



**Universität
Zürich^{UZH}**

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Einstweiliger Rechtsschutz FS 2024

Prof. T. Domej



**Universität
Zürich^{UZH}**

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Einführung



Begriff des einstweiligen Rechtsschutzes im Allgemeinen

- Gerichtliche Anordnungen
 - materiell (z.B. Verbot der Verfügung über bestimmte Gegenstände; Anordnung einer vorsorglichen Geldzahlung)
 - oder
 - prozessual (z.B. Beschaffung oder Sicherung von Beweisen; Gewährung vorläufiger Vollstreckbarkeit oder Vollstreckungsaufschub; Verbot der Einleitung eines bestimmten Verfahrens)
- mit denen einer Partei *vorläufiger* Rechtsschutz gewährt wird
 - Abgrenzung von definitiven Verfügungen z.T. schwierig und kontextabhängig
- Mögliche Zeitpunkte des Erlasses
 - vor Einleitung des Hauptverfahrens
 - während des Hauptverfahrens
 - nach Abschluss des Hauptverfahrens (zur Sicherung der Vollstreckung)

vorgeschalteter (primärer) einstweiliger Rechtsschutz

nachgeschalteter (sekundärer) einstweiliger Rechtsschutz



Zwecke des einstweiligen Rechtsschutzes

- Institutionelle (vom Gesetzgeber verfolgte) Zwecke
 - zeitgerechte Rechtsverwirklichung
 - effektiver Schutz subjektiver Rechte
- } Provisorischer richterlicher Schutz einer Rechtsposition zur Abwehr von Nachteilen
- Von Parteien ggf. verfolgte prozesstaktische Ziele (nicht im Gesetz angelegt):
 - kostengünstige Beschaffung einer gerichtlichen Einschätzung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht
 - Hinweis: Bei der vorsorglichen Beweisführung ist die Abschätzung der Prozessaussichten auch ein vom Gesetzgeber verfolgter Zweck.
 - Druckmittel zur Herbeiführung eines Vergleichs



Einstweiliger Rechtsschutz und EMRK 6 I (1)

- Anspruch auf einstweiligen Rechtsschutz als Teil des Justizgewährungsanspruchs
 - Zugang zu Gericht muss «praktisch und effektiv» sein
- Wahrung des Rechts auf ein faires Verfahren im Massnahmeverfahren
 - Traditioneller Zugang: keine Geltung der Verfahrensgarantien von EMRK 6 I bei nicht verfahrensabschliessenden Entscheiden
 - Relativierung in EGMR 15.10.2009 – 17056/06, **Micallef/Malta**



Einstweiliger Rechtsschutz und EMRK 6 I (2)

EGMR Micallef/Malta – Sachverhalt und Prozessgeschichte

F beantragte gegen M im Jahr 1985 ein vorsorgliches Verbot, Wäsche auf einer über seinem Hof aufgespannten Leine aufzuhängen.

Im Anschluss an eine Verhandlung über die Massnahme änderte das Gericht den Termin einer nachfolgenden Verhandlung, nachdem M den Gerichtssaal bereits verlassen hatte. M erfuhr nicht von dem neuen Datum und war daher beim Folgetermin abwesend. Im neuen Termin (19.11.1985) wurde das von F beantragte Verbot erlassen. Am 5.12.1985 leitete F rechtzeitig das Hauptsacheverfahren zur Prosequierung der vorsorglichen Massnahme ein. Am 6.3.1992 erliess das Gericht im Hauptsacheverfahren ein endgültiges Verbot gegen M.

Am 6.12.1985 leitete M ein Verfahren vor dem ordentlichen Zivilgericht ein, in dem sie die Verletzung ihrer prozessualen Rechte im Massnahmeverfahren geltend machte. Am 15.10.1990 wurde ihr Begehren gutgeheissen. F reichte gegen diesen Entscheid Berufung ein. Der Vorsitzende des Berufungssenats war der Bruder des Rechtsanwalts, der F im erstinstanzlichen Verfahren vertreten hatte, und der Onkel von Fs Rechtsanwalt im Berufungsverfahren. Der Vorsitzende drohte Ms Rechtsanwalt ein Disziplinarverfahren an; das Berufungsgericht entschied am 5.2.1993 gegen M. Am 25.3.1993 reichte M eine Verfassungsklage ein. Am 20.1.2002 starb M, bevor über ihre Verfassungsklage entschieden worden war. Am 29.1.2004 wurde die Verfassungsklage als haltlos und rechtsmissbräuchlich («frivolous and vexatious») abgewiesen; auf die dagegen erhobene Beschwerde trat das Verfassungsgericht am 24.10.2005 nicht ein.

Der Bruder der verstorbenen M führte daraufhin Beschwerde vor dem EGMR. Der EGMR entschied, M sei in ihrem Recht auf ein unabhängiges Gericht verletzt worden.



Einstweiliger Rechtsschutz und EMRK 6 I (3)

EGMR Micallef/Malta – zentrale Aussagen

- Rz. 31: Weitreichender nationaler Konsens dahingehend, dass das Recht auf ein faires Verfahren (insb. das rechtliche Gehör) auch vor dem Erlass einstweiliger Massnahmen zu berücksichtigen sei.
- Rz. 79 ff.: Verfahren um zivilrechtliche Ansprüche dauern in vielen Vertragsstaaten zunehmend lange, weshalb dem einstweiligen Rechtsschutz mehr denn je selbständige Bedeutung zukomme.
- Konsequenz: Anwendbarkeit von EMRK 6 I bei einstweiligen Massnahmen unter gewissen Voraussetzungen:
 - (1) sowohl das Massnahme- als auch das Hauptverfahren haben zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen zum Gegenstand
 - (2) die einstweilige Massnahme «legt» den zivilrechtlichen Anspruch wirksam «fest» («effectively ... determine[s]»), unabhängig von ihrer Geltungsdauer
- Einschränkung: Wenn eine Massnahme schnell getroffen werden muss, um wirksam zu sein, Anwendbarkeit von EMRK 6 I nur, soweit mit Natur und dem Ziel der Massnahme vereinbar.



Einstweiliger Rechtsschutz und EMRK 6 I (4)

EGMR **Micallef/Malta** – offene Fragen

- Wann ist die Wirkung der Massnahme genügend intensiv, um die Garantien EMRK 6 I anzuwenden?
- Welche Fälle sind derart dringlich, dass von den Verfahrensgarantien gem. EMRK 6 I abgewichen werden kann?
- Von welchen Verfahrensgarantien kann in dringlichen Fällen abgewichen werden (gem. EGMR jedenfalls nicht von der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des anordnenden Gerichts)?
- Muss ein EMRK 6 I genügendes Verfahren nachgeholt werden, nachdem eine dringliche Massnahme erlassen worden ist?



Primärer und sekundärer einstweiliger Rechtsschutz

- Primärer (vorgeschalteter) einstweiliger Rechtsschutz
 - Gericht beurteilt selbst und erstmals autoritativ – wenn auch nur vorläufig – den Verfügungsanspruch
 - vorsorgliche Massnahmen nach ZPO 261 ff. sind stets Massnahmen des primären einstweiligen Rechtsschutzes
 - Arrest kann Massnahme des primären oder des sekundären einstweiligen Rechtsschutzes sein

- Sekundärer (nachgeschalteter) einstweiliger Rechtsschutz
 - betrifft die Durchsetzung eines bereits vorhandenen autoritativen gerichtlichen Entscheids
 - sichernde Massnahmen nach ZPO 340
 - Gewährung der vorläufigen Vollstreckbarkeit eines Entscheids (ZPO 315 II)
 - Aufschiebung der Vollstreckbarkeit eines Entscheids (ZPO 325 II)



Vorsorgliche Massnahmen i.S.v. ZPO 261 ff.

- vorgeschalteter (primärer) einstweiliger Rechtsschutz
- Funktionen bzw. mögliche Verfügungsansprüche
 - Sicherung von Ansprüchen, die *nicht* auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung gerichtet sind (vgl. ZPO 269 lit. a)
 - *Sicherung* von Geldleistungsansprüchen richtet sich nach SchKG (vgl. ZPO 269 lit. a) (Ausschluss des «verkappten Arrests»)
 - vorsorgliche *Durchsetzung* einer Geldzahlungspflicht (ZPO 262 lit. e)
- Inhalt: materielle Anordnungen
 - Sicherungsmassnahmen (Sicherstellung der künftigen Vollstreckung durch Erhaltung des bestehenden Zustands)
 - Regelungsmassnahmen (vorläufige Gestaltung eines Dauerschuldverhältnisses)
 - Leistungsmassnahmen (vorläufige Erfüllung des Hauptanspruchs)



Verhältnis von ZPO 261 ff. zu Spezialbestimmungen

- Explizit vorbehaltene Bestimmungen (vgl. ZPO 269) – gehen ZPO 261 ff. vor
 - Regelungen des SchKG über die Sicherung der Vollstreckung von Geldforderungen (insb. Arrest)
 - Regelungen des ZGB über erbrechtliche Sicherungsmassregeln (ZGB 551 ff., z.B. Siegelung, Sicherungsinventar, Erbschaftsverwaltung)
 - Regelungen des PatG über die vorläufige Einräumung der Lizenz bei Klage auf Lizenzerteilung (PatG 37 III)
- Sonstige Spezialbestimmungen in der ZPO (z.B. ZPO 276) oder in anderen Erlassen (z.B. PatG 77)
 - z.B. Regelungen über den Inhalt vorsorglicher Massnahmen in immaterialgüterrechtlichen Erlassen
 - Faustregel: wenn kein Vorbehalt in ZPO 269 ff., stehen alle gesetzlich vorgesehenen vorsorglichen Massnahmen zur Verfügung, deren Voraussetzungen im konkreten Fall erfüllt sind
 - ggf. subsidiäre oder analoge Anwendung der Verfahrensbestimmungen gem. ZPO 261 ff. (jeweils durch Auslegung zu klären)



Vorsorgliche Massnahmen nach ZPO vs. Arrest (1)

Vorsorgliche Massnahmen nach ZPO	Arrest
Zwingend nachfolgendes Hauptsacheverfahren gem. ZPO 265 bei sonstigem Dahinfallen der Massnahme	Kein zwingend nachfolgendes Hauptsacheverfahren <ul style="list-style-type: none">– Möglichkeit 1: Hauptsacheverfahren hat bereits stattgefunden (Arrest als sekundärer einstweiliger Rechtsschutz)<ul style="list-style-type: none">➤ Prosequierung des Arrests durch Betreuung; falls der Schuldner Rechtsvorschlag erhebt, definitive Rechtsöffnung durch den Gläubiger.– Möglichkeit 2: Hauptsacheverfahren findet gar nicht statt<ul style="list-style-type: none">➤ Prosequierung durch Betreuung; kein Rechtsvorschlag oder provisorische Rechtsöffnung und anschliessend keine Aberkennungsklage
Mögliche Inhalte: Sicherungs-, Regelungs- und Leistungsmassnahmen	Reine Sicherungsmassnahme
Bezug der Massnahme zum Hauptanspruch erforderlich	Kein Bezug der verarrestierten Vermögensgegenstände zum Hauptanspruch erforderlich
Erlass i.d.R. nach vorheriger Anhörung der Gegenpartei	Erlass ohne vorherige Anhörung des Schuldners



Vorsorgliche Massnahmen nach ZPO vs. Arrest (2)

Voraussetzungen v.M. nach ZPO	Voraussetzungen Arrest
Verfügungsanspruch (ZPO 261 I a)	Arrestforderung (SchKG 271 I Ingress, 271 II, 272 I 1)
Verfügungsgrund (ZPO 261 I a und b)	Arrestgrund (SchKG 271 I 1–6, 272 I 2)
	in CH belegener Vermögenswert (SchKG 271 I Ingress, 272 I 3)
(ggf. Sicherheitsleistung, ZPO 264 I)	(ggf. Sicherheitsleistung, SchKG 273 I S. 2)
(ggf. Abwendung durch Sicherheitsleistung, ZPO 261 II)	(ggf. Abwendung durch Sicherheitsleistung, SchKG 277)

Glaubhaftmachen der Voraussetzungen,
die nicht in Klammern stehen (ZPO 261
Ingress, SchKG 272 I Ingress)



Vorsorgliche Massnahmen vs. vorsorgliche Beweisführung

Vorsorgliche Massnahmen ZPO 261 ff.	Vorsorgliche Beweisführung (ZPO 158)
Zwingend nachfolgendes Hauptsacheverfahren gem. ZPO 265 bei sonstigem Dahinfallen der Massnahme	Vorsorgliche Beweisführung kann auch der Abschätzung der Prozesschancen dienen und bezweckt auch die <i>Vermeidung</i> eines aussichtslosen Prozesses
Verfügungsanspruch muss glaubhaft gemacht werden	grds. kein Glaubhaftmachen des Hauptanspruchs erforderlich (Näheres später) Keine Beweiswürdigung im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung
Zweck: Sicherung des Hauptanspruchs	Zweck: Sicherung von Beweismitteln, Abschätzung der Prozesschancen
Mögliche Inhalte: Sicherungs-, Regelungs- und Leistungsmassnahmen	Inhalt: nur Beweisabnahme

Verfahrensregeln gem. ZPO 261 ff. gelten auch für vorsorgliche Beweisführung (ZPO 158 II)



Einstweiliger Rechtsschutz und Schiedsverfahren

- Verhältnis zwischen Zuständigkeit des staatlichen Gerichts und Zuständigkeit des Schiedsgerichts (vgl. ZPO 374, IPRG 183)
 - Anordnung einstweiliger Massnahmen
 - ausschliessliche Zuständigkeit des staatlichen Gerichts vor Konstituierung des Schiedsgerichts
 - konkurrierende Zuständigkeit nach Konstituierung des Schiedsgerichts, sofern die Parteien einstweilige Massnahmen des Schiedsgerichts nicht ausgeschlossen haben
 - str., ob Schiedsgericht Arrest anordnen kann
 - str., ob auch Ausschluss der Zuständigkeit des staatlichen Gerichts möglich
 - Durchsetzung einstweiliger Massnahmen
 - Fehlende Zwangsgewalt des Schiedsgerichts
 - Zuständigkeit des staatlichen Gerichts zur Durchsetzung auch schiedsgerichtlich angeordneter vorsorglicher Massnahmen, sofern die betroffene Partei die Anordnung nicht freiwillig befolgt



Zeitpunkt des Erlasses vorsorglicher Massnahmen

Vorsorgliche Massnahmen (1) vor Rechtshängigkeit sowie (2) während Rechtshängigkeit des Hauptsacheverfahrens

(1) vorsorgliche Massnahmen vor Rechtshängigkeit

- gerichtliche Prosequierungsfrist (ZPO 263) – Dahinfallen der Massnahme mangels rechtzeitiger Prosequierung
 - Hintergrund
 - keine vollständige Prüfung der tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen im Massnahmeverfahren
 - dienende Funktion des Massnahmeverfahrens

(2) vorsorgliche Massnahmen während Rechtshängigkeit

- Selbständiges summarisches Verfahren während des ordentlichen bzw. vereinfachten Hauptsacheverfahrens



Inhalt vorsorglicher Massnahmen (1)

- Sicherungsmassnahmen
 - Ziel: Sicherstellung der späteren Vollstreckung
 - Sachverhalt soll bis zum Hauptsachenentscheid unverändert bleiben
 - Beispiele:
 - Verbot, eine von einem Herausgabeanspruch betroffene Sache zu verändern oder zu veräussern
 - Anordnung der Hinterlegung der streitbefangenen Sache
 - Gebot, die streitbefangene Sache ordnungsgemäss zu unterhalten
 - Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung betreffend ein Grundstück im Grundbuch
 - Vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (vgl. BGE 137 III 563)
 - Verbot des Vollzugs eines Gesellschafts- oder Vereinsbeschlusses
 - Anweisung an Handelsregisteramt, eine Eintragung nicht vorzunehmen



Inhalt vorsorglicher Massnahmen (2)

- Regelungsmassnahmen
 - Ziel: Herstellung von Rechtsfrieden in Dauerrechtsverhältnissen (modus vivendi zwischen Gesuchseinreichung und Hauptsachenurteil)
 - Beispiele:
 - Vorsorgliche Massnahmen im Ehescheidungsverfahren (ZPO 276), in denen Unterhaltsbeiträge, die Benutzung der ehelichen Wohnung, die elterliche Obhut etc. festgelegt werden
 - gerichtliche Regelung des Wohnverhältnisses während eines hängigen mietrechtlichen Verfahrens (OR 270e lit. b)



Inhalt vorsorglicher Massnahmen (3)

- Leistungsmassnahmen
 - Ziel: (vorläufige) Befriedigung der gesuchstellenden Partei – vorläufige Vorwegnahme des Hauptsachenentscheids
 - Häufigste Anwendungsfälle: Unterlassungs- und Duldungsansprüche
 - Restriktive Handhabung bei Ansprüchen auf positive Leistung
 - Beispiele:
 - gerichtliches Verbot des Betriebs einer lärmerzeugenden Vorrichtung
 - gerichtlicher Befehl, die Verwendung einer bestimmten Marke vorläufig zu unterlassen
 - gerichtlicher Befehl an den Mieter, Renovationsarbeiten durch den Vermieter an der Mietsache zu dulden
 - Anordnung der vorläufigen (Weiter-)Erfüllung eines Dauerschuldverhältnisses (z.B. Vertriebsvertrag, Franchisevertrag)



Inhalt vorsorglicher Massnahmen (4)

- Feststellungsmassnahmen?
 - h.M.: Unzulässig mangels Rechtsschutzinteresses
 - eine solche Massnahme würde kein konkretes Verhalten anordnen
 - der Gesuchsteller wäre für die verbindliche Feststellung so oder so auf den Hauptsachenprozess verwiesen



Fallbeispiele

(1) X begehrt vorläufige Unterhaltszahlungen für die Dauer der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens.

- *Nach welcher Rechtsgrundlage beurteilt sich die Zulässigkeit und Begründetheit dieses Begehrens?*
- *Welche Massnahmen könnte X begehren, um die Durchsetzung des Anspruchs sicherzustellen?*

(2) A will B auf Rückgabe einer ausgeliehenen Sache klagen, da B diese trotz Ablauf der vereinbarten Leihdauer nicht zurückgibt. A befürchtet, B könnte die Sache an einen Dritten veräussern, um daraus Profit zu schlagen.

Was kann A im Vorfeld des Prozesses vorkehren, um zu verhindern, dass B die Sache an einen Dritten veräussert?

(3) C hat ihre Anstellung bei D gekündigt und will nun ein Konkurrenzunternehmen aufbauen. D will das im Arbeitsvertrag vereinbarte Konkurrenzverbot mittels vorsorglicher Massnahme gerichtlich durchsetzen.

Um welche Art von vorsorglicher Massnahme würde es sich handeln?