurden, ist nicht relevant.¹⁰⁷ Die Ausgestaltung der (schuldrechtlichen) Vertragsverhältnisse zwischen den involvierten Parteien (Eigentümer – Handwerker oder Unternehmer; Unternehmer – Subunternehmer etc.) hinsichtlich der Art der Vergütung (z.B. Global- oder Pauschalpreis¹⁰⁸) ist so dann nicht bedeutsam, zumal es ausschliesslich um die (sachenrechtliche)

10. Juni 2020 E. 5.2.3 sowie Urteil des BGer 5A_924/2014 vom 7. Mai 2015 E. 4.1.3.1.

¹⁰² BGE 146 III 7 E. 4.1 S. 11 f.; Urteil des BGer 5A_682/2010 vom 24. Oktober 2011 E. 3.3.

¹⁰³ BGE 146 III 7 E. 4.1.2 S. 12: «Modalità di suddivisione maggiormente schematiche possono entrare in linea di conto solo eccezionalmente, a condizioni restrittive e ben circoscritte».

¹⁰⁴ Gemäss Urteil des BGer 5A_682/2010 vom 24. Oktober 2011 E. 3.3, ist eine solche Ausnahme etwa dann gegeben, wenn während der Bauarbeiten mehrmals ein Vermessungsingenieur beigezogen werden müsste, damit nachträglich bestimmt werden könnte, welchem Grundstück die Bauarbeiten zugutegekommen sind.

¹⁰⁵ BGE 146 III 7 E. 4.1.3 S. 12 f.

¹⁰⁶ Vgl. dazu auch oben Ziff. 2.5.

¹⁰⁷ Urteil des BGer 5A_924/2014 vom 7. Mai 2015 E. 4.1.3.1.

¹⁰⁸ Vgl. dazu GAUCH, Rz. 900 ff., Rz. 910; GAUCH/STÖCKLI, SIA Komm., N 1.1 ff. zu Art. 40 sowie Art. 38 ff. SIA-Norm 118.

Pfandsumme (= Haftungssumme)¹⁰⁹ und damit um die Höhe der Belastung der Stockwerkeigentumsanteile geht.¹¹⁰

Ebenfalls ohne Bedeutung ist, ob der Besteller der Leistungen (etwa aufgrund von Verträgen mit Dritten) ein Interesse an einer Aufteilung der Leistungen bzw. der Pfandsumme hat.¹¹¹

Die Handwerker und Unternehmer sind nach dem eben Dargelegten gehalten, über ihre Arbeiten und Leistungen für jeden Stockwerkeigentumsanteil gesondert Buch zu führen bzw. separate Abrechnungen zu erstellen.¹¹² Dies kann sich je nach den vertraglichen Grundlagen einfacher oder schwieriger gestalten. Wenn z.B. Leistungen aufgrund eines Einheitspreisvertrages¹¹³ erbracht werden, sind zumindest die Preise für die Leistungen je Mengeneinheit im Leistungsverzeichnis¹¹⁴ definiert. Analog verhält es sich, wenn zwar eine Pauschale vereinbart wurde, diese jedoch auf einem pauschalierten Leistungsverzeichnis mit Einheitspreisen¹¹⁵ basiert.

Da nur für die noch offene Vergütungsforderung ein Pfandrecht zur Eintragung gebracht werden kann, sind sämtliche Zahlungen¹¹⁶ abzuziehen. Dabei stellt sich die Frage, wie diese Zahlungen anzurechnen bzw. den einzelnen Stockwerkeigentumsanteilen zuzurechnen sind. Liegen separate Verträge vor, bestehen auch einzelne Forderungen und die Zurechnung erfolgt nach Art. 86 f. OR. Mehrere verschiedene Forderungen können aber auch durch unterschiedliche Vergütungsarten aufgrund eines einzigen Vertrages entstehen.¹¹⁷ Auch

¹⁰⁹ Entgegen der Meinung des Bundesgerichts, vgl. Urteil des BGer 5A_1015/2019 vom 10. Juni 2020 E. 5.2.3, geht es hier nicht um die Pfandhaft bzw. deren Umfang (vgl. dazu etwa SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1561 ff. sowie ZOBL/THURNHERR, BK, N 77 ff. zu Art. 884 ZGB).

¹¹⁰ Urteil des BGer 5A_1015/2019 vom 10. Juni 2020 E. 5.2.3. Das Bundesgericht vermischt diese Aspekte jedoch gelegentlich selbst, wenn es z.B. festhält, dass die erbrachten Leistungen getrennt in Rechnung zu stellen seien (vgl. Urteil des BGer 5A_682/2010 vom 24. Oktober 2011 E. 3.2). Die Verrechnung der fraglichen Leistungen richtet sich nämlich ausschliesslich nach den vertraglichen Grundlagen.

¹¹¹ Urteil des BGer 5A_1015/2019 vom 10. Juni 2020 E. 5.2.3.

¹¹² Urteil des BGer 5A_924/2014 vom 7. Mai 2015 E. 4.1.3.1 («tenir un décompte séparé de leurs travaux pour chaque immeuble»).

¹¹³ Vgl. dazu GAUCH, Rz. 915 ff.; GAUCH/STÖCKLI, SIA Komm., N 1 ff. zu Art. 39 sowie Art. 39 SIA-Norm 118.

¹¹⁴ Vgl. Art. 39 Abs. 1 SIA-Norm 118.

¹¹⁵ Vgl. dazu GAUCH, Rz. 932 f. sowie GAUCH/STÖCKLI, SIA Komm., N 1 ff. zu Art. 39 SIA-Norm 118.

¹¹⁶ Z.B. Abschlagszahlungen gemäss Art. 144 ff. SIA-Norm 118.

¹¹⁷ Z.B. Abrechnung aufgrund von Pauschalpreisen sowie Rechnungsstellung für Regiearbeiten (vgl. dazu Art. 55 sowie Art. 153 SIA-Norm 118).

diesbezüglich erfolgt die Zurechnung gemäss Art. 86 f. OR. Hinsichtlich jeder einzelnen Forderung ist sodann Art. 85 OR massgebend. Wurde nur ein Vertrag für sämtliche Leistungen abgeschlossen, sind die entsprechenden Rechnungen bzw. deren Texte und Beilagen von erheblicher Bedeutung. Anhand dieser ist zu ermitteln, auf welche Leistungen sie sich beziehen und welche Leistungen entsprechend bezahlt wurden.¹¹⁸ Bedeutsam sind in diesem Zusammenhang etwa die Aufstellungen der erbrachten Leistungen bei Abschlagsrechnungen.¹¹⁹ Im Übrigen sind auch hier die Art. 85 ff. OR anwendbar.

Nach Ablauf der Eintragsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB¹²⁰ ist eine Belastung von Stockwerkeigentumsanteilen, hinsichtlich derer kein Bauhandwerkerpfandrecht vorgemerkt wurde, nicht mehr möglich.¹²¹ Auch eine Erhöhung der Pfandsumme im Verfahren auf definitive Eintragung ist ausgeschlossen.¹²² Möglich ist lediglich deren Herabsetzung.

3.2 Hinweise für die Anwaltstätigkeit

Da der Handwerker oder Unternehmer die erbrachten Leistungen für jeden einzelnen Stockwerkeigentumsanteil zu substantiieren und zu belegen hat¹²³, sind diesbezügliche Urkunden von zentraler Bedeutung.¹²⁴ In Betracht kommen etwa Verträge und insb. Leistungsverzeichnisse bzw. Leistungsbeschriebe¹²⁵, Pläne, Rapporte, Sitzungsprotokolle, Baustellenkorrespondenz, Ausmassbelege,

¹¹⁸ Vgl. auch SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 846.

¹¹⁹ Art. 144 Abs. 2 SIA-Norm 118: «Jedes Zahlungsbegehren gibt den Betrag der verlangten Abschlagszahlung an. Es ist begleitet von einer überprüfbaren Aufstellung aller seit Arbeitsbeginn bis zum Ende des Rechnungsmonates erbrachten Leistungen des Unternehmers; bei Leistungen zu Einheitspreisen sind die endgültigen Ausmasse anzugeben, bei Baustelleneinrichtungen zu Global- oder Pauschalpreisen der erreichte Stand gemäss Art. 146 [SIA-Norm 118], bei den übrigen Leistungen zu Global- oder Pauschalpreisen der erreichte Stand in Prozenten ihres vorgesehenen Gesamtumfanges».

¹²⁰ Vgl. dazu unten Ziff. 4.

¹²¹ BGE 126 III 462 E. 2c/bb S. 464 ff.; vgl. etwa auch Urteil des BGer 5A_299/2014 vom 11. Juli 2014 E. 4 und Urteil des BGer 5A_227/2007 vom 11. Januar 2008 E. 2.4.; vgl. auch oben Fn. 50.

¹²² Vgl. etwa SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 848 und unten Ziff. 4.1.

¹²³ Ein strikter Beweis ist erst im Rahmen des Verfahrens betreffend definitive Eintragung verlangt (vgl. dazu SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 1509). Gemäss Art. 8 ZGB treffen die Folgen der Beweislosigkeit den Handwerker oder Unternehmer.

¹²⁴ Im summarischen Verfahren betreffend provisorische Eintragung (Vormerkung) ist der Beweis (zum Beweismass vgl. Art. 261 Abs. 1 ZPO und unten Ziff. 7.6/b) grundsätzlich durch Urkunden zu erbringen (Art. 254 Abs. 1 ZPO).

¹²⁵ Vgl. Art. 40 Abs. 2 SIA-Norm 118.

Rechnungen und Lieferscheine, Fotos etc. Diese Unterlagen sind sofort zu beschaffen.

Im Rahmen des summarischen Verfahrens betreffend Vormerkung eines Bauhandwerkerpfandrechts genügt es, die Zurechnung der Leistungen anhand von Leistungsverzeichnissen vorzunehmen. Eine weitergehende Substantiierung wird (bislang) regelmässig nicht verlangt.¹²⁶ Generelle Positionen (insb. Baustelleninstallation) können dabei den in Frage stehenden Stockwerkeigentumsanteilen im Verhältnis der spezifischen Leistungen zur Gesamtsumme (prozentual) zugerechnet werden.¹²⁷

Werden Bauleistungen aufgrund eines Pauschal- oder Globalpreisvertrages, jedoch ohne pauschaliertes Leistungsverzeichnis oder sonstige Preisangaben erbracht, stellt sich die Frage, wie die zugunsten der einzelnen Stockwerkeigentumsanteile erbrachten Leistungen bzw. die entsprechenden Kosten aufzuteilen sind. Die Leistungen als solche können etwa anhand von Plänen (Planausmass¹²⁸) oder Ausmassbelegen (tatsächliches Ausmass¹²⁹), Lieferscheinen, Geländeaufnahmen, Rapporten etc. belegt werden. Einheitspreise gibt es jedoch in einem solchen Fall nicht. Dementsprechend drängen sich etwa Kalkulationspreise, Rechnungen für Material oder Richtpreise auf. Zudem ist im Verfahren betreffend provisorische Eintragung (Vormerkung) ein angemessener Zuschlag von ca. 10 bis 20% (entsprechende Erhöhung der Pfandsummen) vorzunehmen bzw. zu beantragen.¹³⁰

Da in der Zurechnung auch sämtliche Zahlungen relevant sind, müssen auch umgehend alle Rechnungen, Zahlungsvermerke, Zahlungsbegehren, Aufstellungen betreffend erbrachte Leistungen etc. sowie Angaben betreffend Zahlungseingänge eingefordert werden.

Sind für den Nachweis und die Substantiierung der erbrachten Leistungen Unterlagen erforderlich, über welche der Handwerker oder Unternehmer nicht verfügt, müssen entsprechende Editionsbegehren gestellt werden.¹³¹

¹²⁶ Vgl. dazu etwa Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 26. Februar 2021, HE200486 E. 4.3.2 S. 7 f.

¹²⁷ Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 26. Februar 2021, HE200486 E. 4.3.3 S. 8 f.

¹²⁸ Art. 143 SIA-Norm 118.

¹²⁹ Art. 141 SIA-Norm 118.

¹³⁰ Urteil des BGer 5A_924/2014 vom 7. Mai 2015 E. 4.1.4; Urteil des BGer 5A_933/2014 vom 16. April 2015 E. 3.3.2; Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 26. Februar 2021, HE200486 E. 4.3.3 S. 8 f.; vgl. auch SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 850.

¹³¹ Vgl. Art. 160 ZPO sowie Urteil des BGer 5A_1015/2019 vom 10. Juni 2020 E. 5.2.3.

Je nach den konkreten Umständen kann eine Zuordnung der erbrachten Arbeit und des gelieferten Materials derart aufwendig und komplex sein, dass entgegen dem allgemeinen Grundsatz eine Aufteilung ausnahmsweise aufgrund eines angemessenen (abstrakten) Schlüssels (Flächen, Kubaturen, Quoten) zulässig ist. Dies gilt wie erwähnt etwa für die Baustelleninstallation¹³² und generell dann, wenn die Abgrenzung praktisch nicht durchführbar ist.¹³³ Angesichts der enorm restriktiven Rechtsprechung des Bundesgerichts ist diesbezüglich jedoch grosse Vorsicht angebracht. Zu beachten ist dabei auch, dass die besonderen Umstände des Einzelfalles, welche eine konkrete Zurechnung nicht erlauben, detailliert darzulegen und zu beweisen sind. Allein die Geltendmachung von diesbezüglichen Schwierigkeiten ist dabei keineswegs ausreichend.¹³⁴

Im Rahmen der Situationsbeurteilung des konkreten Falles empfiehlt es sich, Handwerker und Unternehmer auch hinsichtlich Vertragsgestaltung¹³⁵, Abrechnungsmodalitäten¹³⁶, Handhabung von Rapporten¹³⁷ sowie der Dokumentation von Leistungen im Generellen¹³⁸ zu beraten. Sind sich diese

¹³² Vgl. dazu insb. Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 26. Februar 2021, HE200486 E. 4.3 S. 6 f.

¹³³ Vgl. dazu BGE 146 III 7 E. 4.1 und E. 4.4.1 S. 11 ff. sowie Urteil des BGer 5A_682/2010 vom 24. Oktober 2011 E. 3.3, wie auch oben in Ziff. 3.1.

¹³⁴ BGE 146 III 7 E. 4.1.1 und E. 4.4.1 S. 11 ff.: «Anche per questa censura vale quanto appena detto: incombeva alla ricorrente esporre in modo chiaro e dettagliato le peculiarità della costruzione, evidenziando posizione e dimensione delle parti comuni, e soprattutto spiegando per quale ragione nel caso delle costruzioni presentemente in discussione non sarebbe stato possibile, o almeno ragionevolmente esigibile [...], prevedere sin dall'inizio metodi di fatturazione separati per ogni unità. A tal fine, se non si vuol sminuire la portata eccezionale di metodi di calcolo schematici, non basta certo limitarsi a menzionare la presenza di fattori suscettibili di rendere difficile un tale calcolo individualizzato. Ora, la ricorrente non pretende – e ancora meno dimostra, mediante puntuali rinvii alle proprie comparse processuali – di aver sostanzialmente a sufficienza l'eccezionalità della situazione. Ciò premesso, ogni disquisizione relativa al calcolo delle superfici – sottinteso: delle varie unità, non relative alle prestazioni asseritamente inscindibili – si rivela inutile».

¹³⁵ Z.B. detaillierte Leistungsbeschreibungen pro Stockwerkeigentumseinheit mit Preisangaben in Pauschalverträgen, Festlegung von Regieansätzen, Vereinbarung von Teilzahlungsplänen (Art. 147 SIA-Norm 118).

¹³⁶ Aufgeschlüsselte Rechnungen pro Stockwerkeigentumseinheit mit Leistungsangaben.

¹³⁷ Notwendigkeit von (datierten) Tagesrapporten (inkl. Beschreibung der ausgeführten Arbeiten pro Stockwerkeigentumseinheit und Arbeitsstunden der eingesetzten Mitarbeiter etc.; vgl. auch Art. 36 Abs. 4 SIA-Norm 118) sowie (wenn möglich vom Besteller bzw. der Bauleitung unterzeichneten) Regierapporten (vgl. Art. 47 SIA-Norm 118).

¹³⁸ Z.B. schriftliche Dokumentation bzw. Vereinbarung von Bestellungsänderungen (vom Besteller unterzeichnete Nachträge mit Leistungsbeschreibung und Angaben ob bzw. wel-

der entsprechenden Problematik vorher nicht bewusst, können so zumindest künftige Verfahren erfolgreich gestaltet oder immerhin deren Vorbereitung vereinfacht werden.

Stockwerkeigentümern ist zu empfehlen, einen gewissen Aufwand für die Prüfung von Gesuchen wie auch Klagen betreffend Vormerkung/Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten bzw. die dafür anfallenden Kosten auf sich zu nehmen, da die Hürden für die Handwerker und Unternehmer – insbesondere dann, wenn sie nicht professionell beraten sind – durchaus hoch sein können.

4. Die Eintragsfrist

4.1 Bundesrechtliche Verwirkungsfrist

Gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB hat die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts bis spätestens vier Monate nach der Vollendung¹³⁹ der Arbeit zu erfolgen. Dabei handelt es sich um eine bundesrechtliche Verwirkungsfrist, deren Ablauf das Erlöschen des Eintragsanspruches zur Folge hat (ohne Möglichkeit der Erstreckung oder Unterbrechung).¹⁴⁰ Demzufolge ist der Ablauf der Frist auch von Amtes wegen zu berücksichtigen.¹⁴¹ Fristwährend ist die Einschreibung der Anmeldung der Vormerkung (provisorische Eintragung) im Tagbuch.¹⁴²

Aufgrund der Rechtsnatur der Eintragsfrist ist eine Belastung nach Ablauf der Frist und damit auch eine Erhöhung der Pfandsumme¹⁴³ oder auch die «Übertragung» von Bauhandwerkerpfandrechten auf andere Grundstücke (etwa Stockwerkeigentumsanteile) ausgeschlossen.¹⁴⁴

che Stockwerkeigentumseinheiten betroffen sind), Zahlungsbegehren betreffend Abschlagszahlungen gemäss den Vorgaben von Art. 144 Abs. 2 SIA-Norm 118, Berücksichtigung von Art. 156 SIA-Norm 118 etc.

¹³⁹ Vgl. dazu etwa THURNHERR, BSK ZGB II, N 29 zu Art. 839/840 ZGB.

¹⁴⁰ BGE 126 III 462 E. 2c/aa S. 464 f.; THURNHERR, BSK ZGB II, N 23 zu Art. 837/838 ZGB und N 29 zu Art. 839/840 ZGB; LEEMANN, BK, N 9 zu Art. 839 ZGB; THURNHERR, ZBJV 2006, S. 921 f. sowie insb. VON TUHR/ESCHER, S. 161 f.

¹⁴¹ VON TUHR/ESCHER, S. 162.

¹⁴² Art. 76 Abs. 3 GBV; vgl. dazu auch THURNHERR, BSK ZGB II, N 31 zu Art. 839/840 ZGB m.w.Verw. sowie SCHUMACHER, ZBGR 2014, S. 36 ff.

¹⁴³ Vgl. dazu auch oben Ziff. 3.1 und SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 848.

¹⁴⁴ BGE 126 III 462 E. 2c/bb S. 465; vgl. etwa auch Urteil des BGer 5A_299/2014 vom 11. Juli 2014 E. 4; Urteil des BGer 5A_227/2007 vom 11. Januar 2008 E. 2.4 sowie SCHUMACHER, ZBGR 2014, S. 26 sowie 35 f. Dies folgt nur schon daraus, dass die

4.2 Horizontales Stockwerkeigentum¹⁴⁵

In Anbetracht der Besonderheiten des Stockwerkeigentums (gemeinschaftliche Bauteile und Sonderrechtsbereiche sowie mehrere Grundstücke) stellt sich die Frage, wie sich der Fristenlauf in den verschiedenen Fällen gestaltet.

Werden ausschliesslich Bauleistungen für gemeinschaftliche Bauteile erbracht, beginnt die Eintragsfrist einheitlich mit der Vollendung der entsprechenden Arbeiten zu laufen.¹⁴⁶

Handelt es sich um Bauleistungen, welche einzig Sonderrechtsbereiche zum Gegenstand haben, unterliegen diese hinsichtlich jeder einzelnen Stockwerkeigentumseinheit einem getrennten Fristenlauf.¹⁴⁷ Entsprechend verhält es sich m.E. auch betreffend Bauleistungen, welche zwar für gemeinschaftliche Bauteile erbracht werden, an denen jedoch ein besonderes Nutzungsrecht besteht.¹⁴⁸

Hat der Handwerker oder Unternehmer für den gleichen Besteller sowohl Leistungen für gemeinschaftliche Bauteile als auch solche für Bauteile im Sonderrecht erbracht, ist zu differenzieren: Mit der Vollendung der Arbeiten an Bauteilen im Sonderrecht beginnt für diese die Eintragsfrist zu laufen. Betreffend die Arbeiten an gemeinschaftlichen Teilen beginnt die Frist erst dann zu laufen, wenn sämtliche diese betreffenden Arbeiten vollendet sind.¹⁴⁹ Allenfalls bilden Leistungen für gemeinschaftliche Bauteile und für solche im

provisorische Eintragung (Vormerkung) zur Folge hat, dass die spätere (definitive) Eintragung hinsichtlich deren Wirkungen auf den Tag der Vormerkung zurückbezogen wird (Art. 961 Abs. 2 i.V.m Art. 972 ZGB).

¹⁴⁵ Vgl. dazu oben Fn. 56.

¹⁴⁶ Urteil des BGer 5A_282/2016 vom 17. Januar 2017 E. 7.1; THURNHERR, BSK ZGB II, N 30 zu Art. 839/840 ZGB; THURNHERR, Diss., Rz. 595; SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 1220; ZOBL, Bauhandwerkerpfandrecht, S. 149; STEINAUER, Rz. 2890h; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1761.

¹⁴⁷ BGE 112 II 214 E. 4 S. 218 ff.; Urteil des BGer 5A_282/2016 vom 17. Januar 2017 E. 7.1; THURNHERR, BSK ZGB II, N 30 zu Art. 839/840 ZGB; THURNHERR, Diss., Rz. 595; SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 1215; ZOBL, Bauhandwerkerpfandrecht, 149; STEINAUER, Rz. 2890h; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1761.

¹⁴⁸ THURNHERR, Diss., Rz. 595; BRITSCHGI, S. 195, Fn. 997.

¹⁴⁹ Urteil des BGer 5A_282/2016 vom 17. Januar 2017 E. 7.1.

Sonderrecht eine funktionale Einheit.¹⁵⁰ In diesem Fall ist von einem einheitlichen Fristenlauf auszugehen.¹⁵¹

4.3 Vertikales oder kombiniertes Stockwerkeigentum¹⁵²

Auch bei Mehrhausanlagen (also vertikalem oder kombiniertem Stockwerkeigentum) ist zwischen Bauleistungen zu unterscheiden, welche für gemeinschaftliche Bauteile erbracht wurden und solchen, die Sonderrechtsbereiche betreffen.

Hinsichtlich der Sonderrechtsbereiche gilt der erwähnte Grundsatz des getrennten Fristenlaufs.¹⁵³ Bei Leistungen für gemeinschaftliche Bauteile beginnt die Eintragsfrist grundsätzlich für jedes Gebäude gesondert zu laufen.¹⁵⁴ Anders verhält es sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts aber auch hier, wenn die Leistungen für verschiedene Gebäude eine funktionale Einheit bilden:

*«Wenn aber für mehrere Gebäude auf einem einzigen Grundstück vom gleichen Unternehmer aufgrund eines einzigen Werkvertrages eine zusammengehörende Bauleistung sukzessive erbracht wird, liegt eine einheitliche Leistung vor, für die eine einheitliche Eintragsfrist gilt».*¹⁵⁵

Entscheidend ist jedoch zusätzlich, dass die fraglichen Arbeiten in einem Zug ausgeführt werden und sich zeitlich überlagern.¹⁵⁶ Nur so kann verhindert werden, dass die Stockwerkeigentümer allenfalls noch jahrelang mit dem Risiko der Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten konfrontiert sind.

¹⁵⁰ Z.B. Heizungsanlage mit Leitungen zu den einzelnen Sonderrechtsbereichen wie auch Leitungen in den Sonderrechtsbereichen. Vgl. dazu SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 1186 ff. sowie ZOBL, Bauhandwerkerpfandrecht, S. 147 und THURNHERR, BSK ZGB II, N 30 zu Art. 839/840 ZGB.

¹⁵¹ BGE 125 III 113 E. 3b S. 118 f.; Urteil des BGer 5A_282/2016 vom 17. Januar 2017 E. 7.1; SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 1195, 1226; THURNHERR, BSK ZGB II, N 30 zu Art. 839/840 ZGB.

¹⁵² Vgl. dazu oben Fn. 56.

¹⁵³ BGE 125 III 113 E. 3a S. 116 ff.

¹⁵⁴ BGE 125 III 113 E. 3b S. 118 f.; THURNHERR, Diss., Rz. 596.

¹⁵⁵ BGE 125 III 113 E. 3b S. 118 f.; BGE 111 II 343 E. 2c S. 345 f.

¹⁵⁶ BGE 125 III 113 E. 3b S. 118 f.; BGE 111 II 343 E. 2c S. 345 f.; vgl. auch SCHUMACHER, CHK, N 9a zu Art. 839 ZGB sowie SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 1202 f.

4.4 Begründung von Stockwerkeigentum während laufenden Bauarbeiten

Wird Stockwerkeigentum während laufenden Bauarbeiten begründet¹⁵⁷, kann es durchaus vorkommen, dass die Handwerker und Unternehmer (mangels entsprechender Mitteilung) davon keine Kenntnis haben. Dies wiederum kann dazu führen, dass Eintragungsfristen zu laufen beginnen, ohne dass sich die Handwerker und Unternehmer dessen bewusst sind.

Nach SCHUMACHER soll die Berufung auf ein Fristversäumnis im Einzelfall rechtsmissbräuchlich (Art. 2 Abs. 2 ZGB) sein, wenn die Handwerker oder Unternehmer nicht über die Begründung von Stockwerkeigentum informiert wurden. Darauf soll sich ein Handwerker oder Unternehmer jedoch nicht berufen können, wenn die Aufteilung des Grundstücks in Stockwerkeigentum bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit (Art. 3 Abs. 2 ZGB) erkennbar gewesen wäre.¹⁵⁸

Diese Auffassung ist m.E. abzulehnen. Wie bereits erwähnt, handelt es sich bei der Eintragsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB um eine bundesrechtliche Verwirkungsfrist, deren Ablauf das Erlöschen des Eintragsanspruches zur Folge hat.¹⁵⁹ Zwar ist allein deshalb eine Fristverlängerung nicht per se ausgeschlossen.¹⁶⁰ So kann die Einwendung der Verwirkung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts etwa dann rechtsmissbräuchlich sein, wenn sie sich aus den Folgen des eigenen Verhaltens des Einwendenden ergibt.¹⁶¹ Im vorliegenden Kontext ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Eintragsfrist insb. auch Dritte schützt (Dritterwerber). Aus diesem Grund muss vier Monate nach Vollendung der Bauarbeiten absolute Gewissheit bestehen, dass es nicht mehr zur Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten kommen kann.¹⁶² Daraus wiederum ergibt sich, dass selbst rechtsmissbräuchliches Verhalten nicht zu einer Verlängerung der Eintragsfrist führen kann.¹⁶³

¹⁵⁷ Vgl. dazu auch oben Ziff. 2.6/b.

¹⁵⁸ SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 1227 ff.

¹⁵⁹ Vgl. dazu oben Ziff. 4.1.

¹⁶⁰ Vgl. dazu etwa VON TUHR/ESCHER, S. 162, Fn. 14 sowie BGE 46 II 90 S. 93 f.; BGE 83 II 93 S. 98 f.; BGE 103 II 15 E. 3b S. 20.

¹⁶¹ Vgl. etwa BGE 83 II 93 S. 98 f. sowie BGE 103 II 15 E. 3b S. 20. Dieses vorgängige Verhalten muss dabei nicht arglistig sein.

¹⁶² Bei Art. 839 Abs. 2 ZGB handelt es sich demnach um einen Anwendungsfall einer sog. «starrten Norm» (vgl. dazu EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, BK, N 373 zu Art. 1 ZGB).

¹⁶³ Vgl. dazu auch LEEMANN, BK, N 10 f. zu Art. 839 ZGB.

Von den Handwerkern und Unternehmern muss damit erwartet werden, dass sie allenfalls Grundbuchrecherchen vornehmen und damit sicherstellen, dass sie allfällige Veränderungen hinsichtlich der Grundlagen des Fristenlaufs erkennen und sich nach diesen richten können.¹⁶⁴

4.5 Hinweise für die Anwaltstätigkeit

Grundsätzlich sollte mit der Einreichung des Gesuches betreffend provisorische Eintragung (Vormerkung) nicht bis kurz vor Fristende zugewartet werden. Damit entzieht man sich nämlich die Möglichkeit, allenfalls eine zweite Eingabe zu machen.

Beim geringsten Zweifel ist vom ungünstigsten in Frage kommenden Fristbeginn auszugehen.

Insbesondere dann, wenn es sich um Anlagen handelt, welche von ihrer Ausgestaltung her als Stockwerkeigentumsobjekte in Frage kommen, sollte in sinnvollen Abständen kontrolliert werden, ob sich Veränderungen hinsichtlich der Eigentumsform ergeben haben.

Das Vorliegen von Rapporten, Lieferscheinen etc. ist für den Nachweis der letzten Vollendungsarbeiten¹⁶⁵ von entscheidender Bedeutung. Es empfiehlt sich deshalb, Handwerker und Unternehmer allenfalls für zukünftige Fälle betreffend sinnvolle Ablauf- und Dokumentationsprozesse zu beraten.¹⁶⁶

5. Der Pfandgläubiger

Die Bestimmung der pfandberechtigten Personen und damit auch die Qualifikation der erbrachten Leistungen gehören zweifellos zu den schwierigeren Fragen im Zusammenhang mit dem Bauhandwerkerpfandrecht. Im Zusammenhang mit Stockwerkeigentum sind dabei jedoch keine effektiven Sonderprobleme zu verzeichnen, weshalb grundsätzlich auf die Literatur zum Bauhandwerkerpfandrecht verwiesen werden kann.¹⁶⁷

¹⁶⁴ So wohl auch BGE 112 II 214 E. 4a S. 218 f.

¹⁶⁵ Vgl. dazu THURNHERR, BSK ZGB II, N 29 zu Art. 839/840 ZGB.

¹⁶⁶ Vgl. dazu oben Ziff. 3.2.

¹⁶⁷ Vgl. dazu etwa THURNHERR, BSK ZGB II, N 3 ff. zu Art. 839/840 ZGB; SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 291 ff., 342 ff., 405 ff., 524 ff.; SCHUMACHER, Ergänzungsband, Rz. 27 ff., 113 ff., 180 ff.; ZOBL, Bauhandwerkerpfandrecht, S. 79 ff. sowie THURNHERR, ZBJV 2006, S. 911 ff.

Hinzuweisen ist allenfalls auf die nachfolgenden Aspekte: Handwerker oder Unternehmer können auch Arbeitsgemeinschaften (ARGE) sein.¹⁶⁸ Die entsprechenden Gesellschafter¹⁶⁹ sind solidarisch verpflichtet, die vereinbarten Leistungen zu erbringen.¹⁷⁰ Den Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts haben sie gemeinsam geltend zu machen.¹⁷¹ Hinsichtlich Subunternehmer ist weiter zu erwähnen, dass diese auch dann pfandberechtigt sind, wenn mit dem unmittelbaren Baugläubiger vereinbart wurde, dass keine Leistungen durch Subunternehmer erbracht werden dürfen.¹⁷²

Da sich im Zusammenhang mit der Pfandberechtigung für die Handwerker und Unternehmer generell diverse Herausforderungen ergeben können, sei auch hier nochmals darauf hingewiesen, dass Stockwerkeigentümern zu empfehlen ist, Eintragungsgesuche bzw. Klagen auf definitive Eintragung professionell prüfen zu lassen.

6. Der pfandrechtsbelastete Grundeigentümer

6.1 Der jeweilige Grundeigentümer

a) Grundlagen

Beim Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts handelt es sich um eine Realobligation¹⁷³.¹⁷⁴ Daraus folgt, dass sich der Eintragungsanspruch

¹⁶⁸ THURNHERR, ZBJV 2006, S. 913, Fn. 9.

¹⁶⁹ Bei Arbeitsgemeinschaften handelt es sich um einfache Gesellschaften nach Art. 530 ff. OR.

¹⁷⁰ Art. 544 Abs. 3 OR.

¹⁷¹ Sämtliche Gesellschafter sind als Pfandgläubiger in das Grundbuch einzutragen. Sodann bilden die Gesellschafter eine notwendige Streitgenossenschaft (Art. 70 ZPO; vgl. dazu auch GAUCH, Rz. 243 ff. und SCHUMACHER, Komplexitätsfallen, S. 81).

¹⁷² Vgl. dazu insb. ZOBL/THURNHERR, Bauhandwerkerpfandrecht, S. 489 ff., 492 sowie BGE 105 II 264 E. 2 S. 266 f. und Urteil des BGer 5A_282/2016 vom 17. Januar 2017 E. 3.2.2. Zur Doppelzahlungsproblematik vgl. insb. ZOBL/THURNHERR, Bauhandwerkerpfandrecht, S. 493 ff.

¹⁷³ Darunter ist ein Schuldverhältnis zu verstehen, bei welchem die Person des Schuldners oder des Gläubigers oder beider zusammen durch ihre dingliche Berechtigung an einer Sache (insb. Eigentum) oder durch den Besitz an einer Sache bestimmt werden (VON TUHR/PETER, S. 22).

¹⁷⁴ Vgl. dazu insb. THURNHERR, ZBJV 2006, S. 912 m.w.Verw.

gegen den jeweiligen Eigentümer desjenigen Grundstücks richtet, dem die Bauleistungen zugekommen sind.¹⁷⁵

Aus diesem Grundsatz ergibt sich die Schlussfolgerung, dass sich das Gesuch betreffend provisorische Eintragung (Vormerkung) gegen den (aktuellen) Eigentümer¹⁷⁶ des zu belastenden Grundstücks richten muss (Passivlegitimation)¹⁷⁷ und dieser – also der Gesuchsgegner – im Zeitpunkt der Einschreibung der Vormerkung im Tagebuch¹⁷⁸ immer noch der Eigentümer dieses Grundstücks sein muss.¹⁷⁹ Die gerichtliche Anmeldung der Vormerkung ist sofort nach deren Eingang beim Grundbuchamt in das Tagebuch einzuschreiben (Art. 81 Abs. 1 lit. a GBV). Sofern es Differenzen zwischen der Anmeldung und dem im Grundbuch eingetragenen Eigentümer gibt, hat der Grundbuchverwalter die Anmeldung abzuweisen.¹⁸⁰

Das eben Dargelegte gilt analog auch für die Klage auf definitive Eintragung. Diese hat sich gegen den (aktuellen) Eigentümer des zu belastenden Grundstücks zu richten (Passivlegitimation).¹⁸¹

Der Vollständigkeit halber sei noch darauf verwiesen, dass es vor dem ausgeführten Hintergrund unerheblich ist, ob der passivlegitimierte Grundeigentümer auch der Vertragspartner des Handwerkers oder Unternehmers ist. Vielmehr richtet sich der Eintragungsanspruch nach der Rechtsprechung des

¹⁷⁵ THURNHERR, ZBJV 2006, S. 917 f. Sodann kann der Eintragungsanspruch auch dann durchgesetzt werden, wenn das Grundstück Gegenstand eines Zwangsvollstreckungsverfahrens ist (vgl. dazu insb. THURNHERR, Konkurs, S. 52).

¹⁷⁶ Abzustellen ist auf den Eintrag im Tagebuch (Art. 972 Abs. 1 und 2 ZGB; vgl. auch ZOBL, Grundbuchrecht, Rz. 255 sowie SCHUMACHER, Komplexitätsfallen, S. 83).

¹⁷⁷ THURNHERR, BSK ZGB II, N 24a zu Art. 839/840 ZGB; ZOBL, Bauhandwerkerpfandrecht, S. 78; SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 852 ff., 1363 ff. sowie SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1728 und STEINAUER, Rz. 2882b.

¹⁷⁸ Dabei handelt es sich um den entscheidenden Zeitpunkt hinsichtlich der Eigentümerschaft wie auch betreffend die Wahrung der Eintragsfrist (vgl. dazu oben Ziff. 4.1). Hintergrund ist dabei der Umstand, dass die provisorische Eintragung (Vormerkung) zur Folge hat, dass die spätere (definitive) Eintragung hinsichtlich deren Wirkungen auf den Tag der Vormerkung zurückbezogen wird (Art. 961 Abs. 2 i.V.m. Art. 972 ZGB).

¹⁷⁹ Vgl. etwa SCHUMACHER, Komplexitätsfallen, S. 81 ff. sowie SCHUMACHER, Herausforderungen, S. 113.

¹⁸⁰ Vgl. dazu THURNHERR, BSK ZGB II, N 24a zu Art. 839/840 ZGB; SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 1544 m.w.Verw. sowie SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1729 m.w.Verw.

¹⁸¹ THURNHERR, BSK ZGB II, N 24a zu Art. 839/840 ZGB; ZOBL, Bauhandwerkerpfandrecht, S. 78; SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 1466 ff. sowie SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1728 und STEINAUER, Rz. 2882b.

Bundesgerichts und der wohl überwiegenden Auffassung in der Lehre gar gegen den (gutgläubigen) Dritterwerber eines Grundstücks.¹⁸²

b) Eigentümerwechsel¹⁸³

Denkbar sind die nachfolgenden Konstellationen:

- Eigentümerwechsel vor dem summarischen Verfahren betreffend provisorische Eintragung (Vormerkung): Das Gesuch der Handwerker oder Unternehmer hat sich gegen den neuen Eigentümer zu richten.¹⁸⁴
- *Eigentümerwechsel während des summarischen Verfahrens*: Ein Eigentümerwechsel während des summarischen Verfahrens hat nur dann einen Parteiwechsel zur Folge, wenn der neue Eigentümer des Grundstücks gemäss Art. 83 Abs. 1 ZPO¹⁸⁵ in den Prozess eintritt.¹⁸⁶ Andernfalls ist das Gesuch des Handwerkers oder Unternehmers unter Kostenfolgen für den Veräusserer (= Gesuchsgegner) abzuweisen.¹⁸⁷ Zudem muss dem Handwerker oder Unternehmer eine Frist zur Einreichung eines Gesuchs gegen den neuen Eigentümer angesetzt werden.¹⁸⁸
- Eigentümerwechsel nach Abschluss des summarischen Verfahrens aber vor Rechtshängigkeit der Klage auf definitive Eintragung: Das Gesuch der Handwerker oder Unternehmer hat sich gegen den neuen Eigentümer zu richten.¹⁸⁹

¹⁸² BGE 134 III 147 E. 4.3 S. 150; BGE 92 II 227 E. 1 S. 229 f.; Urteil des BGer 5P.153/2003 vom 11. Dezember 2003 E. 6.2.; THURNHERR, BSK ZGB II, N 23 zu Art. 839/840 ZGB m.w.Verw.

¹⁸³ Vgl. dazu oben Fn. 176.

¹⁸⁴ Vgl. oben Ziff. 6.1 a). Wird im Falle eines Verkaufs des Grundstücks das Gesuch betreffend (super-)provisorische Eintragung (Vormerkung) gegen den Verkäufer und nicht gegen den im Grundbuch eingetragenen Käufer gestellt, muss das Gesuch abgewiesen werden, was häufig die Verwirkung des Eintragungsanspruches zur Folge hat (vgl. auch SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 1383).

¹⁸⁵ Zur Anwendbarkeit im Summarverfahren vgl. Art. 219 ZPO.

¹⁸⁶ Mit dem Einverständnis des Veräusserers, woran es jedoch kaum je fehlen wird. Eine Zustimmung des Gesuchstellers ist jedoch nicht erforderlich (vgl. dazu GRABER, BSK ZPO, N 9 zu Art. 83 ZPO).

¹⁸⁷ GRABER, BSK ZPO, N 17 zu Art. 83 ZPO.

¹⁸⁸ Vgl. dazu THURNHERR, BSK ZGB II, N 24a zu Art. 839/840 ZGB und SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1730 je m.w.Verw.

¹⁸⁹ Vgl. oben Ziff. 6.1 a). Wird im Falle eines Verkaufs des Grundstücks gegen den Verkäufer und nicht gegen den im Grundbuch eingetragenen Käufer geklagt, muss die

- *Eigentümerwechsel während des Verfahrens betreffend definitive Eintragung*: Ein entsprechender Eigentümerwechsel führt nur dann zu einem Parteiwechsel, wenn der Erwerber des Grundstücks gemäss Art. 83 Abs. 1 ZPO in den Prozess eintritt, was selten der Fall sein dürfte. Kommt es nicht zu einem Parteiwechsel, ist die Klage unter Kostenfolgen für den beklagten Veräusserer abzuweisen.¹⁹⁰ Sodann ist dem klagenden Handwerker oder Unternehmer eine Frist zur Anhebung einer Klage gegen den neuen Eigentümer anzusetzen.¹⁹¹

6.2 Belastung des Basisgrundstücks

Soll das Basisgrundstück belastet werden,¹⁹² haben sich Gesuch und Klage gegen sämtliche Eigentümer zu richten.¹⁹³ Unter Umständen handelt es sich um zahlreiche Eigentümer, weshalb sich etwa das Problem der Handänderungen besonders akzentuiert stellen kann.

6.3 Gemeinschaftliches Eigentum

Ist eine Stockwerkeigentumseinheit im Mit- oder Gesamteigentum z.B. eines Ehepaars,¹⁹⁴ müssen sich das Gesuch betreffend provisorische Eintragung (Vormerkung), die gerichtliche Eintragungsverfügung wie auch die Klage auf definitive Eintragung gegen alle gemeinschaftlichen Eigentümer richten.¹⁹⁵

Klage abgewiesen werden, was bei Ablauf einer angesetzten Klagefrist die Verwirkung des Eintragungsanspruches zur Folge haben kann. Vgl. auch SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 1468 sowie THURNHERR, BSK ZGB II, N 24a zu Art. 839/840 ZGB und SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1729 m.w.Verw.

¹⁹⁰ GRABER, BSK ZPO, N 17 zu Art. 83 ZPO.

¹⁹¹ Vgl. dazu THURNHERR, BSK ZGB II, N 24a zu Art. 839/840 ZGB und SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1730 je m.w.Verw.

¹⁹² Vgl. dazu oben Ziff. 2.3.

¹⁹³ THURNHERR, BSK ZGB II, N 24a zu Art. 839/840 ZGB.

¹⁹⁴ Vgl. Art. 712o Abs. 1 ZGB.

¹⁹⁵ Vgl. dazu etwa SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 1366, 1467 sowie SCHUMACHER, Komplexitätsfallen, S. 87.

6.4 Mieterbau

Hinsichtlich Bauarbeiten, welche durch einen Mieter einer Stockwerkeigentumseinheit bestellt werden, ist auf Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 und Abs. 2 ZGB zu verweisen (Voraussetzung der Zustimmung des Eigentümers).¹⁹⁶ Analog verhält es sich auch etwa für Nutzniesser oder Wohnrechtsberechtigte.¹⁹⁷

6.5 Die Stockwerkeigentümergeinschaft als Bestellerin von Bauleistungen

a) Bauliche Massnahmen und Aussenverhältnis der Stockwerkeigentümergeinschaft

Die Stockwerkeigentümergeinschaft tritt im Aussenverhältnis als Einheit in Erscheinung. Insbesondere kann sie unter ihrem Namen rechtsgeschäftlich handeln, also etwa Werkverträge abschliessen.¹⁹⁸ Dies ist Folge davon, dass das Gesetz der Stockwerkeigentümergeinschaft im Aussenverhältnis die Handlungsfähigkeit verliehen hat (Art. 712l ZGB). Diese ist jedoch insofern beschränkt, als dass sie nur den Bereich der gemeinschaftlichen Verwaltung umfasst. Dazu gehören auch die baulichen Massnahmen.¹⁹⁹

Der Vertragsschluss kann bei kleinen Stockwerkeigentümergeinschaften durch sämtliche Stockwerkeigentümer direkt erfolgen. Regelmässig wird die Gemeinschaft jedoch durch den Verwalter vertreten. Die Vertretungsmacht des Verwalters ergibt sich dabei nicht direkt aus dem Gesetz, zumal dem Verwalter auch die Aufgabe des Vollzugs von gefassten Beschlüssen (etwa hinsichtlich baulicher Massnahmen) obliegt (Art. 712s Abs. 1 ZGB). Nicht zu vergessen sind weiter die dringlichen Verwaltungshandlungen (Art. 647 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB und Art. 712s Abs. 1 ZGB) und entsprechenden Massnahmen baulicher Natur, hinsichtlich derer eine gesetzliche Vertretungsmacht des handelnden Stockwerkeigentümers wie auch des Verwalters besteht.²⁰⁰ Generell kann

¹⁹⁶ Vgl. dazu THURNHERR, BSK ZGB II, N 14 zu Art. 839/840 ZGB sowie THURNHERR, ZBGR 2012, S. 83 f. und SCHUMACHER, Herausforderungen, S. 112.

¹⁹⁷ Vgl. dazu THURNHERR, ZBGR 2012, S. 84.

¹⁹⁸ THURNHERR, Diss., Rz. 512 m.w.Verw.

¹⁹⁹ THURNHERR, Diss., Rz. 512 m.w.Verw. sowie Urteil des BGer 5A_831/2020 vom 29. Juni 2021 E. 5.4 (zur Publikation vorgesehen).

²⁰⁰ Zum Ganzen vgl. THURNHERR, Diss., Rz. 513 f. und zu den dringlichen Massnahmen Rz. 153.

festgehalten werden, dass sich ein Dritter (in casu die Handwerker und Unternehmer) grundsätzlich dann auf die Verbindlichkeit von Vertretungshandlungen des Verwalters verlassen darf, wenn sie die gemeinschaftliche Verwaltung betreffen und im Rahmen der gesetzlichen Aufgaben des Verwalters nach Art. 712s Abs. 2 ZGB liegen. Dazu gehört etwa der Abschluss von Werkverträgen betreffend Reparaturen an gemeinschaftlichen Gebäudeteilen.²⁰¹

Für Forderungen im Zusammenhang mit baulichen Massnahmen haftet gegenüber dem Handwerker oder Unternehmer ausschliesslich²⁰² die Stockwerkeigentümergeinschaft mit deren Verwaltungsvermögen (Art. 712l Abs. 1 ZGB). Dementsprechend ist die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer unter ihrem Namen prozess- und betreibungsfähig (Art. 712l Abs. 2 ZGB und Art. 46 Abs. 4 SchKG).²⁰³

Im Innenverhältnis sind bauliche Massnahmen an gemeinschaftlichen Teilen von der Gemeinschaft mit dem entsprechenden Quorum zu beschliessen (Art. 712m Abs. 1 Ziff. 1 ZGB sowie Art. 647c ff. ZGB).²⁰⁴

Für die Handwerker und Unternehmer bedeuten die ausgeführten Grundsätze, dass sie ihre Vergütungsforderungen ausschliesslich gegen die Gemeinschaft geltend machen können.

b) Regelfall: Stockwerkeigentümer als Drittpfandeigentümer

Wie oben ausgeführt, haben die Handwerker und Unternehmer im Falle von Bauleistungen, welche gemeinschaftlichen Bauteilen zukommen, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ein Wahlrecht: Sie können entweder ein Bauhandwerkerpfandrecht zu Lasten des Basisgrundstücks oder aber anteilmässig zu Lasten der einzelnen Stockwerkeigentumsanteile zur Eintragung bringen.²⁰⁵ Dieses Wahlrecht ist jedoch infolge Art. 648 Abs. 3 ZGB praktisch ausgeschlossen, weshalb im Regelfall die einzelnen Stockwerkeigentumsanteile zu belasten sind.²⁰⁶

²⁰¹ Vgl. insb. THURNHERR, Diss., Rz. 514 oder auch FREI, S. 65.

²⁰² Ohne entsprechende Vereinbarung gibt es auch keine solidarische oder subsidiäre Haftung (THURNHERR, Diss., Rz. 523; REY/MAETZKE, Rz. 273 sowie FREI, S. 60 ff.).

²⁰³ THURNHERR, Diss., Rz. 521 ff. und Rz. 530 ff.; vgl. auch REY/MAETZKE, Rz. 267 ff.

²⁰⁴ Vgl. auch hier insb. THURNHERR, Diss., Rz. 178 ff.

²⁰⁵ Vgl. oben Ziff. 2.3/a.

²⁰⁶ Vgl. oben Ziff. 2.3/b.

Werden die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer nicht befriedigt oder sind sie noch nicht vollständig befriedigt worden, steht ihnen ein Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu. Obwohl für die Vergütungsforderungen (Pfandforderungen) ausschliesslich die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer (= Schuldnerin) haftet, sind (zumindest aus praktischen Gründen)²⁰⁷ die Anteile (Pfandgegenstände) sämtlicher Stockwerkeigentümer zu belasten, welche sich bekanntlich nicht im Eigentum der Gemeinschaft, sondern im Eigentum der Stockwerkeigentümer befinden (= Eigentum eines Dritten). Damit werden sämtliche Stockwerkeigentümer zu Drittpfand-eigentümern.²⁰⁸

Hat ein Stockwerkeigentümer im Innenverhältnis seine Vorschüsse und/oder Deckungsbeiträge²⁰⁹ bezahlt, kann er dies den Handwerkern oder Unternehmern gegenüber nicht einwenden.

6.6 Hinweise für die Anwaltstätigkeit

Die Klärung der Eigentümer- wie auch Eigentumssituation ist – wie bereits mehrfach erwähnt – von entscheidender Bedeutung. Es sei in diesem Zusammenhang deshalb nochmals erwähnt, dass unmittelbar vor der Einreichung des Gesuches betreffend provisorische Eintragung (Vormerkung) und mit genügenden Zeitreserven wie auch unmittelbar vor der Einreichung der Klage auf definitive Eintragung (nochmals) beim Grundbuchamt geklärt werden muss, ob eine Änderung der Eigentumsform oder ein Eigentümerwechsel erfolgt ist (Eintragung im Tagebuch).

Allenfalls empfiehlt sich nach erfolgter gerichtlicher Verfügung betreffend Vormerkung eines Bauhandwerkerpfandrechts eine Nachfrage beim Grundbuchamt, ob die beantragte Vormerkung im Grundbuch auch erfolgt ist, damit im Falle der Abweisung der gerichtlichen Anmeldung ein Gesuch gegen den neuen Grundeigentümer gestellt werden kann.²¹⁰

Bei Veräusserung des Grundstücks während eines laufenden Verfahrens ist der Erwerber im entsprechenden Vertrag zu verpflichten, in den Prozess einzutreten und diesen an Stelle des Veräusserers fortzusetzen.

²⁰⁷ Vgl. oben Ziff. 2.3/b.

²⁰⁸ Ein Drittpfandrecht liegt dann vor, wenn das Eigentum am Pfandgegenstand nicht dem Schuldner der Pfandforderung, sondern einem Dritten zusteht (vgl. dazu ZOBL/THURNHERR, BK, N 98 und N 922 zu Art. 884 ZGB).

²⁰⁹ Vgl. dazu THURNHERR, Diss., Rz. 437 ff.

²¹⁰ Vgl. auch SCHUMACHER, Herausforderungen, S. 110.

Bei der Beratung von Stockwerkeigentümern oder Verwaltungen ist darauf zu verweisen, dass im Rahmen der Beschlussfassung von baulichen Massnahmen oder aber vor der entsprechenden Beschlussfassung die Finanzierung sichergestellt sein muss.²¹¹ Bei Rückständen hinsichtlich der Zahlung von Beitragsforderungen sollte umgehend das gesetzliche Pfandrecht gemäss Art. 712i ZGB zur Eintragung gebracht werden.²¹² Solange die Finanzierung der Baukosten nicht gesichert ist, kann den Stockwerkeigentümern je nach Situation auch empfohlen werden, keine Beiträge an die Gemeinschaft zu bezahlen, sondern nur entsprechende Zahlungen direkt an allfällige Pfandgläubiger zu leisten (unter Verrechnung gegenüber der Beitragsforderung der Gemeinschaft gegen ihn).²¹³

7. Prozessuales und die Substantiierungslast im Summarverfahren im Besonderen

7.1 Örtliche Zuständigkeit

Bei der gerichtlichen Anordnung einer vorläufigen Eintragung (Vormerkung) eines Bauhandwerkerpfandrechts handelt es sich um eine vorsorgliche Massnahme.²¹⁴ Demnach kommt für das Summarverfahren²¹⁵ Art. 13 ZPO zur Anwendung, welcher einen alternativ zwingenden Gerichtsstand vorsieht:²¹⁶ Hauptsachenzuständigkeit oder Vollstreckungsort.

²¹¹ Vgl. dazu THURNHERR, Diss., Rz. 380 ff. und Rz. 383 ff. Im Regelfall drängt sich die vorgängige Äufnung des Erneuerungsfonds auf (Art. 712m Abs. 1 Ziff. 5 ZGB; vgl. dazu THURNHERR, Diss., Rz. 439). Zu beachten ist weiter, dass ein Massnahmenbeschluss immer auch einen Ausgabenbeschluss voraussetzt (vgl. dazu THURNHERR, Diss., Rz. 385 sowie Urteil des BGer 5A_831/2020 vom 29. Juni 2021 E. 5.3 [zur Publikation vorgesehen]).

²¹² Ein rasches Vorgehen liegt im Interesse der Stockwerkeigentümer, weil das Pfandrecht nach Art. 712i ZGB seinen Rang nach dem Zeitpunkt der Eintragung im Grundbuch erhält (Prinzip der Alterspriorität). Demnach kann so bewirkt werden, dass es einem Bauhandwerkerpfandrecht vorgeht (vgl. dazu SCHUMACHER, Komplexitätsfallen, S. 90; THURNHERR, Diss., Rz. 457 f. sowie REY/MAETZKE, Rz. 527).

²¹³ Vgl. dazu SCHUMACHER, Komplexitätsfallen, S. 90 f. sowie SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 1645 ff.

²¹⁴ Vgl. insb. BGE 137 III 563 E. 3.3 S. 566 f.

²¹⁵ Und auch für superprovisorische Massnahmen (GSCHWEND/BERTI, BSK ZPO, N 4 zu Art. 13 ZPO).

²¹⁶ GSCHWEND/BERTI, BSK ZPO, N 12 zu Art. 13 ZPO; GÜNGERICH, BK, N 14 zu Art. 13 ZPO; INFANGER, BSK ZPO, N 5 zu Art. 9 ZPO.

Sofern keine Gerichtsstandsvereinbarung (Art. 17 ZPO) vorliegt, entspricht der Gerichtsstand von Art. 29 Abs. 1 lit. c ZPO (Art. 13 lit. a ZPO; Hauptsachengerichtsstand; *forum rei sitae*) regelmässig demjenigen des Vollstreckungsortes (Art. 13 lit. b ZPO; Vormerkung durch das Grundbuchamt am Grundstücksort).²¹⁷ Der Gerichtsstand des Vollstreckungsortes steht dem Unternehmer (da zwingend) aber auch dann zur Verfügung, wenn die Zuständigkeit eines anderen Gerichts vereinbart wurde.²¹⁸ Ist letzteres der Fall, können sich mehrere mögliche Hauptsachengerichtsstände ergeben, mit der Folge, dass jedes zuständige Gericht um Erlass von vorsorglichen Massnahmen angerufen werden kann. Dies wiederum bedeutet, dass über die Vereinbarung eines Hauptsachengerichtsstandes (indirekt) auch die Massnahmenzuständigkeit prorogiert werden kann.²¹⁹ Der Gerichtsstand des Vollstreckungsortes kann jedoch nicht wegbedungen werden (Art. 9 Abs. 2 ZPO).²²⁰

Für die Klage auf definitive Eintragung ist das Gericht «am Ort, an dem das Grundstück im Grundbuch aufgenommen ist oder aufzunehmen wäre» zuständig (Art. 29 Abs. 1 lit. c ZPO).²²¹ Dieser Gerichtsstand ist zwar ausschliesslich, aber nicht zwingend, weshalb die Vereinbarung eines anderen Gerichtsstandes zulässig ist.²²² Zu beachten ist dabei zum einen, dass eine Gerichtsstandsklausel in einem Werkvertrag nur für denjenigen Grundeigentümer massgebend ist, welcher zugleich auch der Besteller (= Vertragspartner des Unternehmers) ist.²²³ Zum andern sei darauf hingewiesen, dass eine Gerichtsstandsvereinbarung – sofern sie ohne Einschränkung formuliert ist – regelmässig den Vergütungsanspruch wie auch den Anspruch betreffend Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts umfasst.²²⁴

²¹⁷ Zwingend ist dies jedoch nicht der Fall, zumal es Differenzen zwischen den Gerichtssprengeln und den Grundbuchkreisen geben kann (vgl. etwa TENCHIO, BSK ZPO, N 27 zu Art. 29 ZPO).

²¹⁸ Vgl. auch SCHUMACHER, Ergänzungsband, Rz. 563.

²¹⁹ THURNHERR, BSK ZGB II, N 27 zu Art. 839/840 ZGB m.w.Verw.

²²⁰ INFANGER, BSK ZPO, N 9 zu Art. 9 ZPO.

²²¹ Entscheidend ist dabei der Gerichtssprengel und nicht etwa der Grundbuchkreis (vgl. TENCHIO, BSK ZPO, N 27 zu Art. 29 ZPO).

²²² TENCHIO, BSK ZPO, N 21 f. zu Art. 29 ZPO.

²²³ Zur Übernahme des in Art. 37 Abs. 3 SIA-Norm 118 statuierten Gerichtsstandes (Wohnsitz oder Sitz des Beklagten) bzw. zur entsprechenden Problematik vgl. SCHUMACHER, Ergänzungsband, Rz. 555 sowie HÜRLIMANN, SIA Komm., N 11.4 ff zu Art. 37 SIA-Norm 118; vgl. auch BGE 141 III 444 E. 4.2.2 S. 461 ff. und dazu GÖKSU, S. 161 ff., betreffend Schiedsklauseln.

²²⁴ Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 24. Juli 2018, HG170237 E. 2.3.3 S. 11 (ZR 117/2018, S. 193 ff.); vgl. auch BGE 121 III 495 E. 5c S. 499 f. («La clause d'élection de for litigieuse doit être considérée bien plutôt à la lumière du principe

7.2 Notwendige (passive) Streitgenossenschaft

a) Anwendungsfälle

Bei der beabsichtigten Belastung des Basisgrundstücks²²⁵ bilden sämtliche Stockwerkeigentümer eine notwendige Streitgenossenschaft (Art. 70 ZPO).²²⁶

Befindet sich ein Stockwerkeigentumsanteil im gemeinschaftlichen Eigentum (Mit- oder Gesamteigentum) mehrerer Personen, bilden diese ebenfalls eine notwendige Streitgenossenschaft^{227, 228}.

Entgegen GROSS/ZUBER²²⁹ können die einzelnen Klagen auf definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts gegen die einzelnen Stockwerkeigentümer (bei entsprechend den effektiv erbrachten Leistungen aufzuteilenden Beträgen)²³⁰ sehr wohl getrennt eingereicht werden (keine notwendige Streitgenossenschaft).²³¹ Analog verhält es sich auch für das Summarverfahren.

Lediglich der Vollständigkeit halber sei nochmals erwähnt, dass bei Verträgen, welche die Stockwerkeigentümergeinschaft abgeschlossen hat, ausschliesslich die Gemeinschaft für die Forderungen der Handwerker und Unternehmer haftet.²³² Da die einzelnen Stockwerkeigentümer somit nicht passiv-

voulant que, dans le doute, on n'interprète pas de manière restrictive une convention de procédure, mais que l'on y voie l'expression de la volonté des parties d'attribuer au tribunal élu une compétence générale.») sowie THURNHERR, BSK ZGB II, N 37 zu Art. 839/840 ZGB; a.M. Entscheid des Kantonsgerichts Luzern vom 24. September 2015, 1B 15 28 E. 7.2.4 (LGVE 2015 Nr. 14).

²²⁵ Vgl. dazu oben Ziff. 2.3/a.

²²⁶ Vgl. auch THURNHERR, BSK ZGB II, N 24a zu Art. 839/840 ZGB.

²²⁷ THURNHERR, BSK ZGB II, N 24a zu Art. 839/840 ZGB; SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 1366 f., 1467; SCHUMACHER, Ergänzungsband, Rz. 729; vgl. auch Urteil des BGer 5A_462/2013 vom 12. November 2013 E. 3.3 und dazu SCHUMACHER, Herausforderungen, S. 105 f. und 114.

²²⁸ Vgl. dazu auch oben Ziff. 6.3.

²²⁹ GROSS/ZUBER, BK, N 23 zu Art. 70 ZPO, mit Berufung auf das ebenfalls unzutreffende Urteil des Obergerichts des Kantons Schaffhausen vom 16. Juli 2004, 40/2003/26 E. 2a.

²³⁰ Vgl. dazu oben Ziff. 2.4, 2.5 und 3.

²³¹ Vgl. dazu auch BGE 138 III 471 E. 5.1 S. 480 f. sowie SCHUMACHER, Komplexitätsfallen, S. 105, insb. Fn. 131 m.w.Verw.

²³² Vgl. dazu oben Ziff. 6.5. Für entsprechende Klagen örtlich zuständig ist das Gericht an dem Ort, an dem das Basisgrundstück im Grundbuch aufgenommen ist oder aufzunehmen wäre (Art. 29 Abs. 1 lit. b ZPO und TENCHIO, BSK ZPO, N 20 zu Art. 29 ZPO; PETER, BK, N 14 zu Art. 29 ZPO).

legitimiert sind, bilden sie weder eine notwendige noch eine einfache Streitgenossenschaft.

b) Örtliche und sachliche Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich zum einen nach Art. 15 Abs. 1 ZPO und zum andern nach Art. 29 Abs. 1 lit. c ZPO und Art. 13 ZPO.²³³ Nicht in der Zivilprozessordnung als Voraussetzung statuiert, jedoch stillschweigend für alle verbundenen Klagen vorausgesetzt, ist die gleiche sachliche Zuständigkeit.²³⁴ Sofern nicht sämtliche Streitgenossen die Voraussetzungen von Art. 6 ZPO erfüllen, liegt keine handelsgerichtliche, jedoch eine einheitliche Zuständigkeit des ordentlichen Gerichts vor.²³⁵

7.3 Einfache (passive) Streitgenossenschaft

a) Anwendungsfälle

Eine einfache (passive) Streitgenossenschaft können die Stockwerkeigentümer dann bilden, wenn sie auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts bei entsprechend den effektiv erbrachten Leistungen aufzuteilenden Beträgen²³⁶ verklagt werden oder wenn Leistungen für gemeinschaftliche Bauteile erbracht wurden²³⁷ und die Stockwerkeigentumsanteile entsprechend deren Wertquoten zu belasten sind.²³⁸ Die Voraussetzung der gleichartigen Tatsachen oder Rechtsgründe (Art. 71 Abs. 1 ZPO) dürfte in diesen Fällen regelmässig erfüllt sein.²³⁹ Dabei ist jedoch für jeden Stockwerkeigentumsanteil individuell zu

²³³ Vgl. dazu oben Ziff. 7.1.

²³⁴ Vgl. etwa RUGGLE, BSK ZPO, N 17 zu Art. 71 ZPO.

²³⁵ BGE 138 III 471 E. 5.1 S. 480 f (zur einfachen passiven Streitgenossenschaft); VOCK/NATER, BSK ZPO, N 12a zu Art. 6 ZPO und RUGGLE, BSK ZPO, N 28 zu Art. 70 ZPO. Vgl. auch Art. 6 Abs. 6 E-ZPO (BBl 2020, 2725 f., 2786).

²³⁶ Vgl. dazu oben Ziff. 2.4, 2.5 und 3.

²³⁷ Etwa wenn die Stockwerkeigentümergeinschaft Bestellerin von Leistungen ist (vgl. dazu oben Ziff. 6.5).

²³⁸ Vgl. dazu oben Ziff. 2.3/c. Vgl. auch SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 1365, 1368, 1467.

²³⁹ Vgl. auch SCHUMACHER, Ergänzungsband, Rz. 738 ff. sowie SCHUMACHER, Komplexitätsfallen, S. 105.

klären, ob die Voraussetzungen des Eintragungsanspruches gegeben sind (z.B. Einhaltung der Eintragsfrist).²⁴⁰

b) Örtliche und sachliche Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich zum einen nach Art. 15 Abs. 1 ZPO und zum andern nach Art. 29 Abs. 1 lit. c ZPO und Art. 13 ZPO.²⁴¹ Auch hier ist die gleiche sachliche Zuständigkeit erforderlich.²⁴² Dementsprechend liegt keine handelsgerichtliche, sondern eine einheitliche Zuständigkeit des ordentlichen Gerichts vor, wenn nicht sämtliche Streitgenossen die Voraussetzungen von Art. 6 ZPO erfüllen.²⁴³

Bei der einfachen Streitgenossenschaft wird vorausgesetzt, dass für die einzelnen Klagen die gleiche Verfahrensart zur Anwendung kommt (Art. 71 Abs. 2 ZPO²⁴⁴). Sofern die Pfandsummen, mit denen verschiedene Stockwerkeigentumsanteile zu belasten sind, teilweise über CHF 30'000 und teilweise unter CHF 30'000 betragen²⁴⁵, kommt eine einfache Streitgenossenschaft für das Verfahren betreffend definitive Eintragung nicht in Betracht (Art. 93 Abs. 2 ZPO).²⁴⁶

7.4 Streitwertberechnung

Gemäss Art. 93 Abs. 1 ZPO werden bei der einfachen Streitgenossenschaft sowie der Klagenhäufung die geltend gemachten Ansprüche zusammengerechnet, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen.

²⁴⁰ SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 1368, 1467.

²⁴¹ Vgl. dazu oben Ziff. 7.1.

²⁴² Vgl. etwa RUGGLE, BSK ZPO, N 17 zu Art. 71 ZPO. Vgl. auch Art. 71 Abs. 1 lit. c E-ZPO (BBl 2020, 2733 f. und 2786 f.).

²⁴³ BGE 138 III 471 E. 5.1 S. 480 f.; VOCK/NATER, BSK ZPO, N 12a zu Art. 6 ZPO und RUGGLE, BSK ZPO, N 28 zu Art. 70 ZPO; vgl. auch § 12 Abs. 2 EG-ZPO AG (und zur Rechtslage vor der expliziten gesetzlichen Regelung Urteil des Bundesgerichts 4A_239/2013 vom 9. September 2013 E. 3.4). Vgl. sodann Art. 6 Abs. 6 E-ZPO (BBl 2020, 2725 f., 2786).

²⁴⁴ Vgl. auch Art. 71 Abs. 1 lit. b E-ZPO (BBl 2020, 2733 f., 2786 f.). Anders noch Art. 71 Abs. 1 lit. a VE-ZPO.

²⁴⁵ Art. 243 Abs. 1 ZPO.

²⁴⁶ Vgl. auch SCHUMACHER, Ergänzungsband, Rz. 741 sowie SCHUMACHER, Komplexitätsfallen, S. 108 ff. und 112 f.; betreffend Rechtsmittel vgl. RÜEGG/RÜEGG, BSK ZPO, N 3 zu Art. 73 ZPO.

Die beanspruchten (Teil-)Pfandsummen bei Klagen gegen mehrere Stockwerkeigentümer sind damit zusammenzurechnen.²⁴⁷ Werden die Klage auf Leistung der Vergütung sowie diejenige betreffend definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zusammen geltend gemacht (objektive Klagenhäufung)²⁴⁸, sind die Streitwerte der Forderung und der Pfandsumme richtigerweise nicht zusammenzurechnen.²⁴⁹

Bei der Streitwertberechnung ist weiter zu berücksichtigen, dass die Verzugszinsen zwar Bestandteil der Pfandsumme sind²⁵⁰, jedoch nicht in den Streitwert eingerechnet werden dürfen.²⁵¹

7.5 Schlichtungsverfahren bei der Leistungsklage, auch wenn diese mit der Klage auf definitive Eintragung verbunden wird (objektive Klagenhäufung)

Hinsichtlich der Klage auf definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts entfällt infolge der im Summarverfahren angesetzten Klagefrist²⁵² das Schlichtungsverfahren (Art. 198 lit. h ZPO). In vielen Fällen kann es durchaus sinnvoll sein, mittels objektiver Klagenhäufung die Klage auf definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zusammen mit der Leistungsklage betreffend die Vergütung im gleichen Verfahren geltend zu machen (Art. 90 ZPO).²⁵³ Unklar war in diesem Zusammenhang bislang, ob – vor dem Hintergrund von Art. 198 lit. h ZPO – für die Leistungsklage das Schlichtungsverfahren ebenfalls entfällt, zumal die diesbezügliche kantonale Rechtsprechung nicht einheitlich war.²⁵⁴

²⁴⁷ SCHUMACHER, Komplexitätsfallen, S. 111 f. Vgl. aber auch Art. 93 Abs. 2 ZPO.

²⁴⁸ Vgl. dazu unten Ziff. 7.5.

²⁴⁹ Die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist uneinheitlich: Bemessung nach der Höhe der Forderung (sofern diese den Wert des Pfandgegenstandes nicht übersteigt; BGE 106 II 22 E. 1 S. 24): Urteil des BGer 4A_183/2011 vom 16. Juni 2011 E. 1.1; Addition von Pfandsumme und Forderungsbetrag: Urteil des BGer 4D_30/2009 vom 1. Juli 2009 E. 1.1 (in BGE 135 I 221 nicht publizierte Erwägung); ebenso Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. Juni 2013, RB130014 E. 2.4 S. 3 ff.

²⁵⁰ SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 468 und Rz. 553 ff.

²⁵¹ Vgl. etwa Urteil des BGer 5A_1015/2019 vom 10. Juni 2020 E. 1.1.

²⁵² Vgl. dazu THURNHERR, BSK ZGB II, N 36 zu Art. 839/840 ZGB.

²⁵³ Möglich ist dies aber nur dann, wenn der Grundeigentümer mit dem Schuldner der Vergütungsforderung identisch ist (Art. 90 ZPO: «mehrere Ansprüche gegen dieselbe Partei»).

²⁵⁴ Vgl. die Nachweise bei THURNHERR, BSK ZGB II, N 36 zu Art. 839/840 ZGB.

Das Bundesgericht hat nun kürzlich entschieden, dass sich die Fristansetzung ausschliesslich auf die Klage betreffend definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts beziehe. Für die Leistungsklage kommt deshalb die Regelung von Art. 198 lit. h ZPO nicht zur Anwendung, weshalb ein Schlichtungsverfahren grundsätzlich vorgeschrieben ist.²⁵⁵ Diese Auffassung des Bundesgerichts ist zwar dogmatisch korrekt, jedoch in praktischer Hinsicht bedauerlich.²⁵⁶

Gemäss dem Entwurf zur Änderung der ZPO (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) vom 26. Februar 2020 soll Art. 198 lit. h ZPO insofern angepasst werden, als das Schlichtungsverfahren entfällt, wenn:

*«das Gericht Frist für eine Klage gesetzt hat sowie bei Klagen, die mit einer solchen Klage vereint werden, sofern die Klagen in einem sachlichen Zusammenhang stehen».*²⁵⁷

Damit wäre auch für Leistungsklagen betreffend die Vergütung im Kontext von Art. 90 ZPO das Schlichtungsverfahren nicht mehr vorgeschrieben.²⁵⁸

7.6 Substantiierungsanforderungen im Summarverfahren

a) Der Fall

Der Autor vertritt die Unternehmerin im nachfolgend dargelegten Fall vor Bundesgericht, war jedoch nicht deren Rechtsvertreter in den vorinstanzlichen Verfahren.

Die (Sub-)Unternehmerin hat mit einem ergänzten Formulargesuch um (superprovisorische) Anordnung der Vormerkung eines Bauhandwerkerpfandrechts ersucht. Das zuständige Bezirksgericht hat daraufhin das superprovisorische Begehren der Unternehmerin gutgeheissen, die (superprovisorische) Vormerkung eines Bauhandwerkerpfandrechts verfügt und zu einer Hauptverhandlung vorgeladen. Anlässlich dieser hat die Unternehmerin ihr Gesuch ergänzt.

Bereits mit ihrem Gesuch hat die Unternehmerin die nachfolgenden Tatsachen behauptet bzw. belegt:

²⁵⁵ Urteil des BGer 4A_368/2020 vom 9. Februar 2021 E. 2.2.

²⁵⁶ Was das Bundesgericht (mit Verweis auf die laufende Revision der ZPO) ebenfalls erkannt hat (vgl. Urteil des BGer 4A_368/2020 vom 9. Februar 2021 E. 2.2).

²⁵⁷ BBl 2020, 2790.

²⁵⁸ Vgl. auch BBl 2020, 2754 f.

- Werkvertrag betreffend Baumeisterarbeiten mit der Generalunternehmerin und vereinbarter Pauschale (jedoch ohne Leistungsverzeichnis), inkl. Vertragsurkunde;
- Erbrachte Bauleistungen aufgrund des Werkvertrages sowie basierend auf Nachträgen;
- Ausgebliebene Zahlungen der Generalunternehmerin, keine Sicherheit gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB;
- Betrag der Vergütungsforderung/Pfandsumme mit Rechnungen, Mahnungen und Betreibungsbegehren;
- Genaue Bezeichnung des Grundstücks, dem die Bauleistungen zugutegekommen sind, inkl. Grundbuchauszug;
- Datum der letzten ausgeführten Arbeiten (Ausschalung eines Balkons, Demontage Gerüst etc.) mit diesbezüglichen Rapporten.

Anlässlich der Verhandlung hat die Unternehmerin die folgenden Tatsachen behauptet bzw. belegt:

- Ausführung sämtlicher Baumeisterarbeiten gemäss Werkvertrag auf dem bezeichneten Grundstück;
- Vereinbarung verschiedener Nachträge zum Pauschalvertrag mit Verweis auf (eingereichte) Abnahmeprotokolle, in welchen auf die Nachträge und insbesondere auf die Erstellung eines Balkons verwiesen wird²⁵⁹;
- Eingehaltene Eintragungsfrist mit Rapporten betreffend die letzten Arbeiten (Ausschalung eines Balkons, Demontage Gerüst etc.);
- Betrag der offenen Vergütungsforderung mit Einreichung einer Zusammenstellung aller Rechnungen aus welcher sich detailliert ergibt, wie sich die Vergütungsforderung zusammensetzt und dass die vereinbarte Pauschale nicht vollständig beglichen wurde (was von der Gesuchsgegnerin nicht bestritten wurde).

Während der Verhandlung hat der Richter beide Parteien befragt. Die oben dargelegten Behauptungen der Unternehmerin erfolgten jedoch alle mit Einreichung des Gesuches oder im Rahmen der ersten Ausführungen an der Verhandlung.

²⁵⁹ Die Vereinbarung eines Nachtrages betreffend Erstellung eines Balkons war nicht streitig.

Das Bezirksgericht hat das Gesuch der Unternehmerin abgewiesen. Deren Berufung wurde danach vom Obergericht des Kantons Zürich ebenfalls abgewiesen.²⁶⁰ Das Obergericht hat primär argumentiert, die Unternehmerin (Gesuchstellerin) habe die vereinbarten Bauleistungen (Gegenstand der Pauschale sowie der Nachträge) und damit die für den Fristenlauf gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB massgebenden Vollendungsarbeiten wie auch die Pfandsumme nicht genügend substantiiert.²⁶¹

Auf die im fraglichen Urteil thematisierten weiteren Aspekte der richterlichen Fragepflicht und in deren Zusammenhang der Novenschanke wird nachfolgend nicht weiter eingegangen, zumal sie in Anbetracht der von der Unternehmerin unabhängig der richterlichen Fragen erfolgten Behauptungen für die vorliegende Thematik nicht entscheidend sind.

b) Das Beweismass der Glaubhaftmachung nach Art. 961 Abs. 3 ZGB

Nach Art. 961 Abs. 3 ZGB sind die Entstehungsvoraussetzungen des Eintragsanspruches nicht strikte zu beweisen, sondern lediglich glaubhaft zu machen. Glaubhaft machen bedeutet, dass dem Gericht oder dem Richter aufgrund objektiver Anhaltspunkte der Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit für das Vorhandensein der behaupteten Tatsachen zu vermitteln ist. Dabei schadet nicht, dass das Gericht oder der Richter noch mit der Möglichkeit rechnet, dass es sich auch anders verhalten könnte.²⁶² Zu Art. 961 Abs. 3 ZGB im Besonderen hält das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung – und im Einklang mit der herrschenden Lehre²⁶³ – das Nachfolgende fest:

«An die Glaubhaftmachung, wie sie Art. 961 Abs. 3 ZGB verlangt, werden weniger strenge Anforderungen gestellt, als es diesem Beweismass sonst entspricht [...]. Aufgrund der besonderen Interessenlage darf die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nur verweigert werden,

²⁶⁰ Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 11. März 2021, LF200067 S. 1 ff. (ZR 120/2021 S. 114 ff.).

²⁶¹ Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 11. März 2021, LF200067 E. 5.4 f. S. 19 (ZR 120/2021, S. 114 ff.).

²⁶² Vgl. dazu etwa BGE 132 III 715 E. 3.1 S. 719 f.

²⁶³ Vgl. dazu etwa SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 1394 ff.; SCHUMACHER, Ergänzungsband, Rz. 622, 628 sowie THURNHERR, BSK ZGB II, N 37 zu Art. 839/840 ZGB.

*wenn der Bestand des Pfandrechts²⁶⁴ als ausgeschlossen erscheint oder höchst unwahrscheinlich ist; im Zweifelsfall, bei unklarer oder unsicherer Rechtslage, ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung dem ordentlichen Richter zu überlassen».*²⁶⁵

Hinzuweisen ist sodann auf die folgenden Ausführungen des Bundesgerichts:

*«En vertu de l'art. 961 al. 3 CC, le juge prononce après une procédure sommaire et permet l'inscription provisoire, si le droit allégué lui paraît exister. Selon la jurisprudence, le juge tombe dans l'arbitraire lorsqu'il refuse l'inscription provisoire de l'hypothèque légale en présence d'une situation de fait ou de droit mal élucidée, qui mérite un examen plus ample que celui auquel il peut procéder dans le cadre d'une instruction sommaire; en cas de doutes, lorsque les conditions de l'inscription sont incertaines, le juge doit donc ordonner l'inscription provisoire».*²⁶⁶

Es kann damit festgehalten werden, dass nach der langjährigen sowie konstanten Rechtsprechung des Bundesgerichts wie auch nach der herrschenden Lehre das

*«Beweismass der blossen Glaubhaftmachung (Art. 961 Abs. 1 ZGB) [...] im summarischen Verfahren betreffend die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts besonders stark, ja extrem herabgesetzt [ist]».*²⁶⁷

In seiner älteren Rechtsprechung hat das Bundesgericht dazu gar festgehalten, dass die provisorische Eintragung immer dann anzuordnen sei, wenn das Begehren nicht offenbar trölerisch oder schikanös sei.²⁶⁸ Diese Grundsätze sind vor dem entscheidenden Hintergrund der besonderen Interessenlage des Handwerkers oder Unternehmers zu sehen. Im Falle einer Verweigerung der provisorischen Eintragung verliert dieser die Möglichkeit der Pfandsicherung

²⁶⁴ Richtigerweise wäre hier nicht auf den Bestand des Pfandrechts, sondern auf denjenigen des Eintragungsanspruches zu verweisen.

²⁶⁵ Urteil des BGer 5A_1047/2020 vom 4. August 2021 E. 3.4; Urteil des BGer 5A_395/2020 vom 16. März 2021 E. 2 sowie Urteil des BGer 5A_32/2020 vom 8. April 2020 E. 3; vgl. auch BGE 137 III 563 E. 3.3 S. 566 f. m.w.Verw. sowie Urteil des BGer 5A_426/2015 vom 8. Oktober 2015 E. 3.4 und schon BGE 86 I 265 E. 3 S. 269 f.

²⁶⁶ Urteil des BGer 5A_227/2007 vom 11. Januar 2008 E. 2.1.

²⁶⁷ SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 1394.

²⁶⁸ BGE 39 II 137 E. 2 S. 139 f.

regelmässig definitiv. Umgekehrt resultiert für den Grundeigentümer bei Gutheissung des Gesuches betreffend provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nur eine vorübergehende Belastung seines Grundstückes, welche er überdies durch Leistung einer Sicherheit gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB vermeiden kann.

Im Rahmen des Summarverfahrens ist sodann zu berücksichtigen, dass im entsprechenden Gesuch zwar die Rechtsbegehren zu stellen und die massgebenden Tatsachen zu behaupten sowie die Beweismittel zu bezeichnen sind. Auf eine separate Tatsachendarstellung kann jedoch verzichtet werden, wenn sich der Sachverhalt aus den Rechtsbegehren und den eingereichten Unterlagen ergibt. Der Gesuchsteller kann sich demnach darauf beschränken, die Begehren zu stellen und den Streitgegenstand zu beschreiben, ohne dass die Tatsachenbehauptungen je mit Beweisofferten zu versehen sind.²⁶⁹

Aus dem eben Dargelegten muss sich m.E. auch ergeben, dass im Verfahren betreffend provisorische Eintragung (Vormerkung) – und vor allem vor dem Hintergrund, dass die Anordnung der Vormerkung nur dann zu verweigern ist, wenn der Bestand des Eintragungsanspruchs als ausgeschlossen erscheint oder höchst unwahrscheinlich ist²⁷⁰ – reduzierte Substantiierungsanforderungen gelten müssen. Andernfalls müsste im Summarverfahren ein Behauptungsverfahren analog des ordentlichen Verfahrens und danach – zumindest im Rahmen von Art. 961 Abs. 3 ZGB – ein extrem reduziertes Beweisverfahren durchgeführt werden. Dies wäre jedoch weder zielführend noch prozessökonomisch noch ist das in der ZPO vorgesehen. Vielmehr ist der Gesuchsteller im Verfahren betreffend vorsorgliche Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts gehalten, die Voraussetzungen des Eintragungsanspruches in den Grundzügen zu behaupten und glaubhaft zu machen. Das Beweismass muss damit einen Rückwirkungseffekt auf die Behauptungs- und insb. die Substantiierungslast haben. So gibt es keinen Grund, bei einem extrem reduzierten Beweismass an höchsten Anforderungen betreffend Behauptungs- und Substantiierungslast festzuhalten. Die entsprechenden Behauptungen müssten ja ohnehin nicht belegt werden.²⁷¹

²⁶⁹ Vgl. dazu insb. Urteil des BGer 5D_2015 vom 22. September 2015 E. 3.2.

²⁷⁰ Vgl. oben Fn. 265.

²⁷¹ Entsprechend wird generell auch nur dann ein Beweisverfahren durchgeführt, wenn es substantiierte Behauptungen gibt (vgl. dazu etwa Urteil des BGer 4A_50/2018 vom 5. September 2018 E. 3.2 sowie Urteil des BGer 4A_275/2020 vom 26. Oktober 2020 E. 2.3.2).

c) Unhaltbare und überspannte Substantiierungsanforderungen

Betrachtet man die oben dargelegten Tatsachenbehauptungen der Unternehmerin (Gesuchstellerin) sowie die offerierten Beweismittel, können die nachfolgenden Schlüsse gezogen werden:

Die Gesuchstellerin hat sämtliche Voraussetzungen des Eintragungsanspruches gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 und Art. 839 Abs. 2 und 3 ZGB schlüssig behauptet. Sie hat dargelegt, dass ein (Pauschal-)Werkvertrag betreffend Baumeisterarbeiten abgeschlossen wurde (inkl. diverser Nachträge), dass diese Arbeiten dem Grundstück der Gesuchsgegnerin zugutegekommen sind, wann die letzten Arbeiten ausgeführt wurden,²⁷² dass es sich um sog. Vollendungsarbeiten handelte (insb. Demontage eines Gerüsts²⁷³), wie sich die Vergütungsforderung zusammensetzte und dass auch die Pauschale nicht vollständig bezahlt wurde, dass es sich beim fraglichen Grundstück der Gesuchsgegnerin um das Pfandobjekt handelte und dass keine andere Sicherheit geleistet wurde.²⁷⁴ Allein daraus hätte sich eigentlich die Gutheissung des Gesuches und damit auch der Berufung der Unternehmerin ergeben müssen.

Besonders zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang noch die folgenden Ausführungen des Obergerichts des Kantons Zürich:

«Legt die Unternehmerin nicht hinreichend konkret dar, was Inhalt des behauptetermassen vereinbarten Werkvertrages bzw. Gegenstand des herzustellenden Werkes sein soll und welche Arbeiten entsprechend vertragsgemäss zu verrichten waren, kann von vornherein weder der Bestand bzw. die Höhe einer entsprechenden Vergütungsforderung noch die Einhaltung der Eintragsfrist beurteilt werden. Letztere beginnt nämlich mit Vollendung der vertraglich geschuldeten Arbeiten, und es läuft zudem für jede funktionale (Werk-)Einheit eine separate Frist [...], sodass eine Beurteilung der Fristwahrung gedanklich jedenfalls [sic!] eine – der Unternehmerin obliegende – substantiierte Behauptung des vereinbarten Werkes bzw. der geschuldeten Arbeiten voraussetzt».²⁷⁵

«Ob die behaupteten <letzten Arbeiten> (<Ausschalung des Balkons am 07.07.2020> und <Demontage Bauplatzinstallation am 21.09.2020> [...])

²⁷² Bei einem Fristenlauf ab dem fraglichen Datum war die Eintragsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB eingehalten.

²⁷³ Vgl. dazu SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 1113; vgl. auch THURNHERR, BSK ZGB II, N 5a zu Art. 839/840 ZGB.

²⁷⁴ Vgl. dazu oben a.

²⁷⁵ Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 11. März 2021, LF200067 E. 5.4 S. 19 (ZR 120/2021, S. 114 ff.).

*Teil eines einheitlichen – ursprünglich im Werkvertrag oder nachträglich durch Beststellungsänderungen – vereinbarten Werkes gewesen sein sollen und ob entsprechend, wie von der Gesuchstellerin implizit behauptet, ein einheitlicher Fristbeginn für sämtliche Arbeiten gelten soll, konnte anhand des ursprünglichen Gesuchs folglich schlicht nicht beurteilt werden».*²⁷⁶

Die Erwägungen des Obergerichts können nur so zusammengefasst werden, dass es den Bestand eines Eintragungsanspruches betreffend ein Bauhandwerkerpfandrecht für ausgeschlossen oder zumindest höchst unwahrscheinlich hielt. Angesichts dessen, dass unbestrittenermassen nicht einmal die volle Pauschale bezahlt war und dass dieser Umstand von der Gesuchsgegnerin nicht bestritten wurde, ist es erstaunlich, wenn das Obergericht zum Schluss kommt, der Bestand der Vergütungsforderung könne nicht beurteilt werden. Eine solche Schlussfolgerung könnte allenfalls dann richtig sein, wenn etwa die Ausführung der vereinbarten Leistungen strittig wäre, was in casu jedoch nicht der Fall war. Hinsichtlich der Eintragsfrist ist festzuhalten, dass die Vereinbarung betreffend Erstellung eines Balkons nicht streitig war und dass es sich bei den letzten in diesem Zusammenhang ausgeführten Arbeiten um sog. Vollen- dungsarbeiten²⁷⁷ handelte.²⁷⁸ Zudem ist es bei Verträgen über Baumeisterar- beiten (welche naturgemäss Arbeiten hinsichtlich Mauerwerk sowie Betonie- rung von Bauteilen beinhalten) im Zusammenhang mit der Erstellung eines Balkons (Betonierung) zumindest nicht ausgeschlossen, dass eine funktionale Einheit²⁷⁹ vorliegt.²⁸⁰

M.E. sind die Erwägungen des Obergerichts des Kantons Zürich (und damit dessen Entscheid) mit dem Grundsatz, wonach Gesuche betreffend Anord- nung der Vormerkung eines Bauhandwerkerpfandrechts nur dann abgewiesen werden sollen, wenn der Bestand eines Eintragungsanspruches als ausgeschlos- sen erscheint oder höchst unwahrscheinlich ist, nicht in Einklang zu bringen.

²⁷⁶ Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 11. März 2021, LF200067 E. 5.5 S. 20 ff. (ZR 120/2021, S. 114 ff.).

²⁷⁷ Also um Arbeiten, welche erst den Beginn der Eintragsfrist auslösen.

²⁷⁸ Bezeichnend ist, dass das Obergericht des Kantons Zürich nur die «Ausschalung des Balkons», nicht aber die ebenfalls behauptete sowie belegte Demontage des Gerüstes erwähnt.

²⁷⁹ Vgl. dazu SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 1186 ff. sowie ZOBL, Bau- handwerkerpfandrecht, S. 147 und THURNHERR, BSK ZGB II, N 30 zu Art. 839/840 ZGB.

²⁸⁰ Für einen analogen Fall mit ähnlicher Argumentation wie hier vgl. etwa Urteil des Kantonsgerichts Graubünden vom 15. Januar 2013, ZK1 2012 66 E. 4b und E. 5 S. 11 f.

d) Fazit

Zumindest im Zusammenhang mit Stockwerkeigentum sind die Anforderungen an die Handwerker und Unternehmer hinsichtlich Durchsetzung des Eintragungsanspruches per se schon sehr gross. Als Beispiel sei etwa die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Zusammenhang mit der Aufteilung der Vergütungsforderung entsprechend den effektiv erbrachten Leistungen auf die einzelnen Stockwerkeigentumsanteile zu erwähnen.²⁸¹

Wenn nun im Summarverfahren hohe Substantiierungsanforderungen gestellt werden und (zumindest faktisch) vom Grundsatz abgewichen wird, dass nur diejenigen Gesuche abzuweisen sind, deren endgültige Erfolgchancen ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich sind, hat dies für die Handwerker und Unternehmer – insbesondere dann, wenn sie nicht professionell vertreten sind – gravierende Nachteile zur Folge. Da diesen weder ein prozessualer noch ein materieller Vorteil gegenübersteht, sind die anlässlich des oben dargelegten Falles aufgezeigten Tendenzen entschieden abzulehnen.

7.7 Hinweise für die Anwaltstätigkeit

Für das Gesuch um Anordnung einer provisorischen Eintragung (Vormerkung) eines Bauhandwerkerpfandrechts empfiehlt sich die Wahl des Gerichtsstands des Vollstreckungsortes, zumal dies der Beschleunigung regelmässig dienlich ist.²⁸²

Bei der Vertragsgestaltung ist zu beachten, dass Gerichtsstandsklauseln, die ohne Einschränkung formuliert sind, auch den Anspruch betreffend Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts umfassen. Gerichtsstandsklauseln in Werkverträgen sind sodann nur für die Parteien, jedoch nicht für Dritte massgebend.

Sofern der Ablauf der Eintragsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB noch nicht unmittelbar droht, sind zumindest die Voraussetzungen von Art. 261 Abs. 1 ZPO (insb. der befürchtete Nachteil) vorsichtshalber detailliert zu behaupten und zu belegen.²⁸³

²⁸¹ Vgl. dazu oben Ziff. 3.

²⁸² Vgl. auch SCHUMACHER, Ergänzungsband, Rz. 560 und 563 f.

²⁸³ Vgl. dazu Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 13. November 2020, HE200269 E. 4.2.2 S. 15 f.: «Zwar dürfen an die in Art. 961 Abs. 3 ZGB verlangte Glaubhaftmachung keine strengen Anforderungen gestellt werden und die vorläufige Eintragung darf nur verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts als ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich erscheint [...]. Folglich wird in Fällen, in denen der Ablauf der Verwirkungsfrist droht, das Beweismass wie beschrieben herabgesetzt.

Generell ist das Gesuch betreffend Anordnung einer (super-)provisorischen Eintragung (Vormerkung) eines Bauhandwerkerpfandrechts trotz des herabgesetzten Beweismasses sorgfältig auszuarbeiten. So müssen sämtliche Voraussetzungen des Eintragungsanspruches (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB und Art. 839 Abs. 2 und 3 ZGB) behauptet und auch ausreichend substantiiert werden. Insbesondere sind die vereinbarten Leistungen wie auch die letzten Vollendungsarbeiten detailliert zu behaupten und wenn möglich mit Urkunden zu belegen. Die Formulargesuche sind zumindest für anwaltlich vertretene Handwerker und Unternehmer nicht ausreichend. Gleiches gilt in jedem Fall (also auch für nicht anwaltlich vertretene Handwerker und Unternehmer) bei komplexen Verhältnissen, welche bei Stockwerkeigentum oftmals gegeben sind. Insofern werden die Handwerker und Unternehmer durch die im Internet abrufbaren und von den Gerichten angebotenen Formulare (und Wegleitungen zu diesen) in die Irre geführt. Analog verhält es sich für das Formular, welches vom Bundesamt für Justiz zur Verfügung gestellt wird.

Zu beachten ist im erwähnten Zusammenhang auch, dass im Summarverfahren grundsätzlich nur ein Vortrag jeder Partei vorgesehen ist, weshalb der Aktenschluss in der Regel nach einmaliger Äusserung der Parteien eintritt. Ein

Eine derart starke Herabsetzung des Beweismasses ist jedoch nicht in allen Fällen gerechtfertigt. Kein Anlass besteht, solange noch nicht der Ablauf der Verwirkungsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB und damit eine endgültige Verwirkung des Pfandanspruchs droht, wenn die vorläufige Eintragung zu Unrecht verweigert würde. Verlangt ein Bauhandwerker bereits vor der Vollendung der Arbeit oder schon nach der Verpflichtung zur Arbeitsleistung (Art. 839 Abs. 1 ZGB) die vorläufige Eintragung, bleibt Raum, um auch den Interessen des Eigentümers Rechnung zu tragen. Dies zeigt sich bereits darin, dass die Gefährdung des Pfandanspruches in diesen Fällen nicht einfach mit dem drohenden Ablauf der Verwirkungsfrist begründet werden kann. Es äussert sich auch darin, dass an das Beweismass zumindest für die Frage der Gefährdung die gewöhnlichen, höheren Anforderungen gestellt werden. Generell muss der befürchtete Nachteil aufgrund objektiver Anhaltspunkte wahrscheinlich sein, ohne dass eine Fehleinschätzung jedoch völlig auszuschliessen wäre [...]. Es reicht in diesem frühen Stadium daher nicht aus, dass eine Gefährdung bloss nicht ausgeschlossen erscheint [...].» Das Bundesgericht hat diesen Entscheid aufgehoben, zu dieser Frage jedoch nicht Stellung bezogen (Urteil des BGer 5A_1047/2020 vom 4. August 2021 E. 3.4). Vgl. dazu auch Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 29. August 2013, HE130149 E. 4 S. 3 ff. (ZR 112/2013, S. 189 ff.) sowie Urteil des Kantonsgerichts Graubünden vom 17. September 2018, ZK1 2017 158 E. 4.1 ff. S. 9 ff. (und dazu HÜRLIMANN-KAUP/DUCREY, S. 136 ff.) wie auch SCHUMACHER, Herausforderungen, S. 115 ff. M.E. ist die Tendenz, an Gesuche betreffend Anordnung der provisorischen Eintragung (Vormerkung) von Bauhandwerkerpfandrechten je früher diese eingereicht werden, desto höhere Anforderungen zu stellen, bedenklich. Es wird damit nämlich verhindert, dass sich die Handwerker und Unternehmer für den Fall der Abweisung solcher Gesuche Zeitreserven verschaffen können.

zweiter Schriftenwechsel (oder eine zweite Äusserungsmöglichkeit) ist zwar nicht ausgeschlossen, aber es kann nicht damit gerechnet werden.²⁸⁴ Demnach kann man sich auch nicht auf die Möglichkeit verlassen, dass im zweiten Vortrag «nachsubstantiiert» werden kann.²⁸⁵

Bei Bauleistungen, welche entsprechend den effektiven Kosten einzelnen Stockwerkeigentumsanteilen zuzurechnen sind,²⁸⁶ genügt es im summarischen Verfahren (bislang), die Zurechnung der Leistungen anhand von Leistungsverzeichnissen vorzunehmen. Zu beachten ist, dass besondere Umstände, welche eine konkrete Zurechnung verhindern, bereits im Summarverfahren zu behaupten, zu substantiieren und soweit möglich zu belegen sind.²⁸⁷

Bei der Leistungsklage betreffend nicht bezahlte Vergütung entfällt das Schlichtungsverfahren nicht, wenn diese mit der Klage auf definitive Eintragung verbunden wird.²⁸⁸

Im Rahmen des Hauptverfahrens (betreffend definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts) gelten ansonsten die allgemeinen Grundsätze betreffend Behauptungs- und Substantiierungslast. Dies bedeutet, dass insb. die Vergütungsforderung²⁸⁹ (als Pfandsomme) bzw. die entsprechenden Tatsachengrundlagen detailliert zu behaupten, zu substantiieren und zu belegen sind. Zu beachten ist dabei, dass es im Grundsatz nicht statthaft ist, etwa in Klageschriften pauschal auf Beilagen zu verwiesen.²⁹⁰ Für die Stockwerkeigentümer heisst dies im Umkehrschluss, dass substantiiert bestritten werden muss. Letzteres ist von entscheidender Bedeutung, da nicht wenige (Vergütungs-)Prozesse durch die Beklagten mit einem gewissen Bestreitungsaufwand positiv gestaltet werden können.

Es sollte bereits vor der Einreichung des Gesuches betreffend provisorische Eintragung (Vormerkung) beurteilt werden, ob die vorliegenden Beweismittel auch geeignet sind, um das Verfahren betreffend definitive Eintragung erfolgreich gestalten zu können. Allenfalls kann es sich jedoch aus strategischen

²⁸⁴ BGE 146 III 237 E. 3.1 S. 565; vgl. auch MAZAN, BSK ZPO, N 9 f. zu Art. 252 ZPO.

²⁸⁵ Ein entsprechendes Vorgehen ist grundsätzlich ohnehin problematisch.

²⁸⁶ Vgl. dazu oben Ziff. 2.4.

²⁸⁷ Vgl. dazu oben Ziff. 3.

²⁸⁸ Vgl. dazu oben Ziff. 7.5.

²⁸⁹ Und damit etwa auch die aus Nachträgen resultierende Vergütung (vgl. dazu etwa Urteil des BGer 4A_724/2016 vom 19. Juli 2017 E. 3.2 f.).

²⁹⁰ Vgl. dazu etwa Urteil des BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.1 und 2.2.2; Urteil des BGer 4A_591/2012 vom 20. Februar 2013 E. 2.1; Urteil des BGer 4A_284/2017 vom 22. Januar 2018 E. 4.2 und neustens Urteil des BGer 4A_19/2021 vom 6. April 2021 E. 5.1.

Überlegungen aufdrängen, auch bei einer eingeschränkten Hauptsachenprognose ein Begehren betreffend provisorische Eintragung (Vormerkung) eines Bauhandwerkerpfandrechts zu stellen.²⁹¹ In diesem Fall muss jedoch die Klientschaft entsprechend aufgeklärt werden.

Generell kann auch hier festgehalten werden, dass die Anforderungen an die Handwerker und Unternehmer betreffend die Dokumentation von Leistungen laufend zunehmen. Aus diesem Grund macht es Sinn, die Handwerker und Unternehmer diesbezüglich zu sensibilisieren und zu beraten.

8. Schlussbemerkungen

Bei verschiedenen Problemen im Zusammenhang mit Bauhandwerkerpfandrechten und Stockwerkeigentum haben sich in den letzten Jahren keine Veränderungen ergeben.²⁹²

Insbesondere sind keine höchstgerichtlichen Entscheide ergangen, die zur Vereinfachung beigetragen hätten. Dies gilt etwa für die Belastung sämtlicher Stockwerkeigentumsanteile bei vertikalem oder kombiniertem Stockwerkeigentum oder auch bei der Aufteilung der Vergütungsforderungen entsprechend der effektiv erbrachten Leistungen auf die einzelnen Stockwerkeigentumsanteile, wo die praktischen Abläufe auf dem Bau wie auch die unternehmerischen Realitäten nicht berücksichtigt werden.

Hinsichtlich der Unklarheiten betreffend das Schlichtungsverfahren, wenn die Klage auf definitive Eintragung mit der Forderungsklage verbunden wird (objektive Klagenhäufung), zeichnet sich eine gesetzgeberische Lösung ab. Bei den Substantiierungsanforderungen im Summarverfahren sind hingegen Tendenzen erkennbar, welche wohl zu weiteren Problemen führen werden.

Die Problematik Bauhandwerkerpfandrecht und Stockwerkeigentum wird damit auch in Zukunft anspruchsvoll bleiben.

²⁹¹ Etwa dann, wenn sich ein (vorgemerkt) Bauhandwerkerpfandrecht als Hindernis für den Grundeigentümer oder als Problem z.B. für einen Generalunternehmer erweist.

²⁹² Vgl. dazu insb. die Vorschläge von SCHUMACHER, Komplexitätsfallen, S. 114 ff.

Literaturverzeichnis

- BRITSCHGI ANDRÉ, Das belastete Grundstück beim Bauhandwerkerpfandrecht, Diss. Luzern 2008.
- EMMENEGGER SUSAN/TSCHECHTSCHER AXEL, Kommentierung des Art. 1 ZGB, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012 (zit. EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, BK, N ... zu Art. 1 ZGB).
- FREI HANSJÖRG, Zum Aussenverhältnis der Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer, Diss. Zürich 1970.
- GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019.
- GAUCH PETER/STÖCKLI HUBERT, Kommentierung der Art. 38–83 SIA-Norm 118, in: Gauch Peter/Stöckli Hubert (Hrsg.), Kommentar zur SIA-Norm 118, Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten (Ausgabe 2013), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017 (zit. GAUCH/STÖCKLI, SIA-Komm., N ... zu Art. ... SIA-Norm 118).
- GÖKSU TARKAN, Bauhandwerkerpfandrecht bei Schiedsklausel im Werkvertrag, in: BR 3/2016, S. 161 ff.
- GROSS BALZ/ZUBER ROGER, Kommentierung der Art. 70–83 ZPO, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Band I, Art. 1–149 ZPO, Bern 2012 (zit. GROSS/ZUBER, BK, N ... zu Art. ... ZPO).
- GÜNGERICH ANDREAS, Kommentierung der Art. 13–16 ZPO, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Band I, Art. 1–149 ZPO, Bern 2012 (zit. GÜNGERICH, BK, N ... zu Art. ... ZPO).
- HAAS NICOLA, Der Sonderrechtsgegenstand im System des Stockwerkeigentumsrechts, Unter besonderer Berücksichtigung der Umbauproblematik, Diss. Zürich 2014.
- HÜRLIMANN ROLAND, Kommentierung der Art. 23–37 SIA-Norm 118, in: Gauch Peter/Stöckli Hubert (Hrsg.), Kommentar zur SIA-Norm 118, Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten (Ausgabe 2013), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017 (zit. HÜRLIMANN, SIA-Komm., N ... zu Art. ... SIA 118).
- HÜRLIMANN-KAUP BETTINA/DUCREY NATHALIE, Vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts vor Beginn der Viermonatsfrist, in: BR 3/2019, S. 136 ff.
- LEEMANN HANS, in: Gmür Max (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV: Sachenrecht, 2. Abteilung: Art. 730–918 ZGB, Bern 1925 (zit. LEEMANN, BK, N ... zu Art. ... ZGB).
- MANZ LENA ANNA, Unterhalt und Ersatzneubau im Stockwerkeigentum, Elemente zur Bewältigung von Sanierungsblockaden, Diss. Zürich 2021.
- MATHIS ARTHUR, Das Bauhandwerkerpfandrecht in der Gesamtüberbauung und im Stockwerkeigentum, Diss. St. Gallen 1988.
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/REY HEINZ, in: Meier-Hayoz Arthur (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV: Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 5. Teilband: Grundeigentum IV, Das Stockwerkeigentum, Art. 712a–712t ZGB, Bern 1988 (zit. MEIER-HAYOZ/REY, BK, N ... zu Art. ... ZGB).

- OTTIKER MORITZ, Pfandrecht und Zwangsvollstreckung bei Miteigentum und Stockwerkeigentum, Diss. Zürich 1972.
- PETER JAMES T., Kommentierung des Art. 29 ZPO, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Band I, Art. 1–149 ZPO, Bern 2012 (zit. PETER, BK, N ... zu Art. 29 ZPO).
- PFÄFFLI ROLAND, Die Zuweisung von Autoeinstellplätzen und deren Sicherstellung im Grundbuch, in: Ruf Peter/Pfäffli Roland (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre Verband bernischer Notare, Langenthal 2003, S. 371 ff.
- REY HEINZ/MAETZKE LUKAS, Schweizerisches Stockwerkeigentum, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009.
- SCHMID JÖRG/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Sachenrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017.
- SCHMID JÜRIG, Kommentierung der Art. 942–977 ZGB, in: Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 6. Aufl., Basel 2019 (zit. SCHMID, BSK ZGB II, N ... zu Art. ... ZGB).
- SCHMID-TSCHIRREN CHRISTINA, Kommentierung der Art. 793–823 ZGB, in: Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 6. Aufl., Basel 2019 (zit. SCHMID-TSCHIRREN, BSK ZGB II, N ... zu Art. ... ZGB).
- SCHUMACHER RAINER, Kommentierung der Art. 837–841 ZGB, in: Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.): Handkommentar zum schweizer Privatrecht, Sachenrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. SCHUMACHER, CHK, N ... zu Art. ... ZGB).
- DERSELBE, Bauhandwerkerpfandrecht und Stockwerkeigentum: eine besondere Herausforderung an den Grundbuchverwalter, ZBGR 1/2014, S. 1 ff. (zit. SCHUMACHER, ZBGR 2014, S. ...).
- DERSELBE, Bauhandwerkerpfandrecht: Besondere Herausforderungen an die Anwaltschaft, Anwaltsrevue 3/2014, S. 103 ff. (zit. SCHUMACHER, Herausforderungen, S. ...).
- DERSELBE, Stockwerkeigentum und Bauhandwerkerpfandrecht: Komplexitätsfallen, in: Wermelinger Amédéo (Hrsg.), Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2013, Bern 2013, S. 65 ff. (zit. SCHUMACHER, Komplexitätsfallen, S. ...).
- DERSELBE, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011 (zit. SCHUMACHER, Ergänzungsband, Rz. ...).
- DERSELBE, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Systematischer Aufbau, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. ...).
- SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BEARBEITER, BSK ZPO, N ... zu Art. ... ZPO).
- STEINAUER PAUL-HENRI, Les droits réels, Tome III, Servitudes personnelles, Charges foncières, Droits de gage immobiliers, Droits de gage mobiliers, 4. Aufl., Bern 2012.
- THURNHERR CHRISTOPH, Kommentierung der Art. 836–841 ZGB, in: Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 6. Aufl., Basel 2019 (zit. THURNHERR, BSK ZGB II, N ... zu Art. ... ZGB).

- DERSELBE, Das Bauhandwerkerpfandrecht im Konkurs, in: Sprecher Thomas (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VIII, Immobilien und Insolvenz, Zürich/Basel/Genf 2017, S. 49 ff. (zit. THURNHERR, Konkurs, S. ...).
- DERSELBE, Das revidierte Bauhandwerkerpfandrecht – zu wenig Neues, aber noch mehr Problematisches?, ZBGR 2/2012, S. 73 ff. (zit. THURNHERR, ZBGR 2012, S. ...).
- DERSELBE, Bauliche Massnahmen bei Mit- und Stockwerkeigentum – Grundlagen und praktische Probleme, Diss. Zürich 2009 (zit. THURNHERR, Diss., Rz. ...).
- DERSELBE, Das Bauhandwerkerpfandrecht – eine aktuelle Übersicht unter Berücksichtigung der Baukreditüberwachungspraxis der Banken, ZBJV 142/2006, S. 909 ff. (zit. THURNHERR, ZBJV 2006, S. ...).
- VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Band, 3. Aufl., Zürich 1974.
- VON TUHR ANDREAS/PETER HANS, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, 3. Aufl., Zürich 1979.
- WERMELINGER AMÉDÉO, in: Schmid Jörg (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV: Das Sachenrecht, Teilband IV/1c: Das Stockwerkeigentum, Art. 712a–712t ZGB, 2. Aufl., Zürich 2019 (zit. WERMELINGER, ZK, N ... zu Art. ... ZGB).
- ZOBL DIETER, Grundbuchrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004 (zit. ZOBL, Grundbuchrecht, Rz. ...).
- DERSELBE, Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda, ZSR NF 101/1982 II, S. 1 ff. (zit. ZOBL, Bauhandwerkerpfandrecht, S. ...).
- ZOBL DIETER/THURNHERR CHRISTOPH, Bauhandwerkerpfandrecht: Bemerkungen zum geltenden Recht sowie zum Revisionsvorentwurf, in: Riemer Hans Michael/Kuhn Moritz/Vock Dominik/Gehri Myriam A. (Hrsg.), Schweizerisches und Internationales Zwangsvollstreckungsrecht, Festschrift für Karl Spühler zum 70. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 481 ff. (zit. ZOBL/THURNHERR, Bauhandwerkerpfandrecht, S. ...).
- DIESELBEN, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV: Sachenrecht, 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, 5. Teilband: Das Fahrnispfand, 1. Unterteilband: Systematischer Teil und Art. 884–887 ZGB, Bern 2010 (zit. ZOBL/THURNHERR, BK, N ... zu Art. ... ZGB).