

Die Revision des Immobiliarsachenrechts

La révision des droits réels immobiliers

Bettina Hürlimann-Kaup, Professorin an der Universität Freiburg

Paul-Henri Steinauer, professeur à l'Université de Fribourg*

I. Einleitung

Am 11. Dezember 2009 haben die eidgenössischen Räte die Revision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht) verabschiedet.¹ Sie wird voraussichtlich am 1. Januar 2012 in Kraft treten. Die neuen Bestimmungen enthalten verschiedene Änderungen, die aus baurechtlicher Sicht von Interesse sind und deshalb im Folgenden dargestellt werden sollen: Zunächst geht es um die wesentlichen Neuerungen bei Miteigentum, Grundeigentum und Stockwerkeigentum (II.) sowie bei den Dienstbarkeiten (III.). Änderungen erfahren auch gewisse Normen über die Grundpfandrechte im Allgemeinen sowie der Abschnitt über die Schuldbriefe (IV.). Wichtige Neuerungen gibt es schliesslich im Bereich des Bauhandwerkerpfandrechts (V.). Die Ausführungen werden mit einem Fazit abgeschlossen (VI.).

Ein weiteres Anliegen der Revision ist es, das Grundbuch zu einem zeitgemässen Bodeninformationssystem auszugestalten. Insbesondere wird den Grundbuchämtern in den Art. 974a–976c ein erweitertes Instrumentarium zur Verfügung gestellt, um das Grundbuch von bedeutungslos gewordenen Einträgen zu entlasten. Diese Änderungen² werden im Folgenden nicht weiter behandelt.

II. La propriété

A La copropriété

L'innovation la plus importante³ concerne le règlement d'utilisation et d'administration: désormais, les copropriétaires pourront prévoir (à l'unanimité) que le règlement pourra être modifié à la majorité de tous les copropriétaires (nouvel art. 647 al. 1). Le droit actuel ne règle pas la question, mais le Tribunal fédéral exige l'unanimité.⁴ Le législateur a considéré qu'il fallait assouplir cette exigence, au vu notamment de la durée toujours plus longue des copropriétés immobilières. Toutefois, chaque modification affectant les droits d'usage particulier d'un copropriétaire (par exemple un droit d'usage sur une place de parc déterminée) devra en outre être approuvée par ce copropriétaire (nouvel art. 647 al. 1^{bis}).⁵

B La propriété foncière

Parmi les nouveautés,⁶ nous retiendrons celles relatives aux immissions licites et au propriétaire introuvable.

La première vise le cas où un propriétaire provoque temporairement, notamment par des travaux de construction, des nuisances excessives mais inévitables causant un dommage à ses voisins. Le Tribunal fédéral a jugé que de telles nuisances étaient en soi licites, mais que les voisins lésés peuvent néanmoins exiger la réparation du dommage causé.⁷ Le nouvel art. 679a codifie cette jurisprudence; il confirme que les voisins ne peuvent pas, dans ce cas, agir en cessation de l'atteinte à leurs droits, mais qu'ils peuvent demander le versement de dommages-intérêts.

La deuxième nouveauté se rapporte à l'hypothèse où la personne inscrite comme propriétaire au registre foncier ne peut pas être atteinte: soit elle ne peut pas être identifiée sans équivoque (p. ex. parce que l'inscription est incomplète), soit elle est identifiée, mais ne peut pas être retrouvée (elle a émigré et on a perdu sa trace, ou elle est décédée et ses héritiers ne se sont jamais annoncés au registre foncier).⁸ Ces situations doivent être régularisées. Le nouvel article 666a donne donc au juge la possibilité d'ordonner les mesures nécessaires, par exemple des mesures conservatoires. Le juge peut aussi nommer un représentant du propriétaire introuvable, de façon que les intéressés puissent avoir une personne de référence. Cette nouvelle règle est une contribution à l'un des objectifs principaux de la révision: faire du registre foncier un système d'informations moderne et fiable.⁹ La loi ne

* Nous remercions Mmes MARLÈNE COLLAUD, assistante, et DIANA OSWALD, sous-assistante, ainsi que M. Andrea ERMOTTL, assistant, de l'aide qu'ils nous ont apportée lors de la rédaction de cette contribution.

¹ Die Referendumsvorlage findet sich in BBl 2009 8779 ff. (FF 2009 7943 ff.); die Referendumsfrist läuft am 1. April 2010 ab.

² Vgl. ausserdem die neuen Art. 956 (Administrative Aufsicht), 956a und b (Rechtsschutz) sowie 962 und 962a (Anmerkungen).

³ Voir en outre les nouveaux art. 649a al. 2 (mention au registre foncier de décisions relatives à la copropriété) et 650 al. 2 (prolongation de 30 à 50 ans de la durée possible d'exclusion du partage).

⁴ Cf. ATF 103 Ib 76/80 ss = JdT 1977 I 339/342 ss; voir aussi C. BRUNNER/J. WICHTERMANN, Art. 646–651, in H. HONSELL/N. P. VOGT/T. GEISER (éd.), Zivilgesetzbuch II, commentaire bâlois, 3^e éd., Bâle 2007, art. 647, n. 23.

⁵ Une règle analogue est prévue pour la propriété par étages (nouvel art. 712g al. 4).

⁶ Cf. en outre les nouveaux art. 655 al. 3 (immatriculation des droits distincts et permanents), 655a (immeubles dépendants), 676 al. 1 et 3 (conduites), 679 al. 2 et 684 al. 2 (immissions négatives) ainsi que 691 al. 1 et 3 (conduites nécessaires).

⁷ Voir ATF 114 II 230/235 sv. = JdT 1989 I 144/148 sv.

⁸ Cf. Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse (Cédule hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels), du 27 juin 2007, FF 2007 5015 (ci-après: Message), n° 2.1.2.1, art. 666a.

précise ni les pouvoirs du juge, ni ceux du représentant. Ils pourront certainement intervenir pour des questions de moindre importance (p. ex. consentir à la radiation d'une servitude devenue inutile), mais le message envisage aussi qu'ils procèdent à la vente de l'immeuble et déposent le prix sur un compte bloqué.¹⁰

De manière analogue, le nouvel art. 666b donne au juge la possibilité de prendre les mesures nécessaires lorsqu'une personne morale inscrite comme propriétaire au registre foncier ne dispose plus des organes prescrits par la loi.

C La propriété par étages

La nouveauté principale¹¹ est l'introduction d'une possibilité supplémentaire de dissolution de la propriété par étages (PPE). Selon le droit actuel, la PPE ne prend fin que pour l'un des motifs suivants (art. 712f): perte du bien-fonds ou extinction du droit de superficie, convention ou déclaration mettant fin à la propriété par étages, dissolution demandée par l'un des copropriétaires lorsque le bâtiment est détruit pour plus de la moitié de sa valeur.¹² Les bâtiments construits dans les années qui ont suivi la réintroduction de la PPE en 1965 ont cependant aujourd'hui un âge où des réparations de plus en plus coûteuses sont nécessaires. Il peut donc désormais arriver qu'un bâtiment en PPE se trouve dans un état tel qu'il ne puisse plus être utilisé conformément à sa destination, sauf à y investir des montants importants.¹³

Dans un tel cas, un propriétaire ne peut pas aujourd'hui demander la dissolution de la PPE, parce qu'il ne s'agit pas d'une situation où le bâtiment est «détruit» pour plus de la moitié de sa valeur.¹⁴ L'état du bâtiment peut néanmoins être tel que la continuation de la PPE devient impossible pour un copropriétaire. C'est pourquoi le nouvel art. 712f al. 3 ch. 2 prévoit que chaque copropriétaire peut alors demander la dissolution de la PPE, pour autant que celle-ci ait duré plus de 50 ans et que la construction ne puisse plus être utilisée conformément à sa destination. Les copropriétaires qui le désirent peuvent cependant maintenir la PPE en désintéressant les autres (nouvel art. 712f al. 4).

III. Dienstbarkeiten

A Leitungsrechte

Art. 676 erfährt mit der Revision lediglich sprachliche Änderungen in den Abs. 1 und 3.¹⁵ Neuerungen gibt es aber mit Bezug auf das Durchleitungsrecht als Notrecht: Grundeigentümer sind gemäss der neuen Formulierung von Art. 691 Abs. 1 verpflichtet, die Durchleitung von Röhren und Leitungen zur Versorgung und Entsorgung gegen volle Entschädigung zu gestatten, wenn ein anderes Grundstück sonst nicht oder nur mit unverhältnismässigen Kosten erschlossen werden kann.¹⁶ Nach Abs. 3 der Norm hat neu auch der Belastete das Recht, die Durchleitungen auf Kosten des Berechtigten als Dienstbarkeit in das Grundbuch eintragen zu

lassen. Als weitere Neuerung hält er fest, dass das Durchleitungsrecht einem gutgläubigen Erwerber auch dann entgegengehalten werden kann, wenn es nicht im Grundbuch eingetragen ist. Damit weicht die Bestimmung bei äusserlich nicht wahrnehmbaren Leitungen vom Prinzip des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs nach Art. 973 Abs. 1 ab. Demgegenüber kann sich der gutgläubige Erwerber nach geltendem Recht gemäss überwiegender Lehre auf Art. 973 berufen.¹⁷

B Grunddienstbarkeiten¹⁸

1. Formvorschrift

Nach geltendem Recht bedarf der Vertrag über die Errichtung einer Grunddienstbarkeit zu seiner Gültigkeit lediglich der schriftlichen Form (Art. 732). Der neue Art. 732 Abs. 1 schreibt nunmehr die öffentliche Beurkundung für alle Rechtsgeschäfte über die Errichtung einer Grunddienstbarkeit vor, womit auch die Eigentümerdienstbarkeit erfasst wird.

2. Nebenleistungspflichten

Nach Art. 730 Abs. 2 kann eine Verpflichtung zur Vornahme von Handlungen mit einer Grunddienstbarkeit nur neben-sächlich verbunden werden. Derartige Leistungspflichten

⁹ Cf. Message, n° 1.2.

¹⁰ Cf. Message, n° 2.1.2.1, art. 666a, 2° al.

¹¹ Voir en outre le nouvel art. 712e al. 1 (définition des quotes-parts) ainsi que la note 5 ci-dessus.

¹² Sur les motifs de dissolution de la PPE en droit actuel, voir p. ex. P. TUOR/B. SCHNYDER/J. SCHMID/A. RUMO-JUNGO, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 13° éd., Zurich/Bâle/Genève 2009, n. 100.51; A. WERMELINGER, La propriété par étages, 2° éd., Rothenburg 2008, art. 712f, n. 1 ss; H. REY, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Band I, 3° éd., Berne 2007, n. 956 ss; R. BÖSCH, Art. 712a–712t, in H. HONSELL/N. P. VOGT/T. GEISER (éd.), Zivilgesetzbuch II, commentaire bâlois, 3° éd., Bâle 2007, art. 712f, n. 2 ss.

¹³ Cf. Message, n° 2.1.2.3, art. 712f, 3° et 4° al.

¹⁴ Voir l'art. 712d al. 3 et les explications de WERMELINGER, art. 712f, n. 77 ss; BÖSCH, art. 712f, n. 7 sv.

¹⁵ Das Parlament hat den Vorschlag des Bundesrates verworfen, auf Wunsch von Grundbuchsbesitzern in einem neuen Abs. 4 von Art. 676 den Kantonen die Möglichkeit einzuräumen, Leitungskatastern den öffentlichen Glauben des Grundbuchs zuzuerkennen.

¹⁶ Inhaltlich stimmt der neue Abs. 1 mit dem bisherigen überein; vgl. die Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht) vom 27. Juni 2007, BBl 2007 5283 ff. (im Folgenden: Botschaft), Nr. 2.1.2.2, Art. 691.

¹⁷ Vgl. etwa A. MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 3. Teilband: Grundeigentum II, 3. Aufl., Bern 1975, Art. 691, N 75; P. LIVER, Zürcher Kommentar, IV. Band: Das Sachenrecht, 1. Band: Die Grunddienstbarkeiten, 2. Aufl., Zürich 1980, Art. 734, N 160; P.-H. STEINAUER, Les droits réels, Band II, 3. Aufl., Bern 2002, Nr. 1854a; a.M. R. HAAB, Zürcher Kommentar, IV. Band: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, Zürich 1977, Art. 691–693, N 21; Frage offen gelassen in BGE 51 II 156 ff. (161), E. 2.

¹⁸ Es werden nur die wichtigsten Änderungen dargestellt. Die Revision sieht ausserdem die Aufhebung von Art. 742 Abs. 3 (Verweis auf die nachbarrechtlichen Bestimmungen bei der Verlegung von Leitungen) vor. Die Bestimmungen über die Teilung des berechtigten bzw. des belasteten Grundstücks werden neu in Art. 743 zusammengefasst und der bestehende Art. 744 wird aufgehoben.

sind für den Erwerber des berechtigten oder des belasteten Grundstücks nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur dann ohne Weiteres verbindlich, wenn sie sich aus dem Grundbucheintrag ergeben (z. B. durch das Stichwort «Wegrecht mit Nebenleistungspflicht gemäss Beleg»); die blosser Erwähnung in den Belegen (namentlich im Dienstbarkeitsvertrag) genügt nicht.¹⁹ Dieser Grundsatz wird neu ausdrücklich in Art. 730 Abs. 2 festgeschrieben.²⁰ Es ist Sache der Parteien bzw. der Urkundsperson, die Aufnahme der Nebenleistungspflicht in das Stichwort zu beantragen.

Eine Ausnahme von der genannten Regel wird mit Bezug auf die Tragung der Kosten für den Unterhalt einer Vorrichtung eingeführt: Gemäss Art. 741 Abs. 2 werden die Kosten nach dem Verhältnis der Interessen aufgeteilt, wenn die Vorrichtung auch dem Belasteten dient. Eine von dieser Kostenverteilung abweichende Vereinbarung ist für den Erwerber des berechtigten oder des belasteten Grundstücks verbindlich, sofern sie sich aus den Belegen des Grundbuchs erschliessen lässt.

3. Mehrere Berechtigte an einer gemeinschaftlichen Vorrichtung

Der neue Art. 740a regelt den Fall, dass mehrere Personen gestützt auf eine jeweils selbständige gleich lautende Dienstbarkeit im gleichen Rang auf dem belasteten Grundstück an einer gemeinschaftlichen Vorrichtung beteiligt sind.²¹ Sofern nichts anderes vereinbart ist, kommen gemäss Abs. 1 der Norm die Bestimmungen über das Miteigentum (Art. 646 ff.) analog zur Anwendung. Damit werden Fragen, die sich bei dieser Schicksalsgemeinschaft stellen können (wie etwa bezüglich baulicher Massnahmen oder Tragung der gemeinschaftlichen Kosten und Lasten), nunmehr durch das Gesetz geregelt.²²

Abs. 2 der neuen Bestimmung sieht vor, dass das Recht, durch Verzicht auf die Dienstbarkeit aus der Gemeinschaft auszuschcheiden, durch Vereinbarung in der für den Dienstbarkeitsvertrag vorgesehenen Form auf höchstens 30 Jahre ausgeschlossen werden kann. Damit soll verhindert werden, dass eine Vorrichtung, die auf die Bedürfnisse mehrerer berechtigter Grundstücke ausgerichtet ist (etwa eine gemeinschaftliche Heizanlage), auf die Dauer nur noch von einigen wenigen Berechtigten genutzt wird, die dann die Kosten des Unterhalts für die nun überdimensionierte Anlage allein tragen müssen.²³ Diese Vereinbarung kann im Grundbuch vorgemerkt werden, womit sie auch für die Rechtsnachfolger der Berechtigten verbindlich ist.

C Personaldienstbarkeiten

Die wichtigste Änderung²⁴ betrifft das Baurecht. Nach dem neuen Art. 779a Abs. 1 bedarf jedes Rechtsgeschäft zur Errichtung eines Baurechts der öffentlichen Beurkundung. Die Formvorschrift beschränkt sich damit nicht mehr nur – wie nach geltendem Recht – auf die selbständigen und dauernden Baurechte und schliesst insbesondere auch die Errichtung einer Eigentümerdienstbarkeit mit ein. Das Gesetz

beendet ausserdem die Kontroverse um die Frage, ob die Vereinbarung des Baurechtszinses vom Formzwang mitumfasst wird.²⁵ Gemäss dem neuen Abs. 2 von Art. 779a muss der Baurechtszins öffentlich beurkundet werden, wenn er im Grundbuch vorgemerkt werden soll.

Die Bestimmungen des Baurechtsvertrags über Inhalt und Umfang der Dienstbarkeit sind gemäss Art. 779b für jeden Erwerber des Baurechts und des belasteten Grundstücks verbindlich; sie haben mit anderen Worten dingliche Wirkung. Daneben sind aber auch rein obligatorische Abmachungen denkbar, die zunächst einmal nur die ursprünglichen Vertragsparteien binden. Das geltende Recht sieht in Art. 779e lediglich für ganz bestimmte Vereinbarungen die Möglichkeit einer Vormerkung im Grundbuch vor, womit sie auch für die Rechtsnachfolger verbindlich werden. Der neue Art. 779b Abs. 2 lässt nun die Vormerkung für sämtliche obligatorischen Abreden zu.²⁶ Gemäss Art. 779a Abs. 2 bedürfen sie in diesem Fall zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung.

IV. Les droits de gage immobiliers en général²⁷ – La cédule hypothécaire

A L'exigence de la forme authentique pour toute constitution de droit de gage immobilier

Selon l'actuel art. 799 al. 2, la constitution d'une cédule hypothécaire ne requiert la forme authentique que si elle a lieu par un contrat entre le propriétaire de l'immeuble et le créancier gagiste. Le propriétaire qui, en vue de pouvoir garantir un emprunt qu'il fera ultérieurement, constitue une cédule unilatéralement (c'est-à-dire sans s'y être engagé envers un créancier), peut donc le faire par simple réquisition écrite adressée au registre foncier. Le nouveau droit supprime cette possibilité et rend obligatoire le passage devant un notaire pour tout «acte constitutif» d'un droit de gage immobilier (art. 799 al. 2 révisé).

¹⁹ BGE 124 III 289 ff. (291 f.), E. 1c.

²⁰ Zum Übergangsrecht vgl. den neuen Art. 21 Abs. 2 SchlT.

²¹ Die deutsche und die italienische Formulierung des Gesetzes «gestützt auf dieselbe Dienstbarkeit» bzw. «in virtù della medesima servitù» ist insofern missverständlich. Vgl. demgegenüber die französische Version «par une servitude de même rang et de même contenu».

²² Botschaft, Nr. 2.2.1.1, Art. 740a.

²³ Botschaft, Nr. 2.2.1.1, Art. 740a.

²⁴ Vgl. ausserdem den neuen Art. 781a, der bei Unauffindbarkeit des Dienstbarkeitsberechtigten oder bei Fehlen der vorgeschriebenen Organe auf die Art. 666a und b verweist; vorne II./2.

²⁵ Bejahend etwa J. SCHMID/B. HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 3. Aufl., Zürich 2009, Nr. 1396; verneinend z.B. P.-H. STEINHAUER, Les droits réels, Band III, 3. Aufl., Bern 2003, Nr. 2546a.

²⁶ Art. 779e wird mit der Revision aufgehoben.

²⁷ Seules les modifications les plus significatives sont signalées. La révision prévoit aussi la suppression des lettres de rente et des cédules hypothécaires en série, qui n'ont aucune portée pratique. Les réserves en faveur du droit cantonal prévues aux art. 843 et 844 al. 2 seront également abrogées. Voir en outre les nouveaux art. 808 al. 3 et 4 et 810 al. 2 et 3 (protection du créancier gagiste en cas de dépréciation de l'immeuble grevé), 818 al. 2 ch. 3 (intérêts garantis par le droit de gage immobilier), 819 (garantie des impenses faites par le créancier gagiste pour l'immeuble grevé), 823 (créancier introuvable) et 836 (hypothèques légales de droit cantonal).

B L'introduction de la cédule hypothécaire de registre

La plus grande innovation de la révision est sans conteste l'introduction, à côté de la cédule hypothécaire actuelle sur papier, d'une cédule dématérialisée, dite «cédule de registre» (art. 842 ss).

1. Caractéristiques et but

La cédule hypothécaire est le moyen le plus couramment utilisé pour la garantie des prêts immobiliers.²⁸ Les institutions bancaires l'utilisent également fréquemment à des fins de refinancement.²⁹ Sous sa forme actuelle, elle présente cependant divers inconvénients liés à l'existence matérielle du titre qui l'incorpore (coûts engendrés par la conservation et les transferts; risque de perte, qui contraint à une procédure d'annulation longue et coûteuse; etc.).³⁰ La cédule de registre permettra de moderniser et de simplifier le système actuel. Elle offrira un instrument combinant les avantages d'un papier-valeur et d'un gage de registre, mais sans les contraintes engendrées par le support physique qu'est le titre. Elle accroîtra ainsi la sécurité et la rapidité des transactions et supprimera les frais liés à l'existence d'un papier-valeur.³¹

2. Constitution, transfert et extinction

La cédule de registre sera créée, transférée et supprimée par une inscription au registre foncier (nouveaux art. 857 ss). A l'instar de l'hypothèque, elle constituera donc un véritable droit de gage de registre. Elle n'en conservera pas moins toutes les qualités de la cédule hypothécaire: en particulier, une fois la créance garantie remboursée, la cédule de registre pourra être réutilisée pour garantir une autre créance.

Le législateur a également tenu à faciliter la transformation des cédules actuelles en cédules de registre. Durant l'année qui suivra l'entrée en vigueur du nouveau droit, le propriétaire et les ayants droit de la cédule pourront obtenir cette conversion simplement en adressant une demande écrite commune au conservateur du registre foncier (nouvel art. 33b du Titre final du Code civil).

C La remise des cédules aux fins de garantie devient la règle

Actuellement, lorsqu'une cédule est constituée dans le but de garantir une créance déjà existante (créance causale), la création de la cédule éteint en principe cette créance, qui est «remplacée» par la créance contenue dans la cédule (novation selon l'art. 855). Les parties peuvent cependant prévoir que la créance causale et la créance cédulaire coexistent: la cédule n'est alors remise au créancier qu'«aux fins de sûreté» (à titre fiduciaire) de la créance causale. Cela signifie que le créancier ne peut utiliser la cédule que si la créance causale n'est pas exécutée. Aussi longtemps que le débiteur paie les

intérêts et les amortissements de cette créance, la cédule est en quelque sorte «en sommeil» et la banque n'est pas en droit de l'utiliser ou de la céder. Cette solution est très souvent utilisée, raison pour laquelle le nouveau droit présume désormais la coexistence des deux créances (nouvel art. 842 al. 2).

Cette nouvelle présomption a pour effet d'ancrer dans la loi l'utilisation de la cédule hypothécaire aux fins de sûretés comme mode normal d'utilisation de celle-ci.³² Les parties doivent conclure une «convention de sûreté», qui fixe les conditions et les modalités de la cession au créancier. Cette convention n'est soumise à aucune forme. En pratique, elle est passée par écrit en même temps que le contrat de prêt lui-même (pour les banques, souvent par renvoi à des conditions générales).

L'acquéreur d'une cédule qui s'est fié à la teneur du registre foncier sera, comme jusqu'ici (art. 865), protégé dans sa bonne foi (nouvel art. 848). Les conventions contenant des clauses accessoires relatives à la créance résultant de la cédule ne seront ainsi opposables aux tiers de bonne foi que si elles sont inscrites au registre foncier et, pour les cédules sur papier, sur le titre (nouvel art. 849 al. 2). Afin d'être protégés dans l'éventualité d'un transfert de la cédule à un tiers, les débiteurs devront donc veiller à ce que les clauses relatives aux amortissements, aux taux d'intérêt et à la dénonciation de la créance contenue dans la cédule soient dûment portées au registre foncier.

V. Bauhandwerkerpfandrecht

A Allgemeines

Die Revision der Bestimmungen über das Bauhandwerkerpfandrecht war im Parlament stark umstritten. Die Räte änderten den Entwurf des Bundesrates denn auch in verschiedener Hinsicht ab. Mit Bezug auf die Frage, wer (Subunternehmer oder Bauherr) das Risiko für die Insolvenz des Generalunternehmers tragen soll, folgten die Räte allerdings dem Entwurf des Bundesrates, der die geltende Regelung im Grundsatz beibehält. Für den Bauherrn besteht damit nach wie vor die Gefahr, dass er dem Subunternehmer den dem Generalunternehmer bereits vergüteten Betrag ganz oder teilweise noch einmal bezahlen muss, um die Zwangsversteigerung des Grundstücks abzuwenden.³³ Da der Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts hinsichtlich der

²⁸ W. WIEGANG / C. BRUNNER, Vorschläge zur Ausgestaltung des Schuldbriefes als papierloses Registerpfand, Bâle 2003, p. 2; A. PETITPIERRE-SAUVAIN, Les papiers-valeurs, Traité de droit suisse, Droit commercial, T.VIII/7, Bâle 2006, p. 289.

²⁹ S. KAMERZIN, Le contrat constitutif de cédule hypothécaire, thèse, Fribourg 2003, p. 2 et réf. citées.

³⁰ Message, Condensé.

³¹ Idem.

³² Idem.

³³ Zur Frage, inwieweit statt des «Alles-oder-Nichts» des Pfandrechtsschutzes des Subunternehmers differenziertere Zwischenlösungen denkbar sind, vgl. SCHMID / HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1717a.

Arbeiten (hinten 2.), des Kreises möglicher Besteller (hinten 3.) und der Frist (hinten 4.) ausgedehnt wird, steigt das Doppelzahlungsrisiko für den Grundeigentümer mit der Revision sogar.

B Vom Anspruch umfasste Arbeiten

Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 nennt in seiner neuen Fassung neben der Arbeit zu Bauten oder anderen Werken nunmehr auch solche zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen. Der Einbezug von Abbrucharbeiten erstaunt, da das Bauhandwerkerpfandrecht dazu dienen soll, die Handwerker an dem von ihnen geschaffenen Mehrwert des Grundstücks partizipieren zu lassen, derartige Arbeiten aber nicht (zumindest nicht direkt) zu einer Vermehrung des Grundstückswertes führen.³⁴ Mit Bezug auf den Gerüstbau bringt die Revision insofern eine Änderung, als das Bundesgericht nach bisheriger Rechtsprechung dem Monteur eines Baugerüsts zumindest dann den Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts versagt, wenn das Gerüst nicht für einen bestimmten Bau hergestellt worden ist.³⁵

C Kreis möglicher Besteller

Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 dehnt in seiner neuen Fassung den Kreis möglicher Besteller auf den Mieter, den Pächter oder eine andere am Grundstück berechnigte Person (z. B. den Nutzniesser oder den künftigen Erwerber)³⁶ aus; nach dem neuen Abs. 2 der Norm besteht der Anspruch in diesem Fall aber nur, wenn der Grundeigentümer seine Zustimmung zur Ausführung erteilt hat.³⁷ Gemäss Botschaft wird damit der in der Praxis anerkannte Pfandrechtsanspruch für Mieterbauten gesetzlich verankert und auf vergleichbare Fälle ausgedehnt.³⁸ Die neue Regelung unterscheidet sich von der gegenwärtigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung aber insofern, als diese neben der Zustimmung des Eigentümers voraussetzt, dass die ausgeführten Arbeiten auf Grund der Akzession zu einer objektiven Wertvermehrung geführt haben.³⁹ Der Antrag einer Minderheit der nationalrätlichen Kommission, diese zusätzliche Voraussetzung in das Gesetz mit aufzunehmen, wurde insbesondere mit der Begründung abgelehnt, die Bestimmung des objektiven Mehrwerts sei problematisch und streitträchtig.⁴⁰

D Frist

Die Frist für die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts wird in Art. 839 Abs. 2 auf vier Monate erhöht.

E Staat als Bauherr

Die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ist ausgeschlossen, wenn das betreffende Grundstück zum Verwaltungsvermögen des Staates gehört, da es seiner Zweckbe-

stimmung nicht durch eine Zwangsvollstreckung entzogen werden darf. Eine andere Sicherheit für die Bauhandwerker sieht das geltende Recht nicht vor. In der Praxis führt diese Situation insbesondere dann zu Problemen, wenn ein Generalunternehmer in Konkurs fällt, der den Werklohn vom Gemeinwesen zwar erhalten, den Subunternehmer aber nicht bezahlt hat. Zum Schutz des Subunternehmers sieht das Gesetz in Art. 839 Abs. 4 bis 6 neu folgende Regelung vor: Das Gemeinwesen haftet den Subunternehmern für die anerkannten oder gerichtlich festgestellten Forderungen nach den Bestimmungen über die einfache Bürgschaft (Art. 492 ff. OR), wenn die Forderung ihm gegenüber spätestens vier Monate nach Vollendung der Arbeit schriftlich unter Hinweis auf die gesetzliche Bürgschaft geltend gemacht worden war (Abs. 4). Ist allerdings strittig, ob es sich um ein Grundstück im Verwaltungsvermögen handelt, kann der Subunternehmer bis spätestens vier Monate nach Vollendung seiner Arbeit eine vorläufige Eintragung des Pfandrechts in das Grundbuch verlangen (Abs. 5). Diese ist zu löschen, wenn auf Grund eines Urteils feststeht, dass das Grundstück zum Verwaltungsvermögen gehört. Sie wird durch die gesetzliche Bürgschaft ersetzt, sofern die Voraussetzungen nach Abs. 4 erfüllt sind; die Frist gilt mit der vorläufigen Eintragung des Pfandrechts als gewahrt (Abs. 6).

VI. Conclusion

Comme un bâtiment, un code a besoin d'être régulièrement entretenu. Il conserve ainsi son caractère d'expression synthétique d'un domaine du droit et rend celui-ci plus facilement accessible à tout un chacun. Il est donc heureux que le législateur ait saisi l'occasion de l'introduction de la cédula hypothécaire de registre et de la révision des règles sur l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs pour « donner un coup de neuf » à l'ensemble du Livre quatrième du Code civil. Parmi la centaine de dispositions ainsi révisées, toutes n'ont évidemment pas la même importance. Certaines ne font que codifier une évolution jurisprudentielle, clarifier une question de détail controversée ou répondre à un souhait ponctuel de la pratique. D'autres en revanche amélioreront la qualité et la fiabilité du registre foncier et, par là, le fonctionnement général des droits réels immobiliers. Enfin, l'introduction de la cédula de registre modernisera les conditions-cadre du crédit hypothécaire et profitera ainsi à l'ensemble des propriétaires et des personnes qui investissent dans l'immobilier.

³⁴ Die Botschaft begründet die Aufnahme der Abbrucharbeiten damit, dass diese in Zukunft bei der Umnutzung von Arealen noch an Bedeutung gewinnen würden; Botschaft, Nr. 2.2.2.2, Art. 837.

³⁵ BGE 131 III 300 ff.

³⁶ Botschaft, Nr. 2.2.2.2, Art. 837, 2. Absatz.

³⁷ Es ist Sache des Handwerkers oder Unternehmers, nachzuweisen, dass diese Zustimmung vorliegt.

³⁸ Botschaft, Nr. 2.2.2.2, Art. 837, 2. Absatz.

³⁹ BGE 116 II 677 ff. (683), E. 4c; bestätigt in BGE 126 III 505 ff. (507), E. 4a.

⁴⁰ AB 2009 N 625 (Voten HUBER und Bundesrätin WIDMER-SCHLUMPF).