

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF190018-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie
Gerichtsschreiber MLaw R. Jenny

Urteil vom 7. Mai 2019

in Sachen

A._____ GmbH,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X._____,

gegen

B._____ AG,

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____,

betreffend

Fristansetzung zur Sicherstellung gemäss Art. 83 Abs. 2 OR

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes - Freiwillige Gerichtsbarkeit des
Bezirksgerichtes Zürich vom 19. Februar 2019 (EO180017)

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Es sei der Gesuchsgegnerin eine Frist von zehn Tagen ab Eintritt der Rechtskraft zur Sicherstellung der Forderung der Gesuchstellerin im Betrage von CHF 24'000.00 anzusetzen.
2. Eventualiter sei der Gesuchsgegnerin eine vom Gericht zu bestimmende, angemessene Frist zur Sicherstellung der Forderung der Gesuchstellerin im Betrage von CHF 24'000.00 anzusetzen.
3. Die Sicherstellung der Forderung habe entweder durch Hinterlegung von CHF 24'000.00 bei der Kasse des Bezirksgerichts Zürich oder mittels Bankgarantie, Bürgschaft, Sicherungszession oder Pfandbestellung zu erfolgen.
4. Unter Kosten und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zulasten der Gesuchsgegnerin."

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich:

(act. 22 S. 12 f.)

1. Das Gesuch um Fristansetzung zur Sicherstellung gemäss Art. 83 Abs. 2 OR wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 1'200.–.
3. Die Kosten werden der Gesuchstellerin auferlegt und mit dem Kostenvorschuss von Fr. 2'600.– verrechnet.
4. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteient-schädigung in der Höhe von CHF 1'500.– zu bezahlen (zuzüglich 7.7. % Mehrwertsteuer).
- 5.-6. Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittel

Berufungsanträge der Berufungsklägerin:

(act. 23 S. 2)

- " 1. Das erstinstanzliche Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 19.02.2019 (EO180017-L/U) sei aufzuheben und das Gesuch vom 12.07.2018 vollumfänglich gutzuheissen.
2. Eventualiter: Das erstinstanzliche Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 19.02.2019 (EO180017-L/U) sei aufzuheben und die Sache zur inhaltlichen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) vor beiden Gerichtsinstanzen zu Lasten der Berufungsbeklagten."

Berufungsanträge der Berufungsbeklagten:

(act. 33 S. 2)

- " 1. Das erstinstanzliche Urteil des Bezirksgerichts Zürich (EO180017) sei zu bestätigen.
2. Eventualiter sei die Berufung abzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsklägerin."

Erwägungen:

1.

1.1. Mit Werkvertrag vom 20. Juni 2017 zwischen der A. _____ GmbH als Subunternehmerin (nachfolgend Berufungsklägerin) und der B. _____ AG als Generalunternehmerin (nachfolgend Berufungsbeklagte) wurde die Berufungsklägerin mit dem Einbau von Kücheneinrichtungen in einen Neubau an der C. _____ - Strasse ... in D. _____ beauftragt. Dies gegen Bezahlung eines Werklohnes von pauschal Fr. 60'000.- (vgl. act. 3/2). Mit Anhang zum Werkvertrag vom 18. Oktober 2017 wurde gegen eine Nachtragssumme von pauschal Fr. 22'000.- zusätzlich die Lieferung von Schränken vereinbart (vgl. act. 3/3). Die Berufungsbeklagte zeigte mit Schreiben vom 8. Juni 2018 mit Verweis auf das Abnahmeprotokoll vom 14. Mai 2018 Mängel des abgelieferten Werks an und forderte die Berufungsklägerin zur Nachbesserung bis 15. Juni 2018 auf (vgl. act. 3/4 und 3/5). Die Berufungsklägerin war grundsätzlich bereit, die im Abnahmeprotokoll aufgelisteten allgemeinen Mängel zu beheben. Da sie aber vernommen hatte, dass die Berufungsbeklagte die Rechnungen anderer am Neubauprojekt beteiligten Subunternehmer nicht bezahlt habe, fürchtete sie sich um die Tilgung der noch offenen Fr. 24'000.- ihres Werklohnes. Deshalb bat sie mit Schreiben vom 15. Juni 2018 um eine Zahlung von Fr. 15'800.- innert 5 Tagen (vgl. act. 3/6 [Fr. 15'800.- = Fr. 24'000.- abzüglich 10 % des Werklohnes von total Fr. 82'000.- als Rückbehalt], act. 1 E II.3 und act. 10). Die Berufungsbeklagte lehnte diesen Vorschlag mit Schreiben vom 21. Juni 2018 ab (act. 1 S. 4; 23 S. 4; act. 3/7).

1.2. Mit Eingabe vom 12. Juli 2018 stellte die Berufungsklägerin beim Bezirksgericht Zürich (nachfolgend Vorinstanz) das Gesuch, der Berufungsbeklagten sei gestützt auf Art. 83 Abs. 2 OR eine zehntägige Frist zur Sicherstellung der Forderung in Höhe von Fr. 24'000.- anzusetzen (vgl. act. 1 und eingangs wiedergegebene Anträge). Die Vorinstanz wies das Gesuch mit Entscheid vom 19. Februar 2019 vollumfänglich ab (vgl. act. 22). Inzwischen war mit Entscheid des Bezirksgerichts Münchwilen vom 16. August 2018 das Gesuch der Berufungsklägerin um

provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts in der Höhe von Fr. 24'000.– auf dem Grundstück an der C.____-Strasse ... gutgeheissen worden (vgl. act. 12/5). Die Berufungsklägerin hatte in der Folge am 14. Dezember 2018 das Verfahren gegen die Grundeigentümerin E.____ AG betreffend die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts beim Bezirksgericht Münchwil anhängig gemacht (vgl. act. 17).

1.3. Gegen den Entscheid der Vorinstanz vom 19. Februar 2019 erhob die Berufungsklägerin am 11. März 2019 Berufung bei der Kammer. Sie verlangte die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die vollumfängliche Guttheissung ihres Gesuchs vom 12. Juli 2018 (vgl. act. 23). Der Kostenvorschuss von Fr. 2'600.– für das Berufungsverfahren leistete sie auf erste Aufforderung hin (vgl. act. 26-28). Die Berufungsbeklagte beantwortete die Berufung innert Frist (vgl. act. 29-30 sowie act. 33). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-20). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Mit der Berufung sind erstinstanzliche Endentscheide anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO), wobei in vermögensrechtlichen Angelegenheit der Streitwert mindestens Fr. 10'000.– betragen muss (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Der Streitwert für die Berufung ist hier erreicht (vgl. act. 23 i.V.m. act. 1). Mit der Berufung können die unrichtige Feststellung des Sachverhalts sowie die unrichtige Rechtsanwendung geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Sie ist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO).

2.2. Die Berufung erfolgte rechtzeitig (vgl. Anhang von act. 24 sowie act. 25), schriftlich und begründet. Die Berufungsklägerin ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert. Auf ihre Berufung ist daher einzutreten.

3.

3.1. Zur Ablehnung des Gesuchs führte die Vorinstanz im Wesentlichen aus, die Ablieferung und die Abnahme eines Werkes setzten voraus, dass das Werk vollendet sei, d.h. der Unternehmer alle vereinbarten Arbeiten ausgeführt habe.

Ob es mängelfrei sei, spiele dagegen keine Rolle. Dies lasse den Schluss zu, dass die Berufungsklägerin mit der Ablieferung des Werkes ihre Leistung bereits erbracht habe und es ihr nicht gelinge mit Art. 83 OR eine Sicherheit durch die Berufungsbeklagte zu verlangen. Dies werde auch dadurch bestätigt, dass sich der Besteller eines mangelhaften Werkes auf die Rechtsbehelfe des Art. 368 OR berufen könne und sich nicht auf den allgemeinen Teil des Obligationenrechts beziehen müsse. Auch der Umstand, dass die Berufungsklägerin beim Bezirksgericht Münchwilen Klage betreffend definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts eingereicht habe, zeige auf, dass die Gesuchstellerin selber davon ausgehe, sie habe ihre Leistung bereits erbracht. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB erwähne nämlich Forderungen von Unternehmern, die auf einem Grundstück Material und Arbeit *geliefert* hätten (vgl. act. 22 E. III.4.2 und 4.3).

3.2. Dem entgegnet die Berufungsklägerin, die Vorinstanz übersehe, dass die Leistungspflicht der Berufungsklägerin trotz erfolgter Ablieferung just in dem Augenblick wieder aufgelebt sei, als die Berufungsbeklagte von ihr die Nachbesserung der gerügten Mängel verlangt habe. Weiter sei nicht ersichtlich und werde von der Vorinstanz auch nicht ausgeführt, wieso sich der Besteller auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gemäss Art. 82 OR berufen könne, es dem Unternehmer aber verwehrt bleiben solle, bei Zahlungsunfähigkeit des Bestellers die Fristansetzung zur Sicherstellung des Werklohns zu beantragen. Art. 83 OR sei ausserdem trotz eines provisorisch eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts bzw. trotz erhobener Klage auf definitive Eintragung anwendbar, zumal das Eintragsrecht bereits vor Arbeitsbeginn entstehe. Da schliesslich die Zahlungsunfähigkeit der Berufungsbeklagten ausgewiesen sei, hätte die Vorinstanz das Gesuch gutheissen müssen (vgl. act. 23 N 14, 18 und 22-23).

3.3. Dem wiederum entgegnet die Berufungsbeklagte in ihrer Berufungsantwort, die Berufungsklägerin habe bereits eine Sicherheitsleistung eingeklagt, in dem sie die Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts erhoben habe. Damit fehle bereits das Rechtsschutzinteresse für die Klage. Ohnehin gebe Art. 83 OR keinen Anspruch auf eine Sicherheitsleistung. Die Berufung auf Art. 83 OR gäbe *allenfalls* einen Anspruch auf Vertragsrücktritt. Da die Beru-

fungsklägerin das Werk aber bereits abgeliefert habe, könne sie nicht mehr vom Vertrag zurücktreten. Die Berufungsbeklagte habe zudem einen Verrechnungsanspruch, welcher die Forderung der Berufungsklägerin bei weitem übersteige (vgl. act. 33 E. III.).

3.4.

3.4.1. Ist bei einem zweiseitigen Vertrag der eine Teil zahlungsunfähig geworden, wie namentlich, wenn er in Konkurs geraten oder fruchtlos gepfändet ist, und wird durch diese Verschlechterung der Vermögenslage der Anspruch des andern gefährdet, so kann dieser seine Leistung so lange zurückhalten, bis ihm die Gegenleistung sichergestellt wird (Art. 83 Abs. 1 OR). Wird er innerhalb einer angemessenen Frist auf sein Begehren nicht sichergestellt, so kann er vom Verträge zurücktreten (Art. 83 Abs. 2 OR). Das Verfahren auf Ansetzung einer angemessenen Frist zur Sicherstellung im Sinne von Art. 83 Abs. 2 OR erwähnt die ZPO explizit in Art. 250 lit. a Ziff. 2.

3.4.2. Art. 83 OR erfordert nicht nur einen zweiseitigen Vertrag, wie der Werkvertrag einer ist, sondern es müssen zusätzlich zwei Pflichten zueinander in einem Austauschverhältnis stehen (vgl. BK-Weber, 2. Aufl. 2005, Art. 82 N 57 und 79 sowie Art. 83 N 20 f.). Derjenige, welcher sich auf Art. 83 OR beruft, darf dabei seine Leistung noch nicht (vollständig) erbracht haben (vgl. BGer 5A_823/2015 vom 23. März 2017 E. 5.4.1). Diese Voraussetzungen sind erfüllt: Die Ausübung des Nachbesserungsrechts durch die Berufungsbeklagte führte dazu, dass die Pflicht der Berufungsklägerin zur Leistung eines mangelfreien Werkes in modifizierter Gestalt wieder auflebte, beschränkt auf die Nachbesserung des konkret hergestellten Werkes (vgl. Gauch, Werkvertrag, 5. Aufl. 2011, N 1775). Die von der Berufungsklägerin geschuldete Verbesserung steht dabei im Austauschverhältnis mit der von der Berufungsbeklagten geschuldeten Vergütung (vgl. Gauch, Werkvertrag, 5. Aufl. 2011, N 2374).

Auch die weiteren von der Vorinstanz angeführten Argumente schliessen die Anwendbarkeit von Art. 83 OR nicht aus: Aus der Möglichkeit des Bestellers, seinen Anspruch neben Art. 82 und 83 OR auch auf Art. 368 OR zu stützen (vgl. Gauch,

Werkvertrag, 5. Aufl. 2011, N 2374 und 2398), lässt sich nicht ableiten, der Unternehmer könne sich nicht auf Art. 83 OR berufen. Und aus der Einleitung des Verfahrens auf definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts lässt sich nicht ableiten, dass die Berufungsklägerin selber davon ausgehe, sie habe ihre Leistung bereits erbracht. Gemäss Art. 839 Abs. 1 OR kann der Unternehmer das Pfandrecht nämlich von dem Zeitpunkte an in das Grundbuch eintragen lassen, da er sich zur Arbeitsleistung verpflichtet hat. Die Pfanderrichtung ist somit nicht davon abhängig, ob die zu sichernden Bauarbeiten bereits geleistet worden sind (vgl. Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Systematischer Aufbau, 3. Aufl. 2008, N 1086).

3.4.3. Als weitere Voraussetzung verlangt Art. 83 OR, dass der Anspruch auf die Gegenleistung infolge der Zahlungsunfähigkeit des Vertragspartners gefährdet ist. Bei vermögensrechtlichen Ansprüchen ist diese Voraussetzung in der Regel erfüllt, wenn keine Sicherheiten (z.B. Pfandrechte) vorhanden sind (vgl. ZK OR-Schraner, 3. Aufl. 2000, Art. 83 N 24, sowie BK OR-Weber, 2. Aufl. 2005, Art. 83 N 45). Die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts stellt dabei noch keine genügende Sicherheit dar, da es sich lediglich um eine provisorische Massnahme bis zum Entscheid über die definitive Eintragung handelt. Die vorläufige Eintragung wird denn auch nur verweigert, wenn der Bestand des Pfandrechts als ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich erscheint (vgl. act. 12/5 S. 5).

Im Verfahren auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts wird sich das Bezirksgericht Münchwilen nicht zur Forderung der Berufungsklägerin aussprechen. Es wird sich nur vorfragweise mit der Forderungssumme beschäftigen, um die Höhe der Pfandsumme festzulegen (vgl. BGE 138 III 132 E. 4.2.2 = Pra 101 [2012] Nr. 89). Die Einschätzungen hinsichtlich des Bestandes der Forderung werden dabei keine Rechtskraftwirkung entfalten (vgl. BGE 138 III 261 sowie OGer ZH PS170265 vom 5. April 2018 E. III.1.6.4.). Bei einer (teilweisen) Abweisung des Gesuchs auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts wird deshalb noch nicht abschliessend entschieden sein, dass in diesem Umfang kein Anspruch auf eine Bezahlung bzw. keine Forderung, die gefährdet sein kann, besteht. Aus diesem Grund kann eine Gefährdung auch nur insoweit verneint wer-

den, als tatsächlich eine definitive Sicherung besteht. Erst nach Abschluss des pendenten Hauptverfahrens vor dem Bezirksgericht Münchwilen (vgl. act. 17) wird jedoch klar sein, welcher Betrag definitiv eingetragen und somit definitiv gesichert wird, weshalb im Moment eine Gefährdung des Anspruchs auf die Gegenleistung zu bejahen ist. Dass die Berufungsklägerin parallel in zwei verschiedenen Verfahren versucht, eine Sicherheit zu erlangen, ist dabei – entgegen der Ansicht der Berufungsbeklagten – nicht als rechtsmissbräuchlich einzustufen (vgl. act. 33 E. II.1.2.). Sobald eine Sicherheit besteht – weil entweder gestützt auf Art. 83 OR eine solche geleistet oder ein Bauhandwerkerpfandrecht definitiv eingetragen wird – besteht in diesem Umfang im parallel laufenden Verfahren einfach kein Anspruch mehr. Im Übrigen ist für den vorliegenden Prozess nicht relevant, ob die Berufungsbeklagte in einem allfälligen Forderungsprozess über die Bezahlung des Werklohns eine Verrechnungseinrede bzw. eine Widerklage geltend machen würde (vgl. act. 33 E. II.1.3.).

3.5 Nach dem Gesagten kann den vorinstanzlichen Schlussfolgerungen nicht gefolgt werden. Ob die Berufungsbeklagte als zahlungsunfähig im Sinne von Art. 83 Abs. 1 OR zu betrachten ist und dadurch – wie von der Berufungsklägerin behauptet – ein Anspruch von ihr gefährdet wird, hat die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid nicht geprüft. Die Frage war im erstinstanzlichen Verfahren umstritten (vgl. act. 1 S. 5/6, act. 10 S. 3) wobei sich die Berufungsklägerin im Rahmen der vorinstanzlichen Stellungnahme zur Gesuchsantwort zur Bekräftigung ihres Standpunktes auf neue Vorbringen stützte (act. 14 S. 5/6); hiezu konnte sich die Berufungsbeklagte im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens noch nicht äussern.

Da die Vorinstanz eine wesentliche Voraussetzung von Art. 83 OR nicht beurteilt hat sowie zur Wahrung des Instanzenzugs erscheint es angezeigt, das Urteil vom 19. Februar 2019 aufzuheben und die Sache zur Ergänzung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dabei wird der Berufungsbeklagten Gelegenheit zu geben sein, sich zu den neuen Vorbringen der Berufungsklägerin in der Stellungnahme zur Gesuchsantwort zu äussern.

4. Ist der Prozess zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen, so ist der angefochtene Entscheid auch hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen aufzuheben und die Vorinstanz wird neu darüber zu befinden haben. Festzusetzen ist heute einzig die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren, und zwar in Anwendung von § 4 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 2'600.–. Die Gerichtskosten sind mit dem von der Berufungsklägerin geleisteten Vorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Der Entscheid über die Verteilung der Gerichtskosten und damit über eine allfällige Ersatzpflicht nach Art. 111 Abs. 2 ZPO ist dem Endentscheid der Vorinstanz zu überlassen (Art. 104 Abs. 4 ZPO). Für das zweitinstanzliche Verfahren ist gestützt auf § 4 Abs. 1, § 9 und § 13 Abs. 1 und 4 AnwGebV eine Parteientschädigung von Fr. 1'400.– zuzüglich allfälliger Mehrwertsteuer festzusetzen (nur die Berufungsklägerin verlangt den Mehrwertsteuerersatz, vgl. act. 23 und act. 33). Der Entscheid über die Verteilung der Parteientschädigung ist der Vorinstanz zu überlassen (Art. 104 Abs. 4 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Das Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich vom 19. Februar 2019 wird aufgehoben und die Sache wird zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden auf Fr. 2'600.– festgesetzt und mit dem von der Berufungsklägerin geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Die Parteientschädigung für das zweitinstanzliche Verfahren wird auf Fr. 1'400.– zuzüglich allfälliger Mehrwertsteuer festgesetzt.
4. Der Entscheid über die Verteilung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsklägerin unter Beilage von Doppeln der Berufungsantwort samt Beilage (act. 33 und 34), sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 24'000.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw R. Jenny

versandt am: