

BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2019.7 vom 13. Mai 2019

BS Appellationsgericht, 2019-05-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2019.7

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2019.7 du 13 mai 2019

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2019.7 del 13 maggio 2019

Erwägungen

E. 1

EMRK eine Stellungnahme eingereicht haben und der Verfahrensleiter am 19. März 2019 verfügt hat, dass diese den Berufungsbeklagten zugestellt werde, ändern daran nichts. Folglich ist die Noveneingabe der Berufungskläger vom 25. März 2019 in jedem Fall unbeachtlich. Im Übrigen änderte auch die Berücksichtigung der Tatsachenbehauptungen und des Beweismittels, die mit dieser Eingabe vorgebracht worden sind, nichts am Ausgang des vorliegenden Berufungsverfahrens (vgl. dazu unten E. 5.3.11 und 6.2). Soweit die Stellungnahme der Berufungskläger vom 10. April 2019 neue Tatsachenbehauptungen enthält, handelt es sich ebenfalls um unzulässige Noven, weil sie nach Beginn der Beratungsphase vorgebracht worden sind und zudem bei Anwendung zumutbarer Sorgfalt bereits in einer früheren Eingabe hätten vorgebracht werden können. Im Übrigen änderte auch die Berücksichtigung der Tatsachenbehauptungen in der Eingabe vom 10. April 2019 nichts am Ausgang des vorliegenden Verfahrens (vgl. dazu unten E. 6.2).

2. Voraussetzungen einer vorsorglichen Massnahme

2.1 Der Erlass einer vorsorglichen Massnahme setzt voraus, (1) dass dem Gesuchsteller gegenüber dem Gesuchsgegner ein materieller zivilrechtlicher Anspruch (Verfügungsanspruch) zusteht (vgl. Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO), (2) dass der Gesuchsgegner diesen Anspruch verletzt oder zu verletzen droht (vgl. Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO), (3) dass dem Gesuchsteller aus der Verletzung des Anspruchs ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (vgl. Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO), (4) dass die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme zeitlich dringlich ist und (5) dass die vorsorgliche Massnahme verhältnismässig ist. Dabei bilden die Voraussetzungen 2 und 3 den Verfügungsgrund (AGE ZB.2017.29 vom 14. September 2017 E. 4.1 mit Nachweisen, ZB.2017.27 vom 21. August 2017 E. 5.2.1 mit Nachweisen).

Grundlage einer vorsorglichen Massnahme bilden können eine im Gesuchszeitpunkt bestehende, andauernde Verletzung, eine erstmals drohende Verletzung (Begehungsgefahr) und eine geschehene Verletzung, deren Wiederholung droht (Wiederholungsgefahr). Dabei kann eine andauernde Verletzung sowohl in einer aktuellen Verletzungshandlung als auch im Fortwirken einer Verletzungshandlung bestehen. Wenn im Zeitpunkt der Prüfung keine andauernde Verletzung mehr besteht, muss eine Verletzung drohen. Dies setzt voraus, dass mit einer Verletzung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit gerechnet werden muss bzw. dass eine solche ernsthaft zu befürchten ist (AGE ZB.2017.29 vom 14. September 2017 E. 4.2 mit Nachweisen).

Der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil kann materieller oder immaterieller Natur sein. Der Eintritt des befürchteten Nachteils muss aufgrund objektiver Anhaltspunkte wahrscheinlich sein. Die blosse Möglichkeit eines Nachteils genügt nicht (AGE

ZB.2017.29 vom 14. September 2017 E. 4.3 mit Nachweisen, ZB.2017.27 vom 21. August 2017 E. 5.2.2 mit Nachweisen). Der Eintritt oder eine Vergrösserung des Nachteils muss in der Zukunft drohen. Ein bereits eingetretener Nachteil kann eine vorsorgliche Massnahme nicht rechtfertigen (AGE ZB.2017.29 vom 14. September 2017 E. 4.3).

Für die rechtserheblichen Tatsachen gilt das Beweismass der Glaubhaftmachung. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte. Blosser Behauptungen oder Verdächtigungen ohne ernsthafte Indizien genügen zur Glaubhaftmachung nicht. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache jedenfalls erst dann, wenn ihr Vorliegen wahrscheinlicher ist als das Gegenteil. Die Rechtsfragen sind summarisch zu prüfen (AGE ZB.2017.29 vom 14. September 2017 E. 4.6 mit Nachweisen, ZB.2017.27 vom 21. August 2017 E. 5.2.3 mit Nachweisen).

2.2 Das Zivilgericht beschränkte das Verfahren auf die Fragen der Dringlichkeit und des auf den zivilrechtlichen Anspruch in der Hauptsache anwendbaren Rechts. Es wies das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen ab mit der Begründung, das Erfordernis der Dringlichkeit sei aufgrund des jahrelangen Zuwartens der Berufungskläger mit dem Gesuch nicht erfüllt (angefochtener Entscheid E. 2.1 f.). Die Berufungskläger machen geltend, die Dringlichkeit sei vom Zivilgericht zu Unrecht verneint worden und ihr Zuwarten mit dem Gesuch sei unter den gegebenen Umständen unschädlich. Nach Auffassung der Berufungsbeklagten verneinte das Zivilgericht die Dringlichkeit zu Recht. Im Folgenden ist zu erörtern, wie die Voraussetzung der zeitlichen Dringlichkeit zu konkretisieren ist, und unter welchen Voraussetzungen ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen wegen Zuwartens abzuweisen ist (vgl. unten E. 3). Anschliessend ist zu prüfen, ob das vorliegende Gesuch der Berufungskläger um vorsorgliche Massnahmen wegen Zuwartens abzuweisen ist. Dabei wird zunächst festgestellt, wann die für die Beurteilung der relativen Dringlichkeit massgebende Frist begonnen und geendet hat (vgl. unten E. 4). Anschliessend wird geprüft, ob zu einem späteren Zeitpunkt eine neue Frist begonnen hat (vgl. unten E. 5). Schliesslich wird auf einzelne Rügen der Berufungskläger gesondert eingegangen (vgl. unten E. 6).

3. Voraussetzung der relativen Dringlichkeit

3.1 Die Voraussetzung der zeitlichen Dringlichkeit wird in Art. 261 ZPO zwar nicht ausdrücklich genannt, ist aber in Rechtsprechung und Lehre anerkannt (BGer 4P.263/2004 vom 1. Februar 2005 E. 2.2, BGer vom 28. November 1990 in: SJ 1991 S. 113 E. 4c S. 116; AGE ZB.2017.29 vom 14. September 2017 E. 4.1, ZB.2017.27 vom 21. August 2017 E. 5.2.1; KGer BL 430 16 292 vom 7. Februar 2017 E. 5 und 5.3; HGer BE HG 13 149 vom 30. Juni 2014 E. IV.22.1; KGer JU CC 57/2009 vom 27. Juli 2009 E. 6.1, in: sic! 2010 S. 279, 283; OGer ZH LF160086 vom 2. März 2017 E. III.1, LF120077 vom 25. Februar 2013 E. 7a; David et al., SIWR I/2, 3. Aufl., Basel 2011, N 619; Rohner/Wiget, in: Gehri et al. [Hrsg.], ZPO Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2015, Art. 261 N 5; Schai, Vorsorglicher Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Diss. Basel 2009, Zürich 2010, N 205; Staub, in: Noth et al. [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar MSchG, 2. Aufl., Bern 2017, Art. 59 N 22; Sutter-Somm, a.a.O., N 1215; Treis, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar ZPO, Bern 2010, Art. 261 N 10; Zürcher, in: Brunner et al. [Hrsg.], ZPO Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 261 N 12). Im Folgenden wird die Bedeutung der Voraussetzung der zeitlichen Dringlichkeit näher untersucht. In Präzisierung eines von den Berufungsklägern zitierten Entscheids des Appellationsgerichts wird zunächst festgestellt, dass ein Zuwarten des Gesuchstellers mit dem Gesuch um vorsorgliche Massnahmen zu

dessen Abweisung führen kann (vgl. unten E. 3.2 f.). Als Massstab für die Beurteilung, unter welchen Voraussetzungen das Zuwarten die Abweisung des Gesuchs zur Folge hat, wird die relative Dringlichkeit identifiziert und definiert (vgl. unten E. 3.4-3.6). Alsdann wird festgestellt, dass die Ausführungen zur Abweisung eines Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen wegen Zuwartens auch dann gelten, wenn weitere Verletzungshandlungen vorgenommen werden oder drohen (vgl. unten E. 3.7). Schliesslich wird geprüft, wann eine Veränderung des Sachverhalts eine neue Frist für die Beurteilung der relativen Dringlichkeit auslöst (vgl. unten E. 3.8).

3.2 In einem von den Berufungsklägern zitierten Entscheid erwog das Appellationsgericht unter Verweis auf Staehelin (Staehelin, in: Jung/Spitz [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar UWG, Bern 2010, Art. 14 N 23; heute Staehelin, in: Jung/Spitz [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar UWG, 2. Aufl., Bern 2016, Vor Art. 9-13a UWG N 27), vorsorgliche Massnahmen setzen relative Dringlichkeit voraus. Eine solche liege vor, wenn das ordentliche Verfahren (bis zur letzten Instanz, soweit ein Rechtsmittel aufschiebende Wirkung hat) eindeutig länger dauere als das Massnahmeverfahren. Ein Hinauszögern bzw. ein Zuwarten durch den Gesuchsteller führe grundsätzlich nur im Fall eines Begehrens um Erlass einer superprovisorischen Massnahme zur Abweisung des Gesuchs. Vorsorgliche Massnahmen könnten demnach so lange verlangt werden, als die Gefahr der nicht mehr rechtzeitigen oder vollständigen Durchsetzung des Anspruchs bestehe, namentlich wenn noch weitere Verletzungen zu befürchten seien. Damit Untätigkeit bei vorsorglichen Massnahmen als rechtsmissbräuchliches Zuwarten qualifiziert werde, brauche es extrem langes Zuwarten (AGE ZK.2014.3 vom 22. Januar 2014 E. 3.2). In diesem Sinn könnte auch ein mehr als dreissig Jahre altes Urteil des Bundesgerichts zum inzwischen durch das UWG vom 19. Dezember 1986 ersetzten UWG vom 30. September 1943 verstanden werden (vgl. BGer vom 6. Oktober 1981 E. 3 in: Mitt. 1983/2 S. 148, 152). Bei diesen Erwägungen des Appellationsgerichts handelt es sich um obiter dicta, weil die Gesuchstellerinnen das Gesuch bereits rund drei Monate nach Kenntnisnahme von der mutmasslichen Verletzung ihres Verfügungsanspruchs eingereicht hatten (vgl. AGE ZK.2014.3 vom 22. Januar 2014 Sachverhalt und E. 3.2).

Daran kann aus den folgenden Gründen nicht festgehalten werden: Der Umstand allein, dass das ordentliche Verfahren eindeutig länger dauert als das Massnahmeverfahren, begründet keine Dringlichkeit. Die zeitliche Dringlichkeit setzt zumindest voraus, dass sich der drohende Nachteil ohne vorsorgliche Massnahme mit Abwarten eines Entscheids in der Hauptsache nicht verhindern lässt (AGE ZB.2017.29 vom 14. September 2017 E. 4.4, ZB.2017.27 vom 21. August 2017 E. 5.2.2; vgl. Huber, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 261 N 22; Leuenberger/Uffer-Tobler, a.a.O., N 11.192; Zürcher, a.a.O., Art. 261 N 12). Dass die Gefahr der nicht mehr rechtzeitigen oder vollständigen Durchsetzung des Anspruchs bestehen muss, ergibt sich bereits aus dem Erfordernis des Verfügungsgrunds. Indem dies als hinreichende Voraussetzung für die Dringlichkeit betrachtet würde, würde dieses zusätzliche Erfordernis jeglicher selbständigen Bedeutung beraubt. Vorsorgliche Massnahmen stellen einen realen Eingriff in die Rechtsposition der Gegenpartei auf provisorischer Basis dar (Zürcher, a.a.O., Art. 261 N 3). Es besteht die Gefahr, dass aufgrund der bloss summarischen Prüfung der bloss glaubhaft gemachten Tatsachen zum Nachteil der Gegenpartei materiell ungerechtfertigte Anordnungen getroffen werden, die in einem ordentlichen Verfahren nicht erlassen würden. Indem der Gesuchsteller mit dem Gesuch um eine vorsorgliche

Massnahme übermässig zuwartet, nimmt er dem Gesuchsgegner unnötigerweise die Möglichkeit, sich gegen die beantragte Massnahme im Rahmen eines ordentlichen Verfahrens mit vollständigem Beweisverfahren umfassend zu verteidigen (HGer BE HG 13 149 vom 30. Juni 2014 E. IV.22.5; vgl. Rüetschi, Die Verwirkung des Anspruchs auf vorsorglichen Rechtsschutz durch Zeitablauf, in: sic! 2002 S. 416, 420).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.