

## Zivilprozessualer Fallstrick bei der Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes

**WILL DER SUBUNTERNEHMER SOWOHL DIE ZAHLUNG SEINER AUSSTEHENDEN WERKLOHNFORDERUNG ALS AUCH DIE EINTRAGUNG DES DEFINITIVEN BAUHANDWERKERPFANDRECHTS ÖKONOMISCH IN EINEM RICHTS-PROZESS ERREICHEN, MUSS ER VORGÄNGIG ZWINGEND EIN SCHLICHTUNGSVERFAHREN FÜR DIE FORDERUNGS- KLAGE DURCHLAUFEN UND KANN ENTGEGEN ART. 198 LIT. H ZPO UND DER OFT ANDERSLAUTENDEN BELEH- RUNG DURCH DAS ANORDNENDE GERICHT NICHT DIREKT ZUR KLAGE IM ORDENTLICHEN VERFAHREN ANS GE- RICHT SCHREITEN.**

Ein Unternehmer hat das Recht auf einem Grundstück, für das er Arbeiten und allenfalls Material geliefert hat, ein Pfandrecht für seine Werklohnforde-

rung eintragen zu lassen, falls andere Sicherheiten für die Forderung fehlen (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Dem Unter- nehmer steht für die Eintragung des Pfandrechts in das Grundbuch eine Frist von vier Monaten ab dem Zeitpunkt der Vollendung der Arbeiten zur Verfügung (Art. 839 Abs. 2 ZGB). Diese Frist kann weder gehemmt noch unterbrochen werden. Sie beginnt grundsätzlich, mit der Vollendung des Werks zu laufen.

Durch die Eintragung des Bauhand- werkerpfandrechts in das Grundbuch erhält der Unternehmer wie auch der Subunternehmer zur Absicherung sei- ner Forderung ein Pfandrecht am be- lasteten Grundstück. Damit ist es ihm möglich, wenn seine Werklohnforde- rung nicht beglichen wird, das Grund- stück als Pfand verwerten zu lassen.

### **Anforderungen für die Pfand- verwertungen**

Damit der Unternehmer in der Betrei- bung auf Pfandverwertung einen all-



*Christopher Tillman*

fälligen Rechtsvorschlag des Schuldners und allenfalls des Grundeigentümers, falls es sich um ein Drittpfand handelt, beseitigen kann, benötigt der Unter- nehmer sowohl für die Forderung als auch für das Pfandrecht einen Rechts- öffnungstitel. In der Regel ist damit ein gerichtliches Urteil gemeint, das sowohl den Schuldner zur Zahlung der Forde- rung an den Unternehmer (Gläubiger) verurteilt, als auch die Eintragung des Pfandrechts auf dem Grundstück anord- net.

## Inhalt

**Zivilprozessualer Fallstrick bei der Eintragung des Bauhandwerker- pfandrechtes**

Seite

1

**Wann sind Betreibungs- handlungen nichtig und wann anfechtbar?**

3

**Negative Feststellungswiderklage zur Abwehr einer Teilklage**

5

**Rechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Wallet Service Provider**

7

**Newsletter und Datenschutz**

10

### **Vorsorgliche Massnahme zur Fristwahrung**

Da in einem ordentlichen Gerichtsverfahren die Viermonatsfrist faktisch nie eingehalten werden kann, muss der Unternehmer über die vorsorglichen Massnahmen nach Art. 261 ZPO das Bauhandwerkerpfandrecht provisorisch oder vorab superprovisorisch im Grundbuch eintragen lassen. Damit wahrt er die Viermonatsfrist. Im Entscheid über die provisorische Massnahme setzt dieses Gericht dem Unternehmer eine Frist an, in der Regel – je nach kantonaler Gerichtspraxis – zwei bis drei Monate, zur Anhebung eines ordentlichen Gerichtsverfahrens zur definitiven Eintragung des Pfandrechts.

### **Klage auf Werklohnzahlung und Pfandrechtseintrag**

Da der Unternehmer für die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts seine ausstehende Forderung auf den Werklohn zumindest in der Höhe des einzutragenden Pfandrechts beweisen muss, ist es prozessökonomisch sinnvoll, in einem einzigen Prozess sowohl ein Urteil zur Zahlung der Forderung (Forderungsklage im Sinne einer Leistungsklage) als auch für die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts (Eintragungsklage) anzustreben. Dies stellt eine sogenannte Klagenhäufung der beiden klägerischen Klagen dar (Art. 90 ZPO).

Eine Klagenhäufung gemäss Art. 90 ZPO setzt zwingend voraus, dass das angerufene Gericht für beide Klagen sachlich zuständig (lit. a) und die gleiche Verfahrensart anwendbar ist (lit. b). Art. 198 ZPO lit. h ZPO sieht eine Ausnahme von der Pflicht ein Schlichtungsverfahren durchzuführen für Ansprüche vor, bei denen ein Gericht eine Frist zur Klageeinreichung angesetzt hat. Mit dem

Urteil über die Eintragung des provisorischen Bauhandwerkerpfandrechts hat das Gericht, das diese vorsorgliche Massnahme angeordnet hat, dem Unternehmer eine Frist zur Einreichung einer ordentlichen Klage beim zuständigen Bezirksgericht angesetzt. Daher kann für die Eintragung des definitiven Bauhandwerkerpfandrechts direkt beim Bezirksgericht (Eintragungs-)Klage eingereicht werden, ohne zuvor für diesen Anspruch ein Schlichtungsverfahren durchlaufen zu müssen.

Für den Anspruch auf Zahlung der ausstehenden Werklohnforderung insbesondere des Subunternehmers liegt hingegen keine solche Ausnahme für eine (Forderungs-)Klage vor Bezirksgericht vor. Für diesen Anspruch ist der Grundregel folgend daher zwingend ein Schlichtungsverfahren vor dem zuständigen Friedensrichteramt zu durchlaufen bevor man ans Gericht gelangt.

Werden nun aber beide Ansprüche namentlich eines Subunternehmers aus prozessökonomischen Gründen in einer Klageschrift mit einer Klagenhäufung kombiniert, muss ein Schlichtungsverfahren für beide Ansprüche zwingend vor einer gerichtlichen Klage durchgeführt werden. Ansonsten würde das Bezirksgericht nicht auf den Anspruch zur Zahlung der Werklohnforderung (Forderungsklage) eintreten und die Klagenhäufung wäre damit aus dem Spiel. Dieses Vorgehen hat das Zürcher Obergericht in seinem Entscheid vom 17. September 2014 bestätigt (LB130063-O, Erw. III). Es nahm dabei Bezug auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Entscheid vom 14. Januar 2013 (4A\_413/2012), in dem das Bundesgericht die Aufzählung in Art. 198 ZPO für abschliessend erklärt hat. Die Klagenhäufung nach Art. 90 ZPO fällt nicht unter diesen Ausnahmekatalog von Art. 198 ZPO. Da-

mit ist gemäss dieser Rechtsprechung ausgeschlossen, dass die Forderungsklage des Subunternehmers gegen den Generalunternehmer (GU) oder Totalunternehmer (TU) ohne vorangegangenes Schlichtungsverfahren zusammen mit der Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts (Eintragungsklage) beim erstinstanzlichen Bezirksgericht eingereicht wird. Denn ansonsten würde der forderungsbeklagte GU oder TU sich prozessual erstmals im Gerichtsverfahren der eingeklagten Forderung des Subunternehmers gegenübersehen, was das gesetzliche Erfordernis des Schlichtungsverfahrens gerade vermeiden will.

### **Fazit**

Für den Subunternehmer und dessen Anwalt bedeutet dies, dass er der Belehrung über die Fortsetzung des Verfahrens auf dem Entscheid im summarischen Verfahren über die provisorische Eintragung des Pfandrechts kein Vertrauen entgegen bringen kann. Diese Belehrung bezieht sich lediglich auf den Prozess der Eintragungsklage zur definitiven Eintragung des Pfandrechts, ohne die Klagenhäufung mit der Forderungsklage gegen den eigentlichen Besteller (GU/TU) zur Zahlung der Werklohnforderung zu berücksichtigen. Da realistisch die vom Gericht angesetzte Frist von zwei bis drei Monaten nicht ausreicht, um ein Schlichtungsverfahren zu durchlaufen und anschliessend Klage beim Bezirksgericht im ordentlichen Verfahren zu erheben, muss der Subunternehmer in der Praxis das fristansetzende Gericht aus dem vorangegangenen summarischen Verfahren zum provisorischen Bauhandwerkerpfandrechtseintrag um eine Fristerstreckung ersuchen. In der vom Gericht

in der Praxis zulässigerweise erstreckten Frist hat der Subunternehmer nun in Dreiparteienverfahren mit GU/TU seine Klage auf Zahlung der ausstehenden Werklohnforderung (Forderungsklage) als auch auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts (Eintragungsklage) beim zuständigen erstinstanzlichen Gericht im ordentlichen Verfahren erst nach dem Durchlaufen des Schlichtungsverfahrens für die Forderungsklage mit der von der Schlichtungsbehörde erhaltenen Klagebewilligung einzureichen. Dies trotz der meist anderslautenden gerichtlichen

Belehrung und trotz dem Wortlaut von Art. 198 lit. h ZPO. Nur so wahrt der Subunternehmer sowohl die gerichtlich angesetzte Frist aus dem Entscheid über die provisorische Eintragung und damit indirekt auch die aus Art. 839 Abs. 2 ZGB fließende Viermonatsfrist für die Eintragung des definitiven Bauhandwerkerpfandrechts. Nach Ablauf der angesetzten Frist des Gerichts über die vorsorgliche Massnahme fällt die provisorische Eintragung nämlich wieder dahin und die vier Monate zur Eintragung des definitiven Bauhandwerkerpfandrechts sind dann ebenfalls verstrichen.

Umgekehrt möge der GU oder TU und sein Anwalt vor Gericht in formeller Hinsicht jeweils vorab prüfen, ob vorgängig für die eigentliche Forderungsklage aus Werkvertrag, trotz Art. 198 lit. h ZPO und trotz der üblichen gerichtlichen Belehrung für die Fortsetzung des Verfahrens zur Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts, faktisch mitsamt der Eintragungsklage ein Schlichtungsverfahren für die Forderungsklage durchgeführt worden ist. Andernfalls wäre Gegenteiliges vom Forderungsbeklagten zu rügen. ■

## Wann sind Betreibungshandlungen nichtig und wann anfechtbar?

**IST EINE VERFÜGUNG NICHTIG, SO KANN DIESES JURISTISCHE «NICHTS» JEDERZEIT VOM BETROFFENEN GELTEND GEMACHT WERDEN. DIE BEHÖRDE HAT DIE NICHTIGKEIT VON AMTES WEGEN ZU BEACHTEN. DAS BUNDESGERICHT HAT IN EINEM NEUEN ENTSCHEID JEDOCH FESTGEHALTEN, DASS DIES FÜR FORTSETZUNGSHANDLUNGEN NICHT ABSOLUT GILT.**

Das Bundesgericht hat im Entscheid vom 3. November 2017 (5A\_383/2017) Gelegenheit gehabt, seine nicht immer geradlinige Rechtsprechung zur Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit von Betreibungshandlungen klar zu stellen.

Zum Sachverhalt: Das Betreibungsamt hat dem A in einer Betreibung seinen Lohn gepfändet. Diese Lohnpfändung hat das Betreibungsamt mit der Pfändungsurkunde vom 18. April 2016 festgehalten. A ist jedoch der Meinung gewesen, er habe gültig Rechtsvorschlag erhoben. Mit verspäteter Beschwerde hat A die Pfändungsurkunde und damit die Betreibungshandlung bei der Beschwerdeinstanz angefochten. Das Bezirksgericht als untere Beschwerde-

instanz ist auf die Beschwerde wegen der verspäteten Eingabe von A nicht eingetreten. Dieser Entscheid hat auch das Obergericht geschützt. A hat das Urteil des Obergerichts an das Bundesgericht mit Beschwerde in Zivilsachen weitergezogen.

### Unterschied Nichtigkeit und Anfechtbarkeit

Eine nichtige Verfügung vermag zu keinem Zeitpunkt Wirkung zu entfalten. Die Wirkungslosigkeit besteht von Anfang an, also ex tunc. Mit anderen Worten ist eine nichtige Rechtshandlung ein juristisches Nichts. Die Geltendmachung der Nichtigkeit ist an keine Frist gebunden und kann jederzeit vor-



Kevin Kottmann

gebracht werden. Behörden haben die Nichtigkeit von Amtes wegen zu beachten.

Eine anfechtbare Verfügung entfaltet ihre Rechtswirkung und sie ist gültig, wenn sie nicht angefochten wird. Der Betroffene muss die Ungültigkeit die-

ser Verfügung innert einer vom Gesetz bestimmten Frist geltend machen. Da die Einhaltung der Beschwerdefrist eine Prozessvoraussetzung darstellt, tritt das Gericht nicht auf die Beschwerde ein, falls die Beschwerdefrist unbenützt verstrichen ist.

### **Das Betreibungsverfahren bis zur Pfändung**

Sobald das zuständige Betreibungsamt vom Gläubiger das Betreibungsbegehren erhalten hat, stellt es dem Schuldner den Zahlungsbefehl zu. Der Schuldner hat dann die Möglichkeit, innert 20 Tagen an den Gläubiger zu zahlen oder innert 10 Tagen seit Erhalt des Zahlungsbefehls Rechtsvorschlag zu erheben. Dabei ist zu empfehlen, den Rechtsvorschlag jeweils unbedingt und ohne Begründung zu erheben. Bleibt der Schuldner untätig, so kann der Gläubiger nach Ablauf von 20 Tagen seit der Zustellung des Zahlungsbefehls das Fortsetzungsbegehren stellen. Wird Rechtsvorschlag erhoben, muss dieser zuerst durch den Gläubiger mit einem Gerichtsverfahren auf die eine oder andere Art beseitigt werden.

Nachdem das Fortsetzungsbegehren gestellt worden ist, hat das Betreibungsamt die Pfändung dem Schuldner mindestens einen Tag vor dem Vollzug der Pfändung schriftlich anzukündigen. Anschliessend vollzieht das Betreibungsamt die Pfändung und stellt dem Schuldner die Pfändungsurkunde zu. Die Abschrift der Pfändungsurkunde wird dem Schuldner gemäss Art. 34 Abs. 1 SchKG grundsätzlich mit eingeschriebenem Brief zugestellt. Der Zustellungszeitpunkt ist massgebend für den Beginn der Beschwerdefrist.

### **Rechtsmittel im Betreibungsverfahren**

Nach Art. 17 SchKG kann gegen jede Verfügung eines Betreibungs- oder eines

Konkursamtes bei der Aufsichtsbehörde Beschwerde geführt werden. Im Kanton Zürich ist die untere Aufsichtsbehörde das Bezirksgericht und die obere Aufsichtsbehörde das Obergericht.

Da A mit der Pfändung nicht einverstanden gewesen ist, weil er nach seinem Dafürhalten gültig Rechtsvorschlag erhoben hat, ist er gezwungen gewesen, innert 10 Tagen nach Erhalt der Pfändungsurkunde beim Bezirksgericht Beschwerde einzulegen. Diese Frist hat er jedoch verstreichen lassen. Daher hätte ihm nur die Nichtigkeit der Pfändung helfen können, da diese, wie oben erwähnt, jederzeit geltend gemacht werden kann.

### **Die Nichtigkeit von Betreibungshandlungen**

Das Bundesgericht ist in seiner alten Rechtsprechung davon ausgegangen, dass Betreibungshandlungen, die auf Begehren des Gläubigers trotz gültig erhobenem Rechtsvorschlag erfolgt sind, jederzeit aufzuheben, also nichtig, sind. Von diesem absoluten Grundsatz ist das Bundesgericht im Laufe der Zeit vermehrt abgewichen. Es hat festgehalten, dass Fortsetzungshandlungen nur anfechtbar seien, wenn das Betreibungsamt den Schuldner vorgängig vom Nichtbestehen des Rechtsvorschlags in Kenntnis gesetzt hat. Diese Rechtsprechung hat das Bundesgericht dann dahingehend präzisiert, dass die Frist zur Anfechtung nicht schon mit der Zustellung der Pfändungsurkunde, sondern erst mit der Pfändungsurkunde selber zu laufen beginne. Dazu hat das höchste Gericht ausgeführt, für den Schuldner, der die Pfändungsurkunde erst kurz vor der Pfändung erhalte, liege die Annahme nahe, er könne anlässlich des Pfändungsvollzugs das Betreibungsamt auf dessen Fehler aufmerksam machen.

Das Bundesgericht hat eine Abwägung zwischen dem Schutz des Betriebenen und dem Schutz des Betreibungsverfahrens vorgenommen. Der Betriebene darf auf die Unwirksamkeit von Fortsetzungshandlungen aufgrund seines Rechtsvorschlags nur so lange vertrauen, solange er keinen Anlass gehabt hat, diese mit Beschwerde anzufechten. Damit soll verhindert werden, dass bereits weit fortgeschrittene Betreibungsverfahren plötzlich zu Fall gebracht werden und die Aufwendungen vergebens gewesen sind.

Der betriebene A durfte in gutem Treuen annehmen, dass er seinen Rechtsvorschlag auch noch nach der Pfändungsurkunde geltend machen kann. Mit der Zustellung der Pfändungsurkunde muss dem Betriebenen jedoch klar geworden sein, dass das Betreibungsamt seinen Rechtsvorschlag nicht anerkannt hat. Spätestens dann hätte er innert der Frist von 10 Tagen auf die Pfändungsurkunde reagieren und diese anfechten müssen. Bei der Pfändungsurkunde geht das Bundesgericht demnach noch von der Nichtigkeit aus, wobei die Pfändungsurkunde dann nur noch als anfechtbar gilt.

### **Fazit**

Die Nichtigkeit bezieht sich nur auf die Pfändungsurkunde. Die Pfändungsurkunde ist dann jedoch nur noch anfechtbar. Dies mit dem Grund, dass es dem Schuldner nach Treu und Glauben zuzumuten ist, sich innert der Beschwerdefrist gegen die Pfändung zur Wehr zu setzen. Daher ist dringend zu empfehlen, sich niemals blind auf eine mögliche Nichtigkeit zu verlassen, sondern jeweils die zu beanstandende Rechtshandlung fristgerecht mit Beschwerde anzufechten. ■

# Negative Feststellungswiderklage zur Abwehr einer Teilklage

**SIEHT SICH EINE BEKLAGTE PARTEI EINER TEILKLAGE BIS MAX. FR. 30'000.00 FÜR EINEN HÖHEREN TEILBAREN GESAMTANSPRUCH AUSGESETZT, HINDERT SIE DIE BESTIMMUNG VON ART. 224 ABS. 1 ZPO NICHT DARAN, ZUR ABWEHR DES GESAMTANSPRUCHS EINE NEGATIVE FESTSTELLUNGSWIDERKLAGE ZU ERHEBEN.**

Gemäss Art. 224 Abs. 1 ZPO kann ein Beklagter mit der Klageantwort zur Abwehr des eingeklagten Anspruchs Widerklage erheben, wenn der widerklageweise geltend gemachte Anspruch im gleichen Verfahren wie die Hauptklage zu beurteilen ist. Übersteigt der Streitwert der Widerklage die sachliche Zuständigkeit des Gerichts, so hat das Gericht beide Klagen dem Gericht mit der höheren sachlichen Zuständigkeit zu überweisen (Art. 224 Abs. 2 ZPO). Laut Art. 94 Abs. 1 ZPO bestimmt sich der Streitwert, wenn sich Klage und Widerklage gegenüberstehen, nach dem höheren Rechtsbegehren. Die Streitwerte werden zusammengerechnet, sofern sich Klage und Widerklage nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 94 Abs. 2 ZPO).

Die Lehre zur neuen ZPO ging bisher übereinstimmend davon aus, dass Art. 224 Abs. 1 ZPO es grundsätzlich ausschliesst, im vereinfachten Verfahren mittels Widerklage Ansprüche geltend zu machen, für die – wenn sie in einer selbständigen Klage formuliert würden – aufgrund ihres Fr. 30'000.00 übersteigenden Streitwerts das ordentliche Verfahren gälte und die somit nicht im gleichen Verfahren wie die Hauptklage zu beurteilen sind.

## Neuer Bundesgerichtsentscheid

In einem neueren Entscheid (BGE 143 III 506) hat das Bundesgericht in sorgfältiger Auslegung der massgeblichen Bestimmungen (Art. 94 und 224 ZPO) sowie unter Bezugnahme auf die Bot-

schaft (BB1 2006, S. 7221 ff.) diese Aufassung grundsätzlich als richtig erachtet. Das Bundesgericht bestätigte, "dass Art. 224 Abs. 1 ZPO es der beklagten Partei grundsätzlich verbietet, im vereinfachten Verfahren eine Widerklage zu erheben, die aufgrund ihres Streitwerts von über Fr. 30'000.00 in den Geltungsbereich des ordentlichen Verfahrens fällt". Demgegenüber liess das Bundesgericht offen, ob umgekehrt im ordentlichen Verfahren eine Widerklage erhoben werden kann, für die aufgrund ihres – Fr. 30'000.00 nicht übersteigenden – Streitwerts gemäss Art. 243 Abs. 1 ZPO das vereinfachte Verfahren gilt, welche Frage in der Lehre kontrovers beurteilt wird.

## Teilklage und negative Feststellungswiderklage

Diese Feststellungen vorausgeschickt, wandte sich das Bundesgericht der in der Lehre ebenfalls uneinheitlich beantworteten, aber sehr wesentlichen Frage zu, ob die Voraussetzung des gleichen Verfahrens auch dann gilt, wenn es sich bei der Hauptklage um eine Teilklage handelt und die beklagte Partei als Reaktion darauf eine negative Feststellungswiderklage erheben möchte. Zur Verdeutlichung: Mit einer Teilklage macht die Klägerin nur einen Teil eines grösseren Gesamtanspruchs geltend, was zulässig ist, wenn der Anspruch teilbar ist. Das trifft bei Geldforderungen stets zu. Mit einer negativen Feststellungswiderklage verlangt der Beklagte und Wi-



Romeo Da Rugna

derkläger die gerichtliche Feststellung, dass (auch) der über die Teilklage hinausgehende, nichteingeklagte Teilanspruch nicht besteht. Die negative Feststellungswiderklage dient somit der (aktiven) Abwehr des gesamten eingeklagten Anspruchs.

Die grosse Mehrheit der Lehre lehnte es bisher ab, die negative Feststellungswiderklage zur Abwehr einer Forderungs-Teilklage zuzulassen, deren Streitwert vom Kläger bewusst beim Betrag von Fr. 30'000.00 belassen wurde, um vom vereinfachten Verfahren profitieren zu können. Dies führt namentlich dazu, dass sich ein Beklagter, der sich einer Teilklage von Fr. 30'000.00 im vereinfachten Verfahren ausgesetzt sieht, unter Umständen nicht gleich gut wie in einem ordentlichen Verfahren nur schon gegen die grundsätzliche Bejahung seiner Haftung wehren kann, auch wenn der ganze gegen ihn gerichtete Anspruch sich auf mehrere Hunderttausend Franken (oder mehr) beläuft, weil eben das vereinfachte Verfahren auf eine rasche Erledigung der Streitsache

mit eingeschränkten Verteidigungsmitteln des Beklagten angelegt ist.

Das Bundesgericht setzte sich sorgfältig mit den Meinungen in der Lehre sowie mit seiner früheren Rechtsprechung vor der Geltung der Schweizerischen Zivilprozessordnung auseinander und machte zu Recht die folgenden Feststellungen.

### Höchststrichterliche Feststellungen

Schon vor der Geltung der Schweizerischen ZPO bejahte das Bundesgericht das rechtliche Interesse der mit einer Teilklage konfrontierten beklagten Partei, durch Widerklage den Nichtbestand des behaupteten Anspruchs feststellen zu lassen. Dies wurde damit begründet, dass die Erhebung einer Leistungsklage die Anmassung nicht nur des eingeklagten Teilanspruchs selbst, sondern zugleich des gesamten Forderungsrechts als deren notwendige Grundlage bedeutet und deshalb die Beklagte in diesem vollen Umfang durch die gegen sie erhobene Klage in ihrer Rechtssphäre beeinträchtigt wird.

Weiter stellte das Bundesgericht unter Beiziehung der Gesetzesmaterialien fest, dass es nicht die Absicht des

Gesetzgebers war, die Möglichkeit der beklagten Partei, eine negative Feststellungswiderklage zu erheben, durch das Erfordernis des gleichen Verfahrens gemäss Art. 224 Abs. 1 ZPO auszuschliessen.

Das Bundesgericht stellte auch auf die frühere Praxis der kantonalen Gerichte ab, worin die Meinung vertreten wurde, mit einer negativen Feststellungswiderklage mache die beklagte Partei keinen eigenen, selbständigen Anspruch geltend, weshalb es sich nicht um eine eigentliche Widerklage handle. Mit dem Begriff des Widerklagebegehrens werde nur die Widerklage gemeint, mit der der Beklagte der Klage einen eigenen, selbständigen Leistungsanspruch gegenüberstelle. Hiervon unterscheide sich die negative Feststellungswiderklage insofern, als sie nicht auf die Verurteilung des Klägers und Widerbeklagten zu einer (neuen oder anderen) Leistung gerichtet sei, sondern damit "lediglich die Feststellung der Nichtexistenz des vom Kläger bereits angemeldeten Gesamtanspruchs angestrebt" werde. Die negative Feststellungswiderklage, die als Reaktion auf eine echte Teilklage erhoben wird, ist gemäss Bundesgericht dem-

nach keine gewöhnliche Widerklage, mit der die beklagte Partei "einen von der Vorklage nicht erfassten, unabhängigen Anspruch ins Recht legt". Vielmehr will die beklagte Partei mit ihr den umstrittenen Anspruch der klagenden Partei in seinem gesamten Betrag beurteilen lassen. Die mehrheitlich in der Lehre vertretene Auffassung, dass Art. 224 Abs. 1 ZPO sie an diesem Vorgehen hindern soll, wenn die klagende Partei ihre Rechtsbegehren betragsmässig auf höchstens Fr. 30'000.00 beschränkt hat, trage diesem Umstand keine Rechnung.

### Ergebnis

Mit diesen Überlegungen kam das Bundesgericht zu folgendem Ergebnis: Erhebt der Kläger eine echte Teilklage, für die aufgrund ihres Streitwerts von höchstens Fr. 30'000.00 nach Art. 243 Abs. 1 ZPO das vereinfachte Verfahren gilt, hindert Art. 224 Abs. 1 ZPO die beklagte Partei nicht daran, eine negative Feststellungswiderklage zu erheben, auch wenn deren Streitwert die Anwendbarkeit des ordentlichen Verfahrens zur Folge hat. Haupt- und Widerklage sind diesfalls beide zusammen im ordentlichen Verfahren zu beurteilen. ■

## Humor

Richter: «Ich verurteile Sie zu 500 Franken Geldstrafe wegen Beamtenbeleidigung. Möchten Sie noch was sagen, Angeklagter?» Angeklagter: «Eigentlich schon, aber bei den Preisen besser nicht.»

# Rechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Wallet Service Provider

**ZUM AUFBEWAHREN UND ZUR VERWALTUNG VON KRYPTOWÄHRUNGEN WIE BITCOINS BENÖTIGT MAN EIN WALLET. DER NACHFOLGENDE ARTIKEL ANALYSIERT DIE RECHTLICHE SEITE VON WALLETS, INSBESONDERE DIE FOLGEN EINES KONKURSES VON WALLET SERVICE PROVIDER.**

## Bitcoin als Transaktion

Um die Funktionsweise eines Wallets zu verstehen, bedarf es zunächst einer Erklärung zur Funktionsweise von Bitcoins und ihrem zugrundeliegenden Konzept. Wie eine Münze können Bitcoins bzw. ihre Bruchteile über eine Kette von Berechtigten weitergegeben werden. Je nach Grösse müssen sie dabei entweder weiter aufgebrochen werden oder mit anderen bestehenden Bruchteilen zusammen übertragen werden, um einen bestimmten Zielbetrag zu erreichen. Bitcoins lassen sich mit Steinen vergleichen, die in ihrer kleinsten Form einem Sandkorn bzw. einem Satoschi entsprechen. Im Gegensatz zu Münzen richtet sich der Fokus bei Bitcoins allerdings auf die Transaktion und nicht auf den Münzgegenstand, der sich an einem bestimmten Ort befindet.

Zentral für das Verständnis der Transaktion ist dabei die Bitcoin-Adresse. Werte werden in der Grundanwendung von einer Bitcoin-Adresse zu einer anderen Adresse übertragen. Für die Übertragung werden die Werte mit der Zieladresse verknüpft. Dies, indem die Werte mit dem öffentlichen Schlüssel, aus dem die Zieladresse generiert worden ist und der allen Anwendern bekannt ist, blockiert werden. Nur mit dem dazugehörigen privaten Schlüssel kann über diese Werte wieder verfügt werden, um sie an eine andere Adresse zu schicken (bzw. mit dem entsprechenden öffentlichen Schlüssel dieser Adresse zu

blockieren). Wer den dazugehörigen privaten Schlüssel kennt, kann über den blockierten Wert verfügen. Wird der blockierte Wert nicht weiter übertragen, spricht man von einer «unspent transaction» (UTXO). Der Wert ist in diesem Falle zwar an eine Adresse gesandt bzw. mit dem entsprechenden öffentlichen Schlüssel blockiert worden, vom Inhaber des privaten Schlüssels aber noch nicht weiterübertragen worden. Es handelt sich hier um den Hauptanwendungsfall einer Transaktion, nach dem sogenannten Pay-to-Public-Key-Hash Script (P2PKH).

## Formen von Wallets

Wallets sind Anwendungen, die dem Wallet-Nutzer die Verwaltung seiner Bitcoins ermöglichen. Klassische Wallets enthalten eine Sammlung der Schlüsselpaare öffentlicher/privater Schlüssel. Das Wallet sucht zur Ermittlung des Guthabens auf der Blockchain nach Adressen des Nutzers, auf denen sich die unspent transactions befinden und zeigt dem Nutzer die Summe dieser Werte als Guthaben an. Über sein Wallet kann der Nutzer dann auf die mit den öffentlichen Schlüsseln blockierten Werte zugreifen und mit dem dazugehörigen privaten Schlüssel über die Werte verfügen, indem er die Werte auf neue Adressen transferiert. Ein Papier, welches die beiden Schlüssel bildlich zeigt (als lange Zahlen-Nummern-Kombination oder als QR-Code), wird als Paper Wallet be-



*Simon Schnetzler*

zeichnet und stellt wohl die rudimentärste Form eines «Wallets» dar. Beim Paper Wallet lässt sich natürlich nicht ablesen, welche unspent transactions auf der Adresse lagern bzw. mit dem entsprechenden öffentlichen Schlüssel verknüpft sind.

Unter «Wallet» werden allerdings auch Services angeboten, welche zwar eine gewisse Verwaltung von Bitcoins erlauben, die aber keinen Zugriff auf die privaten Schlüssel dieser Bitcoins gewähren und einem Nutzer nur unter Mitwirkung des Wallet Service Providers die Verfügung über seine Guthaben erlauben (sog. custodial wallets). Ohne die Mitwirkung des Wallet Service Providers ist es absolut ausgeschlossen, über die Werte zu verfügen. Nur der Wallet Service Provider oder allenfalls sogar eine Drittperson kennen die privaten Schlüssel, welche die Verfügung über die Werte erst ermöglichen. In einem solchen Fall ist der Nutzer für die Verwaltung somit vollständig auf den Wallet

Service Provider angewiesen. Wallet Service Provider bieten über ihre Plattformen häufig noch weit mehr und legen den Fokus auf Benutzerfreundlichkeit. Sie erlauben zum Beispiel den Erwerb von Kryptowährungen, den Tausch über Handelsplattformen oder schnelle und gebührenfreie «offline-transactions», durchgeführt lediglich in den Büchern des Anbieters.

Zwei bekannte Wallet Service Provider sind Coinbase und Freewallet. Coinbase vertreibt ihr Angebot in Europa über eine im englischen Handelsregister eingetragene Gesellschaft (Coinbase UK, Ltd). Bei Freewallet sind die überprüfbareren Angaben dagegen schon sehr spärlich. Die Website verweist lediglich auf eine «Wallet Services Limited» mit Adresse in Hongkong. Das Limited erhält damit nochmals einen ganz eigenen Gehalt, wenn man an die rechtliche Zugriffsmöglichkeit denkt. In der Schweiz sind – soweit ersichtlich – keine eigentlichen Verwahrer domiziliert. Anbieter wie beispielsweise Tauschbörsen setzen eine bestehende Adresse des Nutzers voraus oder ziehen für die Abwicklung ihrer Geschäfte ausländische Verwahrer bei.

Bei Coinbase und Freewallet würde sich somit ein Konkurs nicht nach Schweizer Recht, sondern primär nach der entsprechenden ausländischen Rechtsordnung richten. Trotzdem stellt sich die Frage nach den Folgen einer Insolvenz eines Wallet Service Providers – mit Sitz in der Schweiz und unter Anwendung von Schweizer Recht – natürlich gleichermassen.

### **Konkurs eines Wallet Service Providers**

Im Konkurs eines Wallet Service Providers stellt sich für den Nutzer eine zentrale Frage: Kann er im Liquidationsverfahren seine investierten Vermö-

genswerte herausverlangen (aussondern) oder erhält er nur eine Dividende an den hinterlegten Vermögenswerten? Der Weg zur Beantwortung dieser Frage führt in aller Regel immer über die Vorfrage, was denn Bitcoins rechtlich eigentlich sind.

Dazu lässt sich nüchtern festhalten: Die Rechtsnatur von Bitcoins ist noch nicht geklärt. Und dies trotz vereinten Kräften der Juristenschar, die dem Bitcoin – ähnlich einem Tresor – mit allen verfügbaren Gerätschaften zu Leibe rückte, um ihm damit den Garaus zu machen. Nichts half, weder Zession noch Tradition konnten den Bitcoin knacken. Bitcoins haben in der Tat eine seltsame Eigenschaft: Ihr Gewahrsam bzw. die Verfügung über sie lässt sich fast noch besser als bei Sachen kontrollieren, und wie Sachen lassen sie sich individualisieren, wie Forderungen sind sie aber unkörperlich und nicht greifbar. Sie haben sozusagen das Beste von beiden Welten und fallen damit zwischen Stuhl und Bank. Weder Fisch noch Vogel, weder Sache noch Forderung.

### **Voraussetzungen zur Aussonderung**

Für die Aussonderung braucht es nach klassischer Ansicht eine körperliche Sache, an der ein materielles Recht auf Herausgabe (wie z.B. der Eigentumstitel) besteht. Der Eigentümer kann sein Gut aus der Konkursmasse aussondern und so der Verwertung entziehen. Er hat den materiell-rechtlichen Titel Eigentum, und das Gut lässt sich in aller Regel genügend individualisieren. Bei der Verwahrung von Geld wird differenziert: Geld soll dann zurückgefordert werden können, wenn es noch individualisierbar und separierbar ist. Ist das nicht mehr möglich, ist das Eigentum daran infolge Vermischung untergegangen. Der Hinterleger hat nur noch eine «ge-

wöhnliche» Forderung gegenüber dem Verwahrer ohne Eigentumstitel an den Geldmünzen. Die Notwendigkeit der Individualisierung gilt auch bei der Aussonderung von Geld im Treuhandverhältnis.

Die Möglichkeit eines Gewahrsams sowie der genügenden Individualisierung sind somit zentral für die Aussonderung. Diese Eigenschaften waren bislang aber nur bei körperlichen Gegenständen gegeben. Bitcoins sind zwar keine körperlichen Sachen, sie sind jedoch individualisierbar, ihre Position nachverfolgbar und es ist Gewahrsam an ihnen über den privaten Schlüssel möglich. Damit sollte für diese auch eine Aussonderung zugelassen werden. Das setzt immer voraus, dass die Konkursverwaltung effektiv über die Bitcoins verfügen kann, d.h. sie (alleine) hat Kenntnis der privaten Schlüssel des Schuldners oder war in der Lage, die Werte auf ihre Adresse zu übertragen. Nur dann ist im Übrigen eine Aussonderung überhaupt nötig. Wer den privaten Schlüssel zu einem Token wie Bitcoin hält, muss nicht aussondern.

Es dürfte – analog zur Situation bei einer Vermischung von Geld – vom Untergang des nachverfolgbaren Gewahrsams an Bitcoins dann gesprochen werden, wenn der Verwahrer die eingebrachten Bitcoins auf Dritte überträgt und danach nicht mehr in der Lage sein wird, diejenigen Bitcoins zurückzuübertragen, die ihm ursprünglich übertragen worden sind bzw. deren Spur sich zur ersten Überweisung an den Verwahrer zurückverfolgen lässt. Ist der Verwahrer dazu nicht in der Lage, und lässt sich die Herkunft nicht mehr zurückverfolgen, bleibt somit nur noch eine abstrakte Forderung des Hinterlegers auf Rückübertragung in Höhe der eingelegten Werte. Solange sich aber die hinter-

legten Bitcoins oder deren Bruchteile auf den Adressen des Verwahrers befinden und dieser (alleine) die privaten Schlüssel zu den Werten hält, rechtfertigt sich eine Aussonderung. Die Verwaltung sollte in einem solchen Fall somit verpflichtet werden, die privaten Schlüssel herauszugeben.

#### **Situation bei Wallet Service Provider**

Die Aussonderung im Zusammenhang mit Wallet Service Provider ist damit auf den (relativ engen) Anwendungsbereich beschränkt, wo es die Intention und Vereinbarung der Parteien war, die Bitcoin sicher zu verwahren und die individuellen Bitcoins (bzw. deren rückverfolgbaren Bruchstücke) wieder zu retournieren. Bei den Wallet Service Provider zeigt sich aber, dass diese nicht spezifische bzw. die effektiv einbezahlten Bitcoins zurückgeben und dies technisch vermutlich auch gar nicht könnten (z.B. weil sie aus Sicherheitsgründen die Werte auf ein Cold Wallet übertragen, losgelöst vom Netzwerk, und für die Transaktionen des Nutzers somit andere Werte verwenden müssen). Entsprechend wäre in einem solchen Fall

die Zulassung einer Aussonderung nicht gerechtfertigt. Gleiches gilt auch dann, wenn schon von Anfang an die Vereinbarung bestanden hat, nur eine unspezifische Menge von Bitcoins zurückzuerstatten. In beiden Fällen beschränkt sich der Anspruch diesfalls auf eine obligatorische Forderung zur Rückerstattung einer vertretbaren Menge an Bitcoins, und im Konkurs mithin auf eine Konkursdividende. Anders wäre es bei Banken, wo der Einlagenschutz greifen müsste. Auf eine bankenrechtliche Absonderung dürfte gegenwärtig eher nicht vertraut werden, insbesondere bei Verwahrungsketten, die ins Ausland führen.

#### **Ergebnis**

Wie so häufig am Ende einer rechtlichen Abhandlung über Blockchain lautet das Verdikt: Die Situation ist in vielen Bereichen noch unklar. Im Zusammenhang mit der Aussonderung bestehen widersprüchliche Meinungen in der Literatur, und auch Urteile sind nicht bekannt. Derzeit ist allerdings eine parlamentarische Initiative pendent, die verlangt, dass im Konkurs auch nicht-körperliche Vermögenswerte ausgesondert werden können

(Parlamentarische Initiative Dobler). Und schliesslich will der Bundesrat 'die Arbeiten zur rechtlichen Qualifikation des Bitcoins' rasch vorantreiben, wie er in seinem Bericht zur Fintech-Vorlage meint.

Es macht wenig Sinn, dem Fisch das Fliegen beizubringen und Bitcoins oder Tokens generell über klassische Institute wie Forderungen oder Sachen zu qualifizieren. Für die Klärung der Rechtsposition und Übertragung sollte man sich eng an die technische Realität halten. Besteht ein öffentlich einsehbares und unveränderbares Register wie die Bitcoin-Blockchain, ist es unnötig, zur Übertragung eine Verfügung wie die Zession heranzuziehen oder diese auf der Blockchain abzubilden. Das wäre vergleichbar mit einem Nilpferd, das versucht, in eine Katzenkiste zu sitzen. Es passt einfach nicht. In jedem Falle sollten Regelungen die besonderen Eigenschaften der zu regelnden Systeme berücksichtigen, sodass nur punktuelle Anpassungen nötig sind. Bis zur Klärung dieser Fragen durch den Gesetzgeber oder die Gerichte wird die Rechtsunsicherheit leider bestehen bleiben. ■



Legis Rechtsanwälte AG  
legis-law.ch

## Newsletter und Datenschutz

Legis Rechtsanwälte AG hat Ihnen mit ihrem Newsletter rechtliche und andere Informationen zugestellt. Wir möchten damit fortfahren und hoffen, dass Sie am Empfang dieser Informationen weiterhin interessiert sind. Im Hinblick auf die schweizerische Datenschutzgesetzgebung und die Europäische Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), welche die Verwendung personenbezogener Daten regeln, möchten wir Ihnen unsere Datenschutzhinweise bekannt geben. Diese finden Sie auf unserer Homepage [www.legis-law.ch](http://www.legis-law.ch). Für Fragen wenden Sie sich an: [lawyer@legis-law.ch](mailto:lawyer@legis-law.ch).

Wenn Sie keine weiteren Informationen von Legis Rechtsanwälte AG erhalten möchten, melden Sie sich bitte mit dem entsprechenden Hinweis unter Angabe von Vorname und Name über folgende E-Mail ab: [lawyer@legis-law.ch](mailto:lawyer@legis-law.ch).

Lic.iur. Romeo Da Rugna  
CAS IRP-HSG Civil Litigation  
Fachanwalt SAV Familienrecht

Dr. Stefan Schalch LL.M.

Lic.iur. Thomas Reimann  
Konsulent

Lic.iur.  
Christopher Tillman LL.M.  
CAS IRP-HSG Civil Litigation  
Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht

Lic. iur.  
Simon Schnetzler LL.M.

Forchstrasse 2

Postfach

8032 Zürich

Switzerland

Phone +41-44-560 80 80

Fax +41-44-560 80 90

[lawyer@legis-law.ch](mailto:lawyer@legis-law.ch)

Eingetragen  
im Anwaltsregister

Zertifiziert nach  
ISO 9001 : 2015