

Inhaltsverzeichnis

3 Zivilrechtspflege

5

B

Stichwortverzeichnis

31

3. Zivilrechtspflege

3.1 Art. 38 ff. LugÜ; Art. 319-327 ZPO

Regeste:

Art. 38 ff. LugÜ; Art. 319-327 ZPO – Wird die Vollstreckbarerklärung eines Urteils, das in einem Vertragsstaat des Lugano-Übereinkommens ergangen ist, vorfrageweise im Rechtsöffnungsverfahren verlangt, kommen im Rechtsmittelverfahren die Regeln des Beschwerdeverfahrens nach Art. 319-327 ZPO zur Anwendung. Trotz Novenverbots gemäss Art. 326 ZPO kann sich der Schuldner im Beschwerdeverfahren gegen einen definitiven Rechtsöffnungsentscheid, mit dem vorfrageweise ein Entscheid eines Vertragsstaates des Lugano-Übereinkommens für vollstreckbar erklärt wurde, darauf berufen, dass dieser Entscheid in der Zwischenzeit aufgehoben wurde.

Aus den Erwägungen:

2.1 Der Gläubiger hat die Wahl, ob er ein Urteil, das in einem Vertragsstaat des Lugano-Übereinkommen ergangen ist, in einem separaten Exequaturverfahren nach Art. 38 ff. LugÜ oder im Rahmens eines Rechtsöffnungsverfahrens vollstreckbar erklären lassen will. Wird die Vollstreckbarerklärung vorfrageweise im Rechtsöffnungsverfahren verlangt, so ergeben sich Probleme aufgrund der fehlenden Kongruenz zwischen dem kontradiktorischen Rechtsöffnungsverfahren und dem einseitigen Exequaturverfahren nach Art. 38 ff. LugÜ. Im Falle der vorfrageweise Vollstreckbarerklärung sind die Bestimmungen des LugÜ betreffend Vollstreckung nicht anwendbar. Das Verfahren richtet sich abschliessend nach Art. 84 SchKG. Bei der vorfrageweisen Überprüfung im Rechtsöffnungsverfahren kann der Schuldner seine Einwendungen gegen die Vollstreckbarerklärung bereits vorbringen, wobei er gegen den vorfrageweisen Exequaturentscheid nur Beschwerde nach Art. 319-327 ZPO erheben kann. Das Rechtsbehelfsverfahren gemäss Art. 43 ff. LugÜ ist ausgeschlossen, weshalb die Beschwerde gemäss Art. 327a ZPO nicht zur Verfügung steht (Daniel Staehelin, in: Staehelin / Bauer / Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2. A., Basel 2010, N 68a zu Art. 80, mit zahlreichen Hinweisen).

2.2 Richtet sich die Beschwerde gegen einen Entscheid des Vollstreckungsgerichts nach Art. 38 ff. LugÜ, so prüft die Rechtsmittelinstanz gemäss Art. 327a Abs. 1 ZPO die im Lugano-Übereinkommen vorgesehenen Verweigerungsgründe mit voller Kognition. Wird das Urteil, dessen Vollstreckung beantragt wird, während des hängigen Rechtsbehelfsverfahrens aufgehoben, so kann dies der Schuldner demgemäss als Novum im Rechtsbehelfsverfahren geltend machen. Das Exequatur ist in diesem Fall zu verweigern (Hofmann/Kunz in: Oetiker/Weibel [Hrsg.], Basler Kommentar, Lugano Übereinkommen, Basel 2011, N 139 zu Art. 38).

2.3.1 Wird die vorfrageweise Vollstreckbarkeit eines Entscheids, der in einem Vertragsstaat des Lugano-Übereinkommens ergangen ist, im Rechtsöffnungsverfahren geprüft, kommen –

wie erwähnt – die Regeln des Beschwerdeverfahrens nach Art. 319–327 ZPO zur Anwendung. Gemäss Art. 326 ZPO sind damit neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel, vorbehältlich besonderer Bestimmungen des Gesetzes, ausgeschlossen. Im Beschwerdeverfahren steht damit das Novenverbot der Berufung auf einen Rechtsmittelentscheid entgegen, der das im erstinstanzlichen Rechtsöffnungsverfahren vorfrageweise für vollstreckbar erklärte Urteil zwischenzeitlich aufgehoben hat. Wird in einem solchen Fall die Beschwerde endgültig abgewiesen, hätte dies zur Folge, dass gemäss dem massgebenden Rechtsöffnungsentscheid definitive Rechtsöffnung für eine Forderung erteilt wird, die auf einem inzwischen aufgehobenen Urteil beruht. Dies wäre rechtstaatlich unhaltbar und absolut stossend, zumal der Schuldner in diesem Fall gezwungen wäre, eine Klage nach Art. 85a SchKG zu erheben, um die ungerechtfertigte Fortsetzung der Betreuung zu stoppen.

2.3.2 Es besteht Grund zur Annahme, dass der Gesetzgeber, hätte er diese Konstellation erkannt, eine gesetzliche Ausnahme zum Novenverbot geschaffen hätte. Dies war aber offenbar nicht der Fall, zumal die Ratifikation des revidierten Lugano-Übereinkommens erst nach der Verabschiedung der Schweizerischen Zivilprozessordnung beschlossen wurde und sich der Gesetzgeber in der Folge mit der Schaffung von Art. 327a ZPO auf die Regelung des Rechtsbehelfsverfahrens nach Art. 43 ff. LugÜ beschränkte (vgl. Freiburghaus/Afeldt, in: Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2.A., Zürich / Basel / Genf 2013, N 2 zu Art. 327a). Unter diesen Umständen ist nicht von einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers auszugehen, sondern von einer echten Lücke, die nach Art. 1 ZGB zu füllen ist. In diesem Sinne kann sich der Schuldner im Beschwerdeverfahren gegen einen definitiven Rechtsöffnungsentscheid, mit dem vorfrageweise ein Entscheid eines Vertragsstaates des Lugano-Übereinkommens für vollstreckbar erklärt wurde, darauf berufen, dass dieser Entscheid in der Zwischenzeit aufgehoben wurde. Dieses echte Novum muss zulässig sein.

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 10. Februar 2015

3.2 Art. 38 ff. LugÜ, Art. 327a Abs. 1 ZPO

Regeste:

Art. 38 ff. LugÜ, Art. 327a Abs. 1 ZPO – Wird die Vollstreckbarerklärung eines Urteils, das in einem Vertragsstaat des Lugano-Übereinkommens ergangen ist, vorfrageweise im Rechtsöffnungsverfahren verlangt, kommen im Rechtsmittelverfahren die Regeln des Beschwerdeverfahrens nach Art. 319–327 ZPO zur Anwendung. Trotz Novenverbots gemäss Art. 326 ZPO kann sich der Schuldner im Beschwerdeverfahren gegen einen definitiven Rechtsöffnungsentscheid, mit dem vorfrageweise ein Entscheid eines Vertragsstaates des Lugano-Übereinkommens für vollstreckbar erklärt wurde, darauf berufen, dass dieser Entscheid in der Zwischenzeit aufgehoben wurde.

Aus den Erwägungen:

2.1 Der Gläubiger hat die Wahl, ob er ein Urteil, das in einem Vertragsstaat des Lugano-Übereinkommen ergangen ist, in einem separaten Exequaturverfahren nach Art. 38 ff. LugÜ oder im Rahmens eines Rechtsöffnungsverfahrens vollstreckbar erklären lassen will. Wird die Vollstreckbarerklärung vorfrageweise im Rechtsöffnungsverfahren verlangt, so ergeben sich Probleme aufgrund der fehlenden Kongruenz zwischen dem kontradiktorischen Rechtsöffnungsverfahren und dem einseitigen Exequaturverfahren nach Art. 38 ff. LugÜ. Im Falle der vorfrageweise Vollstreckbarerklärung sind die Bestimmungen des LugÜ betreffend Vollstreckung nicht anwendbar. Das Verfahren richtet sich abschliessend nach Art. 84 SchKG. Bei der vorfrageweisen Überprüfung im Rechtsöffnungsverfahren kann der Schuldner seine Einwendungen gegen die Vollstreckbarerklärung bereits vorbringen, wobei er gegen den vorfrageweisen Exequaturentscheid nur Beschwerde nach Art. 319–327 ZPO erheben kann. Das Rechtsbehelfsverfahren gemäss Art. 43 ff. LugÜ ist ausgeschlossen, weshalb die Beschwerde gemäss Art. 327a ZPO nicht zur Verfügung steht (Daniel Staehelin, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2. A., Basel 2010, N 68a zu Art. 80, mit zahlreichen Hinweisen).

2.2 Richtet sich die Beschwerde gegen einen Entscheid des Vollstreckungsgerichts nach Art. 38 ff. LugÜ, so prüft die Rechtsmittelinstanz gemäss Art. 327a Abs. 1 ZPO die im Lugano-Übereinkommen vorgesehenen Verweigerungsgründe mit voller Kognition. Wird das Urteil, dessen Vollstreckung beantragt wird, während des hängigen Rechtsbehelfsverfahrens aufgehoben, so kann dies der Schuldner demgemäss als Novum im Rechtsbehelfsverfahren geltend machen. Das Exequatur ist in diesem Fall zu verweigern (Hofmann/Kunz in: Oetiker/Weibel [Hrsg.], Basler Kommentar, Lugano Übereinkommen, Basel 2011, N 139 zu Art. 38).

2.3.1 Wird die vorfrageweise Vollstreckbarkeit eines Entscheids, der in einem Vertragsstaat des Lugano-Übereinkommens ergangen ist, im Rechtsöffnungsverfahren geprüft, kommen – wie erwähnt – die Regeln des Beschwerdeverfahrens nach Art. 319–327 ZPO zur Anwendung. Gemäss Art. 326 ZPO sind damit neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel, vorbehältlich besonderer Bestimmungen des Gesetzes, ausgeschlossen. Im Beschwerdeverfahren steht damit das Novenverbot der Berufung auf einen Rechtsmittelentscheid entgegen, der das im erstinstanzlichen Rechtsöffnungsverfahren vorfrageweise für vollstreckbar erklärte Urteil zwischenzeitlich aufgehoben hat. Wird in einem solchen Fall die Beschwerde endgültig abgewiesen, hätte dies zur Folge, dass gemäss dem massgebenden Rechtsöffnungsentscheid definitive Rechtsöffnung für eine Forderung erteilt wird, die auf einem inzwischen aufgehobenen Urteil beruht. Dies wäre rechtstaatlich unhaltbar und absolut stossend, zumal der Schuldner in diesem Fall gezwungen wäre, eine Klage nach Art. 85a SchKG zu erheben, um die ungerechtfertigte Fortsetzung der Betreibung zu stoppen.

2.3.2 Es besteht Grund zur Annahme, dass der Gesetzgeber, hätte er diese Konstellation erkannt, eine gesetzliche Ausnahme zum Novenverbot geschaffen hätte. Dies war aber offenbar nicht der Fall, zumal die Ratifikation des revidierten Lugano-Übereinkommens erst nach der Verabschiedung der Schweizerischen Zivilprozessordnung beschlossen wurde und sich

der Gesetzgeber in der Folge mit der Schaffung von Art. 327a ZPO auf die Regelung des Rechtsbehelfsverfahrens nach Art. 43 ff. LugÜ beschränkte (vgl. Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2.A., Zürich/Basel/Genf 2013, N 2 zu Art. 327a). Unter diesen Umständen ist nicht von einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers auszugehen, sondern von einer echten Lücke, die nach Art. 1 ZGB zu füllen ist. In diesem Sinne kann sich der Schuldner im Beschwerdeverfahren gegen einen definitiven Rechtsöffnungsentscheid, mit dem vorfrageweise ein Entscheid eines Vertragsstaates des Lugano-Übereinkommens für vollstreckbar erklärt wurde, darauf berufen, dass dieser Entscheid in der Zwischenzeit aufgehoben wurde. Dieses echte Novum muss zulässig sein.

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 10. Februar 2015

3.3 Art. 99 Abs. 1 ZPO

Regeste:

Art. 99 Abs. 1 ZPO – Eine im Prozess als Klägerin auftretende Konkursmasse kann nur dann der Kautionspflicht unterworfen werden, wenn sie nicht glaubhaft machen kann, dass sie die mutmassliche Parteientschädigung der beklagten Partei zu decken vermag (E. 4). Nur «die klagende Partei» ist kautionspflichtig. Diesbezüglich ist – auch im Rechtsmittelverfahren – ausschliesslich auf die prozessuale Stellung als klagende Partei und nicht auf die materiell-rechtliche Rolle als einen Rechtsanspruch geltend machende Partei abzustellen (E. 5).

Aus den Erwägungen:

3. Gemäss Art. 99 Abs. 1 ZPO hat die klagende Partei auf Antrag der beklagten Partei für deren Parteientschädigung u.a. dann Sicherheit zu leisten, wenn sie zahlungsunfähig erscheint, namentlich wenn gegen sie der Konkurs eröffnet oder ein Nachlassverfahren im Gang ist oder Verlustscheine bestehen (lit. b) oder wenn andere Gründe für eine erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung bestehen (lit. d).

4. Die Klägerin [und Berufungsbeklagte] stützt ihr Sicherstellungsbegehren auf Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO. In der Botschaft zur ZPO (S. 7294) sei zu dieser Bestimmung ausdrücklich festgehalten worden, dass die Konkursmasse in einem Aktivprozess Sicherheit zu leisten habe. Über die Beklagte, die vorliegend als Berufungsklägerin auftrete, sei am (...) der Konkurs eröffnet worden, weshalb der Nachweis der Zahlungsunfähigkeit der Beklagten als Konkursmasse unwiderlegbar erbracht sei. Die Kautionspflicht der Konkursmasse ergebe sich daraus, dass die materielle Berechtigung und damit auch die Aktivlegitimation beim insolventen Schuldner bleibe und die klagende Masse für diesen Schuldner stehe.

Die Beklagte [und Berufungsklägerin] stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, kla-

gende Partei sei die Konkursmasse. Diese gelte aufgrund der konkursrechtlichen Regeln der Vorweg-Bezahlung von Massschulden grundsätzlich als solvent. Als prozessführende Partei könne sie daher nicht für kautionspflichtig erklärt werden, wenn sie glaubhaft mache, dass sie die mutmassliche Parteientschädigung zu decken vermöge. Im vorliegenden Fall stünden der Konkursmasse liquide Mittel von mindestens CHF 11 982 262.42 zur Verfügung. Eine Gefährdung einer allfälligen Parteientschädigung, die für das Rechtsmittelverfahren auf rund CHF 147 500.- zu veranschlagen sei, liege nicht vor.

4.1 Die Bestimmung von Art. 99 ZPO bezweckt, die beklagte Partei, die von der klagenden Partei in den Prozess gezwungen wird, gegen das Risiko abzusichern, dass die ihr zulasten der unterliegenden Partei zugesprochene Parteientschädigung nicht einbringlich ist, sofern Gründe vorliegen, die das spätere Eintreiben schwierig erscheinen lassen (BGE 141 III 155 E. 4.3 m.H.). Dies ist gemäss Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO dann der Fall, wenn die klagende Partei zahlungsunfähig erscheint, namentlich wenn gegen sie der Konkurs eröffnet oder ein Nachlassverfahren im Gang ist oder Verlustscheine bestehen. Der Wortlaut dieser Bestimmung erscheint auf den ersten Blick nicht als auslegungsbedürftig, zumal in der Botschaft zur ZPO erläuternd (und ohne Einschränkungen) festgehalten wird, dass die Konkursmasse in einem Aktivprozess Sicherheit zu leisten hat (S. 7294; s. dazu auch Rüegg, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, Art. 99 ZPO N 13 a.E.). In der Lehre ist die Frage, ob die klagende inländische Konkursmasse im Sinne von Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO kautionspflichtig sein kann, allerdings umstritten (vgl. Suter/von Holzen, in: Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, Sutter-Somm und andere [Hrsg.], Art. 99 ZPO N 31 mit zahlreichen Hinweisen, insbesondere auch auf die Praxis zum bisherigen [kantonalen] Recht). Das Bundesgericht hat sich – soweit ersichtlich – dazu noch nicht geäussert.

4.1.1 Diejenigen Autoren, die eine Kautionspflicht der Konkursmasse bejahen, stützen sich in erster Linie auf den (anscheinend) klaren Gesetzeswortlaut und die Ausführungen in der Botschaft bzw. die entsprechende kantonale Praxis zum bisherigen Recht (vgl. Urwyler, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Brunner und andere [Hrsg.], Art. 99 ZPO N 11; Gasser/Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2014, Art. 99 ZPO N 1; Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, N 10.9; in diesem Sinne wohl auch Rüegg, a.a.O., Art. 99 ZPO N 13). Im Weiteren befürwortet auch Schmid (in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Oberhammer und andere [Hrsg.], 2. Aufl. 2014) eine Kautionspflicht der Konkurs- oder Nachlassmasse, wobei er einräumt, dass eine solche Pflicht zwar nicht im Gesetz stehe. Sie ergebe sich aber daraus, dass die materielle Berechtigung und damit die Aktivlegitimation beim insolventen Schuldner verbleibe und die klagende Masse für diesen Schuldner stehe (a.a.O., Art. 99 ZPO N 5 m.H.).

4.1.2 Die eben zitierten Lehrmeinungen vermögen nicht zu überzeugen. So weist Sterchi zu Recht darauf hin, dass in der Botschaft zur ZPO (S. 7294) verkannt wird, dass der Konkurs nicht über die Konkursmasse selbst, sondern (nur) über den Gemeinschuldner eröffnet wird und Prozesskosten Massschulden sind, für die grundsätzlich Deckung bestehen muss, an-

sonsten nur die Einstellung des Konkurses (Art. 230 SchKG; Art. 29 KOV) oder Abtretung des Prozessführungsrechts (Art. 260 SchKG) in Frage kommt (Berner Kommentar zur ZPO, Band I, 2012, Art. 99 ZPO N 20). Im Weiteren kritisieren Suter/von Holzen zu Recht, dass in der Botschaft von einer Kautionspflicht der Konkursmasse ausgegangen wird, obwohl sich dies nicht aus dem Gesetz ergibt. Sie verneinen mangels expliziter Gesetzesgrundlage eine Kautionspflicht und weisen (wie schon Sterchi) richtigerweise darauf hin, dass die Masse aufgrund der konkursrechtlichen Regeln der (privilegierten) Bezahlung der Masseschulden als grundsätzlich solvent zu gelten hat. Sie postulieren denn auch zu Recht, dass die Konkursmasse nur dann der Kautionspflicht unterworfen werden soll, wenn sie nicht glaubhaft machen kann, dass sie die mutmassliche Parteientschädigung zu decken vermag (a.a.O., Art. 99 ZPO N 31; ebenso Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2013, § 16 N 26, und Geiser, Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, Art. 62 BGG N 26; s. dazu auch Urteil des Kantonsgerichts Zug vom 25. Juli 2005 E. 2.1, in: GVP 2005 S. 212 f.).

Nicht gefolgt werden kann im Übrigen auch der bereits zitierten Auffassung von Schmid. Zwar trifft es zu, dass der Schuldner auch nach der Konkursöffnung Rechtsträger seines Vermögens, insbesondere also Eigentümer seiner Sachen und Gläubiger seiner Forderungen bleibt (vgl. BGE 132 III 432 E. 2.4). Mit der Konkursöffnung wird ihm jedoch die Befugnis entzogen, über sein dem Konkursbeschluss unterliegendes Vermögen zu verfügen (Art. 204 SchKG). Frei verfügen kann er nur noch über das, was nicht zur Konkursmasse gehört. Die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse gehen insoweit auf die Konkursmasse über, die sie durch die Konkursverwaltung ausübt. Mit dem Konkurs verliert der Gemeinschuldner auch das Recht zur Prozessführung in Verfahren über das Konkursvermögen. Trotz materieller Berechtigung fehlt ihm die Prozessführungsbefugnis; an seiner Stelle muss die Konkursmasse, vertreten durch die Konkursverwaltung, im Prozess handeln. Ihr kommt im Rahmen des für die Liquidation gebildeten Sondervermögens die Prozessführungsbefugnis zu; die Konkursverwaltung vertritt die Masse vor Gericht (Art. 240 SchKG). Partei im Prozess ist somit nicht der Gemeinschuldner, dem die Verfügungsbefugnis über die Konkursmasse entzogen ist, sondern die Konkursmasse selbst (vgl. Urteile des Bundesgerichts 4A_150/2013 vom 11. Februar 2014 E. 3.1 und 6B_557/2010 vom 9. März 2011 E. 6.3.2, je m.w.H.). Unter diesen Umständen ist die von Schmid angerufene «Aktivlegitimation» des Schuldners für die Sicherstellung der Parteientschädigung nicht relevant: Die Solvenz des Gemeinschuldners ist für die Frage, ob die Einbringlichkeit der Parteientschädigung gefährdet ist, offenkundig nicht von Belang; massgebend ist vielmehr, ob die Parteientschädigung durch die Masse gedeckt ist.

4.1.3 Im vorliegenden Fall beläuft sich der Streitwert auf rund CHF 21,42 Mio. Bei diesem Streitwert beträgt das Grundhonorar der Rechtsanwältinnen rund CHF 163 500.00 (vgl. § 3 Abs. 1 AnwT). Davon dürfen für das Rechtsmittelverfahren in der Regel ein bis zwei Drittel (d.h. CHF 54 500.00 bis CHF 109 000.00) berechnet werden (§ 8 Abs. 1 AnwT). Mithin ist davon auszugehen, dass selbst bei Berechnung allfälliger Zuschläge gemäss § 5 AnwT eine allfäll-

lige Parteientschädigung den Betrag von CHF 200 000.00 nicht überschreiten wird (vgl. Suter/von Holzen, a.a.O., Art. 100 ZPO N 6 ff.). Diesem Betrag stehen liquide Mittel der Masse gegenüber, die sich aktuell auf knapp CHF 12 Mio. belaufen. Es kann daher angenommen werden, dass die Masse die mutmassliche Parteientschädigung im jedem Fall zu decken vermag.

4.2 Die Klägerin bestreitet dies grundsätzlich nicht. Aus der Prozessgeschichte sei jedoch ersichtlich, dass die verfügbaren Aktiven der Konkursmasse bereits stark vermindert worden seien und sich diese Entwicklung wohl fortsetzen werde (...) Gemäss Schreiben der Konkursverwaltung vom 24. Juni 2015 (d.h. nach Eingabe des Gesuchs um Sicherstellung der Parteientschädigung) sei die Klägerin von der Beklagten zur Nebenintervention im Verantwortlichkeitsprozess gegen neun Beklagte eingeladen worden. Gestützt auf das ebenfalls zugestellte «Positionspapier Verantwortlichkeit» belaufe sich der Maximalstreitwert dieser Verantwortlichkeitsklage auf über CHF 640 Mio. Es sei deshalb davon auszugehen, dass sich auch im Laufe des Kollokationsprozesses sowie des Verantwortlichkeitsprozesses gegen die neun Beklagten die Aktiven der Konkursmasse durch Kostenvorschüsse, Sicherstellungen der Parteientschädigungen, Gutachter- und Anwaltskosten weiter stark vermindern würden und deshalb der Erhalt der Parteientschädigung der Klägerin ernsthaft gefährdet sei. Deshalb sei die Beklagte jetzt zu verpflichten, Sicherheit für die Parteientschädigung zu leisten (act. 45, S. 3 f.).

Die Beklagte hat diese Ausführungen nicht substantiiert bestritten. Wie es sich damit verhält, kann vorliegend allerdings offen bleiben. Massgebend sind nämlich nicht die zukünftigen, sondern ausschliesslich diejenigen Verhältnisse, die im Zeitpunkt des Entscheids über Sicherstellungsbegehren ausgewiesen sind. Bei veränderten Verhältnissen kann jederzeit ein ergänzender, erneuter oder auch erstmaliger Antrag gestellt werden (vgl. 100 Abs. 2 ZPO; Suter/von Holzen, a.a.O., Art. 99 ZPO N 13; Rüegg, Art. 99 ZPO N 6). Das Argument der Klägerin erweist sich mithin als unbeachtlich.

4.3 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im vorliegenden Fall eine allfällige Parteientschädigung der Klägerin durch die Aktiven der Konkursmasse hinreichend gedeckt ist und daher die Voraussetzungen für eine Kautionspflicht im Sinne von Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO nicht erfüllt sind. Im Übrigen sind auch keine anderen Gründe für eine erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung im Sinne von Art. 99 Abs. 1 lit. d ersichtlich, weshalb das Sicherstellungsbegehren der Klägerin abzuweisen ist.

5. In der Stellungnahme zum klägerischen Gesuch auf Sicherheitsleistung hat die Beklagte [und Berufungsklägerin] ihrerseits den Antrag gestellt, die Klägerin [und Berufungsbeklagte] habe für die Parteientschädigung der Beklagten eine nach richterlichem Ermessen festzusetzende Sicherheit zu leisten (...)

5.1 Die Beklagte stützt ihr Begehren sinngemäss auf Art. 99 Abs. 1 lit. d ZPO, wonach die

klagende Partei auf Antrag der beklagten Partei für deren Parteientschädigung Sicherheit zu leisten hat, wenn (ausser den in lit. a-c genannten Tatbeständen) andere Gründe für eine erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung bestehen. Zunächst stellt sich allerdings die Frage, ob die Beklagte (als Berufungsklägerin) im Rechtsmittelverfahren überhaupt berechtigt, ist ein Begehren auf Sicherstellung ihrer Parteientschädigung zu stellen.

Diese Frage ist zu verneinen. Wie sich aus dem Wortlaut von Art. 99 Abs. 1 OR klar ergibt, ist nur «die klagende Partei» kautionspflichtig. Diesbezüglich ist nach einhelliger Lehre ausschliesslich auf die prozessuale Stellung als klagende Partei und nicht auf die materiellrechtliche Rolle als einen Rechtsanspruch geltend machende Partei abzustellen. Dies gilt auch für das Rechtsmittelverfahren, bei welchem der Rechtsmittelkläger ebenfalls der Kautionspflicht unterworfen sein kann (und zwar auch dann, wenn er im erstinstanzlichen Verfahren beklagte Partei war). Von der beklagten Partei darf hingegen keine Kautionspflicht gefordert werden. Weshalb dies im Rechtsmittelverfahren anders sein sollte, ist nicht ersichtlich, zumal der Kautionsentscheid von vornherein auf die Parteientschädigung des Rechtsmittelverfahrens beschränkt ist (vgl. Sterchi, a.a.O., Art. 99 ZPO N 6, Suter / von Holzen, a.a.O., Art. 99 ZPO N 7 ff.; Rüegg, a.a.O., Art. 99 ZPO N 3 f.; Staehelin / Staehelin / Grolimund, a.a.O., § 16 N 25). Das Sicherstellungsbegehren der Beklagten ist daher ohne Weiteres abzuweisen (...)

6. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Sicherstellungsgesuche beider Parteien abzuweisen sind. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die gerichtlichen Kosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteikosten wettzuschlagen (Art. 106 Abs. 2 ZPO).

Obergericht, I. Zivilabteilung (Präsidualverfügung), 14. Oktober 2015

3.4 Art. 119 Abs. 6 ZPO

Regeste:

Art. 119 Abs. 6 ZPO – Kostenaufgabe bei Bös- oder Mutwilligkeit im Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege. Mutwillig ist ein Gesuch, wenn es mit unkorrekten und unvollständigen Angaben begründet wird, mithin wenn die gesuchstellende Partei unkorrekte Angaben macht, die Belege nicht vollständig vorlegt und ihre Mitwirkungspflichten bei der Abklärung der finanziellen Verhältnisse verletzt.

Aus den Erwägungen:

(...)

3.1 In der Steuererklärung 2014 deklarierte der Gesuchsteller per Ende 2014 ein Barvermögen von rund CHF 68'000.–. Im Gesuch [vom 7. Juli 2015] erklärte er zwar, er verfüge – im jetzigen Zeitpunkt – über kein nennenswertes Vermögen mehr, diese Angabe ist aber

unglaublich. Der Gesuchsteller reichte zwar Auszüge aus zwei Konten ein, worin insgesamt nur noch etwa CHF 2'800.- aufgeführt sind, den Auszug über das Konto bei der Zuger Kantonalbank Nr. (...), das per Ende 2014 rund CHF 30'000.- auswies, reichte er jedoch nicht ein. Es ist daher davon auszugehen, dass dieser Betrag noch vorhanden ist. Im Weiteren wurden keine Ausführungen dazu gemacht, was mit den in den Monaten Januar, Februar und Mai 2015 abgehobenen Beträgen von insgesamt CHF 35'000.- passiert ist. Angesichts der vom Gesuchsteller angegebenen Einnahmen und den von ihm geltend gemachten Auslagen können die genannten Beträge nicht für den täglichen notwendigen Unterhalt gebraucht worden sein. Das Verhalten des Gesuchstellers erscheint rechtsmissbräuchlich. Das Gesuch ist daher abzuweisen.

3.2 Hinzu kommt, dass der Gesuchsteller offenbar über einen BMW X5 mit einem Steuerwert per Ende 2014 von CHF 15'840.- verfügt. Der Gesuchsteller ist verpflichtet, dieses Fahrzeug (es werden keine Ausführungen zu einem allfälligen Kompetenzcharakter gemacht; für den Arbeitsweg ist es offenbar nicht erforderlich) zu verwerten und den Erlös für die Finanzierung der Prozesskosten aufzuwenden. Ein Verkauf dürfte innerhalb kurzer Zeit möglich sein. Der erhebliche Betrag übersteigt den von der Justizkommission des Obergerichts des Kantons Zug festgesetzten «Notgroschen» von CHF 5'000.- für eine Einzelperson bzw. CHF 10'000.- für eine Familie (vgl. GVP 2003, S. 214; BGE 4P.261/2003 E. 2.2.2; Bühler, Berner Kommentar I, Bern 2012, N 77 zu Art. 117 ZPO). Auch gestützt darauf kann nicht gesagt werden, der Gesuchsteller sei bedürftig, weshalb das Gesuch auch aus diesem Grund abzuweisen ist.

(...)

4. Ausser bei Bös- oder Mutwilligkeit werden im Verfahren um die unentgeltliche Rechtspflege keine Gerichtskosten erhoben (Art. 119 Abs. 6 ZPO). Mutwillig ist ein Gesuch, wenn es mit unkorrekten und unvollständigen Angaben begründet wird (Emmel, in: Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich 2013, N 14 zu Art. 119 ZPO; Bühler, Berner Kommentar I, Bern 2012, N 145 zu Art. 119 ZPO). Diese Voraussetzungen sind vorliegend gegeben, hat doch der Gesuchsteller die Belege nicht vollständig vorgelegt und seine Mitwirkungspflichten bei der Abklärung der finanziellen Verhältnisse verletzt (vgl. vorstehend Ziff. 3.1 f.). Zudem erscheinen seine Angaben als unkorrekt. Dem Gesuchsteller sind daher Gerichtskosten aufzuerlegen.

Entscheid des Kantonsgerichts Zug, Einzelrichter, vom 7. August 2015 (UP 2015 137)

3.5 Art. 145 ZPO

Regeste:

Art. 145 ZPO – Nach Art. 145 Abs. 3 ZPO sind die Parteien darauf hinzuweisen, dass im summarischen Verfahren die Regelung über den Stillstand der Fristen (Gerichtsferien) gemäss Art. 145 Abs. 1 ZPO nicht gelten. Wird eine rechtlich verbeiständete Person im erstinstanzlichen Verfahren mehrfach auf diese Bestimmung hingewiesen, kann im Beschwerdeverfahren eine Beschwerdeantwort als verspätet aus dem Recht gewiesen werden, die nach Ablauf der in den Gerichtsferien endenden Vernehmlassungsfrist eingereicht wurde.

Aus den Erwägungen:

1.1 Die Vollstreckung von inländischen Entscheiden richtet sich nach Art. 335 ff. ZPO. Nach Art. 339 Abs. 2 ZPO entscheidet das Gericht über Vollstreckungsmassnahmen im summarischen Verfahren. In diesem Verfahren gilt die Regelung über den Stillstand der Fristen gemäss Art. 145 Abs. 1 ZPO nicht (Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO). Die Parteien sind auf diese Ausnahme hinzuweisen (Art. 145 Abs. 3 ZPO).

1.2 Im vorinstanzlichen Verfahren wurden die Parteien mit Verfügung vom 2. September 2014 darauf hingewiesen, dass das vom Beschwerdegegner anhängig gemachte Vollstreckungsgesuch im summarischen Verfahren behandelt wird und in diesem Verfahren nach Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO die Bestimmungen über den Stillstand der Fristen («Gerichtsferien») nicht gelten. Ferner wurde Art. 147 ZPO zitiert, wonach eine Partei säumig ist, wenn sie eine Prozesshandlung nicht fristgemäss vornimmt, und das Verfahren in einem solchen Fall ohne die versäumte Handlung weitergeführt wird. Schliesslich erfolgte in der Rechtsmittelbelehrung des vorinstanzlichen Entscheids der Hinweis, dass im summarischen Verfahren die Bestimmungen über den Stillstand der Fristen («Gerichtsferien») nicht gelten. Unter diesen Umständen wurde der rechtlich verbeiständete Beschwerdeführer ausreichend darauf hingewiesen, dass im vorliegenden Verfahren die Gerichtsferien nicht gelten und eine verspätet eingereichte Rechtsschrift aus dem Recht zu weisen ist.

1.3 Der Beschwerdegegner wurde im Beschwerdeverfahren mit Verfügung vom 16. Dezember 2014 innert einer nicht erstreckbaren Frist von zehn Tagen zur Einreichung einer Beschwerdeantwort eingeladen. Diese Einladung wurde ihm gemäss den Angaben auf der Webseite der Post am 17. Dezember 2014 zugestellt. Damit lief die Frist am 27. Dezember 2014 ab. Innert dieser Frist reichte der Beschwerdegegner keine Beschwerdeantwort ein. Vielmehr erfolgte diese erst am 12. Januar 2015. Soweit der Beschwerdegegner in der Beschwerdeantwort geltend macht, diese Eingabe sei unter Berücksichtigung des Fristenstillstandes gemäss Art. 145 Abs. 1 ZPO rechtzeitig erfolgt, trifft dies nicht zu. Die Beschwerdeantwort ist daher infolge Verspätung aus dem Recht zu weisen. Unter diesen Umständen hat die Beschwerdeführerin kein Rechtsschutzinteresse zur Einreichung einer Stellungnahme zur Beschwerdeant-

wort. Die fragliche Rechtschrift ist daher ebenfalls nicht zu berücksichtigen. Dasselbe gilt für die weiteren Eingaben der Parteien, in welchen jeweils zu den neuen Vorbringen der Gegenpartei Stellung genommen wurde.

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 24. März 2015

3.6 Art. 253 ZPO

Regeste:

Art. 253 ZPO – Über ein offensichtlich unzulässiges oder unbegründetes Gesuch kann der Richter ohne Anhörung der Gegenpartei sofort entscheiden.

Aus den Erwägungen:

(...)

2.1 Gemäss Art. 253 ZPO erübrigt sich das Einholen einer Stellungnahme, wenn das Gesuch offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist, also wenn sich eine Abweisung des Gesuches abzeichnet. Offensichtlich unzulässig ist ein Gesuch bei klarem Fehlen einer Prozessvoraussetzung. Offensichtlich unbegründet im Sinne von Art. 253 ZPO ist ein Gesuch, wenn der Anspruch nicht einmal glaubhaft gemacht worden ist (Chevalier, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 253 N 5 ff.).

2.2 Aus dem angefochtenen Entscheid geht in aller Deutlichkeit hervor, dass der erstinstanzliche Richter das Gesuch um vorsorgliche Massnahme als offensichtlich unbegründet erachtete. So hielt er zur Begründung seines Entscheides fest, dass es an der Glaubhaftmachung elementarer Voraussetzungen von Art. 673 ZGB, der rechtlichen Anspruchsgrundlage des Gesuchs, fehle. Die Gesuchstellerin behaupte nirgends, jemals Eigentümerin des angeblich eingebauten Materials gewesen zu sein. Auch behaupte sie nicht, dass zwischen ihr und dem Gesuchsgegner keine vertragliche Vereinbarung über den Einbau des Materials bestanden habe, was ohnehin nicht glaubhaft wäre. Es sei notorisch, dass niemand in dieser Grössenordnung Material verbaue oder verbauen lasse ohne vertragliche Grundlage (Erw. 4). Weiter zog der Vorrichter in Erwägung, dass die Gesuchstellerin eine Geldforderung mit vorsorglichen Massnahmen nach Art. 261 ff. ZPO zu sichern versuche, obschon dafür nach Art. 269 lit. a ZPO die Bestimmungen des SchKG vorbehalten seien. Vorsorgliche Massnahmen dürften nicht auf einen «verkappten Arrest» hinauslaufen (Erw. 5). Damit hat die Vorinstanz substantiiert und nachvollziehbar dargetan, weshalb sie das Gesuch als offensichtlich unzulässig und offensichtlich unbegründet erachtet. Sie hat sich materiell mit dem Gesuch auseinandergesetzt und kam zum Schluss, dass das Vorliegen der Voraussetzungen gemäss Art. 673 ZGB nicht ansatzweise glaubhaft gemacht worden sei. Entsprechend brauchte der Vorrichter – entgegen der Auffassung der Gesuchstellerin – nicht vorgängig über den Antrag

auf Anordnung superprovisorischer Massnahmen zu befinden, sondern konnte sogleich den Endentscheid fällen. Das rechtliche Gehör wurde bei einem Vorgehen nach Art. 253 ZPO offenkundig nicht tangiert (Chevalier, a.a.O., Art. 253 N 6; vgl. ZR 113 [2014] Nr. 24 E. 15). Andernfalls wäre aber der Anspruch auf rechtliches Gehör des Gesuchsgegners verletzt worden, weshalb die Gesuchstellerin insofern ohnehin nicht beschwert wäre. Demnach ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz in Anwendung von Art. 253 ZPO, ohne eine Stellungnahme der Gegenpartei einzuholen und ohne Durchführung einer Verhandlung, den Endentscheid gefällt hat. Die Berufung ist dementsprechend in diesem Punkt abzuweisen. (...)

Obergericht, II. Zivilabteilung, 25. Februar 2015

3.7 Art. 261 ZPO, Art. 3 Abs. 1 lit. d und Art. 5 lit. c UWG

Regeste:

Art. 261 ZPO, Art. 3 Abs. 1 lit. d und Art. 5 lit. c UWG – Die gesuchstellende Partei hat die Voraussetzungen für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen glaubhaft zu machen. Unter anderem wird das Bedürfnis nach sofortigem Rechtsschutz – d.h. ein aktuelles Rechtsschutzinteresse – vorausgesetzt.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Gemäss Art. 261 ZPO trifft das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass (a) ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist (sogenannter Verfügungsanspruch) und (b) ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (sogenannter Verfügungsgrund). Weiter muss die vorsorgliche Massnahme zur Abwehr des Nachteils notwendig sein. Mit Notwendigkeit ist gemeint, dass die Massnahme in zeitlicher und sachlicher Hinsicht als geeignet erscheint. Dabei darf die Massnahme nicht weiter gehen als zur Wahrung der materiellen Ansprüche erforderlich. Überdies muss sie auch verhältnismässig sein (Sprecher, Basler Kommentar zur ZPO, 2. Aufl. 2013, Art. 261 N 112 m.w.H.).

Die gesuchstellende Partei muss sowohl das Bestehen ihres materiell-rechtlichen Anspruchs, dessen Gefährdung oder Verletzung als auch den drohenden, nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteil und die zeitliche Dringlichkeit glaubhaft machen. Im Massnahmeverfahren braucht kein voller Beweis für die aufgestellten Behauptungen erbracht, sondern bloss eine gewisse Wahrscheinlichkeit für deren Richtigkeit dargetan zu werden. Dabei genügen aber nicht bloss Behauptungen, sondern es sind dem Richter objektive Anhaltspunkte zu liefern, die für eine erhebliche Wahrscheinlichkeit des behaupteten Sachverhaltes sprechen. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache aber immerhin schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet,

dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte. Die Reduktion des Beweismasses gilt dabei für beide Parteien gleichermaßen. Auch die Gegenpartei hat mit anderen Worten ihre Einreden oder Einwendungen nur glaubhaft zu machen (BGE 132 III 83 E.3.2 S. 86; 103 II 287 E.2 S. 290; Sprecher, a.a.O., Art. 261 N 50 ff.). Die Rechtslage ist vom Richter lediglich summarisch zu prüfen, d.h. der Anspruch muss im Rahmen der glaubhaft gemachten Voraussetzungen aufgrund einer summarischen Prüfung als rechtlich begründet erscheinen (Huber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 2. Aufl. 2013, Art. 261 N 25 mit Hinweisen auf BGE 113 III 473 und BGE 104 I a 413).

3.1 Die Gesuchstellerin macht zur Begründung des Verfügungsanspruchs unter anderem geltend, die Gesuchsgegnerin verstosse gegen das Lauterkeitsrecht, indem sie zur Gestaltung der eigenen Website verschiedene Inhalte ihres früheren und aktuellen Internetauftritts übernommen habe. Dabei habe die Gesuchsgegnerin nicht nur die deutschen Webinhalte kopiert, sondern auch die englischen Übersetzungen übernommen. Die kopierten Inhalte würden aus den Jahren 2011 bis 2013 stammen. Auf ihr Abmahnschreiben vom 30. Juni 2015 hin habe die Gesuchsgegnerin zwar einen Teil der unbefugt verwendeten Materialien von der Homepage entfernt. Einige Slideshows seien aber nach wie vor abrufbar und die Gesuchsgegnerin werbe auf ihrer Homepage weiterhin mit vielen Texten und Bildern, die sie von ihrer Website übernommen habe. Zudem bediene sich die Gesuchsgegnerin ihrer Referenzen, wodurch ein möglicher Interessent in die Irre geführt werde. Zur Anpreisung ihres eigenen Produktes «X.TM» verwende die Gesuchsgegnerin zudem die Werbematerialien zum Produkt «Z.R.» bzw. «Z.S.». Indem die Gesuchsgegnerin ihre Webinhalte, Werbematerialien, Bilder und Texte für die Anpreisung des Produkts «X.TM» verwende, verursache sie Verwechslungen mit ihren Werbematerialien und ihrem Geschäftsbetrieb sowie mit ihrem Produkt «Z.R.». Damit sei der Tatbestand von Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG und – dort wo die Gesuchsgegnerin Werbematerialien unmittelbar übernehme – von Art. 5 lit. c UWG erfüllt.

Die Gesuchsgegnerin wendet dagegen im Wesentlichen ein, sie bzw. ihr Geschäftsführer A.G. habe bis zum 12. Juli 2015 sämtliche Elemente, welche auf die Gesuchstellerin hinweisen könnten, entsprechend ihrem Schreiben vom 13. Juli 2015 entfernt. Auch die Slideshows seien ab 12. Juli 2015 für das Publikum beim Besuch der Homepage nicht mehr erkennbar gewesen. Gemäss Angaben des Hosting-Providers habe einzig ein Internetnutzer, welchem der Pfad bekannt gewesen sei, die Slideshows weiterhin abrufen können. Mittlerweile habe sie beim Provider die definitive technische Entfernung veranlasst.

3.1.1 Gemäss den vorstehenden Erwägungen hat die gesuchstellende Partei das Bedürfnis nach sofortigem Rechtsschutz, mithin ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse darzulegen (vgl. Sprecher, a.a.O., Art. 261 N 16 f.). Die Gegenpartei muss den Anspruch der gesuchstellenden Partei durch ihr Verhalten verletzen oder zu verletzen drohen oder aber sie hat ihn bereits verletzt und es droht nun die Wiederholung der Verletzung. Ist dies nicht der Fall, fehlt es zum vornherein an den Voraussetzungen und das Gesuch ist abzuweisen. Bei vor-

sorglichen Massnahmen geht es nicht darum, einen in der Vergangenheit zurückliegenden Sachverhalt der rechtlichen Klärung zuzuführen (Sprecher, a.a.O., Art. 261 N 20 f.).

3.1.2 Die von der Gesuchstellerin zur Glaubhaftmachung eingereichten Screenshots datieren alle vom 15. Juni 2015 (act. 1/4-26, 28-31; aus act. 1/27 ist kein Datum ersichtlich). Einzig die Belege betreffend die Verwendung der Slideshows datieren vom 26. Juli 2015. Damit ist glaubhaft, dass die Slideshows auch nach der durchgeführten Löschung der fraglichen Elemente von der Website der Gesuchsgegnerin abgerufen werden konnten (act. 1/5, 6, 8, 10, 17- 22, 24 jeweils die letzte Seite). Diesbezüglich erweist sich aber der Einwand der Gesuchsgegnerin als glaubhaft, wonach die Slideshows nur durch Eingabe des Pfades angezeigt wurden. Bei den betreffenden Belegen handelt es sich nicht um Screenshots der Website der Gesuchsgegnerin. Es erscheint naheliegend, dass hier der Pfad eingegeben wurde, damit die Slideshows aufgerufen werden konnten. Die Gesuchstellerin bestreitet das denn auch nicht. Mithin ist aufgrund der Einwände der Gesuchsgegnerin nicht glaubhaft, dass ein Besucher der Website die Slideshows nach dem 12. Juli 2015 noch hätte aufrufen können, sondern dies nur bei Kenntnis des Pfades möglich war. Die Gesuchstellerin vermag zudem ohnehin nicht glaubhaft darzutun, dass die Slideshows überhaupt zu betriebsbezogenen Fehlzurechnungen führen könnten. Gemäss Vorbringen der Gesuchsgegnerin enthielten die Slideshows keinen Hinweis auf ein Kennzeichen der Gesuchstellerin (act. 4 S. 6), was letztere in der Folge nicht bestritten hat. Damit ein Marktauftritt aber lauterkeitsrechtlich relevant ist, müssen die dazu verwendeten Elemente Unterscheidungsfunktion aufweisen, d.h. diese müssen in der Lage sein, das damit gekennzeichnete Objekt zu individualisieren und von anderen Objekten zu unterscheiden (Arpagaus, Basler Kommentar UWG, 2013, Art. 3 Abs. 1 lit. d N 10 f.; Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 9. Oktober 2014, in: ZR 6/2015 Nr. 45).

3.1.3 Die Gesuchstellerin reichte eine Übersicht des Inhaltes der Website der Gesuchsgegnerin ein, aus welcher durch farbliche Hervorhebung aufgezeigt werden soll, welche Teile der Website der Gesuchsgegnerin am 16. Juli 2015 aus von ihrer Homepage übernommenen Inhalten bestehen (act. 1/34). Bei diesem von der Gesuchstellerin erstellten Dokument handelt es sich aber nur um eine Parteibehauptung. Sie hat keine Screenshots der gesuchgegnerischen Website per 16. Juli 2015 eingereicht, aus welchen die weitere Verwendung der fremden Inhalte – in einer für Besucher der Website sichtbaren Weise – hervorgehen würde. Demgegenüber gab die Gesuchsgegnerin Screenshots von ihrem aktuellen Internetauftritt zu den Akten, welche sich von jenen vom Juni 2015 deutlich unterscheiden (act. 4/2, 3). Insbesondere sind die fraglichen Objekte auf der Website – mit einer Ausnahme (vgl. dazu E. 3.1.4 hiernach; act. 1/36) – nicht mehr zu finden. Die Gesuchstellerin stellt die Darstellung der Gesuchsgegnerin denn auch nicht in Abrede, wonach sämtliche Elemente, welche auf die Gesuchstellerin hinweisen könnten, bis zum 12. Juli 2015 von der Website entfernt worden seien und dass die danach – nur bei Kenntnis des Pfades – abrufbaren Slideshows keine Kennzeichnungsfunktion haben. Aufgrund der gesuchsgegnerischen Vorbringen hätte durchaus Anlass bestanden, zur substantiierten Bestreitung derselben von der Möglichkeit einer Replik Gebrauch zu machen (BGE 133 I 98 E. 2.1 f. S. 99). Indem die Gesuchstellerin dies un-

terliess, ist Verzicht auf eine Stellungnahme anzunehmen (BGE 138 I 484 E. 2.2 S. 486; 133 I 100 E. 4.8 S. 105). Bleiben aber die Vorbringen der Gesuchsgegnerin in ihrer Gesuchsantwort demnach unbestritten, ist darauf abzustellen (Urteil des Bundesgerichts 4A_747/2012 vom 5. April 2013 E. 3.3). Da die im Streit liegenden Elemente und Inhalte noch vor Einreichung des Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen von der Website der Gesuchsgegnerin entfernt wurden, fehlt es an einem Rechtsschutzinteresse. Die Gefahr einer Wiederholung der Verletzung macht die Gesuchstellerin nicht geltend. Davon ist auch nicht auszugehen, nachdem die Gesuchsgegnerin nicht bestritten hat, dass einige Elemente ihrer Website Hinweise oder Gedankenassoziationen auf das Werbematerial oder die Produkte der Gesuchstellerin hätten geben können (act. 4 S. 3 ff.; vgl. dazu Sprecher, a.a.O., Art. 261 N 21). Sie trägt zudem glaubhaft vor, dass aufgrund der Lancierung eines eigenen Produktes, welches sich von jenem der Gesuchstellerin unterscheidet, ohnehin eine Neugestaltung der Website nötig gewesen sei (act. 4 S. 5). Weiter vermochte die Gesuchsgegnerin glaubhaft darzutun, dass sie – seit der Lancierung ihres eigenen Produktes – keine Werbematerialien der Gesuchstellerin verwendet. Mit E-Mail vom 25. August 2015 bestätigte ein Kunde, dass die Gesuchsgegnerin bei der Präsentation ihres neuen Produktes keine Werbematerialien dabei gehabt habe. Sodann geht aus der E-Mail hervor, dass bei der Applikation des Produktes der Gesuchsgegnerin ein Arbeitsschritt weniger auszuführen ist als beim Produkt der Gesuchstellerin (act. 4/16). Mithin würde es in der Tat kaum Sinn machen, das Werbematerial der Gesuchstellerin weiterhin zu verwenden.

3.1.4 Die Gesuchsgegnerin bestreitet nicht, dass die Aussage, wonach in der Schweiz inzwischen über 960 Plattenleger und Sanitärinstallateure zertifiziert worden seien, weiterhin auf ihrer Website zu finden ist (act. 1/36). Sie stellt aber die rechtliche Grundlage für die Durchsetzung eines Verbots der Verwendung dieses Textes in Abrede, insbesondere da die Aussage grundsätzlich zulässig sei, von der Gesuchstellerin nie oder nicht mehr verwendet werde und keinerlei Verwechslungsgefahr bestehe (act. 4 S. 14 f.). Diesbezüglich sind die Ausführungen der Gesuchstellerin knapp gehalten (act. 1 S. 10). Ob die betreffende Textpassage lauterkeitsrechtlich von Belang ist und die rechtliche Grundlage für ein Verbot besteht, braucht aber ohnehin nicht geklärt zu werden. Die Gesuchstellerin beantragt die Entfernung sämtlicher «Webinhalte» von der Homepage der Gesuchsgegnerin, «welche den Webinhalten der gesuchstellerischen Webseiten (...) entsprechen». Ob ein solcher Antrag überhaupt unter der Gesichtswinkel der genügenden Bestimmtheit (vgl. BGE 137 III 617 E. 4.3) zulässig ist, braucht hier nicht weiter thematisiert zu werden. Die Gesuchstellerin führt selber aus, dass der fragliche Text auf ihrer Website nur bis Februar 2014 zu finden war. Mithin bildete die betreffende Aussage im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs nicht mehr Inhalt ihrer Website. Es fehlt somit bereits an einem Antrag, gestützt auf welchen der Gesuchsgegnerin die Verwendung Textstelle untersagt werden könnte.

3.2 Weiter stellt sich die Gesuchstellerin auf den Standpunkt, indem die Gesuchsgegnerin behauptet, das Produkt «X.TM» sei eine eigene Entwicklung, mache sie unrichtige und irreführende Angaben im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG. Das Produkt «X.TM» basiere auf

der Rezeptur des Produkts «Z.R.». Mithin habe die Gesuchsgegnerin ihr Arbeitsergebnis unbefugt verwendet und auch das Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnis verletzt, womit sie den Tatbestand von Art. 5 lit. b UWG erfüllt habe.

3.2.1 Gemäss den vorstehenden Erwägungen Ziffer 2 hat die gesuchstellende Partei die Voraussetzungen für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen glaubhaft zu machen. Glaubhaftmachen bedeutet mehr als behaupten, aber weniger als beweisen (Güngerich, Berner Kommentar zur ZPO, 2012, Art. 261 N 19). Eine Tatsache ist dann glaubhaft gemacht, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen (BGE 130 III 321 E. 3.3 S. 325). Im Rahmen ihrer Darlegung der anspruchbegründenden Tatsachen hat die gesuchstellende Partei «Beweise» zu unterbreiten, die ohne Umstände und Zeitverlust abgenommen werden können (Huber, a.a.O., Art. 261 N 25).

3.2.2 Die Gesuchstellerin belässt es bei ihrer Behauptung, wonach die Gesuchsgegnerin die Rezeptur des Produkts «Z.R.» zur Herstellung ihres eigenen Produktes übernommen habe, ohne ihre Darstellung mit Belegen zu untermauern und glaubhaft zu machen. Insbesondere wäre es angezeigt gewesen, das Ergebnis der erwähnten Analyse des Produktes «X.TM» einzureichen (act. 1 S. 12). Aus der E-Mail einer ehemaligen Kundin der Gesuchstellerin geht hervor, dass diese aufgrund der einfacheren Applikation – ein Arbeitsschritt falle weg – und des besseren Haftungsvermögens auf das Produkt der Gesuchsgegnerin umgestiegen ist (act. 4/16). Mithin erscheint nicht glaubhaft, dass die Gesuchsgegnerin die Rezeptur der Produkte der Gesuchstellerin übernommen hat, weshalb auch die Anträge Ziffern 2 und 3 abzuweisen sind.

4. Ergänzend ist anzumerken, dass allenfalls auch die Verwirkung des Anspruchs auf vorsorgliche Massnahmen zu prüfen wäre. Die Gesuchsgegnerin stellt die Darstellung der Gesuchstellerin in Abrede, wonach diese erst Anfang Juni 2015 von der Verwendung der betreffenden Webinhalte auf der Website (...) erfahren habe. Vielmehr sei die Website sogar in gegenseitiger Absprache erstellt worden und deren Inhalt sei der Gesuchstellerin seit Mitte 2012 bekannt (act. 4 S. 10 ff.). Vorsorgliche Massnahmen sind aber zu verweigern, wenn es der gesuchstellenden Partei, die während Monaten oder Jahren keine vorsorgliche Massnahmen angebeht hat, nunmehr zumutbar ist, das Urteil in der Hauptsache abzuwarten (Güngerich, a.a.O., Art. 261 N 41). Es wird in der Regel verlangt, dass die vorsorgliche Massnahme nach Kenntnis der drohenden Rechtsverletzung innerhalb einer Zeitspanne beantragt wird, die kürzer ist als die Dauer eines ordentlichen Prozesses. Dabei darf davon ausgegangen werden, dass für einen ordentlichen Prozess unter Einschluss des Rechtsmittelweges zwei bis drei Jahre vergehen können (Treis, in: Baker & McKanzie [Hrsg.], Handkommentar zur ZPO, 2010, Art. 261 N 12). Aufgrund des E-Mailverkehrs zwischen dem heutigen Geschäftsführer der Gesuchsgegnerin A.G. dem Verwaltungsratsmitglied der Gesuchstellerin Andreas Schaufelberger (heute Geschäftsführer) im Sommer 2012 ist glaubhaft, dass die Parteien bei der Gestaltung ihrer Websites Mitte 2012 teilweise zusammengearbeitet haben und der Gesuchstellerin der strittige Inhalt der Website der Gesuchsgegnerin seit Mitte 2012 bekan-

nt war (act. 4/8). Die diesbezüglichen Vorbringen der Gesuchsgegnerin blieben denn auch unbestritten. Hatte die Gesuchstellerin aber bereits Mitte 2012 Kenntnis vom Inhalt der Website der Gesuchsgegnerin, so hätte sie bereits damals um die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen ersuchen oder einen ordentlichen Prozess einleiten müssen, zumal sie behauptet, weder A.G. noch die Gesuchsgegnerin seien je berechtigt gewesen, ihre Webinhalte und Namensrechte zu verwenden (act. 1 S. 7). Ein ordentlicher Prozess wäre inzwischen bereits abgeschlossen.

(...)

Obergericht, II. Zivilabteilung, 22. Oktober 2015

3.8 Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO

Regeste:

Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO – Grundbuchsperre, vorläufige Eintragung und Verfügungsverbot. Glaubhaftmachung des Verfügungsanspruchs.

Aus dem Sachverhalt:

1. Mit Eingabe vom 25. November 2014 beantragte Y. (nachfolgend: Gesuchsteller) beim Einzelrichter am Kantonsgericht Zug, es sei der Z. GmbH (nachfolgend: Gesuchsgegnerin) im Sinne einer superprovisorischen Massnahme unter Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen zu verbieten, über die eingangs aufgeführten Grundstücke (nachfolgend Grundstücke «A.» genannt) zu verfügen oder diese sowie die darauf errichteten Bauten in tatsächlicher Hinsicht zu ändern. Das Grundbuch- und Vermessungsamt des Kantons Zug sei anzuweisen, auf den betreffenden Grundstücken im Sinne einer vorläufigen Eintragung den Gesuchsteller als Eigentümer vorzumerken bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids in der Hauptsache. Weiter sei dem Grundbuch- und Vermessungsamt die Anweisung zu erteilen, keine Eintragungen bzw. Löschungen oder Änderungen in Bezug auf die Grundstücke «A.» mehr vorzunehmen. Zur Begründung der Anträge führte der Gesuchsteller im Wesentlichen aus, mit Vereinbarung vom 31. Oktober 2005 (welche nicht öffentlich beurkundet wurde) habe er der Gesuchsgegnerin auf den Grundstücken Nrn. (...) ein Baurecht für die Realisierung des Projekts (...) eingeräumt, wobei der Gesuchsgegnerin unter anderem auch das Recht gewährt worden sei, die Grundstücke zu einem Kaufpreis von CHF 9 Mio. zu erwerben. Weiter hätten die Parteien vereinbart, dass er (der Gesuchsteller) im Verkaufsfall vom in der Vereinbarung definierten Gewinn einen Anteil von 80% erhalte und im Vermittlungsfall Anspruch auf 85% vom Gewinn habe. Gleichentags sei zudem ein partiarischer Darlehensvertrag abgeschlossen worden, wonach er der Gesuchsgegnerin ein Darlehen von CHF 20 Mio. gewähre. Am 17. Dezember 2007 hätten die Parteien dann einen Kaufvertrag betreffend die Grundstücke Nrn. (...) zu einem Kaufpreis von CHF 9 Mio. unterzeichnet, was höchstens dem Landpreis entspreche. Dieser sei jedoch formungültig bzw. nichtig, da die

Vereinbarung vom Oktober 2005 – insbesondere das Gewinnbeteiligungsversprechen, die baulichen Vorleistungen und der entrichtete Baurechtszins – kaufpreisrelevant gewesen sei und dementsprechend zur Gültigkeit des Grundstückkaufvertrages hätte öffentlich beurkundet werden müssen. Jedenfalls sei er einem wesentlichen Irrtum unterlegen, weil er gemeint habe, der Verkauf erfolge konform zum Steuerruling, d.h. namentlich unter Zugrundelegung eines Baurechts. Zudem sei er fälschlicherweise davon ausgegangen, zum Abschluss des Grundstückkaufvertrages aufgrund einer Kaufrechtsausübung verpflichtet gewesen zu sein. Dem vereinbarten Kaufpreis habe er nur zugestimmt, weil er davon ausgegangen sei, die Bauten seien im Baurecht errichtet worden. Folglich sei der Kaufvertrag nichtig, weshalb er nach wie vor der Eigentümer der betreffenden Grundstücke sei. Angesichts der schlechten finanziellen Situation der Gesuchsgegnerin, welche derzeit als Eigentümerin der Grundstücke (...) im Grundbuch eingetragen sei, müsse jederzeit mit einem Weiterverkauf der Grundstücke gerechnet werden.

(...)

5. Mit Entscheid vom 27. Februar 2015 (...) wies der Einzelrichter am Kantonsgericht das Gesuch ab und forderte das Grundbuch- und Vermessungsamt des Kantons Zug auf, alle gestützt auf den Entscheid vom 26. November 2014 vorgenommenen Eintragungen zu löschen. (...)

6. Dagegen reichte der Gesuchsteller (innert Frist) am 12. März 2015 Berufung beim Obergericht des Kantons Zug ein mit den eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren.

(...)

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Der Gesuchsteller verlangt die Anordnung vorsorglicher Massnahmen. Das Gericht trifft nach Art. 261 Abs. 1 ZPO die notwendigen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist (Verfügungsanspruch) und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Verfügungsgrund). Weiter wird zeitliche Dringlichkeit vorausgesetzt. Zudem sollen die Massnahmen verhältnismässig sein (Sprecher, Basler Kommentar zur ZPO, 2. A., 2013, Art. 261 N 10). Im Übrigen kann in Bezug auf die Voraussetzungen zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen auf die zutreffenden Ausführungen in angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Vi-act. 15 Erw. Ziff. 3).

3. Der erstinstanzliche Einzelrichter erachtete das Vorliegen eines Verfügungsanspruchs als nicht glaubhaft gemacht. Zur Begründung führte er im Wesentlichen aus, der Kaufvertrag

vom 18. Dezember 2007 sei gültig abgeschlossen worden. Indem die Urkundsperson den Grundstückkaufvertrag erst nach der Unterzeichnung der Parteien am darauf folgenden Tag unterschrieben habe, liege kein Verfahrensfehler vor, welcher die Nichtigkeit der Urkunde zur Folge habe. Auch die fehlende öffentliche Beurkundung der mit den Verträgen vom 31. Oktober 2005 vereinbarten Gewinnbeteiligung mache den Kaufvertrag nicht ungültig. Weder in der Vereinbarung noch im Darlehensvertrag sei geregelt worden, dass die Gewinnbeteiligung für den Verkauf des Grundstücks relevant sein solle bzw. sich unmittelbar auf den Kaufpreis auswirken solle. Sodann sei der Kaufpreis nicht falsch beurkundet worden, indem nur die Grundstücke allein – ohne die sich darauf befindlichen Gebäude – zu vergüten waren. Die Gesuchsgegnerin habe die Gebäude unbestritten auf eigene Rechnung erstellt, weshalb diese – wirtschaftlich betrachtet – stets ihr gehört hätten. Deshalb sei es nicht glaubhaft, dass die Parteien bei Kenntnis des Nichtbestandes der Baurechtsvereinbarung einen höheren Kaufpreis vereinbart hätten. Weiter sei der Baurechtszins nicht in den Grundstückkaufvertrag aufzunehmen gewesen, da mangels öffentlicher Beurkundung der Vereinbarung von 2005 eben gerade kein Baurecht (gültig) begründet worden sei. Zudem habe vor dem Verkauf der Grundstücke ohnehin keine Zinspflicht bestanden. Dass die Gesuchsgegnerin nach dem Verkauf der Liegenschaft Baurechtszinsen schulde, lege der Gesuchsteller nicht glaubhaft dar. Sodann sei auch nicht glaubhaft, dass der geschäftserfahrene Gesuchsteller beim Abschluss des Kaufvertrages einem Irrtum unterlegen sei.

3.1 Der Gesuchsteller hält daran fest, dass er ohne Bindung der Parteien an das Gewinnbeteiligungsrecht gemäss den Verträgen von 2005 die in seinem Eigentum stehenden Grundstücke samt den darauf erstellten Gebäuden der Gesuchsgegnerin nicht zum Preis von CHF 9 Mio. verkauft hätte. Dies beweise der Weiterverkauf der Teilgrundstücke Nrn. (...) sowie der dazugehörenden Miteigentumsanteile an GS Nr. (...) am 21. Dezember 2007 an die B. AG zum Preis von CHF 30.2 Mio. Der Bau der Gebäude sei von ihm vorfinanziert worden. Die Gesuchsgegnerin habe ihre Bautätigkeit im Rahmen der Verträge von 2005 und eingebunden in eine einfache Gesellschaft erbracht. Die Gesuchsgegnerin möge zwar gegenüber den Handwerkern im eigenen Namen aufgetreten sein, sei aber im Rahmen der einfachen Gesellschaft tätig geworden und – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – nicht auf eigene Rechnung. Das Gewinnbeteiligungsrecht sei somit Teil der Gegenleistung der Eigentumsübertragung gewesen, jedoch im Kaufvertrag nicht aufgeführt worden. Deshalb sei der Kaufvertrag nichtig.

3.2 Die in Art. 216 Abs. 1 OR vorgesehene öffentliche Beurkundung, ohne die der Kauf eines Grundstückes ungültig ist, muss alle wesentlichen Punkte des Vertrages decken, insbesondere auch die ganze für das Grundstück versprochene Gegenleistung (BGE 86 II 258 E. 2 S. 260). Allerdings erstreckt sich der Formzwang nicht auf sämtliche Punkte, die für den Abschluss des in Frage stehenden Vertrages wesentlich sind. Denn mit den wesentlichen Vertragspunkten, die der Form bedürfen, sind nur solche Abmachungen gemeint, die ihrer Natur nach unmittelbar den Inhalt des Grundstückkaufvertrages betreffen. Der Formzwang erstreckt sich bloss auf Abmachungen im Rahmen des Kaufvertrages, nicht auf sonstige Übereinkünfte, auch wenn für die Parteien der Bestand der einen Abrede *conditio sine qua*

non für die Zustimmung zur zweiten darstellt. Objektive Nebenabreden fallen mithin nur dann zufolge subjektiver Wesentlichkeit unter den Formzwang, wenn sie ihrer Natur nach vom Rahmen eines Kaufvertrages erfasst werden. Dabei müssen zwei Voraussetzungen erfüllt sein: Einerseits muss die eingegangene Verpflichtung ihren Rechtsgrund in einem Anspruch haben, der nicht ausserhalb des natürlichen Inhalts der Vereinbarung steht, indem das Versprochene die Gegenleistung für den Preis oder für die Überlassung des Eigentums darstellt. Andererseits muss die Verpflichtung in den Rahmen eines Kaufvertrages fallen, die rechtliche Situation der Kaufsache beeinflussen und unmittelbar den Geschäftsinhalt betreffen. Formbedürftig sind daher von vorneherein nur Abreden, welche das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung des Kaufvertrages berühren. Es genügt nicht, wenn die eine Verpflichtung bloss Anlass zur andern ist, zwei Verträge beispielsweise in kausaler Abhängigkeit zueinander stehen (BGE 113 II 402 E 2 S. 405 m.w.H.). Ausgehend vom Grundsatz der Formfreiheit sind Formvorschriften eng auszulegen (Binder, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 1744). Sie bezwecken vor allem den Schutz der Parteien vor übereilem Handeln (Krauskopf, in: Jürg Schmid [Hrsg.], Der Grundstückkauf, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 239).

3.3 Umstritten ist unter anderem, ob die Gesuchsgegnerin die Bauten auf den Grundstücken «A.» auf eigene Rechnung erstellt hat. Die Vorinstanz bejahte dies und erachtete deshalb den beurkundeten Kaufpreis als angemessene und vollständige Gegenleistung im Rahmen des Kaufgeschäfts.

Der Gesuchsteller stellte der Gesuchsgegnerin mit Darlehensvertrag vom 31. Oktober 2005 zur Realisierung des Projekts (...) ein Kapital von CHF 20 Mio. zur Verfügung. Als Sicherheit dienten gemäss Vertrag die auf den Grundstücken «A.» erstellten Bauten (act. 1/31). Der erstinstanzliche Richter erkannte diverse Indizien, welche seiner Ansicht nach gegen einen Darlehensvertrag und für das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft sprechen würden (Vi-act. 15 Erw. Ziff. 6.3). Zur Beurteilung, ob die Gesuchsgegnerin für die Erstellung der Gebäude selber aufgekommen ist, braucht das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien – d.h. ob ein partiarisches Darlehen oder eine einfache Gesellschaft vorliegt – indes nicht abschliessend geklärt zu werden. Die Gesuchsgegnerin vermochte glaubhaft darzulegen, dass sie das vom Gesuchsteller zur Erstellung der Gebäude zur Verfügung gestellte Kapital von rund CHF 20 Mio. zurückbezahlt hat, zumal der Gesuchsteller die Rückzahlung der gewährten Darlehen lediglich pauschal in Abrede stellt, ohne aber die von der Gesuchsgegnerin eingereichten Unterlagen substantiiert zu bestreiten (act. 1 Rz 49; Vi-act. 13/42.1-42.6, Vi-act. 13 S. 22 f.). Soweit ein Darlehensverhältnis vorliegt, ist das Eigentum am Geld zudem ohnehin auf die Gesuchsgegnerin übergegangen (Art. 312 OR). Mithin erweisen sich die Ausführungen des Gesuchstellers, wonach die Gesuchsgegnerin die Gebäude mit seinem Geld gebaut habe (act. 1 Rz 38), bereits aus diesem Grund als unzutreffend. Dass die Parteien eine einfache Gesellschaft gebildet hätten, hat der Gesuchsteller im erstinstanzlichen Verfahren selber nie behauptet. Er bestreitet nicht, dass die Gesuchsgegnerin gegenüber Handwerkern unter ihrem eigenen Namen – als Bauherrin – aufgetreten ist (act. 1 Rz 37; Vi-act. 7/14-18, 21.1-21.5). Selbst wenn die Gesuchsgegnerin dabei im Rahmen einer bestehenden einfachen

Gesellschaft tätig geworden wäre, wie dies der Gesuchsteller unsubstanziiert behauptet, so wäre dennoch allein sie berechtigt und verpflichtet worden. Ihre Handlungen hätten somit keine unmittelbare Wirkung für die übrigen Gesellschafter begründet (vgl. Pestalozzi/Hettich, Basler Kommentar OR II, 4. A., 2012, N 3 Art. 543; Art. 543 Abs. 1 OR). Die Parteien haben im Kaufvertrag vom 18. Dezember 2007 denn auch ausdrücklich festgehalten, dass die Gesuchsgegnerin die Bauten auf eigene Rechnung erstellt habe (Vi-act. 1/42 S. 12). Aufgrund der gesamten Umstände erachtete es die Vorinstanz – entgegen der Darstellung des Gesuchstellers – zu Recht als glaubhaft, dass die Gesuchsgegnerin für die Kosten der Erstellung der Gebäude auf den Grundstücken «A.» letztlich selbst aufgekommen ist.

3.4 Nachdem aufgrund des Gesagten die Gesuchsgegnerin für die Baukosten aufgekommen ist, folgerte die Vorinstanz daraus zutreffend, dass die Gebäude wirtschaftlich betrachtet der Gesuchsgegnerin gehört hätten. Dementsprechend habe die Gesuchsgegnerin vom Gesuchsteller nur das Land abkaufen müssen, mithin sei der korrekte Kaufpreis für die Grundstücke von CHF 9 Mio. beurkundet worden (Vi-act. 15 Erw. Ziff. 7.2). Dieser Schluss der Vorinstanz stimmt mit der Bestimmung zum Kaufpreis im Kaufvertrag vom 18. Dezember 2007 überein, wonach die Gesuchsgegnerin lediglich den Landpreis von CHF 9 Mio. zu bezahlen habe, weil die Erstellung der Gebäude auf ihre Rechnung erfolgt sei (Vi-act. 1/41 und 1/42 S. 12). Dass die Baukosten betragsmässig nicht aufgeführt wurden, schadet dabei nicht. Indem die Parteien ausdrücklich festhielten, weshalb lediglich der Landpreis zu vergüten war, wurde dem Hauptzweck der Formvorschrift bei Grundstückkaufverträgen – nämlich der Schutz der Vertragsparteien – Genüge getan. Der nicht beurkundete Kaufpreis entspricht den Baukosten und ist mithin bestimmbar. Demgegenüber ist folglich die Darstellung des Gesuchstellers nicht glaubhaft, wonach die Gesuchsgegnerin einzig aufgrund des vereinbarten Gewinnbeteiligungsversprechens nur die Grundstücke zu vergüten hatte. Zwar hält der Gesuchsteller grundsätzlich richtig fest, dass sein Eigentum an den Grundstücken gestützt auf Art. 667 Abs. 2 ZGB auch die darauf errichteten Gebäude umfasse, wenn das Baurecht nicht gültig errichtet worden sei. Dies ändert aber nichts daran, dass die Gesuchsgegnerin für den Bau der Gebäude aufgekommen ist, was die Parteien bei der Festsetzung des Kaufpreises gemäss Kaufvertrag ausdrücklich berücksichtigt haben. Vor diesem Hintergrund entsprach der Kaufpreis durchaus einer angemessenen Gegenleistung für den Erwerb der Grundstücke samt den darauf befindlichen Gebäuden. Der Gesuchsteller macht nicht substantiiert geltend, dass der Preis für die Grundstücke aufgrund des Gewinnbeteiligungsrechts tiefer angesetzt worden ist. Davon ist auch nicht auszugehen, wurde doch im Vertrag vom 31. Oktober 2005 der Wert des vom Gesuchsteller zur Verfügung gestellten Landes auf CHF 9 Mio. beziffert (Vi-act. 1/30 S. 3) und dieser Betrag im Memo «Diskussion Steueramt» ausdrücklich als Marktwert bezeichnet (Vi-act. 1/21 S. 6). Zudem wäre eine Reduktion des Kaufpreises für das Land aufgrund des vereinbarten Gewinnanteilsrechts wirtschaftlich offensichtlich kaum sinnvoll, da im Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages völlig offen war, in welcher Höhe bzw. ob überhaupt künftig ein Gewinn erzielt werden kann. Sodann war im Zeitpunkt der Vereinbarungen im Oktober 2005 nicht vorhersehbar, ob die Gesuchsgegnerin das Kaufrecht überhaupt ausübt oder die überbauten Grundstücke gänzlich oder teilweise an einen Drit-

ten verkauft oder die Gebäude vermietet würden. Es war somit ungewiss, wann und mit welchem Ergebnis sich das Gewinnbeteiligungsversprechen verwirklichen würde. Auch aus diesem Grund dürfte das Beteiligungversprechen im Hinblick auf den erst zwei Jahre später abgeschlossenen Kaufvertrag kaum eine Gegenleistung für die Eigentumsübertragung auf die Gesuchsgegnerin dargestellt haben. Mithin kann beim vereinbarten Gewinnbeteiligungsrecht nicht von einer Voraus- oder Zusatzleistung oder von einem Rabatt auf den kaufrechtlichen Leistungsaustausch im Rahmen des Kaufvertrages vom 18. Dezember 2007 gesprochen werden (vgl. Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, RN 2509 f.; BGE 75 II 144 E. 1c). Es findet sich denn auch im Kaufvertrag nirgends ein Hinweis auf eine Gewinnbeteiligungsabrede; erwähnt wird einzig die Tragung der Kosten für die Erstellung der Bauten durch die Gesuchsgegnerin. Ergänzend ist festzuhalten, dass auch die Gewährung des Darlehens im Oktober 2005 nicht als Teil des Austauschverhältnisses des Kaufvertrages im Jahr 2007 zu sehen ist, was der Gesuchsteller zu Recht nicht geltend macht. Das Darlehen war im Übrigen denn auch verzinslich (act. 1/31). Es hat mithin das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung des Kaufvertrages nicht berührt (vgl. BGE 113 II 402 E. 2c S. 405).

3.5 Der Gesuchsteller beanstandet sodann erneut, der Grundstückkaufvertrag sei in Verletzung der Einheit des Beurkundungsaktes öffentlich beurkundet worden und somit formnichtig. Zudem seien die Parteien von der Gültigkeit der Baurechts- und Kaufrechtsvereinbarung ausgegangen, andernfalls hätten sie im Kaufvertrag nicht den blossen Landpreis öffentlich beurkundet. Weiter hätte der Kaufpreis auch die Baurechtszinsen mitbeinhalten und alle Vorleistungen der Parteien umfassen müssen. Diese Vorleistungen der Gesuchsgegnerin hätten auf den Verträgen von 2005 beruht (act. 1 Rz 54, 70 ff).

Die Berufung hat neben den Rechtsbegehren auch deren Begründung zu enthalten (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Diese Begründungspflicht bedeutet, dass sich der Berufungskläger mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheides auseinanderzusetzen hat. Er muss die Fehlerhaftigkeit der angefochtenen Begründung darlegen (BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375; Urteil OG LU Fall-Nr. 3B 12 17). Entsprechend ist eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage, welche nicht darauf eingeht, was von der Vorinstanz vorgebracht worden ist, unzureichend (vgl. Hungerbühler, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 311 N 37). Sind die Anforderungen an die Berufungsanträge nicht eingehalten, so mangelt es an einer Zulässigkeitsvoraussetzung für die Berufung und es kann darauf nicht eingetreten werden (vgl. ius.focus 1/2012, S. 17, Kommentar zum Urteil vom 9. März 2011 des Obergerichts Solothurn; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 311 N 12).

Die Vorinstanz hat sich mit dem Vorwurf der Verletzung der Einheit des Aktes beim Beurkundungsvorgang sowie der gerügten fehlenden Beurkundung der erbrachten Vorleistungen in den Erwägungen Ziffern 5, 7 und 9 eingehend befasst. Mit den Ausführungen des Gesuchstellers zum Irrtum in Bezug auf die Gültigkeit der Baurechtsvereinbarung hat sich die Vorinstanz in den Erwägungen Ziffern 8 und 10 auseinandergesetzt. Der Gesuchsteller geht nicht

substanziert auf die Argumente der Vorinstanz ein und zeigt nicht auf, inwiefern die Erwägungen im angefochtenen Entscheid falsch sind. Er belässt es bei einer knappen Aufzählung der einzelnen Kritikpunkte und der anschliessenden Wiederholung seiner Sachverhaltsdarstellung (act. 1 Rz 54, 57 ff.). Indem er aber lediglich seine im erstinstanzlichen Verfahren bereits vorgetragene Ausführungen wiederholt, kommt er seiner Begründungspflicht nicht nach, weshalb darauf nicht eingetreten werden kann.

4. Zusammenfassend erscheint die Darstellung der Gesuchsgegnerin glaubhaft, wonach sie die Gebäude auf eigene Rechnung erstellt hatte und der im beurkundeten Vertrag angegebene Kaufpreis deshalb der vollständigen Gegenleistung entsprach, welche sie für die Übertragung des Eigentums an den Grundstücken «A.» noch zu erbringen hatte. Diese Vorleistung wurde denn auch im Kaufvertrag ausdrücklich zur Begründung des vereinbarten Preises angeführt. Folglich war das Gewinnanteilsrecht gemäss Vereinbarung vom 31. Oktober 2005 – entgegen der Behauptung des Gesuchstellers – nicht kaufpreisrelevant und betraf nicht unmittelbar den Inhalt des Grundstückkaufvertrages vom 18. Dezember 2007. Dies wäre aber Voraussetzung, damit das Gewinnbeteiligungsversprechen derselben Form wie der Grundstückkaufvertrag unterliegen würde. Denn gemäss den vorstehenden Ausführungen erstreckt sich der Formzwang bloss auf Abmachungen im Rahmen des Kaufvertrages, nicht auf sonstige Übereinkünfte. Im Übrigen ist nicht ersichtlich, dass der Kaufvertrag und die Verträge vom Oktober 2005 in dem Sinn gegenseitig voneinander abhängig gemacht worden wären, dass der eine ohne die andern nicht gelten sollte. Soweit allenfalls der gültige Abschluss der Verträge von 2005 – und damit das Gewinnbeteiligungsversprechen – tatsächlich ein Beweggrund für den Kaufvertrag gewesen wäre, genügt dies – wie bereits erwähnt – nicht zur Unterstellung beider Vereinbarungen unter den Beurkundungszwang (BGE 113 II 402 E. 2c). Es ist demnach nicht glaubhaft gemacht, dass der Grundstückkaufvertrag formungültig ist.

5. Der Gesuchsteller rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Er trägt vor, die Vorinstanz habe sich mit dem geltend gemachten Irrtum in Bezug auf die Verträge vom Oktober 2005 nicht auseinandergesetzt (act. 1 Rz 50 ff.).

5.1 Der in Art. 29 Abs. 2 BV (und auch in Art. 53 ZPO) ausdrücklich gewährleistete Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt insbesondere, dass die Gerichte die rechtserheblichen Vorbringen der Parteien anhören und bei der Entscheidungsfindung berücksichtigen. Damit sich die Parteien ein Bild über die Erwägungen des Gerichts machen können, ist der Entscheid zu begründen. Nicht erforderlich ist jedoch, dass sich der Entscheid mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sich das Gericht auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Es genügt, wenn der Entscheid gegebenenfalls sachgerecht angefochten werden kann (BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88; BGE 133 III 439 E. 3.3 S. 445; BGE 129 I 232 E. 3.2 S. 236; BGE 126 I 97 E. 2b S. 104 m.w.H.).

5.2 Die Vorinstanz hat sich durchaus mit dem geltend gemachten Irrtum beim Abschluss des

Kaufvertrages in Bezug auf die Verträge vom Oktober 2005 befasst. So führte sie aus, es sei sehr unwahrscheinlich, dass der geschäftsgewandte Gesuchsteller einen (simplen) Grundstückkaufvertrag nicht verstanden oder sich geirrt habe. Aus den Akten gehe hervor, dass er unter anderem die Vereinbarung vom 31. Oktober 2005 sowie den Darlehensvertrag von einem Rechtsanwalt habe überprüfen lassen. Der Gesuchsteller bestreite nicht substantiiert, dass ihm bekannt gewesen sei, dass das Bau- und Kaufrecht hätten öffentlich beurkundet werden müssen. Dass er sich an das vereinbarte Kaufrecht tatsächlich nicht gebunden gefühlt habe, zeige die Abgabe einer Kaufzusage im Juli 2007 in Bezug auf die Grundstücke «A.» an die C. AG. Da der Gesuchsteller selber keine Miet- und Pachtverträge abgeschlossen habe, könne sodann kein Irrtum darüber bestehen, ob das Kaufobjekt miet- und pachtfrei übergeben worden sei. Selbst wenn der Gesuchsteller in Bezug auf das Baurecht sowie der Übertragung von Miet- und Pachtverträgen tatsächlich einem Irrtum unterlegen wäre, so wäre dieser objektiv nicht wesentlich gewesen. Es sei nicht nachvollziehbar, welchen Unterschied es gemacht hätte, wenn der Gesuchsteller die Liegenschaft im Baurecht an die Gesuchsgegnerin verkauft hätte. Dasselbe gelte auch in Bezug auf die Übertragung von allenfalls bestehenden Miet- und Pachtverträgen. Weiter sei nicht ersichtlich, inwiefern der Verkauf an die Gesuchsgegnerin nicht «steuerrulingkonform» erfolgt sei. Zudem sei fraglich, ob sich das Vorgehen im Dezember 2007 überhaupt noch nach dem Steuerruling vom Januar 2006 hätte richten sollen, nachdem im Juli 2007 die Liegenschaft an die C. AG hätte verkauft werden sollen, was offensichtlich im Widerspruch zum Steuerruling gestanden habe (Vi-act. 15 Erw. Ziff. 10.2.1 ff.).

Aus diesen Erwägungen der Vorinstanz ist ersichtlich, von welchen Überlegungen sie sich bei der Entscheidungsfindung hat leiten lassen. Wie vorstehend ausgeführt, braucht sich das Gericht nicht mit sämtlichen Parteivorbringen einlässlich auseinanderzusetzen und diese zu widerlegen. Dies gilt umso mehr in einem summarischen Verfahren. Der Gesuchsteller hat sich mit den Erwägungen der Vorinstanz zum geltend gemachten Irrtum in der Berufung materiell nicht substantiiert auseinandergesetzt und aufgezeigt, inwiefern diese falsch sein sollen (vgl. Erw. Ziff. 3.5 hiervor). Im Übrigen war – entgegen der Ansicht des Gesuchstellers – nicht zwingend vorfrageweise zu beurteilen, ob die beiden Verträge vom 31. Oktober 2005 gültig sind. Denn auch wenn – mit dem Gesuchsteller (vgl. act. 1 S. 10) – davon ausgegangen wird, dass die Verträge gültig sind, brauchte gemäss den vorstehenden Erwägungen das Gewinnbeteiligungsrecht nicht öffentlich beurkundet zu werden (Erw. Ziff. 3.4 u. 4). Würde das Gewinnbeteiligungsrecht aber als ungültig erachtet und hätte sich der Gesuchsteller diesbezüglich tatsächlich in einem Irrtum befunden, so hätte er für diesen Fall nicht glaubhaft dargetan, dass er die Grundstücke zufolge dieses Irrtums zum Kaufpreis von CHF 9 Mio. verkauft hat, wie er behauptet (act. 1 S. 6 u. 8, sowie Rz 16 ff., 72 u. 80). Es kann auf die vorstehenden Erwägungen Ziffer 3.4 verwiesen werden, wonach nicht glaubhaft erscheint, dass das Gewinnanteilsrecht hinsichtlich der Bestimmung des Kaufpreises von Bedeutung gewesen ist. Dass er bei Kenntnis der Ungültigkeit des Gewinnbeteiligungsrechts mit der Gesuchsgegnerin überhaupt keinen Kaufvertrag abgeschlossen hätte, macht der Gesuchsteller nicht substantiiert geltend und ist auch nicht ersichtlich. Mithin ist so oder anders nicht glaubhaft, dass der

Kaufvertrag vom 18. Dezember 2007 ungültig ist. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt nach dem Gesagten nicht vor.

Im Übrigen kann aber ergänzend festgehalten werden, dass bei einer summarischen Prüfung die Gültigkeit des vereinbarten Gewinnbeteiligungsrechts in der Tat glaubhaft erscheint. Einzig das Bau- und Kaufrecht sind aufgrund der Nichteinhaltung der Formvorschriften ungültig, nicht jedoch das Gewinnanteilsrecht (vgl. Erw. Ziff. 3.4 hiervor). Die übrigen Bestimmungen der Verträge vom 31. Oktober 2005 sind von der Formungültigkeit des Bau- und Kaufrechts nicht berührt (Vi-act. 1/30 Ziff. 9; Vi-act. 1/31 Ziff. 7.2). Es ist weiter nicht ersichtlich, inwiefern nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien mit dem Kaufvertrag vom 18. Dezember 2007 auf das vorher vereinbarte und detailliert bestimmte Gewinnbeteiligungsrecht verzichtet worden wäre. Mit der allgemein gehaltenen und floskelhaften Bestimmung Ziffer 7 des Kaufvertrages, wonach keine obligatorischen Bestimmungen aus früheren Verträgen zu überbinden seien, kann jedenfalls nicht auf einen übereinstimmenden Willen auf Aufhebung des Gewinnbeteiligungsrechts geschlossen werden (Vi-act. 1/41; Vi-act. 1/58 f.). Die Gesuchsgegnerin ging denn auch selber noch im Juli 2014 vom Bestand der Gewinnbeteiligungsabrede aus, ansonsten sie sich wohl nicht für die Nichteinhaltung des Abrechnungstermins (Vi-act. 1/55) entschuldigt hätte. Geht man aber davon aus, dass das vereinbarte Gewinnbeteiligungsrecht nach wie vor Bestand hat, entfällt die Grundlage für den vom Gesuchsteller geltend gemachten Irrtum ohne Weiteres.

6. Schliesslich ist anzumerken, dass die Rechtsbegehren des Gesuchstellers auch abzuweisen wären, wenn der Kaufvertrag vom 18. Dezember 2007 – mit dem Gesuchsteller – als formungültig oder zufolge Irrtums als unverbindlich erachtet würde. Der Gesuchsteller hat nicht substantiiert bestritten, dass die Gebäude einen erheblich höheren Wert aufweisen als der Boden (Vi-act. 7 Rz 54 ff.; Vi-act. 10 Rz 182 f.), was sich auch aus den eingereichten Urkunden ergibt (Vi-act. 7/19-21.15). Es wurde vorstehend bereits dargetan, dass die Erstellung der Bauten auf Kosten der Gesuchsgegnerin glaubhaft ist (Erw. Ziff. 3.3 f. hiervor). Die Gesuchsgegnerin war somit Eigentümerin des verbauten Materials. Da das im Oktober 2005 – und damit nach Baubeginn (Vi-act. 1 Rz 24) – vereinbarte Baurecht unumstritten ungültig ist, bestand keine (gültige) Vereinbarung. Mithin erscheint glaubhaft, dass der Gesuchsgegnerin ein Anspruch auf Zuweisung des Eigentums an Bau und Boden gemäss Art. 673 ZGB zustehen würde. Der Anspruch der Gesuchsgegnerin nach Art. 673 ZGB stünde aber einer Grundbuchberichtigung (Art. 975 ZGB) zugunsten des Gesuchstellers entgegen. Ein Verfügungsanspruch wäre auch aus diesem Grund zu verneinen.

7. Vermag der Gesuchsteller zusammenfassend nicht glaubhaft zu machen, dass der Kaufvertrag vom 18. Dezember 2007 ungültig bzw. nichtig ist, fehlt es an einem Verfügungsanspruch. Ob die weiteren Voraussetzungen für den Erlass der beantragten vorsorglichen Massnahmen vorliegen, kann daher dahingestellt bleiben. Die Berufung ist demnach – soweit darauf einzutreten ist – abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen.

B

Stichwortverzeichnis

- Exequaturverfahren: Anwendbares Recht im Rechtsmittelverfahren bei der Vollstreckbarerklärung eines Urteils aus einem LugUml;-Vertragsstaat, 5
- Gerichtsferien: Eine nach Ablauf der in den Gerichtsferien endenden Vernehmlassungsfrist eingereichte Beschwerdeantwort kann als verspätet aus dem Recht gewiesen werden, 14
- Kautionspflicht: Pflicht der Konkursmasse zur Leistung einer Sicherheit für die Parteientscheidung, 8
- Summarverfahren: Verzicht auf Einholung einer Stellungnahme bei offensichtlicher Unbegreiflichkeit des Gesuchs, 15
- Unentgeltliche Rechtspflege: Kostenaufgabe bei Bouml;- oder Mutwilligkeit, 12
- Vollstreckbarerklärung: Vorfrageweise Vollstreckbarerklärung eines Urteils im Rechtsmittelverfahren, 6
- Vorsorgliche Massnahmen: Glaubhaftmachung des Verfallensanspruchs, 21
- Vorsorgliche Massnahmen: Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen; Glaubhaftmachung eines aktuellen Rechtsschutzinteresses, 16