



MARK SCHWEIZER

Das Beweismass der Glaubhaftmachung

Dieser Beitrag vertritt die These, dass das Beweismass der Glaubhaftmachung ein flexibles Beweismass ist, wobei die Entscheidungsgrenze im Einzelfall unter Berücksichtigung der Fehlerkosten der Entscheidung bestimmt werden muss. Diese Auffassung ergibt sich aus der Anwendung entscheidungstheoretischer Grundsätze auf richterliche Entscheidungen unter Unsicherheit. Sie begründet keine radikale Abkehr von der bisherigen Praxis, sondern vermag diese auf ein einfaches Prinzip zurückzuführen und so zu erklären. Eine Folge dieser Ansicht ist, dass die Anforderungen an die Glaubhaftmachung bei der Anordnung einer Leistungsmassnahme im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes höher sind als bei der Anordnung einer Sicherungsmassnahme oder einer vorsorglichen Beweisabnahme. Die These führt auch zur Erkenntnis, dass eine Tatsachenbehauptung glaubhaft sein kann, obwohl sie nach richterlicher Überzeugung eher nicht der Fall ist, und tritt so der Meinung entgegen, eine Behauptung könne nur glaubhaft sein, wenn sie mit einer Wahrscheinlichkeit von mehr als 50 % der Fall ist.

I. Einleitung

Der Ausdruck «glaubhaft machen» wird in der schweizerischen Zivilprozessordnung insgesamt zehn Mal verwendet, im Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz sogar fünfzehn Mal. Es handelt sich ohne Zweifel um einen Schlüsselbegriff des Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrechts. In der schweizerischen Lehre hat er dennoch bisher wenig Aufmerksamkeit erhalten.¹

MARK SCHWEIZER, PD Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich.

¹ Ausnahmen sind CHRISTOPH LEUENBERGER, Glaubhaftmachen, in: Christoph Leuenberger (Hrsg.), Der Beweis im Zivilprozess, La preuve dans le proces civil, Bern 2000, 108; ISABELLE BERGER-STEINER, Das Beweismass im Privatrecht, Eine dogmatische Untersuchung mit Erkenntniswert für die Praxis und die Rechtsfigur der Wahrscheinlichkeitshaftung, Bern

Nach der vom Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung verwendeten, auf GULDENER² zurückgehenden, Formulierung ist eine Tatsachenbehauptung glaubhaft gemacht, wenn dem Richter auf Grund objektiver Anhaltspunkte der Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit für das Vorhandensein der in Frage kommenden Tatsachen vermittelt wird, ohne dass er dabei den Vorbehalt preisgeben müsste, dass die Verhältnisse sich auch anders gestalten könnten.³ Eine untere Grenze der (subjektiven) Wahrscheinlichkeit – d.h. des Grades der Überzeugung, dass die Tatsachenbehauptungen wahr sind – lässt sich dieser Formulierung nicht entnehmen.⁴ Demgegenüber wird von einem Teil der Lehre⁵ und

2008, Rz. 6.124 ff.; CHRISTOPH WILLI, Glaubhaftmachung und Glaubhaftmachungslast, sic! 4/2011, 215.

² MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, 323 FN 27.

³ BGE 88 I 11 E. 5a, seither st. Rsp. In neueren Urteilen werden die «objektiven» Anhaltspunkte und die «gewisse» Wahrscheinlichkeit nicht mehr ausdrücklich erwähnt, und gesagt, eine Tatsache sei glaubhaft gemacht, «wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte.» (BGE 130 III 321 E. 3.3; zuletzt bestätigt in BGE 138 III 232 E. 4.1.1).

⁴ BERGER-STEINER (FN 1), Rz. 6.132.

⁵ CARL JAEGER/HANS-ULRICH WALDER/THOMAS M. KULL/MARTIN KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band I Art. 1–158, Zürich 1997, Art. 82 N 28; JOHANN JAKOB ZÜRCHER, Der Einzelrichter am Handelsgericht des Kantons Zürich, Einstweiliger und definitiver Rechtsschutz für immaterialgüter- und wettbewerbsrechtliche Ansprüche im summarischen Verfahren, Zürich, 1998, 68; BERGER-STEINER (FN 1), Rz. 6.142; OSCAR VOGEL/KARL SPÜHLER/ANNETTE DOLGE/MYRIAM A. GEHRI, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 9. Aufl., Bern 2010, § 42 Rz. 33; LUCAS DAVID, Der Rechtsschutz im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., Basel 2011, Rz. 654; THOMAS SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2012, Rz. 908; SHK-ZPO-TREIS, Art. 261 N 15; anders DANIEL SUMMERMATTER/CLAUDIA JACOB, Zum Beweismass beim Kausal- und Motivationszusammenhang, Versuch

Rechtsprechung⁶ verlangt, dass das Gericht zumindest die Wahrscheinlichkeit, dass die behaupteten Tatsachen der Fall sind, höher einschätzen muss als das Gegenteil, damit man davon sprechen kann, dass eine Tatsachenbehauptung «glaubhaft gemacht» ist. Nach dieser Auffassung gibt es eine feste untere Grenze von 50 % subjektiver Wahrscheinlichkeit, die zwar über- aber nicht unterschritten werden darf.⁷

Nach hier vertretener und zu begründender Auffassung ist es sehr wohl möglich, dass eine Tatsachenbehauptung glaubhaft ist, deren Falschheit der Richter als wahrscheinlicher einschätzt als deren Wahrheit. Der Grund für diese auf den ersten Blick paradoxe Behauptung liegt darin, dass sich die Entscheidungsgrenze – das Beweismass⁸ – nicht ohne Berücksichtigung der Folgen der Entscheidung bestimmen lässt. Das Beweismass der Glaubhaftmachung ist anders als das Regelbeweismass *ein flexibles Beweismass, das von den relativen Kosten einer fehlerhaften Gewährung oder Verweigerung des Antrags⁹ abhängt*. Statt als fixe Entscheidungsgrenze sollte «Glaubhaftmachung» als Programm zur Bestimmung

einer begrifflichen Klärung anhand der jüngeren Rechtsprechung im Zivil-, Straf- und Sozialversicherungsrecht, HAVE 2/2012, 136, 142 (25 % genügen); MARTIN KAUFMANN, Beweisen?, Gedanken zu Beweislast – Beweismass – Beweiswürdigung, AJP/PJA 2003, 1199, 1201 («wesentlich über 50 %»).

⁶ BGE 132 III 140 E. 4.1.2; BVGer, Urteil B-3294/2013 vom 1. April 2014 E. 3.7 – «Koala» (st. Rsp. am BVGer); aus der kantonalen Rechtsprechung OGer BL, BJM 2005, 87; OGer LU, LGVE 1990 I, 59 f.; KGer GR, SJZ 1974, 228.

⁷ BERGER-STEINER (FN 1), Rz. 6.146.

⁸ Nach in der Schweiz absoluter herrschender Auffassung bestimmt das Beweismass den Grad der persönlichen Überzeugung, der vorhanden sein muss, damit für die beweisbelastete Partei entschieden werden darf. Das Bundesgericht spricht vom «gebotenen Überzeugungsgrad» (BGE 130 III 113 E. 3.4); aus der Lehre CHRISTOPH LEUENBERGER, Beweis, in: Yvo Hangartner (Hrsg.), Das st. gallische Zivilprozessgesetz, Referate der Tagung des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse vom 14. und 21. Juni 1991 in St. Gallen, St. Gallen 1991, 105, 149; ADRIAN STAEHELIN/THOMAS SUTTER-SOMM/DANIEL STAEHELIN, Zivilprozessrecht, Nach den Gesetzen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft unter Einbezug des Bundesrechts, Zürich 1992, § 14 Rz. 91; FABIENNE HOHL, Procédure civile – Introduction et théorie générale, Bern 2001, Rz. 1057 («degree de certitude»); ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., Zürich 2013, § 18 Rz. 30; MARTIN KAUFMANN, Beweisführung und Beweiswürdigung, Tatsachenfeststellung im schweizerischen Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozess, Zürich 2009, 185 f.; HANS PETER WALTER, Beweis und Beweislast im Haftpflichtprozess, Haftpflichtprozess 2009, 47, 52 f.; CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, Rz. 9.159; SHK-ZPO-PASSADELIS, Art. 157 N 7; KuKo-ZPO-SCHMID, Vor Art. 150–193 N 12; STEPHEN V. BERTI, Einführung in die schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2011, 128; SUTTER-SOMM (FN 5), Rz. 897; a.M. BERGER-STEINER (FN 1), Rz. 5.74 ff., die davon ausgeht, dass Überzeugung keine Grade kennt.

⁹ Auf Anordnung einer vorsorglichen Massnahme, Ausstand einer Gerichtsperson, vorsorgliche Beweisführung, u.a.

der Entscheidungsgrenze durch Fehlerkostengewichtung verstanden werden.

Dies ist einem ersten Teil unter Bezug auf Grundbegriffe der Entscheidungstheorie zu begründen. Vorab jedoch wird der Streit um den Begriff der Glaubhaftmachung, der bis ins 19. Jahrhundert zurückreicht,¹⁰ kurz dargestellt. Anschliessend wird der entscheidungstheoretische Begriff der Glaubhaftmachung auf drei praktisch wichtige Fälle der Glaubhaftmachung im Zivilprozess angewandt, nämlich auf die Glaubhaftmachung von Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund im Massnahmeverfahren (Art. 261 Abs. 1 ZPO), auf die Glaubhaftmachung von Ausstandsgründen (Art. 49 Abs. 1 ZPO) und auf die Glaubhaftmachung des schutzwürdigen Interesses für eine vorsorgliche Beweisabnahme (Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO).

Nicht weiter eingehen werde ich auf die in der Schweiz nach wie vor bestehende Kontroverse, ob im Rahmen des vorsorglichen Rechtsschutzes die rechtlichen Grundlagen des geltend gemachten Verfügungsanspruchs eingehend oder nur oberflächlich zu prüfen, d.h. nur glaubhaft zu machen, sind.¹¹ Nach der überwiegenden Lehre ist die rechtliche Grundlage des geltend gemachten Anspruchs auch im Rahmen des vorsorglichen Rechtsschutzes umfassend zu prüfen.¹² Anders die bundesgerichtliche Rechtsprechung, die eine summarische Prüfung genügen lässt.¹³ Da es im vorliegenden Zusammenhang um die Glaubhaftmachung als *Beweismass* geht, beziehen sich die folgenden Ausführungen notwendigerweise nur auf die Glaubhaftmachung von Tatsachenbehauptungen.

II. Die Kontroverse(n) um den Begriff der Glaubhaftmachung

Die überwiegende Mehrheit der schweizerischen Lehre gibt die bundesgerichtliche Formel zum Beweismass der Glaubhaftmachung ohne kritische Würdigung

¹⁰ Dazu INGE SCHERER, Das Beweismass bei der Glaubhaftmachung, Köln 1996, 31 ff.; siehe auch DIETER LEIPOLD, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im zivil-, verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren, München 1971, 66 ff.

¹¹ So FABIENNE HOHL, Procédure civile, Compétences, délais, procédures et voies de recours, 2. Aufl., Bern 2010, Rz. 1565; ZK-ZPO-HUBER, Art. 261 N 25; ZÜRCHER (FN 5), 86, meint, eine Abgrenzung von summarischer und eingehender rechtlicher Prüfung sei praktisch nicht möglich; zum älteren Meinungsstand ISAAK MEIER, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im schweizerischen Privatrecht und Zivilverfahrensrecht, Zürich 1983, 146.

¹² STEPHEN V. BERTI, Vorsorgliche Massnahmen im Schweizerischen Zivilprozessrecht, ZSR NF II/1997, 173, 221 ff.; SABINE KOFMEL EHRENZELLER, Der vorläufige Rechtsschutz im internationalen Verhältnis, Tübingen 2005, 37; BSK-ZPO-SPRECHER, Art. 261 N 84 m.w.H.; a.M. FABIENNE HOHL, La réalisation du droit et les procédures rapides, Fribourg 1994, Rz. 459, 462.

¹³ BGE 131 III 473 E. 2.3; BGE 120 II 397 E. 4c.; BGE 108 II 72 E. 2a.

wieder.¹⁴ Abgegrenzt wird das Beweismass der Glaubhaftmachung (*la simple vraisemblance, la semplice verosimiglianza*) vom Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (*la vraisemblance prépondérante, la verosimiglianza preponderante*), das für den Eintritt des Schadenfalls bei Versicherungsverträgen und für den Nachweis der natürlichen und hypothetischen Kausalität Anwendung findet und mehr verlangt als die einfache Glaubhaftmachung.¹⁵

Ein anderer Teil der Lehre verlangt hingegen, dass die Tatsachenbehauptungen nach der richterlichen Überzeugung eher wahr als falsch sind, damit von einer Glaubhaftmachung gesprochen werden kann, und postuliert somit eine feste untere Grenze.¹⁶

Eine Kontroverse besteht in der Literatur auch hinsichtlich der Frage, ob die Glaubhaftmachung ein variables Beweismass ist oder eine einheitliche, in allen Fällen anzuwendende, Entscheidungsgrenze festlegt. In der älteren Lehre finden sich vor allem im Zusammenhang mit der Glaubhaftmachung im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes Stimmen, die die Glaubhaftmachung ähnlich wie die deutsche Lehre von der Intensität des Eingriffs in die Rechtsposition der Gegenpartei durch die beantragte Massnahme abhängig machen.¹⁷ In neuerer Zeit vertritt LEUENBERGER mit ausführlicher Begründung die Auffassung, der Grad der «gewissen» Wahrscheinlichkeit ergebe sich aus dem Zweck und den Wertungen der Bestimmungen, welche die Glaubhaftmachung vorschreiben. Der gesetzgeberische Zweck, der mit dem Glaubhaftmachen verfolgt werde, sei unterschiedlich, damit könne «auch der Grad der Wahrscheinlichkeit im konkreten Anwendungsfall variieren.»¹⁸ Für ein variables Beweismass der Glaubhaftmachung im Verfahren des vorsorglichen Rechtsschutzes, das vom Inhalt der beantragten Massnahme – Sicherungs-, Regelungs- oder Leistungsmassnahme – abhängt, treten auch BOHNET, HOHL und HASENBÖHLER ein.¹⁹ Diesen Lehrmeinungen stellt sich BERGER-STEINER resolut entgegen. Einen flexiblen Grad der Glaubhaftmachung könne es nicht geben.²⁰ Zwar seien die Formulierungen des Bundesgerichts vage, aber mit ihnen sei nicht beabsichtigt, die Glaubhaftmachung je nach den konkreten

Umständen des Einzelfalles zu bestimmen.²¹ «Die Vorausehbarkeit der Rechtsanwendung, die Beachtung der Rechtsgleichheit, die Nachprüfbarkeit sachrichterlicher Entscheidungsfindung» geböten, das Beweismass generell-abstract zu bestimmen.²²

III. Entscheidungstheoretische Grundlagen

1. Begriffe

Als *Entscheidung* wird in der Entscheidungstheorie eine Wahl zwischen mindestens zwei Handlungsalternativen bezeichnet.²³ Während die deskriptive Entscheidungstheorie beschreiben und erklären will, wie Menschen tatsächlich entscheiden, kümmert sich die normative Entscheidungstheorie nicht darum, wie Menschen in Wirklichkeit Entscheidungen treffen, sondern will zeigen, wie Entscheidungen rational getroffen werden sollten.²⁴ Da im Folgenden versucht wird, das Beweismass der Glaubhaftmachung normativ zu begründen, stützt sich die Argumentation auf die normative Entscheidungstheorie.

Jede Handlung im Sinne der hat Konsequenzen, die auch als Ergebnisse (*outcomes*) bezeichnet werden.²⁵ Ein Entscheidungsproblem wird durch die Frage charakterisiert, welche Handlung aus einer Menge mehrerer zulässiger, sich gegenseitig ausschliessender,²⁶ Handlungsalternativen gewählt werden soll. «Nichts tun», d.h. den Status quo beibehalten, wird dabei ebenfalls als Handlungsalternative verstanden.²⁷

Einen Rat, welche Handlungsalternative zu wählen ist, kann die normative Entscheidungstheorie nur geben, wenn *Zielvorstellungen* vorhanden sind, mit deren Hilfe die Konsequenzen der Handlungsalternativen nach ihrer Wünschbarkeit beurteilt werden können.²⁸ Daraus folgt, dass die Handlungsalternativen, damit ein Entscheidungsproblem vorliegt, sich darin unterscheiden müssen, dass mit mindestens einer der Alternativen das Ziel mehr oder weniger gut erreicht wird als mit mindestens einer anderen Alternative. Ansonsten liegt zwar eine Wahlsituation, aber kein Entscheidungsproblem, vor.²⁹

¹⁴ LEUENBERGER (FN 1), 108; BERGER-STEINER (FN 1), Rz. 6.126 ff., beide mit zahlreichen Hinweisen; WILLI (FN 1), 216.

¹⁵ BGE 130 III 321 E. 3.3.

¹⁶ Siehe die Nachweise in FN 5.

¹⁷ BRUNO VON BÜREN, Kommentar zum Wettbewerbsgesetz, Zürich 1957, 205; ERNST ALOIS BRANDENBERG, Das summarische Verfahren in der zugerischen Zivilprozessordnung, Zürich 1967, 73; FRANZ HASENBÖHLER, Die provisorische Verfügung nach basellandschaftlichem Zivilprozessrecht, BJM 1976, 1, 20.

¹⁸ LEUENBERGER (FN 1), 119.

¹⁹ CR-CPC-BOHNET, Art. 261 N 18; FRANZ HASENBÖHLER, Summarisches Verfahren, insbesondere Rechtsschutz in klaren Fällen und vorsorgliche Massnahmen, Anwaltsrevue 6/7/2014, 259, 262; HOHL (FN 11), Rz. 1847; anders noch HOHL (FN 12), Rz. 457.

²⁰ BERGER-STEINER (FN 1), Rz. 6.142.

²¹ BERGER-STEINER (FN 1), Rz. 6.144 f.

²² BERGER-STEINER (FN 1), Rz. 6.46; darauf wird in Rz. 6.142 verwiesen.

²³ HELMUT LAUX/ROBERT M. GILLENKIRCH/HEIKE Y. SCHENK-MATHES, Entscheidungstheorie, 8. Aufl., Berlin 2012, 3.

²⁴ MARTIN PETERSON, An introduction to decision theory, Cambridge 2009, 3; LAUX/GILLENKIRCH/SCHENK-MATHES (FN 23), 3 f.

²⁵ PETERSON (FN 24), 28.

²⁶ FRANZ EISENFÜHR/MARTIN WEBER/THOMAS LANGER, Rationales Entscheiden, 5. Aufl., Berlin, 2010, 22.

²⁷ LAUX/GILLENKIRCH/SCHENK-MATHES (FN 23), 5. Nur mögliche Alternativen werden berücksichtigt; d.h. die Beibehaltung des Status quo ist nur eine Alternative, wenn sie möglich ist.

²⁸ EISENFÜHR, WEBER, LANGER (FN 26), 61 f.; LAUX/GILLENKIRCH/SCHENK-MATHES (FN 23), 5.

²⁹ LAUX/GILLENKIRCH/SCHENK-MATHES (FN 23), 5.

Welches Ergebnis bei der Wahl einer bestimmten Alternative erzielt wird, hängt auch von Grössen ab, die der Entscheider nicht beeinflussen kann. Diese entscheidungsrelevanten Daten werden als Umweltzustände oder Zustände bezeichnet.³⁰ Die Zustände dürfen in der formalen Entscheidungstheorie nicht vom Entscheider beeinflussbar sein, und damit insbesondere nicht durch die Handlung (Wahl der Alternative) bewirkt werden,³¹ d.h. ein Zustand tritt nie *deshalb* ein, weil der Entscheider eine bestimmte Entscheidung getroffen hat. Bezogen auf die Tatsachenfeststellung in einem gerichtlichen Urteil bedeutet dies, dass die Tatsache nie deshalb der Fall ist, weil der Richter sich entschieden hat, sie für wahr zu erachten. In der neueren Lehre dürfte dies unbestritten sein.³²

Kennt der Entscheider die Zustände mit Sicherheit, trifft er eine Entscheidung unter Sicherheit. Bei einer Entscheidung unter Unsicherheit hält der Entscheider mindestens zwei Zustände für möglich, von denen genau einer eintreten wird (oder eingetreten ist, aber dem Entscheider [noch] nicht bekannt ist).³³ Nicht notwendig ist es, dass der Entscheider den Zuständen objektive – «statistische» oder «frequentistische»³⁴ – Wahrscheinlichkeiten zuordnen kann, die auf der Beobachtung einer langen Reihen von gleichen Fällen beruhen.³⁵ Die meisten praktisch interessanten Entscheidungsprobleme sind Probleme der Entscheidung unter subjektiver Ungewissheit – in den seltensten Fällen kann man den relevanten Zuständen objektive Wahrscheinlichkeiten zuordnen.³⁶

Gerichtliche Urteile stellen aus Sicht der Entscheidungstheorie Entscheidungsprobleme dar. Das Gericht wählt zwischen mindestens zwei Alternativen, wie z.B. der Gutheissung oder Abweisung eines Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen.³⁷ Die Entscheidung des Richters

hat Folgen – der Beklagte wird z.B. zur Unterlassung verpflichtet oder nicht, oder es wird eine Beweisabnahme angeordnet oder nicht. Weiter sind Zielvorstellungen vorhanden, die es erlauben, die Wünschbarkeit der Ergebnisse der verschiedenen Entscheidungsmöglichkeiten miteinander zu vergleichen. Wohl niemand würde behaupten, dass die Gutheissung einer Klage, obwohl der Kläger tatsächlich keinen Anspruch hat, genauso wünschbar ist wie die Gutheissung einer Klage, wenn der Kläger einen Anspruch hat.

Schliesslich hängen die Ergebnisse der Wahl von (mindestens) einem Umweltzustand ab, der vom Entscheider nicht beeinflusst werden kann. Bei diesem Zustand handelt es sich um den Sachverhalt, wie er sich in der ausserhalb des Geistes des Entscheiders befindlichen Welt tatsächlich abgespielt hat. Der Zustand der Welt kann so sein, dass die richterliche Anordnung gemäss den anwendbaren Rechtsnormen gerechtfertigt ist, oder so, dass sie nicht gerechtfertigt ist. Da der Richter in den meisten Fällen den tatsächlichen Zustand der Welt nicht kennt, entscheidet er unter Unsicherheit.³⁸ Zwar lässt sich die Wahrscheinlichkeit, dass sich ein Sachverhalt so abgespielt hat, wie vom Kläger behauptet, nicht *objektiv* bestimmen, aber es genügt, dass der Entscheider mehr sagen kann, als dass ein Zustand möglich ist. Dies ist bei der gerichtlichen Entscheidung, eine Tatsachenbehauptung für wahr zu erachten oder nicht, zweifellos der Fall. Würde man dies anders sehen und davon ausgehen, dass die gerichtliche Entscheidung über die Wahrheit von rechtlich relevanten Tatsachenbehauptungen eine Entscheidung unter *völliger Unwissenheit* ist, bräuchte man kein Beweisverfahren und keine Beweiswürdigung. Die richterliche Entscheidung, die davon abhängt, ob ein bestrittener Sachverhalt wahr ist, ist entscheidungstheoretisch betrachtet eine Entscheidung unter Risiko, und sie kann mit den Mitteln analysiert werden, die zur Analyse von Entscheidungen unter Risiko entwickelt wurden.³⁹

2. Minimierung der erwarteten Fehlerkosten als Entscheidungsprinzip

Eine *Entscheidungsregel* legt fest, wie aus einer Menge von Alternativen diejenige Alternative ausgewählt wird, welche die verfolgten Ziele am besten verwirklicht.⁴⁰ Eine Entscheidungsregel besteht aus einer *Präferenz-*

leistung – tut dem kein Abbruch, macht die Analyse aber komplexer.

³⁰ EISENFÜHR/WEBER/LANGER (FN 26), 20 f.; LAUX/GILLENKIRCH/SCHENK-MATHES (FN 23), 32.

³¹ PETERSON (FN 24), 20.

³² Es ist jedoch interessant zu sehen, dass die Lehre der materiellrechtlichen Natur der Rechtskraft gegen genau diese Maxime der Entscheidungstheorie verstossen hat. Nach dieser Lehre, deren prominentester Vertreter *Pagenstecher* war und die sich unter dem Schlagwort «*iudex ius facit*» zusammenfassen lässt (HANS FRIEDHELM GAUL, Die Entwicklung der Rechtskraftlehre seit Savigny und der heutige Stand. in: Horst Heinrich Jakobs/Brigitte Knobbe-Keuk/Eduard Picker/Jan Wilhelm (Hrsg.), Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, Band 2, Köln 1978, 443, 494), wird durch ein rechtskräftiges Urteil unmittelbar Recht *geschaffen*. Ein Widerspruch zwischen materieller Rechtslage und Urteil kann es *per definitionem* nicht geben.

³³ LAUX/GILLENKIRCH/SCHENK-MATHES (FN 23), 33.

³⁴ Zum frequentistischen Wahrscheinlichkeitsbegriff siehe MARIA CARLA GALAVOTTI, Philosophical introduction to probability, Stanford 2005, 74 ff.

³⁵ LEONARD J. SAVAGE, The foundations of statistics, 2. Aufl., New York 1972, 56 ff. (Erstauflage 1954).

³⁶ LAUX/GILLENKIRCH/SCHENK-MATHES (FN 23), 91.

³⁷ Dass tatsächlich mehr als zwei Alternativen möglich sind – z.B. teilweise Gutheissung oder Gutheissung bei Sicherheits-

³⁸ Es kann natürlich Fälle geben, in denen der Zustand der Welt (der Sachverhalt) unstrittig ist und sich die Parteien nur über den Inhalt des darauf anzuwendenden Rechts streiten. Dann liegt eine Entscheidung unter Sicherheit vor, die hier nicht weiter analysiert wird.

³⁹ ELENA BOURMISTROV-JÜTTNER, Subjektive Wahrscheinlichkeitstheorie und rationale Entscheidungstheorie in Anwendung auf die Rechtspraxis, München 1987, 240 f.; MINNA GRÄNS, Das Risiko materiell fehlerhafter Urteile, (Diss. Uppsala 1995), Berlin 2002, 141 f.

⁴⁰ LAUX/GILLENKIRCH/SCHENK-MATHES (FN 23), 33.

funktion, die den Handlungsalternativen Präferenzwerte zuordnet, und einem *Optimierungskriterium*, das zum Ausdruck bringt, welche Ausprägung für den Präferenzwert angestrebt wird. Die Präferenzfunktion erfordert sowohl eine Bewertung der einzelnen Ergebnisse der Alternative als auch, wenn eine Entscheidung unter Unsicherheit getroffen wird, die Berücksichtigung der Unsicherheit. Bei einer sicheren Wahl hingegen beschränkt sich das Bewertungsproblem auf die Bewertung des Ergebnisses, d.h. es muss mittels einer Nutzen- respektive Kostenfunktion dem Ergebnis ein Nutzen respektive Kosten zugeordnet werden.⁴¹

Der einer Alternative entsprechende Präferenzwert kann als Grad der Zielerreichung interpretiert werden, der bei der Wahl der Alternative erwartungsgemäss realisiert wird.⁴² Soll der Präferenzwert maximiert wird, spricht man von Nutzen, soll er minimiert werden, von Kosten. Entsprechend ist das Optimierungskriterium fast immer entweder die Nutzenmaximierung oder die Kostenminimierung (auch Risikominimierung genannt).⁴³ Eine Mehrheit der juristischen Literatur verwendet das Kriterium der Kostenminimierung.⁴⁴ Ich schliesse mich dieser Tradition an, aber die Unterscheidung ist genau genommen irrelevant: Kosten ist nichts

anderes als negativer Nutzen, und Kosten und Nutzen daher austauschbar.⁴⁵ Ob man den erwarteten Nutzen einer Entscheidung maximiert oder ihre erwarteten Kosten minimiert, macht keinen Unterschied. Etwas anderes ist es, nur die Kosten der falschen Entscheidungen zu beachten, nicht aber die Kosten der korrekten Entscheidungen. Auch korrekte Entscheidungen können Kosten verursachen.

Entscheidend, und befreit von allem mathematischen Ballast, ist der Gedanke, dass man nicht die Anzahl (Häufigkeit) von Fehlentscheidungen minimieren soll, sondern die *erwarteten Kosten* der Entscheidung. Die erwarteten Kosten hängen nicht nur von ihrer absoluten Höhe ab, sondern auch von der Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts, und diese wiederum von der Wahrscheinlichkeit eines Umweltzustandes, der dem Richter nicht mit Sicherheit bekannt ist.

Grundsätzlich kann man bei einer Entscheidung, die von einem Sachverhalt abhängt, den man nicht mit Sicherheit kennt, immer zwei Fehler machen: den Sachverhalt als gegeben erachten, obwohl er es nicht ist, oder ihn als nicht gegeben erachten, obwohl er es ist.⁴⁶ Wichtig ist, dass «Fehler» in diesem Zusammenhang nur heisst, dass sich eine Annahme nachträglich als falsch herausgestellt hat. Die Entscheidung, die getroffen wurde, bevor der Sachverhalt mit Sicherheit bekannt war, kann dennoch richtig sein. «Falsch» bedeutet hier nicht, dass dem Entscheider ein Vorwurf gemacht werden kann. So wird die Polizei, wenn sie einen Anruf erhält, in einer Schule befindet sich eine Bombe, in aller Regel das Schulhaus räumen lassen, obwohl bekannt ist, dass es sich in den allermeisten solcher Anrufe um schlechte Scherze handelt. Dennoch wird niemand der Polizei einen Vorwurf machen, wenn sich herausstellt, dass sich keine Bombe im Schulhaus befand. Die Kosten der Entscheidung, das Schulhaus nicht zu räumen, wenn sich tatsächlich eine (scharfe) Bombe darin befindet, sind so viel höher als die Kosten der Entscheidung, das Schulhaus zu räumen, auch wenn sich keine Bombe findet, dass bereits eine geringe positive Wahrscheinlichkeit für das Vorhandensein einer Bombe genügt, um den Räumungsbefehl zu rechtfertigen.⁴⁷

⁴¹ LAUX/GILLENKIRCH/SCHENK-MATHES (FN 23), 35.

⁴² JONATHAN BARON, *Thinking and deciding*, 4. Aufl., New York 2008, 234; LAUX/GILLENKIRCH/SCHENK-MATHES (FN 23), 33 f.

⁴³ LAUX/GILLENKIRCH/SCHENK-MATHES (FN 23), 34.

⁴⁴ JOHN KAPLAN, *Decision theory and the factfinding process*, *Stanford Law Review* 6/1968, 1065, 1071 f.; ALAN D. CULLISON, *Probability Analysis of Judicial Fact-Finding, A Preliminary Outline of the Subjective Approach*, *University of Toledo Law Review* 1969, 538, 565; BERNHARD M. MAASSEN, *Beweismassprobleme im Schadenersatzprozess*, Köln 1975, 7 f.; RICHARD O. LEMPERT, *Modeling Relevance*, *Michigan Law Review* 5/6/1977, 1021, 1032; ROLF BENDER, *Das Beweismass*, in: Wolfgang Grunsky/Rolf Stürner/Gerhard Walter/Manfred Wolf (Hrsg.), *Festschrift für Fritz Baur*, Tübingen 1981, 247, 247 ff.; DAVID H. KAYE, *The Limits of the Preponderance of the Evidence Standard: Justifiable Naked Statistical Evidence and Multiple Causation*, *Law & Social Inquiry* 2/1982, 487, 496; ERNST LUDWIG NELL, *Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen*, Berlin 1983, 210; RICHARD MOTTSCH, *Vom Prozess als Beweis zum Überwiegensprinzip*, in: Ulrich Klug, Thilo Ramm, Fritz Rittner, Burkhard Schmiedel (Hrsg.), *Gesetzgebungstheorie, juristische Logik, Zivil- und Prozessrecht*, Gedächtnisschrift für Jürgen Rüdiger, Berlin, New York 1978, 334, 335 f.; GRÄNS (FN 39), 238 f.; EYAL ZAMIR/ILANA RITOV, *Loss Aversion, Omission Bias, and the Burden of Proof in Civil Litigation*, *Journal of Legal Studies* 1/2012, 165, 172; hingegen verwenden LAURENCE H. TRIBE, *Trial by Mathematics, Precision and Ritual in the Legal Process*, *Harvard Law Review* 6/1971, 1329, 1379 f.; STUART NAGEL/DAVID LAMM/MARIAN NEEF, *Decision theory and juror decision making*, in: Bruce Dennis Sales (Hrsg.), *The trial process*, New York 1981, 353, 355 f.; BOURMISTROV-JÜTTNER (FN 39), 291 ff.; ANDREAS HOYER, *Der Konflikt zwischen richterlicher Beweiswürdigkeitsfreiheit und dem Prinzip «in dubio pro reo»*, *ZStW* 3/1993, 523, 541; MIKE REDMAYNE, *Standards of Proof in Civil Litigation*, *Modern Law Review* 2/1999, 167, 169 f. und ERIK LILLQUIST, *Recasting Reasonable Doubt: Decision Theory and the Virtues of Variability*, *U.C. Davis Law Review* 1/2002, 85, 131 ff. eine Nutzenfunktion.

⁴⁵ MORRIS H. DEGROOT, *Optimal statistical decisions*, Hoboken, N.J., 2004, 122; CHRISTIAN P. ROBERT, *The Bayesian Choice, From decision-theoretic foundations to computational implementation*, 2. Aufl., New York 2007, 60.

⁴⁶ Die beiden Arten von Fehlern werden oft mit aus dem statistischen Hypothesentesten stammenden Bezeichnungen benannt. Akzeptiert man eine Tatsachenbehauptung als wahr, obwohl sie tatsächlich falsch ist, spricht man von einem Fehler 1. Art, α -Fehler oder Falsch-positiv-Entscheidung. Wird eine Tatsachenbehauptung als falsch verworfen, die tatsächlich wahr ist, liegt ein Fehler 2. Art, β -Fehler oder eine Falsch-negativ-Entscheidung vor, TORSTEN BIEMANN, *Logik und Kritik des Hypothesentestens*, in: Sönke Albers/Daniel Klapper/Udo Konradt/Achim Walter/Joachim Wolf (Hrsg.), *Methodik der empirischen Forschung*, Wiesbaden 2009, 205, 207.

⁴⁷ Hingegen kann man, entgegen, ANNA LEISNER, *Die polizeiliche Gefahr zwischen Eintretenswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe*, *Die Öffentliche Verwaltung* 8/2002, 326, 329, nicht

Tabelle 1: Ergebnismatrix für das Entscheidungsproblem «Räumung»

	keine Bombe	Bombe
keine Räumung	ungestörter Unterricht	Tote und Verletzte
Räumung	Unterrichtsausfall	Unterrichtsausfall

Um bei dem Beispiel zu bleiben: die Entscheidung, das Schulhaus zu räumen, ist richtig, wenn die erwarteten Kosten der Räumung geringer sind als die erwarteten Kosten der Nicht-Räumung.⁴⁸ Die erwarteten Kosten der Räumung setzen sich zusammen aus den Kosten der Räumung, wenn keine Bombe vorhanden ist und den Kosten der Räumung, wenn eine Bombe vorhanden ist. Man muss also die Kosten der Räumung bei Vorhandensein einer Bombe multiplizieren mit der Wahrscheinlichkeit,⁴⁹ dass eine Bombe vorhanden ist, und das Ergebnis der Multiplikation der Kosten, wenn keine Bombe vorhanden ist, mit der Wahrscheinlichkeit ihres Fehlens addieren. Die erwarteten Kosten der unterlassenen Räumung ergeben sich analog aus der Multiplikation der Kosten einer unterlassenen Räumung, wenn keine Bombe vorhanden ist, und den Kosten einer unterlassenen Räumung, wenn eine Bombe vorhanden ist. Diese Wahrscheinlichkeiten kennt der Polizist, der die Entscheidung treffen muss, nicht mit «mathematischer Genauigkeit». Das ist aber auch nicht notwendig. Entscheidend ist, dass er sich aufgrund seiner Erfahrung und der Kenntnis der konkreten Situation ein Bild machen kann – und machen *muss*, wenn er entscheiden soll. Weil die Konsequenzen einer unterlassenen Räumung bei Vorhandensein einer Bombe so viel gravierender sind als die Kosten aller anderen Ausgänge der Entscheidung, wird er sich in diesem Fall bereits bei einer geringen Wahrscheinlichkeit einer Bombe für die Evakuierung entscheiden müssen.

IV. These: Glaubhaftmachung als Anleitung zur Bestimmung der Entscheidungsgrenze nach den Fehlerkosten im konkreten Fall

Aus der normativen Entscheidungstheorie ergibt sich demnach, dass die Entscheidungsgrenze, verstanden als subjektive Wahrscheinlichkeit (Überzeugungsgrad) der Wahrheit der relevanten Tatsachenbehauptungen, von den relativen Kosten einer fälschlichen Gutheissung oder Abweisung der beantragten Massnahme abhängt.

nur den drohenden Schaden zu berücksichtigen. Man muss immer den Schaden (die Kosten) mit der Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts gewichten.

⁴⁸ Nochmals: es ist wichtig zu sehen, dass auch das Nichtstun – also keine Räumung anzuordnen – eine Entscheidung mit Konsequenzen ist.

⁴⁹ Wahrscheinlichkeit ist mathematisch eine Zahl zwischen 0 und 1, IAN HACKING, *An introduction to probability and inductive logic*, 7. Aufl., Cambridge 2008, 58.

Das Beweismass der Glaubhaftmachung ist demnach ein flexibles Beweismass, das nicht ohne Berücksichtigung der Folgen im Einzelfall bestimmt werden kann.

Diese These, die sich aus kaum bestreitbaren Grundsätzen der Entscheidungstheorie ergibt, ist weniger radikal, als sie sich auf den ersten Blick anhören mag. Sie begründet keine grundsätzliche Abkehr von der herrschenden Praxis, sondern führt diese vielmehr auf ein einziges Prinzip zurück und vermag sie elegant zu erklären. Sowohl die deutsche Lehre – BAUR,⁵⁰ DRESCHER,⁵¹ GREGER,⁵² GRUNSKY,⁵³ SCHUSCHKE,⁵⁴ SCHERER⁵⁵, VOLKKOMMER⁵⁶ und im Ergebnis auch LEIPOLD⁵⁷ – wie auch die instanzgerichtliche Rechtsprechung in Deutschland⁵⁸ und die bundesgerichtliche Rechtsprechung in der Schweiz berücksichtigen bei der Glaubhaftmachung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutz die Folgen der Entscheidung. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Glaubhaftmachung im Massnahmeverfahren wird im Folgenden im Detail dargestellt, ehe das im Zusammenhang mit der Anordnung vorsorglicher Massnahmen entwickelte Prinzip auf die Glaubhaftmachung von Ausstandsgründen gegen Gerichtspersonen (Art. 49 ZPO) und des schutzwürdigen Interesses für die vorsorgliche Beweisführung (Art. 158 ZPO) angewendet wird.

V. Anwendung ...

1. ... auf die Glaubhaftmachung von Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund im vorsorglichen Massnahmeverfahren

Gemäss Art. 261 Abs.1 ZPO trifft das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist («Hauptsacheprognose») und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht («Nachteilsprognose»)⁵⁹. Vorsorgliche Massnahmen werden nach ihrer Art gemeinhin in

⁵⁰ FRITZ BAUR, *Studien zum einstweiligen Rechtsschutz*, Tübingen 1967, 34, 90 f.

⁵¹ MÜKO-ZPO-DRESCHER, § 920 N 16.

⁵² ZÖLLER-ZPO-GREGER, § 294 N 6.

⁵³ STEIN/JONAS-ZPO-GRUNSKY, § 935 N 9 (Hervorhebung durch den Verfasser).

⁵⁴ SCHUSCHKE, § 935 N 9 in: Winfried Schuschke/Wolf-Dietrich Walker (Hrsg.), *Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz*, 5. A., Köln 2011.

⁵⁵ SCHERER (FN 10), 81 ff.

⁵⁶ ZÖLLER-ZPO-VOLKKOMMER, § 935 N 8.

⁵⁷ LEIPOLD (FN 10), 96 ff. (auf anderer dogmatischer Grundlage).

⁵⁸ OLG Bamberg, OLGZ 71, 438, 439; LG Karlsruhe, FamRZ 1969, 41, 42.

⁵⁹ Statt aller BK-ZPO-GÜNGERICH, Art. 261 N 14 ff.; nach hier vertretener Auffassung ist relative Dringlichkeit kein Tatbestandsmerkmal, sondern rechtsaufhebende prozessuale Verwirkung, siehe DAVID RÜETSCHI, *Die Verwirkung des Anspruchs auf vorsorglichen Rechtsschutz durch Zeitablauf*, sic! 2002, 416.

Sicherungs-, Regelungs- und Leistungsmassnahmen unterteilt,⁶⁰ wobei die Abgrenzung nicht immer eindeutig ist.⁶¹ *Sicherungsmassnahmen* sind darauf ausgerichtet, den bestehenden Zustand aufrechtzuerhalten, um die künftige Durchsetzung eines subjektiven Rechts zu ermöglichen. Sie führen nicht *eo ipso* zur (vorläufigen) Befriedigung des Hauptanspruchs.⁶² Ein typisches Beispiel für eine Sicherungsmassnahme ist ein Verfügungsverbot über Sachen oder Rechte. *Regelungsmassnahmen* ordnen das Verhalten der Parteien eines Dauerrechtsverhältnisses bis zur endgültigen Entscheidung. Neben der Sicherung des mit der Auflösungs- oder Abänderungsklage angestrebten Erfolgs bezwecken sie die Aufrechterhaltung des Rechtsfriedens.⁶³ Typisches Beispiel einer Regelungsmassnahme ist die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge für die Dauer des Scheidungsverfahrens. *Leistungsmassnahmen* (Befriedigungsverfügungen) schliesslich dienen der vorläufigen Befriedigung eines materiellrechtlichen Anspruchs. Häufig werden Unterlassungspflichten (vertragliche Konkurrenzverbote oder aus Immaterialgüterrechten fließende Abwehransprüche) vorläufig durchgesetzt, aber vorläufige Leistungsmassnahmen können auch positive Leistungen (Handlungen) umfassen;⁶⁴ die Leistung einer Geldzahlung allerdings nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen (Art. 262 lit. e ZPO).⁶⁵ Die Abgrenzung von Regelungs- und Leistungsmassnahmen ist oft schwierig, da beide die vorläufige Befriedigung des Gesuchstellers bewirken.⁶⁶ Sie hat in der Schweiz allerdings auch keine praktische Bedeutung.⁶⁷ Insbesondere lassen sich Regelungs- und Leistungsmassnahmen nicht nach der Schwere des Eingriffs in die Rechtssphäre des Gesuchsgegners abgrenzen; beide können zu gleich schweren Belastungen des Gesuchsgegners führen.⁶⁸

Das Bundesgericht unterscheidet nun beim Grad der Glaubhaftmachung zwischen den Arten der Massnahmen. Wörtlich führt es aus:⁶⁹

«Dans les trois cas [sc. von Leistungs-, Sicherungs- und Regelungsmassnahme], le juge doit procéder à la mise en balance des intérêts contradictoires, c'est-à-dire à l'appréciation des désavantages respectifs pour le requérant et pour l'intimé, selon que la mesure requise est ordonnée ou refusée. Le clas-

sement d'une mesure dans l'une ou l'autre de ces catégories est parfois très difficile, mais n'est pas dénué d'effet pratique, dans la mesure où il peut avoir une incidence sur le degré de preuve requis.»

Insbesondere dort, wo die vorläufige Massnahme *de facto* zur endgültigen Befriedigung des Hauptanspruchs führt – z.B. weil ein zeitlich befristetes Konkurrenzverbot bis zum Abschluss des ordentlichen Verfahrens abgelaufen sein wird – ist das Beweismass (*le degré de la preuve*) erhöht.⁷⁰ Diese Rechtsprechung wird durch zwei neuere Urteile aus dem Jahr 2012 bestätigt. Wo eine vorläufige Leistungsmassnahme (*une mesure d'exécution anticipée provisoire*) angeordnet wird, die *de facto* zu einer endgültigen Befriedigung des Anspruchs führt, weil sie nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, ist die vorsorgliche Massnahme nur unter restriktiven Voraussetzungen zu gewähren: «Ces exigences portent aussi bien sur l'existence des faits pertinents que sur l'ensemble des conditions d'octroi des mesures en cause, en particulier sur l'appréciation de l'issue du litige sur le fond et des inconvénients respectifs pour le requérant et pour le requis, selon que la mesure soit ordonnée ou refusée.»⁷¹ Ebenso sind an die Glaubhaftmachung einer Persönlichkeitsverletzung durch periodisch erscheinende Medien besonders hohe Anforderungen zu stellen, weil den Medien in einer demokratischen Gesellschaft eine besondere Rolle bei der Meinungsbildung zukommt. Eine «gewöhnliche» Glaubhaftmachung genüge daher nicht, vielmehr müsse der Gesuchsteller die widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung mit einer «Quasi-Sicherheit» («une quasi-certitude») nachweisen, damit die vorsorgliche Massnahme gewährt werden könne.⁷²

Anders bei Sicherungsmassnahmen: Weil der Eingriff in die Rechtssphäre des angeblichen Schuldners viel geringer ist, insbesondere weil er nur temporär erfolgt, sind die Kosten einer zu Unrecht angeordneten Sicherungsmassnahme geringer als die Kosten einer zu Unrecht nicht angeordneten Sicherungsmassnahme, wenn die zwischenzeitlich erfolgte Veränderung des bestehenden Zustands die Durchsetzung des materiellen Rechts vereitelt. Wenn die Gefahr einer Veränderung des bestehenden Zustands gross ist, kann daher bereits eine Wahrscheinlichkeit des Verfügungsanspruchs von weniger als 50 % die Anordnung einer Sicherungsmassnahme in dem Sinne rechtfertigen, dass dadurch die erwarteten Fehlerkosten minimiert werden.⁷³ So hat der Einzelrichter am Handelsgericht Zürich in einem Verfahren, in dem eine Handelsregistersperre zur Sicherung eines An-

⁶⁰ A.M. BERTI (FN 12), 180 f.

⁶¹ KOFMEL EHRENZELLER (FN 12), 25.

⁶² Zur Unterscheidung der vorsorglichen Massnahmen statt aller KOFMEL EHRENZELLER (FN 12), 26 f., 279 ff.

⁶³ KOFMEL EHRENZELLER (FN 12), 29.

⁶⁴ BGE 125 III 451 E. 3b (vorsorgliche Verpflichtung zur Lieferung von Waren).

⁶⁵ In den übrigen Fällen dient der Arrest nach Art. 217 ff. Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (SchKG) der Sicherung von Geldforderungen.

⁶⁶ BERTI (FN 12), 180, will auf die Kategorie der Leistungsmassnahmen verzichten und sie den Regelungsmassnahmen zuschlagen.

⁶⁷ In Deutschland ist die Unterscheidung im Gesetz angelegt, vgl. §§ 935, 940 ZPO-DE.

⁶⁸ KOFMEL EHRENZELLER (FN 12), 284 f.

⁶⁹ BGE 131 III 473 E. 2.2 (Verweisungen weggelassen; Hervorhebung durch den Verfasser).

⁷⁰ BGE 131 III 473 E. 2.3 unter Hinweis auf VOGEL/SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. Aufl. Bern 2001, Rz. 200, 208.

⁷¹ BGE 138 III 378 E. 6.4 (Hervorhebung durch den Verfasser). I.c. wurde als vorläufige Massnahme der Abbau eines schadhafte Dachs angeordnet.

⁷² BGer, Urteil 5A_641/2011 E. 7.1. vom 23. Februar 2012, unter Hinweis auf Urteil 5A_706/2010 vom 20. Juni 2011, E. 4.2.1

⁷³ KAUFMANN (FN 5), 1202 FN 31 (was aber seiner in FN 23 geäusserten Auffassung widerspricht, dass glaubhaft machen wesentlich mehr als 50 % verlange).

spruchs auf Feststellung der Nichtigkeit einer bedingten Kapitalerhöhung verlangt wurde, festgehalten, mit der Registersperre werde nur der *status quo ante* gesichert. An das Glaubhaftmachen könne daher ein eher tiefer Massstab angelegt werden, «mehr als eine gewisse Plausibilität» könne nicht verlangt werden.⁷⁴

Besonders deutlich zeigen sich diese Überlegungen an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Glaubhaftmachung der Voraussetzungen für die vorsorgliche Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts. Gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB muss das Pfandrecht binnen vier Monaten nach Abschluss der Arbeiten am Grundstück im Grundbuch eingetragen sein, ansonsten ist das Recht (endgültig) verwirkt. Ist die zu sichernde Forderung bestritten, ist es *de facto* unmöglich,⁷⁵ binnen dieser Frist ein rechtskräftiges Urteil zu erlangen. Bauhandwerkerpfandrechte werden daher typischerweise in einem ersten Schritt vorsorglich eingetragen; die vorsorgliche Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ist eine vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 261 ff. ZPO.⁷⁶ Formal betrachtet handelt es sich um eine Leistungsmassnahme, denn mit der vorläufigen Eintragung wird der Hauptanspruch, die Eintragung eines Pfandrechts zur Sicherung der Werklohnforderung, befriedigt. In ihrer Wirkung nach ist die vorläufige Eintragung eines Pfandrechts aber eine typische Sicherungsmassnahme – das Pfandrecht dient zur Sicherung der zugrundeliegenden Forderung, die durch die vorläufige Eintragung des Pfandrechts nicht befriedigt wird. Der eigentliche Streitgegenstand, der Bestand der Forderung aus Werkvertrag, wird durch die vorsorgliche Eintragung nicht präjudiziert. Der Eingriff in die Rechtssphäre des angeblichen Schuldners ist gering. Zwar ist die vorsorgliche Eintragung eines Pfandrechts nicht folgenlos, weil sie die weitere Belehnung des Grundstücks erschweren oder gar verunmöglichen kann (Art. 840 Abs. 1 ZGB), aber sie ist geringer zu gewichten als die *de facto* endgültige Verweigerung der Pfandsicherung.⁷⁷ «[A]n die Glaubhaftmachung (Art. 961 Abs. 3 ZGB) der Voraussetzungen für die vorläufige Bauhandwerkerpfandrechteintragung [werden daher] weniger strenge Anforderungen gestellt [...], als es diesem Beweismass, das auch für vorsorgliche Massnahmen gilt (Art. 261 Abs. 1 ZPO), sonst entspricht».⁷⁸ Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergibt sich daher eindeutig, dass der Ausdruck «glaubhaft machen» in Art. 961 Abs. 3 ZGB und Art. 261 Abs. 1 ZPO eine unterschiedliche Bedeutung hat, und sich die Anforderungen an die Glaubhaftmachung bei Art. 261 Abs. 1 ZPO nach der Art der beantragten Massnahme – Sicherungs- oder Leistungs-

massnahme (zu denen auch die Regelungsmassnahmen zu zählen sind) unterscheiden. Das Bundesgericht vertritt demnach ein flexibles Beweismass der Glaubhaftmachung. Entsprechend kann bereits eine Wahrscheinlichkeit von weniger als 50 %, dass die Voraussetzungen des Pfandrechts gegeben sind, zu denen der Bestand der zu sichernden Forderung gehört (Art. 839 Abs. 3 ZGB), genügen, die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts im Sinne der Minimierung der Fehlerkosten zu rechtfertigen.

Dies deckt sich mit der hier vertretenen Auffassung, dass die Entscheidungsgrenze nicht ohne Berücksichtigung der Kosten eines Fehlurteils – verstanden als Anordnung einer Massnahme, obwohl der materiellrechtliche Hauptanspruch nicht gegeben ist, respektive Nicht-Anordnung einer Massnahme, obwohl der Hauptanspruch gegeben ist – bestimmt werden kann. Eine Leistungsmassnahme greift regelmässig stärker in die Rechtssphäre des angeblichen Schuldners ein als eine Sicherungsmassnahme,⁷⁹ wobei dieser Eingriff am stärksten ist, wenn die vorsorgliche Massnahme *de facto* endgültige Wirkung hat.⁸⁰ Die Entscheidungsgrenze, verstanden als subjektive Wahrscheinlichkeit (Überzeugungsgrad), dass der Hauptanspruch gegeben ist, ist hier also erhöht. Die Lehrmeinungen von DAVID und ZÜRCHER, die postulieren, dass Glaubhaftmachen immer mindestens eine «überwiegende Wahrscheinlichkeit» bedeute,⁸¹ lassen sich vor dem Hintergrund erklären, dass beide Autoren sich mit der Glaubhaftmachung im Zusammenhang mit auf Immaterialgüterrechte gestützten vorläufigen Verboten befassen, die häufig endgültigen Befriedigungscharakter haben.

Die Überlegung, dass sich die Entscheidungsgrenze aus der Minimierung der erwarteten Fehlerkosten ergibt, erlaubt auch einen neuen Blick auf die Kontroverse zur Frage, ob im Verfahren des vorsorglichen Rechtsschutzes neben dem Verfügungsanspruch, dem Verfügungsgrund und der Dringlichkeit (die fälschlicherweise als eigenständige Voraussetzung betrachtet wird) eine Verhältnismässigkeitsprüfung Voraussetzung für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme ist. Unproblematisch und selbstverständlich ist dabei eine Verhältnismässigkeitsprüfung in dem Sinne, dass der Inhalt der angeordneten Massnahme geeignet sein muss, den geltend gemachten Nachteil abzuwenden, und nicht weiter gehen darf, als zur Abwendung des Nachteils unbedingt erforderlich ist.⁸² Ein Teil der Lehre plädiert allerdings für eine weitergehende Verhältnismässigkeitsprüfung (Verhältnismässigkeit «im engeren Sinn»).

⁷⁴ ER am HGer ZH, Urteil HE 120205-O vom 26. Juli 2012, E. 7.

⁷⁵ Das Bundesgericht spricht davon, dass eine definitive Eintragung binnen der (damals noch) Dreimonatsfrist «kaum je» möglich ist, BGE 137 III 563 E. 3.3.

⁷⁶ BGE 137 III 563 E. 3.3.

⁷⁷ BGE 86 I 265 E. 3.

⁷⁸ BGE 137 III 563 E. 3.3, unter Hinweis auf BGE 86 I 265 E. 3, Urteil 5A_777/2009 vom 1. Februar 2010 E. 4.1.

⁷⁹ KOFMEL EHRENZELLER (FN 12), 284 f.

⁸⁰ Siehe SCHERER (FN 10), 87 f., zu den Fallgruppen von Leistungsmassnahmen mit endgültiger Befriedigungswirkung.

⁸¹ ZÜRCHER (FN 5), 68; DAVID (FN 5), Rz. 654.

⁸² ZK-ZPO-HUBER N 23; BSK-ZPO-SPRECHER, Art. 262 N 48; Dike-ZPO-ZÜRCHER, Art. 261 N 10. Dies ergibt sich bereits aus dem Gesetzeswortlaut, gemäss dem der Richter die «notwendigen» – und damit eben keine weitergehenden – Massnahmen anordnet.

Auch wenn Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund glaubhaft gemacht sind, soll zusätzlich geprüft werden, ob die beantragte vorsorgliche Massnahme nicht unverhältnismässig schwer in die Rechtssphäre des Gegners eingreift.⁸³ Andere Stimmen in der Literatur lehnen eine Berücksichtigung der Nachteile, die dem Gesuchsgener bei Erlass der Massnahme drohen, gerade ab.⁸⁴ Dies entspricht der älteren bundesgerichtliche Rechtsprechung zu auf Patentrecht gestützten vorsorglichen Unterlassungsbegehren.⁸⁵ In einem neueren Urteil bejaht das Bundesgericht hingegen eine Pflicht zu einer Interessenabwägung und differenziert, dass in den älteren Entscheidungen keine vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien bestanden hätten, womit sich die diesen Urteilen zugrundeliegenden Sachverhalte grundsätzlich vom jetzt zu beurteilenden unterscheiden.⁸⁶ Wie ZÜRCHER zu Recht bemerkt, ist diese Abgrenzung über den durch das Massnahmebegehren zu schützenden materiellrechtlichen Anspruch nicht überzeugend.⁸⁷

Nach hier vertretener Auffassung gibt es keine von der Glaubhaftmachung der (drohenden) Rechtsverletzung und des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils *unabhängige* Verhältnismässigkeitsprüfung. Anders gesagt: die den Parteien durch den Erlass oder die Verweigerung einer vorsorglichen Massnahme erwachsenden Nachteile sind immer *zu gewichten mit der Wahrscheinlichkeit, dass ein materiellrechtlicher Anspruch tatsächlich besteht*.

Tabelle 2: Ergebnismatrix bei vorsorglichen Massnahmen (Nachteil des Gesuchstellers jeweils links; Nachteil des Gesuchsgegners rechts)

	Materieller Anspruch gegeben	Materieller Anspruch nicht gegeben
keine Massnahme	Nachteil; kein Nachteil	irrelevant; kein Nachteil
Massnahme	kein Nachteil; irrelevant	kein Nachteil; Nachteil

Die entscheidungstheoretische Analyse verläuft analog der oben dargestellten Entscheidung zur Evakuierung der Schule, wird aber dadurch kompliziert, dass die möglichen Nachteile sowohl des Gesuchstellers als auch des Gesuchsgegners zu berücksichtigen sind (während man

beim Evakuations-Beispiel den Utilitätsverlust, den der Bombenleger erfährt, weil sein Plan vereitelt wurde, naturgemäss nicht berücksichtigt).

Das Gericht steht vor der Entscheidung, entweder die begehrte Massnahme (allenfalls nur im notwendigen Umfang) anzuordnen oder nicht anzuordnen (in der Tabelle 2 «Massnahme» respektive «keine Massnahme»). Es entscheidet unter Unsicherheit, weil in dem Zeitpunkt der Entscheidung – aufgrund der beschränkten Erkenntnismittel im summarischen Verfahren – unklar ist, ob der materiellrechtliche Anspruch («Verfügungsgrund») tatsächlich besteht.

Wird keine Massnahme erlassen, entsteht dem Gesuchsteller – mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit, siehe dazu Anhang – ein Nachteil. Dieser Nachteil ist aber dann, wenn der materielle Anspruch tatsächlich nicht gegeben ist, aus normativen Gründen irrelevant: zwar erleidet der Gesuchsteller einen tatsächlichen Nachteil, aber er ist nicht zu berücksichtigen. Es besteht kein schützenswertes Interesse, vor rein wirtschaftlichen Nachteilen bewahrt zu werden, das sich nicht aus einer (durch das materielle Recht) geschützten Rechtsposition ergibt. In Tabelle 2 ist das Ergebnis der Entscheidung für den Gesuchsteller jeweils links, das für den Gesuchsgegner rechts dargestellt.

Ordnet das Gericht andererseits eine vorsorgliche Massnahme an, so entsteht dem Gesuchsteller kein Nachteil. Dem Gesuchsgegner entsteht (mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit) ein Nachteil, der aber irrelevant ist, wenn der materiellrechtliche Anspruch besteht: ob der Schuldner einer privatrechtlichen Forderung durch die Vollstreckung der Forderung einen Nachteil erleidet, ist – in den Grenzen des Rechtsmissbrauchs – grundsätzlich unbeachtlich.⁸⁸

Die vorsorgliche Massnahme ist daher dann anzuordnen, wenn der dem Gesuchsteller bei unterlassener Anordnung einer Massnahme entstehende Nachteil, multipliziert (gewichtet) mit der Wahrscheinlichkeit, dass der Hauptanspruch gegeben ist, grösser ist als der dem Gesuchsgegner bei Anordnung der Massnahme entstehende Nachteil, multipliziert mit der Wahrscheinlichkeit, dass der Hauptanspruch nicht gegeben ist. Da der Hauptanspruch (im behaupteten Umfang) entweder gegeben ist oder nicht, ergibt sich die Wahrscheinlichkeit, dass der Hauptanspruch nicht gegeben ist, aus der Gegenwahrscheinlichkeit des Hauptanspruchs. Folglich gilt, wobei $Pr(A)$ = Wahrscheinlichkeit, dass Hauptanspruch gegeben und $N_{\text{Gesuchsteller}}$ = Nachteil des Gesuchstellers bei unterlassener Anordnung und $N_{\text{Gesuchsgegner}}$ = Nachteil des Gesuchsgegners bei Anordnung,

$$\text{Erlasse} \begin{cases} \text{Massnahme falls } Pr(A)N_{\text{Gesuchsteller}} > (1 - Pr(A))N_{\text{Gesuchsgegner}} \\ \text{keine Massnahme sonst.} \end{cases}$$

Daraus folgt, dass auch ein erheblicher dem Gesuchsgegner bei Anordnung der Massnahme entstehender Nachteil die Abweisung des Massnahmegesuchs nicht

⁸³ EUGÈNE BRUNNER, Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen im gewerblichen Rechtsschutz, SMI 1989, 9, 18; BERTI (FN 12), 225; MICHAEL LEUPOLD, Die Nachteilsprognose als Voraussetzung vorsorglichen Rechtsschutzes, sic! 2000, 265, 264; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 8), § 22 N 12; VOGEL/SPÜHLER/DOLGE/GEHRI (FN 5), § 52 Rz. 293.

⁸⁴ DANIEL ALDER, Der einstweilige Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Bern 1993, 90 f., 108, 133 ff.; ZÜRCHER (FN 5), 246 f.; Dike-ZPO-ZÜRCHER N 29; DEMIAN STAUBER, Das Verhältnismässigkeitsprinzip bei superprovisorischen Massnahmen und seine Auswirkungen auf die besondere Dringlichkeit, sic! 2010, 602, 604; DAVID (FN 5), Rz. 628; wohl auch BSK-ZPO-SPRECHER Art. 261 N 33.

⁸⁵ BGE 106 II 66 E. 5a; 94 I 8 E. 5.

⁸⁶ BGer, Urteil 4A_367/2008 vom 14. November 2008, E. 4.2.

⁸⁷ Dike-ZPO- ZÜRCHER, Art. 261 N 28.

⁸⁸ STAUBER (FN 84), 604.

rechtfertigen kann, wenn der Hauptanspruch mit hoher Wahrscheinlichkeit gegeben ist. Im Grenzfall, in dem es bereits aufgrund der sofort verfügbaren Beweismittel *sicher* ist, dass der Anspruch besteht, kommt es auf einen Nachteil des Gesuchsgegners überhaupt nicht mehr an. Dies entspricht auch der Gesetzeslage: dann liegt nämlich ein Fall schneller Handhabung klaren Rechts vor (Art. 257 ZPO), der keine Abwägung der den Parteien entstehenden Nachteile voraussetzt.⁸⁹ Sind die Nachteile des Gesuchstellers, respektive Gesuchsgegners, bei Anordnung oder unterlassener Anordnung der Massnahme hingegen vergleichbar hoch, ist es in erster Linie die Überzeugung (subjektive Wahrscheinlichkeit), dass der Hauptanspruch tatsächlich gegeben ist, die den Ausschlag gibt. Auf eine Abwägung der Nachteile ohne Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit, dass der Hauptanspruch gegeben ist, kann es hingegen nicht ankommen. Meines Erachtens entspricht dies auch der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wenn es auch im Einzelfall Formulierungen gegeben haben mag, die missverständlich sein können.

2. ... auf die Glaubhaftmachung von Ablehnungs- respektive Ausstandsgründen

Die schweizerische Zivilprozessordnung verlangt, dass die Gründe, die einen Richter befangen erscheinen lassen, im Ablehnungsgesuch glaubhaft zu machen sind (Art. 49 Abs. 1 ZPO, wobei die ZPO auf die Unterscheidung von Ausstands- und Ablehnungsgründen verzichtet). Die Folgen eines zu Unrecht abgewiesenen Ausstandsgesuchs sind schwerwiegend. Wird der Fehler nicht entdeckt, wird der betroffenen Partei der verfassungsrechtliche (Art. 30 Abs. 1 BV) und menschenrechtliche (Art. 6 Ziff. 1 EMRK; Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II) Anspruch auf ein unparteiisches Gericht endgültig verwehrt. Wird der Fehler erst nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens entdeckt, muss das gesamte Verfahren wiederholt werden (Art. 51 Abs. 3 i.V.m. 328 ZPO). Die Folgen eines zu Unrecht gutgeheissenen Ablehnungsgesuches sind ebenfalls nicht trivial, da dadurch regelmässig das Verfahren verzögert wird. Sie sind aber geringer zu gewichten als die Folgen, das Vorliegen eines Ausstandsgrundes fälschlicherweise zu verneinen. Deshalb kann es für die Glaubhaftmachung von Ausstandsgründen genügen, dass diese mit einer subjektiven Wahrscheinlichkeit (Überzeugungsgrad) von deutlich weniger als 50 % vorliegen.

3. ... auf die Glaubhaftmachung des schutzwürdigen Interesses bei vorsorglicher Beweisabnahme

Die schweizerische Zivilprozessordnung sieht vor, dass Beweismittel vorsorglich – d.h. vor Durchführung des ordentlichen Beweisverfahrens, sei es während hängi-

gem Hauptverfahren oder bereits vor Rechtshängigkeit des Hauptverfahrens – abgenommen werden können, wenn der Gesuchsteller «eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse» an der vorsorglichen Beweisabnahme glaubhaft macht (Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO). Mit der Ergänzung der Voraussetzungen durch die Alternative «schutzwürdiges Interesse» wurde der traditionelle Boden der vorsorglichen Beweisabnahme als Sicherungsmassnahme zur Abnahme von Beweismitteln, die später nicht mehr oder nur noch erschwert abgenommen werden können (das berühmte einstürzende Dach oder der sterbende Zeuge) verlassen und ein Mittel geschaffen, die Prozessaussichten abzuklären.⁹⁰

Das Bundesgericht musste in einem der ersten Urteile zur neuen Zivilprozessordnung klären, was unter dem Begriff des «schutzwürdigen Interesses» im Sinne von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO zu verstehen ist. In der Literatur wurde vertreten, es genüge, zu behaupten, die Prozessaussichten eines Prozesses gegen den Gesuchsgegner abklären zu wollen. Hingegen könne nicht verlangt werden, dass das Bestehen eines Hauptanspruchs, der mit den vorsorglich abzunehmenden Beweismitteln bewiesen werden soll, glaubhaft gemacht werden müsse. Dadurch würde der Zweck der vorsorglichen Beweisführung unterlaufen, denn sei der Hauptanspruch glaubhaft, habe man per se günstige Prozessaussichten und benötige keine weiteren Beweise, um seine Prozesschancen zu beurteilen.⁹¹ Eine andere Lehrmeinung vertrat, dass das schutzwürdige Interesse voraussetze, dass die Existenz eines materiellrechtlichen Hauptanspruchs glaubhaft gemacht sei, wobei die Tatsachen, die mittels des vorsorglich abzunehmenden Beweismittels zu beweisen sind, nur substantiiert behauptet werden müssten, da ansonsten der Zweck der vorsorglichen Beweisführung, die Abklärung der Prozessaussichten zu ermöglichen, unterlaufen würde.⁹² Diese Auffassung wurde in erster Linie damit begründet, dass ein schutzwürdiges Interesse an einer Beweisabnahme nicht unabhängig von einem Hauptanspruch bestehen könne.⁹³

Das Bundesgericht entschied, dass das schutzwürdige Interesse an einer vorprozessualen vorsorglichen Beweisabnahme voraussetzt, dass der Gesuchsteller einen

⁹⁰ Botschaft zur ZPO, BBl 2006 7221 ff., 7315.

⁹¹ MARK LIVSCHITZ/OLIVER SCHMID, Sie wollen klagen – Ihr Gegner hat die Beweise – Beweisausforschungsstrategien und ihre Abwehr: Neuerungen im Kontext der eidgenössischen Prozessordnungen aus Sicht der Praxis, AJP/PJA 2011, 739, 742 f.

⁹² MARK SCHWEIZER, Vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischer Zivilprozessordnung und Patentgesetz, ZZZ 21/22/2010, 1, 7 f.; ISAAK MEIER/MIGUEL SOGO, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich, 2010, 311; DIKE-ZPO-ZÜRCHER, Art. 158 N 15.

⁹³ SCHWEIZER (FN 92), 7; LAURENT KILLIAS/MICHAEL KRAMER/THOMAS ROHNER, Gewährt Art. 158 ZPO eine «pre-trial discovery» nach US-amerikanischem Recht? in: Franco Lorandi, Daniel Staehelin (Hrsg.), Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander, Zürich 2011, 933, 940, m.w.H.

⁸⁹ Statt aller BK-ZPO-GÜNGERICH, Art. 257 N 4.

Hauptanspruch und die Tauglichkeit der abzunehmenden Beweismittel zum Beweis der Tatsachengrundlage für den Hauptanspruch glaubhaft macht, nicht aber die Existenz der Tatsachen, die mit dem abzunehmenden Beweismittel gerade bewiesen werden sollen, die nur substantiiert behauptet werden müssen.⁹⁴ Offen geblieben ist, mit welchem Grad der subjektiven Wahrscheinlichkeit der Hauptanspruch gegeben sein muss, damit die vorsorgliche Beweisabnahme gewährt werden kann. In der Lehre wird betont, die vorsorgliche Beweisabnahme sei nur zu verweigern, wenn der Hauptanspruch «offensichtlich» nicht gegeben sei.⁹⁵ Blosser Behauptungen genügen nach der Praxis allerdings nicht.⁹⁶

Die Abwägung der Fehlerkosten kann auch hier begründen, dass die Anforderungen an die Glaubhaftmachung des schutzwürdigen Interesses – und damit im Wesentlichen des Bestehens eines zu beweisenden Hauptanspruchs – geringer sein müssen als bei einer vorläufigen Befriedigungsverfügung, und damit auch unter 50 % subjektiver Wahrscheinlichkeit liegen können. Wie das Handelsgericht Bern ausführt, «ist nur sehr schwer eine Konstellation vorstellbar, in welcher einem Gesuchsgegner aus einer sich im Nachhinein als ungerechtfertigt herausstellenden vorsorglichen Beweisführung [...] ein Schaden erwächst.»⁹⁷ Auch ist die Belastung durch eine vorsorgliche Beweisabnahme gering, und schützenswerte Interessen der Gesuchsgegnerin, namentlich an der Geheimhaltung von Geschäftsgeheimnissen, sind durch entsprechende Massnahmen zu wahren (Art. 156 ZPO). Wird die vorsorgliche Beweisabnahme hingegen zu Unrecht nicht angeordnet, wird dem Gesuchsteller das Recht auf die vorsorgliche Beweisabnahme in aller Regel endgültig verweigert.⁹⁸ Die Minimierung der erwarteten Fehlerkosten gebietet daher, bereits bei einer geringen subjektiven Wahrscheinlichkeit, dass der Hauptanspruch gegeben ist, die vorsorgliche Beweisabnahme zu gewähren.⁹⁹ Die Lehrmeinungen, die betonen, die vorsorgliche Beweisabnahme dürfe nur in offensichtlich unbegründeten Fällen verweigert werden, reflektieren dies.

⁹⁴ BGE 138 III 76 E. 2.4.2. Zustimmung PETER REETZ, Neues zur vorsorglichen Beweisführung gemäss Art. 158 ZPO, Bau-recht 2/2012, 80, 82; grundsätzlich auch MARK SCHWEIZER, Anmerkung zum Bundesgerichtsurteil vom 31. Januar 2012 – «Schlammzuführung», sic! 5/2012, 334, 334 f. (kritisch nur zur Qualifikation der vorsorglichen Beweisführung als vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 98 BGG).

⁹⁵ SCHWEIZER (FN 92), 8; KILLIAS/KRAMER/ROHNER (FN 93), 942.

⁹⁶ BPatGer, Urteil S2012_006 vom 27. April 2012, E. 7.

⁹⁷ HGer Bern, Entscheid HG 11 13 vom 5. Mai 2011, E. 2d.

⁹⁸ *De iure* kann ein neues Gesuch eingereicht werden, da die Entscheidung über die vorsorgliche Beweisabnahme nicht materiell rechtskräftig wird.

⁹⁹ So auch die niederländische Praxis, Bezirksgericht für die östlichen Niederlande (Arnhem), Urteil 234794/KG ZA 12–533 vom 1. Februar 2013, Rz. 4.28 f. (englische Übersetzung des Urteils erhältlich unter www.eplawpatentblog.com/eplaw/2013/02/nl-astellas-pharma-v-synthon.html [zuletzt besucht am 1. Mai 2015]).

VI. Zusammenfassung

Zusammenfassend ergibt die vertiefte Untersuchung des Beweismasses der Glaubhaftmachung, dass die Berücksichtigung der Fehlerkosten zur Bestimmung der Entscheidungsgrenze (Beweismass) in Zivilsachen gelebtem Recht entspricht, wenn das Prinzip auch nicht immer ausdrücklich erwähnt wird.¹⁰⁰ Gesetzliche Beweismassenkungen, wie sie insbesondere durch den Begriff «glaubhaft machen» angeordnet werden, können zu einer Entscheidungsgrenze von unter 50 % subjektiver Wahrscheinlichkeit führen. Dies ist durch die Minimierung der erwarteten Fehlerkosten gerechtfertigt, wenn die Kosten eines Fehlers 2. Art (fälschliche Nicht-Anordnung der Massnahme) höher sind als die Kosten eines Fehlers 1. Art (fälschliche Anordnung der Massnahme). Diese Überlegungen stützen die Stimmen in der Lehre, die Glaubhaftmachung als ein flexibles Beweismass verstehen,¹⁰¹ und zeigen, dass Glaubhaftmachung bei einer Leistungsmassnahme mehr verlangt als bei einer Sicherungsmassnahme oder bei der Ablehnung eines Richters wegen Befangenheit. Es kann daher gerechtfertigt sein, zu sagen, dass eine Tatsache glaubhaft gemacht wurde, obwohl die Wahrscheinlichkeit, dass sie nicht der Fall ist, höher ist als die Wahrscheinlichkeit, dass sie der Fall ist.

VII. Anhang

Die Entscheidung, eine beantragte vorsorgliche Massnahme anzuordnen oder nicht, hängt genau betrachtet von zwei Unsicherheiten ab: der Unsicherheit, ob der Hauptanspruch, der mit der vorsorglichen Massnahme geschützt oder vorläufig befriedigt werden soll, besteht («Hauptsacheproggnose») und der Unsicherheit, ob der Gesuchsteller (bei unterlassener Anordnung) respektive der Gesuchsgegner (bei Anordnung) einen Nachteil erleidet («Nachteilsproggnose»). Es ist mit anderen Worten nicht nur die Grösse des Schadens ungewiss, sondern auch ob überhaupt ein Schaden eintreten wird. Verlangt der Gesuchsteller zum Beispiel, es sei eine Grundbuchsperrung zu verfügen, bis über seinen angeblichen dinglichen Anspruch auf das Grundstück rechtskräftig entschieden wurde, so entsteht dem Gesuchsgegner nur dann ein Nachteil, wenn er beabsichtigt, über das Grundstück zu verfügen, ehe das Hauptverfahren abgeschlossen ist. Eine Entscheidung unter Berücksichtigung der den Parteien entstehenden Nachteile ist daher nur möglich, wenn eine Annahme dazu getroffen wird, wie wahrscheinlich eine Verfügung über das Grundstück in den nächsten zwei bis drei Jahren (der typischen Dau-

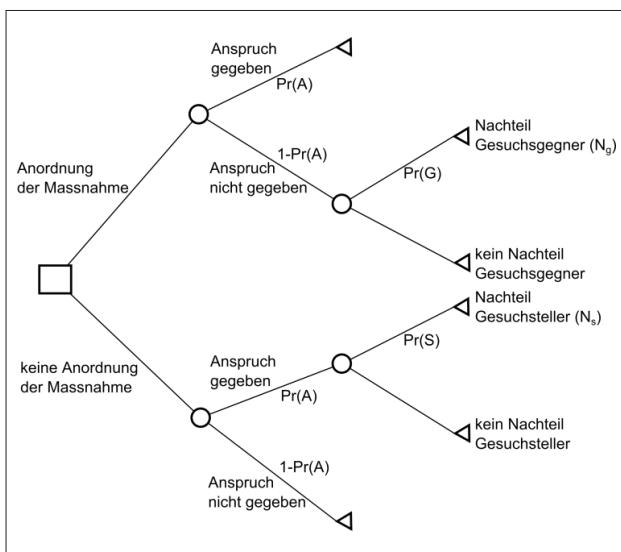
¹⁰⁰ Wie hier bereits HELMUT RÜSSMANN, § 294 N 3 in: Rudolf Wassermann (Hrsg.), Alternativkommentar zur ZPO, Neuwied 1987; STEIN/JONAS-ZPO-GRUNSKY, § 935 N 9; ähnlich MÜKO-ZPO-DRESCHER, § 920 N 16; ZÖLLER-ZPO-GREGER, § 294 N 6.

¹⁰¹ LEUENBERGER (FN 1), 119 f.

er bis zur rechtskräftigen Erledigung eines ordentlichen Zivilprozesses) ist.

Abbildung 1 zeigt die möglichen Ergebnisse der beiden Entscheidungen (Anordnung respektive keine Anordnung der Massnahme). Sowohl bei der Gutheissung wie bei der Abweisung des Gesuchs kann der Hauptanspruch gegeben sein oder nicht (Umweltzustände sind mit einem Kreis dargestellt, Entscheidungen mit einem Quadrat und Ergebnisse mit einem Dreieck). Da der Anspruch nur entweder gegeben sein kann oder nicht, muss die Überzeugung, dass der Anspruch gegeben ist oder nicht, 100 % sein. Daher gilt $Pr(\text{kein Anspruch}) = 1 - Pr(\text{Anspruch})$, wobei in Abbildung 1 $Pr(\text{Anspruch})$ geschrieben wird als $Pr(A)$.

Abbildung 1: Entscheidungsbaum bei der Entscheidung über vorsorgliche Massnahmen



Wird eine Massnahme angeordnet und stellt sich heraus, dass der Hauptanspruch gegeben ist, mag dem Gesuchsgegner zwar ein Nachteil entstanden sein, dieser ist aber rechtlich irrelevant. War der Hauptanspruch (in Abbildung 1 als «Anspruch» bezeichnet) hingegen nicht gegeben, ist der dem Gesuchsgegner zugefügte Nachteil ungerechtfertigt und zu berücksichtigen. Ob der Nachteil eintritt, ist hingegen im Zeitpunkt der Entscheidung (häufig) unsicher, entsprechend ist der Nachteil zu gewichten mit der Wahrscheinlichkeit seines Eintritts. Umgekehrt ist ein Nachteil, der dem Gesuchsteller bei Anordnung der Massnahme erwächst irrelevant, wenn er keinen materiellen Anspruch hat. Jedoch ist der Nachteil, der den Gesuchsteller bei unterlassener Anordnung trifft, massgeblich, sein Eintreten aber wiederum unsicher.

Bezeichnet man den Nachteil des Gesuchsgegners bei Anordnung als N_g und den Nachteil des Gesuchstellers als N_s , die Wahrscheinlichkeit, dass der Gesuchsgegner überhaupt einen Nachteil erfährt als $Pr(G)$ und die Wahrscheinlichkeit, dass den Gesuchsteller einen Nachteil erleidet als $Pr(S)$, so lässt sich aus Abbildung 1 ablesen, dass die vorsorgliche Massnahme dann angeordnet werden sollte, wenn

$$\text{Erlasse } \begin{cases} \text{Massnahme falls } Pr(A) Pr(S) N_s > (1 - Pr(A)) Pr(G) N_g \\ \text{keine Massnahme sonst.} \end{cases}$$

D.h., je grösser die Überzeugung – die hier synonym mit Wahrscheinlichkeit verwendet werden darf, da es sich um subjektive Wahrscheinlichkeiten des Einzelfalles handelt – dass der Hauptanspruch tatsächlich besteht, desto geringer wird der Nachteil des Gesuchsgegners gewichtet, und desto eher überwiegt der Nachteil des Gesuchstellers bei Nicht-Anordnung, auch wenn dieser absolut gesehen kleiner sein mag. Weiter muss die Schwere jedes Nachteils gewichtet werden mit der Wahrscheinlichkeit seines Eintritts. In der Praxis werden diese beiden Aspekte meist zusammen beurteilt, konzeptuell lassen sie sich trennen.