

Wann ist ein Zuwarten des Gesuchstellers ungebührlich?

Art. 265 ZPO

Ein Begehren um Anordnung einer superprovisorischen Massnahme wird abgewiesen, wenn die dafür erforderliche besondere Dringlichkeit erst durch das ungebührliche Zuwarten der gesuchstellenden Partei geschaffen wurde. Dies ist in der Regel dann der Fall, wenn mit der Gesuchseinreichung so lange zugewartet wird, wie die Anhörung der Gegenpartei im schlechtesten Fall gedauert hätte. [165]

HGer ZH, Entscheid vom 2. November 2011 (ZR 2011, 305); vgl. BGer 4A_577/2011 vom 4. Oktober 2011 (BGE 137 III 417), *ius.focus* 2012, Nr. 164

Die Parteien, beide Anbieter von Mobiltelefondienstleistungen, hatten einen Roamingvertrag mit einer Laufzeit bis März 2014 geschlossen. Dieser Vertrag war von der späteren Beklagten mit Schreiben vom 27. April 2011 vorzeitig auf Ende August 2011 gekündigt worden. Der Kündigungstermin war daraufhin einvernehmlich auf Ende September 2011 verlängert worden. Am 16. September 2011 gelangte die Klägerin an das Handelsgericht des Kantons Zürich und beantragte, der Beklagten vorsorglich zu verbieten, die Folgen der Kündigung des Vertrags ab 1. Oktober 2011 eintreten zu lassen. Zwar verlangte sie nicht ausdrücklich die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme, stellte jedoch den Antrag, das Verbot bis spätestens 30. September 2011 auszusprechen.

Der Einzelrichter des Handelsgerichts Zürich nahm das Begehren als superprovisorisches Massnahmebegehren entgegen, da eine Anhörung und Entscheidfindung angesichts der 39-seitigen Rechtsschrift der Beschwerdeführerin und der vielen Beilagen nicht möglich sei. Er wies das Begehren wegen ungebührlichen Zuwartens (Rechtsmissbrauch) ab. Der Vertrag sei am 27. April 2011 mit Wirkung per Ende September 2011 gekündigt worden. Das vertraglich vorgesehene interne Streiterledigungsprozedere habe gemäss Vertrag nur drei Wochen benötigt. Die Klägerin hätte somit genügend Zeit gehabt, ein Massnahmebegehren so frühzeitig zu stellen, dass eine Anhörung der Gegenseite hätte erfolgen können und Zeit für die Entscheidfindung bestanden hätte. Es könne nicht im Autonomiebereich einer klagenden Partei liegen, mit der Einreichung eines superprovisorischen Massnahmebegehrens so lange zuzuwarten, bis eine besondere Dringlichkeit bestehe.

Kommentar

Dem Entscheid ist zuzustimmen. Das rechtliche Gehör ist ein derart hohes Gut, dass es nicht durch die superproviso-

rische Anordnung einer Massnahme verletzt werden darf, wenn die besondere Dringlichkeit allein durch Zuwarten des Klägers herbeigeführt wurde und die Gegenseite nur deshalb nicht (mehr) angehört werden kann, weil der Kläger die Einreichung seines Begehrens hinausgezögert hat.

Eine offensichtliche Verzögerung ist im superprovisorischen Verfahren in der Regel dann anzunehmen, wenn der Kläger mit der Gesuchseinreichung so lange zugewartet hat, wie die Anhörung der Gegenpartei höchstens gedauert hätte (BSK ZPO-SPRECHER, Art. 261 N 43, m.w.H.). Ein Zuwarten von wenigen Tagen im Sinne einer Bedenk- und Vorbereitungszeit ist jedoch normalerweise nicht zu beanstanden (vgl. auch LUCIUS HUBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhrer/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Zürich 2010, Art. 265 N 9). Im Sinne einer Ausnahme ist bei Vereitelungsgefahr die Anordnung superprovisorischer Massnahmen selbst bei offensichtlichem Hinauszögern denkbar. Selbst wenn nämlich das Massnahmegesuch Monate früher gestellt worden wäre, hätte zwecks Wahrung des Überraschungseffekts von der Anhörung der Gegenseite abgesehen werden müssen (BSK ZPO-SPRECHER, Art. 265 N 13).

Vorliegend wartete die Klägerin nach Ende der vertraglich vereinbarten Streiterledigungsfrist, ohne Vorliegen einer Vereitelungsgefahr, rund dreieinhalb Monate zu, bis sie das superprovisorische Massnahmebegehren einreichte. Der Einzelrichter wies dieses somit zu Recht wegen unrechtmässiger Herbeiführung der Dringlichkeit (und damit letztlich wegen Rechtsmissbrauchs) ab.

Einer Partei, welche die Anordnung einer Massnahme ohne vorherige Anhörung der Gegenseite (superprovisorisch) anstrebt, ist deshalb zu empfehlen, ihr Begehren umgehend nach Bekanntwerden der entsprechenden Umstände einzureichen. Andernfalls läuft sie Gefahr, dass ihr superprovisorisches Begehren wegen ungebührlichen Zuwartens abgewiesen wird.

Dagegen führt ein gewisses Zuwarten beim Begehren einer gewöhnlichen (nicht superprovisorischen) Massnahme in der Regel zu keinem Rechtsverlust. Es erscheint legitim, ein gerichtliches Verfahren erst einzuleiten, wenn das gegnerische Verhalten einen nennenswerten Erfolg zeitigt (BSK ZPO-SPRECHER, Art. 261 N 41). Die Grenze des Zuwartens liegt im gewöhnlichen Massnahmeverfahren dort, wo die Dauer des Zuwartens das Fehlen eines rechtlichen Interesses an sofortigem Rechtsschutz impliziert. Das Begehren wird diesfalls mangels Rechtsschutzinteresses abgewiesen. Die Zürcher Praxis nimmt auch unter der ZPO CH eine «Verwirkung» im Allgemeinen nach ca. dreimonatigem Zuwarten an (BSK ZPO-SPRECHER, Art. 261 N 45).