Rebekka Schraner, Claude Monnier

Das Bauhandwerkerpfandrecht im Konkurs des Grundeigentümers

Oft einzige Sicherheit für eine Werklohnforderung

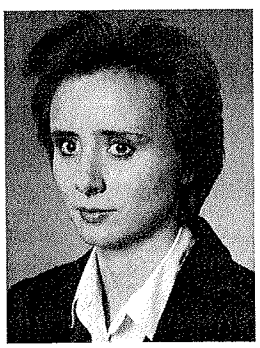
In Zeiten wirtschaftlicher Rezession stellt das Bauhandwerkerpfandrecht für den Unternehmer oft die einzige Möglichkeit dar, sich eine minimale Sicherheit für seine Werklohnforderung zu verschaffen. Im Konkurs des Grundeigentümers sind zusätzliche zwangsvollstreckungsrechtliche Regeln zu berücksichtigen. Kommt der Baupfandgläubiger zu Verlust, wird auf die Führung eines Vorrechtsprozesses infolge der schwierigen Beweissituation meist verzichtet.

1. Einleitung

Infolge der zeitlichen Befristung für die Geltendmachung stellt bereits das ordentliche Verfahren zur Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts (Art. 837 i.v. mit Art. 839 ZGB) an den Unternehmer sehr hohe Anforderungen. Folgende *Bedingungen* müssen immer eingehalten sein, damit sich der Anspruch des Bauhandwerkers verwirklichen kann:

1. Es muss sich um eine geschützte Bauleistung handeln (Material und Arbeit, oder Arbeit alleine).
2. Das Grundstück, für welches die Bauleistung erbracht wurde, muss mit dem Grundstück identisch sein, für welches ein Pfandrecht beansprucht wird. (Problematik Stockwerkeigentum / Gesamtüberbauung).
3. Der Unternehmer muss den Wert seiner Bauleistung pro Grundstück genau spezifizieren können (Höhe der Pfandforderung).
4. Das Bauhandwerkerpfandrecht muss gemäss Art. 839 Abs. 2 innerhalb einer Frist von drei Monaten im Grundbuch vorläufig oder definitiv eingetragen sein.

Die dreimonatige Eintragungsfrist stellt eine Verwirkungsfrist dar. Fehlleistungen bei der Beurteilung der Situation können deshalb schnell den definitiven vollständigen oder teilweisen Verlust des Anspruchs zur Folge haben [1]. Fällt der Grundeigentümer in Konkurs, sind weitere, durch das Zwangsvollstreckungsrecht bedingte Besonderheiten zu beachten.



Rebekka Schraner, Fürsprecherin, Mitarbeiterin Stöckli & Häusermann, TRANSLIQ AG, Bern

Claude Monnier, Photo und Biographie siehe Seite 502

Folgende Fallkonstellationen sind dabei denkbar:

Bei Konkurseröffnung ist ein Bauhandwerkerpfandrecht

a) weder vorläufig noch definitiv eingetragen,
b) erst vorläufig, aber noch nicht definitiv eingetragen
c) definitiv eingetragen.

Relativ unproblematisch ist der Fall, da ein Bauhandwerkerpfandrecht definitiv eingetragen ist. Im Rahmen des Lastenbereinigungsverfahrens wird die vom Bauhandwerker angemeldete Forderung als grundpfandgesichert – in Rangkonkurrenz mit den vertraglichen – und anderen mittelbaren Pfandrechten stehend, in das Lastenverzeichnis aufgenommen. Die in Rangkonkurrenz stehenden Pfandrechte werden dabei nach dem Prinzip der Alterspriorität kolloziert,

Beispiel:

	Fr.
1. Rang Schuldbrief Bank x	100 000.–
2. Rang Bauhandwerkerpfandrecht Unternehmer U1	25 000.–
3. Rang Schuldbrief Bank x	50 000.–
4. Rang Bauhandwerkerpfandrecht Unternehmer U2	25 000.–
Verwertungserlös	175 000.–

Gedeckt sind bei diesem Verwertungserlös die beiden Schuldbriefe im 1. und 3. Rang. Der auf die Unternehmer entfallende Betrag von Fr. 25 000.– wird entsprechend dem Anteil am Gesamtbetrag der angemeldeten Forderung (vorliegendenfalls 1/2) der eingetragenen Forderungen im Umfang von je Fr. 12 500.– auf Unternehmer U1 und Unternehmer U2 verteilt.

wobei sämtliche Bauhandwerkerpfandrechte gleichrangig zu behandeln sind (Art. 840 ZGB).

Auf Grundlage der Alterspriorität ist es möglich, dass ein vertragliches Pfandrecht oder ein anderes gesetzliches Pfandrecht einen Rang zwischen verschiedenen Bauhandwerkerpfandrechten erhält. Der auf die Baupfandgläubiger entfallende Gesamtbetrag aus dem Verwertungserlös wird in diesem Fall anteilsmässig (entsprechend der Forderungshöhe) auf die einzelnen Baupfandgläubiger verteilt [2].

«Die Begründung eines Pfandrechts nach Konkurseröffnung widerspricht dem Grundgedanken der Generalexekution.»

2. Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts nach Konkurseröffnung

Das Bauhandwerkerpfandrecht ist ein mittelbares gesetzliches Pfandrecht, es entsteht im Gegensatz zu den unmittelbaren gesetzlichen Pfandrechten erst mit der Eintragung im Grundbuch. Die vorläufige Eintragung des Pfandrechts (Art. 961 ZGB) hat den Zweck einen behaupteten, aber noch nicht rechtskräftig festgestellten dinglichen Anspruch (vorliegendenfalls das Bauhandwerkerpfandrecht) im Grundbuch vormerken zu lassen, mit der Wirkung, dass bei einem späteren definitiven Entscheid über die dingliche Berechtigung die Eintragung des Rechts auf den Zeitpunkt der vorläufigen Eintragung zurückbezogen wird.

Zur Wahrung der dreimonatigen Frist gemäss Art. 839 ZGB, stellt die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts, neben der freiwilligen Anerkennung durch den Grundeigentümer, in der Regel die einzige Möglichkeit dar, den obligatorischen Anspruch auf Bezahlung des Werklohnes dinglich zu sichern.

Die Begründung eines Pfandrechts nach Konkurseröffnung widerspricht dem Grundgedanken der Generalexekution und somit dem System der Gleichbehandlung aller Gläubiger im Konkurs. In BGE 40 II 452 hat das Bundesgericht deshalb unter Hinweis darauf, der Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts sei rein obligatorischer Natur, die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nach Konkurseröffnung generell verwehrt.

In BGE 83 III 138 wurde immerhin klargestellt, dass die vorläufige Eintragung – definitive gerichtliche Zustimmung oder Anerkennung vorbehalten – auch im Konkurs Gültigkeit habe, da sie sich auf einen Zeitpunkt vor Konkurseröffnung beziehe. In BGE 95 II 31 hat das Bundesgericht im Sinne einer Praxisänderung dem Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts realobligatorischen Charakter zugesprochen und die Eintragung des Pfandrechts auch nach Konkurseröffnung zugelassen. Diese Praxis des Bundesgerichts wurde seither beibehalten, offen gelassen wurde die Frage, in welchem Verhältnis das zivilrechtliche Verfahren zum Zwangsvollstreckungsrecht steht.

3. Verfahren zur Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts nach Konkurseröffnung

Es stellt sich die Frage, wie der Baupfandgläubiger vorgehen soll, welcher nach Konkurseröffnung seinen Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts geltend machen will. Genügt es, wenn der Baupfandgläubiger mit der Eingabe im Konkurs verlangt, seine Forderung sei als pfandgesichert zu kollozieren, oder hat er vorgängig das gerichtliche Verfahren zur vorläufigen Eintragung zu beschreiten?

Gemäss Art. 125 VZG hat die Konkursverwaltung im Rahmen des Lastenbereinigungsverfahrens ein Verzeichnis sämtlicher auf den einzelnen Grundstücken haftenden beschränkten dinglichen Rechte zu erstellen.

Wie oben bereits erwähnt entsteht das Bauhandwerkerpfandrecht als dingliches Recht erst mit der Eintragung im Grundbuch. Will der Baupfandgläubiger seine Forderung als pfandgesichert im Konkurs anmelden, muss diese somit mindestens als vorläufige Eintragung im Grundbuch vorgemerkt sein. Die Frage ob die Voraussetzungen zur vorläufigen Eintragung und somit zur Begründung des Pfandrechts gegeben sind, ist materiellrechtlicher Natur und muss durch den Zivilrichter vorgängig entschieden werden.

Erst ab diesem Zeitpunkt wird die Forderung des Handwerkers zu einer pfandgesicherten Forderung, die Realobligation zu einem beschränkten dinglichen Recht, welches im Lastenbereinigungsverfahren zu berücksichtigen ist.

Zu unterscheiden von der Frage der Begründung des Pfandrechts ist die Frage ob das Pfandrecht definitiven Bestand hat. In einem neuen Entscheid vom September 1993 [3] hat das Bundesgericht festgelegt, dass über die definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts im Lastenbereinigungsverfahren entschieden werde.

Die Rechtskraft des Kollokationsplanes mit Lastenverzeichnis stehe der späteren Klage auf endgültige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts entgegen.

Dieser Vorrang des Zwangsvollstreckungsrechts rechtfertige sich dadurch, dass über die Begründetheit der Forderung im Rahmen des Kollokationsprozesses materiell entschieden und dem Baupfandgläubiger diese Abweichung zum ordentlichen Verfahren deshalb zugemutet werden könne.

Immerhin soll der Richter, welcher die vorläufige Eintragung des Pfandrechts nach Konkurseröffnung bewilligt hat, dem Bauhandwerker eine Frist ansetzen, innerhalb welcher er bei einem allfälligen Widerruf des Konkurses Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts anzuheben hat. Damit soll verhindert werden, dass der Baupfandgläubiger bei Widerruf des Konkurses seiner Rechte verlustig geht [4].

Fazit:

1. *Der Bauhandwerker, welcher seine Forderung nachträglich durch ein Bauhandwerkerpfandrecht sichern lassen will, hat zur Wahrung seiner Rechte im Konkurs ein Gesuch um vorläufige Eintragung des Pfandrechts gegen die Konkursmasse beim hierfür zuständigen Richter einzureichen.*

2. *Der zuständige Richter überprüft den Anspruch im summarischen Verfahren und verfügt die Vormerkung des Pfandrechts. Somit besteht eine grundpfandgesicherte Forderung welche im Lastenbereinigungsverfahren zu behandeln ist. Für den Fall des Widerrufes des Konkurses verfügt er, innerhalb welcher Frist der Baupfandgläubiger Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts anheben muss.*

3. *Mit der Vormerkung des Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch findet das Pfandrecht Eingang ins Lastenverzeichnis. Über seinen definitiven Bestand wird im Lastenbereinigungsverfahren entschieden. Bei Abweisung der Forderung kann der Baupfandgläubiger im Rahmen einer Kollokationsklage den materiellen Entscheid über den Bestand des Pfandrechts herbeiführen.*

4. Das Vorrecht nach Art. 841 ZGB

Kommt ein Baupfandgläubiger in der Verwertung zu Verlust, so räumt ihm Art. 841 ZGB die Möglichkeit ein, gegen die Vorgangsgläubiger vorzugehen, soweit diese durch ihre Pfanderrichtung die Baupfandgläubiger benachteiligt haben.

4.1 Voraussetzungen

Damit ein Vorrecht geltend gemacht werden kann, müssen die subjektiven und objektiven Voraussetzungen erfüllt sein.

Objektive Voraussetzungen bilden:
- der Verlust bei der Pfandverwertung,
- der Nachteil (Benachteiligung) durch die vorgehenden Pfandrechte,
- der adäquate Kausalzusammenhang zwischen vorgehendem Pfandrecht und Schaden des Baupfandgläubigers.

Subjektive Voraussetzung bildet
- die Erkennbarkeit der Benachteiligung durch den Vorgangsgläubiger.

Die Voraussetzungen müssen kumulativ, d.h. alle zusammen, erfüllt sein. Die Beweispflicht dafür, dass dem so ist, liegt beim Baupfandgläubiger.

4.1.1 Verlust

Der Verlust muss bei einer *pfandgesicherten* Forderung eingetreten sein. Als Verlust zu verstehen ist, wenn eine pfandgesicherte Forderung bei der Pfandverwertung überhaupt nicht oder nur teilweise gedeckt wird.

Nicht als vorrechtsbegründender Verlust gilt demzufolge die Nichtdeckung einer Werklohnforderung, die *nicht* durch ein Baupfand gesichert worden ist.

Der Verlust geht erst aus der Verteilungsliste hervor, die während zehn Tagen auf dem Konkursamt aufliegt, was dem Baupfandgläubiger unter Anzeige des auf ihn entfallenden Anteiles mitgeteilt wird (Art. 263 SchKG).

Dem Baupfandgläubiger stehen selbstverständlich die Rechtsmittel gegen den Kollokationsplan resp. die Verteilungsliste offen wie allen anderen Gläubigern auch. Er kann entsprechend die Beschwerde nach Art. 17 SchKG oder die Kollokationsklage nach Art. 250 SchKG ergreifen.

4.1.2 Benachteiligung

Eine Benachteiligung kann nur soweit eintreten, als der durch den vom Baupfandgläubiger geschaffene Wert durch das vorgehende Pfandrecht konsumiert wird.

Eine Benachteiligung wird in zwei Fällen angenommen:

- wenn der Kredit, soweit er den Bodenwert übersteigt, für Zahlungen an andere Personen als Baugläubiger und Lieferanten eingesetzt wird, d.h. zum Beispiel für die Bezahlung alter Schulden oder zur Finanzierung von Bauten auf anderen Grundstücken,
- nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung, wenn die Zahlungen nicht regelmässig auf die Baupfandgläubiger verteilt wurden und die Baupfandgläubiger einen Verlust erleiden.

Zur Abklärung des zweiten Falles berechnet das Bundesgericht vereinfachend gesprochen die prozentuale Deckung der Baukosten durch den massgebenden Kreditbetrag und beurteilt, ob die klagenden Baupfandgläubiger diese prozentuale Deckung erhalten haben oder nicht (vgl. etwa BGE 115 II 136ff). Wenn nicht, wird eine Benachteiligung angenommen.

Diese Rechtsprechung ist insoweit problematisch, als die kreditgebende Bank nicht mit Sicherheit davon ausgehen kann, dass ihr bereits von Beginn weg alle Handwerker und Unternehmer sowie insbesondere deren Subunternehmer bekannt sind.

Im Bodenwert enthalten können auch bereits vorbestehende Bauten/Werkleistungen sein. Massgebend ist der Zustand resp. Wert vor der fraglichen Werkleistung. Die Berechnung des Bodenwertes stellt etliche Probleme, deren Ausführung den Rahmen des vorliegenden Artikels bei weitem sprengen würde.

Der Bodenwert kommt nicht einfach dem Pfandgläubiger im ersten Rang zu. Vielmehr ist massgebend, wofür die verschiedenen Kredite eingesetzt worden sind. Hat der Gläubiger im ersten Rang seinen Kredit ausschliesslich für

die Bezahlung von Bauhandwerkern eingesetzt, so steht der Bodenwert den nachfolgenden Pfandgläubigern zur Verfügung. Sie können demzufolge dem Baupfandgläubiger entgegenhalten, dass sie zwar den Kredit zweckentfremdet eingesetzt haben, der Umfang des zweckentfremdeten Betrages den Bodenwert aber nicht übersteige, auf den der Baupfandgläubiger keinen Anspruch hat, weil lediglich die durch ihn geschaffene Wertvermehrung seiner Sicherung dienen soll.

Beispiel für die Beurteilung einer Benachteiligung:

Hat das Grundstück, auf dem die Werkleistung erbracht wird, einen Wert von Fr. 300 000.– (sog. Bodenwert), das Werk einen solchen von Fr. 500 000.– und wurde das Grundstück vorgehend mit Fr. 800 000.– belastet, so kann eine Benachteiligung nur soweit eintreten, als das vorgehende Pfand Fr. 300 000.– übersteigt. Nur im Umfang von Fr. 500 000.– können in diesem Fall die Baupfandgläubiger maximal benachteiligt worden sein.

4.1.3 Adäquater Kausalzusammenhang

Als adäquater Kausalzusammenhang wird nach Lehre und Rechtsprechung bezeichnet, wenn eine Handlung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen. Das Bundesgericht bezeichnet diesen Zusammenhang für die Benachteiligung als gegeben, wenn der Verlust zufolge einer Benachteiligung der Handwerker durch die Belastung des Grundstückes mit vorgehenden Pfandrechten eingetreten ist (BGE 86 II 150).

Grundsätzlich sind Zweckentfremdungen des Kredites, d.h. Verwendung für andere Zwecke als die Entgeltung der Schaffung von Mehrwert, geeignet, den Verlust der Baupfandgläubiger zu verursachen. Erhält der Vorgangsgläubiger aus der Pfandverwertung jedoch weniger oder gleichviel Mehrwertanteil, als er insgesamt aus dem gesicherten Baukredit an Baupfandgläubiger ausbezahlt hat, so können die Zweckentfremdungen nicht kausal sein für den Verlust.

Die Kausalität kann demnach nur angenommen werden, wenn der Vorgangsgläubiger mehr erhalten hat als den für ihn freien Bodenwert zuzüglich des tatsächlich gleichmässig an die Baupfandgläubiger ausbezahlten Kreditanteiles.

4.1.4 Erkennbarkeit der Benachteiligung

Stolperstein im Vorrechtsverfahren ist die Erkennbarkeit der Benachteiligung für den Vorgangsgläubiger.

Vom Vorgangsgläubiger darf erwartet werden, dass er bei der Pfandnahme überprüft, ob sein Pfandrecht den Bodenwert übersteigt. Soweit dies nicht der Fall ist, kann der Kredit frei verwendet werden. Andernfalls ist die Verwendung des Kreditbetrages, d.h. die Führung des Kredites, zu kontrollieren.

Die Erkennbarkeit wird danach beurteilt, ob die Tatsachen mit der gebotenen Sorgfalt beurteilt worden sind und mit der gebotenen Sorgfalt für die Kenntnis der Tatsachen gesorgt wurde. War der Benachteiligungssachverhalt bei Anwendung eben dieser Sorgfalt erkennbar, so ist diese Vorrechts-Voraussetzung erfüllt.

Das Mass der Sorgfalt hängt von den persönlichen Umständen ab. An professionelle Baukreditgeber werden höhere Anforderungen gestellt als etwa an die Grossmutter, die mit einem Darlehen aushilft, das mit Grundpfand sichergestellt wird.

Die Erkennbarkeit muss im Zeitpunkt der Auszahlung gegeben gewesen sein.

Den Beweis dafür, dass eine Benachteiligung erkennbar war, hat der Baupfandgläubiger zu erbringen. Daran dürften auch die meisten Vorrechtsfälle scheitern, denn oftmals nutzen auch die sorgfältigsten Kontrollen nichts, weil Unternehmer und Subunternehmer der Bank teilweise nicht bekannt waren und auch nicht bekannt sein konnten.

4.2 Verfahrensfragen

Artikel 117 VZG (Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken):

«Kommen die Baupfandgläubiger zu Verlust, so wird ihnen vom Betreibungsamt eine Frist von zehn Tagen angesetzt, um beim Gericht des Betreibungsortes einen allfälligen Anspruch auf Deckung aus dem den vorge-

Beispiel:

Verfügbarer Bodenwert:	Fr.	300 000.–
Pfandgesicherter Kredit des Vorganggläubigers:	Fr.	1 000 000.–
Zweckentfremdeter Anteil:	Fr.	600 000.–
Verwertungsanteil:	Fr.	700 000.–
Mit Vorrecht belangbarer Anteil:	Fr.	0.–
(700 000 -300 000 -400 000 = Verwertungsanteil -Bodenwert -nicht zweckentfremdeter Zahlungen)		

Variante

Zweckentfremdeter Anteil:	Fr.	600 000.–
Verwertungsanteil:	Fr.	900 000.–
Mit Vorrecht belangbarer Anteil:	Fr.	200 000.–
(900 000 -300 000 -400 000)		

henden Pfandgläubigern zufallenden Verwertungsanteil einzuklagen.

Wird der Prozess innerhalb dieser Frist anhängig gemacht, so bleibt die Verteilung hinsichtlich des streitigen Anteils bis zu gütlicher oder rechtlicher Erledigung des Prozesses aufgeschoben. Wenn und soweit die Klage gutgeheissen wird, hat das Betreibungsamt den Baupfandgläubigern die ihnen aufgrund des Urteils zukommenden Betreffnisse aus dem Verwertungsanteil des vorgehenden unterlegenen Pfandgläubigers zuzuweisen.

Ist bei der Steigerung das Pfandrecht des vorgehenden Pfandgläubigers dem Ersteigerer überbunden worden, so wird der obsiegende Baupfandgläubiger bis zur Höhe seines Anspruchs auf Deckung aus dem vorgehenden Pfandrecht gemäss dem ergangenen Urteil in jenes eingewiesen. Zu diesem Zwecke hat das Betreibungsamt die notwendigen Eintragungen im Grundbuch und in den Pfandtiteln von Amtes wegen zu veranlassen.

Wird der Prozess nicht innert der angesetzten Frist anhängig gemacht, so schreitet das Betreibungsamt ohne Rücksicht auf die Ansprüche der zu Verlust gekommenen Bauhandwerker zur Verteilung.»

Artikel 117 VZG findet nach Artikel 132 VZG auch auf den Konkurs Anwendung. In diesem Fall wird die Frist von 10 Tagen nicht vom Betreibungsamt, sondern vom Konkursamt angesetzt und die Klage ist am Konkursort einzureichen.

Der Anspruch auf den gesperrten Anteil ist bei Einhaltung der 10-Tagesfrist ein direkter, d.h. andere Gläubiger des Vorgangsgläubigers können in diesem Zeitpunkt nicht darauf greifen. Wird die Frist nach Artikel 117 Absatz 1 VZG versäumt, so bedeutet dies nicht den Verlust des Anspruches. Vielmehr hat dies nur zur Folge, dass (BGE 83 III 145; 96 III 131) die Sperre der Verwertungsanteile wegfällt und die Anteile den Vorgangsgläubigern ausbezahlt werden.

Der Baupfandgläubiger hat gleichwohl noch die Möglichkeit, während eines Jahres gegen den Vorgangsgläubiger klageweise vorzugehen. Ist dieser aber insolvent, so riskiert der Baupfandgläubiger, dass er in diesem Fall seinen Anspruch zwar rechtlich, nicht aber faktisch durchsetzen kann. In den nicht seltenen Fällen, in denen Ansprüche gegen mehrere vorgehende Pfandgläubiger gleichen oder verschiedenen Ranges in Frage kommen, muss der Baupfandgläubiger innert der ihm gemäss Artikel 117 Absatz 1 VZG angesetzten Frist gegen alle diese Pfandgläubiger klagen, um den Vorteil des 117 VZG nicht zu verlieren (BGE 62 II 94).

Die Problematik eines Vorrechtsprozesses liegt für den Baupfandgläubiger vorwiegend in seiner *Beweispflicht* für Voraussetzungen, insbesondere die Benachteiligung und die Erkennbarkeit, weshalb die Prozessfälle nicht besonders gehäuft eintreten. Oftmals ist nicht leicht abzuschätzen, ob Sorgfaltspflichten verletzt worden sind, die Abklärungen betreffend die Prozessaussichten werden umfangreich und damit teuer. Erweist sich alsdann der Prozess als aussichtslos oder der Beweis im Prozess als nicht genügend, sind die Kosten hoch, ohne dass ein Vorteil resultiert hätte [5].

Anmerkungen

1 Vgl. Schumacher «Das Bauhandwerkerpfandrecht», Schulthess Verlag Zürich 1982, 2. Auflage und Mathis «Das Bauhandwerkerpfandrecht in der Gesamtüberbauung und im Stockwerkeigentum», Verlag Haupt, Bern 1988.

2 BGE 63 III 1.

3 BGE 119 II 124.

4 Zeitschrift des Bern. Juristenvereins (ZBJV), 1993, Band 129, S. 708/709.

5 Vgl. zum Thema Heidi Pfister-Ineichen «Das Vorrecht nach Art. 841 ZGB und die Haftung der Bank als Vorgangsgläubigerin», Universitätsverlag Freiburg Schweiz 1991.

RÉSUMÉ

L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs dans la faillite du propriétaire foncier

En temps de récession économique, l'hypothèque légale représente souvent la seule possibilité pour les artisans et entrepreneurs d'obtenir une garantie de leurs créances contre le propriétaire foncier. Si celui-ci tombe en faillite, il faudra en outre observer les règles sur l'exécution forcée. Si l'artisan ou l'entrepreneur subit des pertes, il renoncera le plus souvent à son privilège à cause de la difficulté des preuves à apporter.

Vu le bref délai pour agir, la procédure ordinaire d'inscription d'une hypothèque légale impose au requérant des exigences très élevées (art. 837 et 839 CC).

Les auteurs arrivent en définitive aux conclusions suivantes:

1. Les artisans et les entrepreneurs, qui désirent garantir leurs créances par une hypothèque légale, doivent, pour sauvegarder leurs droits dans une faillite, déposer auprès du juge compétent une demande contre la masse en faillite aux fins de l'inscription provisoire de l'hypothèque.
2. Le juge compétent statue en procédure sommaire sur l'inscription provisoire de l'hypothèque légale. Il existera ainsi une créance garantie par hypothèque, qui sera traitée lors de l'épuration de l'état des charges. En cas de révocation de la faillite, un délai sera imparti au requérant pour demander l'inscription définitive de l'hypothèque légale.
3. Par son inscription provisoire au registre foncier, l'hypothèque légale sera prise en considération dans l'état des charges. Il sera décidé de son sort définitif lors de l'épuration de l'état des charges. Si leur créance est écartée, les artisans et les entrepreneurs peuvent agir par la voie de l'action en collocation pour faire constater l'existence de leur droit de gage.

RS/CM/AFB