

KGVS C1 10 88

*Zivilrecht - Gesetzliches Pfandrecht der Handwerker und Unternehmer - Sicherheitsleistung - KGE (I. Zivilrechtliche Abteilung) vom 9. September 2010, X. AG c. Y. AG - TCV C1 10 88*

**Gesetzliches Pfandrecht der Handwerker und Unternehmer; Sicherheitsleistung**

- Eine Vereinbarung über die Leistung von Sicherheiten mit dem Zweck, die Eintragung eines Pfandrechts zu vermeiden, lässt, gegenteilige Abrede vorbehalten, die Streitigkeit in dem Stadium bestehen, in dem sie sich zuvor befunden hat (Art. 839 Abs. 3 ZGB; E. 2a/aa).
- Unter welchen Voraussetzungen der Unternehmer die Sicherheit beanspruchen darf, ist bei der Bestellung der Sicherheit festzulegen (E. 2a/bb).
- Im konkreten Fall definitive Bestellung der Sicherheit (E. 2b).

Ref. CH: Art. 839 ZGB

Ref. VS: -

**Hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs; fourniture de sûretés**

- Sauf clause contraire, l'accord sur la fourniture de sûretés destiné à éviter l'inscription d'une hypothèque laisse subsister le litige au stade où il se trouvait auparavant (art. 839 al. 2 CC; consid. 2a/aa).
- C'est lors de la constitution des sûretés qu'il faut fixer à quelles conditions l'entrepreneur peut réclamer leur mise en œuvre (consid. 2a/bb).
- En l'espèce, constitution définitive des sûretés (consid. 2b).

Réf. CH: art. 839 CC

Réf. VS: -

**Verfahren (gekürzt)**

Im Rahmen eines Massnahmeverfahrens wurde zu Gunsten der X. AG auf Parzelle Nr. ...1 der Y. AG, Rechtsnachfolgerin der Ehegatten W., ein Bauhandwerkerpfandrecht provisorisch eingetragen. In der Folge beantragte die Y. AG die Löschung des Bauhandwerkerpfandrechts unter Leistung einer Barkaution. Das vorgemerkte Bauhandwerkerpfandrecht wurde gelöscht und die Kaution verblieb auf dem Konto des Gerichts. Der Bezirksrichter setzte der X. AG eine Frist zur Einleitung der Forderungsklage gegen die Bauherrschaft. Die X. AG leitete eine Klage gegen die Y. AG als Grundeigentümerin und gegen die Ehegatten W. als Werklohnschuldner ein. Letztere gingen säumig. Das Verfahren wurde gegen die Y. AG auf teilweise Herausgabe der Barkaution weitergeführt.

**Aus den Erwägungen**

2. Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, die Barkaution stehe ihr im Umfang von Fr. 18'876.10 zu und beruft sich dabei auf das Mass-

nahmeverfahren und das Säumnisurteil des Kantonsgerichts vom 19. September 2009 zwischen der X. AG und den Eheleuten W. betreffend ausstehende Werklohnforderung. Demgegenüber vertritt die Beklagte die Ansicht, auch bei Leistung einer Sicherheit habe der Bauhandwerker nachzuweisen, dass ihm ein Anspruch auf die Pfanderrichtung in der beantragten Höhe zugestanden und dass er die Dreimonatsfrist nach Art. 839 Abs. 2 ZGB gewahrt habe. Nur in diesem Rahmen sei die Barkaution freizugeben.

a) aa) Gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB kann die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nicht erfolgen, wenn der Grundeigentümer für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet. Mit der Sicherheitsleistung verliert der Unternehmer nicht seinen Sicherungsanspruch, sondern nur den Anspruch auf Pfanderrichtung. Wird die Sicherheit vorgängig geleistet, erhält der Unternehmer anstelle eines Grundpfandrechts eine andere Sicherung, erfolgt sie nachträglich, wird das eingetragene Baupfandrecht gelöscht und durch die andere Sicherheit ersetzt (Schumacher, *Das Bauhandwerkerpfandrecht*, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2008, N. 1237, 1239). Das Recht des Grundeigentümers, eine Ersatzsicherheit zu leisten, ist ein einseitiges Gestaltungsrecht und bedarf nicht der Zustimmung des Unternehmers, wobei Vereinbarungen über die genaue Ausgestaltung der Sicherheitsleistung nicht ausgeschlossen sind (Schumacher, a.a.O., N. 1241 ff.). Weitergehende Wirkungen als die Zerstörung des Pfandrechtsanspruchs hat die Sicherheit nicht. Leistet also der Eigentümer eine andere hinreichende Sicherheit, so bleibt - gegenteilige Abreden vorbehalten - der Streit in jenem Stadium, in dem er sich vor der Leistung der Sicherheit befand. Mithin hat der Unternehmer in einem allfälligen Prozess betreffend die definitive Bestellung der Sicherheit alle Voraussetzungen des Pfandanspruchs nachzuweisen (BGE 110 II 34 E. 1b mit Hinweisen; ZWR 1985 S. 99 E. 4; vgl. Schumacher, a.a.O., N. 1308).

bb) Unter welchen Voraussetzungen der Unternehmer die Sicherheit beanspruchen darf, ist bei der Bestellung der Sicherheit festzulegen, wobei die Art der Voraussetzungen und deren Gestaltung frei gewählt werden dürfen. Die Voraussetzungen können das Forderungsverhältnis oder die Sicherheitsbestellung betreffen und kumuliert werden. So kann die Sicherheit bereits definitiv geleistet werden, während nur die Voraussetzungen betreffend den Nachweis der Forderung des Unternehmers festgelegt werden, weil der Sicher-

stellungsanspruch des Unternehmers gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 und Art. 839 Abs. 2 ZGB anerkannt wird (vgl. Schumacher, a.a.O., N. 1297 ff.).

b) Vorliegend hat die Beklagte zwar in ihrer Stellungnahme zum Gesuch um superprovisorische Vormerkung eines Bauhandwerkerpfandrechts vom 30. August 2007 dessen Abweisung und die Löschung der superprovisorisch verfügten Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts beantragt und dies im Wesentlichen damit begründet, die Dreimonatsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB sei nicht eingehalten worden und die Arbeiten für das Teehäuschen betreffen nicht die Parzelle Nr. ....1. Indessen hat die Beklagte in ihrem Antrag auf Löschung des Bauhandwerkerpfandrechts gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB vom 19. Dezember 2007 neue Rechtsbegehren gestellt und zwar folgende:

1. Die Gesuchstellerin leistet zur Ablösung des Bauhandwerkerpfandrechts Nr. ... Grundbuchamt ... eine Barkaution von CHF 26'589.15.

2. Das Bauhandwerkerpfandrecht Nr. ... ist zu löschen.

3. Der anerkannte Betrag ist der Gesuchsgegnerin zu überweisen.

4. Die Kosten von Verfahren und Entscheid gehen zu Lasten der Gesuchstellerin.

Gemäss Begründung erfolgte die Barkaution ebenfalls mit Einverständnis der Schuldner und laut Kaufvertrag vom 1. Juni 2007, womit die Y. AG von den Ehegatten W. die Parzelle Nr. ...1 kaufte. Weiter führte sie in ihrer Rechtsschrift aus: «Seitens der Gesuchstellerin wird die Sicherheit definitiv geleistet», wobei sie diesbezüglich in rechtlicher Hinsicht und mit Hinweis auf Schumacher beifügte: «Wird die Sicherheit definitiv bestellt, wird der Pfandanspruch damit endgültig bestellt und das Eintragungsverfahren kann somit beendet werden». Schliesslich führte sie aus: «Nach rechtskräftiger Feststellung des Forderungsanspruchs der Gesuchsgegnerin ist diese aus der Barkaution zu befriedigen und eine allfällige Restanz ist an die Gesuchstellerin zurück zu überweisen», wobei sie in ihrem Rechtsbot vom 16. Januar 2008 präzierte, dass die Anerkennung der Schuld nicht durch die Grundpfandstellerin (also die Y. AG), sondern durch die Schuldner bzw. die Ehegatten W. zu erfolgen habe. Mit diesen Ausführungen hat die beklagte Grundeigentümerin unmissverständlich und in Kenntnis der rechtlichen Situation zum Ausdruck gebracht, dass sie die Sicherheit defini-

tiv leistet, was sie gegen sich gelten lassen muss, zumal sie durch einen Rechtsanwalt vertreten war, dem der juristische Sinn der verwendeten Ausdrücke bekannt sein musste und der zufolge des Verweises auf die entsprechende Literatur wusste, dass damit das Bauhandwerkerpfandrecht definitiv anerkannt und auf die definitive gerichtliche Beurteilung desselben verzichtet wird. Ob und in welchem Umfang die von der Beklagten geleistete Barkautio von der Klägerin beansprucht werden kann, hing danach lediglich von der Anerkennung des Werklohns durch die Besteller/Werklohnschuldner bzw. den Ehegatten W. ab, wobei einer solchen die gerichtliche Feststellung bzw. ein rechtskräftiges Urteil gleichgesetzt werden muss. In diesem Sinn hat denn auch der Bezirksrichter die Leistung der Barkautio verstanden, welcher der Klägerin am 6. März 2009 Frist ansetzte, um die Forderungsklage gegen die Bauherrschaft einzuleiten, mit der Begründung, die Parteien X. AG / Y. AG seien sich im Massnahmeverfahren einig gewesen, dass jene aus der Barkautio zu befriedigen und eine allfällige Restanz der Grundeigentümerin zurückzubezahlen sei, sobald die Forderung rechtskräftig festgestellt sei. Diese Verfügung blieb seitens der Beklagten unwidersprochen, woraus erhellt, dass diese Verfügung im Sinn der Beklagten erfolgte. Demnach geht es im vorliegenden Verfahren nicht um die definitive Bestellung der Sicherheit, weshalb entgegen der Ansicht der Beklagten die Voraussetzungen des Pfandanspruchs seitens der Klägerin nicht nachzuweisen bzw. nicht zu beurteilen sind. Vielmehr steht der Klägerin die Barkautio im Umfang der anerkannten bzw. gerichtlich festgestellten Werklohnforderung gegenüber den Bestellern bzw. Eheleuten W. zu.

c) Mit Urteil des Kantonsgerichts vom 16. September 2009 sind die Ehegatten W. verpflichtet worden, unter solidarischer Haftbarkeit der X. AG Fr. 17'726.10 zuzüglich Verzugszins von 5% ab dem 28. Juni 2007 zu bezahlen (...). Dieses Urteil ist in Rechtskraft erwachsen und damit sind die Voraussetzungen für die Herausgabe der Sicherheit im Umfang der gerichtlich festgestellten Forderung samt Zins, die bis anhin nicht bezahlt wurde, erfüllt. Indessen deckt die Sicherheit die den Werklohnschuldnern auferlegten Gerichtskosten und Parteientschädigung nicht. Der an die Klägerin zulasten der Barkautio auszubezahlende Betrag beläuft sich somit auf Fr. 17'726.10 und Fr. 2'838.60 Zins (bis 9.9.10 1169 Tage), total Fr. 20'564.70.