Rechtsschutz bei superprovisorischen Verfügungen

Rechtsanwalt Dr. Lucas David, Zürich

I.Ê PROBLEMSTELLUNG

Der Traum eines jeden Klägers ist es, dass ihm sein geltend gemachter Anspruch möglichst umgehend zugesprochen wird. Dies mag anlässlich der Sprechstunden der morgenländischen Kalifen noch der Fall gewesen sein, in einem ordentlichen Prozessverfahren ist dies jedoch nicht mehr möglich. Denn nicht nur der Grundsatz des rechtlichen Gehörs, sondern auch die Abnahme der Beweise bringen vielfältige Verzögerungen mit sich. Der Jubilar als langjähriger Präsident des Kassationsgerichts des Kantons Zürich weiss denn auch aus eigener Erfahrung, wie lange die Rechtsmittelverfahren dauern können und wie sehr sie von Parteien ausgenützt zu werden pflegen, die sich nicht mit einem unliebsamen Urteil abzufinden vermögen.

Oft ist ein längeres Zuwarten jedoch nicht tunlich oder - wie etwa im Eheschutz - auch gar nicht zumutbar. Ebenso gibt es Situationen, wo damit zu rechnen ist, dass Vollstreckungsmassnahmen im Anschluss an ein Endurteil ins Leere stossen könnten, da der Beklagte in Vorahnung eines ungünstigen Urteils das Vollstreckungssubstrat beiseite schaffen wird. Gesetzgebung und Praxis haben daher seit je nach Möglichkeiten gesucht, dem Kläger seinen Anspruch schon vor Erlass eines Endurteils zuzusprechen oder doch wenigstens zu sichern.

Das ordentliche Prozessverfahren ist nicht um seiner selbst Willen konzipiert worden, sondern es soll die Voraussetzungen für ein möglichst gerechtes Urteil schaffen. Jeder Eingriff in das ordentliche Verfahren zieht daher in aller Regel eine Einbusse an Urteilsqualität mit sich. Dennoch gibt es viele Situationen, wo strittige Ansprüche schon vor Prozessende vollstreckt oder wenigstens sichergestellt werden müssen. Verbreitet ist der einstweilige Rechtsschutz namentlich im Eheschutz, im Besitzesschutz, im Immaterialgüterrecht und zum Schutz gefährdeter Gläubigerrechte.

Ein besonderes Kapitel des einstweiligen Rechtsschutzes bilden die sogenannten superprovisorischen Verfügungen, die zwar in einem streitigen Verfahren, jedoch auf Vorbringen nur einer Partei (ex parte) erlassen werden. Die Terminologie ist zwar nicht einheitlich, wird doch beispielsweise vom Bundesgesetzgeber statt des Ausdruckes „vorsorgliche Massnahmen“ der Terminus „vorsorgliche Verfügungen“ verwendet, während die „einstweilige Verfügung“ des zürcherischen Zivilprozesses der

„vorläufigen Massnahme“ des Bundeszivilprozesses entspricht[1]. In der Folge werden unter „vorsorglichen Massnahmen“ alle materiellen richterlichen Anordnungen verstanden, die vor Abschluss eines Endurteils ergehen, während unter „einstweiligen Verfügungen“ jene Anordnungen subsumiert werden, die superprovisorisch auf einseitiges Vorbringen erlassen werden.

Bereits das Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz aus dem Jahre 1889 befasste sich eingehend mit der Arrestbewilligung, die ohne Anhörung des Schuldners nach blosser Glaubhaftmachung der dem Gläubiger zustehenden Forderung erteilt wurde[2], und auch das 1943 verabschiedete Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb ermächtigte den Richter zum Erlass vorsorglicher Massnahmen schon vor Anhören der Gegenpartei, falls Gefahr im Verzuge war[3]. Dieses Institut wurde dann im Rahmen der Neukodifizierung des Persönlichkeitsschutzes ins Zivilgesetzbuch übernommen[4]. Die superprovisorische Verfügung gehört heute zum Instrumentarium eines jeden gewieften Prozessrechtlers.

Es ist nicht immer einfach, beim Erlass superprovisorischer Verfügungen die Interessen aller Parteien unter einen Hut zu bringen. Der Interessengegensatz ist dabei ein doppelter. Der Kläger, der aus bestimmten Gründen um einen Entscheid ohne Anhörung der Gegenpartei nachsucht und möglicherweise sogar darauf angewiesen ist, ist daran interessiert, einen ablehnenden Entscheid des Richters durch eine obere Instanz überprüfen können zu lassen, ohne dass der Beklagte hiervon etwas erfährt. Andererseits ist der Beklagte daran interessiert, dass sein Gehörsanspruch so gut als möglich ebenfalls berücksichtigt wird und eine superprovisorische Verfügung, die auf ungenügender Grundlage beruht, möglichst rasch korrigiert wird. Der vorliegende Beitrag soll Möglichkeiten aufzeigen, wie diese Interessengegensätze gelöst werden können.

---

1 Art. 58 OG 1943, Art. 79, 81 Abs. 3 BZP 1947.

2 Art. 271 - 281 SchKG.

3 Art. 9 Abs. 3 altUWG 1943.

4 Art. 28d Abs. 2 ZGB, eingefügt durch BG vom 16. Dezember 1983, AS 1984 II 778.

II.Ê DIE VORAUSSETZUNGEN FÜR DEN ERLASS EINER SUPERPROVISORISCHEN VERFÜGUNG

A.Ê Vorbemerkungen

Einzelne Gesetzestexte knüpfen den Erlass einer superprovisorischen Verfügung an die Voraussetzung der Gefahr[5] oder gar der dringenden Gefahr[6]. Lehre und Rechtsprechung zogen daraus teilweise den Schluss, dass ein gerichtliches Eingreifen dringlich sein müsste, weil sich durch die Tätigkeit des Beklagten die Rechtsstellung des Klägers laufend verschlechtert, so dass ein schlagartiges Eingreifen notwendig werden könnte.

Die Dringlichkeit des Eingreifens mag im Persönlichkeitsschutz an erster Stelle stehen, weil ein wirksamer Schutz der Persönlichkeit ein rasches Beheben irgendwelcher Störungen erfordert. Indessen wäre es unrichtig zu meinen, superprovisorische Verfügungen dürften nur bei besonderer Dringlichkeit angeordnet werden. Insbesondere im gewerblichen Rechtsschutz ist die Abwendung einer allfälligen Vereitelungsgefahr mindestens so wichtig. Denn oft ist damit zu rechnen, dass eine gerichtliche Beschlagnahmung verletzender Waren dadurch verhindert wird, dass solche Waren in letzter Minute verschoben und dem Arm der Justiz entzogen werden. Gerade die im Handelsregister nicht eingetragenen Kleinfirmen zeigen sich beim Verstecken von heisser Ware äusserst listig und scheuen nicht davor zurück, diese in Nacht- und Nebelaktionen an befreundete Unternehmen weiterzugeben, sobald ruchbar wird, dass eine Beschlagnahmung droht.

Zu Recht spricht daher der Gesetzgeber nicht von einer zeitlichen Dringlichkeit, sondern generell von „Gefahr“ oder neuerdings von „dringender Gefahr“[7] und ermöglicht daher dem Richter, superprovisorische Verfügungen trotz allenfalls fehlender zeitlicher Dringlichkeit auch bei bestehender Vereitelungsgefahr anzuordnen. Dem Richter muss es aber - aus welchen Gründen auch immer - (absolut) unmöglich sein die andere Partei anzuhören, bevor er seinen Entscheid fällt[8].

---

5 Art. 77 Abs. 3 PatG.

6 Art. 28d Abs. 2 ZGB.

7 Vgl. FN 5 und 6.

8 Vgl. Botschaft über die Änderung des Schweiz. Zivilgesetzbuches v. 5. Mai 1982, S. 34 = BBl 1982 II 669.

B.Ê Zeitliche Dringlichkeit

Gefahr ist dann im Verzuge, wenn der Schaden täglich grösser wird und dem Verletzten nicht zugemutet werden kann, diesen Schaden während längerer Zeit, d.h. bis zur Rechtskraft eines Massnahmeentscheides, zu erdulden. Massgebend für diese Beurteilung ist einerseits die Schwere der vorliegenden Verletzung und andererseits die wahrscheinliche Dauer des Verfahrens. Während dem Kläger möglicherweise noch zugemutet werden kann, die Verletzung eines Nebenpatentes oder einer Zweitmarke während einigen Monaten hinzunehmen, ist dies bei schwerwiegenden Angriffen auf die Persönlichkeit des Klägers, beispielsweise in einer herabsetzenden Werbekampagne oder bei Benutzung einer leicht verwechselbaren Firma und damit verbundenen Fehlbestellungen und Fehlzahlungen wohl kaum mehr der Fall. Auch muss das aktuelle Verfahren berücksichtigt werden. In vielen Kantonen ist es üblich, dass Massnahmeverfahren - im Gegensatz zu bestimmten ordentlichen Prozessen, namentlich jenen, die von Bundesrechts wegen vor eine einzige kantonale Instanz zu bringen sind - stets bei der unteren Instanz angehoben werden müssen. Ein Massnahmeverfahren dürfte, wenn es im mündlichen Verfahren durchgeführt wird, 1 - 3 Monate dauern, im schriftlichen Verfahren, das namentlich bei Rekursen Anwendung findet, jedoch 6 - 9 Monate. Diese Erledigungsfristen werden mit einer superprovisorischen Verfügung umgangen. Entsprechend pflegen viele Gerichte, so beispielsweise auch das Handelsgericht des Kantons Zürich, ein Begehren um Anordnung einer superprovisorischen Verfügung dann als verwirkt anzusehen, wenn der Gesuchsteller mit der Stellung des Begehrens so lange zugewartet hat, als die Anhörung des Gesuchsgegners im schlimmsten Fall gedauert hätte. Sie gehen daher davon aus, der Gesuchsteller habe sein Gesuch im Sinne von Art. 28d Abs. 2 ZGB immer schon dann offensichtlich hinausgezögert, wenn er sein Begehren um Anordnung einer superprovisorischen Massnahme erst zu einem Zeitpunkt stellt, in welchem bei sofortiger Klageanhebung bereits mit einem Massnahmeentscheid zu rechnen gewesen wäre.

Gegen die Annahme einer solchen prozessualen Verwirkung ist nichts einzuwenden, solange sie nicht als einziges Kriterium für die Ablehnung einer superprovisorischen Massnahme zählt. Stets ist indessen den Gründen nachzugehen, die den Gesuchsteller zum Zuwarten bewogen haben. So wäre es falsch, eine Verwirkung deshalb anzunehmen, weil der Kläger zuerst das Gespräch mit der Gegenpartei gesucht, von dieser aber hingehalten worden ist. Von einer Hinauszögerung im Sinne des Art. 28d Abs. 2 ZGB kann jedenfalls nur dann die Rede sein, wenn für das Zögern des Gesuchstellers kein vernünftiger Grund ausgemacht werden kann.

C.Ê Vereitelungsgefahr

Unabhängig von der zeitlichen Dringlichkeit sind superprovisorische Massnahmen jedenfalls dann anzuordnen, wenn sonst zu befürchten wäre, dass der Gesuchsgegner den Erfolg der gegen ihn gerichteten Massnahmen vereiteln könnte. Namentlich bei kleinen, im Handelsregister nicht eingetragenen Unternehmen, muss befürchtet werden, dass sie sich einer Beschlagnahmung von Geschäftsunterlagen und Waren widersetzen könnten und versuchen, diese im voraus aus ihrem Gewahrsam zu entfernen. Würde einem solchen Beklagten ein Beschlagnahmungsbegehren angekündigt, so braucht es nicht viel Phantasie um sich auszurechnen, dass der Gesuchsgegner alles tun wird, um seine Dokumente und Waren der Beschlagnahme zu entziehen.

Bei Begehren, bestimmte Aktiven eines Schuldners mit Arrest zu belegen, geht der Gesetzgeber ohne weiteres davon aus, dass bei der Beurteilung eines solchen Begehrens der Schuldner aus naheliegenden Gründen nicht angehört werden darf. Arreste werden jedoch nicht nur dann gewährt, wenn der Gläubiger sein Arrestgesuch ohne Verzögerung gestellt hat; sie sind vielmehr auch dann zu bewilligen, wenn der Gläubiger schon lange Anlass gehabt hätte, sich um die Sicherstellung eines Guthabens zu bemühen. Genau gleich ist aber die Interessenlage ausserhalb des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes.

Geraude auch im Immaterialgüterrecht oder im Eheschutz kann es angebracht sein, ein Beschlagnahmungsbegehren erst nach Monaten einzureichen, nachdem der Kläger von der Verletzung oder Gefährdung der eigenen Ansprüche Kenntnis erhalten hat. Beschlagnahmungsbegehren sind daher auch dann ohne Anhören der Gegenpartei anzuordnen, wenn sie schon Monate zuvor hätten eingereicht werden können.

III.Ê PROZESSUALES

A.Ê Das Verfahren

Begehren um Erlass superprovisorischer Massnahmen können im Kanton Zürich entweder schriftlich oder mündlich gestellt werden; sie sind kurz zu begründen[9]. Zwischen den zürcherischen Gerichten besteht keine Einigkeit, welchen Einfluss eine blosse Kurzbegründung auf das weitere Verfahren haben soll. Der Richter im

---

[9] § 205 ZH ZPO.

Summarverfahren hat entweder die Möglichkeit, eine mündliche Verhandlung anzuordnen, oder auch bloss dem Beklagten Gelegenheit zur Einreichung einer schriftlichen Gesuchsantwort zu geben[10]. Ordnet er das mündliche Verfahren an, so stehen jedenfalls beiden Parteien zwei Vorträge zu[11]. Entschliesst sich jedoch der Richter für das schriftliche Verfahren, so besteht nach zürcherischer Praxis keine Pflicht, den Parteien Möglichkeit zur mündlichen oder schriftlichen Replik und Duplik einzuräumen[12]. Natürlich muss dem Kläger dennoch Gelegenheit gegeben werden, sich zu massgeblichen Noven vernehmen zu lassen. Aber auch dann besteht keine Verpflichtung zum Einholen einer eigentlichen Replik, es wäre denn, der Kläger hätte sich nach dem Rezept des Kassationsgerichts in seiner ersten Eingabe ausdrücklich nur kurz im Sinne von § 205 ZPO gefasst und sich weitere Ausführungen vorbehalten[13]. Demgegenüber erwartet das Handelsgericht auf alle Fälle eine ausführliche und definitive Begründung des Begehrens und lässt sich durch eine Kurzbegründung nicht dazu zwingen, statt des bevorzugten schriftlichen Verfahrens ein mündliches Verfahren durchzuführen[14]. Die gesetzliche Aufforderung, ein Massnahmebegehren und insbesondere auch ein Begehren um superprovisorische Anordnungen nur kurz zu begründen, kann daher für den Anwalt zur Fallgrube werden, wenn er meint, die Kurzbegründung in einem späteren Verfahrensschritt noch ergänzen zu können.

Im Gegensatz zum deutschen Zivilprozessrecht gibt es in der Schweiz kein für sich abgeschlossenes Verfahren um Erlass einer superprovisorischen Verfügung; ein Begehren um Erlass superprovisorischer Anordnungen ist immer Teil eines Massnahmeverfahrens, das der superprovisorischen Verfügung folgt[15]. Die einstweilige Verfügung leitet das Massnahmeverfahren ein, und dieses findet seinen Abschluss damit, dass die vorsorgliche Massnahme gewährt und dem Gesuchsteller

---

10 § 206 ZH ZPO.

11 KassGer in ZR 77/1978 Nr. 138 E.3; Sträuli/Messmer, a.a.O. N.3b zu § 56 und N.3 zu § 206 ZH ZPO.

12 Sträuli/Messmer, a.a.O., N.5 zu § 206 ZH ZPO.

13 KassGer. ZH in ZR 78/1979 Nr. 84 E.2b.

14 ER am HGer ZH in HE9500019 v. 19.9.1995

15 gl.M. Martin Ziegler, „sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei …“ (Aspekte des Superprovisoriums , unter besonderer Berücksichtigung des schwyzerischen Zivilprozesses), SJZ 86/1990 320.**Fehler! Nur Hauptdokument**

Frist zur Einreichung der Bestätigungsklage angesetzt wird, oder dass das Massnahmebegehren abgelehnt wird.

Der Entscheid über Gutheissung oder Ablehnung einer superprovisorischen Anordnung ist ein Teilentscheid, der das Gesuch um Anordnung superprovisorischer Massnahmen erledigt. Der Endentscheid, der sich mit der Anordnung vorsorglicher Massnahmen während des nachfolgenden Bestätigungsprozesses befasst, hat nur indirekten Einfluss auf das Superprovisorium, indem die Ablehnung vorsorglicher Massnahmen auch das Superprovisorium aufhebt; das Verhältnis ist somit gleich wie zwischen vorsorglicher Massnahme und Endurteil im ordentlichen Prozess: weist dieses die klägerischen Ansprüche ab, fallen auch die vorsorglichen Massnahmen dahin, während sie sonst in ein Definitivum übergeführt werden.

Es liegt im Wesen des superprovisorischen Entscheides, dass der Gesuchsgegner hierzu nicht angehört wird. Entsprechend kurz ist denn auch das diesbezügliche Verfahren. Ein Einzelrichter sollte in der Lage sein, eine superprovisorische Anordnung innert 24 Stunden zu fällen und innert 2 - 4 Tagen zu begründen und zuzustellen.

Es hat sich die Frage gestellt, ob der Richter, dem die Vorbringen in einem Massnahmegesuch nicht völlig klar sind, berechtigt sein soll, beim Gesuchsteller schriftlich oder telefonisch um zusätzliche Ausführungen zu bitten. Das Kassationsgericht des Kantons Zürich hat dies mit der Begründung verneint, jedes unter Ausschluss der anderen Seite geführte Gespräch erwecke den Anschein von Befangenheit; gerade in Fällen, in denen der Anspruch auf das rechtliche Gehör des Gesuchsgegners ohnehin eingeschränkt sei, müsse der Richter jede Handlung vermeiden, welche ihn dem Anschein der Befangenheit aussetzen könnte[16]. Diese Begründung erscheint indessen nicht zwingend. Das Fragerecht und insbesondere die Fragepflicht des Richters[17] ist nicht nur auf das kontradiktorische Verfahren beschränkt, sondern hat auch im Verfahren ohne (einstweilige) Anhörung der Gegenpartei seinen Platz. Zudem ist zu berücksichtigen, dass den Massnahmeverfügungen, und erst recht auch den superprovisorischen, keine materielle Rechtskraft zukommt, so dass abgelehnte Massnahmebegehren jederzeit mit ergänzter Begründung erneuert werden können[18]; entsprechend kann denn auch

---

16 Kass. Nr. 95/166 vom 11.9.1995.

17 § 55 ZH ZPO.

18 § 229 ZH ZPO; vgl. Eugène Brunner, Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen im gewerblichen Rechtsschutz, SMI 1989 S. 9 - 25, insb. S. 23, Lucas

ein Richter, dem nachträglich ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit einer superprovisorisch angeordneten Verfügung aufsteigen, diese sofort und schon vor dem Entscheid über deren Aufrechterhaltung als vorsorgliche Massnahme wieder aufheben[19]. Die Annahme, einem Richter (der immerhin auch befugt ist, ein abgelehntes Rechtsbegehren erneut entgegenzunehmen und materiell zu behandeln) sei es nicht gestattet, seine Bedenken gegen den verlangten Entscheid im voraus bekannt zu geben, erscheint damit als überspitzter Formalismus. Freilich darf der Richter bei einer allfälligen Rückfrage keine Zusicherungen machen oder Hinweise auf das einzuschlagende Verfahren erteilen. Genau so wie ein Richter aber bei der mündlichen Darlegung eines Gesuches seine Bitte anbringen kann, der Gesuchsteller möge noch diesen oder jenen Punkt beleuchten, so muss er auch im schriftlichen Verfahren Rückfragen stellen und zusätzliche Auskünfte einholen können. Selbstverständlich ist ein solcher Vorgang aktenkundig zu machen[20], und zum Zwecke der Transparenz empfiehlt es sich, sich hierzu nicht des Telefons, sondern des Telefax zu bedienen.

B.Ê Der Entscheid

Gross sind die Unterschiede, die sich bei der Ausfertigung des Entscheides über superprovisorische Massnahmen ergeben. Erstaunlicherweise bestehen aber die Unterschiede nicht nur von Kanton zu Kanton, sondern auch innerhalb des gleichen Kantons. Während beispielsweise die Einzelrichter an den Handelsgerichten der Kantone Aargau und St. Gallen ihre superprovisorischen Anordnungen sehr einlässlich und sorgfältig zu begründen pflegen, pflegt eine solche in den Kantonen Solothurn und Schwyz gänzlich zu fehlen. Im Kanton Zürich wird in der Regel nur eine Kurzbegründung für den Entscheid gegeben; beim Audienzrichter am Bezirksgericht Zürich hat sogar die Praxis geherrscht, Entscheide über die Abweisung superprovisorischer Anordnungen überhaupt nicht zu begründen und sie nur telefonisch zu eröffnen; teilweise wurde dem abgewiesenen Gesuchsteller auch in einem Standardbrief die nichtssagende Begründung mitgeteilt, die gesetzlichen Voraussetzungen für die Anordnung einer superprovisorischen Verfügung seien nicht gegeben. Demgegenüber pflegen die Einzelrichter anderer Bezirksgerichte des

---

David, Der Rechtsschutz im IGR, SIWR I/2 S. 187, oder HGer ZH in Mitt. 1984 65: Nylondübel und OGer BL in BJM 1971 238: Markenverletzung.

19 Gl.M. Franz Nyffeler, Die Schutzschrift, SMI 1995, S. 83 - 93, N. 10.

20 KassGer ZH in SJZ 82/1986 Nr. 63 S. 392.

Kantons Zürich ihre Entscheide zum Erlass vorsorglicher Verfügungen mit sofortiger Wirkung vor Anhörung des Gesuchsgegners immerhin so zu begründen, dass die Parteien wissen, warum das klägerische Begehren gutgeheissen oder abgewiesen worden ist.

Eine ausdrückliche Pflicht zur Begründung des Entscheides zur Anordnung superprovisorischer Massnahmen findet sich zwar in der zürcherischen Zivilprozessordnung nicht; sie verlangt indessen, dass prozessleitende Entscheide, die mittels Rekurs anfechtbar sind, begründet werden müssen[21]. Doch ergibt sich die Begründungspflicht ohnehin schon aus dem Willkürverbot[22], da anders der Betroffene die Tragweite des Entscheides und die Aussichten seiner Anfechtung nicht zu beurteilen vermag[23].

Insbesondere der Gesuchsteller hat einen Anspruch darauf, dass die Abweisung seines Gesuchs um Erlass einer superprovisorischen Verfügung motiviert wird, genau so gut wie der Gesuchsgegner wissen muss und darf, warum ein solches Gesuch ohne seine Anhörung gutgeheissen worden ist. Die Begründung dieses Entscheides ist nicht nur für das weitere Verfahren von Bedeutung, sondern sie orientiert die Parteien auch über die Praxis des entscheidenden Richters, was ihnen hilft, auf die speziellen Anforderungen des Gerichts zu reagieren. Es ist eine saloppe Unhöflichkeit gegenüber den prozessführenden Parteien und ihren Anwälten, wenn derartig wichtige Entscheidungen wie der Erlass oder die Abweisung superprovisorischer Anordnungen nicht motiviert werden.

Die Länge der Begründung wird stark von der Komplexität des Falles abhängen. Keinesfalls ist in jedem Falle eine ausführliche Begründung notwendig; vielmehr wird eine blosse Kurzbegründung in den meisten Fällen ausreichen. Freilich genügt die blosse Mitteilung, die gesetzlichen Voraussetzungen zum Erlass einer superprovisorischen Verfügung seien erfüllt oder auch nicht erfüllt, den Anforderungen an eine akzeptable Begründung nicht. Denn zu beantworten ist in einer Begründung des Entscheides nicht die Frage, ob die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind oder nicht, sondern warum dies so oder eben nicht so ist. Eine kurze Begründung des Entscheides lässt sich in wenigen Stunden aufsetzen und ausfertigen; es ist

---

21 § 159 ZH GVG.

22 Art. 4 BV.

23 BGE 101/1975 Ia 305, 102/1976 Ia 6, 104/1978 Ia 222.

unverständlich, wenn einzelne Richter meinen, die sachliche Begründung einer superprovisorischen Verfügung würde sie oder ihre Kanzlei überfordern.

C.Ê Eröffnung

Wird das Begehren um Erlass einer superprovisorischen Verfügung gutgeheissen, ist es dem Gesuchsgegner zu eröffnen. Dies kann beispielsweise durch die postalische Zustellung des Entscheides als Gerichtsurkunde erfolgen. Steht eine Beschlagnahme in Frage, wird die superprovisorische Verfügung dem Gerichtsvollzieher (Gemeindeammann) übergeben mit dem Auftrag, sie anlässlich der Beschlagnahme dem Gesuchsgegner auszuhändigen. Statt dessen kann sie auch dem Gesuchsteller zur Zustellung übergeben werden, namentlich dann, wenn verschiedene Gerichtsvollzieher tätig werden müssen, deren Koordination gerne dem Gesuchsteller überlassen wird. Es ist dann seine Sache, die einzelnen Gerichtsvollzieher zu einem gleichzeitigen Eingreifen zu veranlassen und bei dieser Gelegenheit die Zustellung des Entscheides zu vollziehen.

Wird jedoch ein Begehren um Anordnung superprovisorischer Massnahmen abgewiesen, so ist es nach Ansicht des Verfassers ein Unding, diese Verfügung sogleich auch dem Gesuchsgegner zuzustellen, namentlich dann, wenn der Richter im Gegensatz zum Gesuchsteller eine Vereitelungsgefahr verneint. Es gehört zum Rechtsschutz des Klägers, dass er sein Anliegen vor einer höheren Instanz überprüfen lassen kann. Nun macht es aber wenig Sinn, die Frage der Vereitelungsgefahr von einer Rekursinstanz überprüfen zu lassen, wenn der Rekursgegner bereits um das Massnahmegesuch weiss und darnach seine Vorkehren treffen kann. Will man das Rechtsmittel nicht zur Farce werden lassen, gibt es keine andere Möglichkeit, als auch im Rechtsmittelverfahren die (bisher obsiegende) Gegenpartei nicht anzuhören. Nur so ist es möglich, die Frage der Vereitelungsgefahr gerichtlich zu überprüfen und allenfalls die ablehnende Verfügung der Vorinstanz zu korrigieren. Daher darf eine Verfügung, mit welcher der Erlass eines superprovisorischen Befehls verweigert wird, zum mindesten bei abgelehnter Vereitelungsgefahr der nicht angehörten Partei erst dann zugestellt werden, wenn die Rechtsmittelfristen unbenützt abgelaufen sind, bzw. wenn der Entscheid formell rechtskräftig geworden ist.

Ein solches Vorgehen verletzt keine wesentlichen Interessen des Gesuchsgegners. Denn durch die erstinstanzliche Ablehnung einer superprovisorischen Anordnung sind die Rechte des Gesuchsgegners bereits bestens gewahrt und bedürfen keiner

Verstärkung mehr[24]. Im Verfahren vor der zweiten Instanz steht der bisher nicht angehörte Gesuchsgegner nicht anders da als vor der ersten Instanz. Seinen Anhörungs- und Verteidigungsrechten wird in einem späteren Stadium Rechnung getragen, nämlich im unmittelbar nachfolgenden Massnahmeverfahren. Der Umstand, dass der Gesetzgeber die Anordnung bestimmter Massnahmen auch ohne Anhören des Gesuchsgegners zulässt, bringt es mit sich, dass der Gesuchsgegner eben nicht nur vor der ersten, sondern auch vor einer Rechtsmittelinstanz nicht angehört werden kann und angehört werden muss. Die Interessen des Gesuchsgegners können auch dadurch berücksichtigt werden, dass der Richter den Erlass eines superprovisorischen Befehls von der Leistung einer Kaution abhängig macht (wozu zwar wiederum eine vorgängige Kontaktnahme mit dem Gesuchsteller notwendig wird). Eine solche Sicherstellung ist zwar kantonal nur auf Begehren des Beklagten zu leisten[25]; dagegen sieht das Bundesrecht eine Sicherheitsleistung von Amtes wegen vor[26]. Treffend hat dies schon VON BÜREN formuliert: „Wer vorsorglich verfügt haben will, hat vorsorglich Schadenersatz zu garantieren, auch wenn er finanziell kräftig ist“[27]. Auch der Gesuchsgegner kann sofort nach Empfang der superprovisorischen Anordnung ein Sicherstellungsbegehren einreichen, falls der Richter nicht schon in der ersten Verfügung eine Kaution auferlegt hat oder sich diese in den Augen des Gesuchsgegners als ungenügend erweisen sollte; darüber hinaus hat er die Möglichkeit, seinerseits zugunsten des Gesuchstellers Sicherheit zu leisten und damit die freie Verfügung über sein Vermögen zurückzuerlangen[28] .

Das hier vorgeschlagene Verfahren wird bereits beim Arrestbefehl befolgt. Wird ein Arrestbegehren abgewiesen, so wird dies nach zürcherischer Praxis dem Arrestschuldner nicht mitgeteilt, und dem Arrestgläubiger steht so die Möglichkeit offen, gegen den ablehnenden Entscheid ein Rechtsmittel zu ergreifen. Es ist nicht einzusehen, warum in anderen ex parte-Verfahren andere Massstäbe gelten sollten.

---

24 Analog werden etwa auch im Strafprozess Einstellungsverfügungen dem Angeschuldigten in der Regel nicht mitgeteilt, wenn gegen ihn noch keine Untersuchungshandlungen vorgenommen wurden (§ 40 ZH StPO); der Anzeigeerstatter erhält so Gelegenheit, die Gesetzmässigkeit der Sistierung gerichtlich überprüfen zu lassen, ohne dass ein fait accompli geschaffen wird.

25 § 227 Abs. 1 ZH ZPO.

26 Art. 28d Abs. 3 ZGB.

27 Bruno v. Büren, Kommentar z. Wettbewerbsgesetz, Zürich 1957, S. 206.

28 § 227 Abs. 2 ZH ZPO, Art. 277 SchKG.

Die hier postulierte Nichtzustellung einer abweisenden Verfügung gibt dem unterlegenen Gesuchsteller auch die Möglichkeit, auf die Weiterverfolgung seiner zivilrechtlichen Ansprüche einstweilen zu verzichten und statt dessen eine Strafanzeige zu erstatten. Damit wird es ins Ermessen des Untersuchungsrichters gestellt, ob er allenfalls eine Hausdurchsuchung und die Beschlagnahmung von Dokumenten vornehmen will. Dem Untersuchungsrichter wären aber die Hände gebunden, wenn der Angeschuldigte bereits durch eine Verfügung des Zivilrichters vorgewarnt worden wäre.

IV.Ê RECHTSMITTEL

A.Ê Vorbemerkungen

Die Meinung, es sei sachlich nicht gerechtfertigt, den Parteien eines Zivilprozesses nicht die gleichen Rechtsmittel zur Verfügung zu stellen[29], erscheint zwar auf den ersten Blick als plausibel, sollen doch im Prozess die Parteien über gleich lange Spiesse verfügen. Indessen ist immer auch das Verfahren zu beachten und zu fragen, welches Rechtsmittel zum gegebenen Zeitpunkt und unter Berücksichtigung der beidseitigen Interessen den optimalen Schutz der Prozessparteien gewährleistet.

So drängt es sich nicht auf, einer Partei, die ihren Rechtsstandpunkt bereits vortragen konnte, das gleiche Rechtsmittel zur Verfügung zu stellen wie einer Partei, die noch gar nicht angehört worden ist. Nachdem das Institut der Wiedererwägung im Zivilprozess nur mit äusserster Zurückhaltung eingesetzt werden soll, ist der bereits angehörten, aber nicht erhörten Partei ein devolutives Rechtsmittel an eine höhere Instanz zur Verfügung zu stellen. Eines solchen Rechtsmittels bedarf jedoch die noch nicht angehörte Partei nicht; ein devolutives Rechtsmittel würde sie vielmehr einer Instanz berauben. Daher ist es sinnvoll, wenn die nicht angehörte Partei ihren Rechtsstandpunkt zuerst beim Richter, der sie nicht angehört hat, einbringen kann, und ihr erst in einem späteren Zeitpunkt ein Rechtsmittel an eine höhere Instanz eröffnet wird. Von diesen Überlegungen liess sich offensichtlich auch der Bundesgesetzgeber bei der Ausgestaltung des Arrestes leiten. Gegen den Arrestbefehl gibt es von Bundesrechts wegen weder Berufung noch Beschwerde[30]. Gegen die Verweigerung des Arrestbefehls gibt es jedoch im Kanton Zürich - ohne dass dies bundesrechtlich verlangt wäre - den Rekurs ebenso gegen die Auflage einer

---

29 OGer ZH in ZR 87/1988 Nr. 93 a.E.

30 Art. 279 Abs. 1 altSchKG.

übermässigen Arrestkaution[31]. Demgegenüber steht gegen die Zulassung eines Arrestbefehles nicht einmal die Nichtigkeitsbeschwerde an das Obergericht zur Verfügung[32]. Will der Arrestschuldner den Arrestgrund bestreiten, so kann er dies mit der Arrestaufhebungsklage im beschleunigten Verfahren, bez. nunmehr mit der Einsprache gegen den Arrestbefehl tun[33]. Erachtet er die Leistung einer Kaution als notwendig oder die geleistete Kaution als ungenügend, so kann er auch noch nach Erlass des Arrestbefehls bei der Arrestbehörde ein Sicherstellungsbegehren stellen[34]. Schliesslich steht dem Schuldner auch die Beschwerde gegen den Arrestvollzug wegen ungenügender Bezeichnung der Arrestgegenstände zu. Die Besonderheit des Arrestes verlangt daher für Gläubiger und Schuldner völlig verschiedene Rechtsmittel.

Es besteht nun m.E. auch ausserhalb des Arrestrechtes kein sachlicher Grund, dass gegen einen Entscheid über die Anordnung superprovisorischer Massnahmen dem Gesuchsteller und dem Gesuchsgegner die gleichen Rechtsmittel zur Verfügung zu stellen wären. In diesem Verfahren sind die Spiesse der beiden Parteien aus sachlichen Gründen ohnehin ungleich lang, so dass auch die Rechtsmittel verschieden sein können, ja sogar müssen.

B.Ê Rechtsmittel des Gesuchstellers

Vorsorgliche Massnahmen und insbesondere auch superprovisorische Verfügungen ergehen vor Rechtshängigkeit des Hauptprozesses im summarischen Verfahren. Entsprechend ist zu überlegen, ob superprovisorische Verfügungen im Rahmen von § 272 ZPO dem Rekurs unterliegen. Sedes materiae ist m.E. § 272 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO, wonach solche Erledigungsverfügungen nicht mit Rekurs anfechtbar sind, die im summarischen Verfahren ergangen sind und in denen provisorische Befehle und Verbote nach § 224 ZPO angeordnet wurden.

Bei der Lektüre dieser Bestimmung fällt vorerst auf, dass sie auf ein bestimmtes Ergebnis des Verfahrens um Anordnung superprovisorischer Verfügungen abstellt. Der Rekurs wird nur gegen solche Erledigungsverfügungen verweigert, mit welchen ein superprovisorischer Befehl oder ein superprovisorisches Verbot angeordnet wurde,

---

31 Sträuli/Messmer, Kommentar ZH ZPO, N.13 zu § 272.

32 OGer ZH in ZR 81/1982 Nr. 12.

33 Art. 279 Abs. 2 altSchKG, Art. 278 revSchKG.

34 Sträuli/Messmer, a.a.O. (FN 31), N.40 zu § 213 ZH ZPO.

nicht aber gegen Verfügungen, die sich mit solchen Befehlen und Verboten befassen. Der Gesetzgeber hätte, ähnlich wie er dies in §§ 271 Abs. 1 Ziff. 4 und 272 Abs. 2 Ziff. 3 ZPO getan hat, den Rekurs gegen solche Erledigungsverfügungen ausschliessen können, die vorsorgliche Massnahmen oder einen provisorischen Befehl nach § 224 ZPO "betreffen" oder die sich mit einem solchen Befehl "befassen". Die Formulierung, die einen Rekurs gegen erteilte Befehle ausschliesst, wurde offensichtlich bewusst gewählt, wobei man sich anscheinend überlegte, gegen die Erteilung eines provisorischen Befehls brauche es keinen Rekurs, da ja das vollkommene Rechtsmittel der Einsprache bestehe. Es liegt daher nahe, aus dieser Formulierung den e contrario-Schluss zu ziehen, Verfügungen, mit denen ein provisorischer Befehl abgelehnt werde, seien mit Rekurs anfechtbar.

Man mag dagegen einwenden, dass die Ablehnung einer superprovisorischen Anordnung keine Erledigungsverfügung sei, da das Verfahren weiterhin pendent bleibe und der Kläger sein Begehren immer noch zugesprochen erhalten könne, wenn auch nicht ohne Anhörung der Gegenpartei. Diese Argumentation übersieht jedoch, dass mit der Weiterführung des Verfahrens und der Anhörung des Gesuchsgegners das Begehren um Anordnung superprovisorischer Massnahmen definitiv vom Tisch ist; es ist ein für allemal erledigt. Wenn schon die Erteilung eines provisorischen Befehls in § 272 Abs. 2 ZPO als "Erledigungsverfügung" bezeichnet wird, obschon dieser im nachfolgenden Massnahmeverfahren wieder aufgehoben werden kann, so ist die Abweisung eines Gesuches um Erlass eines superprovisorischen Befehls noch viel mehr als Erledigungsverfügung zu betrachten, denn diese ist wirklich definitiv.

Der Rekurs gegen die Ablehnung einstweiliger Anordnungen verträgt sich im übrigen bestens mit dem zürcherischen Zivilprozess. So sind Rekurse zulässig gegen die Verweigerung von Arresten[35] oder gegen die Ablehnung von vorsorglichen Beweisabnahmen[36]. Sinnvoll und vernünftig ist es daher, dem Kläger auch eine Rekursmöglichkeit gegen die Verweigerung eines superprovisorischen Befehls oder Verbotes einzuräumen.

Ist bereits ein Hauptprozess hängig, werden superprovisorische Verfügungen in der Regel durch den Referenten erlassen[37]. Gegen dessen Anordnungen können beide

---

35 Sträuli/Messmer, a.a.O. (FN 31), N.13 zu § 272

36 Niklaus Schmid, Prozessgesetze des Kantons Zürich, N.1 zu § 233 ZH ZPO.

37 § 110 ZH ZPO i.V.m, §§ 123 und 125 Abs. 1 ZH GVG.

Parteien kurz begründete Einsprachen an das Kollegialgericht erheben[38]. Der Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung bejaht insbesondere auch die Einsprachemöglichkeit gegen die Verweigerung einer anbegehrten superprovisorischen Anordnung[39]. Die Einsprache hat keine aufschiebende Wirkung[40].

Ist der Prozess dagegen beim Einzelrichter im ordentlichen Verfahren hängig, so käme eine Einsprache des Gesuchstellers einem Wiederwägungsgesuch gleich. Der Gesuchsteller hat die Begründung für sein Gesuch ja bereits vorgetragen und der Richter hat sie als ungenügend angesehen. Bei dieser Situation wäre die Einsprache an den gleichen Richter systemwidrig. Eine Einsprache ist nur dann sinnvoll, wenn entweder der Richter ad quem mit dem Richter a quo nicht identisch ist[41], oder wenn der Einsprecher noch gar nicht gehört worden ist[42]. Gegen die Verweigerung superprovisorischer Anordnungen durch den Einzelrichter im ordentlichen Verfahren kann daher höchstens im Rahmen von § 271 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO rekurriert werden.

C.Ê Rechtsmittel des Gesuchsgegners

Das Verfahren über den Erlass von Massnahmen ohne Anhörung des Beklagten wird in der Zivilprozessordnung des Kantons Zürich an zwei verschiedenen Stellen beschrieben, nämlich einerseits für superprovisorische Anordnungen, die während eines hängigen Prozesses erlassen werden[43], und andererseits solchen vor Anhängigmachung eines Prozesses[44]. Auffallend ist nun, dass die diesbezüglichen Bestimmungen nicht völlig übereinstimmen.

Bei vorprozessualen Massnahmen ist der Richter gehalten, dem Beklagten eine Einsprachefrist von 7 - 20 Tagen anzusetzen[45]. Demgegenüber steht es dem

---

38 § 122 Abs. 4 ZH GVG.

39 Sträuli/Messmer, a.a.O. (FN 31), N. 35 und 38 zu § 110 sowie N.31 zu § 271 ZH ZPO.

40 Sträuli/Messmer, a.a.O. (FN 31), N. 35 § 110 ZH ZPO.

41 was z.B. bei der Einsprache gegen die Verfügung des Instruktionsrichters an das Kollegialgericht der Fall ist; vgl. z.B. § 122 Abs. 4 und 123 ZH GVG.

42 Was im besonderen bei Einsprachen gemäss § 110 Abs. 2 und § 224 Abs. 2 ZH ZPO der Fall ist.

43 § 110 Abs. 2 ZH ZPO.

44 § 224 ZH ZPO.

45 § 224 Abs. 2 ZH ZPO in Verbindung mit § 190 ZH GVG.

Referenten im ordentlichen Prozess frei, ob er eine solche Frist ansetzen will oder nicht; wird sie angesetzt, darf sie in Anlehnung an § 122 Abs. 4 GVG höchstens 10 Tage betragen[46]. Wird im ordentlichen Verfahren keine Einsprachefrist angesetzt, ist die Gegenpartei mündlich oder schriftlich anzuhören und die superprovisorische Anordnung vom Kollegialgericht zu bestätigen. Die Einsprache des Gesuchgegners im summarischen Verfahren scheint im Gegensatz zu jener im ordentlichen Verfahren[47] in der Regel aufschiebende Wirkung zu haben[48], doch kann der Richter - was in aller Regel zu empfehlen ist - auch anordnen, dass die Einsprache die provisorische Verfügung nicht dahinfallen lasse oder dass im Säumnisfall die vorläufige Anordnung beibehalten werde. Im vorprozessualen Massnahmeverfahren wird sodann in jedem Falle zur mündlichen Verhandlung vorgeladen, während bei Rechtshängigkeit des Prozesses die Anhörung des Beklagten auch schriftlich erfolgen kann.

Der Richter hat es angesichts dieser verwirrenden Vielzahl von Möglichkeiten nicht immer leicht, das geeignete Prozedere anzuordnen. In aller Regel wird es sich rechtfertigen, der Einsprache keine aufschiebende Wirkung zuzubilligen. Der Massnahmerichter ist ohnehin frei, die angeordnete superprovisorische Massnahme aufzuheben oder abzuändern, wenn er sich von der Einsprache des Beklagten überzeugen lässt[49]. Die Aufhebung oder Änderung der superprovisorischen Massnahme im Falle veränderter Umstände[50] ist dem automatischen Dahinfallen der superprovisorischen Anordnung bei Erhebung einer Einsprache jedenfalls vorzuziehen.

Der Beklagte soll die Einsprache kurz begründen[51]. Die Begründung der Einsprache ist somit eine blosse Ordnungsvorschrift, deren Missachtung keine Rechtsnachteile nach sich zieht, weshalb statt von Einsprache auch von Rechtsvorschlag gesprochen werden könnte. Das volle rechtliche Gehör ist dem Beklagten anschliessend in einer mündlichen Verhandlung zu gewähren, es wäre denn, der Beklagte habe seine Einsprache nicht nur kurz, sondern einlässlich begründet und auf eine weitere

---

46 § 110 Abs. 2 ZH ZPO.

47 Vgl. oben bei FN 40.

48 § 224 Abs. 3 ZH ZPO.

49 § 229 ZH ZPO, vgl. vorn bei FN 18.

50 Vgl. § 229 ZH ZPO bez. vorsorglicher Massnahmen, der selbstverständlich auch auf superprovisorische Verfügungen Anwendung findet.

51 § 110 Abs. 2 a.E., § 224 Abs. 2 a.E. ZH ZPO.

Anhörung verzichtet. Die Einsprachemöglichkeit des Gesuchstellers schliesst im übrigen jegliches devolutives Rechtsmittel von Gesetzes wegen aus[52].

Ein äusserst wichtiges Rechtsmittel des Beklagten, das schon vor dem Erlass einer superprovisorischen Verfügung ansetzt, bildet im übrigen die Schutzschrift. Diese wird zwar in vielen Kantonen skeptisch angesehen[53], und auch das Bundesgericht betrachtet die Nichtentgegennahme einer Schutzschrift nicht als willkürlich[54]. Demgegenüber wird das Institut der Schutzschrift nicht nur von einer ganzen Anzahl von Kantonen[55], sondern auch von der Lehre einhellig als zulässig und sinnvoll beurteilt[56]. Nicht zuletzt hat auch der heutige Bundesrichter und frühere Präsident des Aargauer Handelsgerichtes F. NYFFELER[57] mit Eloquenz nachgewiesen, dass die Entgegennahme und Berücksichtigung einer Schutzschrift geeignet ist, den Nachteil des fehlenden rechtlichen Gehörs bei Erlass einer superprovisorischen Verfügung weitgehend wettzumachen; er erachtet deren ungelesene Rücksendung geradezu ebenfalls als Gehörsverweigerung. Dieser Ansicht ist bedingungslos zuzustimmen, und es bleibt abzuwarten, wie die zürcherischen Gerichte und auch das Bundesgericht auf diese begründete Lehrmeinung reagieren werden. Zu Recht wird denn auch darauf hingewiesen, dass die Entgegennahme und das Lesen einer Schutzschrift den raschen und möglichst sachgerechten Erlass einer superprovisorischen Verfügung nicht zu beeinträchtigen vermag, sondern im Gegenteil Gewähr für eine möglichst ausgewogene Beurteilung des klägerischen Begehrens bietet. Offen bleibt höchstens noch die Frage, ob die Schutzschrift bei ihrem Eintreffen auch der Gegenpartei und präsumtiven Gesuchstellerin zuzustellen ist, wie lange sie beim Gericht aufzubewahren

---

52 § 271 Abs. 2 und 285 Abs. 1 ZH ZPO.

53 HGer ZH in Mitt. 1984 264 und 265: Schutzschrift I und II, ZivGer BS in SMI 1991 293: Schutzschrift IV, für TI vgl. Spartaco Chiesa, Die vorsorgliche Massnahme im gewerblichen Rechtsschutz gemäss der Tessiner Prozessordnung, SMI 1989, S. 27 - 34, insbes. S. 31.

54 BGE 119/1993 Ia 53 = AJP 2/1993 S. 734, mit kritischer Anmerkung von L. David.

55 HGer SG in SMI 1989 104: Schutzschrift III,

56 Urs Schenker, Die vorsorgliche Massnahme im Lauterkeits- und Kartellrecht, Diss. ZH 1985,S. 150 ff, René Ernst, Die vorsorgliche Massnahme im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, Diss. ZH 1992, S. 159 ff, Patrick Troller, Die einstweilige Verfügung im Immaterialgüterrecht, ZBJV 127bis/1991, S. 321, Lucas David, Der Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, SIWR I/2, Basel 1992, S. 171f, sowie in Mitt. 1984 267 ff und AJP 2/1993 736 f, Daniel Alder, Der einstweilige Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Diss. ZH 1993, S. 160.

57 Franz Nyffeler, Die Schutzschrift, SMI 1995, S. 83 - 93.

ist[58] oder welche Kosten- und Entschädigungsfolgen sie auslöst. Bezüglich letzterer bemerkt NYFFELER zu Recht, dass die Einreichung einer Schutzschrift, ohne dass in der Folge ein Massnahmeverfahren angehoben wird, kostenpflichtig machen könne, und dass dem Schutzschriftverfasser eine Prozessentschädigung für das Einreichen der Schutzschrift zuzusprechen sei, falls das Massnahmegesuch schliesslich abgewiesen werde[59].

V.Ê ZUSAMMENFASSUNG

Die hier umschriebenen Thesen können wie folgt zusammengefasst werden:

1. Schutzschriften bilden das beste Rechtsmittel für den präsumtiven Gesuchsgegner.

2. Sowohl zeitliche Dringlichkeit wie Vereitelungsgefahr sind voneinander unabhängige, je für sich genügende Voraussetzungen für superprovisorische Anordnungen.

3. Verfügungen eines Richters, mit welchen er superprovisorische Anordnungen trifft oder ablehnt, sind mindestens summarisch zu begründen.

4. Ist eine anbegehrte superprovisorische Anordnung wegen fehlender Vereitelungsgefahr abgewiesen worden, so ist die abweisende Verfügung dem Gesuchsgegner erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist zuzustellen.

5. Gegen Verfügungen der zürcherischen Bezirksgerichtspräsidenten, die superprovisorische Anordnungen abweisen, ist das Rechtsmittel des Rekurses gegeben; gegenüber solchen des Einzelrichters am Handelsgericht dasjenige der Nichtigkeitsbeschwerde.

---

58 In der Literatur werden 2-3 Monate postuliert, vgl. die Übersicht bei Nyffeler, SMI 1995 92, N 45; das HGer SG ging in einem Einzelfall (SMI 1989 104) sogar auf 6 Monate.

59 Nyffeler, SMI 1995 S. 92.