



<b>Fall-Nr.:</b>	BS.2012.6
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	15.02.2012
<b>Entscheiddatum:</b>	15.02.2012

### **Entscheid Kantonsgericht, 15.02.2012**

**Art. 315 Abs. 4 und 5 ZPO (SR 272). Aufschiebung der Vollstreckbarkeit vorsorglicher Massnahmen (Kantonsgericht St. Gallen, Einzelrichter im Obligationenrecht, 15. Februar 2012, BS.2012.6).**

Erwägungen

I.

1. B war seit dem 1. November 2010 bei A als Masseurin angestellt; vereinbart wurde u.a. auch ein sich auf einen Umkreis von 25 km vom Arbeitsort erstreckendes Konkurrenzverbot für die Dauer von 1 Jahr nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Am 31. August 2011 kündigte B das Arbeitsverhältnis per 30. September 2011 und eröffnete unmittelbar darauf, unweit vom alten Arbeitsort entfernt, ihre eigene Massagepraxis.

2. Mit Eingabe vom 4. Oktober 2011 ersuchte A das Kreisgericht, B sei vorsorglich zu verbieten, ihre Massagepraxis weiterhin zu betreiben, und es sei ihr (Gesuchstellerin) eine Frist zur Einleitung des ordentlichen Zivilverfahrens anzusetzen. In ihrer Stellungnahme vom 26. Oktober 2011 beantragte die Gesuchsgegnerin die Abweisung des Begehrens, eventualiter die vorgängige Verpflichtung der Gesuchstellerin zu einer Sicherheitsleistung von Fr. 100'000.00.

Am 10. November 2011 fand die Verhandlung statt. In der Folge verfügte der zuständige Einzelrichter eine Sicherheitsleistung von Fr. 36'000.00 und fällte, nachdem



die Kautionsleistung fristgemäss geleistet worden war, am 23. Januar 2012 folgenden Entscheid:

- 1.** Der Gesuchsgegnerin wird es vorläufig verboten, in ihrer Praxis medizinische Massagen (klassische Massage, manuelle Lymphdrainage, Fussreflexzonen-Massage, Bindegewebstherapie, Sportmassage) oder andere Massagen irgendwelcher Art (inkl. Narbentherapie und die Dorn und Breuss Methoden) anzubieten oder durchzuführen oder sich sonst in einem Umkreis von 25 km zu ihrem früheren Arbeitsort als Masseurin zu betätigen. Dieses Verbot gilt längstens bis 30. September 2012 bzw. bis zu einem Entscheid in der Hauptsache.
- 2.** Für den Fall der Zuwiderhandlung gegen dieses Verbot wird der Gesuchsgegnerin einerseits Busse nach Art. 292 StGB und andererseits für jeden Tag der Zuwiderhandlung eine Ordnungsbusse von Fr. 250.00 nach Art. 343 Abs. lit. c ZPO angedroht.
- 3.** Der Gesuchstellerin wird eine Frist von 60 Tagen seit Rechtskraft dieses Entscheids für das Einreichen der Klage direkt beim Kreisgericht angesetzt. Bei unbenutztem Ablauf dieser Frist fallen die angeordneten Massnahmen ohne weiteres dahin.
- 4.** Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.00 festgesetzt. Die Kosten des Verfahrens bleiben grundsätzlich bei der Hauptsache.

Falls die Gesuchstellerin innert Frist keine Klage einreicht, so hat sie die Gerichtskosten unter Verrechnung mit der geleisteten Einschreibgebühr zu bezahlen. Überdies hat die Gesuchstellerin die Gesuchsgegnerin mit Fr. 4'855.45 zu entschädigen.

- 3.** Gegen diesen Massnahmeentscheid liess die Gesuchsgegnerin mit Eingabe vom 31. Januar 2012 Berufung beim Kantonsgericht erheben mit dem Rechtsbegehren, der Entscheid sei aufzuheben und das Massnahmegesuch abzuweisen; ferner stellte sie den Prozessantrag, der Berufung sei aufschiebende Wirkung zu erteilen. Mit Berufungsantwort vom 13. Februar 2012 schloss die Gesuchstellerin auf Abweisung der Berufung und des Prozessantrags.



II.

1. Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der Prozessvoraussetzungen ergibt, dass diese erfüllt sind (Art. 59 f., 308 Abs. 1 lit. a und 314 Abs. 1 ZPO). Auf die Berufung ist einzutreten.

Zuständig ist der Einzelrichter im Obligationenrecht (Art. 15 Abs. 1 lit. a EG zur ZPO und Art. 14 Abs. 2 Ziff. 4 Al. 3 GO).

2. Die Berufung gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen hat keine aufschiebende Wirkung; die Vollstreckung vorsorglicher Massnahmen kann jedoch ausnahmsweise aufgeschoben werden, wenn der betroffenen Partei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 315 Abs. 4 und 5 ZPO).

a) Beim Entscheid über den Prozessantrag geht es (noch) nicht um eine Überprüfung der von der Vorinstanz für die Gesuchstellerin als günstig erachteten Hauptsachenprognose (Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO), sondern lediglich um eine Abwägung der - auf die restliche Dauer des Berufungsverfahrens zu beschränkenden - Nachteilsprognosen, d.h. es geht darum abzuwägen, wem - in der restlichen Zeit bis zum Entscheid über die Berufung - ein grösserer Nachteil erwächst, ob der Gesuchstellerin aus der Aufhebung des erstinstanzlichen verfügten Verbots oder der Gesuchsgegnerin, wenn die Massnahme noch so lange bestehen bleibt (vgl. Benedikt Seiler, Die Berufung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel 2010, § 12 Rz. 995 mit Hinweisen). Ausnahmsweise als angezeigt erscheint ein Aufschub der Vollstreckbarkeit vor allem bei einer drohenden Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse (Anne Sabine Zoller, Vorläufige Vollstreckbarkeit im Schweizer Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 2008, § 4 Rz. 157).

b) Dass sich die tatsächlichen Verhältnisse in der nächsten Zeit verändern, wird von der Gesuchsgegnerin nicht behauptet und ist nicht ersichtlich.

Im Fall, dass die Berufung gutzuheissen wäre, hielte sich der mit einer - ex post betrachtet - ungerechtfertigten vorläufigen Belassung des Verbots verbundene Nachteil für die Gesuchsgegnerin in Grenzen und könnte zudem durch Beanspruchung der vom



Vorderrichter verfügten - der Höhe nach nicht beanstandeten - Sicherheitsleistung von Fr. 36'000.00 wieder gut gemacht werden.

Im umgekehrten Fall jedoch, dass die Berufung abzuweisen wäre, wäre die - ex post betrachtet - ungerechtfertigte vorübergehende Aufhebung des vorsorglich verfügten Verbots für die Gesuchstellerin wegen der Verunsicherung der Kundschaft (z.B durch Reaktivierung der Homepage der Gesuchsgegnerin) offensichtlich mit gravierenden Nachteilen verbunden.

c) Nach dem Gesagten ist der Prozessantrag der Gesuchsgegnerin als unbegründet abzuweisen.

Es wird verfügt:

Der Prozessantrag, der Berufung sei aufschiebende Wirkung zu erteilen, wird abgewiesen.

-----