

BAURECHT *kompakt*

SEPTEMBER 2017
NEWSLETTER 08

AKTUELLE THEMEN – KOMMENTIERTE ENTSCHEIDE – PRAXISFÄLLE



Liebe Leserin, lieber Leser

Unter bestimmten Bedingungen haben Sie bei reinen Materiallieferungen Anspruch auf das sogenannte Bauhandwerkerpfandrecht. Welche Voraussetzungen es hierfür braucht und welche Stolperfallen es beim Fristenlauf zu beachten gilt, wenn unterschiedliche Grundstücke beliefert werden, lesen Sie im ersten Beitrag. Wer bereits einmal einen Bauprozess geführt hat, weiss, dass selbst dann, wenn man gewinnt, die gerichtlich zugesprochene Parteientschädigung in der Regel nicht ausreicht, um die dafür aufgewendeten Kosten zu decken. Welche Neuigkeiten es aus der baurechtlichen Rechtsprechung gibt und welche Lehren für den Berufsalltag gezogen werden können, erfahren Sie ab Seite 5. Lesen Sie abschliessend, was es im Rahmen der Mängelhaftung bei Prüf- und Rügeobliegenheiten sowie bei Haftungsfragen und der Verjährung zu beachten gilt. Wir wünschen Ihnen eine anregende Lektüre.

Junes Babay, Redaktor

IN DIESER AUSGABE:

- Best Practice: Bauhandwerkerpfandrecht – Pfandberechtigung bei reinen Materiallieferungen sowie Voraussetzung für einen einheitlichen Fristenlauf **Seite 1**
- Best Practice: Neuigkeiten aus der baurechtlichen Rechtsprechung **Seite 5**
- Top-Thema: Mängelhaftung leicht gemacht **Seite 8**
- Arbeitshilfe: Rücktrittsschreiben des Bestellers nach Ablieferung des Werkes (Werkvertrag) **Seite 12**

Bauhandwerkerpfandrecht – Pfandberechtigung bei reinen Materiallieferungen sowie Voraussetzungen für einen einheitlichen Fristenlauf

Reine Materiallieferungen sind beim Bauhandwerkerpfandrecht lediglich unter einschränkenden Voraussetzungen pfandberechtigt. Der Autor zeigt diese Problematik im vorliegenden Beitrag anhand der Baumaterialien Beton und Mörtel auf.

■ **Von Adrian Weber, Rechtsanwalt LL.M.**

Vorbemerkung

Das Schweizerische Zivilgesetzbuch bestimmt in Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB, dass «für die Forderungen der Handwerker oder

Unternehmer, die auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen Material und

Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben», ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts (eines sog. Bauhandwerkerpfandrechts) besteht.

Der Pfandanspruch kommt – wie es die erwähnte Gesetzesbestimmung umschreibt – grundsätzlich einzig für Leistungen in Form (1) einer Lieferung von «*Material und Arbeit*» oder (2) einer Lieferung von «*Arbeit*» allein infrage. Dabei ist die Lieferung von Material und Arbeit nur dann pfandberechtigt, soweit das Material und die Arbeit eine funktionale sowie objektspezifische Einheit bilden. Diese Voraussetzung ist beispielsweise erfüllt, wenn der Unternehmer den eigens produzierten (oder von Dritten hergestellten) Werkstoff durch seine Arbeit – manuell oder maschinell – in ein Bauwerk einbaut.



Dagegen sind reine Materiallieferungen lediglich unter einschränkenden Voraussetzungen pfandberechtigt, was nachfolgend bezüglich der beiden Baumaterialien Beton und Mörtel aufgezeigt wird.

Vertretbare und unvertretbare Sachen

Der Verkauf von vertretbaren Sachen wie Kies, Sand, Zement, Ziegel, Backsteine usw. als reine Materiallieferungen berechtigt gemäss dem Wortlaut des Gesetzes (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB) sowie der Rechtslehre und Rechtsprechung nicht zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts. Etwas anderes gilt, falls der Baustoff spezifisch für das betreffende Bauwerk infolge einer individuellen Bestellung (z.B. in einem Baubeschrieb oder einer Position in einem Leistungsverzeichnis) produziert wurde. Bei einem solchen Baustoff handelt es sich um eine unvertretbare Sache, und dem Hersteller, der oftmals Subunternehmer und Hilfsperson des Unternehmers (der den Baustoff im Bauwerk verbaut) ist, steht für seine Lieferung ebenfalls ein Bauhandwerkerpfandrecht zu. Wichtig ist mithin die Unterscheidung in vertretbare und unvertretbare Sachen. Als vertretbar gelten Sachen, welche nicht nach individuellen Merkmalen bestimmt sind, sondern nach Mass, Zahl oder Gewicht (also serienmässig hergestellte Ware). Dagegen werden unvertretbare Sachen nach individuellen Merkmalen bestimmt (z.B. ein Massanzug).

Pfandberechtigung von Beton ist anerkannt

Den weltweit am häufigsten verwendeten Baustoff stellt ohne Zweifel Beton dar. Das Grundrezept für Beton ist einfach: Man benötigt Zement aus Kalkstein und Ton, als Gesteinskörnung Sand und Kies sowie Wasser.

Jedoch werden an die Herstellung von Beton hohe Anforderungen in qualitativer Hinsicht gestellt. Beton wird in der Regel explizit an ein Bauwerk angepasst, indem die Expositionsklasse, die Druckfestigkeitsklasse, der Frost-Tausalz widerstand usw. angegeben werden und der Beton dann in der Folge gemäss diesen Parametern im Betonwerk produziert wird. Es bestehen demzufolge x-beliebige Kombinationsmöglichkeiten. In diesem Zusammenhang existieren spezielle Regelwerke wie die Norm SN 505 262 (Betonbau) und die Norm SN 206:2013 (Beton – Festlegung,

Eigenschaften, Herstellung und Konformität), welche bei der Herstellung des Betons berücksichtigt werden müssen. Der verwendete Beton kann demnach über kryptische Bezeichnungen wie z.B. «C300 (NPK C) C30/37 XC4XF1XD2 Kranbeton C332» oder «ZN67 Beton 0/32 CEM 150 steif (C1)» verfügen. Die besagten Parameter werden hauptsächlich vom Architekten und/oder Ingenieur bestimmt und haben Konsequenzen hinsichtlich Statik, Wasserdichtigkeit und Beständigkeit des Bauwerks.

Beim Beton handelt es sich dementsprechend um eine unvertretbare Sache, die im Betonwerk nach Mass hergestellt wird, weshalb das Betonwerk unter diesem Aspekt nicht nur «Arbeit», sondern «Material und Arbeit» im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB liefert. Das Betonwerk ist für seine Vergütungsforderung somit baupfandberechtigt.

WICHTIGER HINWEIS

Im Fachjargon wird dieser Beton als Transportbeton bezeichnet, da der Beton mit speziellen Fahrzeugen (sog. Betonmischern) vom Werk auf die Baustelle befördert wird.



Teilweise wird zudem der Terminus «Frischbeton» verwendet, der jedoch nicht einschlägig ist, weil es auch Beton gibt, der als sog. Ortsbeton direkt (frisch) auf der Baustelle hergestellt wird.

Bei der anerkannten Pfandberechtigung von Transportbeton handelt es sich um eine gefestigte Rechtsprechung, die auf ein Urteil des Bundesgerichts im Jahr 1971 zurückgeht. Ausserdem gilt die Pfandberechtigung von Transportbeton in der herrschenden Rechtslehre als unbestritten.

Mörtel stellt für sich keine pfandberechtigte Leistung dar

Oftmals ist Beton jedoch nicht der einzige Baustoff, der vom Betonwerk auf eine Baustelle geliefert wird. In der Praxis liefert das Betonwerk häufig neben Transportbeton zusätzlich Mörtel und weitere Baumaterialien wie z.B. Kies und Sand.

Es stellt sich nun die Frage, ob die Lieferung von Mörtel einerseits sowie die Lieferung

von Kies und Sand andererseits ebenfalls pfandberechtigt sind. Nach der vorliegend vertretenen Auffassung stellt einzig der Transportbeton eine selbstständig pfandgeschützte Leistung dar, sofern er speziell für die Baustelle hergestellt wurde. Mörtel und weitere Baumaterialien wie Kies und Sand sind grundsätzlich nicht pfandberechtigt. Das bedeutet, dass für solche Leistungen nur dann ein Pfandrecht möglich ist, wenn die Lieferung z.B. zusammen mit pfandberechtigtem Transportbeton für dasselbe Bauvorhaben erfolgt ist. Reine Sachlieferungen sind demnach nur pfandberechtigt, falls sie zusammen mit pfandgeschützten Leistungen erfolgen. Natürlich wird auch in diesen Fällen vorausgesetzt, dass die Frist von vier Monaten nach Art. 839 Abs. 2 ZGB noch nicht abgelaufen ist, zumal nicht selbstständig pfandgeschützte Leistungen keine neue Frist auslösen.

Die fehlende Pfandberechtigung von Kies und Sand erscheint auf Anhiob nachvollziehbar, da Kies und Sand nicht für eine konkrete Baustelle hergestellt werden. Mörtel dagegen setzt sich aus ähnlichen Bestandteilen wie Beton zusammen, beispielsweise Kalk oder Zement, Gesteinskörnung mit höchstens 4 mm Korngrösse sowie Wasser und dient in erster Linie zur Verbindung von Mauersteinen sowie zum Verputzen von Wänden und Decken. Seine Herstellung kann entweder im Werk oder auf der Baustelle erfolgen. Bei Mörtel erscheint somit die Sach- und Rechtslage aus Sicht des Autors nicht auf den ersten Blick als völlig klar und bedarf der nachfolgenden Erläuterung:

- Bei Beton und Mörtel handelt es sich bei genauer Betrachtungsweise um zwei unterschiedliche Produkte. Daran ändert auch der Umstand nichts, sollten beide Produkte im gleichen Werk hergestellt werden. In Bezug auf die Pfandberechtigung geht es nämlich nicht darum, ob Mörtel und Beton im (gleichen) Werk hergestellt werden, sondern einzig darum, ob der infrage stehende Mörtel eine eigens für die Baustelle hergestellte Materiallieferung darstellt. Dieses Kriterium «*eigens für die Baustelle hergestellt*» bildet den Ansatzpunkt für das Bestehen der Pfandberechtigung.
- Dass es sich beim Beton um ein sehr viel komplexeres Produkt als Mörtel handelt,



wurde in Ziffer 3 vorstehend bereits ausgeführt. Beton wird explizit an das Bauwerk angepasst, was bedeutet, dass der Beton in Bezug auf Expositionsklasse, Druckfestigkeitsklasse, Frost-Tausalzwehstand usw. massgeschneidert produziert wird. Mörtel dagegen existiert in der Regel lediglich in fertigen Ausführungen nach der Norm SN EN 998-2. Dadurch wird gleichbleibende Qualität durch Herstellung nach vorgegebenen Prozessen sichergestellt. Die Herstellung des Mörtels wird im Werk laufend kontrolliert und das Fertigprodukt periodisch einer Materialprüfung unterzogen. Es handelt sich um ein standardisiertes Fertigprodukt, welches – im Gegensatz zum Beton – nicht eigens für eine Baustelle hergestellt wird. Im Baualltag werden die Transportfahrzeuge im Betonwerk mit den verschiedenen Mörtelsorten befüllt und fahren von einer Baustelle zur nächsten, um den Mörtel in dafür vorgesehene Mörtelkübel abzufüllen. Es handelt sich im Gegensatz zu den Betonlieferungen regelmässig um viel geringere Mengen, die auf die Baustelle geliefert werden.

- Auch stehen sich in Bezug auf Beton und Mörtel ganz unterschiedliche Verarbeitungszeiten gegenüber. Beton muss grundsätzlich innerhalb von 90 Minuten verarbeitet werden, wobei Mörtel in der Regel eine Verarbeitbarkeit von bis zu

36 Stunden besitzt. Damit kann Mörtel (als vertretbare Sache), sollte er auf einer Baustelle trotz Bestellung nicht benötigt werden, ohne Weiteres auf einer anderen Baustelle eingesetzt werden. Dies fällt bei Beton grundsätzlich ausser Betracht, da Beton aufgrund seiner diversen Spezifikationen, viel grösseren Liefermengen und weitaus kürzeren Verarbeitungszeiten in den meisten Fällen kaum auf einer anderen Baustelle verwendet, sondern nur noch unter massgeblichen Kostenfolgen entsorgt werden kann.

- Interessant sind in diesem Zusammenhang die Allgemeinen Lieferbedingungen für Beton des Fachverbands der Schweizerischen Kies- und Betonindustrie (FSKB) vom Oktober 2015, welche für sämtliche Lieferungen von Beton gelten. Aus Ziffer 7 dieser Bestimmungen ist ersichtlich, dass sich das Betonwerk nach Ablauf der Zahlungsfrist die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts vorbehält. Der Mörtel wird in den Allgemeinen Lieferbedingungen für Beton FSKB nicht erwähnt.

WICHTIGER HINWEIS

Schliesslich sind dem Autor keine Gerichtsurteile und Lehrmeinungen bekannt, welche Mörtel in Bezug auf die Pfandberechtigung explizit gleich oder analog behandeln wie Beton.



Im Ergebnis führen die vorliegenden Überlegungen dazu, dass gestützt auf reine Mörtellieferungen kein Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts besteht. Dies kann für einen Unternehmer unschöne Folgen zeitigen, insbesondere wenn er darauf vertraut hat, dass die Mörtellieferungen für sich wieder eine neue Viermonatsfrist auslösen würden, was eben gerade nicht der Fall ist.

Voraussetzungen für einen einheitlichen Fristenlauf

Einen weiteren wichtigen Aspekt beim Bauhandwerkerpfandrecht stellt bekanntlich der Fristenlauf dar. Gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB hat die Eintragung des Pfandrechts bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeit zu erfolgen. In einfachen Konstellationen, also ein Grundstück, ein Bauwerk, eine Bauarbeit, ein Vertrag und ein Auftraggeber, führt dies selten zu Problemen. Schwieriger wird es jedoch in Konstellationen, falls mehrere Grundstücke, Bauwerke, Bauarbeiten und Verträge betroffen sind. Ohne im Detail auf sämtliche möglichen Konstellationen eingehen zu können, gilt der Grundsatz des getrennten Fristlaufs. Bauarbeiten an verschiedenen Bauwerken sowie auf verschiedenen Grundstücken unterliegen je Bauwerk und Grundstück einem separaten Fristenlauf. Nur in Ausnahmefällen liegt ein einheitlicher Fristenlauf vor, der für den Unternehmer bei



Ecknauer+Schoch



ABA

AbaBau – die Software Gesamtlösung für die Baubranche

- > Vorkalkulation mit Leistungsverzeichnissen nach NPK und freiem Leistungsverzeichnis
- > Ausmass- und Regiefakturierung
- > ARGE Fakturierung
- > Leistungserfassung für Lohn, Material, Inventar, Fremdleistungen
- > Werkhof
- > Finanzen und Baukostenrechnung
- > Nachkalkulation
- > Baulohn

www.abacus.ch

ABACUS
business software

der Durchsetzung seines Pfandanspruchs mit Sicherheit Vorteile hat.

Nachfolgend werden unter anderem die Voraussetzungen für einen einheitlichen Fristenlauf bei Überbauungen (auf einem oder mehreren Grundstücken) aufgezeigt:

- Für Sukzessivlieferungen besteht im Grundsatz ein einheitlicher Fristenlauf. Um auf den Transportbeton zurückzukommen: Diesfalls löst die zeitlich letzte Herstellung von Transportbeton im Werk die Frist von vier Monaten für sämtliche objektspezifischen Betonlieferungen aus. Unter Sukzessivlieferungen versteht man im Wesentlichen wiederholte, gleichartige und aufeinanderfolgende Lieferungen.
- Aber nicht jede Sukzessivlieferung hat einen einheitlichen Fristenlauf zur Folge. Wurde z.B. eine Überbauung auf mehreren Grundstücken errichtet, ist für einen einheitlichen Fristenlauf zusätzlich erforderlich, dass neben den Sukzessivlieferungen auch zwischen den Grundstücken, auf denen die Überbauung steht, ein funktioneller Zusammenhang gegeben ist. Das bedeutet konkret, dass (1) die Bauwerke auf zwei oder mehreren Grundstücken eine funktionelle Einheit bilden und kumulativ (2) die Bauarbeiten für die Bauwerke in einem Zuge ausgeführt wurden.
- Der Begriff des «funktionellen Zusammenhangs» ist kein klar definierter Begriff und muss im Einzelfall anhand des zu beurteilenden Falls bestimmt werden. Illustrativ ging das Bundesgericht bei einem Mehrfamilienhaus und der dazugehörigen Garage, die auf einem Grundstück baulich getrennt erstellt wurden, von einer einheitlichen Frist zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts aus. Es betrachtete die beiden Gebäude (Mehrfamilienhaus und Garagentrakt) als Haupt- und Nebengebäude, wobei der Garagentrakt ausschliesslich auf das Mehrfamilienhaus hin konzipiert worden ist und nur diesem dient.

- Natürlich können funktionelle Zusammenhänge neben tatsächlicher Natur auch rechtlicher Natur (z.B. ein Werkvertrag) sein. Dies trifft in der Regel für den funktionellen

Zusammenhang von Arbeitsvorgängen zu, hat jedoch nichts mit dem funktionellen Zusammenhang einer Überbauung zu tun. Hier muss der funktionelle Zusammenhang – wie bereits erwähnt – tatsächlicher Natur sein, wie z.B. das Verhältnis zweier Gebäude als Mehrfamilienhaus und Garagentrakt im erwähnten Bundesgerichtsentscheid.

Ohne einen solchen Nachweis eines funktionellen Zusammenhangs unterliegen Bauarbeiten für Bauwerke auf mehreren Grundstücken einem getrennten Fristenlauf. Wichtigster Anwendungsfall dieses Grundsatzes ist die Belastung mehrerer Grundstücke, auf welchen eine Gesamtüberbauung realisiert worden ist. In diesem Fall hat der Unternehmer die Frist von vier Monaten für jedes Grundstück gesondert einzuhalten. Für jedes Grundstück bzw. Bauwerk beginnt die Frist mit der Vollendung der dafür geleisteten Arbeit separat zu laufen. Daran ändert auch die Vergabung der Arbeiten mittels eines einzigen Werkvertrags nichts. Vielmehr hat der Unternehmer bei solchen Gesamtüberbauungen im eigenen Interesse Baustellenabrechnungen für jedes Gebäude zu führen, und zwar unabhängig von einem Pauschal- oder Globalpreis.

Ergebnis und Empfehlung

Die Ausführungen haben gezeigt, dass sich in Bezug auf die Durchsetzung eines Bauhandwerkerpfandrechts diverse Probleme stellen können. Das betrifft in erster Linie komplexe Bauvorhaben mit verschiedenen Lieferungen, Bauleistungen und Bauparzellen. Der Unternehmer tut bei solchen Projekten gut daran, sich im Hinblick auf mögliche Probleme bei der Pfandberechtigung von Lieferungen und dem Fristenlauf noch anderweitig abzusichern (Bonitätsprüfungen von Geschäftspartnern, regelmässige Rechnungstellung, lückenlose Baustellenabrechnungen, Erfüllungsgarantien usw.), als am Ende auf die erfolgreiche Durchsetzung des Bauhandwerkerpfandrechts zu vertrauen.



AUTOR

Adrian Weber, Rechtsanwalt, LL.M., Partner in der Kanzleigemeinschaft Advokaturen im Rabenhäus, Zürich, befasst sich schwerpunktmässig mit Submissionsrecht sowie Bau- und Immobilienrecht.