

**Vorprozessuale vorsorgliche Massnahmen und Hauptprozess, Art. 261 ZPO, Art. 263 ZPO, Art. 308 ZPO.** Unter der neuen ZPO geht die Zuständigkeit des Summar-Richters nicht (mehr) verloren, wenn der ordentliche Prozess anhängig gemacht wird.

Die Berufungsklägerin erwirkte gegen die Berufungsbeklagten eine vorsorgliche Massnahme, gegen welche Berufung erhoben wurde. Während dieses Berufungsverfahrens machten die Berufungsbeklagten entsprechend der ihnen dafür vom Einzelgericht angesetzten Frist den ordentlichen Prozess anhängig.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

(II.) 1. Vorab ist die Frage der Zuständigkeit des Obergerichts im vorliegenden Berufungsverfahren zu prüfen.

1.1 Die Berufungsbeklagten führen dazu aus, durch die fristgemässe Anhängigmachung des ordentlichen Zivilprozesses entfalle die Zuständigkeit des Massnahmerichters zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen. Die Zuständigkeit gehe auf den ordentlichen Richter über. Demzufolge bleibe kein Raum mehr für pendente Rechtsmittelentscheide im summarischen Verfahren, und die Zuständigkeit der Rechtsmittelinstanz entfalle. Auf die Berufung sei deshalb nicht einzutreten.

1.2 Die Berufungsklägerin führt dagegen aus, das Obergericht sei grundsätzlich zuständige Rechtsmittelinstanz gegen erstinstanzliche Entscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen. Die rechtsmittelweise Überprüfung eines erstinstanzlichen Massnahmeentscheides sei auch nach Anhängigmachung des ordentlichen Prozesses ohne Weiteres möglich und von Bundesrechts wegen vorgesehen. Wenn das Obergericht nicht darauf eintrete, werde der Rechtsmittelweg gegen Entscheide über vorprozessuale Massnahmen in jedem Fall vollständig abgeschnitten. Prosequiere die gesuchstellende Partei das Verfahren androhungsgemäss, falle nämlich in jedem Fall die Zuständigkeit der Rechtsmittelinstanz dahin; werde auf eine Prosequierung innert Frist verzichtet, falle die Massnahme eo ipso dahin und eine Überprüfung durch die

Rechtsmittelinstanz werde hinfällig. Dies sei vom Gesetzgeber nicht gewollt. Dieser habe ausdrücklich festgehalten, dass prinzipiell jeder erstinstanzliche Entscheid einem kantonalen Rechtsmittel unterliegen müsse. Überdies sei es stossend, wenn der unterliegende Gesuchsgegner des Massnahmeverfahrens dem Entscheid über vorsorgliche Massnahmen nur durch eine (nachträgliche) Änderung oder Aufhebung im Sinne von Art. 268 ZPO entgegen könne, da an eine solche Überprüfung erhöhte Anforderungen im Vergleich zur Berufung gestellt würden. Das Gericht müsse auch mit Blick auf eine mögliche Beschwerde an das Bundesgericht auf die Berufung gegen vorprozessuale Massnahmeentscheide eintreten. Selbständig eröffnete Massnahmeentscheide, die vor dem Hauptverfahren erlassen würden und nur für die Dauer des Hauptverfahrens bzw. unter der Bedingung, dass ein Hauptverfahren eingeleitet werde, Bestand hätten, würden nach höchstrichterlicher Rechtsprechung Zwischenentscheide im Sinne von Art. 93 BGG darstellen und damit der Überprüfung durch das Bundesgericht unterliegen. Gemäss Art. 75 BGG müssten die Kantone als letzte kantonale Instanz obere Gerichte einsetzen. Das Obergericht müsse folglich als Rechtsmittelinstanz über einen vorprozessualen Massnahmeentscheid befinden, um die Anforderungen des Bundesgesetzes zu erfüllen.

2. Gemäss Art. 405 Abs. 1 der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen eidgenössischen Zivilprozessordnung gilt für Rechtsmittel das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist. Die angefochtene Verfügung des Einzelgerichts des Bezirkes Dietikon datiert vom 2. März 2011, weshalb auf das Rechtsmittelverfahren die eidgenössische Zivilprozessordnung Anwendung findet. Hingegen ist das Rechtsmittel darauf hin zu prüfen, ob die Vorinstanz die im Zeitpunkt der Entscheidfällung geltenden Normen (und somit die Regeln der zu diesem Zeitpunkt geltenden zürcherischen Zivilprozessordnung [nachfolgend ZPO/ZH] sowie die im Zuge der Einführung der Eidgenössischen Zivilprozessordnung aufgehobenen Art. 28c-f altZGB) richtig angewendet hat.

3. Gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO sind erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen mit Berufung anfechtbar. In vermögensrechtlichen

Angelegenheiten ist die Berufung jedoch nur zulässig, wenn der Streitwert des zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Vorliegend handelt es sich nicht um eine vermögensrechtliche Streitigkeit, weshalb der Entscheid grundsätzlich berufungsfähig ist.

Am 14. März 2011 haben die Berufungsbeklagten den ordentlichen Zivilprozess beim Bezirksgericht Dietikon anhängig gemacht. Mit Anhängigmachen des Hauptprozesses fiel nach zürcherischer Zivilprozessordnung die Zuständigkeit des Massnahmerichters dahin, und der ordentliche Richter war für die Aufhebung oder Änderungen der vorsorglichen Massnahme zuständig (§ 229 ZPO/ZH). Daraus leitete die Rechtsprechung ab, dass auch ein im Rekursverfahren hängiges Massnahmeverfahren dem ordentlichen Richter zu überweisen sei, wenn der Prozess inzwischen bei diesem anhängig gemacht wurde (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, § 230 N 3a). Der eidgenössischen Zivilprozessordnung ist eine Bestimmung wie § 229 ZPO/ZH fremd. Daraus folgt, dass das angerufene Massnahmegesicht auch nach Anhängigmachen des Hauptprozesses zuständig bleibt und dessen Entscheid auch bezüglich der Rechtsmittel ein eigenes Schicksal hat (Zürcher, DIKE-Komm-ZPO, Stand Printausgabe, Art. 263 N 8). Dies ist sachgerecht. Wie die Berufungsklägerin richtig ausführt, wäre andernfalls eine vorprozessuale vorsorgliche Massnahme keiner Überprüfung zugänglich: Würde innert Frist Prosequierungsklage erhoben, entfielen die Zuständigkeit der Rechtsmittelinstanz, andernfalls entfielen die vorprozessuale vorsorgliche Massnahme und damit (wohl in den meisten Fällen) ein Rechtsschutzinteresse an der Klage. Der Rechtsmittelanspruch eines Berufungsklägers (resp. wenn der erforderliche Streitwert nicht erreicht wird des Beschwerdeführers) an einer Überprüfung der vorsorglichen Massnahme ist auch deshalb hoch zu bewerten, weil ein solcher im Gesetz explizit vorgesehen ist (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Der Gesetzgeber hat in der Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006 ausdrücklich festgehalten, dass grundsätzlich jeder erstinstanzliche Entscheid der streitigen und freiwilligen Gerichtsbarkeit (Sach- oder Nichteintretensentscheid) berufungsfähig sein solle, insbesondere auch die Entscheide über vorsorgliche Massnahmen (BBl. 2006

[06.062] S. 7370). Dabei hat er keine Unterscheidung zwischen vorprozessualer und prozessualer vorsorglicher Massnahme gemacht. Überdies wird im Rechtsmittelverfahren eine andere Prüfung vorgenommen, als dies im Rahmen eines Abänderungs- oder Aufhebungsverfahrens gemäss Art. 268 ZPO geschieht. Insbesondere kann nur im Rechtsmittelverfahren überprüft werden, ob die Vorinstanz zum damaligen Zeitpunkt eine vorsorgliche Massnahme zu Recht angeordnet hat. Es erscheint damit sachgerecht, die einmal begründete Zuständigkeit des Obergerichts zur Überprüfung der vorprozessualen Massnahme auch nach Anhängigmachen des ordentlichen Verfahrens zu belassen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Obergericht nach wie vor zur Überprüfung der vorsorglichen Massnahme zuständig bleibt.

Obergericht, II. Zivilkammer  
Urteil vom 30. Mai 2011  
LF110030-O/U