

# Neue Rätsel um das Bauhandwerkerpfandrecht

---

*PD Peter Reetz, Dr. iur., Rechtsanwalt, Küsnacht/Zürich*

---

## I. Ausgangslage

## II. Verfahrensschritte

- A Begehren um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (superprovisorische Verfügung)
  - 1. Sicherheitsleistung
  - 2. Einsprache
    - a) Keine pfandberechtigte Arbeit
    - b) Nichteinhalten der Dreimonatsfrist
    - c) Reduktion der Pfandsumme
- B Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts
- C Klage auf Feststellung von definitivem Bestand und Umfang der Sicherheitsleistung
- D Klage auf Feststellung der Forderung bzw. Leistungsklage
- E Betreibung auf Pfandverwertung
- F Klage auf Herausgabe der Sicherheitsleistung

## III. Fazit

## I. Ausgangslage

1. Dem folgenden Referat soll ein aktueller Fall zugrunde gelegt werden. Dabei ging es um ein grösseres Bauprojekt, bei welchem – vereinfacht dargestellt – folgende Parteien involviert waren: Einerseits waren der Grundeigentümer (Bauherr) sowie ein Generalunternehmer daran beteiligt. Sodann hat dieser Generalunternehmer mit diversen Subunternehmern verschiedene Werkverträge abgeschlossen. Das Problem war dabei, dass über diesen Generalunternehmer der Konkurs eröffnet wurde. Dies brachte es mit sich, dass ein Teil der Forderungen der Subunternehmer gegenüber dem Generalunternehmer von diesem nicht mehr beglichen wurde. In Folge dessen haben die betroffenen Subunternehmer auf dem Grundstück, auf welchem sie ihre Leistungen erbracht hatten, Bauhandwerkerpfandrechte (zu Lasten des Grundeigentümers) eintragen lassen.

## II. Verfahrensschritte

2. Bis die Forderungen derjenigen Handwerker (vorliegend waren es Subunternehmer) bezahlt werden, welche zwecks Begleichung ihrer Forderungen ein Bauhandwerkerpfandrecht haben eintragen lassen, kann es im Einzelfall Jahre dauern. Das Verfahren, welches sie zu durchschreiten haben, um letztendlich zu ihrem Geld zu kommen, ist äusserst lang und aufwendig und daher auch mit nicht zu unterschätzenden Verfahrenskosten verbunden.

3. Im Folgenden sollen kurz diejenigen Verfahrensschritte aufgezeigt werden, welche für die betroffenen Subunternehmer<sup>1</sup> notwendig sind, um das ihnen zustehende Geld zu erhalten.

### A Begehren um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (superprovisorische Verfügung)

4. Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht für Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, die zu Bauten oder anderen Werken auf einem Grundstück Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben, ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandes an diesem Grundstück (sog. Bauhandwerkerpfandrecht). Die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts hat bis spätestens drei Monate nach der Vollendung ihrer Arbeit zu geschehen (Art. 839 Abs. 2 ZGB).

5. Die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts darf gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB nur erfolgen, wenn der Eintragungsanspruch vom Grundeigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist. Da der Pfandrechtsanspruch jedoch endgültig untergeht, wenn das Pfandrecht nicht innerhalb von drei Monaten seit Fertigstellung der letzten Arbeiten eingetragen wird (Art. 839 Abs. 2 ZGB), aber in dieser Zeit eine gerichtliche Feststellung des Pfandrechtsanspruchs (regelmässig) nicht erwirkt werden kann, können die betroffenen Subunternehmer (regelmässig bei einem Einzelrichter im summarischen Verfahren) ein Begehren um vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts stellen (vgl. Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB). Für eine solche vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts genügt es, wenn *glaubhaft* gemacht wird, dass das Grundstück durch die Arbeiten und Materiallieferungen eine Wertsteigerung erfahren hat und die letzten Arbeiten vor weniger als drei Monaten ausgeführt wurden und

---

<sup>1</sup> Der Einfachheit halber wird im Folgenden – in Anlehnung an den Fall – nur von *Subunternehmern* gesprochen, obwohl grundsätzlich (in anderen Konstellationen) das Gleiche auch für *Unternehmer* gilt, welche in einem Vertragsverhältnis mit dem Grundeigentümer stehen.

somit die Frist von drei Monaten zur Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts eingehalten wurde.

6. Für die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts müssen insbesondere ein *drohender, nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil* (sog. Nachteilsprognose) sowie die *wahrscheinliche Begründetheit des Hauptbegehrens* (sog. Hauptsachenprognose) glaubhaft gemacht werden<sup>2</sup>. Dabei kommt nicht nur ein drohender finanzieller Schaden, sondern ganz allgemein jeder Nachteil in Frage<sup>3</sup>. Zudem ist der Erlass einer vorsorglichen Massnahme und somit die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nur dann gerechtfertigt, wenn das Hauptbegehren des Klägers weder unbegründet noch aussichtslos ist<sup>4</sup>.

7. Bei drohendem Fristablauf erfolgt diese vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts *superprovisorisch*, d.h. ohne vorherige Anhörung der Gegenpartei (Grundeigentümer). Im Anschluss daran hat das Gericht dem Beklagten (Grundeigentümer) das rechtliche Gehör zu gewähren und im Entscheid über die provisorische Eintragung zu entscheiden, ob der superprovisorisch angeordnete Eintrag bestehen bleibt oder wieder gelöscht wird<sup>5</sup>.

8. Über die definitive Eintragung haben sich dann die Parteien vor dem ordentlichen Richter auseinander zu setzen.

9. Wird dem Begehren um vorläufige Eintragung stattgegeben, so wird das Grundbuchamt vorsorglich angewiesen, im Grundbuch auf dem im Eigentum des Beklagten stehenden Grundstück ein Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten des Klägers im beantragten Betrage vorläufig einzutragen.

10. Mit der (die vorläufige Eintragung bewilligenden) Verfügung des Einzelrichters wird im Kanton Zürich dem Kläger (Subunternehmer) eine Frist von 30 Tagen ab Zustellung dieser Verfügung angesetzt, um beim zuständigen Friedensrichteramt gegen den Beklagten (Grundeigentümer) Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts einzureichen und, falls eine Einigung nicht zustande kommt, eine weitere Frist von 30 Tagen ab Zustellung der Weisung, um die Klage beim zuständigen Gericht einzureichen. Versäumt der Kläger (Subunternehmer) auch nur eine dieser Fristen, so fällt die vorläufige Eintragung (Vormerkung) des Pfandrechts dahin und der Beklagte (Grundeigentümer) ist berechtigt, beim Einzelrichter die Löschung des vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch zu verlangen.

11. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass diese Fristansetzungen (sofern sie im Rahmen eines *superprovisorisch* ergehenden Entscheides des Einzelrichters im summarischen Verfahren erfolgen) jeweils unter dem Vorbehalt stehen, dass der Beklagte (Grundeigentümer) weder *Sicherheit* leistet noch *Einsprache* gegen die Verfügung erhebt.

## 1. Sicherheitsleistung

12. Für den Beklagten (Grundeigentümer) besteht in diesem Zeitpunkt die Möglichkeit, das vorläufig eingetragene Pfandrecht durch die Leistung einer Sicherheit ablösen zu lassen.

<sup>2</sup> VOGEL OSCAR/SPÜHLER KARL, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 7. Aufl., Bern 2001, 12. Kapitel N 209 ff.

<sup>3</sup> VOGEL OSCAR/SPÜHLER KARL, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 7. Aufl., Bern 2001, 12. Kapitel N 209.

<sup>4</sup> VOGEL OSCAR/SPÜHLER KARL, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 7. Aufl., Bern 2001, 12. Kapitel N 211.

<sup>5</sup> SCHMID JÖRG/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Sachenrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003, N 1774.

13. Im Kanton Zürich kann der Beklagte (Grundeigentümer) binnen 20 Tagen ab Zustellung der (superprovisorisch erlassenen) Verfügung betreffend vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leisten. Wird die vom Beklagten (Grundeigentümer) geleistete Sicherheit vom Einzelrichter als hinreichend befunden, so wird das vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht gelöscht und es wird dem Kläger (Subunternehmer) Frist angesetzt, um gegen den Beklagten beim ordentlichen Richter Klage über Bestand und Umfang des Sicherstellungsanspruches einzureichen (vgl. unten II.C.).

14. Als Arten von Sicherheiten kommen hauptsächlich die *Hinterlegung von Geld* (Realsicherheit) sowie *Garantien* wie z.B. Bankgarantien und Bürgschaften (Personalsicherheiten) in Betracht.

15. Was heisst nun im Zusammenhang mit der Hinterlegung eines Geldbetrages hinreichende Sicherheit? Die Hinterlegung eines Geldbetrages bei einem Gericht gilt als Bestellung eines "Pfandes" zu Gunsten des Baugläubigers (d.h. vorliegend des Subunternehmers)<sup>6</sup>. Die Sicherheitsleistung tritt somit an die Stelle des Bauhandwerkerpfandrechts (vgl. Art. 839 Abs. 3 ZGB, Art. 22 Abs. 3 GBV) und stellt demnach ein Surrogat für das Bauhandwerkerpfandrecht dar. Demzufolge muss die Ersatzsicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB die gleiche Deckung bieten wie das Bauhandwerkerpfandrecht<sup>7</sup>. Wenn der Kläger (Subunternehmer) nur für einen fixen Betrag die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts beantragt hat, so entspricht die Höhe der vom Beklagten (Grundeigentümer) zu leistenden Sicherheitsleistung der Pfandsumme. Hat der Subunternehmer jedoch zusätzlich zum geforderten Betrag noch Zinsen beantragt, so entspricht die Höhe der Sicherheitsleistung gemäss zürcherischer Praxis der jeweiligen Pfandsumme zuzüglich vier Jahreszinsen zu 5%, somit 120% der Pfandsumme.

## 2. Einsprache

16. Gegen die (superprovisorisch erlassene) Verfügung über die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts kann der Beklagte (Grundeigentümer) im Kanton Zürich binnen 10 Tagen ab ihrer Zustellung beim Einzelrichter Einsprache erheben. Die Einsprache ist kurz zu begründen. Wird keine Einsprache erhoben, so erwächst die (superprovisorisch erlassene) Verfügung "in Rechtskraft" (genauer: so wird die superprovisorisch erlassene Verfügung provisorisch) und die vorläufige Eintragung (Vormerkung) des Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch bleibt bis auf weitere Anordnung bestehen. Wird Einsprache erhoben, so werden die Parteien zur Verhandlung über das Begehren vor den Einzelrichter vorgeladen; diesfalls bleibt aber die vorläufige Eintragung (Vormerkung) im Grundbuch bis zum rechtskräftigen Entscheid über die Einsprache bestehen.

17. Als Gründe für eine allfällige Einsprache seitens des Beklagten (Grundeigentümer) können namentlich folgende drei Argumente gegen die (vorläufige) Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts vorgebracht werden:

### a) Keine pfandberechtigte Arbeit

18. Zunächst kann vorgebracht werden, dass die durch den jeweiligen Subunternehmer geleisteten Arbeiten keine pfandberechtigten Arbeiten darstellen.

---

<sup>6</sup> BGE 103 Ia 462 ff., 465; HOFSTETTER JOSEF, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2003, Art. 839/840 N 11.

<sup>7</sup> BGE 121 III 445 ff., 447.

19. Zu den pfandberechtigten Arbeiten ist dabei Folgendes festzuhalten: Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB kommt das Bauhandwerkerpfandrecht nur in Betracht für Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, die zu Bauten oder anderen Werken auf einem Grundstück Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben. Pfandberechtigte Arbeiten sind folglich Arbeitsleistungen mit oder ohne Material. Lieferungen von Material allein sind demzufolge grundsätzlich nicht pfandberechtigt. In diesem Zusammenhang ist indes eine wichtige Ausnahme zu beachten: Mit der Lieferung von Material, welches *eigens für den betreffenden Bau hergestellt* wurde und somit nicht als vertretbare Sache angesehen werden kann, ist ebenfalls eine Arbeitsleistung für den Bau verbunden, welche den Lieferanten berechtigt, ein Bauhandwerkerpfandrecht eintragen zu lassen<sup>8</sup>.

20. Demgegenüber gibt die Lieferung von vertretbaren Sachen (wie z.B. Normalbacksteine, Normalziegel) keinen Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts<sup>9</sup>. Auch hievon ist jedoch wiederum eine Ausnahme zu machen: *Frischbeton*, welcher zwar vertretbar ist, kann aufgrund seiner sehr kurzen Haltbarkeit kaum anderweitig veräussert werden und ist daher (wie Material, welches eigens für den betreffenden Bau hergestellt wurde) dennoch pfandberechtigt<sup>10</sup>.

#### b) Nichteinhalten der Dreimonatsfrist

21. Weiter kann behauptet werden, dass der Kläger (Subunternehmer) die dreimonatige Frist für die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB nicht eingehalten hat.

22. Für die Einhaltung der Anmelde- bzw. Eintragsfrist des Bauhandwerkerpfandrechts von drei Monaten ist insbesondere auf Folgendes zu achten:

23. Gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB geht der Pfandrechtsanspruch endgültig unter, wenn das Pfandrecht nicht innerhalb von drei Monaten seit Fertigstellung der letzten Arbeiten im Grundbuch eingetragen wird. Die Frist ist somit nur dann eingehalten, wenn die Anmeldung vor Ablauf der Frist im Tagebuch des Grundbuchverwalters eingeschrieben ist. Die fristgerechte Absendung der Anmeldung bzw. die Stellung des Begehrens bei Gericht genügt hingegen noch nicht, um die Frist zu wahren<sup>11</sup>.

24. Wenn also beispielsweise ein Subunternehmer das Begehren um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts am Tage des Fristablaufs (d.h. am letzten Tag der dreimonatigen Frist nach Verrichtung der letzten Arbeiten) um 16.40 Uhr dem zuständigen Einzelrichter persönlich überbringt und das entsprechende Gericht (an dem der Einzelrichter tätig ist) jedoch grundsätzlich nur bis 16.30 Uhr geöffnet hat, ist das Begehren folglich erst nach der Büroöffnungszeit des Gerichts und damit bereits deshalb verspätet eingegangen. Allerdings wäre in diesem Beispiel auch bei einer Überbringung des Begehrens um 16.30 Uhr eine Überprüfung des Begehrens, die Ausfertigung der Verfügung sowie die Weiterleitung an das Grundbuchamt in der an diesem Tag verbleibenden kurzen Zeit nicht möglich gewesen. In der abweisenden Verfügung würde sodann wohl darauf hingewiesen werden, dass zudem auch das Grundbuch-

<sup>8</sup> RIEMER HANS MICHAEL, Die beschränkten dinglichen Rechte, Dienstbarkeiten, Grund- und Fahrnispfandrechte, Grundlasten, 2. Aufl., Bern 2000, § 25 N 21; BGE 103 II 33 ff. hinsichtlich für einen bestimmten Bau angefertigter Armierungseisen; BGE 105 II 264 ff. hinsichtlich individuell vorgefertigter Garagen.

<sup>9</sup> RIEMER HANS MICHAEL, Die beschränkten dinglichen Rechte, Dienstbarkeiten, Grund- und Fahrnispfandrechte, Grundlasten, 2. Aufl., Bern 2000, § 25 N 21.

<sup>10</sup> BGE 86 I 265 ff., 271; 97 II 212 ff., 216; 104 II 348 ff., 351; RIEMER HANS MICHAEL, Die beschränkten dinglichen Rechte, Dienstbarkeiten, Grund- und Fahrnispfandrechte, Grundlasten, 2. Aufl., Bern 2000, § 25 N 21.

<sup>11</sup> HOFSTETTER JOSEF, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2003, Art. 839/840 N 32; RIEMER HANS MICHAEL, Die beschränkten dinglichen Rechte, 2. Aufl., Bern 2000, § 25 N 30; BGE 95 II 22 ff., 25.

amt nur bis 17.00 Uhr (oder allenfalls noch weniger lang) geöffnet habe, und mithin ein Eintrag im Tagebuch des Grundbuchverwalters in keinem Fall mehr möglich gewesen wäre. Somit würde der Einzelrichter selbst bei einer noch zu den Öffnungszeiten des Gerichts erfolgten Überbringung des Begehrens vermutlich verfügen, dass die Frist für die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts durch den Kläger nicht gewahrt wurde und das Gesuch würde demzufolge infolge Verspätung abgewiesen.

**25.** Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass für die Überprüfung des Begehrens durch das Gericht bzw. den Einzelrichter, die Ausfertigung der Verfügung, die Weiterleitung an das Grundbuchamt sowie schliesslich für die tatsächliche Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch durch den Grundbuchverwalter genügend Zeit eingerechnet werden muss. Demnach sollte das Begehren – wenn es aus nicht vermeidbaren Gründen tatsächlich erst am letzten Tag der Dreimonatsfrist gestellt werden kann – so früh als möglich dem Gericht übergeben werden, damit die effektive Eintragung im Grundbuch auch tatsächlich noch rechtzeitig (d.h. am selben Tag) erfolgen kann.

### c) Reduktion der Pfandsumme

**26.** Schliesslich kann versucht werden, den mit dem Bauhandwerkerpfandrecht angemeldeten Betrag (Pfandsumme) herabzusetzen. Aufgrund der Akzessorietät des Bauhandwerkerpfandrechts zur gesicherten Forderung muss auch die Höhe der Pfandsumme herabgesetzt werden, falls die Forderung reduziert wird. Zu einer Reduktion der Forderung und somit der Pfandsumme können insbesondere mangelhafte Arbeitsleistung, Nichtleistung sowie allenfalls weitere Gründe führen. Im Falle mangelhafter Arbeitsleistung wird vorausgesetzt, dass allfällige Mängel rechtzeitig gerügt worden sind (vgl. Art. 367 Abs. 1 OR).

## B Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts

**27.** An das für den Bauhandwerker (Subunternehmer) erfolgreiche Verfahren auf vorläufige Eintragung (Vormerkung) des Bauhandwerkerpfandrechts schliesst sich der ordentliche Zivilprozess auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts an<sup>12</sup>. Macht der Beklagte (Grundeigentümer) also von der ihm eingeräumten Möglichkeit, für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit zu leisten, keinen Gebrauch, und wird auch keine Einsprache erhoben, so kann der Kläger (Subunternehmer) im Kanton Zürich innert 30 Tagen ab Zustellung der (superprovisorisch erlassenen) Verfügung betreffend vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts beim zuständigen Friedensrichteramt Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts einreichen und, falls eine Einigung nicht zustande kommt, innert einer weiteren Frist von 30 Tagen ab Zustellung der Weisung, Klage beim zuständigen Gericht einreichen. Dabei hat der Subunternehmer seinen Anspruch auf Pfanderrichtung nicht mehr bloss glaubhaft zu machen (wie im Verfahren auf provisorische Eintragung), sondern strikte zu beweisen<sup>13</sup>.

**28.** Wenn der Grundeigentümer zugleich auch Werklohnschuldner des Klägers (diesfalls: Unternehmer) ist (was eben gerade nicht der Situation in unserem Fall entspricht), so kann der Kläger (Unternehmer) sein Begehren um definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts zugleich mit einer Forderungsklage (Leistungsklage) verbinden<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> SCHMID JÖRG/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Sachenrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003, N 1775.

<sup>13</sup> SCHMID JÖRG/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Sachenrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003, N 1775.

<sup>14</sup> SCHUMACHER RAINER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Systematische Darstellung der Praxis, 2. Aufl., Zürich 1982, N 768.

**29.** Ist dagegen der Werklohnschuldner (Generalunternehmer) nicht mit dem Grundeigentümer identisch, so ist ersterer im Verfahren um die definitive Eintragung des Pfandrechts nicht Prozesspartei. In einem solchen Fall empfiehlt es sich jedoch für den Grundeigentümer, dem Werklohnschuldner (Generalunternehmer) den Streit zu verkünden<sup>15</sup>.

**30.** Für die Streitverkündung, d.h. für die Aufforderung an einen Dritten (Generalunternehmer), eine Partei (Grundeigentümer) im Prozess zu unterstützen, wird lediglich eine *Erklärung* vorausgesetzt, welche entweder direkt an den Streitberufenen (Generalunternehmer) oder durch Vermittlung des Gerichtes erfolgen kann<sup>16</sup>. Ein rechtliches Interesse (des Grundeigentümers) an der Streitverkündung wird nicht geprüft und muss demzufolge auch nicht dargetan werden<sup>17</sup>.

**31.** Nach Auffassung des Bundesgerichtes wirkt ein gegen den Streitverkünder (Grundeigentümer) ergangenes ungünstiges Urteil dann auch gegen den Streitberufenen (Generalunternehmer), wenn dieser aufgrund seines Rechtsverhältnisses zum Streitverkünder oder nach den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet war, die Hauptpartei im Prozess zu unterstützen, vorausgesetzt, die Streitverkündung ist rechtzeitig erfolgt und der ungünstige Prozessausgang wurde nicht durch den Streitverkünder verschuldet<sup>18</sup>.

**32.** Beim Prozess um definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts geht es um die Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen des beantragten Bauhandwerkerpfandrechts. Sofern folglich keine Forderungsklage mit dem Prozess um definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts verbunden wird, handelt es sich beim Verfahren um die definitive Eintragung des Pfandrechts um keinen Forderungsprozess<sup>19</sup>. Nach der Auffassung von SCHUMACHER<sup>20</sup> werden in diesem Verfahren die obligationenrechtlichen Pflichten und Rechte des Grundeigentümers, des Werklohnschuldners (Generalunternehmer) und des Bauhandwerkers (Subunternehmer) nicht verbindlich beurteilt und bleiben für das Zwangsvollstreckungsverfahren vorbehalten. Insbesondere hat der Prozess um definitive Eintragung des Pfandrechts keine materielle Rechtskraftwirkung gegenüber dem Werklohnschuldner (Generalunternehmer), welcher mit dem Grundeigentümer nicht identisch ist<sup>21</sup>.

**33.** In diesem Zusammenhang stellt sich jedoch die Frage, ob im Verfahren betreffend definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts – aufgrund des Grundsatzes der Akzessorietät des Pfandrechts zur gesicherten Forderung – nicht auch zumindest implizit über den Bestand der Forderung entschieden wird. Im Lichte des genannten Akzessorietätsprinzips kann nämlich das Bauhandwerkerpfandrecht an sich nur dann im Grundbuch eingetragen werden, wenn feststeht, dass eine Forderung besteht, welche mit eben diesem Pfandrecht gesichert werden soll.

<sup>15</sup> SCHUMACHER RAINER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Systematische Darstellung der Praxis, 2. Aufl., Zürich 1982, N 769.

<sup>16</sup> VOGEL OSCAR/SPÜHLER KARL, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 7. Aufl., Bern 2001, 5. Kapitel N 81 und 83.

<sup>17</sup> VOGEL OSCAR/SPÜHLER KARL, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 7. Aufl., Bern 2001, 5. Kapitel N 82.

<sup>18</sup> BGE 90 II 404 ff., 408.

<sup>19</sup> SCHUMACHER RAINER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Systematische Darstellung der Praxis, 2. Aufl., Zürich 1982, N 783.

<sup>20</sup> SCHUMACHER RAINER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Systematische Darstellung der Praxis, 2. Aufl., Zürich 1982, N 800.

<sup>21</sup> SCHUMACHER RAINER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Systematische Darstellung der Praxis, 2. Aufl., Zürich 1982, N 783 mit Verweis auf BGE 105 II 149 ff., 152.

34. Konkret sind dabei mit Bezug auf die Beantwortung der soeben aufgeworfenen Frage (nämlich inwiefern im Verfahren auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts auch über die zu sichernde Forderung entschieden wird) zwei mögliche Ansätze denkbar:

- Einerseits kann gestützt auf den Gesetzeswortlaut vorgebracht werden, dass der Richter theoretisch auch über die Forderung entscheiden müsse, zumal Art. 839 Abs. 3 ZGB vorschreibt, dass die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts nur dann erfolgen kann, wenn die *Forderung* durch den Eigentümer anerkannt oder *gerichtlich festgestellt* ist. Dem wäre indes Art. 22 Abs. 2 GBV entgegenzuhalten, welcher präzisiert, dass die *Forderung (lediglich) als Pfandsumme* vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt sein muss. Wollte man die Meinung vertreten, dass die gerichtliche Feststellung der Forderung (lediglich) als Pfandsumme keine Feststellung der Forderung als solcher beinhalte, so käme man zumindest mit dem Akzessorietätsprinzip in Konflikt.
- Andererseits könnte auch die Auffassung vertreten werden, dass das Bauhandwerkerpfandrecht ein reines Sicherungsinstitut für Bauhandwerker darstellt und somit im Verfahren betreffend definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts nicht über die Forderung zu entscheiden sei. Diese Abweichung vom Akzessorietätsprinzip wäre demnach einzig mit dem Zweck des Bauhandwerkerpfandrechts zu begründen.

35. Die Auffassung, dass im Verfahren betreffend definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts – aufgrund des Prinzips der Akzessorietät – implizit auch über den Bestand der Forderung entschieden wird, hat namentlich folgende Konsequenz: Wenn später beispielsweise der Grundeigentümer im (vom Subunternehmer eingeleiteten) Verfahren betreffend Betreibung auf Pfandverwertung Rechtsvorschlag erhebt (und dabei den Bestand der Forderung des Subunternehmers bestreitet), so könnte dieser Rechtsvorschlag vom Subunternehmer in der Regel auf einfache Art und Weise beseitigt werden; dies deshalb, da sich der Subunternehmer auf das Urteil über die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts berufen könnte, welches zwar nicht im Dispositiv, jedoch in der Begründung (gegenüber dem Grundeigentümer, nicht indes gegenüber dem Generalunternehmer) den Bestand seiner Forderung ausweist. Wenn gleich dabei dieses Urteil – infolge der Nichtaufnahme einer entsprechenden Aussage in das Dispositiv – nicht als definitiver Rechtsöffnungstitel gelten würde und der Rechtsvorschlag des Grundeigentümers dennoch (noch einmal) im Rahmen eines ordentlichen Prozesses beseitigt werden müsste, so wäre es – folgt man dieser Auffassung – regelmässig rechtsmissbräuchlich, wenn sich der Grundeigentümer, der sich im Verfahren auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts nicht oder nur erfolglos gegen das Bauhandwerkerpfandrecht gewehrt und damit (implizit) auch die Forderung des Subunternehmers gewissermassen "gegen sich" hat gelten lassen, nun plötzlich auf den Nichtbestand der Forderung berufen würde.

## **C Klage auf Feststellung von definitivem Bestand und Umfang der Sicherungsleistung**

36. Macht der Beklagte (Grundeigentümer) von der ihm eingeräumten Möglichkeit Gebrauch, für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit zu leisten und wird diese Sicherheitsleistung vom Einzelrichter als hinreichend empfunden, so wird im Kanton Zürich dem Kläger (Subunternehmer) eine Frist von 30 Tagen angesetzt, um beim zuständigen Friedensrichteramt gegen den Beklagten (Grundeigentümer) Klage auf Feststellung von definitivem Bestand und Umfang der Sicherheitsleistung einzureichen und, falls eine Einigung nicht zustande kommt, eine weitere Frist von 30 Tagen seit Zustellung der Weisung, um die Klage beim zuständigen Gericht einzureichen.

37. Durch die Hinterlegung der Sicherheit bleibt der Streit in der Sache selbst bestehen, und zwar in demjenigen Stadium, in welchem er sich vor der Sicherheitsleistung befand<sup>22</sup>. Statt der definitiven Eintragung eines gesetzlichen Pfandrechts hat der Streit nun zum Gegenstand, ob und bis zu welchem Betrag die geleistete Sicherheit schliesslich haften soll<sup>23</sup>. Dem im Prozess als Kläger auftretenden Subunternehmer obliegt nach wie vor der Nachweis dafür, dass ihm ein Recht zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zustand, dass er alle Voraussetzungen dieses Rechts erfüllt (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB) und dass er es innert der gesetzlichen Frist von Art. 839 Abs. 2 ZGB geltend gemacht hat<sup>24</sup>.

38. Zweck dieses Verfahrens ist somit die Feststellung dessen, dass die Sicherheitsleistung für den Fall, dass die Forderung ausgewiesen ist, für diese Forderung beansprucht werden kann. Eine gutgeheissene Klage stellt somit fest, dass zwischen der Sicherheitsleistung und der Forderung ein gewisser Zusammenhang gegeben ist.

39. Falls der Kläger (Subunternehmer) dagegen beispielsweise die Höhe der Sicherheitsleistung als ungenügend betrachtet (z.B. da er Zinsen beantragt und der Beklagte [Grundeigentümer] dennoch nur Sicherheit in Höhe der Pfandsomme geleistet hat), so steht im Kanton Zürich dem Kläger (Subunternehmer) die Möglichkeit eines Rekurses gegen die Verfügung des Einzelrichters offen. Der Rekurs kann innert 10 Tagen seit der Zustellung der Verfügung eingereicht werden (§ 276 Abs. 1 ZPO ZH).

## D Klage auf Feststellung der Forderung bzw. Leistungsklage

40. Wie bereits unter II.B. aufgezeigt, kann in denjenigen Fällen, wo Grundeigentümer und Werklohnschuldner identisch sind, der Kläger (Unternehmer) den Prozess auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts mit einer Forderungsklage (Leistungsklage) verbinden.

41. Demgegenüber hat in denjenigen Fällen, wo Grundeigentümer und Werklohnschuldner nicht identisch sind (wie im eingangs erwähnten Fall), der Prozess um definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts nach der derzeit wohl herrschenden Lehre nichts mit einer Forderungsklage bzw. mit der gerichtlichen Feststellung der Forderung zu tun. Demnach kann der Subunternehmer, welcher seine offene Forderung beglichen haben möchte, noch einen weiteren Prozess auf Feststellung seiner Forderung gegen den Forderungsschuldner (Generalunternehmer) bzw. eine Leistungsklage gegen Letzteren anstrengen.

42. Zur Verdeutlichung ist an dieser Stelle nochmals festzuhalten, dass sich in der uns vorliegenden Ausgangslage das Begehren auf vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts sowie die Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts bzw. die Klage auf Feststellung von definitivem Bestand und Umfang der Sicherheitsleistung gegen den Grundeigentümer richten, währenddem sich der Prozess betreffend Feststellung der Forderung bzw. die Leistungsklage im Gegensatz dazu nun gegen einen bis anhin unbeteiligten Dritten, den Forderungsschuldner (Generalunternehmer), richtet.

<sup>22</sup> SCHUMACHER RAINER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Systematische Darstellung der Praxis, 2. Aufl., Zürich 1982, N 906.

<sup>23</sup> EGV des Kantons Schwyz, S. 148, 38. Beschluss vom 9. Mai 2000, KG 370/99 ZK (SZ).

<sup>24</sup> SCHUMACHER RAINER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Systematische Darstellung der Praxis, 2. Aufl., Zürich 1982, N 906.

43. Grundsätzlich kann eine Feststellungsklage nur dann erhoben werden, wenn ein rechtliches, d.h. *rechtserhebliches Interesse* an der gerichtlichen Feststellung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses besteht<sup>25</sup>. Dies ist bei folgenden Voraussetzungen gegeben:

- Ungewissheit, Unsicherheit oder Gefährdung der Rechtsstellung des Klägers;
- Unzumutbarkeit der Fortdauer dieser Rechtsungewissheit;
- Unmöglichkeit der Behebung der Ungewissheit auf andere Weise, insbesondere nicht durch Leistungs- oder Gestaltungsklage<sup>26</sup>.

44. Für die Feststellung der Forderung des Bauhandwerkers (Subunternehmer) im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB bestimmt das Bundesrecht jedoch gleich selbst, dass ein rechtliches Interesse gegeben ist und gewährt ausdrücklich die Feststellungsklage<sup>27</sup>. Demzufolge sind die oben aufgezählten Voraussetzungen im vorliegenden Zusammenhang unbeachtlich. Die Klage auf Feststellung der Forderung des Bauhandwerkers ist daher ungeachtet des Vorliegens der erwähnten Voraussetzungen zulässig.

45. An dieser Stelle ist indes festzuhalten, dass eine allfällige Klage auf Feststellung der Forderung gegenüber dem Forderungsschuldner (Generalunternehmer) grundsätzlich nicht zwingend erforderlich, jedoch auch nicht nutzlos ist. Dabei ist insbesondere an folgende Konstellationen zu denken:

- Wenn z.B. der *Generalunternehmer* im Verfahren betreffend Betreibung auf Pfandverwertung Rechtsvorschlag erhebt (woran dieser durchaus ein berechtigtes Interesse daran haben kann, so etwa um allfällige spätere Regressansprüche seitens des Grundeigentümers zu vermeiden, vgl. Art. 110 Ziff. 1 OR), so kann der Subunternehmer mit Hilfe seines gegen den Generalunternehmer zuvor erkämpften Urteils betreffend Feststellung der Forderung (infolge dessen Präjudizwirkung) den Rechtsvorschlag des Generalunternehmers sicher einfacher beseitigen als ohne vorgängiges Feststellungsurteil. Festzuhalten ist immerhin, dass ein reines Feststellungsurteil wohl nicht als definitiver Rechtsöffnungstitel zu qualifizieren ist. Die Folge wäre indes (zumindest), dass sich derjenige Generalunternehmer, welcher zuvor in einem Feststellungsprozess gegen den Subunternehmer unterlegen ist, hernach jedoch im Rahmen der von diesem eingeleiteten Betreibung auf Pfandverwertung Rechtsvorschlag erhebt (vgl. Art. 151 ff. SchKG), im darauffolgenden Anerkennungsprozess rechtsmissbräuchliches Verhalten vorwerfen lassen müsste.
- Für den Fall, dass im Verfahren betreffend Betreibung auf Pfandverwertung der *Grundeigentümer* Rechtsvorschlag erhebt (vgl. Art. 151 ff. SchKG), so kann das (dem Generalunternehmer gegenüber ergangene) Urteil betreffend Feststellung der Forderung – aufgrund der infolge fehlender Parteiidentität nicht gegebenen materiellen Rechtskraftwirkung – dem Grundeigentümer zwar nicht direkt entgegengehalten werden, weshalb es dessen Rechtsvorschlag nicht unmittelbar zu beseitigen vermag. Doch kann dieses Urteil (Feststellungsurteil im Verhältnis Subunternehmer vs. Generalunternehmer) als Indiz im Rahmen der freien Beweiswürdigung (im Anerkennungsprozess Subunternehmer vs. Grundeigentümer) immerhin dazu dienen, den Bestand der vom Subunternehmer behaupteten Forderung zu beweisen, womit es diesfalls im Ergebnis dazu dient, die Erfolgchancen des Subunternehmers in dessen Anerkennungsprozess gegen den Grundeigentümer zu erhöhen.

<sup>25</sup> VOGEL OSCAR/SPÜHLER KARL, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 7. Aufl., Bern 2001, 7. Kapitel N 23.

<sup>26</sup> VOGEL OSCAR/SPÜHLER KARL, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 7. Aufl., Bern 2001, 7. Kapitel N 23.

<sup>27</sup> VOGEL OSCAR/SPÜHLER KARL, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 7. Aufl., Bern 2001, 7. Kapitel N 24 mit Verweis auf BGE 110 II 352 ff., 354.

- Demgegenüber ist jedoch zu beachten: In denjenigen Fällen, in welchen der Subunternehmer im Verfahren betreffend Betreibung auf Pfandverwertung nicht volle Befriedigung (durch das Grundstück des Grundeigentümers) erlangt und ihm demzufolge ein Pfandausfallschein im Sinne von Art. 158 Abs. 1 SchKG ausgestellt wird, reicht dem Subunternehmer im anschliessenden Verfahren gegenüber dem Werklohnschuldner (Generalunternehmer) ein vorgängig gegenüber diesem ergangenes Feststellungsurteil nicht aus, um seinen erlittenen Pfandausfall zu decken, denn: Ein vom Generalunternehmer dannzumal erhobener Rechtsvorschlag kann grundsätzlich nur mit einem (vorgängig erstrittenen) Leistungsurteil beseitigt werden, zumal nur dieses vollstreckbar ist – ein Feststellungsurteil nützt dem Subunternehmer (welcher auf das Vermögen des Generalunternehmers greifen und sich daraus befriedigen will) grundsätzlich nichts.

**46.** Im Sinne der vorstehenden Erwägungen kann somit festgehalten werden, dass eine vom Bauhandwerker (Subunternehmer) erhobene Klage auf Feststellung seiner Forderung gegenüber dem Werklohnschuldner (Generalunternehmer) in den wenigsten Fällen sinnvoll sein wird. Dem Subunternehmer ist vielmehr zu empfehlen, mittels einer Leistungsklage gegenüber dem Werklohnschuldner (Generalunternehmer) ein Leistungsurteil zu erstreiten, welches anschliessend auch vollstreckt werden kann.

**47.** Im Folgenden ist im Speziellen auf die im eingangs geschilderten Fall vorliegende Situation einzugehen, mithin auf den Konkurs des Forderungsschuldners (Generalunternehmer):

**48.** Wenn über den Forderungsschuldner (Schuldner des Werklohnes, Generalunternehmer) der Konkurs eröffnet wurde, kann der Subunternehmer seine Forderung gegenüber diesem – als Folge der Verfügungsunfähigkeit des Schuldners nach der Konkurseröffnung in Bezug auf Vermögensstücke, die zur Konkursmasse gehören (Art. 204 Abs. 1 SchKG) – nicht mehr feststellen lassen. Gemäss Art. 207 Abs. 1 SchKG werden (mit Ausnahme dringlicher Fälle) Zivilprozesse, in denen der Schuldner Partei ist und die den Bestand der Konkursmasse berühren, eingestellt. Dieser Bestimmung zufolge können auch keine neuen Prozesse gegen den konkursiten Schuldner eingeleitet werden. Stattdessen kann der Subunternehmer seine Forderung im Konkurs des Werklohnschuldners (Generalunternehmer) anmelden (Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Demnach entscheidet die Konkursverwaltung über die Anerkennung der Forderung (Art. 245 SchKG). Wird die Forderung des Subunternehmers nicht – wie beantragt – kolloziert, so steht dem Subunternehmer noch die Möglichkeit einer Kollokationsklage offen (Art. 250 Abs. 1 SchKG). Wird die vom Subunternehmer angemeldete Forderung in den Kollokationsplan aufgenommen, so erhält er bei der Verteilung die auf seine Forderung fallende Dividende.

**49.** An dieser Stelle ist dabei zu fragen, welche Möglichkeiten dem Grundeigentümer (Bauherr) zur Verfügung stehen, sich gegen die Kollokation der umstrittenen Forderung des Subunternehmers im (allenfalls bloss summarischen) Konkursverfahren zu wehren. Dazu was folgt:

**50.** Eine Kollokationsklage im Sinne von Art. 250 Abs. 2 SchKG fällt dabei grundsätzlich ausser Betracht, zumal diese nur von einem Gläubiger erhoben werden kann.

**51.** Für den Fall, dass der Grundeigentümer ebenfalls Gläubiger des Generalunternehmers ist, und er (der Grundeigentümer) die Zulassung eines anderen Gläubigers (Subunternehmer) oder dessen Rang bestreiten will, so hat der Grundeigentümer gemäss Art. 250 Abs. 2 SchKG die Möglichkeit, Klage gegen den Gläubiger (Subunternehmer) zu erheben (sog. negative Kollokationsklage).

**52.** Schliesslich stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage der Möglichkeit einer allfälligen *Nebenintervention*. Die (nicht geklärte) Frage geht dahin, ob der Grundeigentümer die Möglichkeit hat, im Verfahren zwischen dem Generalunternehmer und dem Subunternehmer als Nebenintervenient (des Generalunternehmers) aufzutreten. Im Kanton Zürich wird gemäss § 44

Abs. 1 ZPO ZH für die Zulässigkeit der Nebenintervention lediglich verlangt, dass ein rechtliches Interesse glaubhaft gemacht wird, dass in einem zwischen anderen Personen rechtshängigen Prozess die eine Partei obsiege. Die Praxis hat diese Frage – soweit ersichtlich – noch nicht entschieden.

## E Betreuung auf Pfandverwertung

53. Hat der Subunternehmer seine Forderung gerichtlich feststellen lassen, so steht ihm als letzter prozessualer Schritt noch die Zwangsverwertung des Grundstückes, mithin die Betreibung auf Pfandverwertung, bevor. Bei der Einleitung der Betreuung auf Pfandverwertung durch den Baupfandgläubiger (Subunternehmer) ist dabei der Zahlungsbefehl sowohl dem Werklohnschuldner des Baupfandgläubigers (Generalunternehmer) als auch dem Grundeigentümer zuzustellen<sup>28</sup>. Dabei haben (grundsätzlich) beide volle Parteirechte und können unabhängig voneinander Rechtsvorschlag erheben<sup>29</sup>. Dem Grundeigentümer stehen sämtliche Einreden und Einwendungen offen, welche auch der Werklohnschuldner (Generalunternehmer) geltend machen kann<sup>30</sup>. Er kann insbesondere geltend machen, die betriebene Forderung bestehe nicht oder nicht in der geltend gemachten Höhe, sie sei nicht fällig, usw.<sup>31</sup> Somit kann der Subunternehmer nur dann erfolgreich zur Zwangsverwertung des Grundstückes schreiten, wenn er den allenfalls erhobenen Rechtsvorschlag des Grundeigentümers oder des Werklohnschuldners (Generalunternehmer) erfolgreich beseitigt hat. Dies kann entweder durch Klage auf dem ordentlichen Prozessweg (Art. 79 SchKG) oder durch ein Rechtsöffnungsverfahren (Art. 80 ff. SchKG) erfolgen.

54. Falls der Schuldner (Generalunternehmer) die Forderung des Gläubigers (Subunternehmer) zuvor anerkannt hat oder falls diese gerichtlich festgestellt wurde, so kann im Verfahren der Betreuung auf Pfandverwertung ein dennoch (vom Schuldner [Generalunternehmer]) erhobener Rechtsvorschlag auf einfache Weise vom Gläubiger (Subunternehmer) beseitigt werden, indem dieser die provisorische oder definitive Rechtsöffnung mit Bezug auf jenen Rechtsvorschlag (des Schuldners, d.h. des Generalunternehmers) verlangen kann (Art. 80 ff. SchKG). Ein vom Grundeigentümer erhobener Rechtsvorschlag wird allein dadurch jedoch nicht beseitigt.

## F Klage auf Herausgabe der Sicherheitsleistung

55. Hat der Grundeigentümer für die vom Subunternehmer angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit geleistet und dadurch das Pfandrecht durch die Leistung dieser Sicherheit abgelöst, so muss der Subunternehmer (nachdem er seine Forderung gerichtlich hat feststellen lassen) noch auf Herausgabe der Sicherheitsleistung klagen. Diese Klage auf Herausgabe der Sicherheitsleistung entspricht im Verfahren, in welchem das Pfandrecht nicht durch die Leistung einer Sicherheit abgelöst wurde, der Zwangsverwertung des Grundstückes, mithin der Betreuung auf Pfandverwertung.

---

<sup>28</sup> SCHUMACHER RAINER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Systematische Darstellung der Praxis, 2. Aufl., Zürich 1982, N 939.

<sup>29</sup> SCHUMACHER RAINER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Systematische Darstellung der Praxis, 2. Aufl., Zürich 1982, N 939.

<sup>30</sup> SCHUMACHER RAINER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Systematische Darstellung der Praxis, 2. Aufl., Zürich 1982, N 939.

<sup>31</sup> SCHUMACHER RAINER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Systematische Darstellung der Praxis, 2. Aufl., Zürich 1982, N 939.



### III. Fazit

56. Im Sinne einer Zusammenfassung kann abschliessend Folgendes festgehalten werden:

57. Wie gezeigt, kann es in Einzelfällen Jahre dauern, bis die Forderungen derjenigen Subunternehmer beglichen werden, welche zwecks Bezahlung ihrer Forderungen ein Bauhandwerkerpfandrecht haben eintragen lassen. Sowohl für den Fall, dass das Pfandrecht durch die Leistung einer Sicherheit abgelöst wurde als auch für den Fall, dass keine Sicherheit hinterlegt wurde, sind prozessual im Wesentlichen vier Handlungen notwendig: 1) das Begehren um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts, 2) die Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts bzw. die Klage auf Feststellung von definitivem Bestand und Umfang der Sicherheitsleistung, 3) allenfalls die Klage auf Feststellung der Forderung bzw. eine Leistungsklage sowie abschliessend 4) die Betreibung auf Pfandverwertung bzw. die Klage auf Herausgabe der Sicherheitsleistung.

58. In der Praxis wird aufgrund der Vielzahl der erforderlichen Verfahrensschritte häufig von der gerichtlichen Durchsetzung der Forderungen der Subunternehmer abgesehen und stattdessen versucht, eine gütliche Einigung zu finden. Die gerichtliche Durchsetzung der Forderungen der Subunternehmer lohnt sich angesichts der zu erwartenden Gerichts- und (allenfalls) Anwaltskosten, des grossen Aufwandes sowie des meist kleinen Streitwertes nur in einem Teil der Fälle.