

TG_OBERGERICHT RBOG 2021 Nr. 11 vom 28. Mai 2021

Tg Obergericht, 2021-05-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg_obergericht_RBOG_2021_Nr._11

FR: TG_OBERGERICHT RBOG 2021 Nr. 11 du 28 mai 2021

IT: TG_OBERGERICHT RBOG 2021 Nr. 11 del 28 maggio 2021

Regeste

1. a) Die Berufungsbeklagten als Auftraggeberinnen und die Berufungsklägerin als Auftragnehmerin schlossen einen Mäklervertrag. Die Anweisung an das Grundbuchamt und Notariat zur Auszahlung an die Berufungsklägerin wäre somit Erfüllungshandlung für die Geldzahlung (Mäklerlohn)[8]. Die Berufungsklägerin selber qualifizierte im Übrigen die strittige Klausel im Gesuch bei der Darstellung des Mäklervertrags ausdrücklich als "relevante Zahlungsmodalität".

Volltext

Thurgau Obergericht Rechenschaftsbericht 28.05.2021 RBOG 2021 Nr. 11 (ZBS.2021.15)

Thurgovie Obergericht Rechenschaftsbericht 28.05.2021 RBOG 2021 Nr. 11

(ZBS.2021.15) Turgovia Obergericht Rechenschaftsbericht 28.05.2021 RBOG 2021 Nr. 11

(ZBS.2021.15)

1. a) Die Berufungsbeklagten als Auftraggeberinnen und die Berufungsklägerin als Auftragnehmerin schlossen einen Mäklervertrag. Die Anweisung an das Grundbuchamt und Notariat zur Auszahlung an die Berufungsklägerin wäre somit Erfüllungshandlung für die Geldzahlung (Mäklerlohn)[8]. Die Berufungsklägerin selber qualifizierte im Übrigen die strittige Klausel im Gesuch bei der Darstellung des Mäklervertrags ausdrücklich als "relevante Zahlungsmodalität".

RBOG 2021 Nr. 11 RBOG 2021 Nr. 11 Keine vorsorglichen Massnahmen nach ZPO bei einem verkappten Arrest (Art. 269 lit. a, 261, 262 ZPO; Art. 271 ff. SchKG) 1. a) Die Berufungsbeklagten als Auftraggeberinnen und die Berufungsklägerin als Auftragnehmerin schlossen einen Mäklervertrag. Darin verpflichteten sich die Berufungsbeklagten gegenüber der Berufungsklägerin unwiderruflich, dass sie, sollte es mit den von ihnen bestimmten Kaufinteressenten bezüglich des Projekts A und B zu einer Kaufvereinbarung, Finanzierung oder Refinanzierung kommen, den Notar, welcher den Kaufvertrag beurkunden soll und welcher zugleich für die Zahlungen beziehungsweise die Überweisung des Kaufbetrags zuständig ist, damit beauftragen, nach der notariellen Kaufbeurkundung 3,5% der Gesamtsumme der Finanzierung beziehungsweise der gesamten Verkaufssumme an die Berufungsklägerin auszuzahlen. b) Mit superprovisorischer Entscheidung schützte das Bezirksgericht den Antrag der Berufungsklägerin, das Grundbuchamt und Notariat sei anzuweisen, im Anschluss an die öffentliche Beurkundung eines Kaufvertrags betreffend die Liegenschaften X, Y und Z einen Anteil von 3,5% am Kaufpreis zurückzubehalten. Nach erfolgter Stellungnahme wies das Bezirksgericht das Gesuch um provisorische Massnahmen ab und hob den superprovisorischen Entscheid auf. c) Gegen diesen Entscheid erhob die Berufungsklägerin Berufung. 2. a) Die Vorinstanz erwog, die übereinstimmende Qualifikation der Vereinbarung durch die Parteien als Mäklervertrag sei nicht zu beanstanden, auch wenn die Vertragspflicht der Mäklerin darin nicht ausdrücklich

umschrieben werde. Gestützt auf das Schreiben der Berufungsbeklagten sei von einer wirksamen Kündigung des Mäklervertrags auszugehen. b) Die Vorinstanz prüfte die Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen. Sie kam zusammenfassend zum Schluss, dass die Berufungsklägerin einen Verfügungsanspruch gestützt auf den Mäklervertrag habe glaubhaft machen können. Da sie nicht in jedem Fall eines Verkaufs einen Anspruch auf antragsgemässe Anweisung des Grundbuchamts und Notariats habe, gehe ihr Gesuch um vorsorgliche Massnahmen jedoch über einen allfälligen Hauptsacheanspruch hinaus. Bezüglich eines Verfügungsgrunds sei es der Berufungsklägerin nicht gelungen, sämtliche Voraussetzungen glaubhaft zu machen. So sei insbesondere nicht ersichtlich, dass es ihr nicht möglich wäre, ihre Ansprüche – auch ohne die beantragten vorsorglichen Massnahmen – in einem Hauptverfahren geltend zu machen. Somit sei das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen – unabhängig von der Frage, ob es sich um einen verkappten Arrest handle – abzuweisen. c) aa) Die Vorinstanz legte weiter die strittige Vertragsklausel bezüglich der Beauftragung des Notars aus. Die Vorinstanz erwog, die Bestimmung könnte (bei Auslegung eng am Wortlaut) so ausgelegt werden, dass die Berufungsklägerin einen vertraglichen Anspruch gegen die Berufungsbeklagten auf Abgabe einer entsprechenden Willensäusserung habe. Unter Berücksichtigung des Vertragszwecks sei jedoch diejenige Auslegung überzeugender, wonach die Berufungsbeklagten der Berufungsklägerin bei Vorliegen der Voraussetzungen 3,5% der Gesamtverkaufssumme zu bezahlen hätten, und die vereinbarte Anweisung nur die Zahlungsmodalität betreffe. Dieser Auslegung scheine denn auch die Berufungsklägerin zu folgen. Daraus ergebe sich, dass es beim vorliegenden Gesuch letztendlich um eine sichernde Massnahme zur Vollstreckung einer Geldforderung gehe. Für solche Massnahmen stünden die vorsorglichen Massnahmen der ZPO nicht zur Verfügung, diese richteten sich ausschliesslich nach den Bestimmungen des SchKG. Der Vorbehalt von Art. 269 ZPO könne nicht durch entsprechende Formulierungen der Vertragsklauseln umgangen werden. Zusammenfassend könne festgehalten werden, dass es sich beim vorliegenden Gesuch um einen "verkappten Arrest" handle, weshalb dieses abzuweisen sei. bb) Die Berufungsklägerin wendet dagegen ein, es gehe nicht um die Sicherung einer Geldforderung, sondern um die Sicherung eines Realanspruchs auf Abgabe einer Willenserklärung - nämlich einer Anweisung an den die Handänderung betreuenden Notar, vorliegend an das Grundbuchamt und Notariat. 3. Der vorinstanzlichen Auffassung, das Gesuch sei abzuweisen, weil es sich um einen "verkappten Arrest" handelt, ist - im Ergebnis - zuzustimmen. a) aa) Gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO trifft das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist (lit. a); und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (lit. b). bb) Gemäss Art. 262 ZPO kann eine vorsorgliche Massnahme jede gerichtliche Anordnung sein, die geeignet ist, den drohenden Nachteil abzuwenden. Das Gesetz listet in lit. a bis e "insbesondere" fünf Möglichkeiten auf. Die vorsorglichen Massnahmen wollen einen bestehenden Zustand erhalten, Besitzansprüche verwirklichen oder die Vollstreckung sicherstellen [1]. Grundsätzlich besteht im Rahmen des Massnahmeverfahrens keine Möglichkeit der Verurteilung zu einer vorsorglichen Geldzahlung. Solche "Akonto-Zahlungen" setzen die Gegenpartei – sollte die Schuldpflicht letztlich verneint werden – für die Rückforderung einem ungerechtfertigten Inkassorisiko aus [2]. Von diesem Grundsatz bestehen nur wenige - hier nicht in Betracht fallende - vom Gesetz ausdrücklich bestimmte Ausnahmen [3]. cc) Vorbehalten bleiben gemäss Art. 269 lit. a ZPO die Bestimmungen des SchKG über sichernde Massnahmen bei der

Vollstreckung von Geldforderungen. Mit diesem Vorbehalt zugunsten der Bestimmungen des SchKG über sichernde Massnahmen bei der Vollstreckung von Geldforderungen wird der Anwendungsbereich von Art. 261 ff. ZPO eingeschränkt. Für die Sicherung von Geldforderungen bleibt wie bis anhin das SchKG anwendbar, insbesondere also das Arrestrecht [4]. Jede auf Sicherung des Einzugs einer Geldforderung abzielende vorsorgliche Massnahme betrifft das Vollstreckungsverfahren und untersteht den Vorschriften des SchKG. Vorsorgliche Massnahmen dürfen nicht auf einen "verkappten Arrest" zur Sicherung einer Geldforderung hinauslaufen. Das Gericht kann daher nicht im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme jemanden vorläufig zur Zahlung der geforderten Geldsumme ganz oder teilweise verpflichten oder beim Schuldner eingehende Zahlungen oder dessen Liegenschaften im Grundbuch sperren, um der gesuchstellenden Partei nach rechtskräftigem Entscheid die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner zu ermöglichen [5]. Die sichernden Massnahmen des SchKG stellen eine abschliessende Ordnung dar. Ein Gläubiger einer Geldforderung muss eine der Sicherungsmassnahmen nach SchKG wählen. Es dürfen nicht zusätzlich zur Absicherung der Vollstreckung einer Geldforderung vorsorgliche Massnahmen nach ZPO verlangt werden. Sind keine sichernden Massnahmen nach SchKG erhältlich, kann auch nicht ersatzweise eine sichernde Massnahme nach ZPO verlangt werden [6]. Sprecher [7] kritisiert die Regelung von Art. 269 lit. a ZPO. Sie habe den Nachteil inhaltlicher Stagnation und der Perpetuierung der notorischen Schuldnerfreundlichkeit. Sie versage vor der Problematik der zeitgerechten Sicherstellung einer Geldforderung. Denn die aktuellen Sicherungsmassnahmen des SchKG gewährten dem Gläubiger einer Geldforderung vor und während des Forderungsprozesses bei drohender Insolvenz (oder drohendem Untertauchen) des Schuldners nur einen geringen vorsorglichen Rechtsschutz. Insgesamt sei es einem Schuldner (zu) leicht gemacht, sein Vermögen "rechtzeitig" verschwinden zu lassen. Das Problem der zeitgerechten Sicherstellung einer Geldforderung gegenüber einem Schuldner, der sich ohne grosse Prozessaussicht durch alle Instanzen hindurch zur Wehr setze, bleibe ungelöst. Sprecher würde es daher sehr begrüssen, wenn – was in der Vernehmlassung wiederholt geäussert worden sei – entweder der Anwendungsbereich der Sicherungsmassnahmen des SchKG überprüft oder aber de lege ferenda geeignete zivilprozessuale Massnahmen geprüft würden, beispielsweise die Einführung von sachgerechten vorsorglichen Massnahmen wie die vorsorgliche Zusprechung der Geldleistung, die Hinterlegung der Forderungssumme oder die vorläufige Vollstreckbarkeit des erstinstanzlichen Entscheids. Sprecher weist indessen auch auf die andere Meinung hin, wonach eine blosser Glaubhaftmachung des Geldanspruchs dazu führen würde, dass die Gegenpartei das Insolvenzrisiko der gesuchstellenden Partei zu tragen hätte. Diesem Risiko könnte indes nach Sprecher durch eine Hinterlegung begegnet werden. Ausserdem müssten dann viele Prozesse doppelt geführt werden, einmal im Massnahmeverfahren, dann im folgenden ordentlichen Prozess, was freilich jedem Massnahmeverfahren inhärent sei. b) Eine Analyse der Ansprüche der Berufungsklägerin gegen die Berufungsbeklagten aus dem Mäklervertrag ergibt Folgendes: Grundsätzlich geht es erstens um die Forderung der Berufungsklägerin auf einen Mäklerlohn (Anspruch I). Unter welchen Voraussetzungen ein solcher geschuldet ist, wäre durch Auslegung zu klären, kann in diesem Verfahren indessen offen bleiben. Zweitens geht es um den Anspruch gegen die Berufungsbeklagten, "den Notar, welcher den Kaufvertrag beurkunden soll und welcher zugleich für die Zahlungen beziehungsweise die Überweisung des Kaufvertrags zuständig ist, damit [zu] beauftragen", den Anspruch beziehungsweise die Mäklerprovision von 3,5% des Kaufpreises "nach der notariellen

Kaufbeurkundung an den Auftragnehmer auszahlen zu lassen" (Anspruch II). Die Vorinstanz qualifizierte diese Klausel als Zahlungsmodalität, woraus sie auf eine unzulässige sichernde Massnahme zur Vollstreckung einer Geldforderung schloss. Die Berufungsklägerin wendet dagegen ein, es handle sich um einen Realanspruch auf Abgabe einer Willenserklärung (Anweisung an das Grundbuchamt und Notariat). Der dritte Anspruch ist derjenige, den die Berufungsklägerin mit dem hier zu beurteilenden Gesuch geltend macht (Anspruch III). c) Gemäss der Berufungsklägerin bezweckt die beantragte vorsorgliche Massnahme (Anspruch III) die Sicherung ihres Realanspruchs auf Abgabe einer Willenserklärung (Anspruch II). Der konkret gestellte Antrag zur Sicherung des behaupteten Realanspruchs auf Abgabe einer Willenserklärung (konkret: die Anweisung beziehungsweise Beauftragung des Notars, nach der notariellen Kaufbeurkundung 3,5% des Kaufpreises an die Berufungsklägerin auszuzahlen) lautet auf Anweisung des Grundbuchamts und Notariats, diesen Anteil von 3,5% am Kaufpreis zurückzubehalten, bis die Anweisung der Berufungsbeklagten eintrifft beziehungsweise bis zum Vorliegen eines diese Anweisung ersetzenden vollstreckbaren Entscheids im Sinn von Art. 344 Abs. 1 ZPO. Damit liegt bei einer gesamtheitlichen Betrachtung auch unter Berücksichtigung des Einwands der Berufungsklägerin ein verkappter Arrest vor. Ausgangslage ist – auch gemäss der Berufungsklägerin selber - die Sicherung des Anspruchs auf den Mäklerlohn (3,5% des Kaufpreises; Anspruch I) durch die strittige vertragliche Vereinbarung (Anweisung an den Notar, 3,5% des Kaufpreises an die Berufungsklägerin auszuzahlen). Dabei handelt es sich um die Sicherung einer Geldforderung (Mäklerlohn) durch eine vertragliche Vereinbarung. Ob man dabei von einer Zahlungsmodalität oder von einem Anspruch auf Abgabe einer Willenserklärung spricht, spielt insoweit keine entscheidende Rolle. So oder anders geht es darum, dass mit dem Auftrag an das Notariat beziehungsweise das Grundbuchamt der Mäklerlohn gesichert werden soll. Der Mäklerlohn soll vom Kaufpreis abgezogen und direkt an die Berufungsklägerin fliessen, ohne in den Zugriffsbereich der Berufungsbeklagten zu gelangen. Die Anweisung an das Grundbuchamt und Notariat zur Auszahlung an die Berufungsklägerin wäre somit Erfüllungshandlung für die Geldzahlung (Mäklerlohn) [8]. Die Berufungsklägerin selber qualifizierte im Übrigen die strittige Klausel im Gesuch bei der Darstellung des Mäklervertrags ausdrücklich als "relevante Zahlungsmodalität". Abstellend auf die Argumentation der Berufungsklägerin geht es in diesem Verfahren auf Erlass provisorischer (vorsorglicher) Massnahmen um die Sicherung dieser Sicherungsvereinbarung zwischen den Parteien. Das trifft zwar vordergründig zu. Tatsächlich geht es indes um die Sicherung der späteren Erfüllung des Anspruchs auf den Mäklerlohn und damit einer Geldzahlung. Um diese Sicherungsabrede zu sichern, macht die Berufungsklägerin mit ihrem Antrag auf Anweisung an das Grundbuchamt und Notariat, den Mäklerlohn von 3,5% des Verkaufspreises zurückzubehalten, einen Umweg, der auf einen "verkappten" Arrest hinausläuft. Im Ergebnis soll eine staatliche Behörde (das Grundbuchamt und Notariat) vorsorglich Geld zurückbehalten, bis ein Gerichtsentscheid (anstelle einer Willenserklärung der Berufungsbeklagten) vorliegt, um damit die Bezahlung des Mäklerlohns sicherzustellen. Bei der verlangten "Zurückhaltung" durch das Grundbuchamt und Notariat handelt es sich somit faktisch um eine erzwungene Hinterlegung der Forderungssumme aus dem Mäklervertrag, wie auch die geänderten prozessualen Anträge deutlich zeigen. Somit geht es hier wie beim Arrest um die Sicherstellung des Zugriffs des Gläubigers auf Vermögenswerte des Schuldners beziehungsweise - vice versa - um die Verhinderung des Zugriffs des Schuldners auf diese Vermögenswerte im Hinblick auf die Erfüllung einer strittigen (Geld-)Forderung [9]. Für

die vorsorgliche Vollstreckung von Geldforderungen stehen indes ausschliesslich die sichernden Massnahmen des SchKG zur Verfügung [10] ; vorsorgliche Massnahmen nach der ZPO sind dafür nicht zulässig, namentlich ist eine vorsorgliche Hinterlegung einer Forderungssumme in Art. 261 ff. ZPO (derzeit) nicht vorgesehen. d) Der guten Ordnung halber ist klarzustellen, dass zwar gemäss Art. 262 lit. c ZPO als vorsorgliche Massnahme eine Anweisung an eine Registerbehörde in Frage kommt. Solche richterlichen Anweisungen sind sogar von besonderer Bedeutung. In Betracht kommen indessen Massnahmen wie die Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung, die vorläufige Eintragung im Grundbuch (Bauhandwerkerpfandrecht) oder die Anmerkung einer kantonalrechtlichen Grundbuch- oder Kanzleisperre [11] . Dabei geht es freilich um die Sicherstellung von Rechten an Grundstücken und nicht um die Sicherstellung einer späteren Geldzahlung. Nicht unter die zulässigen Anweisungen an eine Registerbehörde fällt die Anordnung, Geld zurückzubehalten, schon gar nicht zur (zumindest indirekten) Sicherung einer Geldforderung. 4. Zusammenfassend ist auf die verlangte sichernde Massnahme ausschliesslich das SchKG anwendbar. Obergericht, 2. Abteilung, 28. Mai 2021, ZBS.2021.15 [1] Sprecher, Basler Kommentar, 3.A., Art. 262 ZPO N. 2 [2] Sprecher, Art. 262 ZPO N. 27 [3] Art. 262 lit. e ZPO; Sprecher, Art. 262 ZPO N. 28 [4] Sprecher, Art. 269 ZPO N. 1 ff. [5] Sprecher, Art. 269 ZPO N. 4; Güngerich, Berner Kommentar, Bern 2012, Art. 269 ZPO N. 10 [6] Güngerich, Art. 269 ZPO N. 9 [7] Sprecher, Art. 269 ZPO N. 9 [8] Vgl. BGE 122 III 240; BGE vom 28. März 2001, 4C.172/2000, Erw. 3.a; Koller, Basler Kommentar, 7.A., Art. 466 OR N. 1; Gautschi, Berner Kommentar, Bern 1962, Art. 466 OR N. 5b; Oser/Schönenberger, Zürcher Kommentar, Zürich 1945, Art. 466 OR N. 2 f.; Beyeler, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Hrsg.: Huguenin/Müller-Chen), 3.A., Art. 466 OR N. 9 [9] Art. 271 Abs. 1 SchKG [10] Art. 269 lit. a ZPO [11] Sprecher, Art. 262 ZPO N. 18

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