

**Bauhandwerkerpfandrecht,
hinreichende Sicherheit**

Zusammenfassung und Besprechung

Zitiervorschlag :

Carol Rothenfluh, Quantifizierung der « hinreichenden Sicherheit » gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB bezüglich Verzugszinse, Besprechung des Urteils 5A_323/2022 des Bundesgerichts, Newsletter immodroit.ch Dezember 2022

Art. 839 Abs. 3 ZGB

Quantifizierung der « hinreichenden Sicherheit » gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB bezüglich Verzugszinse, Besprechung des Urteils 5A_323/2022 des Bundesgerichts

Carol Simona Rothenfluh

I. Einleitung

Das Urteil 5A_323/2022 des Bundesgerichts vom 27. Oktober 2022 behandelt die Frage, in welchem quantitativen Umfang eine hinreichende Sicherheit zur Ablösung eines provisorisch im Grundbuch eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts zu leisten ist. Die Vorinstanz hatte in ihrem Entscheid festgehalten, dass die von den Grundeigentümern geleistete Sicherheit im Umfang der Forderung des Unternehmers zuzüglich 5% Zins für eine Dauer von 10 Jahren den quantitativen Anforderungen einer hinreichenden Sicherheit genüge und daher das provisorisch im Grundbuch eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht zu löschen sei. Mit diesem Entscheid ist die Vorinstanz von der früheren bundesgerichtlichen Rechtsprechung abgewichen, gemäss welcher die Verzugszinsen zeitlich unlimitiert sichergestellt werden müssen.

Das Bundesgericht stütze den Entscheid der Vorinstanz und hielt fest, dass der Entscheid des Kantonsgerichts Genf vom 29. März 2022 nicht willkürlich sei.

II. Zusammenfassung

A. Sachverhalt

Die Grundeigentümer hatten eine Bauunternehmerin mit diversen Umbauarbeiten auf ihrem Grundstück beauftragt. Kurz nach Beginn der Bauarbeiten kam es zu Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien, weshalb die Grundeigentümer der Bauunternehmerin am 17. März 2021 per sofort untersagten, das Grundstück bzw. die Baustelle weiter zu betreten.

Die Bauunternehmerin stellte daraufhin beim erstinstanzlichen Gericht ein superprovisorisches Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für eine Forderung von CHF 38'725.85 zzgl. 5% Zins seit dem 17. März 2021. Das superprovisorische Massnahmegesuch wurde vom Massnahmegericht gutgeheissen und es wurde ein Bauhandwerkerpfandrecht für den Betrag von CHF 38'725.85 zzgl. 5% Zins seit dem 17. März 2021 im Grundbuch zu Lasten des Grundstückes der Grundeigentümer vorläufig eingetragen.

In Anwendung von Art. 839 Abs. 3 ZGB leisteten die Grundeigentümer eine Ersatzsicherheit in Form einer gerichtlichen Hinterlegung, in dem sie einen Betrag von insgesamt CHF 58'088.78 bei der Finanzdirektion des erstinstanzlichen Gerichts hinterlegten.

Die kantonale Vorinstanz war in ihrem Entscheid vom 29. März 2022 zur Kenntnis gelangt, dass die von den Grundeigentümern geleistete Sicherheit, konkret die Hinterlegung des Kapitalbetrags und die Verzugszinse für eine Dauer von zehn Jahren im Umfang von CHF 58'088.78 bei der Gerichtskasse, den Anforderungen an eine hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB genüge und hatte daher das Gesuch um vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts der Bauunternehmerin abgewiesen.

Die Bauunternehmerin erhob gegen diesen Entscheid Beschwerde ans Bundesgericht.

In der Hauptsache wiederholte die Bauunternehmerin vor Bundesgericht ihre vorinstanzlichen Ausführungen, dass ihrer Ansicht nach die von den Grundeigentümern geleistete Sicherheit den Anforderungen an eine hinreichende Sicherheit nicht genüge und daher die Voraussetzungen für die Löschung des Bauhandwerkerpfandrechts nicht gegeben seien. In ihrer Begründung verwies die Bauunternehmerin insbesondere auf die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung, gemäss welcher eine hinreichende Sicherheit zur Ablösung des Bauhandwerkerpfandrechts nur zu bejahen ist, wenn diese die Kapitalforderung sowie den Verzugszins für eine unbeschränkte Dauer abdeckt. Vorliegend deckte die Ersatzsicherheit jedoch nur den Kapitalbetrag sowie die Verzugszinse für eine beschränkte Dauer von zehn Jahren.

B. Rechtliches

Eingeschränkte Kognition des Bundesgerichts

Da es sich vorliegend um einen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen handelte, durfte das Bundesgericht den Entscheid der Vorinstanz nur auf eine Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Beschwerdeführerin prüfen (vgl. Art. 98 BGG). Konkret beschränkte sich die Prüfung des Bundesgerichts auf die Frage, ob die Vorinstanz willkürlich entschieden hatte, in dem sie das Vorliegen einer hinreichenden Sicherheit nach Art. 839 Abs. 3 ZGB bejaht hatte, und der Entscheid dadurch im Ergebnis unhaltbar erscheint (BGE 144 I 113). Dies verneinte das Bundesgericht im vorliegenden Fall.

Hinreichende Sicherheit

Der Grundeigentümer kann die – vorläufige oder endgültige – Eintragung eines gesetzlichen Pfandrechts für Handwerker und Unternehmer verhindern, wenn er eine « hinreichende Sicherheit » leistet (Art. 839 Abs. 3 ZGB). In Frage kommt eine Personalsicherheit (Bankgarantie, Bürgschaft oder eine andere obligationenrechtliche Garantie) oder eine

Realsicherheit (Hinterlegung eines Betrages oder Verpfändung von Gegenständen ; vgl. BGE 103 Ia 462 E. 2b). Damit die Ersatzsicherheit als « hinreichend » qualifiziert werden kann, muss sie die gesicherte Forderung vollständig abdecken (BGE 97 I 209 E. 2 ; LEEMANN, in Berner Kommentar, N. 24a zu Art. 839 ZGB). Dies setzte gemäss bisheriger Praxis des Bundesgerichts voraus, dass die Sicherheit in quantitativer und qualitativer Sicherheit die gleiche Deckung wie das Bauhandwerkerpfandrecht bietet (BGE 142 III 738 E. 4.4.2).

Im vorliegenden Fall stand zur Diskussion, ob die von den Grundeigentümern geleistete Sicherheit den Anforderungen an eine hinreichende Ersatzsicherheit in quantitativer Hinsicht genügt, weil diese neben dem Kapitalbetrag den Verzugszins auf eine beschränkte Dauer von zehn Jahren absicherte.

Aus quantitativer Sicht bietet das Bauhandwerkerpfandrecht dem Gläubiger Sicherheit für das Kapital (Art. 818 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) und die Verzugszinsen (Art. 818 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB) sowie gegebenenfalls auch für die Vertragszinsen (Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Da Verzugszinse zeitlich nicht begrenzt sind (Art. 104 OR ; BGE 121 III 445 E. 5a ; Urteil 5A_109/2011 vom 24. Juni 2011 E. 4.2.1), hatte das Bundesgericht in seiner früheren Rechtsprechung (BGE 142 III 738) erwogen, dass die Sicherheit, die anstelle des Bauhandwerkerpfandrechts tritt, auch für Verzugszinse eine unbegrenzte Sicherheit bieten muss (BGE 142 III 738 E. 4.4.2 ; 121 III 445 E. 5a). Mit anderen Worten, eine Ersatzsicherheit, die zwar die Kapitalforderung, aber nicht die zeitlich unlimitiert geschuldeten Verzugszinse sicherstellt, erfüllt laut dem Bundesgericht die Anforderungen an eine hinreichende Sicherheit nicht.

Diese Rechtsprechung war in der Lehre stark kritisiert worden. Die Autoren brachten vor allem vor, dass dies Art. 839 Abs. 3 ZGB jegliche praktische Bedeutung nehme, weil die üblichen Sicherungsinstrumente sowohl aus rechtlichen als auch aus wirtschaftlichen Gründen eine Begrenzung des Haftungsbetrages (und damit der Verzugszinse) fordere (VETTER MEINRAD/BRUNNER MATTHIAS, Die hinreichende Sicherheit gemäss Art. 830 Abs. 3 ZGB, in Jusletter vom 27. Februar 2017, N 27 ; THURNHERR CHRISTOPH, in Basler Kommentar, 6. Aufl., Basel 2019, N 11 zu Art. 839/840 ZGB ; ZARB DELPHINE, L'hypothèque légale, in Revue de l'avocat 2018, 125 ff., S. 128 ; SCHUMACHER RAINER/REY PASCAL, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl., Zürich 2021, N 1229).

Das Bundesgericht führte aus, dass diese Rechtsprechung des Bundesgerichts war Anlass für die Motion Burkhardt 17.4079, welche den Bundesrat beauftragt, im Rahmen der Revision des Bauvertragsrechts, das Bauhandwerkerpfandrecht in der Weise zu konkretisieren, « dass das Recht des Grundeigentümers, eine Ersatzsicherheit zu stellen, wieder die Bedeutung erlangt, die ihm vom Gesetzgeber zugedacht worden ist. » Die Motion war sowohl vom Nationalrat als auch vom Ständerat angenommen worden. Der Vorentwurf zur Revision des Bauvertragsrechts wurde am 20. August 2020 publiziert ; der erläuternde Bericht zum Vorentwurf am 26. August 2020.

Der Vorentwurf des Bundesrates zur Umsetzung der Motion Burkhardt 17.4079 begrenzt die Verzugszinse, die in den Sicherheiten nach Art. 839 Abs. 3 ZGB enthalten sind, auf zehn Jahre. In seinem erläuternden Bericht weist der Bundesrat darauf hin, dass diese Begrenzung Art. 839 Abs. 3 ZGB wieder eine praktische Bedeutung verleihen würde, da dadurch der Umfang der Ersatzsicherheit konkret bezifferbar werde. Die Interessen der Handwerker und Unternehmer würde dies kaum berühren, da die Frist von zehn Jahren im Allgemeinen ausreicht, um eventuelle Gerichtsverfahren in Bezug auf die Sicherheiten zu erledigen. Die

Erleichterung der Erlangung einer Bankgarantie würde auch den Gläubigern zugutekommen, da diese nicht nur wirtschaftlich attraktiver, sondern auch einfacher und leichter zu vollstrecken sei als eine zu verwertende Hypothek (Erläuternder Bericht vom 19. August 2020, Revision des Obligationenrechts [Baumängel], S. 30 f.; abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/baumaengel.html>).

Das Bundesgericht erwog weiter, dass in bestimmten Fällen eine laufende Gesetzesrevision bei der Auslegung einer Norm berücksichtigt werden kann. Dies sei jedoch nur denkbar, wenn die anwendbare Regelung nicht grundlegend geändert werde und es lediglich darum gehe, die bestehende Rechtslage zu konkretisieren oder Lücken im anwendbaren Recht zu schliessen (vgl. BGE 141 II 297 E. 5.5.3 ; 125 III 401 E. 2a ; 124 II 193 E. 5d ; Urteil 5A_793/2011 vom 3. Februar 2012 E. 6.8.3).

Die Höhe der von den Grundeigentümern hinterlegten Sicherheit umfasste vorliegend die Verzugszinse über eine Dauer von zehn Jahren. Indem das kantonale Gericht annahm, dass diese im Hinblick auf Art. 839 Abs. 3 ZGB ausreichend seien, war es offensichtlich von der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichts abgewichen, gemäss welcher die Verzugszinse unbegrenzt durch die Sicherheit, die das Bauhandwerkerpfandrecht ersetzt, gesichert werden müssen. Die Bauunternehmerin hatte sich auf die bis anhin geltende Rechtsprechung gestützt, als sie sich auf die Unzulänglichkeit der geleisteten Sicherheit berief und daher die Aufrechterhaltung der provisorischen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts auf dem Grundstück der Grundeigentümer beantragt hatte. Das Verhalten der Bauunternehmerin könne unter diesem Gesichtspunkt nicht als rechtsmissbräuchlich betrachtet werden, wie es die kantonale Vorinstanz erwogen hatte.

Das Bundesgericht führte jedoch aus, dass der kantonale Entscheid in seinem Ergebnis nicht willkürlich erscheine. Das kantonale Gericht hatte sich zwar hauptsächlich auf den angeblichen Rechtsmissbrauch der Bauunternehmerin gestützt, um die Angemessenheit der geleisteten Sicherheit zu bejahen, hatte aber dennoch die Infragestellung der Auslegung von Art. 839 Abs. 3 ZGB durch die Rechtsprechung und die gesetzgeberischen Arbeiten zur Konkretisierung der Anforderungen an die Umsetzung der Sicherheit, die diese Bestimmung vorsieht, berücksichtigt. Die gesetzgeberischen Entwicklungen, auf die sich das kantonale Gericht stützte, befanden sich im Zeitpunkt des Urteils des Bundesgerichts im Entwurfsstadium und ermöglichten so eine definitive Klärung der Dauer der Deckung der Verzugszinse und damit eine Konkretisierung, ohne jedoch das eigentliche System der Sicherheit zu ändern, die das Bauhandwerkerpfandrecht ersetzt. Unter diesen Umständen sei anzunehmen, dass sich das kantonale Gericht darauf beziehen konnte, um seine Distanz zur Bundesrechtsprechung zu untermauern und ohne Willkür davon auszugehen, dass die Sicherheit, die hier die Forderung der Bauunternehmerin sowie die Verzugszinse über zehn Jahre garantieren, ausreichend war.

III. Urteilsbesprechung

Der Entscheid des *Cour de justice* des Kantons Genf und im Ergebnis auch der Entscheid des Bundesgerichts sind in mehrerer Hinsicht interessant.

Zunächst ist es bemerkenswert, dass die kantonale Vorinstanz in ihrem Entscheid von einer klaren, wenn auch in der Lehre stark kritisierten Rechtsprechung abgewichen ist. Ihrer Argumentation, die Bauunternehmerin handle rechtsmissbräuchlich, wenn sie sich auf die

geltende Rechtsprechung stütze, um die hinreichende Sicherheit zu bestreiten, kann m.E. zu recht nicht gefolgt werden. Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten ist grundsätzlich nur mit grosser Zurückhaltung anzunehmen, und zwar namentlich dann, wenn das fragliche Recht in einer Art ausgeübt wird, die dem Rechtsgedanken krass/auf das Gröblichste zuwiderläuft (HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA, in Berner Kommentar, Bern 2012, N 46 zu Art. 2 ZGB ; HONSELL HEINRICH, in Basler Kommentar, Basel 2018, N 26 zu Art. 2 ZGB). Angesichts der einschlägigen Rechtsprechung, in welcher sich das Bundesgericht eingehend mit den Anforderungen an eine hinreichende Sicherheit in quantitativer Hinsicht und konkret mit Bezug auf die Dauer der Zinssicherheit auseinandergesetzt hatte, kann das Verhalten der Bauunternehmerin, die sich auf diese Rechtsprechung beruft, nicht als rechtsmissbräuchlich beurteilt werden.

Ebenfalls bemerkenswert ist sodann, dass die kantonale Vorinstanz ergänzend eine im Urteilszeitpunkt noch unklare Gesetzesrevision konsultierte. Im fraglichen Zeitpunkt war lediglich der Vorentwurf sowie der dazugehörige erläuternde Bericht publiziert worden, weshalb in diesem Zeitpunkt noch nicht absehbar war, ob und in welchem Umfang die Motion Burkhard im Rahmen der Revision des Bauvertragsrechts konkret umgesetzt werden würde.

Im Zeitpunkt des bundesgerichtlichen Urteils war demgegenüber bereits der Gesetzesentwurf und die Botschaft publiziert worden und damit bekannt, wie die gesetzliche Regelung künftig lauten wird. Der Gesetzesentwurf weist im Vergleich zum Vorentwurf bezüglich der Neufassung von Art. 839 Abs. 3 ZGB allerdings keine Änderungen auf.

Der Entscheid des Bundesgerichts ist daher interessant, als es sich in seinem Entscheid 5A_323/2022 im Rahmen einer Willkürprüfung des vorinstanzlichen Entscheids dennoch mit der m.E. berechtigten Kritik an seiner bisherigen Rechtsprechung auseinandergesetzt hat. Es liess dabei nicht ausser Acht, dass seine bisherige Rechtsprechung in der Praxis zu so erheblichen Schwierigkeiten führte, dass sie Anlass zu einer Gesetzesrevision gab. Ob diese Gesetzesrevision nur eine Konkretisierung oder schon eine grundlegende Änderung der anwendbaren Regelung bringt, scheint zwar immerhin diskutabel, da deren praktische Bedeutung als beachtlich angesehen wird.

Im Ergebnis ist der Entscheid des Bundesgerichts und der Vorinstanz jedoch zu begrüßen, da es – wie die Motion Burkhard zeigt und wie es auch dem Ergebnis aus den Vernehmlassungen zu entnehmen ist – einem praktischen Bedürfnis entspricht, dass die Bestimmung von Art. 839 Abs. 3 ZGB bezüglich der quantitativen Anforderung an eine hinreichende Sicherheit im Hinblick auf die Verzugszinse so konkretisiert wird, dass diese (wieder) geschäftstauglich wird. Das Hauptproblem in Bezug auf die zeitlich unbeschränkte Sicherstellung der Verzugszinse resultiert daher, dass die Ersatzsicherheit betragsmässig unbestimmbar wird. Die Unbestimmbarkeit führt dazu, dass praxisübliche Ersatzsicherheiten wie die Solidarbürgschaft, welche von Gesetzes wegen in der Höhe beschränkt ist (Art. 493 Abs. 1 OR), sowie die gerichtliche Hinterlegung, deren Hinterlegungsbetrag bestimmt werden muss, ausgeschlossen sind (vgl. PLATTNER PLACIDUS, Die Ersatzsicherheit für Bauhandwerkerpfandrechte, in BR 2017 S. 292, S. 292). Auch Realsicherheiten sichern naturgemäss nur einen in der Höhe bestimmbaren Betrag ab. Bezüglich der verkehrüblichen Ersatzsicherheit der Garantie erweist sich die Unbestimmbarkeit insofern als problematisch, als sich in der Praxis kein Garant finden wird, der bereit ist, für einen unlimitierten Haftungsbetrag einzutreten. Unter diesem Aspekt ist auch zu berücksichtigen, dass Banken und Versicherungsgesellschaften, welche regelmässig als Garanten eintreten, aufgrund regulatorischer oder Rechnungs-

legungsvorschriften einen bestimmten Haftungsbetrag festsetzen müssen (SCHUMACHER /REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl., Zürich 2021, N 1254).

Neben den rein praxisbezogenen Schwierigkeiten scheint die Kritik an BGE 142 III 738 auch aus rechtlichen Überlegungen berechtigt. Das Recht des Grundeigentümers, eine hinreichende Ersatzsicherheit zu leisten, um das (provisorisch) eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht abzulösen, ist als einseitiges Gestaltungsrecht des Grundeigentümers ausgestaltet. Da aufgrund der Unbestimmbarkeit der Ersatzsicherung die praxisüblichen Ersatzsicherheiten wegfallen, ist der Grundeigentümer im Ergebnis darauf angewiesen, dass der Unternehmer eine betragsmässig beschränkte Ersatzsicherheit akzeptiert. Mit anderen Worten ist also die Zustimmung des Unternehmers vorausgesetzt, um das Bauhandwerkerpfandrecht abzulösen. Definitionsgemäss ist bei einem einseitigen Gestaltungsrecht jedoch das Zustimmungserfordernis des Vertragspartners gerade ausgeschlossen (SCHUMACHER/REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl., Zürich 2021, N 1232 ; ebenfalls VETTER/BRUNNER, Die hinreichende Sicherheit gemäss Art. 830 Abs. 3 ZGB, in Jusletter vom 27. Februar 2017, N 30 f.).

In Bezug auf das Kriterium « hinreichende Sicherheit » bzw. « sûreté suffisante » wurde ebenfalls berechtigterweise vorgebracht, dass nicht eine Sicherheit identischen Gehalts vorausgesetzt sei. Im Rahmen der Anforderungsprüfung an die hinreichende Sicherheit scheint es zweckmässig, die beiden Anforderungskriterien Qualität und Quantität nicht streng isoliert zu prüfen, sondern gesamthaft die Vor- und Nachteile der Ersatzsicherheit mit denjenigen des Bauhandwerkerpfandrechts zu vergleichen. Unter diesem Aspekt ist namentlich zu berücksichtigen, dass der Sicherungsumfang des Baupfandrechts, inklusive der Verzugszinse, auf den Verwertungserlös des Grundstückes beschränkt ist, welcher im Zeitpunkt der Pfandeintragung ungewiss ist. Demgegenüber bietet eine betragsmässig festgesetzte Ersatzsicherheit Klarheit über deren wirklichen Wert. Sind die Voraussetzungen der Inanspruchnahme erfüllt, bietet die Ersatzsicherheit überdies einen qualitativen Vorteil, da der Baupfandgläubiger praxisgemäss der einzige Gläubiger ist, der die Sicherheit beanspruchen kann. Der Baupfandgläubiger kann überdies direkt auf flüssige Buch- oder Barmittel zugreifen bzw. deren Herausgabe verlangen. Demgegenüber ist ein Bauhandwerkerpfandrecht in einem aufwändigen Zwangsverwertungsverfahren zu verwerten, in welchem der Baupfandgläubiger regelmässig nicht der einzige Gläubiger des Grundeigentümers ist (gl. M. SCHUMACHER/REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl., Zürich 2021, N 1235 ; VETTER/BRUNNER, Die hinreichende Sicherheit gemäss Art. 830 Abs. 3 ZGB, in Jusletter vom 27. Februar 2017, N 28).

Schliesslich ist auch das Argument nicht von der Hand zu weisen, dass ein definitiv eingetragenes Bauhandwerkerpfandrecht ein Grundstück zwar zeitlich unbeschränkt belasten kann, das Bauhandwerkerpfandrecht jedoch nicht zu diesem Zweck konzipiert wurde. Dies lässt sich bereits mit Blick auf die Regelung zur provisorischen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts ableiten, da der Gesetzgeber für die Eintragung eine kurze Frist von gerade mal vier Monaten vorgesehen hat, andernfalls der Rechtsanspruch des Baupfandgläubigers verwirkt. Dementsprechend darf auch angenommen werden, dass es Sinn und Zweck dieses Sicherungskonzepts ist, dass der Pfandgläubiger seine Bauforderung trotz des Verjährungsprivilegs in Art. 807 ZGB innert nützlicher Frist eintreibt, damit das Pfandrecht gelöscht werden kann (ähnlich SCHUMACHER/REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl., Zürich 2021, N 1234).

Zusammenfassend entspricht die Beschränkung der Dauer der Verzugszinse auf zehn Jahre einem klaren praktischen Bedürfnis, wobei die Rechtsnachteile des Baupfandgläubigers reduziert und verhältnismässig vertretbar erscheinen (vgl. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts [Baumängel], S. 29 f. ; abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/baumaengel.html>).

Im Sinne der Rechtssicherheit und der einheitlichen Rechtsanwendung ist es zu begrüßen, dass das Bundesgericht in seinem Entscheid 5A_323/2022 von seiner ursprünglichen Rechtsprechung abgewichen ist und für die verbleibende Zeit bis zum Inkrafttreten der festgesetzten Gesetzesrevision nicht an seiner bisherigen Rechtsprechung festhält.