

KGVS C1 08 60

KGE (I. Zivilrechtliche Abteilung) vom 10. Dezember 2008 i.S. X. AG c. WIR Bank

Vorrecht des Baupfandgläubigers nach Art. 841 ZGB

- Die Haftung der vorgehenden Pfandgläubiger gegenüber den Baupfandgläubigern setzt in objektiver Hinsicht voraus, dass bei der Pfandverwertung Erstere von dem von den Bauhandwerkern geschaffenen Mehrwert profitiert und Letztere dadurch einen Pfandausfall erlitten haben (E. 3 und 4).
- Eine Benachteiligung der Bauhandwerker kann vorliegen, einerseits wenn der Baukredit zweckentfremdet wurde, andererseits wenn die Baukreditgelder ungleichmässig an die am Bau beteiligten Personen verteilt wurden (E. 5).

Privilège des artisans et entrepreneurs selon l'art. 841 CC

- La responsabilité des créanciers de rang antérieur à l'égard des artisans et entrepreneurs suppose, d'un point de vue objectif, que les premiers profitent de la plus-value créée par les seconds et que ces derniers souffrent d'une insuffisance de gage (consid. 3 et 4).

- Il peut y avoir un préjudice pour l'artisan, d'une part, lorsque le crédit de construction est détourné de sa destination ou, d'autre part, lorsque les paiements effectués au moyen du crédit ne sont pas répartis équitablement entre les personnes ayant œuvré à la construction (consid. 5).

Sachverhalt (gekürzt)

Die A. Immobilien AG erwarb mit Kaufvertrag vom 7. November 2000 für Fr. 1,2 Mio. eine Baulandparzelle. Auf dieser realisierte sie eine Überbauung, für welche die WIR Bank Baukredite gewährte und die X. AG für insgesamt Fr. 227'833.90 Elektroarbeiten ausführte; ihre Restforderung beträgt Fr. 54'562.40. Am 20. Februar 2004 wurde über die A. Immobilien AG der Konkurs eröffnet. Mit Urteil des Kantonsgerichts vom 12. Mai 2005 wurde das Grundbuchamt angewiesen, zu Gunsten der X. AG auf den Stockwerkeigentumsanteilen der A. Immobilien AG in Liquidation für die Pfandsomme von Fr. 54'228.40 zuzüglich Zins ein definitives Bauhandwerkerpfandrecht einzutragen. Am 14. Oktober 2005 wurden die Stockwerkeigentumsanteile konkursamtlich versteigert und von der WIR Bank erworben. Der Steigerungserlös von netto Fr. 7'057'559.95 reichte zur Deckung der pfandrechtlich gesicherten Forderungen nicht aus. Die X. AG erlitt einen Pfandausfall in Höhe von Fr. 54'612.85. Der gesamte Konkursausfall betrug Fr. 1'865'205.35. Davon entfielen Fr. 160'058.30 auf die WIR Bank.

Am 13. November 2006 erhob die X. AG Klage gegen die WIR Bank und verlangte zuletzt primär Fr. 48'230.73 nebst Zins. Die Klägerin brachte vor, ihr Pfandausfall sei dadurch entstanden, dass der von ihr geschaffene Mehrwert vollständig der vorrangigen Pfandgläubigerin und mithin der Beklagten zugute gekommen sei. Die gewährten Baukredite hätten ganz oder teilweise anderen Zwecken als der Befriedigung der Baupfandgläubiger gedient.

Aus den Erwägungen

(...)

3. Kommen die Forderungen der Handwerker und Unternehmer bei der Pfandverwertung zu Verlust, so ist der Ausfall aus dem den Wert des Bodens übersteigenden Verwertungsanteil der vorgehenden Pfandgläubiger zu ersetzen, sofern das Grundstück durch ihre Pfandrechte in einer für sie erkennbaren Weise zum Nachteil der Handwerker und Unternehmer belastet worden ist (Art. 841 Abs. 1 ZGB).

4. Nachstehend sind vorab die objektiven Voraussetzungen des Vorrechtsanspruches gemäss Art. 841 ZGB zu prüfen.

a) Primärvoraussetzung für die Geltendmachung des Vorrechtsanspruches ist ein Pfandausfall des Bauhandwerkers bzw. Baupfandgläubigers. Es kommt mithin ausschliesslich demjenigen Bauhandwerker ein Vorrecht zu, der im Rahmen der Pfandverwertung zu Verlust gekommen ist. Vorliegend ist diese Voraussetzung erfüllt. Die Klägerin erlitt einen Pfandausfall in Höhe von Fr. 54'612.85.

b) Überdies muss die Ursache dieses Pfandausfalls darin liegen, dass der vom Bauhandwerker geschaffene Mehrwert nach der Verteilungsliste mindestens zum Teil dem vorrangigen Pfandgläubiger zugute gekommen ist. Dies ist dann der Fall, wenn das vorrangige Grundpfandrecht den Wert des unbebauten Grundstücks (sog. Bodenwert, vgl. Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2008, N. 1834 ff.) übersteigt und der Grundpfandgläubiger somit Befriedigung auch aus dem vom Bauhandwerker geschaffenen Mehrwert erhält. Deshalb ist der Bodenwert zum Zeitpunkt der Zwangsversteigerung vom Verwertungserlös in Abzug zu bringen (BGE 86 II 152; Pfister-Ineichen, Das Vorrecht nach Art. 841 ZGB und die Haftung der Bank als Vorgangsgläubigerin, Diss. Freiburg 1991, S. 110; Hofstetter, Basler Kommentar, ZGB II, N. 10, 13 zu Art. 841 mit Hinweisen). Wertsteigerungen des Bodens sollen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dem Handwerker keinen Vorteil verschaffen, weil er dazu keinen Beitrag leistete. Der Bodenwert bestimmt sich nach objektiven Kriterien. Hinzu kommt ein Anteil an den Kosten und Zinsen, die gemäss Art. 818 ZGB die Kapitalforderung erhöhen. Der Zins ist vom Zeitpunkt der Konkurseröffnung bis zum Steigerungstag zu berechnen (Pfister-Ineichen, a.a.O., S. 110 f.).

Vorliegend kaufte die A. Immobilien AG die (unüberbaute) Parzelle für Fr. 1,2 Mio. Dieser Kaufpreis wurde auch bezahlt. Der Verkehrswert des (unüberbauten) Bodens zum Zeitpunkt der Zwangsverwertung am 14. Oktober 2005 kann als unverändert betrachtet werden. Dass der Kaufpreis tiefer zu liegen käme bzw. dem amtlichen Wert entspreche, wurde denn auch von der Klägerin nicht rechtsgenügend behauptet (ZWR 2007 S. 231, 2003 S. 148 E. 3a). Dabei gilt im Besonderen, dass es gerichtsnotorisch ist, dass der amtliche Wert eines Grundstücks im Kanton Wallis weit unter dem Verkehrswert liegt. Entgegen den Ausführungen der Beklagten kann nicht ein Zinssatz von 10 % hinzugerechnet werden, sondern es sind gemäss den aktenkundigen Belegen Zinsen von 5¼% zu berücksichtigen. Der Zins für 602 Tage (Konkurseröffnung 20. Februar 2004, Steigerungstag 14. Oktober 2005) beträgt somit gerundet Fr. 103'906.-. Insgesamt ist mithin ein Bodenwert zum Zeitpunkt der Zwangsversteigerung von Fr. 1'303'906.- zu berücksichtigen.

5. Im Weiteren muss es, damit ein Vorrecht im Sinne von Art. 841 ZGB anerkannt werden kann, objektiv zu einer Benachteiligung der Bauhandwerker gekommen sein, und mithin das Pfandrecht des Grundpfandgläubigers zum Nachteil der Baupfandgläubiger bestellt worden sein (vgl. Hofstetter, a.a.O., N. 14 zu Art. 841). Wurde der Gegenwert des vorrangigen Grundpfandrechts - hier somit der Baukredit - tatsächlich zur Finanzierung des Bauvorhabens verwendet, fällt ein Vorrechtsanspruch des zu Verlust gekommenen Bauhandwerkers grundsätzlich ausser Betracht. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist allerdings eine Benachteiligung der Bauhandwerker nicht nur bei der (eigentlichen) Zweckentfremdung des Baukredits gegeben, sondern auch bei der ungleichmässigen Verteilung der Baukreditgelder an die am Bau beteiligten Personen.

a) Eine Zweckentfremdung insbesondere des Baukredits kann durch die Verwendung der Gelder für baufremde Zwecke oder durch die Bezahlung von Bauhandwerkern, die Leistungen für Drittbauten erbracht haben, vorliegen. So wird der Gegenwert des vorrangigen Pfandrechts nicht in die Baute investiert. Zu präzisieren ist, dass die Bezahlung von Baugläubigern, die eine Leistung für die erstellten Bauten geliefert haben, jedoch kein Bauhandwerkerpfandrecht eintragen lassen können, keine Zweckentfremdung im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichts darstellt (so u.a. BGE 112 II 493 ff.).

aa) In casu schloss die Beklagte am 15./16. Juni 2001 einen Baukredit-Vertrag in Bargeld über Fr. 4,4 Mio. sowie in WIR-Geld über Fr. 1,1 Mio., insgesamt somit über Fr. 5,5 Mio., ab. Die voraussichtlichen Anlagekosten waren Grundstückskosten in Höhe von Fr. 1,2 Mio. sowie der Werkpreis gemäss Werkvertrag in Höhe von Fr. 7'442'000.-, total somit Fr. 8'642'000.-, zur Erstellung der Überbauung. Als Sicherheit wurden Inhaberobligationen in derselben Höhe im 1. Rang eingetragen. Die Beklagte hielt insbesondere als Bedingung fest, dass vor Auszahlung des Kredites mindestens 50% der StWE-Einheiten verkauft seien und ihr die Kaufpreise überwiesen werden müssten. Mit Schreiben vom 19. Juni 2002 wandte sich die Beklagte an die A. Immobilien AG. Zu diesem Zeitpunkt waren vom WIR-Baukredit Fr. 773'700.- und vom Bar-Kredit Fr. 6'015.05 noch nicht verwendet worden. Die Beklagte erinnerte daran, dass unabdingbare Voraussetzung für die Finanzierung der Überbauung vorab der Verkauf der Wohnungen gewesen sei. Die eigentlichen Kaufpreiszahlungen hätten der Kapital- bzw. Eigenmittelbeschaffung dienen sollen. Die Beklagte hielt fest, am

5. und 29. Juni 2001 sei ihr bestätigt worden, dass bereits 12 Kauf- bzw. Kaufvorverträge abgeschlossen worden seien. Mit dem definitiven Abschluss dieser Verträge und dem Kapitalfluss der Kaufpreiszahlungen (gesamthaft ca. Fr. 5,4 Mio.) während der Bauphase wäre so die nötige Geldbeschaffung für den Bau nebst den gesprochenen Krediten vorhanden gewesen. Es seien aber bisher einzig fünf Kaufverträge und sechs Vorkaufsverträge abgeschlossen worden, wobei gemäss den Kaufverträgen kein Zahlungsfluss erkennbar sei. Die WIR Bank verlangte im Weiteren zusätzliche Unterlagen, um anschliessend die definitive Prüfung über eine Erhöhung des Kredits vornehmen zu können. Die Beklagte schloss alsdann am 20./29. Juli 2002 einen Baukredit-Vertrag über Fr. 1,4 Mio. ab mit dem Verwendungszweck der Finanzierung der Überbauung. Als Sicherheit wurde eine Inhaberobligation in derselben Höhe eingetragen. Bei den Kreditverträgen vom 15./16. Juni 2001 und 20./29. Juli 2002 wurde insbesondere jeweils vereinbart, dass Zahlungsanweisungen zu Lasten des Baukontos vor deren Ausführung vom Bautreuhänder gegengezeichnet werden müssen.

Zur Überwachung der korrekten Ausschöpfung und Verwendung der Baukredite, die sie der A. Immobilien AG zur Realisierung der Überbauung gewährt hatte, schloss die Beklagte am 15. Juni 2001 einen Treuhandvertrag mit Baukreditkontrolle ab. Am 4. April 2002 wurde zudem eine weitere Bautreuhänderin beauftragt. ... Es wurde vertraglich vereinbart, dass Zahlungen zu Lasten des Baukredits nur nach Massgabe des Baufortschritts und im Rahmen des Kostenvoranschlags erfolgen dürften, wobei die Forderungen aller Unternehmer und Handwerker gleichmässig zu befriedigen seien. Der den Treuhändern erteilte Auftrag umfasste im Besonderen die Pflichten, der Beklagten auf erstes Verlangen hin sämtliche Unterlagen, Auskünfte und Abrechnungen betreffend das Bauvorhaben auszuhändigen bzw. zu erteilen. Zudem hatten die Treuhänder vor deren Ausführung sämtliche Zahlungsaufträge im Zusammenhang mit dem Bauvorhaben zu visieren und dafür zu sorgen, dass die Zahlungen ausschliesslich zur direkten Befriedigung der am Bau beteiligten Unternehmer verwendet werden, wobei die Zahlungen prozentual gleichmässig zu erfolgen hatten.

bb) Die Rüge, die gewährten Kredite seien nicht in die Überbauung geflossen, sondern hätten ganz oder teilweise anderen Zwecken gedient, erweist sich als unbegründet. Die Klägerin hat nämlich die Tatsachenbehauptung der Beklagten, es seien – ohne Berücksichtigung des Grundstückkaufpreises – Leistungen in Höhe von Fr. 7'615'737.40 in den Bau geflossen, ausdrücklich anerkannt. Im

Anwendungsbereich der Verhandlungsmaxime gelten jene Tatsachen als verwirklicht, die vom Ansprecher behauptet und vom Gegner zugestanden wurden (Brönnimann, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Bern 1989, S. 3). Übereinstimmende oder unbestrittene Sachbehauptungen sind für den Richter verbindlich und dem Urteil zugrunde zu legen. Über anerkannte Tatsachenbehauptungen ist daher eine Beweisführung ausgeschlossen (Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., Bern 2006, S. 254). Damit steht fest, dass ein Betrag über Fr. 7'615'737.40 für den Bau - ohne Berücksichtigung der Kaufpreiszahlung in Höhe von Fr. 1,2 Mio. - verwendet und damit gerade nicht zweckentfremdet wurde.

b) Eine andere Frage ist, ob die Beklagte die sogenannte Gleichbehandlungspflicht verletzte.

aa) Das Bundesgericht leitet aus Art. 841 ZGB nicht nur ein Zweckentfremdungsverbot, sondern auch eine eigentliche Gleichbehandlungspflicht zugunsten der Bauhandwerker und Unternehmer ab. Durch Letztere soll Benachteiligungen einzelner Bauhandwerker, die in der arbeitsteiligen und zeitlich gestaffelten Ausführung des Bauwerks gründen, wirksam begegnet werden. Die vorrangige Grundpfandgläubigerin - hier die baukreditgewährende Bank - trifft damit eine erhebliche Sorgfaltspflicht. Es muss gewährleistet werden, dass die Zahlungen gleichmässig und nach Massgabe des Baufortschritts erfolgen. Für diesen Grundsatz der Gleichbehandlung spricht auch die Bestimmung von Art. 840 ZGB, wonach verschiedene Bauhandwerkerpfandrechte unabhängig vom Eintragungsdatum im gleichen Pfandrang stehen. Der Anspruch des klagenden Bauhandwerkers auf Ausfallersatz besteht dabei nur im Verhältnis seiner Beteiligung an den gesamten Baukosten (BGE 86 II 153 E. 4), weil er in der Regel nur in diesem Umfang einen Nachteil erleidet. Das Bundesgericht berechnet die Ersatzforderung für die (allfällige) Benachteiligung nach folgender vierstufigen Formel (BGE 115 II 136, 139; Rey, ZBJV 127, 180 ff.; Hofstetter, a.a.O., Art. 841 N. 16): Vom gesamten Verwertungserlös wird der Bodenwert abgezogen und so der realisierte Mehrwert bestimmt (1). Der prozentuale Anteil des realisierten Mehrwerts an den gesamten Baukosten wird errechnet (2). Die Forderung des Baupfandgläubigers wird diesem Prozentsatz entsprechend gekürzt (3). Ist die so gekürzte Forderung höher als das, was an den Baupfandgläubiger ausbezahlt worden ist, so kann er für den Ausfall Ersatz verlangen (4).

bb) Als Verwertungserlös gilt der in der endgültigen Verteilungsliste ausgewiesene Betrag. Es ist der Zuschlagspreis abzüglich der Kosten der Verwertung und Verteilung (Hofstetter, a.a.O., Art. 841 N 12). Gemäss Verteilungsliste des Konkursamtes vom 5. Oktober 2006 wurden im Konkurs der A. Immobilien AG grundpfandgesicherte Forderungen in Höhe von Fr. 7'970'141.30 sowie Forderungen der 3. Klasse von Fr. 952'624.—, total somit Fr. 8'922'765.30, zugelassen. Der Verwertungserlös betrug netto Fr. 7'057'559.95. Die grundpfandgesicherten Forderungen erzielten damit ein Treffnis von Fr. 7'057'559.95, so ergab sich ein Pfandausfall in Höhe von Fr. 912'581.35 (Fr. 7'970'141.30 - Fr. 7'057'559.95). Die 3.-Klasse-Gläubiger gingen leer aus. Der ungedeckt bleibende Betrag der pfandgesicherten Forderungen der Beklagten betrug Fr. 160'058.30. Die Klägerin lieferte Material und leistete Arbeit für insgesamt Fr. 227'833.90. Fr. 54'562.40 blieben ungedeckt. Dieser Betrag wurde pfandrechlich geschützt und er wurde im Konkurs zugelassen. Diese grundpfandgesicherte Bauhandwerkerforderung der Klägerin in Höhe von Fr. 54'612.85 kam laut Verteilungsplan voll in den Pfandausfall, somit 23.94 % der ursprünglichen Forderung. Wird nun vom gesamten Verwertungserlös von Fr. 7'057'559.95 der Bodenwert von Fr. 1'303'906.— (vgl. obenstehende E. 4b) abgezogen, so ergibt dies einen realisierten Mehrwert in Höhe von Fr. 5'753'653.95.

In einem zweiten Schritt ist der prozentuale Anteil des realisierten Mehrwerts an den gesamten Baukosten zu errechnen. Die gesamten zu berücksichtigenden Baukosten betragen vorliegend Fr. 7'615'737.40 zuzüglich des Bodenwertes in Höhe von Fr. 1'303'906.—, insgesamt somit Fr. 8'919'643.40. Werden diese in Bezug gesetzt zum realisierten Mehrwert von Fr. 5'753'653.95, ergibt dies einen prozentualen Anteil des realisierten Mehrwerts an den gesamten Baukosten von 64.50 %.

Drittens wird die Forderung des Baupfandgläubigers diesem Prozentsatz entsprechend gekürzt. Dessen Forderung von insgesamt Fr. 227'833.90 ist somit um den Prozentsatz von 64,50 %, ausmachend Fr. 146'952.85, zu kürzen. Die gekürzte Forderung beträgt demnach Fr. 80'881.05. Da dieser Betrag kleiner als der bereits bezahlte Betrag von Fr. 173'271.50 (Fr. 227'833.90 - Fr. 54'562.40) ist, kann der Baupfandgläubiger keinen Ersatz verlangen. Trotz des Pfandausfalls in Höhe von Fr. 54'612.85, ist die Klage mangels Benachteiligung durch die Grundpfandgläubigerin abzuweisen.

Da bereits die objektiven Voraussetzungen des Vorrechtsanspruchs nach Art. 841 ZGB nicht erfüllt sind, erübrigt es sich, die subjektive Voraussetzung - die Erkennbarkeit der Benachteiligung durch die vorgehende Grundpfandgläubigerin - zu überprüfen.