

BGer 4A 164/2007 vom 9. August 2007

Bundesgericht, 2007-08-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_164_2007

FR: TF 4A 164/2007 du 9 août 2007

IT: TF 4A 164/2007 del 9 agosto 2007

Regeste

vorsorgliche Massnahmen | Zivilprozess

Erwägungen

E. 1

Der angefochtene Entscheid ist am 5. April 2007 und damit nach Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) ergangen. Dieses Gesetz findet gemäss Art. 132 Abs. 1 BGG auf den vorliegenden Fall Anwendung.

E. 2

Gegenstand des kantonalen Verfahrens bildet eine zivilrechtliche Streitigkeit. Nach Art. 72 BGG ist die Beschwerde in Zivilsachen das zutreffende Rechtsmittel.

E. 2.1

Der angefochtene Entscheid ist kantonal letztinstanzlich (Art. 75 BGG , vgl. § 284 Ziffer 7 ZPO ZH in der Fassung vom 27. Januar 2003). Er schliesst das Verfahren ab (Art. 90 BGG). Der Streitwert ist erreicht (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Die Beschwerdeführerin hat am kantonalen Verfahren teilgenommen (Art. 76 Abs. 1 lit. a BGG). Auf ihr kantonales Rechtsmittel wurde nicht eingetreten. Sie hat ein rechtlich geschütztes Interesse an der Behandlung ihrer Beschwerde (Art. 76 Abs. 2 lit. b BGG). Die Beschwerde ist fristgerecht eingereicht worden (Art. 100 in Verbindung mit Art. 44 BGG).

E. 2.2

Die Beschwerde ist nur gegen Entscheide letzter kantonalen Instanzen zulässig (Art. 75 Abs. 1 BGG). Da die Vorinstanz auf den Rekurs nicht eingetreten ist, hat sie den Entscheid über die vorsorglichen Massnahmen nicht materiell überprüft. Soweit sich die Rügen der Beschwerdeführerin gegen den Entscheid über die vorsorgliche Massnahme des Audienzrichters richten, ist der kantonale Instanzenzug nicht erschöpft. Aus Art. 107 Abs. 2 BGG folgt entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht, dass ihr Rekurs gegen den erstinstanzlichen Entscheid über die vorsorgliche Massnahme vom Bundesgericht materiell zu beurteilen ist. Danach entscheidet das Bundesgericht im Falle der Gutheissung der Beschwerde in der Sache selbst oder weist diese zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz oder ausnahmsweise an die erste Instanz zurück (Art. 107 Abs. 2 BGG). Dies bedeutet vorliegend, dass im Falle der Gutheissung der Beschwerde der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache zur materiellen Beurteilung des Rekurses an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Soweit sich die Rügen der Beschwerdeführerin gegen den Entscheid der ersten Instanz richten und sie im Rechtsbegehren 2 die Gutheissung ihres kantonalen Rekurses verlangt, ist ihre Beschwerde unzulässig.

E. 2.3

Nach Art. 105 Abs. 1 BGG legt das Bundesgericht seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat. Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Artikel 95 beruht und wenn die Berichtigung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens erheblich ist (Art. 105 Abs. 2, Art. 97 Abs. 2 BGG). Die Vorinstanz ist auf das kantonale Rechtsmittel der Beschwerdeführerin nicht eingetreten. Sie hat entsprechend keine tatsächlichen Feststellungen getroffen, die für die materielle Beurteilung der Streitsache erheblich wären. Die Voraussetzungen einer Ergänzung des Sachverhalts fehlen insofern von vornherein. Auf die Rüge der Beschwerdeführerin, das Willkürverbot sei durch unrichtige Sachverhaltsfeststellung in Bezug auf die angeordnete vorsorgliche Massnahme verletzt worden, ist nicht einzutreten.

E. 2.4

Der angefochtene Entscheid ist in einem Verfahren über vorsorgliche Massnahmen ergangen; mit der Beschwerde kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (Art. 98 BGG). Das Bundesgericht prüft die Verletzung von Grundrechten nur insofern, als solche Rügen in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden sind (Art. 106 Abs. 2 BGG). Die Rügen der Beschwerdeführerin sind grundsätzlich zulässig, soweit sie beanstandet, dass die Vorinstanz mit dem angefochtenen Entscheid das Verbot der Rechtsverweigerung gemäss Art. 29 BV missachtet habe und dass sie das Willkürverbot im Sinne von Art. 9 BV verletzt habe, indem sie kantonale Normen (§ § 51 Abs. 2 und 273 ZPO ZH) willkürlich ausgelegt habe. Nicht eingetreten werden kann dagegen auf die Rüge der Verweigerung des rechtlichen Gehörs und des Anspruchs auf Gleichbehandlung im Prozess, denn die Begründung dieser Rügen richtet sich gegen den Entscheid der ersten Instanz. Der Beschwerde ist nicht zu entnehmen, inwiefern die Vorinstanz im Rahmen der Beurteilung der Legitimation der Beschwerdeführerin zum Rekurs das rechtliche Gehör oder den Anspruch auf Gleichbehandlung im Prozess verletzt haben könnte.

E. 3

Nach Art. 29 Abs. 1 BV hat jede Person in Verfahren vor Gerichtsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist. Das früher in Art. 4 aBV enthaltene Verbot der formellen Rechtsverweigerung ist insbesondere verletzt, wenn zu Unrecht auf ein Rechtsmittel nicht eingetreten wird (BGE 125 III 440 E. 2a S. 441 mit Verweis).

E. 3.1

Die Vorinstanz ist auf den Rekurs der Beschwerdeführerin nicht eingetreten mit der Begründung, sie sei nicht im Sinne von § 51 Abs. 2 ZPO ZH beschwert, da das Massnahmebegehren ihr gegenüber wie von ihr beantragt abgewiesen wurde. Als Dritte könnte die Beschwerdeführerin nach den Erwägungen der Vorinstanz laut § 273 ZPO ZH selbständig Rekurs führen, wenn der Entscheid in ihre Rechte eingriffe. Dieser Fall betreffe aber nicht jede mittelbar schädigende Auswirkung einer Anordnung und ein Dritter, dessen Stellung als Gläubiger der unterliegenden Partei tangiert sei, könne sich nach der Rechtsprechung nicht auf diese Bestimmung berufen. Die Vorinstanz anerkannte zwar, dass die Beschwerdeführerin als Gläubigerin faktisch Mühe haben werde, ihren Anspruch durchzusetzen, da sich die Beklagte 3 nicht ohne weiteres über das Zahlungsverbot hinwegsetzen werde. Sie wies jedoch darauf hin, dass sich die Rekurrentin zugunsten der Beklagten 3 als Nebenintervenientin hätte konstituieren und in dieser Eigenschaft auch

hätte Rekurs einlegen können (§§ 44 Abs. 1 und 2, 45 Abs. 2 ZPO ZH). Das Obergericht hat somit verneint, dass der Beschwerdeführerin nach den massgebenden kantonalen Normen ein Rechtsmittel gegen die vorsorgliche Massnahmen zusteht. Soweit die Auslegung des massgebenden kantonalen Rechts durch das Obergericht vor dem Willkürverbot standhält, ist die Vorinstanz zu Recht nicht auf den Rekurs der Beschwerdeführerin eingetreten und Art. 29 Abs. 1 BV ist nicht verletzt.

E. 3.2

Nach § 51 Abs. 2 ZPO ZH ist auf ein Rechtsmittel nur einzutreten, soweit der Rechtsmittelkläger durch den angefochtenen Entscheid beschwert ist. Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe diese Bestimmung willkürlich angewandt, indem sie ihre formelle Beschwer und ihre Passivlegitimation völlig unhaltbar verneint habe. Sie hält dafür, als Hauptpartei des Ausgangsverfahrens hätte sie als formell und materiell beschwert anerkannt werden müssen.

E. 3.2.1

Formell beschwert ist eine Partei, wie die Beschwerdeführerin selbst darlegt, wenn das Dispositiv des angefochtenen Entscheids von ihren Anträgen abweicht (Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Bern 2005, S. 371). Ihr Antrag auf Abweisung des Massnahmebegehrens wurde jedoch vom Audienzrichter ihr gegenüber geschützt, so dass das Dispositiv des erstinstanzlichen Entscheides ihrem Antrag in diesem Verfahren entsprach. Dass die Beschwerdeführerin im erstinstanzlichen Verfahren die Abweisung des Gesuchs auch insoweit verlangte, als es sich gegen andere Beklagte richtete, betraf sie nicht in ihrer Eigenschaft als Hauptpartei. Das Obergericht hat entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin widerspruchsfrei und damit willkürfrei erkannt, dass sie als Hauptpartei im erstinstanzlichen Verfahren mit ihrem Antrag obsiegt hat, weil ihr gegenüber das Massnahmebegehren abgewiesen wurde, womit sie als Rekurrentin formell nicht beschwert war.

E. 3.2.2

Die Beschwerdeführerin legt dar, dass nach dem massgebenden Prozessrecht des Kantons Zürich ausnahmsweise eine materielle Beschwer zur Einlegung von Rechtsmitteln berechtige, wenn es an der formellen fehle. Sie bringt vor, sie sei vom Zahlungsverbot unmittelbar in ihren Rechten betroffen, da ihr Anspruch aus der Rückgarantie ihr gegenüber verunmöglicht und damit direkt in ihre Rechte eingegriffen worden sei. Die Vorinstanz hat die fehlende materielle Beschwer dagegen damit begründet, dass das Zahlungsverbot nicht gegenüber der Beschwerdeführerin ausgesprochen wurde und daher im Verhältnis der Beschwerdeführerin gegenüber der Beklagten 3 keine Rechtskraft entfalte. Inwiefern die Vorinstanz mit dieser Begründung das Willkürverbot verletzt haben sollte, ist der Beschwerde nicht zu entnehmen. Die Beschwerdeführerin fügt im Übrigen selbst an, dass die materielle Beschwer in der Sache ihrer Legitimation als Dritte entspreche, die sie nach § 273 ZPO ZH zum Rekurs berechtige.

E. 3.3

Nach § 273 ZPO ZH können Drittpersonen, wie Zeugen, Sachverständige, Besitzer von Urkunden und ausgeschlossene Nebenintervenienten gegen jeden Entscheid, der in ihre Rechte eingreift, Rekurs erheben, auch wenn den Parteien selbst der Weiterzug verwehrt ist.

E. 3.3.1

Unter Hinweis auf ihre Praxis und eine Lehrmeinung legte die Vorinstanz § 273 ZPO ZH in dem Sinne aus, dass danach nur Massnahmen anfechtbar sind, die unmittelbar in die Rechte des Dritten eingreifen (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1997, N 3 zu § 273). Die Vorinstanz hat verneint, dass das angefochtene Verbot in die Rechte der Beschwerdeführerin eingreife, da das von der Klägerin 2 erwirkte Zahlungsverbot ihre Stellung als Gläubigerin nur mittelbar tangiere. Die Beschwerdeführerin beanstandet die Auslegung von § 273 ZPO ZH grundsätzlich nicht, soweit danach Massnahmen nicht anfechtbar sind, die bloss mittelbar in die Rechte Dritter eingreifen. Sie rügt die Anwendung der Norm unter Berufung auf das Minderheitsvotum eines Richters als willkürlich. Danach greift das erlassene Verbot direkt in das Verhältnis zwischen der Beklagten 3 und der Beschwerdeführerin ein und setzt das System der Garantien ausser Kraft. Wenn schon in einem solchen System ausnahmsweise die Möglichkeit bestehe, das Verbot einer Auszahlung an Dritte zu erwirken, so müsse diesen Dritten auch die Möglichkeit gegeben werden, sich dagegen zur Wehr zu setzen, und dies nicht nur als Nebenintervenienten auf Seiten einer Partei, sondern in eigenem Namen.

E. 3.3.2

Wird eine unabhängige Garantie ausgestellt, so ist der Garant unbesehen eines allfälligen Streites über den Grundvertrag zur Zahlung verpflichtet, sofern die im Garantieverprechen umschriebenen Voraussetzungen erfüllt sind; es gilt der Grundsatz "erst zahlen, dann prozessieren" (BGE 122 III 273 E. 3a/aa S. 275). Immerhin ist eine Garantie nie vollständig unabhängig vom Grundvertrag, was sich aus ihrem Sicherungszweck ergibt (BGE 117 II 76 E. 6b S. 78). Die Unabhängigkeit der Garantie findet ihre Grenzen dort, wo sie offensichtlich rechtsmissbräuchlich beansprucht wird. In diesem Fall ist die in Anspruch genommene Bank nicht nur berechtigt, sondern gegenüber dem Garantiesteller auch verpflichtet, die Zahlung zu verweigern (BGE 122 III 321 E. 4a S. 322 f.). Bei einer Rückgarantie kann sich die (Rück-)Garantin freilich der Zahlung nicht wegen bloss rechtsmissbräuchlicher Inanspruchnahme der Garantie durch den Begünstigten widersetzen, sondern nur dann, wenn die garantierende Bank bewusst und freiwillig daran beteiligt war (vgl. Carlo Lombardini, Droit bancaire suisse, Zürich 2002, S. 316). Mit der erstinstanzlichen Massnahme wurde der (Rück-)Garantin auf Ersuchen der Garantiestellerin vorsorglich verboten, der Beschwerdeführerin den Betrag aus der Rückgarantie zu bezahlen. Die Beschwerdeführerin vertritt die Ansicht, Art. 9 BV (Willkürverbot) werde verletzt mit der Annahme, dieses Verbot greife nicht direkt in ihre Rechte ein.

E. 3.3.3

Willkürlich ist ein Entscheid nach konstanter Rechtsprechung nicht schon dann, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar oder gar vorzuziehen wäre. Das Bundesgericht hebt einen Entscheid vielmehr nur auf, wenn dieser mit der tatsächlichen Situation in offensichtlichem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 129 I 49 E. 4 S. 58 mit Verweis). Die Ansicht des Obergerichts ist vertretbar, dass das vorsorgliche Zahlungsverbot nicht in die Rechte der Beschwerdeführerin eingreift, weil es zwar deren Stellung als Gläubigerin tatsächlich erschwert, ihr jedoch keine Ansprüche entzieht. Da die Beschwerdeführerin nicht Adressatin des Verbots bzw. nicht Hauptpartei des Verfahrens ist, wird sie in ihrer Rechtsstellung durch das Verbotungsverfahren nicht berührt. Dem System der unabhängigen Garantien widerspricht im Übrigen grundsätzlich die Verweigerung der Zahlung unter Berufung auf eine rechtsmissbräuchliche

Inanspruchnahme wegen Mängeln im Grundverhältnis, weshalb allgemein anerkannt ist, dass Rechtsmissbrauch nur mit äusserster Zurückhaltung angenommen werden kann. Wird dieser Einbruch in das System bejaht, so ist aber vertretbar und daher nicht willkürlich anzunehmen, das System der Garantien werde durch ein vom Garantiesteller gegenüber dem Garanten erwirktes Zahlungsverbot nicht weiter in Frage gestellt, auch wenn die Begünstigte an diesem Verfahren nicht beteiligt ist, sondern auf eine eigene Klage gegen die (Rück-)Garantin verwiesen wird.

E. 3.3.4

Die Vorinstanz hat die §§ 51 und 273 ZPO ZH nicht willkürlich angewendet, indem sie der Beschwerdeführerin die Rekurslegitimation absprach. Sie ist daher nicht zu Unrecht auf das Rechtsmittel der Beschwerdeführerin nicht eingetreten und hat Art. 29 Abs. 1 BV nicht verletzt.

E. 4

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Die Gerichtsgebühr ist damit der Beschwerdeführerin zu auferlegen (Art. 66 BGG), und diese hat den Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 deren Parteikosten zu ersetzen (Art. 68 BGG).

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