

Kein Rechtsmittel an das Bundesgericht gegen Abweisung superprovisorischer Massnahmen

Art. 265 ZPO CH; Art. 76 Abs. 1 lit. b und Art. 104 BGG

Grundsätzlich besteht kein Rechtsmittel an das Bundesgericht gegen Entscheide über superprovisorische Massnahmen, da es an der Ausschöpfung des kantonalen Instanzenzugs fehlt. Vor Ergreifen eines Rechtsmittels an das Bundesgericht muss das kontradiktorische Verfahren vor dem Massnahmerichter gemäss Art. 261 ff. ZPO CH durchlaufen werden. [164]

BGer 4A_577/2011 vom 4. Oktober 2011 (BGE 137 III 417); vgl. HGer ZH, Entscheidung vom 2. November 2011 (ZR 2011, 305), ius.focus 2012, Nr. 165

Die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin hatten ein mehrjähriges Roaming-Agreement geschlossen, welches der Beschwerdeführerin ermöglichte, ihren Kunden Mobilfunkverbindungen zur Verfügung zu stellen. Die Beschwerdegegnerin hatte das Roaming-Agreement im April 2011 vorzeitig auf den 30. August 2011 gekündigt. In der Folge war das Kündigungsdatum einvernehmlich bis 30. September 2011 verlängert worden, und die Parteien hatten Gespräche im Rahmen eines vertraglich vorgesehenen Streitbeilegungsverfahrens geführt. Am 16. September 2011 hatte die Beschwerdeführerin beim Handelsgericht des Kantons Zürich beantragt, der Beschwerdegegnerin vorsorglich zu verbieten, die Folgen der Kündigung ab 1. Oktober 2011 eintreten zu lassen. Mit Entscheid vom 19. September 2011 hatte der Massnahmenrichter das Gesuch um ein Superprovisorium abgewiesen, es aber als Massnahmegesuch entgegengenommen.

Gegen diesen Entscheid erhob die Beschwerdegegnerin am 20./21. September 2011 Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht. Sie beantragte, den Entscheid des Massnahmenrichters aufzuheben und der Beschwerdegegnerin vor dem 30. September 2011 superprovisorisch zu verbieten, die Folgen der Kündigung ab dem 1. Oktober 2011 bis zur Einreichung einer Klage wegen Vertragsverletzung und deren rechtskräftiger Entscheidung eintreten zu lassen. Eventualiter sei die Vorinstanz anzuweisen, im beantragten Sinn zu verfügen.

Am 23. September 2011 wies das Bundesgericht zunächst das Gesuch um Erlass einer superprovisorischen Massnahme ab. In der Folge fällte es am 4. Oktober 2011 einen Nichteintretensentscheid. Einleitend führte es aus, es sei fraglich, ob überhaupt ein aktuelles Rechtsschutzinteresse bestehe, da dem Antrag auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme vor dem 30. September 2011 gar nicht mehr entsprochen werden könne. Diese Frage könne aber offenbleiben, weil die Zulässigkeit der Beschwerde bereits aus anderen Gründen zu verneinen sei.

Namentlich fehle es bei Entscheiden über superprovisorischen Massnahmen an der Beschwerdevoraussetzung der Ausschöpfung des kantonalen Instanzenzugs. Ein Entscheid sei nur kantonal letztinstanzlich, wenn kein kantonales Rechtsmittel mehr zur Verfügung stehe. Gemäss langjähriger Praxis sei der Begriff des Rechtsmittels weit zu verstehen und umfasse jeden Rechtsbehelf, der dem Beschwerdeführer einen Anspruch auf einen Entscheid der angerufenen Behörde gebe und geeignet sei, den behaupteten rechtlichen Nachteil zu beseitigen. Aus diesem Grund müsse der Beschwerdeführer vor Ergreifung eines Rechtsmittels an das Bundesgericht das kontradiktorische Verfahren vor dem Massnahmenrichter durchlaufen. Ziel des Massnahmeverfahrens – auf welches die Vorschriften des summarischen Verfahrens anzuwenden sind – sei, dass dieses rasch vorangetrie-

ben und abgeschlossen werde. Deshalb sei die Regel, wonach das Gericht bei Anordnung einer superprovisorischen Massnahme die Gegenpartei unverzüglich anzuhören und danach auch unverzüglich zu entscheiden habe (Art. 265 Abs. 2 ZPO CH), auch bei Ablehnung derselben anzuwenden. Diese Rechtsprechung stehe im Einklang mit der ZPO CH, welche keine Rechtsmittel gegen kantonal erstinstanzliche Entscheide über superprovisorische Massnahmen zur Verfügung stelle und auch keine Ausnahme für den Fall der Ablehnung des Superprovisoriums vorsehe. Zudem sei in diesen Fällen eine Beschwerde an das Bundesgericht auch deshalb nicht gegeben, weil es im Allgemeinen an einem Rechtsschutzinteresse fehle (Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG). Das Beschwerdeverfahren könne nämlich in der Regel nicht rechtzeitig genug abgeschlossen werden, um der behaupteten Dringlichkeit Rechnung zu tragen. Das Rechtsschutzinteresse könne auch nicht darin erblickt werden, dass der Beschwerdeführer beim Bundesgericht eine superprovisorische Massnahme verlangen könnte (Art. 104 BGG). Einerseits würde damit der Entscheid in der Sache selbst vorweggenommen, und andererseits sei es nicht Aufgabe des Bundesgerichts, von der Vorinstanz noch nicht geprüfte Voraussetzungen des Massnahmebegehrens nach Art. 261 f. ZPO CH als erste Instanz anstelle des zuständigen Massnahmenrichters zu prüfen.

Kommentar

Das Bundesgericht nahm den vorliegenden Fall zum Anlass, seine langjährige Rechtsprechung zur Anfechtbarkeit kantonal erstinstanzlicher Entscheide über superprovisorische Massnahmen nun auch unter der Geltung der ZPO CH zu bestätigen. Der Entscheid ist zu begrüßen. Die bundesgerichtliche Auffassung harmonisiert mit der ZPO CH, welche sowohl gegen den erstinstanzlichen Erlass als auch die Abweisung einer superprovisorischen Massnahme kein Rechtsmittel vorsieht. Die ZPO CH sieht erstinstanzlich ein zweistufiges Verfahren vor, wonach zunächst ein Entscheid über den Dringlichkeitsantrag gefällt und nach Anhörung der Parteien über das Massnahmebegehren entschieden wird. Erst dieser Massnahmeentscheid ist entweder mit Berufung oder Beschwerde an die obere kantonale Instanz anfechtbar. Als Konsequenz erfüllt erst deren Entscheid (bzw. vorliegend der kontradiktorisch ergangene Massnahmeentscheid des als einzige kantonale Instanz tätigen Handelsgerichts) die Voraussetzung der Ausschöpfung des kantonalen Instanzenzugs.