



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:  
Thomas Sprecher

# Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VIII

Immobilien und Insolvenz

Schulthess §

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2017  
ISBN 978-3-7255-7713-2

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

# Das Bauhandwerkerpfandrecht im Konkurs

Christoph Thurnherr

## Inhalt

I.	Einleitung .....	50
1.	Thema .....	50
2.	Vorgehen.....	51
II.	Konkurs des Grundeigentümers .....	52
1.	Einführung .....	52
2.	Massgebende materiell-rechtliche Grundsätze.....	52
a)	Realobligatorischer Anspruch auf Eintragung .....	52
b)	Kein Rangprivileg .....	53
c)	Grundsatz der Alterspriorität.....	53
d)	Pfandbestellungsanspruch auch für Subunternehmer.....	54
e)	Umfang der Pfandsicherung.....	54
f)	Materielle Gleichstellung der Baupfandgläubiger.....	56
g)	Vorrecht der Baupfandgläubiger .....	60
aa)	Grundlagen und Rechtsnatur.....	60
bb)	Übersicht über die Voraussetzungen .....	61
cc)	Praktische Bedeutung .....	62
3.	Grundlagen der Aufnahme in das Lastenverzeichnis und des Kollokationsverfahrens (Lastenbereinigung im Konkurs).....	62
4.	Die drei möglichen Varianten der Eintragung oder Vormerkung im Grundbuch und deren zivilprozessuale Folgen sowie Auswirkungen auf das Kollokationsverfahren .....	66
a)	Variante 1: Das Bauhandwerkerpfandrecht ist im Zeitpunkt der Eröffnung des Konkurses (definitiv) im Grundbuch eingetragen .....	66
b)	Variante 2: Das Bauhandwerkerpfandrecht ist im Zeitpunkt der Eröffnung des Konkurses im Grundbuch vorgemerkt bzw. vorläufig eingetragen.....	67
aa)	Grundlagen .....	67
bb)	Prozessuale Folgen .....	69
aaa)	Klage auf definitive Eintragung wurde noch nicht anhängig gemacht.....	69
bbb)	Klage auf definitive Eintragung ist hängig.....	70

c) Variante 3: Das Bauhandwerkerpfandrecht ist im Zeitpunkt der Eröffnung des Konkurses im Grundbuch weder vorgemerkt noch eingetragen .....	72
aa) Grundlagen und herrschende Lehre .....	72
bb) Mindermeinung (Aufnahme des realobligatorischen Anspruchs auf Pfanderrichtung in das Lastenverzeichnis) .....	74
5. Mehrere Pfandrechte für die gleiche Bauleistung .....	76
a) Einführung und Übersicht über die unterschiedlichen Auffassungen .....	76
b) Handhabung im Konkursverfahren und praktische Auswirkungen der unterschiedlichen Auffassungen .....	77
6. Die Behandlung des Bauhandwerkerpfandrechts in der Verwertung .....	79
a) Art der Verwertung des belasteten Grundstücks .....	79
b) Zahlungsmodus .....	80
c) Spezialliquidation gemäss Art. 230a Abs. 2 SchKG .....	82
7. Pfandausfall .....	82
a) Übersicht .....	82
b) Verteilung und Gleichberechtigung .....	83
8. Sicherstellung des Vorrechts .....	83
III. Konkurs des Nichtgrundeigentümers .....	84
1. Grundlagen und verschiedene Möglichkeiten .....	84
2. Drittpfandrechte .....	85
a) Handhabung im Konkurs des Nichteigentümers .....	85
b) Ausnahme vom Betreibungsverbot .....	86
3. Konkurs des Vertragspartners, wenn das Grundstück, dem die Bauleistungen zugutegekommen sind, Gegenstand von Verwaltungsvermögen ist .....	87
IV. Schlussbemerkungen .....	88

## **I. Einleitung**

### **1. Thema**

Gegenstand der Literatur zum Bauhandwerkerpfandrecht sind oftmals primär die Entstehungsvoraussetzungen des Anspruchs auf Eintragung des Pfandrechts. Neben der Entstehung und Durchsetzung des Pfanderrichtungsanspruchs ist aber auch die Realisierung des Pfandrechts von zentraler Bedeutung. Erst dann zeigt sich nämlich dessen materieller Nutzen. Akut wird

diese Frage insbesondere dann, wenn über den Eigentümer des Grundstücks, dem die Bauarbeiten zugutegekommen sind, oder über den mit dem Handwerker oder Unternehmer vertraglich verbundenen Dritten der Konkurs eröffnet wird.

Die sich im Falle des Konkurses im Zusammenhang mit Bauhandwerkerpfandrechten stellenden Fragen hängen insbesondere von der konkreten Konstellation ab. So ist zu unterscheiden, ob über den Grundeigentümer oder über einen Dritten (z.B. General- oder Totalunternehmer) der Konkurs eröffnet wurde. Im Konkurs des Grundeigentümers ist sodann der Stand des Eintragungsverfahrens von Bedeutung, zumal die Behandlung des Pfandrechts davon abhängt, ob es im Zeitpunkt der Konkursöffnung bereits definitiv im Grundbuch eingetragen bzw. erst vorgemerkt oder aber weder vorgemerkt noch definitiv eingetragen ist<sup>1</sup>.

## 2. Vorgehen

Nachfolgend wird zuerst der Konkurs des Grundeigentümers betrachtet. Der besseren Verständlichkeit wegen wird den Ausführungen zu den erwähnten unterschiedlichen Konstellationen (vorgemerkt, definitiv eingetragen oder weder vorgemerkt noch eingetragen Pfandrecht) ein Überblick über die massgebenden materiell-rechtlichen Grundsätze vorangestellt. Danach folgen einige Bemerkungen zum Fall der Eintragung mehrerer Pfandrechte für die gleiche Bauleistung, zur Behandlung des Bauhandwerkerpfandrechts in der Verwertung sowie zum Pfandausfall. Gegenstand eines kleineren zweiten Teils ist dann der Konkurs des Nichtgrundeigentümers.

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu etwa ZOBL DIETER/THURNHERR CHRISTOPH, Bauhandwerkerpfandrecht: Bemerkungen zum geltenden Recht sowie zum Revisionsvorentwurf, in: RIEMER et al. (Hrsg.), Schweizerisches und internationales Zwangsvollstreckungsrecht, Festschrift für Karl Spühler zum 70. Geburtstag, Zürich 2005, 499 sowie unten, II.4.

## II. Konkurs des Grundeigentümers

### 1. Einführung

Im Konkurs des Grundeigentümers sind drei mögliche Varianten zu unterscheiden: Das Bauhandwerkerpfandrecht ist bei Konkurseröffnung (definitiv) im Grundbuch eingetragen (Variante 1), im Grundbuch zwar nicht definitiv eingetragen aber vorgemerkt bzw. vorläufig eingetragen (Variante 2) oder aber weder im Grundbuch vorgemerkt noch eingetragen (Variante 3). Abgesehen davon, dass die Baupfandgläubiger dafür besorgt sein müssen, dass ihre Pfandrechte in das Lastenverzeichnis aufgenommen werden, ist bei allen drei Varianten auf verschiedene Besonderheiten einzugehen. Die Wichtigsten werden nachfolgend für jede Variante gesondert dargestellt. Vorab wird auf einige materiell-rechtliche Grundsätze, welche für die Behandlung von Bauhandwerkerpfandrechten im Konkurs von Bedeutung sind, sowie auf die Grundlagen der Aufnahme in das Lastenverzeichnis hingewiesen.

### 2. Massgebende materiell-rechtliche Grundsätze

#### a) *Realobligatorischer Anspruch auf Eintragung*

Beim Bauhandwerkerpfandrecht handelt es sich um ein mittelbares gesetzliches Grundpfandrecht in Gestalt einer Grundpfandverschreibung. Es entsteht demnach nicht von Gesetzes wegen, sondern erst mit der Eintragung im Grundbuch. Das Gesetz gewährt den Baugläubigern mithin (lediglich) einen Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch. Dieser Anspruch ist realobligatorischer Natur<sup>2</sup>. Daraus ergibt sich, dass er auch dann durchgesetzt werden kann, wenn über den Grundeigentümer der Konkurs eröffnet wurde<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Vgl. etwa ZOBL DIETER, Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda, ZSR NF 101/1982 II, 78 sowie BSK-THURNHERR, Art. 839/840 ZGB, N 22 ff.

<sup>3</sup> BSK-THURNHERR, Art. 839/840 ZGB, N 22 ff., insbes. N 24. Das Bundesgericht vertrat noch bis 1969 die Auffassung, dass es den Handwerkern und Unternehmern nach Eröffnung des Konkurses über den Grundeigentümer verwehrt sei, ein Bau-

b) *Kein Rangprivileg*

Das Bauhandwerkerpfandrecht ist nicht rangprivilegiert. Dies bedeutet, dass Bauhandwerkerpfandrechte sämtlichen vorher eingetragenen Pfandrechten und Belastungen im Rang nachgehen<sup>4</sup>.

c) *Grundsatz der Alterspriorität*

Der Rang der Bauhandwerkerpfandrechte bestimmt sich nach dem Datum deren Eintragung in das Grundbuch (Grundsatz der Alterspriorität)<sup>5, 6</sup>. Dieser Grundsatz gilt nicht nur gegenüber früher eingetragenen Pfandrechten, sondern auch im Verhältnis zwischen verschiedenen Bauhandwerkerpfandrechten<sup>7</sup>. Dies bedeutet, dass Bauhandwerkerpfandrechte entsprechend dem Datum ihrer Eintragung in das Grundbuch fortlaufende Rangnummern erhalten<sup>8</sup>. Damit kann es auch vorkommen, dass zwischen verschiedenen Bauhandwerkerpfandrechten vertragliche Grundpfandrechte rangieren<sup>9</sup>.

---

handwerkerpfandrecht zur Entstehung zu bringen (vgl. etwa BGE 40 II 452 ff.). Erst mit BGE 95 II 31 ff. änderte das oberste Gericht seine Rechtsprechung und hielt fest, dass eine Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts auch nach der Eröffnung des Konkurses möglich sei.

<sup>4</sup> Vgl. dazu etwa BK-LEEMANN, Art. 840 ZGB, N 1 sowie RASCHEIN ROLF, Das Bauhandwerkerpfandrecht in der Zwangsverwertung von Grundstücken, BISchK 1972, 35 f.

<sup>5</sup> Art. 972 ZGB; vgl. etwa BGE 63 III 1 ff., 3 sowie ZOBL, ZSR 1982 II (FN 2), 81.

<sup>6</sup> Zu beachten ist aber selbstverständlich, dass die vorläufige Eintragung (Vormerkung) bewirkt, dass das durch die spätere (definitive) Eintragung entstandene Pfandrecht in seinen Wirkungen auf den Zeitpunkt der vorläufigen Eintragung zurückbezogen wird (vgl. dazu BSK-THURNHERR, Art. 839/840 ZGB, N 31).

<sup>7</sup> Vgl. etwa BK-LEEMANN, Art. 840 ZGB, N 1 sowie RASCHEIN, BISchK 1972 (FN 4), 36.

<sup>8</sup> BGE 63 III 1 ff., 3.

<sup>9</sup> BGE 63 III 1 ff., 3; vgl. etwa auch RASCHEIN, BISchK 1972 (FN 4), 36.

d) *Pfandbestellungsanspruch auch für Subunternehmer*

Über einen Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts verfügen – bei gegebenen Entstehungsvoraussetzungen<sup>10</sup> – nicht nur diejenigen Handwerker und Unternehmer, welche direkt mit dem Eigentümer des Baugrundstückes kontrahieren, sondern auch die Sub- und Sub-Subunternehmer. Dies ergibt sich direkt aus Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB:

„Der Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts besteht für die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, [...] sei es, dass sie den Grundeigentümer, einen Handwerker oder Unternehmer, einen Mieter, einen Pächter oder eine andere am Grundstück berechnete Person zum Schuldner haben“<sup>11</sup>.

Der Anspruch auf Pfanderrichtung der Sub- und Sub-Subunternehmer besteht unabhängig vom Pfandbestellungsanspruch oder von einem Bauhandwerkerpfandrecht der unmittelbaren Baugläubiger<sup>12</sup>. Umgekehrt besteht der Anspruch auf Eintragung zugunsten der Unternehmer<sup>13</sup> auch für diejenigen Arbeiten, welche sie an Subunternehmer vergeben haben<sup>14</sup>.

e) *Umfang der Pfandsicherung*

Bauhandwerkerpfandrechte können als Kapital- oder als Maximalhypotheken in das Grundbuch eingetragen werden. Sind die massgebenden Bauarbeiten abgeschlossen, kann nur noch eine Kapitalhypothek begründet wer-

---

<sup>10</sup> Vgl. dazu BSK-THURNHERR, Art. 839/840 ZGB, N 3 ff.

<sup>11</sup> Vgl. etwa auch THURNHERR CHRISTOPH, Das Bauhandwerkerpfandrecht – eine aktuelle Übersicht unter Berücksichtigung der Baukreditüberwachungspraxis der Banken, ZBJV 2006, 911 f., 925 f. sowie BSK-THURNHERR, Art. 839/840 ZGB, N 3.

<sup>12</sup> BSK-THURNHERR, Art. 839/840 ZGB, N 3. Unmittelbare Baugläubiger sind solche, welche direkt mit dem Besteller und Eigentümer des Baugrundstückes kontrahieren.

<sup>13</sup> Oftmals handelt es sich um General- oder Totalunternehmer.

<sup>14</sup> BSK-THURNHERR, Art. 839/840 ZGB, N 3. Zur einschränkenden Rechtsprechung des Obergerichts des Kantons Zürich vgl. ZR 2014 Nr. 80, 273 f.



den<sup>15</sup>. Eine Kapitalhypothek wird auch dann im Grundbuch eingetragen, wenn der Handwerker oder Unternehmer zwar schon Arbeiten geleistet hat, aber auch noch solche ausstehen<sup>16</sup>. Der Unterschied zwischen Kapital- und Maximalhypotheken liegt darin, dass bei der ersteren die Nebenforderungen gemäss Art. 818 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 ZGB nicht in die eingetragene Pfandsumme eingerechnet werden und der Pfandgläubiger sowohl für die eingetragene Pfandsumme als auch für die erwähnten Nebenforderungen Befriedigung verlangen kann. Im Gegensatz dazu sind bei der Maximalhypothek die Nebenforderungen bereits im eingetragenen Höchstbetrag (Pfandsumme) eingerechnet. Soweit die Gesamtforderung des Pfandgläubigers (inkl. Nebenforderungen) den Maximalbetrag übersteigt, ist sie ungesichert<sup>17</sup>.

Die in der Praxis gestellten Begehren (vorläufige Eintragung) lauten regelmässig ungefähr wie folgt: „Das Grundbuchamt [Ort] sei gerichtlich anzuweisen, zulasten des Grundstücks des Gesuchsgegners LIG [Ort] Nr. X, zugunsten des Gesuchstellers ein Bauhandwerkerpfandrecht gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB für die Pfandsumme von CHF [Summe] nebst 5 % Zins seit dem [Datum] vorläufig als Vormerkung im Grundbuch einzutragen.“ Damit wird – bei Gutheissung des Begehrens und entsprechender Anweisung an das Grundbuchamt – eine Kapitalhypothek in das Grundbuch eingetragen bzw. vorgemerkt.

Das Bauhandwerkerpfandrecht bietet grundsätzlich Sicherheit für die Vergütungsforderung<sup>18</sup>, die Betreuungskosten und die Verzugszinsen, nicht aber für Schadenersatzforderungen<sup>19</sup> und Verfahrenskosten<sup>20</sup>.

Bei der (seltenen) Maximalhypothek sind insbes. die Verzugszinsen in die Pfandsumme einzurechnen, zumal diese wie erwähnt das Maximum der Pfandsicherung darstellt. Im Regelfall der Kapitalhypothek bestimmt sich

---

<sup>15</sup> BGE 126 III 467 ff. E. 4 lit. d; vgl. auch BSK-THURNHERR, Art. 839/840 ZGB, N 9a.

<sup>16</sup> Vgl. dazu SCHUMACHER RAINER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Systematischer Aufbau, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz 584.

<sup>17</sup> Vgl. dazu BK-LEEMANN, Art. 794 ZGB, N 10 ff.

<sup>18</sup> Für Details dazu vgl. SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht (FN 16), Rz 436 ff.

<sup>19</sup> Vgl. dazu SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht (FN 16), Rz 447.

<sup>20</sup> ZOBL, ZSR 1982 II (FN 2), 116 f.

der Umfang der gesicherten Verzugszinsen nach Art. 818 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB. Daraus ergibt sich, dass die entsprechende Zinsforderung unbefristet (d.h. bis zum Zeitpunkt der Verwertung<sup>21</sup>) pfandgesichert ist<sup>22</sup>.

Zu beachten ist letztlich, dass die Pfandsomme nach Ablauf der Verwirklichungsfrist von Art. 839 Abs. 2 ZGB nicht mehr erhöht werden kann.

*f) Materielle Gleichstellung der Baupfandgläubiger*

Wird ein Grundstück mit mehreren Bauhandwerkerpfandrechten belastet, erhält wie erwähnt jedes dieser Pfandrechte einen separaten Rang. Deckt der Pfanderlös sämtliche Baupfandforderungen voll, sind alle Baupfandgläubiger in der Rangfolge der Eintragung der entsprechenden Bauhandwerkerpfandrechte zu befriedigen. D.h., Art. 840 ZGB kommt in diesem Fall nicht zur Anwendung.

Reicht der Pfanderlös jedoch nicht aus, um sämtliche Baupfandgläubiger zu befriedigen, haben diese untereinander – unabhängig von der Rangordnung der Pfandrechte (entsprechend dem Grundsatz der Alterspriorität) – bei der Verteilung den gleichen (verhältnismässigen) Anspruch auf Befriedigung aus dem Erlös (Art. 840 ZGB)<sup>23, 24</sup>. D.h., der auf sämtliche Bauhandwerker-

---

<sup>21</sup> Art. 209 Abs. 2 SchKG. Der vom Zeitpunkt der Eröffnung des Konkurses bis zur Verwertung aufgelaufene Verzugszins kann dann geltend gemacht werden, wenn der Pfanderlös den Betrag der Forderung (entsprechend der eingetragenen Pfandsomme) und des bis zur Konkursöffnung aufgelaufenen Zinses übersteigt (vgl. BK-ZOBL/THURNHERR, Systematischer Teil vor Art. 884 ff. ZGB, N 723).

<sup>22</sup> ZOBL, ZSR 1982 II (FN 2), 116; SCHMID JÜRIG, Das Bauhandwerkerpfandrecht im Konkurs, in: ANGST/COMETTA/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.), 74 f.; BSK-HIERHOLZER, Art. 247 SchKG, N 113.

<sup>23</sup> Würden die Baupfandgläubiger einander nicht wie dargelegt gleichgestellt, hätte dies (aufgrund des Grundsatzes der Alterspriorität) faktisch eine Privilegierung derjenigen Baupfandgläubiger zur Folge, deren Arbeit infolge des (technisch bedingten) Bauablaufs regelmässig vor derjenigen von gemäss Baufortschritt nachfolgenden Baupfandgläubigern vollendet ist (vgl. dazu auch BGE 115 II 136 ff. E. 5, lit. a).

<sup>24</sup> Entgegen der Marginalie „Rang“ zu Art. 840 ZGB geht es gerade nicht um „Ranggleichheit“, sondern um eine (verhältnismässige) Gleichbehandlung im Rahmen der

pfandrechte entfallende Gesamtbetrag<sup>25</sup> ist im Verhältnis zur Höhe der pfandgesicherten Forderung<sup>26</sup> jedes einzelnen Baupfandgläubigers unter diesen aufzuteilen<sup>27</sup>. Art. 840 ZGB erlangt damit erst in der Verteilung seine Wirkung. Setzt sich die Konkursverwaltung bei der Aufstellung der Verteilungsliste über Art. 840 ZGB hinweg, indem etwa im Rang vorgehende Baupfandgläubiger auf Kosten von nachgehenden befriedigt werden, kann der benachteiligte Baupfandgläubiger die Verteilungsliste (mittels Beschwerde an die Aufsichtsbehörde<sup>28</sup>) anfechten, obwohl diese (formell) mit dem Lastenverzeichnis übereinstimmt<sup>29</sup>.

---

Verteilung. Wie erwähnt bestimmt sich der Rang der Bauhandwerkerpfandrechte nach dem Grundsatz der Alterspriorität.

<sup>25</sup> Prozessgewinne aus Kollokationsklagen nach Art. 250 Abs. 2 SchKG sowie aus Klagen als Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG fallen nicht unter Art. 840 ZGB. Anders verhält es sich jedoch für die sich aus einem Doppelauftrag ergebende bessere Deckung für ein Bauhandwerkerpfandrecht aufgrund der Verwertung des Grundstücks ohne die entsprechende (nachgehende) Last (vgl. SCHMID [FN 22], 89 f.).

<sup>26</sup> Die Pfandforderung, welche für die Berechnung massgebend ist, setzt sich aus der unbezahlten Vergütungsforderung sowie den Verzugszinsen (sofern diese durch die im Grundbuch eingetragene Pfandsomme gesichert sind) zusammen (vgl. SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht [FN 16], Rz 1751).

<sup>27</sup> BGE 63 III 1 ff., 4 f.; vgl. dazu auch SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht (FN 16), Rz 1751 f.; BSK-THURNHERR, Art. 839/840 ZGB, N 41; ZOBL, ZSR 1982 II (FN 2), 165 FN 690. Sofern ein Baupfandgläubiger das Grundstück ersteigert, hat dieser den die Deckung der vorgehenden Grundpfandgläubiger übersteigenden Erlös entsprechend mit den andern Baupfandgläubigern zu teilen, unabhängig davon, ob der von ihm bezahlte Verwertungserlös sein eigenes Bauhandwerkerpfandrecht ganz oder teilweise gedeckt hat (vgl. SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht [FN 16], Rz 1751).

<sup>28</sup> Die Beschwerdefrist beträgt 10 Tage und beginnt mit Kenntnisnahme der Verteilungsliste, spätestens aber am Tag nach dem letzten Tag der Auflage gemäss Art. 263 Abs. 1 SchKG. Wird der Anzeige gemäss Art. 263 Abs. 2 SchKG ein Auszug aus der Verteilungsliste beigelegt, aus welchem der Beschwerdegrund ersichtlich ist, beginnt die Beschwerdefrist am Tag nach der Zustellung bzw. nach der ungenutzten Abholfrist zu laufen (vgl. dazu BSK-STAEHELIN, Art. 263 SchKG, N 13). Aufsichtsbehörden (bzw. Untere Aufsichtsbehörden) sind in den Kantonen Aargau und Zürich die örtlich zuständigen Bezirksgerichte bzw. deren Präsidenten (§ 15 EG SchKG AG, § 17 EG SchKG ZH).

<sup>29</sup> BGE 63 III 1 ff., 4 f. Sofern ein Baupfandgläubiger die Anwendung von Art. 840 ZGB auf einen andern verhindern möchte, hat er im Kollokationsverfahren die

Die eben dargelegten Grundsätze können anhand der nachfolgenden Beispiele illustriert werden<sup>30</sup>:

*Beispiel 1:*

Ein Grundstück ist im ersten Rang mit einem Schuldbrief in Höhe von CHF 800'000 zu Gunsten von A, im zweiten Rang mit einem Bauhandwerkerpfandrecht des HW1 mit einer Pfandsumme von CHF 60'000 und im dritten Rang mit einem Bauhandwerkerpfandrecht zu Gunsten von HW2 in Höhe von CHF 30'000 belastet. Der Verwertungserlös beträgt CHF 860'000.

Der Pfandgläubiger A im ersten Rang wird vorab befriedigt. Danach verbleiben für die beiden Baupfandgläubiger noch CHF 60'000 bei pfandgeschützten Forderungen in Höhe von total CHF 90'000. Gemäss Art. 840 ZGB haben nun beide Baupfandgläubiger untereinander „den gleichen Anspruch auf Befriedigung“. Dies bedeutet nach dem oben Ausgeführten, dass beide Pfandgläubiger je 2/3 ihrer Forderung erhalten, also HW1 CHF 40'000 und HW2 CHF 20'000.

*Beispiel 2<sup>31</sup>:*

Ein Grundstück ist im ersten Rang mit einem Schuldbrief in Höhe von CHF 800'000 zu Gunsten von A, im zweiten Rang mit einem Bauhandwerkerpfandrecht des HW1 mit einer Pfandsumme von CHF 60'000, im dritten Rang mit einem Schuldbrief zu Gunsten von B in Höhe von CHF 200'000 und im vierten Rang mit einem Bauhandwerkerpfandrecht von HW2 in Höhe von CHF 30'000 belastet. Der Verwertungserlös beträgt CHF 860'000.

---

Aufnahme des entsprechenden Bauhandwerkerpfandrechts in das Lastenverzeichnis zu bestreiten (Kollokationsklage gegen den betreffenden Ansprecher nach Art. 250 Abs. 2 SchKG; vgl. dazu unten, II.3. und FN 51).

<sup>30</sup> Vgl. dazu RASCHEIN, BISchK 1972 (FN 4), 37 f. sowie SCHRANER REBEKKA/MONNIER CLAUDE, Das Bauhandwerkerpfandrecht im Konkurs des Grundeigentümers, ST 1995, 507.

<sup>31</sup> Der in diesem Beispiel dargestellte Fall (Bauhandwerkerpfandrecht im Rang nachgehende vertragliche Pfandrechte) ist zwar selten, aber trotzdem nicht ausgeschlossen. Zu erwähnen ist dazu weiter, dass die Errichtung eines vertraglichen Grundpfandrechts in einer vorgehenden leeren Pfandstelle natürlich zu einem anderen Resultat führen würde, da das fragliche Pfandrecht trotz der zeitlichen späteren Errichtung entsprechend seinem (vorgehenden) Rang bevorzugt wird.

Auch hier wird der Pfandgläubiger A im ersten Rang vorab befriedigt. Der verbleibende Betrag von CHF 60'000, durch welchen die Forderung von HW1 voll gedeckt werden könnte, wird zur Verteilung unter den Baupfandgläubigern (HW1 und HW2) ausgeschieden. Für den Schuldbrief im dritten Rang bleibt nichts übrig. Wie in Beispiel 1 erhält HW1 CHF 40'000 und HW2 CHF 20'000. Der Grundsatz der Gleichbehandlung nach Art. 840 ZGB führt bei der Konstellation gemäss Beispiel 2 dazu, dass HW2 im vierten Rang gleich viel erhält wie HW1 im zweiten Rang, obwohl der aus dem Schuldbrief im dritten Rang Berechtigte leer ausgeht.

*Varianten zu Beispiel 2:*

Wandelt man Beispiel 2 etwas ab und geht man von einem Verwertungserlös in Höhe von CHF 830'000 aus, erhalten HW1 und HW2 je einen Drittel ihrer Guthaben, also CHF 20'000 (HW1) und CHF 10'000 (HW2). Der Schuldbriefgläubiger geht auch hier leer aus. Beträgt der Verwertungserlös CHF 1'075'000, wird A im ersten Rang voll befriedigt. Der auf das Bauhandwerkerpfandrecht im zweiten Rang entfallende Betrag von CHF 60'000 wird ausgeschieden und der Schuldbriefgläubiger im dritten Rang wird ebenfalls befriedigt. Die übrig bleibenden CHF 15'000 gelangen – zusammen mit den bereits ausgeschiedenen CHF 60'000 – zur Verteilung unter die Baupfandgläubiger. HW1 erhält damit CHF 50'000, HW2 CHF 25'000.

Die dargestellte Gleichstellung der Baupfandgläubiger gilt für sämtliche Baupfandgläubiger, welche über ein Bauhandwerkerpfandrecht am fraglichen Grundstück verfügen. D.h., wenn auf dem gleichen Grundstück z.B. zwei verschiedene Gebäude zeitlich nachfolgend von verschiedenen Unternehmern erstellt wurden, kommt Art. 840 ZGB für sämtliche Baupfandgläubiger ohne Einschränkungen zur Anwendung. Es werden demnach keine Gruppen von Baupfandgläubigern basierend auf verschiedenen Bautappen gebildet, zumal nur ein Pfandobjekt vorliegt, welches lediglich gesamthaft verwertet werden kann<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Vgl. dazu SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht (FN 16), Rz 1752; a.M. RA-SCHNEIN, BISchK 1972 (FN 4), 38.

g) *Vorrecht der Baupfandgläubiger*

aa) *Grundlagen und Rechtsnatur*

Aufgrund dessen, dass das Bauhandwerkerpfandrecht kein Rangprivileg genießt, besteht die Gefahr, dass die Baupfandgläubiger infolge im Rang vorgehender vertraglicher Grundpfandrechte bei der Verwertung leer ausgehen. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber den Baupfandgläubigern ein besonderes Anfechtungsrecht eingeräumt: Kommen die Baupfandgläubiger bei der Verwertung zu Verlust, „ist der Ausfall aus dem den Wert des Bodens übersteigenden Verwertungsanteil der vorgehenden Pfandgläubiger zu ersetzen, sofern das Grundstück durch ihre Pfandrechte in einer für sie erkennbaren Weise zum Nachteil der Handwerker und Unternehmer belastet worden ist“ (Art. 841 Abs. 1 ZGB).

Beim Vorrecht nach Art. 841 ZGB handelt es sich um einen besonderen Anfechtungstatbestand mit Berührungspunkten aber auch erheblichen Unterschieden zur paulianischen Anfechtungsklage nach Art. 285 ff. SchKG<sup>33</sup>. Der aus Art. 841 ZGB resultierende Anfechtungsanspruch richtet sich gegen die entsprechenden vorgehenden Grundpfandgläubiger und ist durch Klage gegen diese geltend zu machen. Zu beachten ist, dass der Vorrechtsanspruch innert eines Jahres seit Rechtskraft der Verteilungsliste verjährt, wobei der erwähnte Fristbeginn umstritten ist<sup>34</sup>. Aus dem eben Dargelegten ergibt sich, dass Ansprüche nach Art. 841 ZGB weder Gegenstand des Lastenbereinigungs- bzw. Kollokationsverfahrens noch des Verteilungsverfahrens sind. Sie können demnach weder durch Kollokationsklage noch mittels Beschwerde gegen die Verteilungsliste geltend gemacht werden<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Vgl. dazu ZOBL, ZSR 1982 II (FN 2), 168 f. m.w.N.

<sup>34</sup> Vgl. dazu BSK-THURNHERR, Art. 841 ZGB, N 6; SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht (FN 16), Rz 1960 ff. sowie ZOBL, ZSR 1982 II (FN 2), 182.

<sup>35</sup> SCHMID (FN 22), 90.

*bb) Übersicht über die Voraussetzungen*<sup>36</sup>

Objektive Voraussetzungen des Vorrechtsanspruches sind die Nachfolgenden:

1. Verlust (Pfandausfall) des Baupfandgläubigers bei der Pfandverwertung: Die Forderung des Bauhandwerkers wurde bei der Pfandverwertung nicht oder nur teilweise gedeckt. Der Verlust ist dadurch entstanden, dass der von den Bauhandwerkern geschaffene Mehrwert ganz oder teilweise den vorrangigen Pfandgläubigern zugekommen ist (vorrangige Pfandrechte übersteigen den Wert des Bodens). Der erwähnte Verlust geht aus der Verteilungsliste gemäss Art. 261 SchKG hervor, welche während 10 Tagen aufliegt (Art. 263 SchKG).
2. Pfandrecht des vorrangigen Gläubigers wurde zum Nachteil des Bauhandwerkers bestellt: Das Bundesgericht bejaht eine solche Benachteiligung zum einen dann, wenn die entsprechenden Mittel (insbes. der Baukredit) zweckentfremdet, mithin nicht für das fragliche Bauvorhaben verwendet wurden. Von einer relevanten Benachteiligung ist nach der Rechtsprechung des obersten Gerichts zum andern dann auszugehen, wenn die Baugläubiger ungleichmässig befriedigt wurden<sup>37</sup>.

Subjektive Anspruchsvoraussetzung ist (3.) die Erkennbarkeit der Benachteiligung durch den vorrangigen Pfandgläubiger: Dies bedeutet, dass ein Gläubiger nur dann belangt werden kann, wenn für ihn erkennbar war oder bei genügender Sorgfalt erkennbar gewesen wäre, dass die Belastung des Grundstücks zum Nachteil der Bauhandwerker erfolgte. Dies bedeutet etwa, dass die Zweckentfremdung oder die ungleichmässige Befriedigung für eine baukreditgebende Bank zum Zeitpunkt der Pfandbestellung oder der Mittelauszahlung erkennbar war oder hätte sein können.

---

<sup>36</sup> Für Details vgl. insbes. BSK-THURNHERR, Art. 841 ZGB, N 10 ff.; SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht (FN 16), Rz 1833 ff.; ZOBL, ZSR 1982 II (FN 2), 175 ff. sowie PFISTER-INEICHEN HEIDI, Das Vorrecht nach Art. 841 ZGB und die Haftung der Bank als Vorgangsgläubigerin, Diss. Freiburg 1991 = AISUF Bd. 102, 77 ff.

<sup>37</sup> Eine ungleichmässige Befriedigung liegt etwa dann vor, wenn die Bauleistungen vollumfänglich bezahlt werden, nachdem sie erbracht wurden. Damit werden diejenigen Baugläubiger bevorzugt, deren Leistungen in einer früheren Bauphase zu erbringen sind (z.B. Aushubarbeiten).

Sind die dargelegten Voraussetzungen erfüllt, hat der betroffene Baupfandgläubiger einen Anspruch auf Ersatz des „Ausfall[s] aus dem den Wert des Bodens übersteigenden Verwertungsanteil der vorgehenden Pfandgläubiger“ (Art. 841 Abs. 1 ZGB)<sup>38</sup>.

*cc) Praktische Bedeutung*

Das Vorrecht ist praktisch insofern wenig bedeutsam, als entsprechende Prozesse selten sind. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang jedoch dessen präventive Wirkung<sup>39</sup>.

### **3. Grundlagen der Aufnahme in das Lastenverzeichnis und des Kollokationsverfahrens (Lastenbereinigung im Konkurs)**

Die Konkursgläubiger haben ihre Forderungen samt Beweismitteln dem Konkursamt einzugeben (Anmeldungspflicht). Eine Ausnahme von der Anmeldungspflicht besteht bei den aus dem Grundbuch ersichtlichen beschränkten dinglichen Rechten und damit auch für Bauhandwerkerpfandrechte<sup>40</sup>. Die Konkursverwaltung registriert die eingegebenen Forderungen (Einschreibung in das Verzeichnis der Eingaben mit Hinweis auf Pfandsicherung). Gemäss Art. 247 Abs. 1 und 2 SchKG sowie Art. 125 Abs. 1 VZG erstellt die Konkursverwaltung danach – innert 60 Tagen nach Ablauf der Eingabefrist (Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG) – ein „Verzeichnis der [auf dem Grundstück] ruhenden Lasten (Pfandrechte, Dienstbarkeiten, Grundlasten und vorgemerkte persönliche Rechte)“. Dieses Lastenverzeichnis ist Bestandteil des Kollokationsplans (vgl. Art. 247 Abs. 2 SchKG und Art. 125

---

<sup>38</sup> Zur Berechnung des Anspruchs vgl. BSK-THURNHERR, Art. 841 ZGB, N 11 ff., 16 und N 21 ff.

<sup>39</sup> Vgl. dazu SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht (FN 16), Rz 1800 ff.

<sup>40</sup> Art. 246 SchKG ist insofern zu eng gefasst („Forderungen“), als beschränkte dingliche Rechte (und damit auch Bauhandwerkerpfandrechte) ebenfalls in den Anwendungsbereich dieser Norm fallen. D.h., beschränkte dingliche Rechte sind auch dann in das Lastenverzeichnis aufzunehmen, wenn sie in der Konkurseingabe nicht genannt wurden (vgl. dazu auch Art. 226 SchKG).



Abs. 2 VZG)<sup>41,42</sup>. Die Konkursverwaltung überprüft die eingegebenen Forderungen wie auch die geltend gemachten Pfandrechte<sup>43,44</sup>. Sie entscheidet also nicht nur über die Kollokation der angemeldeten Forderung, sondern auch darüber, ob die fragliche Forderung als pfandgesichert<sup>45</sup> anzuerkennen und in das Lastenverzeichnis aufzunehmen ist. Ist der Konkursit nicht persönlicher Schuldner eines Handwerkers oder Unternehmers, hingegen aber Eigentümer eines mit einem Bauhandwerkerpfandrecht belasteten Grundstücks (Drittpfandrecht), ist die entsprechende Pfandforderung als pfandgesichert in das Lastenverzeichnis aufzunehmen. Ergänzend ist der Vermerk anzubringen, dass ein Dritter persönlicher Schuldner ist (Art. 60 Abs. 3 KOV)<sup>46</sup>.

Gemäss Art. 249 Abs. 3 SchKG ist jedem Gläubiger, dessen Forderung (ganz oder teilweise) abgewiesen wurde, die Auflage des Kollokationsplans wie auch die Abweisung seiner Forderung besonders anzuzeigen<sup>47</sup>. Als teilweise

---

<sup>41</sup> Im Kollokationsplan wird auf die Lastenverzeichnisse verwiesen.

<sup>42</sup> Im Gegensatz zur Betreuung auf Pfandverwertung werden im Konkursverfahren die Lasten im Kollokationsverfahren bereinigt (vgl. dazu etwa AMONN KURT/WALTHER FRIDOLIN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013, § 46 Rz 20).

<sup>43</sup> Unter den Begriff der Forderung gemäss Art. 244 SchKG fallen auch die beschränkten dinglichen Rechte (vgl. dazu BSK-HIERHOLZER, Art. 244 SchKG, N 4).

<sup>44</sup> Dies gilt jedoch nicht absolut. Vgl. dazu unten, II.4.a). Die Konkursverwaltung kann zur Einreichung weiterer Beweismittel Frist ansetzen oder auch mit ihrem Entscheid zuwarten (vgl. Art. 59 Abs. 1 und 3 KOV). Weiter ist der Konkursit zu jeder Konkursforderung zu befragen, wobei jedoch die Konkursverwaltung nicht an dessen Stellungnahme gebunden ist (Art. 244 SchKG und Art. 55 KOV).

<sup>45</sup> Z.B. als eine durch ein Bauhandwerkerpfandrecht gesicherte Forderung eines Handwerkers oder eines Unternehmers.

<sup>46</sup> Vgl. dazu auch BSK-HIERHOLZER, Art. 247 SchKG, N 53 sowie MILANI DOMINIK/WOHLGEMUTH MARC, in: MILANI/WOHLGEMUTH (Hrsg.), Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter (KOV), Kommentar, Zürich/St. Gallen 2016, Art. 60, N 36 m.w.N. Ein allfälliger Pfandausfall kann aufgrund der fehlenden persönlichen Haftung des Konkursiten nicht als ungesicherte Forderung kolloziert werden.

<sup>47</sup> Betreffend den Inhalt der Anzeige vgl. Art. 68 KOV. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die Anfechtungsfrist von 20 Tagen gemäss Art. 250 SchKG vom Tage der Publikation der Auflegung des Kollokationsplans an läuft und nicht ab Zustellung der Spezialanzeige. Die Unterlassung der Spezialanzeige stellt eine

Abweisung gilt insbesondere auch die Abweisung eines beanspruchten Pfandrechts oder die nur teilweise Anerkennung eines angemeldeten oder aus dem Grundbuch ersichtlichen Pfandrechts<sup>48</sup>.

Der von einer Abweisung betroffene Baugläubiger kann sich gegen den entsprechenden Entscheid mittels Kollokationsklage nach Art. 250 Abs. 1 SchKG (gegen die Masse, vertreten durch die Konkursverwaltung) zur Wehr setzen<sup>49</sup>. Mit der Kollokationsklage wird stets die Verletzung materiellen Rechts geltend gemacht. Sie richtet sich damit gegen eine materielle Entscheidung der Konkursverwaltung im Rahmen der Erhaltung und Kollokation<sup>50</sup>. Aktivlegitimiert ist jeder Inhaber eines Anspruchs, der im Kollokationsplan (bzw. im Lastenverzeichnis als Teil des Kollokationsplans) zu behandeln ist<sup>51</sup>. Demnach kann ein Handwerker oder Unternehmer Klage

---

Ordnungswidrigkeit dar, welche u.U. eine Schadenersatzpflicht der Konkursverwaltung begründen kann, aber den Fristenlauf für die Kollokationsklage nicht beeinflusst (BSK-HIERHOLZER, Art. 249 SchKG, N 20).

<sup>48</sup> BSK-HIERHOLZER, Art. 249 SchKG, N 12.

<sup>49</sup> Vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 7B.238/2004 vom 3. Februar 2005 E. 1.3.

<sup>50</sup> AMONN/WALTHER (FN 42), § 46 Rz 45.

<sup>51</sup> AMONN/WALTHER (FN 42), § 46 Rz 51. Der Kollokationsprozess wird im ordentlichen oder im vereinfachten Verfahren ausgetragen. Die Klagefrist (Verwirkungsfrist) beträgt 20 Tage ab Auflage des Kollokationsplans (Art. 250 Abs. 1 SchKG; für Details vgl. BSK-HIERHOLZER, Art. 250 SchKG, N 41 ff. sowie BSK-EBBAUER, Art. 250 SchKG, ad N 41 ff.). Gemäss Art. 198 lit. e Ziff. 6 ZPO entfällt das Schlichtungsverfahren. Örtlich zuständig ist für beide Varianten der Kollokationsklage das Gericht am Konkursort (Art. 250 Abs. 1 SchKG). Das Urteil entfaltet seine Wirkung nur im hängigen Konkursverfahren (konkursrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht; BGE 133 III 386 ff. E. 4.3.3). Sofern ein Gläubiger gegen seine eigene Kollokation geklagt hat (Art. 250 Abs. 1 SchKG), ändert ein klagegutheissendes Urteil den Kollokationsplan mit Wirkung für sämtliche Gläubiger ab. Richtet sich die Klage aber gegen eine fremde Kollokation (Art. 250 Abs. 2 SchKG) wirkt sich ein gutheissendes Urteil nur zwischen den Parteien aus. Die obsiegende Partei kann den Prozessgewinn für sich beanspruchen (vgl. dazu AMONN/WALTHER [FN 42], § 46 Rz 62 ff.). Sofern ein nachgehender Pfandgläubiger ein zugelassenes vorgehendes Pfandrecht mit Erfolg bestritten hat, bedeutet dies, dass der auf das betreffende vorrangige Pfandrecht entfallende Verwertungserlös auf die im Lastenverzeichnis aufgenommene Forderung des bestreitenden Gläubigers zu verlegen ist (BSK-HIERHOLZER, Art. 250 SchKG, N 87, 89). Einen Prozessgewinn nach Art. 250 Abs. 2 SchKG muss der klagende Handwerker

gegen die (auch nur teilweise) Abweisung seines Pfandrechts führen. Umgekehrt kann aber auch jeder Konkursgläubiger mit Kollokationsklage (nach Art. 250 Abs. 2 SchKG gegen den betreffenden Ansprecher) ein im Lastenverzeichnis aufgenommenes Bauhandwerkerpfandrecht bestreiten<sup>52</sup>.

Hat die Konkursverwaltung ein Bauhandwerkerpfandrecht im Lastenverzeichnis abgewiesen und wurde dies nicht angefochten oder wurde die Kollokationsklage ebenfalls (rechtskräftig) abgewiesen, kann das fragliche (vorläufig vorgemerkte oder definitiv eingetragene) Bauhandwerkerpfandrecht nicht mehr geltend gemacht werden. Nach der Verwertung des Grundstücks wird es im Grundbuch gelöscht<sup>53</sup>.

In das Lastenverzeichnis aufgenommen werden nicht nur definitiv im Grundbuch eingetragene, sondern auch lediglich vorgemerkte Bauhandwerkerpfandrechte und selbst solche, deren Vormerkung nur auf einer superprovisorischen Anordnung basiert<sup>54</sup>. Im Falle eines im Grundbuch nur vorgemerkten Bauhandwerkerpfandrechts, das ins Lastenverzeichnis aufgenommen wurde, kann folgerichtig auch dieses Gegenstand einer Kollokationsklage sein<sup>55</sup>.

Nach herrschender Lehre nicht in das Lastenverzeichnis aufgenommen wird der realobligatorische Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts. Dies bedeutet, dass auch nach der Konkurseröffnung das entsprechende Gericht im summarischen Verfahren zuständig ist, die (provisorische) Eintragung bzw. Vormerkung eines Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch zu veranlassen<sup>56</sup>.

---

oder Unternehmer auch im Anwendungsbereich von Art. 840 ZGB nicht mit den andern Baupfandgläubigern teilen (vgl. dazu oben FN 25).

<sup>52</sup> SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht (FN 16), Rz 1723.

<sup>53</sup> SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht (FN 16), Rz 1725.

<sup>54</sup> BSK-HIERHOLZER, Art. 247 SchKG, N 26. Der Prozess betreffend definitive Eintragung wird hier durch die Lastenbereinigung im Rahmen des Kollokationsverfahrens ersetzt (dazu unten, II.4.b).

<sup>55</sup> Vgl. dazu SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht (FN 16), Rz 1697 und 1723.

<sup>56</sup> Vgl. etwa SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht (FN 16), Rz 1709 ff. und BSK-HIERHOLZER, Art. 247 SchKG, N 26 ff.; a.M. ZOBL, ZSR 1982 II (FN 2), 167;

#### **4. Die drei möglichen Varianten der Eintragung oder Vormerkung im Grundbuch und deren zivilprozessuale Folgen sowie Auswirkungen auf das Kollokationsverfahren**

##### *a) Variante 1: Das Bauhandwerkerpfandrecht ist im Zeitpunkt der Eröffnung des Konkurses (definitiv) im Grundbuch eingetragen*

Ist das Bauhandwerkerpfandrecht bei Konkurseröffnung bereits definitiv im Grundbuch eingetragen, wird es grundsätzlich von Amtes wegen in das entsprechende Lastenverzeichnis aufgenommen (vgl. Art. 226 und 246 SchKG)<sup>57</sup>.

Sofern das Pfandrecht gestützt auf die Mitwirkung des (nachmalig konkursiten) Grundeigentümers in das Grundbuch eingetragen wurde, überprüft die Konkursverwaltung das definitiv eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht (wie auch die Forderung) in materieller Hinsicht. Das entsprechende Bauhandwerkerpfandrecht wird nur dann in das Lastenverzeichnis aufgenommen, wenn die (summarische) Prüfung ergibt, dass die Eintragungsvoraussetzungen<sup>58</sup> erfüllt sind<sup>59</sup>.

Erfolgte die definitive Eintragung hingegen aufgrund eines Gerichtsurteils, ist die Überprüfung des Pfandrechts (wie auch der Forderung, sofern diese Gegenstand des Urteils war) durch die Konkursverwaltung ausgeschlossen. Die Konkursverwaltung nimmt das Bauhandwerkerpfandrecht in diesem Fall ohne Verfügung und unter Hinweis darauf, dass dessen Beurteilung – aufgrund des bereits ergangenen Urteils – durch Kollokationsklage nicht mög-

---

ZOBL/THURNHERR, Bauhandwerkerpfandrecht (FN 1), 500 m.w.N. Vgl. dazu auch unten, II.4.c).

<sup>57</sup> Wird das Bauhandwerkerpfandrecht von der Konkursverwaltung nicht behandelt und deshalb nicht in das Lastenverzeichnis aufgenommen, kann sich der entsprechende Baupfandgläubiger mit Beschwerde (wegen Rechtsverweigerung) gemäss Art. 17 SchKG zur Wehr setzen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 7B.47/2005 vom 6. Juni 2005 E. 3.2 sowie BSK-HIERHOLZER, Art. 246 SchKG, N 8a).

<sup>58</sup> Zu diesen vgl. etwa BSK-THURNHERR, Art. 839/840 ZGB, N 3 ff.

<sup>59</sup> Eine entsprechende Prüfung hat auch der Grundbuchverwalter vorzunehmen, wenn Bauhandwerkerpfandrechte bzw. deren definitive Eintragung durch den Grundeigentümer (und damit nicht durch das Gericht) angemeldet werden (vgl. dazu SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht [FN 16], Rz 1576).

lich ist, in das Lastenverzeichnis auf<sup>60</sup>. Ist die Baupfandforderung nicht bereits gerichtlich festgestellt und ein Forderungsprozess auch noch nicht hängig, wird das Bauhandwerkerpfandrecht im Umfang der von der Konkursverwaltung zugelassenen Forderung in das Lastenverzeichnis aufgenommen. Sofern der Forderungsprozess im Zeitpunkt der Eröffnung des Konkurses hängig und gemäss Art. 207 Abs. 1 SchKG sistiert ist, erfolgt die Aufnahme des Bauhandwerkerpfandrechts in das Lastenverzeichnis mit einem Hinweis darauf, dass es nur im Umfang der festgestellten Forderung beansprucht werden kann. Liegt auch betreffend die Forderung bereits ein Gerichtsurteil vor, ist deren Beurteilung im Rahmen einer Kollokationsklage nicht mehr möglich. Es kann jedoch noch der Untergang der Forderung infolge Bezahlung oder Verrechnung sowie der Eintritt der Verjährung geltend gemacht werden. Dementsprechend ist das Bauhandwerkerpfandrecht im Umfang der gerichtlichen festgestellten Forderung und mit einem Hinweis auf die erwähnte beschränkte Anfechtungsmöglichkeit hinsichtlich der Forderung in das Lastenverzeichnis aufzunehmen<sup>61</sup>.

Weist die Konkursverwaltung das fragliche Bauhandwerkerpfandrecht aus dem Lastenverzeichnis (ganz oder teilweise) ab, muss der abgewiesene Baupfandgläubiger Kollokationsklage gemäss Art. 250 Abs. 1 SchKG gegen die Masse, vertreten durch die Konkursverwaltung, führen<sup>62</sup>. Entsprechend verhält es sich, wenn die Konkursverwaltung negativ hinsichtlich der Forderung des Handwerkers oder Unternehmers entscheidet.

b) *Variante 2: Das Bauhandwerkerpfandrecht ist im Zeitpunkt der Eröffnung des Konkurses im Grundbuch vorgemerkt bzw. vorläufig eingetragen*

aa) *Grundlagen*

Die bestehende Vormerkung von Bauhandwerkerpfandrechten im Grundbuch (vorläufige Eintragung) bei Konkurseröffnung ist die praktisch häufigs-

---

<sup>60</sup> Vgl. dazu ZOBL/THURNHERR, Bauhandwerkerpfandrecht (FN 1), 499; SCHMID (FN 22), 87.

<sup>61</sup> Vgl. dazu auch SCHMID (FN 22), 87.

<sup>62</sup> Vgl. dazu oben, II.3. und FN 51.

te Konstellation. Dies hängt damit zusammen, dass die Handwerker und Unternehmer aufgrund von Gerüchten oder Anzeichen von Zahlungsunfähigkeit oftmals noch kurz vor Eröffnung des Konkurses die vorläufige Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten im Grundbuch erwirken.

Vorläufig im Grundbuch eingetragene bzw. vorgemerkte Bauhandwerkerpfandrechte werden in das Lastenverzeichnis aufgenommen. Die Konkursverwaltung hat – auch dann, wenn das Pfandrecht aufgrund einer gerichtlichen Anordnung im Grundbuch vorgemerkt wurde – summarisch zu prüfen, ob die Eintragungsvoraussetzungen des Bauhandwerkerpfandrechts<sup>63</sup> erfüllt sind<sup>64</sup>. Eine definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch ist nicht erforderlich. Sofern es Aufnahme in das rechtskräftige Lastenverzeichnis gefunden hat, wird ein im Grundbuch vorgemerktes Bauhandwerkerpfandrecht gleich wie ein definitiv eingetragenes behandelt<sup>65</sup>.

Nach der Konkurseröffnung sind die ordentlichen Gerichte grundsätzlich nicht mehr für die Beurteilung einer Klage betreffend definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zuständig. Die entsprechenden prozessualen Auswirkungen unterscheiden sich je nach Stadium des summarischen Verfahrens betreffend provisorische Eintragung (Vormerkung) eines Bauhandwerkerpfandrechts im Zeitpunkt der Eröffnung des Konkurses.

---

<sup>63</sup> Zu diesen vgl. etwa BSK-THURNHERR, Art. 839/840 ZGB, N 3 ff.

<sup>64</sup> SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht (FN 16), Rz 1716; a.M. BSK-HIERHOLZER, Art. 247 SchKG, N 46. Grund für diese Prüfungspflicht der Konkursverwaltung ist primär das stark herabgesetzte Beweismass im summarischen Verfahren betreffend vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts.

<sup>65</sup> Vgl. dazu SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht (FN 16), Rz 1696.

*bb) Prozessuale Folgen*

*aaa) Klage auf definitive Eintragung wurde noch nicht anhängig gemacht*

Der ordentliche Prozess betreffend definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts wird durch die Lastenbereinigung im Rahmen des Kollokationsverfahrens ersetzt<sup>66</sup>.

Die dem Handwerker oder Unternehmer im summarischen Verfahren angesetzte Frist betreffend Anhebung der Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts ist deshalb zu erstrecken. Optimalerweise ist die neue Frist relativ festzulegen (z.B. Frist von zwei Monaten ab Einstellung des Konkurses mangels Aktiven [Art. 230 f. SchKG] oder ab Widerruf des Konkurses [Art. 195 f. SchKG]). Das Verfahren betreffend definitive Eintragung vor dem ordentlichen Zivilgericht wird nämlich allenfalls nur aufgeschoben. Im Falle etwa des Widerrufs des Konkurses hat der Handwerker oder Unternehmer doch noch auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts zu klagen<sup>67</sup>.

Entsprechend verhält es sich, wenn dem Handwerker oder Unternehmer im summarischen Verfahren betreffend vorläufige Eintragung (bzw. Vormerkung) eines Bauhandwerkerpfandrechts noch keine Frist betreffend Anhebung der Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts angesetzt worden ist. Das summarische Verfahren ist in diesem Fall entweder zu sistieren oder es ist dem Handwerker bzw. Unternehmer eine relativ bemessene Klagefrist anzusetzen (z.B. Klagefrist von zwei Monaten ab Einstellung des Konkurses mangels Aktiven [Art. 230 f. SchKG] resp. ab Widerruf des Konkurses [Art. 195 f. SchKG]) oder aber das Verfahren ist einstweilen abzuschliessen, verbunden mit der Aufforderung an das Konkursamt, das Gericht über eine Einstellung bzw. über einen Widerruf des Konkurses in

---

<sup>66</sup> BGE 119 III 124 ff. E. 2 lit. c: „Die Gebote der Prozessökonomie und der raschen Abklärung der Ansprüche im Konkurs verlangen, dass auch mit Bezug auf die Bauhandwerkerpfandrechte im Lastenbereinigungsverfahren entschieden wird, sofern der Prozess über die endgültige Eintragung nicht schon vor Konkurseröffnung im Sinne von Art. 63 KOV hängig ist“. Zur Lastenbereinigung (im Konkurs) vgl. oben, II.3. und FN 51.

<sup>67</sup> Vgl. dazu SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht (FN 16), Rz 1700, 1702.

Kenntnis zu setzen, worauf nachträglich Frist zur Anhebung der Klage betreffend definitive Eintragung anzusetzen ist<sup>68</sup>.

Der Vollständigkeit halber ist noch darauf hinzuweisen, dass die Vormerkung eines Bauhandwerkerpfandrechts ihre Wirkung verloren hat, wenn im Zeitpunkt der Konkurseröffnung die im summarischen Verfahren angesetzte Frist zur Einreichung der Klage auf definitive Eintragung unbenutzt abgelaufen ist. Das noch immer im Grundbuch vorgemerkte Bauhandwerkerpfandrecht ist deshalb nicht in das Lastenverzeichnis aufzunehmen. Ist der Konkursit lediglich Eigentümer des Grundstücks, welches das Pfandobjekt<sup>69</sup> darstellt, hat die Konkursverwaltung sowohl die Forderung als auch das Pfandobjekt abzuweisen. Ist der Konkursit auch Schuldner des Handwerkers oder Unternehmers, ist die (ausgewiesene) Forderung als ungesicherte Forderung in den Kollokationsplan aufzunehmen.

*bbb) Klage auf definitive Eintragung ist hängig*

Hat der Handwerker oder Unternehmer die Klage betreffend definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts im Zeitpunkt der Eröffnung des Konkurses bereits anhängig gemacht<sup>70</sup>, ist der entsprechende Prozess einstweilen zu sistieren (Art. 207 Abs. 1 [Satz 1] SchKG).

Das Bauhandwerkerpfandrecht wird im Lastenverzeichnis zunächst (ohne Verfügung der Konkursverwaltung) pro memoria vorgemerkt (Art. 63 Abs. 1

---

<sup>68</sup> Vgl. etwa Urteil des Handelsgerichts ZH HE140187 vom 3. Juli 2014 E. 5.

<sup>69</sup> Vgl. dazu THURNHERR, ZBJV 2006 (FN 11), 918 sowie ZOBL, ZSR 1982 II (FN 2), 119 ff.

<sup>70</sup> Abzustellen ist dabei auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit gemäss Art. 62 ZPO (BSK-WOHLFART/MEYER, Art. 207 SchKG, N 10). Dies gilt auch hinsichtlich Art. 63 Abs. 1 KOV (vgl. dazu MILANI/WOHLGEMUTH [FN 46], Art. 63 KOV, N 23; a.M. etwa BSK-HIERHOLZER, Art. 247 SchKG, N 69 sowie STAEHELIN DANIEL, Die Aufnahme in das Lastenverzeichnis und die Parteirollenverteilung für den Lastenbereinigungsprozess, in: ANGST/COMETTA/GASSER [Hrsg.], Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Basel/Genf/München 2000, 320 m.w.N., jedoch beide zur Rechtslage vor Inkrafttreten der eidgenössischen ZPO).



KOV)<sup>71</sup>. „Wird der Prozess weder von der Masse noch von einzelnen Gläubigern nach Artikel 260 SchKG fortgeführt, so gilt die Forderung [bzw. das Bauhandwerkerpfandrecht und gegebenenfalls auch die Forderung<sup>72</sup>] als anerkannt, und die Gläubiger haben kein Recht mehr, ihre Kollokation<sup>73</sup> nach Artikel 250 SchKG anzufechten“ (Art. 63 Abs. 2 KOV). „Treten Masse oder einzelne Gläubiger in das Verfahren ein, wird dieses dem Sinn nach zu einem Kollokationsprozess, dessen Endentscheid für alle Gläubiger [mit den Folgen gemäss Art. 63 Abs. 3 KOV] verbindlich wird“<sup>74</sup>.

Wurde durch den Handwerker oder Unternehmer lediglich auf definitive Eintragung des Pfandrechts geklagt (ohne gleichzeitige Klage auf Leistung der Vergütung<sup>75</sup>), hat die Konkursverwaltung über die Zulassung der Forderung (welche nicht Gegenstand des Prozesses ist) im Lastenverzeichnis zu verfügen<sup>76</sup>. Hat der Handwerker oder Unternehmer hingegen zusammen mit der definitiven Eintragung auch die Forderung eingeklagt<sup>77</sup>, ist im Lasten-

---

<sup>71</sup> Die Vormerkung erfolgt mit einem Hinweis, dass das Pfandrecht in dem Umfang bestehe, in welchem die Forderung des Bauhandwerkers in der Lastenbereinigung (bzw. im Kollokationsverfahren) festgestellt werde (SCHMID [FN 22], 86). Vgl. auch oben, FN 70.

<sup>72</sup> Vgl. dazu den unmittelbar folgenden Absatz im Text.

<sup>73</sup> Bzw. die Aufnahme in das Lastenverzeichnis.

<sup>74</sup> BGE 112 III 36 ff. E. 3 lit. a. „Wird der Prozess dagegen fortgeführt, so erfolgt je nach dessen Ausgang die Streichung der Forderung oder ihre definitive Kollokation, welche von den Gläubigern ebenfalls nicht mehr angefochten werden kann“ (Art. 63 Abs. 3 KOV). Vgl. dazu auch BSK-WOHLFART/MEYER, Art. 207 SchKG, N 22 ff. (Rechtsfolgen betreffend Passivprozesse), 30 ff. (Widerruf und Einstellung des Konkurses).

<sup>75</sup> Der Handwerker oder Unternehmer kann gemäss Art. 90 ZPO die Klage auf (definitive) Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts und die Forderungsklage (Anspruch auf Vergütung) im gleichen Verfahren geltend machen (objektive Klagenhäufung). Vgl. dazu SCHUMACHER RAINER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, Rz 709 ff. sowie SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht (FN 16), Rz 1630 ff.

<sup>76</sup> SCHMID (FN 22), 86.

<sup>77</sup> Vgl. FN 75.

verzeichnis sowohl das Pfandrecht als auch die Forderung (ohne Verfügung der Konkursverwaltung) vorzumerken (Art. 63 Abs. 1 KOV)<sup>78</sup>.

c) *Variante 3: Das Bauhandwerkerpfandrecht ist im Zeitpunkt der Eröffnung des Konkurses im Grundbuch weder vorgemerkt noch eingetragen*

aa) *Grundlagen und herrschende Lehre*

Aus naheliegenden Gründen werden die Handwerker und Unternehmer teilweise erst durch die Publikation der Konkursöffnung dazu veranlasst, die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu erwirken. Wie bereits erwähnt<sup>79</sup> können Bauhandwerkerpfandrechte auch noch nach der Eröffnung des Konkurses zur Entstehung gebracht werden. Dies gilt auch dann, wenn im Zeitpunkt der Konkursöffnung noch keine vorläufige Eintragung (Vormerkung) im Grundbuch besteht<sup>80</sup>.

Zuständig für die Veranlassung der (provisorischen) Eintragung bzw. Vormerkung ist nach herrschender Lehre weiterhin das entsprechende Gericht im summarischen Verfahren<sup>81</sup>. Gegenpartei des Bauhandwerkers oder Unternehmers ist die Konkursmasse, vertreten durch die Konkursverwaltung. Art. 207 SchKG (und damit auch dessen Abs. 3) kommt auf Prozesse, welche erst nach der Konkursöffnung rechtshängig werden, nicht zur Anwen-

---

<sup>78</sup> Für die sich daraus ergebenden Folgen vgl. den unmittelbar vorangehenden Absatz im Text sowie Art. 63 Abs. 2 und 3 KOV.

<sup>79</sup> Vgl. dazu oben, II.2.a).

<sup>80</sup> Vgl. etwa SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht (FN 16), Rz 174 und 1704 m.w.N.

<sup>81</sup> Vgl. etwa SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht (FN 16), Rz 1709 ff.; BSK-HIERHOLZER, Art. 247 SchKG, N 26 ff.; SCHRANER/MONNIER, ST 1995 (FN 30), 508 f.; a.M. ZOBL, ZSR 1982 II (FN 2), 167; ZOBL/THURNHERR, Bauhandwerkerpfandrecht (FN 1), 500 m.w.N.; SCHMID (FN 22), 82 f.

dung<sup>82</sup>. Demnach steht auch die Eintragungsfrist nach Art. 839 Abs. 2 ZGB nicht still<sup>83</sup>.

Zu beachten ist, dass nach herrschender Lehre der Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts nicht bei der Konkursverwaltung geltend gemacht werden kann. Diese ist demnach auch nicht befugt, eine entsprechende Anweisung an das Grundbuchamt vorzunehmen. Sodann kann der (realobligatorische) Anspruch auf Pfanderrichtung auch nicht in das Lastenverzeichnis aufgenommen werden. Dies hat zur Folge, dass die Konkursverwaltung ein Bauhandwerkerpfandrecht bzw. die entsprechende Forderung im Lastenverzeichnis abzuweisen hat, wenn dieses lediglich bei ihr (der Konkursverwaltung) angemeldet worden ist. Ist der Konkursit auch Schuldner des Handwerkers oder Unternehmers, weist die Konkursverwaltung zwar das Bauhandwerkerpfandrecht ab, kolloziert aber die Vergütungsforderung (falls begründet) als ungesicherte Forderung<sup>84</sup>.

Das summarische Verfahren betreffend vorläufige Eintragung bzw. Vormerkung eines Bauhandwerkerpfandrechts gehört zu den dringlichen Fällen gemäss Art. 207 SchKG. Falls es bei Eröffnung des Konkurses bereits hängig ist, hat der Richter demnach den Parteien mitzuteilen, dass das Verfahren nicht eingestellt wird (Art. 207 Abs. 1 [Satz 1] SchKG). Sodann ist der Konkursverwaltung sofort Frist zur Erklärung anzusetzen, ob sie namens der Konkursmasse den Prozess weiterführen oder das Begehren anerkennen will<sup>85</sup>.

Daraus ergibt sich, dass es der Konkursverwaltung frei steht, das Begehren des Handwerkers oder Unternehmers betreffend vorläufige Eintragung (mit

---

<sup>82</sup> BGE 116 V 284 ff. E. 3 lit. d sowie BSK-WOHLFART/MEYER, Art. 207 SchKG, N 10.

<sup>83</sup> Vgl. dazu FRITZSCHE HANS/WALDER-BOHNER HANS ULRICH, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band II, 3. Aufl., Zürich 1993, § 40 Rz 9.

<sup>84</sup> Vgl. dazu BSK-HIERHOLZER, Art. 247 SchKG, N 27 und SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht (FN 16), Rz 1719.

<sup>85</sup> Vgl. BGE 133 III 377 ff. E. 6.1 und FRITZSCHE/WALDER II (FN 83), § 40 Rz 24. Vgl. dazu auch JAEGER CARL, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, Band 2, 3. Aufl., Zürich 1911, Art. 207 SchKG, N 1 sowie BSK-HIERHOLZER, Art. 247 SchKG, N 26.

der Wirkung der Vormerkung des Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch) zu anerkennen. Sie kann auf die Anerkennung nur zurückkommen, wenn nachträglich eingetretene Tatsachen Anlass zu einer Neuurteilung geben<sup>86</sup>.

Heisst das zuständige Gericht das Begehren des Handwerkers oder Unternehmers gut und wird das Bauhandwerkerpfandrecht gemäss der gerichtlichen Anweisung im Grundbuch vorgemerkt<sup>87</sup>, ist es bei der Erstellung des Lastenverzeichnisses zu berücksichtigen<sup>88, 89</sup>.

Hinsichtlich der Einleitung der Klage betreffend definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts verhält es sich analog zum bereits dargelegten Fall der noch nicht anhängig gemachten entsprechenden Klage bei bestehender Vormerkung des Bauhandwerkerpfandrechts: Das Summarverfahren ist entweder für die Dauer des Konkursverfahrens zu sistieren oder es ist dem Handwerker bzw. Unternehmer eine relativ bemessene Klagefrist anzusetzen (z.B. Klagefrist von zwei Monaten ab Einstellung des Konkurses mangels Aktiven [Art. 230 f. SchKG] oder ab Widerruf des Konkurses [Art. 195 f. SchKG]).

*bb) Mindermeinung (Aufnahme des realobligatorischen Anspruchs auf Pfanderrichtung in das Lastenverzeichnis)*

Nach Auffassung einer Mindermeinung muss der realobligatorische Anspruch auf Pfanderrichtung in das Lastenverzeichnis aufgenommen werden

---

<sup>86</sup> Vgl. BSK-HIERHOLZER, Art. 247 SchKG, N 28. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Konkursverwaltung (in allen andern Fällen) grundsätzlich verpflichtet ist, summarisch zu prüfen, ob die Eintragungsvoraussetzungen des Bauhandwerkerpfandrechts erfüllt sind (vgl. dazu oben, II.4.b); a.M. BSK-HIERHOLZER, Art. 247 SchKG, N 27).

<sup>87</sup> Bei entsprechend gestelltem Begehren wird auch in diesem Fall das Grundbuchamt mittels superprovisorischer Verfügung angewiesen, das Bauhandwerkerpfandrecht vorzumerken.

<sup>88</sup> Die Konkursverwaltung hat unmittelbar vor der Erstellung des Lastenverzeichnisses einen aktuellen Grundbuchauszug anzufordern. Verspätete Konkurseingaben sind sodann bis zum Schluss des Konkurses zu berücksichtigen (Art. 251 Abs. 1 SchKG; BGE 138 III 437 ff. E. 4.2.3).

<sup>89</sup> Vgl. dazu auch oben, II.3.

bzw. qualifiziert der erwähnte Anspruch zur Aufnahme in das Lastenverzeichnis<sup>90</sup>. Nach dieser Auffassung wird (folgerichtig) auch die Eintragungsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB durch die Anmeldung des Pfanderrichtungsanspruchs bei der Konkursverwaltung gewahrt.

Entgegen meiner früher vertretenen Meinung<sup>91</sup> ist in dieser Frage der herrschenden Lehre, welche die Aufnahme des Pfanderrichtungsanspruchs in das Lastenverzeichnis ablehnt, beizupflichten. In das Lastenverzeichnis können gemäss Art. 247 Abs. 2 SchKG nur im Grundbuch eingetragene oder vorgezeichnete Rechte aufgenommen werden. Entsprechend ist der Grundbuchauszug grundsätzlich Basis des Lastenverzeichnisses (Art. 140 Abs. 1 SchKG und Art. 28, 34 Abs. 1 lit. b VZG). Sodann entsteht das Bauhandwerkerpfandrecht (als mittelbares gesetzliches Grundpfandrecht) explizit erst mit der Eintragung im Grundbuch. Inwiefern und gestützt worauf die Eröffnung des Konkurses an diesem Grundsatz etwas ändern sollte, ist nicht ersichtlich<sup>92</sup>.

Für den Handwerker oder Unternehmer sind mit der (ausschliesslichen) Anmeldung des Pfanderrichtungsanspruchs bei der Konkursverwaltung u.U. erhebliche Risiken verbunden. So kann etwa ein anderer Pfandgläubiger das entsprechende Pfandrecht mittels Kollokationsklage gemäss Art. 250 Abs. 2 SchKG bestreiten<sup>93</sup> und allenfalls obsiegen, weil das Gericht davon ausgeht, dass das Bauhandwerkerpfandrecht – mangels Wahrung der Eintragungsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB durch Eintragung bzw. Vormerkung im Grundbuch – nicht entstanden ist. Sodann ist auf die Möglichkeit der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (Art. 230 f. SchKG) oder des Widerrufs des Konkurses (Art. 195 f. SchKG) hinzuweisen.

---

<sup>90</sup> Vgl. insbes. ZOBL, ZSR 1982 II (FN 2), 167 sowie ZOBL/THURNHERR, Bauhandwerkerpfandrecht (FN 1), 500; SCHMID (FN 22), 82 ff. und STAEHELIN (FN 70), 309.

<sup>91</sup> ZOBL/THURNHERR, Bauhandwerkerpfandrecht (FN 1), 500.

<sup>92</sup> Vgl. dazu etwa BSK-HIERHOLZER, Art. 247 SchKG, N 26 und SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht (FN 16), Rz 1712 ff.

<sup>93</sup> Vgl. dazu insbes. oben, FN 51.

Zu erwähnen ist abschliessend, dass die Konkursverwaltungen den Pfanderichtungsanspruch regelmässig in das Lastenverzeichnis aufnehmen und mithin eine Praxis entsprechend der dargestellten Mindermeinung verfolgen.

## **5. Mehrere Pfandrechte für die gleiche Bauleistung**

### *a) Einführung und Übersicht über die unterschiedlichen Auffassungen*

Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Pfanderrichtung für die Handwerker oder Unternehmer, „sei es, dass sie den Grundeigentümer, einen Handwerker oder Unternehmer, einen Mieter, einen Pächter oder eine andere am Grundstück berechnigte Person zum Schuldner haben“<sup>94</sup>. Daraus ergibt sich zum einen die mögliche Konstellation von Drittpfandverhältnissen und zum andern die eventuelle mehrfache Geltendmachung des Pfandrechtsanspruchs für die gleiche Bauleistung. Letzteres kann wie folgt veranschaulicht werden:

#### *Beispiel 1:*

Ein selbständiger Maler (Sub-Subunternehmer), welcher aufgrund eines Vertrages mit einem Malerunternehmen Leistungen erbracht hat, macht für diese Leistungen ein Bauhandwerkerpfandrecht geltend. Das Malerunternehmen (Subunternehmer) beansprucht ein Bauhandwerkerpfandrecht für die Vergütung der vollständigen Malerarbeiten, welche auch die Vergütung des selbständigen Malers enthält. Der Generalunternehmer (Hauptunternehmer) verlangt schliesslich die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für seine Vergütungsforderung, welche auch die Vergütungen der Subunternehmer enthält.

Da nun jeder der involvierten Handwerker und Unternehmer einen direkten und damit von den in der Vertragskette weiter oben stehenden Unternehmern unabhängigen Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts besitzt<sup>95</sup>, führt die im obigen Beispiel dargestellte Situation grundsätzlich zur Eintragung bzw. Vormerkung von mehreren Bauhandwerkerpfandrechten,

---

<sup>94</sup> Vgl. dazu oben, II.2.d) sowie THURNHERR, ZBJV 2006 (FN 11), 911 f., 925 f.

<sup>95</sup> Vgl. dazu oben, II.2.d) sowie THURNHERR, ZBJV 2006 (FN 11), 911 f., 925 f.

welche alle teilweise die Vergütung für die gleiche Leistung sichern. Solche Situationen sind in der Praxis zwar selten, aber immerhin denkbar. Nachfolgend werden deshalb deren Behandlung im Konkurs sowie die entsprechenden Grundlagen kurz dargestellt.

In der Literatur werden zwei verschiedene Auffassungen vertreten. Nach SCHUMACHER sind „die Pfandsummen der Unternehmer der oberen Stufen einer Vertragskette zu reduzieren, wenn die betreffende Bauleistung durch ein Baupfandrecht zugunsten eines Unternehmers auf einer unteren Stufe einzutragen ist. Die Reduktion erfolgt in der Höhe der Pfandsumme des Baupfandrechts, das zugunsten des ‚unteren Unternehmers‘ einzutragen ist“, wobei sie nur dann vorzunehmen ist, wenn der Vergütungsanspruch des „unteren Unternehmers“ vom „oberen Unternehmer“ noch nicht befriedigt worden ist<sup>96</sup>. Wurde die Forderung des „unteren Unternehmers“ bereits beglichen, spielt das Akzessorietätsprinzip<sup>97</sup>, was zur Folge hat, dass zumindest eine Klage des entsprechenden Subunternehmers auf definitive Eintragung abzuweisen wäre.

Nach FÜLLEMANN<sup>98</sup> sind hingegen – auch wenn für eine Bauleistung mehrere Pfandrechte angemeldet werden – sämtliche der entsprechenden Bauhandwerkerpfandrechte mit der vollen Pfandsumme einzutragen bzw. zu berücksichtigen.

*b) Handhabung im Konkursverfahren und praktische Auswirkungen der unterschiedlichen Auffassungen*

Folgt man der Auffassung von SCHUMACHER, ist spätestens bei der Erstellung des Lastenverzeichnisses die Pfandsumme des Unternehmers (also des „Vormannes“, nämlich des Bestellers im Verhältnis zum Subunternehmer bzw. Sub-Subunternehmer etc.) in der Höhe der Pfandsumme des Pfand-

---

<sup>96</sup> SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht (FN 16), Rz 947 f.

<sup>97</sup> Vgl. dazu etwa BK-ZOBL/THURNHERR, Systematischer Teil vor Art. 884 ff. ZGB, N 245 ff.

<sup>98</sup> FÜLLEMANN REINMAR, Durchsetzung und Vollstreckung des Bauhandwerkerpfandrechts unter besonderer Berücksichtigung der Dritteigentümerverhältnisse, Diss. Zürich 1983, 61 ff.; vgl. auch SCHMID (FN 22), 92 f.

rechts des Subunternehmers (als des „Nachmannes“) zu reduzieren. Einen Nachteil erleidet der Unternehmer dadurch nicht, da er den Subunternehmer – insoweit als dieser am Erlös der Grundpfandverwertung partizipiert – nicht mehr befriedigen muss<sup>99</sup>.

Nach der gegenteiligen Meinung von FÜLLEMANN sind sämtliche Bauhandwerkerpfandrechte der gesamten Vertragskette in das Lastenverzeichnis aufzunehmen<sup>100</sup>. Die Zulassung der mehreren Pfandrechte (für die gleiche Bauleistung) ist diesfalls mit der Verfügung zu verbinden, dass auf die entsprechenden Pfandrechte als Treffnisse im Maximum der Betrag der Vergütungsforderung des Generalunternehmers (Hauptunternehmers) bzw. der Pfandsumme dessen Bauhandwerkerpfandrechts zugewiesen wird<sup>101</sup>.

Der praktische Unterschied zwischen den beiden erwähnten Auffassungen kann anhand des folgenden Beispiels aufgezeigt werden:

*Beispiel 2*<sup>102</sup>:

Ausgangslage: Generalunternehmer (GU) mit einer Forderung von CHF 200'000, Subunternehmer 1 (S 1) mit einer Forderung von CHF 50'000, Sub(-Sub)unternehmer 2 (S 2) mit einer Forderung von CHF 10'000 und Handwerker (H; nicht vertraglich mit dem GU oder einem Subunternehmer verbunden) mit einer Forderung von CHF 40'000. Der Erlös aus der Verwertung des Grundstücks beträgt CHF 150'000.

*Variante Schumacher:*

	GU	S 1	S 2	H
Pfandsummen:	CHF 150'000	CHF 40'000	CHF 10'000	CHF 40'000
Treffnisse:	CHF 93'750	CHF 25'000	CHF 6'250	CHF 25'000

---

<sup>99</sup> Vgl. SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht (FN 16), Rz 949 ff.

<sup>100</sup> FÜLLEMANN (FN 98), 63 ff. sowie SCHMID (FN 22), 92 f.

<sup>101</sup> SCHMID (FN 22), 92 f.

<sup>102</sup> Vgl. dazu FÜLLEMANN (FN 98), 65 f. sowie SCHMID (FN 22), 93.



*Variante Fülleemann:*

	GU	S 1	S 2	H
Pfandsummen:	CHF 200'000	CHF 50'000	CHF 10'000	CHF 40'000
Treffnisse:	CHF 100'000	CHF 25'000	CHF 5'000	CHF 20'000

Vergleicht man die prozentuale Befriedigung der Pfandgläubiger (Vergleich Forderungen/Treffnisse) nach den unterschiedlichen Varianten, fällt auf, dass diese bei der Variante Schumacher ungleich ausfällt<sup>103</sup>, was auf den ersten Blick unter dem Aspekt von Art. 840 ZGB problematisch zu sein scheint<sup>104</sup>. Trägt man jedoch der besonderen Situation der mehrfachen Geltendmachung des Pfandrechtsanspruchs für die gleiche Bauleistung Rechnung und vergleicht man deshalb nicht die Forderungen mit den Treffnissen, sondern die zugelassenen Pfandsummen, so ergibt sich, dass sämtliche Pfandgläubiger auch bei der Variante Schumacher gleich behandelt werden<sup>105</sup>.

## 6. Die Behandlung des Bauhandwerkerpfandrechts in der Verwertung

### a) Art der Verwertung des belasteten Grundstücks

Gemäss Art. 256 Abs. 2 SchKG dürfen mit Pfandrechten belastete Grundstücke nur nach Zustimmung sämtlicher Pfandgläubiger – und damit auch der Baupfandgläubiger – anders als durch öffentliche Versteigerung verwertet werden. Ein freihändiger Verkauf erfordert damit die Zustimmung aller Pfandgläubiger<sup>106</sup>.

Zu erwähnen ist weiter, dass das Deckungsprinzip im Konkurs nicht zur Anwendung gelangt<sup>107</sup>.

<sup>103</sup> GU: 46.875% / S 1: 50% / S 2: 62.5% / H: 62.5%.

<sup>104</sup> So FÜLLEMANN (FN 98), 65 f.

<sup>105</sup> Treffnisse von 62.5% im Vergleich zur zugelassenen Pfandsomme.

<sup>106</sup> BSK-BÜRGI, Art. 256 SchKG, N 24.

<sup>107</sup> Vgl. AMONN/WALTHER (FN 42), § 47 Rz 20.

b) *Zahlungsmodus*<sup>108</sup>

Gemäss Art. 130 Abs. 1 VZG findet Art. 106 Abs. 2 [bzw. richtigerweise nicht Abs. 2, sondern Satz 2]<sup>109</sup> VZG auch im Konkurs entsprechende Anwendung<sup>110, 111</sup>. Weiter gelten nach Art. 259 SchKG für die Steigerungsbedingungen im Konkurs auch die Art. 134 bis 137 SchKG sinngemäss. Gleiches gilt laut Art. 130 Abs. 1 VZG auch für die Art. 45 bis 52 VZG.

Nach Art. 135 Abs. 1 SchKG werden „fällige grundpfandgesicherte Schulden [...] nicht überbunden, sondern vorweg aus dem Erlös bezahlt“. Art. 45 Abs. 1 lit. d VZG legt (mit Verweisung auf Art. 46 VZG) weiter fest, dass die Steigerungsbedingungen die Angabe der Beträge enthalten müssen, welche der Ersteigerer auf Abrechnung am Zuschlagspreis bar bezahlen muss, sowie diejenigen Posten, die er über den Zuschlagspreis hinaus zu übernehmen hat. Sodann enthält Art. 46 Abs. 1 VZG die nachfolgende Regelung: „Auf Abrechnung am Zuschlagspreis ist in den Steigerungsbedingungen vom Ersteigerer Barzahlung zu verlangen für die fälligen, durch vertragliches oder gesetzliches Pfandrecht gesicherten Kapitalforderungen, die fälligen Kapitalzinse, inbegriffen Verzugszinse und Betreuungskosten, die Verwaltungskosten, soweit sie nicht aus den eingegangenen Erträgen Deckung

---

<sup>108</sup> Auf den 1. Januar 2016 wurde der revidierte Art. 136 SchKG in Kraft gesetzt. Dieser sieht vor, dass Barzahlung nur noch bis zu einem Höchstbetrag von CHF 100'000 möglich ist. Zahlungen, welche diesen Betrag übersteigen, sind zwingend über einen dem GwG unterstellten Finanzintermediär zu leisten. Eine diesbezügliche Anpassung der VZG hat jedoch nicht stattgefunden.

<sup>109</sup> Diese Verweisung ist insofern zu präzisieren, dass sie sich auf Satz 2 von Art. 106 VZG bezieht, zumal die erwähnte Norm nicht in mehrere Absätze unterteilt ist und Satz 1 Verweisungen auf Normen enthält, welche im Konkurs ohnehin nicht zur Anwendung gelangen (vgl. dazu SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht [FN 16], Rz 1729).

<sup>110</sup> Vgl. dazu schon BGE 119 III 127 ff. E. 3a.

<sup>111</sup> Genau betrachtet schreibt Art. 106 Satz 2 VZG für die nicht vollständig gedeckten, fälligen Forderungen der Handwerker und Unternehmer Barzahlung vor. Dies ergibt sich aus dem Zusammenhang mit Art. 46 VZG. Demnach ist für die vollständig gedeckten und nicht fälligen Forderungen keine Barzahlung vorgesehen. Dazu ist festzuhalten, dass die Forderungen der Bauhandwerker regelmässig fällig sind (vgl. dazu unten im Text), weshalb die entsprechende Einschränkung nicht von praktischer Bedeutung ist.

finden, die Verwertungskosten und für den allfälligen, den Gesamtbetrag der pfandgesicherten Forderungen übersteigenden Mehrerlös“. Fällig gemäss Art. 46 Abs. 1 VZG sind diejenigen Kapital- und Zinsforderungen, welche gemäss dem rechtskräftigen Lastenverzeichnis im Zeitpunkt der Versteigerung fällig sind. Dies gilt auch für solche Forderungen, welche durch ein gesetzliches Pfandrecht gesichert sind. Weiter sind Pfandforderungen, die nicht fällig sind, dem Ersteigerer zu überbinden (Art. 46 Abs. 3 VZG und Art. 45 Abs. 1 lit. a VZG). Art. 49 VZG bestimmt sodann abschliessend, welche Schuldverpflichtungen dem Ersteigerer zusätzlich zum Zuschlagspreis zur Zahlung zu überbinden sind<sup>112</sup>.

Die durch Bauhandwerkerpfandrechte gesicherten Forderungen sind im Zeitpunkt der Verwertung regelmässig fällig<sup>113</sup>. Dies hängt damit zusammen, dass das Vertragsverhältnis zwischen dem Handwerker bzw. Unternehmer und dem Besteller im Zeitpunkt der Erstellung des Lastenverzeichnisses resp. dessen Bereinigung bereits aufgelöst ist<sup>114</sup> und Schadenersatzansprüche der Bauhandwerker nicht unter den Pfandrechtsschutz fallen<sup>115</sup>. Sodann handelt es sich bei den Bauhandwerkerpfandrechten um gesetzliche Pfandrechte im Sinne von Art. 46 Abs. 1 VZG.

Aus dem eben Dargelegten ergibt sich im Zusammenhang mit den oben geschilderten anwendbaren Normen und unter Berücksichtigung von Art. 840 ZGB<sup>116</sup>, dass für die durch ein Bauhandwerkerpfandrecht gesicherten Forderungen (inkl. Verzugszinsen, sofern diese im Rahmen der Eintragung im Grundbuch gesichert sind) in den Steigerungsbedingungen regelmässig Bar-

---

<sup>112</sup> Zum Ganzen vgl. auch SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht (FN 16), Rz 1728 ff.

<sup>113</sup> Vgl. dazu auch oben, FN 111.

<sup>114</sup> Vgl. dazu auch Art. 83 Abs. 2 OR sowie HUNKELER DANIEL, Wirkungen der Konkursöffnung auf zweiseitige Verträge, insbesondere auf Werkverträge (ausgewählte Einzelfragen), Jusletter vom 28. Oktober 2002, Rz 46.

<sup>115</sup> Vgl. dazu SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht (FN 16), Rz 444, 446 und 1086.

<sup>116</sup> Die verhältnismässige Gleichbehandlung der Baupfandgläubiger gemäss Art. 840 ZGB setzt voraus, dass der entsprechende Betrag in bar sichergestellt ist. Entsprechend verhält es sich für die Sicherstellung gemäss Art. 117 VZG (vgl. dazu unten, II.8.).

zahlung auf bzw. mit Anrechnung<sup>117</sup> an den Zuschlagspreis zu verlangen ist<sup>118</sup>.

c) *Spezialliquidation gemäss Art. 230a Abs. 2 SchKG*

Die Baupfandgläubiger einer juristischen Person können im Falle der Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven<sup>119</sup> die Verwertung des Pfandobjektes unmittelbar durch das Konkursamt verlangen (Art. 230a Abs. 2 SchKG). Das Konkursamt setzt den Pfandgläubigern eine Frist von 10 bis 20 Tagen an, innert derer diese mitteilen müssen, ob sie die Pfandverwertung wünschen<sup>120</sup>. Wird die Pfandverwertung durchgeführt, erfolgt diese nach den Vorschriften über das summarische Verfahren<sup>121</sup>.

## 7. Pfandausfall

a) *Übersicht*

Anhand der Verteilungsliste nach Art. 261 SchKG hat die Konkursverwaltung für jedes Grundstück festzustellen, welche Grundpfandgläubiger aus dem Verwertungserlös nicht oder nur teilweise befriedigt werden. „Ergibt sich nach Abzug der Kosten und vollständiger Deckung der Pfandforderungen ein Überschuss, so wird er zum Erlös des freien Massevermögens geschlagen. Ergibt sich umgekehrt auf den Pfandobjekten ein Ausfall, so ist er unter die Forderungen in der ersten bis dritten Klasse einzureihen, sofern eine persönliche Haftung des Schuldners für die Forderung besteht“ (Art. 85

---

<sup>117</sup> BGE 119 III 127 ff. E. 3b. Die Aufzählung der Schuldverpflichtungen in Art. 49 VZG, welche dem Ersteigerer ohne Anrechnung an den Zuschlagspreis zu überbinden sind, ist abschliessend. Daraus ergibt sich, dass für die Baupfandforderungen Barzahlung mit Anrechnung an den Zuschlagspreis zu verlangen ist.

<sup>118</sup> Zu berücksichtigen ist jedoch der auf den 1. Januar 2016 in Kraft gesetzte, revidierte Art. 136 SchKG. Vgl. dazu oben FN 108.

<sup>119</sup> Das Konkursverfahren über eine juristische Person wird mangels Aktiven eingestellt, wenn nicht genügend Vermögenswerte zur Deckung der Kosten des summarischen Konkursverfahrens vorhanden sind (Art. 230 SchKG).

<sup>120</sup> BGE 130 III 481 ff. E. 2.2; BSK-LUSTENBERGER, Art. 230a SchKG, N 10.

<sup>121</sup> Vgl. Art. 96 lit. b und c KOV.

KOV). Für den Fall, dass der Konkursit auch persönlicher Schuldner des Baugläubigers war und dieser einen Ausfall erleidet, partizipiert der Baugläubiger am Erlös des freien Massevermögens. Sodann erhält er allenfalls einen Konkursverlustschein nach Art. 265 SchKG.

War der Konkursit nicht Schuldner des Handwerkers oder Unternehmers (Drittpfandrecht), erhält der letztere einen Ausweis über den in der Grundpfandverwertung erlittenen Verlust (Art. 120 VZG<sup>122</sup>). Insoweit der Baugläubiger nicht befriedigt wurde, bleibt er Gläubiger des Bestellers.

Das Bauhandwerkerpfandrecht wird sodann im Grundbuch gelöscht.

#### *b) Verteilung und Gleichberechtigung*

Reicht der Pfanderlös nicht aus, um sämtliche Baupfandgläubiger zu befriedigen, kommt Art. 840 ZGB zur Anwendung. Die auf die einzelnen Bauhandwerkerpfandrechte entfallenden Anteile am Verwertungserlös werden zusammengerechnet und im Verhältnis zur Höhe der pfandgesicherten Forderung jedes einzelnen Baupfandgläubigers unter diesen aufgeteilt<sup>123</sup>.

### **8. Sicherstellung des Vorrechts**

Kommen bei der Verteilung Baupfandgläubiger zu Verlusten, setzt ihnen die Konkursverwaltung „eine Frist von zehn Tagen an, um beim Gericht des Betreibungsortes einen allfälligen Anspruch auf Deckung aus dem den vorgehenden Pfandgläubigern zufallenden Verwertungsanteil (Art. 841 Abs. 1 ZGB) einzuklagen“ (Art. 117 Abs. 1 VZG<sup>124</sup>).

Gemäss Art. 117 Abs. 2 VZG wird die Verteilung hinsichtlich des streitigen Anteils bis zur Erledigung des Vorrechtsprozesses aufgeschoben, wenn die-

---

<sup>122</sup> Art. 120 VZG ist gemäss Art. 132 VZG auch im Konkurs anwendbar.

<sup>123</sup> Vgl. dazu oben, II.2.f).

<sup>124</sup> Gemäss Art. 132 VZG kommt Art. 117 VZG auch im Konkurs zur Anwendung.

ser innerhalb der Frist von zehn Tagen anhängig gemacht wurde<sup>125</sup>. In diesem Fall behält die Konkursverwaltung denjenigen Betrag zurück, der für den Ersatz des Pfandausfalles und der Verzugszinsen bis am Tag der Versteigerung erforderlich ist. Diesbezüglich massgebend ist jedoch das Quantitativ des Klagebegehrens<sup>126</sup>. Obsiegt der Baupfandgläubiger, wird der ihm zukommende Betrag unmittelbar aus dem Betreffnis des unterlegenen vorgehenden Pfandgläubigers zugewiesen. Abzulehnen ist die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach auch ein Betrag für die Parteientschädigung sowie für von unterliegenden Pfandgläubigern zu erstattende Prozesskostenvorschüsse zurückzubehalten sei<sup>127</sup>. Das Bauhandwerkerpfandrecht sichert keine Prozesskosten<sup>128</sup>.

Klagt ein Baupfandgläubiger erst nach Ablauf der Frist gemäss Art. 117 Abs. 1 VZG, trägt er das Risiko der Insolvenz des Beklagten, zumal die Konkursverwaltung diesfalls ohne Rücksicht auf den Vorrechtsprozess den Verwertungserlös gemäss der rechtskräftigen Verteilungsliste verteilt (Art. 117 Abs. 4 VZG).

### III. Konkurs des Nichtgrundeigentümers

#### 1. Grundlagen und verschiedene Möglichkeiten

Die Handwerker und Unternehmer können die Errichtung von Bauhandwerkerpfandrechten am Baugrundstück auch dann erwirken, wenn Sie nicht den Grundeigentümer, sondern „einen Handwerker oder Unternehmer, einen Mieter, einen Pächter oder eine andere am Grundstück berechtigte Person

---

<sup>125</sup> Die (kurze) nicht erstreckbare bundesrechtliche Verwirkungsfrist von zehn Tagen wird durch Einreichung des Schlichtungsgesuchs gewahrt (keine Ausnahme nach Art. 198 ZPO).

<sup>126</sup> Art. 117 Abs. 2 VZG: „bleibt die Verteilung hinsichtlich des *streitigen Anteils* [...] aufgeschoben“ (Hervorhebung durch den Verfasser). Vgl. auch SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht (FN 16), Rz 1759.

<sup>127</sup> BGE 110 III 75 ff. E. 3b; vgl. dazu auch SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht (FN 16), Rz 1760 ff.

<sup>128</sup> BSK-THURNHERR, Art. 839/840 ZGB, N 9a.

zum Schuldner haben“ (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 und Abs. 2 ZGB)<sup>129</sup>. Daraus ergibt sich zwangsläufig die Möglichkeit der Entstehung von Drittpfandverhältnissen<sup>130</sup>.

Aus naheliegenden Gründen ist für die Handwerker und Unternehmer abgesehen vom Konkurs des Grundeigentümers jede Konkursöffnung über einen Vertragspartner von direkter Bedeutung. Es kann dies (neben dem Grundeigentümer, der Vertragspartner sein kann aber für eine mögliche Pfanderrichtung wie erwähnt nicht sein muss) der Total- oder Generalunternehmer, ein Subunternehmer des Generalunternehmers mit dem ein Handwerker kontrahiert hat oder etwa auch ein Mieter bzw. Pächter des fraglichen Grundstücks sein. Abgesehen vom Grundeigentümer sind selbstverständlich sämtliche der erwähnten möglichen Konkursiten nicht Eigentümer desjenigen Grundstücks, dem die Bauarbeiten zugekommen sind.

Im Konkursverfahren gegen konkursite Nichteigentümer sind die nachfolgend dargestellten Besonderheiten zu beachten.

## 2. Drittpfandrechte

### a) *Handhabung im Konkurs des Nichteigentümers*

Auch wenn die Forderung eines Handwerkers oder Unternehmers z.B. gegen den Generalunternehmer durch ein Bauhandwerkerpfandrecht zulasten eines Drittpfandeigentümers gesichert ist, muss diese im Konkurs des Generalunternehmers (ohne Berücksichtigung des Pfandrechts aber unter Hinweis auf dieses) als ungesicherte Forderung kolloziert werden (Art. 61 Abs. 1 KOV)<sup>131</sup>; dies deshalb, weil das fragliche Grundstück (Gegenstand des Drittpfandrechtes) nicht zur Konkursmasse gehört<sup>132</sup>.

Hat die Pfandverwertung vor Ausrichtung der Konkursdividende (im Konkurs des Generalunternehmers) an den Drittpfandgläubiger (= Handwerker

---

<sup>129</sup> Vgl. dazu oben, II.2.d).

<sup>130</sup> Vgl. dazu etwa BK-ZOBL/THURNHERR, Art. 884 ZGB, N 921 ff.

<sup>131</sup> Vgl. dazu BK-ZOBL/THURNHERR, Systematischer Teil vor Art. 884 ff. ZGB, N 737 ff. sowie SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht (FN 16), Rz 1689.

<sup>132</sup> AMONN/WALTHER (FN 42), § 42 Rz 16.

oder Unternehmer) stattgefunden, ist der Eigentümer des (verwerteten) Drittpfandobjektes anstelle des Drittpfandgläubigers zum Bezug der Dividende (aus dem Konkurs des Generalunternehmers) berechtigt, soweit und sofern er nach dem materiellen Recht durch Einlösung des Pfandes in die Rechte des Drittpfandgläubigers eingetreten ist<sup>133</sup> (Art. 61 Abs. 2 KOV)<sup>134</sup>.

Wird der Drittpfandgläubiger durch die Verwertung des Grundstücks vollständig befriedigt, ist er nicht mehr berechtigt, eine Konkursdividende zu beziehen. Erfolgt nur eine teilweise Befriedigung des Drittpfandgläubigers, ist der Pfandausfall als ungesicherte Forderung im Konkurs des Generalunternehmers zu kollozieren.

Findet die Pfandverwertung hingegen erst nach der Ausrichtung einer Konkursdividende an den Drittpfandgläubiger statt, ist das Akzessorietätsprinzip<sup>135</sup> zu berücksichtigen. Danach geht das Pfandrecht des Drittpfandgläubigers im Umfang der an diesen ausgerichteten Dividende unter<sup>136</sup>.

*b) Ausnahme vom Betreibungsverbot*

Eine bei Konkurseröffnung bereits hängige Betreuung darf auch nach der Eröffnung des Konkurses weitergeführt werden und es darf auch eine neue Betreuung gegen den Konkursiten eingeleitet werden, wenn die Betreuung auf die Verwertung eines Drittpfandobjektes gerichtet ist (Art. 206 Abs. 1 [Satz 2] SchKG, Art. 89 Abs. 1 VZG)<sup>137</sup>.

---

<sup>133</sup> Vgl. dazu Art. 110 Ziff. 1 OR und Art. 827 ZGB.

<sup>134</sup> Voraussetzung hierfür ist, dass sich der vormalige Eigentümer (des verwerteten Drittpfandobjektes) und der Drittpfandgläubiger hinsichtlich des Eintritts einig sind oder dass die entsprechende Rechtslage gerichtlich festgestellt wurde. Andernfalls hat die Konkursverwaltung die Dividende zu hinterlegen (vgl. dazu BSK-HIERHOLZER, Art. 247 SchKG, N 55 f.).

<sup>135</sup> Vgl. dazu BK-ZOBL/THURNHERR, Systematischer Teil vor Art. 884 ff. ZGB, N 245 ff.

<sup>136</sup> Vgl. dazu etwa SCHMID JÖRG/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Sachenrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Rz 1604 ff. und 1780 sowie BK-ZOBL/THURNHERR, Systematischer Teil vor Art. 884 ff. ZGB, N 245 ff.

<sup>137</sup> Vgl. dazu auch BK-ZOBL/THURNHERR, Systematischer Teil vor Art. 884 ff. ZGB, N 720.



Die Betreuungsurkunden sind in diesem Fall dem mitzubetreibenden Dritten und der Konkursverwaltung zuzustellen<sup>138</sup>. Die Konkursverwaltung nimmt anstelle des Konkursiten dessen Rechte wahr<sup>139</sup>. Beim Konkurs einer juristischen Person ist die Betreuung auf Pfandverwertung ausschliesslich gegen den Dritten zu richten (Art. 89 Abs. 2 VZG).

### **3. Konkurs des Vertragspartners, wenn das Grundstück, dem die Bauleistungen zugutegekommen sind, Gegenstand von Verwaltungsvermögen ist**

Mit der Sachenrechtsrevision 2009 wurde Art. 839 ZGB mit den Absätzen 4 bis 6 ergänzt<sup>140</sup>, welche primär den Schutz der Subunternehmer bei Bauleistungen für Grundstücke im Verwaltungsvermögen des Staates (Bund, Kantone, Gemeinden) bezwecken. An solchen Grundstücken können bekanntlich grundsätzlich keine Bauhandwerkerpfandrechte errichtet werden<sup>141</sup>. Bis Ende 2011 hingen die Subunternehmer, wenn sie Bauleistungen an entsprechenden Grundstücken erbrachten, einzig von der Zahlungsfähigkeit des Werkbestellers (regelmässig eines General- oder Totalunternehmers) ab. Mit den neu eingefügten Bestimmungen sollte diese unbefriedigende Situation korrigiert werden<sup>142</sup>.

Im Falle des Konkurses eines Vertragspartners des Handwerkers oder Unternehmers kann zwar weiterhin kein Bauhandwerkerpfandrecht an Verwaltungsvermögen des Staates zur Eintragung in das Grundbuch gebracht werden. Das Gemeinwesen haftet den betroffenen Sub- und Sub-Subunternehmern aber gemäss Art. 839 Abs. 4 ff. ZGB nach den Bestimmungen über die einfache Bürgschaft<sup>143</sup>, sofern die entsprechende (sich nach der Vertrags-

---

<sup>138</sup> Dies obwohl nicht die Konkursmasse, sondern der Konkursit persönlich der Betreibende ist (BGE 121 III 28 ff., E. 2).

<sup>139</sup> AMONN/WALTHER (FN 42), § 41 Rz 29.

<sup>140</sup> In Kraft seit dem 1. Januar 2012.

<sup>141</sup> Vgl. BSK-THURNHERR, Art. 839/840 ZGB, N 7.

<sup>142</sup> Vgl. BSK-THURNHERR, Art. 839/840 ZGB, N 42b.

<sup>143</sup> Art. 495 OR.

situation gegen den GU oder TU richtende) Forderung dem Gemeinwesen innerhalb der Verwirkungsfrist von Art. 839 Abs. 2 ZGB angezeigt wurde<sup>144</sup>.

#### IV. Schlussbemerkungen

Das Schicksal des Bauhandwerkerpfandrechts im Konkurs ist zum einen geprägt von den massgebenden materiell-rechtlichen Grundsätzen. So ist der Anspruch auf Eintragung des Pfandrechts realobligatorischer Natur, was dessen Durchsetzbarkeit auch nach Eröffnung des Konkurses zur Folge hat. Weiter legt das materielle Recht fest, dass die Baupfandgläubiger untereinander – unabhängig von der Rangordnung der Pfandrechte – bei der Verteilung den gleichen (verhältnismässigen) Anspruch auf Befriedigung haben. Zum andern stehen aber naturgemäss auch verschiedene konkurs- und zivilprozessrechtliche Aspekte im Vordergrund. Beim Konkurs des Grundeigentümers ist etwa zu unterscheiden, ob das Bauhandwerkerpfandrecht bei Eröffnung des Konkurses bereits im Grundbuch vorgemerkt oder definitiv eingetragen oder aber weder vorgemerkt noch eingetragen ist. Die Handhabung der letzteren der eben aufgezählten Varianten ist in der Literatur noch immer umstritten. Im Zusammenhang mit der mehrfachen Geltendmachung des Pfanderrichtungsanspruchs für die gleiche Bauleistung stellt sich weiter die Frage, ob die Pfandsummen der Unternehmer zu reduzieren sind, wenn Subunternehmer ihre Pfandberechtigung ebenfalls geltend machen. Sodann ist noch auf die Sicherstellung des Vorrechts nach Art. 117 VZG hinzuweisen. Im Falle des Konkurses des Nichtgrundeigentümers ist es naheliegend, dass etwa Art. 61 KOV (durch Drittpfand gesicherte Forderungen) von Bedeutung ist.

---

<sup>144</sup> Für Details und betreffend den missverständlich formulierten Gesetzestext vgl. BSK-THURNHERR, Art. 839/840 ZGB, N 42d ff. sowie THURNHERR CHRISTOPH, Das revidierte Bauhandwerkerpfandrecht – zu wenig Neues, aber noch mehr Problematisches?, ZBGR 2012, 73 ff.