

Einstweiliger Rechtsschutz in der Schweiz

von Dr. Reinhard Nacke, RA und FA für Steuerrecht, FPS Rechtsanwälte & Notare, Düsseldorf, Ralf-Thomas Wittmann, RA, Grooterhorst & Partner Rechtsanwalts-gesellschaft mbB, Düsseldorf, Dr. Thomas Weibel, LL.M., RA, Vischer AG, Zürich, Sandra Altherr, RA'in, Vischer AG, Zürich

A. Einleitung

Zwischen der Einleitung eines Zivilprozesses und seiner Erledigung über mehrere Instanzen können auch in der Schweiz mitunter Jahre vergehen. Diese Zeitverzögerung kann ohne weiteres dazu führen, dass das Prozessergebnis für die rechtssuchende Partei weitgehend wertlos ist, da die Güter, welche durch Einleitung eines Verfahrens hätten geschützt werden sollen, im Urteilszeitpunkt nicht mehr von Relevanz sind oder das vollstreckbare Vermögen des Schuldners nicht mehr zur Verfügung steht.

Dieser Problematik wirkt der sogenannte vorsorgliche Rechtsschutz entgegen. Die Konstellationen, in welchen Maßnahmen des vorsorglichen Rechtsschutzes angezeigt sind, können naturgemäß nicht abschließend aufgezählt werden. Im Allgemeinen liegt einer vorsorglichen Maßnahme zumeist eine der folgenden drei Motivationen zugrunde: Wahrung eines bestehenden – und gefährdeten – Zustands für die Dauer eines Gerichtsverfahrens, Verbot einer unmittelbar bevorstehenden schädigenden Handlung oder Beweissicherung. Zum vorsorglichen Rechtsschutz im weiteren Sinne ist daneben nach schweizerischem Verständnis auch das vorprozessuale Beweissicherungsverfahren zu zählen.

Die Begriffe einstweiliger, vorsorglicher oder provisorischer Rechtsschutz werden in der Praxis synonym verwendet. Für die Zwecke des vorliegenden Artikels wird vom vorsorglichen Rechtsschutz gesprochen.

Ganz grundsätzlich ist hervorzuheben, dass Schweizer Gerichte vorsorglichen Rechtsschutz nicht leichtfertig, sondern nur nach sorgfältiger Prüfung der Voraussetzungen anordnen. Dies insbesondere deshalb, da eine sich im Nachhinein als ungerechtfertigt erweisende Maßnahme dem Antragsteller erheblichen Schaden zufügen kann.

B. Die Rechtslage

I. Voraussetzungen des vorsorglichen Rechtsschutzes

Folgende rechtliche Voraussetzungen müssen nach Art. 261 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (im Folgenden „ZPO“) für die Gewährung von vorsorglichem Rechtsschutz erfüllt sein¹:

- Dem Antragsteller steht ein Anspruch zu, welcher verletzt oder gefährdet ist.
- Aus dieser Situation droht dem Antragsteller ein schwerer Nachteil.
- Dieser Nachteil wäre irreparabel oder irreversibel und nicht einfach durch Geld auszugleichen.
- Der Nachteil droht unmittelbar, weshalb dringliches Handeln vonnöten ist.
- Die beantragte vorsorgliche Maßnahme muss verhältnismäßig sein.

Der Antragsteller hat diese Voraussetzungen nicht strikt zu beweisen, sondern lediglich mit dem reduzierten Beweismaß des Glaubhaftmachens darzulegen. Eine Tatsache ist dann glaubhaft gemacht, wenn das Gericht von ihrer Wahrheit nicht überzeugt ist, sie aber überwiegend für wahr hält, auch wenn möglicherweise nicht sämtliche Zweifel beseitigt sind². Zur Glaubhaftmachung stehen dem Gesuchsteller lediglich solche Beweise zur Verfügung, die ohne Umstände und Zeitverlust abgenommen werden können; im Ergebnis läuft dies darauf hinaus, dass praktisch ausschließlich der Urkundenbeweis möglich ist. Die eidesstattliche Versicherung zur Glaubhaftmachung eines Anspruchs, wie sie in Deutschland üblich ist, ist im schweizerischen Prozessrecht nicht vorgesehen.

Vorsorgliche Maßnahmen sind grundsätzlich vor und nach Einleitung des Hauptprozesses möglich. In dringlichen Fällen ist das vorprozessuale Ersuchen um vorsorgliche Maßnahmen die Regel. Nach Gewährung des vorsorglichen Rechtsschutzes setzt das Gericht dem Antragsteller in solchen

Fällen gemäß Art. 263 ZPO eine Frist, innerhalb derer die Klage im Hauptsacheverfahren einzureichen ist (Prosequierung der vorsorglichen Maßnahme); bei Nichtbeachtung dieser Frist verfallen die verhängten vorsorglichen Maßnahmen.

Die vorsorglichen Maßnahmen können ferner „provisorisch“ oder „superprovisorisch“ (Art. 265 ZPO) beantragt werden. Ist der Überraschungseffekt entscheidend, wird der Antragsteller eine superprovisorische Verfügung beantragen, worauf das Gericht ohne vorherige Anhörung des Antragsgegners entscheidet. Zur Wahrung der Rechte des Antragsgegners lädt das Gericht zeitgleich mit dem Erlass der superprovisorischen Verfügung zu einer Bestätigungsverhandlung oder setzt eine Frist zur Stellungnahme an.

In Fällen ohne die vorgenannte besondere Dringlichkeit kann um eine provisorische Verfügung ersucht werden. In diesem Fall wird das Gericht dem Antragsgegner vor Erlass seiner Verfügung rechtliches Gehör gewähren.

II. Welche vorsorglichen Maßnahmen kommen in Betracht?

Gegenstand einer vorsorglichen Maßnahme kann nach Art. 262 ZPO grundsätzlich jede gerichtliche Anordnung sein, die geeignet ist, den konkret drohenden Nachteil abzuwenden. Insofern ist eine abschließende Aufzählung in Frage kommender Maßnahmen begriffsnotwendig ausgeschlossen. Lediglich die wichtigsten Unterkategorien vorsorglicher Maßnahmen sollen nachstehend Erwähnung finden:

1. Befehle und Verbote

Mittels Befehlen und Verboten kann dem Antragsgegner zum Schutz oder zur Durchsetzung der Rechtsposition des Antragstellers ein bestimmtes Verhalten vorgeschrieben oder verboten werden. Es gibt sogar vereinzelt Gerichtsentscheidungen, selbst des Bundesgerichts, wonach ein Gesuchsgegner auf dem Weg des vorsorglichen Rechtsschutzes verpflichtet werden kann, einen offensichtlich zu Unrecht beendeten oder schlecht erfüllten Vertrag weiter zu erfüllen³.

Daneben dienen Befehle und Verbote auch dazu, die Verfügung über einen bestimmten Vermögenswert zu verhindern. Die Anordnung des Gerichts ergeht gemäss Art. 343 ZPO beispielsweise mit der Androhung einer Sanktionierung nach

Art. 292 des Strafgesetzbuchs (Buße in der Höhe von maximal 10.000 CHF infolge Widerhandlung gegen eine amtliche Verfügung). Die Erfahrung zeigt, dass derartige Strafdrohungen in der Praxis meistens ihre Wirkung entfalten und den Gesuchsgegner vom inkriminierten Verhalten abhalten.

2. Anweisungen an Registerbehörden

Eine weitere Möglichkeit zur vorsorglichen Wahrung und zum Schutz der Rechtsposition des Antragstellers stellen Anweisungen an Registerbehörden (Grundbuchamt, Handelsregisteramt) dar. Ein bedeutender Anwendungsfall einer solchen Anweisung an eine Registerbehörde – hier: das Grundbuchamt – ist das Bauhandwerkerpfandrecht (Art. 837 Abs. 1 Nr. 3 ZGB). Dieses kann nach Glaubhaftmachung des Bestands der Forderung durch den Bauunternehmer oder Handwerker zugunsten der Forderung des Bauunternehmers oder Handwerkers auf dem Weg einer vorsorglichen Maßnahme und damit ohne vorherigen Zivilprozess als dingliche Sicherung provisorisch im Grundbuch eingetragen werden. Eine Gefährdung der Forderungserfüllung ist nicht vorausgesetzt; es reicht, dass dem Gericht die Erbringung der Leistung und ihre Nichtbezahlung glaubhaft gemacht werden. Erst – aber immerhin – im anschließenden Hauptprozess werden diese Punkte sowie die Frage etwaiger Einwendungen und Einreden des Bauherrn bzw. Grundeigentümers ohne Beweismittelbeschränkung vertieft geprüft.

3. Vermögensarrest

Von großer praktischer Bedeutung ist sodann der Vermögensarrest nach Art. 271 ff. SchKG (Schweizerisches Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs), welcher eine Sicherungsmaßnahme zum Schutz gefährdeter Gläubigerrechte darstellt⁴. Auf dem Betreuungsweg vollstreckbare, fällige Forderungen auf Geldzahlung können unter gewissen Voraussetzungen durch Arrestlegung auf realisierbaren Vermögenswerten des Schuldners gesichert werden. Erforderlich ist üblicherweise ein bestimmter Arrestgrund. Ein solcher liegt nach Art. 271 Abs. 1 SchKG etwa vor, wenn der Schuldner Vermögensgegenstände beiseiteschafft, Anstalten zur Flucht trifft oder über keinen festen Wohnsitz verfügt. Nach erfolgtem Arrest muss der Gläubiger seine Forderung gegenüber dem Schuldner wiederum prozessual durch-

setzen, soweit er noch kein Urteil erstritten hat; andernfalls verfällt der Arrestbeschluss.

Die Voraussetzung der Gefährdung der Gläubigerinteressen ist dann ausnahmsweise entbehrlich, wenn der Gläubiger gegenüber dem Schuldner über einen definitiven „Rechtsöffnungstitel“ verfügt. Ein solcher Rechtsöffnungstitel stellt etwa ein vollstreckbares Urteil aus der Schweiz oder auch aus einem Mitgliedstaat des Lugano-Übereinkommens dar⁵; Rechtskraft ist nicht (mehr) Voraussetzung⁶. In einem solchen Fall dient der Arrest der Sicherung der späteren Urteilsvollstreckung.

Die mit Arrest zu belegenden Vermögenswerte müssen gegenüber dem angerufenen Gericht zumindest der Gattung nach bezeichnet und ihr Standort ausgewiesen werden. Der sogenannte „Sucharrest“, welcher vom Gläubiger aufgrund vager Vermutungen gleichsam „auf gut Glück“ beantragt wird, ist unzulässig.

III. Zuständigkeit für den Erlass vorsorglicher Maßnahmen

Für den Erlass vorsorglicher Maßnahmen bestehen regelmäßig mehrere konkurrierende Gerichtsstände. Grundsätzlich gilt, dass vorsorgliche Maßnahmen stets bei dem Gericht beantragt werden können, das auch für die Beurteilung der Hauptsache zuständig ist (Art. 13 ZPO). Vorsorgliche Maßnahmen werden somit üblicherweise durch die erstinstanzlichen kantonalen Gerichte (Bezirksgerichte, Zivilgerichte, Zivilkreisgerichte) beschlossen⁷. In den Kantonen mit gesondertem Handelsgericht (Zürich, Bern, Aargau, St. Gallen) ist dieses auch für den Erlass vorsorglicher Maßnahmen zuständig.

Daneben kann im Hinblick auf den Erlass vorsorglicher Maßnahmen auch das Gericht an dem Ort angerufen werden, an welchem die Maßnahme vollstreckt werden soll. Dies gilt mit Blick auf die Zuständigkeitsnorm in Art. 31 LugÜ auch im eurointernationalen Verhältnis.

IV. Vollstreckbarkeit ausländischer vorsorglicher Maßnahmen

Im Anwendungsbereich der Art. 32 ff. LugÜ (Lugano-Übereinkommen) sind vorsorgliche Maßnahmen aus dem Ausland – nicht hingegen superprovisorische Verfügungen, welche ohne vorheri-

ge Anhörung des Gesuchsgegners erlassen wurden – in der Schweiz grundsätzlich vollstreckbar⁸.

Außerhalb des Geltungsbereichs des LugÜ ist die Vollstreckbarkeit vorsorglicher Maßnahmen in Anwendung des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht (IPRG) umstritten. Eine höchstrichterliche Rechtsprechung besteht bis jetzt nicht; die Entscheidungen der oberen kantonalen Instanzen gehen auseinander⁹.

V. Abwehr vorsorglicher Maßnahmen

Vorsorgliche Maßnahmen bergen für den Gesuchsgegner ein erhebliches Schadenspotential. Vor diesem Hintergrund ist es dringend notwendig, dass er sich gegen drohende Maßnahmen zur Wehr zu setzen weiß.

1. Schutzschrift

Dies gestaltet sich insbesondere im Zusammenhang mit einer begehrten superprovisorischen Maßnahme – welche nach dem Gesagten ohne Anhörung des Gesuchsgegners erlassen werden kann – schwierig. Wie in Deutschland kann die abwehrende Partei ihre Rechtsposition aber mit einer Schutzschrift i.S.v. Art. 270 ZPO verbessern. Die abwehrende Partei legt gleichsam auf Vorrat dar, weshalb ein etwaiges Gesuch um Erlass superprovisorischer Maßnahmen nicht begründet ist. Die Einreichung einer Schutzschrift erfordert ein geschicktes prozesstaktisches Vorgehen der abwehrenden Partei. Zum einen muss sie das Verhalten eines zukünftigen Prozessgegners antizipieren; zum anderen muss die Schutzschrift inhaltlich bereits diejenigen Punkte behandeln, welche für den späteren Entscheid über ein Maßnahmenbegehren relevant sein werden. Eine Schutzschrift verliert gemäß Art. 271 Abs. 3 ZPO nach Ablauf von sechs Monaten ihre Geltung und ist gegebenenfalls zu erneuern. Sie wirkt zudem – vergleichbar dem deutschen Recht – nur bei dem Gericht, bei dem sie eingereicht wurde, was die abwehrende Partei bei konkurrierenden Gerichtsständen vor praktische – insbesondere logistische – Schwierigkeiten stellen kann, zumal kein zentrales Schutzschriftenregister existiert.

2. Kautio

Wie bereits dargelegt, ist das Schadenspotential einer vorsorglichen Maßnahme für den Antragsgegner erheblich. Das Gericht kann deshalb den Erlass und die Aufrechterhaltung vorsorglicher

Maßnahmen gemäß Art. 264 ZPO von der Leistung einer Kautions abhängig machen. Das kann dazu führen, dass ein Antragsteller letztlich auf vorsorglichen Rechtsschutz verzichtet. Eine wirksame Abwehrstrategie beinhaltet daher regelmäßig auch, dass der Antragsgegner das Gericht durch Formulierung eines substantiierten Kautionsantrags vom hohen Schadenspotential einer beantragten Maßnahme zu überzeugen versucht¹⁰.

3. Dringlichkeit

Dringlichkeit ist in jedem Fall eine Voraussetzung der vorsorglichen Maßnahme. Das beste Argument gegen eine zeitliche Dringlichkeit ist ein bisheriges Zuwarten des Antragstellers. Hat dieser eine angebliche Gefahr oder eine Rechtswidrigkeit während längerer Zeit toleriert, dann ist keine Eile mehr geboten und Dringlichkeit zu verneinen. Eine Möglichkeit der Abwehr befürchteten vorsorglichen Rechtsschutzes ist es daher auch, den mutmaßlichen Antragsteller in einen Schriftwechsel oder in Verhandlungen über die angeblichen Verletzungshandlungen zu verstricken.

C. Fazit

Im vorsorglichen Maßnahmeverfahren werden die eigentlichen inhaltlichen Streitfragen noch nicht geklärt; dies bleibt dem späteren materiellen Prozess vorbehalten. Gelingt es dem Antragsteller indessen, das Gericht von der Notwendigkeit vorsorglicher Maßnahmen zu überzeugen, so hat er dennoch schon viel gewonnen, zumal dem vorsorglichen Maßnahmeverfahren eine starke präjudizielle Wirkung zukommt. Dies gilt noch akzentuierter vor dem Hintergrund, dass (ordentliche) gerichtliche Verfahren laufend komplexer, umfangreicher und damit länger werden. Wer im Maßnahmeverfahren die Nase vorn hat, ist regelmäßig in einer – oft machentscheidend – besseren Startposition.

D. Literaturempfehlungen

Sutter-Somm, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2012.

Spühler/Dolge/Gehri, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010.

Stahelin/Stahelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2013.

Berger/Güngerich, Zivilprozessrecht, 2014.

Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, Art. 261-269.

Spühler/Tenchio/Infanger, Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, Art. 261-269.

Brunner/Gasser/Schwander, DIKE-Kommentar zur schweizerischen ZPO, 2011, Art. 261-269.

¹ BGE 131 III 473, 476 E. 2.3.

² BGE 130 III 321, 325 E. 3.3.

³ BGE 125 III 451; BGE 133 III 360.

⁴ BGE 108 II 180, 182 E. 2 b.

⁵ Stoffel in: BSK SchKG II, Art. 271 N 103.

⁶ Stoffel in: BSK SchKG II, Art. 271 N 103.

⁷ Im Unterschied zum Zivilverfahrensrecht ist die Gerichtsorganisation mit der Schweizer Zivilprozessordnung nicht vereinheitlicht worden; entsprechend groß ist die Vielfalt kantonaler Regelungen und damit auch der Bezeichnungen für die erstinstanzlichen Gerichte in Zivilsachen.

⁸ Huber in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 261 N 51; Schuler in: BSK LugÜ, Art. 32 N 31.

⁹ Schramm/Buhr, Handkommentar zum internationalen Privatrecht, Art. 25 N 21 f.

¹⁰ BGE 131 III 473, 476 E. 2.3.