



**Universität  
Zürich<sup>UZH</sup>**

**Rechtswissenschaftliches Institut**

---

# **Zivilverfahrensrecht HS 2021**

## **Einstweiliger Rechtsschutz**

Prof. Dr. iur. Tanja Domej



**Universität  
Zürich<sup>UZH</sup>**

**Rechtswissenschaftliches Institut**

# Vorsorgliche Massnahmen (ZPO 261 ff.)



## Vorsorgliche Massnahmen – Übersicht

- Grundlagen
- Voraussetzungen
- Inhalt
- Prosequierung
- Schadenersatz bei ungerechtfertigten vorsorglichen Massnahmen
- Verfahren
- Rechtsmittel
- Superprovisorische Massnahmen
- Massnahmen gegen Medien



## Vorsorgliche Massnahmen – Grundlagen

- Zwecke
  - zeitgerechte Rechtsverwirklichung
  - effektiver Schutz subjektiver Rechte
  - prozesstaktische Zwecke
- Anwendungsbereich von ZPO 261 ff.
  - Ansprüche, die nicht auf Geldleistung gerichtet sind – Abgrenzung zum Arrest
  - sinngemässe Geltung für die vorsorgliche Beweisführung (ZPO 158 II)
  - Spezialbestimmungen in der ZPO (z.B. ZPO 276) oder in anderen Erlassen (z.B. PatG 77)
  - Verhältnis der Bestimmungen zueinander jeweils im Einzelfall zu klären



## Vorsorgliche Massnahmen – Voraussetzungen

- Überblick
  - Verfügungsanspruch (ZPO 261 I a)
  - Verfügungsgrund
    - Verletzung oder drohende Verletzung des Verfügungsanspruchs (ZPO 261 I a)
    - drohender nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil (ZPO 261 I b)
    - Dringlichkeit
  - ggf. Anordnung nur gegen Sicherheitsleistung (ZPO 264 I)
  - ggf. Abwendung durch Sicherheitsleistung (ZPO 261 II)



## Vorsorgliche Massnahmen – Voraussetzungen

- Verfügungsanspruch (ZPO 261 I a):  
Leistungs-, Feststellungs- oder Gestaltungsanspruch
  - Geldleistung: nur, soweit gesetzlich vorgesehen (ZPO 262 e; vgl. z.B. ZPO 303 I)
- Verfügungsgrund (1) (ZPO 261 I a)
  - Erstbegehungs-/Wiederholungsgefahr:
    - objektivierter Massstab; theoretische Möglichkeit einer Verletzung genügt nicht
    - Verletzungshandlung indiziert grundsätzlich Wiederholungsgefahr
      - Beseitigung der Vermutung durch Abstandserklärung



## Vorsorgliche Massnahmen – Voraussetzungen

- Verfügungsgrund (2): drohender nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil (ZPO 261 I b)
  - nicht oder nicht vollständig/vollwertig durch Geld auszugleichen

**Beispiel:** A hat ein Gemälde an B verkauft, aber noch nicht übergeben. Dann schliesst A einen weiteren Kaufvertrag über dasselbe Gemälde mit C. B will erreichen, dass dem A die Verfügung über das Gemälde verboten wird – damit er seinen Anspruch auf Realerfüllung des Kaufvertrags durchsetzen kann.
  - bei Ansprüchen auf Realleistung: Surrogat (z.B. Schadenersatz als Möglichkeit der Wiedergutmachung?)
  - Abwägung zwischen dem drohenden Nachteil für die gesuchstellende Partei und dem drohenden Nachteil für die Gegenpartei? (ablehnend unter der ZPO BGE 139 III 86)
  - anders z.T. frühere Praxis (BGE 131 III 473; BGer 4A\_367/2008)



## Vorsorgliche Massnahmen – Voraussetzungen

- Verfügungsgrund (3): Dringlichkeit
  - bei Abwarten des Hauptsacheentscheids träte der drohende Nachteil ein
    - objektive Dringlichkeit: akute Gefährdungslage (nicht bloss subjektives Empfinden)
    - «relative» Dringlichkeit: nicht durch Zuwarten der gesuchstellenden Partei entstanden (abgeleitet aus Rechtsmissbrauchsverbot)
  - Kriterium: Hätte ein «rechtzeitig» eingeleitetes Hauptsacheverfahren rascher zum Ziel geführt als das nunmehr eingeleitete Massnahmeverfahren?



## Vorsorgliche Massnahmen – Voraussetzungen

- Glaubhaftmachung von Verfügungsanspruch (Hauptsacheprognose) und Verfügungsgrund (Nachteilsprognose)
  - Glaubhaftmachung der relevanten Tatsachen
    - das Gericht ist aufgrund objektiver Gesichtspunkte der Ansicht, dass sich die Tatsache so verwirklicht hat, selbst wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass es anders gewesen sein könnte (BGE 139 III 86)
  - summarische Prüfung der Rechtslage



## Vorsorgliche Massnahmen – Voraussetzungen

- ggf. Sicherheitsleistung der gesuchstellenden Partei (ZPO 264 I)
- ggf. Abwendung durch Leistung einer angemessenen Sicherheit (ZPO 261 II)
  - praktische Relevanz gering – hauptsächlich zur Widerlegung von Solvenzproblemen
  - auch Aufhebung bei nachträglicher Sicherheitsleistung möglich



## Vorsorgliche Massnahmen – Inhalt

- Geeignetheit der vorsorglichen Massnahme (ZPO 262 – Ingress)
  - Massnahme muss geeignet sein, den nicht wiedergutzumachenden Nachteil abzuwenden
  - Verhältnismässigkeit: von mehreren geeigneten Massnahmen ist jene zu wählen, die den Gesuchsgegner am wenigsten belastet
- nicht abschliessender Katalog denkbarer Massnahmen nach Art. 262 ZPO
  - Sicherungsmassnahmen → Sicherstellung der späteren Vollstreckung
  - Regelungsmassnahmen → Rechtsfrieden in Dauerrechtsverhältnissen
  - Leistungsmassnahmen → (vorläufige) Befriedigung der gesuchstellenden Partei



## Vorsorgliche Massnahmen – Prosequierung

- vorsorgliche Massnahmen vor Rechtshängigkeit: gerichtliche Prosequierungsfrist (ZPO 263)
  - Dahinfallen der Massnahme, wenn die Frist ungenützt verstreicht
  - Hintergrund
    - keine vollständige Prüfung der tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen im Massnahmeverfahren
    - dienende Funktion des Massnahmeverfahrens
  - wohl: Berücksichtigung der Gerichtsferien (ZPO 145) (vgl. BGE 138 III 615)
  - bei vorläufiger Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts: ZGB 961 III (BGE 143 III 554)
    - materiellrechtliche Frist, keine Geltung der Gerichtsferien
  - Erstreckbarkeit der Prosequierungsfrist (auch bei ZGB 961 III)



## Vorsorgliche Massnahmen – Schadenersatz

- Schadenersatzpflicht des Gesuchstellers bei ungerechtfertigten vorsorglichen Massnahmen (ZPO 264 II)
  - Schaden
  - ungerechtfertigte Massnahme
    - fehlender Verfügungsanspruch
    - fehlender Verfügungsgrund
  - Kausalzusammenhang
  - nicht erforderlich: Verschulden (Kausalhaftung)
    - möglich aber: Herabsetzung der Ersatzpflicht oder gänzliche Befreiung bei Entlastungsbeweis
- Sicherheitsleistung (ZPO 264 I, III)
  - Freigabe, wenn keine Schadenersatzklage erhoben wird



## Vorsorgliche Massnahmen – Verfahren

- Zuständigkeit
  - internationale Zuständigkeit nach dem LugÜ
    - Anwendbarkeit des LugÜ
      - Verfügungsanspruch fällt in den sachlichen Anwendungsbereich des LugÜ
      - räumlich-persönliche Anwendbarkeit des LugÜ
    - (potenzielles) Hauptsachegericht
      - Wahlfreiheit zwischen allen potenziellen Hauptsachegerichtsständen auch noch nach Rechtshängigkeit des Hauptsacheverfahrens?
    - nationale Massnahmegerichtsstände (LugÜ 35)
      - auch «exorbitante» Gerichtsstände
      - Voraussetzung: «reale Verknüpfung» («Van Uden»-Rspr. des EuGH)
        - vollstreckungsbezogener Zusammenhang – Staat, in dem die Massnahme vollzogen werden soll und kann
      - in der Schweiz: IPRG 10 (potenzielle Hauptsachegerichtsstände des IPRG und Vollstreckungsort)



## Vorsorgliche Massnahmen – Verfahren

- internationale und örtliche Zuständigkeit nach dem IPRG
  - am Hauptsachegerichtsstand oder am Vollstreckungsort (IPRG 10)
- örtliche Zuständigkeit in Binnenfällen
  - zwingend am Hauptsachegerichtsstand oder am Vollstreckungsort (ZPO 13)
- Gerichtsstandsvereinbarung
  - Zuständigkeit eines prorogierten Gerichts (auch) für Massnahmeverfahren
  - Derogation eines Hauptsachegerichtsstands umfasst im Zweifel auch Zuständigkeit für Massnahmeverfahren
  - keine Derogation des Massnahmegerichtsstands am Vollstreckungsort
- Verlust des Wahlrechts zwischen potenziellen Hauptsachegerichtsständen nach Rechtshängigkeit der Hauptsache?



## Vorsorgliche Massnahmen – Verfahren

- Sachliche und funktionelle Zuständigkeit
  - Einzelgericht des Bezirksgerichts (GOG § 24 c)
  - bei Zuständigkeit einer einzigen kantonalen Instanz oder des Handelsgerichts: [i.d.R.] Einzelgericht des Handelsgerichts (ZPO 5 II und ZPO 6 V i.V.m. GOG § 45 b)
- summarisches Verfahren (ZPO 248 d)
- Änderung und Aufhebung (ZPO 268 I)
  - Änderung der Umstände
  - ungerechtfertigte Massnahme
- Dahinfallen mit Rechtskraft des Hauptsacheentscheids (ZPO 268 II)



## Vorsorgliche Massnahmen – Rechtsmittel

- Berufung
  - verkürzte Frist – zehn Tage (ZPO 314 I)
  - keine Anschlussberufung (ZPO 314 II)
  - keine aufschiebende Wirkung, soweit kein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (ZPO 315 IV, V)
- Beschwerde
  - verkürzte Frist – zehn Tage (ZPO 321 II)
- Revision?
  - i.d.R. nicht nötig, da Massnahmeentscheide erleichtert abänderbar (ZPO 268)
  - Ausnahme: Leistungsmassnahmen, die nicht rückwirkend abgeändert werden können



## Vorsorgliche Massnahmen – Rechtsmittel

- Beschwerde an das Bundesgericht
  - Anfechtungsobjekt
    - Endentscheid: eigenständiges Verfahren (BGer: Eheschutz, vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren, Arrest)
    - Zwischenentscheid: vor oder während eines Hauptverfahrens selbstständig eröffnete Massnahmeentscheide, die nur für die Dauer des Hauptverfahrens Bestand haben bzw. unter der Bedingung stehen, dass ein Hauptverfahren eingeleitet wird
      - Anfechtung nur nach Massgabe von BGG 93 I a
  - Rügen: Beschränkung auf die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten (BGG 98)



## Superprovisorische Massnahmen (ZPO 265)

- Begriff: vorsorgliche Massnahme ohne Anhörung der Gegenpartei (ZPO 265 I)
- Voraussetzungen
  - allgemeine Voraussetzungen für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme
  - erhöhte Anforderungen an den Verfügungsgrund: besondere Dringlichkeit, insb. Vereitelungsgefahr
    - z.B.: unmittelbar bevorstehender Markteintritt bei Immaterialgüterrechtsverletzungen
    - z.B.: drohender Ablauf der Eintragsfrist beim Bauhandwerkerpfandrecht
  - Glaubhaftigkeit des Verfügungsgrunds nicht leichthin anzunehmen



## Superprovisorische Massnahmen (ZPO 265)

- Besonderheiten des Verfahrens
  - amtswegige Verpflichtung zur vorgängigen Sicherheitsleistung möglich (ZPO 265 III)
  - Möglichkeit einer Schutzschrift nach ZPO 270 bei potenziellen Massnahmegerichten
  - Vorgehen bei Gutheissung: mündliche Verhandlung oder schriftliche Stellungnahme der Gegenpartei; dann Bestätigung des Superprovisoriums oder Abweisung im Massnahmeentscheid (ZPO 265 II)
  - Abweisung: ebenfalls kontradiktorisches Massnahmeverfahren, da der superprovisorische Antrag den Antrag auf vorsorgliche Massnahmen beinhaltet (?)
  - BGer: kein Rechtsmittel gegen Entscheid über Superprovisorium (weder bei Gutheissung noch bei Abweisung)



## Massnahmen gegen periodische Medien (ZPO 266)

- Hintergrund
- periodisch erscheinendes Medium
  - an die Öffentlichkeit gerichtetes Informationsübertragungsmittel, das sich in regelmässigen Abständen an einen unbestimmten bzw. offenen Empfängerkreis richtet
- Höhere Anforderungen an Verfügungsgrund und Verfügungsanspruch
  - drohender besonders schwerer Nachteil (lit. a)
  - offensichtlich fehlender Rechtfertigungsgrund (lit. b)
  - Massnahme nicht unverhältnismässig (lit. c)
- erhöhtes Beweismass?
- bei superprovisorischen Massnahmen: zusätzliche Berücksichtigung von ZPO 265
- Reformdiskussion (mit offenem Ausgang)