

§ 129 Ziff. 3 ZPO. – Kaufvertrag; Zahlungsverprechen. Voraussetzungen für den Erlass eines einstweiligen Zahlungsverbotes (Erw. 2). Verfügungsgrund und Verfügungsanspruch in casu nicht glaubhaft gemacht (Erw. 3 und 4a). Frage nicht abschliessend beurteilt, ob ein Abrufverbot an den Begünstigten mit einem Zahlungsverbot an den Garanten ergänzt bzw. ersetzt werden kann (Erw. 4b).

*Aus den Erwägungen:*

2. a) Die vorliegende Zahlungsgarantie stellt eine nicht akzessorische, abstrakte Zahlungsverpflichtung der X. AG gegenüber der begünstigten Beschwerdegegnerin dar. Die Garantin hat zu leisten, wenn die in der Garantie enthaltenen Bedingungen erfüllt sind. Die Zahlungspflicht ist von der Leistungspflicht des Schuldners aus dem Grundverhältnis unabhängig (vgl. Kleiner, Bankgarantie, 4. A., Zürich 1990, N 22.01 f.). Eine Auszahlung kann deshalb nur dann verhindert werden, wenn die Inanspruchnahme der Garantie offenkundig rechtsmissbräuchlich erfolgt, also Treu und Glauben widerspricht. Rechtsmissbrauch liegt immer dann vor, wenn der Begünstigte – bei objektiver Wertung des gesamten Sachverhaltes – unter keinem vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Gesichtspunkt berechtigt sein kann, die Bankgarantie abzurufen (Dohm, Bankgarantien im internationalen Handel, Bern 1985, N 241). Der Erlass eines einstweiligen Zahlungsverbotes setzt voraus, dass der Garantieauftraggeber seinen Anspruch auf Nichthonorierung der Garantie und den Verfügungsgrund – das Drohen eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils – glaubhaft macht, wobei wegen der besonderen Natur der Garantieverpflichtung an die Glaubhaftmachung strenge Anforderungen zu stellen sind (Bühler, Sicherungsmittel im Zahlungsverkehr, Zürich 1997, S.150 ff.; Egger, Probleme des einstweiligen Rechtsschutzes bei auf erstes Verlangen zahlbaren Garantien, SZW 1/90, S.12 ff.; Kleiner, a.a.O., N 22.14).

b) Das vorliegend beantragte Zahlungsverbot kann sich prozessual unbestrittenermassen einzig auf § 129 Ziff. 3 ZPO stützen. Danach kann das Kantonsgerichtspräsidium auf Begehren einer Partei und sofern die Berechtigung der Verfügung glaubhaft gemacht wird, Verfügungen treffen, die dazu dienen, andere als auf Geld oder Sicherheitsleistung gerichtete fällige Rechtsansprüche zu schützen, wenn bei nicht sofortiger Erfüllung ihre Vereitelung oder eine wesentliche Erschwerung ihrer Befriedigung zu befürchten ist oder dem Berechtigten ein erheblicher, nicht leicht zu ersetzender Schaden oder Nachteil droht. Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, sind mithin einerseits der Anspruch, der durch eine vorsorgliche Massnahme geschützt werden soll, hier also der Anspruch auf Nichthonorierung der Garantie, und andererseits der Verfügungsgrund, d.h. die Gefährdung dieses Anspruches bei nicht sofortigem Eingreifen des Richters glaubhaft zu machen. Richtig ist

auch, dass in der Regel vorab der Verfügungsgrund analog einer Prozessvoraussetzung zu prüfen ist, bevor auf die Beurteilung des materiellrechtlichen Anspruches einzutreten ist. Das ist allerdings nicht in allen Fällen rein durchführbar; der Verfügungsgrund lässt sich nicht immer vollkommen unabhängig und losgelöst vom materiellen Anspruch beurteilen (vgl. JZ 2003/53). Der Gesuchsteller hat als Verfügungsgrund die sich aus der zeitlichen Dauer eines ordentlichen Prozesses ergebende Gefährdungssituation glaubhaft zu machen, welche die Durchsetzung des Rechtsanspruchs massgeblich erschweren oder gar illusorisch machen kann (Michael Leupold, Die Nachteilsprognose als Voraussetzung des vorsorglichen Rechtsschutzes, in: sic! 2000, S. 265). Die dabei bundesrechtlich vorgeschriebene Herabsetzung des Beweismasses (Glaubhaftmachung) hat zur Folge, dass der Beschwerdeführer keinen vollen Beweis für seine Behauptungen erbringen, sondern bloss eine gewisse Wahrscheinlichkeit für deren Richtigkeit dartun muss. Umgekehrt hat aber auch die Beschwerdegegnerin keinen strikten Gegenbeweis zu führen, sondern kann sich ebenfalls mit der Glaubhaftmachung ihrer Einwendungen begnügen (BGE 103 II 287 ff. E. 2). Als Verfügungsgrund kommt nur der Nachteil in Frage, der aus der mit dem Hauptverfahren verbundenen Verzögerung der Rechtsdurchsetzung resultiert. Wird lediglich ein finanzieller Schaden geltend gemacht und gibt die Zahlungsfähigkeit des Gesuchsgegners nicht zu Zweifeln Anlass, so fehlt es in der Regel an einem entsprechenden Verfügungsgrund.

3. a) Die Vorinstanz hat das Gesuch bereits mangels Verfügungsgrundes abgewiesen. Sie hielt dafür, den Ausführungen des Beschwerdeführers könne nicht rechtsgenügend entnommen werden, inwiefern ihm im Sinne von § 129 Ziff. 3 ZPO ein erheblicher, nicht leicht zu ersetzender Schaden oder Nachteil drohe. Aus seinen Darlegungen gehe insbesondere nicht hervor, dass und inwiefern ihm ein Schaden entstehen könne, der ihm mit Geld nicht ersetzt werden könne. Der Beschwerdeführer mache auch nicht geltend, die Solvenz der Beschwerdegegnerin sei zweifelhaft. Entsprechende Ausführungen zum Verfügungsgrund hätte es aber umso mehr bedurft, als die Auseinandersetzungen zwischen den Parteien bereits seit August 2005 andauerten.

b) Der Beschwerdeführer macht diesbezüglich im Wesentlichen geltend, bereits aus dem Gesuch gehe eindeutig hervor, wie es die Beschwerdegegnerin mit dem Grundsatz von Treu und Glauben halte. Offensichtlich habe sie den Beschwerdeführer über den Tisch gezogen und diesem einen Schaden von über CHF 50'000.- zugefügt. Die Beschwerdegegnerin verhalte sich seit Beginn der Vertragsverhandlungen äusserst widersprüchlich, unredlich und hinterhältig. Deren Verwaltungsrat verleugne, dass Dr. F. der wirtschaftlich Berechtigte der Beschwerdegegnerin sei, weshalb die wahren Eigentumsverhältnisse offen zu legen seien. Der Beschwerdeführer laufe durch die dubiosen Machenschaften der Beschwerdegegnerin ernsthaft Gefahr, seinen

Anspruch auf Schadenersatz zu verlieren bzw. diesen nicht vollstrecken zu können. Dr. F. gelte als wirtschaftlich Berechtigter der Beschwerdegegnerin, deren Vermögen offensichtlich ausschliesslich aus der verkauften Terrassenwohnung und dem fraglichen Luftschutzkeller bestehe. Nachdem Terrassenwohnung und Luftschutzkeller verkauft seien, drohe der Abzug der entsprechenden Erlöse und damit die Aushöhlung der Gesellschaft, sodass sich der Beschwerdeführer mit seiner Forderung einer ausgehöhlten Mantelgesellschaft gegenüber sehen könnte. Nach dem bisherigen Geschäftsgebaren sei doch stark zu befürchten, dass die Beschwerdegegnerin alles daran setze, dass der Beschwerdeführer im Falle eines positiven Schadenersatzurteils mit leeren Händen da stehen werde. Wie dem Beschwerdeführer von Dr. F. klar gemacht worden sei, habe dieser kein Interesse mehr an dieser Firma. Nachdem das Gerichtspräsidium Zug insbesondere diesen Punkt als nicht rechtsgenügend beurteilt habe, obschon alle diese Details bereits vorgebracht worden seien, sei nun erstaunlicherweise herausgefunden worden, dass Dr. F. gar keinen Wohnsitz in der Schweiz habe und also auch keine Steuern bezahle bzw. bezahlt habe. Er habe weder das Schweizer Bürgerrecht noch sei er in der Schweiz wohnhaft, weshalb er auch die gesetzlichen Vorschriften betreffend Mitglieder des Verwaltungsrates umgehe, indem er B. treuhänderisch als Verwaltungsrat beauftragt habe. Mit diesen neuen Erkenntnissen dürfte wohl der letzte Zweifel ausgeräumt sein – so der Beschwerdeführer weiter –, dass er es nicht mit einem loyalen Vertragspartner zu tun habe und seine Gegenforderung im höchsten Masse gefährdet sei. Um nicht über eine Verantwortlichkeitsklage im Ausland (bleibe die Frage wo?) gegen F. vorgehen zu müssen, sei die Beschwerde gutzuheissen, um den Beschwerdeführer zu schützen.

c) Der Beschwerdeführer hat entgegen seinen Behauptungen in seinem Massnahmegesuch keine rechtsgenügenden Ausführungen zum Verfügungsgrund gemacht. Er hat sich bei genauem Hinsehen lediglich mit der Frage der Täuschung über den Kaufgegenstand im Rahmen der Vertragsverhandlungen und des Vertragsabschlusses befasst. Damit hat er zwar seinen Verfügungsanspruch aus seiner Sicht einlässlich begründet; insbesondere hat er damit darzulegen versucht, dass die Beschwerdegegnerin, wenn sie das Zahlungsverprechen der X. AG in Anspruch nimmt, rechtsmissbräuchlich handelt. Er ist nun aber offenbar der Auffassung, seine Darstellung, wonach ihn die Beschwerdegegnerin bzw. deren angeblicher Vertreter und wirtschaftlich Berechtigter, Dr. F., bei den Vertragsverhandlungen getäuscht habe, genüge, um seine Schadenersatzforderung auch als gefährdet erscheinen zu lassen. Dieser Auffassung kann offensichtlich nicht gefolgt werden. Den Ausführungen im Massnahmegesuch können nun mit dem besten Willen die in der Beschwerde aufgestellten Behauptungen und Schlussfolgerungen nicht entnommen werden. In Tat und Wahrheit hat der Beschwerdeführer zur Nachteilsprognose überhaupt keine konkreten Ausführungen gemacht. Das versucht er nun in seiner Beschwerde nachzuholen. Was er hier nun vorträgt,

mag an sich geeignet sein, den Verfügungsgrund darzulegen. Indes handelt es sich dabei um unzulässige Noven, mit denen er im Beschwerdeverfahren nicht mehr gehört werden kann. Gemäss § 212 i.V.m. § 205 Abs. 1 ZPO sind nämlich neue Begehren, neue tatsächliche Behauptungen, Bestreitungen, Einreden und Beweismittel nur zulässig, wenn eine Partei wahrscheinlich macht, dass sie jene früher entweder nicht gekannt oder trotz aller Anstrengung nicht habe anrufen können. Als unzulässige Noven erweisen sich aber auch die vom Beschwerdeführer selbst als echte Noven angerufenen, nachträglich eingeholten Bestätigungen und Auskünfte. Es trifft zwar zu, dass diese Belege erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid entstanden bzw. angefordert worden sind. Das ändert indes nichts daran, dass es sich dabei gleichwohl um unzulässige Noven handelt, da sich der Beschwerdeführer bei Beachtung der gebotenen Sorgfalt - wie die Beschwerdegegnerin mit Recht geltend macht - diese Unterlagen längst hätte beschaffen können und hierzu auch Anlass gehabt hätte. Können mithin die neuen Vorbringen und Beweismittel zum Verfügungsgrund samt und sonders im Beschwerdeverfahren nicht mehr gehört werden, ist die angefochtene Verfügung nicht zu beanstanden.

4. a) Im Übrigen wäre im vorliegenden Fall aber auch der Verfügungsanspruch nicht genügend glaubhaft gemacht. Wie erwähnt, muss bei einer Bankgarantie die Massnahme strikte auf rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme beschränkt bleiben und es darf als Rechtsmissbrauch wirklich nur schlechthin nicht mehr zu tolerierendes Verhalten betrachtet werden, was namentlich etwa bei einer betrügerischen Inanspruchnahme der Garantie der Fall ist (Kleiner, a.a.O., S. 203 ff. N 21.43 ff., S. 235 f. N 22.14). Davon kann jedoch unter Berücksichtigung der Beschwerdeantwort kaum die Rede sein. Die Frage muss indes nicht abschliessend beurteilt werden.

b) Schliesslich ist auch die Zuständigkeit des zugerischen Richters zum Erlass eines Auszahlungsverbotes gegenüber der X. AG, Luzern, zumindest fraglich. Ob eine Massnahme gegenüber einer Partei, die ausserhalb des Prozesses steht, an sich zulässig ist, richtet sich nach dem anwendbaren Prozessrecht und hängt zudem davon ab, ob das Gericht des Hauptprozesses Jurisdiktion über die Bank hat (Kleiner, a.a.O., S. 228 N 22.05). Ist - wie hier - unter der Garantie ein Anspruch gegeben, dürfte diese aber aus dem Grund- oder Hauptschuldverhältnis heraus nicht abgerufen werden, kann es zudem nicht angehen, ein Abrufverbot an den Begünstigten (was im vorliegenden Fall wohl in erster Linie angezeigt gewesen wäre) schlicht und einfach mit einem Zahlungsverbot an den Garanten zu ergänzen bzw. zu ersetzen (Kleiner, a.a.O., S. 229 N 22.06). Auch diese Fragen brauchen hier nicht abschliessend entschieden zu werden.

Justizkommission, 27. Januar 2006