

VISCHER

Der Verlag SCHULTHESS JURISTISCHE MEDIEN AG hat freundlicherweise die Genehmigung erteilt, dass arrestpraxis.ch den nachfolgenden Entscheid auf der Website online zugänglich macht.

Sämtliche Rechte verbleiben aber beim Verlag SCHULTHESS JURISTISCHE MEDIEN AG.

49.

Art. 271 Abs. 1 SchKG. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB. Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB. Arrestbegehren für eine Forderung, zu deren Sicherung ein Bauhandwerkerpfandrecht vorläufig im Grundbuch eingetragen worden ist.

Die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch nach Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 i.V.m. Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB lässt rechtlich noch kein Pfandrecht entstehen. Das geschieht erst mit der definitiven Eintragung. Die Forderung ist daher bei erst vorläufiger Eintragung nicht pfandgesichert i.S.v. Art. 271 Abs. 1 SchKG, und die Gläubigerin kann zur Sicherung der Forderung (auch) den Erlass eines Arrestbefehls verlangen.

Sachverhalt:

Die Generalunternehmerin erstellte einen Umbau in Zürich und zog für bestimmte Arbeiten die Subunternehmerin bei. Beide Parteien hatten Sitz im Ausland. Die Subunternehmerin hatte zur Sicherung ihrer Werklohnforderung gegen die Generalunternehmerin die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem vom Umbau betroffenen Grundstück in Zürich erwirkt (Drittpfand) und ersuchte sodann zur Sicherung der (abgesehen von einer Umrechnungsdifferenz) gleichen Forderung um den Erlass eines Arrestbefehls gegen die Generalunternehmerin (Arrestgegenstand war die Werklohnforderung der Generalunternehmerin gegenüber der Auftraggeberin mit Sitz in Zürich).

(Aus den Erwägungen:)

«3.5 Die Vorinstanz erwog, ein Arrest nach Art. 271 Abs. 1 SchKG sei ausgeschlossen, wenn die Arrestforderung pfandgesichert sei. Das sei vorliegend der Fall, da das Einzelgericht des Handelsgerichts das erwähnte Bauhandwerkerpfandrecht für eine Pfandschuld über Fr. 3 087 314.59 nebst Zins zu 5% seit 3. Februar 2016 vorläufig auf dem Grundstück der Gesellschaft X. AG eingetragen habe. Aus diesem Grund erliess die Vorinstanz den (...) Arrestbefehl nur im Umfang der Umrechnungsdifferenz von Fr. 5 069.43 (zuzüglich Zins und Kosten), die sich infolge der Neuberechnung des Euro-Anteils an der Arrestforderung per Datum der Stellung des Arrestbegehrens ergeben hatte.

3.6 Die Subunternehmerin stellt sich beschwerdeweise auf den Standpunkt, die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts begründe kein Pfandrecht. Die Arrestforderung sei daher nicht pfandgesichert im Sinne von Art. 271 Abs. 1 SchKG.

3.6.1 Zutreffend ist, dass ein Arrest nach Art. 271 Abs. 1 SchKG ausgeschlossen ist, wenn die Arrestforderung bereits durch ein Pfandrecht gesichert ist. Besteht für die Forderung ein Pfandrecht, so ist der Arrestgläubiger bereits hinreichend gesichert, und es besteht kein Anlass für eine weitere Sicherungsmassnahme. Der Ausdruck «Pfand» ist weit auszulegen. Er umfasst jedes dingliche Vorzugsrecht für den Gläubiger, mit dem dieser durch Betreibung auf Pfandverwertung sofortigen Zugriff hat (vgl. BSK SchKG II-Stoffel, 2. Aufl. 2010, Art. 271 N. 37; KUKO SchKG-Meier-Dieterle, 2. Aufl. 2014, Art. 271 N. 5 f.). «Zugriff» meint dabei Zugriff auf eine Pfandsache im weiteren Sinn (neben dem eigentlichen Pfandrecht werden auch Retentionsrechte und Eigentumsvorbehalte von der Bestimmung umfasst, vgl. Meier-Dieterle, a.a.O., N. 6).

3.6.2 Für die Frage, ob eine Pfandsicherung im Sinne der genannten Bestimmung vorliegt, ist der Zeitpunkt des Arrestvollzugs massgeblich. In diesem Zeitpunkt muss das Pfandrecht gültig errichtet sein bzw. es muss in diesem Zeitpunkt gültig bestehen (vgl. Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Art. 271 N. 26).

Die Vorinstanz ging mit ihrem Entscheid (implizit) davon aus, das sei bereits nach der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts der Fall. Diese Auffassung lässt sich nicht mit der Rechtsnatur der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts bzw. allgemein eines gesetzlichen Pfandrechts nach Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB vereinbaren. Das Gesetz vermittelt dem Bauhandwerker nur einen obligatorischen Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts. Die Vormerkung hat daher nicht die Bedeutung, ein bereits bestehendes dingliches Recht zu sichern, sondern sie ist der Sache nach lediglich eine Verfügungsbeschränkung (vgl. BSK ZGB II-Schmid, 5. Aufl. 2015, Art. 961 ZGB N. 22 mit weiteren Hinweisen). Die vorläufige Eintragung hat (nur) die Wirkung, dass das durch die spätere definitive Eintragung geschaffene Pfandrecht in seiner Wirkung auf den Tag der vorläufigen Eintragung zurückbezogen wird. Das Gericht setzt dabei eine Frist zur gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs an. Nach unbenutztem Ablauf der Frist wird die Vormerkung im Grundbuch ungerechtfertigt und ist daher von Amtes wegen zu löschen (Schmid, a.a.O., N. 13, 21, 26 mit Hinweisen). Das Pfand-

recht selber entsteht dabei nach klarer Praxis erst durch die definitive Eintragung (BGE 125 III 248 Erw. 2b).

Das Einzelgericht des Handelsgerichts Zürich hat der Subunternehmerin mit Urteil vom 4. August 2016 eine Frist bis 14. Oktober 2016 angesetzt, um Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts zu erheben. Dass das bereits geschehen wäre, geschweige denn dass das Pfandrecht bereits definitiv eingetragen worden wäre, ist nicht ersichtlich. Somit ist die Arrestforderung im jetzigen Zeitpunkt nicht pfandgesichert. Die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ändert daran nichts, da sie (noch) kein Pfandrecht entstehen lässt. Sie steht der Arrestlegung deshalb nicht entgegen.

Das ist vor dem Hintergrund konsequent, dass die Subunternehmerin gestützt auf die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auch keine Betreibung auf Pfandverwertung einleiten könnte (sondern nur eine ordentliche Betreibung auf Pfändung oder Konkurs; vgl. BGE 125 III 248 sowie BSK ZGB II-Thurnherr, 5. Aufl. 2015, Art. 839/840 ZGB N. 42). Der erwähnte sofortige Zugriff auf die Pfandsache steht ihr somit (noch) nicht zur Verfügung. Das war der Vorinstanz bewusst, doch sie vertrat dazu die Auffassung, das schade nichts, denn es ändere nichts an der Rechtsnatur des Bauhandwerkerpfandrechts als Grundpfand. Damit verkannte die Vorinstanz aber wie gesehen die Rechtsnatur der vorläufigen Eintragung. Dass diese einem Arrest entgegenstünde, ergibt sich im Übrigen auch nicht aus der von der Vorinstanz genannten Literaturstelle (Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, Rz. 175).

Die zur Fristwahrung erfolgte vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts kann dem geltend gemachten Arrestbegehren somit nicht entgegengehalten werden. (...)

3.8 Eine andere Frage ist, was geschieht, wenn das Pfandrecht in einem späteren Zeitpunkt definitiv eingetragen wird. Mutmasslich wäre wohl die herrschende Praxis und Lehre massgeblich, wonach die Betreibungsart mit der Rechtskraft des Zahlungsbefehls definitiv festgelegt wird und eine spätere Be-

rufung auf das beneficium excussionis realis nach Art. 41 Abs. 1^{bis} SchKG nicht mehr möglich ist, auch wenn ein Pfandrecht erst später entsteht (vgl. BGE 121 III 483; vgl. auch Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs, Band 1, 3. Aufl. 1984, S. 92 FN. 8, sowie Kren Kostkiewicz, OFK SchKG, 19. Aufl. 2016, Art. 41 N. 20; anders noch ZR 29/1930 Nr. 12). Im Fall des Arrests gälte das soeben zum Zahlungsbefehl Gesagte (Festlegung der Betreibungsart) mutatis mutandis wohl bereits für den Arrestbefehl, da das beneficium excussionis realis im Falle des Arrests grundsätzlich mit Arresteinsprache geltend zu machen ist (vgl. BSK SchKG I-Acocella, 2. Aufl. 2010, Art. 41 N. 43). Wie es sich damit im Einzelnen verhält, ist im jetzigen Verfahrenszeitpunkt nicht definitiv zu beurteilen.»

Die Kammer bejahte in Übereinstimmung mit der Vorinstanz die weiteren Voraussetzungen des verlangten Arrests nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG und erliess in Gutheissung der Beschwerde den verlangten Arrestbefehl für die ganze Forderung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer
Urteil vom 6. Oktober 2016
PS160176
(Mitgeteilt von lic. iur. T. Engler)