

Dieter Zobl/Christoph Thurnherr

Bauhandwerkerpfandrecht: Bemerkungen zum geltenden Recht sowie zum Revisionsvorentwurf

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	482
	1. Ausgangslage	482
	2. Vorgehen	483
	3. Terminologie	483
II.	Übersicht über die vorgeschlagenen Neuerungen	483
	1. Allgemeines	483
	2. Neue Umschreibung der geschützten Bauleistungen	484
	3. Das Forderungspfandrecht der Subunternehmer	485
	4. Der Mieter oder Pächter als Schuldner des Baugläubigers	485
	5. Einheitlicher zwingender Gerichtsstand	487
	6. Weitere Neuerungen	487
III.	Die Rechtsstellung des Subunternehmers nach geltendem Recht	488
	1. Allgemeines	488
	2. Die Rechtsnatur des Pfandrechts des Subunternehmers	489
	3. Der eigenständige Anspruch des Subunternehmers auf Pfanderrichtung	490
	a) Die Entstehung des Pfandrechts	490
	b) Verzicht auf das Bauhandwerkerpfandrecht	491
	c) Zuständigkeit und Rechtsmittel	491
	4. Das Verhältnis des Subunternehmers zum Grundeigentümer sowie zu seinem Vertragspartner	492
	a) Das Verhältnis des Subunternehmers zum Grundeigentümer	492
	b) Das Verhältnis des Subunternehmers zu seinem Vertragspartner	492
	5. Die Problematik des Doppelzahlungsrisikos	493
	a) Konstellationen	493
	b) Ursache	494
	6. Schutz gegen Doppelzahlung	494
	a) Präventive Massnahmen	494
	b) Defensives Massnahmen	495
IV.	Die Realisierung des Pfandrechts des Subunternehmers nach geltendem Recht	496
	1. Allgemeines	496
	2. Betreuung auf Pfandverwertung	496
	a) Verfahren	496
	b) Deckungsprinzip	497
	3. Betreuung auf Pfändung	498
	a) Durch den Baugläubiger	498
	b) Durch Pfändungsgläubiger	498

4. Konkurs des Bauherrn/Grundeigentümers	499
a) Allgemeines	499
b) Definitive Eintragung	499
c) Vorläufige Eintragung	499
d) Weder vorläufige noch definitive Eintragung	500
V. Die Rechtsstellung des Subunternehmers nach dem Vorentwurf im Detail	500
1. Allgemeines	500
2. Die Rechtsnatur des Pfandrechts der Subunternehmer	501
3. Die Entstehung des Pfandrechts	501
a) Das Konzept des Vorentwurfs	501
b) Kritik	502
4. Die Anzeige an den Drittschuldner (Notifikation)	504
5. Der Rang des Pfandrechts	505
6. Pfandobjekt und Umfang des Forderungspfandrechts	505
7. Verzicht und gerichtliche Durchsetzung	506
a) Verzicht auf das Pfandrecht	506
b) Gerichtliche Durchsetzung	507
8. Das Verhältnis des Subunternehmers zum Grundeigentümer sowie zu seinem Vertragspartner	507
a) Das Verhältnis des Subunternehmers zum Grundeigentümer	507
b) Das Verhältnis des Subunternehmers zu seinem Vertragspartner	508
VI. Die Realisierung des vorgeschlagenen Forderungspfandrechts des Subunternehmers	509
1. Betreuung des Pfandschuldners	509
2. Das Forderungspfandrecht im Konkurs und bei Pfändung der Forderung	509
a) Pfändung der belasteten Forderung	509
b) Konkurs des Pfandschuldners	509
VII. Zusammenfassende Erkenntnisse	510

I. Einleitung

1. Ausgangslage

Im Zusammenhang mit dem Bauhandwerkerpfandrecht ist es nach der geltenden Rechtslage immer wieder zu praktischen Problemen gekommen. Zu erwähnen ist diesbezüglich vor allem das Doppelzahlungsrisiko des Grundeigentümers oder auch die Problematik des Mieters als Werkbesteller. Der Vorentwurf über die Teilrevision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Immobiliarsachen- und Grundbuchrecht) vom März 2004 enthält deshalb auch einige Änderungsvorschläge, die das Bauhandwerkerpfandrecht betreffen¹. Aus diesem Anlass erfolgen im vorliegenden Aufsatz einige Bemerkungen zu den problematischen Punkten nach geltendem Recht sowie zu den das Bauhandwerkerpfandrecht betreffenden Änderungsvorschlägen.

2. Vorgehen

Im Folgenden werden zuerst die vorgeschlagenen Neuerungen kurz dargestellt. Da das Problem des Doppelzahlungsrisikos und somit die Rechtsstellung der Subunternehmer den Kernpunkt der das Bauhandwerkerpfandrecht betreffenden Revisionsvorschläge bildet, erfolgt danach eine Gegenüberstellung der rechtlichen Situation der Subunternehmer nach geltendem Recht und nach der Revisionsvorlage. Abschliessend werden die Vor- und Nachteile der Revisionsvorschläge kurz besprochen und zusammengefasst.

3. Terminologie

In der vorliegenden Arbeit wird – soweit sich aus dem Zusammenhang nichts anderes ergibt – grundsätzlich von der Konstellation Erst-Besteller (= Grundeigentümer), Unternehmer, Subunternehmer ausgegangen. Unternehmer ist mithin nur der Vertragspartner des Erst-Bestellers, Subunternehmer derjenige des Unternehmers. Ist das Verhältnis Subunternehmer – Sub-Subunternehmer Gegenstand der Ausführungen, wird explizit darauf hingewiesen. Zu beachten ist diesbezüglich, dass der Begriff Unternehmer nach geltendem Recht sowohl die Unternehmer im eigentlichen Sinn – also die Vertragspartner des Erst-Bestellers – als auch die Subunternehmer erfasst². Der Vorentwurf hingegen unterscheidet zumindest ansatzweise auch begrifflich zwischen den Unternehmern im eigentlichen Sinn und den Subunternehmern³.

II. Übersicht über die vorgeschlagenen Neuerungen

1. Allgemeines

Bei der Analyse der das Bauhandwerkerpfandrecht betreffenden Revisionsvorschläge fällt auf, dass der quantitativ grosse Teil der Neuerungen im Wesentlichen

¹ Der Vorentwurf wurde am 21. April 2004 in die Vernehmlassung geschickt. Die Vernehmlassungsfrist ist Ende November 2004 abgelaufen. Eine Auswertung der Rückmeldungen war bis zum Abschluss des Manuskriptes dieses Aufsatzes nicht zugänglich. Vgl. aber etwa die Stellungnahme des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 10. November 2004 (abrufbar unter <http://www.regierungsrat.zh.ch/internet/rr/de/grundseite/antworten/42_zgb.ContentList.0002.Document.tmp/Teilrevision%20Zivilgesetzbuch%20-%20Antwort%20RR%20ZH.pdf> [besucht am 14. Januar 2005]).

² Vgl. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB.

³ Vgl. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 VE-ZGB und Art. 841a VE-ZGB.

aus einer Kodifizierung von Lehre und Rechtsprechung besteht. Eine effektive Änderung der Rechtslage wird letztlich nur mit Art. 841a des Vorentwurfes angestrebt. Dies ist insofern bedauerlich, als dass u.E. auch betreffend der nicht verpfändbaren Grundstücke⁴ Reformbedarf auszumachen ist⁵. Zu begrüßen ist hingegen, dass die Eintragungsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB nicht verlängert werden soll.

2. Neue Umschreibung der geschützten Bauleistungen

Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 VE-ZGB steht dem Handwerker oder Unternehmer ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts zu, wenn er zu «Bauten oder andern Werken auf einem Grundstück oder zum Abbruch derselben *unmittelbar* [Hervorhebung durch die Autoren] Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert» hat. Neu ist also einerseits der Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts bei Abbrucharbeiten und andererseits das Element der Unmittelbarkeit. Effektiv neu ist jedoch nur, dass für den Anspruch auf Errichtung des gesetzlichen Grundpfandrechts eine *unmittelbare* Lieferung von Material und/oder Arbeit vorausgesetzt wird. Damit wird nämlich der Anspruch der Subunternehmer auf Errichtung eines Pfandrechts am Grundstück, dem die Bauarbeiten zugute gekommen sind, ausgeschlossen⁶. Obwohl im Gesetzestext nicht explizit erwähnt, ist hingegen auch nach geltendem Recht unbestritten, dass Abbrucharbeiten zu den geschützten Bauleistungen gehören⁷. Anzumerken bleibt

⁴ Öffentliche Grundstücke, die zum Verwaltungsvermögen von Bund, Kantonen oder Gemeinden gehören oder die im Gemeingebrauch stehen (vgl. dazu etwa BGE 103 II 227 ff. sowie BGE 120 II 321 ff.).

⁵ Warum etwa die Statuierung einer Pflicht zur Sicherheitsleistung bei nicht verpfändbaren Grundstücken fallengelassen wurde, ist u.E. nicht einzusehen (vgl. dazu Teilrevision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Immobiliarsachen- und Grundbuchrecht], Bericht zum Vorentwurf, 11).

⁶ Siehe dazu nachfolgend 3. sowie unten V. Einen Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts haben somit nur noch die unmittelbaren oder direkten Baugläubiger. Diese haben den Grundeigentümer – nicht aber von diesem verschiedene Unternehmer – zum Schuldner (vgl. dazu HANS LEEMANN, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch [Berner Kommentar], Band IV: Sachenrecht, II. Abteilung: Art. 730–918 ZGB, Bern 1925, Art. 837 N 44 sowie DIETER ZOBL, Das Bauhandwerkerpfandrecht *de lege lata* und *de lege ferenda*, ZSR NF 101/1982 II, 81).

⁷ Vgl. etwa ZOBL, ZSR 1982 II (FN 6), 86, 97 f.; RAINER SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Systematische Darstellung der Praxis, 2. A., Zürich 1982, Rz. 103; JOSEF HOFSTETTER, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/THOMAS GEISER (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, ZGB II, 2. A., Basel 2003, Art. 839/840 N 5.

an dieser Stelle, dass die in Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 VE-ZGB vorgenommene Präzisierung hinsichtlich Abbrucharbeiten in Art. 841a Abs. 1 VE-ZGB ausgeblieben ist⁸.

3. Das Forderungspfandrecht der Subunternehmer

Nach dem Vorentwurf steht also nur noch den unmittelbaren Baugläubigern ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts zu⁹. Die mittelbaren Baugläubiger – d.h. die Subunternehmer und die Sub-Subunternehmer – verlieren somit den entsprechenden Schutz. Ihr Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts (geltendes Recht) soll jedoch durch ein Recht auf Errichtung eines Pfandrechts an der Forderung des Unternehmers, der den Subunternehmer beauftragt respektive das Werk bestellt hat, gegen dessen Vertragspartner¹⁰ (*Forderungspfandrecht*) ersetzt werden¹¹. Zweck dieser Änderung ist der *Ausschluss des Doppelzahlungsrisikos* der Grundeigentümer¹².

4. Der Mieter oder Pächter als Schuldner des Baugläubigers

Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 und Abs. 2 VE-ZGB haben die Baugläubiger einen Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts, wenn sie den Grundeigentümer oder – bei Zustimmung des Grundeigentümers zur Ausführung der Arbeiten – einen Mieter oder Pächter zum Schuldner haben. Mit dieser Änderung von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB und der Einfügung eines neuen Abs. 2¹³ soll die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu dieser Problematik kodifiziert werden¹⁴.

Das Bundesgericht hat schon in BGE 92 II 227 ff. entschieden, dass der Vermieter und Grundeigentümer die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

⁸ In der Konsequenz bedeutet dies, dass bei Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 VE-ZGB das geltende Recht in wohl überflüssiger Art und Weise präzisiert wurde, der neu einzufügende Art. 841a Abs. 1 VE-ZGB diese Präzision jedoch vermissen lässt.

⁹ Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 VE-ZGB im Gegensatz zu Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB.

¹⁰ Dies ist im Normalfall der Grundeigentümer. Zieht der Subunternehmer einen Sub-Subunternehmer bei, wird dieser durch ein Forderungspfandrecht an der Forderung des Subunternehmers gegen den Unternehmer gesichert.

¹¹ Art. 841a VE-ZGB.

¹² Vgl. dazu unten III. 5.

¹³ Art. 837 Abs. 2 ZGB wird nach dem Vorentwurf – in Bezug auf das Grundpfandrecht des unmittelbaren Baugläubigers materiell unverändert – zu Abs. 3 der genannten Norm.

¹⁴ Vgl. Bericht zum Vorentwurf (FN 5), 10.

grundsätzlich zu dulden hat, wenn der Baugläubiger den Mieter zum Schuldner hat¹⁵. Dieser Entscheid ist seither mehrfach bestätigt worden¹⁶. In BGE 126 III 505 ff. hat das Bundesgericht die Anforderungen für die Einräumung eines Bauhandwerkerpfandrechts bei der Bestellung von Bauleistungen durch den Mieter fast schon lehrbuchmässig zusammengefasst. Danach sind folgende kumulative Voraussetzungen zu beachten: Der Vermieter und Grundeigentümer muss den entsprechenden Leistungen *zugestimmt* haben, die Bauarbeiten müssen mit dem Grundstück dauerhaft verbunden sein, und es muss dadurch eine objektive Wertvermehrung eingetreten sein. Der Vorentwurf nennt jedoch nur noch die Zustimmung des Vermieters als Voraussetzung¹⁷. Im Bericht zum Vorentwurf wird denn auch ausgeführt, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichts hier bewusst nur teilweise kodifiziert wurde. Vom Erfordernis der objektiven Wertvermehrung soll abgewichen werden¹⁸. Dem ist u.E. zuzustimmen. Da der Grundeigentümer ja der Ausführung der Arbeiten des Baugläubigers zugestimmt haben muss, ist nicht einzusehen, warum beim Mieterbau – in Bezug auf die Werterhöhung – andere Voraussetzungen gelten sollen als etwa beim Normalfall, in dem der Grundeigentümer Schuldner des Baugläubigers ist¹⁹.

Zu bedauern ist es, dass im Zuge der Revision von Art. 837 ZGB nur der Fall des Mieters oder Pächters als Besteller der Bauleistung gesetzlich geregelt werden soll. Unklar bleibt damit weiterhin die Handhabung ähnlicher Fälle, wie etwa die Belastung eines Grundstücks, das nicht *quoad dominium* sondern nur *quoad sortem* in eine Gesellschaft eingebracht wurde²⁰. Ungeklärt ist zudem auch, wie das Bauhandwerkerpfandrecht im Zusammenhang mit dem ebenfalls Bestandteil der gleichen Revisionsvorlage bildenden neuen Raumrecht (Art. 779m ff. VE-ZGB) gehandhabt werden soll²¹.

¹⁵ Anders noch BGE 56 II 163 ff.

¹⁶ Vgl. etwa BGE 126 III 505 ff., 123 III 124 ff., 116 II 677 ff.

¹⁷ Art. 837 Abs. 2 VE-ZGB. Der Regierungsrat des Kantons Zürich ist der Auffassung, dass die Zustimmung des Grundeigentümers nur schriftlich gültig sein soll und schlägt eine entsprechende Änderung von Art. 837 Abs. 2 VE-ZGB vor (Stellungnahme des Regierungsrats des Kantons Zürich [FN 1], 13). Eine solche Regelung würde jedoch u.E. dem Schutzbedürfnis der Baugläubiger nicht gerecht werden, weil damit der Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts faktisch davon abhängig gemacht würde, ob sich die Baugläubiger von der Schriftlichkeit der Zustimmung des Grundeigentümers vergewissern oder nicht.

¹⁸ Bericht zum Vorentwurf (FN 5), 44.

¹⁹ Vgl. dazu auch Bericht zum Vorentwurf (FN 5), 44 sowie BK-LEEMANN (FN 6), Art. 837 N 54; ZOBL, ZSR 1982 II (FN 6), 97 f. und ZGB-HOFSTETTER (FN 7), Art. 839/840 N 9, 12.

²⁰ Vgl. dazu etwa LUKAS HANDSCHIN, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/ROLF WATTER (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR II, 2. A., Basel 2002, Art. 531 N 6 ff.

²¹ Vgl. dazu etwa Stellungnahme des Regierungsrats des Kantons Zürich (FN 1), 3, 14 sowie die Stellungnahme des Hauseigentümergebietes Schweiz (HEV) vom 21. September 2004 (abrufbar unter <<http://www.hev-schweiz.ch/aktuell/vernehmlassungen/pdf/Vernehmlassung-Immo-GBRecht.pdf>> [besucht am 14. Januar 2005]).

5. Einheitlicher zwingender Gerichtsstand

Nach geltendem Recht ist die *Klage auf definitive Eintragung* des Bauhandwerkerpfandrechts entweder am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder am Ort, an dem das betreffende Grundstück im Grundbuch aufgenommen ist, einzureichen (Art. 19 Abs. 1 lit. c GestG)²². Für die *provisorische Eintragung* ist hingegen Art. 33 GestG zu beachten (zwingende Zuständigkeit), da es sich dabei um eine vorsorgliche Massnahme handelt²³. Mit der Revision des Immobiliarsachen- und Grundbuchrechts soll nun auch Art. 19 GestG revidiert werden. Klagen betreffend die Eintragung beschränkter dinglicher Rechte, die sich auf einen gesetzlichen Anspruch stützen, sollen *neu zwingend beim Gericht am Ort, an dem das Grundstück im Grundbuch aufgenommen ist oder aufzunehmen wäre*, geltend gemacht werden (Art. 19 Abs. 1 lit. b^{bis} und Abs. 1^{bis} VE-GestG). Damit wird indirekt auch der Gerichtsstand für die provisorische Eintragung vereinheitlicht²⁴.

6. Weitere Neuerungen

Neben den erwähnten Änderungen soll auch Art. 839 Abs. 3 ZGB geändert werden. Nach geltendem Recht darf die Eintragung des Pfandrechts nur dann vorgenommen werden, wenn die Forderung vom Eigentümer anerkannt wurde oder gerichtlich festgestellt ist. Diese Voraussetzung wurde im Revisionsvorschlag gestrichen²⁵, weil einerseits nicht die Forderung, sondern die Pfandsomme vom Eigentümer anerkannt werden müsse oder gerichtlich festzustellen sei und es sich dabei andererseits ohnehin um eine Selbstverständlichkeit handle²⁶. Um eine Selbstverständlichkeit handelt es sich darum, weil die *Begründung eines Grundpfandrechts die Angabe eines bestimmten Betrages voraussetzt* (Art. 794 ZGB). Daraus folgt auch, dass sich die Anerkennung des Grundeigentümers grundsätzlich auf die

²² Im Bericht zum Vorentwurf (FN 5) ist dazu auf S. 66 Folgendes zu lesen: «Nach den genannten Bestimmungen [Art. 19 Abs. 1 lit. c und Art. 33 GestG] ist der Gerichtsstand alternativ jener des Ortes, an dem das Grundbuch liegt [sic!], in dem das Grundstück aufgenommen ist oder aufzunehmen wäre».

²³ Zuständig ist also das Gericht am Ort, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist oder am Ort, an dem die Massnahme vollstreckt werden soll. Damit unterscheidet sich die Zuständigkeit im Ergebnis nicht von Art. 19 Abs. 1 lit. c GestG, da der Ort, an dem die Massnahme vollstreckt werden soll, sich ebenfalls an dem Ort befindet, an dem das Grundstück im Grundbuch aufgenommen ist.

²⁴ Vgl. Art. 33 GestG und FN 23.

²⁵ Art. 839 Abs. 3 VE-ZGB. Die weitere negative Voraussetzung – das Fehlen anderer hinreichender Sicherheiten – ist auch im Vorentwurf unverändert enthalten.

²⁶ Bericht zum Vorentwurf (FN 5), 45.

Pfandsumme als Haftungssumme bezieht^{27, 28}. Ebenso verhält es sich bei der gerichtlichen Feststellung. Diese bezieht sich ebenfalls nur auf das Pfandrecht (Pfandsumme) und nicht auch auf die Pfandforderung.

Daneben sollen auch noch einige *kosmetische Änderungen* vorgenommen werden. So soll etwa in Art. 837 Abs. 1 ZGB der Begriff «Grundpfand[es]» durch den Begriff «Grundpfandrecht[es]» ersetzt werden²⁹.

III. Die Rechtsstellung des Subunternehmers nach geltendem Recht

1. Allgemeines

Das Konzept des schweizerischen Bauhandwerkerpfandrechts steht unverkennbar unter dem Einfluss des US-amerikanischen Rechts³⁰. In den USA wird allgemein zwischen dem Pennsylvania-System und dem New Yorker-System unterschieden³¹. Die beiden Systeme unterscheiden sich – auf schweizerische Verhältnisse übertragen – grundsätzlich dadurch, dass beim Pennsylvania-System sowohl dem unmittelbaren als auch dem mittelbaren Baugläubiger ein direktes Pfandrecht (*mechanics' lien*) am Baugrundstück zusteht, beim New Yorker-System hingegen primär nur dem unmittelbaren Baugläubiger³².

Nach geltendem schweizerischen Recht besteht – dem *Pennsylvania-System* folgend – ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts für Handwerker und Unternehmer unabhängig davon, ob sie den Grundeigentümer oder einen Unternehmer zum Schuldner haben (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB).

²⁷ ZOBL, ZSR 1982 II (FN 6), 152 f. Dies gelangt in Art. 22 Abs. 2 GBV deutlicher zum Ausdruck.

²⁸ Erfolgt die Eintragung jedoch erst nach Abschluss der Bauarbeiten, ist es auch möglich, zugleich die gesicherte Bauforderung anzuerkennen. Eine solche Doppelerkennung stellt dann zugleich auch einen provisorischen Rechtsöffnungstitel gemäss Art. 82 SchKG dar (vgl. dazu ZOBL, ZSR 1982 II [FN 6], 153).

²⁹ Art. 837 Abs. 1 VE-ZGB.

³⁰ Vgl. z.B. Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements [von EUGEN HUBER], Zweiter Band, Sachenrecht und Text des Vorentwurfes vom 15. November 1900, 2. A., Bern 1914, 276.

³¹ Vgl. dazu JUSTIN SWEET/MARC M. SCHNEIER, *Legal Aspects of Architecture, Engineering and the Construction Process*, 7. A., Toronto 2004, 626; ZOBL, ZSR 1982 II (FN 6), 69 f., 109 f.; GEORG SALOMONSOHN, *Der gesetzliche Schutz der Baugläubiger in den Vereinigten Staaten von Nord-Amerika. Ein Beitrag zu den Entwürfen eines Reichsgesetzes betreffend die Sicherung der Bauforderungen und eines preussischen Ausführungsgesetzes*, Berlin 1900, 122 ff.

³² ZOBL, ZSR 1982 II (FN 6), 69 f.

Neben den unmittelbaren Baugläubigern werden also auch die Subunternehmer vom Wortlaut des Gesetzes erfasst³³.

2. Die Rechtsnatur des Pfandrechts des Subunternehmers

Die Subunternehmer haben gleich wie die direkten Baugläubiger ein *mittelbares gesetzliches Grundpfandrecht*³⁴ an dem Grundstück, dem die Bauarbeiten zugute gekommen sind. Von den vertraglichen Pfandrechten unterscheidet sich dieses dadurch, dass sein Entstehungsgrund nicht in einem Rechtsgeschäft besteht, sondern dass es auf einer Gesetzesvorschrift beruht³⁵. Mittelbar ist das Bauhandwerkerpfandrecht deshalb, weil es nicht unmittelbar bereits von Gesetzes wegen besteht. Dies bedeutet, dass der (unmittelbare oder mittelbare) Baugläubiger einen obligatorischen respektive *realobligatorischen*³⁶ Anspruch auf Errichtung des Pfandrechts hat. Aus der realobligatorischen Natur des Anspruches ergeben sich folgende Konsequenzen: Der Anspruch des Baugläubigers richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks³⁷, und er kann auch dann durchgesetzt werden, wenn das Grundstück Gegenstand eines Zwangsvollstreckungsverfahrens ist³⁸.

³³ Betreffend die Terminologie des Gesetzes vgl. oben I. 3.

³⁴ Wie bei allen gesetzlichen Grundpfandrechten handelt es sich auch beim Bauhandwerkerpfandrecht um eine Grundpfandverschreibung (vgl. BK-LEEMANN [FN 6], Art. 837 N 3).

³⁵ Vgl. dazu HENRI DESCHENAUX, Das Grundbuch, in: ARTHUR MEIER-HAYOZ (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht (SPR), Band V/3 (2 Teilbände), Basel/Frankfurt a.M. 1988/89, 465.

³⁶ BGE 92 II 227 ff., 120 Ia 240 ff.; SCHUMACHER (FN 7), Rz. 426 ff.; ZOBL, ZSR 1982 II (FN 6), 76 ff. m.w.Nw. und zum Ganzen PETER LIVER, Die Begründung des Bauhandwerkerpfandrechts, ZBJV 1962, 209 ff. Keinen Zusammenhang hat die Qualifikation des Anspruchs als Realobligation mit der Frage, ob den mittelbaren Baugläubigern ein Bauhandwerkerpfandrecht zusteht oder nicht. Diese Frage wird unabhängig davon vom Gesetz beantwortet (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB; a.M. SCHUMACHER [FN 7], Rz. 442). Qualifiziert man den Pfanderichtungsanspruch als Gestaltungsrecht, kann er nicht gleichzeitig realobligatorischer Natur sein (so aber ZGB-HOFSTETTER [FN 7], Art. 837/838 N 11, 16).

³⁷ Dies ist dann von Bedeutung, wenn das Grundstück, dem die Bauarbeiten zugute gekommen sind, veräussert wird.

³⁸ Vgl. dazu LUKAS HANDSCHIN/DANIEL HUNKELER, in: ADRIAN STAEHELIN/THOMAS BAUER/DANIEL STAEHELIN (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG II, Basel/Genf/München 1998, Art. 198 N 7; ZOBL, ZSR 1982 II (FN 6), 78 und INGRIID JENT-SØRENSEN, Die Rechtsdurchsetzung bei der Grundstückverwertung in der Spezial-execution, Habil. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2003, Rz. 256.

3. Der eigenständige Anspruch des Subunternehmers auf Pfanderrichtung

a) Die Entstehung des Pfandrechts

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass der Subunternehmer einen eigenständigen Anspruch auf Pfanderrichtung hat, wenn die materiellen Voraussetzungen von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB³⁹ erfüllt sind. Als mittelbares gesetzliches Pfandrecht entsteht das Bauhandwerkerpfandrecht erst mit der *definitiven Eintragung im Grundbuch* (Eintragungsprinzip). Zu dieser kommt es, wenn die Pfandschuld vom Eigentümer des Grundstücks anerkannt wurde oder gerichtlich festgestellt ist oder auch bei Bewilligung durch den Eigentümer gemäss Art. 22 Abs. 2 GBV⁴⁰. Die Eintragung darf aber nur dann erfolgen, wenn der Grundeigentümer für die Forderung des Baugläubigers keine hinreichende Sicherheit geleistet hat (Art. 839 Abs. 3 ZGB).

Nach Art. 22 Abs. 4 GBV kann – bei Uneinigkeit über Pfandschuld oder Sicherheit – gemäss Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB eine vorläufige Eintragung erfolgen⁴¹. Es handelt sich dabei um eine provisorische Eintragung in Gestalt einer Vormerkung. Damit wird der Pfandrechtsanspruch aber lediglich gesichert und dessen Verwirkung verhindert.

³⁹ Vgl. dazu ZOBL, ZSR 1982 II (FN 6), 79 ff.

⁴⁰ Grundsätzlich zu unterscheiden ist hier das gerichtliche und das aussergerichtliche Eintragungsverfahren. Ob beim aussergerichtlichen Verfahren die Anmeldung vom Eigentümer auszugehen hat oder ob der Baugläubiger bei Vorliegen einer Anerkennung der Pfandschuld zur Grundbuchanmeldung legitimiert ist, ist umstritten (dafür: ARTHUR HOMBERGER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch [Zürcher Kommentar], IV. Band: Das Sachenrecht, Dritte Abteilung: Besitz und Grundbuch, Art. 919–977, 2. A., Zürich 1938, Art. 961 N 30; BK-LEEMANN [FN 6], Art. 839 N 33; ARMAND GONVERS-SALLAZ, Le registre foncier Suisse, Lausanne 1938, Art. 22 N 4; ZOBL, ZSR 1982 II [FN 6], 153 f. und implizit wohl SCHUMACHER [FN 7], Rz. 716 ff.; dagegen: JÜRIG SCHMID, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/THOMAS GEISER [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, ZGB II, 2. A., Basel 2003, Art. 965 N 23; JÜRIG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 2. A., Zürich 2003, Rz. 1765). Bei der Eintragungsbewilligung durch den Grundeigentümer nach Art. 22 Abs. 2 GBV geht die Grundbuchanmeldung vom Grundeigentümer aus. Kommt es zu einem gerichtlichen Verfahren, erfolgt dies im ordentlichen Zivilprozess. Bei Gutheissung der Klage ordnet der Richter die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch an.

⁴¹ Vgl. dazu ZOBL, ZSR 1982 II (FN 6), 156 ff.; BK-LEEMANN (FN 6), Art. 839 N 40 ff.; SCHUMACHER (FN 7), Rz. 738 ff.; DIETER ZOBL, Grundbuchrecht, 2. A., Zürich 2004, Rz. 334 ff. und SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (FN 40), Rz. 1771 ff.

b) Verzicht auf das Bauhandwerkerpfandrecht

Gemäss Art. 837 Abs. 2 ZGB kann der Berechtigte auf das Bauhandwerkerpfandrecht zum voraus nicht verzichten. Ein entgegen dieser Vorschrift erklärter Verzicht ist gemäss Art. 20 OR nichtig⁴². «Zum voraus» bedeutet hier bevor der Anspruch auf Errichtung des Pfandrechts entstanden ist, also vor oder bei Abschluss des entsprechenden Rechtsgeschäftes (zumeist eines Werkvertrages)⁴³. Ein Verzicht ist somit *grundsätzlich gültig, wenn er vom Baugläubiger nach Abschluss des Werkvertrages erklärt wird*⁴⁴. Zu beachten ist dabei jedoch, dass der Verzicht freiwillig, also ohne, dass der Baugläubiger unter Druck gesetzt wurde, geleistet werden muss, da sonst – etwa in Zeiten geringer Nachfrage – der Zweck des Bauhandwerkerpfandrechts unterlaufen werden könnte.

c) Zuständigkeit und Rechtsmittel

Wie bereits ausgeführt, sind für die örtliche Zuständigkeit die Art. 19 Abs. 1 lit. c und Art. 33 GestG massgebend⁴⁵.

Betreffend die Rechtsmittel muss zwischen der vorläufigen und der definitiven Eintragung unterschieden werden. Über das Begehren um vorläufige Eintragung hat das Gericht gemäss Art. 961 Abs. 3 ZGB im schnellen Verfahren zu entscheiden. Im Kanton Zürich ist der Einzelrichter im summarischen Verfahren zuständig⁴⁶. Gegen die kantonale letztinstanzliche Abweisung des Begehrens um vorläufige Eintragung ist die staatsrechtliche Beschwerde, nicht aber die Berufung an das Bundesgericht zulässig⁴⁷. Bei Gutheissung ist weder die staatsrechtliche Beschwerde noch Berufung an das Bundesgericht möglich⁴⁸. Gegen letztinstanzliche kantonale Urteile betreffend die *definitive Eintragung* (Gutheissung und Abweisung des Begehrens) ist *Berufung* an das Bundesgericht möglich⁴⁹.

⁴² BK-LEEMANN (FN 6), Art. 837 N 61; ZGB-HOFSTETTER (FN 7), Art. 839/840 N 26; ZOBL, ZSR 1982 II (FN 6), 143.

⁴³ BK-LEEMANN (FN 6), Art. 837 N 57; vgl. auch SCHUMACHER (FN 7), Rz. 521.

⁴⁴ Vor der Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts bildet der Anspruch auf Eintragung Objekt des Verzichts, nach erfolgter Eintragung das Pfandrecht (vgl. dazu ZOBL, ZSR 1982 II [FN 6], 143 f.).

⁴⁵ Vgl. oben II. 5.

⁴⁶ § 215 lit. d Ziff. 36 ZPO i.V.m. § 23 Abs. 1 GVG.

⁴⁷ BGE 102 Ia 81 ff., 101 II 63 ff., 100 II 285 ff., Urteil des Bundesgerichts 5P.242/2000; vgl. auch RICHARD FRANK/HANS STRÄULI/GEORG MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, Art. 215 N 92.

⁴⁸ Dies deshalb, weil weder ein Endentscheid gemäss Art. 48 OG noch ein nicht wieder gutzumachender Nachteil gemäss Art. 87 OG vorliegt (vgl. BGE 98 Ia 441 ff., 95 I 97 ff.; FRANK/STRÄULI/MESSMER [FN 47], Art. 215 N 92).

⁴⁹ BGE 101 II 63 ff., Urteil des Bundesgerichts 5P.242/2000.

4. Das Verhältnis des Subunternehmers zum Grundeigentümer sowie zu seinem Vertragspartner

a) Das Verhältnis des Subunternehmers zum Grundeigentümer

Der Subunternehmer steht grundsätzlich nur in einem indirekten Verhältnis zum Grundeigentümer. *Vertragliche Beziehungen* zwischen ihnen *bestehen keine*. Der Vergütungsanspruch des Subunternehmers richtet sich – von Sonderfällen abgesehen – folgerichtig nur gegen seinen Vertragspartner, also den Unternehmer als unmittelbaren Baugläubiger, nicht aber gegen den Grundeigentümer als Erst-Besteller⁵⁰. Auch ist der Subunternehmervertrag betreffend Bestand und Inhalt unabhängig vom Hauptvertrag⁵¹. Der Subunternehmer seinerseits kann je nachdem wiederum Arbeiten an Sub-Subunternehmer weitergeben, wobei auch hier die obigen Grundsätze gelten. Die heutige Arbeitsteilung im Bauwesen hat dazu geführt, dass es so bisweilen zu ganzen Vertragsketten kommt⁵².

Obwohl die Subunternehmer – wie auch die Sub-Subunternehmer – zum Grundeigentümer nur in einem indirekten Verhältnis stehen, haben sie aufgrund der Konzeption des Bauhandwerkerpfandrechts unabhängig von einander einen *Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts*⁵³. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts besteht der Pfanderrichtungsanspruch des Subunternehmers auch dann, wenn der Erst-Besteller (= Grundeigentümer) vom Beizug des Subunternehmers keine Kenntnis hatte oder der Beizug von Subunternehmern im Vertrag mit dem Unternehmer gar ausgeschlossen wurde⁵⁴. Selbst wenn der Unternehmer bereits bezahlt worden ist, hat der Subunternehmer das Recht, ein Bauhandwerkerpfandrecht im vollen Betrag der offenen Forderung – die sich aber gegen den Unternehmer richtet – eintragen zu lassen⁵⁵.

b) Das Verhältnis des Subunternehmers zu seinem Vertragspartner

Der Subunternehmer steht in einem rein obligatorischen Verhältnis zu seinem Vertragspartner. Er wird vom Hauptunternehmer in eigenem Namen und auf eigene Rechnung beigezogen. Die Leistungspflicht des Unternehmers wird dadurch jedoch nicht tangiert. Für den beigezogenen Subunternehmer haftet dieser grund-

⁵⁰ Vgl. dazu PETER GAUCH, *Der Werkvertrag*, 4. A., Zürich 1996, Rz. 173, 183.

⁵¹ Betreffend mögliche Verknüpfungs- und Vergütungsklauseln vgl. GAUCH (FN 50), Rz. 146 ff.

⁵² Vgl. dazu SCHUMACHER (FN 7), Rz. 293 f.

⁵³ Siehe oben 1.

⁵⁴ BGE 105 II 264 ff.; vgl. auch SCHUMACHER (FN 7), Rz. 289.

⁵⁵ BGE 105 II 264 ff., 104 II 348 ff., 95 II 87 ff.; ZOBL, ZSR 1982 II (FN 6), 100; GAUCH (FN 50), Rz. 184; ZGB-HOFSTETTER (FN 7), Art. 839/840 N 10.

sätzlich nach Art. 97 i.V.m. Art. 101 OR⁵⁶. Dem Subunternehmer gegenüber ist der *Unternehmer zur Leistung der Vergütung verpflichtet*. Bezahlt hingegen der Erst-Besteller den Subunternehmer direkt und erfolgt dies mit dem Einverständnis des Unternehmers, erlischt dessen Vergütungsanspruch dem Erst-Besteller gegenüber im Umfang der Zahlung⁵⁷.

Auch hier ist der Vollständigkeit halber nochmals zu erwähnen, dass der Subunternehmer für seinen Vergütungsanspruch – der sich gegen den Unternehmer richtet – einen Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts am Grundstück des Bauherrn (= Erst-Besteller) hat.

5. Die Problematik des Doppelzahlungsrisikos

a) Konstellationen

aa) Mehrere Bauhandwerkerpfandrechte für die gleiche Leistung

Vergibt ein Unternehmer Arbeiten an einen Subunternehmer und wird weder der Unternehmer (vom Erst-Besteller) noch der Subunternehmer (vom Unternehmer) bezahlt, sind sowohl der Unternehmer als auch der Subunternehmer berechtigt, ein Bauhandwerkerpfandrecht eintragen zu lassen^{58, 59}. Zu beachten ist dabei, dass die geltend gemachten Pfandrechte – zumindest teilweise – eine *identische Leistung*, nämlich diejenige des Subunternehmers betreffen, und zwar deshalb, weil die Vergütung der Leistungen des Subunternehmers in der Bezahlung des Unternehmers enthalten ist. Will der Grundeigentümer die Zwangsvollstreckung in sein Grundstück verhindern, besteht die Gefahr, dass er so faktisch zu einer Doppelzahlung gezwungen wird⁶⁰.

⁵⁶ Vgl. dazu ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Bd., 3. A., Zürich 1974, 124 f.; PETER GAUCH, Probleme von und mit Subunternehmern – Ein Beitrag zum privaten Baurecht, in: PETER FORSTMOSER/WALTER R. SCHLUEP (Hrsg.), Freiheit und Verantwortung im Recht, Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Bern 1982, 174 f.; GAUCH (FN 50), Rz. 177 m.w.N.; THEODOR BÜHLER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Teilband V 2d, Der Werkvertrag, Art. 363–379 OR, 3. A., Zürich 1998, Art. 364 N 52.

⁵⁷ Vgl. dazu und zum Fall, bei dem das Einverständnis des Unternehmers fehlt, eingehend GAUCH (FN 50), Rz. 179 f. m.w.N. Zum Übergang der Forderung des Subunternehmers auf den Erst-Besteller mittels Subrogation vgl. unten 6. b).

⁵⁸ Die Tatsache, dass der Unternehmer bereits ein Bauhandwerkerpfandrecht hat eintragen lassen, hindert den Subunternehmer in keiner Weise, auch für seine Forderung die Eintragung eines Pfandrechts zu verlangen (vgl. BGE 95 II 87 ff.).

⁵⁹ Vgl. das Beispiel bei SCHUMACHER (FN 7), Rz. 487.

⁶⁰ Vgl. aber auch unten 6. b) betreffend die Möglichkeit der Verrechnung bei Übergang der Forderung des Subunternehmers auf den Bauherrn mittels Subrogation.

bb) *Ausbleiben der Bezahlung des Subunternehmers*

Ein Doppelzahlungsrisiko besteht für den Grundeigentümer auch dann, wenn er den Unternehmer bereits bezahlt hat, dieser aber seinerseits die Forderung des Subunternehmers aus Werkvertrag nicht beglichen hat⁶¹. Der Subunternehmer hat nämlich auch in diesen Fällen einen Anspruch auf Errichtung eines Pfandrechts am Grundstück des Erst-Bestellers, obwohl dieser die Forderung des Unternehmers – welche ja die Vergütung der Leistungen des Subunternehmers mitenthält – bereits erfüllt hat. Auch hier ist der Grundeigentümer somit faktisch einer erheblichen Gefahr einer doppelten Zahlung ausgesetzt, will er eine Zwangsverwertung seines Grundstücks verhindern.

b) Ursache

Aus den oben dargestellten Konstellationen kann der Schluss gezogen werden, dass Doppelzahlungsrisiken nur dann bestehen, wenn – mit oder ohne Einverständnis des Grundeigentümers – Subunternehmer beigezogen werden und damit nicht nur unmittelbare sondern auch mittelbare Baugläubiger existieren. Ursache dafür, dass der Grundeigentümer unter gewissen Umständen gezwungen ist, bestimmte Leistungen zwei-, oder bei Vertragsketten mehrmals zu bezahlen, ist das *Konzept des geltenden Rechts*, wonach neben den unmittelbaren auch die mittelbaren Baugläubiger einen Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts am Grundstück des Erst-Bestellers haben. Nur so kann sich die Situation ergeben, dass sich der Grundeigentümer für eine erhaltene Leistung mit mehreren Pfandrechten konfrontiert sieht, oder dass er, obwohl er eine ihm erbrachte Leistung bereits vergütet hat, ein Pfandrecht dulden muss. Infolge der drohenden Zwangsverwertung des Grundstücks bleibt dem Grundeigentümer je nachdem keine andere Wahl, als doppelt zu bezahlen. In diesen Fällen kann er sich zwar gewisser Abwehrmassnahmen bedienen⁶². Diese können sich jedoch unter Umständen als nutzlos erweisen, wenn der Unternehmer zahlungsunfähig ist.

6. Schutz gegen Doppelzahlung

a) Präventive Massnahmen

Vor der Gefahr der Doppelzahlung können sich Grundeigentümer am besten durch eine *zweckmässige Vertragsgestaltung* schützen. Ein absoluter Ausschluss des

⁶¹ Vgl. das Beispiel bei SCHUMACHER (FN 7), Rz. 489.

⁶² Vgl. nachfolgend 6. b).

Doppelzahlungsrisikos kann aber auch dadurch nicht erreicht werden⁶³. Dies hängt – neben dem Fall der Insolvenz des Unternehmers – hauptsächlich damit zusammen, dass es sich bei den präventiven Massnahmen primär um Vorkehrungen vertraglicher Natur handelt. Sind die dargelegten Risiken dem Bauherrn nicht bekannt, ist er auch nicht in der Lage, seine Interessen in den Vertragsverhandlungen entsprechend wahrzunehmen.

Grundsätzlich bestehen mehrere Möglichkeiten, den erwähnten Risiken einigermassen beizukommen. Der Bauherr kann sich zum Beispiel vom Unternehmer garantieren lassen, dass sämtliche Forderungen der Subunternehmer beglichen werden⁶⁴. Er kann mit dem Unternehmer auch vereinbaren, dass die Subunternehmer direkt von ihm bezahlt werden und somit die Forderung des Unternehmers im Umfang der Direktzahlungen untergeht⁶⁵. Weiter können die Parteien den Beizug eines Treuhänders vereinbaren. Dieser hat die Aufgabe, die ihm übergebenen Gelder unter bestimmten Voraussetzungen an den Unternehmer und die Subunternehmer weiterzuleiten⁶⁶. Schliesslich ist zu erwähnen, dass – infolge Art. 841 ZGB – auch die kreditgebenden Banken ein grosses Interesse an einer bestimmungsgemässen Verwendung des Baukredits haben. Eine seriöse Überwachung der Auszahlung des Baukredits ist diesbezüglich unabdingbar und auch üblich⁶⁷.

b) Defensive Massnahmen

Bei Versagen der präventiven Massnahmen oder auch bei deren Nichtbeachtung kann es zur Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten kommen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts steht dem Bauherrn (= Grundeigentümer) diesfalls ein *Preisminderungsrecht* infolge vertraglicher Schlechterfüllung zu, wenn der Unternehmer schuldhaft ein Bauwerk abgeliefert, das mit einem Pfandrecht zu Gunsten eines Subunternehmers belastet ist⁶⁸. Sofern die Werklohnforderung des Unternehmers noch nicht vollständig beglichen ist, kann der Bauherr als Erst-

⁶³ Dazu ZOBL, ZSR 1982 II (FN 6), 101 und GAUCH (FN 50), Rz. 186.

⁶⁴ Zu weiteren Varianten sowie zu den Risiken (z.B. Insolvenz des Unternehmers) solcher Vereinbarungen vgl. ZOBL, ZSR 1982 II (FN 6), 102.

⁶⁵ Zu den praktischen Problemen dieser Lösung vgl. ZOBL, ZSR 1982 II (FN 6), 102 f. und CHRISTOPH SAJONZ, Der Schutz des Subunternehmers bei Insolvenz des Hauptunternehmers nach französischem, schweizerischem und deutschem Recht, Diss. Bayreuth 1991 = Abhandlungen zum Recht der Internationalen Wirtschaft Bd. 27, 196 f.

⁶⁶ Für Details und betreffend mögliche Probleme vgl. ZOBL, ZSR 1982 II (FN 6), 103 und SAJONZ (FN 65), 197.

⁶⁷ Vgl. dazu DANIEL BAUMANN, Der Baukredit, 2. A., Zürich 1997, 282 ff. sowie DIETER ZOBL, Der Baukreditvertrag, BR/DC 1987, 5 ff.

⁶⁸ BGE 116 II 533 ff., 104 II 348 ff.; vgl. auch GAUCH (FN 50), Rz. 184; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (FN 40), Rz. 1717 sowie RAINER SCHUMACHER/ERICH RÜEGG, Die Haftung des Grundstückverkäufers, in: ALFRED KOLLER (Hrsg.), Der Grundstückskauf, 2. A., Bern 2001, 221 f. betreffend den Grundstückskauf.

Besteller diese nun entsprechend reduzieren oder, nachdem er die Pfandgläubiger befriedigt hat, die mittels Subrogation auf ihn übergegangenen Forderungen der Subunternehmer mit der Werklohnforderung des Unternehmers verrechnen (Art. 110 Ziff. 1 OR und Art. 827 Abs. 2 ZGB)⁶⁹. Wurde der Unternehmer bereits vollständig bezahlt, muss eine entsprechende Forderung klageweise geltend gemacht werden. Auch hier ist wieder auf das Risiko der Insolvenz des Unternehmers hinzuweisen.

IV. Die Realisierung des Pfandrechtes des Subunternehmers nach geltendem Recht

1. Allgemeines

Bei der Realisierung des Bauhandwerkerpfandrechts sind zuerst die verschiedenen Ausgangslagen zu unterscheiden. Im Normalfall wird das Bauhandwerkerpfandrecht mittels *Betreibung auf Pfandverwertung* geltend gemacht. Es kann aber auch sein, dass der Bauherr (= Grundeigentümer) bereits in Konkurs gefallen ist oder dass ein anderer Gläubiger die *Betreibung auf Pfändung* oder *Pfandverwertung* eingeleitet hat. Da auch der Subunternehmer als mittelbarer Baugläubiger einen direkten Anspruch auf Pfanderrichtung hat, unterscheidet sich die Realisierung des Pfandrechts der Subunternehmer grundsätzlich nicht von derjenigen der Unternehmer (unmittelbare Baugläubiger). Die nachfolgende Darstellung bietet lediglich einen Überblick über die verschiedenen Möglichkeiten und Verfahrensarten, ohne dass sämtliche Einzelfragen behandelt werden.

2. Betreuung auf Pfandverwertung

a) Verfahren

Grundsätzlich wird das Bauhandwerkerpfandrecht durch den Baugläubiger mittels *Betreibung auf Pfandverwertung* (Art. 151 SchKG) geltend gemacht. Zu beachten ist dabei, dass dies *erst nach der definitiven Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch möglich* ist⁷⁰. Bei der Realisierung durch den Subunter-

⁶⁹ Vgl. dazu ZOBL, ZSR 1982 II (FN 6), 105 f. und SCHUMACHER (FN 7), Rz. 927 ff. Im Konkurs des Unternehmers ist Art. 213 SchKG zu beachten. Betreffend die Vereinbarung von Abtretungsverboten und Rückbehaltungsrechten vgl. RAINER SCHUMACHER, *Vertragsgestaltung*, Zürich/Basel/Genf 2004, Rz. 266, 369.

⁷⁰ BGE 125 III 248 f.; DOMENICO ACOCELLA, in: ADRIAN STAEHELIN/THOMAS BAUER/DANIEL STAEHELIN (Hrsg.), *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I*, Basel/Genf/München 1998, Art. 41 N 5 m.w.N.

nehmer ist weiter zu berücksichtigen, dass es sich um ein Drittpfandverhältnis handelt. Trotzdem kann sich der Schuldner aber auf das *beneficium excussionis realis* berufen⁷¹. Das Bauhandwerkerpfandrecht ist also der persönlichen Schuldpflicht des Unternehmers gegenüber nicht etwa von subsidiärer Natur. Der Subunternehmer kann mithin auch ohne weiteres eine Betreuung auf Pfandverwertung gegen den Pfandeigentümer – also den Bauherrn – einleiten⁷².

Der Zahlungsbefehl ist sowohl dem Grundeigentümer als auch dem Unternehmer (= Besteller im Verhältnis zum Subunternehmer), der ja persönlicher Schuldner ist, zuzustellen (Art. 151 Abs. 1 und Art. 153 Abs. 2 SchKG). Beide können unabhängig voneinander Rechtsvorschlag erheben (Art. 153 Abs. 2 SchKG)⁷³.

b) Deckungsprinzip

Gemäss Art. 106 VZG berechnet sich der Zuschlagspreis bei der Verwertung auch dann nach Art. 142a i.V.m. Art. 126 SchKG sowie Art. 53 Abs. 1 und Art. 105 VZG, wenn Bauhandwerkerpfandrechte bestehen. Bauhandwerkerpfandrechte, die einem betreibenden Grundpfandgläubiger rangmässig vorgehen, sind somit durch das Deckungsprinzip geschützt⁷⁴. Bestehen jedoch – bei einer Betreuung durch einen vertraglichen Grundpfandgläubiger – gleichzeitig gleich- oder nachrangige Bauhandwerkerpfandrechte, würde das Deckungsprinzip zu einer ungleichen Behandlung der Bauhandwerkerpfandrechte respektive der Baugläubiger führen. Da eine solche jedoch durch Art. 840 ZGB verhindert werden soll, sieht Art. 106 VZG vor, dass – sofern die Bauhandwerkerpfandrechte nicht vollständig gedeckt werden – für diese in den Steigerungsbedingungen *Barzahlung* zu verlangen ist⁷⁵.

⁷¹ REINMAR FÜLLEMANN, Durchsetzung und Vollstreckung des Bauhandwerkerpfandrechts unter besonderer Berücksichtigung der Dritteigentümergehörnisse, Diss. Zürich 1983, 41; DIETER ZOBL, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Band IV: Das Sachenrecht, 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, 5. Teilband: Das Fahrnispfand, 1. Unterteilband: Systematischer Teil und Art. 884–887 ZGB, 2. A., Bern 1982, Syst. Teil N 596; SchKG-ACOCELLA (FN 70), Art. 41 N 21 m.w.N. Das *beneficium excussionis realis* wird mit SchKG-Beschwerde (Art. 17 SchKG) gegen den Zahlungsbefehl und nicht etwa mittels Rechtsvorschlag geltend gemacht (Art. 41 Abs. 1^{bis} SchKG).

⁷² Vgl. auch FÜLLEMANN (FN 71), 42.

⁷³ Vgl. KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. A., Bern 2003, § 33 Rz. 5 ff. Haben sowohl der Dritteigentümer als auch der Schuldner Recht vorgeschlagen, muss gegen beide die Anerkennungsklage erhoben oder das Rechtsöffnungsbegehren gestellt werden (MARC BERNHEIM/PHILIPP KÄNZIG, in: ADRIAN STAEHELIN/THOMAS BAUER/DANIEL STAEHELIN [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG II, Basel/Genf/München 1998, Art. 153 N 57).

⁷⁴ Vgl. dazu auch HEIDI PFISTER-INEICHEN, Das Vorrecht nach Art. 841 ZGB und die Haftung der Bank als Vorgangsgläubigerin, Diss. Freiburg 1991 = AISUF Bd. 102, 91 ff.

⁷⁵ PHILIPP KÄNZIG/MARC BERNHEIM, in: ADRIAN STAEHELIN/THOMAS BAUER/DANIEL STAEHELIN (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG II, Basel/Genf/München 1998, Art. 156 N 17 f.

3. Betreuung auf Pfändung

a) Durch den Baugläubiger

Der Subunternehmer kann auch auf die Verwertung des Pfandes verzichten und gegen den Unternehmer die Betreuung auf Pfändung einleiten. Wählt er dieses Vorgehen, das hier jedoch aus naheliegenden Gründen praktisch keinen Sinn macht, muss er den Verzicht auf das Pfandrecht dem *Schuldner im Zahlungsbefehl mitteilen*⁷⁶. Ist jedoch das Pfandrecht noch nicht definitiv im Grundbuch eingetragen, ist eine Betreuung auf Pfändung in jedem Falle zulässig⁷⁷.

b) Durch Pfändungsgläubiger

Leitet ein Gläubiger die Betreuung auf Pfändung ein, kann es sein, dass das mit einem Bauhandwerkerpfandrecht belastete Grundstück gepfändet wird. Aufgrund des *Deckungsprinzips* darf jedoch das Grundstück nur dann zugeschlagen werden, wenn das Angebot den Betrag der pfandgesicherten Forderungen übersteigt. Erfolgt kein entsprechendes Angebot, fällt die Betreuung hinsichtlich des betreffenden Grundstücks dahin⁷⁸.

Die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ist auch noch nach der Pfändung des Grundstückes möglich. Wird ein Bauhandwerkerpfandrecht jedoch erst nach erfolgter und im Grundbuch vorgemerkter Pfändung im Grundbuch eingetragen, geht es dem Pfändungspfandrecht nach⁷⁹. Zu beachten ist aber, dass Art. 840 ZGB zur Anwendung kommt, wenn vorrangige Bauhandwerkerpfandrechte existieren und für Bauhandwerker mit nachrangigen Pfandrechten ein Verlust resultieren würde. Der nachgehende Baugläubiger profitiert in diesem Fall vom vorgehenden Rang der anderen Bauhandwerkerpfandrechte^{80, 81}.

⁷⁶ BGE 93 III 11 ff.; vgl. auch AMONN/WALTHER (FN 73), § 32 Rz. 15.

⁷⁷ BGE 125 III 248 ff.

⁷⁸ Vgl. dazu auch PFISTER-INEICHEN (FN 74), 87 f. sowie AMONN/WALTHER (FN 73), § 27 Rz. 30.

⁷⁹ ROLF RASCHEIN, Das Bauhandwerkerpfandrecht in der Zwangsverwertung von Grundstücken, BlSchK 1972, 40.

⁸⁰ PFISTER-INEICHEN (FN 74), 88.

⁸¹ Betreffend die Aufnahme des Bauhandwerkerpfandrechts in das Lastenverzeichnis vgl. JENT-SØRENSEN (FN 38), Rz. 260 ff. und ZOBL, ZSR 1982 II (FN 6), 167.

4. Konkurs des Bauherrn/Grundeigentümers

a) Allgemeines

Fällt der Grundeigentümer in Konkurs, sind einige weitere Besonderheiten zu berücksichtigen. Die Baugläubiger müssen primär dafür sorgen, dass ihre Pfandrechte in das Lastenverzeichnis aufgenommen werden⁸². Aufgrund der realobligatorischen Natur des Anspruchs auf Pfanderrichtung können Bauhandwerkerpfandrechte auch noch nach der Eröffnung des Konkurses geltend gemacht werden⁸³. Die Stellung der Bauhandwerker ist verschieden, und zwar je nachdem, in welchem Stadium sich das Eintragungsverfahren bei Konkurseröffnung befindet. Dabei sind folgende Fallkonstellationen denkbar: Das Bauhandwerkerpfandrecht kann bei Konkurseröffnung definitiv, erst vorläufig oder aber noch gar nicht eingetragen sein.

b) Definitive Eintragung

Ist das Bauhandwerkerpfandrecht bei Konkurseröffnung bereits definitiv im Grundbuch eingetragen, wird es von Amtes wegen in das Lastenverzeichnis aufgenommen (Art. 226 und Art. 246 SchKG). Wurde das Pfandrecht gestützt auf die Mitwirkung des Grundeigentümers eingetragen, entscheidet die Konkursverwaltung im *Lastenverzeichnis* über die Forderung und das Pfandrecht. Erfolgte die Eintragung jedoch aufgrund eines gerichtlichen Urteils, ist die Überprüfung des Pfandrechts durch die Konkursverwaltung nicht mehr möglich⁸⁴. Resultiert bei der Verteilung ein Verlust für einen oder mehrere Bauhandwerker, kommt Art. 117 VZG zur Anwendung⁸⁵.

c) Vorläufige Eintragung

Das bei Konkurseröffnung vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht muss ebenfalls in das Lastenverzeichnis aufgenommen werden. Darüber – und somit

⁸² Vgl. auch ZOBL, ZSR 1982 II (FN 6), 167.

⁸³ Vgl. dazu oben III. 2. sowie REBEKKA SCHRANER/CLAUDE MONNIER, Das Bauhandwerkerpfandrecht im Konkurs des Grundeigentümers, ST 1995, 508 und JÜRIG SCHMID, Bauhandwerkerpfandrecht: Praktische Hinweise zur Problemvermeidung, in: ALFRED KOLLER (Hrsg.), Neue und alte Fragen zum privaten Baurecht, St. Galler Baurechtstagung 2004, Tagungsbeiträge, St. Gallen 2004, 250 f. Vgl. auch DAMIEN VALLAT, L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs et l'exécution forcée, Diss. Lausanne 1998, 118 ff.

⁸⁴ Vgl. dazu JÜRIG SCHMID, Das Bauhandwerkerpfandrecht im Konkurs, in: PAUL ANGST/FLAVIO COMETTA/DOMINIK GASSER (Hrsg.), Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Basel/Genf/München 2000 (zugleich TREX 2001, 148 ff.), 87.

⁸⁵ Vgl. dazu PFISTER-INEICHEN (FN 74), 94 f.

über die Kollokation (Art. 125 Abs. 2 VZG) – entscheidet grundsätzlich die Konkursverwaltung⁸⁶.

d) Weder vorläufige noch definitive Eintragung

Ansprüche auf Pfanderrichtung, die erst nachträglich – also nach Konkurseröffnung – angemeldet werden, *müssen im Lastenbereinungsverfahren abgeklärt werden*⁸⁷. Die Bauhandwerker müssen dabei ihren Anspruch auf Eintragung des Pfandrechts nicht durch vorläufige Eintragung im Grundbuch sichern⁸⁸.

V. Die Rechtsstellung des Subunternehmers nach dem Vorentwurf im Detail

1. Allgemeines

Nach dem Revisionsvorentwurf unterscheidet sich die Rechtsstellung der Subunternehmer grundlegend von derjenigen der direkten Baugläubiger. Die direkten Baugläubiger haben weiterhin ein mittelbares gesetzliches Grundpfandrecht am Grundstück, dem die Bauarbeiten zugute gekommen sind. Den Subunternehmern – als indirekten Baugläubigern – hingegen steht dieser Anspruch wie bereits erwähnt nicht mehr zu⁸⁹. Deren Sicherungsbedürfnis soll nach dem Vorentwurf – in Anlehnung an das New Yorker-System⁹⁰ – durch ein gesetzliches Pfandrecht an der Forderung des Handwerkers oder Unternehmers, der Subunternehmer beigezogen hat, gegen dessen Vertragspartner befriedigt werden⁹¹. *Die Grundidee dieses Konzepts basiert damit auf den Vorschlägen, die der erstgenannte Autor bereits 1982 ausgearbeitet hat*⁹². Bei einer genaueren Betrachtung von Art. 841a VE-ZGB stellt man jedoch fest, dass bei der Umsetzung verschiedenen dogmatischen und praktischen Fragen zu wenig Beachtung geschenkt worden ist. Im nachfolgenden Überblick über die Rechtslage gemäss Vorentwurf wird deshalb zu einigen ausgewählten Punkten kritisch Stellung bezogen.

⁸⁶ Für Einzelheiten vgl. SCHMID (FN 84), 84 ff. und PFISTER-INEICHEN (FN 74), 95.

⁸⁷ BGE 119 III 124 ff.; RASCHEIN, BLSchK 1972 (FN 79), 41.

⁸⁸ Für Einzelheiten vgl. SCHMID (FN 84), 82 ff. und PFISTER-INEICHEN (FN 74), 95 f.

⁸⁹ Siehe dazu oben II. 2. sowie Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 VE-ZGB.

⁹⁰ Vgl. dazu oben III. 1.

⁹¹ Art. 841a Abs. 1 VE-ZGB.

⁹² Vgl. ZOBL, ZSR 1982 II (FN 6), 107 ff., insbes. 109 f. und 114 f.

2. Die Rechtsnatur des Pfandrechts der Subunternehmer

Beim Pfandrecht der mittelbaren Baugläubiger gemäss Art. 841a VE-ZGB handelt es sich um ein *gesetzliches Forderungspfandrecht*. Analog den Grundpfandrechten unterscheidet es sich von den vertraglichen Forderungspfandrechten⁹³ dadurch, dass es auf einer Gesetzesvorschrift beruht⁹⁴. Obwohl nicht eine Sache, sondern eine Forderung Pfandobjekt bildet, handelt es sich beim Forderungspfandrecht um ein *beschränktes dingliches Recht*⁹⁵. Gemäss Art. 899 Abs. 2 ZGB gelangen auf das Forderungspfandrecht grundsätzlich auch die Bestimmungen über das Faustpfandrecht⁹⁶ entsprechend zur Anwendung⁹⁷. Da es sich beim Forderungspfandrecht der mittelbaren Baugläubiger jedoch um ein gesetzliches Pfandrecht handelt, ist im Einzelfall abzuklären, inwieweit die Vorschriften bezüglich der vertraglichen Pfandrechte anwendbar sind⁹⁸.

3. Die Entstehung des Pfandrechts

a) Das Konzept des Vorentwurfs

Nach Art. 841a Abs. 1 und 2 VE-ZGB ist vorgesehen, dass der Subunternehmer – sofern die materiellen Voraussetzungen erfüllt sind⁹⁹ – einen «Pfandrechtsan-

⁹³ Vgl. dazu Art. 899 ff. ZGB.

⁹⁴ Das schweizerische Recht kennt verschiedene gesetzliche Forderungspfandrechte (vgl. dazu die Übersicht bei BK-ZOBL [FN 71], Syst. Teil N 490, insbes. lit. n, o, p, q, r, v).

⁹⁵ DIETER ZOBL, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Band IV: Das Sachenrecht, 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, 5. Teilband: Das Fahrnispfand, 2. Unterteilband: Art. 888–906 ZGB, 2. A., Bern 1996, Art. 899 N 4; KARL OFTINGER/ROLF BÄR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), IV. Band: Das Sachenrecht, Zweite Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, Das Fahrnispfand, Art. 884–918, 3. A., Zürich 1981, Art. 899 N 5 f.; THOMAS BAUER, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/THOMAS GEISER (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, ZGB II, 2. A., Basel 2003, Art. 899 N 6 und eingehend BK-ZOBL (FN 71), Syst. Teil N 150 ff. Diese Qualifizierung des Pfandrechts an Forderungen ist jedoch nicht unumstritten. Ein Teil der Lehre ist etwa der Auffassung, das Pfandrecht an Forderungen sei nur ein dem dinglichen Recht ähnliches absolutes Recht (vgl. dazu ARTHUR MEIER-HAYOZ, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht [Berner Kommentar], Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Art. 641–654 ZGB, 5. A., Bern 1981, Syst. Teil N 229).

⁹⁶ Art. 884 ff. ZGB.

⁹⁷ Vgl. dazu die Übersichten bei BK-ZOBL (FN 95), Art. 899 N 181 ff. und ZK-OFTINGER/BÄR (FN 95), Art. 899 N 107 ff.

⁹⁸ BK-ZOBL (FN 71), Syst. Teil N 460 und BK-ZOBL (FN 95), Art. 900 N 12 betreffend die Errichtung des Pfandrechts.

⁹⁹ Diese sind – abgesehen von den jeweiligen Besonderheiten – mit denjenigen von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB bzw. VE-ZGB grundsätzlich identisch, wenn auch die Präzisierung «Ab-

spruch an der Forderung» seines Vormannes gegen dessen Vertragspartner hat, den er bis drei Monate nach Vollendung der Arbeit geltend machen kann. Das Forderungspfandrecht soll gemäss Art. 841a Abs. 2 VE-ZGB aber erst mit «der Notifikation gegenüber dem Schuldner der zu verpfändenden Forderung» entstehen^{100, 101}. Diese hätte somit konstitutive Wirkung¹⁰².

b) Kritik

aa) *Zur Terminologie des Vorentwurfs und zur Entstehung des Forderungspfandrechts*

Beim Anspruch der Baugläubiger auf Pfanderrichtung nach geltendem Recht – wie auch bei demjenigen der unmittelbaren Baugläubiger nach dem Vorentwurf – handelt es sich um einen (realobligatorischen) Anspruch im technischen Sinn¹⁰³. Beim Recht des Subunternehmers auf Pfanderrichtung gemäss Revisionsvorentwurf kann u.E. jedoch nicht von einem Anspruch gesprochen werden. *Ein Anspruch ist ein Recht, von jemandem eine Leistung (Tun oder Unterlassen) zu verlangen*¹⁰⁴. Fraglich ist nun einerseits, was der Subunternehmer verlangen kann und andererseits, von wem er etwas verlangen kann. Weder die eine noch die andere Frage lässt sich schlüssig beantworten. Da der Subunternehmer die Notifikation an den Drittschuldner selber vornehmen kann¹⁰⁵, lässt sich schwerlich argumentieren, er könne vom Unternehmer verlangen, dass dieser notifiziere. Damit ist aber auch schon klar, dass es eigentlich nichts gibt, was der Subunternehmer vom Unternehmer verlangen könnte. Im konkreten Fall ist es ja so, dass der Subunternehmer gemäss Art. 841a Abs. 2 VE-ZGB die Entstehung des Pfandrechts ganz alleine – mittels Notifikation an den Schuldner der das Pfandobjekt darstellenden Forderung – bewirken kann. Der Subunternehmer ist also hinsichtlich der Entstehung des Pfandrechts weder auf eine Mitwirkung des Unternehmers noch des Drittschuldners angewiesen. Daraus folgt, dass es sich bei diesem Recht des Subun-

bruch» in Art. 841a Abs. 1 VE-ZGB nicht enthalten ist. Zu den Voraussetzungen im Allgemeinen vgl. ZöBL, ZSR 1982 II (FN 6), 79 ff.

¹⁰⁰ Damit handelt es sich dem Grundsatz nach um ein mittelbares, gesetzliches Forderungspfandrecht.

¹⁰¹ Vgl. Bericht zum Vorentwurf (FN 5), 45.

¹⁰² Vgl. dazu auch unten 4.

¹⁰³ Vgl. dazu oben III. 2.

¹⁰⁴ ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Bd., 3. A., Zürich 1979, 15. Vgl. etwa auch § 194 Abs. 1 BGB und eingehend ANDREAS VON TUHR, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 1. Bd., Allgemeine Lehren und Personenrecht, Leipzig 1910, 240 ff.

¹⁰⁵ Vgl. auch Bericht zum Vorentwurf (FN 5), 45.

ternehmers nicht um einen Anspruch handeln kann¹⁰⁶. Als Gestaltungsrecht kann man den «Pfanderrichtungsanspruch» ebenso wenig qualifizieren¹⁰⁷. Unter einem Gestaltungsrecht versteht man die auf einer besonderen Rechtslage beruhende Befugnis, durch den alleinigen Willen eine Rechtsänderung herbeizuführen¹⁰⁸. Gestaltungsrechte werden demnach grundsätzlich mittels einer an den *Gestaltungsgegner*¹⁰⁹ gerichteten empfangsbedürftigen Willenserklärung ausgeübt¹¹⁰. Gemäss Art. 841a Abs. 2 VE-ZGB entsteht das Forderungspfandrecht aber nicht durch eine Willenserklärung gegenüber dem Unternehmer (= Vertragspartner des Subunternehmers und Gestaltungsgegner), sondern mit der Notifikation gegenüber dem Schuldner der das Pfandobjekt darstellenden Forderung¹¹¹. Eine gewisse Ähnlichkeit mit einem Gestaltungsrecht weist der «Pfanderrichtungsanspruch» jedoch unzweifelhaft auf. Dessen Rechtsnatur könnte deshalb am ehesten als *gestaltungsrechtsähnlich* bezeichnet werden.

Unabhängig von der dogmatischen Qualifikation lässt sich das Recht des Subunternehmers, ein Forderungspfandrecht an der Forderung seines Vertragspartners gegen dessen Vormann zur Entstehung zu bringen – nach der konkreten Ausgestaltung des Vorentwurfs – weder in begrifflicher noch in konzeptioneller Hinsicht in die gängige privatrechtliche Systematik einordnen. Zudem hat die Konstruktion der Rechtsentstehung nach dem Vorentwurf auch die unzweifelhaft störende Konsequenz, dass der Unternehmer als Pfandschuldner von der Begründung des Pfandrechts nicht einmal informiert werden muss.

¹⁰⁶ Zudem ist die Formulierung «Pfandrechtsanspruch an der Forderung» in sich selbst auch nicht stimmig. Dies deshalb, weil sich, wenn man von einem Anspruch im eigentlichen privatrechtlichen Sinn ausgeht, ein solcher per se gegen eine Person richten muss (vgl. etwa VON TUHR, AT BGB [FN 104], 243). An einer Forderung hingegen kann man keinen Pfandrechtsanspruch haben, sondern nur ein eigentliches Pfandrecht, bezüglich dessen die Forderung das Pfandobjekt darstellt.

¹⁰⁷ Zur Abgrenzung des Gestaltungsrechts vom Anspruch vgl. VON TUHR/PETER (FN 104), 16, 23, 25; THEO GUHL/ALFRED KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A. Zürich 2000, § 2 Rz. 35; ROLF STEINER, Das Gestaltungsrecht, Diss. Zürich 1984 = ZStP Bd. 37, 11, 46 ff.

¹⁰⁸ VON TUHR/PETER (FN 104), 23; ERNST A. KRAMER, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18 OR, Bern 1986, Allg. Einleitung N 39; GUHL/KOLLER (FN 107), § 2 Rz. 34 ff.; STEINER (FN 107), 44 ff.

¹⁰⁹ Gestaltungsgegner ist diejenige Person, in deren Rechtskreis eingegriffen wird.

¹¹⁰ VON TUHR/PETER (FN 104), 25, 167; BK-KRAMER (FN 108), Allg. Einleitung N 42; STEINER (FN 107), 50 f. Zu den Gestaltungsklagerechten vgl. VON TUHR/PETER, a.a.O., 26.

¹¹¹ Der Vollständigkeit halber ist noch zu erwähnen, dass eine Konstruktion, wonach vor der konstitutiven Notifikation gemäss Art. 841a VE-ZGB eine Gestaltungserklärung (um einen Anspruch kann es sich wiederum nicht handeln, weil vom Gegner weder ein Tun noch ein Unterlassen verlangt wird) gegenüber dem Unternehmer zu erfolgen hat, einerseits wohl an der Bedingungsfeindlichkeit der Gestaltungsrechte (vgl. dazu etwa VON TUHR/PETER [FN 104], 146) und andererseits auch am Text des Vorentwurfs scheitern würde.

bb) *Zum Konzept*

Abgesehen von der problematischen Terminologie und der unglücklichen Regelung der Entstehung des Pfandrechts ist es auch fraglich, ob das in Art. 841a VE-ZGB gewählte Konzept effektiv sinnvoll ist, oder ob man das Pfandrecht der Subunternehmer nicht besser als unmittelbares, gesetzliches Forderungspfandrecht ausgestalten sollte. Dies darum, weil beim Konzept des mittelbaren Pfandrechts die *Forderung vor der Entstehung des Pfandrechts vom Unternehmer abgetreten oder verpfändet werden kann*, womit der Schutz des Subunternehmers unterlaufen werden könnte. Bei einem unmittelbaren Pfandrecht hingegen, kann der Unternehmer zwar grundsätzlich mittels Zession über das verpfändete Recht verfügen. Der Zessionar kann aber die Forderung nur belastet mit dem Pfandrecht, das seinem eigenen Gläubigerrecht vorgeht, erwerben¹¹². Eine Verpfändung der bereits belasteten Forderung kann nur noch mittels Nachverpfändung (Art. 903 ZGB) erfolgen¹¹³. Zudem ist beim unmittelbaren Pfandrecht – im Gegensatz zum Konzept des Vorentwurfs – auch sichergestellt, dass die Forderung des Unternehmers nicht vor Entstehung des Pfandrechts durch Erfüllung untergehen kann. Das Problem eines allfälligen Erlöschens der das Pfandobjekt bildenden Forderung infolge Unmöglichkeit (Art. 119 OR) wie auch der Ungültigkeit des Vertrages zwischen dem Erst-Besteller und dem Unternehmer stellt sich hingegen sowohl beim mittelbaren als auch beim unmittelbaren gesetzlichen Forderungspfandrecht. Dies hat für den Subunternehmer – im Gegensatz zum geltenden Recht – die unangenehme Konsequenz, dass sein Pfandrecht untergeht respektive nicht zur Entstehung gelangt¹¹⁴. Eine entsprechende Regelung dieser Fälle lässt der Vorentwurf ebenfalls vermissen.

4. Die Anzeige an den Drittschuldner (Notifikation)

Bei der Notifikation gemäss Art. 841a Abs. 2 VE-ZGB handelt es sich um eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Eine Zustimmung des Drittschuldners ist nicht erforderlich. Von der Anzeige gemäss Art. 900 Abs. 2 ZGB unterscheidet sie sich dadurch, dass sie eine *Doppelfunktion* hat. Einerseits bewirkt sie – wie die Anzeige gemäss Art. 900 Abs. 2 ZGB – *dass der Drittschuldner nicht mehr ohne weiteres mit befreiender Wirkung an den Gläubiger leisten kann*¹¹⁵. Andererseits hat

¹¹² VON TUHR/ESCHER (FN 56), 331; ZK-OFTINGER/BÄR (FN 95), Art. 900 N 58; BK-ZOBL (FN 95), Art. 900 N 42.

¹¹³ BK-ZOBL (FN 95), Art. 900 N 42 und ZK-OFTINGER/BÄR (FN 95), Art. 900 N 58.

¹¹⁴ Vgl. dazu auch BK-ZOBL (FN 95), Vorbem. zu Art. 888–890 ZGB N 22 f.

¹¹⁵ Vgl. dazu Art. 906 Abs. 2 ZGB und BK-ZOBL (FN 95), Art. 906 N 34 ff. Siehe auch unten V. 8. b).

sie aber wie erwähnt für die Entstehung des Pfandrechts *konstitutive Wirkung*. Die Einhaltung einer bestimmten Form ist nicht vorgeschrieben. Infolge des Grundsatzes der Alterspriorität¹¹⁶ wird jedoch Schriftlichkeit und eine Zustellform mit Empfangsbestätigung zu empfehlen sein. Inhalt der Anzeige muss ein Hinweis darauf sein, dass mit dieser das Forderungspfandrecht entsteht. Dieser Hinweis kann ausdrücklich oder auch konkludent erfolgen, indem aus den konkreten Umständen auf das Pfandrecht geschlossen werden muss¹¹⁷. Da die Notifikation nach Art. 841a Abs. 2 VE-ZGB konstitutive Wirkung hat, ist sie – im Gegensatz zur Anzeige gemäss Art. 900 Abs. 2 ZGB – nach Konkurseröffnung nicht mehr möglich. Im Verhältnis zum Pfändungsbeschluss geht diesem das Pfandrecht nur dann vor, wenn die Notifikation vor der Pfändung erfolgt ist¹¹⁸. Darin besteht ein weiterer Nachteil der Ausgestaltung des Forderungspfandrechts der Subunternehmer als mittelbares gesetzliches Pfandrecht.

5. Der Rang des Pfandrechts

Für den Rang des Pfandrechts des Subunternehmers an der Forderung des Unternehmers gegen dessen Vertragspartner ist – in Folge deren konstitutiven Natur – ebenfalls die *Notifikation an den Drittschuldner massgebend*¹¹⁹. Ist die Forderung bereits dinglich belastet, gilt im Verhältnis zwischen dem älteren und dem jüngeren Recht das Prinzip der Alterspriorität¹²⁰. Die Verteilung des Pfänderlöses bestimmt sich nach Art. 893 ZGB¹²¹.

Die Pfandrechte der Subunternehmer stehen untereinander jedoch im gleichen Rang (Art. 841a Abs. 1 VE-ZGB). Dies hat zur Folge, dass die *Subunternehmer bei der Pfandverwertung hinsichtlich der Verteilung des Pfänderlöses untereinander gleichgestellt sind*¹²².

6. Pfandobjekt und Umfang des Forderungspfandrechts

Wie bereits erwähnt ist das Pfandobjekt des gesetzlichen Forderungspfandrechts der Subunternehmer die Forderung des Unternehmers gegen dessen Vertragspart-

¹¹⁶ Vgl. dazu BK-ZOBL (FN 95), Art. 899 N 27.

¹¹⁷ Vgl. (zur Anzeige gemäss Art. 900 Abs. 2 ZGB) BK-ZOBL (FN 95), Art. 900 N 48 und ZK-OFTINGER/BÄR (FN 95), Art. 900 N 63.

¹¹⁸ Vgl. auch BK-ZOBL (FN 95), Art. 900 N 49 zu Art. 900 Abs. 2 ZGB.

¹¹⁹ Vgl. BK-ZOBL (FN 95), Art. 893 N 17 und ZK-OFTINGER/BÄR (FN 95), Art. 893 N 11 ff.

¹²⁰ ZK-OFTINGER/BÄR (FN 95), Art. 893 N 32; BK-LEEMANN (FN 6), Art. 893 N 1 und zum Ganzen BK-ZOBL (FN 71), Syst. Teil N 301 ff.

¹²¹ BK-ZOBL (FN 95), Art. 893 N 1 und 5, Art. 899 N 194.

¹²² BK-ZOBL (FN 71), Art. 886 N 15.

ner, also zumeist eine Werklohnforderung. *Zu unterscheiden ist die Rechtsstellung der Subunternehmer je nachdem, ob sie einen weiteren Subunternehmer oder den Unternehmer (= Vertragspartner des Erstbestellers) zum Schuldner haben*; dies deshalb, weil der Unternehmer als unmittelbarer Baugläubiger bekanntlich einen Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkergrundpfandrechts am Grundstück, dem die Bauarbeiten zugute gekommen sind, hat (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 VE-ZGB). Das Grundpfandrecht, welches zur Sicherung der Forderung des Unternehmers gegen den Erstbesteller errichtet wird, ist im Verhältnis zu dieser ein Nebenrecht, das vom Forderungspfandrecht indirekt ebenfalls erfasst wird¹²³. Die Position des Subunternehmers ist demnach viel besser als diejenige des Sub-Subunternehmers, der Gläubiger eines weiteren Subunternehmers ist. Das Forderungspfandrecht des letzteren beschlägt nämlich lediglich eine ungesicherte Forderung, deren Wert von der Solvenz des Drittschuldners abhängt.

Um zu verhindern, dass der Unternehmer die Position des Subunternehmers dadurch schädigt, dass er die Eintragung des Grundpfandrechts unterlässt, wird dem Subunternehmer in Art. 841a Abs. 3 VE-ZGB das Recht eingeräumt, die vorläufige Eintragung des Grundpfandrechts zu bewirken. Mit einer solchen Berechtigung des Subunternehmers werden u.E. jedoch mehr Probleme verursacht als gelöst. Fraglich ist etwa, wie – in eigenem Namen oder als Prozessstandschafter¹²⁴ – der Subunternehmer die vorläufige Eintragung begehren soll. Zudem hat der Subunternehmer auch gar keine Kenntnis von der Höhe der Forderung, die dem Unternehmer gegenüber dem Erstbesteller zusteht¹²⁵. Unklar ist auch, wie das Verfahren nach einer vorläufigen Eintragung weitergehen soll. Mit dieser alleine ist ja dem Subunternehmer noch nicht geholfen.

7. Verzicht und gerichtliche Durchsetzung

a) Verzicht auf das Pfandrecht

Aufgrund des Wortlauts von Art. 837 Abs. 3 VE-ZGB bezieht sich der Ausschluss des Vorausverzichts nur auf das Grundpfandrecht der unmittelbaren Baugläubiger, nicht aber auf das Forderungspfandrecht der mittelbaren Baugläubiger. Da der Verzicht auch in Art. 841a VE-ZGB nicht geregelt ist, folgt daraus, dass *nach dem Revisionsvorentwurf die mittelbaren Baugläubiger ohne Einschränkung auf ihren*

¹²³ BK-ZOBL (FN 95), Art. 901 N 117, Art. 904 N 32; ZK-OFTINGER/BÄR (FN 95), Art. 900 N 101, 107, Art. 904 N 23 f. Vgl. auch VON TUHR/PETER (FN 104), 21.

¹²⁴ Vgl. dazu OSCAR VOGEL/KARL SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. A., Bern 2001, § 25 Rz. 37 ff.

¹²⁵ Vgl. dazu auch die Kritik des Regierungsrats des Kantons Zürich (Stellungnahme des Regierungsrats des Kantons Zürich [FN 1], 14).

«Pfandrechtsanspruch» bzw. auf ihr Pfandrecht verzichten können. Dies ist einigermaßen erstaunlich, zumal sich das Schutzbedürfnis der mittelbaren Baugläubiger diesbezüglich nicht von demjenigen der unmittelbaren Baugläubiger unterscheidet¹²⁶.

b) Gerichtliche Durchsetzung

Bei Streitigkeiten über Bestand und Umfang des Pfandrechts ist dieses nach dem Konzept des Revisionsvorentwurfs grundsätzlich mittels Klage feststellen zu lassen (*Feststellungsklage*). Um eine Leistungsklage handelt es sich deshalb nicht, weil das Recht des Subunternehmers – im Gegensatz zur Terminologie des Vorentwurfs – kein Anspruch im eigentlichen Sinn ist¹²⁷. Leitet der Subunternehmer die Betreuung auf Pfandverwertung ein, werden diese Fragen – nachdem der Unternehmer Recht vorgeschlagen hat – je nach Wahl des Subunternehmers im Rechtsöffnungsverfahren oder im ordentlichen Verfahren entschieden¹²⁸. Unterliegt der Subunternehmer im Rechtsöffnungsverfahren, muss er zur Wahrung seiner Rechte anschliessend ebenfalls den Weg des ordentlichen Prozesses beschreiten¹²⁹. Die prozessualen Probleme hinsichtlich der Fristenwahrung (Grundbucheintragung)¹³⁰ gibt es aus naheliegenden Gründen beim Forderungspfandrecht nicht. Betreffend die örtliche Zuständigkeit ist anzumerken, dass sich Art. 19 Abs. 1 lit. b^{bis} VE-GestG nur auf das Pfandrecht der unmittelbaren Baugläubiger bezieht.

8. Das Verhältnis des Subunternehmers zum Grundeigentümer sowie zu seinem Vertragspartner

a) Das Verhältnis des Subunternehmers zum Grundeigentümer

Für die obligatorischen Beziehungen des Subunternehmers zum Grundeigentümer kann auf die Ausführungen zum geltenden Recht verwiesen werden¹³¹. Nach dem Konzept des Revisionsvorentwurfs hat der Subunternehmer hingegen – wie bereits mehrfach erwähnt – keinen Anspruch mehr auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts am Grundstück, dem die Bauarbeiten zugute gekommen sind. Damit erübrigen sich hier auch Ausführungen zum Doppelzahlungsrisiko, da dieses dadurch eliminiert wird¹³².

¹²⁶ Dazu schon ZOBL, ZSR 1982 II (FN 6), 114.

¹²⁷ Vgl. dazu VOGEL/SPÜHLER (FN 124), § 34 Rz. 15.

¹²⁸ Vgl. dazu SchKG-BERNHEIM/KÄNZIG (FN 73), Art. 153a N 7 f. und auch AMONN/WALTHER (FN 73), § 33 Rz. 9 ff.

¹²⁹ Vgl. dazu SchKG-BERNHEIM/KÄNZIG (FN 73), Art. 153a N 8.

¹³⁰ Vgl. dazu ZOBL, ZSR 1982 II (FN 6), 156 ff. und SCHUMACHER (FN 7), Rz. 721 ff.

¹³¹ Siehe oben III. 4. a).

¹³² Zur Ursache des Doppelzahlungsrisikos nach geltendem Recht vgl. oben III. 5.

b) Das Verhältnis des Subunternehmers zu seinem Vertragspartner

aa) Allgemeines

Auch hier kann betreffend die obligatorischen Beziehungen auf die Ausführungen zum geltenden Recht verwiesen werden¹³³. Der Vollständigkeit halber sei hier nochmals erwähnt, dass der Subunternehmer gemäss Art. 841a VE-ZGB durch ein Pfandrecht an der Forderung seines Vertragspartners gegen dessen Vormann geschützt ist¹³⁴.

bb) Abgrenzung der Befugnisse

Nach dem Konzept des Vorentwurfs ergeben sich im Verhältnis des Subunternehmers zu seinem Vertragspartner (= Unternehmer) neue rechtliche Beziehungen, die damit zusammenhängen, dass dem ersteren nun je nachdem ein beschränktes dingliches Recht an einer Forderung des letzteren zusteht. Die wichtigste sich daraus ergebende Frage ist – neben einer allfälligen Realisierung des Pfandrechts – die Problematik der Abgrenzung der Befugnisse zwischen dem Subunternehmer als Pfandgläubiger und dem Unternehmer als Pfandschuldner. Auszugehen ist davon, dass dem Pfandgläubiger als Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts keine Gläubigerbefugnisse zustehen¹³⁵. Nun stellt sich jedoch die Frage, wem der Drittschuldner die fällig gewordene Leistung erbringen soll. Da das Forderungspfandrecht der mittelbaren Baugläubiger durch die Notifikation gegenüber dem Drittschuldner entsteht, der Schuldner also per se Kenntnis vom Pfandrecht hat, kann dieser *Zahlungen mit befreiender Wirkung an den Pfandgläubiger bzw. Pfandschuldner nur mit Einwilligung des jeweiligen andern* leisten¹³⁶. Damit wird sichergestellt, dass das Pfandrecht nicht unterlaufen werden kann¹³⁷. Die Geltendmachung der Forderung (Mahnung, Klageanhebung etc.) obliegt weiterhin dem Gläubiger, also dem Pfandschuldner¹³⁸. Wenn jedoch die Umstände ein entsprechendes Vorgehen erfordern, kann der Pfandgläubiger dies vom Pfandschuldner

¹³³ Siehe oben III. 4. b).

¹³⁴ Siehe dazu oben 1. und 3.

¹³⁵ ZK-OFTINGER/BÄR (FN 95), Art. 906 N 7; BK-ZOBL (FN 95), Art. 906 N 2.

¹³⁶ Vgl. Art. 906 Abs. 2 ZGB sowie BK-ZOBL (FN 95), Art. 906 N 34 ff. und ZGB-BAUER (FN 95), Art. 906 N 7.

¹³⁷ BK-LEEMANN (FN 6), Art. 906 N 1. Könnte der Drittschuldner befreiend an den Pfandschuldner leisten, würde damit das Pfandrecht erlöschen.

¹³⁸ BK-ZOBL (FN 95), Art. 906 N 8 f.; ZK-OFTINGER/BÄR (FN 95), Art. 906 N 7. Darunter fällt auch die Geltendmachung von Nebenrechten wie etwa Pfandrechte (BK-ZOBL [FN 95], Art. 906 N 9).

verlangen¹³⁹. Das Recht zum Inkasso der Forderung steht dem Pfandgläubiger und dem Pfandschuldner gemeinsam zu¹⁴⁰.

VI. Die Realisierung des vorgeschlagenen Forderungspfandrechts des Subunternehmers

1. Betreuung des Pfandschuldners

Die Realisierung erfolgt beim Forderungspfandrecht – wie auch beim Sachpfandrecht – grundsätzlich durch Betreuung auf Pfandverwertung nach Art. 41 Abs. 1 und 151 ff. SchKG. Auch hier kann sich der Schuldner auf das *beneficium excussionis realis* berufen¹⁴¹. Anzumerken ist hier nochmals, dass der Unternehmer als unmittelbarer Baugläubiger weiterhin einen Anspruch auf Errichtung eines Grundpfandrechts hat (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 VE-ZGB) und dieses als Nebenrecht der Forderung vom Forderungspfandrecht indirekt ebenfalls erfasst wird¹⁴².

2. Das Forderungspfandrecht im Konkurs und bei Pfändung der Forderung

a) Pfändung der belasteten Forderung

Auch Forderungen, die mit einem Pfandrecht belastet sind, können für Schulden des Pfandschuldners durch das Betreibungsamt gepfändet werden¹⁴³. Dem Schutz des Pfandgläubigers dient diesfalls das Widerspruchsverfahren, welches die Berücksichtigung des Pfandrechts bei der Verwertung bezweckt¹⁴⁴. Der Drittschuldner kann hier nur noch an das Betreibungsamt befreiend leisten (Art. 99 SchKG).

b) Konkurs des Pfandschuldners

Wird über den Pfandschuldner der Konkurs eröffnet, fällt die belastete Forderung in dessen Konkursmasse¹⁴⁵. Der Pfandgläubiger wird jedoch vorweg aus dem Erlös

¹³⁹ BK-ZOBL (FN 95), Art. 906 N 14.

¹⁴⁰ BK-ZOBL (FN 95), Art. 906 N 23.

¹⁴¹ Siehe dazu oben IV. 2. a).

¹⁴² Siehe dazu oben V. 6.

¹⁴³ BK-ZOBL (FN 95), Art. 906 N 86.

¹⁴⁴ BK-ZOBL (FN 95), Art. 906 N 86; HANS JAKOB MEYER, Die Verpfändung von Kundenguthaben, Diss. Zürich 1945, 64. Vgl. dazu auch BK-ZOBL (FN 71), Syst. Teil N 667 ff., 704.

¹⁴⁵ ZK-OFTINGER/BÄR (FN 95), Art. 906 N 60; BK-ZOBL (FN 95), Art. 906 N 89; MEYER (FN 144), 64 f.

der mit dem Pfandrecht belasteten Forderung befriedigt (Art. 219 Abs. 1 SchKG)¹⁴⁶. Das Einziehungsrecht steht der Konkursverwaltung zu (Art. 243 SchKG).

VII. Zusammenfassende Erkenntnisse

1. Das Hauptproblem der geltenden gesetzlichen Regelung des Bauhandwerkerpfandrechts liegt zweifelsohne im Doppelzahlungsrisiko, dem der Grundeigentümer in stossender Weise ausgesetzt ist. Der diesbezügliche Revisionsbedarf ist dementsprechend unbestritten¹⁴⁷. Ziel der Revisionsvorschläge betreffend das Bauhandwerkerpfandrecht ist denn auch in erster Linie die Lösung der Doppelzahlungsproblematik. *Das Grundkonzept mit verschiedenartigen Pfandrechten für Unternehmer (Grundpfandrecht) und Subunternehmer (Forderungspfandrecht) ist u.E. nach wie vor bestechend.*

2. Der Vergleich der geltenden Rechtslage mit der Regelung des Vorentwurfs zeigt denn auch, dass damit einerseits in wirksamer Weise das *Doppelzahlungsrisiko des Grundeigentümers eliminiert* und andererseits eine *gerechtere Risikoverteilung* vorgenommen wird. In der Tat ist nicht einzusehen, warum der Grundeigentümer das Insolvenzrisiko des Unternehmers nicht nur im Verhältnis zwischen diesem und ihm selbst, sondern auch im Verhältnis Unternehmer – Subunternehmer tragen muss, wie es aber nach geltendem Recht der Fall ist¹⁴⁸.

3. In verschiedener Hinsicht problematisch ist jedoch die Ausgestaltung der Regelung des Vorentwurfs. Wie oben dargelegt wurde, genügt diese weder den dogmatischen noch den praktischen Anforderungen. *In dogmatischer Hinsicht störend ist vor allem die Verwendung von falschen Begriffen sowie die mangelnde Beachtung der gängigen privatrechtlichen Systematik.* Darunter leidet einerseits die Verständlichkeit des Gesetzestextes und andererseits ergeben sich daraus wiederum verschiedenste praktische und auslegungstechnische Probleme.

4. *Der Schutz des Subunternehmers wird nach dem Vorentwurf generell geringfügig reduziert.* Da dem Subunternehmer zur Sicherung seiner Forderung nicht mehr ein Grundpfandrecht, sondern nur noch ein Forderungspfandrecht zur Verfügung

¹⁴⁶ Vgl. dazu MEYER (FN 144), 65.

¹⁴⁷ Vgl. etwa ZOBL, ZSR 1982 II (FN 6), 107 f. und JEAN-CLAUDE DE HALLER, L'hypothèque légale de l'entrepreneur, Des solutions nouvelles à de vieux problèmes?, ZSR NF 101/1982 II, 289 ff. Auch das Bundesgericht bezeichnet die Doppelzahlungsproblematik bekanntlich als «non seulement rigoureux mais choquant» (BGE 104 II 348 ff. [354]).

¹⁴⁸ Vgl. auch SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (FN 40), Rz. 1716.

steht, kann ein Konkurs sowohl des Unternehmers als auch dessen Vertragspartners für ihn effektiv nachteilige Folgen haben¹⁴⁹.

5. Im Vergleich zum geltenden Recht *störend nachteilige Folgen* für den Subunternehmer hat die Regelung des Vorentwurfs einerseits dann, *wenn der Unternehmer – vor der Entstehung des Pfandrechts – in Konkurs fällt oder mittels Zession oder Verpfändung der Forderung über diese verfügt und andererseits, wenn die Forderung gegen den Drittschuldner infolge Erfüllung erlischt*. Nicht geregelt wurde zudem die Problematik einer allfälligen Ungültigkeit des Vertrages zwischen dem Erst-Besteller und dem Unternehmer wie auch das Erlöschen der das Pfandobjekt bildenden Forderung. Ferner ist der Subunternehmer nach geltendem Recht – infolge des Verbots des Vorausverzichts – auch hinsichtlich des Verzichts auf das Pfandrecht im Vergleich zum Vorentwurf besser gestellt.

6. Hinsichtlich der Position des Unternehmers ist festzustellen, dass dieser nach dem Konzept des Vorentwurfs – infolge des Pfandrechts an seiner Forderung gegen den Vormann – neu von der Geltendmachung des Sicherungsrechts des Subunternehmers betroffen ist. Da er für seine Forderung jedoch ebenfalls Sicherung beanspruchen kann, ist ihm dies zuzumuten.

¹⁴⁹ Vgl. dazu ZOBL, ZSR 1982 II (FN 6), 114.