ONLINEKOMMENTAR
DER FREI ZUGÄNGLICHE
RECHTSKOMMENTAR

KOMMENTIERUNG ZU

Vorb. zu Art. 261 – 269 ZPO und Art. 261 ZPO

Eine Kommentierung von Patrick Honegger-Müntener
Herausgegeben von Lorenz Droese

Stand der Bearbeitung: 22.12.2022
PDF erstellt am: 06.10.2026
DOI: 10.17176/20230411-203832-0

ZITIERVORSCHLAG

Patrick Honegger-Müntener, Kommentierung zu Vorb. zu Art. 261 – 269 ZPO und Art. 261 ZPO, in: Lorenz Droese (Hrsg.), Onlinekommentar zur Zivilprozessordnung

Kurzzitat: OK-Honegger-Müntener, N XXX zu Vorb. zu Art. 261 – 269 ZPO und Art. 261 ZPO.

5. Kapitel: Vorsorgliche Massnahmen und Schutzschrift

1. Abschnitt: Vorsorgliche Massnahmen

Art. 261 Grundsatz

[1] Das Gericht trifft die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass:

a. ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist; und

b. ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht.

[2] Leistet die Gegenpartei angemessene Sicherheit, so kann das Gericht von vorsorglichen Massnahmen absehen.

GLIEDERUNG

I. Allgemeines ... 3
A. Begriff und Zweck ... 3
B. Entstehungsgeschichtlicher Hintergrund ... 3
C. Anwendungsbereich ... 4
II. Voraussetzungen vorsorglicher Massnahmen ... 4
A. Allgemeines ... 4
B. Verfügungsanspruch ... 4
1. Allgemeines ... 4
2. Erstbegehungs- und Wiederholungsgefahr im Besonderen ... 5
C. Verfügungsgrund ... 6
1. Allgemeines ... 6
2. Zeitliche Dringlichkeit ... 7
a. Grundsatz und Zweck der zeitlichen Dringlichkeit ... 7
b. Relative Dringlichkeit im Besonderen ... 7
3. Drohender, nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil ... 11
a. Allgemeines und Begriff des Nachteils ... 11
b. Nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil im Besonderen ... 11
c. Verhältnismässigkeitsprinzip: Interessenabwägung mit Nachteilen der Gesuchsgegnerin? ... 13
D. Prüfung von Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund durch das Gericht ... 16
1. Allgemeines ... 16
2. Begriff der Glaubhaftmachung ... 17
3. Glaubhaftmachung des Rechtlichen / Prüfungsintensität ... 18
III. Sicherheitsleistung der Gesuchsgegnerin ... 20
IV. Verfahren zum Erlass vorsorglicher Massnahmen ... 22
A. Zuständigkeit in Binnensachverhalten ... 22
1. Örtliche Zuständigkeit ... 22
a. Allgemeines ... 22
b. Wahlrecht der gesuchstellenden Partei / Koordinationsprobleme ... 22
c. Gerichtsstandsvereinbarungen ... 23
2. Sachliche Zuständigkeit ... 24
B. Internationale Verhältnisse ... 24
1. Zuständigkeit ... 24
a. Internationale Zuständigkeit nach IPRG ... 24
b. Internationale Zuständigkeit nach LugÜ ... 28
2. Anwendbares Recht ... 30
3. Anerkennung und Vollstreckung ... 31
a. Anerkennung und Vollstreckung nach IPRG ... 31
b. Anerkennung und Vollstreckung nach LugÜ ... 31
C. Massnahmegesuch ... 33
D. Festsetzung der Prozesskosten des Massnahmeverfahrens und deren Verlegung ... 33
E. Rechtsmittel gegen Massnahmeentscheide ... 34
1. Rechtsmittel nach ZPO ... 34
a. Berufung (Art. 308 ff. ZPO) ... 34
b. Beschwerde (Art. 319 ff. ZPO) ... 36
c. Revision (Art. 328 ff. ZPO) ... 37
2. Rechtsmittel nach BGG ... 37
Materialien ... 38
Literaturverzeichnis ... 38

I. ALLGEMEINES

A. Begriff und Zweck

1 Ein (mehr oder weniger komplexer) Zivilprozess kann auch in der Schweiz Jahre dauern.[1] Um die klagende oder auch die beklagte Partei vor Nachteilen zu schützen, die während der unter Umständen langen Verfahrensdauer bis zur Gewährung des definitiven Rechtsschutzes eintreten könnten, sind vorsorgliche Massnahmen unverzichtbar. Ihr institutioneller Zweck liegt in der zeitgerechten Rechtsverwirklichung und im effektiven Schutz subjektiver Rechte.[2] Freilich ist nicht zu verkennen, dass vorsorgliche Massnahmen in der Praxis vielfach auch anderen Zwecken dienen, so beispielsweise der Erlangung eines schnellen und billigen tatsächlichen oder rechtlichen Gutachtens, welches eine bessere Beurteilung der prozessualen Erfolgsaussichten ermöglicht und Basis für eine Vergleichslösung bilden kann[3] oder dem «Schwerterwetzen vor dem grossen Kampf»[4], um die Verteidigungsmittel der Gesuchsgegnerin kennenzulernen. Ein Missbrauch von vorsorglichen Massnahmen[5] kann darin grundsätzlich nicht erblickt werden.[6] Vielmehr muss sich das Gericht dieser Nebenfunktionen beim Erlass vorsorglicher Massnahmen bewusst sein.

2 Nach ihrem Inhalt werden vorsorgliche Massnahmen in drei Kategorien unterteilt: *Sicherungsmassnahmen* (zur Sicherung der Urteilsvollstreckung), *Leistungsmassnahmen* (zur vorläufigen Vollstreckung eines Anspruchs) und *Regelungsmassnahmen* (zur vorläufigen Regelung eines Rechtsverhältnisses).[7]

B. Entstehungsgeschichtlicher Hintergrund

3 Bereits unter den kantonalen Zivilprozessordnungen hat der Bundesgesetzgeber zur Sicherung subjektiver Rechte Bestimmungen über vorsorgliche Massnahmen ins Bundesprivatrecht aufgenommen.[8] Diese Bestimmungen erfuhren mit Inkrafttreten der ZPO ein unterschiedliches Schicksal: Während manche Normen ersatzlos gestrichen oder in spezifischere Bestimmungen der ZPO integriert wurden, gelten andere – teilweise in modifizierter Form – weiter.[9] Daneben kannten alle kantonalen Zivilprozessordnungen eine Regelung des Verfahrens zum Erlass vorsorglicher Massnahmen,[10] wobei die Rechtsnatur der vorsorglichen Massnahme, d.h. ihre Zugehörigkeit zum materiellen Bundesprivatrecht oder zum damals kantonalen Prozessrecht, umstritten war.[11] Mit der schweizerischen ZPO hat dieser Streit hinsichtlich der Kompetenzverteilung an Bedeutung verloren.[12]

---

1. Vgl. unter früherem Recht Gloor, S. 6, der damals bereits mit einer Dauer von circa fünf Jahren rechnete.
2. Botschaft ZPO, S. 7353; Bohnet, S. 405; KUKO-Kofmel Ehrenzeller, N. 1 zu Art. 261 ZPO; Meier, ZPR, S. 253; ferner Berti, S. 178 Rz. 2 ff.; Gloor, S. 6; Grob, S. 13 f.; Schenker, S. 13.
3. Vgl. unter früherem Recht Meier, Rechtsschutz, S. 53; ferner Arens, S. 84; Stach, S. 15; Vogel, S. 89.
4. Meier, Rechtsschutz, S. 53; vgl. ferner Stach, S. 15; Vogel, S. 89.
5. Stach, S. 15.
6. In diesem Sinne zutreffend auch Meier, Rechtsschutz, S. 53 f.
7. Bohnet, S. 405; BK-Güngerich, N. 9 zu Art. 261 ZPO; Meier, ZPR, S. 258; Sutter-Somm, § 15 Rz. 1210 ff.; vgl. unter früherem Recht Berti, S. 179 ff. Rz. 5 ff., der von Befriedigungsmassnahmen statt Leistungsmassnahmen spricht; Kofmel Ehrenzeller, S. 25 ff.; Gloor, S. 9 ff.; Grob, S. 14.
8. Vgl. dazu eingehend Schulthess Komm.-Huber, N. 4 zu Art. 261 ZPO.
9. Vgl. dazu eingehend Schulthess Komm.-Huber, N. 5 zu Art. 261 ZPO.
10. Berti, S. 182 ff. Rz. 14; Haldy, Rz. 602; für das kantonale Recht siehe Chiesa (Tessin); Graner (Bern); Hasenböhler, Verfügung (Basel-Landschaft); Hofstetter (Luzern); Huber-Zimmermann (Solothurn); Huth (Basel-Stadt); Meng (Aargau); Stach (St. Gallen); Stamm (Zürich); Ziegler (vergleichend).
11. Berti, S. 182 ff. Rz. 12 ff.; Gloor, S. 4 ff.; Kofmel Ehrenzeller, S. 19 ff.

4 Art. 261 ff. ZPO entsprechen im Wesentlichen dem bisherigen Standard und lehnen sich mindestens materiell an die Bestimmungen zum Persönlichkeitsschutz nach Art. 28c ff. aZGB an, so dass die entsprechende Lehre und Rechtsprechung weiterhin berücksichtigt werden können.[13]

C. Anwendungsbereich

5 Das Bundesprivatrecht kennt auch nach dem Inkrafttreten der ZPO Normen zu vorsorglichen Massnahmen oder vergleichbaren Instituten. Dabei ist im Einzelfall zu klären, ob diese als *leges speciales* vorgehen oder die Art. 261 ff. ZPO ergänzend anwendbar sind.[14] Innerhalb der ZPO finden sich spezifische Normen zu vorsorglichen Massnahmen in Art. 276 ZPO (Scheidungsverfahren), Art. 303 ZPO (Unterhalts- und Vaterschaftsklage) und Art. 374 ZPO (Schiedsverfahren), wofür auf die Kommentierungen dieser Vorschriften zu verweisen ist. Die Bestimmungen über das Massnahmeverfahren sind schliesslich ergänzend auf die vorsorgliche Beweisführung anwendbar (Art. 158 Abs. 2 ZPO).

II. VORAUSSETZUNGEN VORSORGLICHER MASSNAHMEN

A. Allgemeines

6 Die gesuchstellende Partei muss für die Anordnung notwendiger vorsorglicher Massnahmen glaubhaft machen, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist (Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO; *Verfügungsanspruch*[15]) und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO; *Verfügungsgrund*[16]).

7 Für den Erlass superprovisorischer Massnahmen, d.h. Massnahmen, die ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin ergehen (s. Art. 265 ZPO), sowie für den Erlass vorsorglicher Massnahmen gegen periodisch erscheinende Medien (s. Art. 266 ZPO) gelten nach dem Gesetz strengere Voraussetzungen. Für die besonderen Voraussetzungen ist auf die Kommentierungen zu diesen Vorschriften zu verweisen.

B. Verfügungsanspruch

1. Allgemeines

8 Der Verfügungsanspruch ist der materiellrechtliche Anspruch,[17] den die gesuchstellende Partei mittels vorsorglicher Massnahmen sichern oder durchsetzen möchte.[18] Um einen Verfügungsanspruch zu begründen, hat die gesuchstellende Partei daher Tatsachen zu behaupten und glaubhaft zu machen, aus denen sich die Verletzung eines (materiellen) Anspruchs oder die Befürchtung einer Verletzung desselben ergibt (Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO).[19] Das Gericht seinerseits hat gestützt auf den Vortrag der

12. BSK-Sprecher, N. 5 zu Vor Art. 261-269 ZPO; ferner bereits Kofmel Ehrenzeller, S. 21; in gewissen Bereichen kann die dogmatische Zuordnung der vorsorglichen Massnahme indes nach wie vor von Bedeutung sein, vgl. dazu im kindes- und erwachsenenschutzrechtlichen Kontext BGer 5A_524/2021 vom 8. März 2022 (Publ.) = SZZP 2022 Nr. 2625 (mit Anmerkungen von Droese).
13. Botschaft ZPO, S. 7353; vgl. auch OFK-Rohner, N. 1 zu Art. 261 ZPO; SHK-Treis, N. 2 zu Art. 261 ZPO; DIKE Komm.-Zürcher, N. 2 zu Vor Art. 261-270 ZPO.
14. Vgl. dazu eingehend BSK-Sprecher, N. 38 ff. zu Vor Art. 261-269 ZPO.
15. Botschaft ZPO, S. 7354.
16. Botschaft ZPO, S. 7354.
17. Zu möglichen materiellrechtlichen Ansprüchen Alder, S. 91 ff. (Immaterialgüterrecht); Ernst, S. 62 ff. (Immaterialgüterrecht); Grob, S. 26 ff. (Persönlichkeitsrecht); Schenker, S. 35 ff. (Wettbewerbsrecht).
18. Schai, Rz. 155; vgl. unter früherem Recht Ernst, S. 58 f.; Schenker, S. 35.
19. Botschaft ZPO, S. 7354; vgl. auch DIKE Komm.-Domej, N. 90 zu Vor Art. 9-13a UWG.

gesuchstellenden Partei sowie die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin eine Hauptsacheprognose zu stellen.[20] Der Verfügungsanspruch darf – abgesehen von gesetzlichen Ausnahmen (Art. 262 lit. e ZPO) – *nicht pekuniärer Natur* sein.[21] In Bezug auf Ansprüche auf Geldleistung gehen die Instrumente des SchKG, insb. der Arrest (s. Art. 271 ff. SchKG),[22] den vorsorglichen Massnahmen nach ZPO vor (Art. 269 lit. a ZPO). Ansonsten können grundsätzlich aber sowohl Leistungs- und Gestaltungs- als auch Feststellungsansprüche einen Verfügungsanspruch begründen.[23] Die Verletzung des materiellen Anspruchs kann dabei entweder drohen oder bereits bestehen bzw. andauern. Ebenso ist es möglich, dass die Verletzungshandlung bereits abgeschlossen ist und nur deren Wiederholung droht.[24] Ob eine solche Verletzung vorliegt, ergibt sich grundsätzlich aus dem materiellen Recht. Bei der erstmaligen bzw. bei der erneut drohenden Verletzung fordert die ZPO dagegen selbst eine *Begehungs-* bzw. *Wiederholungsgefahr*.[25] Nach nicht unumstrittener, aber wohl überwiegender Ansicht handelt es sich dabei um eine spezifische Anspruchsvoraussetzung, so dass bei deren Verneinung im Massnahmeverfahren eine Abweisung des Massnahmegesuchs erfolgt.[26]

2. Erstbegehungs- und Wiederholungsgefahr im Besonderen

9 Eine Begehungs- bzw. Wiederholungsgefahr liegt vor, wenn sich die bevorstehende Verletzung derart verdichtet hat, dass sie als unmittelbar drohend erscheint.[27] Massgebend ist dabei nicht die subjektive Sichtweise der gesuchstellenden Partei, sondern ein objektivierter Massstab.[28] Dabei genügt eine rein abstrakte bzw. hypothetische Möglichkeit der Begehung bzw. Wiederholung nicht, da auch die Begehungs- bzw. Wiederholungsgefahr glaubhaft sein muss.[29]

10 Freilich hängen die Begehungs- und Wiederholungsgefahr nicht unerheblich von der Willensbildung der Gesuchsgegnerin, mithin von inneren Tatsachen ab. Die gesuchstellende Partei hat daher grundsätzlich nur Umstände darzulegen, die es dem Gericht erlauben, von Äusserungen bzw. dem Verhalten der Gesuchsgegnerin auf deren (wahrscheinlichen) Willen zur Begehung bzw. Wiederholung zu schliessen.[30] Angesichts der Schwierigkeiten bei der «positiven Glaubhaftmachung»[31] behilft sich die Praxis bzgl. der Wiederholungsgefahr, nicht aber der Begehungsgefahr,[32] zudem verschiedener Vermutungen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lässt eine Verletzungshandlung ihre erneute Begehung in der Regel vermuten[33] oder indiziert sie mindestens, wenn eine Verwarnung keine Wirkung zeigte oder zwecklos wäre.[34]

20. DIKE Komm.-Zürcher, N. 17 zu Art. 261 ZPO; Phurtag, Rz. 13.
21. KUKO-Kofmel Ehrenzeller, N. 5 zu Art. 261 ZPO; ferner bereits Kofmel Ehrenzeller, S. 24.
22. Vgl. zu den vorsorglichen Massnahmen bei Geldforderungen im Einzelnen Phurtag, Rz. 74 ff.
23. Schulthess Komm.-Huber, N. 17 zu Art. 261 ZPO; Gasser/Rickli, N. 2 zu Art. 261 ZPO; Phurtag, Rz. 13; BSK-Sprecher, N. 15 zu Art. 261 ZPO; D. Staehelin, in: Staehelin/Grolimund/Bachofner, § 22 Rz. 8.
24. Phurtag, Rz. 14; BSK-Sprecher, N. 20 zu Art. 261 ZPO; DIKE Komm.-Zürcher, N. 18 zu Art. 261 ZPO.
25. Vgl. DIKE Komm.-Zürcher, N. 18 zu Art. 261 ZPO.
26. BK-Güngerich, N. 29 zu Art. 261 ZPO; Schai, Rz. 180; BSK-Sprecher, N. 20 zu Art. 261 ZPO; DIKE Komm.-Zürcher, N. 19 zu Art. 261 ZPO; HGer ZH HE110665 vom 5. Januar 2012 E. 6 = ZR 111/2012 Nr. 61; vgl. ferner Schlosser, S. 344; a.A. OGer ZG vom 29. Oktober 2012 E. 2 = GVP 2012, S. 179.
27. Phurtag, Rz. 14.
28. BSK-Sprecher, N. 20 zu Art. 261 ZPO; vgl. unter früherem Recht Berti, S. 197 Rz. 35.
29. OGer ZH LL100003 vom 20. Januar 2011 E. III.2.1 = sic! 2011, S. 509 ff.; Schai, Rz. 181; BSK-Sprecher, N. 20 zu Art. 261 ZPO; DIKE Komm.-Zürcher, N. 21 zu Art. 261 ZPO; vgl. unter früherem Recht Alder, S. 97; Briner, S. 158; Grob, S. 43; Schenker, S. 36; Schlosser, S. 346; vgl. zum Begriff der Glaubhaftmachung eingehend hiernach II.D.
30. Vgl. BSK-Sprecher, N. 21 zu Art. 261 ZPO; vgl. unter früherem Recht Alder, S. 97; Schenker, S. 36, 42.
31. M.E. ist hier der Terminus «strikter Nachweis» (so Alder, S. 97, s.a. Schenker, S. 37) nicht präzise, da die Wiederholungsgefahr im Massnahmeverfahren ebenfalls nur glaubhaft zu machen und nicht nachzuweisen ist.
32. Vgl. unter früherem Recht Alder, S. 99 f.; Schenker, S. 42.
33. BGE 116 II 357 E. 2a; DIKE Komm.-Zürcher, N. 20 zu Art. 261 ZPO.
34. BGE 124 III 72 E. 2a; vgl. DIKE Komm.-Zürcher, N. 20 zu Art. 261 ZPO; vgl. zum früheren Recht Alder, S. 97; Briner, S. 158; Brunner, S. 16.

Rechtsprechungsgemäss wird die Wiederholungsgefahr sodann regelmässig bejaht, wenn die Gesuchsgegnerin die Widerrechtlichkeit ihres Verhaltens bestreitet, da in einem solchen Fall zu vermuten sei, dass sie es im Vertrauen auf dessen Rechtmässigkeit weiterführe.[35]

11 Strittig ist in Lehre und Rechtsprechung, inwieweit die Gesuchsgegnerin durch eine Erklärung, dass sie keine weiteren Rechtsverletzungen vornehme, die Vermutung der Wiederholungsgefahr entkräften kann. In älteren Entscheiden führte das Bundesgericht aus, dass strenge Anforderungen an die Entkräftung der Vermutung zu stellen seien. Die Vermutung werde weder durch die blosse Einstellung der Verletzung noch die Erklärung der Gesuchsgegnerin umgestossen, von künftigen Verletzungen Abstand zu nehmen, wenn nicht gleichzeitig der Anspruch anerkannt werde.[36] Ohne dazu Stellung zu beziehen, wies das Bundesgericht auch darauf hin, dass im deutschen Recht sogar eine Unterlassungserklärung nicht genüge, wenn diese nicht durch eine Konventionalstrafe gesichert sei.[37] Diesen Erwägungen folgend forderte denn auch die Lehre eine solche «gesicherte Unterlassungserklärung».[38] In jüngerer Zeit liess das Bundesgericht dagegen eine «förmliche Abstandserklärung» genügen,[39] wobei es in der Tendenz aber nach wie vor eine Anerkennung des Anspruchs zu verlangen scheint.[40] Anderen Gerichten genügt dagegen eine Verzichts- und Unterwerfungserklärung ohne Anerkennung einer Rechtspflicht und ohne Konventionalstrafe,[41] wenn diese bedingungslos und unzweideutig ist.[42]

12 Grundsätzlich ist m.E. dafürzuhalten, dass mangels gesetzlicher Grundlage weder eine Anerkennung des Anspruchs noch eine Konventionalstrafe erforderlich ist, um die Vermutung der Wiederholungsgefahr zu entkräften. Massgebend muss vielmehr sein, ob aufgrund der förmlichen Abstandserklärung im konkreten Einzelfall eine Wiederholung der Verletzungshandlung noch glaubhaft erscheint. Im Übrigen kann das Verhalten der Gesuchsgegnerin, welches zum Wegfall der Wiederholungsgefahr (und damit zur Abweisung des Massnahmegesuchs) führt, bei der Kostenverteilung berücksichtigt werden.[43]

C. Verfügungsgrund

1. Allgemeines

13 Der Verfügungsgrund bildet die prozessrechtliche Rechtfertigung dafür, den Verfügungsanspruch durch vorsorgliche Massnahmen provisorisch zu schützen, statt das definitive Ergebnis eines einlässlichen Verfahrens abzuwarten.[44] Um einen Verfügungsgrund zu begründen, hat die gesuchstellende Partei Tatsachen zu behaupten und glaubhaft zu machen, aus denen sich ergibt, dass ihr aus der Verletzung (oder einer zu befürchtenden Verletzung) des Verfügungsanspruchs ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO).[45] Das Gericht seinerseits hat gestützt auf den entsprechenden Vortrag der gesuchstellenden Partei eine Nachteilsprognose zu

35. BGE 116 II 357 E. 2a; BGE 124 III 72 E. 2a; aus jüngerer Zeit auch BGer 4A_297/2020 vom 7. September 2020 E. 2.1; vgl. BSK-Sprecher, N. 21 zu Art. 261 ZPO; DIKE Komm.-Zürcher, N. 20 zu Art. 261 ZPO.
36. BGE 116 II 357 E. 2b; BGE 90 II 51 E. 9.
37. BGE 116 II 357 E. 2b.
38. Alder, S. 98 f.; Schenker, S. 39 f.; siehe auch Brunner, S. 16.
39. BGE 124 III 72 E. 2a; vgl. auch DIKE Komm.-Zürcher, N. 20 zu Art. 261 ZPO.
40. Vgl. BGer 4A_379/2019 vom 4. Dezember 2019 E. 9.3.1; siehe dagegen auch BGer 5A_309/2013 vom 4. November 2013 E. 5.3.2, wonach kein Anspruch auf förmliche Anerkennung bestehe.
41. David/Frick/Kunz/Studer/Zimmerli, Rz. 592, halten dagegen dafür, dass eine Unterlassungserklärung ohne Anerkennung einer Rechtspflicht ungenügend sei, eine Konventionalstrafe aber nicht erforderlich sei.
42. OGer ZH LL100003 vom 20. Januar 2011 E. III.2.2 = sic! 2011, S. 509 ff.; daran anschliessend BPatGer S2013_004 vom 12. Mai 2014 E. 4.2.
43. In diesem Sinne betreffend einen Sachentscheid auch BGer 5A_309/2013 vom 4. November 2013 E. 5.3.2.
44. Vgl. unter früherem Recht Ernst, S. 74; Kofmel Ehrenzeller, S. 35.

stellen.[46] Nach nicht unumstrittener, aber wohl überwiegender Ansicht handelt es sich beim Verfügungsgrund um eine materielle Voraussetzung, so dass bei dessen Fehlen eine Abweisung des Massnahmegesuchs und kein Nichteintreten ergeht.[47]

2. Zeitliche Dringlichkeit

a. Grundsatz und Zweck der zeitlichen Dringlichkeit

14 Die Voraussetzung der zeitlichen Dringlichkeit hat keine eigenständige Normierung im Gesetz erfahren,[48] ist aber in Lehre und Rechtsprechung weitgehend anerkannt.[49] Zeitliche Dringlichkeit wird bejaht, wenn das (rechtskräftige) Urteil im Hauptsacheverfahren ohne Anordnung einer vorsorglichen Massnahme nicht abgewartet werden kann, ohne dass die gesuchstellende Partei einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil erleidet.[50] Daraus folgt aber keineswegs eine Subsidiarität des Massnahmeverfahrens gegenüber anderen rechtlichen Handlungsmöglichkeiten. Vielmehr vermögen nur zeitlich durch das Hauptsacheverfahren bedingte Nachteile vorsorgliche Massnahmen zu rechtfertigen.[51]

b. Relative Dringlichkeit im Besonderen

i. Meinungsstand in Lehre und Rechtsprechung

15 Unter dem Stichwort der *relativen Dringlichkeit* wird in Lehre und Rechtsprechung kontrovers diskutiert, inwieweit ein Zuwarten der gesuchstellenden Partei mit der Einleitung des Hauptsacheverfahrens zum Wegfall der zeitlichen Dringlichkeit führen könne. Weitgehende Einigkeit besteht insoweit, als die Passivität der gesuchstellenden Partei zur Abweisung des Massnahmegesuchs führen könne. Strittig ist und teilweise zufällig erscheint, auf welcher dogmatischen Grundlage die Abweisung wegen fehlender relativer Dringlichkeit erfolgt.[52] Teilweise wird vertreten, dass bei fehlender relativer Dringlichkeit die zeitliche Dringlichkeit als Tatbestandsmerkmal nicht mehr gegeben sei.[53] Andere argumentieren eher in die Richtung einer rechtsaufhebenden prozessualen Verwirkung,[54] so dass sich die gesuchstellende Partei aufgrund eines Verstosses gegen Treu und

45. DIKE Komm.-Domej, N. 92 zu Vor Art. 9-13a UWG; BK-Güngerich, N. 28 zu Art. 261 ZPO; für eine nicht genügende Behauptung bzw. Glaubhaftmachung des Verfügungsgrunds vgl. HGer ZH HE130212 vom 31. Juli 2013 E. 12 = ZR 112/2013 Nr. 68; OGer ZG vom 10. Januar 2012 = GVP 2012, S. 136 ff.; vgl. zum Begriff der Glaubhaftmachung eingehend hiernach II.D.
46. DIKE Komm.-Zürcher, N. 17 zu Art. 261 ZPO; KUKO-Kofmel Ehrenzeller, N. 9 zu Art. 261 ZPO.
47. OGer ZG vom 10. Januar 2012 E. 4.2 = GVP 2012, S. 136 ff.; OGer ZH LF110130 vom 12. Januar 2012 E. 3.5; David/Frick/Kunz/Studer/Zimmerli, Rz. 618; BK-Güngerich, N. 29 zu Art. 261 ZPO; Phurtag, Rz. 16; Schai, Rz. 146 ff.; BSK-Sprecher, N. 25 zu Art. 261 ZPO; vgl. unter früherem Recht Zürcher, S. 88; dagegen offenbar BZGer ZH MB190003 vom 17. Januar 2013 E. 5.4 *in fine*; BSK-Droese, N. 9 zu Art. 10 IPRG; vgl. unter früherem Recht BGE 116 Ia 446 E. 2; Alder, S. 82; Schenker, S. 88.
48. Art. 265 Abs. 1 ZPO, der von einer «besonderen Dringlichkeit» spricht, bezieht sich nur auf den Erlass superprovisorischer Massnahmen. Sie ist nicht deckungsgleich mit der hier diskutierten zeitlichen Dringlichkeit.
49. HGer BE HG 13 149 vom 30. Juni 2014 E. IV.22.1 = CAN 2015 Nr. 36; KGer BL 430 16 292 vom 7. Februar 2017 E. 5.3; OGer ZH LF160086 vom 2. März 2017 E. III.1; David/Frick/Kunz/Studer/Zimmerli, Rz. 619; DIKE Komm.-Domej, N. 94 zu Vor Art. 9-13a UWG; Phurtag, Rz. 19; Schai, Rz. 205; SHK-Treis, N. 10 zu Art. 261 ZPO; Botschaft ZPO, S. 7354; vgl. zum früheren Recht Alder, S. 83; Streuli-Youssef, S. 302.
50. HGer AG HSU.2019.7 vom 8. Februar 2019 E. 6.2; HGer BE HG 13 149 vom 30. Juni 2014 E. IV.22.3 = CAN 2015 Nr. 36, welches von objektiver Dringlichkeit spricht; AppGer BS ZB.2019.7 vom 13. Mai 2019 E. 3.2; DIKE Komm.-Domej, N. 94 zu Vor Art. 9-13a UWG; Schulthess Komm.-Huber, N. 22 zu Art. 261 ZPO; Phurtag, Rz. 19; DIKE Komm.-Zürcher, N. 12 zu Art. 261 ZPO; vgl. zum früheren Recht Alder, S. 83.
51. Ähnlich unter früherem Recht Alder, S. 83.
52. Vgl. AppGer BS ZB.2019.7 vom 13. Mai 2019 E. 3.3; Schweizer, Verwirkung, S. 327.

Glauben,[55] eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens[56] oder eines fehlenden Rechtsschutzinteresses[57] lediglich nicht mehr auf die Dringlichkeit berufen könne.

16 Unklar ist sodann auch der Begriff der relativen Dringlichkeit an sich. Teilweise wird die Ansicht vertreten, dass diese fehle, wenn die gesuchstellende Partei bei Einreichung des Massnahmegesuchs eine Zeitspanne habe verstreichen lassen, die wahrscheinlich für die Durchführung des ordentlichen Prozesses gereicht hätte.[58] Andere stellen sich dagegen auf den Standpunkt, die relative Dringlichkeit fehle bereits dann, wenn das Hauptsacheverfahren vor bzw. nur unwesentlich nach dem Massnahmeverfahren rechtskräftig beendet gewesen wäre, sofern die gesuchstellende Partei das Hauptsacheverfahren eingeleitet hätte, sobald ihr dies frühestens möglich gewesen wäre.[59] Der Unterschied der beiden Ansichten liegt darin, dass es bei ersterer für die Bejahung der relativen Dringlichkeit genügt, wenn das Massnahmeverfahren innert der Dauer eines hypothetischen Hauptsacheverfahrens *eingeleitet* wurde, währendem bei letzterer das Massnahmeverfahren auch innert dieser Dauer *abgeschlossen* sein muss.

17 Für beide Auffassungen ist folglich die hypothetische Dauer des Hauptsacheverfahrens, für die zweite Auffassung auch die hypothetische Dauer des Massnahmeverfahrens zu bestimmen. Die hypothetische Verfahrensdauer ist dabei nach Lehre und Rechtsprechung konkret unter Berücksichtigung des Einzelfalls zu eruieren und nicht anhand einer abstrakten Zeitspanne festzulegen.[60] Nach wohl überwiegender Ansicht ist zudem ein allfälliges Rechtsmittelverfahren nur insoweit zu berücksichtigen, als diesem aufschiebende Wirkung zukomme, da für die relative Dringlichkeit nur entscheidend sei, bis wann die gesuchstellende Partei in einem Hauptsacheverfahren ein vollstreckbares Urteil hätte erstreiten können.[61] Mit anderen Worten ist für die hypothetische Dauer des Hauptsacheverfahrens das Rechtsmittelverfahren i.d.R. dann zu berücksichtigen, wenn gegen den erstinstanzlichen Entscheid die Berufung offensteht (s. Art. 315 Abs. 1 ZPO), wogegen ein allfälliges bundesgerichtliches Verfahren i.d.R. nicht massgebend ist (s. Art. 103

53. BPatGer S2014_006 vom 6. Oktober 2014 E. 13.1 = sic! 2015, S. 177 ff. («nicht mehr dringlich»); für eine Verwirkung dagegen BPatGer S2018_006 vom 8. Februar 2019 E. 14 = sic! 2019, S. 500 ff.; vgl. unter früherem Recht HGer AG SU2001.00007 vom 19. Dezember 2001 E. 5d, s.a. E. 5f = sic! 2002, S. 353 ff.; vgl. ferner HGer ZH vom 14. Mai 1996 E. VI = ZR 95/1996 E. VI, wo sowohl mit Rechtsmissbrauch argumentiert wird als auch mit dem Wegfall des Tatbestandsmerkmals der Dringlichkeit; HGer ZH HG010444/N01 vom 24. Juli 2002 E. 2b/aa = sic! 2003, S. 511; Zürcher, S. 88 f.
54. Für eine prozessuale Verwirkung nun auch Schweizer, Glaubhaftmachung, S. 6 Fn. 59; dagegen noch Schweizer, Verwirkung, S. 327; kritisch zum Begriff der prozessualen Verwirkung etwa Alder, S. 84.
55. KGer BL 430 16 292 vom 7. Februar 2017 E. 5.3; BSK-Sprecher, N. 43 zu Art. 261 ZPO.
56. CR-Bohnet, N. 12 zu Art. 261 ZPO; David/Frick/Kunz/Studer/Zimmerli, Rz. 622; BSK-Rüetschi/Roth, N. 63 zu Vor Art. 9-13a UWG; BSK-Sprecher, N. 43 zu Art. 261 ZPO; SHK-Treis, N. 13 zu Art. 261 ZPO; DIKE Komm.-Zürcher, N. 13 zu Art. 261 ZPO; vgl. ferner Rüetschi, S. 422; Schenker, S. 86 f.
57. OGer ZH LF120077 vom 25. Februar 2013 E. 9; DIKE Komm.-Domej, N. 94 zu Vor Art. 9-13a UWG; im Ergebnis wohl auch Müller, S. 39.
58. KGer BL 430 16 292 vom 7. Februar 2017 E. 5.3 und E. 6; OGer ZH LF160086 vom 2. März 2017 E. III.1; OGer ZH LF120077 vom 25. Februar 2013 E. 7a; HGer ZH HE120020 vom 20. April 2012 E. 5.3 = ZR 111/2012 Nr. 63; David/Frick/Kunz/Studer/Zimmerli, Rz. 622; SHK-Treis, N. 12 zu Art. 261 ZPO; DIKE Komm.-Zürcher, N. 13 zu Art. 261 ZPO; vgl. ferner HGer ZH HG010444/B01 vom 24. Juli 2002 E. 2b/aa = sic! 2003, S. 511 ff.; HGer ZH vom 14. Mai 1996 E. VI = ZR 95/1996 Nr. 98; Zürcher, S. 88.
59. AppGer BS ZB.2019.7 vom 13. Mai 2019 E. 3.4; BPatGer S2014_006 vom 6. Oktober 2014 E. 13.1 = sic! 2015, S. 177 ff.; BPatGer S2018_006 vom 8. Februar 2019 E. 13 = sic! 2019, S. 500 ff.; HGer BE HG 13 149 vom 30. Juni 2014 E. 22.4 = CAN 2015 Nr. 36; Schai, Rz. 207, 209; SHK-Spitz/Staehelin, N. 27 zu Vor Art. 9-13a UWG; Rüetschi, S. 422; HGer AG SU2001.00007 vom 19. Dezember 2001 E. 5d = sic! 2002 S. 353 ff.
60. AppGer BS ZB.2019.7 vom 13. Mai 2019 E. 3.6; HGer BE HG 13 149 vom 30. Juni 2014 E. 22.4 = CAN 2015 Nr. 36; David/Frick/Kunz/Studer/Zimmerli, Rz. 622; Schai, Rz. 208; Rüetschi, S. 425; Zürcher, S. 89.
61. AppGer BS ZB.2019.7 vom 13. Mai 2019 E. 3.6; BSK-Rüetschi/Roth, N. 63 zu Vor Art. 9-13a UWG; SHK-Spitz/Staehelin, N. 27 zu Vor Art. 9-13a UWG; vgl. unter früherem Recht Schlosser, S. 357; nicht vollständig klar, aber wohl dagegen HGer BE HG 13 149 vom 30. Juni 2014 E. 22.8 = CAN 2015 Nr. 36.

Abs. 1 BGG). In Bezug auf die hypothetische Dauer des Massnahmeverfahrens ist ein allfälliges Rechtsmittelverfahren dagegen i.d.R. nicht von Bedeutung, da der Berufung gegen Massnahmeentscheide regelmässig keine aufschiebende Wirkung zukommt (s. Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO).

18 Trotz der grundsätzlich konkreten Bestimmung der hypothetischen Verfahrensdauer bedient sich die Praxis regelmässig abstrakter Faustregeln: Das *Bundespatentgericht* geht in seiner Rechtsprechung davon aus, dass das durchschnittliche ordentliche Verletzungsverfahren zwei Jahre, das auf Unterlassung gerichtete Massnahmeverfahren hingegen etwa acht bis zehn Monate daure.[62] Daher sei der Anspruch auf Erlass vorsorglicher Massnahmen prozessual verwirkt, wenn die gesuchstellende Partei mit der Geltendmachung rund 14 Monate von dem Zeitpunkt an, in dem ein ordentliches Verfahren hätte eingeleitet werden können, zuwarte.[63] Auch die *kantonale Praxis* und die Lehre gehen für das Hauptsacheverfahren insb. in immaterialgüter- oder wettbewerbsrechtlichen Prozessen i.d.R. von einer Verfahrensdauer von rund zwei bis drei Jahren aus.[64] Im Einzelfall ist indes Vorsicht geboten. So ging etwa das Handelsgericht des Kantons Bern auch schon von einer Verfahrensdauer des Hauptsacheverfahrens von eineinviertel Jahren (ohne Rechtsmittelverfahren) sowie des Massnahmeverfahrens von sieben Monaten aus.[65]

19 Zu bestimmen ist für die relative Dringlichkeit sodann der frühestmögliche Zeitpunkt zur Einleitung des Hauptsacheverfahrens. Dieser ist theoretisch dann, wenn die tatsächlichen Grundlagen des Anspruchs in einer Art und Weise vorliegen, dass ein rechtsgenügendes, dem Massnahmebegehren entsprechendes Hauptsachebegehren verfasst und begründet werden könnte.[66] Dabei ist zu beachten, dass die Anforderungen des Hauptsacheverfahrens strenger sind als jene des Massnahmeverfahrens, so dass eine weitere Abklärung des Sachverhalts, unter Umständen gar die Einholung eines Privatgutachtens,[67] geboten sein kann. Immerhin muss verlangt werden, dass sich die gesuchstellende Partei redlich bemüht, den Sachverhalt zeitnah abzuklären. Nach verbreiteter Ansicht soll sodann die Frist der relativen Dringlichkeit gehemmt sein bzw. gar nicht zu laufen beginnen, solange die gesuchstellende Partei mit der Gesuchsgegnerin Vergleichsgespräche führt oder diese abmahnt.[68] Strittig ist schliesslich, ob die gesuchstellende Partei Kenntnis von der (drohenden) Verletzung des Verfügungsanspruchs haben müsse oder ob bereits fahrlässige Unkenntnis genügen könne.[69]

---

62. BPatGer S2018_006 vom 8. Februar 2019 E. 13 = sic! 2019, S. 500 ff.; siehe auch BPatGer S2019_001 vom 25. März 2019 E. 6; BPatGer S2019_004 vom 9. April 2019 E. 19.
63. BPatGer S2018_006 vom 8. Februar 2019 E. 13 = sic! 2019, S. 500 ff.; siehe auch BPatGer S2019_001 vom 25. März 2019 E. 6; BPatGer S2019_004 vom 9. April 2019 E. 19.
64. KGer BL 430 16 292 vom 7. Februar 2017 E. 5.3; AppGer BS ZB.2019.7 vom 13. Mai 2019 E. 3.6; HGer ZH HE120020 vom 20. April 2012 E. 5.3 = ZR 111/2012 Nr. 63; HGer ZH HE180089 vom 15. Mai 2018 E. 6; David/Frick/Kunz/Studer/Zimmerli, Rz. 622; SHK-Spitz/Staehelin, N. 27 zu Vor Art. 9-13a UWG; BSK-Sprecher, N. 43 zur Art. 261 ZPO; SHK-Treis, N. 12 zu Art. 261 ZPO; vgl. ferner unter früherem Recht HGer AG SU2001.00007 vom 19. Dezember 2001 E. 5d.bb = sic! 2002, S. 353 ff.; HGer SG HG.2002.32 vom 20. September 2002 = sic! 2003, S. 626 ff.; Schweizer, Verwirkung, S. 327; Zürcher, S. 89.
65. HGer BE HG 13 149 vom 30. Juni 2014 E. 22.8 = CAN 2015 Nr. 36.
66. AppGer BS ZB.2019.7 vom 13. Mai 2019 E. 3.5; BPatGer S2018_006 vom 8. Februar 2019 E. 14 = sic! 2019, S. 500 ff.; HGer BE HG 13 149 vom 30. Juni 2014 E. 22.4 = CAN 2015 Nr. 36; vgl. ferner unter früherem Recht HGer AG SU2001.00007 vom 19. Dezember 2001 E. 5c = sic! 2002, S. 353 ff.; Rüetschi, S. 423.
67. AppGer BS ZB.2019.7 vom 13. Mai 2019 E. 3.5; HGer BE HG 13 149 vom 30. Juni 2014 E. 22.4 = CAN 2015 Nr. 36; BSK-Sprecher, N. 44 zu Art. 261 ZPO; vgl. zum früheren Recht HGer ZH vom 8. März 1978 E. 3 = ZR 77/1978 Nr. 9; Alder, S. 84 f.; Rüetschi, S. 425; Schenker, S. 87; Schlosser, S. 356.
68. AppGer BS ZB.2019.7 vom 13. Mai 2019 E. 3.5; HGer BE HG 13 149 vom 30. Juni 2014 E. 22.4 = CAN 2015 Nr. 36; BSK-Sprecher, N. 44 zu Art. 261 ZPO; vgl. zum früheren Recht Alder, S. 85; Rüetschi, S. 425; Schenker, S. 87; Schlosser, S. 356; Youssef-Streuli, S. 308.
69. Für tatsächliche Kenntnis SHK-Treis, N. 13 zu Art. 261 ZPO; ferner Alder, S. 84; fahrlässige Unkenntnis für ausreichend haltend BPatGer S2018_006 vom 8. Februar 2019 E. 14 = sic! 2019, S. 500 ff.; ferner HGer AG SU2001.00007 vom 19. Dezember 2001 E. 5c/dd = sic! 2002, S. 353 ff.; Rüetschi, S. 423 f.; Youssef-Streuli, S. 308; Zürcher, S. 89; vgl. zur Verwirkung materieller Ansprüche BGE 117 II 575 E. 4b.

Entscheidend muss m.E. wohl sein, ob die Einleitung des Hauptsacheverfahrens der gesuchstellenden Partei im entsprechenden Zeitpunkt nach Treu und Glauben im Einzelfall zumutbar gewesen wäre, so dass wohl jedenfalls sorgfaltswidrige Unkenntnis genügt.

ii. Würdigung und Stellungnahme

20 Mit dem Erfordernis der relativen Dringlichkeit entfernte sich das Bundesgericht[70] von der ursprünglich aus Deutschland[71] eingeführten Konzeption der Dringlichkeit,[72] wonach für die Dauer des erlaubten Zuwartens – freilich unter Würdigung des Einzelfalls – vor allem die Zeit zur Vorbereitung des Massnahmegesuchs massgebend war.[73] Unter diesem Gesichtspunkt wurden auch in der Schweiz damals «Regelverwirkungsfristen» von einem bis zu drei Monaten vertreten,[74] die auch heute noch der geltenden Rechtslage in Deutschland entsprechen.[75] Die schweizerischen Fristen unter dem Konzept der relativen Dringlichkeit sind demnach viel grosszügiger. Begründet wird das Konzept der relativen Dringlichkeit mit dem Zweck des vorsorglichen Rechtsschutzes. Dieser diene der Abwehr von Nachteilen aufgrund der langen Dauer des Hauptsacheverfahrens, verfolge aber nicht das Ziel, die Entstehung weiterer Nachteile über den Abschluss des Hauptsacheverfahrens hinaus zu beseitigen. Seine Funktion sei daher auf den Zeitpunkt des (hypothetischen) Eintritts der Vollstreckbarkeit des Hauptsacheentscheids beschränkt, da es nicht in der Hand der gesuchstellenden Partei liegen dürfe, diesen Zeitpunkt durch ihr (rechtsmissbräuchliches) Zuwarten zu verschieben, weil die Interessen der Gesuchsgegnerin durch die Erleichterungen des Massnahmeverfahrens beeinträchtigt seien.[76] Diesen Überlegungen ist zuzustimmen. Bei Lichte betrachtet wird indes m.E. dieses Anliegen, unabhängig davon, welchem Begriff der relativen Dringlichkeit man folgen mag, durch deren Konzeption gerade nicht bzw. nicht ausreichend verwirklicht. Geht man davon aus, dass nur das Massnahmegesuch innerhalb der Dauer eines hypothetischen Hauptsacheverfahrens eingereicht werden müsse, so ist begriffsimmanent, dass der Massnahmeentscheid erst nach dem Abschluss des hypothetischen Hauptsacheverfahrens ergehen könnte. Die in diesem Fall angeordneten Massnahmen würden die gesuchstellende Partei also gerade auch vor Nachteilen schützen, die erst nach dem hypothetischen Abschluss des Hauptsacheverfahrens eintreten bzw. sich vergrössern. Ähnliches gilt aber auch dann, wenn man verlangt, dass auch das Massnahmeverfahren innerhalb des hypothetischen Hauptsacheverfahrens abgeschlossen sein müsse, insb. wenn der Abschluss des Massnahmeverfahrens und jener des hypothetischen Hauptsacheverfahrens nahe beieinander liegen. Anders wäre es wohl nur, wenn – was in der Praxis soweit ersichtlich nicht geschieht – Art. 268 Abs. 2 ZPO dahingehend ausgelegt würde, dass die angeordneten vorsorglichen Massnahmen auf die Dauer des hypothetischen Hauptsacheverfahrens zu befristen wären. Die relative Dringlichkeit bevorzugt folglich die gesuchstellende Partei, ohne dass dafür eine Rechtfertigung bestünde.

21 M.E. sollte der Begriff der relativen Dringlichkeit daher aufgegeben werden. Vielmehr sollte zur zeitlichen Dringlichkeit (im objektiven Sinne) eine subjektive Dringlichkeit als Tatbestandsmerkmal treten. Die subjektive Dringlichkeit fehlt dabei, wenn aus dem Verhalten der gesuchstellenden Partei hervorgeht, dass es ihr nicht eilig ist.[77] Dies ist u.a. dann anzunehmen, wenn die gesuchstellende Partei

70. BGer vom 6. Oktober 1981 E. 3 = SMI 1983, S. 148.
71. Vgl. zu den diesbezüglichen Zusammenhängen Alder, S. 83.
72. David/Frick/Kunz/Studer/Zimmerli, Rz. 620 f.
73. Siehe Schenker, S. 87.
74. Ernst, S. 57; Schenker, S. 87; vgl. auch Müller, S. 38; Schlosser, S. 355.
75. Ausführlich zur Praxis der deutschen Gerichte, Beck-KUKO-Köhler, N. 2.15b zu § 12 dUWG; allgemein zur dZPO siehe auch BeckOK-Mayer, N. 17 zu § 935 dZPO; MüKo-Drescher, N. 19 zu § 935 dZPO.
76. Rüetschi, S. 422.
77. Vgl. zu dieser Wortwendung Beck-KUKO-Köhler, N. 2.15 zu § 12 dUWG sowie die dortigen Hinweise.

mit der Einleitung des Massnahmeverfahrens längere Zeit zuwartet, obwohl ihr die Verletzungshandlung bzw. die drohende Verletzung bekannt ist oder nach Treu und Glauben bekannt sein konnte bzw. musste. Denn angesichts der strukturellen Bevorzugung der gesuchstellenden Partei im Massnahmeverfahren kann von ihr mit Blick auf die Interessen der Gesuchsgegnerin durchaus verlangt werden, dass sie das Massnahmeverfahren möglichst unmittelbar einleitet. Die zulässige Dauer des Zuwartens muss freilich im Einzelfall festgelegt werden. Ausgangspunkt muss die Zeit sein, die die gesuchstellende Partei nach Treu und Glauben für die Vorbereitung des Massnahmegesuchs benötigt.[78] Im Einzelfall sind dabei die rechtliche und tatsächliche Komplexität des Falles (insb. die Zeit für die notwendigen Abklärungen), Vergleichsbemühungen oder aussergerichtliche Abmahnungsversuche zu berücksichtigen. Ohne besondere Umstände dürfte aber eine Frist von drei Monaten ab Kenntnis bzw. Kennenmüssen die Obergrenze bilden. Die dogmatische Abstützung auf Tatbestandebene ist vorzuziehen, weil im blossen Zuwarten kaum ein Rechtsmissbrauch erblickt werden kann.[79] Zudem hätte es den Vorteil, dass die subjektive Dringlichkeit grundsätzlich durch die gesuchstellende Partei glaubhaft zu machen wäre.

3. Drohender, nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil

a. Allgemeines und Begriff des Nachteils

22 Als Nachteil gilt jede rechtliche oder tatsächliche Beeinträchtigung der gesuchstellenden Partei in ihrer materiellen Rechtsstellung.[80] Die Nachteile können materieller, d.h. wirtschaftlicher, oder immaterieller Natur sein und gar aus dem blossen Zeitablauf des Prozesses entstehen.[81] Insoweit unterscheidet sich der Nachteil i.S.v. Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO vom Nachteil nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO[82] und Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG[83]. Der Nachteil muss noch drohen, d.h. einerseits darf er noch nicht zur Gänze eingetreten sein und andererseits muss er aufgrund objektiver Anhaltspunkte glaubhaft sein.[84] Die blosse Möglichkeit eines Nachteils genügt nicht. Ebenso darf sich die gesuchstellende Partei nicht mit der blossen Glaubhaftmachung des Verfügungsanspruchs oder pauschalen Hinweisen auf Vorteile der Gesuchsgegnerin begnügen, sondern hat den (nicht leicht wiedergutzumachenden) Nachteil rechtsgenüglich darzutun.[85] Eine «Nachteilsvermutung» besteht in diesem Sinne nicht.[86]

b. Nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil im Besonderen

23 Der hiervor beschriebene Nachteil muss nach dem Wortlaut des Gesetzes qualifizierter Natur,[87] d.h. durch ein späteres, positives Prozessergebnis nicht leicht wiedergutzumachen sein.[88] Ein Verzicht auf

78. Vgl. unter früherem Recht Schenker, S. 87.
79. Vgl. auch DIKE Komm.-Domej, N. 94 zu Vor Art. 9-13a UWG; kritisch wohl auch David/Frick/Kunz/Studer/Zimmerli, Rz. 622; Spitz/Staehelin, N. 27 zu Vor Art. 9-13a UWG; vgl. unter früherem Recht Rüetschi, S. 420, dagegen aber auch S. 423; Zürcher, S. 89.
80. BGE 138 III 378 E. 6.3 = Pra 102 (2013) Nr. 6 wonach der Nachteil im Massnahmeverfahren aber hauptsächlich tatsächlicher Natur sei; KUKO-Kofmel Ehrenzeller, N. 8 zu Art. 261 ZPO; BK-Güngerich, N. 34 zu Art. 261 ZPO; Phurtag, Rz. 17; Schai, Rz. 187; DIKE Komm.-Zürcher, N. 25 zu Art. 261 ZPO; vgl. zum früheren Recht vergleichend Berti, S. 192 ff. Rz. 32; Ziegler, S. 49 ff.
81. BGE 138 III 378 E. 6.3 = Pra 102 (2013) Nr. 6; vgl. auch AppGer BS ZB.2019.7 vom 13. Mai 2019 E. 2.1; Botschaft ZPO, S. 7354; KUKO-Kofmel Ehrenzeller, N. 8 zu Art. 261 ZPO; Schai, Rz. 187.
82. BGE 138 III 378 E. 6.3 = Pra 102 (2013) Nr. 6.
83. BGE 142 III 798 E. 2.2 = Pra 107 (2018) Nr. 28.
84. KGer BL 430 16 292 vom 7. Februar 2017 E. 5.2; AppGer BS ZB.2019.7 vom 13. Mai 2019 E. 2.1; HGer ZH HG140234 vom 4. Dezember 2014 E. 6.4 = ZR 115/2016 Nr. 5; BK-Güngerich, N. 35 zu Art. 261 ZPO; Phurtag, Rz. 17; DIKE Komm.-Zürcher, N. 25 zu Art. 261 ZPO; vgl. Berti, S. 197 Rz. 35; vgl. zum Begriff der Glaubhaftmachung eingehend hiernach II.D.
85. KGer BL 430 16 292 vom 7. Februar 2017 E. 5.2; AppGer BS ZB.2019.7 vom 13. Mai 2019 E. 2.1; David/Frick/Kunz/Studer/Zimmerli, Rz. 613; BSK-Sprecher, N. 30 zu Art. 261 ZPO; vgl. zum früheren Recht Alder, S. 86 ff.; Zürcher, S. 102.

dieses qualifizierende Element, wie ihn die Lehre vereinzelt mit der Begründung indiziert, dass es Sinn der Rechtsordnung sei, Nachteile soweit möglich zu vermeiden,[89] ist bereits deshalb dezidiert abzulehnen, weil sich diese Auffassung ohne nähere Begründung über den klaren Wortlaut von Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO hinwegsetzt. Im Übrigen verkennt sie, dass im Massnahmeverfahren das Bestehen des Verfügungsanspruchs aufgrund beschränkter Beweismittel nur glaubhaft sein muss und insoweit ein Risiko besteht, dass die vorsorgliche Massnahme zu Unrecht angeordnet werden könnte. Es wäre untragbar, der Gesuchsgegnerin dieses Risiko aufzubürden (und sie ihrerseits auf einen allfälligen Schadenersatzanspruch nach Art. 264 ZPO zu verweisen), obwohl der gesuchstellenden Partei beim Unterbleiben der vorsorglichen Massnahmen keine nennenswerten Nachteile entstehen.[90]

24 Ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil wird bejaht, wenn er nicht oder nicht vollständig oder vollwertig durch Geld ausgeglichen werden kann.[91] Strittig ist in Lehre und Rechtsprechung, ob bedrohte Realerfüllungsansprüche *per se* einen solchen Nachteil begründen oder ob durch Geldleistung gestützt auf vertragliche, ausservertragliche oder bereicherungsrechtliche Ansprüche bzw. die Geschäftsführung ohne Auftrag eine vollumfängliche Wiedergutmachung erzielt werden könne, so dass eine vorsorgliche Massnahme ein besonderes Interesse an der Realerfüllung voraussetze.

25 Die Befürworter der ersteren Auffassung leiten aus Art. 97 OR einen unbedingten materiellrechtlichen Anspruch auf Realerfüllung ab, den es mittels vorsorglicher Massnahmen zu sichern gelte. Schadenersatz könne als sekundäre Leistung *per se* keine vollumfängliche Wiedergutmachung darstellen.[92] Die gegenteilige Auffassung hält dafür, dass die Berechtigung in der Hauptsache im Massnahmeverfahren angesichts des reduzierten Beweismasses und der Beweismittelbeschränkung letztlich noch ungewiss sei und insoweit kein absoluter Anspruch auf Realerfüllung bestehen könne. Diese Ungewissheit müsse zu Lasten der gesuchstellenden Partei gehen, so dass ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil nur angenommen werden könne, wenn (glaubhaft) ein besonderes Interesse an der Realerfüllung bestehe.[93] Zudem habe der Anspruch auf Realerfüllung ohnehin Grenzen, da auch nach einem Erkenntnisurteil in allerletzter Instanz nur ein Schadenersatzanspruch erzwingbar bleibe.[94] Das Bundesgericht seinerseits hat sich in einem älteren Entscheid zunächst auf den Standpunkt gestellt, dass ein entgangener Gewinn, der mittels Schadenersatzklage geltend gemacht werden könne, keinen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil begründe.[95] In späteren Entscheiden hat es diese Auffassung immerhin noch als vertretbar bzw. nicht willkürlich bezeichnet,[96] kurz darauf aber jedenfalls in Bezug auf immaterielle Ansprüche mindestens implizit verworfen.[97]

26 Überzeugender erscheint es m.E., ein besonderes Interesse an der Realerfüllung zu verlangen, da jeder Rechtsanspruch und jeder Aufschub der Realerfüllung mit einem nicht unerheblichen Risiko der

87. Leupold, S. 267; Schai, Rz. 187.
86. In diesem Sinne zum früheren Recht auch Alder, S. 88.
89. BSK-Sprecher, N. 38a zu Art. 261 ZPO, «*Wenn hingegen zwar ein Nachteil entsteht, später aber wiedergutgemacht werden könnte, wäre dem Buchstaben von Art. 261 Genüge getan. Es kann aber nicht Sinn der Rechtsordnung sein, die Vermeidung eines Nachteils bewusst zu unterlassen, um dann den Benachteiligten auf den Schadenersatzanspruch zu verweisen. Vorsorgliche Massnahmen sollen vielmehr dazu dienen, Nachteile gar nicht erst entstehen zu lassen*».
90. In diesem Sinne zutreffend bereits unter früherem Recht Gloor, S. 74.
91. Alder, S. 86; Leupold, S. 267; Meier, Rechtsschutz, S. 140; Schenker, S. 53; Stach, S. 122; Vogel, S. 96.
92. BK-Güngerich, N. 37 zu Art. 261 ZPO; vgl. OFK-Rohner, N. 8 zu Art. 261 ZPO; D. Staehelin, in: Staehelin/Grolimund/Bachofner, § 22 Rz. 10; DIKE Komm.-Zürcher, N. 29 zu Art. 261 ZPO; ferner Berti, S. 197 f. Rz. 36; Hasenböhler, Verfügung, S. 16 f.; Kofmel Ehrenzeller, S. 39; Stach, S. 122 f.
93. Phurtag, Rz. 18; Schai, Rz. 189 ff.; vgl. unter früherem Recht Alder, S. 86 Fn. 193 und S. 90; Giacomini, S. 476; Guldener, S. 578 Fussnote 23c); Leupold, S. 269; Meier, Rechtsschutz, S. 293.
94. Dies ausdrücklich hervorhebend Giacomini, S. 476.
95. BGer, SMI 1968, 48 E. 8a und 8b, insoweit nicht publiziert in BGE 94 I 8; s.a. BGE 108 II 228 E. 2b.
96. BGE 108 II 228 E. 2b, mit Hinweis auf BGE 94 I 11 und weitere einschlägige Präjudizien.

Nichterfüllung behaftet ist, so dass darin angesichts der Benachteiligung der Gesuchsgegnerin im Massnahmeverfahren kein hinreichend gewichtiger nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil gesehen werden kann.[98] Indes zeitigt der dogmatische Streit in der Praxis soweit ersichtlich kaum praktische Auswirkungen. Dies liegt m.E. wohl primär daran, dass die Vertreter des Erfordernisses eines besonderen Interesses an der Realerfüllung dieses regelmässig in denjenigen Fällen bejahen, in denen die Vertreter des unbedingten Realerfüllungsanspruchs die Verweisung auf den sekundären (Geld-)Anspruch als besonders stossend erachten, nämlich u.a. bei immateriellen Nachteilen bzw. Interessen, bei Entleerung oder Aushöhlung des Realerfüllungsanspruchs, bei Beweisschwierigkeiten und bei zweifelhafter Solvenz der Gesuchsgegnerin.[99] Dennoch bleibt die Nachteilsdiskussion in der Praxis eine delikate Angelegenheit, die mit einem gewissen Ermessen des Gerichts einhergeht.[100]

27 Im Folgenden soll – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – eine kurze Übersicht über die neuere Praxis gegeben werden. Ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil wurde etwa bejaht bei der Verletzung von absoluten bzw. immateriellen Rechten,[101] bei Beweisschwierigkeiten betr. den Nachweis des Schadens bzw. der Kausalität,[102] bei Marktverwirrung,[103] bei zweifelhafter Solvenz der Gesuchsgegnerin,[104] bei drohendem Verlust eines Hauptbeweismittels,[105] bei «drohender Mühewaltung» nach Auszahlung des Garantiebetrags einen Prozess zu führen[106] oder bei erheblicher Einschränkung in der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit.[107] Dagegen befanden die Gerichte in zahlreichen Fällen auch, dass ein konkreter Nachteil nicht rechtsgenüglich behauptet bzw. glaubhaft gemacht worden sei.[108] In einzelnen Fällen wurde sodann ein Nachteil aufgrund einer Schadloshaltungserklärung verneint.[109]

c. Verhältnismässigkeitsprinzip: Interessenabwägung mit Nachteilen der Gesuchsgegnerin?

i. Meinungsstand in Lehre und Rechtsprechung

97. BGE 114 II 368 E. 2a («absoluter Anspruch auf Unterlassung»).
98. Phurtag, Rz. 18; Schai, Rz. 189; vgl. unter früherem Recht Leupold, S. 268.
99. Vgl. als Vertreter des Erfordernisses des besonderen Interesses Alder, S. 86 ff.; Leupold, S. 269 ff.; Phurtag, Rz. 18; Schai, Rz. 189 ff.; dazu im Vergleich Berti, S. 197 f. Rz. 36.
100. Vgl. auch DIKE Komm.-Zürcher, N. 23 zu Art. 261 ZPO.
101. Vgl. HGer ZH HE150065 vom 5. Mai 2015 E. 3.3, 3.3.3 = ZR 114/2015 Nr. 72; HGer ZH HE140296 vom 18. September 2014 E. 4.9 = ZR 114/2015 Nr. 19; HGer ZH HE120020 vom 20. April 2012 E. 5.7 = ZR 111/2012 Nr. 63; ferner BGE 114 II 368 E. 2a; RegGer BE Z 03 2628 vom 11. Juni 2003 E. 3.13 = sic! 2004, S. 31 ff.
102. Vgl. BPatGer S2016_009 vom 4. Juli 2017 E. 3.8 = sic! 2017, S. 745 ff.; BPatGer S2014_006 vom 6. Oktober 2014 E. 12, E. 12.4 = sic! 2015, S. 177 ff.; BPatGer S2013_004 vom 12. Mai 2014 E. 4.7; HGer ZH HE180089 vom 15. Mai 2018 E. 6; HGer ZH HE170272 vom 2. November 2017 E. 4 = ZR 117/2018 Nr. 51; HGer ZH HE150183 vom 15. September 2015 E. 6, E. 6.3 = ZR 115/2016 Nr. 16; HGer ZH HE140407 vom 27. Juli 2015 E. 7.4.3 = ZR 115/2016 Nr. 7; HGer ZH HE150065 vom 5. Mai 2015 E. 3.3, E. 3.3.3 = ZR 114/2015 Nr. 72; ferner unter früherem Recht RegGer BE Z 03 2628 vom 11. Juni 2003 E. 3.13 = sic! 2004, S. 31 ff.
103. Vgl. etwa HGer ZH HE150183 vom 15. September 2015 E. 6, insb. E. 6.3 = ZR 115/2016 Nr. 16; HGer ZH HE140407 vom 27. Juli 2015 E. 7.4.3 = ZR 115/2016 Nr. 7; der blosse Hinweis auf eine Marktverwirrung genügt aber nicht, diese muss substanziell dargelegt werden; siehe zur ungenügenden Darlegung etwa KGer BL 430 16 292 vom 7. Februar 2017 E. 8; OGer ZG vom 10. Januar 2012 E. 4.1 = GVP 2012, S. 136 ff.
104. Vgl. etwa HGer ZH HE180084 vom 8. November 2018 E. 6.4 = ZR 118/2019 Nr. 9 (als Eventualargument).
105. Vgl. etwa HGer ZH HE160041 vom 19. April 2016 E. 4.4 = ZR 115/2016 Nr. 66.
106. Vgl. etwa HGer ZH HE14055 vom 26. März 2014 = ZR 114/2015 Nr. 17; siehe dagegen auch (verneinend) HGer ZH HE130212 vom 31. Juli 2013 E. 12 = ZR 112/2013 Nr. 68.
107. Vgl. etwa OGer ZH NG130009 vom 25. Juni 2013 E. 3.4 = mp 2015, S. 122 ff.
108. Vgl. KGer BL 430 16 292 vom 7. Februar 2017 E. 8; BZGer ZH MB190003 vom 17. Januar 2019 E. 5.3 = ZMP 2019 Nr. 4; OGer ZG vom 10. Januar 2012 E. 4.1 = GVP 2012, S. 136 ff.; HGer ZH HE160154 vom 15. August 2016 = ZR 115/2016 Nr. 65; HGer ZH HE140128 vom 17. April 2014 E. 10 = ZR 114/2015 Nr. 28; HGer ZH HE130244 vom 2. September 2013 E. 4 f. = ZR 113/2014 Nr. 33; HGer ZH HE130212 vom 31. Juli 2013 E. 12 = ZR 112/2013 Nr. 68; HGer ZH HG010444/B01 vom 24. Juli 2002 E. 2b/bb = sic! 2003, S. 511.
109. Vgl. etwa HGer ZH HE110665 vom 5. Januar 2012 E. 7 = ZR 111/2012 Nr. 61.

28 Umstritten ist, inwieweit die Nachteile der Gesuchsgegnerin im Rahmen der Nachteilsprognose für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen zu berücksichtigen sind.

29 Die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist schwankend. In älteren patentrechtlichen Entscheiden führte das Bundesgericht an, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen eine Massnahme getroffen werden müsse, «*gleichgültig ob und wie schwer sie den Gesuchsgegner benachteiligen könnte*».[110] Der möglichen Benachteiligung der Gesuchsgegnerin trage das Gesetz nur dadurch Rechnung, dass das Gericht eine Sicherheitsleistung der gesuchstellenden Partei (heute Art. 264 Abs. 1 ZPO) verlangen könne. Nichts hindere das Gericht daran, die Sicherheit so hoch zu bestimmen, dass nach dem Hauptsacheverfahren der volle Schaden ersetzt werden könne.[111] Eine eigentliche Nachteilsabwägung würde die gesetzliche Ordnung ins Gegenteil verkehren.[112] Nur zwei Jahre nach der Bestätigung dieser Rechtsprechung hielt das Bundesgericht in einer lauterkeitsrechtlichen Streitigkeit jedoch dafür, dass bei einem Begehren um vorläufige Aufhebung einer Liefersperre die Interessen bzw. die Nachteile der Parteien sorgfältig gegeneinander abzuwägen seien, ohne dass es das damit verbundene Abweichen von seiner bisherigen Rechtsprechung eingehend begründet hätte.[113] Das Erfordernis einer umfassenden Interessen- bzw. Nachteilsabwägung wurde später betreffend ein arbeitsrechtliches Konkurrenzverbot[114] sowie sodann in allgemeiner Weise bestätigt, da nicht einzusehen sei, weshalb die Nachteilsprognose in unterschiedlichen Rechtsgebieten nach verschiedenen Regeln erfolgen sollte.[115] Immerhin in letzterem Entscheid fühlte sich das Bundesgericht dazu veranlasst, sich zur abweichenden früheren Rechtsprechung zu äussern. Es führte aus, dass im vorliegenden Fall, anders als in den früheren patentrechtlichen Entscheiden, eine vertragliche Bindung zwischen den Parteien bestehe und es überdies um eine vorläufige Vollstreckung gehe.[116] Ob das Bestehen eines Vertragsverhältnisses für die Voraussetzungen des vorsorglichen Rechtsschutzes tatsächlich relevant sein kann, ist m.E. eher zweifelhaft.[117] Jedenfalls ging es aber auch bei den patentrechtlichen Entscheiden im Kern um eine vorläufige Vollstreckung, nämlich des patentrechtlichen Unterlassungsanspruchs. In seiner jüngsten Rechtsprechung zur ZPO geht das Bundesgericht betreffend eine markenrechtliche Streitigkeit wiederum davon aus, dass eine Nachteilsabwägung aufgrund der Möglichkeit, die gesuchstellende Partei zur Sicherheitsleistung zu verpflichten, nicht erforderlich sei. «*Il suffit que la partie requérante risque un préjudice difficilement réparable (...); il n'est pas nécessaire que ce préjudice soit plus important ou plus vraisemblable que celui qu'encourrait la partie adverse au cas où les mesures requises seraient ordonnées.*»[118]

30 Angesichts dieser schwankenden höchstgerichtlichen Rechtsprechung erstaunt nicht, dass die Frage auch in der Lehre und der kantonalen Rechtsprechung unterschiedlich beantwortet wird. Ein erheblicher Teil der Lehre verlangt im Rahmen der Nachteilsprognose eine Abwägung der Nachteile der gesuchstellenden Partei bei Nichtanordnung der vorsorglichen Massnahmen mit jenen der Gesuchsgegnerin bei Anordnung der vorsorglichen Massnahmen.[119] Nuancierte Unterschiede

110. BGE 94 I 8 E. 5; bestätigt in BGE 106 II 66 E. 5b.
111. BGE 94 I 8 E. 5; bestätigt in BGE 106 II 66 E. 5b.
112. BGE 106 II 66 E. 5b.
113. BGE 108 I 8 E. 2c; auf den abweichenden BGE 94 I 8 verwies das Bundesgericht nur in anderem Kontext.
114. BGE 131 III 473 E. 3.2 = Pra 95 (2006) Nr. 32.
115. BGer 4A_367/2008 vom 14. November 2008 E. 4.2 = sic! 2009, S. 159 ff.
116. BGer 4A_367/2008 vom 14. November 2008 E. 4.2 = sic! 2009, S. 159 ff.
117. Zu Recht ähnlich kritisch DIKE Komm.-Zürcher, N. 33 zu Art. 261 ZPO.
118. BGE 139 III 86 E. 5 = Pra 103 (2014) Nr. 69.
119. Baumgartner/Dolge/Markus/Spühler, § 51 Rz. 272; Meier/Giudici/Hamburger/Müller/Scheiwiller/Schindler, S. 245 ff.; KUKO-Kofmel Ehrenzeller, N. 9 zu Art. 261 ZPO; Leuenberger/Uffer Tobler, Rz. 11.194; D. Staehelin, in: Staehelin/Grolimund/Bachofner, § 22 Rz. 13a; grundlegend unter früherem Recht Meier, Rechtsschutz, S. 229 ff.; Schenker, S. 68 ff.; vermittelnd Berti, S. 225 Rz. 97; Gessler, S. 295 f., der indes auf praktische Schwierigkeiten bei der Umsetzung hinweist; Kofmel Ehrenzeller, S. 39, S. 288 ff.; Leupold, S. 272 f.; Meier, FS Walder, S. 70; grundsätzlich auch Stach, S. 135 f.

bestehen dabei unter anderem dahingehend, ob alle Nachteile oder nur nicht leicht wiedergutzumachende Nachteile bei der Nachteilsprognose zu berücksichtigen seien.[120] Teilweise wird sodann die Interessen- bzw. Nachteilsabwägung dogmatisch in einer eigenständigen Anordnungsvoraussetzung der «Verhältnismässigkeit im engeren Sinne» und nicht in der Nachteilsprognose verankert.[121] Zur Begründung einer umfassenden Interessen- bzw. Nachteilsabwägung wird im Wesentlichen mit dem verfassungsrechtlich verankerten Grundsatz der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 2 BV) bzw. dem daraus konkretisierten Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit (Art. 29 Abs. 1 BV) sowie dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV sowie Art. 36 Abs. 3 BV) argumentiert. Diese Grundsätze verlangten, dass auch im Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes stets nach einem Ausgleich der Interessen zwischen der gesuchstellenden Partei und der Gesuchsgegnerin gesucht werde.[122] Ferner sei die umfassende Interessenabwägung als Korrelat zur strukturellen Verminderung der Richtigkeitsgarantie im Massnahmeverfahren zu sehen.[123] Dagegen stellt sich ein anderer Teil der Lehre auf den Standpunkt, dass im Rahmen der Anspruchsprüfung keine umfassende Interessenabwägung bzw. Nachteilsabwägung stattfinde, sondern die Verhältnismässigkeitsprüfung im Sinne der Notwendigkeit und der Erforderlichkeit erst auf der Stufe der inhaltlichen Ausgestaltung der Massnahme von Relevanz sei.[124] Zur Begründung führen deren Vertreter an, dass es an einer gesetzlichen Grundlage für eine solche umfassende Interessen- bzw. Nachteilsabwägung fehle.[125] Die Statuierung einer umfassenden Abwägung führe zu einer gesetzlich nicht vorgesehenen Vermischung von Anordnungsvoraussetzungen und Ausgestaltung der Massnahme. Sofern ein Verfügungsanspruch und ein Verfügungsgrund vorlägen, komme dem Gericht kein Entschliessungsermessen mehr zu.[126] Schliesslich kranke die Methode einer umfassenden Nachteilsprognose auch an fehlender Praktikabilität, da die Quantifizierung von Nachteilen bzw. das Abwägen von Nachteilen nur zu einer «Scheingenauigkeit» führe und das Massnahmeverfahren erheblich aufblähe.[127]

ii. Würdigung und Stellungnahme

31 Vereinzelt wird der dogmatische Streit als «nicht praktischer Natur» bezeichnet.[128] Dies ist m.E. nur bezüglich der Frage richtig, ob man die umfassende Interessen- bzw. Nachteilsabwägung als Teil der Nachteilsprognose oder als selbstständige Anordnungsvoraussetzung der «Verhältnismässigkeit im engeren Sinne» betrachtet.[129] Durchaus von praktischer Relevanz ist dagegen die Frage, ob man eine umfassende Interessen- bzw. Nachteilsabwägung als Massnahmevoraussetzung fordert oder ob man die Interessen der Gesuchsgegnerin nur bei der inhaltlichen Ausgestaltung im Rahmen einer auf

120. Für alle Nachteile etwa Meier, Rechtsschutz, S. 230; dagegen etwa Schenker, S. 69.
121. Schai, Rz. 216 ff.; wohl auch Phurtag, Rz. 24 ff.; im Ergebnis wohl auch BSK-Sprecher, N. 33 zu Art. 261 ZPO sowie N. 49 zu Art. 262 ZPO.
122. KUKO-Kofmel Ehrenzeller, N. 2 und N. 9 zu Art. 261 ZPO; vgl. unter früherem Recht Kofmel Ehrenzeller, S. 421 und S. 500; Meier, Rechtsschutz, S. 213 f.; Schenker, S. 67 f.
123. Leupold, S. 273.
124. Stauber, S. 603 ff.; vgl. allgemein kritisch zur Betonung des Verhältnismässigkeitsprinzips bzw. der Interessenabwägung DIKE Komm.-Domej, N. 93 zu Vor Art. 9-13a UWG; BSK-Rüetschi/Roth, N. 58 zu Vor Art. 9-13a UWG; DIKE Komm.-Zürcher, N. 33 ff. zu Art. 261 ZPO; kritisch bei der Verletzung absoluter Rechte SHK-Treis, N. 18 zu Art. 261 ZPO; vgl. unter früherem Recht Alder, S. 132 ff., insb. S. 134; Brunner, S. 20 f.; Ernst, S. 83 f.; Gloor, S. 96 und S. 115 f.; Lutz, S. 328, der eine Berücksichtigung in der Regel ablehnt; Vogel, S. 97 f.; Zürcher, S. 246 ff.
125. DIKE Komm.-Domej, N. 93 zu Vor Art. 9-13a UWG; Stauber, S. 604; etwas zurückhaltender nun DIKE Komm.-Zürcher, N. 34 zu Art. 261 ZPO, wonach das Element dem Gesetzestext in dieser Pointiertheit nicht entnommen werden könne; ferner unter früherem Recht Alder, S. 134 f.; Brunner, S. 20; Zürcher, S. 247.
126. Stauber, S. 604; wohl auch DIKE Komm.-Zürcher, N. 34 zu Art. 261 ZPO; ferner bereits Alder, S. 134.
127. Zürcher, S. 247; ferner Brunner, S. 25; vgl. auch Meier, FS Walder, S. 70 Fn. 14, der praktische Schwierigkeiten als einzig vorstellbares Gegenargument anerkennt.
128. BSK-Sprecher, N. 33 zu Art. 261 ZPO.
129. Wahrscheinlich nur dies vor Augen BSK-Sprecher, N. 33 zu Art. 261 ZPO sowie N. 49 zu Art. 262 ZPO.

Eignung und Erforderlichkeit beschränkten Verhältnismässigkeitsprüfung, d.h. ohne eine Prüfung der Zumutbarkeit bzw. der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne, berücksichtigt.

32 Nach dem Wortlaut des Gesetzes trifft das Gericht «die notwendigen vorsorglichen Massnahmen» (Art. 261 Abs. 1 ZPO). Notwendig ist eine Massnahme nach der Botschaft, wenn sie in zeitlicher sowie sachlicher Hinsicht geeignet und erforderlich ist, um den (nicht leicht wiedergutzumachenden) Nachteil der gesuchstellenden Partei zu verhindern bzw. deren glaubhaft gemachten Anspruch zu schützen.[130] Die Botschaft verweist dafür auf die älteren patentrechtlichen Entscheide, die keine umfassende Nachteils- bzw. Interessenabwägung verlangten.[131] Anhaltspunkte für eine Berücksichtigung der Nachteile bzw. Interessen der Gesuchsgegnerin auf Ebene der Anordnungsvoraussetzungen oder für ein eigentliches Entschliessungsermessen des Gerichtes bietet die ZPO nicht.[132] Im Gegenteil ist systematisch zu beachten, dass Art. 261 Abs. 1 ZPO anders als Art. 266 lit. c ZPO bei Massnahmen gegen Medien die Voraussetzung der Verhältnismässigkeit (jedenfalls im engeren Sinne) gerade nicht positivrechtlich normiert.[133]

33 Aus teleologischer Sicht dienen vorsorgliche Massnahmen der Sicherung der Durchsetzung des materiellen Rechts mit Blick auf die Verfahrensdauer des Hauptsacheverfahrens. Dabei ist zu bedenken, dass es nach einem durchgeführten Hauptsacheverfahren im Grundsatz irrelevant ist, wie schwer der Hauptsacheentscheid die Gesuchsgegnerin in ihrer Rechtsstellung trifft bzw. im schlimmsten Fall gar ihre Existenz gefährdet. Freilich mag man nun einwenden, dass der materielle Anspruch der gesuchstellenden Partei im summarischen Massnahmeverfahren nur mit herabgesetztem Beweismass und Beweismittelbeschränkung geschützt wird. Dies ist zwar an sich richtig, doch wird mit dem Massnahmeentscheid funktionell über die Tragung des «Nachteilsrisikos» für die Dauer eines Hauptsacheverfahrens entschieden.[134] Die gegenteilige Betrachtungsweise führte zudem zu einer gravierenden Aushöhlung des vorsorglichen Rechtsschutzes, indem gerade bei wirtschaftlich bedeutenden Verletzungshandlungen (deren Untersagung für die verletzende Partei i.d.R. wohl auch existenzgefährdend ist) eine vorsorgliche Massnahme i.d.R. unterbliebe.[135] Im Grundsatz ist daher m.E. derjenigen Auffassung beizutreten, die von einer umfassenden Interessenabwägung auf der Ebene der Anordnungsvoraussetzungen absieht und die Verhältnismässigkeit, beschränkt auf Eignung und Erforderlichkeit, bzw. die Interessen der Gesuchsgegnerin nur auf der Ebene der inhaltlichen Ausgestaltung der Massnahme berücksichtigt.[136]

D. Prüfung von Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund durch das Gericht

1. Allgemeines

34 Die gesuchstellende Partei hat den Verfügungsanspruch und den Verfügungsgrund glaubhaft zu machen (Art. 261 Abs. 1 ZPO). Im kontradiktorischen Massnahmeverfahren muss auch die Gesuchsgegnerin ihre Einreden und Einwendungen nur glaubhaft machen.[137] Es gilt die allgemeine Beweislastverteilung nach Art. 8 ZGB, die sog. «Glaubhaftmachungslast».[138] Deren Bedeutung dürfte

130. Botschaft ZPO, S. 7354; siehe auch Stauber, S. 604.
131. Botschaft ZPO, S. 7354 Fussnote 196; dies bereits zutreffend erkennend Stauber, S. 604.
132. Stauber, S. 604; vgl. auch DIKE Komm.-Zürcher, N. 34 zu Art. 261 ZPO.
133. Ebenso Stauber, S. 604.
134. Treffend Alder, S. 132.
135. DIKE Komm.-Zürcher, N. 34 zu Art. 261 ZPO.
136. In krassen Fällen mag man die vorsorgliche Massnahme aufgrund des Rechtsmissbrauchsverbot verweigern. Dies sollte indes mit äusserster Zurückhaltung erfolgen, s. DIKE Komm.-Zürcher, N. 34 zu Art. 261 ZPO.
137. DIKE Komm.-Zürcher, N. 16 zu Art. 261 ZPO; s.a. zum Immaterialgüterrecht Willi, S. 215 ff., 218 ff.; vgl. zum früheren Recht Alder, S. 102; Hasenböhler, Verfügung, S. 34; Meier, Rechtsschutz, S. 147; Stach, S. 138; Zürcher, S. 55; vgl. BGE 132 III 83 E. 3.2 (betr. den Einwand eines ungültigen Patents).

aufgrund des reduzierten Beweismasses indes geringer sein, da eine «Glaubhaftmachungslastentscheidung» nur bei identischen Wahrscheinlichkeitsgraden der geltend gemachten rechtserheblichen Tatsachen denkbar ist.[139]

35 Da das Massnahmeverfahren ein summarisches Verfahren ist (Art. 248 lit. d ZPO), können die Parteien zur Glaubhaftmachung grundsätzlich nur Urkunden verwenden (Art. 254 Abs. 1 ZPO). Andere Beweismittel sind nur zulässig, wenn sie das Verfahren nicht wesentlich verzögern, es der Verfahrenszweck erfordert oder das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat (Art. 254 Abs. 2 ZPO). Insbesondere bei technischen Fragen wird das Gericht bei fehlender eigener Sachkunde indes regelmässig sachverständigen Rat in Form eines Kurzgutachtens einholen müssen.[140]

2. Begriff der Glaubhaftmachung

36 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine Tatsache glaubhaft, wenn das Gericht aufgrund objektiver Gesichtspunkte der Ansicht ist, dass sich die geltend gemachte Tatsache auch tatsächlich so verwirklicht hat, selbst wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass es anders gewesen sein könnte.[141] Das Beweismass im Massnahmeverfahren ist damit gegenüber dem im Hauptsacheverfahren geltenden Regelbeweismass der vollen Überzeugung des Gerichts reduziert. Dennoch sind die Parteien gut beraten, die ihnen obliegenden Tatsachen, soweit möglich, im Sinne des Regelbeweismasses zu beweisen.

37 In Lehre und Rechtsprechung kontrovers diskutiert wird die Frage, ob das Beweismass der Glaubhaftmachung im Massnahmeverfahren variabel sei oder ob es sich um eine in allen Fällen anzuwendende Entscheidungsgrenze handle.[142] Teile der Lehre und Rechtsprechung postulieren beispielsweise erhöhte Anforderungen an die Glaubhaftmachung, wenn die in Frage stehenden vorsorglichen Massnahmen besonders einschneidend seien oder wenn es sich um Leistungsmassnahmen handle, die einer vorläufigen Vollstreckungsmassnahme gleichkämen.[143] Andere Autoren und Gerichte lehnen eine solche Abstufung der Glaubhaftmachung mangels gesetzlicher Grundlage, mit Blick auf die prozessuale Waffengleichheit oder unter Berufung auf die Rechtssicherheit ab.[144] Das Gericht könne aber im Rahmen der Beweiswürdigung den spezifischen Anforderungen des Einzelfalls nachkommen sowie an die Art und Weise, wie die Schwelle der Glaubhaftmachung zu erreichen sei, unterschiedliche Anforderungen stellen.[145] Das Bundesgericht betrachtete zwar bei einem vorsorglichen Konkurrenzverbot die Qualifikation der Art der vorsorglichen Massnahme als entscheidend für das Beweismass der Glaubhaftmachung,[146] lehnte aber

138. BSK-Sprecher, N. 58 zu Art. 261 ZPO; DIKE Komm.-Zürcher, N. 8 zu Art. 261 ZPO; s.a. zum Immaterialgüterrecht Willi, S. 218 ff.; vgl. zum früheren Recht Alder, S. 102; Schenker, S. 47; Zürcher, S. 55.
139. Vgl. zum früheren Recht Alder, S. 102 f.; ferner auch Orlando, S. 89 ff.
140. BGE 137 III 324 E. 3.2; DIKE Komm.-Zürcher, N. 11 zu Art. 261 ZPO.
141. Statt aller BGE 139 III 86 E. 4.2 = Pra 103 (2014) Nr. 69; BGer 4A_575/2018 vom 12. März 2019 E. 2.1; vgl. ferner BGE 104 Ia 408 E. 4; zu den zahlreichen Umschreibungen des Begriffs Zürcher, S. 54 f.
142. Zur entsprechenden Kontroverse ausführlich Schweizer, Glaubhaftmachung, S. 1 ff.; ferner auch bereits unter früherem Recht Leuenberger, Glaubhaftmachen, S. 108 ff., insb. S. 118 ff.
143. In diesem Sinne wohl auch BGE 138 III 378 E. 6.4 = Pra 102 (2013) Nr. 6; HGer BE 13 67 vom 11. Juni 2013 E. IV/3 = CAN 2013 Nr. 80; CR-Bohnet, N. 18 zu Art. 261 ZPO; Hasenböhler, Massnahmen, S. 262; Schweizer, Glaubhaftmachung, S. 1 ff.; vgl. unter früherem Recht Grob, S. 49; Leuenberger, Glaubhaftmachen, S. 118 ff.; Meier, Rechtsschutz, S. 290 und S. 295; Stach, S. 138.
144. BSK-Sprecher, N. 66 zu Art. 261 ZPO; Frenkel, S. 26; Phurtag, Rz. 29; Schai, Rz. 173, der seine Ablehnung eines variablen Beweismasses mit dem Beschleunigungsgebot begründet; OGer BE ZK 15 234 vom 2. Oktober 2015 E. 2.2.2; ferner grundlegend Berger-Steiner, S. 282; Alder, S. 106 ff.; Zürcher, S. 69 f.
145. Frenkel, S. 26 und S. 31; unklar BSK-Sprecher, N. 66 zu Art. 261 ZPO; vgl. zum früheren Recht Berger-Steiner, S. 282; Zürcher, S. 73 f.

«ein variables Beweismass» jedenfalls in Bezug auf das Beweismass der sog. «überwiegenden Wahrscheinlichkeit» ausdrücklich ab,[147] so dass die Rechtsprechung m.E. nicht eindeutig ist.

38 Der Streit, ob für die Glaubhaftmachung ein flexibles Beweismass oder ein abstraktes Beweismass mit Berücksichtigung des Einzelfalls bei der Beweiswürdigung anzulegen ist, erscheint m.E. vorwiegend theoretischer Natur, ohne dass damit in der Regel praktische Konsequenzen verbunden wären. Dafür spricht auch, dass bei den zahlreichen Umschreibungen, die der Begriff der Glaubhaftmachung erfahren hat und die wohl teilweise vor dem Hintergrund der Vorstellung eines flexiblen Beweismasses zu sehen sind, keine eingehende Systematisierung stattgefunden hat und insoweit oft zufällig erscheint, welche Formulierung die Gerichte verwenden.[148] In diesem Sinne dürfte in der Praxis ein ähnliches Ergebnis resultieren, unabhängig davon, ob das Gericht das Beweismass der Glaubhaftmachung flexibel definiert oder im Rahmen der Beweiswürdigung das abstrakte Beweismass mehr oder weniger rasch als erfüllt betrachtet. Immerhin ist aus praktischer Sicht zu beachten, dass die Frage des richtigen (gegebenenfalls auch flexiblen) Beweismasses prinzipiell eine Rechtsfrage darstellt, wogegen die Erreichung des richtigen (flexiblen oder abstrakten) Beweismasses im Rahmen der Beweiswürdigung als Tatfrage gilt.[149] Von Relevanz ist diese Unterscheidung primär mit Blick auf die eingeschränkten Rügegründe im Rechtsmittelverfahren gegen Massnahmeentscheide, die nur der Beschwerde unterliegen (s. Art. 320 ZPO). Im bundesgerichtlichen Verfahren kann dagegen bei Massnahmeentscheiden i.d.R. ohnehin nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (Art. 98 BGG). Aus dogmatischen Gründen ist m.E. die Annahme eines abstrakten Beweismasses zu befürworten, da die Parteien einerseits den Anspruch haben, im Voraus zu wissen, welcher Überzeugungsgrad des Gerichts gefordert wird und andererseits für eine unterschiedliche Auslegung des Begriffs der Glaubhaftmachung innerhalb derselben Bestimmung letztlich keine gesetzliche Grundlage und auch kein Bedarf besteht.

3. Glaubhaftmachung des Rechtlichen / Prüfungsintensität

39 Neben dem Vorliegen der anspruchsbegründenden Tatsachen soll der Begriff der Glaubhaftmachung nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch die Prüfung umfassen, ob sich aus diesen Tatsachen der geltend gemachte Anspruch ergäbe.[150] Dabei erfolge im Massnahmeverfahren grundsätzlich nur eine summarische Prüfung.[151] Der Anspruch der gesuchstellenden Partei sei im Massnahmeverfahren vorsorglich zu schützen, wenn er sich aufgrund der glaubhaft gemachten anspruchsbegründenden Tatsachen nicht als aussichtslos erweise.[152] In der Praxis wird korrespondierend mit erhöhten Anforderungen an die Glaubhaftmachung der anspruchsbegründenden Tatsachen, wie etwa bei Leistungsmassnahmen oder der vorläufigen Vollstreckung, eine vertieftere rechtliche Prüfung vorgenommen.[153] So soll in solchen Fällen vorsorglicher Rechtsschutz nur gewährt werden, wenn der Anspruch aufgrund der summarischen Prüfung aussichtsreich[154] oder rechtlich begründet[155] erscheine.

---

146. BGE 131 III 473 E. 2.2 = Pra 95 (2006) Nr. 32: «*Le classement d'une mesure dans l'une ou l'autre de ces catégories est parfois très difficile (...), mais n'est pas dénué d'effet pratique, dans la mesure où il peut avoir une incidence sur le degré de preuve requis*» ; vgl. ferner BGE 138 III 378 E. 6.4 = Pra 102 (2013) Nr. 6, wonach die strengeren Anforderungen auch die Existenz rechtserheblicher Tatsachen an sich beträfen.
147. BGE 130 III 321 E. 3.3; BGer 4A_96/2007 vom 26. Juni 2007 E. 4.1.
148. Vgl. unter früherem Recht Zürcher, S. 67, wonach sich die Praxis kaum um die dogmatische Verwendung der verschiedenen Umschreibungen «schere» und dann eine Würdigung im Einzelfall vornähme.
149. KUKO-Baumgartner, N. 5 zu Vor Art. 150-193 ZPO; BSK-Dormann, N. 34a und N. 60 zu Art. 105 BGG.
150. Grundlegend unter früherem Recht BGE 104 Ia 408 E. 4; ferner auch BGE 108 II 69 E. 2a.
151. BGE 139 III 86 E. 4.2 = Pra 103 (2014) Nr. 69; vgl. zum früheren Recht BGE 131 III 473 E. 2.3 = Pra 95 (2006) Nr. 32; BGE 108 II 69 E. 2a; BGE 104 Ia 408 E. 4.
152. BGE 108 II 69 E. 2a.
153. DIKE Komm.-Zürcher, N. 9 zu Art. 261 ZPO.

40 Die Glaubhaftmachung des Rechtlichen stösst in der Lehre auf berechtigte Kritik, da hier dogmatisch Tat- und Rechtsfragen vermengt werden.[156] Die Glaubhaftmachung als (beweisrechtlicher) Gegensatz zum strikten Beweismass kann sich *per se* nur auf die (anspruchsbegründenden) Tatsachen beziehen. Die wahrscheinliche rechtliche Begründetheit des Verfügungsanspruchs kann dagegen nur mehr oder weniger eingehend geprüft werden.[157] Insoweit könnte der Massstab der Glaubhaftmachung höchstens analog beigezogen werden.[158] Mangels gesetzlicher Regelung verbietet es sich indes, den Parteien, insb. der gesuchstellenden Partei, die Glaubhaftmachung der Rechtslage aufzuerlegen, da das Massnahmegesuch ohne rechtliche Begründung eingereicht werden kann (s. Art. 221 Abs. 3 i.V.m. Art. 219 ZPO).[159]

41 In der Lehre ist sodann umstritten, ob eine Reduktion der rechtlichen Prüfungstiefe im Massnahmeverfahren überhaupt gerechtfertigt ist.[160] Die Beurteilung dieser Frage ist nicht zuletzt deshalb schwierig, weil soweit ersichtlich bis anhin noch keine generell-abstrakten Abgrenzungskriterien zwischen der bloss (ggfs. erhöhten) summarischen und der eingehenden Prüfung der Rechtslage erarbeitet wurden.[161] Das Gericht wird aber soweit zeitlich möglich ohnehin keine «Verfügung light»[162] treffen, sondern die Rechtslage umfassend würdigen, weshalb sich die Auswirkungen des Streits in der Praxis wohl eher selten manifestieren.[163] Aus dogmatischer Sicht spricht in erster Linie der auch im Massnahmeverfahren geltende Grundsatz *iura novit curia* für eine umfassende rechtliche Prüfung anhand der (glaubhaft gemachten) Tatsachen.[164] Zu bedenken ist auch, dass der Erlass einer vorsorglichen Massnahme nicht nur eine faktische Präjudizierung der Hauptsache darstellt, sondern auch einen gravierenden Eingriff in die Interessen der Gesuchsgegnerin.[165] Deshalb gebietet auch das «Prinzip der gleich langen Spiesse»[166] oder die prozessuale Waffengleichheit eine umfassende rechtliche Prüfung.[167] Vor diesem Hintergrund ist die bundesgerichtliche Auffassung, wonach es im Massnahmeverfahren genüge, wenn der Verfügungsanspruch nicht aussichtslos erscheine,[168] mit der wohl überwiegenden Lehre[169] grundsätzlich abzulehnen. Zu verlangen ist im Massnahmeverfahren vielmehr allgemein, dass der Anspruch angesichts der (glaubhaft gemachten) Tatsachen rechtlich begründet ist. Das Gericht wird sich dabei in erster Linie am Gesetz, der bundesgerichtlichen Rechtsprechung oder der herrschenden Lehre orientieren[170] und in zweiter Linie einen pflichtgemässen Entscheid im Einzelfall zu treffen

154. HGer BE 13 67 vom 11. Juni 2013 E. IV/5 = CAN 2013 Nr. 80; AppGer BS ZK.2020.2 vom 23. September 2020 E. 2.2 = CAN 2021 Nr. 11.
155. HGer AG HSU.2011.149 vom 2. Dezember 2011 E. 6.1.1 = CAN 2012 Nr. 51; KGer SG vom 15. Mai 2012 E. 2 = GVP 2012 Nr. 52.
156. Vgl. zum früheren Recht Orlando, S. 90 f.; Vogel, S. 96; ferner Zürcher, S. 54.
157. Baumgartner/Dolge/Markus/Spühler, § 51 Rz. 275; vgl. zum früherem Recht Gloor, S. 54 f.; Kofmel Ehrenzeller, S. 37 f.; Orlando, S. 91; Vogel, S. 96; Zürcher, S. 82.
158. In diesem Sinne DIKE Komm.-Zürcher, N. 10 zu Art. 261 ZPO.
159. BSK-Sprecher, N. 57 zu Art. 261 ZPO, siehe aber auch N. 84, wo gegenteilig von einer Begründungspflicht ausgegangen wird. Dies entbindet die Parteien indes nicht, das Tatsachenfundament für die Rechtsanwendung glaubhaft zu machen, d.h. z.B. eine allfällige Verjährungseinrede zu erheben, s. Zürcher, S. 83 f.
160. DIKE Komm.-Zürcher, N. 10 zu Art. 261 ZPO; vgl. zum früheren Recht Alder, S. 118 ff.; Kofmel Ehrenzeller, S. 37 f.; Schenker, S. 50 f.
161. Dies bereits unter früherem Recht feststellend Zürcher, S. 86.
162. Zürcher, S. 84; so auch Schlosser, S. 343.
163. In diesem Sinne HGer ZH HE140256 vom 17. Dezember 2014 E. 2.5 = ZR 114/2015 Nr. 20.
164. DIKE Komm.-Domej, N. 96 zu Vor Art. 9-13a UWG; BSK-Sprecher, N. 57 und N. 80 ff. zu Art. 261 ZPO.
165. DIKE Komm.-Domej, N. 96 zu Vor Art. 9-13a UWG; vgl. zum früheren Recht Schlosser, S. 343.
166. Zürcher, S. 69 ff. und S. 86.
167. BSK-Sprecher, N. 84 zu Art. 261 ZPO; vgl. zum früheren Recht, Alder, S. 118 ff.; Berti, S. 224 f. Rz. 96; Schenker, S. 52.
168. BGE 108 II 69 E. 2a.
169. Phurtag, Rz. 28; Schai, Rz. 174; BSK-Sprecher, N. 84 zu Art. 261 ZPO; vgl. zum früheren Recht, Alder, S. 119; Berti, S. 224 Rz. 96; Gloor, S. 55; Orlando, S. 91; Schlosser, S. 343; Zürcher, S. 86.

haben.[171] Freilich ist zu beachten, dass die umfassende Prüfung im Massnahmeverfahren keine endgültige ist.

III. SICHERHEITSLEISTUNG DER GESUCHSGEGNERIN

42 Das Gericht kann von der Anordnung vorsorglicher Massnahmen absehen, wenn die Gesuchsgegnerin angemessene Sicherheit leistet (Art. 261 Abs. 2 ZPO). Bei Lichte betrachtet wird die vorsorgliche Massnahme durch die Sicherheitsleistung indes nicht abgewendet, sondern diese ist – als Ausdruck des Verhältnismässigkeitsprinzips auf der Ebene der Inhaltsgestaltung der Massnahme – selbst die vorsorgliche Massnahme mit besonderem Inhalt.[172] Die Sicherheitsleistung darf daher nur angeordnet werden, wenn die Voraussetzungen für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme erfüllt sind.

43 Funktional geht es bei der Sicherheitsleistung der Gesuchsgegnerin nach Art. 261 Abs. 2 ZPO – anders als bei jener der gesuchstellenden Partei nach Art. 264 Abs. 2 ZPO – nicht darum, die Folgen einer ungerechtfertigten vorsorglichen Massnahme zu mildern, sondern vielmehr darum, das Schutzbedürfnis der gesuchstellenden Partei wirksam zu befriedigen.[173] Hierin liegt die Krux, weshalb die Sicherheitsleistung der Gesuchsgegnerin nicht nur unter früherem Recht, sondern auch unter der ZPO in Lehre und Rechtsprechung ein «Mauerblümchendasein» fristet.[174] Droht nämlich ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil, so kann die Sicherheitsleistung der Gesuchsgegnerin, verstanden i.S. einer reinen Geldkaution, das Rechtsschutzbedürfnis der gesuchstellenden Partei kaum vollständig befriedigen, da die Kaution bloss eine Vollstreckungssicherung eines möglichen Schadenersatzanspruches darstellt.[175] Die Kaution ist daher nicht geeignet, Beweisschwierigkeiten im Zusammenhang mit dem Schadenersatzanspruch zu beseitigen oder drohenden immateriellen Nachteilen Abhilfe zu verschaffen.[176] Auf der anderen Seite dürfte, wenn eine blosse Kaution zur Befriedigung des Rechtsschutzbedürfnisses der gesuchstellenden Partei ausreichen sollte, regelmässig der Verfügungsgrund, d.h. der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil, an sich bereits nicht gegeben sein, womit sich die Frage der angemessenen Sicherheitsleistung der Gesuchsgegnerin nicht stellt.[177] Zu Recht wird daher ausgeführt, dass die Gesuchsgegnerin mit der Leistung einer Sicherheit regelmässig nur Solvenzprobleme widerlegen könne.[178]

44 Nicht vollends geklärt erscheint, ob neben der Geldkaution in bar oder durch Garantie i.S. einer analogen Anwendung von Art. 100 Abs. 1 ZPO[179] weitere Arten der Sicherheitsleistung zulässig sind.[180] In der Lehre wird etwa angeführt, dass eine angemessene Sicherheitsleistung darin bestehen könne, dass der streitige Kaufgegenstand zugriffssicher hinterlegt oder der angeblich rechtswidrige Zustand beseitigt werde.[181] Dagegen reiche die blosse schriftliche Erklärung seitens der Gesuchsgegnerin in

170. Schai, Rz. 175; vgl. zum früheren Recht Meier, Rechtsschutz, S. 225; Schlosser, S. 343; Zürcher, S. 85 f.
171. DIKE Komm.-Zürcher, N. 10 zu Art. 261 ZPO.
172. Dies bereits unter früherem Recht zutreffend erkennend Alder, S. 168; Schenker, S. 106.
173. So bereits unter früherem Recht Alder, S. 168; Gloor, S. 56; Schenker, S. 107; Stach, S. 183; missverständlich insoweit noch Zürcher, S. 289; siehe aber heute DIKE Komm.-Zürcher, N. 43 zu Art. 261 ZPO; vgl. auch BK-Güngerich, N. 46 zu Art. 261 ZPO; Schulthess Komm.-Huber, N. 26 zu Art. 261 ZPO.
174. Siehe David/Frick/Kunz/Zimmerli, Rz. 685, die noch die Hoffnung aussprachen, dass die allgemeine Einführung des Instituts der Sicherheitsleistung auf Bundesebene dieses möglicherweise aus dem «Mauerblümchendasein» lösen könne; Schai, Rz. 265; vgl. zum früheren Recht Schenker, S. 109.
175. So bereits unter früherem Recht Alder, S. 168.
176. DIKE Komm.-Zürcher, N. 43 zu Art. 261 ZPO; vgl. ferner Schenker, S. 108 f.; Zürcher, S. 289.
177. Alder, S. 168; vgl. auch Zürcher, S. 289.
178. Vgl. DIKE Komm.-Zürcher, N. 42 zu Art. 261 ZPO; SHK-Treis, N. 37 zu Art. 261 ZPO.
179. BSK-Sprecher, N. 109 zu Art. 261 ZPO; DIKE Komm.-Zürcher, N. 46 zu Art. 261 ZPO; vgl. auch HGer ZH HE120020 vom 20. April 2012 E. 5.9 = ZR 111/2012 Nr. 63.
180. Dies grundsätzlich bejahend BSK-Sprecher, N. 109 zu Art. 261 ZPO; offenbar eher ablehnend – aber ohne konkrete Stellungnahme DIKE Komm.-Zürcher, N. 46 zu Art. 261 ZPO.

aller Regel nicht als angemessene Sicherheitsleistung.[182] Diskutiert wird auch, ob eine Unterlassungserklärung, die für den Fall der Zuwiderhandlung das Versprechen einer massiven, konkret bezeichneten Strafzahlung enthalte, als angemessene Sicherheit dienen könne.[183] Ein Teil der Lehre lehnt dies ab, da die Konventionalstrafe, selbst wenn sie erheblich sei, nicht mehr als den tatsächlich eingetretenen Nachteil abdecken könne, hingegen keine Pönale darstelle und im Schadenersatzprozess der Überschuss der Gesuchsgegnerin freigegeben werden müsste.[184] Diese Begründung ist m.E. abzulehnen. Sofern man die Sicherheitsleistung nach Art. 261 Abs. 2 ZPO als Konventionalstrafe ausgestaltet, richtet sich deren Beurteilung nach materiellem Recht, d.h. dem allgemeinen Obligationenrecht. Nach Art. 161 Abs. 1 OR ist die Konventionalstrafe verfallen, auch wenn dem Gläubiger kein Schaden erwachsen ist. Dabei ist – vorbehältlich einer übermässig hohen Konventionalstrafe nach Art. 163 Abs. 3 OR – auch dann die ganze Konventionalstrafe geschuldet, wenn ein allfälliger effektiver Schaden kleiner als die Strafe ist.[185] Allerdings dürfte, wenn die Gesuchsgegnerin eine Unterlassungserklärung abgibt, die mit einer massiven Konventionalstrafe gesichert ist, regelmässig der Verfügungsanspruch, d.h. die Erstbegehungs- bzw. Wiederholungsgefahr, entfallen, so dass sich die Frage nach einer Sicherheitsleistung gar nicht stellt.

45 Da auch im Massnahmeverfahren die Dispositionsmaxime gilt, hat die Gesuchsgegnerin für die Anordnung einer Sicherheitsleistung mit der Gesuchsantwort einen Antrag zu stellen,[186] der – soweit dies der Gesuchsgegnerin zugemutet werden kann – Art und Umfang der Sicherheitsleistung substantiiert.[187] Möglich ist aber auch die nachträgliche Leistung einer Sicherheit zur Aufhebung einer bereits angeordneten vorsorglichen Massnahme.[188] Der Gesetzestext spricht in Art. 261 Abs. 2 ZPO schliesslich von «leistet», was indiziert, dass es nicht auf den Antrag bzw. das Angebot der Sicherheitsleistung, sondern auf die tatsächliche Leistung derselben durch die Gesuchsgegnerin ankommt. Dies entspricht auch der eher strengen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum früheren Recht.[189] In der Lehre wird dies zuweilen kritisiert, da die Gesuchsgegnerin diesfalls nicht einmal weiss, wie hoch die angemessene Sicherheitsleistung sein soll.[190] In der Tat wird man dem Gericht in zeitlicher Hinsicht aufgrund teleologischer Überlegungen eine gewisse Flexibilität einräumen müssen. Regelmässig dürfte es sich anbieten, dass das Gericht, welches die Sicherheit annehmen möchte, nach Wahrung des rechtlichen Gehörs der gesuchstellenden Partei der Gesuchsgegnerin im Massnahmeverfahren eine Frist zur Leistung der Sicherheit ansetzt. Es ist aber auch möglich, den Massnahmeentscheid zu treffen und die Massnahme davon abhängig zu machen, dass innert der gesetzten Frist die angeordnete Sicherheit nicht eingeht.[191] Welches Vorgehen das Gericht einschlägt, liegt in seinem Ermessen und dürfte wesentlich von den Umständen des Einzelfalls abhängen. Kein Ermessen verfügt das Gericht dagegen – entgegen dem Gesetzeswortlaut «kann» – hinsichtlich der Anordnung einer Sicherheitsleistung, soweit die Gesuchsgegnerin einen hinreichenden Antrag stellte und das Gericht die Sicherheit als angemessen erachtet.[192]

181. Schulthess Komm.-Huber, N. 27 zu Art. 261 ZPO; siehe auch BK-Güngerich, N. 47 zu Art. 261 ZPO.
182. Schulthess Komm.-Huber, N. 27 zu Art. 261 ZPO.
183. Dies erwägend Schulthess Komm.-Huber, N. 27 zu Art. 261 ZPO; BK-Güngerich, N. 47 zu Art. 261 ZPO.
184. BSK-Sprecher, N. 109 zu Art. 261 ZPO.
185. BSK-Widmer/Costantini/Ehrat, N. 4 zu Art. 161 OR.
186. DIKE Komm.-Domej, N. 99 zu Vor Art. 9-13a UWG; BSK-Sprecher, N. 103 zu Art. 261 ZPO; DIKE Komm.-Zürcher, N. 41 zu Art. 261 ZPO; vgl. zum früheren Recht Zürcher, S. 289 f.
187. HGer ZH HE120020 vom 20. April 2012 E. 5.8 = ZR 111/2012 Nr. 63; DIKE Komm.-Domej, N. 99 zu Vor Art. 9-13a UWG; BSK-Sprecher, N. 103 zu Art. 261 ZPO; DIKE Komm.-Zürcher, N. 41 zu Art. 261 ZPO.
188. Botschaft ZPO, S. 7354; BK-Güngerich, N. 49 zu Art. 261 ZPO; BSK-Sprecher, N. 107 zu Art. 261 ZPO; Schulthess Komm.-Huber, N. 27 zu Art. 261 ZPO.
189. BGE 103 II 287 E. 5; BGE 94 I 8 E. 10.
190. SHK-Treis, N. 36 zu Art. 261 ZPO; vgl. unter früherem Recht Pedrazzini, S. 161.
191. DIKE Komm.-Zürcher, N. 45 zu Art. 261 ZPO.
192. DIKE Komm.-Domej, N. 99 zu Vor Art. 9-13a UWG; BSK-Sprecher, N. 104 zu Art. 261 ZPO.

IV. VERFAHREN ZUM ERLASS VORSORGLICHER MASSNAHMEN

A. Zuständigkeit in Binnensachverhalten

1. Örtliche Zuständigkeit

a. Allgemeines

46 Gemäss Art. 13 ZPO ist, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt,[193] für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen zwingend das Gericht am Ort zuständig, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist (lit. a) oder die Massnahme vollstreckt werden soll (lit. b). Art. 13 ZPO stellt der gesuchstellenden Partei einen alternativ zwingenden Gerichtsstand am Ort des für die Hauptsache zuständigen Gerichts oder am Vollstreckungsort der Massnahme zur Verfügung. Die zuständigkeitsbegründenden Tatsachen hat die gesuchstellende Partei glaubhaft zu machen. Sofern es sich dabei um doppelrelevante Tatsachen handelt, hat das Gericht für die Prüfung der Zuständigkeit im Grundsatz zunächst auf die Behauptungen der gesuchstellenden Partei abzustellen.[194]

47 Der Gerichtsstand am Ort, an dem die Zuständigkeit in der Hauptsache gegeben ist, bestimmt sich nach den allgemeinen Zuständigkeitsvorschriften nach Art. 9 ff. bzw. Art. 20 ff. ZPO.[195] Der Vollstreckungsort ist dort, «*wo dem Inhalt der vorsorglichen Massnahme durch Anwendung von Rechtszwang unmittelbare Wirkung verschafft werden soll*».[196] Er hängt wesentlich vom Inhalt des Massnahmebegehrens ab. Bei Sicherungsmassnahmen dürfte er i.d.R. am Ort des zu sichernden Gegenstands und bei Leistungsmassnahmen am Ort der Erbringung der Leistung oder der Einhaltung der Unterlassung liegen.[197]

b. Wahlrecht der gesuchstellenden Partei / Koordinationsprobleme

48 Art. 13 ZPO eröffnet der gesuchstellenden Partei ein Wahlrecht zwischen dem Gerichtsstand am Ort der Hauptsache und jenem am Vollstreckungsort. Da das Gesetz keine entsprechende Differenzierung enthält, besteht dieses Wahlrecht grundsätzlich sowohl für vorsorgliche Massnahmen vor als auch für solche während der Rechtshängigkeit des Hauptsacheverfahrens.

49 Nach herrschender Auffassung ist das Wahlrecht der gesuchstellenden Partei bei bereits hängigem Hauptsacheverfahren indes beschränkt. In diesem Fall soll die gesuchstellende Partei nicht mehr zwischen allen potentiellen Hauptsachegerichten wählen können, sondern nur noch zwischen jenem, an welchem die Hauptsache hängig ist und jenem am Vollstreckungsort.[198] Dieser Ansicht ist beizutreten. Denn während dem die Hauptsache bereits rechtshängig ist, besteht aufgrund der Sperrwirkung des hängigen (Hauptsache-)Verfahrens (vgl. Art. 64 Abs. 1 lit. a ZPO) prinzipiell keine weitere Zuständigkeit in der Hauptsache, die nach Art. 13 lit. a ZPO für das Massnahmeverfahren

193. Zu Art. 13 ZPO vorgehende Zuständigkeitsbestimmungen BSK-Gschwend/Berti, N. 6 f. zu Art. 13 ZPO; KUKO-Haas/Schlumpf, N. 3 zu Art. 13 ZPO; CHK-Sutter-Somm/Seiler, N. 9 zu Art. 13 ZPO.
194. DIKE Komm.-Zürcher, N. 25 zu Art. 13 ZPO; vgl. ferner auch KUKO-Haas/Schlumpf, N. 5 zu Art. 13 ZPO; CHK-Sutter-Somm/Seiler, N. 1 zu Art. 13 ZPO; zur Theorie der doppelrelevanten Tatsachen und ihrer Relativierung aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur BGE 141 III 294 E. 5 = Pra 106 (2017) Nr. 5.
195. SHK-Treis, N. 9 zu Art. 13 ZPO; OFK-Urbach, N. 6 zu Art. 13 ZPO.
196. BSK-Gschwend/Berti, N. 10 zu Art. 13 ZPO; vgl. auch BK-Güngerich, N. 20 zu Art. 13 ZPO.
197. Vgl. im Einzelnen BSK-Gschwend/Berti, N. 10 zu Art. 13 ZPO; KUKO-Haas/Schlumpf, N. 9 zu Art. 13 ZPO; ferner zum früheren Recht Müller/Wirth Komm.-Dietrich, N. 68 zu Art. 33 GestG.
198. DIKE Komm.-Domej, N. 28 zu Vor Art. 9-13a UWG; BSK-Geschwend/Berti, N. 9 zu Art. 13 ZPO; BK-Güngerich, N. 18 f. zu Art. 13 ZPO; KUKO-Haas/Schlumpf, N. 6 zu Art. 13 ZPO; Schulthess Komm.-Sutter-Somm/Klingler, N. 19 zu Art. 13 ZPO; vgl. auch DIKE Komm. Zürcher, N. 28 zu Art. 13 ZPO, der angesichts der Mehrkosten an der Sinnhaftigkeit eines Massnahmegesuchs am Vollstreckungsort zweifelt.

angerufen werden könnte. Zudem sprechen für diese Ansicht prozessökonomische Überlegungen,[199] sollten sich doch nicht zwei verschiedene Hauptsachegerichte zeitgleich mit ähnlichen Fragestellungen befassen müssen.

50 Die Ausübung des Wahlrechts für das Massnahmeverfahren vor Rechtshängigkeit der Hauptsache verpflichtet nach herrschender Auffassung die gesuchstellende Partei – mangels Fixationswirkung des Massnahmegesuchs – dagegen nicht, die Prosekutionsklage bzw. das Hauptsacheverfahren vor dem für das Massnahmeverfahren gewählten Hauptsachegericht durchzuführen.[200] Dieser Ansicht ist *de lege lata* zuzustimmen, wobei *de lege ferenda* m.E. zu überlegen wäre, ob nicht auch bei dieser Sachlage gewichtige prozessökonomische Gründe dafür sprechen, dass sich nicht zwei verschiedene potentielle Hauptsachegerichte in der gleichen Streitigkeit mit ähnlichen Fragen beschäftigen müssen.

51 Das Wahlrecht der gesuchstellenden Partei eröffnet folglich eine in der anwaltlichen Beratung bedenkenswerte Möglichkeit des *forum shopping*.[201] Es besteht beispielsweise die Möglichkeit, allenfalls bestehende Unterschiede in der inner- und interkantonalen Rechtsprechung für sich zu nutzen, die Gesuchsgegnerin im Massnahmeverfahren während rechtshängigem Hauptsacheverfahren am Gerichtsstand des Vollstreckungsortes anzugreifen und so eine „zweite Front" zu eröffnen oder aber nach abschlägigem Massnahmeentscheid das Hauptsacheverfahren an einem alternativen (möglicherweise wohlgesinnteren und nicht vorbefassten) Hauptsachegericht einzuleiten.

c. Gerichtsstandsvereinbarungen

52 Angesichts der zwingenden Natur von Art. 13 ZPO ist der Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung unzulässig, die sich *einzig* auf die Zuständigkeit zum Erlass vorsorglicher Massnahmen bezieht (vgl. Art. 9 Abs. 2 ZPO). Fraglich ist dagegen, inwieweit die Gerichtsstandsvereinbarung in der Hauptsache auf die Massnahmezuständigkeit nach Art. 13 ZPO durchschlägt.

53 Nach herrschender Auffassung schlägt die Prorogations- und Derogationswirkung einer Gerichtsstandsvereinbarung in der Hauptsache auf die Massnahmezuständigkeit am Ort der Hauptsache (Art. 13 lit. a ZPO) durch, wobei aber auch bei einer ausschliesslichen Gerichtsstandsvereinbarung in der Hauptsache jedenfalls noch eine Massnahmezuständigkeit am Vollstreckungsort (Art. 13 lit. b) bestehen bleibt.[202] Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Art. 13 lit. a ZPO regelt die für die Massnahmezuständigkeit relevanten Hauptsachegerichtsstände nicht selbst, sondern verweist dafür auf die allgemeinen Zuständigkeitsvorschriften. Sofern in der Hauptsache eine Gerichtsstandsvereinbarung zulässig ist, muss sich deren Prorogations- und Derogationswirkung mittelbar auf den Anwendungsbereich von Art. 13 lit. a ZPO durchschlagen. Neben dem (gegebenenfalls auch ausschliesslich) vereinbarten Hauptsachegericht besteht aber die Massnahmezuständigkeit am Vollstreckungsort fort, da dieser Massnahmegerichtsstand direkt durch Art. 13 lit. b ZPO für zwingend erklärt wird.[203]

---

199. Vgl. DIKE Komm.-Domej, N. 28 zu Vor Art. 9-13a UWG.
200. DIKE Komm.-Domej, N. 27 zu Vor Art. 9-13a UWG; KUKO-Haas/Schlumpf, N. 12 zu Art. 13 ZPO; Schulthess Komm.-Sutter-Somm/Klingler, N. 19 zu Art. 13 ZPO.
201. Vgl. kritisch aufgrund der Mehrkosten DIKE Komm. Zürcher, N. 28 zu Art. 13 ZPO, wobei indes auch «Mehrkosten» Teil einer – wenn auch freilich nicht unproblematischen – prozessualen Strategie sein können.
202. Ausdrücklich PC-Dietschy-Martenet, N. 3 und 10 zu Art. 13 ZPO; KUKO-Haas/Schlumpf, N. 7 (zweiter Spiegelstrich) zu Art. 13 ZPO; implizit mit Blick auf die Derogationswirkung am Gerichtsstand der Hauptsache BK-Güngerich, N. 15 und 26 zu Art. 13 ZPO; Schulthess Komm.-Sutter-Somm/Klingler, N. 18 zu Art. 13 ZPO; CHK-Sutter-Somm/Seiler, N. 10 zu Art. 13 ZPO; ohne Bezugnahme auf diese Problematik einer Gerichtsstandsvereinbarung die Wirksamkeit absprechend DIKE Komm.-Zürcher, N. 13 zu Art. 13 ZPO.
203. Dazu BGE 138 III 555 E. 2 = Pra 102 (2013) Nr. 18; siehe auch PC-Dietschy-Martenet, N. 3 zu Art. 13 ZPO; BK-Güngerich, N. 26 zu Art. 13 ZPO; KUKO-Haas/Schlumpf, N. 7 zu Art. 13 ZPO; Schulthess Komm.-Sutter-Somm/Klingler, N. 18 zu Art. 13 ZPO.

2. Sachliche Zuständigkeit

54 Die sachliche und funktionelle Zuständigkeit richtet sich grundsätzlich nach kantonalem Recht (Art. 4 Abs. 1 ZPO). Eine Ausnahme besteht, wenn die ZPO die Beurteilung einer Streitigkeit durch eine einzige kantonale Instanz verlangt (Art. 5 Abs. 1 ZPO) oder ein Kanton für handelsrechtliche Streitigkeiten ein Handelsgericht vorsieht (Art. 6 Abs. 1 ZPO). In diesen Fällen ist dieses Gericht zwingend auch für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen vor Rechtshängigkeit der Hauptsache zuständig (Art. 5 Abs. 2 und Art. 6 Abs. 2 ZPO).[204] Gleiches gilt nach herrschender Auffassung – obwohl gesetzlich bislang nicht vorgesehen – auch im Rahmen einer direkten Klage beim oberen Gericht (Art. 8 ZPO).[205]

55 In der Lehre wird, wenn die klagende (bzw. gesuchstellende) Partei nach Art. 6 Abs. 3 ZPO zwischen dem Handelsgericht und dem ordentlichen Gericht wählen kann, aus prozessökonomischen Gründen vertreten, dass die Wahl des sachlich zuständigen Massnahmegerichts für das Massnahmeverfahren die Wahlmöglichkeit bezüglich des Gerichts im Hauptsacheverfahren konsumiere.[206] Diese Ansicht ist m.E. – trotz der unbestrittenen prozessökonomischen Vorteile eines solchen Vorgehens – abzulehnen. Das Massnahmegesuch verfügt mit Blick auf die örtliche Zuständigkeit über keinerlei Fixationswirkung für das Hauptsacheverfahren. Nichts anderes kann aus systematischer Perspektive für die sachliche Zuständigkeit gelten,[207] zumal ohnehin je nach der konkreten Konstellation am alternativen (örtlichen) Gerichtsstand nicht zwingend ein Handelsgericht bestehen muss. Das Argument der Prozessökonomie vermag auch deshalb nicht durchzuschlagen, weil durch den geltenden Art. 13 ZPO das *forum shopping* gerade erlaubt wird. Diesen Entscheid gilt es *de lege lata* zu akzeptieren.

B. Internationale Verhältnisse

1. Zuständigkeit

a. Internationale Zuständigkeit nach IPRG

i. Allgemeines

56 Im Anwendungsbereich des IPRG sind nach Art. 10 IPRG für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen[208] grundsätzlich die schweizerischen Gerichte oder Behörden zuständig, die in der Hauptsache zuständig sind (lit. a) oder jene am Ort, an dem die Massnahme vollstreckt werden soll (lit. b); darüber hinaus bestehen in den besonderen Kapiteln des IPRG weitere spezifische Massnahmezuständigkeiten.[209] Anders als die Vorgängerregelung regelt die an Art. 13 ZPO angelehnte Bestimmung damit nicht mehr nur die internationale, sondern auch die örtliche Zuständigkeit.[210]

204. Botschaft ZPO, S. 7260 f.; siehe zur handelsgerichtlichen Zuständigkeit bei einem Bauhandwerkerpfandrecht BGE 137 III 563; ferner auch DIKE Komm.-Zürcher, N. 19 zu Art. 13 ZPO.
205. KUKO-Haas/Schlumpf, N. 2 zu Art. 8 ZPO; CR-Haldy, N. 4 zu Art. 8 ZPO; diese Auffassung soll nun im Rahmen der ZPO-Revision in Art. 8 ZPO kodifiziert werden (s. Botschaft Änderung ZPO, S. 2732).
206. In diesem Sinne DIKE Komm. Zürcher, N. 20 f. zu Art. 13 ZPO.
207. Vgl. zur örtlichen Zuständigkeit IV.A.1.b und die dortigen Nachweise.
208. Eingehend zum Begriff der vorsorglichen Massnahme nach Art. 10 IPRG Phurtag, Rz. 261 ff.
209. Zu den vorrangigen Bestimmungen des IPRG eingehend CHK-Buhr/Gabriel/Schramm, N. 7 zu Art. 10 IPRG; BSK-Droese, N. 13 f. zu Art. 10 IPRG; ZK-Müller-Chen, N. 6 ff. zu Art. 10 IPRG.
210. BSK-Droese, N. 11 zu Art. 10 IPRG; Schulthess Komm.-Huber, N. 36 zu Art. 261. ZPO; a.M. oder veraltet dagegen BSK-Gschwend/Berti, N. 15 zu Art. 13 ZPO; BSK-Sprecher, N. 14 zu Vor Art. 261-269 ZPO.

57 In Bezug auf die Bestimmung des Gerichtsstands am Ort der Hauptsache sind die jeweils einschlägigen Vorschriften des IPRG zu berücksichtigen. Für den Vollstreckungsort kann dagegen grundsätzlich auf die Ausführungen zu Art. 13 ZPO verwiesen werden.[211]

ii. Wahlrecht der gesuchstellenden Partei / Koordinationsprobleme

58 Art. 10 IPRG eröffnet der gesuchstellenden Partei ein Wahlrecht zwischen dem Gerichtsstand am Ort der Hauptsache und jenem am Vollstreckungsort. Obwohl Art. 10 IPRG – wie auch Art. 13 ZPO – bezüglich des Wahlrechts keine Differenzierung zwischen vorsorglichen Massnahmen vor und während der Rechtshängigkeit des Hauptsacheverfahrens vornimmt, ist der Umfang des Wahlrechts bei hängigem ausländischem oder schweizerischem Hauptsacheverfahren in den Einzelheiten umstritten.

59 Das Bundesgericht hat unter Willkürkognition sowohl die Auffassung geschützt, dass das schweizerische Gericht jedenfalls subsidiär gestützt auf den Gerichtsstand am Ort der Hauptsache zuständig sein könne, wenn das bereits angerufene ausländische Gericht keine vorsorgliche Massnahmen angeordnet habe,[212] als auch jene, wonach die unbestrittene internationale Hauptsachezuständigkeit des ausländischen Gerichts die Anordnung vorsorglicher Massnahmen gestützt auf den Gerichtsstand am Ort der Hauptsache ausschliesse.[213] Auch in der Lehre sind die Ansichten geteilt.[214] Die besseren Gründe sprechen wohl dafür, eine Massnahmezuständigkeit der schweizerischen Gerichte gestützt auf einen potentiellen schweizerischen Hauptsachegerichtsstand bei hängigem ausländischen Hauptsacheverfahren zu verneinen. Man mag zwar einwenden, dass es trotz Aussetzung in der Hauptsache (Art. 9 IPRG) nicht garantiert sei, dass im bereits rechtshängigen ausländischen Hauptsacheverfahren ein in der Schweiz anerkennbarer (Massnahme-)Entscheid ergehen kann und das schweizerische Recht insoweit eine Restverantwortung für den effektiven Schutz der subjektiven Rechte der betroffenen Parteien trage. Allerdings genügt es m.E. hierfür, der gesuchstellenden Partei die alternative Massnahmezuständigkeit am schweizerischen Vollstreckungsort zur Verfügung zu stellen. Auch bei in der Schweiz hängigem Hauptsacheverfahren kann die gesuchstellende Partei wohl (wie bei Art. 13 ZPO) kein anderes potentielles schweizerisches Hauptsachegericht wählen.[215]

60 Anders als nach Art. 13 ZPO steht nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sodann der Massnahmegerichtsstand am schweizerischen Vollstreckungsort bei bereits hängigem ausländischem Hauptsacheverfahren nicht voraussetzungslos zur Verfügung. Nach der aus dem internationalen Scheidungsrecht herrührenden Rechtsprechung zu Art. 10 aIPRG bedarf es für eine Massnahmezuständigkeit am schweizerischen Vollstreckungsort bei hängigem ausländischem Hauptsacheverfahren einer gesteigerten Notwendigkeit bzw. Dringlichkeit für den Erlass inländischer Massnahmen. Gemäss Bundesgericht ist dies namentlich bei den folgenden Fallgruppen zu bejahen: (i) wenn das vom ausländischen Gericht anzuwendende Recht keine Art. 276 ZPO vergleichbare

211. Vgl. zudem eingehend und spezifisch mit Blick auf das IPRG BSK-Droese, N. 16 zu Art. 10 IPRG; ZK-Müller-Chen, N. 24 ff. zu Art. 10 IPRG; Phurtag, Rz. 288 ff.
212. BGer 5A_296/2015 vom 29. Oktober 2015 E. 5.2.
213. BGer 5A_942/2018 vom 17. Juni 2019 E. 5.3.2.
214. Für ein unbeschränktes Wahlrecht bei rechtshängigem Hauptsacheverfahren in der Schweiz oder im Ausland mangels Rechtshängigkeitssperre des Hauptsacheverfahrens für das Massnahmeverfahren Phurtag, Rz. 286; sowie ZK-Müller-Chen, N. 22 zu Art. 10 IPRG, der indes anmerkt, dass es Sinn mache, wenn das schweizerische Gericht dem zuerst angerufenen ausländischen Hauptsachegericht den Vortritt lasse; a.A. BSK-Droese, N. 17 zu Art. 10 IPRG; vgl. unter früherem Recht Kofmel Ehrenzeller, S. 68, m.w.H.
215. A.M. ZK-Müller-Chen, N. 22 zu Art. 10 IPRG; Phurtag, Rz. 286, die auch bei einem hängigen Hauptsacheverfahren in der Schweiz von einem Wahlrecht bezüglich potentieller Hauptsachegerichte ausgehen; wie hier dagegen BSK-Droese, N. 17 zu Art. 10 IPRG.

Regelung kennt; (ii) wenn Massnahmeentscheide des ausländischen Scheidungsgerichts am schweizerischen Wohnsitz der Parteien nicht vollstreckt werden können; (iii) wenn Massnahmen zur Sicherung künftiger Vollstreckung in Vermögensobjekte in der Schweiz angeordnet werden sollen; (iv) wenn Gefahr in Verzug ist, oder (v) wenn man nicht damit rechnen kann, dass das ausländische Gericht innert angemessener Frist entscheidet.[216] Diese Rechtsprechung zog das Bundesgericht zunächst in einer erbrechtlichen Streitigkeit zu Art. 10 aIPRG heran[217] und bestätigte sie alsdann auch unter Geltung von Art. 10 IPRG.[218]

61 Ob diese gefestigte bundesgerichtliche Rechtsprechung in allen Facetten zu überzeugen vermag, erscheint fraglich. Man mag auf den ersten Blick argumentieren, dass es aufgrund des Respekts gegenüber dem bereits angerufenen ausländischen Hauptsachegericht und des Ideals des internationalen Entscheidungseinklanges nicht angebracht sei, eine voraussetzungslose Massnahmezuständigkeit am schweizerischen Vollstreckungsort zu bejahen. Dieses Argument ist indes nur bedingt überzeugend, wenn man sich vor Augen hält, dass die Anerkennungs- und Vollstreckungsfähigkeit ausländischer Massnahmeentscheide unter dem IPRG in vielen Fällen nicht höchstrichterlich abgesichert ist.[219] Für eine voraussetzungslose alternative Massnahmezuständigkeit am Vollstreckungsort spricht dagegen gerade in internationalen Verhältnissen umso mehr, dass vorsorgliche Massnahmen eines Gerichts am Vollstreckungsort regelmässig schneller und reibungsloser vollzogen werden können.[220] Vor diesem Hintergrund erscheint es jedenfalls angebracht, dass das bundesgerichtliche Erfordernis der gesteigerten Notwendigkeit bzw. Dringlichkeit grosszügig verstanden wird.[221]

62 Unklar erscheint schliesslich, ob die einschränkenden Voraussetzungen für die Berufung auf den Vollstreckungsort auch bei bereits in der Schweiz hängigem Hauptsacheverfahren heranzuziehen sind.[222] M.E. könnte diese Frage – angesichts des doch weit geringeren Interesses der gesuchstellenden Partei an einer Massnahmezuständigkeit am schweizerischen Vollstreckungsort bei Rechtshängigkeit des Hauptsacheverfahrens bei einem schweizerischen statt einem ausländischen Hauptsachegericht – durchaus bejaht werden. Da sich aber Art. 10 IPRG weitgehend an Art. 13 ZPO anlehnt und dort ein entsprechendes *forum shopping* erlaubt ist, sprechen wohl die besseren Gründe dafür, bei in der Schweiz hängigem Hauptsacheverfahren eine alternative Massnahmezuständigkeit am schweizerischen Vollstreckungsort zu bejahen, zumal für die einschränkenden Voraussetzungen prinzipiell ohnehin keine explizite gesetzliche Grundlage besteht.[223]

iii. Gerichtsstandsvereinbarungen

63 Auch unter dem IPRG schlägt nach herrschender Lehre die Prorogations- und die Derogationswirkung einer Gerichtsstandsvereinbarung in der Hauptsache auf die Massnahmezuständigkeit am Ort der Hauptsache (Art. 10 lit. a IPRG) durch, so dass unter diesem Titel nur die vereinbarten Gerichte angerufen werden können.[224] Weniger klar ist unter dem IPRG dagegen, ob bei einer ausschliesslichen Gerichtsstandsvereinbarung in der Hauptsache eine

216. Siehe zur älteren Rechtsprechung nur BGE 134 III 326 E. 3.5.1, m.w.H. auf Lehre und Rechtsprechung.
217. BGer 5C.126/2005 vom 18. August 2005 E. 7.
218. BGer 5A_942/2018 vom 17. Juni 2019 E. 6.3; BGer 5A_588/2014 vom 12. November 2014 E. 4.4.
219. Eingehend Phurtag, Rz. 305 ff., insb. Rz. 323, m.w.H. auf den Meinungsstand.
220. Vgl. CHK-Buhr/Gabriel/Schramm, N. 8 zu Art. 10 IPRG.
221. Ebenso für den Fall, dass die Anerkennungsfähigkeit der ausländischen Massnahme nicht feststeht, Phurtag, Rz. 294.
222. Dagegen CHK-Buhr/Gabriel/Schramm, N. 8 zu Art. 10 IPRG; Phurtag, Rz. 292; wohl auch OFK-Kren Kostkiewicz, N. 8 zu Art. 10 IPRG; ZK-Müller-Chen, N. 25 f. zu Art. 10 IPRG.
223. Vgl. BGE 138 III 555 E. 3.2 = Pra 102 (2013) Nr. 18, in welchem das Bundesgericht zum fast identischen Wortlaut von Art. 13 ZPO ausführt: «*Le texte de l'art. 13 CPC ne prévoit aucune limitation en ce sens que le for du lieu d'exécution ne serait ouvert qu'en cas d'urgence (cf. art. 13 let. b CPC)*».

Massnahmezuständigkeit am schweizerischen Vollstreckungsort (Art. 10 lit. b IPRG) bestehen bleibt oder nicht. In dieser Hinsicht sind m.E. zwei Fragenkomplexe zu unterscheiden: Einerseits stellt sich die Frage, ob die Massnahmezuständigkeit am schweizerischen Vollstreckungsort – wie unter der ZPO – zwingender Natur ist, so dass eine Derogationswirkung einer Gerichtsstandsvereinbarung in der Hauptsache bereits aus diesem Grunde abzulehnen ist. Andererseits ist zu prüfen, ob eine Gerichtsstandsvereinbarung in der Hauptsache aus Sicht des Parteiwillens im konkreten Einzelfall die Massnahmezuständigkeit am Vollstreckungsort erfasst.

64 Der Wortlaut von Art. 10 IPRG bestimmt anders als Art. 13 ZPO nicht ausdrücklich, dass die Massnahmezuständigkeit am Vollstreckungsort zwingender Natur ist. Daraus lässt sich m.E. aber nicht *per se* schliessen, dass diese nicht zwingender Natur ist, da das IPRG einer anderen Regelungstechnik folgt als die ZPO. Nach dem IPRG ist die zwingende Natur eines Gerichtsstands nämlich jeweils anhand der Auslegung der konkreten Norm zu bestimmen.[225] Freilich bedeutet die zwingende Natur von Art. 13 lit. b ZPO für Binnenfälle nicht automatisch, dass auch der Gerichtsstand am schweizerischen Vollstreckungsort nach IPRG zwingender Natur ist.[226] Gleichwohl darf man wohl ins Feld führen, dass Art. 10 IPRG weitgehend an Art. 13 ZPO angelehnt wurde.[227] Es erscheint zudem nicht gänzlich wertungskongruent, wenn man in innerstaatlichen Verhältnissen die zwingende Natur u.a. damit begründet, dass eine Massnahme am Vollstreckungsort rascher angeordnet und vollzogen werden kann, dies aber in internationalen Verhältnissen verneint, obgleich hier jedenfalls unter dem IPRG erhebliche Unsicherheiten mit Blick auf die Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Massnahmeentscheiden bestehen.[228] In diesem Sinne spricht m.E. wohl auch das Recht auf effektiven Rechtsschutz eher für eine zwingende Natur der Massnahmezuständigkeit am schweizerischen Vollstreckungsort.[229]

65 In der Lehre dreht sich die Diskussion dagegen nicht um die Frage der zwingenden Natur der Massnahmezuständigkeit am Vollstreckungsort, sondern um jene des Parteiwillens. Diese Frage stellt sich freilich nur dann, wenn man nicht von der zwingenden Natur der Massnahmezuständigkeit am Vollstreckungsort ausgeht. Nach einem gewichtigen Teil der Lehre dürften die Parteien bei Abschluss der Gerichtsstandsvereinbarung in der Hauptsache nicht sämtliche Eventualitäten des vorsorglichen Rechtsschutzes bedenken, so dass eine Derogation des Gerichtsstands am Vollstreckungsort im Zweifel nicht dem Parteiwillen entspreche und sich ihre Annahme insoweit nur rechtfertige, wenn in der Vereinbarung explizit auf den vorsorglichen Rechtsschutz Bezug genommen werde.[230] Die Rechtsprechung erscheint dagegen tendenziell grosszügiger, in dem sie grundsätzlich davon ausgeht, dass die in der Gerichtsstandsvereinbarung enthaltene Derogation sich auch auf den vorsorglichen Rechtsschutz beziehe.[231] Nicht mehr vom Parteiwillen gedeckt sei aber die Situation, in der durch die ausschliessliche Gerichtsstandsvereinbarung ein effektiver Rechtsschutz überhaupt vereitelt werde. In diesem Sinne müsse es trotz Gerichtsstandsvereinbarung möglich bleiben, wenigstens dann vor einem anderen als dem ausschliesslich prorogierten Gericht um vorsorglichen Rechtsschutz nachzusuchen,

224. BSK-Droese, N. 17 zu Art. 10 IPRG; ZK-Müller-Chen, N. 23 zu Art. 10 IPRG und N. 140 zu Art. 5 IPRG; Phurtag, Rz. 302; Walter/Domej, S. 552; wohl auch BSK-Grolimund/Bachofner, N. 52 zu Art. 5 IPRG; a.A. dagegen offenbar Schulthess Komm.-Huber, N. 38 zu Art. 261 ZPO.
225. BSK-Grolimund/Bachofner, N. 18 zu Art. 5 IPRG; OFK-Kren Kostkiewicz, N. 6 zu Art. 5 IPRG.
226. Vgl. CR-Bucher, N. 9 zu Art. 5 IPRG.
227. Vgl. auch ZK-Müller-Chen, N. 9 zu Art. 10 IPRG (Art. 13 ZPO «entspricht» Art. 10 IPRG).
228. Eingehend Phurtag, Rz. 305 ff., insb. Rz. 323, m.w.H. auf den Meinungsstand.
229. Ausdrücklich ablehnend HGer ZH HE140084 vom 17. Februar 2015 E. 4.8.2 = ZR 115/2016 Nr. 2, indes betr. die Unzuständigkeit des Massnahmegerichts am Vollstreckungsort im Falle eines ausschliesslich prorogierten, ausserkantonalen Gerichts, so dass sich keine Probleme bzgl. Anerkennung und Vollstreckung ergeben.
230. Phurtag, Rz. 301; weitergehend BSK-Grolimund/Bachofner, N. 52 zu Art. 5 IPRG, die eine explizite Bezugnahme auch für die Derogation der Massnahmezuständigkeit am Gerichtsstand der Hauptsache verlangen; ohne Begründung die Derogation des Vollstreckungsorts verneinend BSK-Droese, N. 17 zu Art. 10 IPRG.

wenn dieses andere Gericht allein in der Lage sei, eine sofort vollstreckbare Massnahme rechtzeitig anzuordnen.[232]

b. Internationale Zuständigkeit nach LugÜ

i. Allgemeines

66 Das LugÜ ist anwendbar, wenn der zu sichernde Hauptsacheanspruch als Zivil- und Handelssache zu qualifizieren ist und keinem Ausschluss unterliegt.[233] Ferner muss die Gesuchsgegnerin – vorbehältlich einer Gerichtsstandsvereinbarung (Art. 23 LugÜ) oder einer ausschliesslichen Zuständigkeit (Art. 22 LugÜ) – ihren Wohnsitz in einem Vertragsstaat haben (Art. 1, Art. 2 und Art. 4 Abs. 1 LugÜ).[234] In seinem Anwendungsbereich geht das LugÜ dem IPRG vor (s. Art. 1 Abs. 2 IPRG).

67 Für die Anordnung «seiner» (nationalen) vorsorglichen Massnahmen ist unter dem LugÜ primär das nach Art. 2 und Art. 5 ff. LugÜ bestimmte Hauptsachegericht zuständig.[235] Dies ist zwar nicht ausdrücklich im LugÜ geregelt, ergibt sich jedoch aus dem international weitgehend anerkannten und vom EuGH bestätigten Grundsatz, dass das in der Hauptsache zuständige Gericht auch vorsorgliche Massnahmen anordnen können muss.[236] Daneben gibt es unter einschränkenden Voraussetzungen auch eine Massnahmezuständigkeit nach Art. 31 LugÜ in Verbindung mit dem nationalen Recht.

ii. Massnahmezuständigkeit nach Art. 31 LugÜ in Verbindung mit dem nationalen Recht

68 Neben dem Hauptsachegericht können die im Recht eines Vertragsstaates vorgesehenen einstweiligen Massnahmen einschliesslich solcher, die auf eine Sicherung gerichtet sind, bei den Gerichten dieses Staates nach Art. 31 LugÜ auch dann beantragt werden, wenn für die Entscheidung in der Hauptsache ein anderer Vertragsstaat zuständig ist. Art. 31 LugÜ ist damit ein Einfallstor für exorbitante (nationale) Massnahmegerichtsstände, weshalb sich die Praxis bemüht, dessen Anwendungsbereich einzuschränken. Diese Einschränkung erfolgt im Wesentlichen über den autonomen Begriff der *einstweiligen Massnahme* und das zusätzliche Erfordernis einer *realen Verknüpfung*.

69 Nach dem EuGH gelten als einstweilige Massnahmen i.S.v. Art. 31 LugÜ nur Massnahmen, die eine Veränderung der Sach- oder Rechtslage verhindern sollen, um Rechte zu sichern, deren Anerkennung im Übrigen bei dem in der Hauptsache zuständigen Gericht beantragt wird.[237] Zudem verlangt der EuGH angesichts der Möglichkeit, mittels exorbitanter Massnahmegerichtsstände die im LugÜ vorgesehenen Hauptsachegerichte zu umgehen, dass zwischen dem Gegenstand der beantragten

231. Siehe zum aLugÜ BGE 125 III 451 E. 3a, der zur Derogationswirkung einer Gerichtsstandsvereinbarung in Bezug auf die Massnahmezuständigkeiten nach Art. 31 LugÜ in Verbindung mit dem nationalen Recht erging; ferner HGer ZH HE140084 vom 17. Februar 2015 E. 4.8.4 = ZR 115/2016 Nr. 2, wonach aufgrund der Verwendung des Wortes «*exclusive*» und der anwaltlichen Vertretung davon auszugehen sei, dass die Parteien, wenn sie den vorsorglichen Rechtsschutz nicht unter die Gerichtsstandsvereinbarung stellen wollten, eine andere Formulierung verwendet hätten; vgl. auch Markus/Conrad, S. 238 f.
232. Siehe zum aLugÜ BGE 125 III 451 E. 3a, der zur Derogationswirkung einer Gerichtsstandsvereinbarung in Bezug auf die Massnahmezuständigkeiten nach Art. 31 LugÜ in Verbindung mit dem nationalen Recht erging; aus der Lehre daran anschliessend ZK-Müller-Chen, N. 23 zu Art. 10 IPRG; ohne Stellungnahme auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung verweisend auch CHK-Buhr/Gabriel/Schramm, N. 9 zu Art. 10 IPRG.
233. Art. 31 LugÜ kann aber auch anwendbar sein, wenn die Parteien für die Hauptsache eine Schiedsvereinbarung abgeschlossen haben, s. dazu EuGH C-391/95 vom 17. November 1998 = ECLI:EU:C:1998:543.
234. SHK-Kofmel Ehrenzeller/Phurtag, N. 4 f. zu Art. 31 LugÜ.
235. Für den Inhalt der einzelnen Zuständigkeitsvorschriften ist auf deren Kommentierungen zu verweisen.
236. Aus der Rechtsprechung EuGH C-391/95 vom 17. November 1998 N. 19 = ECLI:EU:C:1998:543; EuGH C-99/96 vom 27. April 1999 N. 40 (beide zum EuGVÜ); aus der schweizerischen Lehre etwa Phurtag, Rz. 387; BSK-Favalli/Augsburger, N. 112 zu Art. 31 LugÜ, je m.w.H.
237. EuGH C-261/90 vom 26. März 1992 N. 34 = ECLI:EU:C:1992:149; dem folgt auch das schweizerische Bundesgericht, s. BGE 125 III 451 E. 3b (zum aLugÜ); vgl. dazu auch Markus/Conrad, S. 244.

Massnahme und der gebietsbezogenen Zuständigkeit des angerufenen Gerichts eine reale Verknüpfung bestehen muss.[238] Noch einschränkender ist der EuGH gar bei Leistungsmassnahmen, die eine vorläufige Vollstreckung des Hauptsacheanspruchs bewirken. Für solche Leistungsmassnahmen besteht eine Zuständigkeit über Art. 31 LugÜ nur dann, wenn die gesuchstellende Partei aufgrund einer Sicherheitsleistung gewährleistet, dass die Gesuchsgegnerin bei Obsiegen in der Hauptsache den bereits bezahlten Betrag zurückerhält und die Massnahme nur Vermögensgegenstände betrifft, die sich im örtlichen Zuständigkeitsbereich des Massnahmegerichts befinden bzw. befinden müssten.[239]

iii. Wahlrecht der gesuchstellenden Partei / Koordinationsprobleme

70 Nach überwiegender Ansicht kann die gesuchstellende Partei vor Rechtshängigkeit der Hauptsache grundsätzlich unter allen gemäss LugÜ virtuell zuständigen Hauptsachegerichten wählen.[240] Dabei kann sich das Wahlrecht aber nur auf solche Hauptsachegerichte beziehen, die die gesuchstellende Partei bei einer Klageeinreichung selbst anrufen könnte.[241]

71 Nicht gänzlich geklärt erscheint dagegen, ob das Wahlrecht für das Massnahmeverfahren mit Bezug auf die virtuellen Hauptsachegerichte auch nach Rechtshängigkeit der Hauptsache in einem anderen Vertragsstaat fortbesteht. Ein Teil der Lehre gesteht der gesuchstellenden Partei auch in diesem Fall ein unbeschränktes Wahlrecht unter den virtuellen Hauptsachegerichten zu.[242] Begründet wird dies damit, dass dem Übereinkommen nichts anderes entnommen werden könne und die gegenteilige Ansicht die Effektivität des vorsorglichen Rechtsschutzes in Europa stark beschränke.[243] Andere Lehrmeinungen verneinen dagegen ein unbeschränktes Wahlrecht und gestehen anderen virtuellen Hauptsachegerichten die Massnahmezuständigkeit nur noch unter den einschränkenden Voraussetzungen von Art. 31 LugÜ in Verbindung mit dem nationalen Recht zu.[244] M.E. ist tendenziell eher der letzteren Auffassung beizutreten. Da die nationalen Rechte regelmässig eine Massnahmezuständigkeit am Vollstreckungsort oder ähnlichen Orten vorsehen,[245] ist ein effektiver vorsorglicher Rechtsschutz über Art. 31 LugÜ und das nationale Recht gewährleistet. Für eine darüberhinausgehende uneingeschränkte Massnahmezuständigkeit an einem nur noch theoretisch zuständigen Hauptsachegericht besteht daher kein Bedarf.[246]

iv. Gerichtsstandsvereinbarungen

72 Unter den Voraussetzungen von Art. 23 LugÜ können auch unter dem LugÜ Gerichtsstandsvereinbarungen abgeschlossen werden, die sich auf die Massnahmezuständigkeit auswirken. Nicht gänzlich geklärt ist dabei der Umfang der Derogationswirkung einer ausschliesslichen Gerichtsstandsvereinbarung für die Massnahmezuständigkeit am Ort der Hauptsache und für jene nach Art. 31 LugÜ in Verbindung mit dem nationalen Recht.

73 Nach überwiegender Ansicht derogiert eine ausschliessliche Gerichtsstandsvereinbarung in der Hauptsache jedenfalls die Massnahmezuständigkeit an anderen virtuellen Hauptsachegerichten.[247]

238. EuGH C-391/95 vom 17. November 1998 N. 40 = EuGHE 1998 I 7122; siehe zu diesem Erfordernis eingehend BSK-Favalli/Augsburger, N. 153 ff. zu Art. 31 LugÜ; Markus/Conrad, S. 246 ff.
239. EuGH C-99/96 vom 27. April 1999 N. 42 = ECLI:EU:C:1999:202999; dem folgt auch das schweizerische Bundesgericht, s. BGE 125 III 451 E. 3b (zum aLugÜ); vgl. dazu auch Markus/Conrad, S. 246.
240. Statt vieler nur Phurtag, Rz. 398; ferner BSK-Favalli/Augsburger, N. 118 zu Art. 31 LugÜ.
241. Vgl. insbesondere mit Bezug auf Art. 2 LugÜ Phurtag, Rz. 387.
242. Eingehend Phurtag, Rz. 401; ferner Walter/Domej, S. 565; Geimer/Schütze, N. 3 zu Art. 35 EuGVVO.
243. Eingehend Phurtag, Rz. 401; ferner Geimer/Schütze, N. 3 zu Art. 35 EuGVVO.
244. BSK-Favalli/Augsburger, N. 122 zu Art. 31 LugÜ; SHK-Kofmel Ehrenzeller/Phurtag, N. 19 zu Art. 31 LugÜ.
245. Vgl. für CH: Art. 10 lit. b IPRG (Vollstreckungsort); DE: § 23 i.V.m. § 937 Abs. 1 dZPO (Ort des Vermögens).
246. Ebenso die Einschätzung bei BSK-Favalli/Augsburger, N. 122 zu Art. 31 LugÜ.

Dieser Ansicht ist m.E. beizupflichten. Andere Hauptsachegerichte sind in dieser Konstellation in der Hauptsache nicht mehr zuständig, so dass die auf die Hauptsachezuständigkeit gestützte Massnahmezuständigkeit virtueller Hauptsachegerichte auch unter dem LugÜ entfallen muss. Ob auch die Massnahmezuständigkeit nach Art. 31 LugÜ in Verbindung mit dem nationalen Recht derogiert werden kann, ist dagegen schwieriger zu beurteilen. Umstritten ist bereits, ob diese Frage nach der *lex fori* oder autonom nach dem LugÜ zu beurteilen ist. Nach dem Bundesgericht und der wohl überwiegenden schweizerischen Lehre richtet sich diese Frage nach der *lex fori*, d.h. in der Schweiz nach dem IPRG. Dabei gelte, dass eine ausschliessliche Gerichtsstandsvereinbarung in der Hauptsache grundsätzlich auch die Massnahmezuständigkeit nach Art. 31 LugÜ in Verbindung mit dem nationalen Recht derogiere, soweit dieses Gericht nicht allein in der Lage sei, eine sofort vollstreckbare Massnahme rechtzeitig anzuordnen.[248] M.E. werden Voraussetzungen und Wirkungen einer Gerichtsstandsvereinbarung dagegen eigenständig und abschliessend durch das LugÜ geregelt, so dass für diese Frage trotz des pauschalen Verweises in Art. 31 LugÜ ein Rückgriff auf das nationale Recht nicht statthaft ist.[249] Massgebend für die Beurteilung der Derogationswirkung muss nach dem LugÜ daher grundsätzlich der Parteiwille sein, wobei m.E. bei fehlender ausdrücklicher Bezugnahme auf die Massnahmezuständigkeit im Regelfall eher davon auszugehen sein wird, dass die Parteien diese nicht derogieren wollten.[250]

2. Anwendbares Recht

74 Die Frage nach dem auf vorsorgliche Massnahmen anwendbaren Recht ist, jedenfalls wenn das IPRG die Frage nicht selbst regelt (s. z.B. Art. 62 Abs. 2 IPRG), sehr umstritten.

75 In der Lehre zeichnet sich eine Tendenz ab, die Frage des Verfügungsanspruchs der in der Hauptsache anwendbaren *lex causae* zu unterstellen, die übrigen prozessualen Voraussetzungen und Aspekte aber nach der *lex fori* zu beurteilen.[251] In diese Richtung geht auch ein Entscheid des Bundesgerichts zum Arrest, wonach die Frage der Fälligkeit der Arrestforderung nicht einfach nach schweizerischem Recht, sondern nach dem anwendbaren ausländischen Recht zu beurteilen sei.[252] Dies erscheint m.E. sachgerecht. Vorsorgliche Massnahmen sind nicht Selbstzweck, sondern dienen der Verwirklichung des materiellen Rechts in der Hauptsache. Ist aber in der Hauptsache ausländisches Recht anwendbar, so kann es für die Beurteilung des Verfügungsanspruchs im Massnahmeverfahren grundsätzlich nicht darauf ankommen, ob dieser nach der in der Hauptsache allenfalls nicht anwendbaren *lex fori* gegeben wäre oder nicht. Aus demselben Grund sollte für die Bestimmung der *lex causae* bei im Ausland hängigem Hauptsacheverfahren – soweit das schweizerische Gericht gehalten ist, dessen Zuständigkeit zu respektieren – nicht auf das schweizerische IPRG, sondern auf das IPR des ausländischen Gerichtsstaates abgestellt werden.

76 Eine andere Frage ist dagegen, wie der Inhalt des ausländischen Rechts festzustellen ist. Grundsätzlich ist dies auch im Massnahmeverfahren nach Art. 16 IPRG zu beurteilen. Nach Art. 16 Abs. 1 IPRG ist der

247. BSK-Favalli/Augsburger, N. 135 zu Art. 31 LugÜ; SHK-Kofmel Ehrenzeller/Phurtag, N. 25 zu Art. 31 LugÜ; wohl auch CR-Bucher, N. 31 zu Art. 31 LugÜ; siehe auch BGE 125 III 451 E. 3b (zum aLugÜ); ferner Geimer/Schütze, N. 192 zu Art. 25 EuGVVO; BeckOK-Kelle, N. 11 zu Art. 35 EuGVVO; a.A. dagegen Phurtag, Rz. 571; ferner MüKo-Gottwald, N. 16 zu Art. 35 EuGVVO.

248. Für eine nationale Beurteilung BGE 125 III 451 E. 3a (zum aLugÜ); daran anschliessend BSK-Favalli/Augsburger, N. 122 zu Art. 31 LugÜ; SHK-Kofmel Ehrenzeller/Phurtag, N. 26 zu Art. 31 LugÜ; Markus/Conrad, S. 244; a.A. dagegen Phurtag, Rz. 572 f.; ferner Geimer/Schütze, N. 20 zu Art. 35 EuGVVO.

249. Phurtag, Rz. 572 f.; ferner Geimer/Schütze, N. 20 zu Art. 35 EuGVVO.

250. Ebenso Phurtag, Rz. 574; ferner BeckOK-Kelle, N. 11 zu Art. 35 EuGVVO; im Regelfall dagegen von einer vom Parteiwillen gedeckten Derogation ausgehend Geimer/Schütze, N. 20 zu Art. 35 EuGVVO.

Inhalt des anzuwendenden ausländischen Rechts *von Amtes wegen* festzustellen, wobei die Mitwirkung der Parteien verlangt werden kann. Bei vermögensrechtlichen Angelegenheiten kann den Parteien gar der Nachweis des ausländischen Rechts übertragen werden. Bei Nichtfeststellbarkeit des ausländischen Rechts ist nach Art. 16 Abs. 2 IPRG das schweizerische Recht als Ersatzrecht anzuwenden. Dabei ist indes zu beachten, dass die Anforderungen an die amtswegige Feststellung des ausländischen Rechts gemäss Bundesgericht mit zunehmender Dringlichkeit des Massnahmeverfahrens abnehmen, so dass es im Arrestverfahren (und wohl auch in anderen superprovisorischen Massnahmeverfahren) jedenfalls nicht willkürlich sei, direkt schweizerisches Ersatzrecht anzuwenden.[253] In diesem Sinne ist die gesuchstellende Partei, die an der Anwendung ausländischen Rechts interessiert ist, gut beraten, den Nachweis des ausländischen Rechts soweit möglich von sich aus zu erbringen.[254]

3. Anerkennung und Vollstreckung

a. Anerkennung und Vollstreckung nach IPRG

77 Die Anerkennungsfähigkeit ausländischer Entscheide über vorsorgliche Massnahmen nach Art. 25 ff. IPRG ist in der Lehre, soweit nicht speziell in besonderen Normen des IPRG geregelt (s. z.B. Art. 96 Abs. 3 IPRG), umstritten und vom Bundesgericht – soweit ersichtlich – immer noch nicht höchstrichterlich geklärt.[255] Eine ausführliche Darstellung des Meinungsstandes in allen seinen Verästelungen sprengt den Rahmen dieser Kommentierung, so dass an dieser Stelle darauf verzichtet wird.[256] Die Diskussion dreht sich dabei vor allem darum, ob vorsorgliche Massnahmeentscheide die Voraussetzung der formellen Rechtskraft bzw. der Endgültigkeit nach Art. 25 lit. b IPRG erfüllen können. M.E. ist dies tendenziell eher zu bejahen, da auch Massnahmeentscheide formell rechtskräftig, d.h. nicht mehr durch ordentliche Rechtsmittel anfechtbar sein können. Massnahmeentscheide können daher durchaus die erste Alternative von Art. 25 lit. b IPRG erfüllen, weshalb ihre Anerkennungs- und Vollstreckungsfähigkeit auch unter dem IPRG m.E. nicht grundsätzlich verneint werden kann.[257]

b. Anerkennung und Vollstreckung nach LugÜ

78 Extraterritoriale Anordnungen des einstweiligen Rechtsschutzes eines Vertragsstaates im sachlichen Anwendungsbereich des LugÜ sind grundsätzlich Entscheidungen i.S.v. Art. 32 LugÜ. Als solche können sie unter den allgemeinen Voraussetzungen nach Art. 33 ff. LugÜ in allen anderen Vertragsstaaten anerkannt und vollstreckt bzw. für vollstreckbar erklärt werden. Neben den

251. Phurtag, Rz. 280 ff.; ferner CHK-Buhr/Gabriel/Schramm, N. 11 ff. zu Art. 10 IPRG; Schulthess Komm.-Huber N. 46 f. zu Art. 261 ZPO; BSK-Sprecher, N. 20 zu Vor Art. 261-269 ZPO; Walter/Domej, S. 560; eingehend zur Thematik und mit weiteren Nachweisen auch Kren Kostkiewicz, S. 296 ff.
252. BGer 5P.355/2006 vom 8. November 2006 E. 4.1.
253. BGer 5P.355/2006 vom 8. November 2006 E. 4.1; bestätigt in BGer 5A_60/2013 vom 27. Mai 2013 E. 3.2.1.2; siehe jüngst auch BGer 5A_248/2020 vom 30. Juni 2021 E. 3.3 ff.; vgl. zur provisorischen Rechtsöffnung auch BGE 140 III 456 E. 2.3 f. = Pra 104 (2015) Nr. 36; s.a. Phurtag, Rz. 282.
254. Vgl. BGE 145 III 213 E. 6.1.2 = Pra 108 (2019) Nr. 124, wonach im Rechtsöffnungsverfahren aufgrund der Dringlichkeit keine amtswegige Prüfung stattfinde und es der betreibenden Partei auch ohne gerichtliche Aufforderung obliege, das ausländische Recht nachzuweisen; ZK-Girsberger/Furrer, N. 75 zu Art. 16 IPRG; vgl. in einem gegenteiligen Kontext zu Art. 257 ZPO auch Droese, S. 256 f.
255. Eingehend Phurtag, Rz. 305 ff., insb. Rz. 323, m.w.H. auf den Meinungsstand; ferner Markus/Conrad, S. 239; BSK-Sprecher, N. 25 zu Vor Art. 261-269 ZPO; Walter/Domej, S. 421.
256. Eingehend Phurtag, Rz. 314, bei dem sich in Rz. 315 ff. eine umfassende Darlegung des Meinungsstands in Lehre und Rechtsprechung findet; siehe ebenso mit zahlreichen Hinweisen auf die ältere Lehre Kren Kostkiewicz, S. 302 ff.
257. Ebenso Walter/Domej, S. 422; ablehnend dagegen Phurtag, Rz. 338 *in fine*.

allgemeinen Voraussetzungen gilt es bei Massnahmeentscheiden indes gewisse Besonderheiten zu beachten.[258]

79 Nach dem EuGH setzt die Anerkennungs- und Vollstreckungsfähigkeit eines Massnahmeentscheids voraus, dass der Gesuchsgegnerin im Ursprungsstaat das rechtliche Gehör in einem kontradiktorischen Verfahren gewährt wurde.[259] Dabei genügt es, wenn sich die Gesuchsgegnerin vor deren Anerkennung und Vollstreckung im Ursprungsstaat theoretisch habe vernehmen lassen bzw. die Anordnung theoretisch habe anfechten können.[260] Konsequenzen hat diese Rechtsprechung vor allem für die Anerkennungs- und Vollstreckungsfähigkeit von sogenannten *ex-parte*-Entscheiden bzw. superprovisorischen Massnahmen. Nach schweizerischem Recht findet nach einem superprovisorischen Massnahmeverfahren von Amtes wegen ein provisorisches Massnahmeverfahren zur Gewährleistung des rechtlichen Gehörs der Gesuchsgegnerin und zur Überprüfung des superprovisorischen Massnahmeentscheids statt (vgl. Art. 263 Abs. 2 ZPO). Fraglich könnte vor diesem Hintergrund sein, ob der (schweizerische) superprovisorische Massnahmeentscheid bereits nach Gewährung des rechtlichen Gehörs, aber vor Abschluss des Bestätigungsverfahrens in den anderen Vertragsstaaten nach LugÜ anerkannt und vollstreckt werden kann. Der Anspruch auf rechtliches Gehör beinhaltet nicht nur das Recht, dass die Gesuchsgegnerin sich äussern kann, sondern – jedenfalls in gewisser Weise – auch die Pflicht des Gerichts, auf diese Äusserungen bei seinem Entscheid einzugehen.[261] M.E. sprechen daher die besseren Gründe dafür, die gestellte Frage zu verneinen, womit superprovisorische Massnahmeentscheide des schweizerischen Rechts in den anderen Vertragsstaaten nicht nach LugÜ anerkannt und vollstreckt werden können.[262] Freilich kann aber der die superprovisorische Massnahme bestätigende Massnahmeentscheid nach LugÜ anerkannt und vollstreckt werden. Ausländische superprovisorische Massnahmeentscheide können dagegen in der Schweiz nach LugÜ anerkannt und vollstreckt werden, soweit die Rechtsmittelfrist oder eine Frist zur Durchführung eines kontradiktorischen Verfahrens bereits ungenutzt abgelaufen ist.[263]

80 Besonderheiten bestehen sodann bei Massnahmeentscheiden, die gestützt auf eine Zuständigkeit nach Art. 31 LugÜ in Verbindung mit dem nationalen Recht ergehen. Nach dem EuGH ist bei solchen Entscheiden über eine *Leistungsmassnahme* im Rahmen der Anerkennung und Vollstreckung zu prüfen, ob diese nach den Kriterien des EuGH eine einstweilige Massnahme i.S.v. Art. 31 LugÜ darstellt, d.h. die Leistungsmassnahme nur gegen eine Sicherheitsleistung angeordnet wurde und nur Vermögensgegenstände betrifft, die sich im örtlichen Zuständigkeitsbereich des Massnahmegerichts befinden bzw. befinden müssten.[264] Der EuGH hält dabei sinngemäss dafür, dass es sich bei dieser Prüfung nicht um eine verpönte Überprüfung der Zuständigkeit des Ursprungsgerichts handle.[265] Ob diese dogmatische Einordnung zutreffend ist, erscheint mindestens diskussionswürdig,[266] wird doch

258. Eingehend zu den allgemeinen Voraussetzungen der Anerkennung und Vollstreckung unter Berücksichtigung der spezifischen Anforderungen bei vorsorglichen Massnahmen Phurtag, Rz. 585 ff.
259. EuGH Rs. 125/79 vom 21. Mai 1980 = ECLI:EU:C:1980:130 (zum EuGVÜ).
260. EuGH C-474/93 vom 13. Juli 1995 N. 14 f. = ECLI:EU:C:1995:243; EuGH C-39/02 vom 14. Oktober 2004 N. 50 f. = ECLI:EU:C:2004:615 (beide zum EuGVÜ); vgl. aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts BGE 129 III 626 E. 5.2.3; BGer 4P.331/2005 vom 1. März 2006 E. 7.4; BGer 4A_80/2007 vom 31. August 2007 E. 4.1 (alle zum aLugÜ); zur Anwendbarkeit dieser Praxis auf das LugÜ Phurtag, Rz. 642 f., sowie zur Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Rz. 646 ff., m.w.H.
261. Vgl. aus schweizerischer Perspektive etwa BSK-Karlen/Hänni, N. 29 zu Art. 29 BV, m.w.H.
262. Ebenso und mit eingehenderer Begründung Phurtag, Rz. 651; denkbar ist aber unter Umständen eine Anerkennung und Vollstreckung nach nationalem Recht, vgl. dazu Domej, S. 545 f., m.w.H.
263. Vgl. auch Phurtag, Rz. 649; denkbar ist beispielsweise, dass das ausländische Recht vorsieht, dass die Gesuchsgegnerin Widerspruch erheben muss, damit ihr das rechtliche Gehör gewährt wird (vgl. z.B. § 397 Ö-EO).
264. EuGH C-99/96 vom 27. April 1999 N. 53 f. = ECLI:EU:C:1999:202 (zum EuGVÜ).
265. EuGH C-99/96 vom 27. April 1999 N. 49 = ECLI:EU:C:1999:202 (zum EuGVÜ).
266. Eingehend (und ablehnend) Phurtag, Rz. 658 ff.

jedenfalls *de facto* dadurch die Zuständigkeit des Ursprungsgerichts überprüft. Nicht gänzlich geklärt erscheint sodann, inwieweit das für die Zuständigkeit nach Art. 31 LugÜ erforderliche Element der *realen Verknüpfung* im Stadium der Anerkennung und Vollstreckung nachzuprüfen ist. In Bezug auf Leistungsmassnahmen dürfte sich die Frage aufgrund der begrifflichen Eingrenzung der einstweiligen Massnahmen auf Vermögensgegenstände im örtlichen Zuständigkeitsbereich des Ursprungsgerichts ohnehin weitgehend erübrigen.[267] Vom vergleichbaren Schutzgedanken her, dass durch die *reale Verknüpfung* ebenso eine Umgehung der Zuständigkeitsvorschriften in der Hauptsache verhindert werden sollte, erscheint es m.E. durchaus naheliegend, auch bei den übrigen Massnahmearten im Stadium der Anerkennung und Vollstreckung die reale Verknüpfung zu überprüfen.[268] Nach dem Gesagten dürfte daher regelmässig kaum Raum für eine Anerkennung und Vollstreckung extraterritorialer Massnahmen gestützt auf Art. 31 LugÜ in Verbindung mit dem nationalen Recht bestehen.[269] In der EuGVVO wurde die Anerkennung und Vollstreckung von nach Art. 35 EuGVVO in Verbindung mit dem nationalen Recht ergangenen Massnahmeentscheiden daher gar ausdrücklich ausgeschlossen (vgl. Art. 2 lit. a UAbs. 2 EuGVVO).[270]

C. Massnahmegesuch

81 Das Massnahmeverfahren wird durch Gesuch eingeleitet, welches grundsätzlich in den Formen nach Art. 130 ZPO zu stellen ist, in einfachen oder dringenden Fällen aber auch mündlich beim Gericht zu Protokoll gegeben werden kann (s. Art. 252 ZPO). Im Übrigen gelten grundsätzlich die allgemeinen Anforderungen nach Art. 221 ZPO (i.V.m. Art. 219 ZPO).[271]

82 In der Lehre wird diskutiert, inwieweit eine Spezifizierung der beantragten vorsorglichen Massnahme erforderlich sei. Teilweise wird vertreten, dass angesichts des weiten gerichtlichen Ermessens bei der Inhaltsgestaltung ein allgemein gefasstes Rechtsbegehren, aus dem das Rechtsschutzziel hervorgehe, genüge und das Gericht nicht an ein bestimmtes Rechtsbegehren gebunden sei.[272] Dagegen wird eingewendet, dass dies der Bedeutung des Rechtsbegehrens (insb. auch mit Blick auf die Verteidigungsmöglichkeiten der Gesuchsgegnerin) bzw. der Dispositionsmaxime widerspreche, die richterliche Unabhängigkeit ernsthaft gefährde und die gesuchstellende Partei sonst kausal für eine Massnahme haften müsse, die sie so u.U. gar nicht gewollt habe.[273] Grundsätzlich ist vom Erfordernis eines bestimmten Massnahmebegehrens auszugehen. Angesichts des erheblichen Ermessensspielraums des Gerichts ist es m.E. aber zulässig, dass das Gericht eine andere (besser geeignete) oder aber eine mildere Massnahme als die beantragte anordnet.[274] Dies mindestens solange als die Massnahme für die Gesuchsgegnerin in der Sache nicht «einschneidender» ist. Die Dispositionsmaxime gilt in diesem Sinne nur eingeschränkt.

D. Festsetzung der Prozesskosten des Massnahmeverfahrens und deren Verlegung

83 In Bezug auf die Prozesskosten und deren Verlegung gelten im Grundsatz die allgemeinen Bestimmungen nach Art. 95 ff. ZPO, wobei nach Art. 99 Abs. 3 lit. c ZPO die Gesuchsgegnerin keine

267. Vgl. auch ähnlich Phurtag, Rz. 656; ferner BGE 129 III 626 E. 5.3.3 *e contrario* (zum aLugÜ).
268. Dies befürwortend Phurtag, Rz. 656; Walter/Domej, S. 571; wohl auch BGE 129 III 626 E. 5.3.3 *e contrario* (zum aLugÜ); a.A. dagegen BSK-Favalli/Augsburger, N. 227 ff. zu Art. 31 LugÜ; SHK-Kofmel Ehrenzeller/Phurtag, N. 36 Fn. 134 zu Art. 31 LugÜ.
269. SHK-Kofmel Ehrenzeller/Phurtag, N. 36.
270. Vgl. dazu auch Domej, S. 543 f.
271. HGer ZH HE 120284 vom 18. Juli 2012 E. 1.2 = ZR 111/2012 Nr. 57; BSK-Sprecher, N. 7 zu Art. 261 ZPO.
272. BK-Güngerich, N. 51 f. zu Art. 262 ZPO; zustimmend im Einzelfall BSK-Sprecher, N. 8 zu Art. 261 ZPO; vgl. zum früheren Recht Meng, S. 86 f.; relativierend auch Hasenböhler, Verfügung, S. 30; Vogel, S. 98 f.
273. Eingehend Schai, Rz. 139 ff.; vgl. ferner Alder, S. 64 f.; Schenker, S. 34 und 98; Zürcher, S. 120.
274. Ebenso BK-Güngerich, N. 51 zu Art. 262 ZPO; vgl. zum früheren Recht auch Vogel, S. 98 f.

Sicherheit für ihre Parteientschädigung verlangen kann. Nach Art. 104 Abs. 3 ZPO kann über die Prozesskosten des Massnahmeverfahrens zusammen mit der Hauptsache entschieden werden. Dabei gilt es zwischen dem Massnahmeverfahren vor und jenem während eines Hauptsacheverfahrens zu differenzieren.

84 Nach allgemeiner Ansicht werden die Kosten des Massnahmeverfahrens während eines Hauptsacheverfahrens bei Gutheissung des Massnahmegesuchs i.d.R. erst zusammen mit dem Endentscheid in der Hauptsache (und gemäss dessen Ausgang) festgesetzt und verteilt. Bei Abweisung des Massnahmegesuchs während hängigem Hauptsacheverfahren trifft die gesuchstellende Partei die Kostenpflicht für das Massnahmeverfahren dagegen auch dann, wenn sie in der Hauptsache obsiegen sollte.[275] Das Gericht kann dies entweder im Massnahmeentscheid oder aber im Hauptsacheentscheid berücksichtigen.

85 Während nach allgemeiner Ansicht die gesuchstellende Partei bei Abweisung des Massnahmegesuchs vor Rechtshängigkeit des Hauptsacheverfahrens die Prozesskosten nach Art. 106 Abs. 1 ZPO endgültig tragen muss, ist die Rechtslage bei Gutheissung desselben äusserst umstritten.[276] Die überwiegende Ansicht hält m.E. zu Recht dafür, dass die Prozesskosten des Massnahmeverfahrens diesfalls einstweilen der obsiegenden gesuchstellenden Partei auferlegt werden, wobei die Verpflichtung zur Leistung einer Parteientschädigung nur für den Fall der unterbliebenen Prosekution angeordnet wird.[277] Dies entspricht jedenfalls sinngemäss auch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur vorsorglichen Beweisführung.[278] Gleichwohl muss m.E. für Fälle, in denen die Gesuchsgegnerin während laufender Prosekutionsfrist den Verfügungsanspruch in prozessrechtlich relevanter Weise anerkennt, eine Abänderung der Kostenverlegung zu Gunsten der gesuchstellenden Partei im Massnahmeverfahren über Art. 268 Abs. 1 ZPO vorbehalten bleiben.[279]

E. Rechtsmittel gegen Massnahmeentscheide

1. Rechtsmittel nach ZPO

a. Berufung (Art. 308 ff. ZPO)

86 Gegen erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen steht grundsätzlich die *Berufung* offen, soweit es sich um eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit handelt oder bei einer vermögensrechtlichen Streitigkeit der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren CHF 10‘000 übersteigt (Art. 308 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 ZPO) und keine Ausnahme nach Art. 309 ZPO vorliegt. Der Wortlaut der ZPO ist insoweit nicht gänzlich präzise, da als Anfechtungsobjekt der Berufung nur erstinstanzliche Massnahmeentscheide eines unteren kantonalen Gerichts in Frage kommen können. Erstinstanzliche Massnahmeentscheide der einzigen kantonalen Instanz (vgl. Art. 5 Abs. 2 ZPO, Art. 6 Abs. 5 ZPO) sind dagegen nur nach BGG anfechtbar.[280]

87 Ob es sich bei erstinstanzlichen Massnahmeentscheiden um eine eigenständige Entscheidkategorie handelt, ist in der Lehre umstritten.[281] Die Frage ist m.E. vorwiegend theoretischer Natur, ohne dass damit praktische Konsequenzen verbunden wären. Selbst jene Meinungen, die Entscheide über vorsorgliche Massnahmen als eigene Entscheidart betrachten, halten nämlich dafür, dass nicht jeder

275. Statt vieler nur BK-Sterchi, N. 10 zu Art. 104 ZPO.
276. Statt vieler nur BK-Sterchi, N. 10 zu Art. 104 ZPO; eingehend Honegger-Müntener, S. 185 ff.
277. KUKO-Schmid/Jent-Sørensen, N. 5 zu Art. 104 ZPO; a.A. BK-Sterchi, N. 12 f. zu Art. 104 ZPO; eingehend mit zahlreichen weiteren Nachweisen Honegger-Müntener, S. 188 f. und 191 ff.
278. Vgl. dazu BGE 140 III 30; siehe auch Honegger-Müntener, S. 195 f.
279. Siehe bereits Honegger-Müntener, S. 197.
280. BK-Sterchi, N. 22 zu Art. 308 ZPO; vgl. auch Art. 75 Abs. 2 lit. a und lit. b BGG.

im Massnahmeverfahren ergangene Entscheid als „Entscheid über vorsorgliche Massnahmen" i.S.v. Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO (bzw. auch Art. 319 lit. a ZPO) gelten könne. So seien Anordnungen des Massnahmegerichts, die im Hauptsacheverfahren nicht als End- oder Zwischenentscheid zu qualifizieren wären (z.B. eine Editionsverfügung), ebenfalls prozessleitende Verfügungen, die auch im Massnahmeverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 319 lit. b ZPO der Beschwerde unterlägen. Ebenso seien Entscheide des Massnahmegerichts, die im Rahmen des Massnahmeverfahrens ergingen und im Hauptsacheverfahren als Zwischenentscheide qualifiziert werden könnten (z.B. betreffend die Zuständigkeit), ohnehin der Regelung nach Art. 237 Abs. 2 ZPO unterstellt.[282] Insoweit beschränkt sich die Bedeutung der expliziten Nennung der Entscheide über vorsorgliche Massnahmen auf den gutheissenden bzw. den abweisenden Massnahmeentscheid bzw. den Nichteintretensentscheid im Massnahmeverfahren. Ob dies die Annahme einer eigenständigen Entscheidart rechtfertigt, erscheint zweifelhaft, zumal nach dem Rechtsmittelsystem der ZPO ohnehin nicht entscheidend wäre, ob man den Massnahmeentscheid nun als End-, Teil- oder auch als Zwischenentscheid ansehen möchte, da er den gleichen Anfechtungsregelungen untersteht.[283]

88 Strittig ist sodann, ob gegen superprovisorisch ergangene Massnahmeentscheide eine Berufung zulässig ist. Nach wohl überwiegender Auffassung können superprovisorische Massnahmen wegen fehlenden Rechtsschutzinteresses sowohl bei Anordnung als auch bei Verweigerung der Massnahme nicht mit einem Rechtsmittel angefochten werden.[284] Dieser Rechtsmittelausschluss ist m.E. mit einem gewichtigen Teil der Lehre jedenfalls bei Verweigerung der superprovisorischen Massnahme abzulehnen.[285] Die superprovisorische Massnahme erfordert nach Art. 265 Abs. 1 ZPO «besondere Dringlichkeit», die vorliegt, wenn es glaubhaft erscheint, dass ein schlagartiges Eingreifen (ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin) erforderlich ist, um unzumutbare Nachteile abzuwenden.[286] Verneint nun das Massnahmegericht eine solche besondere Dringlichkeit und steht der gesuchstellenden Partei dagegen kein Rechtsmittel offen, nimmt die Rechtsordnung bei einer ungerechtfertigten Verneinung der besonderen Dringlichkeit in Kauf, dass im «normalen Massnahmeverfahren» überhaupt kein effektiver Rechtsschutz mehr möglich ist. Immerhin lässt selbst das Bundesgericht in gewissen besonders sensitiven Materien diesfalls eine direkte Beschwerde an das Bundesgericht im Sinne einer Ausnahme zu.[287]

89 Nicht gänzlich geklärt scheint auch, wie sich der Streitwert bzw. die vermögensrechtliche Natur des Massnahmeentscheids bestimmt. Die wohl überwiegende Auffassung geht dahin, dass dafür der Streitwert bzw. die Natur der vorsorglichen Massnahme an sich massgebend sei.[288] Andere stellen dagegen – wie bei Teil- und Zwischenentscheiden – auf die Hauptsache ab.[289] Das Bundesgericht folgt für das BGG grundsätzlich der letzteren Ansicht. Soweit es die fragliche vorsorgliche Massnahme

281. Für eine eigenständige Entscheidkategorie BK-Killias, N. 22 zu Art. 237 ZPO; Leuenberger, Endentscheid, S. 99; Schulthess Komm.-Reetz/Theiler, N. 33 zu Art. 308 ZPO; Schulthess Komm. Staehelin, N. 8 zu Art. 236 ZPO; Steiner, Rz. 77; a.A. dagegen Seiler, Rz. 298; wohl auch BK-Sterchi, N. 20 zu Art. 308 ZPO; vgl. ferner zur Qualifikation als Teilentscheide ZPO-Rechtsmittel-Hoffmann-Nowotny, N. 27 zu Art. 308 ZPO; sowie als Zwischenentscheide (materiellen Inhalts) BSK-Spühler, N. 7 zu Art. 308 ZPO.

282. Schulthess Komm.-Reetz/Theiler, N. 34 zu Art. 308 ZPO; Steiner, Rz. 71 f.; gleicher Meinung aber die gegenteilige Lehrmeinung vertretend auch Seiler, Rz. 298.

283. Ähnlich wie hier ZPO-Rechtsmittel-Hoffmann-Nowotny, N. 27 zu Art. 308 ZPO.

284. BGE 137 III 417 E. 1.3; BGE 139 III 86 E. 1.1.1 = Pra 103 (2014) Nr. 69; KGer LU 3C 19 4 vom 20. Februar 2019 E. 1.1 = LGVE 2019 II Nr. 3; KGer LU 3B 11 59 vom 5. November 2011 E. 2.3 = CAN 2012 Nr. 53; KGer SZ ZK2 2012 52 vom 1. Oktober 2012 E. 3 = EGV SZ 2012, A 3.4; OGer TG ZR.2013.38 vom 31. Juli 2013 = RBOG 2013, 189; aus der Lehre BK-Sterchi, N. 21 zu Art. 261 ZPO; Schulthess Komm.-Huber, N. 20 ff. zu Art. 265 ZPO; BSK-Spühler, N. 7 zu Art. 308 ZPO.

285. Schulthess Komm.-Reetz/Theiler, N. 34 zu Art. 308 ZPO; siehe zum Ganzen eingehend und mit weiteren Nachweisen Sogo, S. 1 ff., insb. S. 7f.

286. DIKE Komm.-Zürcher, N. 5 zu Art. 265 ZPO.

287. Vgl. dazu BGE 140 III 289 E. 1.1; BGer 5A_473/2010 vom 23. Juli 2010 E. 1.1; BGer 5A_508/2012 vom 28. August 2012 E. 3.1.

als selbstständig eröffneten Zwischenentscheid (im Sinne des BGG) qualifiziert, stellt es auf den Streitwert bzw. die Natur der Hauptsache ab, soweit die Hauptsache freilich überhaupt noch streitig ist.[290] Nur wenn es den Massnahmeentscheid ausnahmsweise als Endentscheid qualifiziert, scheint es generell auf den Streitwert der Massnahme abzustellen.[291] Direkt zur Rechtslage nach Art. 308 Abs. 2 ZPO hat sich das Bundesgericht – soweit ersichtlich – dagegen noch nicht geäussert. M.E. ist aus Gründen der Kongruenz des Rechtsmittelsystems für die ZPO von denselben Grundsätzen auszugehen, wie für das bundesgerichtliche Verfahren. Demnach ist auf den Streitwert bzw. die Natur der Hauptsache abzustellen, soweit die Massnahme (noch) der Sicherung eines Hauptsacheanspruchs dient. Dies gilt grundsätzlich sowohl, wenn die Massnahme während eines Hauptsacheverfahrens erging, als auch dann, wenn die vorsorgliche Massnahme vor Rechtshängigkeit der Hauptsache erlassen wurde.[292]

90 Für das Berufungsverfahren gelten ansonsten die allgemeinen Vorschriften nach Art. 310 ff. ZPO, wobei gewisse Besonderheiten bestehen. Da Massnahmeentscheide im summarischen Verfahren ergehen (Art. 248 lit. d ZPO), beträgt die Berufungsfrist nur 10 Tage (Art. 314 Abs. 1 ZPO), wofür keine Gerichtsferien gelten (Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO).[293] Eine Anschlussberufung ist unzulässig (Art. 314 Abs. 2 ZPO). Schliesslich hat die Berufung gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung (Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO). Diese kann aber ausnahmsweise gewährt werden, wenn der betroffenen Partei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 315 Abs. 5 ZPO). Gemäss Bundesgericht darf der Vollstreckungsaufschub nicht verweigert werden, wenn es um eine Leistungsmassnahme geht, die endgültige Wirkung haben kann, es sei denn, die Berufung erscheine von vornherein offensichtlich unbegründet bzw. offensichtlich unzulässig.[294]

b. Beschwerde (Art. 319 ff. ZPO)

91 Gegen nicht berufungsfähige erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen kann *Beschwerde* geführt werden (Art. 319 lit. a ZPO). Freilich gilt auch hier, dass nur Massnahmeentscheide einer unteren kantonalen Instanz angefochten werden können.[295] Für das Beschwerdeverfahren gelten grundsätzlich die allgemeinen Vorschriften nach Art. 319 ff. ZPO, wobei die Beschwerdefrist nur 10 Tage beträgt, und keine Gerichtsferien gelten (s. Art. 321 Abs. 2 ZPO; Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO).

288. KGer BL 410 11 320 vom 31. Januar 2012 E. 1; KGer FR 101 2015 185 vom 27. Oktober 2015 E. 1a; HGer BE ZK 15 615 vom 8. März 2016 E. III.23 (indes nur «vorliegend»); OGer BE ZK 14 389 vom 27. Januar 2015 E. II.2.1; Schulthess Komm.-Reetz/Theiler, N. 41 zu Art. 308 ZPO; DIKE Komm.-Blickenstorfer, N. 32 zu Art. 308 ZPO; Fachhandbuch-Moret, Rz. 29.13; BSK-Spühler, N. 8 zu Art. 308 ZPO, der indes unentschlossen scheint und gerade in der folgenden N. 9 ausdrücklich die gegenteilige Ansicht vertritt.

289. OGer ZH LF190007 vom 18. März 2019 E. II.1, mit Hinweisen auf den Meinungsstand; OGer ZH PC170014 vom 15. September 2017 E. II.1.2 f., mit eingehender Begründung; einschränkend dagegen OGer ZH PC190027 vom 3. Oktober 2019 E. II.1.2; OFK-Gehri, N. 6 zu Art. 308 ZPO; DIKE Komm.-Diggelmann, N. 8 zu Art. 91 ZPO; wohl auch BK-Sterchi, N. 25 zu Art. 308 ZPO; BSK-Spühler, N. 9 zu Art. 308 ZPO, der indes unentschlossen scheint und gerade in der vorhergehenden N. 9 die gegenteilige Ansicht vertritt.

290. BGer 5A_396/2012 vom 5. September 2012 E. 1.2; BGer 5A_362/2017 vom 24. Oktober 2017 E. 2.1 f.; BGer 5A_923/2017 vom 4. Juni 2018 E. 1.1.

291. Siehe etwa BGer 5A_447/2012 vom 27. August 2012 E. 1.2.

292. Insoweit wie hier OGer ZH LF190007 vom 18. März 2019 E. II.1.

293. Eingehend zur Frage der Geltung der Gerichtsferien BGE 139 III 78 E. 4.

294. Siehe dazu BGE 138 III 378 E. 6 = Pra 102 (2013) Nr. 6.

295. Vgl. dazu und zur grundsätzlichen Nichtanfechtbarkeit von superprovisorischen Massnahmeentscheiden die Ausführungen hiervor zur Berufung.

c. Revision (Art. 328 ff. ZPO)

92 Ob vorsorgliche Massnahmeentscheide dem «Notrechtsmittel» der Revision überhaupt unterliegen, erscheint noch nicht gänzlich geklärt. Während einige Autoren dies generell ablehnen, weil eine vorsorgliche Massnahme nicht materiell rechtskräftig werde,[296] nimmt eine andere – m.E. zutreffende – Ansicht eine Differenzierung vor. Massgebend ist danach, inwieweit eine vorsorgliche Massnahme im Falle der Anordnung abgeändert oder aufgehoben bzw. im Falle der Verweigerung neu verlangt werden kann.[297] Dies hat zwar zur Folge, dass Massnahmeentscheide i.d.R. nicht revisionsfähig sind.[298] Wird beispielsweise ein Massnahmegesuch abgewiesen, so steht es der gesuchstellenden Partei grundsätzlich offen, ein neues Gesuch mit bislang nicht berücksichtigten Tatsachen und Beweismitteln zu untermauern.[299] Angesichts der bundesgerichtlichen Praxis, dass nach Art. 268 ZPO bei veränderten Umständen oder sich nachträglich als ungerechtfertigt erweisenden vorsorglichen Massnahmen keine rückwirkende Abänderung oder rückwirkende Aufhebung möglich ist,[300] sind aber durchaus Fälle denkbar, bei denen die Folgen eines Massnahmeentscheids nicht vollständig korrigiert werden können. Vor allem ist dies dann der Fall, wenn die Gesuchsgegnerin aufgrund einer Leistungsmassnahme bereits Leistungen, insb. vorsorgliche Unterhaltszahlungen, erbringen musste, die sie aber rückwirkend weder nach Art. 268 ZPO noch mittels einer Schadenersatzklage nach Art. 264 Abs. 2 ZPO[301] oder einer materiellen Abänderungsklage zurückverlangen kann. Für diese Fälle erscheint es aus rechtsstaatlicher Sicht geboten, die Revision eines Massnahmeentscheids zuzulassen.[302] Im Übrigen gelten für das Revisionsverfahren die allgemeinen Vorschriften nach Art. 328 ff. ZPO, wobei zu beachten ist, dass anders als nach Art. 268 ZPO nur unechte Noven überhaupt einen Revisionsgrund bilden können (Art. 328 Abs. 1 lit. a ZPO).

2. Rechtsmittel nach BGG

93 Der Berufungs- oder Beschwerdeentscheid der letzten kantonalen Instanz bzw. der vorsorgliche Massnahmeentscheid einer einzigen kantonalen Instanz kann grundsätzlich nach den allgemeinen Vorschriften mit Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff. BGG) bzw. mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG) angefochten werden. In beiden Fällen kann aber i.d.R.[303] nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (s. Art. 98 BGG; vgl. auch Art. 116 BGG).

94 Für die Beschwerde an das Bundesgericht ist insbesondere zu beachten, dass Massnahmeentscheide i.d.R.[304] als selbstständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide gelten und daher mit beiden Beschwerdearten nur angefochten werden können, wenn sie einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil rechtlicher Natur[305] bewirken können oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit und[306] Kosten ersparen würde (Art. 93 Abs. 1 BGG). Andernfalls kann der Rechtsmittelentscheid bzw. der

296. In diesem Sinne generalisierend etwa DIKE Komm.-Schwander, N. 14 zu Art. 328 ZPO; OFK-Gehri, N. 1 zu Art. 328 ZPO; BK-Sterchi, N. 9 zu Art. 328 ZPO.
297. KGer SG FS.2019.9 vom 23. September 2019 E. 1b; Schulthess Komm.-Freiburghaus/Afheldt, N. 8 zu Art. 328 ZPO; BSK-Herzog, N. 28 zu Art. 328 ZPO.
298. OGer ZH LH130001 vom 16. Dezember 2013 E. 3.2 = ZR 113/2014 Nr. 16; Schulthess Komm.-Freiburghaus/Afheldt, N. 8 zu Art. 328 ZPO; BSK-Herzog, N. 28 zu Art. 328 ZPO.
299. BSK-Herzog, N. 28 zu Art. 328 ZPO; vgl. zur Arresteinsprache auch BGE 138 III 382 E. 3.
300. BGE 145 III 36 E. 2.4; BGE 142 III E. 5.3; BGE 141 III 376 E. 3.3.4.
301. Vgl. dazu bereits unter kantonalem Prozessrecht BGE 127 III 83 = Pra 91 (2002) Nr. 7.
302. KGer SG FS.2019.9 vom 23. September 2019 E. 1b; OGer ZH LH130001 vom 16. Dezember 2013 E. 3.2 = ZR 113/2014 Nr. 16; Schulthess Komm.-Freiburghaus/Afheldt, N. 8 zu Art. 328 ZPO; BSK-Herzog, N. 28 zu Art. 328 ZPO; vgl. auch Zogg, 64, der sich indes dafür ausspricht, dass auch eine rückwirkende Abänderung im (materiellen) Abänderungsprozess möglich sein soll.
303. Die Beschränkung nach Art. 98 BGG besteht nur dann nicht, wenn der Massnahmeentscheid ausnahmsweise definitive Wirkung entfaltet, s. BGE 138 III 728 E. 2.4 = Pra 102 (2013) Nr. 35.

Massnahmeentscheid nur im Rahmen der Beschwerde gegen den Endentscheid angefochten werden, soweit sich dieser noch auf den Inhalt des Endentscheids auswirkt (Art. 93 Abs. 3 BGG), was kaum je zutreffen dürfte.[307]

Der Verfasser dankt Prof. Dr. iur. Tanja Domej, RAin Carmen Honegger, MLaw, LLM (London), Natascha Honegger, MLaw, RA Christian Stähle, MLaw, sowie Julius Schumann, Mag. iur., für die kritische Durchsicht sowie die zahlreichen und wertvollen Anregungen während der Entstehung dieser Kommentierung.

Lehre und Rechtsprechung sind bis Juli 2022 berücksichtigt.

MATERIALIEN

Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7221 ff. (zit. Botschaft ZPO).

Botschaft zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung vom 26. Februar 2020, BBl 2020, S. 2697 ff. (zit. Botschaft Änderung ZPO).

LITERATURVERZEICHNIS

Alder Daniel, Der einstweilige Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Diss., Bern 1993 = Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht Nr. 33.

Arens Peter, Verfügungsanspruch und Interessenabwägung beim Erlass einstweiliger Verfügungen, in: Ficker Hans Claudius/König Detlef/Kreuzer Karl F./Leser Hans G./Frhr. Marschall von Bieberstein Wolfgang/Schlechtriem Peter (Hrsg.), Festschrift für Ernst von Caemmerer, Tübingen 1978, S. 75 ff.

Baker & McKenzie (Hrsg.), Handkommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, Bern 2010 (zit. SHK-BearbeiterIn).

Baumgartner Samuel/Dolge Annette/Markus Alexander R./Spühler Karl, Schweizerisches Zivilprozessrecht: mit Grundzügen des internationalen Zivilprozessrechts, 10. Auflage, Bern 2018.

Berti Stephen V., Vorsorgliche Massnahmen im Schweizerischen Zivilprozess, ZSR 116/1997, S. 171 ff.

Berger-Steiner Isabelle, Das Beweismass im Privatrecht: Eine dogmatische Untersuchung mit Erkenntniswert für die Praxis und die Rechtsfigur der Wahrscheinlichkeitshaftung, Diss., Bern 2007 = Abhandlungen zum schweizerischen Recht Nr. 745.

304. Das Bundesgericht qualifiziert jedenfalls gewisse Massnahmeentscheide als Endentscheide, so z.B. den Arrestentscheid (s. BGE 133 III 589 E. 1); den Eheschutzentscheid (s. BGE 133 III 393 E. 4); sowie vorsorgliche Massnahmen während des Scheidungsverfahrens (s. BGE 134 III 426 E. 2.2 = Pra 98 (2009) Nr. 6); im Übrigen gelten selbstständig eröffnete Massnahmeentscheide, die vor oder während eines Hauptverfahrens erlassen werden und nur für die Dauer des Hauptverfahrens Bestand haben bzw. unter der Bedingung stehen, dass ein Hauptverfahren eingeleitet wird, als Zwischenentscheide und zwar unabhängig davon, ob die Massnahme erlassen oder verweigert wurde (s. nur BGer 4A_230/2017 vom 4. September 2017 E. 1.1). Daraus folgt, dass man sich bei einem abweisenden Massnahmeentscheid vor Rechtshängigkeit der Hauptsache prinzipiell fragen muss, ob das Gericht bei Gutheissung hätte Frist zur Prosekution ansetzen müssen.
305. Statt vieler nur BGE 137 III 324 E. 1.1; BGer 4A_386/2021 vom 31. August 2021 E. 1.1.
306. Entgegen dem deutschen und dem italienischen Wortlaut («oder») muss gemäss Bundesgericht ein bedeutender Aufwand an Zeit und Kosten gespart werden können, wie dies im französischen Wortlaut («longue et coûteuse») zum Ausdruck kommt (s. dazu nur BGer 4A_605/2021 vom 5. Mai 2022 E. 1.1, m.w.H.).
307. Ebenso die Einschätzung bei Schulthess Komm.-Huber, N. 31 zu Art. 261 ZPO.

Bohnet François, Procédure civile, 3. Auflage, Basel 2021.

Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Tappy Denis (Hrsg.), Commentaire romande Code de procédure civile, 2. Auflage, Basel 2019 (zit. CR-BearbeiterIn).

Briner Alfred, Vorsorgliche Massnahmen im schweizerischen Immaterialgüterrecht: Ein Überblick über die neuere Entwicklung, SJZ 1982, S. 157 ff.

Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.), ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. DIKE Komm.-BearbeiterIn).

Brunner Eugen, Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen im gewerblichen Rechtsschutz, SMI 1989, S. 6 ff.

Bucher Andreas (Hrsg.), Commentaire romand: Loi sur le droit international privé (LDIP) – Convention de Lugano (CL), Basel 2011 (zit. CR-BearbeiterIn).

Chabloz Isabelle/Dietschy-Martenet Patricia/Heinzmann Michel (Hrsg.), Petit commentaire Code de procédure civile, Basel 2020 (zit. PC-BearbeiterIn).

Chiesa Spartaco, Die vorsorglichen Massnahmen im gewerblichen Rechtsschutz gemäss der Tessiner Prozessordnung, SMI 1989, S. 27 ff.

Dasser Felix/Oberhammer Paul (Hrsg.), SHK – Stämpflis Handkommentar zum LugÜ, 3. Auflage, Bern 2021 (zit. SHK-BearbeiterIn).

David Lucas/Frick Markus R./Kunz Oliver M./Studer Matthias U./Zimmerli Daniel, Der Rechtsschutz im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht: Teilband 2, 3. Auflage, Basel 2011.

Domej Tanja, Die Neufassung der EuGVVO: Quantensprünge im europäischen Zivilprozessrecht, RabelsZ 78 (2014), S. 509 ff.

Droese Lorenz, Unklarheiten um den klaren Fall gemäss Art. 257 ZPO, ZBJV 155/2019, S. 229 ff.

Ernst René, Die vorsorglichen Massnahmen im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, Diss., Zürich 1992 = Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Nr. 100.

Frenkel Daniela, Informationsbeschaffung zur Glaubhaftmachung der Arrestvoraussetzungen sowie Auskunftspflichten im Arrestvollzug: unter besonderer Berücksichtigung der Arrestrevision 2011, Diss., Zürich 2012 = Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Nr. 170.

Furrer Andreas/Girsberger Daniel/Müller-Chen Markus (Hrsg.), CHK – Handkommentar zum schweizerischen Privatrecht: IPRG, 3. Auflage, Zürich 2016 (zit. CHK-BearbeiterIn).

Gasser Dominik/Rickli Brigitte, Schweizerische Zivilprozessordnung: Kurzkommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2014.

Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin, ZPO Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2015 (zit. OFK-BearbeiterIn).

Geimer Reinhold/Schütze Rolf A., Europäisches Zivilverfahrensrecht: Kommentar, 4. Auflage, München 2020.

Gessler Dieter, Vorsorgliche Massnahmen bei strittigen Kaufverträgen, in: Schluep Walter R./Isler Peter R. (Hrsg.), Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht: Zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich 1993, S. 291 ff.

Giacomini Sergio, Merksätze zum zivilprozessualen Massnahmeverfahren, ZZZ 2005, S. 475 ff.

Gloor Alain, Vorsorgliche Massnahmen im Spannungsfeld von Bundesrecht und kantonalem Zivilprozessrecht, Diss., Zürich 1982 = Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Nr. 59.

Graner Paul, Die einstweiligen Verfügungen nach bernischem Zivilprozess, Diss., Bern 1932.

Grob Alexander, Vorsorgliche Massnahmen bei Persönlichkeitsverletzungen: unter besonderer Berücksichtigung der materiellen Voraussetzungen (Art. 28c ZGB), Diss., Basel 1989.

Grolimund Pascal/Loacker Leander D./Schnyder Anton K. (Hrsg.), Basler Kommentar zum IPRG, 4. Auflage, Basel 2021 (zit. BSK-BearbeiterIn).

Guldener Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979.

Haas Ulrich/Marghitola Reto (Hrsg.), Fachhandbuch Zivilprozessrecht: Expertenwissen für die Praxis, Zürich 2020 (zit. Fachhandbuch-BearbeiterIn).

Haldy Jacques, Procédure civile suisse, Basel 2014.

Hasenböhler Franz, Die provisorische Verfügung nach basellandschaftlichem Zivilprozessrecht, BJM 1976, S. 1 ff. (zit. Hasenböhler, Verfügung).

Hasenböhler Franz, Summarisches Verfahren, insbesondere Rechtsschutz in klaren Fällen und vorsorgliche Massnahmen, Anwaltsrevue 2014, S. 259 ff. (zit. Hasenböhler, Massnahmen).

Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Bern 2012 (zit. BK-BearbeiterIn).

Heizmann Reto/Loacker Leander D. (Hrsg.), UWG, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2018 (zit. DIKE Komm.-BearbeiterIn).

Hilty Reto M./Arpagaus Reto (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Basel 2013 (zit. BSK-BearbeiterIn).

Hofstetter Karl A., Der einstweilige Rechtsschutz im Luzerner Zivilprozess, ZBJV 1983, S. 393 ff.

Honegger-Müntener Patrick, Verlegung der Prozesskosten des Massnahmeverfahrens vor Rechtshängigkeit des Hauptsacheverfahrens, ZZZ 2022, S. 185 ff.

Huber-Zimmermann, Die einstweiligen Verfügungen nach solothurnischem Zivilprozessrecht, Diss., Bern 1983.

Huth Max Werner, Die vorsorglichen Verfügungen nach baselstädtischem Zivilprozessrecht, Diss., Basel 1974.

Jung Peter/Spitz Philippe (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2. Auflage, Bern 2016 (zit. SHK-BearbeiterIn).

Kofmel Ehrenzeller Sabine, Der Vorläufige Rechtsschutz im internationalen Verhältnis: Grundlagen, Habil., Tübingen 2005 = Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht Nr. 39.

Köhler Helmut/Bornkamm Joachim/Feddersen Jörn/Alexander Christian (Hrsg.), Beck'sche KurzKommentare Band 13a: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 40. Auflage, München 2022 (zit. Beck-KUKO-BearbeiterIn).

Kren Kostkiewicz Jolanta (Hrsg.), IPRG/LugÜ Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2019 (zit. OFK-BearbeiterIn).

Kren Kostkiewicz Jolanta, Vorsorgliche Massnahmen im schweizerischen IPRG: direkte Zuständigkeit, anwendbares Recht sowie Anerkennung und Vollstreckung, in: Bolle Pierre-Henri (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach, Basel 2000, S. 289 ff.

Kunz Oliver M./Hoffmann-Nowotny Urs H./Stauber Demian (Hrsg.), ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde: Kommentar zu den Art. 308-327a ZPO, Basel 2013 (zit. ZPO-Rechtsmittel-BearbeiterIn).

Leuenberger Christoph, Der Endentscheid nach Art. 236 und Art. 308 ZPO: Wie weit geht die Auslegung in Übereinstimmung mit dem BGG, SZZP 2015, S. 89 ff. (zit. Leuenberger, Endentscheid).

Leuenberger Christoph, Glaubhaftmachen, in: Leuenberger Christoph (Hrsg.), Der Beweis im Zivilprozess, Bern 2000, S. 108 ff. (zit. Leuenberger, Glaubhaftmachen).

Leuenberger Christoph/Uffer-Tobler Beatrice, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Bern 2016.

Leupold Michael, Die Nachteilsprognose als Voraussetzung des vorsorglichen Rechtsschutzes, sic! 2000, S. 265 ff.

Lutz Martin J., Die vorsorgliche Massnahme, in: Institut für gewerblichen Rechtsschutz (INGRES) in Zürich (Hrsg.), Kernprobleme des Patentrechts: Festschrift zum einhundertjährigen Bestehen eines eidgenössischen Patentgesetzes, Bern 1988, S. 321 ff.

Markus Alexander R./Conrad Zina, Einstweiliger Rechtsschutz – international, in: Grolimund Pascal/Koller Alfred/Loacker Leander D./Portmann Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65 Geburtstag, Zürich 2018, S. 235 ff.

Meier Isaak, Einstweiliger Rechtsschutz im Aktienrecht, in: Meier Isaak/Riemer Hans Michael/Weimar Peter (Hrsg.), Recht und Rechtsdurchsetzung: Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag, Zürich 1994, S. 67 ff. (zit. Meier, FS Walder).

Meier Isaak, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im schweizerischen Privatrecht und Zivilverfahrensrecht, Habil., Zürich 1983 (zit. Meier, Rechtsschutz).

Meier Isaak, Schweizerisches Zivilprozessrecht: eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich 2010 (zit. Meier, ZPR).

Meier Isaak/Giudici Camilla/Hamburger Carlo/Müller Nicola/Scheiwiller Sarah/Schindler Riccarda, Einstweiliger Rechtsschutz im schweizerischen Recht zwischen Optimierung und Standardisierung, in: Pekcanitez Hakan (Hrsg.), Festschrift für Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Izmir 2015, S. 239 ff.

Meng Franz Joseph, Die vorsorgliche Verfügung nach aargauischer Zivilprozess- und Handelsgerichtsordnung, Diss., Basel 1971.

Müller Jürg, Zur einstweiligen Verfügung im Immaterialgüterrecht, ZBJV 1983, S. 30 ff.

Müller-Chen Markus/Widmer Lüchinger Corinne (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG – Band I: Art. 1-108, 3. Auflage, Zürich 2018 (zit. ZK-BearbeiterIn).

Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 3. Auflage, Basel 2018 (zit. BSK-BearbeiterIn).

Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, 3. Auflage, Basel 2021 (zit. KUKO-BearbeiterIn).

Oetiker Christian/Weibel Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar zum LugÜ, 2. Auflage, Basel 2016.

Orlando Danilo A., Beweislast und Glaubhaftmachung im vorsorglichen Rechtsschutz: Gedanken zu einem Entscheid des Bundesgerichtes, SJZ 90/1994, S. 89 ff.

Pedrazzini Mario M., Vorsorgliche Massnahmen im Immaterialgüterrecht: Eine Ergänzung, SJZ 1983, S. 160 f.

Phurtag Sejee, Vorsorgliche Massnahmen im internationalen Zivilprozessrecht: unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen und des englischen Rechts, Diss., Bern 2019 = CIVPRO – Institut für Internationales Verfahrensrecht Nr. 3.

Rauscher Thomas/Krüger Wolfgang (Hrsg.) Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen: Band 2 §§355-945b ZPO, 6. Auflage, München 2020 (zit. MüKo-BearbeiterIn).

Rauscher Thomas/Krüger Wolfgang (Hrsg.) Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen: Band 3 §§946-1120 ZPO, 6. Auflage, München 2022 (zit. MüKo-BearbeiterIn).

Rüetschi David, Die Verwirkung des Anspruchs auf vorsorglichen Rechtsschutz durch Zeitablauf, sic! 2002, S. 416 ff.

Schai Damian, Vorsorglicher Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht: Unter besonderer Berücksichtigung superprovisorischer Anordnungen des aargauischen Handelsgerichts, Diss. Zürich 2009 = Veröffentlichungen zum aargauischen Recht Nr. 52.

Schenker Urs, Die Vorsorgliche Massnahme im Lauterkeits- und Kartellrecht, Diss., Zürich 1985 = Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Nr. 60.

Schlosser Ralph, Les conditions d'octroi des mesures provisionnelles en matière de propriété intellectuelle et de concurrence déloyale, sic! 2005, S. 339 ff.

Schweizer Mark, Das Beweismass der Glaubhaftmachung, ZZZ 2014/2015, S. 1 ff. (zit. Schweizer, Glaubhaftmachung).

Schweizer Mark, Verwirkung patentrechtlicher Ansprüche, sic! 2009, S. 325 ff. (zit. Schweizer, Verwirkung).

Seiler Benedikt, Die Berufung nach ZPO, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013.

Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Basel 2017 (zit. BSK-BearbeiterIn).

Stach Patrick A., Vorsorgliche Massnahmen nach Bundesrecht und St. Gallischem Zivilprozessrecht, Diss., St. Gallen 1991.

Staehelin Daniel/Grolimund Pascal/Bachofner Eva, Zivilprozessrecht: unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 3. Auflage, Zürich 2019.

Stamm Walter, Das Institut der vorsorglichen Massnahme im zürcherischen Zivilprozessrecht, Diss., Zürich 1943.

Stauber Demian, Das Verhältnismässigkeitsprinzip bei superprovisorischen Massnahmen und seine Auswirkungen auf die besondere Dringlichkeit, sic! 2010, S. 602 ff.

Steiner Jakob, Die Beschwerde nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss., Basel 2018 = Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht Band 31.

Streuli-Youssef Magda, Zur Dringlichkeit bei vorsorglichen Massnahmen, in: Donatsch Andreas/Fingerhuth Thomas/Lieber Viktor/Rehberg Jörg/Walder-Richli Hans Ulrich (Hrsg.), Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, S. 301 ff.

Sutter-Somm Thomas, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 2017.

Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Auflage, Zürich 2016 (zit. Schulthess Komm.-BearbeiterIn).

Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt (Hrsg.), Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2021 (zit. CHK-BearbeiterIn).

Vogel Oscar, Probleme des vorsorglichen Rechtsschutzes, SJZ 1980, S. 89 ff.

Vorwerk Volkert/Wolf Christian (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar zur ZPO, 44. Auflage, München 2022 (zit. BeckOK-BearbeiterIn).

Walter Gerhard/Domej Tanja, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 5. Auflage, Bern 2012.

Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar zum OR I, 7. Auflage, Basel 2020 (zit. BSK-BearbeiterIn).

Willi Christoph, Glaubhaftmachung und Glaubhaftmachungslast, sic! 2011, S. 215 ff.

Ziegler Walter, Die vorsorgliche Massnahme in der Zivilprozessgesetzgebung der schweizerischen Kantone, Diss., Zürich 1944.

Zogg Samuel, «Vorsorgliche» Unterhaltszahlungen im Familienrecht, FamPra.ch 2018, S. 47 ff.

Zürcher Johann Jakob, Der Einzelrichter am Handelsgericht des Kantons Zürich: Einstweiliger und definitiver Rechtsschutz für immaterialgüter- und wettbewerbsrechtliche Ansprüche im summarischen Verfahren, Diss., Zürich 1998 = Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Nr. 10.