

## **SG\_HANDELSGERICHT HG.2014.229 vom 24. Oktober 2014**

Sg Handelsgericht, 2014-10-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_HG.2014.229](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_HG.2014.229)

FR: SG\_HANDELSGERICHT HG.2014.229 du 24 octobre 2014

IT: SG\_HANDELSGERICHT HG.2014.229 del 24 ottobre 2014

### **Regeste**

"Aus dem Wortlaut von Art. Art. 839 Abs. 4 ZGB lässt sich keine gesetzliche Verpflichtung der Gläubigerin ableiten, in jedem Falle stets eine separate Feststellungsklage gegen die Bürgin einleiten zu müssen. Es bedarf deshalb eines schützenswerten Feststellungsinteresse um auf die Feststellungsklage gegen die Bürgin eintreten zu können (Art. 59 Abs. 1 ZPO e contrario; Art. 236 Abs. 1 ZPO). An einem schützenswerten Feststellungsinteresse fehlt es, wenn die Gläubigerin ihre Forderung ohne weiteres gegen die Hauptschuldnerin geltend machen kann und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Forderung nicht beglichen wird. Sind die Voraussetzungen für eine Leistungsklage gegen die Bürgin erfüllt, muss die Leistungsklage im Regelfall nicht mit einer separaten Feststellungsklage verbunden werden. Die notwendigen Feststellungen können im Rahmen Leistungsurteil getroffen werden, ohne dass es dafür eines separaten Feststellungsurteils bedürfte (Handelsgericht, 18. Januar 2017, HG.2014.229)."

### **Volltext**

Erwägungen I. Mit superprovisorischer Verfügung vom 24. Oktober 2014 liess der Handelsgerichtspräsident ein Bauhandwerkerpfandrecht im Betrag von Fr. 64'403.30 zuzüglich Zins [von 5% seit 12. September 2014] dringlich im Grundbuch vormerken. Nach Anhörung der Beklagten bestätigte der Handelsgerichtspräsident diese Vormerkung mit Massnahmeentscheid vom 21. April 2015 (HG.2014.218-HGP). Der Klägerin setzte er Frist zur Prosequierung der vorsorglichen Massnahme bis 14. Juli 2015. Mit Eingabe vom 13. Juli 2015 klagte die Klägerin beim Handelsgericht St. Gallen gegen die Beklagte auf definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (HG.2015.138-HGK) [...]. [...] Nach interner Beratung wies das Handelsgericht St. Gallen die Klage betreffend definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts mit Entscheid vom 14. Dezember 2015 ab. [...] [...] Nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils vom 14. Dezember 2015 setzte der Handelsgerichtspräsident der Beklagten mit Verfügung vom 3. März 2016 Frist zur Einreichung einer Klageantwort betreffend den Antrag auf Feststellung einer gesetzlichen einfachen Bürgschaft sowie einer Forderung. Die Beklagte erstattete am 16. März 2016 ihre Klageantwort mit den eingangs zitierten Rechtsbegehren. Als Begründung für ihren Antrag auf Nichteintreten machte sie im Wesentlichen geltend, die Klägerin könne die von ihr behaupteten Ansprüche gegen die Bürgin – allenfalls später – direkt zum Gegenstand einer Leistungsklage machen. Einer vorgängigen Feststellungsklage bedürfe es nicht. Wegen der Subsidiarität der Feststellungs- gegenüber der Leistungsklage sei ein hinreichendes Feststellungsinteresse der Klägerin zu verneinen. Am 2. Juni 2016 reichte die Klägerin eine Replik ein. Ihr Festhalten an den mit der Klageschrift vom 22. Oktober 2014 gestellten Rechtsbegehren begründete sie im Wesentlichen mit dem Argument, dass eine Feststellungsklage notwendig sei, weil die Beklagte die klägerische Forderung nicht anerkenne. Die Bürgschaftshaftung des Grundeigentümers gemäss Art. 839 Abs. 4 ZGB

setze voraus, dass entweder der Grundeigentümer die Höhe der Forderung des Subunternehmers als Haftungsbetrag anerkenne, oder diese Forderung gerichtlich festgestellt werde. Im Rahmen der gerichtlichen Feststellung des Haftungsbetrags müsse auch über die Forderung des Subunternehmers gegen den Unternehmer befunden werden. Die Beklagte nahm am 20. Juni 2016 mit einer Duplik zu den klägerischen Ausführungen in der Replik Stellung. U. a. präzisierte sie dabei, dass die Feststellung von Bestand und Höhe der (Vergütungs-) Forderung des Handwerkers keine Voraussetzung für die Entstehung der Bürgschaftshaftung sei. Das vorliegende Verfahren könne daher lediglich der Feststellung des maximalen Haftungsbetrags dienen. Mehr als die Feststellung, dass der allfällige Haftungsbetrag der gesetzlichen Bürgschaft betragsmässig dem von der Subunternehmerin form- und fristgerecht notifizierten Vergütungsanspruch entspreche, sei nicht möglich. [...]

II. Beide Parteien sind im Handelsregister eingetragen. Da zudem die Streitigkeit zumindest die geschäftliche Tätigkeit der Klägerin betrifft und der Streitwert die Schwelle von Fr. 30'000.00 erreicht, ist das Handelsgericht St. Gallen zur Beurteilung der vorliegenden Klage sachlich zuständig (Art. 6 Abs. 2 ZPO i. V. m. Art. 10 EG ZPO [sGS 961.2]). Die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts St. Gallen ist unbestritten, womit zumindest eine Einlassung vorliegt (Art. 18 ZPO). Weitere Ausführungen zur örtlichen Zuständigkeit erübrigen sich damit.

III. Ein schutzwürdiges Interesse der klagenden Partei ist gemäss Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO eine Prozessvoraussetzung. Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, prüft das Gericht von Amtes wegen (Art. 60 ZPO). Somit ist vorerst zu klären, ob die Klägerin sich auf eine gesetzliche Feststellungsklage berufen kann; ob sie also über das nach Art. 88 i. V. m. Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO erforderliche Interesse an den von ihr beantragten Feststellungen verfügt. Nach dem Grundsatz der Prozessökonomie ist nur dann ein Feststellungsinteresse zu bejahen, wenn der Schutz der klägerischen Interessen zwingend eine gerichtliche Feststellung erfordert. Der Richter soll und darf nicht mit Prozessen bemüht werden, die überflüssig sind (BGE 119 III 113, E. 3b/aa; Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Auflage, S. 104 f.). In der Regel darf eine Feststellungsklage daher nur dann erhoben werden, wenn die Klägerin ihren Anspruch nicht auch zum Gegenstand einer Leistungsklage machen könnte (Botschaft zur ZPO, BBl 2006, S. 7288; BGE 123 III 49, E. 1a; Bessenich/Bopp, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar ZPO, 3. Auflage, N 8 zu Art. 88). Im Falle von gesetzlich vorgesehenen Feststellungsklagen ist das Feststellungsinteresse aufgrund der Vorgaben der betreffenden Bestimmung im konkreten Einzelfall zu prüfen (Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Rz. 6.22 mit Hinweisen). Das Entstehen einer Bürgschaftshaftung der Grundeigentümerin setzt zunächst voraus, dass es sich beim betroffenen Grundstück um Verwaltungsvermögen handelt. Aufgrund des Entscheides vom 14. Dezember 2015 steht fest, dass das Grundstück der Beklagten zum Verwaltungsvermögen zu zählen ist. Da sich die Klägerin, die als Subunternehmerin tätig war, gegenüber der Beklagten auf keine vertragliche Schuldpflicht berufen kann (Art. 839 Abs. 4 ZGB), tritt vorliegend als Sicherungsmittel die gesetzliche Bürgschaft an die Stelle des Bauhandwerkerpfandrechts (Art. 839 Abs. 6 ZGB). Der Begriff der gesetzlichen Bürgschaft ist dem Zivilrecht grundsätzlich unbekannt (Reetz, Bauhandwerkerpfandrecht, Verwaltungsvermögen und das neue Recht, in: BR 1/2010, S. 128). Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Gesetzgeber damit bloss zum Ausdruck bringen wollte, dass die Bürgschaftshaftung in Form einer einfachen Bürgschaft (Art. 839 Abs. 4 ZGB i. V. m. Art. 495 OR) von Gesetzes wegen entsteht, wenn die entsprechenden Voraussetzungen von Art. 839 Abs. 4 ZGB bzw. Art. 839 Abs. 6 ZGB erfüllt sind. Es

bedarf weder einer vertraglichen Verpflichtung der Bürgin gegenüber der Gläubigerin, noch eines anderen Begründungsaktes, wie ihn etwa die (definitive) Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch (Art. 839 Abs. 3 ZGB) darstellt. Die Gläubigerin kann die einfache Bürgin erst dann zur Zahlung anhalten, wenn nach Eingehung der Bürgschaft die Hauptschuldnerin in Konkurs geraten ist, die Hauptschuldnerin Nachlassstundung erhalten hat oder von der Gläubigerin unter Anwendung der erforderlichen Sorgfalt bis zur Ausstellung eines definitiven Verlustscheines betrieben worden ist, die Hauptschuldnerin den Wohnsitz ins Ausland verlegt hat und in der Schweiz nicht mehr belangt werden kann oder wenn wegen der Verlegung des Wohnsitzes ins Ausland eine erhebliche Erschwerung der Rechtsverfolgung eingetreten ist (Art. 495 Abs. 1 OR). Während sich im Bereich des Pfandrechts die Frage stellen mag, ob zuerst das (Dritt-) Pfand zu verwerten ist, bevor eine persönliche Vollstreckung gegen die Schuldnerin möglich ist (*beneficium excussionis realis*), stellt sich die Frage bei einer einfachen Bürgschaft nicht. Aus dem Gesetz (Art. 495 OR) ergibt sich klar, dass die Gläubigerin zuerst gegen die Hauptschuldnerin vorgehen muss, bevor sie die einfache Bürgin belangen kann. Die Einrede, es sei vorerst die Hauptschuldnerin zu belangen (*beneficium excussionis personale*), ist das wesentlichste Merkmal der einfachen Bürgschaft (ZK-Oser/Schönenberger, N 14 zu Art. 495 OR).

4. Vertragspartnerin und Hauptschuldnerin der Klägerin ist die Unternehmerin C. Es bestehen nicht die geringsten Anhaltspunkte dafür, dass die klägerische Vergütungsforderung nicht bei der Hauptschuldnerin erhältlich gemacht werden könnte. Die Klägerin behauptet auch nicht, dass sie die Hauptschuldnerin unter Anwendung der erforderlichen Sorgfalt bis zur Ausstellung eines definitiven Verlustscheines betrieben hätte, oder dass ihr ein Verlust drohte, wenn sie gegen die Hauptschuldnerin vorgehen würde. Es ist auch kein Grund ersichtlich, der die Klägerin nach Art. 495 Abs. 1 OR davon befreien würde, vorgängig die Hauptschuldnerin zu belangen. Es ist damit davon auszugehen, dass die Klägerin im jetzigen Zeitpunkt nicht erfolgreich gegen die Beklagte auf Leistung der Bürgschaftssumme klagen könnte. Vielmehr besteht die Möglichkeit, dass bei einer Leistungsklage gegen C und anschliessender Vollstreckung die Bürgschaftshaftung gegenstandslos würde. Allein der Umstand, dass die Bürgschaftshaftung durch das Vorgehen gegen die Hauptschuldnerin hinfällig werden kann, spricht dafür, dass die Klägerin zuerst gegen diese vorzugehen hat, bevor sie rechtliche Schritte gegen die Beklagte als Bürgin einleiten kann. Ein hinreichendes Interesse an einer vorgängigen, separaten gerichtlichen Feststellung des Bestehens einer Bürgschaftshaftung der Beklagten ist deshalb nicht leichthin anzunehmen.

5. Die Klägerin scheint den Prozess denn auch in erster Linie angestrengt zu haben, weil verschiedene Autoren eine vorgängige Feststellungsklage gegen die Bürgin für erforderlich halten, damit später gegen diese auf Leistung geklagt werden kann (so BSK-Thurnherr, N 42h zu Art. 839/840 ZGB; das Erfordernis einer Feststellungsklage ebenfalls bejahend: Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Auflage, Rz. 337 sowie Reetz, a. a. O., S. 126). Soweit die übrigen Voraussetzungen für die Leistungspflicht der Bürgin bereits erfüllt sind, könne die Feststellungsklage mit der Leistungsklage verbunden werden (Reetz, a. a. O., S. 127). Es stellt sich jedoch die Frage, ob dieses Vorgehen nicht unnötig kompliziert ist bzw. letztendlich auf einem Missverständnis des im Parlament formulierten Gesetzestextes beruht, gemäss welchem die Bürgin den Handwerkern oder Unternehmern für die anerkannten oder gerichtlich festgestellten Forderungen hafte (Art. 839 Abs. 4 ZGB). a) Bei der Auslegung des Wortlautes stellt sich zunächst die Frage, ob mit dem Wort Forderung nicht eigentlich die

Bürgschaftssumme gemeint sein könnte. Auch wenn die Bürgschaftshaftung bei der gesetzlichen Bürgschaft ihrer Höhe nach regelmässig mit der Hauptforderung übereinstimmen dürfte, ist nicht ersichtlich, weshalb die Gläubigerin in einem ersten Schritt gegen die Bürgin auf (vorfrageweise) Feststellung der Forderung gegen die Hauptschuldnerin klagen sollte. Noch unklarer ist, weshalb die Bürgin die Schuld der Hauptschuldnerin anerkennen sollte. Naheliegender wäre, dass das Gericht die Bürgschaftssumme festlegt, ähnlich der Pfandsumme beim Bauhandwerkerpfandrecht (Art. 839 Abs. 3 ZGB) bzw. dass die Bürgin gegenüber der Gläubigerin eine bestimmte Bürgschaftssumme anerkennt. Der Gesetzgeber hat im Zusammenhang mit dem Bauhandwerkerpfandrecht den Gesetzestext denn auch genau in diesem Punkt präzisiert, indem er den irreführenden Begriff der Forderung durch den richtigen Begriff der Pfandsumme ersetzte (Reetz, a. a. O., S. 124/125). Es ist nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber bei der neu geschaffenen gesetzlichen Bürgschaft den gleichen Fehler erneut beging, nämlich dass er von einer Forderung sprach, obwohl er eigentlich die Bürgschaftssumme meinte. Damit schliesst es der Gesetzeswortlaut aus, in Analogie zum Verfahren der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes die vorgängige separate Feststellung der Bürgschaftssumme inkl. vorfrageweise Feststellung der (Vergütungs-) Forderung zu verlangen. Zudem ist die genannte Besonderheit des Bauhandwerkerpfandrechtes darin begründet, dass es im Gegensatz zur gesetzlichen Bürgschaft im Sinne von Art. 839 Abs. 4 ZGB nicht von Gesetzes wegen bzw. ausserbuchlich entsteht, sondern für die Entstehung ein Grundbucheintrag (Art. 839 Abs. 1-3 ZGB) erforderlich ist. b) Einer vorgängigen Festlegung der Bürgschaftssumme widerspricht im Übrigen auch die Interessenlage der Gläubigerin. Eine Haftungs-Obergrenze ergibt sich bereits aus der in Art. 839 ZGB vorgesehenen schriftlichen Geltendmachung der Bürgschaftshaftung unter Angabe des Forderungsbetrags (Art. 839 Abs. 4 ZGB) bzw. aus der vorläufigen Pfandrechts-Eintragung (Art. 839 Abs. 6 ZGB; vgl. auch Schumacher, a. a. O., Rz. 319). Eine allenfalls weitergehende betragsmässige Begrenzung der Bürgschaftshaftung läge somit nicht in ihrem Interesse, sondern in demjenigen der Bürgin. Es ist deshalb nicht ersichtlich, weshalb eine Gläubigerin gezwungen werden sollte, die Haftungsobergrenze mit einer vorgängigen Feststellungsklage allenfalls noch weiter beschränken zu lassen. c) Es ist deshalb naheliegender, dass der Gesetzgeber der Gläubigerin keine separate Feststellungsklage auferlegen wollte. Vielmehr lag der Formulierung wohl der Gedanke zugrunde, dass jede Bürgschaftshaftung eine zu Recht bestehende Hauptschuld voraussetzt (Art. 492 Abs. 2 OR: Grundsatz der Akzessorietät). Die Bürgschaftshaftung ist abhängig vom Entstehen, vom Bestand sowie der Erzwingbarkeit der Hauptschuld, womit es bei einer nichtigen, erfolgreich angefochtenen oder verjährten Hauptschuld keine Bürgschaftshaftung geben kann (BGE 129 III 702, E. 2.1; BSK-Pestalozzi, N 13 und 16 zu Art. 492 OR). Bei der einfachen Bürgschaft hat denn die Gläubigerin auch in erster Linie die Schuldnerin zu belangen (Art. 495 Abs. 1 OR). Nach dem Grundsatz der Akzessorietät sowie den allgemeinen Prinzipien des Schuldrechts hat eine Anerkennung durch die Forderungs-, d. h. die Hauptschuldnerin, zu erfolgen. Ist die Forderung bestritten, hat die Bauhandwerkerin bzw. Unternehmerin Klage gegen die Hauptschuldnerin anzuheben. Die Feststellung, dass die Forderung gegenüber der Hauptschuldnerin besteht, wird dabei in aller Regel nicht, wie allenfalls fälschlicherweise aus dem Wortlaut von Art. 839 Abs. 4 ZGB geschlossen werden könnte, in einem Feststellungsurteil, sondern als Zwischenschritt in einem gegen die Hauptschuldnerin gerichteten Leistungsurteil erfolgen. Es entspricht dem Wesen der

Leistungsklage auf Zahlung einer Geldsumme, dass sie nur geschützt werden kann, wenn festgestellt ist, dass der geltend gemachte Anspruch besteht. In diesem Sinne ist auch die im Gesetzestext erwähnte Anerkennung zu verstehen. Wird die Forderung von der Hauptschuldnerin anerkannt, wird ein hängiges Verfahren damit gegenstandslos bzw. die Einleitung einer Klage gegen die Hauptschuldnerin unnötig. d) Es ist nun aber so, dass unter gewissen Umständen die Gläubigerin von der Pflicht befreit ist, die Forderung zuerst gegen die Schuldnerin geltend zu machen, oder dass für die Gläubigerin unzumutbar ist, zuerst die Hauptschuldnerin zu belangen, bevor sie auf die Bürgin greifen darf (Art. 495 Abs. 1 OR). Aber gerade in diesen Fällen ist noch weniger ersichtlich, weshalb die Gläubigerin nicht direkt gegen die gesetzliche Bürgin auf Leistung klagen könnte, sondern eine separate Feststellungsklage über den Bestand der (Vergütungs-) Forderung erforderlich sein soll. Die notwendige Feststellung kann ohne weiteres vorfrageweise im Rahmen einer Leistungsklage gegen die Bürgin erfolgen und eine separate Feststellungsklage ist unnötig (a. M. Reetz, a. a. O., S. 127). Da sich die belangte Bürgin noch mit allen der Hauptschuldnerin zustehenden Einreden zur Wehr setzen kann (Art. 502 Abs. 1 und 2 OR), ist sie auch berechtigt, den Bestand der Forderung im Rahmen der Leistungsklage zu bestreiten und sie muss nicht befürchten, als Bürgin für eine nicht bestehende Forderung in Anspruch genommen zu werden. Dies gilt im Übrigen selbst dann, wenn die Hauptschuldnerin den Anspruch zu Unrecht anerkannt haben sollte (Art. 502 Abs. 2 OR). Selbst ein rechtskräftiges Urteil gegen die Hauptschuldnerin kann der Bürgin nicht entgegengehalten werden, da ein Leistungsurteil, das die Hauptschuldnerin zur Zahlung verpflichtet, keine Rechtskraft gegenüber der Bürgin, die in jenem Prozess regelmässig nicht Prozesspartei ist, entfaltet. e) Auch ist nicht ersichtlich, weshalb für den Beweis der Fristeinhaltung ein eigenständiges Feststellungsverfahren erforderlich wäre und diese Frage nicht im Rahmen einer späteren Leistungsklage gegen den Bürgen geprüft werden könnte. Im vorliegenden Fall besteht zudem schon deshalb kein schützenswertes Feststellungsinteresse im Zusammenhang mit der Viermonatsfrist (Art. 839 Abs. 4 ZGB), weil die Beklagte die Einhaltung dieser Frist ausdrücklich anerkennt (Klageantwort, S. 3).

f) Der Gesetzeswortlaut, wonach die Bürgin für gerichtlich festgestellte oder anerkannte Forderungen hafte, gibt somit nur die Selbstverständlichkeit wieder, dass die Bürgin gegen ihren Willen nicht zu einer Zahlung an die Gläubigerin verpflichtet werden kann, wenn nicht zuvor in einem gerichtlichen Verfahren festgestellt wurde, dass eine Forderung besteht, für die sie zu bürgen hat. Hätte sich der Gesetzgeber auf die Formulierung beschränkt, dass der Eigentümer von Verwaltungsvermögen den Handwerkern oder Unternehmern für deren Forderungen nach den Bestimmungen über die einfache Bürgschaft hafte, hätte dies den Sinngehalt der Norm nicht verändert. Die Ergänzung, welche von den anerkannten und gesetzlich festgestellten Forderungen spricht, könnte mit anderen Worten ersatzlos gestrichen werden, ohne den Sinngehalt der Bestimmung zu verändern. Aus dem Wortlaut lässt sich deshalb keine gesetzliche Verpflichtung der Gläubigerin ableiten, in jedem Falle stets eine separate Feststellungsklage zur Begründung der Bürgschaftshaftung einleiten zu müssen. Die beantragte Feststellung einer Bürgschaft bzw. Bürgschaftshaftung ist zudem im jetzigen Zeitpunkt unnötig, weil die Klägerin später gegen die Bürgin direkt auf Leistung klagen kann, wenn die Forderung von C nicht erhältlich sein sollte. Es fehlt somit am schützenswerten Feststellungsinteresse um auf die Klage eintreten zu können (Art. 59 Abs. 1 ZPO e contrario; Art. 236 Abs. 1 ZPO). Auch bezüglich des klägerischen Antrags auf Feststellung einer „Forderung gegenüber der Beklagten“ ist auf die Klage nicht einzutreten. Die (behauptete) Bürgschaftshaftung ist nach

dem Gesagten nicht mittels Feststellungsklage, sondern zu gegebener Zeit mittels einer Leistungsklage geltend zu machen. Im Übrigen ist – wie bereits ausgeführt – noch offen, ob und in welchem Ausmass die Klägerin für ihre Vergütungsforderung durch die Unternehmerin C befriedigt wird. Die beantragte Feststellung einer Forderung gegen die Beklagte als Bürdin wäre somit in Bezug auf den Forderungsbetrag (noch) gar nicht möglich und stünde im Übrigen unter Bedingung, dass die Hauptforderung nicht von C erhältlich gemacht werden kann (zur allfälligen Festlegung einer Bürgschaftssumme vgl. vorstehende Erwägung 5a/b). Auch diesbezüglich fehlt es somit an einem schützenswerten Feststellungsinteresse. Urteilsdispositiv Das Handelsgericht hat entschieden: Auf die Klage wird nicht eingetreten. [Kostenspruch] Dieses Urteil ist noch nicht rechtskräftig.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.