Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 116 (1997)

Artikel: Vorsorgliche Massnahmen im Schweizerischen Zivilprozess

Autor: Berti, Stephen V.

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-895743

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 16.12.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Vorsorgliche Massnahmen im Schweizerischen Zivilprozess

von Stephen V. Berti, Dr. iur., Rechtsanwalt in Zürich

Inhaltsverzeichnis

Einleitung 177

§ 1 Rechtstheoretische Grundlagen 178
I. Begriffsbestimmungen (N 1–4) 178
II. Zur Systematisierung der vorsorglichen Massnahmen (N 5–10) 179
III. Beweissicherungsmassnahmen (N 11) 181
IV. Zur Rechtsnatur der vorsorglichen Massnahmen (N 12–21) 182
V. Zusammenfassung (N 22) 187

§ 2 Materielle Voraussetzungen und Inhalt vorsorglicher Massnahmen 189
I. Überblick (N 23–26) 189
II. Materielle Voraussetzungen vorsorglicher Massnahmen . . . 190
A. Massnahmeinteresse (Verfügungsgrund) 190
1. Funktion des Massnahmeinteresses (N 27) 190
2. Rechtsquellen des Massnahmeinteresses (N 28) . 191
3. Inhalt des Massnahmeinteresses (N 29–31) 191
4. Das Massnahmeinteresse in den kantonalen Prozessgesetzen (N 32–33) 192
5. Die einzelnen Erscheinungsformen des Massnahmeinteresses 197
a. Nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil (N 34–36) 197
b. Regelungsnotwendigkeit (N 37) 198
B. Schutzbedürftige Berechtigung (Verfügungsanspruch) (N 38–40) 199
III. Bestimmung des Inhalts vorsorglicher Massnahmen 200
A. Überblick der Rechtsquellen (N 41) 200
B. Inhalt vorsorglicher Massnahmen nach Bundeszivilrecht 200
1. Inhalt der Erhaltungsmassnahmen 200
a. Grundsätze (N 42–44) 200
b. Vorsorglicher Schutz absoluter Rechte (N 45) 202
c. Vorsorglicher Schutz relativer Rechte (N 46–49) 202
d. Vorsorglicher Schutz von Mitgliedschaftsrechten (N 50–51) 204

2. Inhalt der Festlegungsmassnahmen 205
a. Grundsätze (N 52–54) 205
b. In Ehesachen (N 55) 206
c. In Unterhaltssachen (N 56) 206
d. In Gesellschaftssachen (N 57) 207
e. In Mietsachen (N 58) 207
3. Anordnung einer positiven Leistung als Massnahmeinhalt (N 59–60) 207
C. Inhalt vorsorglicher Massnahmen nach kantonalem Recht (N 61) 209
D. Inhalt vorsorglicher Massnahmen nach ausländischem Zivilrecht (N 62–64) 209

§ 3 Zuständigkeit zum Erlass vorsorglicher Massnahmen 210
I. Überblick (N 65) 210
II. Internationale Zuständigkeit (N 66–68) 210
III. Örtliche Zuständigkeit 212
A. *de lege lata* (N 69) 212
B. *de lege ferenda* (N 70) 212
IV. Sachliche Zuständigkeit (N 71–72) 213
V. Zuständigkeitswechsel während der Geltungsdauer der Massnahme (N 73–75) 214
VI. Massnahmezuständigkeit und Rechtshängigkeitssperre (N 76) 214

§ 4 Besonderheiten des Massnahmeverfahrens 216
I. Überblick (N 77–79) 216
II. Einzelne Verfahrensaspekte 217
A. Vorbemerkung (N 80) 217
B. Verfahrenseinleitung (N 81) 217
C. Form und Inhalt des Massnahmebegehrens (N 82–83) . 218
D. Tatsachenvortrag 219
1. Grundsätze (N 84) 219
2. Superprovisorischer Erlass einer vorsorglichen Massnahme (N 85–87) 219
E. Glaubhaftmachung des Tatsachenfundamentes (N 88–91) 221
F. Feststellung der Entscheidungsgrundlagen (N 92–93) . 222
G. Richterliche Rechtsanwendung (N 94–98) 223
H. Entscheidung (N 99–102) 226
I. Kosten (N 103) 228

§ 5 Bestand und Vollzug vorsorglicher Massnahmen 229
I. Bestand vorsorglicher Massnahmen 229
A. Vorbemerkung (N 104) 229
B. Formelle Rechtskraft (N 105–106) 229
C. Prosequierung vorsorglicher Massnahmen 230
1. Überblick (N 107) 230
2. Prosequierungslast 231
a. Bei Erhaltungsmassnahmen (N 108–110) . . 231
b. Bei Festlegungsmassnahmen (N 111) 232
c. Folge der nicht gehörigen Prosequierung (N 112–113) 232
II. Aufhebung oder Änderung vorsorglicher Massnahmen . . . 232
A. Bei veränderten Verhältnissen (N 114) 232
B. Aufgrund besserer Erkenntnis (N 115) 233
C. Mangels gehöriger Prosequierung (N 116) 234
D. Notwendigkeit formeller Aufhebung (N 117) 234
III. Vollzug vorsorglicher Massnahmen (N 118–121) 234

§ 6 Rechtsmittel gegen Massnahmeentscheide 236
I. Kantonale Rechtsmittel 236
A. Vorbemerkung (N 122) 236
B. Rechtsmittel gegen den Erlass einer vorsorglichen Massnahme (N 123–125) 236
C. Rechtsmittel gegen die Ablehnung eines Massnahmegesuchs (N 126) 237
II. Eidgenössische Rechtsmittel 237
A. Berufung (N 127–128) 237
B. Nichtigkeitsbeschwerde (N 129) 238
C. Staatsrechtliche Beschwerde (N 130) 239
III. Fazit (N 131) 239

§ 7 Haftung für ungerechtfertigte Massnahmen (N 132–138) 240

§ 8 Zusammenfassung und Ausblick 243
I. Zusammenfassung (N 139–149) 243
II. Ausblick (N 150–154) 246

Literaturverzeichnis 248

Einleitung

Le leggi son, ma chi pon mano ad esse?

Dante ALIGHIERI, La Divina Commedia, Purgatorio XVI, 97

Die Erfüllung der Ansprüche, ja die Verwirklichung der Rechtslagen schlechthin erfolgt im Zivilrecht regelmässig durch freiwilliges Handeln der beteiligten Rechtssubjekte. Bisweilen entspricht zwar solche Verwirklichung nicht dem eigentlich Gesollten. Passt das berechtigte Rechtssubjekt aber seine Erwartungen so an, dass es sich mit der angebotenen Verwirklichung zufriedengibt, unterbleibt ein Rechtsstreit, und die Rechtspflegeinstanzen müssen nicht bemüht werden. Der Idealzustand der freiwilligen Realverwirklichung *aller* Privatberechtigungen in der normativ beabsichtigten Weise lässt sich indes nicht erreichen. Deshalb stellt die Rechtsordnung zwecks Klärung von Streitfällen den Zivilprozess mit seinen umfassenden Verfahrensgarantien zur Verfügung. Das Ergebnis eines zu Ende geführten Erkenntnisverfahrens ist ein materiell rechtskräftiges gerichtliches Urteil über Bestand bzw. Nichtbestand von Rechtsfolgen; aber bis es so weit ist, vergeht Zeit. Während dieser Zeit kann die Berechtigung, deren Beurteilung Prozessgegenstand bildet, vom tatsächlichen Geschehen überrollt werden; der Zeitablauf kann dem Kläger das Interesse daran nehmen, ja auch bereits bevor ein ordentliches gerichtliches Verfahren überhaupt eingeleitet werden kann. Soll verhindert werden, dass die von der Zivilrechtsordnung gewollte Realverwirklichung vereitelt wird, ist ein rasches Eingreifen von Rechtspflegeorganen nötig.[1] Dieser *sofortige* Rechtsschutz ist Gegenstand des vorliegenden Referats.

Schwerpunkt der Darstellung bilden die vorsorglichen Massnahmen zum Schutz von aus Bundeszivilrecht abgeleiteten Berechtigungen. *Das Hauptanliegen ist es, die einschlägigen Rechtsgrundlagen herauszuarbeiten und in ihren Wertungszusammenhängen zu würdigen.* Zumal nach der hier vertretenen Grundkonzeption der Inhalt des einstweiligen Rechtsschutzes umfassend vom Zivilrecht her bestimmt ist, erfolgen auch Hinweise zu den vorsorglichen Massnahmen im schweizerischen Zivilprozess bezüglich Berechtigungen, die aus kantonalem oder ausländischem Privatrecht abgeleitet werden.

Der eilige Leser mag den Einstieg durch die Zusammenfassung wählen (§ 8 I) und sich allenfalls von dort zum Text hinführen lassen.

---

1 Das ist letztlich ein Verfassungsgebot, Ausfluss vom Grundsatz der Effektivität des Rechtsschutzes: HABSCHEID, ZPR, 362: «Ein rechtsstaatliches Prozessrecht, das die Rechtsverwirklichung sicherstellen will, kann daher nicht darauf verzichten, bei Dringlichkeit ein Verfahren zur Verfügung zu stellen, das dem Gläubiger Sicherheit gewährt, ohne den Hauptprozess zu präjudizieren».

§ 1 *Rechtstheoretische Grundlagen*

> Ainsi convient-il de sérieusement nuancer l'affirmation de la jurisprudence selon laquelle cette institution ressortit de la procédure cantonale à défaut de réglementation fédérale particulière.
>
> Jean-François POUDRET, 1.3.2.10 *ad* art. 43 OG

I. Begriffsbestimmungen

1. Die vorsorglichen Massnahmen im Zivilprozess sind schwierig zu erfassen. Es fehlt an einer gesetzlichen Definition, einer einheitlichen Regelung und einer konsistenten Terminologie.[2] Als gleichwertige Synonyme werden nachfolgend verwendet die Termini «vorsorgliche = vorläufige = einstweilige/Massnahmen = Anordnungen = Verfügungen = Massregeln»; «vorsorglicher = vorläufiger = einstweiliger Rechtsschutz». Vorab sind die im Titel des Themas enthaltenen Begriffe näher zu bestimmen:

2. Mit *Massnahmen* sind verbindliche Anordnungen eines Rechtspflegeorganes, meist eines Gerichtes, gemeint. Die Anordnungen ergehen im Rahmen eines *Zivilprozesses,* eines Verfahrens, das die Beurteilung behaupteter zivilrechtlicher Berechtigungen von Privatrechtssubjekten zum Gegenstand hat.[3] Sie sind *vorsorglich,* weil sie kurzfristig entweder **Rechtsgefährdung** abwenden oder sofortigen **Regelungsbedarf** befriedigen wollen. Ihr institutioneller Zweck ist die Verhinderung qualifizierter Rechtsnachteile.[4]

3. Das Massnahmeverfahren ist eine selbständige Prozessart. Es dient nicht der Unterstützung eines ordentlichen Verfahrens, sondern einzig dem aktuellen Interesse der Gesuchstellerin an sofortiger Zivilrechtsverwirklichung[5]. Das Massnahmeverfahren kann *vor oder nebst* einem ordentlichen Zivilprozess stattfinden; in allen Fällen unterliegt das Massnahmegesuch verfahrens-

---

2 In Art. 77 Abs. 3 PatG wird eine Massnahme als vorsorgliche Verfügung bezeichnet, wenn sie ohne Anhörung der Gegenpartei ergeht. Heute ist die Bezeichnung provisorische bzw. superprovisorische Massnahme gebräuchlich.

3 Diese Gemeinsamkeit haben das ordentliche Zivilklageverfahren und das eilige Zivilmassnahmeverfahren.

4 GLOOR, 8.

5 Vgl. BVerfGE 46, 166, 178 (zit. nach WALKER, 44 N 51): «Aus diesem Grund verlangt Art. 19 Abs. 4 GG [...] jedenfalls dann vorläufigen Rechtsschutz, wenn ohne ihn schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstünden, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre.»

mässig anderen Regeln als ein Klagebegehren. Eine ausgesprochene Massnahme löst einen Anspruch der Gesuchstellerin auf einen vorläufigen («provisorischen») Rechtsschutz ein, der für beschränkte Zeit gilt. Sie kann aber auch *faktisch* einen Rechtsstreit beenden, nämlich dann, wenn sie von allen Betroffenen hingenommen wird.

4. Zweck aller vorsorglicher Massnahmen ist die Behebung einer **Gefahr im Verzug**[6] als rechtzeitige Reaktion auf zeitliche Dringlichkeit, sei es wegen drohender Rechtsvereitelung oder wegen der Notwendigkeit sofortiger Regelung eines Rechtsverhältnisses.[7] Dieser gemeinsame Nenner ist auf einer hohen Abstraktionsstufe angesiedelt; bezüglich Intensität und Unmittelbarkeit der Gefahr im Verzug sind im einzelnen viele Ausprägungen denkbar. Manchmal kann es «sehr pressieren», manchmal reicht es, wenn «innert nützlicher Frist» eine Regelung angeordnet wird; immer aber käme die Verweisung des konkreten Rechtsschutzgesuches in ein ordentliches Zivilverfahren einer «systematischen Rechtsverweigerung» gleich.

II. Zur Systematisierung der vorsorglichen Massnahmen

5. Ein viel benutztes Einteilungsschema unterteilt die vorsorglichen Massnahmen in Sicherungs- und Regelungsmassnahmen.[8] Gewisse Autoren[9] bilden mit den Befriedigungsmassnahmen eine selbständige dritte Kategorie.[10] Diese Kategorien lassen sich etwa so umschreiben:

6. *Sicherungsmassnahmen* bezwecken die Ermöglichung der Realverwirklichung einer gefährdeten Berechtigung durch Erhaltung der hierzu notwendigen tatsächlichen Grundlagen.

Regelungsmassnahmen bezwecken die Festlegung eines *modus vivendi* für die Beteiligten eines (Dauer)Rechtsverhältnisses, denen es unter dem Druck ihrer Differenzen aus eigener Kraft nicht gelingt, eine Einigung bezüglich ihrer jeweiligen Rechte und Pflichten zu erzielen.

---

6 Statt dieser schlichten Widergabe des plastischen lateinischen *periculum in mora* fällt kein «modernerer» Ausdruck ein, der vorzuziehen wäre.

7 Mit dem Ziel des «zivilrechtlich gewollten Endzustandes»: SCHLOSSER, 739.

8 Statt vieler HABSCHEID, ZPR, 363 f.; WALDER-RICHLI, ZPR, 357 ff. Nicht überzeugend die von KAUFMANN, 29 ff., 42 f. befürwortete Einteilung in materiell- und prozessrechtliche Massnahmen: *Alle* Massnahmen sind materiellrechtlich, und *alle* ergehen in einem Prozess.

9 In der Schweiz HUTH, 1 f., VOGEL, ZPR, 325 f., und DERS., Probleme, 90.

10 Die Dreiteilung geht auf JAUERNIG, ZZP 1966, 321 ff. zurück. Vgl. Eberhard SCHILKEN, Die Befriedigungsverfügung, Berlin 1976.

Befriedigungsmassnahmen ermöglichen die vorläufige Vollstreckung eines zivilrechtlichen Anspruchs dort, wo es einer Gesuchstellerin nicht zuzumuten ist, dass ihr Erfüllungsinteresse weiterhin unbefriedigt bleibt.

7. Bedarf es nun nebst den Sicherungs- und Regelungsmassnahmen einer dritten Kategorie der **Befriedigungsmassnahmen**? Viele Ansprüche können nur mit einer sofort vollstreckbaren Unterlassungsanordnung, einem negativen Leistungsbefehl, wirksam geschützt werden. *Ein* Unterschied zwischen positiven und negativen Leistungsbefehlen besteht darin, dass eine unterlassene Handlung später meist nachgeholt werden kann, sofern der Berechtigte dazu gewillt ist, während zu Unrecht Geleistetes zwar zurückgefordert werden kann, der Erfolg davon indes nicht vom Willen des Berechtigten abhängt. Aber selbst die positiven Leistungsbefehle auf vorläufige Vornahme einer Geldleistung können als intensive Form von Sicherungs- oder Regelungsmassnahme im Hinblick auf die weitere Auseinandersetzung aufgefasst werden.[11] Nach der hier vertretenen Auffassung reichen für die Erfassung aller vorsorglichen Massnahmen *zwei Grundkategorien* aus.[12] Ihre Unterscheidungsmerkmale liegen in der Beschaffenheit des Massnahmeinteresses sowie im Verhältnis der Massnahme zu der von ihr geschützten Berechtigung:

8. «Sicherungsmassnahmen» sind auf die Erhaltung der tatsächlichen Möglichkeit der Realverwirklichung einer gefährdeten Berechtigung gerichtet. Gemäss diesem Zweck wollen wir also von **Erhaltungsmassnahmen** sprechen.

9. Demgegenüber bezwecken «Regelungsmassnahmen» die kurzfristige Konkretisierung von Rechtsfolgen in bezug auf ein regelungsbedürftiges Dauerrechtsverhältnis, das ins Wanken geraten ist. Das Rechtsverhältnis selbst ist die Quelle einstweiliger Ansprüche zum interimistischen Schutz der daran Beteiligten; es gilt sie aber festzulegen. Wir bezeichnen diese Art von Massnahme deshalb als **Festlegungsmassnahmen**.

10. Wie verhält es sich mit den «Befriedigungsmassnahmen»? Festlegungsmassnahmen ist die Wirkung der faktischen Befriedigung einer zivilrechtlichen Berechtigung begriffsimmanent; und eine die Befriedigung bewirkende Anordnung ist auch bei Vorliegen eines Erhaltungsinteresses immer dann zu treffen, falls sie sich *in casu* als das geeignetste Mittel zur Abwendung der konkreten Gefahr in Verzug erweist. Daher bildet Befriedigung keinen eigenständigen Massnahme*zweck*, den man dem Erhaltungs- oder Regelungs-

---

11 HABSCHEID, ZPR, 364 N 614 zählt die Leistungsbefehle zu den Regelungsmassnahmen.

12 Gl.A. für das deutsche Recht WALKER, 77 N 101; WIECZOREK/SCHÜTZE/THÜMMEL, § 935 Rdnr 23; für das österreichische Recht KÖNIG, 13 N 24, der eine einstweilige Verfügung «dritter Art» neben Sicherungs- und Regelungsverfügungen ablehnt.

zweck einer Massnahme gegenüberstellen könnte,[13] sondern ist *das Mittel,* um sofortiger Regelungsnotwendigkeit zu entsprechen, und *eines* der möglichen Mittel, um einem Erhaltungsinteresse zu entsprechen.[14] Befriedigung im Sinne von Erfüllungswirkung eignet sich demnach nicht als Merkmal für die Bildung einer *selbständigen* Massnahmekategorie.[15]

III. Beweissicherungsmassnahmen

11. Vorsorgliche Beweisaufnahme beugt drohendem Verlust eines Beweismittels vor.[16] Das Bundesgericht hat die Frage offengelassen, ob Beweissicherungsmassnahmen zu den «eigentlichen» vorsorglichen Massnahmen zählen; da sich Normen darüber in sämtlichen kantonalen Prozessordnungen befinden,[17] hält es eine umfassende bundesrechtliche Regelung für entbehrlich.[18]

Insofern als *der Beweis* eine prozessual unabdingbare Voraussetzung für die gerichtliche Durchsetzung bestrittener subjektiver Berechtigungen bildet, kann eine funktionale Verwandtschaft von Beweissicherungsmassnahmen mit den Schutzanordnungen, die *unmittelbarer* auf einen gefährdeten An-

---

13 KONECNY, 44.

14 ALDER bemängelt (125 in Anm. 404) zu Recht, dass der VERF. (Einfluss, 61 N 111) schrieb, der Inhalt einer vorsorglichen Massnahme sei stets als Rechtsfolge ein schwächeres *aliud* gegenüber derjenigen, auf die ein Gericht bei Vollbeweis eines Anspruchs zu erkennen hat. Das stimmt so nicht.

15 STEIN/JONAS/GRUNSKY, vor § 935 ZPO Rdnr 29a, halten die Beibehaltung einer Dreiteilung für unschädlich, sofern man keine konkreten Rechtsfolgen daraus ableitet. Das ist aber nicht richtig. Denn z.B. verwendet HOHL, réalisation, 180 N 559, für das schweizerische Recht zu klassifikatorischen Zwecken (a.a.O. 162 N 496) eine Dreiteilung mesures conservatoires – mesures de réglementation – mesures d'exécution, *und* zieht für die Kategorie der Befriedigungsmassnahmen separate beweisrechtliche Konsequenzen (a.a.O. 223 N 684). Das ist methodologisch durchaus vertretbar.

16 GULDENER, ZPR, 3. A., 576 f.: «Ist der Verlust eines Beweismittels zu befürchten, so kann die Beweisabnahme vorsorglich vor Erhebung der Klage und in jedem Stadium eines bereits angehobenen Prozesses erfolgen». Zum Zweck der Beweissicherung s. ZR 1978 Nr. 50 = SJZ 1978, 377 Nr. 75.

17 Nachweise bei VOGEL, ZPR, 258 N 41.

18 BGE 114 II 439. Mit MEIER, Grundlagen, 48 f., und gegen GULDENER, ZPR, 3. A., 576, zweifelt das Bundesgericht an der Zugehörigkeit zu den «eigentlichen vorsorglichen Massnahmen». MEIER schreibt a.a.O: «Das Institut der Beweissicherung hat zwar auch die Aufgabe, die Parteien von den nachteiligen Folgen der Prozessdauer zu befreien. Die Erfüllung dieser Aufgabe erfolgt jedoch nicht durch e. [= einstweiligen] Schutz von Rechtspositionen. Eine vorsorgliche Beweisaufnahme bedeutet keine partielle Rechtsverwirklichung.» Indes kümmert nicht eine in der Zukunft liegende Prozessdauer, sondern die Notwendigkeit, *sofort* bevorstehendem Beweisverlust vorzubeugen, damit die tatsächliche Möglichkeit Rechtsverwirklichung *überhaupt* erhalten werden kann. *Das* ist eine typische Aufgabe des einstweiligen Rechtsschutzes.

spruch gerichtet sind, nicht verleugnet werden. Die Institute der Beweissicherung und der vorsorglichen Massnahmen haben den Zweck der Abwehr von Gefahr in Verzug und den Beweismassstab der Glaubhaftmachung ihrer Notwendigkeit im konkreten Fall gemeinsam. Im Unterschied zu den hier interessierenden Massnahmearten ist die vorläufige Beweissicherung jedoch nicht *unmittelbare* Zivilrechtsanwendung.[19] Aus diesem Grund soll sie nicht in die weiteren Betrachtungen einbezogen werden.

IV. Zur Rechtsnatur der vorsorglichen Massnahmen

12. Die Bestimmung der Rechtsnatur der vorsorglichen Massnahmen im schweizerischen Zivilprozessrecht hat angesichts der Kompetenzaufteilung gemäss Art. 64 BV Konsequenzen bezüglich der Gesetzgebung. Das Bundesgericht hielt in **BGE 97 II 190 E. 2** fest:

> «Die Möglichkeit, nach Bundeszivilrecht zu klagen, gibt nicht allgemein von Bundesrechts wegen auch Anspruch darauf, vorsorgliche Massnahmen zum Schutze des geltend gemachten Anspruches zu verlangen. Das widerspräche dem zugunsten des kantonalen Verfahrensrechtes bestehenden Vorbehalt des Art. 64 Abs. 3 BV und dem Art. 1 ZGB. Wo das Bundesrecht ausnahmsweise ein Recht auf solche Massnahmen gewährt, sieht es sie ausdrücklich vor. Mangels einer bundesrechtlichen Regelung bestimmt ausschliesslich das kantonale Prozessrecht, ob und unter welchen Voraussetzungen ein einstweiliger Rechtsschutz möglich ist (BGE 56 II 323, 63 II 400).»

14. Jede kantonale Zivilprozessordnung sieht eine Regelung des Verfahrens zum Erlass einstweiliger Anordnungen vor;[20] ferner enthält das formelle Bundeszivilrecht in der Kodifikation ZGB/OR und den zahlreichen Nebengesetzen Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen. Der gesetzessystematische Befund gestattet aber noch keine Aussage über die «Zugehörigkeit» zum Privatrecht oder zum Verfahrensrecht. Eine Norm im formellen Bundeszivilrecht kann ohne kompetenzmässige Verfassungsverletzung eine prozedurale Funktion erfüllen,[21] wie auch eine dem Bundesrecht vorbehaltene Normierung durchaus in einer kantonalen Prozessordnung «stehen» darf, allerdings nur mit deskriptivem Geltungsanspruch. Formuliert man die

---

19 Es steht jedem Privatrechtssubjekt ein subjektiv-öffentliches Recht zu, das die Rechtspflegeinstanzen verpflichtet, formgültige Gesuche um vorläufige Beweissicherung entgegen zu nehmen und gesetzesgemäss zu behandeln (ähnlich dem «Klagerecht»; Einzelheiten vgl. BERTI, Einfluss, 51 ff.; materielles Recht, 19). Wie alles kantonale Prozessrecht dürfen die Beweissicherungsbestimmungen die praktische Durchsetzbarkeit des Bundeszivilrechts nicht übermässig erschweren.

20 Fundstellen bei VOGEL, ZPR 324 N 189.

21 So in Art. 28d ZGB mit dem Randtitel «Verfahren».

Frage nach der Rechtsnatur der vorsorglichen Massnahmen also dahingehend, ob es sich um ein zivilrechtliches oder ein prozessuales «Institut»[22] handle, ist mithin zu bedenken, dass prozessuale Modalitäten zum Teil von Bundesrechts wegen im kantonalen Verfahren mitgeregelt werden, wo die einheitliche Durchsetzung dies erfordert.[23]

15. Die Behandlung einer Rechtserscheinung als «Institut» kann indes verfänglich sein, denn man suggeriert damit eine Homogenität, die in Wirklichkeit nicht immer besteht. Zu betrachten ist deshalb zunächst die Rechtsnatur *des Inhaltes* der vorsorglichen Massnahmen. Das Zivilrecht[24] schreibt vor, auf welche Rechtsfolgen die Gerichte bei vollem Beweis der entsprechenden Tatbestandsvoraussetzungen zu erkennen haben. Jedes Zivilurteil in der Sache (Sachurteil) ist zunächst Feststellung einer Rechtslage.[25] Je nach Urteilstenor bleibt es bei der Feststellung, oder es ergeht darüber hinaus die Anordnung einer Leistung oder einer Rechtsgestaltung. Ist also das gerichtliche Sachurteil *Ergebnis eines Prozesses,* so ist sein zulässiger *Inhalt vom Zivilrecht beherrscht.*

16. Auch wo die zeitlichen Verhältnisse nur die Durchführung eines abgekürzten Zivilverfahrens mit reduzierter Beweisintensität gestatten, stellt sich wiederum die Frage, auf welche Rechtsfolgen erkannt werden darf. Bundeszivilrecht beantwortet sie in vielen Fällen ausdrücklich. Überlässt es die Antwort dort, wo es schweigt, kantonalem Prozessrecht?[26] Davon ging das Bundesgericht im Jahre 1979[27] in **BGE 103 II 5** offenbar aus:

---

22 Vorsicht ist in bezug auf das Wort «Institut» insofern am Platz, als die damit suggerierte Homogenität – zumindest was die Gesetzgebungskompetenz anbelangt – nicht besteht.

23 Zur von Art. 64 Abs. 3 BV *getragenen* «notwendigen» bundesrechtlichen Regelung im kantonalen Zivilprozess vgl. H. P. WALTER, EDELMANN, MEIER, Privatrecht, BERTI, Einfluss, alle *passim.*

24 Sei es Bundeszivilrecht, sei es (das viel weniger umfangreiche) vorbehaltene kantonale Zivilrecht.

25 RÖDIG, 82.

26 Dazu Bundesrichter WALTER in einem Vortrag am 22. Mai 1995 vor dem Basler Juristenverein, BJM 1995, 299: «Das positive Bundesrecht gibt in verschiedenen Gebieten ausdrücklich Anspruch auf vorsorglichen Rechtsschutz. Streitig ist, ob ein solcher Anspruch dem Bundesrecht begriffsimmanent und damit allgemein zu gewähren oder auf die Fälle ausdrücklicher Bereitstellung zu beschränken sei. Während mindestens die neuere Lehre überwiegend dem Grundsatz der Universalität zu huldigen scheint, zeigt das Bundesgericht sich hier für einmal föderalistisch und stellt bundesrechtlich nicht vorgesehene Massnahmen in die Regelungsbefugnis der Kantone.» WALTER wies auf BGE 114 II 435 hin. Kritisch zu diesem Entscheid im Sinne der im folgenden im Text dargelegten Auffassung VOGEL, ZBJV 1990, 313 ff.

27 Zu diesem Zeitpunkt war die Zulässigkeit der Grundbuchsperre als vorsorgliche Massnahme noch nicht im positiven Bundesprivatrecht verankert. Das ist heute in Art. 178 Abs. 3 ZGB der Fall.

«Nach Bundeszivilrecht bestimmt sich, ob für einen sich daraus ergebenden Anspruch Rechtsschutz zu gewähren ist. Das gilt grundsätzlich auch für den Erlass vorsorglicher Massnahmen vor der rechtskräftigen Erledigung eines Prozesses (GULDENER, Schweiz. Zivilprozessrecht, 2. Aufl., S. 384 f.), und zwar jedenfalls dann, wenn das Bundesrecht den Anspruch auf solche Massnahmen selber ausdrücklich regelt. Das ist hinsichtlich der vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsprozess der Fall. Art. 145 ZGB[28] schreibt vor, der Richter habe die für die Dauer des Prozesses nötigen vorsorglichen Massregeln, wie namentlich in bezug auf die Wohnung und den Unterhalt der Ehefrau, die güterrechtlichen Verhältnisse und die Versorgung der Kinder, zu treffen. Welches diese Massregeln im einzelnen sind, wird vom Gesetz im Unterschied zu Art. 169 ZGB (Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft)[29] offen gelassen (BGE 91 II 417 ff.). Insofern als sich die zu treffenden Massnahmen nicht unmittelbar aus dem Bundesrecht ergeben, was nur für einen Teil derselben zutrifft, ist es Sache des kantonalen Prozessrechts, die Formen und Mittel zu bestimmen, die dem Richter zur Verwirklichung des bundesrechtlichen Anspruchs zur Verfügung stehen (STRÄULI, a.a.O. [= ZSR 1971 I], S. 423; GULDENER, a.a.O. [= ZPR, 2. A.], S. 385). Soweit sich allerdings die vorsorglichen Massnahmen nicht darauf beschränken, einen bestehenden Zustand aufrecht zu erhalten, sondern für die Prozessdauer subjektive Privatrechte zu- oder aberkennen, bedürfen sie diesbezüglich einer Grundlage im Bundesprivatrecht (so GULDENER, Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, ZSR 1961 II S. 11/12). Das trifft indessen für die Grundbuchsperre nicht zu. Diese soll die Verfügung über ein subjektives Recht während der Prozessdauer verunmöglichen und so die Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes gewährleisten (STRÄULI, a.a.O., S. 424 ff.). Sie erweist sich daher als eine Massnahme des kantonalen Prozessrechts und nicht des Bundesprivatrechts.»

17. Diese Schlussfolgerung ist nicht zwingend. Vorzuziehen ist die Auffassung, bei der fraglichen Registersperre handle es sich zwar um eine *Massnahme der kantonalen Gerichte,* aber *gestützt auf das Bundesprivatrecht,* also um einen **Akt der Zivilrechtsanwendung**. Denn in Ermangelung ausdrücklicher privatrechtlicher Regelung müssen in richterlicher Rechtsfindung nach Art. 1 ZGB die dem Zivilrecht inhärenten Wertungen herangezogen werden, um die zulässigen Inhalte der vorsorglichen Massnahmen zu erschliessen. Diese Auffassung hat GULDENER[30] an anderer (in der soeben wiedergegebenen Erwägung des Bundesgerichts nicht zitierten) Stelle ausführlich begründet:[31]

---

28 In der Fassung vom 10. Dezember 1907.

29 Heute die seit 1. Januar 1988 in Kraft stehenden Art. 172 ff. ZGB in der Fassung gemäss BG vom 5. Oktober 1984.

30 Und auch sonst konsequent: vgl. Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. A., 384 f.; 3. A., 577: «Richtig betrachtet ist es eine Frage des materiellen Bundesrechts, inwiefern die Kantone den materiellen Ansprüchen, die im Bundesrecht begründet sind, Rechtsschutz zu gewähren haben. Das muss auch für den vorläufigen Rechtsschutz vor der rechtskräftigen Erledigung des Prozesses gelten. Richtig ist nur, dass die Formen, unter denen der vorläufige Rechtsschutz gewährt wird, durch das kantonale Zivilprozessrecht zu bestimmen sind.»
GULDENER hat sich mit BGE 103 II 1 ff., soweit ersichtlich, nicht auseinandergesetzt.

31 Bundesprivatrecht, 52 (Hervorhebungen hinzugefügt).

«Die Regelung solcher Verfügungen ist jedenfalls insoweit Sache des Bundes, als sie in der Zuerkennung oder Aberkennung privater Rechte bestehen. *Aber auch insofern*, als einstweilige Verfügungen Gebote und Verbote öffentlichrechtlicher Natur, insbesondere zur Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes zum Inhalt haben, kann, richtig betrachtet, nur der Bund berechtigt sein, darüber eine Ordnung zu treffen, *sofern sich die Rechtmässigkeit des bestehenden Zustandes nach Bundesrecht beurteilt*. Einstweilige Verfügungen müssen sofort erlassen werden, wenn sie ihren Zweck erreichen sollen; sie müssen daher der endgültigen Abklärung der Rechtslage vorgreifen, weshalb stets damit zu rechnen ist, dass sie mit dem wirklich bestehenden Rechtszustand in Widerspruch stehen. Deshalb wird im allgemeinen festgelegt, dass die Partei, welche eine einstweilige Verfügung erwirkt, zur Sicherheitsleistung für allfälligen Schaden des Gegners angehalten werden könne und für den Schaden ersatzpflichtig sei, wenn sich die einstweilige Verfügung als materiell unberechtigt erweist. *Das kantonale Recht kann nicht berechtigt sein, den Gerichten zu gestatten, auch nur vorläufige Anordnungen zu treffen, bei denen in Kauf genommen werden muss, dass sie mit dem Bundesprivatrecht in Widerspruch stehen.* Inwiefern die Bundesprivatrechtsordnung Raum lässt für eine vorübergehende, von ihr möglicherweise abweichende Regelung von Rechtsverhältnissen zur einstweiligen Aufrechterhaltung des Rechtsfriedens, kann ihr nur selbst entnommen werden. Die Frage der Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen beurteilt sich daher nach (geschriebenem oder ungeschriebenem) Bundesrecht.»

18. *Diese* Konzeption, wonach sämtliche Ansprüche des einstweiligen Rechtsschutzes im schweizerischen Zivilprozess der jeweils anwendbaren Zivilrechtsordnung[32] zu entnehmen sind, liegt dem vorliegenden Referat zugrunde.[33] Das Bundesgericht teilt sie insofern, als vorsorgliche Massnahmen «für die Prozessdauer subjektive Privatrechte zu- oder aberkennen»;[34] es stellt aber diesen Fall demjenigen gegenüber, wo «die Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes» zu gewährleisten ist.[35] Eine solche Unterscheidung macht indes nur Sinn, wenn es möglich ist, einen bestehenden Zustand aufrechtzuerhalten, ohne dabei subjektive Privatrechte zu beschneiden. Das ist aus folgenden Gründen aber nicht möglich:

19. Die **Figur des subjektiven Privatrechtes** ist ein *dogmatischer Oberbegriff* zur Erfassung der mannigfaltigen Berechtigungen, die das Zivilrecht den Privatrechtssubjekten verleiht.[36] Jedes subjektive Recht bedeutet eine Rechtsstellung des Berechtigten,[37] die diesem einen normativen Vorteil ge-

32 D.h. je nach Lage des Falles entweder materiellem Bundeszivilrecht (auch dort wo seine Normen formell – wie der Fall der Arrestbestimmungen der Art. 271 ff. SchKG – in einem nicht privatrechtlichen Erlass enthalten sind) oder vorbehaltenem kantonalen Zivilrecht oder einem gemäss IPRG anwendbaren ausländischen Zivilrecht.

33 Gl.A. GREINER JAMETTI, 671, HOHL, réalisation, 173 N 534 f., VOGEL, ZPR, 328 N 205, WALDER-RICHLI, ZPR, 360 N 13, WALTER, Rechtsschutz, 662.

34 Das sind alle Befriedigungsmassnahmen.

35 BGE 103 II 5. Umstritten ist also einzig die Rechtsgrundlage der Erhaltungsmassnahmen.

36 Vgl. dazu statt vieler PORTMANN, 4 N 2.

37 PORTMANN, 28–30, N 41–44.

währt[38] und Ausnahmecharakter hat.[39] Der normative Vorteil kann darin bestehen, dass dem Berechtigten etwas geschuldet ist,[40] dass er etwas darf,[41] oder dass er eine rechtliche Wirkung herbeiführen kann,[42] oder aber in einer Kumulation dieser Formen.[43] Das Strukturprinzip des subjektiven Rechts ist das *individuelle Privileg*.[44]

20. Ohne bereits hier auf die verschiedenen zulässigen inhaltlichen Ausgestaltungen vorsorglicher Massnahmen einzutreten, lässt sich festhalten, dass sie allesamt gebieten, verbieten oder ermächtigen, etwas zu tun, zu dulden oder zu unterlassen. Damit wird – als logischer Umkehrschluss – jedwelche subjektive Berechtigung des Adressaten, sich anders als befohlen zu verhalten, aberkannt,[45] und eben *dafür* bedarf es, nach der zutreffenden Prämisse des Bundesgerichts,[46] einer **Grundlage im materiellen Zivilrecht**. Nicht anders verhält es sich bezüglich der Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes; eine Partei hat nicht schon deshalb ein Recht auf dessen Erhaltung, weil sie als Gesuchstellerin auftritt:[47]

> «[...] die blosse Tatsache der erfolgten Zivil- oder Strafklage [ist] ja an und für sich nicht geeignet [...], die Unterlassungsansprüche des Patentinhabers eher glaubhaft zu machen und für die zu erlassende vorsorgliche Massnahme eine bessere Grundlage zu schaffen, als die Darlegungen, mit welchen dieser vor dem kantonalen summarischen Richter sein Begehren zu rechtfertigen hat.»

Deshalb ist eine den *status quo* wahrende Massnahme nur gerechtfertigt, wenn ihr eine spezifische Zustandsänderung einen **nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil** zu verursachen droht.[48] Weil die einem solchen

---

38 Der sich nicht mit einem faktischen Vorteil decken muss: PORTMANN, 30–41, N 45–64.

39 Was jeder darf, ist kein subjektives Recht Einzelner: PORTMANN, 41–43, N 65–67.

40 PORTMANN, 32–33, N 49–50.

41 PORTMANN, 33–37, N 51–57.

42 Durch Ausübung eines Gestaltungsrechts. PORTMANN, 37–39, N 58–60.

43 PORTMANN, 57 N 93.

44 PORTMANN, 44 N 70.

45 Das wollen HASENBÖHLER, Verfügung, 22 und ihm folgend GLOOR, 35 und Anm. 16, nicht anerkennen. Aber dass ein «öffentlich-rechtliches Verfügungsverbot» den Bestand einer subjektiven Berechtigung nicht beruht, trifft nicht zu. Das Verbot will offensichtlich die Ausübung der Berechtigung verhindern, und die Frage ist, ob es dies darf. Nach der hier vertretenen Auffassung kann sich dies nur nach privatrechtlicher Wertung entscheiden.

46 BGE 103 II 5.

47 BGE 56 II 324/5.

48 Folgende Bestimmungen (alle bezeichnenderweise neueren Datums) lassen dieses Abhängigkeitsverhältnis erkennen: Art. 367 lit. b FR («pour écarter la menace d'un dommage difficile à réparer, notamment le dommage résultant de la modification, avant ou après la litispendance, de l'état de choses existant»), § 227 Abs. 1 LU («zur Abwehr eines drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils, insbesondere zur Aufrechterhaltung eines bestehenden Zustandes»); Art. 224 Z. b UR («zur Aufrechterhaltung des tatsächlichen Zustandes vor Anhängigmachung eines Rechtstreites, soweit eine Partei hieran ein rechts-

Nachteil vorbeugende Massnahme nicht umhinkommt, ein subjektives Recht der Gesuchsgegnerin vorläufig zu- oder abzuerkennen,[49] bedarf sie des Nachweises eines Verfügungsanspruches als Rechtfertigung dafür, weshalb der bisherige Zustand geschützt und nicht eher die von der Gegnerin angestrebte Änderung freigestellt werden soll.[50]

21. ALDER[51] räumt ein, dass diese materiellrechtliche Theorie «aus dogmatischer» Sicht zu befürworten wäre. Sie strapaziere aber den Auslegungsbegriff «etwas arg». Das tut aber *erst recht* die Zuweisung der Bestimmung der Massnahmeinhalte zum Prozessrecht, das ebensowenig wie das Zivilrecht detaillierte Regelungen für die mannigfaltigen erdenklichen Varianten bereithält, und zudem auch nicht dafür gedacht ist.

V. Zusammenfassung

22. *Alle* in einem schweizerischen Zivilverfahren erlassenen vorsorglichen Massnahmen bedürfen hinsichtlich ihres Inhaltes einer Grundlage im jeweils anwendbaren Zivilrecht. Lässt sich eine einstweilig anzuordnende Rechtsfolge nicht explizit dem Gesetz entnehmen, so obliegt es dem Gericht bei erstellter Rechtsgefährdung in richterlicher Rechtsfindung gemäss Art. 1 ZGB festzustellen, ob[52] dem Zivilrecht ein Schutzanspruch entnommen werden kann, und, wenn ja, diesen einer vorsorglichen Massnahme zugrundezulegen. Wegleitend sind dabei die Wertungen, die bei der gesamten Regelung der jeweiligen Berechtigung konkreten Ausdruck gefunden haben.

Zivilrechtliche Folgen bilden nicht Regelungsgegenstand kantonaler Verfahrensordnungen. Was dort zum Erlass vorsorglicher Massnahmen gesagt werden darf, beschränkt sich auf jene prozessualen Modalitäten, auf deren

---

genügliches Interesse darzutun vermag»); § 110 Abs. 1 ZH und § 222 Z. 3 ZH («zur Abwehr eines drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils, besonders durch Veränderung des bestehenden Zustandes»); Art. 276 Abs. 2 lit. c TI: «per impedire un danno che minaccia di prodursi e per la conservazione in genere dell'oggetto della lite e dello stato di fatto esistente».

49 Gl.M. EDELMANN, 256 mit dem Beispiel des Verbots, eine Sache während der Dauer des Prozesses zu verkaufen.

50 Hauptsacheprognose, dazu unten, N **96**.

51 125 Amn. 408.

52 Es soll zwar nicht behauptet werden, die Zivilrechtsordnung sehe in *jedem* Fall einen einstweiligen Rechtsschutzanspruch vor; aber bei akuter Gefährdung ist der Realverwirklichungswille des Zivilrechts Ausfluss eines verfassungsrechtlichen Gebots (vgl. oben Anm. 1 und 4), dem nicht mit oberflächlichen positivistischen Argumenten zu begegnen ist.

Festsetzung das Bundesrecht verzichtet. Mit Bundesrecht hier gemeint ist das Bundeszivilrecht und die zu dessen Durchsetzung notwendigen Normen, die kantonales Verfahrensrecht verdrängen. Es verbleibt also der rein verfahrensrechtliche Regelungsbereich.

§ 2 *Materielle Voraussetzungen und Inhalt vorsorglicher Massnahmen*

> Ungeachtet der Beliebtheit und der Häufigkeit des vorsorglichen Rechtsschutzes zeigen sich in Lehre und Rechtsprechung grosse Unsicherheiten auf diesem Rechtsgebiet. [Es] machen sich [...] noch mehr als in anderen Teilen des Prozessrechts wenig reflektierte Dogmen breit, welche der weiterführenden Diskussion im Wege stehen.
>
> Oscar VOGEL, SJZ 80 (1984) 135

I. Überblick

23. Für die Rechtssubjekte setzt die Erhältlichkeit vorsorglichen Rechtsschutzes die kurzfristige Beanspruchung gerichtlicher Kognition voraus. Mit der knappen Ressource «richterliche Erkenntnistätigkeit» ist haushälterisch umzugehen, weshalb ein Eilverfahren nur Parteien offensteht, die ein genügendes Rechtsschutzinteresse aufweisen. Dieses findet seinen Ausdruck im «Verfügungsgrund» oder (synonym) im «Massnahmeinteresse», d.h. in der Konkretisierung, im Einzelfall, der allen Massnahmesituationen auszeichnenden **Gefahr im Verzug** (II.A.).

24. Zudem muss die Gesuchstellerin den *Bestand* einer Berechtigung, den Gegenstand ihres Schutzgesuches bildenden «Verfügungsanspruch», glaubhaft machen (II.B.). Verfügungsgrund und Verfügungsanspruch sind die zwei unerlässlichen materiellen Voraussetzungen für Erlass und Weiterbestand einer vorsorglichen Massnahme.

25. Der Wortlaut von Art. 28c Abs. 1 ZGB setzt für den einstweiligen Schutz gegen Persönlichkeitsverletzungen diese zwei Voraussetzungen exemplarisch fest:

> «Wer *glaubhaft macht* [53], dass er in seiner *Persönlichkeit* [54] widerrechtlich verletzt ist oder eine solche Verletzung befürchten muss und dass ihm aus der Verletzung *ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil* droht[55], kann die Anordnung *vorsorglicher Massnahmen*[56] verlangen.»

---

53 = Beweismass. Vgl. unten N **78**.

54 = die den Anspruchsgrund abgebende Berechtigung. Vgl. unten N **38 ff.**

55 = Verfügungsgrund/Massnahmeinteresse. Vgl. unten **27** ff. Dazu BGE 116 Ia 447 E. 2 zu Art. 53 Abs. 1 URG: «Der Nachteil ist hier Anspruchsvoraussetzung. Fehlt er, ist das Begehren abzuweisen».

56 = einstweilige bundeszivilrechtliche Schutzanordnungen. Vgl. unten **42 ff.**

Kraft Verweisungen in Spezialgesetzen bilden die Art. 28c–e ZGB auch die Rechtsgrundlage für Schutzmassnahmen im Immaterialgüterrecht.[57] Deren Normen bilden heute wegen ihrer Grundsätzlichkeit und Tragweite sozusagen den *allgemeinen Teil* des bundeszivilrechtlichen einstweiligen Rechtsschutzes.

26. Verdeutlicht Art. 28c ZGB, *was* die Gesuchstellerin im Massnahmeverfahren glaubhaft machen muss, so gibt Art. 28c Abs. 2 Ziff. 1 ZGB den möglichen *Inhalt* der Massnahmen an: Das Gericht kann «insbesondere die Verletzung vorsorglich verbieten oder beseitigen».[58] Die Entscheidung über den Inhalt kann praktisch aber erst erfolgen, wenn Verfügungsgrund und -anspruch feststehen (III.).

II. Materielle Voraussetzungen vorsorglicher Massnahmen

A. Massnahmeinteresse (Verfügungsgrund)

1. Funktion des Massnahmeinteresses

27. Nur ein genügendes Massnahmeinteresse rechtfertigt eine sofortige, strukturell abgekürzte, verfahrensmässige Behandlung eines Rechtsschutzgesuchs.[59] Ein solches ist zu bejahen, wenn die von der Gesuchstellerin glaubhaft vorgetragenen Tatsachen die Annahme einer **Gefahr im Verzug** erhärten, auf deren Beseitigung sie *nach zivilrechtlicher Wertung* Anspruch hat, damit im konkreten Fall ihr Realverwirklichungsanspruch nicht vereitelt wird. Schutzgegenstand ist entweder das Interesse der Gesuchstellerin an der Erhaltung der Möglichkeit der Realverwirklichung oder an der zeitgerechten interimistischen Befriedigung einer subjektiven Berechtigung.

---

57 Art. 17 Abs. 2 KG; Art. 14 UWG; Art 65 Abs. 4 URG; Art. 15 Abs. 1 DSG; Art. 59 Abs. 4 MSchG. Art. 10 Abs. 1 ToG verweist indirekt darauf über Art. 61–66 URG.

58 Ferner kann das Gericht die notwendigen Massnahmen ergreifen, um Beweise zu sichern. Art. 59 Abs. 2 MSchG sieht ergänzend vor, dass das Gericht «Massnahmen zur Beweissicherung, zur Ermittlung der Herkunft widerrechtlich mit der Marke oder der Herkunftsangabe versehener Gegenstände, zur Wahrung des bestehenden Zustandes oder zur vorläufigen Vollstreckung von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche» anordnen kann.

59 Das Massnahmeinteresse (= der Verfügungsgrund) erfüllt eine *ähnliche* Funktion wie das Rechtsschutzinteresse im ordentlichen Zivilverfahren (BAUR, 77; zum Rechtsschutzinteresse statt vieler KUMMER, Klagerecht, 28). Umstritten ist, ob der Verfügungsgrund Zulässigkeits- oder Begründetheitsvoraussetzung bildet (vgl. WIECZOREK/SCHÜTZE/THÜMMEL, § 917 ZPO N 2 m.w.H.). Die Frage ist praktisch wohl müssig: Fehlt der Verfügungsgrund, darf jedenfalls keine Massnahme erlassen werden.

2. *Rechtsquellen des Massnahmeinteresses*

28. Sowohl das Bundeszivilrecht wie auch die kantonalen Zivilprozessordnungen enthalten Bestimmungen über den Verfügungsgrund. Wegen der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 2 ÜBest. BV) dürfen die Kantone nicht mehr tun, als die bundeszivilrechtlichen Vorgaben[60] nachzeichnen.[61] Das ist heute gewährleistet:[62]

> «Folgt man der Auffassung, der vorsorgliche Rechtsschutz gehöre dem materiellen Bundesrecht an, so bestimmen sich ausser dem Anwendungsbereich auch die Voraussetzungen nach – zur Hauptsache ungeschriebenem – Bundesrecht. *Sie können jedoch mit denselben Begriffen umschrieben werden, welche in den meisten kantonalen Rechten und auch von der Bundeszivilprozessordnung verwendet werden.*»

3. *Inhalt des Massnahmeinteresses*

29. Das Begriffspaar **Erhaltungsinteresse** und **Regelungsnotwendigkeit** bezeichnet die zwei Grundformen von Gefahr im Verzug und bildet die *summa divisio* der systematischen Einteilung des Massnahmeinteresses:

30. Ein **Erhaltungsinteresse** entsteht, wenn die tatsächliche Möglichkeit der Realverwirklichung einer subjektiven Berechtigung erheblich gefährdet ist und dadurch ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht;[63]

31. Eine **Regelungsnotwendigkeit**[64] entsteht in den gesetzlich[65] vorgesehenen Fällen in bezug auf ein im Umbruch befindliches Rechtsverhältnis, dessen Beteiligten sich über einen *modus vivendi* nicht einigen können. Der gegenwärtige Bestand des Rechtsverhältnis *als solches* wird meist unstrittig

---

60 Vgl. BGE 116 II 351 E. 3a; dazu Bundesrichter WALTER in BJM 1995, 290: «Mithin muss auch das Bundesrecht bestimmen, welche seiner Ansprüche und unter welchen Bedingungen sie justizmässig zu gewährleisten sind. Es regelt folglich die Prozessvoraussetzung des Rechtsschutzinteresses in seinem Anwendungsbereich abschliessend.» Das muss auch für den vorsorglichen Rechtsschutz gelten.

61 Dass das Massnahmeinteresse nur deklaratorisch in den kantonalen Zivilprozessordnungen geregelt werden darf, ist keine Einzelerscheinung; die kantonalen Bestimmungen, die an das Erfordernis eines Feststellungsinteresses für die Feststellungsklage erinnern (z.B. § 59 Abs. 1 ZPO ZH), sind seit BGE 110 II 352 ff. ebenfalls nur noch deklaratorisch.

62 VOGEL, Probleme 95 r.Sp. (Hervorhebung hinzugefügt).

63 Das *Erhaltungsmotif* wird betont im französischen Ausdruck «mesures conservatoires».

64 Die Regelungsnotwendigkeit versteht sich hier ausdrücklich als «Regelungsinteresse». Der Terminus mit «Notwendigkeit» wird vorgezogen, um die zwei Ausprägungen von Massnahmeinteresse sprachlich prägnanter voneinander abzugrenzen.

65 Das Gesetz kann geschrieben oder ungeschrieben sein. Stets ist Art. 1 ZGB vor Auge zu halten.

sein;[66] unklar ist aber, was aus ihm werden soll und welche Rechtsfolgen gelten, bis darüber Klarheit erlangt worden ist. Sind die im Hinblick darauf festgesetzten Rechtsfolgen ihrerseits in ihrer Realverwirklichung bedroht, so kann in bezug auf diese ein *Erhaltungsinteresse* der Berechtigten entstehen.

4. *Das Massnahmeinteresse in den kantonalen Prozessgesetzen*

32. In den Zivilprozessordnungen der Kantone ist das Massnahmeinteresse sprachlich vielfältig formuliert; *sämtliche* Verfügungsgründe lassen sich aber normativ unter eine der soeben erörterten zwei **Grundkategorien von Massnahmeinteresse** einordnen, wie die folgenden Textauszüge belegen:

> *§ 222 Z. 3 ZPO Zürich*[67]
> «Das Befehlsverfahren vor dem Einzelrichter im summarischen Verfahren ist zulässig: [...]
> 3. zur Abwehr eines drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils, besonders durch Veränderung des bestehenden Zustandes, falls diese Voraussetzungen glaubhaft gemacht werden und der Prozess noch nicht rechtshängig ist.»
>
> *Art 326 ZPO Bern*
> [Der Richter kann eine einstweilige Verfügung treffen]
> «1. wider wesentliche Veränderungen oder Veräusserungen der Streitsache nach Einreichung der Klage [...];
> 2. zum Schutze eines bedrohten Besitzzustandes sowie zur Wiedererlangung eines widerrechtlich entzogenen oder vorenthaltenen Besitzes;
> 3. zum Schutze von anderen als auf Geld- oder Sicherheitsleistung gerichteten, fälligen Rechtsansprüchen, wenn nicht bei sofortiger Erfüllung
> a. ihre Vereitelung oder eine wesentliche Erschwerung ihrer Befriedigung zu befürchten ist,
> b. dem Berechtigten ein erheblicher oder nicht leicht zu ersetzender Schaden oder Nachteil droht.»
>
> *§ 227 Abs 1 ZPO Luzern*
> [Der Richter ordnet vorsorgliche Massnahmen an]
> «[...] zur Abwehr eines drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils, insbesondere zur Aufrechterhaltung eines bestehenden Zustandes, vor Beginn oder während eines Prozesses [...]»
>
> *Art. 224 ZPO Uri*
> [Das Befehlsverfahren kann angerufen werden]
> «[...]
> b. zur Aufrechterhaltung des tatsächlichen Zustandes vor Anhängigmachung eines Rechtsstreites, soweit eine Partei hieran ein rechtsgenügliches Interesse darzutun vermag;

---

66 Bei der Scheidungsklage wird das Bestehen der Ehe, bei Auflösungsklage das Bestehen der Gesellschaft kaum strittig sein, obwohl hinterher die Feststellung von Nichtigkeit nicht undenkbar ist.

67 Ähnlich bei bereits hängigem Verfahren § 110 Abs. 1 ZH.

c. zur Erhaltung des tatsächlichen Zustandes gegen versuchte oder drohende unerlaubte Selbsthilfe;
d. gegen eigenmächtige Eingriffe und Störungen, insbesondere zum Schutze des Besitzes, soweit damit keine Schadenersatzforderung verbunden ist (vgl. Art. 927 ff. ZGB);
[...].»

Schwyz
Wie *Zürich*[68]

Art. 243 lit. c ZPO Obwalden
«Das Befehlsverfahren ist zulässig: [...]
c) zum Erlass vorsorglicher Massnahmen, die vor Anhebung oder während eines Rechtsstreites zur Abwendung drohenden Schadens notwendig sind, und sofern diese Voraussetzungen glaubhaft gemacht sind.»

§ 194 Abs. 1 ZPO Nidwalden
«In den Fällen, in denen einer Person ein nicht leicht zu ersetzender Schaden bevorsteht [wird eine einstweilige Verfügung erlassen.]»

Art. 282 Z. 3 ZPO Glarus
[Das Befehlsverfahren bezweckt]
«die Erhaltung oder Wiederherstellung des tatsächlichen Zustandes, wie er vor Selbsthilfe oder anderen eigenmächtigen Eingriffen und Störungen war»

§ 129 Z. 1–4 ZPO Zug
«Auf Begehren einer Partei und sofern die Berechtigung der Verfügung glaubhaft gemacht wird, kann der Gerichtspräsident Verfügungen treffen, die dazu dienen:
1. den bestehenden Zustand gegen unerlaubte Selbsthilfe oder eigenmächtige Eingriffe und Störungen zu schützen;
2. den gutgläubigen Besitz, sei er bereits verloren gegangen oder werde er erst bedroht, aufrechtzuerhalten;
3. andere als auf Geld oder Sicherheitsleistung gerichtete fällige Rechtsansprüche zu schützen, wenn bei nicht sofortiger Erfüllung ihre Vereitelung oder eine wesentliche Erschwerung ihrer Befriedigung zu befürchten ist oder dem Berechtigten ein erheblicher, nicht leicht zu ersetzender Schaden oder Nachteil droht;
4. den tatsächlichen Zustand bei oder nach Anhängigmachung eines Prozesses aufrechtzuerhalten [...]»

Art. 367 ZPO Fribourg
«Le juge ordonne, sur requête, des mesures provisionnelles:
a) pour protéger le possesseur contre tout acte d'usurpation ou de trouble et faire rentrer une partie en possession d'une chose indûment retenue;
b) pour écarter la menace d'un dommage difficile à réparer, notamment le dommage résultant de la modification, avant ou après la litispendance, de l'état de choses existant;
c) pour régler provisoirement, pendant le procès, les rapports réciproques des parties;
d) dans les autres cas prévus par la loi.»

68 §§ 99 Abs. 1 und 176 Abs. 3 SZ.

§ 255 ZPO Solothurn
«Der Gerichtspräsident trifft [...] einstweilige Verfügungen: [...]
b) gegen wesentliche Veränderung oder Veräusserung des Streitgegenstandes nach Einreichung der Klage;
c) zum Schutz des Besitzes gegen verbotene Eigenmacht und widerrechtliche Vorenthaltung;
d) zum Schutz von anderen als auf Geld- oder Sicherheitsleistung gerichteten fälligen Rechtsansprüchen, wenn bei nicht sofortiger Erfüllung dem Berechtigten ein erheblicher, nicht leicht zu ersetzender Schaden droht.»

§ 259 Abs. 1 und 2 ZPO Basel-Stadt
«(1) Der von verbotener Eigenmacht betroffene oder bedrohte Besitzer einer Sache kann zu seinem Schutz beim Richter vorläufige Wiederherstellung seines Besitzes und ein Verbot der Besitzesstörung verlangen. Wer einen rechtlichen Anspruch auf Übertragung von Sachbesitz hat, kann beim Richter die vorläufige Besitzeinweisung verlangen, wenn ihm durch begründete Vorenthaltung des Besitzes erheblicher und schwer ersetzbarer Nachteil droht.
(2) Wer durch das vertragswidrige Verhalten eines anderen oder dadurch, dass ein anderer eine rechtswidrige Handlung vornimmt oder beabsichtigt oder eine Handlung, zu der er rechtlich verpflichtet ist, unterlässt, einen erheblichen und schwer ersetzbaren Nachteil zu gewärtigen hat, kann beim Richter den Erlass einer ihn schützenden, vorsorglichen Verfügung verlangen.»

§ 240 ZPO Basel-Landschaft
«Eine provisorische Verfügung wird in dem Falle erlassen, wenn Gefahr vorhanden ist, dass ohne schnelle richterliche Hilfe einer Partei durch eine widerrechtliche Handlung oder Unterlassung des Gegners ein erheblicher Schaden, wie z.B. durch nachteilige Veränderung einer Sache, zugefügt würde. [...]»

Art. 297 Z. 2–4 ZPO Schaffhausen
«Das Befehlsverfahren dient im besonderen zur: [...]
2. Erhaltung des bestehenden Zustandes oder zur Abwehr eines drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils vor Anhängigmachung eines Rechtsstreites (vorsorgliche Massnahmen);
3. Erhaltung des tatsächlichen Zustandes gegen versuchte oder drohende unerlaubte Selbsthilfe oder sonstige eigenmächtige Eingriffe oder Veränderungen, namentlich zum Schutz des Besitzes;
4. Wiedererlangung des verlorenen redlichen Besitzes; [...]»

Art. 247 Abs. 1 Z. 2–4 ZPO Appenzell Innerrhoden
«Im Befehlsverfahren können erlassen werden: [...]
2. Amtsbefehle zur Erhaltung des tatsächlichen Zustandes gegen versuchte oder drohende unerlaubte Selbsthilfe oder gegen sonstige eigenmächtige Eingriffe und Störungen, insbesondere zum Schutze des Besitzes und zur Wiedererlangung verlorenen Besitzes (Art. 927 ff. ZGB);
3. vorsorgliche Verfügungen zur Erhaltung des bestehenden Zustandes oder zu vorläufigen Anordnungen, die vor Anhebung oder während eines Rechtsstreites notwendig sind, um einer Partei die Möglichkeit der Rechtsverfolgung zu sichern oder sie vor einem, insbesondere durch Veränderung des bestehenden Zustandes, drohenden und nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil zu bewahren;
4. vorsorgliche Verfügungen über die Hinterlegung der Entbindungskosten und Unterhaltsbeiträge bei ausserehelicher Vaterschaft gemäss Art. 281 ff. ZGB.»

Art. 231 Z. 2–3 ZPO Appenzell Ausserrhoden
«Das summarische Befehlsverfahren [...] ist zulässig: [...]
2. zur Erhaltung des bestehenden Zustandes oder zu andern vorläufigen Anordnungen, die notwendig sind, um einer Partei vor oder während des Prozesses die Rechtsverfolgung zu sichern;
3. im Besitzesschutzverfahren nach Art. 926 ff. ZGB; [...]»

Art. 198 ZPO St. Gallen
«Der Richter verfügt vorsorgliche Massnahmen, wenn:
a) glaubhaft gemacht wird, dass sie zur Abwehr eines drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils, namentlich zur Erhaltung eines tatsächlichen Zustandes, vor Beginn oder während des Prozesses notwendig sind;
b) ein gesetzlicher Anspruch besteht. Unter diese Bestimmung fallen insbesondere:
1. vorsorgliche Massregeln nach Anhängigmachen der Ehescheidungs-, der Ehetrennungs- und der Unterhaltsklage;
2. die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts.»

Art. 52 Abs. 2 ZPO Graubünden
«[...]
(2) Nach Eintritt der Streitanhängigkeit erlässt der Einzelrichter [...] die erforderlichen geeigneten Massnahmen zur vorsorglichen Regelung der Verhältnisse oder zur Sicherstellung der Streitsache, zur Erhaltung ihres Wertes und ihrer Nutzungen sowie der vorhandenen Sachlage, wenn glaubhaft gemacht wird, dass sonst einer Partei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht.»

Art. 147 Abs. 1 ZPO Graubünden
«(1) Im Befehlsverfahren können vorsorgliche Massnahmen getroffen werden:
1. zur Sicherung streitiger dinglicher Rechte;
2. zum Schutze von anderen als auch Geld- oder Sicherheitsleistung gerichteten fälligen Rechtsansprüchen, wenn
- ihre Vereitelung oder eine wesentliche Erschwerung ihrer Befriedigung zu befürchten ist,
- dem Berechtigten ein erheblicher oder nicht leicht zu ersetzender Schaden oder Nachteil droht.»

§ 302 Abs. 1 ZPO Aargau
«Vorsorgliche Verfügungen (vorsorgliche Massnahmen, [...]) können auf Gesuch einer Partei getroffen werden
a) zum Schutze des Besitzes gegen Störung und Entzug durch verbotene Eigenmacht,
b) zur Aufrechterhaltung eines tatsächlichen Zustandes oder zur Abwehr eines drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils.»

§ 176 Abs. 1 ZPO Thurgau
«Der Gerichtspräsident trifft die geeigneten vorsorglichen Massnahmen, sofern glaubhaft gemacht wird, einer Partei drohe ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil, besonders durch Veränderung der bestehenden tatsächlichen Verhältnisse.»

Art. 376 ZPO *Tessin*[69]
«Il giudice ordina, anche prima dell'introduzione dell'azione, su istanza di parte, provvedimenti cautelari idonei, quando vi è fondato motivo di temere che dal ritardo a procedere nelle vie ordinarie potrebbe derivare un danno considerevole.

69 Hinweise zur reichen Kasuistik bei COCCHI/TREZZINI, 431 ff.

Provvedimenti cautelari possono essere ordinati in particolare:
a) nelle azioni possessorie;
b) per impedire un danno che minaccia di prodursi;
c) per la conservazione in genere dell'oggetto della lite e dello stato di fatto esistente;
d) per prestazioni di alimenti e per misure provvisionali come all'art. 145 CCS, dopo presentazione dell'istanza [...]»

Art. 101 ZPO Waadt
«Des mesures provisionnelles peuvent être ordonées en tout état de cause, même avant l'ouverture de l'action:
1. en cas d'urgence:
a) pour protéger le possesseur dans ses droits;
b) pour prévenir tout changement à l'objet litigieux;
c) pour écarter la menace d'un dommage difficile à réparer;
2. même sans urgence, dans les cas prévus par la loi civile.»

Art. 345 Abs. 1 ZPO Wallis
«Outre les cas expressément prévus par la loi, le juge peut ordonner des mesures provisionnelles, lorsqu'il est à craindre que, sans sa prompte intervention, une partie ne subisse un dommage sérieux.»

Art. 121 ZPO Neuenburg
«A la requête d'une partie, des mesures provisoires peuvent être ordonnés en tout état de cause, même avant l'introduction de la demande:
1. dans les cas prévus par le droit fédéral;
2. en cas d'urgence:
a) pour maintenir l'état de fait existant;
b) pour assurer l'exécution du jugement à rendre;
c) pour prévenir un dommage grave, difficile à réparer.»

Art. 324 ZPO Genf
«(1) Le juge peut ordonner les mesures conservatoires ou provisionnelles prévues par les lois fédérales et cantonales.
(2) Il peut autoriser toute aute mesure justifiée par les circonstances et l'urgence destinée notamment à:
a) prévenir tout changement à l'état de l'objet litigieux ou empêcher qu'on ne l'aliène;
b) obtenir la reddition de comptes lorsque le droit du requérant est évident ou reconnu;
c) protéger le réquérant d'un dommage difficile à réparer;
d) éviter qu'une partie ou un tiers ne rende vaine l'exécution d'un jugement.»

Jura
Wie *Bern*[70]

33. *Alle* diese gesetzlichen Umschreibungen lassen sich auf die bundeszivilrechtlichen Grundvorgaben bezüglich Massnahmeinteresse *reduzieren;* diese zielen entweder auf die Erhaltung der tatsächlichen Möglichkeit der Realverwirklichung einer Berechtigung oder der Behebung sofortiger Regelungsnotwendigkeit ab.

70 Vgl. Art. 327 JU.

5. *Die einzelnen Erscheinungsformen des Massnahmeinteresses*

a. Nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil

34. Ein Erhaltungsinteresse setzt einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil voraus. Das damit Gemeinte wird im französischen «préjudice difficilement réparable» und im italienischen «pregiudizio difficilmente riparabile»[71] bildhaft zum Ausdruck gebracht: Ein Verhalten, das (oft längst) vor Erlass eines *judicium*[72] zu bewirken geeignet ist, dass ein von der gesetzlich gewollten Realverwirklichung einer Berechtigung abweichender, nicht leicht zu behebender Zustand entsteht.

35. Ob solches Verhalten *tatsächlich* zu befürchten ist, hängt nicht von den subjektiven Vorstellungen der Gesuchstellerin,[73] sondern von objektivierten Massstäben ab.[74] Die Massnahmeinstanz darf nicht mehr als die Glaubhaftmachung einer Gefährdung verlangen:[75]

> «Allerdings ist es Sache der solche Sicherungsmassnahmen[76] begehrenden Ehefrau, glaubhaft darzulegen, dass eine ernsthafte und aktuelle Gefährdung vorliege. Der Richter darf keinen strikten Beweis verlangen, wie das der Appellationshof zu tun scheint, sondern er hat sich im summarischen Verfahren mit der blossen Glaubhaftmachung einer Gefährdung zu begnügen (HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N 8 zu Art. 178 mit Verweisungen). Die Gefährdung muss aufgrund objektiver Anhaltspunkte als wahrscheinlich erscheinen, und zwar in nächster Zukunft (HAUSHEER/REUSSER/GEISER, a.a.O., N 8).»

36. Gegen ihren Willen darf eine Gesuchstellerin nicht auf Ausgleichsansprüche verwiesen werden, soweit das Zivilrecht ihr einen **Realerfüllungsanspruch** gewährt. Denn die wirksame Geltendmachung etwa eines Schadenersatzanspruches kann nicht nur an mangelnder Solvenz des Gegners

---

71 Art. 28c Abs. 1 ZGB. Vgl. auch die Formulierung von Art. 700 der italienischen ZPO: «pregiudizio imminente ed irreparabile, minacciante il diritto durante il tempo occorrente per farlo valere in via ordinaria.»

72 D.h. eines definitiven gerichtlichen Urteils.

73 *Vani timoris iusta excusatio non est:* D. 50, 17, 184.

74 BGE 94 I 12. Vgl. auch DINI/MAMONE 237: «Certo, l'aprezzamento del grado di timore, che espone l'istante, è relativo e soggettivo, ed è lasciato al prudente aprezzamento del magistrato, il quale dovrà tener conto dell'interesse del ricorrente che cerca tutela tempestiva mercè il provvedimento urgente, e dell'interesse dell'altra parte che viene a trovarsi gravata dalla misura cautelare, e che potrebbe risentire più danno di quello temuto dall'istante, nonchè delle condizioni economiche del ricorrente e dell'altra parte, della loro condotta, ecc.»

75 BGE 118 II 381 E. 3b.

76 *In casu* Beschränkung der Verfügungsbefugnis des anderen Ehegatten nach Art. 178 ZGB.

scheitern,[77] sondern ist häufig mit schweren praktischen Problemen der Schadensbezifferung und des Schadensbeweises verbunden.[78] Das Bundesgericht hat es zwar unter Willkürkognition[79] als haltbar bezeichnet, einen nicht leicht ersetzbaren Nachteil zu verneinen, wenn der Gesuchstellerin die Möglichkeit verbleibt, Schadenersatz von einer zahlungsfähigen Gesuchsgegnerin zu verlangen. Gibt aber die Zahlungsfähigkeit der Gegenpartei zu begründeten Zweifeln Anlass,[80] gewährt das Bundeszivilrecht *Realschutz* vor Schädigung.[81]

b. Regelungsnotwendigkeit

37. Auch bei Regelungsnotwendigkeit ist das Bedürfnis nach vorsorglichen Massnahmen durch die Gefährdung primärer Rechtsverwirklichung bedingt,

---

77 So entsteht ein schwer wiedergutzumachender Nachteil für den Patentinhaber, wenn er mangels Zahlungsfähigkeit des Verletzers seinen Anspruch auf Lizenzgebühren nicht durchsetzen kann: BGE 94 I 12.

78 Vgl. BGE 114 II 370: «Dazu kommt, dass im Urheberrecht meistens immaterielle Ansprüche, die nur schwer in Geld abzuschätzen sind, im Vordergrund stehen. Sein Schutz bezieht sich auch auf das Urheberpersönlichkeitsrecht, *das unabhängig von vermögensrechtlichen Ansprüchen einen absoluten Anspruch auf Unterlassung* gegenüber dem gewährt, der das Werk ohne Erlaubnis in irgendeiner Weise abändert, gleichviel ob das Werk dadurch entstellt oder verstümmelt, verbessert oder gar wertvoll ergänzt wird (BGE 113 II 311 E. 4a mit Hinweisen)» (Hervorhebung hinzugefügt).

79 BGE 108 II 231 E. 2b: «Das Bundesgericht hat sich in einem Urteil vom 14. Februar 1968 i.S. Esso/Hafner AG und Konsorten (E. 8a und b, in BGE 94 I 11 nicht, wohl aber in Schweizerische Mitteilungen über gewerblichen Rechtsschutz, 1968, S. 48/49, veröffentlicht) auf den Standpunkt gestellt, entgangener Gewinn, der auf dem Wege der Schadenersatzklage geltend gemacht werden könne, stelle keinen im Sinne des Gesetzes nicht wiedergutzumachenden Nachteil dar; in einem weiteren, unveröffentlichten Urteil vom 20. Juni 1974 i.S. Granax SA/Konventionsreedereien hat es ausgeführt, diese Auslegung des nicht leicht ersetzbaren Nachteils sei jedenfalls vertretbar und keineswegs willkürlich.»

80 BGE 108 II 231 E. 2b: «Lehre und Rechtsprechung nehmen im allgemeinen einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil an, wenn die Zahlungsfähigkeit der Gegenpartei zu Zweifeln Anlass gibt; LEUCH (a.a.O.) und STRÄULI/MESSMER (a.a.O.) möchten einen solchen Nachteil auch dann bejahen, wenn der drohende Schaden nicht leicht zu beweisen sein wird. Etwas weniger strenge Anforderungen an die Unersetzbarkeit des Nachteils stellen BLUM/PEDRAZZINI (Das Schweizerische Patentrecht, 2. Aufl., Bd. III, S. 654, lit. c), und der Obergerichtspräsident des Kantons Basel-Landschaft scheint in einem Entscheid vom 22. Juni 1979 (Schweizerische Mitteilungen über gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, 1981, S. 30, E. 3) bereits das Erfordernis einer Schadenersatzklage als unersetzlichen Nachteil anzusehen.» Den zitierten Autoren ist zuzustimmen. Vgl. auch HOMBURGER, Urteilsanm. zu BGE 108 II 228 ff. in SAG 1983, 82.

81 «Die vorsorgliche Massnahme will die vorläufige Beurteilung und antizipierte Vollstrekkung zum Zwecke der Sicherung des fälligen Anspruchs ermöglichen und ist gegeben, wenn das Zuwarten bis zum Entscheid im ordentlichen Verfahren dem Kläger *wirtschaftlichen oder immateriellen Schaden* brächte.» BGE 116 Ia 447 E. 2 (Hervorhebung hinzugefügt).

aber in einer anderen Form: Funktional *primäre Rechtsfolgen* müssen identifiziert und festgelegt werden, zum einen um den Parteien einen einstweiligen *modus vivendi* für die Dauer ihrer prozessualen Auseinandersetzung über Auflösung, Abänderung oder Konkretisierung eines ins Wanken geratenen Rechtsverhältnisses zu ermöglichen, zum anderen in den gesetzlich vorgesehenen, selbständigen Verfahren, dessen *Hauptgegenstand* die Beurteilung von Festlegungsgesuchen bildet.[82]

B. Schutzbedürftige Berechtigung (Verfügungsanspruch)

38. Jede subjektive Berechtigung des Zivilrechts kann Schutzgegenstand einer vorsorglichen Massnahme sein, sofern bezüglich ihrer Realverwirklichung Gefahr in Verzug ist, die nicht anders als durch einstweiligen Rechtsschutz abgewendet werden kann. Die Berechtigung muss sich in einem späteren Verfahren ohne Beschränkungen bewähren: Bei Erhaltungsinteresse im Prosequierungsverfahren, bei Regelungsinteresse gegenüber einer allfälligen Ausgleichsklage.

39. Die schutzbedürftige Berechtigung muss materiellen Bestand haben, braucht aber (noch) nicht Grundlage eines *fälligen* Anspruches zu sein. Entscheidend ist vielmehr, ob die Zivilrechtsordnung ihr bei Entstehung eines Gefährdungstatbestandes einen fälligen *Schutzanspruch* gewährt.[83] Art. 271 SchKG macht für die Arrestgründe der Z. 3–5[84] die Fälligkeit einer Geldforderung (des Verfügungsanspruchs) zur Bedingung für den Erlass einer Sicherungsmassnahme; bei den Arrestgründen der Z. 1 und 2[85] bewirkt der Zustand bzw. das Verhalten des Schuldners von Gesetzes wegen Fälligkeit seiner Schuld.

40. Bei Regelungsnotwendigkeit besteht keine Fälligkeitsproblematik, denn die konkrete Rechtsanwendungsaufgabe besteht in der Festlegung derjenigen Rechtsfolgen, die sich aus dem im Umbruch befindlichen Rechtsverhältnis *zur Zeit* ergeben.

---

82 Z.B. Gegendarstellungs, Eheschutz- und Besitzesschutzverfahren.

83 Dies wird manchmal übersehen. Aber andernfalls könnten etwa Verschaffungsansprüche zwischen dem Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts und dem späteren Fälligkeitstermin nie gegen eine Gefährdung geschützt werden. Kantonale Normen, die schematisch Fälligkeit des Verfügungsanspruchs verlangen, wie etwa Art. 326 Z. 3 BE; § 129 Z. 3 ZG; § 255 SO und 147 Abs. 1 GR, sind bundesrechtskonform auszulegen.

84 Schuldner auf der Durchreise; Schuldner ohne Wohnsitz im Inland; Gläubiger besitzt Verlustschein. Diese Tatbestände begründen ein *unwiderlegbares* Erhaltungsinteresse des Gläubigers.

85 Schuldner ohne festen Wohnsitz; Schuldner schafft Vermögen beiseite oder trifft Anstalten zur Flucht. Auch hier wird Gefährdung unwiderleglich vermutet.

III. Inhalt vorsorglicher Massnahmen

A. Überblick der Rechtsquellen

41. Die Bestimmung des Massnahmeinhaltes im schweizerischen Zivilprozess als Akt der Zivilrechtsanwendung hat drei mögliche Rechtsquellen: Die meisten Gesuche unterstehen dem Bundeszivilrecht (B.). In den vorbehaltenen Bereichen richten sie sich nach kantonalem Privatrecht (C.). Schliesslich unterliegen bestimmte Sachverhalte mit rechtlich relevantem Auslandsbezug nach Massgabe des internationalen Privatrechtes einem ausländischen Recht (D.).

B. Inhalt vorsorglicher Massnahmen nach Bundeszivilrecht

1. Inhalt der Erhaltungsmassnahmen

a. Grundsätze

42. Macht die Gesuchstellerin eine Berechtigung und ihre Gefährdung glaubhaft, ist das Zivilrecht zu befragen, ob es sofort realisierbare Schutzansprüche gewährt. Bei allen Rechtspositionen[86] sind primäre und sekundäre Berechtigung auseinander zu halten. Die primäre Berechtigung ist der von der Rechtsordnung verliehene normative Inhalt, der real zu erfüllen ist und auch regelmässig ohne jegliches Zutun von Rechtspflegeorganen anstandslos verwirklicht wird. Die sekundäre Berechtigung umfasst die von der Zivilrechtsordnung vorgesehenen Sanktionsfolgen im Falle der Nichterfüllung der primären Berechtigung. Ansprüche auf Erhaltung der tatsächlichen Möglichkeit der Realerfüllung bei deren Gefährdung, d.h. die **einstweiligen Schutzansprüche**, gehören zur Schicht der sekundären Berechtigung, zusammen mit den weiteren, wegen Ausbleibens der Realerfüllung vorgesehenen Ausgleichsansprüche.[87] Auf dieser Ebene finden sich sämtliche Normen des Zivilrechts, die bei Störungen der Verwirklichung der primären Berechtigungen bezwecken, dass entweder diese noch richtig verwirklicht oder angemessener Ausgleich erzielt werden kann; die sekundäre Berechtigung ist also ein Anspruchspaket, das sämtliche *Durchsetzungsnormen umfasst, die das Zivilrecht zum Zwecke seiner eigenen zwangsweisen Durchsetzung und Verwirk-*

86 «Rechtspositionen» steht hier umfassend für alle subjektive Rechte und alle Statusrechte eines Privatrechtssubjektes, sofern letztere nicht schon als subjektive Rechte aufgefasst werden.

87 Auf Schadenersatz, Rückerstattung ungerechtfertigter Bereicherung, Gewinnherausgabe usw.

lichung aufstellt. Die Erhaltung der Möglichkeit der Realerfüllung ist mit deren direkten Erzwingung nicht zu verwechseln: Der Realerfüllungs*anspruch* ist zwar eine Grundfigur des schweizerischen Privatrechts;[88] die Möglichkeit einer Real*zwangsvollstreckung* besteht aber nicht für alle Berechtigungen. So ist es etwa denkbar, dass einem Rechtssubjekt verboten wird, die Realerfüllung einer persönlichen Leistung zu vereiteln, während diese nicht durch direkte Zwangsandrohung durchgesetzt werden darf.

43. Wo kantonales Prozessrecht die möglichen Inhalte vorsorglicher Massnahmen umschreibt,[89] muss es sich an die Vorgaben des Bundeszivilrechts halten: Nach letzteren können vorsorgliche Massnahmen bestehen in einem Befehl an eine Person, bis auf weiteres etwas zu unterlassen[90] oder zu dulden,[91] gegebenenfalls verbunden mit dem Befehl, oder einem sonstigen, gerichtlich bewerkstelligten[92] Hindernis, etwas zu tun.[93] So bestimmt etwa Art. 232 Abs. 1 ZPO AR:[94]

> «Die Verfügungen im Befehlsverfahren können bestehen:
> (1) in Befehlen zur Vornahme, Unterlassung oder Duldung bestimmter Handlungen; allenfalls in der Anordnung der Ersatzvornahme durch einen Dritten.

---

88 Hinweise bei BERTI, Einfluss, 33–5, N 55–7.

89 Im deutschen Recht bestimmt § 938 dZPO den möglichen Inhalt einer einstweiligen Verfügung wie folgt:
«(1) Das Gericht bestimmt nach freiem Ermessen, welche Anordnungen zur Erreichung des Zweckes erforderlich sind.
(2) Die einstweilige Verfügung kann auch in einer Sequestration sowie darin bestehen, dass dem Gegner eine Handlung geboten oder verboten, insbesondere die Veräusserung, Belastung oder Verpfändung eines Grundstücks oder eines eingetragenen Schiffes oder Schiffsbauwerks untersagt wird.»

90 Beispiel: Befehl, eine persönlichkeitsverletzende Aussage nicht zu publizieren.

91 Beispiel: Befehl, Bauimmissionen vom Nachbargrundstück zu dulden.

92 So vor allem bei der Versagung der Möglichkeit, Rechtswirkungen entstehen zu lassen, durch entsprechende «Sperre» öffentlicher Register.

93 Nicht aber dem Gesuchsteller direkt etwas zu leisten. Beispiel: Befehl, die verkaufte, aber noch nicht tradierte Sache zu hinterlegen.

94 Ähnlich § 223 ZH: «Die Verfügungen im Befehlsverfahren können bestehen:
1. in Befehlen und Verboten gegen bestimmte Personen unter Androhung von Rechtsnachteilen im Sinne von §§ 306 ff.;
2. in Massnahmen, welche den Beklagten an der Verfügung über bestimmte Gegenstände hindern, wie in einer Beschlagnahme, der Sperrung öffentlicher Register oder der Beauftragung eines Dritten mit der Wahrung von Parteiinteressen; [...]»
Nach Art. 102 VD: «[...] le juge peut, entre autres mesures, ordonner:
1. réintégration de la partie qui a été dépossessée sans droit d'un meuble ou d'un immeuble;
2. L'abandon d'un meuble ou d'un immeuble détendu sans droit;
3. le maintien en état ou le rétablissement des lieux litigieux;
4. le séquestre ou la mise sous scellés de l'objet litigieux;
5. l'interdiction de disposer d'un bien meuble ou immeuble;
6. une annotation au registre foncier (art. 960, al. 1, chiffre 1 du Code civil).[...]»

(2) in Massnahmen, die den Gegner an der Verfügung über bestimmte Gegenstände hindern, wie in einer Beschlagnahme, der Sperrung öffentlicher Register, Hinterlegung, Auferlegung von Sicherstellung, Beauftragung eines Dritten mit der Wahrung berechtigter Parteiinteressen usw.»

44. Glaubhaft gemachte Berechtigung gibt nur Anspruch darauf, dass das Verhalten der Gegnerin soweit neutralisiert wird, als es sich rechtsgefährdend auswirkt. Das Verhalten braucht nicht unbedingt *an sich* unterbunden zu werden;[95] das Gericht muss diejenige Massnahme wählen, welche den Neutralisierungszweck am *verhältnismässigsten* erfüllt.[96] So wird mit Arrestbefehl gestützt auf den Arrestgrund des Art. 271 Abs. 1 Z. 4 SchKG dem Gesuchsgegner nicht etwa verboten, ihren Wohnsitz im Ausland zu haben, sondern es wird Vermögen im Inland sichergestellt, damit der Gläubiger die gleichen Vollstreckungsmöglichkeiten wie gegen einen inländischen Schuldner hat. Will sich der inländische Schuldner fluchtartig zum ausländischen machen, wird die Flucht als solche nicht gehindert; Art. 271 Abs. 1 Z. 2 ermöglicht aber wiederum dem Gläubiger, die gleichen Vollstreckungschancen wie gegen einen Schuldner im Inland beizubehalten.

b. Vorsorglicher Schutz absoluter Rechte

45. Sämtlichen absoluten subjektiven Rechtspositionen[97] gibt das Zivilrecht Unterlassungsansprüche zu ihrem Schutz bei,[98] die bei ausgewiesenem Verfügungsanspruch und -grund durch gerichtlichen Befehl vorläufig durchgesetzt werden können.[99] So wird etwa die Erhaltung der realen Vindikationsmöglichkeit durch die Anordnung eines Veräusserungsverbotes an den Besitzer vorläufig sichergestellt.[100]

c. Vorsorglicher Schutz relativer Rechte

46. Das Bundeszivilrecht schützt die Möglichkeit der Realverwirklichung der relativen Forderungsrechte und Ansprüche ebenfalls mit Unterlassungsansprüchen:

---

95 Zur Sicherung von Unterhaltsleistungen bei Flucht des pflichtigen Ehegatten ZR 1994 Nr. 18.

96 Vgl. unten N **99**.

97 Wie Persönlichkeit, Eigentum, Immaterialgüter u.a.m.

98 PORTMANN, 135 ff. N 244 ff.

99 Nach HABSCHEID, ZPR, 364 N 614 handelt es sich dabei um Regelungsverfügungen. Die Einordnung als Erhaltungsmassnahme mit Befriedigungswirkung (oben N **10**) ist aber auch vertretbar.

100 So ausdrücklich für die Erbschaftsklage Art. 598 Abs. 2 ZGB (dazu PELET 150 ff., N 166 ff.); dies gilt auch für die Eigentumsklage schlechthin.

47. Die auf Geldzahlung und auf Sicherheitsleistung gerichteten Forderungen können grundsätzlich nur mit den Mitteln des SchKG[101] sichergestellt werden.[102] Der dazu vorgesehene Typus von Erhaltungsmassnahme ist der **Arrest** (Art. 271 ff. SchKG); mit Arrestbefehl wird die Unterlassung einer Verfügung über die verarrestierten Vermögenswerte befohlen.[103] Eine ausserhalb eines Arrestverfahrens erwirkte Massnahme, die sich wie ein Arrest auswirkt, ist als sog. verkappter oder verschleierter Arrest (séquestre «déguisé») nur nach Massgabe des Bundesrechts zulässig.[104] So ist namentlich die vorsorgliche Anordnung unter Strafandrohung, eine Geldsumme sofort zu bezahlen, ausserhalb des bundesrechtlichen Unterhaltsrechts unzulässig. Das Bundesgericht hat zwar früher einmal die vorläufige Verurteilung zur Bezahlung einer rechtswidrig entzogenen Geldsumme zugelassen, nicht aber ihre Vollstreckung mit anderen Mitteln als denjenigen des SchKG.[105] Es hat 1989 offengelassen,[106] ob die vorläufige Zusprechung einer Geldsumme unter der Bedingung, dass innerhalb einer bestimmten Frist das ordentliche Gericht angerufen wird, zulässig sei.[107]

48. Das Bundeszivilrecht begünstigt die Realerfüllung von Verschaffungsansprüchen durch die Zulassung eines gerichtlichen Verbotes anderweitiger

---

101 Bzw. von diesem verdrängenden bundesrechtlichen *leges speciales*. Eine solche Ausnahme besteht im ehelichen Unterhaltsrecht: «Es ist zulässig, eine Verfügungssperre über das Vermögen des unterhaltspflichtigen Ehegatten zu verhängen, wenn der Unterhalt der Ehefrau oder der Kinder gefährdet ist und nicht anders sichergestellt werden kann»: OG ZH, ZR 1994 Nr. 18, Rubrum. Mieter der Liegenschaft des Ehegatten waren gerichtlich angewiesen worden, bis auf weiteres Mietzinszahlungen an die Ehegattin zu richten. Das Obergericht hob die Massnahme aber *in casu* auf, weil damit dem Ehegatten die Verfügung über sein gesamtes Vermögen entzogen worden war.

102 Dies halten einzelne kantonale Prozessordnungen deklaratorisch fest: Art. 247 Abs. 2 AI; § 302 AG; Art. 101 Abs. 2 VD; Art. 123 NE; Art. 367 Abs. 2 FR; frühere Bestimmungen der ZPO FR kamen mit dem Bundesrecht in die Quere: BGE 74 II 50; 78 II 89.
Im deutschen Recht werden auf Geld lautende Forderungen ebenfalls durch (etwas anders ausgestalteten) Arrest sichergestellt: § 916 dZPO.

103 Realerfüllung *in Geld* aus dem vorhandenen Substrat ist soweit gewährleistet. In welchem *Umfang*, hängt von den Vollstreckungsrechten der konkurrierenden Gläubiger ab.

104 Vgl. BGE 108 II 182 E. 2b (mit kritischer Anm. JdT 1983 I 223); 101 IV 379; 91 III 107; 86 II 291; 85 II 195 f.; 41 I 205 f. Zum verkappten Arrest MEIER, Grundlagen, 97 f.; PELET, 247 ff. N 283 ff.

105 BGE 79 II 287 f.

106 BGE 113 II 469 ff. E. 5b. Kritisch zu solchen Massnahmen HOHL, réalisation, 199 N 618 i.V.m. 188 N 588 ff.

107 Die Massnahme war allerdings *in casu* nicht unter einer solchen Bedingung erlassen worden. Das Bundesgericht hielt zu Recht fest (a.a.O. 469), dass es sich jedenfalls um eine Frage des Bundesrechts handle: «Misure provvisionali intese ad assicurare il pagamento di una somma non possono essere rette da leggi cantonali.»

Verfügung über die verpflichtete Sache.[108] Auf persönliche *Leistung* gerichtete Forderungen können nicht *in forma specifica*[109] erzwungen werden.[110] Hingegen kann ein auf *persönliche* Unterlassung gerichtetes Konkurrenzverbot bei Einhaltung der gesetzlichen Voraussetzungen real durchgesetzt werden (Art. 340b Abs. 3 OR).[111]

49. Diese Beispiele bestätigen, dass der Erhaltungsmassnahme immer ein **Unterlassungsbefehl** zugrundeliegt.[112] Je nach Gefährdungslage kann – eine Frage der Verhältnismässigkeit im konkreten Einzelfall[113] – als Verstärkung die Anordnung einer Handlung dazukommen, um die Sicherheit zu erhöhen, dass die Massnahmegegnerin das verbotene Verhalten wirklich unterlässt. Solche Handlungsanordnungen machen nicht eine Erhaltungs- zu einer Befriedigungsmassnahme, denn sie bewirken nicht die zivilrechtlich geschuldete Erfüllung zugunsten der Gesuchstellerin. Der Satz,[114] wonach mit Erhaltungsmassnahmen die zu schützende Berechtigung nicht selber erfüllt werden soll, ist nur eine Maxime zuhanden der Verhältnismässigkeitskontrolle, die nicht gilt, wenn keine angemessene, mildere Alternative besteht. Zwar wird bei Gutheissung vorsorglicher Unterlassungsansprüche zum Schutze eines absoluten Rechtes dieses auch befriedigt;[115] es lässt sich indes keine Massnahme minderer Intensität ausdenken, die den Schutzzweck adäquat erfüllen könnte.

d. Vorsorglicher Schutz von Mitgliedschaftsrechten

50. Zum Schutz von Mitgliedschaftsrechten kann eine Sperre[116] des Handelsregisters angeordnet werden zur Erhaltung der Möglichkeit der Anfech-

---

108 *A fortiori* aus Art. 152 Abs. 1 OR, der das Gebot aus Treu und Glauben (Art. 2 ZGB), Handlungen zu unterlassen, welche die versprochene Erfüllung vereiteln könnten, aufgreift. Schutzmittel bei Grundstücken ist die Vormerkung im Grundbuch, gezielte Vorbeugung an der Quelle gültiger Rechte an Grundstücken, gemäss Art. 960 Abs. 1 Z. 1 ZGB.

109 Doch ist Realerfüllung durch Ersatzvornahme denkbar, aber diesfalls natürlich von einer anderen als der ursprünglich verpflichteten Person.

110 Der Maler, Chirurg, Dirigent, Architekt, Rechtsanwalt, Zahnarzt usw. kann bei Gesinnungswandel nicht zur Durchführung des angenommenen Auftrages gezwungen werden.

111 Vgl. BGE 91 II 372 ff. zu dem entsprechenden Art. 359 Abs. 3 aOR (i.d.F. von 30.3.1911); ferner HOHL, réalisation, 204 ff. N 636 ff.

112 Zu den Schwierigkeiten der Bestimmung der einschlägigen Anspruchsgrundlage im Zusammenhang mit der missbräuchlichen Abrufung von Bankgarantien vgl. EGGER, 12 ff.

113 VOGEL, Probleme, 98 r.Sp.

114 Zur Inkongruenz der provisorischen Entscheidung mit der in einem Hauptverfahren begehrten Entscheidung KÖNIG, 10 N 16.

115 Der *erga omnes* bestehende Abwehranspruch wird zulasten eines konkreten Störers erfüllt.

116 Die Voraussetzungen einer Sperrung dieser bundesrechtlichen Einrichtung müssen – wie bei den anderen öffentlichen Registern des Zivilrechts – gesamtschweizerisch einheitlich sein.

tung der Grundlage einer Eintragung eines Beschlusses, der nach glaubhafter Darstellung der Gesuchstellerin statuten- oder rechtswidrig erscheint oder von nicht dazu berechtigten Personen gefasst worden ist.[117]

51. Die Stellung eines Gesellschafters kann durch die Misswirtschaft eines zur Vertretung berechtigten Mitgesellschafters Schaden nehmen. Sind wichtige Gründe und Gefahr im Verzug glaubhaft gemacht, kann die Vertretungsbefugnis vorläufig entzogen werden. Die Grundnorm ist Art. 565 Abs. 2 OR, der sich im Recht der Kollektivgesellschaft befindet; darauf verweist Art. 603 OR für die Kommanditgesellschaft, Art. 767 Abs. 1 OR für die Kommanditaktiengesellschaft und Art. 814 Abs. 2 OR für die GmbH.[118]

2. *Inhalt der Festlegungsmassnahmen*

a. Grundsätze

52. Das Bundeszivilrecht verzichtet auf eine allgemeine gesetzliche Umschreibung der Regelungsnotwendigkeit bezüglich im Umbruch befindlicher Rechtsverhältnisse[119] und beschränkt sich auf punktuelle Normierung,[120] auf welche einzelne kantonale Prozessordnungen Bezug nehmen.[121] Obwohl die Festlegungsmassnahmen insofern eine übersichtlichere gesetzespositive Verankerung als Erhaltungsmassnahmen haben, ist auch *ihr* Inhalt häufig durch richterliche Rechtsfindung zu bestimmen, denn der Positivierung ausführlicher Rechtsfolgen für jeden erdenklichen Einzelfall stehen unlösbare gesetzestechnische Schwierigkeiten entgegen.

53. Festlegungsmassnahmen konkretisieren primäre Berechtigungen in der Form einer solche Berechtigung bestätigenden *Ermächtigung* eines Rechtssubjektes, etwas tun, dulden oder unterlassen zu dürfen, allenfalls verbunden

---

117 Vgl. MEIER, Rechtsschutz, 68 ff.

118 Vgl. PELET, 171 f.

119 Anders in Deutschland, wo § 940 ZPO bestimmt: «Einstweilige Verfügungen sind auch zum Zwecke der Regelung eines einstweiligen Zustandes in bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, sofern diese Regelung, insbesondere bei Dauerrechtsverhältnissen zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint».

120 Siehe sogleich im Text.

121 Vgl. Art. 101 Z. 2 VD («même sans urgence, dans les cas prévus dans la loi civile»); Art. 121 Z. 1 NE («dans les cas prévus par le droit fédéral») und Art. 198 lit. b SG («wenn ein gesetzlicher Anspruch besteht»).

mit dem *Befehl* an ein anderes Rechtssubjekt, etwas zu tun, dulden oder unterlassen.[122]

54. Das Gesetz macht den Erlass von Festlegungsmassnahmen entweder von der Rechtshängigkeit eines spezifischen Hauptsacheverfahrens abhängig oder sieht ein selbständiges Verfahren vor, dessen Gegenstand die Beurteilung von Festlegungsgesuchen bildet.[123] Zur ersten Gruppe gehören Klagen auf Auflösung von Dauerrechtsverhältnissen, zur zweiten Gruppe das Gegendarstellungsverfahren (Art. 28g ff. ZGB), das Eheschutzverfahren (Art. 172 ff. ZGB) und das Besitzesschutzverfahren[124] (Art. 926 ff. ZGB).[125]

b. In Ehesachen

55. Ist Klage auf Scheidung, Trennung oder Ungültigerklärung einer Ehe eingereicht, so trifft das Gericht auf Antrag «die nötigen vorsorglichen Massnahmen, namentlich in bezug auf die Wohnung und den Unterhalt der Familie, die güterrechtlichen Verhältnisse und die Obhut über die Kinder» (Art. 145 Abs. 2 ZGB).[126]

c. In Unterhaltssachen

56. Art. 281 Abs. 1 ZGB ermächtigt das Gericht, nach Einreichung einer Unterhaltsklage auf Begehren des Klägers die notwendigen vorsorglichen Massnahmen zu treffen.[127] Art. 281 Abs. 2 ZGB nennt als mögliche Massnahme die Anordnung an den Beklagten, angemessene Beiträge zu hinterlegen oder vorläufig zu zahlen, sofern das Kindesverhältnis feststeht.[128] Vor der Feststellung der Vaterschaft kann nach Art. 282 ZGB die Hinterlegung der Entbindungskosten und angemessener Beiträge an den Unterhalt von Mutter und Kind angeordnet werden, wenn die Unterhaltsklage eingereicht ist und die Vaterschaft glaubhaft gemacht wird. Schliesslich kann, wenn die Vaterschaft zu vermuten ist und die Vermutung nicht durch die sofort verfüg-

---

122 Beispiele: Ermächtigung, die Kompetenzen eines Sachwalters nach Art. 725a Abs. 2 OR wahrzunehmen, als auf Scheidung verklagter Vater das Kinderbesuchsrecht auszuüben, als Arbeitnehmer die Ausführung vertragswidriger Weisungen zu unterlassen.

123 *Bildet*, nicht aber sich darin erschöpft, denn ein allfälliges Erhaltungsinteresse bezüglich festgelegter Rechtsfolgen muss durch geeignete Massnahmen berücksichtigt werden.

124 Vgl. HOHL, réalisation, 210 ff. N 649 ff. STARK betont in BK, N 2 Vorb. zu Art. 926–929 ZGB, die Friedensfunktion des Besitzesschutzverfahrens.

125 GLOOR, 92, spricht diesbezüglich von «selbständigen Regelungsmassnahmen.»

126 Für Einzelheiten ist auf die Spezialliteratur zu verweisen, namentlich BK-BÜHLER/SPÜHLER zu Art. 145 ZGB; HINDERLING/STECK, CZITRON, ZGB-LÜCHINGER/GEISER zu Art. 145.

127 Zum folgenden ausführlich HOHL, réalisation, 184 ff. N 576 ff.

128 Vgl. etwa BGE 117 II 127 ff.

baren Beweise zerstört wird, dem Beklagten angeordnet werden, schon vor dem Urteil angemessene Beiträge an den Unterhalt des Kindes zu bezahlen.[129] Diese Bestimmungen finden auch auf die Verwandtenunterstützungspflicht Anwendung (Art. 329 Abs. 3 ZGB).

d. In Gesellschaftssachen

57. Eine ausdrückliche bundeszivilrechtliche Grundlage für den Erlass von Festlegungsmassnahmen besteht in Verfahren zur Beurteilung von Klagen auf Auflösung einer Kollektivgesellschaft (Art. 574 Abs. 3 OR), einer Kommanditgesellschaft (Art. 619 Abs. 1 i.V.m. 574 Abs. 3 OR), einer Aktiengesellschaft (Art. 625 Abs. 2, 643 Abs. 3 OR), einer Kommanditaktiengesellschaft (Art. 764 Abs. 2 i.V.m. 625 Abs. 2, 643 Abs. 3 OR) und einer Genossenschaft (Art. 831 Abs. 2 OR). Die analoge Behandlung von Gestaltungsklagen bei Verein, Stiftung und GmbH ist wohl zu bejahen.[130]

e. In Mietsachen

58. In Streitigkeiten aus der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen ist das Gericht ermächtigt, für die Dauer des Verfahrens vorsorgliche Massnahmen zu treffen (Art. 274f Abs. 2 OR). Das Bundesgericht hält die vorläufige Ausweisung (als Befriedigungsmassnahme) neuerdings zu Recht für inkompatibel mit Art. 274g OR.[131]

3. Anordnung einer positiven Leistung als Massnahmeinhalt

59. Die vorläufige Anordnung, eine positive Leistung zu erbringen, bildet die intensivste Form der vorsorglichen Massnahme. Das Bundesrecht lässt sie unter restriktiven Voraussetzungen und nur in Unterhaltssachen zu: Einmal nach Art. 283 ZGB, wonach im Vaterschaftsprozess dem Beklagten vorläufig die Zahlung angemessener Beträge an den Unterhalt des Kindes

---

129 Ob Bezahlung oder Hinterlegung angeordnet wird, hängt vom Ausmass der Wahrscheinlichkeit der Berechtigung ab: HOHL, réalisation, 185 N 579.

130 OR-STAEHELIN Art. 546 N 34 und ZK-SIEGWART Art. 546 OR N 35 nehmen eine rechtliche Grundlage für Klagen betreffend die einfache Gesellschaft an.

131 Seit der Änderung der Rechtsprechung in BGE 117 II 558 E. 2d (Anm. VOGEL, ZBJV 1993, 454 f.), bestätigt in BGE 118 II 306 f. E. 4b (Anm. VOGEL, ZBJV 1994, 362 f.), BGE 119 II 145 f. E. 4b (Anm. VOGEL, ZBJV 1995, 463 f.) und BGE 119 II 242 ff. (Anm. VOGEL, ZBJV 1995, 464; vgl. auch ZK-HIGI, Art. 274g OR N 20 ff.). Zustimmend zur neuen Rechtsprechung HOHL, réalisation, 208 N 644 m.w.H. Noch in BGE 116 II 381 war das Bundesgericht auf eine Berufung gegen eine vorläufige Ausweisung mangels Endentscheides nicht eingetreten.

angeordnet werden kann, wenn die Vaterschaft zu vermuten ist; sodann im Scheidungsverfahren, nach Eintritt der Rechtskraft im Scheidungspunkt,[132] wo das Verfahren zur Regelung der Nebenfolgen weiterhin hängig ist. Erscheint dann ein Anspruch nach Art. 151 oder 152 ZGB glaubhaft, und stellt dessen vorläufige Befriedigung für die berechtigte Partei eine *Lebensnotwendigkeit* dar, so sind entsprechende Leistungsanordnungen zulässig.[133]

60. Dieser Schutzgedanke könnte sich für eine behutsame[134] Ausdehnung der Zulassung von Befriedigungsmassnahmen dort eignen, wo der Ansprecher auf unverzügliche Abschlagszahlungen in Anrechung auf die eingeklagte Summe zur Bestreitung existenzieller Grundbedürfnisse angewiesen ist.[135] Er ist auch bereits im umgekehrten Sinne fruchtbar gemacht worden: Das Bundesgericht hat neulich entschieden,[136] im Rahmen einer Klage auf Abänderung eines Scheidungsurteils könne die Herabsetzung oder sogar die Aufhebung einer Rente gestützt auf Art. 151 Abs. 1 ZGB mit einer vorsorglichen Massnahme verfügt werden, wiederum nur in dringenden Fällen und unter speziellen Umständen.[137] Eine solche Verfügung bewirkt die vorsorgliche *Negation* einer titulierten Zahlungsverpflichtung für die Dauer des Abänderungsverfahrens.

---

132 Das ist etwa nach dem Prozessrecht der Kantone ZH und FR denkbar. Vgl. HOHL, réalisation, 186 Anm. 110.

133 BGE 111 II 312 E. 3 mit Anm. SCHNYDER ZBJV 1987, 96 und Anm. VOGEL ebenda 267; vgl. auch STACH, 50. Auf diese Praxis stützt sich ZR 1990 Nr. 63 betreffend vorläufig vollstreckbare Zahlungsanordnungen für die Weiterdauer des Prozesses über die Nebenfolgen nach Eintritt der Rechtskraft im Scheidungspunkt, gestützt auf Art. 145 in Verbindung mit dem Gedanken der nachehelichen Solidarität gemäss Art. 151 und 152 ZGB.

134 Denn, wie HOHL, réalisation, 198 N 615, zu Recht hervorhebt, «Les cas admis par le législateur et par la jurisprudence sont des cas très particuliers.»

135 In den Worten von BGE 113 II 471 «ove la sussistenza del creditore o della sua famiglia dipende dalla possibilità di ottenere versamenti in denaro durante la causa.» Grundsätzlich befürwortend STACH, 59 f.; HABSCHEID, mesures, 53, befürwortet staatliche Haftung, falls eine solche Befriedigungsmassnahme sich hinterher als unbegründet erweist und Rückerstattung vom Empfänger nicht erhältlich ist. HOHL, réalisation, 199 N 617 zieht eine Bevorschussung durch den Staat vor, und warnt im übrigen (196 N 611) vor dem Effekt des *fait accompli:* «De provisoire en théorie, **l'ordonnance devient définitive en fait**» (Fettdruck im Original).

136 BGE 118 II 228 f.

137 «Par exemple lorsque le paiement de la prestation ne peut plus être exigé du débirentier pendant la durée du procès, en raison de sa situation économique et après examen des intérêts du créditrentier», BGE 118 II 229 E. 3b unter Hinweis auf Rep. 1989, 131; ZR 1978 Nr. 91 E. III, 203 und ZR 1990 Nr. 72.

C. Inhalt vorsorglicher Massnahmen nach kantonalem Zivilrecht

61. Für die inhaltliche Ausgestaltung von Massnahmen nach kantonalem Zivilrecht gelten *mutatis mutandis* die gleichen Überlegungen wie für das Bundeszivilrecht. Angesichts des beschränkten Anwendungsbereichs wird hier auf eingehendere Darstellung verzichtet.

D. Inhalt vorsorglicher Massnahmen nach ausländischem Zivilrecht

62. Auf bestimmte zivilrechtliche Streitigkeiten mit rechtsrelevantem Auslandsbezug kommt nach Massgabe des schweizerischen Kollisionsrechts ausländisches Recht zur Anwendung. Art. 16 IPRG[138] schreibt vor, dass der Inhalt des anzuwendenden ausländischen Rechts von Amtes wegen festzustellen ist. Das Gericht kann die Mitwirkung der Parteien verlangen, ihnen den Nachweis aber nur bei vermögensrechtlichen Ansprüchen überbinden. Lässt sich der Inhalt des anzuwendenen ausländischen Rechts trotz angemessener Bemühung nicht feststellen, so ist schweizerisches Recht anzuwenden.

63. Richten sich die Voraussetzungen für den Bestand eines Verfügungs**anspruches** nach ausländischem Recht, so sind sie nach der *lex causae* zu beurteilen.[139] Auf den Verfügungs**grund** ist die *lex fori* anwendbar,[140] denn hier geht es um die Frage, ob die Schweiz die Erhaltung der Realverwirklichung bzw. der interimistischen Festlegung einer Berechtigung auf ihrem Territorium ermöglichen will. Der inländische Gesetzgeber soll[141] aber vorsorglichen Rechtsschutz in einem ähnlichen Umfang gewähren, wie wenn schweizerisches Zivilrecht anwendbar ist.[142] Es befriedigt dagegen nicht, *allein* durch Hinweis auf die Dringlichkeit der Sache die sofortige Anwendung schweizerischen Ersatzrechts rechtfertigen zu wollen.[143]

64. Als Beweismass für die rechtserheblichen Tatsachen kann – wie für das inländische Recht – nicht mehr als Glaubhaftmachung verlangt werden.

---

138 Ein Rechtsmittelschutz gegen Verletzung dieser Bestimmung besteht auf eidgenössischer Ebene gemäss Art. 43a und 68 Abs. 1 lit. d OG.

139 WALTER, AJP 1992, 65; BÖHM, 128; VOGEL, ZPR, 333 N 217g.

140 So garantiert Art. 62 Abs. 2 IPRG den Standard des inländischen Rechts dadurch, dass er vorsorgliche Massnahmen in einem Scheidungs- oder Trennungsverfahren vor schweizerischen Gerichten schweizerischem Recht unterstellt, selbst wenn nach Art. 61 IPRG ausländisches Recht auf die Scheidungsfrage anwendbar ist.

141 Vgl. oben Anm. 1.

142 Vgl. VOGEL, ZPR, 332 N 217g und BÖHM, 127.

143 IPRG-MÄCHLER-ERNE, Art. 16 N 20. Heimwärtsstrebend der Kantonsgerichtspräsident Zug im Entscheid SJZ 1992, 206 mit der Begründung, in einer Wettbewerbssache habe sich das an sich anwendbare französische Recht nicht innert nützlicher Frist ermitteln lassen (kritisch dazu SCHWANDER, SZIER 1991, 280 ff.; SCHNYDER, SZW 1993, 188).

§ 3 *Zuständigkeit zum Erlass vorsorglicher Massnahmen*

> Vorsorgliche Massnahmen stellen an Anwälte und Gerichte hohe Anforderungen. [...] Kein Wunder, dass sich viele Anwälte vor solchen par force-Leistungen scheuen; aber auch für die Gerichte, besonders für die Laiengerichte, bilden die vorsorglichen Massnahmen eine echte Herausforderung.
>
> Lucas DAVID, SIWR I/2, 169

I. Überblick

65. Prozessuale Voraussetzung für den Erlass vorsorglicher Massnahmen durch ein schweizerisches Gericht ist dessen internationale, örtliche und sachliche Zuständigkeit.

II. Internationale Zuständigkeit

66. Liegt einem Massnahmegesuch ein Sachverhalt mit rechtsrelevantem Auslandsbezug zugrunde,[144] so ist die internationale Zuständigkeit der Schweiz prozessuale Voraussetzung für das Eintreten auf die Begründetheitsfrage. Schweizerische Gerichte können vorsorgliche Massnahmen auch erlassen, wenn sie für die Entscheidung in der Hauptsache nicht international zuständig sind: Art. 24 LugÜ und Art. 10 IPRG.[145] Diese Vorschriften begründen keine Massnahmezuständigkeit im Inland, sondern setzen eine sol-

144 Dieser kann bestehen: 1. in der ausländischen Staatsangehörigkeit eines Prozessbeteiligten; 2. in der ausländischen Anknüpfungspräsenz (Wohnsitz, Sitz, Aufenthalt und andere auf die physische Befindlichkeit ausgerichtete Anknüpfungsbegriffe) eines Prozessbeteiligten; 3. in der Anwendbarkeit ausländischen Rechts auf den Prozessgegenstand; 4. in einer Auswirkung ausländischer Prozesshandlungen oder -ergebnisse auf inländische Prozesse und Rechtslagen [so wenn in der Schweiz wohnhafte Ehegatten sich im Ausland scheiden lassen: ZR 1991 Nr. 7]; 5. in der Notwendigkeit inländischer Rechtshilfe zur Unterstützung eines ausländischen Zivilprozesses.

145 Art. 10 IPRG unterstreicht, dass mit einer inländischen Massnahme Rechte vorsorglich geschützt werden können, die Gegenstand eines im Ausland hängigen Hauptsacheverfahrens sind. Spezialbestimmungen in Staatsverträgen gehen vor (Art. 1 Abs. 2 IPRG), namentlich – in der Sache deckungsgleich – Art. 24 LugÜ.

che im Einzelfall voraus.[146] Sie beschränken sich auf der Regelung *eines Aspektes* der Koordinierung von Massnahme- und Hauptsachezuständigkeit im internationalen Verhältnis.[147] Auch die Bestimmung auch der örtlichen Zuständigkeit im Inland ist Sache des Bundesrechts, weil das IPRG die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte in Zivilsachen im internationalen Verhältnis erschöpfend regelt.

67. Ein schweizerisches Gericht mit internationaler Hauptsachezuständigkeit gemäss IPRG besitzt auch die sachliche Massnahmezuständigkeit bezüglich der Rechte, die Gegenstand eines bereits hängigen Verfahrens bilden oder bilden könnten.[148] In Ermangelung einer solchen Hauptsachezuständigkeit besteht nach ungeschriebenem Bundesrecht eine örtliche Massnahmezuständigkeit[149] der Gerichte am Ort, wo ein Recht bzw. ein Rechtszustand geschützt werden soll.[150] Das Massnahmeinteresse muss sich aber in der Schweiz tatsächlich manifestieren, so etwa durch inländische Rechtshängigkeit der Hauptsache (Festlegungsinteresse) oder eine hierorts sich auswirkende Rechtsgefährdung (Erhaltungsinteresse).

68. Bezüglich einer Gesuchsgegnerin mit Wohnsitz im Ausland[151] sieht Art. 272 i.V.m. Art. 271 Ziff. 5 SchKG bei genügender Binnenbeziehung der zu schützenden Forderung bzw. bei Titulierung derselben in einem anerkennungsfähigen Entscheid die Zuständigkeit des Gerichts am inländischen Vermögensort für den Erlass eines Arrestbefehls vor.[152]

---

146 A.A. IPRG-Kommentar-VOLKEN, Art. 10 N 5. Die dürftige positive Normierung inländischer Zuständigkeit für den Erlass einstweiligen Rechtsschutzes fördert die Versuchung, eine solche in Art. 10 IPRG zu «suchen»; die Aufgabe muss aber durch Auslegung des (ungeschriebenen) Bundesrechtes gelöst werden.

147 Wird in der Folge ein Hauptsacheverfahren in der Schweiz eingeleitet, so sind nur noch schweizerische Instanzen betroffen.

148 IPRG-BERTI, Art. 10 N 11 ff. m.w.H.

149 Für die Hauptsache gelten hingegen die üblichen Zuständigkeitsregeln.

150 Cour de Justice GE in SemJ 1990, 197 f. E. 2. Das dem innerschweizerisch (noch) nicht so ist, zeigt BGE 120 Ia 240 ff. *De lege ferenda* ist dies angezeigt; nach der hier vertretenen Meinung wäre es auch *de lege lata* vertretbares Ergebnis einer entsprechenden Auslegung des Bundesrechts. Vgl. auch Art. 150 GR: «Für Amtsbefehle gilt der Gerichtsstand des Ortes, wo die betreffende Handlung vorgenommen oder unterlassen werden soll oder wo sich das betreffende Grundstück befindet.»

151 Das ist ein internationaler Sachverhalt im Sinne von Art. 1 Abs. 1 IPRG.

152 Der in Art. 271 ff. geregelte Arrest weist die klassische Struktur einer Erhaltungsmassnahme auf; Art. 271 Z. 5 fasst fehlenden Wohnsitz bzw. Sitz des Gesuchsgegners im Inland als unwiderlegbaren Gefährdungstatbestand auf. Diese Norm verlangt seit 1.1.1997 in revidierter Fassung als zusätzliches Erfordernis eine genügende Beziehung der zu sichernden Forderung zur Schweiz oder deren Verbriefung in einem anerkennungsfähigen ausländischen Entscheid; aber auch aus solchen Umständen ergibt sich nicht notwendigerweise eine *tatsächliche* Gefährdung der Forderungserfüllung im Inland.

III. Örtliche Zuständigkeit

A. de lege lata

69. Es besteht *de lege lata* eine Massnahmezuständigkeit eines jeden Gerichtes, das nach Massgabe der kantonalen (und der diesen vorgehenden bundesrechtlichen)[153] Normen zur Beurteilung der zu schützenden Berechtigung örtlich zuständig ist. Der Annahme einer Massnahmezuständigkeit an dem Ort, wo ein Recht oder ein Rechtszustand geschützt werden soll, steht nach der beharrlichen bundesgerichtlichen Praxis Art. 59 BV entgegen,[154] sofern nicht eine bundesgesetzliche Zuständigkeitsnorm etwas anderes gebietet.

B. de lege ferenda

70. Gemäss Artikel 42 des Vorentwurfs für ein BG über den Gerichtsstand in Zivilsachen (VE GestG)[155] soll für den Erlass vorsorglicher Massnahmen ausschliesslich[156] örtlich zuständig werden:

---

153 Z.B. Art. 28b ZGB; Art. 272 Abs. 1 SchKG; Art. 14 Abs. 2 KG; Art. 64 Abs. 1 und 65 Abs. 3 URG; Art. 75 und 78 Abs. 1 PatG; Art. 58 Abs. 1 und 59 Abs. 3 MSchG; Art. 15 DSG (Verweisung auf Art. 28–28l ZGB); Art. 48 Abs. 2 LPG und Art. 82 Abs. 1 BGBB (beides *fora rei sitae*, die also nicht den Folgen von BGE 120 Ia 240 ff. – dazu nächste Anm. – unterliegen; für Klagen aus Erbrecht gilt nach Art. 82 Abs. 2 BGBB die Zuständigkeitsvorschrift Art. 538 ZGB); Art. 10 Abs. 1 ToG verweist wiederum auf Art. 61–66 URG.

154 Die verfassungsmässige Garantie des Wohnsitz(kantons)richters für den aufrechtstehenden Schuldner bei «persönlichen Ansprachen» verwehrt es nach BGE 120 Ia 240 ff. dem Rückkaufsberechtigten, das Gericht am Ort der gelegenen Sache anzurufen, um mittels vorläufiger Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung im Sinne von Art. 960 Abs. 1 Z. 1 ZGB (= persönliche Ansprache) zu erwirken. Kritisch zu diesem Entscheid aus rechtspolitischer Sicht angesichts der zahlreichen gesetzgeberischen Durchbrechungen von Art. 59 BV zu Recht VOGEL, ZBJV 1996, 133 ff.

155 Der Entwurf wurde im Januar 1997 zur Vernehmlassung gestellt. Zu Art. 42 VE GestG hält der erläuternde Bericht (S. 25) fest: «Die Bestimmung bestätigt den Grundsatz, wonach der Richter der Hauptsache sowohl vor wie auch nach Eintritt der Rechtshängigkeit für den Erlass vorsorglicher Massnahmen zuständig ist. Indessen muss – wie es verschiedene kantonale Prozessordnungen, das internationale Recht (Art. 10 IPRG, Art. 24 LugÜ) sowie das Immaterialgüterrecht (Art. 65 Abs. 3 URG, 59 Abs. 3 MSchG, 78 PatG, 47 SortG) vorsehen – unter Umständen auch der Richter angerufen werden können, in dessen Bezirk die Massnahmen zu vollziehen sind, um die Wirksamkeit und Schnelligkeit des einstweiligen Rechtsschutzes zu gewährleisten. An diese Zuständigkeit wird insbesondere bei superprovisorischen Massnahmen zu denken sein.»

156 «Ein ausschliesslicher Gerichtsstand kann durch Gerichtsstandsvereinbarung oder Einlassung abgeändert werden.» (Art. 2 Abs. 3 VE GestG).

a. vor Rechtshängigkeit einer Klage das Gericht des Ortes, das für die Hauptsache zuständig ist oder das Gericht des Ortes, wo die Massnahme vollstreckt werden soll;
b. während Rechtshängigkeit einer Klage das mit der Hauptsache befasste Gericht.

IV. Sachliche Zuständigkeit

71. Die Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit ist grundsätzlich Sache des kantonalen Gerichtsorganisationsrechts. Meist ist ein Einzelrichter vorgesehen;[157] als solche werden in der Regel Magistrate mit Kollegiumserfahrung eingesetzt.

72. Vornehmlich[158] im Bereich des Immaterialgüterrechts schreibt das Bundesrecht für gewisse Materien die Schaffung eines einzigen sachlich (und damit auch örtlich) zuständigen Gerichts für das ganze Kantonsgebiet vor.[159] Das UWG knüpft an diese Zuständigkeiten an.[160] Der dabei verfolgte Zweck einer Konzentration der Gerichtsbarkeit in Spezialmaterien wurde indes nur unvollkommen erreicht, weil für den Erlass vorsorglicher Massnahmen die üblichen, meist mehreren, kantonalen Zuständigkeiten[161] weiterbestehen dürfen.[162]

---

157 Im Kanton Zürich werden bei den Bezirksgerichten die Geschäfte des Einzelrichters «dauernd dem Präsidenten oder, mit Bewilligung des Obergerichts, einem oder mehreren Mitgliedern» übertragen: § 19 Abs. 2 GVG ZH.

158 Aber ausserhalb desselben in Art. 23 KHG (SR 732.44) für Klagen aus Kernenergiehaftpflicht.

159 So Art. 76 PatG für Klagen betreffend Patentschutz; Art. 58 Abs. 3 MSchG für Klagen betreffend Markenschutz; Art. 42 Abs. 1 SortG für Klagen betreffend Sortenschutz; Art. 64 Abs. 3 URG für Zivilklagen betreffend Urheberschutzrechte; Art. 33 Abs. 1 MMG zur Behandlung der zivilrechtlichen Streitigkeiten betreffend den Muster- und Modellschutz; Art. 14 Abs. 1 KG für Klagen aufgrund einer Wettbewerbsbeschränkung. Keine solche Vorgabe enthalten UWG und URG. Lesenswert dazu DAVID, 13 ff.

160 Art. 12 Abs. 2 UWG: «Steht ein zivilrechtlicher Anspruch wegen unlauteren Wettbewerbs im Zusammenhang mit einer zivilrechtlichen Streitigkeit, für die das entsprechende Bundesgesetz eine einzige kantonale Instanz oder andere Gerichtsstände vorsieht, so kann die Klage wegen unlauteren Wettbewerbs auch an diese angehoben werden. [...]»

161 DAVID, 15, Anm. 38, zählt deren 148: Nur die Kantone ZH, SG, LU, AG, OW, NW, GL, ZG, BS und GE hätten eine einzige Massnahmeinstanz (ZH und SG mit Ausnahme der Wettbewerbsprozesse).

162 BGE 104 II 121 E. 2 und 56 II 327. Vgl. auch BGE 92 II 312 E. 5.

V. Zuständigkeitswechsel während der Geltungsdauer der Massnahme

73. Im Verhältnis zwischen Massnahmeverfahren und Hauptsacheverfahren kann sich die Frage der Zuständigkeitsverschiebung stellen:

- wenn das Massnahmeverfahren vor dem Hauptsacheverfahren eingeleitet wurde;
- wenn die Entscheidung im Massnahmeverfahren mit einem Rechtsmittel weitergezogen und inzwischen das Hauptsacheverfahren eingeleitet wurde.

74. Den Kantonen ist es anheimgestellt,[163] eine *Kompetenzattraktion des Hauptsachegerichts* vorzusehen oder die Zuständigkeit dem Massnahmegericht weiterhin zu belassen.[164] Ebenfalls dürfen sie Massnahmen, die vor der Hauptklage angeordnet wurden, auch nach deren Anhebung durch eine obere Instanz überprüfen lassen.[165] Es fragt sich aber, ob während des Rechtsmittelverfahrens eine Massnahmekompetenz überhaupt einer anderen Instanz zustehen soll.[166] Der Übergang der Massnahmezuständigkeit auf das Hauptsachegericht macht unter dem Gesichtspunkt der Koordination jedenfalls Sinn.[167]

75. Während Anhängigkeit einer Berufung oder Nichtigkeitsbeschwerde am Bundesgericht bleiben die kantonalen Instanzen für den Erlass einstweiliger Verfügungen zuständig, Art. 58, 74 OG. Für die staatsrechtliche Beschwerde gilt Art. 94 OG.

VI. Massnahmezuständigkeit und Rechtshängigkeitssperre

76. Das gleichzeitige Stellen eines identischen Massnahmebegehrens vor mehreren schweizerischen Instanzen scheitert an der durch die Anrufung des

---

163 BGE 108 II 67 f. E. b zu Art. 11 Abs. 3 aUWG. Die Entscheidung ist sehr zurückhaltend bezüglich Eingriffe in die kantonale Gerichtsorganisation.

164 Diesfalls muss eine Massnahmezuständigkeit des Hauptsachengerichts ganz entfallen.

165 BGE 108 II 67 f. E. b.

166 Denn ungeachtet des hängigen Rechtsmittels hat die Massnahmeinstanz die Pflicht, auch ihre Abänderungszuständigkeit selbständig und gewissenhaft auszuüben: DAVID, 195.

167 So § 229 ZH: «Vorsorgliche Massnahmen können aufgehoben oder geändert werden, wenn sie sich nachträglich als ungerechtfertigt erweisen oder wenn sich die Umstände geändert haben. Ist der Prozess rechtshängig geworden, ist das ordentliche Gericht dafür zuständig.» Auf Nichtigkeitsbeschwerden gegen «vorhauptprozessuale Massnahmen» tritt das Kassationsgericht ZH nach Einleitung des Hauptprozesses nicht ein: ZR 1995 Nr. 19.

ersten Gerichts von Bundesrechts wegen entstehenden Rechtshängigkeitssperre.[168] Diese ist von allen später angerufenen Massnahmegerichten von Amtes wegen zu beachten.[169] Für ein Begehren, dessen Gutheissung der Gesuchstellerin im Ergebnis eine übermässige Sicherstellung verschaffen würde, fehlt das Rechtsschutzinteresse.

Wegen der jeweils auf einen Betreibungskreis beschränkten Wirkung eines Arrestbefehls stellen mehrerorts gestellte Arrestgesuche betreffend die gleiche Forderung zwar nicht «identische Massnahmebegehren» dar; eine Gesuchstellerin, die sich – prozessual zunächst ungehindert – *übermässig sichert,* macht sich jedoch haftpflichtig.

168 BGE 114 II 186 E. 2a. Für das Massnahmeverfahren von dieser für die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche im ordentlichen Verfahren geltenden Regel abzuweichen, besteht kein Anlass. Insbesondere steht die freizügigere Regelung bei Vollstreckungsmassnahmen, die gleichzeitig in mehreren *fora* (sofern vorhanden) betrieben werden dürfen, nicht offen, weil das Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme *keine Vollstrekkungssache* ist.

169 Dabei kann sich in der Praxis zunächst ein Informationsproblem ergeben.

§ 4 *Besonderheiten des Massnahmeverfahrens*

> Bey den summarischen Processarten ist die Sicherheit des Rechts nie der Raschheit des Verfahrens aufzuopfern, im Gegentheil, diese letztere wird geboten oder erlaubt, um die erstere um so mehr zu begründen.
>
> S. L. SCHNELL[170]

I. Überblick

77. Die Regelung des Verfahrens zum Erlass vorsorglicher Massnahmen ist Sache des kantonalen Prozessrechts unter Einhaltung aller bundesrechtlichen Vorgaben. Die Kantone sehen dafür durchwegs eine echte[171] **summarische Verfahrensart** vor, in welcher der Beweisführungsanspruch, d.h. das Recht, über rechtserhebliche, bestrittene Tatsachen mit tauglichen Mitteln Beweis zu führen, gegenüber dem ordentlichen Zivilverfahren eingeschränkt ist. Ebenfalls bei Regelungsnotwendigkeit im Zusammenhang mit dem Gegenstand des Hauptsacheverfahrens sind Massnahmegesuche nach den Grundsätzen des summarischen Verfahrens zu behandeln; meist wird die sachliche Zuständigkeit dafür dem Präsidenten oder einer Delegation des Hauptsachegerichts zugewiesen.

78. Die strukturelle Beweisbeschränkung des summarischen Verfahrens betrifft vorab das **Beweismass**:[172] Bei Gefahr im Verzug darf von Bundesrechts wegen nicht mehr als *Glaubhaftmachung* verlangt werden.[173] Dazu tritt eine zeitbedingte Beschränkung der *Art* der Beweisführung; es müssen zwar nicht die Beweismittel *a priori* eingeschränkt werden,[174] aber in Befolgung der bundesrechtlichen Vorgabe, die sich aus dem Wortlaut des verallgemeine-

---

170 Zitiert nach KUMMER, ZPR, 268.

171 «Unecht» sind «summarische» Verfahren ohne Beweisbeschränkung, deren Streitgegenstand nicht in ein ordentliches Verfahren verwiesen werden kann und deren Sachurteile in materielle Rechtskraft erwachsen: Vgl. VOGEL, ZPR, 319 f. N 164 ff.

172 Nach richtiger Auffassung ergibt sich das Beweismass für alle aus Bundeszivilrecht abgeleiteten Ansprüche aus Art. 8 ZGB. Gl.A. HOHL, réalisation, 109 N 360, welche in BGE 115 II 450 und 90 II 234 hierfür Belege sieht, und a.a.O. 108 in Anm. 6 weitere Hinweise auf Befürworter gibt.

173 VOGEL, Probleme, 95 r.Sp.; HOHL, réalisation, 176 N 546 und Anm. 67; STACH 142.

174 DAVID, 191 f. befürwortet die Loslösung im Massnahmeverfahren vom *numerus clausus* der im ordentlichen Verfahren zugelassenen Beweismittel.

rungsfähigen Art. 283 ZGB ergibt, hat die Massnahmeinstanz «unverzüglich aufgrund der vorhandenen Beweismittel» zu entscheiden.[175]

79. Die genannten Verfahrenskürzungen bewirken eine *strukturelle Verminderung* der Richtigkeitsgarantien,[176] was gerechtfertigt ist, soweit ein zivilrechtliches Verwirklichungsinteresse der Gesuchstellerin während des ganzen Verfahrens tatsächlich glaubhaft erscheint. Wenn und sobald sich aber herausstellt, dass kein Verfügungsanspruch bzw. Verfügungsgrund besteht, ist das Gesuch abzuweisen bzw. eine bereits erlassene Massnahme abzuändern oder aufzuheben.

II. Einzelne Verfahrensaspekte

A. Vorbemerkung

80. Wie im ordentlichen Zivilprozess müssen die Parteien partei-, prozess- und postulationsfähig sein. Sie wie in Art. 28c–f ZGB als **Gesuchstellerin** und **Gesuchsgegnerin** (im Gegensatz zu Klägerin und Beklagte) zu bezeichnen, hilft, die zwei Verfahrensarten klar auseinanderhalten.

B. Verfahrenseinleitung

81. Aus dem Zweck des Eilverfahrens folgt, dass das Stellen eines Massnahmegesuches nicht von der vorgängigen Abhaltung eines Vermittlungsversuches vor einer nichtgerichtlichen Behörde abhängig gemacht werden darf. Bundesrechtskonform wäre aber ein Vermittlungsversuch vor einer richterlichen Behörde, sofern diese im Falle des Scheiterns sofort Massnahmekompetenz ausüben kann.

---

175 Dazu OG ZH, SJZ 1980, 139: «Zur Aufhellung von Unklarheiten sind keine zeitraubenden Beweisergänzungen (z.B. Augenschein, Einvernahme von Zeugen) anzustellen. Ebenso ist über bestrittene Behauptungen der Parteien, deren Richtigkeit sich nicht aus den Akten ergibt oder sofort nachweisen lässt (z.B. durch unverdächtige Urkunden), kein Beweis abzunehmen; auf solche Behauptungen ist im Massnahmenverfahren nicht abzustellen.» Zu Beweismittel des «Kurzgutachtens» bei Patentrechtsstreitigkeiten ZR 1990 Nr. 54.

176 Zum Stellenwert der Schutzschrift in diesem Kontext, mit Kritik an BGE 119 II 56, BERTI, Erlass, 267 ff.

C. Form und Inhalt des Massnahmebegehrens

82. Die Form des Massnahmebegehrens unterliegt kantonalem Verfahrensrecht. Dieses bestimmt zwar grundsätzlich, inwieweit **Mündlichkeit** genügt; im Interesse der Raschheit bedeutet diese Möglichkeit für die Gesuchstellerin nicht nur eine zweckmässige Erleichterung, sondern ist in Fällen besonderer Dringlichkeit von dem verfassungsmässigen Anliegen des einstweiligen Rechtsschutzes her zwingend geboten.[177] Die vielerorts anzutreffende Praxis, Gesuchstellerinnen zur schriftlichen Formulierung des Massnahmegesuches anzuhalten, erreicht oft gerade nicht den angestrebten Zweck einer Konzentration.

83. Im ordentlichen Verfahren ergeben sich als Ausfluss der Dispositionsmaxime[178] Anforderungen an die Spezifizierung des klägerischen Rechtsbegehrens.[179] Im Massnahmeverfahren sind die Umstände etwas andere. Darf die Gesuchstellerin sich darauf beschränken, den Erlass geeigneter Massnahmen zu beantragen und die Auswahl dem Gericht zu überlassen? Es ist zu berücksichtigen, dass die Gesuchstellerin bezüglich der ihr konkret zustehenden vorsorglichen Schutzmöglichkeiten sich angesichts karger gesetzlichen Informierung in einem Notstand befinden kann. Das gebietet entsprechende Flexibilität bezüglich der Anforderungen an den Inhalt des Begehrens; es geht nicht an, die genaue Identifizierung von Rechtsfolgen zu verlangen, die in der positivierten Rechtsordnung keine oder ungenügend konkrete Ausformung gefunden haben. Unverzichtbar ist die zumutbare Bezeichnung des **Rechtsschutzziels** sowie die Identifizierung der Berechtigung, dessen Schutz beantragt wird.[180] Im übrigen soll das richterliche Ermessen bezüglich der inhaltlichen Bestimmung geeigneter Massnahmen nicht zweckwidrig durch prozessualen Formalismus eingeschränkt werden; auch darf es der Gesuchstellerin nicht schaden, wenn sie Vorschläge für Massnahmen unterbreitet, das Gericht es aber vorzieht, zur Erreichung des abgesteckten Rechts-

---

177 Vgl. oben Anm. 1 und unten N **153**.

178 Die in der Lehre verbreitete Tendenz, die Dispositionsmaxime im Verfahren um bundeszivilrechtliche Ansprüche als Ausfluss von Bundesrecht aufzufassen (HABSCHEID, ZPR, 311 N 536; VOGEL, ZPR, 157 N 7a; STAEHELIN/SUTTER, 103; BERTI, Einfluss, 120–122), harrt immer noch bundesgerichtlicher Anerkennung (BGE 111 II 360 E. 1; 109 II 460 E. 5d; 89 II 62; 81 II 147).

179 VOGEL, ZPR, 157 f. N 8–10. Daran knüpft das an die Entscheidungsinstanz gerichtete prozessuale Gebot, *infra petita* zu bleiben.

180 VOGEL, Probleme, 98 r.Sp./99. Selbst ein Antrag auf Erlass einer der Rechtsordnung unbekannten Massnahme wird man als genügend – weil «konvertierbar» – betrachten dürfen, sofern das Rechtsschutzziel klar ist und eine angemessene Massnahme geschriebenem oder ungeschriebenem Recht entnommen werden kann. Wohl gl. A. VOGEL, Probleme, 99 r.Sp.

schutzziels andere anzuordnen. Die Massnahme darf aber weder über das hinausgehen, was die Gesuchstellerin beantragt hat,[181] noch über das, was in einem Hauptsacheverfahren zugesprochen werden könnte.

D. Tatsachenvortrag

1. Grundsätze

84. In der *Begründung* ihres Massnahmegesuches hat die Gesuchstellerin glaubhaft zu machen:

- bei **Erhaltungsinteresse** das gefährdete subjektive Recht (Verfügungsanspruch) und die Umstände der Gefährdung (Verfügungsgrund);
- bei **Festlegungsinteresse** das regelungsbedürftige Rechtsverhältnis (Quelle der Verfügungsansprüche) und die Notwendigkeit der Festlegung der aus diesen abgeleiteten interimistischen Rechtsfolgen (Verfügungsgrund);

und gegebenenfalls jeweils die *besondere Dringlichkeit,* falls der superprovisorische Erlass einer Massnahme beantragt wird.

2. Superprovisorischer Erlass einer vorsorglichen Massnahme

85. Die Gesuchsgegnerin muss in jedem Fall Gelegenheit erhalten, Tatsachen glaubhaft zu machen, welche gegen die Zulässigkeit der begehrten Massnahme sprechen. Wo das Massnahmeinteresse in der Abwehr von **dringender Gefahr** liegt, entspricht es gefestigter prozessualer Wertung, dass eine Anordnung vorerst ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin erlassen werden kann.[182] Diese superprovisorische Anordnung ist die drastischste Form des einstweiligen Rechtsschutzes.[183] Die Massnahme ergeht *ex parte,* auf

---

181 «Bei den gegebenen Verhältnissen könnte die Gesuchstellerin nach Art. 52 Abs. 1 URG die Beschlagnahme der Musikautomaten verlangen. Wenn sie sich darauf beschränkt, um die Versiegelung der Apparate nachzusuchen, so ist diesem Begehren zu entsprechen.» OG LU, SJZ 1972, 192 Nr. 80.

182 DAVID, 173; BRUNNER, SMI 1989, 14 .

183 Der superprovisorische Erlass einer vorsorglichen Massnahme ist in Art. 28d Abs. 2 ZGB bundesrechtlich verankert:
«(1) Der Richter gibt dem Gesuchsgegner Gelegenheit, sich zu äussern.
(2) Ist es jedoch wegen dringender Gefahr nicht mehr möglich, den Gesuchsgegner vorgängig anzuhören, so kann der Richter schon auf Einreichung des Gesuchs hin Massnahmen vorläufig anordnen, es sei denn, der Gesuchsteller habe sein Gesuch offensichtlich hinausgezögert.»
Art. 65 Abs. 4 URG, Art. 17 Abs. 2 KG, Art. 14 UWG und Art. 59 Abs. 4 MSchG verweisen je auf Art. 28c–f ZGB; Vgl. ferner Art. 28 Abs. 3 MMG (i.d.F.v. 16.12.1994); Art. 43 Abs. 3 SortG und Art. 77 Abs. 3 PatG.

einseitiges Vorbringen der Gesuchstellerin, und ist sofort vollstreckbar. Prozessual gesehen ist sie ein *Vorentscheid* innerhalb des Massnahmeverfahrens.[184] Die Anhörung der Gegenpartei ist so bald wie möglich in einer Verhandlung über Bestätigung, Aufhebung oder Änderung der Verfügung nachzuholen.[185]

86. Denkbar ist auch der Erlass einer *provisorischen* Anordnung ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin,[186] welche ihr unter Ansetzung einer Frist zur Erhebung einer Einsprache zugestellt wird. Erfolgt Einsprache, wird zur Parteiverhandlung vorgeladen. Unterbleibt eine Einsprache, wird die Anordnung erst mit Ablauf der Frist vollstreckbar, in der Zwischenzeit nur, wenn das Gericht dies doch noch *superprovisorisch* anordnet. Der Unterschied zwischen Superprovisorium und Provisorium liegt somit in der sofortigen Vollstreckbarkeit.

87. Die Bereitschaft eines Gerichts, ein Massnahmebegehren ohne vorgängige Anhörung der Gesuchsgegnerin zu behandeln, darf nicht als Freipass zur Umgehung der prozessualen Wahrheitspflicht verstanden werden.[187] Diese erhält in bezug auf das einseitige Vorbringen im *ex parte*-Verfahren eine besondere Gestalt: Als Korrelat des Privilegs der Zurückstellung der (verfassungsrechtlich gebotenen) Anhörung des Gegners trifft die Gesuchstellerin eine Pflicht, den relevanten Sachverhalt nach Treu und Glauben vollständig darzulegen.[188] Es ist ein Missbrauch des superprovisorischen Verfahrens, Tatsachen nicht offenzulegen, von denen die Gesuchstellerin weiss oder annehmen muss, dass sie zu ihren Ungunsten gewertet werden könnten. Die Verletzung dieser Pflicht schadet der Glaubwürdigkeit der Gesuchstellerin und zieht Sanktionen nach sich.[189]

---

184 DAVID, 174.

185 HASENBÖHLER, Verfügung, 39: «Die *Bestätigungsverhandlung* bildet somit das notwendige Korrelat zur superprovisorischen Verfügung; die Verhandlung ist von Amtes wegen anzusetzen, auch dann, wenn die superprovisorische Verfügung auch erst in Gutheissung einer Beschwerde gegen einen Abweisungsentscheid bewilligt wurde» (Kursiv im Original).

186 So z.B. nach § 224 Abs. 1 ZH.

187 Hart an der Grenze zwischen vorteilhafter Darstellung und unfairem Austricksen des vorderhand mundtoten Gesuchsgegners liegt die 1806 geprägte Formulierung von DANZ/GÖNNER (zit. nach KUMMER, ZPR, 279): «Alles, selbst die Wahl der Ausdrücke, muss zum Vortheile des Klägers gebrauchet werden, und die Wendung, die dem Faktum gegeben wird, muss so da liegen, als ob sie die einzig mögliche wäre.»

188 Im englischen Recht trifft die Gesuchstellerin die Pflicht zur «full and frank disclosure» – *uberrimae fidei*. Rechtsvertreter sind gehalten, auch Tatsachen bekannt zu geben, die gegen den Standpunkt ihrer Partei gedeutet werden könnten. Vgl. GOLDREIN/WILKINSON, 152 ff.; *Dubai Bank v. Galadari*, [1990] 1 Lloyd's Rep. 120 ff.

189 Vgl. unten N **138**.

E. Glaubhaftmachung des Tatsachenfundamentes

88. Der Tatsachenvortrag ist an der Beweisintensität der Glaubhaftigkeit auszurichten. Die sofort verfügbaren Beweismittel sind zu benennen. Dass eine Massnahme hinterher bei Vorliegen neuer Beweise wiedererwogen werden kann, bewirkt nur scheinbar eine Lockerung der Eventualmaxime: Zeitlicher Druck wird dadurch gesetzt, dass rasch zu entscheiden ist. Was dem Gericht im Entscheidungszeitpunkt an Grundlagen nicht vorliegt, ist fürs Erste zu spät.

89. *Was* der Massstab für Glaubhaftigkeit ist, gibt Bundesrecht vor; *ob* er im Einzelfall erfüllt wurde, entscheidet das Gericht nach Prozessrecht. Glaubhaftigkeit heisst, dass «der Richter nicht von der Richtigkeit der aufgestellten tatsächlichen Behauptungen überzeugt zu werden braucht, sondern dass es genügt, ihm aufgrund objektiver Anhaltspunkte [...] den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit für das Vorhandensein der in Frage kommenden Tatsachen zu vermitteln, ohne dass er dabei den Vorbehalt preisgeben müsste, dass die Verhältnisse sich auch anders gestalten könnten.»[190] Anders ausgedrückt, darf das Gericht «weder blosse Behauptungen[191] genügen lassen noch einen stringenten Beweis verlangen»,[192] oder, nach der Umschreibung von HOHL:[193]

---

190 BGE 88 I 14; 104 Ia 413. Vgl. auch BGE 99 II 346: «Es genügt, wenn für die Richtigkeit der Behauptung [...] eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht (TROLLER, Immaterialgüterrecht [2. A., 1971] II S. 1202; BLUM/PEDRAZZINI, Anm. 4e zu Art. 77 PatG; GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht [2. A.], S. 342 N. 24).»

191 Von der blossen Behauptung zu unterscheiden ist eine plausible Darstellung mit persönlicher Versicherung des Gesuchstellers; das Gericht *kann* eine solche in Ausübung pflichtgemässen Ermessens genügen lassen: GULDENER, ZPR, 323 Anm. 28.

192 BGE 120 II 398 E. 4b (bezüglich der Zulässigkeit einer aktienrechtlichen Sonderprüfung). Die Erwägung fährt fort: «Es hat vielmehr in wertender Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen die von den Gesuchstellern behaupteten Verdachtsmomente auf ihre Wahrscheinlichkeit hin zu prüfen. [...] Zu beachten ist im übrigen, dass die Sonderprüfung der Verbesserung der Information der Gesuchsteller zu dienen bestimmt ist und das Gericht deshalb von ihnen nicht diejenigen Nachweise verlangen darf, welche erst der Sonderprüfer erbringen soll [...].» Das Bundesgericht berief sich auf GULDENER, ZPR, 3. A., 323 Anm. 27: Bei Glaubhaftmachung «braucht nicht die volle Überzeugung des Gerichtes begründet zu werden, sondern es genügt schon, wenn für das Vorhandensein der in Frage kommenden Tatsache eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht, auch wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte.»

193 HOHL, réalisation, 176 N 547, in Anlehnung an BGE 104 Ia 413. Siehe auch a.a.O. 146 ff. N 456 ff. Vgl. ferner PELET, 45 f.: «Pour le Tribunal fédéral, rendre vraisemblable signifie non pas convaincre le juge de l'exactitude des faits allégués, mais lui donner l'impression par des indices objectifs que les faits en cause ont une certaine probabilité, sans qu'il ait à exclure l'hypothèse où les circonstances se présenteraient autrement».

> «Il suffit que, sur la base d'éléments objectif, il [le juge] acquière l'impression d'une certaine vraisemblance de l'existence des faits pertinents, sans pour autant qu'il doive exclure la possibilité que les faits aient pu se dérouler autrement.»

90. Wegen dem Gebot rechtsgleicher Behandlung darf bezüglich der Glaubhaftigkeit der Vorbringen der Gesuchsgegnerin kein abweichender Massstab gelten; das Bundesgericht spricht von einem *Wahrscheinlichkeitsbeweis.*[194]

91. Es besteht die zwar nachvollziehbare Tendenz, wenn die Anordnung besonders einschneidender Massnahmen ansteht, instinktiv höhere Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit zu stellen,[195] was *de facto* das Beweismass erhöht.[196] Die Meinung ist aber, dass in solchen Situationen *wegen* dringendem Schutzbedarf das Beweismass gesenkt bleiben muss. Das Dilemma der entscheidenden Instanz, eine möglicherweise «falsche», d.h. später sich als nicht mit der «wahren» Rechtslage deckenden Entscheidung zu treffen, lässt sich wohl einfacher theoretisch erfassen als praktisch lösen.

F. Feststellung der Entscheidungsgrundlagen

92. Nach Abschluss des Behauptungsstadiums sind die vorhandenen zulässigen Beweismittel abzunehmen und auf ihre Eignung hin, umstrittene Tatsachen als glaubhaft erscheinen zu lassen, zu würdigen. Das ist eine prozessuale Operation:

> «Einerseits ist dem Richter die Wahrscheinlichkeit des Vorliegens der anspruchsbegründenden Tatsachen darzulegen, und andererseits muss dieser entweder abschliessend oder doch zum mindesten summarisch prüfen, ob sich aus diesen Tatsachen der geltend gemachte Anspruch ergibt. Das erste ist offensichtlich eine prozessuale, das zweite eine materiellrechtliche Frage.»[197]

---

194 BGE 103 II 290 E. 2: «Da es in der vorliegenden Streitsache um vorsorgliche Massnahmen geht, hat der Antragsteller lediglich glaubhaft zu machen, dass die hiefür erforderlichen Voraussetzungen gegeben sind. Anderseits kann aber auch vom Gesuchsgegner, der in einem solchen Verfahren die aus Art. 67 Abs. 1 PatG sich ergebende und gegen ihn wirkende Vermutung zu widerlegen hat, nicht mehr als ein Wahrscheinlichkeitsbeweis verlangt werden [...].» Vgl. auch BGE 108 II 72 E. 2a.

195 VOGEL, Probleme, 97.

196 Dies fordert auch ausdrücklich – nach ihrem Ansatz konsequent – HOHL, réalisation, 223 N 684, wenn die Massnahme auf eine vorläufige Vollstreckung hinausläuft, die *de facto*, und sei es nur psychologisch, auf die Parteien definitiv wirkt (a.a.O. 221 N 678: «Par mesures ‹définitives›, j'entends les mesures d'exécution anticipée ordonnées en mesures provisionnelles qui, pour des raisons pratiques, ne seront pas l'objet d'une procédure de validation au fond, ni d' une action en dommages et intérêts en réparation du préjudice éprouvé par le défendeur.»

197 BGE 104 Ia 412 f.

93. Ist das Beweisergebnis illiquid, muss das Gericht nach der Regel des Art. 8 ZGB entscheiden und die von der beweisbelasteten Partei behauptete Rechtsfolge aberkennen. Das Bundesgericht teilt die *Prämisse,* Art. 8 ZGB sei nur auf die dem Bundesprivatrecht unterstehenden Rechte und Rechtsverhältnisse anwendbar,[198] während im Bereich ihres eigenen Rechts die Kantone die **Beweislast** frei festlegen dürfen;[199] in einem neulichen Entscheid[200] hielt es allerdings fest, Art. 8 ZGB komme im Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Scheidungsprozesses gemäss Art. 145 ZGB «in seinem eigentlichen Ausmass gar nicht zum Tragen», denn dort genüge es *nach kantonalem Verfahrensrecht,* Tatsachenbehauptungen glaubhaft zu machen. Die bei einstweiliger *und* definitiver Beurteilung bundeszivilrechtlicher Ansprüche massgebliche Beweisintensität ist aber stets Frage des Bundesrechts und nicht des kantonalen Verfahrensrechts. Der Unterschied zwischen Beweisen und Glaubhaftmachen ist quantitativ; die Verteilung der Last des Glaubhaftmachens und die Tragung der Folgen der fehlenden Glaubhaftigkeit für bundesrechtliche Schutzansprüche sind qualitativer Art und unterstehen ganz Art. 8 ZGB.[201]

G. Richterliche Rechtsanwendung

94. Steht eine Tatsachenbasis glaubhaft fest, so hat das Gericht bezüglich Verfügungsanspruch und -grund und, bei Bejahung des Vorliegens beider, bezüglich Inhalt einer Massnahme Operationen der Zivilrechtsanwendung vorzunehmen.

95. Im Eilverfahren muss sich auch die Tätigkeit der Rechtsfindung unter Zeitdruck vollziehen. Rechtsfragen können nicht Gegenstand einer Glaubhaftmachung sein, sondern nur eines Plädoyers rechtlicher Argumente.[202] Die

198 BGE 79 II 405; 88 I 15.

199 BGE 82 II 127.

200 BGE 118 II 376 (Rubrum) und 377 E. 3.

201 ZGB-SCHMID, Art. 8 N 23; ORLANDO, SJZ 1994, 92 f.; a.A. BK-KUMMER, Art. 8 ZGB N 56; STRÄULI/MESSMER, § 110 N 10.

202 VOGEL, ZPR, 331 N 213. Nicht präzis BGE 120 II 397, wonach das Glaubhaftmachen «sowohl Tat- wie Rechtsfragen» betreffe. Oft wird zwar mit den Worten, «der Hauptanspruch sei auch rechtlich glaubhaft zu machen» *gemeint,* dass die Prüfung nur eine vorläufige sei (VOGEL, Probleme, 97 l.Sp.). Vgl. z.B. BGE 97 I 486 f.: «Mit dem Zweck der einstweiligen Verfügung ist ohne weiteres vereinbar, dass der Richter in vorläufiger und summarischer Weise prüft, ob der geltend gemachte materielle Anspruch besteht, die Klage mithin Aussicht auf Erfolg hat. Da die einstweilige Verfügung ihrem Wesen nach rasch zu erlassen ist, kann und braucht ihm nicht der Beweis dafür geleistet zu werden, dass die Klage tatsächlich begründet ist. Vielmehr genügt es, wenn der Gesuchsteller *glaubhaft* macht, dass die Klage Erfolgsaussichten hat» (Hervorhebung im Original).

Praxis neigt zur Ansicht, um der erforderlichen Raschheit des Verfahrens willen dürfe sich das Gericht (wenigstens in schwierigen Rechtsfragen) auf eine summarische Prüfung beschränken.[203] So in **BGE 97 I 486 f.:**

> «Mit dem Zweck der einstweiligen Verfügung ist ohne weiteres vereinbar, dass der Richter in vorläufiger und summarischer Weise prüft, ob der geltend gemachte materielle Anspruch besteht, die Klage mithin Aussicht auf Erfolg hat».

Und in **BGE 117 II 131** (zu Art. 277 Abs. 2 ZGB):

> «S'agissant de mesures provisoires à prendre au début du procès, ou du moins sans que la question ait été pleinement instruite au fond, l'apparence de droit suffit.»

96. Das bedeutet nicht etwa die Ausschaltung des Prinzips der materiellen richterlichen Rechtsfindung – *iura novit curia* –, sondern betrifft (wie der gesenkte Beweismassstab) einen quantitativen Aspekt. Die Erleichterung im Rechtsfindungsbereich dürfte – wenn auch nicht unproblematisch[204] – so doch realistisch sein. Dennoch ist daran festzuhalten,[205] dass das Erstellen der **Hauptsacheprognose**,[206] d.h. die Prüfung der rechtlichen Begründetheit des Verfügungsanspruchs, mit aller unter den Umständen möglichen Sorgfalt erfolgen muss.[207] Nur wenn diese positiv ausfällt, darf eine vorsorgliche Massnahme erlassen werden; die Zulässigkeit einer von der Begründetheit der materiell-rechtlichen Position der Gesuchstellerin losgelösten «offenen

---

203 So BGE 88 I 15 mit Hinweis auf ZR 1948 Nr. 96, 214. Das Bundesgericht liess dort die Frage noch offen. LEUCH, ZPO BE, 3. A., Art. 326 N 3, hielt dafür, der Richter habe «restlos» abzuklären, ob der Anspruch unter den glaubhaft gemachten tatsächlichen Voraussetzungen Bestand habe – eine Meinung, die das Bundesgericht in BGE 69 II 127 ohne Widerspruch erwähnte. MARBACH und KELLERHALS, Bearbeiter der 4. A. des Kommentars LEUCH, haben sich dort (611 in N 3a zu Art. 326 ZPO BE) in Abweichung zur Vorauflage der Auffassung angeschlossen, wonach die rechtliche Prüfung im Rahmen des angesichts der Raschheit des Verfahrens praktisch Realisierbaren *so gut wie möglich* zu erfolgen habe.

204 Ablehnend für das deutsche Recht WIECZOREK/SCHÜTZE/THÜMMEL, § 935 ZPO N 23: «Die Reduzierung der Subsumtion auf eine summarische Schlüssigkeitsprüfung, wie dies teilweise zumindest für den Fall schwieriger Rechtsfragen vertreten wird, entspricht ebensowenig dem Gesetz wie der vollkommene Verzicht darauf zugunsten einer Interessenabwägung.»

205 Auch ALDER, 118 f. plädiert für eine möglichst umfassende Rechtsprüfung, weil eine «nur überschlagsmässige» Lösung von Rechtsfragen mit der Aufgabe des Richters nicht vereinbar sei. Er weist zu Recht darauf hin, dass die Rechtsprüfung weniger zeitintensiv als die Sammlung des Prozessstoffes sei.

206 Ausführlich dazu MEIER, Grundlagen, 225 ff.; s. auch STACH, 126 ff.; VOGEL, ZPR, 330 N 211 mit Hinweis auf Rep. 108, 254: «In altri termini, affinché una misura provvisionale non assuma l'aspetto di un atto d'arbitro, il giudice deve accetarsi se esista o meno il cosidetto ‹*fumus boni iuris*› ossia la parvenenza di buon fondamento dell'azione da cui dipende il provvedimento cautelare.»

207 HABSCHEID, NJW 1973, 376.

Eilentscheidung»[208] ist für das schweizerische Recht zu verneinen.[209] Insoweit ist das *dictum* in **BGE 108 II 72 E. 2**, wonach der Anspruch der Gesuchstellerin im Massnahmeverfahren zu schützen sei, «wenn er sich nach einer summarischen Prüfung der Rechtsfragen *nicht als aussichtslos* erweist»,[210] abzulehnen. Damit würde die Hürde für die rechtliche Prüfung zu tief gesetzt.[211]

97. Das methodische Hilfsmittel der **Nachteilsprognose** erleichtert dem Gericht die Entscheidungsfindung bei Gesuchen um Erlass von Erhaltungsmassnahmen. Sie zielt auf den gesetzeskonformen Ausgleich zwischen sich widerstreitenden Parteiinteressen ab und beruht auf der Überlegung, dass der schwer wiedergutzumachende Nachteil, den die Gesuchstellerin *in jedem Falle* glaubhaft machen muss, sich letztlich doch als inexistent erweisen *könnte*. So hat die Massnahmeinstanz den voraussichtlichen Nachteil der Gesuchstellerin bei Nichterlass einer Massnahme und der voraussichtliche Nachteil der Gesuchsgegnerin bei Erlass einer nicht gerechtfertigten Massnahme gegeneinander abzuwägen:[212] Ist der Nachteil der Gesuchsgegnerin gross, der Ausweis der Gesuchstellerin indes überzeugend, so darf sich das Gericht nicht vor dem Erlass der Massnahme scheuen.[213]

98. In England wurde die offene Eilentscheidung im Jahre 1975 durch das Urteil des House of Lords in *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.* anscheinend ermöglicht,[214] denn dieses schien eine Rechtsprüfung bei komplizierten Verhältnissen auszuschliessen. Nachdem der Entscheid verschiedentlich kritisiert wurde,[215] hat neulich ein erstinstanzlicher Massnahmerichter nach vertiefter Analyse seine *ratio decidendi* anders gedeutet,[216] mit folgender Schlussfolgerung:[217]

---

208 Die offene Eilentscheidung hat sich auch andernorts nicht bewährt. Für das deutsche Recht insbesondere von LEIPOLD befürwortet, stösst sie überwiegend auf Ablehnung: Nachweise bei STEIN/JONAS/GRUNSKY, § 916 N 5 (für den Arrest ablehnend) bzw. § 935 N 8 f. (für andere einstweilige Verfügungen LEIPOLD nur «sehr eingeschränkt» folgend) sowie WIECZOREK/SCHÜTZE/THÜMMEL, § 935 N 23 (ganz ablehnend).

209 Gl.A. GLOOR, 78; HOHL, réalisation, 198 N 616.

210 Hervorhebung hinzugefügt.

211 Gl.A. DAVID, 190; HOHL, réalisation, 178 N 552.

212 MEIER, Grundlagen, 230, insbesondere *sub* II; VOGEL, ZPR 330 N 210. Was STACH, 139 f. unter dem Titel «Nachteilsprognose» ausführt, beschränkt sich auf die Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes, ohne den Aspekt der Interessenabwägung zu berücksichtigen.

213 BGE 94 I 9 ff. E. 5 und 8c.

214 [1975] 1 All ER 504 .

215 Vgl. GOLDREIN/WILKINSON, 102 ff.; PREST, 103 ff.

216 LADDIE J. (Chancery Division) in der rechtskräftigen Entscheidung *Series 5 Software Ltd. v. Clarke and others*, [1996] 1 All ER 853 ff.

217 [1996] 1 All ER 853 g–j.

> «The court was not precluded from considering the strength of each party's case when deciding to grant an application for interlocutory relief, but should rarely attempt to resolve difficult issues of fact or law, and any view as to the strength of the parties' cases should be reached only where it was apparent from the affidavit evidence and any exhibited contemporary documents that one party's case was much stronger than the other's. It followed that the major factors relevant to the court's decision were (a) the extent to which damages were likely to be an adequate remedy for each party, and the ability of the other party to pay, (b) the balance of convenience, (c) the maintenance of the status quo and (d) any clear view the court was able to reach as to the relative strength of the parties' cases [...]; *F Hoffmann-La Roche & Co AG v Secretary of State for Trade and Industry* [1974] 2 All ER 1128 considered; *American Cyanamid Co. v Ethicon Ltd.*, [1975] 1 All ER 504 explained.»

Damit wird der summarischen Rechtsprüfung ihre Rolle wieder zugewiesen. Der weiteren Entwicklung der englischen Rechtsprechung darf man mit Spannung entgegensehen.

H. Entscheidung

99. Eine Sachentscheidung[218] als Ergebnis des eiligen Erkenntnisverfahrens lautet entweder auf Gewährung vorsorglichen Rechtsschutzes in der Form einer Massnahme oder auf Abweisung des Gesuches. Das Fehlen von Verfügungsgrund oder -anspruch führt zur Sachabweisung. Bei Bejahung der grundsätzlichen Begründetheit des Gesuches muss das Gericht der Massnahme jenen Inhalt geben, welcher den Verhältnissen des gesamten Sachverhalts am besten entspricht. Diese Bindung an das *Verhältnismässigkeitsprinzip* besteht aber nicht etwa, weil eine vorsorgliche Anordnung auf einen hoheitlichen Eingriff hinausläuft.[219] Zivilrechtsfolgen sind nicht an öffentlichrechtliche Massstäbe gebunden; aber dem richterlichen Rechtsfolgeermessen, welches den einstweiligen Rechtsschutz kennzeichnet, sind sehr wohl die Schranken des verfassungsrechtlichen Verhältnismässigkeitsprinzips gesetzt.

100. Einige Bestimmungen im Bundeszivilrecht und kantonalen Prozessrecht ermächtigen das Gericht, den Erlass bzw. den Weiterbestand einer Massnahme von der Leistung von Sicherheit abhängig zu machen.[220] Diese

---

218 In Ermangelung einer Sachentscheidungsvoraussetzung und bei Gegenstandslosigkeit ergeht eine Prozessentscheidung.

219 So aber VOGEL, Probleme, 98 r.Sp., was GLOOR, 38, zu Unrecht als Beleg für die «prozessuale Natur» der Erhaltungsmassnahmen deutet.

220 Sicherheitsanordnung: § 227 Abs. 1 ZH; Art. 329 BE; § 243 Abs. 1 LU; § 181 Abs. 1 SZ; § 197 NW; Art. 289 GL; § 132 ZG; Art. 374 FR; § 261 SO; § 260 Abs. 2 BS; § 243 BL; Art. 300 SH; Art. 249 Abs. 2 AI; Art. 213 Abs. 2 SG; Art. 148 Abs. 1 GR; § 306 AG; § 169 TG; Art. 380 Abs. 1 TI; 107 VD; Art. 348 VS; Art. 132 NE; Art. 328 GE ; Art. 330 JU.

Befugnis muss richtigerweise als *Bestandteil des Instrumentariums für die Gewährung eines ausgewogenen einstweiligen Rechtsschutzes*[221] und deshalb als Ausfluss des (ungeschriebenen) Zivilrechts aufgefasst werden.[222] Die Verfeinerungsmöglichkeit erlaubt dem Gericht, allfälligen Restzweifeln in bezug auf die Richtigkeit seiner Hauptsache- oder seiner Nachteilsprognose Rechnung zu tragen. Eine Sicherheitsanordnung entfällt, wenn feststeht, dass die Massnahme dem Gesuchsgegner nicht schaden kann. Sie darf nicht prohibitiv sein, und dadurch den Rechtsschutzanspruch der Gesuchstellerin vereiteln. Besteht die Möglichkeit einer Schädigung der Gesuchsgegnerin, soll das Gericht die allfällige Nichtanordnung einer Sicherheitsleistung allerdings begründen.

101. Nach einigen neueren kantonalen Prozessordnungen[223] kann das Gericht vom Erlass einer vorsorglichen Massnahme absehen oder die bereits getroffene Massnahme aufheben, wenn die Gesuchsgegnerin angemessene Sicherheit leistet.[224] Die Ausübung einer solchen Kompetenz muss zivilrechtskonform erfolgen, und insbesondere darf der Gesuchstellerin nicht wider ihren Willen ihren Schutzanspruch «abgekauft» werden; ihrem Rechtsverwirklichungsinteresse ist in erster Linie soweit wie beantragt und zulässig *realiter* zu entsprechen. Wo dennoch Sicherheitsleistung im Einzelfall die adäquate Massnahme ist, muss sie auch *tatsächlich* geleistet werden; Anerbieten genügt nicht.[225] Das Gericht hat den Betrag festzusetzen und der Gesuchsgegnerin Frist zur Leistung anzusetzen mit der Androhung, dass ansonsten eine vorsorgliche Massnahme vollstreckbar werde.[226]

102. In der Massnahmeentscheidung sind Anordnungen bezüglich Vollstrekkung und Prosequierung zu treffen.[227]

---

221 Als geschriebene Grundlage kommt der verallgemeinerungsfähige Art. 28d Abs. 3 ZGB in Frage: «Kann eine vorsorgliche Massnahme dem Gesuchsgegner schaden, so kann der Richter vom Gesuchsteller eine Sicherheitsleistung verlangen.»

222 Unter diesem Gesichtspunkt ist es unbefriedigend, dass das Bundesgericht Streitigkeiten betreffend solche Sicherheitsleistungen nicht als Zivilsachen i.S.v. Art. 68 OG behandelt: BGE 116 II 95 f.; 94 II 109.

223 § 227 Abs. 2 ZH; § 243 Abs. 2 LU; § 181 Abs. 2 SZ; Art. 235 Abs. 3 AR; Art. 213 Abs. 1 SG; Art. 134 NE.

224 Diese ist nicht zum vorneherein auf Geldsicherheit beschränkt.

225 BGE 103 II 294 E. 5; 94 I 14 E. 10; ZR 1978 Nr. 9; gl. A. STRÄULI/MESSMER, § 227 N 2.

226 DAVID, 186. Besteht schon eine Massnahme, besteht die Androhung darin, dass diese weiterhin in Kraft bleibe, bis Sicherheit geleistet sei.

227 So etwa § 228 ZH.

I. Kosten

103. Eine gerechte definitive Regelung der Kostenfolgen des Massnahmeverfahrens kann erst nach Kenntnis vom Ausgang der Hauptsache erfolgen. Viele kantonale Prozessordnungen sehen vor, dass die Kosten unter Vorbehalt des Rückgriffs auf die unterliegende Partei von der Gesuchstellerin bezogen werden.[228] Ein solcher Automatismus wird dem einstweiligen Rechtsschutz als eigenständiger Form der materiellen Rechtswahrung nicht gerecht, wenn ein Hauptsacheverfahren gar nicht durchgeführt wird. Deshalb ist in solchen Fällen die *vorläufige* Kostenfestsetzung durch die Massnahmeinstanz nach den üblichen Grundsätzen der Kostenverteilung vorzuziehen.[229]

228 So § 67 Abs. 4 ZH (dazu ZR 1968 Nr. 41 E. 7; ZR 1976 Nr. 16); § 237 lit. a LU: Überbindung der Gerichtskosten an den Gesuchsteller und Wettschlagung der Parteikosten, alles unter Vorbehalt einer anderen Kostenverlegung im Hauptprozess oder beim Dahinfallen der Massnahmen; Art. 291 GL; Art. 301 SH; Art. 242 Abs. 1 AI; Art. 227 Abs. 1 AR; Art. 109 VD. Vgl. auch SMI 1985, 207.

229 So zu Recht DAVID, 193.

§ 5 *Bestand und Vollzug vorsorglicher Massnahmen*

«Das Recht der Zwangsvollstreckung dient – wie das Prozessrecht überhaupt – der Verwirklichung des materiellen Rechts.»

Walther J. HABSCHEID, ZPR, 578

I. Bestand vorsorglicher Massnahmen

A. Vorbemerkung

104. Die Frage der prozessrechtlichen Wirksamkeit der vorsorglichen Massnahmen ist unter dem Gesichtspunkt ihrer *Bestandeskraft* anzugehen, denn nach verbreiteter Auffassung sind einstweilige Anordnungen der Rechtskraft nicht fähig.[230] Sie haben aber einen zeitlich befristeten rechtlichen Bestand, der sich in vorübergehender Verbindlichkeit und Vollstreckbarkeit äussert.

B. Formelle Rechtskraft

105. Die Annahme *formeller* Rechtskraftfähigkeit vorsorglicher Massnahmen ist zulässig, sofern man sie definiert als der rechtliche Zustand einer Entscheidung, die nicht mehr einer Anfechtung durch ein Rechtsmittel ausgesetzt ist, welches binnen einer Frist zu erheben ist, die mit der Zustellung der Entscheidung zu laufen beginnt (ordentliches Rechtsmittel). Eine Entscheidung über ein Massnahmegesuch wird mit dem unbenutzten Ablauf einer solchen Rechtsmittelfrist formell rechtskräftig; der Zustand hat als *einzige* Konsequenz, dass keine Rechtsmittelfristen (mehr) laufen, die Massnahme also nicht (mehr) an eine Rechtsmittelinstanz weitergezogen werden kann[231]. Das hindert die Massnahmeinstanz nicht daran, auf ihre Entscheidung zurückzukommen, denn für den einstweiligen Rechtsschutz gilt die Parömie *lata sententia iudex iudex esse desinit* nicht.[232] Formelle Rechtskraft steht ebensowenig entgegen, dass die abgewiesene Gesuchstellerin ein neues Gesuch stellt, mit einer Ausnahme: Es ist von Bundesrechts wegen die negative Wirkung der materiellen Rechtskraft – *ne bis in idem* – an formell rechtskräftig abgewiesene Massnahmegesuche anzuknüpfen, was ein neues

---

230 So – statt vieler – GULDENER, ZPR, 583.

231 DAVID spricht (188 nach Anm. 720) vorsorglichen Massnahmen die formelle Rechtskraftfähigkeit ab, mit dem wohl gleichen Ergebnis wie hier.

232 Jede Massnahmeentscheidung soll natürlich im Zeitpunkt ihrer Fällung der dannzumaligen materiellen «Schutzrechtslage» entsprechen.

Gesuch unzulässig macht, wenn es im tatsächlichen *identisch* wie ein früher abgewiesenes ist.[233] Im Falle der Abweisung aus rechtlichen Gründen[234] ist es der Gesuchstellerin aber unbenommen, in einer neuen Eingabe, in der Praxis oft als «Wiedererwägungsgesuch» bezeichnet, zusätzliche rechtliche Argumente zur Unterstützung des identischen Begehrens zu bringen.

106. Wurde der Erlass einer Massnahme abgelehnt, weil die Gesuchstellerin kein hinreichendes Tatsachenfundament hatte glaubhaft machen können, so gilt folgendes:

Echte *nova* dürfen gemäss gefestigter prozessualer Auffassung der zeitlichen Grenzen der Rechtskraft in einem erneuerten Gesuch vorgebracht werden.[235]

Unechte *nova,* deren Vortrag im ersten Gesuch unterblieb, sind nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil sie der Gesuchstellerin damals schon bekannt waren; die Unterlassung ist aber zu begründen und die Begründung bei der Beurteilung des Massnahmeinteresses daraufhin zu würdigen, ob sie mit dem Streben der Gesuchstellerin nach eiligem Erlass einer Massnahme kompatibel ist.[236]

C. Prosequierung vorsorglicher Massnahmen

1. Überblick

107. Jede vorsorgliche Massnahme ist von zeitlich beschränkter Geltung. Entweder ist die Befristung an die Dauer eines parallel laufenden Hauptsacheverfahrens geknüpft, und die Massnahme erlischt, wenn wirksam vollstreckbare Ergebnisse vorliegen;[237] oder sie ist Folge einer gerichtlichen Fristansetzung[238] zu gehöriger Prosequierung oder einer subsidiären gesetz-

233 Gl.A. Präsident des Handelgerichts des Kantons Aargau, SJZ 1968, 43 Nr. 15.

234 So, wenn der Gesuchstellerin vorgehalten wurde, sie habe den Inhalt des in bezug auf ihren Verfügungsanspruch anwendbaren ausländischen Rechts ungenügend nachgewiesen; oder wenn das Gesuch unter Hinweis auf ein (nach Ansicht der Gesuchstellerin) überholtes Präjudiz abschlägig beurteilt wurde.

235 HABSCHEID, ZPR, 293 N 515.

236 Bejahendenfalls ist die Sanktion des späteren (nicht: verspäteten!) Vorbringens lediglich der inzwischen erlittene Zeitverlust des Gesuchstellers.

237 Es ist zu vermeiden, dass eine Rechtsschutzschwächung entsteht, weil die mit der Massnahme angedrohten Vollstreckungssanktionen schärfer als die mit den Rechtsfolgeanordnungen des Hauptsachenurteils verbundenen waren.

238 Vgl. Art. 961 Abs. 3 ZGB, Art. 28e Abs. 2 ZGB – worauf Art. 65 Abs. 4 URG, Art. 59 Abs. 4 MSchG, Art. 14 UWG, Art. 17 Abs. 2 KG, Art. 15 Abs. 1 DSG verweisen (Art. 10 Abs. 1 ToG verweist auf Art. 61–66 URG) – und Art. 77 Abs. 4 PatG (Frist bis zu 30 Tagen) und Art. 45 SortG (Frist bis zu 60 Tagen).

lichen Bestimmung.[239] Befristung und Prosequierungslast sind auseinanderzuhalten.

2. *Prosequierungslast*

a. Bei Erhaltungsmassnahmen

108. Hat die Gesuchstellerin ein fortdauerndes Interesse[240] an der Aufrechterhaltung der sie schützenden Massnahmen, so muss sie den Verfügungsanspruch, sofern dieser nicht bereits rechtshängig ist, fristgerecht in einem Hauptsacheverfahren einklagen.[241] Es liegt nicht an der Gegnerin, die vorsorgliche Massnahme vorerst hinzunehmen und sodann auf deren Aufhebung zu klagen.

109. Hat das Gericht keine Frist angesetzt, so kann jede Partei um Ergänzung des Massnahmedispositivs ersuchen. Art. 28e Abs. 2 ZGB sieht vor, dass ihm unterliegende Massnahmen auch in Ermangelung einer Fristansetzung innert 30 Tagen nach ihrem Erlass von Gesetzes wegen dahinfallen.[242] Das ist eine *verallgemeinerungsfähige subsidiäre Regelung für alle vorsorgliche Massnahmen* des Bundeszivilrechts.[243] Einem Gericht ist es aber nicht verwehrt, nach eigenem Recht[244] eine kürzere Frist anzusetzen.

110. Der Verfügungsanspruch ist vor der hiefür zuständigen Instanz einzuklagen. Das kann die Massnahmeinstanz (nunmehr als Hauptsachegericht),

---

239 Vgl. unten N **109**.

240 Dieses wird entfallen sein, wenn der Gesuchsgegner unter dem Eindruck der erlassenen Massnahmen einem Vergleich zugestimmt hat. Vgl. STAEHELIN/SUTTER, 313 N 27.

241 Im österreichischen Recht spricht man von *Rechtfertigungsklage:* KÖNIG, 80 N 198.

242 In BGE 103 II 73 wurde auf eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde hin eine Massnahmeanordnung aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen, weil eine Fristansetzung i.S.v. Art. 12 aUWG unterblieben war. Heute wäre auf diesen Fall Art. 28e Abs. 2 ZGB kraft der Verweisung des Art. 14 UWG vom 19.12.1986 *direkt* anwendbar.

243 Vorgehen muss die vereinzelt gebliebene Sonderregelung des Art. 45 SortG, der eine Fristansetzung von bis zu 60 Tagen vorsieht.

244 Schlicht von einer Frist sprechen § 228 ZH (aber nach OG ZH in ZR 1986 Nr. 60 Ziff. 3 in der Praxis in der Regel nicht länger als 10 Tage in Persönlichkeitssachen); § 242 LU; Art. 228 UR; § 182 SZ; Art. 375 FR; Art. 212 Abs. 1 SG; Art. 147 Abs. 2 GR; § 305 AG; Art. 381 TI und Art. 313 NE. Von einer *angemessenen* Frist sprechen Art. 330 Abs. 1 BE; § 195 NW; Art. 288 GL; § 131 ZG; § 262 Abs. 1 SO; Art. 249 Abs. 1 AI; Art. 235 Abs. 1 AR und Art. 331 Abs. 1 JU. Nach § 261 Abs. 1 BS ist die Frist «nach den Umständen zu bemessen [...], jedoch so, dass möglichst rasche Erledigung gesichert wird». Art. 330 Abs. 1 GE sieht eine Klagefrist von 30 Tagen bei Zuständigkeit der Genfer Gerichte, Art. 110 VD eine von 30 bzw. 10 Tagen, § 351 VS eine von 10 Tagen und § 244 BL eine von lediglich zwei Tagen vor. Zur praktischen Handhabung dieser Vorschrift STAEHELIN/SUTTER, 313 N 26; HASENBÖHLER, 46.

eine andere Rechtspflegeinstanz im In- oder Ausland oder ein Schiedsgericht sein.

b. Bei Festlegungsmassnahmen

111. Bei Festlegungsmassnahmen entfällt die Notwendigkeit einer Prosequierung, sei es, weil sie zur Unterstützung eines Hauptsacheverfahrens *nebst* diesem erlassen und mit dessen Erledigung hinfällig werden, sei es, weil das Massnahmeverfahren zugleich Hauptsacheverfahren ist,[245] womit spätere Prosequierung sich erübrigt.

c. Folge der nicht gehörigen Prosequierung

112. Wird eine Massnahme nicht gehörig prosequiert, so fällt sie dahin, ohne die Frage, ob sie materiell gerechtfertigt war, für einen Folgeprozess zu präjudizieren. Eine Gesuchstellerin, der die kurze Lebensdauer der erlassenen Erhaltungsmassnahme gedient hat, kann die Prosequierung ohne Rechtsnachteil auf sich ruhen lassen und einer allfälligen Haftungsklage der Gegnerin entgegensehen.

113. Nicht nur die Prosequierungslast, sondern auch das Prosequierungsinteresse entfällt, wenn die Parteien unter dem Eindruck des Ergebnisses des Massnahmeverfahrens ihren Streit durch Vergleich beilegen. In einer solchen Vereinbarung wird sich die vorsichtige Gesuchstellerin die Rechtmässigkeit der erwirkten Massnahmen bestätigen lassen.

II. Aufhebung oder Änderung vorsorglicher Massnahmen

A. Bei veränderten Verhältnissen

114. Den vorsorglichen Massnahmen ist ihre bedingte Bestandeskraft wegen der gegenüber dem ordentlichen Verfahren eingeschränkten Garantien inhärent. Sie können aufgehoben oder geändert werden, wenn sie sich nachträglich als ungerechtfertigt erweisen oder wenn sich die Umstände, die das Gericht seinem Entscheid zugrundelegte, geändert haben.[246] Zu entsprechen-

245 So beim Eheschutz-, Besitzesschutz- und Gegendarstellungsverfahren.

246 Dazu § 227 ZH; Art. 331 BE (auch: «wenn die Gefahr dahingefallen ist») § 238 lit. c LU; § 183 SZ; § 194 Abs. 4 NW; § 133 Abs. 2 ZG; Art. 380 FR; § 263 SO; § 259 Abs. 3 BS; Art. 302 Abs. 3 SH; Art. 240 AI; Art. 228 Abs. 3 AR; Art. 216 SG; Art. 52 Abs. 5 GR; § 307 AG; § 176 Abs. 2 TG; Art. 384 TI; Art. 108 Abs. 3 VD; Art. 352 VS; Art. 133 NE; Art. 335 GE.

dem Gesuch berechtigt sind alle Parteien: Ein *Abänderungsgesuch* zielt auf Anpassung der Massnahme an eine veränderte Rechtsschutzlage; mit einem *Wiedererwägungsgesuch* will die Gesuchstellerin die Glaubhaftigkeit von Verfügungsanspruch bzw. -grund erschüttern oder die Angemessenheit der Massnahme in Frage stellen. Gesuchstellerin in diesem Kontext braucht nicht die Stellerin des ursprünglichen Massnahmegesuches zu sein. Ein Aufhebungsgesuch der Massnahmebegünstigten läuft auf Rückzug des Massnahmeantrags hinaus, was zwecks Schadensminderung sinnvoll sein kann. Für das Abänderungsverfahren gelten die gleichen Grundsätze wie für das vorhergehende Massnahmegesuch. Echte Noven sind unbeschränkt zulässig; unechte Noven auch, denn sind sie geeignet, die Unrichtigkeit einer der materiellen Rechtskraft ohnehin nicht zugänglichen Massnahme zu erstellen, so dürfen auch sie jederzeit vorgebracht werden.[247] Wäre der Gesuchsgegnerin ein früheres Vortragen möglich und zumutbar gewesen, so hat sie immerhin die Folgen der Verzögerung zu vertreten; so kann z.B. die Haftung der Gesuchstellerin für den von der Massnahme verursachten Schaden entfallen oder sich reduzieren.[248]

B. Aufgrund besserer Erkenntnis

115. Darf die zur raschen Beurteilung der Gesuche verpflichtete Massnahmeinstanz hinterher[249] erlangte bessere Einsicht von Amtes wegen umsetzen?[250] Vorschriften, die in diese Richtung weisen, sind etwa Art. 83 Abs. 2 BZP, wonach der Richter von sich aus oder auf Antrag der Parteien auf seinen Entscheid zurückkommen kann, wenn die Umstände sich geändert haben, und § 259 Abs. 3 ZPO BS, der dem Gericht gestattet, eine Massnahme, die sich «später» als ungerechtfertigt erweist, von sich aus[251] oder auf Antrag eines Betroffenen aufzuheben. Eine Massnahmeinstanz darf in jedem Fall die Initiative für die Durchführung eines Wiedererwägungsverfahrens ergreifen,

247 A.A. MEIER, Grundlagen, 257, der nur Tatsachen zulassen will, «die der Begehrenssteller im früheren Verfahren nicht vorbringen konnte.»

248 Zumal Festlegungsmassnahmen nicht in materielle Rechtskraft erwachsen, ist es weder notwendig noch gerechtfertigt, für ihre Abänderung die Revisionsgründe analog anzuwenden (a.A. KAUFMANN, 107).

249 Dieser Zeitpunkt kann nach Eintritt der formellen Rechtskraft liegen. Nur eine Zuständigkeitsverschiebung (oben N **74**) hebt die Abänderungskompetenz der ursprünglichen Massnahmeinstanz auf.

250 Befürwortend SemJ 94 (1972) 121 ff.; HINDERLING/STECK, 545 in Anm. 77; OG ZH, ZR 1981 Nr. 52 E. 1; KassG ZH, ZR 1995 Nr. 19, 64 r.Sp.

251 Das kommt laut STAEHELIN/SUTTER, 314 N 29, in der Basler Praxis freilich kaum vor.

ihre bessere Erkenntnis den Parteien eröffnen und *sie hiezu anhören.*[252] Bleibt sie danach bei ihrer neuen Überzeugung, so muss sie, auch ohne Parteiantrag, die Massnahme entsprechend abändern oder aufheben.

C. Mangels gehöriger Prosequierung

116. Wurde der einer Erhaltungsmassnahme zugrundeliegende Verfügungsanspruch nicht gehörig prosequiert, sei es überhaupt nicht, nicht rechtzeitig, nicht in geeigneter Form, vor einer unzuständigen Instanz, oder mit einer Klage, dessen Streitgegenstand den zu prosequierenden Verfügungsanspruch nicht erfasst, so entfällt die Voraussetzung für den Weiterbestand der Massnahme.

D. Notwendigkeit formeller Aufhebung

117. Mangels ausdrücklicher Befristung[253] bleiben vorsorgliche Massnahmen in Kraft, bis sie aufgehoben oder sistiert werden.[254] Ist die ausdrücklich angesetzte oder die subsidiäre Frist[255] für ihre Prosequierung unbenutzt verstrichen, muss eine Massnahme auf Antrag der interessierten Partei aufgehoben werden. Vor der Abhebung ist jeder davon beschwerten Partei rechtliches Gehör zu gewähren.[256]

III. Vollzug vorsorglicher Massnahmen

118. Im ordentlichen Zivilverfahren werden Sachentscheidungen in der Regel nicht gleich mit Vollstreckungsanordnungen ausgestattet. Hingegen bringt die Gefahr im Verzug, welche die vorsorglichen Massnahmen kenn-

---

252 Im superprovisorischen Verfahren könnte es vorkommen, dass das Gericht zu einer anderen Überzeugung gelangt, *bevor* die Massnahme dem Gesuchsgegner mitgeteilt worden ist. Diesfalls kann die Anhörung auf die Gesuchstellerin beschränkt bleiben.

253 Art. 329 GE sieht eine Verwirkung bei unterlassener Vollstreckung vor: «L'ordonnance qui autorise une mesure provisionnelle est périmée de plein droit si elle n'a pas été mise à exécution dans les 30 jours de sa date.» Ähnlich § 929 Abs. 2 dZPO (Vollstreckungsfrist 1 Monat). Solche Bestimmungen konkretisieren die Wertung, dass wer binnen kurzer Frist die Vollstreckung einer dringlichen Massnahme nicht betrieben hat, wohl kein Interesse (mehr) daran hat.

254 Vgl. § 198 NW; 264 Abs. 2 SO.

255 Vgl. oben N **109**.

256 Sie wird vielleicht den Nachweis rechtzeitiger Prosequierung vor einem Schiedsgericht oder einer ausländischen Instanz erbringen können: TAPPY, 37.

zeichnet, häufig mit sich, dass deren Effektivität nur durch damit verbundene Zwangsandrohung gewährleistet werden kann.

119. Die Zwangsmittel zur Vollstreckung der Realisierung von auf Geldforderungen gerichteten Anordnungen richten sich nach dem SchKG. Bei Befriedigungsmassnahmen in Unterhaltssachen kann als zusätzliche Sanktion Bestrafung wegen Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen (Art. 292 StGB) oder Vernachlässigung von Unterhaltspflichten (Art. 217 StGB) angedroht werden.

120. Die Zwangsmittel zur Vollstreckung von nicht auf die Realisierung von Geldforderungen gerichteten Anordnungen richten sich nach kantonalem Recht. Im Vordergrund stehen die Androhung von Ordnungsbusse[257] oder Ungehorsamstrafe,[258] sowie Ersatzvornahme.[259] Die Ersatzvornahme kann auch in der vorläufigen Abgabe einer Willenserklärung durch die Massnahmeinstanz bestehen; darin liegt die Einlösung eines Realerfüllungsanspruches.[260]

121. Nach Art. 61 BV sind die rechtskräftigen Zivilurteile, die in einem Kanton gefällt werden, in der ganzen Schweiz vollziehbar. Ob auch vollstreckbare Massnahmeanordnungen in Zivilsachen darunter fallen,[261] ist umstritten. Indes gibt es keinen Grund, vorläufige Zivilrechtsfolgen bei der Vollstreckung in der Schweiz anders zu behandeln als definitive. So sieht Art. 28e Abs. 1 ZGB vor, dass vorsorgliche Massnahmen in allen Kantonen wie Zivilurteile vollstreckt werden; die analoge Anwendung dieser Norm auf alle vorsorglichen Massnahmen des Bundeszivilrechts würde deren Vollstreckbarkeit im Inland gewährleisten. Das ist ein bescheidener Schritt verglichen mit dem Ausmass der freien «Zirkulation» von Zivilentscheidungen im Anwendungsbereich des für die Schweiz am 1. Januar 1992 in Kraft getretenen Lugano Übereinkommens.

---

257 Nach kantonalem Ordnungsstrafrecht: vgl. § 306 ZH; § 294 Abs. 2 LU; § 199 NW; Art. 299 OW; § 130 Abs. 1 Z. 1 ZG; § 262 BS; § 245 BL; Art. 297 Bst. b Z. 1 SH; Art. 208 lit. a SG; Art. 353 VS.

258 Nach Art. 292 StGB: vgl. § 306 Abs. 1 ZH, § 294 Abs. 1 LU; § 200a Z. 1 NW; Art. 299 OW; § 130 Abs. 1 Z. 1 ZG; § 262 BS; § 245 Abs. 1 BL und Art. 297 Bst. b Z. 1 SH.

259 Vgl. § 307 ZH; § 295 LU; Art. 297 Bst. d SH; § 200a Z. 2 NW; Art. 300 OW; § 245 Abs. 2 BL.

260 § 308 Abs. 1 ZH und Art. 301 OW. Zu eng für den bundesrechtlichen einstweiligen Rechtsschutz § 296 LU, der verlangt, dass der Eintritt der Rechtskraft abzuwarten sei.

261 Nachweise bei PELET, 101 ff. N 114 ff. Befürwortend nun auch HABSCHEID, ZPR, 583 N 949.

§ 6 *Rechtsmittel gegen Massnahmeentscheide*

«Die Spannung zwischen richtigem Recht und raschem Recht ist ohne Zweifel so alt wie die Justiz überhaupt.»

Robert KEHL, SJZ 74 (1978) 49, l.Sp.

I. Kantonale Rechtsmittel

A. Vorbemerkung

122. Die Kantone können im Rahmen ihrer Verfahrenshoheit Rechtsmittel gegen Entscheidungen betreffend vorsorgliche Massnahmen vorsehen. Auf eine Darstellung der Einzelheiten wird hier verzichtet. Im folgenden sind aber Besonderheiten, die sich aus der Eigenart des einstweiligen Rechtsschutzes ergeben, hervorzuheben.

B. Rechtsmittel gegen den Erlass einer vorsorglichen Massnahme

123. Die Handhabung der Suspensivwirkung von Rechtsmitteln muss mit den Wertungen des einstweiligen Rechtsschutzes im Einklang stehen, um den bundeszivilrechtlichen Anspruch auf sofort vollziehbare Massnahmen nicht zu vereiteln. Bedenken bestehen insbesondere dort, wo die Einlegung eines Rechtsmittels eine Suspensivwirkung *ex lege* auslöst, welche die Massnahmewirkung sofort neutralisiert. Deshalb muss der Massnahmeinstanz schon von Bundesrechts wegen die Befugnis zustehen, einem Rechtsmittel vorbehaltlich der Entscheidung des Rechtsmittelgerichtes die aufschiebende Wirkung zu entziehen.[262] Diese darf sie allenfalls wieder erteilen, aber erst nach Vornahme einer Prüfung der rechtlichen Voraussetzungen der verfügten Massnahme, wie sie bereits der Vorinstanz oblag.

124. Mit dem ausserordentlichen Rechtsmittel der Revision können materiell rechtskräftige Entscheide wegen schwerer Mängel angefochten werden.[263] Ein praktisches Bedürfnis nach Revision von Festlegungsmassnahmen nach rechtskräftiger Erledigung des Hauptprozesses kann sich indes nicht ergeben. War die Massnahme nach Ansicht der Gegnerin während ihrer Geltungsdauer sachlich ungerechtfertigt, so kann sie mit Leistungsklage die

262 So § 275 Abs. 2 ZPO ZH i.d.F. von 24.9.1995.
263 HABSCHEID, ZPR, 468 vor N 771.

ihr allenfalls zustehenden Ausgleichsansprüche verfolgen.[264] Für die vorgängige Revision einer nicht der materiellen Rechtskraft fähigen Massnahme fehlt das Rechtsschutzinteresse.[265]

125. Ist das Massnahmedispositiv nicht klar, oder enthält es einen Irrtum,[266] kann Erläuterung bzw. Berichtigung beantragt werden.

C. Rechtsmittel gegen die Ablehnung eines Massnahmegesuchs

126. Bei Rechtsmitteln gegen Entscheidungen, die ein Massnahmegesuch ablehnen, stellt sich das Problem der Suspensivwirkung nicht. Rechtsmittel gegen die Ablehnung des superprovisorischen Erlasses einer Massnahme sind ebenfalls ohne die vorgängige Anhörung der Gesuchsgegnerin zu beurteilen, um den behaupteten Anspruch der Gesuchstellerin auf ein überfallartiges Vorgehen nicht zum vorneherein zu vereiteln.

II. Eidgenössische Rechtsmittel

A. Berufung

127. Eine kantonale Massnahmeentscheidung soll nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kein Endentscheid im Sinne von Art. 48 Abs. 1 OG sein, weshalb es auf dagegen erhobene Berufungen nicht eintritt. Das Bundesgericht begründet diese Haltung mit der mangelnden positiven Wirkung der materiellen Rechtskraft,[267] die zur Folge habe, dass der Verfügungsanspruch zum Gegenstand eines neuen Verfahrens mit Rechtskraftsfolge gemacht werden kann.[268] Daran ändert nichts, dass das «neue Verfahren» bei Erhal-

---

264 Vgl. BGE 117 II 368 ff. Der Grundsatz *«in praeteritum non vivitur»* verhindert die Rückerstattung zwar nicht (a.a.O. 371); unter Umständen ist es aber aus Billigkeitsüberlegungen zulässig, die Wirkungen der Abänderungsklage nicht auf den Zeitpunkt ihrer Erhebung zurückzubeziehen.

265 A. A. – aber mit dem gleichen Gerechtigkeitsziel vor Augen – KassG ZH, ZR 1990 Nr. 38. Bei Rückforderung von als zu hoch empfundenen Unterhaltsbeiträgen, welche im Scheidungsverfahren dem Ehemann auferlegt wurden, steht nicht der Haftungsgedanke (ZR a.a.O. 67 r.Sp./ 68 l.Sp.), sondern die Figur der ungerechtfertigten Bereicherung im Vordergrund: In bezug auf einen von einem späteren Gericht für übersetzt befundenen Betrag entfällt die *causa*.

266 Nicht zu verwechseln mit dem Fall, wo die betroffene Partei das Dispositiv für das Ergebnis fehlerhafter Rechtsanwendung hält.

267 BGE 116 II 25 E. 1c.

268 BGE 97 II 187 E. 1 mit Hinweisen.

tungsmassnahmen (Prosequierungs- oder Haftungsklage) anders als bei Festlegungsmassnahmen (Ausgleichsklage) geartet ist.[269]

128. Eheschutzmassnahmen, welche im Rahmen einer Zivilrechtsstreitigkeit ergehen[270] und die ihrem Wesen nach nicht nur vorübergehenden Charakter haben,[271] unterliegen ebenfalls nicht der Berufung.[272] Andererseits tritt das Bundesgericht auf Berufungen gegen Gegendarstellungsentscheide ein.[273] Diese Anamolie verschliesst sich befriedigender Begründung. In **BGE 115 II 299** räumte das Bundesgericht ein, dass die unvollständige Abklärung des Sachverhalts nicht das massgebliche Kriterium sei; die Ausnahme beruhe «auf der besonderen Ausgestaltung» vom Rechtsinstitut des Gegendarstellungsrechts und könne nicht verallgemeinert werden. Das überzeugt nicht. Das Institut *ist* gar nicht so singulär, denn nebst Art. 28l Abs. 3 schreibt auch Art. 28l Abs. 3 ZGB vor, der Richter habe unverzüglich aufgrund der verfügbaren Beweismittel zu entscheiden. So muss es aber von Bundesrechts wegen im vorsorglichen Massnahmeverfahren allgemein sein.[274]

B. Nichtigkeitsbeschwerde

129. Kantonale Massnahmeentscheidungen können mit eidgenössischer Nichtigkeitsbeschwerde (Art. 68 ff. OG) angefochten werden.[275] Von den Beschwerdegründen gemäss Art. 68 Abs. 1 OG praktisch bedeutsam sind die Rügen, es sei statt des massgebenden eidgenössischen Rechts kantonales (lit. a) bzw. ausländisches Recht (lit. b) angewendet worden. Der Präsident des Bundesgerichtes kann die aufschiebende Wirkung der Beschwerde anordnen und diese von einer Sicherheitsleistung abhängig machen (Art. 70 Abs. 2 OG). Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde ist kassatorisch (Art. 73 Abs. 2 OG).

---

269 «Der einstweilige Charakter kann verschieden sein, macht den Entscheid aber durchwegs berufungsunfähig»: MESSMER/IMBODEN, 92 Anm. 17. Die Simplifizerung ist unglücklich, weil sie die Realerscheinung der *faktisch* «endgültigen Einstweiligkeit» schlicht übergeht. Vgl. unten N **131**.

270 BGE 115 II 298 E. 2 pr.

271 GULDENER, ZPR, 542 Anm. 11.

272 BGE 115 II 298 ff. E. 2 – die Entscheidung bezog sich ausdrücklich nur auf die Berufungsfähigkeit der eheschutzrichterlichen Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen (a.a.O. 300). Kritisch dazu SANDOZ/POUDRET, JdT 1990 I 322 ff.; VOGEL, ZBJV 1991, 297; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 180 ZGB, N 24 ff.

273 BGE 114 II 386 f.

274 Oben N **78**.

275 Die Nichtigkeitsbeschwerde ist subsidiär zur Berufung (Art. 68 Abs. 1 OG). Beispiele: BGE 113 II 465 ff.; 104 II 56 E. 3; 103 II 71 E. 3; 103 II 3 E. 1; MESSMER/IMBODEN, 178 Anm. 4.

C. Staatsrechtliche Beschwerde

130. Die absolut subsidiäre staatsrechtliche Beschwerde kann gegen eine kantonale Massnahmeentscheidung wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte geführt werden (Art. 84 Abs. 2 OG). Das Bundesgericht behandelt Massnahmeentscheide seit **BGE 118 II 371 E. 1** als Endentscheide i.S.v. Art. 87 OG. Selbst bei Annahme eines Zwischenentscheides – was unlogisch ist, denn sowohl Gutheissung wie Abweisung eines Massnahmegesuches bilden den *Endpunkt* eines in sich geschlossenen Verfahrens – ist die Voraussetzung eines nicht wiedergutzumachenden Nachteils[276] der beschwerten Partei regelmässig erfüllt.[277] Häufig wird die Rüge willkürlicher Rechtsanwendung (Art. 4 BV) erhoben.

III. Fazit

131. Die Rechtsmittelordnung bezüglich vorsorglicher Massnahmen ist auf eidgenössischer Ebene nicht optimal ausgestaltet. Bei der Festsetzung der Bedingungen des Zuganges zum Bundesgericht – dies eine Bemerkung auch zuhanden der Revision des OG – soll dem verfassungsmässigen Anliegen (Art. 114 BV) der einheitlichen Anwendung des Bundeszivilrechts besser Sorge getragen werden. Insbesondere ist das Postulat berechtigt, bereits *de lege lata* vorsorgliche Verfügungen, die eine vorläufig vollstreckbare Befriedigungswirkung haben, als Endentscheide im Sinne von Art. 48 OG zu behandeln.[278]

---

276 Der *nicht* wiedergutzumachende Nachteil als Rechtsmittelvoraussetzung zu unterscheiden von dem *nicht leicht* wiedergutzumachenden Nachteil als materielle Voraussetzung für den Erlass einer Sicherungsmassnahme, BGE 116 Ia 447 E. 2.

277 Sie ist erfüllt, wenn eine Massnahme bloss für die Dauer des Prozesses angeordnet wird, mit dem Endentscheid dahinfällt und deshalb mit diesem nicht mehr angefochten werden kann (BGE 118 II 371 E. 1; 108 II 71 E. 1; 103 II 122 E. 1; 87 I 105; 71 I 386). Sie ist aber auch erfüllt, wenn das Massnahmegericht das Vorliegen eines nicht leicht wiedergutmachenden Nachteils verneint (Nachteil für die Gesuchstellerin) wie auch bejaht (Nachteil für die Gesuchsgegnerin).

278 HOHL, réalisation, 220 N 676.

§ 7 *Haftung für ungerechtfertigte Massnahmen*

> [Dans l'art. 28f al. 1 CC] le législateur a retenu une responsabilité objective simple à connotation acquilienne, en ce sens que le critère de la faute du responsable n'est pas écarté mais est transféré du secteur des conditions de la responsabilité à celui des facteurs de réduction ou de suppression de l'indemnité.
>
> Hubert BUGNON, FS Tercier, 51.

132. Erweist sich eine vorsorgliche Massnahme hinterher als ungerechtfertigt, so stellt sich die Frage nach der Haftung der Gesuchstellerin gegenüber dem Adressaten, der die Massnahme zu seinem Schaden befolgte. Das Bundesrecht kennt mehrere Haftungsnormen, welche diese Verantwortlichkeit regeln. Andererseits enthalten auch kantonale Prozessordnungen spezifische Normen betreffend die Haftung für ungerechtfertigte vorsorgliche Massnahmen.[279] Das Bundesgericht hat diesen bislang weder Gültigkeit abgesprochen noch bezüglich ihrer Ausgestaltung als Verschuldens- oder Kausalhaftungen eingegriffen.[280] Es anerkannt Art. 41 OR als Grundlage für einen Schadenersatzanspruch,[281] in Konkurrenz mit etwaigen «prozessrechtlichen» Haftungnormen, will aber ganz allgemein eine Haftung für prozessuales Verhalten «nur bei sittenwidrigem, absichtlichen oder grob fahrlässigem Verhalten im Sinne von Art. 41 OR» in Frage kommen lassen.[282] Diese Rechtsprechung bezieht sich jedoch auf das zulässige Ausnutzen prozessualer Möglichkeiten in *ordentlichen* Zivilverfahren mit vollen Richtigkeitsgarantien und ist nicht auf die Besonderheiten des Eilverfahrens zugeschnitten.

133. Im Hinblick auf letztere dürfte folgendes ausschlaggebend sein:

Vorsorgliche Massnahmen gelten *qua* gerichtliche Anordnungen *per se* als rechtmässig, bis ihre Unbegründetheit bzw. Unangemessenheit[283] festgestellt ist, was im Hauptsacheverfahren, im Instanzenzug oder vorfrageweise im Rahmen der Beurteilung einer Ausgleichsklage erfolgen kann.

---

279 Nachweise bei VOGEL, ZPR, 333 f. N. 222 ff.

280 Kasuistik: BGE 14, 631; 17, 162; 41 III 132 f.; 47 II 472 f.

281 BGE 117 II 396 E. 3b; 93 II 183 E. 9; 88 II 278 E. 3a.

282 BGE 117 II 396 E. 3b. Die Erwägung fährt fort: «Es widerspräche deshalb einem rechtsstaatlichen Grundprinzip, in jedem objektiv ungerechtfertigten Verfahren einen Haftungstatbestand nach Bundesprivatrecht zu erblicken und an eine lediglich leichtfahrlässige Fehleinschätzung der Rechtslage Schadenersatzfolgen zu knüpfen, welche über die rein prozessualen Folgen einer solchen Einschätzung hinausgehen.»

283 Eine Frage des Grades der Unbegründetheit.

134. Alsdann ist folgendes zu unterscheiden:

Eine **Erhaltungsmassnahme**, die sich als ungerechtfertigt erweist, hat *eo ipso* während ihrer Geltungsdauer eine subjektive Berechtigung beschnitten, was *per se* rechtswidrig ist.[284] War die Rechtsverkürzung adäquat kausal für einen Schaden der Massnahmegegnerin, so ist dieser grundsätzlich zu ersetzen.

Eine **Festlegungsmassnahme**, die sich als ungerechtfertigt erweist, entfällt als gültige *causa* für eine darauf gestützte Vermögensverschiebung und als gültige Rechtfertigung für die sonstige Beeinträchtigung eines Rechtsgutes. Damit erwachsen der Massnahmegegnerin nach Massgabe des Zivilrechts Ausgleichsansprüche, wie etwa auf Ersatz eines erlittenen Schadens, Rückerstattung einer ungerechtfertigten Bereicherung, Herausgabe eines ungerechtfertigten Gewinnes.

135. Bezüglich der Ersetzung eines Schadens ist die Verschuldensfrage zentral. In der Lehre halten zahlreiche Stimmen zu Recht dafür, *dass die Haftung für Schädigung durch ungerechtfertigte Massnahmen nur Zivilrecht unterstehen kann.*[285] Das materielle Bundeszivilrecht stellt eine Auswahl an positivierten Haftungsnormen zur Verfügung:

136. Art. 273 SchKG[286] sieht eine Kausalhaftung wegen ungerechtfertigtem Arrest vor. Im Direktprozess vor dem Bundesgericht nach der Bundeszivilprozessordnung besteht ebenfalls eine volle Kausalhaftung,[287] wenn der Anspruch, für den eine vorsorgliche Verfügung oder eine vorläufige Massnahme getroffen wurde, nicht zu Recht bestand oder nicht fällig war (Art. 84

---

284 GULDENER, ZPR, 582 Anm. 39. A.A. BGE 88 II 261.

285 POUDRET, 1.4.2.12 zu Art. 43 OG; POUDRET/WURZBURGER/HALDY, Art. 107 N 2; PELET, 112 ff.; REYMOND, 391; VOGEL, ZPR, 334 N 223aa; VOYAME, ZSR 1961 II 169 f.; WURZBURGER, ZSR 1975 II 105.

286 Die Vorschrift stellt *materiell* Bundeszivilrecht dar. Sie erfuhr durch die am 1.1.1997 in Kraft getretene Revision lediglich eine Präzisierung bezüglich der Haftung gegenüber Dritten: Art. 273 Abs. 1 SchKG hatte bis 31.12.1996 den Wortlaut: «Der Gläubiger haftet für den aus einem ungerechtfertigten Arrest erwachsenen Schaden und kann zur Sicherheitsleistung verhalten werden», während Art. 273 Abs. 1 revSchKG lautet: «Der Gläubiger haftet sowohl dem Schuldner als auch Dritten für den aus einem ungerechtfertigten Arrest erwachsenen Schaden. Der Richter kann ihn zu einer Sicherheitsleistung verpflichten.»

287 Art. 46 SortG sieht auch eine Kausalhaftung vor: «Der durch vorsorgliche Massnahmen entstandene Schaden ist zu ersetzen, wenn der Anspruch, für den sie bewilligt wurde, nicht bestand.»

Abs. 1 BZP). Die wesentlich jüngere Norm des Art. 28f Abs. 1 ZGB ist jedoch milder:[288]

> «Der Gesuchsteller hat den durch eine vorsorgliche Massnahme entstandenen Schaden zu ersetzen, wenn der Anspruch, für den sie bewilligt worden ist, nicht zu Recht bestanden hat; trifft ihn jedoch kein oder nur ein leichtes Verschulden, so kann das Gericht das Begehren abweisen oder die Entschädigung herabsetzen.»

Noch neueren Datums ist Art. 28a Abs. 1 MMG:[289]

> «Stellt sich heraus, dass dem Antrag auf Verfügung einer vorsorglichen Massnahme kein materiellrechtlicher Anspruch zugrunde lag, so hat der Antragsteller der Gegenpartei für den ihr durch die Massnahme verursachten Schaden Ersatz zu leisten; Art und Umfang des Ersatzes bestimmt das Gericht gemäss Art. 43 des Obligationenrechts.»

137. Die beiden letztgenannten Bestimmungen dürften sich in der Abmilderung reiner Kausalhaftungen durch Einräumung eines gerichtlichen Billigkeitsermessens *materiell* decken.[290] Diese Wertung ist für alle dem Bundeszivilrecht unterworfenen Fälle verallgemeinerungsfähig. Es ist zu erwägen, die als reine Kausalhaftungen ausgestatteten älteren Bestimmungen durch teleologische Reduktion[291] bereits *de lege lata* demselben Massstab anzugleichen.[292]

138. Mit der Billigkeits-Kausalhaftung angemessen erfassen lässt sich auch die Verletzung der Pflicht zur Vollständigkeit beim einseitigen Vortrag im *ex parte*-Verfahren, d.h. die Unterdrückung durch die Gesuchstellerin von Tatsachen, von denen sie nach Treu und Glauben weiss oder annehmen muss, dass sie zu ihren Ungunsten gewertet werden könnte.[293]

---

288 Ähnlich § 230 Abs. 1 ZH in der Fassung vom 13. Juni 1976: «Wenn der Anspruch, für den die vorsorgliche Massnahme getroffen wurde, nicht bestand oder nicht fällig war, so hat der Kläger den durch die Massnahme verursachten Schaden zu ersetzen. Der Richter kann die Ersatzpflicht ermässigen oder gänzlich von ihr entbinden, wenn der Kläger beweist, dass ihn kein Verschulden trifft. Art. 42bis 44 OR finden sinngemäss Anwendung.»

289 In der Fassung gemäss Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994.

290 GI.M. REYMOND, 418: «Le régime de la responsabilité causale atténuée nous semble être celui qui tient le mieux conte des intérêts divergents en présence.» Zu Recht hofft DAVID, 196, «dass der Richter von seinem Ermessen nur zurückhaltend Gebrauch macht, denn es ist stossend, Schäden wegen ungerechtfertigter vorsorglicher Massnahme unersetzt zu lassen, nur weil den Gesuchsteller kein Verschulden trifft.»

291 Dies dürfte auf den ersten Blick im Fall von Art. 273 SchKG problematisch sein, zumal die dort vorgesehene Kausalhaftung soeben eine Teilrevision des ganzen Gesetzes «überstanden» hat. Indes wurde die Frage einer allfälligen Entschärfung der Haftungsbestimmung dem Gesetzgeber offenbar nicht spezifisch vorgelegt.

292 In diesem Sinne modifiziert VERF. seine in Einfluss, N 112 Anm. 296 geäusserte Meinung.

293 Vgl. oben N **87**.

§ 8 *Zusammenfassung und Ausblick*

Accumplescha pazchaint
ils dovairs dal preschaint,
i be lura pousch dir:
«Meis es l'avegnir.»

Peider LANSEL

I. Zusammenfassung

139. Vorsorgliche Massnahmen sind *Zivilrechtsfolgeanordnungen,* die in einem gegenüber dem ordentlichen Zivilverfahren strukturell verkürzten Prozedere zum Zweck der Behebung von **Gefahr in Verzug** erlassen werden.[294] Sie sind eine selbständige Rechtsschutzform, von beschränkter Dauer aber durchaus geeignet, aus sich selbst heraus den Rechtsfrieden wiederherzustellen.[295] Vorsorgliche Massnahmen haben zwei Ausprägungen: Festlegungs-[296] und Erhaltungsmassnahmen.[297]

140. *Erhaltungsmassnahmen* richten sich gegen die Gefährdung der Realverwirklichung einer glaubhaft gemachten subjektiven Berechtigung.[298] Die positivierten Normen des jeweiligen Rechtsgebiets sind im Hinblick auf ihren Sicherungsgehalt fortzudenken.[299]

141. Ein tatsächlicher Zustand kann nicht durch richterliche Massnahme aufrechterhalten werden, ohne dass dabei faktisch eine subjektive Berechtigung zu- oder aberkannt wird, weshalb auch alle Erhaltungsmassnahmen einer Grundlage im materiellen Zivilrecht bedürfen.[300] Zwischen einer Erhaltungsmassnahme und «ihrem» Hauptsacheverfahren besteht eine bedingte Akzessorietät, die sich nur konkretisiert, sofern die Massnahme prosequiert werden muss.[301]

142. Der Erlass von **Festlegungsmassnahmen** hängt entweder von der Rechtshängigkeit eines spezifischen Hauptsacheverfahrens ab oder vollzieht

---

294 N **4**.
295 N **3**.
296 N **9**.
297 N **8**.
298 N **34** ff., **42** ff.
299 N **20**, **41** ff.
300 N **18** ff.
301 N **108**, **112**.

sich in einem selbständigen Verfahren.[302] Gegenstand des Hauptsacheverfahrens ist regelmässig eine Gestaltungsklage auf Schutz, Auflösung oder Abänderung eines Dauerrechtsverhältnisses. Voraussetzung des Erlasses einer Festlegungsmassnahme ist die Notwendigkeit sofortiger Regelung; die Massnahmeinstanz muss unter Berücksichtigung der für das betreffende Dauerverhältnis massgeblichen zivilrechtlichen Wertungen angemessene interimistische Rechtsfolgen festlegen.[303] Festlegungsmassnahmen sind insofern vom Hauptsacheverfahren abhängig, als sie in der Regel nur für dessen Dauer Bestand haben. Durch Festlegungsmassnahme zuerkannte, gefährdete Berechtigungen können ihrerseits Schutzgegenstand von Erhaltungsmassnahmen bilden.

143. Festlegungsmassnahmen haben stets, Erhaltungsmassnahmen haben unter bestimmten Umständen eine *Befriedigungswirkung,* indem sie der Massnahmebegünstigten die vorläufige Erfüllung einer primären Berechtigung verschaffen.[304] Die vorsorgliche Anordnung einer positiven oder negativen Leistungsmassnahme ist bei schützenswertem Interesse der Gesuchstellerin an sofortiger Rechtsverwirklichung und glaubhafter Berechtigung bundeszivilrechtlich zulässig und auch geboten, wo eine weniger einschneidende Massnahme dem Schutzzweck nicht genügt. Die Anordnung einer vorläufig vollstreckbaren Geldzahlung kommt zurzeit einzig in Unterhaltssachen in Frage,[305] währenddem negative Leistungsmassnahmen zur Abwehr von Gefährdungen absoluter und relativer Berechtigungen verbreitet sind.[306]

144. Die Zuständigkeit für den Erlass vorsorglicher Massnahmen richtet sich nach kantonalem Recht unter Vorbehalt der bundesrechtlichen Normen;[307] innerschweizerisch gilt noch immer Art. 59 BV.[308] Die bundesrechtlichen Eingriffe in die sachliche Zuständigkeit haben nicht vollkommen zur gewünschten Konzentration geführt, weil sie die vorsorglichen Massnahmen nicht miterfassen.[309]

145. Das Verfahren zum Erlass vorsorglicher Massnahmen zum Schutz bundeszivilrechtlicher Positionen unterliegt kantonalem Recht im Restbereich, der von der Normierung durch geschriebenes und ungeschriebenes

302 N **37**.
303 N **54** ff.
304 N **10**, **49**.
305 N **59** f.
306 N **49**.
307 § 3.
308 N **69**.
309 N **72**.

Bundeszivilrecht und «Durchsetzungsrecht» verschont geblieben ist.[310] Die Verkürzung gegenüber dem ordentlichen Zivilverfahren besteht quantitativ in Zeit und Aufwand, qualitativ bezüglich Beweismass und Bestandeskraft der Massnahmeentscheidung.[311] Verfügungsgrund,[312] Verfügungsanspruch[313] und Beweismass,[314] Einschränkung der Beweisführung,[315] Summarität der Rechtsanwendung,[316] Inhalt der Massnahme als Zivilrechtsfolge[317] und Anordnung von Sicherheit als zivilrechtliche Ausgleichsmassnahme[318] unterliegen materiellem Zivilrecht.

146. Vorsorgliche Massnahmen sind der materiellen Rechtskraft grundsätzlich nicht fähig; als einzige Ausnahme macht die negative Wirkung der materiellen Rechtskraft die Wiedereinbringung eines formell rechtskräftig abgewiesenen, identischen Gesuchs unzulässig.[319]

147. Die einheitliche Anwendung des vorsorglichen Bundeszivilrechts wäre gefördert, stünde auf eidgenössischer Ebene ein Rechtsmittel mit unbeschränkter Kognition in Rechtsfragen gegen Massnahmeentscheidungen, die sich *de facto* wie Endentscheide auswirken, zur Verfügung.[320]

148. Die Haftung für ungerechtfertigte Massnahmen unterliegt materiellem Zivilrecht.[321] Ungerechtfertigte Erhaltungsmassnahmen lösen eine bundesrechtliche Billigkeits-Kausalhaftung aus.[322] Erweist sich eine Festlegungsmassnahme hinterher als ungerechtfertigt, können schuldrechtliche Ausgleichsansprüche[323] mit Leistungsklage verfolgt werden. Die vorgängige «Revision» des Massnahmeentscheides ist überflüssig, denn es gibt keine materielle Rechtskraft zu beseitigen.[324]

---

310 N **20** ff.
311 Vgl. § 4.
312 N **27** ff.
313 N **38** ff.
314 N **88** ff.
315 N **78**.
316 N **94** ff.
317 N **41**.
318 N **100**.
319 N **105**.
320 N **131**.
321 N **135**.
322 N **136** ff.
323 N **134**.
324 N **124**.

149. *Mutatis mutandis* gelten die nämlichen Überlegungen für vorsorgliche Massnahmen des vorbehaltenen kantonalen Privatrechts[325] und des nach Massgabe des Kollisionsrechts anwendbaren ausländischen Rechts.[326]

II. Ausblick

150. Die Handhabung des vorsorglichen Rechtsschutzes bereitet den Beteiligten *praktische Sorgen.* Für die Gesuchstellerin (und ihre Rechtsvertreterin) stellt sich vorab die Frage des Zugangs zum Richter. Die forensische Tätigkeit ist eine Form von Kommunikation, die zuerst hergestellt werden muss. Dabei wird man vielleicht erfahren, dass der «Audienzrichter» gar keine Audienzen gibt, sondern nur angeschrieben werden darf. Ein solches Schreiben muss, den Umständen angemessen, kurz und konzis sein. Zumal der Richter möglicherweise die Schriften nicht gerade zur Hand hat, aus denen zitiert wird, sollen wichtige Passagen wiedergegeben oder in Kopie beilegt werden.[327]

151. Die eilig angefertigte Eingabe ruft nach einem raschen Beförderungsmittel; es stellt sich die prozessrechtlich noch wenig geklärte Frage der Mitteilung per Telefax. Es gibt Gerichte, die eine solche «Vorabsendung» entgegennehmen; das hilft jedoch nur, wenn sie dann nicht noch auf den physischen Eingang des Originals warten, bevor sie entscheidende Schritte tun. Wichtig ist für das Schicksal eines Massnahmegesuches oft der Wochentag, das sich nähernde Wochenende, nicht unwesentlich auch die Jahreszeit; zu Ferienzeiten sind die gerichtlichen Ressourcen personell reduziert. Diese und andere Hindernisse zu überwinden, verlangt vom Rechtssuchenden Geschick und Beharrungsvermögen.

152. Die angegangene Massnahmeinstanz hat auch eine schwierige Aufgabe. Zwar ist ihr die Würdigung eines Tatsachenvortrages *lege artis* nicht fremd, aber die Anspruchstopographie des einstweiligen Rechtsschutzes ist unvollkommen kartographiert. Vor der Tür drängt der ungeduldige Rechtsvertreter; oben lauert die nächste Instanz. Im einstweiligen Verfahren ist es zwar gestattet, sich zu irren, Entscheidungen rückgängig zu machen; indes sind Kehrtwendungen «kaum dazu angetan, das Vertrauen der Rechtsgenossen in die Justiz zu stärken».[328]

---

325 N **61**.
326 N **62** ff.
327 Soweit nötig in die Verfahrenssprache übersetzt.
328 HASENBÖHLER, Verfügung, 40.

153. Von derartigen Schwierigkeiten darf man sich nicht beeindrucken lassen. Der richtige Umgang mit dem vorläufigen Rechtsschutz muss unbefangener sein. Er hat anzusetzen[329] bei der *Unmittelbarkeit,* welche eine mündliche Audienz beim Massnahmerichter mit sich bringt. Davor, von einem aufsässigen Parteivertreter «überrumpelt» zu werden, fürchten sich *Richterpersönlichkeiten* nicht. Sie anerkennen vielmehr, dass der völlige Rückzug in die Schriftlichkeit dem Massnahmeverfahren zu viel von seiner Dynamik nehmen kann. Diese Dynamik muss durch die **Konzentration** seitens aller Beteiligten, sowohl im Vortrag wie auch in Verfahrensleitung und Entscheidungsfindung, gewahrt werden.

154. Die Praxis der vorsorglichen Massnahmen im schweizerischen Zivilprozess muss sich zu den bereits vereinheitlichten Grundlinien offen bekennen und die dadurch gewonnene Transparenz zu einer gesteigerten Effektivität der Einsatzmöglichkeiten dieser Rechtsschutzform nutzen. Dabei kommt dem Bundesgesetzgeber und der höchsten Gerichtsinstanz eine leitende Rolle zu, aber es sind vor allem die kantonalen Instanzen, welche einen gerechten (und nicht zaghaften) Einsatz der vorsorglichen Massnahmen zu gewährleisten haben. Bei alledem ist und bleibt die Handhabung des einstweiligen Rechtsschutzes, wie die ganze praktische Jurisprudenz, *eine Kunst des Möglichen.*

329 Zumal bei Erhaltungsinteresse.

Literaturverzeichnis

Nur das beigezogene Schrifttum ist hiernach aufgeführt. Weitere Hinweise sind den Schrifttumsverzeichnissen der mit * bezeichneten Werke zu entnehmen.

*ALDER Daniel, Der einstweilige Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Bern 1993

AMONN Kurt/GASSER Dominik, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. A., Bern 1997

ARENS Peter, Verfügungsanspruch und Interessenabwägung beim Erlass vorsorglicher Massnahmen, in: FICKER u.a. (Hrsg.), FS von Caemmerer, Tübingen 1978, 75 ff.

BAUR Fritz, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, Tübingen 1967

BERTI Stephen, «Der Erlass vorsorglicher Massnahmen ohne vorgängige Anhörung der Gegenpartei stellt eine äusserst einschneidende Massnahme dar ...», in: FS David, Zürich 1996, 265 ff. (zit. Erlass)

BERTI Stephen, Zum Einfluss ungeschriebenen Bundesrechts auf den kantonalen Zivilprozess im Lichte der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Zürich 1989 (zit. Einfluss)

BERTI Stephen, Zum Verhältnis zwischen materiellem Recht und Prozessrecht, in: BERTI/KNELLWOLF/KÖPE/WYSS (Hrsg.), Beiträge zu Grenzfragen des Prozessrechts, Zürich 1991, 9 ff. (zit. materielles Recht)

BLUM Rudolf/PEDRAZZINI Mario, Das schweizerische Patentrecht, Kommentar zum BG vom 25. Juni 1954, 2. A., Bern 1975

BRINER Alfred, Vorsorgliche Massnahmen im schweizerischen Immaterialgüterrecht. Ein Überblick über die neuere Entwicklung, SJZ 1982, 157 ff.

BRUNNER Eugen, Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen im gewerblichen Rechtsschutz, SMI 1989, 9 ff.

BUGNON Hubert, Les mesures provisionnelles de protection de la personalité, in: GAUCH/WERRO/ZUFFEREY (Hrsg.), Contributions en l'honneur de Pierre TERCIER pour ses cinquante ans, Fribourg 1993, 35 ff. (zit. FS Tercier)

CHIESA Spartaco, Die vorsorglichen Massnahmen im gewerblichen Rechtsschutz gemäss der Tessiner Prozessordnung, SMI 1989, 27 ff.

COCCHI Bruno/TREZZINI Francesco, Codice di Procedura ticinese annotato, Lugano 1993

CZITRON Michael, Die vorsorglichen Massnahmen während des Scheidungsprozesses unter Berücksichtigung des am 1. Januar 1988 in Kraft getretenen neuen Eherechts, des in Revision begriffenen Scheidungsrechts sowie des Prozessrechts und der Praxis im Kanton Zürich, St. Gallen 1995

*DAVID Lucas, Der Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, in: VON BÜREN/DAVID (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. I/2, Basel/Frankfurt am Main 1992

EDELMANN Andreas, Zur Bedeutung des Bundesrechts im Zivilprozessrecht. Untersucht insbesondere anhand der neuen Aargauischen Zivilprozessordnung, Zürich 1990

EGGER Walter, Probleme des einstweiligen Rechtsschutzes bei auf erstes Verlangen zahlbaren Bankgarantien, SAG 1990, 12 ff.

EICHENBERGER Kurt, Zivilrechtspflegegesetz des Kantons Aargau, Textausgabe mit Kommentar, Aarau/Frankfurt am Main, 1987

GLOOR Alain, Vorsorgliche Massnahmen im Spannungsfeld von Bundesrecht und kantonalem Zivilprozessrecht, Zürich 1982

GREINER JAMETTI Monique, Der vorsorgliche Rechtsschutz im internationalen Verhältnis, ZBJV 1994, 649 ff.

GULDENER Max, Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, ZSR 1961 II 1 ff. (zit. Bundesprivatrecht)

GULDENER Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. A., Zürich 1958; 3. A., Zürich 1979

HABSCHEID Walther J., Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. A., Basel/Frankfurt a.M. 1990

HABSCHEID Walther J., Les mesures provisionnelles en procédure civile: droits allemand et suisse, in: TARZIA (Hrsg.), Les mesures provisoires en procédure civile, Actes du colloque international de Milan 1984, Mailand 1985, 33 ff. (zit. mesures)

HASENBÖHLER Franz, Die provisorische Verfügung nach basellandschaftlichem Zivilprozessrecht, BJM 1976, 1 ff. (zit. Verfügung)

HASENBÖHLER Franz, Verfügungsbeschränkungen zum Schutze eines Ehegatten, BJM 1986 (zit. Verfügungsbeschränkungen)

HAUBENSAK Urs, Die Zwangsvollstreckung nach der zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1975

HENCKEL Wolfram, Prozessrecht und materielles Recht, Göttingen 1970

*HINDERLING Adrian/STECK Daniel, Das schweizerische Ehescheidungsrecht, 4. A., Zürich 1995

HOFSTETTER Karl, Der einstweilige Rechtsschutz im Luzerner Zivilprozess, ZBJV 1983, 393 ff.

HOHL Fabienne, L'exécution anticipée «provisoire» des droits privés, AJP 1992, 576 ff. (zit. exécution)

*HOHL Fabienne, La réalisation du droit et les procédures rapides, Fribourg 1994 (zit. réalisation)

HOHL Fabienne, Le degré de la preuve, in: FS Vogel, Fribourg 1991, 125 ff. (zit. degré)

HOMBURGER Eric, Sicherheitsleistungen, SAG 1983, 81 ff.

HUTH Max Werner, Die vorsorglichen Verfügungen nach baselstädtischem Zivilprozessrecht, Basel 1974

JAUERNIG Othmar, Der zulässige Inhalt einstweiliger Verfügungen, ZZP 1966, 321 ff.

KAUFMANN Martin, Einstweiliger Rechtsschutz. Die Rechtskraft im einstweiligen Verfahren und das Verhältnis zum definitiven Rechtsschutz, Bern 1993

KEHL Robert, Das «summarische rechtliche Gehör», SJZ 1978, 49 ff.

*KONECNY Andreas, Der Anwendungsbereich der einstweiligen Verfügung, Wien 1992

KÖNIG Bernhard, Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren, Wien 1994

KUMMER Max, Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht, Bern 1954 (zit. Klagerecht)

KUMMER Max, Die Vollstreckung des Unterlassungsurteils durch Strafzwang (StGB 292), ZStR 94 (1977) 394 ff. (= FS Hans SCHULTZ) (zit. Vollstreckung)

KUMMER Max, Grundriss des Zivilprozessrechts nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4. A., Bern 1984 (zit. ZPR)

LEUCH Georg, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 3. A., Bern 1956, Nachdruck 1985

LEUCH Georg/MARBACH Omar/KELLERHALS Franz, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 4. A., Bern 1995

LUETHI Andreas, Der Einbezug von Dritten in vorsorgliche Massnahmen und in die Zwangsvollstreckung nach kantonalem Recht, Zürich 1986

MATILE Jacques, Les mesures ordonnant l'exécution et la garantie d'obligations de «donner», JdT 1957 III 98 ff.

MEIER Isaak, Einstweiliger Rechtsschutz im Aktienrecht, in: MEIER/RIEMER/WEIMAR (Hrsg.), FS Walder, Zürich 1994, 67 ff. (zit. Rechtsschutz)

MEIER Isaak, Privatrecht und Prozessrecht, eine Untersuchung zum schweizerischen Recht unter Einbezug des deutschen Rechts, in: SCHLOSSER (Hrsg.), Materielles Recht und Prozessrecht und die Auswirkungen der Unterscheidung im Recht der internationalen Zwangsvollstreckung, Bielefeld 1992, 1 ff. (zit. Privatrecht)

MEIER Isaak, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, Zürich 1983 (zit. Grundlagen)

MEISTER Christian, Vorsorgliche Massnahmen bei immobiliarsachenrechtlichen Streitigkeiten, Zürich 1977

MING Hans Peter, Die vorsorglichen Massnahmen im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Zürich 1969

MÜLLER Jürg, Zur einstweiligen Verfügung im Immaterialgüterrecht, ZBJV 1983, 30 ff.

ORLANDO Danilo, Beweislast und Glaubhaftmachung im vorsorglichen Rechtsschutz. Gedanken zu einem Entscheid des Bundesgerichtes, SJZ 1994, 89 ff.

PEDRAZZINI Mario, Vorsorgliche Massnahmen im Immaterialgüterrecht, SJZ 1983, 160 ff.

*PELET Vincent, Mesures provisionnelles: Droit fédéral ou cantonal?, Lausanne 1987

*PORTMANN, Wolfgang, Wesen und System der subjektiven Rechte, Zürich 1997

POUDRET Jean-François/WURZBURGER Alain/HALDY Jacques, Procédure civile vaudoise, 2. A., Lausanne 1996

PREST Colin, Interlocutory Interdicts, Cape Town 1993

REYMOND Jean-Marc, Mesures provisionnelles injustifiées ou effet suspensif en cas de recours infondé: quelle responsabilité? In: RAPP/JACCARD (Hrsg.) Le Droit en action, Lausanne 1996, 385 ff.

RÖDIG Jürgen, Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, Berlin/Heidelberg/New York 1973

SCHENKER Urs, Die vorsorgliche Massnahme im Lauterkeits- und Kartellrecht, Zürich 1985

SCHLOSSER Peter, Einstweiliger Rechtsschutz und materielles Zwischenrecht – ein Gegensatz? in: GERHARDT u.a. (Hrsg.), FS Henckel, Berlin/New York 1995, 737 ff.

STAEHLEIN Adrian/SUTTER Thomas, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft unter Einbezug des Bundesrechts, Zürich 1992

STEIGER VON Fritz, Vorsorgliche Verfügungen in Handelsregistersachen, SJZ 1972, 121 ff.

STEIN Friedrich/JONAS Martin/BREHM Wolfgang/GRUNSKY Wolfgang/MÜNZBERG Wolfgang, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21. A., Bd. 7, Teilband 1, §§ 864–945 ZPO, Tübingen 1996 (zit. STEIN/JONAS/BEARBEITER)

STRÄULI Hans/MESSMER Georg, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich 1982

TAPPY Denis, Quelques aspects de la procédure de mesures provisonnelles, spécialement en matière matrimoniale, JdT 1994 III 34 ff.

TERCIER Pierre, Le nouveau droit de la personnalité, Zürich 1984

TROLLER Alois, Die Schadenersatzpflicht wegen unbegründeter vorsorglicher Massnahme, SJZ 1947, 22 ff. (zit. Schadensersatzpflicht)

TROLLER Alois, Immaterialgüterrecht, Patentrecht, Markenrecht, Urheberrecht, Muster- und Modellrecht, Wettbewerbsrecht, Bd. II, 3. A., Basel 1985 (zit. Handbuch)

TROLLER Patrick, Die einstweilige Verfügung im Immaterialgüterrecht, in: Richter und Verfahrensrecht, 150 Jahre Obergericht Luzern, Festgabe, Bern 1991 (zit. Verfügung)

VOGEL Oscar, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. A., Bern 1995 (zit. ZPR)

VOGEL Oscar, Probleme des vorsorglichen Rechtsschutzes, SJZ 1980, 89 ff. (zit. Probleme)

WALDER-BOHNER Hans Ulrich, Prozessuales zum Fall Rey c. TAT, SJZ 1977, 281 ff. (zit. Prozessuales)

WALDER-RICHLI Hans Ulrich, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung anderer Zivilprozessordnungen, 4. A., Zürich 1996 (zit. ZPR)

*WALKER, Wolf-Dietrich, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren, Tübingen 1993

WALTER Gerhard, Die internationale Zuständigkeit schweizerischer Gerichte für «vorsorgliche Massnahmen» – oder: Art. 10 IPRG und seine Geheimnisse, AJP 1992, 61 ff. (zit. AJP 1992)

WALTER Gerhard, Vorsorglicher Rechtsschutz in der Schweiz, in HELDRICH/UCHIDA, FS Nakamura, Kyoto 1996, 657 ff. (zit. Rechtsschutz)

WALTER Hans Peter, Bundesrecht und kantonales Zivilprozessrecht. Tendenzen der Rechtsprechung. BJM 1995, 281 ff.

*WIECZOREK Bernhard/SCHÜTZE Rolf A., Zivilprozessordnung und Nebengesetze. Grosskommentar 3. A., 5. Bd. Bearbeitet von THÜMMEL Roderich C./WEBER Helmut/SCHÜTZE Rolf A./SCHREIBER Klaus, Berlin/New York 1995 (zit. WIECZOREK/SCHÜTZE/Bearbeiter)

WURZBURGER Alain, La violation du droit fédéral dans le recours en réforme au Tribunal fédéral, ZSR 1975 II 77 ff.

ZIEGLER Martin, «Sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei» (Aspekte des Superprovisoriums), SJZ 1990, 320 ff.