



**Universität
Zürich^{UZH}**

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Verfahren betr. Anordnung vorsorglicher Massnahmen



Allgemeines zum Verfahren

- Summarverfahren (Art. 248 lit. d ZPO)
- Entfall des Schlichtungsverfahrens (ZPO 198 lit. a)



Massnahme gesuch (1)

- Einleitung des Massnahmeverfahrens durch ein Gesuch in den Formen gem. ZPO 130 (ZPO 252 a)
- In einfachen oder dringenden Fällen Möglichkeit, das Gesuch mündlich beim Gericht zu Protokoll zu geben (ZPO 252 b)
 - «einfach»: übersichtliche Verhältnisse, es genügt eine sehr kurze Sachverhaltsdarstellung
 - «dringlich»: umgehender Rechtsschutz nötig, keine Zeit für schriftliches Gesuch
 - auch hier müssen die Verhältnisse aber wohl relativ einfach sein
- Beilage verfügbarer Urkunden, die als Beweismittel fungieren sollen (ZPO 221 II c i.V.m. 219)



Massnahmebesuch (2)

- Spezifizierung der beantragten vorsorglichen Massnahme?
 - Jedenfalls erforderlich: Angabe des Rechtsschutzziels
 - Zweck, dem die Massnahme dienen soll
- Str.: Notwendigkeit eines bestimmten Massnahmebegehrens (vgl. auch Folie 64)
- Eingeschränkte Geltung der Dispositionsmaxime
 - Gericht ist (wohl) nicht an die beantragten Massnahmen gebunden; es kann stattdessen andere anordnen
 - Unzulässig wäre aber der Erlass einschneidenderer Massnahmen als beantragt

Einschreiben/dreifach
Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelrichter
Hirschengraben 15
Postfach 2401
8021 Zürich

[Ort], [Datum]

Vorsorgliche Massnahme – Verbot der Ausgabe von Optionen gestützt auf bedingtes Kapital

[Anrede]
In Sachen

[Firma der Gesellschaft] Gesuchstellerin

[Adresse], [Ort]

vertreten durch Rechtsanwalt [Vorname] [Name], [Adresse], [Ort]

gegen

[Firma der Gesellschaft] Gesuchsgegnerin

[Adresse], [Ort]

vertreten durch Rechtsanwalt [Vorname] [Name], [Adresse], [Ort]

Bemerkung 1: Die Gesellschaft kann einen eigenen Anwalt bezeichnen. Bei der Auswahl und Instruktion können die Vertreter der Gesuchstellerin bei direktem und intensivem Interessenkonflikt nicht mitwirken. Das wird (mindestens) der Fall sein, wenn sie gleichzeitig Organe der Gesuchstellerin sind.

betreffend vorsorgliche Massnahme

stelle ich namens und auftrags der Gesuchstellerin folgende

RECHTSBEGEGHREN

1. Es sei der Gesuchsgegnerin im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme nach [Art. 261 ff. ZPO](#) ab sofort zu verbieten, bestehende oder auszugebende Optionsrechte mit dem in der Einladung vom [Datum] zur ausserordentlichen Generalversammlung der Gesuchsgegnerin vom [Datum] genannten, zu schaffenden bedingten Kapital zu verknüpfen.

114

2. Es sei dieses Verbot bereits superprovisorisch ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin anzuordnen.
3. Es sei dieses Verbot für den Fall der Zuwiderhandlung unter Androhung der Überweisung der verantwortlichen Organe der Gesuchsgegnerin an den Strafrichter wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von [Art. 292 StGB](#) (Bestrafung mit Busse) anzuordnen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin.

Quelle:

Courvoisier/Schnyder, § 35 Vorsorgliche Massnahmen bei der Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, in: Fischer/Theus Simoni/Gessler, Kommentierte Musterklagen zum Gesellschaftsrecht und zum Geistigen Eigentum (Bd. II)



Gesuchsantwort

ZPO 253

Stellungnahme

Erscheint das Gesuch nicht offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet, so gibt das Gericht der Gegenpartei Gelegenheit, *mündlich oder schriftlich* Stellung zu nehmen.

- Grundsätzlich findet das Massnahmeverfahren kontradiktorisch statt, d.h. über das Gesuch wird erst nach Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Gegenpartei entschieden
- Gericht kann unmittelbar nach Gesuchseingang zur mündlichen Verhandlung vorladen (statt schriftlicher Gesuchsantwort)
 - potenziell problematisch im Hinblick auf Gebot der Waffengleichheit, wenn Gesuch schriftlich gestellt wurde – dann m.E. bloss mündliche Anhörung der Gegenpartei i.d.R. nicht angezeigt



Weiterer Verfahrensablauf

- Gericht entscheidet nach Ermessen, ob das Verfahren mündlich oder schriftlich geführt wird
- ggf. zweiter Schriftenwechsel und/oder mündliche Hauptverhandlung – Ermessen des Gerichts
- i.d.R. kein Anspruch auf mündliche Verhandlung
 - vgl. aber Folien 4–7 zur Anwendbarkeit von EMRK 6 I in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes
- analoge Anwendung von ZPO 226 (i.V.m. ZPO 219; Instruktionsverhandlung) scheidet im Summarverfahren regelmässig aus



Beweismass und Glaubhaftmachungslast

- Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund sind glaubhaft zu machen (ZPO 261 I Ingress)
- Glaubhaftmachung genügt auch für Einreden und Einwendungen des Gesuchsgegners
- Glaubhaft machen bedeutet mehr als behaupten, aber weniger als beweisen
 - Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache, wenn das Gericht aufgrund objektiver Anhaltspunkte davon ausgeht, dass sie wirklich vorliegt, selbst wenn es noch mit der Möglichkeit rechnet, dass dies nicht der Fall ist
- Welche Anforderungen an die Glaubhaftmachung zu stellen sind, ist eine Rechtsfrage. Ob hingegen das erforderliche Beweismass in concreto erreicht ist, stellt eine Tatfrage dar
- Für die Verteilung der Glaubhaftmachungslast gelten dieselben Grundsätze wie für die Beweislast (insb. ZGB 8)
 - Vgl. auch Folie 60!



Beweismittelbeschränkung im Summarverfahren (1)

ZPO 254:

Beweismittel

[1] Beweis ist **durch Urkunden** zu erbringen.

[2] Andere Beweismittel sind nur zulässig, wenn:

- a. sie das Verfahren nicht wesentlich verzögern;
- b. es der Verfahrenszweck erfordert; oder
- c. das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat.

- Terminologie: Im vorsorglichen Massnahmenverfahren sollte nicht von *Beweismitteln*, sondern von *Glaubhaftmachungsmitteln* gesprochen werden
- Lockerung des *numerus clausus* der Beweismittel bzw. abweichende Anforderungen im Vergleich zum Hauptverfahren?
 - insbesondere: Zulassung sog. Zeugenbescheinigungen als Glaubhaftmachungsmittel (unabhängig davon, ob man sie generell als Urkunden i.S.v. ZPO 177 qualifizieren will)

ZPO 177

Begriff

Als Urkunden gelten Dokumente wie Schriftstücke, Zeichnungen, Pläne, Fotos, Filme, Tonaufzeichnungen, elektronische Dateien und dergleichen, die geeignet sind, rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen.



Beweismittelbeschränkung im Summarverfahren (2)

[2] Andere Beweismittel sind nur zulässig, wenn:

- a. sie das Verfahren nicht wesentlich verzögern
 - präsente Beweismittel
- Mögliche Anwendungsfälle für weitere zulässige Beweismittel:
 - Zeugenbefragung
 - Augenschein
- Ausser Betracht fällt i.d.R. das Expertengutachten
 - Ausnahme: Kurzgutachten zu vornehmlich technischen Fragen, bezüglich welcher dem Gericht die notwendige Sachkunde abgeht (BGE 137 III 324, E. 3.2.2)
 - Unklar: Zulässigkeit von Privatgutachten als Glaubhaftmachungsmittel (bejahend wohl OGer ZH LY210025)
 - Ab Inkrafttreten der ZPO-Revision (d.h. ab 2025) gelten Privatgutachten als Urkunden; sie sind dann jedenfalls als Glaubhaftmachungsmittel zulässig



Beweismittelbeschränkung im Summarverfahren (3)

[2] Andere Beweismittel sind nur zulässig, wenn:

- a. [...]
 - b. es der Verfahrenszweck erfordert; oder
- der Verfahrenszweck verlangt insbesondere dann die Zulässigkeit sämtlicher Beweismittel, wenn über einen Anspruch definitiv abgesprochen wird
 - vorsorgliche Massnahmen sind stets nur vorübergehender Natur
 - die Beweismittelbeschränkung ist daher grds. mit dem Verfahrenszweck konform, lit. b ist im Massnahmeverfahren i.d.R. nicht anwendbar
 - Anderes kann ggf. gelten, wenn durch die Massnahme ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht und der Zweck der Massnahme durch die Verzögerung nicht vereitelt würde



Beweismittelbeschränkung im Summarverfahren (4)

[2] Andere Beweismittel sind nur zulässig, wenn:

- a. [...]
 - b. [...]
 - c. das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat.
- Massgeblich ist, ob für den Verfügungsanspruch der Untersuchungsgrundsatz gilt
 - Denkbare Anwendungsfälle
 - arbeitsrechtliche Streitigkeiten mit Streitwert von bis zu CHF 30'000 (vgl. ZPO 247 II b 2)
 - Vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren (vgl. ZPO 276 I i.V.m. ZPO 272)



Aktenschluss im Summarverfahren (1)

Ausgangslage:

ZPO 253

Stellungnahme

Erscheint das Gesuch nicht offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet, so gibt das Gericht der Gegenpartei Gelegenheit, mündlich oder schriftlich Stellung zu nehmen.

- BGE 144 III 117, E. 2.2: Im Summarverfahren darf sich keine Partei darauf verlassen, dass das Gericht einen zweiten Schriftenwechsel oder eine mündliche Hauptverhandlung anordnet.
 - Grundsatz des freien zweimaligen Vorbringens gem. ZPO 229 gilt im Summarverfahren nicht
 - Aktenschluss tritt daher grds. nach einmaliger Äusserung ein
- **Beachte:** der Gesuchsteller riskiert, mit Urkunden, die er dem Gesuch nicht beilegt, präkludiert zu werden; alle relevanten, in seinen Händen befindlichen Urkunden sollten dem Gesuch beigelegt werden



Aktenschluss im Summarverfahren (2)

- BGE 146 III 237, E. 3.1: Ordnet das Gericht einen zweiten Schriftenwechsel oder eine mündliche Verhandlung an, so findet Art. 229 ZPO analog Anwendung.
 - Diesfalls daher zweimalige freie Äusserungsmöglichkeit und erst danach Anwendung von ZPO 229 I.
- **Beachte:** Formeller zweiter Schriftenwechsel ist von blosser Gewährung des Replikrechts zu unterscheiden
 - In einer nach Aktenschluss in Ausübung des Replikrechts eingereichten Eingabe sind Noven nur nach Massgabe von ZPO 229 zulässig!



Superprovisorische Massnahmen (1)

- Begriff: vorsorgliche Massnahmen 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 (2)

- Besonderheiten des Verfahrens
 - Amtswegige Verpflichtung zur vorgängigen Sicherheitsleistung möglich (ZPO 265 III)
 - Möglichkeit einer Schutzschrift nach ZPO 270 bei potenziellen Massnahmegerichten
 - bei Gutheissung: mündliche Verhandlung oder schriftliche Stellungnahme der Gegenpartei; dann Bestätigung des Superprovisoriums oder Abweisung im Massnahmeentscheid (ZPO 265 II)
 - Bei 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)



Wiederholung: 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



Prosequierungsfrist bei Massnahmen vor Rechtshängigkeit

- Bemessung der Frist zur Einleitung des Hauptsacheverfahrens
 - In Würdigung aller Umstände nach pflichtgemäsem richterlichem Ermessen
 - Je stärker die Anordnung in die Rechtsstellung der Gegenpartei eingreift, umso kürzer ist die Prosequierungsfrist zu bemessen
- Fristwahrung
 - Rechtshängigmachung i.S.v. ZPO 62 innerhalb der Frist.
 - Schlichtungsverfahren ist ex lege ausgeschlossen (ZPO 198 h)
 - 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)



Konkurrierende Massnahmenbegehren (1)

- Im Anwendungsbereich des LugÜ:
 - Massnahmeverfahren begründet keine Rechtshängigkeit und keine Bindung an den gewählten Gerichtsstand im Hinblick auf das Hauptsacheverfahren (s. bereits oben zur Zuständigkeit)
 - Zulässigkeit konkurrierender Massnahmebegehren zur Sicherung desselben Anspruchs bei mehreren potenziellen Hauptsachegerichten vor Einleitung des Hauptsacheverfahrens
 - Zulässigkeit von Massnahmebegehren bei anderen «virtuellen» Hauptsachegerichten nach Einleitung des Hauptsacheverfahrens str. (bejahend BGE 129 III 626, E. 5.3.2)
 - Keine Anwendung der Rechtshängigkeitsregeln gem. LugÜ 27 f., da vorsorgliche Massnahmengesuche keine Klagen i.S. dieser beiden Normen darstellen (str.; differenzierend etwa Phurtag, Vorsorgliche Massnahmen im internationalen Zivilprozessrecht, N 557–563)
 - Auflösung bei konfligierenden Entscheiden dann aber über Anerkennungs- und Vollstreckungsregeln (LugÜ 34 III und IV)



Konkurrierende Massnahmenbegehren (2)

- Im Anwendungsbereich des IPRG
 - IPRG 9 ist auf vorsorgliche Massnahmen nach h.M. nicht anwendbar
 - unter IPRG 9 ist es mithin unschädlich, dass im Ausland bereits die Hauptsache rechtshängig gemacht ist oder eine vorsorgliche Massnahme erlassen wurde
- In Binnenfällen
 - Stellen identischer Massnahmegesuche unstatthaft (Ausschlusswirkung der Rechtshängigkeit gem. ZPO 64 I a)



Kostenverlegung (1)

- Grds. Geltung der allgemeinen Bestimmungen nach ZPO 95 ff. (beachte die Besonderheit in ZPO 99 III c)
- ZPO 104 III: Über Prozesskosten des Massnahmenverfahrens kann zusammen mit der Hauptsache entschieden werden – dabei Unterscheidung zwischen Massnahmeverfahren vor Rechtshängigkeit und solchen während Rechtshängigkeit eines Hauptsachenverfahrens:

Während
Rechtshängigkeit des
Hauptsachenverfahrens

Bei Gutheissung des Massnahmegesuchs Verteilung
i.d.R. erst mit dem Hauptsachenentscheid

Bei Abweisung des Massnahmegesuchs
Kostenentscheid im Massnahmeentscheid
oder im Hauptsachenentscheid – jedenfalls
aber Kostenpflicht der gesuchstellenden Partei
(selbst bei Obsiegen in der Hauptsache)



Kostenverlegung (2)

Vor Rechtshängigkeit des
Hauptsachenverfahrens

bei Gutheissung des Massnahmegesuchs
Verpflichtung des obsiegenden
Gesuchstellers zur einstweiligen Tragung
der Prozesskosten (str.)

bei Abweisung des Massnahmegesuchs
endgültige Tragung der Prozesskosten
nach ZPO 106 I durch Gesuchsteller



**Universität
Zürich^{UZH}**

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Vollzug vorsorglicher Massnahmen



Grundsatz der direkten Vollstreckung

ZPO 267

Vollstreckung

Das Gericht, das die vorsorgliche Massnahme anordnet, trifft auch die erforderlichen Vollstreckungsmassnahmen.

- Grundsatz der direkten Vollstreckung (vgl. ZPO 337 I; kein Vollstreckungsgesuch nach ZPO 338 erforderlich)
- Eintritt der Vollstreckbarkeit vorsorglicher Massnahmeentscheide: Ab Entscheidzeitpunkt (ZPO 315 IV b; ZPO 325 I)
- Str., ob ein Antrag auf Vollstreckung («Es sei die beantragte vorsorgliche Massnahme zu vollstrecken») erforderlich ist
- Nach h.M. nicht erforderlich, aber i.d.R. ratsam: Antrag auf bestimmte Vollstreckungsmassnahmen (z.B.: «Es sei der Gesuchsgegnerin unter Androhung der Straffolgen des Art. 292 StGB gegenüber ihren Organen im Widerhandlungsfall zu untersagen, [...]»)



Beispiel

RECHTSBEGEHREN

1. Es sei der Gesuchsgegnerin im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme nach [Art. 261 ff. ZPO](#) ab sofort zu verbieten, bestehende oder auszugebende Optionsrechte mit dem in der Einladung vom [Datum] zur ausserordentlichen Generalversammlung der Gesuchsgegnerin vom [Datum] genannten, zu schaffenden bedingten Kapital zu verknüpfen.

114

2. Es sei dieses Verbot bereits superprovisorisch ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin anzuordnen.
3. Es sei dieses Verbot für den Fall der Zuwiderhandlung unter Androhung der Überweisung der verantwortlichen Organe der Gesuchsgegnerin an den Strafrichter wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von [Art. 292 StGB](#) (Bestrafung mit Busse) anzuordnen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin.

Quelle:

Courvoisier/Schnyder, § 35 Vorsorgliche Massnahmen bei der Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, in: Fischer/Theus Simoni/Gessler, Kommentierte Musterklagen zum Gesellschaftsrecht und zum Geistigen Eigentum (Bd. II)



Vollstreckungsmassnahmen (1)

ZPO 343

Verpflichtung zu einem Tun, Unterlassen oder Dulden

(1) Lautet der Entscheid auf eine Verpflichtung zu einem Tun, Unterlassen oder Dulden, so kann das Vollstreckungsgericht anordnen:

- a. eine Strafdrohung nach Artikel 292 StGB;
- b. eine Ordnungsbusse bis zu 5000 Franken;
- c. eine Ordnungsbusse bis zu 1000 Franken für jeden Tag der Nichterfüllung;
- d. eine Zwangsmassnahme wie Wegnahme einer beweglichen Sache oder Räumung eines Grundstückes;
oder
- e. eine Ersatzvornahme.



Vollstreckungsmassnahmen (2)

- Inhalt der Vollstreckungsmassnahme hängt von der Art der verfügten vorsorglichen Massnahme ab
 - Bei einem Verbot nach ZPO 262 a: Strafandrohung nach StGB 292 oder Ordnungsbusse (ZPO 343 I a–c)
 - Bei der Anordnung zur Beseitigung eines rechtswidrigen Zustandes nach ZPO 262 b: Zwangsmassnahme (ZPO 343 I d) oder Strafandrohung nach StGB 292 bzw. Ordnungsbusse (ZPO 343 I a–c)
 - Anweisungen an eine Registerbehörde oder Drittperson nach ZPO 262 c erfolgen direkt durch das Massnahmegericht
 - Bei Sachleistungen nach ZPO 262 d Zwangsmassnahmen (ZPO 343 I d) bzw. indirekter Zwang in Form der Strafandrohung nach StGB 292 bzw. Ordnungsbusse (ZPO 343 I a–c) oder – bei Verpflichtungen zu einer vertretbaren positiven Leistung – eine Ersatzvornahme (ZPO 343 I e)
 - Bei Verpflichtung zur Leistung einer Geldzahlung (262 e): Gesuchsgegner hat Betreibung einzuleiten (str.), wenn die Forderung nicht freiwillig erfüllt wird; zur Sicherung dieser Forderung steht der Arrest zu Gebote



Änderung oder nachträgliche Anordnung von Vollstreckungsmassnahmen

- Hat das Massnahmegericht dem Gesuchsgegner eine Handlungs-, Duldungs oder Unterlassungspflicht auferlegt, aber einstweilen von der Anordnung von Vollstreckungsmassnahmen abgesehen, so ist trotzdem dieses Gericht – nicht das Vollstreckungsgericht – für deren allfällige spätere Anordnung zuständig
- Gleiches gilt für die Änderung von Vollstreckungsmassnahmen, die sich als nicht zielführend erweisen