

Praktische Aspekte bei vorsorglichen Massnahmen im internationalen Zivilprozessrecht

Thomas Sprecher*

Inhalt

I.	Einleitung	2
II.	Beispielfall	4
III.	Rahmenbedingungen	5
	1. Sachverhalt	6
	a) Informationsbeschaffung	6
	b) Sachverhaltsgestaltung	6
	c) Prekäre Zeitverhältnisse	7
	2. Rechtliches	7
	a) Arrest	7
	b) Strafrechtliches Vorgehen	7
	c) Partei- und Prozessfähigkeit, Immunität, Schranken der Sicherungsbeschlagnahme	8
IV.	Internationale Zuständigkeit	9
	1. Zuständigkeit für vorsorgliche Massnahmen infolge Zuständigkeit für die Hauptsache	9
	2. Zuständigkeit bei fehlender Hauptsachezuständigkeit	10
	a) Art. 10 IPRG	10
	b) Art. 24 LugÜ	11
	c) Rechtshängigkeitssperre	12
	3. Andere internationale Zuständigkeit	13
	4. UNIDROIT/CAO-Übereinkommen über internationale Sicherungsrechte an beweglicher Ausrüstung	13
V.	Nationale Zuständigkeit	15
	1. Örtliche Zuständigkeit	15
	2. Sachliche und funktionelle Zuständigkeit	16
VI.	Einzelfragen des Verfahrens	16
	1. Anwendbares Recht	16
	a) Anwendbares Verfahrensrecht	17
	b) Anwendbares materielles Recht	17
	2. Kautionspflicht	18
	3. Sicherheitsleistungspflicht	19
	4. „Glaubhaftmachungsmittel“, Übersetzungen	19

* Für verschiedene Anregungen danke ich meinen Kollegen Dr. Ernst F. Schmid, LL.M., und Dr. Adrian Kammerer.

5.	Anträge	20
	a) Superprovisorium	20
	b) Strafandrohung	21
6.	Vorinformation	22
	a) Vorinformation des Richters	22
	b) Einbezug Dritter	23
VII.	Internationale Anerkennung und Vollstreckung	24

I. Einleitung

In Fällen mit Auslandbezug ist der schnelle Rechtsschutz häufig von besonderer Wichtigkeit. Vor fünf Jahren galt deshalb zu Recht eine ganze Tagung des Europa Instituts den vorsorglichen Massnahmen aus internationaler Sicht.¹ Dabei haben KARL SPÜHLER und MONIQUE JAMETTI GREINER verschiedene Ausführungen gemacht, die unverändert gelten und die ich hier vorab wiederholen und unterstreichen möchte.

1. Die Lehre zu den vorsorglichen Massnahmen im internationalen Zivilprozessrecht lässt sich so umschreiben: Bis Anfang der 1990er Jahre gab es fast keine, seither ist sie nahezu unübersichtlich geworden. Es gibt in ihr keine einheitliche Terminologie und keine allgemein akzeptierte Definition von vorsorglichen Massnahmen. Es wird auch von vorsorglichem Rechtsschutz gesprochen oder von vorsorglichen Anordnungen oder Massregeln,² und „vorsorglich“ wird gelegentlich synonym mit „vorläufig“ und mit „einstweilig“ gebraucht. Manchmal werden der Arrest und

¹ Vgl. SPÜHLER Karl (Hrsg.), *Vorsorgliche Massnahmen aus internationaler Sicht*, Zürich: Schulthess 2000.

² JAMETTI GREINER MONIQUE, *Der vorsorgliche Rechtsschutz im internationalen Verhältnis*, in: ZBJV 130 (1994), 649-677, 649: „In der Schweiz herrscht in bezug auf die Umschreibung der vorsorglichen Massnahmen eine erfrischende, unbekümmerte und von dogmatischen Überlegungen unbelastete Vielfalt an Bezeichnungen und Begriffen“; JAMETTI GREINER MONIQUE, *Grundsätzliche Probleme des vorsorglichen Rechtsschutzes aus internationaler Sicht*, in: KARL SPÜHLER (Hrsg.), *Vorsorgliche Massnahmen aus internationaler Sicht*, Zürich: Schulthess 2000, 11-34, 19 f.; BERTI STEPHEN V., *Vorsorgliche Massnahmen im Schweizerischen Zivilprozess*, in: *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, N.F. Bd. 116 (1997), Halbbd. 2, H. 2, 171-251, 178.

- die Beweissicherungsmassnahmen³ unter die zivilprozessualen vorsorglichen Massnahmen gezählt, manchmal nicht.
2. Bei den vorsorglichen Massnahmen im internationalen Verhältnis stellen sich „zahlreiche schwierige, zum Teil noch nicht höchstrichterlich entschiedene Probleme“⁴. Auf den ersten Blick entsprechen sie „exakt jenen, die für den Hauptprozess gelten. Es stellen sich dieselben Fragen nach der Zuständigkeit, dem anzuwendenden Recht und schliesslich nach der Anerkennung und Vollstreckung.“⁵
 3. „In vielen Prozessen sind die vorsorglichen Massnahmen von nicht minderer Bedeutung als der Hauptprozess selbst. Das gilt sowohl in rechtlicher als auch in psychologischer Hinsicht. Es gibt sogar Fälle, in denen die Sache mit dem vorsorglichen Massnahmenentscheid faktisch entschieden ist.“⁶
 4. Dessen ungeachtet herrscht für den internationalen vorsorglichen Rechtsschutz, verglichen mit der Ordnung des Gerichtsstandssystems des Brüsseler Übereinkommens und der Lugano-Konvention, „das Chaos“⁷. MONIQUE JAMETTI GREINER kommt zum Schluss:⁸ „Es dürfte utopisch sein, dass sich die internationale Rechtsgemeinschaft in absehbarer Zeit auf ein einigermaßen einheitliches Konzept des vorsorglichen Rechtsschutzes einigen könnte.“ Lediglich die sogenannten Helsinki-Regeln – eine 1996 verabschiedete Empfehlung der International Law Association zum vorsorglichen Rechtsschutz in Zivil- und Handelssachen⁹ – „bieten einen ersten, embryonalen Ansatz allgemeiner Prinzipien“.

³ Oder auch die vorsorgliche Beweisführung; vgl. dazu KOFMEHL SABINE, *Das Recht auf Beweis im Zivilverfahren*, Bern: Stämpfli 1992 (Abhandlungen zum schweizerischen Recht 538), 275 ff.; vgl. § 231 ZH-ZPO.

⁴ SPÜHLER, Vorwort.

⁵ JAMETTI GREINER, *Grundsätzliche Probleme*, 19.

⁶ SPÜHLER, Vorwort.

⁷ JAMETTI GREINER, *Grundsätzliche Probleme*, 23.

⁸ JAMETTI GREINER, *Grundsätzliche Probleme*, 31.

⁹ Die International Law Association (ILA) berief 1992 eine Arbeitsgruppe zum Thema „Catching the Foreign Defendant“. Sie erarbeitete die *Helsinki Principles*, welche im August 1996 von der ILA gebilligt wurde. Vgl. KOFMEHL EHZENZELLER SABINE, *Vorläufiger Rechtsschutz im internationalen Verhältnis: Regeln der International Law Association (ILA) anlässlich der Helsinki-Konferenz vom August 1996*, in: SZIER 1998, 177 ff.; KESSÉDJIAN CATHERINE, *Mesures provisoires et conservatoires à propos d'une résolution adoptée par l'Association de droit international*, in: *Journal du droit international* 1997, 107 ff.

Dem genaueren Blick zeigt sich, dass die Problemstellung für das Massnahmeverfahren, das eine eigene Prozessart ist,¹⁰ und jene für den Hauptprozess sehr unterschiedlich sein können. So stellt sich das *Problem der Zeit* für den Hauptprozess kaum, während es beim Massnahmeverfahren entscheidend sein kann. Zum geruhsam geübten rechtlichen Gehör des Hauptprozesses (*audiatur et altera pars*) in scharfem Gegensatz steht der Zwang zum eiligen, ja sofortigen Eingreifen. Der Faktor Zeit ist ja gewissermassen die *raison d'être* der vorsorglichen Massnahmen: Nur weil *schon* eine Gefahr im Verzug ist, der unverzüglich entgegengetreten, die sofort behoben sein will, und nur weil *noch* kein rechtskräftiges Urteil vorliegt, das die Rechtslage klärt, gibt es vorsorgliche Massnahmen. Vorsorgliche Massnahmen sind immer nur auf Zeit; insofern ist „einstweilig“ präziser als „vorsorglich“. Auch in internationalen Verhältnissen eignet den vorsorglichen Massnahmen das doppelte Spezifikum, dass sie erstens rasch oder – in einem elektronisch gestützten und beschleunigten Weltmarkt – sogar blitzschnell¹¹ ergehen müssen und dass sie zweitens befristet sind, dass ihnen ein Ablaufdatum inhärent ist.

Es ist dies ja eine Tagung für Praktiker, darum möchte ich keine sophistischen Loopings drehen, sondern meine Ausführungen mit der Anknüpfung an einen Fall am Boden halten. Es handelt sich nicht um eine Konstruktion und schöne Erfindung, sondern um einen Fall aus der Praxis, wobei allerdings einzuschränken ist, dass er dann nicht durchgespielt wurde. Ausserdem musste ich den Sachverhalt ein wenig für unsere Zwecke herrichten und straffen.

II. Beispielfall

Eine Gesellschaft, nennen wir sie die Brown Aircraft, hat ihren Hauptsitz in New York, USA. Sie ist organisiert nach dem Recht des Bundesstaates Delaware und im Bereich der Finanzierung von Luftfahrzeugen tätig. Die Brown Aircraft ist Eigentümerin des Flugzeugs Catchme. Sie hat das Flugzeug im Sommer 2002 an die Superbrasil verleast. Die Superbrasil ist ein brasilianisches Start-up-Unternehmen, welches sich im Bereich Luftfrachttransporte betätigt. Im brasilianischen Luftfahrzeugbuch ist die Brown Aircraft als Eigentümerin des Flugzeugs eingetragen.

¹⁰ BERTI, Vorsorgliche Massnahmen, 178.

¹¹ Vgl. dazu HARTWIEG OSKAR/GRUNERT JENS: Bedarf und Möglichkeiten provisorischer Eil Verfügungen im Online-Handel, in: www.rws-verlag.de/volltext/hartwieg.htm.

Nach Abschluss des Leasingvertrags wurden verschiedene Zusatzverträge abgeschlossen. Die Superbrasil ist weder unter dem Leasingvertrag noch unter den später zusätzlich abgeschlossenen Vereinbarungen ihren Verpflichtungen je nachgekommen. Sie hat das Flugzeug benutzt, ohne die Leasingraten noch die ebenfalls vertraglich geschuldeten sogenannten Maintenance Reserves an die Brown Aircraft je zu zahlen.

Nachdem die Superbrasil trotz mehrerer Mahnungen nicht bezahlt hatte, kündigte die Brown Aircraft den Vertrag. Gleichzeitig verlangte sie das Flugzeug (inklusive aller Triebwerke, Fahrwerke, Flugzeugpapiere, Ersatzteile etc.) heraus. Im Juli 2003 reichte sie beim gemäss Gerichtsstandsvereinbarung im Leasingvertrag zuständigen Gericht in New York, dem United States District Court for the Southern District of New York (nachfolgend „SDNY“) Klage gegen die Superbrasil ein, wobei sie geltend machte: Vertragsbruch („Breach of the Lease“), ungerechtfertigte Bereicherung („Unjust Enrichment“), Verschaffung des Besitzes am Flugzeug („Re-Possession of the Aircraft“), Unterlassung des weiteren Gebrauchs des Flugzeugs („Injunctive Relief“), Instandstellung des Flugzeugs („Conversion“) sowie Verletzung der Garantievereinbarung („Breach of the Guarantee“). Das Verfahren in New York ist hängig, ein Entscheid ausstehend.

Die Superbrasil verhielt sich nach Klageeinleitung nicht anders als vorher. Weder leistete sie irgendwelche Zahlungen – vermutlich, weil sie sich in einer desolaten finanziellen Lage befand – noch gab sie das Flugzeug heraus. Vielmehr flog sie mit ihm weiter in der Welt herum und führte Frachttransporte aus, wobei sie die USA geflissentlich mied.

Im Herbst 2003 erfuhr die Brown Aircraft, dass die Superbrasil mit dem Flugzeug Catchme auch den Flughafen Kloten anfliegen wolle. Es stellte sich für sie die Frage, ob es möglich sei, das Flugzeug in der Schweiz sicherzustellen.

III. Rahmenbedingungen

Nach dem sogenannten Justizgewährungsanspruch¹² ist jeder Kläger – also auch jeder Ausländer – frei, eine zivilrechtliche Streitigkeit dort anhängig zu machen, wo ihm das Gesetz einen Gerichtsstand zur Verfügung stellt. Bevor aber ein gerichtliches Verfahren ernsthaft geplant werden konnte, mussten die sachverhaltlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen feststehen. „Vorfragen“

¹² Vgl. GEIMER REINHOLD, Internationales Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Köln 1997, Rz 336.

sind es insofern nicht, als sie sich logisch zum Teil erst beantworten lassen, wenn einmal die internationale Zuständigkeit feststeht. Sie seien hier aber zum Zwecke der Übersichtlichkeit zusammengefasst.

1. Sachverhalt

a) Informationsbeschaffung

Vorsorgliche Massnahmen, wenn sie auf einseitiges Vorbringen getroffen werden sollen, haben regelmässig, wie der Arrest, etwas Überfallartiges. Dies bedeutet, dass die Gesuchstellerin einerseits alle relevanten Tatsachen in Erfahrung bringt, die sie vor dem Massnahmerichter darlegen muss, und dass die Gesuchsgegnerin nicht Wind von ihrem Vorhaben bekommen darf. In internationalen Verhältnissen ist Letzteres vielleicht schwerer zu kontrollieren.

Zunächst war vorliegend in Erfahrung zu bringen, wie man herausfindet, ob und wann ein bestimmtes Frachtflugzeug Zürich ansteuert, und wie man sicherstellt, dass diese Erkundigung den betreffenden Piloten und der Betreiberin des Flugzeugs nicht bekannt wird.

Die Superbrasil und die Piloten der Catchme durften keine Kenntnis von vorsorglichen Massnahmen in der Schweiz erhalten oder nur schon von Absichten, solche zu erlangen, damit die Catchme die Schweiz nicht umflog und damit das Ziel der vorsorglichen Massnahme von vornherein vereitelte.¹³ Jede vorsorgliche Massnahme war auf den Überraschungseffekt angewiesen.¹⁴

b) Sachverhaltsgestaltung

Wenn der in Erfahrung gebrachte Sachverhalt im Hinblick auf die ins Auge gefassten vorsorglichen Massnahmen nicht genügt, ist zu beurteilen, ob er entsprechend verändert werden kann. Wenn sich zum Beispiel Zürich als optimaler Massnahmengerichtsstand erweist, die Betreiberin aber mit dem Flugzeug an sich gar nie Kloten anzufliiegen beabsichtigt, könnte ihr durch einen Dritten ein Frachtauftrag gegeben werden, der Kloten als Destination vorsieht.

¹³ Nach Art. 280 Abs. 1 des Vorentwurfs der neuen schweizerischen Zivilprozessordnung ist die Vereitelungsgefahr ein Anwendungsfall der besonderen Dringlichkeit, welche Voraussetzung für vorsorgliche Massnahmen bildet.

¹⁴ BGE 129 III 626, E. 5.2.1 spricht von einem „solchen Massnahmen eigenen und typischen Überraschungseffekt“.

c) Prekäre Zeitverhältnisse

Vorliegend war ferner zu erfahren, dass es vom Moment an, in dem die Brown Aircraft Kenntnis davon erhalte, dass die Catchme nach Zürich fliegen wird, nur noch ein bis zwei Tage dauern würde, bis die Catchme tatsächlich in Kloten landete.

Die Massnahme konnte also erst relativ spät angebeht werden. Genauer: Der Gesuchstellerin würde nur sehr wenig Zeit bleiben, das Gesuch fertigzustellen, und dem Richter wenig Zeit, es zu behandeln. Die Massnahme durfte andererseits aber natürlich auch nicht zu spät ausgesprochen werden, nämlich erst dann, wenn das Flugzeug die Schweiz schon wieder verlassen hätte. Dann wäre es keine vorsorgliche Massnahme mehr gewesen, sondern eine nachhinkende oder nachwinkende.

Unbekannt blieb, wie lange dieses Zeitfenster von der Landung bis zum Abflug offen stehen würde – unter Umständen nur ein paar Stunden, nämlich während jener Zeit, in der das Flugzeug entladen und wieder beladen, allenfalls auch aufgetankt würde.

2. Rechtliches

a) Arrest

Ein Arrest kam nicht in Frage. Aufgrund Art. 81 Luftfahrtgesetz können Luftfahrzeuge anlässlich eines Zwischenhaltes in der Schweiz während eines gewerbmässigen Flugs nur für Forderungen verarrestiert werden, die einen unmittelbaren Zusammenhang mit diesem Flug haben.¹⁵ Es ging für die Brown Aircraft aber auch nicht um Verarrestierung schuldnerischer Vermögensstücke, sondern um die Blockierung oder allenfalls Herausgabe eigenen Vermögens.

b) Strafrechtliches Vorgehen

Zu betrachten ist in solchen Fällen auch, ob das Strafrecht beziehungsweise das Rechtshilferecht eine Handhabe bieten. Eine ausländische Strafverfolgungsbehörde kann die zuständige Schweizer Strafuntersuchungsbehörde um die Vornahme einer vorsorglichen Massnahme zur Erhaltung des bestehenden Zustandes, zur Wahrung bedrohter rechtlicher Interessen oder zur Sicherung gefährde-

¹⁵ BGE 115 III 130; SchKG-STOFFEL, Art. 271 N 43.

ter Beweismittel ersuchen.¹⁶ Diese vorsorglichen Massnahmen, z.B. eine Beschlagnahmeverfügung, können vorgenommen werden, wenn die Rechtshilfe nicht offensichtlich unzulässig oder unzumutbar erscheint. Ist Gefahr im Verzug und liegen ausreichende Angaben zur Beurteilung der Voraussetzungen vor, so können diese Massnahmen auch vom Bundesamt für Justiz angeordnet werden, sobald ein Ersuchen angekündigt ist, wobei für diese Ankündigung ein blosser Telefonanruf genügt. Dieses schnelle und unkomplizierte Vorgehen würde aber voraussetzen, dass im ersuchenden Staat ein Strafverfahren läuft; ein solches müsste also gegebenenfalls erst eingeleitet werden.

c) *Partei- und Prozessfähigkeit, Immunität, Schranken der Sicherungsbeschlagnahme*

Besonders zu prüfen ist bei ausländischen Parteien bzw. Beteiligten ihre Stellung vor Schweizer Gerichten, vor allem die Partei- und Prozessfähigkeit, Prozessführungsbefugnis und Prozessstandschaft, Postulationsfähigkeit und Prozessvollmacht (zivilprozessuales Fremdenrecht).¹⁷

Vorliegend war die Superbrasil keine staatliche Organisation. Deshalb stellte sich die Frage nach einer möglichen *Immunität* der Gesuchsgegnerin a priori nicht.¹⁸ Auch konnte die Frage verneint werden, ob nach dem Abkommen zur Vereinheitlichung von Regeln über die Sicherungsbeschlagnahme von Luftfahrzeugen¹⁹ – die sogenannte Römer Konvention („Rome Convention“ – eine Beschlagnahme untersagt war.

¹⁶ Bundesamt für Justiz, Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 8. Aufl. 1998, 35; Art. 63 ff. IRSG.

¹⁷ Vgl. HÄFLIGER RUTH, Die Parteifähigkeit im Zivilprozess, Diss. Zürich 1987; SCHWANDER IVO, Internationale Bezüge im Erkenntnisverfahren, in: SPÜHLER KARL (Hrsg.), Internationales Zivilprozess- und Verfahrensrecht III, Zürich: Schulthess 2003, 81-128, 89 ff.

¹⁸ Vgl. dazu WALTER GERHARD, Vorsorgliche Massnahmen bei fehlender Hauptsachezuständigkeit, in: KARL SPÜHLER (Hrsg.), Vorsorgliche Massnahmen aus internationaler Sicht, Zürich: Schulthess 2000, 121-140, 123 ff.; vgl. auch Art. 27 des Übereinkommens über die internationale Zivilluftfahrt (AS 1971, 1305; SR 0.748.0) in Bezug auf Immunität gegenüber Ansprüchen aus Immaterialgüterrecht (SchKG-STAEHELIN, Art. 30a N 609).

¹⁹ Abkommen zur Vereinheitlichung von Regeln über die Sicherungsbeschlagnahme von Luftfahrzeugen von 1933, von der Bundesversammlung genehmigt am 26. Oktober 1949 (SR 0.748.671); vgl. SchKG-STAEHELIN, Art. 30a N 61, und ferner das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Föderativen Republik Brasilien über den Luftlinienverkehr vom 29. Juli 1998 (SR 0.748.127.191.98).

IV. Internationale Zuständigkeit

Es lag ein Sachverhalt mit rechtsrelevantem Auslandbezug vor: Die Brown Aircraft hatte ihren Hauptsitz in New York, während die Superbrasil in Brasilien domiziliert war. Beide stritten um eine Sache, die bald in der Schweiz belegen sein würde.

Für den rechtsanwendenden Juristen ist der Zugang zum zuständigen Richter entscheidend. „Wer das erste Knopfloch verfehlt“, sagte Goethe in seinen *Maximen und Reflexionen*, „kommt mit dem Zuknöpfen nicht zu Rande.“²⁰ So ist es mit der Zuständigkeit. Zu fragen ist demnach zunächst nach der internationalen Zuständigkeit der Schweiz.

1. Zuständigkeit für vorsorgliche Massnahmen infolge Zuständigkeit für die Hauptsache

Ein schweizerisches Gericht kann für ein Hauptsacheverfahren zuständig sein nach autonomem Recht, also nach dem IPRG, oder nach Staatsvertragsrecht (LugÜ oder anderer Staatsvertrag). Ist es für ein Hauptsacheverfahren zuständig, so auch für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen, und zwar unabhängig davon, ob sich die Zuständigkeit bereits aktualisiert hat oder einfach nur aktualisieren könnte.²¹

Nun hatte die Brown Aircraft beim für die Hauptsache zuständigen Gericht in New York Klage eingereicht und dort auch vorsorgliche Massnahmen anbegehrt. Da es die Superbrasil vermied, US-amerikanisches Territorium anzufliegen, war es dem mit der Hauptsache befassten Richter allerdings nicht möglich, das Flugzeug innert nützlicher Frist blockieren zu lassen.

Umgekehrt wäre für die Hauptsache nach IPRG wohl kein Gerichtsstand in der Schweiz in Frage gekommen: nicht der ordentliche Richter (Art. 123 IPRG), der Arrestrichter (Art. 4 IPRG) oder der Notgerichtstandsrichter (Art. 3 IPRG). Es lag auch keine besondere Zuständigkeit vor (Erfüllungsort, Art. 113 IPRG, Handlungsort, Art. 129 IPRG, vermutlich auch kein Ort der gelegenen Sache nach Art. 98 Abs. 2 IPRG), keine Gerichtsstandsvereinbarung bzw. keine sol-

²⁰ Weimarer Ausgabe, 42, 2, 225. Ich verdanke den Vergleich MAX KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4. Aufl., Bern 1984, 86.

²¹ WALTER, Vorsorgliche Massnahmen, 485; EuGH i.S. Van Uden Maritime BV v. Deco-Line u.a., 17. November 1998, Rs. C-391/95, Slg. 1998, S. I-7091 (LS 1).

che mit Gerichtsstand in der Schweiz (Art. 5 IPRG), und wohl auch keine vorbehaltlose Einlassung (Art. 6 IPRG).

Es wäre zwar grundsätzlich möglich gewesen, vor dem zuständigen US-Gericht eine Verfügung auf Herausgabe des Flugzeuges zu erwirken und diese Verfügung anschliessend in der Schweiz *anerkennen und vollstrecken* zu lassen. Ein solches Verfahren ist aber notorisch mit hohem Zeit- und Arbeitsaufwand verbunden und hätte deshalb vorliegend evidenterweise jedenfalls in der Schweiz nicht zum Ziel geführt, da rasches Handeln innerhalb eines sehr engen Zeitrahmens entscheidend war.

Im Lichte der neusten bundesgerichtlichen Praxis²² wäre auch die Vollstreckung des Entscheides eines Gerichtes aus einem anderen Staat, z.B. aus England, möglich gewesen.

2. Zuständigkeit bei fehlender Hauptsachezuständigkeit

Wir haben also den Fall einer fehlenden Hauptsachezuständigkeit vor uns. Auch dann aber kann eine internationale Zuständigkeit schweizerischer Gerichte für vorsorgliche Massnahmen gegeben sein, und zwar wiederum nach Massgabe des LugÜ, eines anderen multi- oder bilateralen Staatsvertrags oder des IPRG. Auch hier lassen sich die massgeblichen Rechtsgrundlagen anhand folgender Fragen bestimmen:²³

- Handelt es sich um eine Zivil- und Handelssache, ist also der sachliche Anwendungsbereich des LugÜ gegeben?
- Wenn nein: Enthält ein anderer multilateraler oder bilateraler Staatsvertrag eine Regelung zum vorsorglichen Rechtsschutz?
- Wenn nein: Was sagt das IPRG?

a) Art. 10 IPRG

Nach Art. 10 IPRG sind die Schweizer Gerichte zum Erlass von vorsorglichen Massnahmen in einem internationalen Verhältnis auch dann zuständig, wenn sie dies in der Hauptsache nicht sind. Eine vorsorgliche Massnahme kann demnach erlassen werden unabhängig davon, ob für die Hauptsache ein Schweizer

²² BGE 129 III 626; vgl. FN 61.

²³ Vgl. JAMETTI GREINER, Der vorsorgliche Rechtsschutz, 653.

Gericht zuständig ist.²⁴ Art. 10 IPRG trägt dem Umstand Rechnung, dass einstweiliger Rechtsschutz dort gewährt werden muss, wo er gebraucht wird.

Anzumerken ist, dass das IPRG nicht nur in Art. 10, sondern auch in mehreren anderen Bestimmungen (Ehescheidung, Art. 62; Erbrecht, Art. 89 und 96; Gesellschaftsrecht, Art. 153; Konkursrecht, Art. 168; internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Art. 183) von einstweiligen oder vorsorglichen Massnahmen spricht. Er statuiert damit weitere Massnahmezuständigkeiten, die gegenüber Art. 10 IPRG als *leges speciales* verstanden werden können.²⁵ Auch sie sind zu prüfen.

b) Art. 24 LugÜ

Beim LugÜ²⁶ ist Art. 24 heranzuziehen: „Die in dem Recht eines Vertragsstaats vorgesehenen einstweiligen Massnahmen einschliesslich solcher, die auf eine Sicherung gerichtet sind, können bei den Gerichten dieses Staats auch dann beantragt werden, wenn für die Entscheidung in der Hauptsache das Gericht eines anderen Vertragsstaats aufgrund dieses Übereinkommens zuständig ist.“ Nach Art. 24 LugÜ (und Art. 31 EG-Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung Nr. 44/2001 [EuGVO]) gelten für Anordnungen des einstweiligen Rechtsschutzes demnach alle Gerichtsstände, die im LugÜ für die Geltendmachung der Hauptsache vorgesehen sind. Sodann können Anordnungen des einstweiligen Rechtsschutzes an den vom jeweiligen nationalen Recht hierfür vorgesehenen Gerichtsständen beantragt werden.

Art. 24 LugÜ lässt ebenfalls zu, dass die Zuständigkeit in Bezug auf die Hauptsache und die Zuständigkeit in Bezug auf den Erlass vorsorglicher Massnahmen auseinanderfallen. Vorausgesetzt ist nur, dass für die Hauptsache die Gerichte eines Vertragsstaates zuständig sein sollen. Ist dies der Fall, können die Gerichte auch aller anderen Vertragsstaaten für den Erlass vorsorglicher Massnahmen zuständig sein. Art. 24 LugÜ verweist also auf das nationale Recht der Vertragsstaaten. Für die Schweiz bedeutet dies, dass auch die im IPRG enthaltenen Gerichtsstände für vorsorgliche Massnahmen gegeben sind. Damit kommt Art. 10 IPRG auch im Verhältnis zu anderen Vertragsstaaten des LugÜ zur Anwendung.

²⁴ Die Praxis hat dies für Scheidungs- und Trennungsverfahren eingeschränkt (BGE vom 5.3.1991, in: SZIER 1992, 194).

²⁵ VOLKEN, IPRG-Kommentar, Art. 10 N 18 ff., 30. Für den Arrest gilt Art. 272 SchKG.

²⁶ Vorliegend wohl nicht anwendbar, da weder die USA noch Brasilien Vertragsstaaten sind.

Ein Gläubiger kann sich demnach wahlweise wenden an ein nach dem LugÜ oder aber nach dem nationalen Verfahrensrecht zuständiges Gericht. Deshalb können grundsätzlich alle nationalen Zuständigkeitsvorschriften eine Zuständigkeit begründen.

Nach dem Van Uden-Entscheid²⁷ des EuGH (der „im Resultat so etwas wie ein Skelett eines europäischen Rechts des einstweiligen Rechtsschutzes geschaffen“ hat²⁸) setzt Art. 24 LugÜ allerdings voraus, dass zwischen dem Gegenstand der einstweiligen Massnahme und der örtlichen Zuständigkeit des Vertragsstaates des angerufenen Gerichts eine „reale Verknüpfung“ besteht.²⁹ Diese „reale Verknüpfung“ ist demnach eine ungeschriebene Voraussetzung für die Anordnung einstweiliger Massnahmen.³⁰

Das LugÜ definiert den Begriff der einstweiligen Massnahme übrigens nicht. Art. 24 schliesst aber ausdrücklich Massnahmen ein, die auf eine Sicherung gerichtet sind. Darunter fallen neben dem Arrest auch die vorsorglichen Massnahmen des Schweizer Rechts.³¹ Nach dem EuGH sind einstweilige Massnahmen solche, „die auf in den Anwendungsbereich des Übereinkommens fallenden Rechtsgebieten ergehen und eine Sach- oder Rechtslage erhalten sollen, um Rechte zu sichern, deren Anerkennung im übrigen bei dem in der Hauptsache zuständigen Gericht beantragt wird“.³²

c) Rechtshängigkeitssperre

Sowohl gemäss Art. 21 LugÜ wie nach Art. 9 IPRG greift eine Rechtshängigkeitssperre ein, wenn bei Gerichten verschiedener Staaten Klagen wegen desselben Anspruchs zwischen denselben Parteien anhängig gemacht werden. Dies gilt für den Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes hingegen nicht, und zwar auch dann nicht, wenn vor dem ausländischen Richter die Hauptsache bereits rechtshängig gemacht worden ist. Eine ausländische Rechtshängigkeit gemäss

²⁷ EuGH i.S. Van Uden Maritime BV v. Deco-Line u.a., 17. November 1998, Rs. C-391/95, Slg. 1998, S. I-7091 (LS 1).

²⁸ WALTHER FRIDOLIN M.R., Neuere Entwicklungen im europäischen und interregionalen Prozessrecht – oder: Die Europäisierung, Regionalisierung und Internationalisierung des Prozessrechts, in: Revue 1/2000, 7-12, 8.

²⁹ Entscheid Van Uden, Rz 40; WALTER, Internationales Zivilprozessrecht, 488.

³⁰ KROPHOLLER JAN, Europäisches Zivilprozessrecht, 7. Aufl., Heidelberg 2002, Art. 31 N 15.

³¹ WALTER, Internationales Zivilprozessrecht, 487.

³² EuGH i.S. Van Uden Maritime BV v. Deco-Line u.a., 17. November 1998, Rs. C-391/95, Slg. 1998, S. I-7091 (LS 1); KROPHOLLER, Art. 31 N 1.

Art. 9 IPRG ist nur bei einer Klage zu beachten, für welche sowohl das ausländische wie das Schweizer Gericht internationale Zuständigkeit beanspruchen.³³ Keine Klageidentität liegt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vor, wenn in derselben Sache abweichende Rechtsbegehren gestellt werden.³⁴

3. Andere internationale Zuständigkeit

Mindestens summarisch hat der involvierte Anwalt zu prüfen, ob gegenüber der ins Auge gefassten Zuständigkeit eine andere eventuell erreichbare internationale Zuständigkeit für eine vorsorgliche Massnahme für seinen Klienten vorteilhafter wäre. In unserem Fall war anzunehmen, dass das Flugzeug Catchme Fracht auch in andere Länder transportieren würde, wo ein ähnliches Szenario hätte durchgespielt werden können. Da der Hauptprozess schon anhängig und damit der Hauptsachengerichtsstand festgelegt war, hätte sich eine solche Prüfung auf die vorsorglichen Massnahmen beschränkt. Sie hätte sich etwa zum Kriterium nehmen können, ob eine bestimmte gewünschte Form einer vorsorglichen Massnahme in einem nationalen Recht vorgesehen ist und in einem anderen nicht. Nationale Unterschiede gibt es insbesondere bei den Leistungsmassnahmen.

4. UNIDROIT/ICAO-Übereinkommen über internationale Sicherungsrechte an beweglicher Ausrüstung

Ich kann hier nicht auf alle Besonderheiten des staatsvertraglichen Luftfahrtrechts eingehen. Hinzuweisen ist aber doch auf das Übereinkommen über internationale Sicherungsrechte an beweglicher Ausrüstung (*Convention on International Interests in Mobile Equipment* [MEÜ]) und das dazugehörige Protokoll über Luftfahrzeugausrüstung (*Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters specific to Aircraft Equipment*, welche am 16. November 2001 an einer Diplomatischen Konferenz in Kapstadt unter der gemeinsamen Schirmherrschaft von UNIDROIT und der Internationalen Zivilluftfahrts-Organisation ICAO (International Civil Aviation Organization) verabschiedet wurden.³⁵ Die Schweiz hat Übereinkommen und Protokoll am

³³ WALTER, Internationales Zivilprozessrecht, 497 f.

³⁴ BGE 84 I 225; VOLKEN, IPRG-Kommentar, Art. 9 N 51.

³⁵ Vgl. dazu näher GRAHAM-SIEGENTHALER BARBARA, Neuere Entwicklungen im internationalen Kreditsicherungsrecht, Das UNIDROIT/ICAO-Übereinkommen über internationale Sicherungsrechte an mobilen Ausrüstungsgegenständen, in: AJP 3/2004, 291-309, mit weiteren Hinweisen.

16. November 2001 unterzeichnet und gehört damit zu den 26 Unterzeichner-Staaten. Bisher haben nur drei Staaten Übereinkommen und Protokoll ratifiziert.³⁶ Das MEÜ ist am 1. April 2004 in Kraft getreten.

Ausgangspunkt für das Übereinkommen war der Umstand, dass an hochwertigen mobilen Gütern wie Flugzeugen oder Eisenbahnrollmaterial die Sicherungsrechte (Eigentumsvorbehalt, Sicherungseigentum, Pfandrechte, Leasing), welche nach nationalem Recht begründet wurden, häufig ausserhalb der eigenen Rechtsordnung nicht anerkannt werden. Insbesondere die Luftfahrtindustrie hatte ein Interesse daran, dass ihre so begründeten Sicherheiten ihre Werthaltigkeit im Ausland nicht verlören. Durch das neue Übereinkommen wurde ein international anerkanntes Sicherungsrecht an finanziell hochwertigen mobilen Gütern wie Luftfahrzeugen, rollendem Eisenbahnmateriale oder Weltraumaus-rüstung geschaffen. Dieses Sicherungsrecht umfasst auch etwa das Recht des Sicherungsgebers gestützt auf einen Leasingvertrag. Es wird vertragsautonom begründet, d.h. ohne Rückgriff auf nationale Rechtsordnungen. Seine transnationale Wirksamkeit *inter partes* hängt von der Registrierung in einem noch zu schaffenden zentralen Internationalen Register ab (Art. 16 f. MEÜ). Der Sitzstaat für das Register ist noch nicht bekannt; verschiedene Staaten haben ihr Interesse angemeldet.

Das Übereinkommen enthält in Art. 13 auch detaillierte Bestimmungen über den vorläufigen Rechtsschutz (vorläufige Eilmassnahmen, „interim relief“). Jeder Vertragsstaat hat sicherzustellen, dass ein Gläubiger im Sicherungsfall bis zur endgültigen Entscheidung die gerichtliche Anordnung einer oder mehrerer der vorgesehenen vorläufigen Massnahmen erlangen kann. Der Gläubiger kann beim zuständigen Gericht (Art. 43 MEÜ) Massnahmen erwirken, die auf die Erhaltung des belasteten Sicherungsobjektes und seines Wertes, die Inbesitznahme, Kontrolle und Verwahrung, die Ausserbetriebnahme des Sicherungsgutes, die Vermietung oder Verwaltung sowie die Zuweisung der Erträge aus dem Sicherungsobjekt gerichtet sind. Zusätzlich können die durch das anwendbare nationale Recht vorgesehenen Massnahmen ergriffen werden. Auch das Luftfahrzeugsaus-rüstungsprotokoll erweitert den Katalog der Rechtsbehelfe (Art. X Prot.).

³⁶ Der englische Originaltext findet sich unter www.unidroit.org/english/internationalinterests/conference2001/finalact.pdf, eine deutsche Übersetzung unter <http://www.unidroit.org/german/conventions/mobile-equipment/mobile-equipment.pdf>. Eine amtliche deutsche Übersetzung ist sodann abgedruckt in: IPRax 2003, 276 ff.

Die internationale Zuständigkeit der Gerichte eines Vertragsstaates ergibt sich dadurch, dass die Parteien eine entsprechende Gerichtsstandsvereinbarung getroffen haben, oder dadurch, dass sich die belastete Sache auf dem Gebiet dieses Staates befindet, und ausnahmsweise auch dadurch, dass der Schuldner seinen Sitz im entsprechenden Vertragsstaat hat (Art. 43 MEÜ).

Die Vertragsstaaten können die Bestimmungen zum vorsorglichen Rechtsschutz mittels Vorbehalt ganz oder teilweise ausschliessen, da insoweit ein Eingriff in das jeweilige nationale Prozessrecht vorliegt (Art. 55 MEÜ).

Art. 45 MEÜ bestimmt mit Rücksicht auf die insolvenzrechtliche Ordnung, insbesondere auch auf die Europäische Insolvenzverordnung 1346/2000, dass die gerichtliche Zuständigkeitsregelung des Übereinkommens bei Insolvenzverfahren nicht anzuwenden ist.

V. Nationale Zuständigkeit

Art. 10 IPRG begründet nur die *internationale* Zuständigkeit schweizerischer Gerichte. Die *nationale* (sachliche, örtliche, funktionelle) Zuständigkeit regelt das IPRG nicht.

1. Örtliche Zuständigkeit

Aus diesem Grund kommt in Bezug auf die örtliche Zuständigkeit das Gerichtsstandsgesetz (GestG) zur Anwendung.³⁷ Dies gilt indirekt auch im Anwendungsbereich des LugÜ, wo nach herrschender Lehre das IPRG die örtliche Zuständigkeit bestimmt;³⁸ Art. 10 IPRG führt aber wieder zum GestG. Dieses legt die örtliche Zuständigkeit innerhalb der Schweiz abschliessend fest.³⁹

Nach seinem Art. 1 Abs. 2 lit. c bleiben gegenüber dem GestG die Bestimmungen über die Zuständigkeit auf dem Gebiet der Luftfahrt vorbehalten. Art. 1

³⁷ An sich legt das GestG die Zuständigkeitsordnung nur im Binnenverhältnis fest; in internationalen Verhältnissen kommt es nur subsidiär zur Anwendung (DIETRICH, Komm. GestG, Zürich 2001, Art. 33 N 100, 105 f.; VOCK DOMINIK, Fragen aus dem Gerichtsstandsgesetz – hat das Gerichtsstandsgesetz auch internationale Bezüge?, in: SPÜHLER KARL (Hrsg.), Internationales Zivilprozess- und Verfahrensrecht, Zürich: Schulthess 2001, 1-14, 2 f.).

³⁸ VOCK, 3.

³⁹ Vorbehalten bleiben nur kantonale Gerichtsstandsbestimmungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen, welche sich direkt auf *kantonales Recht* stützen (DIETRICH, Komm. GestG, Zürich 2001, Art. 33 N 31).

Abs. 2 lit. c GestG wäre aber vorliegend wohl nicht anwendbar gewesen.⁴⁰ So hätte sich die Anwendung von Art. 33 GestG ergeben,⁴¹ wonach nicht nur das Gericht am Ort, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist, vorsorgliche Massnahmen erlassen kann. Vielmehr ist die örtliche Zuständigkeit alternativ immer auch dort gegeben, wo die Massnahme *vollstreckt* werden soll. Das wäre also in Zürich-Kloten gewesen. Dieser Massnahmegerichtsstand am Vollzugsort ist im Kanton Zürich etwas Neues; er war vor dem Inkrafttreten des GestG in den meisten Kantonen unbekannt.⁴²

2. Sachliche und funktionelle Zuständigkeit

Die *sachliche* und *funktionelle* Zuständigkeit richten sich nach kantonalem Recht.⁴³ Nach § 222 ZH-ZPO ist der Einzelrichter im summarischen Verfahren zuständig.

VI. Einzelfragen des Verfahrens

Steht die Zuständigkeit fest, stellen sich verschiedene Verfahrensfragen. So fragt es sich, welches Recht anzuwenden ist, wie es sich mit der Kautions- und der Sicherheitsleistungspflicht verhält, welche Mittel in welcher Sprache zur Glaubhaftmachung des Tatsachenfundaments einzureichen sind.

1. Anwendbares Recht

Vorab sei die Bemerkung erlaubt, dass der nationale Richter bei internationalen Sachverhalten die internationale Dimension tatsächlich berücksichtigen soll (und gleichzeitig auch die richtige Dimension der Internationalität), nicht erst und nicht nur bei den Anwendung fremden Rechts, sondern bei seiner ganzen Tätigkeit, bei der Erfassung des Sachverhalts, bei allen seinen Wertungen.

⁴⁰ Da es nicht um eine Klage aus Haftpflicht gegenüber Drittpersonen (Art. 67 LFG), nicht um eine Schadenersatzklage wegen ungerechtfertigter Sicherungsbeschlagnahme (Art. 84 LFG) und nicht um eine Klage aus Haftung des Luftfrachtführers ging (Art. 12 LTrR) und es sich schliesslich auch nicht um eine dringliche Klage betreffend eines Luftfahrzeuges handelte, welches im Luftfahrzeugbuch eingetragen ist (Art. 61 LFBG) (vgl. DASSER, Komm. GestG, Zürich 2001, Art. 1 N 69 ff.).

⁴¹ Auch keine durch das GestG vorgesehenen besonderen Massnahmegerichtsstände waren gegeben.

⁴² DIETRICH, Komm. GestG, Zürich 2001, Art. 33 N 66.

⁴³ DIETRICH, Komm. GestG, Zürich 2001, Art. 33 N 30.

a) Anwendbares Verfahrensrecht

Vor einem zürcherischen Gericht gilt für das Verfahren nach ungeschriebenem geltenden Recht (noch) das kantonale Recht, also die zürcherische ZPO.⁴⁴ In der neueren Lehre wird indes das vermehrte Heranziehen ausländischen Prozessrechts gefordert.⁴⁵

b) Anwendbares materielles Recht

Das zuständige Gericht bestimmt über sein Kollisionsrecht, welchem materiellen Recht der geltend gemachte Anspruch unterliegt, wenn die Parteien keine Rechtswahl getroffen haben. Bei vorsorglichen Massnahmen ist es allerdings umstritten, ob sie dem anwendbaren materiellen Sachrecht oder stets der *lex fori* unterstehen sollen.⁴⁶ Es scheint sinnvoll, vorsorgliche Massnahmen nach dem Sachstatut des Hauptsacheverfahrens zu beurteilen, insbesondere was die Hauptsacheprognose betrifft.⁴⁷ Ist das Hauptverfahren bereits im Ausland hängig, ist das anwendbare Recht nach dem IPR des Hauptsachegerichtes zu ermitteln.⁴⁸

Nach Art. 16 Abs. 1 IPRG ist der Inhalt des anzuwendenden ausländischen Rechts zwar von Amtes wegen festzustellen. Es kann aber auch die Mitwirkung der Parteien verlangt werden.

Die Ermittlung ausländischen Rechts von Amtes wegen kann sehr zeitaufwendig sein. Wenn aber der Richter zwei Wochen braucht, bis er die relevanten Rechtsgrundlagen nur schon gefunden, geschweige denn gelesen, verstanden, ausgelegt und angewandt hat, braucht er unter Umständen gar nicht mehr zu verfügen. Deshalb, aber auch weil sie wie erwähnt dazu aufgefordert werden kann – was wiederum nur Zeitverlust mit sich brächte –, tut die Gesuchstellerin

⁴⁴ Unabhängig davon, dass der einstweilige Rechtsschutz im materiellen Zivilrecht gründet. Vgl. BERTI, Vorsorgliche Massnahmen, 186; WALTER, Internationales Zivilprozessrecht, 493.

⁴⁵ SCHWANDER IVO, Internationale Bezüge im Erkenntnisverfahren, 83 ff., mit weiteren Verweisungen; KOBERG ANN-KRISTIN, Zivilprozessuale Besonderheiten bei Sachverhalten mit Auslandsberührung, Diss. St. Gallen 1992.

⁴⁶ JAMETTI GREINER, Der vorsorgliche Rechtsschutz, 672 ff.; JAMETTI GREINER, Grundsätzliche Probleme, 15 f., mit weiteren Verweisungen; BERTI, Vorsorgliche Massnahmen, 209 („Richten sich die Voraussetzungen für den Bestand eines Verfügungsanspruches nach ausländischem Recht, so sind sie nach der *lex causae* zu beurteilen“).

⁴⁷ Gl. M. SCHWANDER IVO, Internationale Bezüge im Erkenntnisverfahren, 117.

⁴⁸ So auch JAMETTI GREINER, Der vorsorgliche Rechtsschutz, 675.

gut daran, im Zweifelsfall alle in Frage kommenden materiellen Sachrechte zu prüfen und nachzuweisen. Allenfalls kann auch ausländisches Kollisionsrecht Anwendung finden. Sodann ist nach Art. 19 IPRG zu prüfen, ob zwingend anwendbare ausländische Rechtsnormen zu berücksichtigen sind.

Im vorliegenden Fall hätte der Richter zum Beispiel einerseits das Eigentum an dem Flugzeug prüfen müssen, andererseits die vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien, wonach die Superbrasil kein Recht mehr auf Besitz des Flugzeugs hätte. Das Eigentum beurteilt sich nach brasilianischem Recht und nach internationalem Luftfahrtsrecht und ergibt sich aus dem brasilianischen Luftfahrzeugregister. Die vertraglichen Beziehungen unterstehen gemäss der Rechtswahlklauseln der geschlossenen Verträge dem amerikanischen Recht. Die Brown Aircraft hätte also alle Belege dafür beibringen müssen, dass die Superbrasil nach amerikanischem Vertragsrecht nicht mehr berechtigt war, ihr den Besitz vorzuenthalten.

In der Lehre wird zu Recht dafür plädiert, dass es genüge, wenn die Gesuchstellerin das für sie günstige ausländische Recht *glaubhaft* macht.⁴⁹ Im übrigen darf man unter der Bedingung der Dringlichkeit auch an die Glaubhaftmachung keine übertriebenen Anforderungen stellen.

Nach Art. 16 Abs. 2 IPRG ist schweizerisches Recht anzuwenden, wenn der Inhalt des anzuwendenden ausländischen Rechts nicht feststellbar ist. Auf diese Bestimmung zu rekurrieren, empfiehlt sich indes in diesen Fällen für die Gesuchstellerin nicht. Zum einen kann der Richter die Anwendung von Art. 16 Abs. 2 IPRG ablehnen und die Gesuchstellerin zur Mitwirkung bei der Feststellung des anzuwendenden ausländischen Rechts anhalten, zum anderen kann daraus ein Schadenersatzanspruch entstehen.

2. Kautionspflicht

Zu beachten ist nach dem jeweils anwendbaren kantonalen Prozessrecht auch die Kautionspflicht. Nach § 73 Ziff. 1 ZH-ZPO hat der Kläger Kautionsleistung zu leisten, wenn er in der Schweiz keinen Wohnsitz hat. Nach § 76 ZH-ZPO kann der Kläger in Prozessen gegen eine Person im Ausland verpflichtet werden, für die Gerichtskosten Kautionsleistung zu leisten. Nach § 82 ZH-ZPO können zwar vorsorgliche Massnahmen schon vor der Kautionsleistung erlassen werden. Diese Vorschrift bestimmt aber nur die Reihenfolge und besagt nicht, dass der Erlass vor-

⁴⁹ WALTER, Internationales Zivilprozessrecht, 494; WALTER, Vorsorgliche Massnahmen, 130.

sorglicher Massnahmen von der Kautionspflicht ausgenommen werden kann.⁵⁰ Für die Gesuchstellerin empfiehlt es sich, dieser Frage rechtzeitig Beachtung zu schenken und für die Bereitstellung der möglichen Kautionsleistung zu sorgen – was die Bereitstellung einer Bankgarantie oder die Auf-Pikett-Stellung von Bankangestellten bedeuten kann.

3. Sicherheitsleistungspflicht

Mit der ausgesprochenen Massnahme riskiert der Richter, einen Entscheid zu treffen, der der Gesuchsgegnerin Schaden zufügt. Aus diesem Grund kann er von der Gesuchstellerin die Leistung einer Sicherheit verlangen.⁵¹ Im Kanton Zürich wird dies durch § 227 ZPO geregelt; es bedarf für die Auflage einer Sicherheitsleistung nach dem Wortlaut von § 227 ZH-ZPO aber eines entsprechenden Begehrens des Beklagten, wozu es im Falle eines Superprovisoriums allerdings nicht kommen kann.⁵²

4. „Glaubhaftmachungsmittel“, Übersetzungen

Die Gesuchstellerin muss im Massnahmeverfahren Verschiedenes glaubhaft machen, so die zuständigkeitsbegründenden Tatsachen⁵³ oder nach § 222 Ziff. 3 ZH-ZPO den drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil.⁵⁴ Es sind also nicht Beweise zu erbringen, sondern „Glaubhaftmachungsmittel“ vorzulegen;⁵⁵ durch diese Beweisbeschränkung ist das Massnahmenverfahren strukturell verkürzt. Als solche Mittel, die im Sinne des verallgemeinerungsfähigen Art. 283 ZGB „ohne Verzug verfügbar“ sind, dienen in der Regel nur Urkunden (und allenfalls Augenscheinsobjekte).⁵⁶ In internationalen Verhältnissen sind

⁵⁰ FRANK/STRÄULI/MESSMER, ZPO, § 82 N 1.

⁵¹ WALTER, Internationales Zivilprozessrecht, 495; MERKT OLIVIER, Les mesures provisoires en droit international privé, Zürich: Schulthess 1993 (Schweizer Studien zum Internationalen Recht, Bd. 86), 162.

⁵² Anzumerken ist, dass für eine Schadenersatzklage Art. 33 GestG als zuständigkeitsbegründende Norm weggefallen wäre. Vgl. DIETRICH, Komm. GestG, Zürich 2001, Art. 33 N 89.

⁵³ DIETRICH, Komm. GestG, Zürich 2001, Art. 33 N 71 f.

⁵⁴ Vgl. SPÜHLER KARL/VOGEL OSCAR: Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. Aufl., Bern: Stämpfli 2001, 354 f.

⁵⁵ Vgl. ORLANDO DANLO A., Beweislast und Glaubhaftmachung im vorsorglichen Rechtsschutz, Gedanken zu einem Entscheid des Bundesgerichts, in: SJZ 90 (1994), 89-93.

⁵⁶ Nach § 209 Abs. 1 ZH-ZPO sind es Urkunden, Augenschein, persönliche Befragung, schriftliche Auskünfte.

diese Urkunden besonders oft in einer anderen als der lokalen Amtssprache verfasst. Im vorliegenden Fall wären alle diese Urkunden in englischer oder portugiesischer Sprache gewesen. Es hätten also von den relevanten Stellen beglaubigte Übersetzungen hergestellt werden müssen, wobei immer noch das Risiko in Kauf zu nehmen war, dass diese Teil-Übersetzungen dem Richter nicht genügten.⁵⁷ Es handelte sich indes um seitenstarke Vertragswerke, deren integrale Übersetzung enorme Zeit- und Kostenfolgen nach sich gezogen hätte, ganz abgesehen von den Gerichtsakten des amerikanischen Hauptprozesses. Man hätte das Flugzeug Catchme künstlich ein paar Wochen in den Wolken halten müssen, bis endlich alles übersetzt gewesen wäre.

Nur am Rande sei erwähnt, dass neben der Frage der Sprache und Übersetzung natürlich auch die *Menge* und *Qualität* der einzureichenden Urkunden eine Rolle spielen – der Richter muss ja in der Lage gehalten werden, die Urkunden in-nerter kurzer Frist zu lesen und zu bewerten –, und ferner die in internationalen Verhältnissen tendenziell schwerer zu wahrende *Vertraulichkeit*.

5. Anträge

Besondere Schwierigkeiten stellt stets die Formulierung der Anträge.⁵⁸ Man hätte sich entscheiden müssen, ob man eine Sicherungsmassnahme – Blockieren des Flugzeuges in Kloten, evtl. verbunden mit einem Veräusserungsverbot⁵⁹ – oder aber eine Leistungsmassnahme – Übergabe des Besitzes des Flugzeuges an die Gesuchstellerin bzw. Dulden der Übernahme des Besitzes durch die Gesuchstellerin – verlangt hätte. – Zwei Aspekte seien herausgegriffen.

a) Superprovisorium

Die Brown Aircraft hätte beantragt, es sei die Verfügung zur Rückgabe des Flugzeuges als superprovisorischer Befehl im Sinne von § 222 Ziff. 3 und

⁵⁷ In einem Entscheid vom 2. Oktober 2003 (Geschäfts-Nr. PN030217) hielt die III. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich zur Einreichung englischer Urkunden beim Arrestrichter fest (abrufbar unter: http://www.arrestpraxis.ch/media/downloads/OG_ZH_011003.pdf), „nicht jede von einer Partei eingereichte fremdsprachige Urkunde“ sei zu übersetzen; „namentlich die in englischer Sprache abgefassten Urkunden [...], welche weder umfangreich noch kompliziert sind und ohne grösseren Schwierigkeiten verstanden werden können, sind zu akzeptieren. Dies gilt vor allem für die Audienz Zürich, welche für den Finanz- und Wirtschaftsstandort Zürich zuständig ist; solche Unterlagen werden von den dort tätigen Richtern in der Regel auch ohne weiteres entgegen genommen.“

⁵⁸ Zu Form und Inhalt des Massnahmebegehrens vgl. BERTI, vorsorgliche Massnahmen, 218.

⁵⁹ Vgl. BERTI, Vorsorgliche Massnahmen, 202.

§ 224 Abs. 1 ZPO zu erlassen, d.h. mit sofortiger Wirksamkeit und ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin. Begründet worden wäre dies damit, dass eine Anhörung der Gesuchsgegnerin vor Erlass der superprovisorischen Verfügung den Zweck der Eingabe vereitelt hätte: Die Superbrasil würde dadurch gewarnt und den Flughafen Kloten gar nicht erst anfliegen oder aber vor der Anhörung wieder ausfliegen.

Zu beachten ist aber: Soll eine Entscheidung des einstweiligen Rechtsschutzes in einem Lugano-Vertragsstaat geltend gemacht werden, empfiehlt sich eine solche Entscheidung im Summarverfahren ohne mündliche Verhandlung nicht, da eine gerichtliche Entscheidung ohne Anhörung des Gegners (sogenannte *ex parte*-Verfügung) nach der Denilauer-Praxis des EuGH im Anwendungsbereich des LugÜ nicht anerkannt und vollstreckt wird.⁶⁰ In diesem Fall müsste das weitere Verfahren abgewartet und könnte erst eine provisorische Entscheidung vollstreckt werden, die nach Anhörung auch der Gegenpartei gefällt worden ist (nach einer sogenannten *inter-partes*-Verfügung).

Das Bundesgericht hat am 30. Juli 2003 in einem wegweisenden Entscheid (BGE 129 III 626) die grundsätzliche Vollstreckbarkeit der englischen Freezing Injunction („Mareva Injunction“) bestätigt. Dabei wurde die erwähnte Denilauer-Praxis des EuGH als auch für den Anwendungsbereich des LugÜ für verbindlich erklärt.⁶¹

b) Strafandrohung

Üblicherweise wird in den Anträgen um Erlass von vorsorglichen Massnahmen eine Strafandrohung aufgenommen: Der Gegenpartei sei „unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe nach Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall“ ein bestimmtes Verhalten zu verbieten. Wenn nun aber ein schweizerisches Gericht eine Unterlassungsverfügung erlässt, die mit einer Strafandrohung bewehrt ist und im Ausland zugestellt werden muss, besteht das Risiko, dass eine ausländische Amtsstelle sich weigert, diese Zustellung vorzunehmen, weil eine Unter-

⁶⁰ EuGH, Rs 125/79, 21.5.1980, DENLAUER c. COUCHET, in IPRax 1981, 95, 79; WALTER, 496; BGE 129 III 626, E. 5.2.1 mit weiteren Hinweisen.

⁶¹ Vgl. BERNET MARTIN, Die Vollstreckbarerklärung englischer Freezing Orders in der Schweiz, Einige Bemerkungen zu BGE 129 III 626 (Urteil des Bundesgerichts vom 30. Juli 2003 i.S. Uzan gegen Motorola Credit Corporation), in: Jusletter, 19.1.2004; DASSER FELIX, Englische Freezing Injunction vor dem schweizerischen Vollstreckungsrichter, Anmerkungen zu BGE 129 III 626 (4P.86/2003) vom 30. Juli 2003, in: Jusletter, 19.1.2004; DONZALLAZ YVES, Commentaire de l'arrêt du 30.7.2003 de la I^{ère} Cour civile du Tribunal fédéral (4P.86/2003); ATF 129 III 626, in: AJP 2004, 204-207.

lassungsverfügung mit Strafandrohung in fremde Hoheitsrechte eingreift.⁶² Anders verhält es sich nur im Geltungsbereich des LugÜ.⁶³

Die zu erlassende Verfügung hätte also entweder nicht mit einer Strafandrohung versehen sein oder der Superbrasil nicht nach Brasilien zugestellt werden dürfen. Zu Letzterem gab es eine Ersatzlösung: Die Superbrasil hätte gemäss § 30 ZH-ZPO aufgefordert werden können, in der Schweiz einen Zustellungsempfänger oder einen Vertreter zu benennen.

Im übrigen muss ein Schweizer Massnahmeentscheid wohl nicht zugestellt werden, damit er Gültigkeit erlangt.

6. Vorinformation

a) Vorinformation des Richters

Weitere Probleme stellten sich bei der Frage der „Vorinformation“. Rascher Rechtsschutz setzt rasche Verfügbarkeit eines Richters voraus. Hätte dem voraussichtlich zuständigen Richter mitgeteilt werden dürfen, dass zu einem bestimmten Zeitpunkt ein Begehren eingereicht werde, das innert weniger Stunden, allenfalls notgedrungen ausserhalb der ordentlichen Geschäftszeiten zu behandeln sei? Dies hätte meines Erachtens, soweit es bei der einseitigen Kommunikation geblieben wäre, nicht als Variante des unerlaubten „Berichtens“ und Setzen eines Befangenheitsgrundes⁶⁴ betrachtet werden dürfen, sondern als sowohl rechtsschutznotwendige wie gerichtsfreundliche Vorinformation. In diesem Zusammenhang ist auch daran zu denken, keinen Grund für die Annahme eines prozessualen Ordre public in jenem Staat zu setzen, in dem die vorsorgliche Massnahme später anerkannt und vollstreckt werden soll.⁶⁵

In solchen Fällen kann auch an die Möglichkeit gedacht werden, dass der Massnahmerichter die vorsorgliche Massnahme zwar verfügt, aber den Verfügungsadressaten noch nicht gleich mitteilt, sondern – etwa innerhalb eines Zeit-

⁶² WALTER, Internationales Zivilprozessrecht, 496; WALTER, Vorsorgliche Massnahmen, 131 f.

⁶³ WALTER, Internationales Zivilprozessrecht, 496 f.

⁶⁴ Vgl. ZR 96 (1997) Nr. 8: Danach muss bereits ein geringfügiger Anlass, der geeignet ist, das Vertrauen in die Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit zu erschüttern, zum Ausstand des betreffenden Justizbeamten führen.

⁶⁵ Vgl. Art. 27 LugÜ; SCHWANDER IVO, Neuerungen im Bereich des prozessualen Ordre public, in: SPÜHLER KARL (Hrsg.), Internationales Zivilprozess- und Verfahrensrecht, Zürich: Schulthess 2001, 153-175.

raums von 24 h – erst dann, wenn eine bestimmte Voraussetzung gegeben ist. Im konkreten Fall hätte eine Mitteilung ausgelöst werden können durch die Information an den Richter, das Flugzeug sei in Kloten gelandet. Bei Arresten, die zeitgleich in verschiedenen Ländern gelegt werden sollen, besteht die Notwendigkeit und die Praxis einer zeitlichen Koordination; analog könnte diese Praxis auch für vorsorgliche Massnahmen übernommen werden.

In diesem Zusammenhang liesse sich vielleicht auch an eine Art „Schutzschrift des Gesuchstellers“ denken, nämlich an eine Eingabe, die den relevanten Sachverhalt vorträgt und auch alle rechtlichen Argumente enthält, aber noch nicht mit konkreten Anträgen verbunden ist. Diese würden erst dann gestellt, wenn sie gestellt werden können. Im Gegensatz zur Schutzschrift, wie sie bisher bekannt ist und wie sie in der neuen Zivilprozessordnung bundesweit normiert werden soll, wäre dies ein offensives Instrument. Sie würde ein vorsorgliches Zu-Gehör-Bringen bezwecken, ein so rechtzeitiges Zu-Gehör-Bringen, dass dem Richter genügend Zeit bliebe, sich mit dem Sachverhalt zu befassen, damit er, wenn dann das tatsächliche Massnahmenbegehren eintrifft, in sachdienlicher Schnelligkeit entscheiden kann.

Zu berücksichtigen ist ferner, dass vorsorgliche Massnahmen, wenn sie Erfolg haben sollen, auch innert nützlicher Frist vollzogen werden muss. Die Blockierung des Flugzeugs kann so vorgenommen werden, dass seine Reifen wie bei Autos mit Hemmschuhen versehen werden. Wenn der Massnahmenrichter mit dem Vollzug der Blockierung des Flugzeugs den Gemeindeammann beauftragt, so funktioniert dies nur, wenn der Gemeindeammann diesem Auftrag unverzüglich nachzukommen in der Lage ist. Es könnte sich also aufdrängen, nicht nur den Richter, sondern auch den voraussichtlich zuständigen Gemeindeammann vorab zu benachrichtigen und auf Piquet zu stellen. Auch soll er für genügend Hemmschuhe besorgt sein.

b) Einbezug Dritter

Sicher war ferner, dass in irgendeiner Form die Zuständigen des Flughafens einbezogen werden mussten. Sie hätten erfahren müssen, dass das Flugzeug Catchme blockiert war; ihnen hätte also die einstweilige Verfügung zu Kenntnis gebracht werden müssen. War es also sinnvoll oder sogar notwendig, sie vorab zu informieren? Oder gerade nicht, um den Überraschungseffekt nicht zu gefährden? Hätten sie als weitere Gesuchsgegner in das Begehren aufgenom-

men werden müssen und wären dann auch Verfügungsadressaten geworden?⁶⁶ Das kann hier nicht weiter erörtert werden. Ich möchte nur auf die weitere faktische und internationalzivilprozessuale Erschwierigung hinweisen, die darin liegen kann, dass zur Vollstreckung der vorsorglichen Massnahme Dritte notwendigerweise mitwirken müssen, die ihren Sitz im Ausland haben (vorliegend zum Beispiel das Luftfrachtzentrum Brüssel).

VII. Internationale Anerkennung und Vollstreckung

Auch bei den vorsorglichen Massnahmen wird die heilige internationalprivatrechtliche Trias Zuständigkeit und anwendbares Recht mit der Anerkennung und Vollstreckung vervollständigt. Vorliegend wäre die Vollstreckung kein Problem gewesen, weil Verfügungs- und Vollstreckungsort zusammengefallen und die vorsorgliche Massnahme sofort vollstreckbar gewesen wären.

Grundsätzlich ist aber der vorsorgliche Massnahmeentscheid in der Schweiz an den Hauptprozess im Ausland gebunden.⁶⁷ Er kommt letztlich nur zur Wirkung, wenn er im Zweitstaat anerkannt wird. Erst durch dessen Anerkennung werden die Wirkungen des schweizerischen Massnahmeentscheids auf den Zweitstaat erstreckt.⁶⁸

⁶⁶ Vgl. dazu LÜTHI ANDREAS, Der Einbezug von Dritten in vorsorgliche Massnahmen und in die Zwangsvollstreckung nach kantonalem Recht, Diss. Zürich: Schulthess 1986 (= Zürcher Studien zum Verfahrensrecht; 68).

⁶⁷ Nicht diskutiert wird der umgekehrte Fall der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer vorsorglicher Massnahmen in der Schweiz. Im Anwendungsbereich des LugÜ (und anders als nach dem IPRG) fallen vorsorgliche Massnahmen unter die anerkennungsfähigen Entscheide.

⁶⁸ Von der eigentlichen Anerkennung zu unterscheiden sind die vorsorglichen Massnahmen mit extraterritorialen Wirkungen, wenn zum Beispiel ein Unterlassen im Ausland erwirkt wird, indem man etwa eine Bussenandrohung mit der Massnahme verbindet. Vgl. JAMETTI GREINER, Grundsätzliche Probleme, 16 f.