



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Monika Gerdhem

Interimistisk fullgörelse
- en förankrad rättsfigur i tysk
rättspraxis

Examensarbete
20 poäng

Handledare: Professor Peter Westberg

Civilprocessrätt

VT-2002

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Ämne och problemställning	5
1.2 Syfte	7
1.3 Metod och material	8
1.4 Avgränsningar	8
1.5 Disposition	8
1.6 Ett praktiskt exempel	9
2 DER EINSTWEILIGE RECHTSSCHUTZ; PROVISORISKT RÄTTSSKYDD ENLIGT TYSK RÄTT	11
2.1 Einstweiligen Verfügungen	11
2.2 ”Die Sicherungsverfügung”, § 935 ZPO	12
2.3 ”Die Regelungsverfügung”, § 940 ZPO	14
2.4 ”Schadenersatz”, § 945 ZPO	16
2.5 ”Die Befriedigungsverfügung”	17
3 DIE BEFRIEDIGUNGSVERFÜGUNG	19
3.1 ”Vorläufige Befriedigung”, en del av det provisoriska rättsskyddet?	19
3.1.1 Processuellt rättsläge eller materiell rättighet som objekt för säkerhetsfunktionen	20
3.1.2 Förtida verkställighet ur ett grundlagsenligt perspektiv	21
3.1.3 Historisk förankring	23
3.2 Bedömningsgrunder för die Befriedigungsverfügung	23
3.2.1 Verfügungsanspruch	24
3.2.2 Verfügungsgrund	27
3.2.2.1 Bortfall av Verfügungsgrund	30
3.2.2.2 Interessenabwägung	31
3.2.3 Sammanfattning	35

4	FÖRSLAG PÅ EN SUMMARISK RÄTTSPROCESS DE LEGE FERENDA I TYSKLAND	37
4.1	Förslagets bakgrund	37
4.2	Jämförelse med andra rättssystem	39
4.2.1	Den japanska reformen	39
4.2.2	Det nederländska Kort Geding	40
4.2.3	Det franska référé-förfarandet	41
4.3	Slutsatser och förslag	44
5	INTERIMISTISK FULLGÖRELSE I ENGLAND	46
5.1	Förutsättningar för interimistisk fullgörelse	46
5.2	American Cyanamid Case	47
6	INTERIMISTISK FULLGÖRELSE I SVERIGE	50
6.1	Allmänt	50
6.2	Interimistiska förordnanden enligt RB 15 kap. 3 §	52
6.3	Intresseavvägning	53
6.3.1	Stöd för intresseavvägningen	53
6.3.2	Intresseavvägningens innehåll	55
6.3.3	Intresseavvägning i praktiken	56
6.4	Sammanfattande kommentarer	57
7	SLUTSATSER	60
7.1	Interimistisk fullgörelse?	60
7.1.1	Lämpliga bedömningsgrunder?	60
7.1.2	Alternativt summariskt förfarande?	61
7.2	Hur bör det praktiska exemplet bedömas?	62
	BILAGA	64
	LITTERATURFÖRTECKNING	65
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	67

Sammanfattning

Det har kommit att bli allt vanligare att tvister löses slutgiltigt i samband med beslut om interimistiska säkerhetsåtgärder. Detta har sin grund bl.a. i att parter förlikas på grundval av det interimistiska beslutet eller väljer att avstå från att gå vidare med processen. I vissa fall är emellertid situationen sådan att kärandens rättsliga anspråk aldrig kan tillgodoses om inte tvisten avgörs mycket snabbt. I syfte att närmare undersöka vilka värderingar och principer som skulle kunna rättfärdiga sådana systemfrämmande åtgärder, där i praktiken en slutgiltig dom ges på grundval av ett ofullständigt processmaterial, har en ingående studie gjorts av tysk interimistisk fullgörelse.

Som huvudregel anses interimistiska fullgörelser i Tyskland liksom i Sverige vara otillåtna. I Tyskland har emellertid i praxis utvecklats en rättsfigur, die Befriedigungsverfügung, som tillhandahåller en möjlighet till interimistiska avgöranden i speciella fall där ett snabbt avgörande är nödvändigt för att käranden överhuvudtaget skall kunna komma till sin rätt. Genom rättsutveckling och doktrin har ett relativt handfast system utvecklats för i vilka situationer interimistisk fullgörelse skall anses vara legitimerad inom ramen för civilprocessuella säkerhetsåtgärder. Den tyska lagstiftningen för civilprocessuella säkerhetsåtgärder påminner till stor del om den svenska, som emellertid inte har en lika rikt utvecklad praxis och doktrin inom området för interimistiska fullgörelser.

Enligt tysk praxis krävs att man kan göra sannolikt att man har ett rättsligt anspråk på någon form av fullgörelse från svarandens sida. Därutöver måste käranden göra sannolikt att det finns en säkringsgrund, innebärandes att åtgärden är absolut nödvändig för att käranden skall komma till sin rätt samt att någon mildare åtgärd inte är möjlig. Vid den bedömningen görs en intresseavvägning mellan parterna där den skada som svaranden skulle drabbas av på grund av åtgärden ställs i relation till den skada käranden skulle drabbas av om inte åtgärden beviljas. Vid intresseavvägningen får en prognos av hur rättsfrågan kommer att bedömas i huvudprocessen ett stort utrymme.

Som jämförelsematerial har en översiktlig undersökning av engelsk rätt på området genomförts. Interimistisk fullgörelse enligt engelsk rätt är uppbyggt kring motsvarande kriterier men tillvägagångssättet vid prövningen skiljer sig åt.

I arbetet presenteras även ett förslag på hur ett tyskt alternativt summariskt förfarande skulle kunna se ut. Förslaget, som har lagts fram av tyska auktoriteter inom området för civilprocessuella säkerhetsåtgärder, baseras på den tyska rättsutvecklingen avseende interimistisk fullgörelse samt studier som gjorts av japansk, nederländsk och fransk rätt inom samma rättsområde.

Av förslaget som refereras i uppsatsen framgår att ett alternativt summariskt förfarande skulle vara möjligt. Prövningen i sådana fall skulle vara muntlig och göras av en eller flera erfarna domare som åtnjuter respekt. För att en åtgärd skall beviljas vid en sådan process skulle dock krävas att rättsläget avseende tvistefrågan är entydigt. En särskild instans som tillhandahåller snabba avgöranden är därför enligt denna studie inte ändamålsenlig i sådana situationer där rättsläget inte helt kan klarläggas i ett summariskt säkerhetsåtgärdsförfarande. För sådana situationer skulle således civilprocessuella säkerhetsåtgärder även fortsättningsvis vara ett lämpligare instrument.

Förord

Uppslaget till att skriva om tysk interimistisk fullgörelse kommer från min handledare Professor Peter Westberg som ägnar en stor del av sin forskning åt civilprocessuella säkerhetsåtgärder. Jag skulle vilja rikta ett varmt tack till Peter som på ett pedagogiskt sätt gjort mig uppmärksam på frågeställningen och väglett mig i avgränsningsfrågor samt tipsat om litteratur och även tillhandahållit eget material.

Ett stort tack förtjänar även min man utan vars stöd och uppmuntran det inte hade varit möjligt för mig att genomföra den här utbildningen samtidigt som vi blivit föräldrar till våra två barn.

Slutligen vill jag tacka alla trevliga kursare som jag lärt känna under årens lopp och som bidragit till att studietiden inte bara varit lärorik utan även väldigt trevlig.

Malmö i november 2002

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
All ER	All England Law Reports
ARSt.	Arbetsrecht in Stichworten
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
CPO	Civilprozessordnung
EG	Europeiska gemenskapen
GG	Grundgesetz
HD	Högsta domstolen
Hov R	Hovrätt
HR	Rättsfall från hovrätterna
JT	Juridisk tidskrift
LAG	Landesarbetsgericht
LG	Landgericht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report
OLG	Oberlandesgericht
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalken
SvJT	Svensk juristtidning
TR	Tingsrätt
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
URL	Upphovsrättslagen
ZPO	Zivilprozessordnung

1 Inledning

1.1 Ämne och problemställning

Som en grundläggande princip i vårt rättssystem gäller att en tvångsverkställighet avseende ett civilrättsligt anspråk inte kan ske förrän en domstol avgjort saken genom dom.¹ Tanken bakom denna princip har sin grogrund i föreställningen om medborgerlig rättssäkerhet. Ingen skall kunna tvingas att prestera något på svagt vilande grund. Min uppsats behandlar undantaget från denna princip som jag kallar interimistisk fullgörelse.

Kännetecknande för vårt rättssystem är också att en rättsprocess kan ta mycket lång tid i anspråk innan rättsfrågan slutgiltigt har avgjorts.² Det är en konsekvens av det omfattande processunderlag som krävs för att trygga ett i möjligaste mån rättvist domslut. En hög arbetsbelastning hos domstolarna i kombination med dröjsmål från parternas sida under processens gång är några orsaker till varför processen tar så lång tid i anspråk. Dröjsmålen kan bestå i begäran om upprepade anstånd och ofullständiga inlagor. Det förekommer även att ombud och parter inte är tillräckligt väl pålästa inför förberedelseförhandlingar. Orsaken till dessa dröjsmål kan ha sin grund i hög arbetsbelastning från ombudens sida. I vissa fall kan det emellertid vara så att en part medvetet fördröjer processen i syfte att undergräva den andra partens möjligheter att genomdriva sin rätt.³ Antag att svaranden bryter mot en konkurrensklausul som endast gäller under kort tid. Genom att fördröja processen åstadkommer svaranden att en förbudsdom inte går att meddela. Det beror på att klausulens giltighet hunnit löpa ut under den tid som processen tagit i anspråk. Svaranden har genom att fördröja processen lyckats undandra sig den förpliktelse som har ålegat honom genom avtalet. Det kan också vara så att ett svarandeföretag genom att fördröja processen åstadkommer att kärandeföretaget hamnar i likviditetsproblem och därmed riskerar att försättas i konkurs. Genom dröjsmål kan således svaranden åstadkomma att en konkurrent utmanövreras.

Samhällsutvecklingen har emellertid lett till att behovet av snabba rättsprocesser har ökat.⁴ Därför blir det allt vanligare att rättstvister löses genom summariska säkerhetsåtgärdsprocesser, vilkas huvudsyften egentligen är att säkra tvisteföremålet inför huvudprocessen.⁵ Några viktiga

¹ Fitger, s 15:3.

² Se bl. a. Heuman, s. 724.

³ Jfr Heuman, s. 724 ff.

⁴ Så utgör t.ex. snabba affärstransaktioner med flera ägarbyten en stor del av den dagliga handeln. Arbetstagare byter arbetsplats oftare än förr i kombination med att företag har behov av att skydda sin know-how. Immaterialrättigheter som kräver snabba ingripanden vid intrång är vanliga m. m.

⁵ Se Westberg, s. 160 ff.

orsaker är att det är billigare för parterna samt att en i tiden utdragen process i vissa situationer kan innebära att syftet⁶ med processen går om intet.

Risken med att allt fler tvister löses på detta sätt är att rättssäkerheten blir satt på spel eftersom den tappande parten löper risk att tvingas prestera eller avstå något på svagt vilande grund. Samtidigt innebär förekomsten av tvister, som kräver snabba avgöranden för att syftet med dessa skall kunna förverkligas, att möjligheten till snabba avgöranden måste finnas. Rättssäkerhet vore annars endast en illusion. Således har rättssäkerheten två motstridiga intressen; intresset av en så säker materiell dom som möjligt samt intresset av en snabbast möjlig dom.⁷

Enligt gällande svensk rätt⁸ finns möjlighet att genom betalningsföreläggande eller handräckning åstadkomma att motparten snabbt åläggs att betala en förfallen penningfordran eller att fullgöra annan förpliktelse om tidpunkten för fullgörelse har inträtt. Det finns även möjlighet att yrka om interimistiska förbud inom vissa immaterialrättsliga specialområden. Så erbjuder till exempel 53 a § Upphovsrättslagen möjlighet till ett sådant interimistiskt förbud. Kan käranden göra sannolikt att svaranden bedriver en verksamhet som innebär intrång i kärandens rättighet och det skäligen kan befaras att svaranden genom att fortsätta med verksamheten förringar värdet av den ensamrätt som upphovsrätten medför, får domstolen meddela vitesförbud fram till dess saken avgörs genom dom eller beslut. Däremot finns inget utarbetat summariskt förfarande som generellt sett ger möjlighet till en snabb konfliktlösning. I stället utnyttjas säkerhetsåtgärder, främst enligt RB 15 kap. 3 § för dessa syften.

Som redan nämnts blir det generellt sett allt vanligare i svensk praxis att tvister avgörs genom interimistiska säkerhetsåtgärder. Den tappande i säkerhetsåtgärdsprocessen avstår ofta huvudprocessen, då denne inte vill riskera mer tid eller pengar på processen. Risken bedöms också vara stor att rätten gör samma bedömning i huvudprocessen. Även den typ av avgöranden som kräver snabba beslut för att inte syftet med det anspråk som görs gällande i processen skall gå om intet regleras i RB 15 kap. 3 §. Bestämmelsen anses nämligen även medge att den berättigade omedelbart skall kunna komma till sin rätt.⁹ Ett typiskt exempel på detta är talan om förbud vid konkurrensklausuler som oftast bara är giltiga under en kortare tidsperiod. Käranden yrkar att svaranden interimistiskt skall avhålla sig från en viss verksamhet vilket i praktiken innebär att denne på materiellt otillräckligt utredda grunder faktiskt tvingas till förtida verkställighet av en kommande dom. Skulle det senare visa sig att beslutet var felaktigt kan

⁶ Se bl. a. Ekelöf, Handräckning som säkerhetsåtgärd och förtida verkställighet, s. 14.

⁷ Så som samhället utvecklas, med en i allt större utsträckning global marknad där handeln sker genom blixtnabba transaktioner, är det kanske rent av så att tvister som kräver snabba lösningar inte längre bara utgör specialfall, utan expanderar till att utgöra en allt större andel av de civila rättstvisterna.

⁸ Se Lag (1990:746) om betalningsföreläggande och handräckning.

⁹ Prop. 1980/81:84, s. 230.

svaranden ha åsamkats irreparabla skador på grund av det felaktiga beslutet. Skulle säkerhetsåtgärden emellertid inte beviljas finns en risk att käranden aldrig får en chans att komma till sin rätt.

Samma problemställning gör sig gällande i de flesta europeiska rättssystem i dag¹⁰ och i det här arbetet skall jag försöka åskådliggöra hur problematiken hanteras i det tyska rättssystemet. Tyskland har i praxis utvecklat ett rättsinstitut, die Befriedigungsverfügung, som under vissa förutsättningar möjliggör en förtida verkställighet. Die Befriedigungsverfügung har sin grund i den tyska motsvarigheten till provisoriska säkerhetsåtgärder och utgör liksom svensk förtida verkställighet ett undantag från en princip om förbud mot förtida verkställighet¹¹. Det har således i praxis skapats ett system genom vilket man på laglig grund kan åstadkomma snabbare avgöranden, som trots att de vilar på materiellt mindre tillförlitliga bedömningar är ämnade att vara balanserade ur rättssäkerhetssynpunkt.

Att det i praxis har utvecklats ett system för utverkande av förtida verkställighet påvisar behovet av ett summariskt förfarande som står till medborgarnas förfogande. En annan aspekt, dock kanske inte lika viktig, på frågan om ett summariskt förfogande är det faktum att domstolarna i dag är tungt belastade med stora målbalanser. Ett väl genomtänkt summariskt förfarande skulle kunna avlasta domstolarna och på det sättet medverka till en kvalitetshöjning inom rättsväsendet. I Tyskland har röster höjts för att genom lagstiftning införa en instans som skall ha som huvuduppgift att tillhandahålla summariska förfaranden för vissa typer av rättsfrågor. Det summariska förfarandet skulle då utgöra ett alternativ till den ordinära rättegången.¹² Doktrinen om die Befriedigungsverfügung skulle i så fall kunna vara en lämplig utgångspunkt för hur ett sådant förfarande borde utformas.

1.2 Syfte

Utgångspunkt för det här arbetet skall främst vara att systematiskt redogöra för doktrin och rättspraxis avseende förtida verkställighet inom ramen för det tyska provisoriska rättsskyddet. Därutöver avser jag att ställa den tyska regleringen i relation till främst svensk rätt men även till engelsk rätt. Avsikten är att belysa vilka värderingar som legitimerar interimistisk fullgörelse i vissa fall samt att studera skillnader och likheter i den metod som används i de olika länderna. Utifrån den informationen skall jag skissera lämpliga grunddrag för en tillräckligt rättssäker metod vid interimistisk fullgörelse.

Ett förslag på alternativt summariskt förfarande inom tysk rätt kommer även att presenteras. Syftet är att skapa underlag för den diskussion som rör

¹⁰ Lehr, s. 43.

¹¹ Leipold, s. 108 f.

¹² Blankenburg/Leipold, s. 109 ff.

frågeställningen huruvida ett alternativt summariskt förfarande vore att föredra framför att låta interimistiska avgöranden komma till stånd inom ramen för det provisoriska rättsskyddet.

1.3 Metod och material

I arbetet med uppsatsen har jag främst studerat tysk och svensk lagstiftning, praxis och doktrin. För genomgången av engelsk rätt har engelsk praxis och doktrin studerats. I den mån jag inte har fått tag på publikationer av tyska rättsfall hänvisas i dessa fall till den sekundära rättskälla där rättsfallet har behandlats.

1.4 Avgränsningar

Undersökningen avser de allmänna riktlinjerna för förtida verkställighet inom ramen för det provisoriska rättsskyddet och dess lämplighet som instrument för interimistiska fullgörelser. Speciallagstiftning som reglerar förtida verkställighet inom vissa områden kommer delvis att beröras i syfte att belysa problematiken. Någon systematisk redogörelse för sådan speciallagstiftning görs däremot inte.

Genomgående i uppsatsen används, om inget annat sägs i den löpande texten, begreppet kärke för att definiera den part som ansökt om säkerhetsåtgärd.

1.5 Disposition

Arbetet inleds med en översiktlig genomgång av reglerna i den delen av det tyska provisoriska rättsskyddet som i praxis används som lagstöd vid förtida verkställighet. Därefter följer en mer detaljerad och omfattande genomgång av den prövning och de regler som utvecklats i praxis för die Befriedigungsverfügung samt vilken rättspolitisk grund och vilka värderingar som bär upp dessa regler. Efter denna genomgång återges i korta drag en tysk uppsats som presenterar riktlinjer för hur ett tyskt alternativt summariskt förfarande skulle kunna gestaltas. Förslaget bygger dels på den tyska rättsutvecklingen, dels på studier av summariska förfaranden och provisoriskt rättsskydd i Japan, Nederländerna och Frankrike. Sedan görs en förenklad redogörelse för förtida verkställighet i engelsk rätt, vilken även ställs i relation till den tyska rätten. Uppsatsens materialgenomgång avslutas med en analys av förtida verkställighet i svensk rätt. I den granskningen görs kopplingar till främst den tyska rätten men även till engelsk rätt där likheter i systemen gör sig påmind. Det svenska avsnittet avslutas med en ren jämförelse mellan den tyska och svenska rätten. Avslutningsvis följer de

slutsatser avseende interimistisk fullgörelse och summariskt förfarande som jag har kunnat dra utifrån det material som presenterats i arbetet.

1.6 Ett praktiskt exempel

För att läsaren lättare skall kunna tillgodogöra sig innehållet skall här ges ett praktiskt exempel på den aktuella problemställningen.¹³

”Festfixarna” som arrangerar fester och andra evenemang har beslutat sig för att anordna en ”lusttur” med båt på en känd sjö i den tyska delstaten Bayern. Lustturen skall genomföras med anledning av kung Ludvig II av Bayerns 100:e dödsdag. På evenemangsprogrammet står ett antal humoristiska inslag där kungens person står i centrum.

Därför beställde Festfixarna den 25 februari av det delstatligt ägda ”Sjöturer” en båtutur som skulle gå av stapeln den 13 juni kl. 19.00 fram till kl. 22.00. Beställningen gjordes skriftligen på ett av Sjöturer förtryckt formulär som angav de allmänna transportvillkoren för extraturer. Bl. a. innehöll formuläret följande sats: ”Avtal har uppkommit först efter det att Sjöturer bekräftat beställningen.” Genom skrivelse den 27 februari bekräftade Sjöturer att avtal slutits.

När annonseringen av det planerade evenemanget hade kommit igång i början av maj månad blev ledningen för Sjöturer uppmärksam på vilken typ av evenemang som skulle komma att genomföras på båten. De oroades eftersom de inte ansåg det lämpligt att en delstatligt ägd båt skulle användas för ett evenemang, där den före detta kungen skulle förlöjligas och nedvärderas. Risk fanns att förtroendet för delstatsledningen och företaget skulle kunna rubbas.

Den 15 maj meddelade därför Sjöturer att de genom annonsering hade gjorts uppmärksamma på det avsedda evenemangsprogrammet. Sjöturer anförde att anordnandet av sådana evenemang i samband med extraturer var otillåtna eftersom de gick utöver vad som överenskommit enligt avtalet. Dessutom var evenemanget ägnat att förlöjliga kung Ludvig II i syfte att sänka hans anseende inför befolkningen. På grund av detta skulle inte båten ställas till arrangörernas förfogande såvida inte Festfixarna AB skulle avstå från de planerade evenemangen.

För Festfixarna skulle ett inställande av lustturen innebära en enorm förlust. Lustturen var vårens största projekt med störst potentiella inkomster. Festfixarna hade redan lagt ner mycket värdefull tid samt satsat pengar på marknadsföring av lustturen.

¹³ Det något modifierade exemplet är hämtat från tysk rättspraxis. Parternas identitet och vissa förutsättningar är påhittade. Jfr NJW-RR 1987 s. 958, LG München.

Sjöturer hade inte vid något tillfälle tillfrågat Festfixarna om vilken typ av evenemang som de avsåg genomföra på båten. I det förtryckta formuläret stod heller ingenting som tydde på att vissa typer av evenemang inte skulle vara tillåtna. Därför meddelade Festfixarna Sjöturer att de avsåg genomföra evenemanget som planerat.

Den 6 juni förklarade Sjöturer att avtalet är ogiltigt eftersom de aldrig blivit informerade om på vilket sätt extraturen skulle genomföras.

Den enda möjligheten som återstår för Festfixarna att genomdriva sin rätt enligt avtalet är då att vända sig till domstol och ansöka om ett interimistiskt föreläggande att Sjöturer skall ställa den avtalade båten till förfogande vid avtalad tid och plats.

Om åtgärden beviljas innebär det att Festfixarna slutgiltigt kommer till sin rätt samt att de därefter inte har något intresse av att driva frågan i en huvudprocess. Om åtgärden inte beviljas kommer de istället att förlora alla satsade resurser inklusive de projekt som ratats till förmån för det här projektet.

För Sjöturer skulle ett beviljande av åtgärden innebära att delstatens och Sjöturers anseende skadas med konsekvenser som inte går att fastställa på förhand. Ett avslag på yrkandet däremot skulle innebära att de slutgiltigt kommer till sin rätt.

Vad finns det för skäl som skulle kunna rättfärdiga att den ena parten i det här fallet slutgiltigt kommer till sin rätt utan att en fullödig rättslig prövning har genomförts och vilka överväganden bör domstolen göra för att lösa den här frågan?

Förhoppningsvis kan den här uppsatsen lämna lite vägledning för vilka värderingar och principer som bör beaktas vid ett sådant här interimistiskt beslut av slutgiltig karaktär.

2 Der einstweilige Rechtsschutz; provisoriskt rättsskydd enligt tysk rätt

Det provisoriska rättsskyddets funktion i Tyskland är att säkerställa de anspråk som görs gällande i en huvudprocess, dvs. säkerställa att huvudprocessen tillhandahåller ett effektivt rättsskydd.¹⁴ Rättsskyddet utgörs dels av en möjlighet att säkerställa en dom genom att belägga det omtvistade föremålet eller svarandens egendom med ”*Arrest*”,¹⁵ dels av ”*einstweiligen Verfügungen*”, dvs. provisoriska åtgärder som syftar till att säkerställa anspråk på naturafullgörelse¹⁶. Sådana anspråk kan utgöras antingen av ett specifikt anspråk på en naturafullgörelse eller av ett anspråk på uppfyllande av skyldigheter¹⁷ som uppstått på grund av ett rättsförhållande. Vid sidan om reglerna avseende säkerställande av naturafullgörelseanspråk har rättsfiguren ”*die Befriedigungsverfügung*” utvecklats genom rättspraxis. Die Befriedigungsverfügung tillhandahåller möjlighet att med stöd av reglerna för einstweiligen Verfügungen i vissa fall få till stånd interimistiska fullgörelser¹⁸.

Syftet med det här kapitlet är att översiktligt presentera den lagstiftning som avser einstweiligen Verfügungen, dvs. säkerställande av naturafullgörelser. Däremot kommer inte de tyska reglerna för kvarstad, ”der Arrest”, att behandlas. Die Befriedigungsverfügung sorterar under begreppet einstweiligen Verfügungen och kommer därför att översiktligt presenteras i det här kapitlet men behandlas mera djupgående i kapitel 3.

2.1 Einstweiligen Verfügungen

Begreppet einstweiligen Verfügungen kan konkret språkligt översättas till provisoriska förordnanden, förfoganden eller dispositioner. Einstweiligen Verfügungen delas genom lagstiftningen in i två olika typer av förfoganden. Den ena typen kallas ”*Sicherungsverfügung*” och syftar till att säkerställa en framtida naturafullgörelse. Den andra varianten kallas ”*Regelungsverfügung*” och syftar till att provisoriskt reglera ett stridigt rättsförhållande fram till dess att avgörande skett i domstol.¹⁹ Avgränsningen mellan dessa båda typer av provisoriska åtgärder är luddig

¹⁴ Walker, s. 51.

¹⁵ ”Arrestverfahren”, Ebmaier/Schöne, s. 3. Motsvarar vårt kvarstadsinstitut.

¹⁶ Ebmaier/Schöne, s. 31.

¹⁷ Dock ej skyldigheter som utgörs av betalning av penningbelopp, t.ex. anspråk på underhåll. Sådana skyldigheter säkras genom ”das Arrestverfahren” eller verkställs interimistiskt genom ”die Befriedigungsverfügung”. Jfr Walker, s. 154 och Ebmaier, s. 31.

¹⁸ ”Die Befriedigungsverfügung”, Ebmaier/Schöne, s. 32.

¹⁹ Ebmaier/Schöne, s. 31 f.

och det finns olika uppfattningar i doktrin²⁰ om det egentligen är fråga om två från varandra skilda typer av åtgärder eller om dessa sammanfaller med varandra. I praxis görs oftast ingen skillnad mellan de bägge paragraferna utan dessa används som en enhetlig rättskälla.²¹ I det följande kommer jag nu att närmare gå in på Sicherungsverfügung och Regelungsverfügung var och en för sig.

2.2 "Die Sicherungsverfügung", § 935 ZPO²²

För att få till stånd en säkerhetsåtgärd av typen Sicherungsverfügung krävs att man gör sannolikt²³ att man har ett så kallat "Verfügungsanspruch" (säkringsanspråk) och en "Verfügungsgrund" (säkringsgrund). Att anspråket görs sannolikt betyder rent konkret att anspråket med övervägande sannolikhet²⁴ har gjorts troligt. Vidare gäller för den här typen av förfogande att den inte får leda till någon förtida verkställighet till förmån för den som ansökt om säkerhetsåtgärden. Den provisoriska åtgärden måste vara återställbar, dvs. det måste vara möjligt att återställa den inbördes balansen mellan parterna som den var före beslutet om provisorisk åtgärd.

Verfügungsanspruch

Verfügungsanspruch innebär att man i det enskilda fallet har ett rättsligt anspråk på en fullgörelse, som skall säkras genom säkerhetsåtgärden.²⁵ Den typ av anspråk som kommer i fråga för Sicherungsverfügung är endast sådana som varken är penningfordringar eller kan övergå till att vara det. Sådana fordringar faller under reglerna för kvarstad.²⁶ Nedan följer exempel på typiska fullgörelseanspråk som kan säkras med stöd av § 935 ZPO²⁷:

- Utlämnande av föremål eller fullgörande av tjänst,
- Avträdande från egendom,
- Frånträdande av fordringar,
- Anskaffnings- och förfogandeförbud,
- Utfärdande av underlåtenhetsförpliktelser, särskilt sådana sidoförpliktelser som innebär att det huvudspråk som skall säkras genom underlåtenhetsförpliktelsen säkerställs genom åtgärden

²⁰ Se t.ex. Walker, s. 89.

²¹ Walker, s. 91 och Ebmaier/Schöne, s. 31 f.

²² Lagtext finns i bilaga.

²³ Anspråket skall göras "glaubhaft".

²⁴ Käranden skall kunna visa att det är mer som talar för än mot hans talan. Uttryckt i procenttal skulle det i princip innebära att det måste vara en sannolikhetsgrad som överstiger 50 %. Jfr Walker, s. 215.

²⁵ Ebmaier/Schöne, s. 32.

²⁶ Walker, s. 67 och 153.

²⁷ Walker, s. 153 och Ebmaier/Schöne, s. 32 f.

Ett exempel på det sistnämnda är: A har förbundit sig att inte utöva konkurrerande verksamhet med B. B erfar att A genom att annonsera sökt ett arbete som kan komma att innebära att A bryter sin förpliktelse att inte utöva konkurrerande verksamhet. B kan genom en Sicherungsverfügung enligt § 935 få till stånd ett förbud att söka denna typ av arbete. Säkerhetsåtgärden riktar sig då inte direkt mot den konkurrerande verksamheten utan mot en skyldighet som indirekt uppstått på grund av huvudförpliktelsen.²⁸

Verfügungsgrund

Verfügungsgrund innebär att det objektivt sett måste finnas en väl grundad fara för att förverkligandet av anspråket kommer att försvåras eller inte alls komma till stånd i framtiden. Faran grundar sig på förändrade eller förväntat förändrade grundförutsättningar för anspråkets förverkligande.²⁹

Vid bedömningen av om en Verfügungsgrund existerar är inte svarandens förmögenhetsförhållanden den viktigaste bedömningsgrunden.³⁰ Detta har sin grund i att anspråket avser en naturaförpliktelse och inte en förmögenhetsprestation.³¹ Oavsett om svaranden har mycket goda förmögenhetsförhållanden kan han av andra skäl vara betjänt av att inte fullgöra den förpliktelse som enligt kändan åligger honom. Farebedömningen måste då göras utifrån andra kriterier.³² Dessa kriterier varierar beroende på vilken typ av anspråk som kommer i fråga. Viktigt är dock att det vid en bedömning av relevanta omständigheter framgår att ett snabbt agerande är ett absolut krav för att möjliggöra ett framtida förverkligande av anspråket.³³ Vid anspråk på att utlämna ett föremål, t.ex. en cykel, räcker det därför inte med att svaranden använder cykeln för att en Verfügungsgrund skall anses vara förhanden. I stället krävs en överanvändning som innebär att cykeln slits onormalt mycket. Det måste finnas en risk att tvisteföremålets värde kraftigt urholkas. Ytterligare ett exempel är en bil som sålts och betalats men ännu inte levererats och där säljaren utan köparens medgivande avser att delta i ett terräng rally med bilen.³⁴ I det sistnämnda exemplet utgörs en giltig Verfügungsgrund av att tvisteföremålet riskerar att förstöras eller att dess egenskaper förändras.

Andra förekommande situationer där en giltig Verfügungsgrund får anses föreligga är när det finns en risk för att kändan skall göra en slutgiltig

²⁸ Ebmaier/Schöne, s. 33.

²⁹ Jfr Baur, s. 51.

³⁰ Vid "Arrestverfahren", dvs. den tyska motsvarigheten till det svenska kvarstadsinstitutet är det liksom i Sverige svarandens befarat eller konstaterat dåliga förmögenhetsförhållanden som utgör huvudkriteriet vid bedömningen av farerekvisitet eller den s.k. "sabotagerisken". Jfr Walker, s. 167 och Ekelöf, Rättegång III, s. 14.

³¹ Walker, s. 167.

³² Jfr Walker, s. 167 samt även Ekelöf, Handräckning som säkerhetsåtgärd och förtida verkställighet, s. 5.

³³ Walker, s. 167.

³⁴ Jfr Ebmaier/Schöne, s. 35 f.

rättsförlust. Detta kan till exempel ske genom att risk finns att tvisteföremålet kommer att avyttras eller intecknas.³⁵

Vid bedömningen av om en Verfügungsgrund föreligger görs ingen intresseavvägning mellan parterna. Med intresseavvägning avses en bedömning av vilken vinning käranden har av att säkerhetsåtgärden beviljas i förhållande till det obehag som svaranden åsamkas av detsamma. Ordalydelsen i § 935 vilar på en värdering som innebär att kärandens intresse av att säkra tvisteföremålet skall värderas högre än svarandens intresse av att åtgärden inte skall beviljas.³⁶

Sammanfattning

Sammanfattningsvis gäller för att få en ansökan om Sicherungsverfügung beviljad att käranden gör sannolikt att han har ett Verfügungsanspruch, dvs. ett subjektivt anspråk på en naturafullgörelse från svarandens sida. Vidare skall han göra sannolikt att han har en giltig Verfügungsgrund, vilket innebär att det objektivt sett existerar en fara att anspråket inte kommer att kunna förverkligas i framtiden eller att en verkställighet, på grund av ändrade omständigheter, kommer att försvåras väsentligt. Kravet på överhängande fara innebär att situationen kräver ett snabbt ingripande. Om inte den rådande situationen kräver ett snabbt handlande för att säkra en framtida verkställighet är inte heller kriteriet för fara uppfyllt. Slutligen får åtgärden inte innebära att det inbördes förhållande som rådde mellan parterna före åtgärden inte går att återställa.

2.3 "Die Regelungsverfügung", § 940 ZPO³⁷

Provisoriska förordnanden i enlighet med § 940 syftar enligt ordalydelsen till att provisoriskt reglera omständigheterna kring ett stridigt rättsförhållande. Det skall ske under förutsättning att regleringen är nödvändig för att avvärja väsentliga nackdelar eller förhindra hotande våld eller av andra orsaker får anses vara nödvändig. Nödvändighetsrekvisitet är särskilt uttalat vid perdurerande rättsförhållanden.

Det är här alltså fråga om att provisoriskt reglera ett stridigt rättsförhållande,³⁸ till skillnad från Sicherungsverfügung, där syftet är att säkra en naturafullgörelse. Rent praktiskt innebär die Regelungsverfügung att man provisoriskt fastställer de stridiga inbördes skyldigheterna och rättigheterna parterna emellan fram till dess att ett slutgiltigt avgörande har fattats. I det sammanhanget skall man dock beakta att det även vid Regelungsverfügung handlar om att säkerställa kärandens intressen. Från det rättsförhållande som skall regleras uppkommer nämligen regelbundet

³⁵ Ebmaier/Schöne, s. 35 f.

³⁶ Walker, s. 168.

³⁷ Lagtext finns i bilaga.

³⁸ Rättsförhållandet kan grunda sig på såväl avtal som lagstiftning.

anspråk som skall säkerställas till förmån för käranden. Därför gäller även vid *Regelungsverfügung* att man kan göra sannolikt att man har ett ”*Verfügungsanspruch*”, som härrör från rättsförhållandet, respektive en ”*Verfügungsgrund*”.³⁹

Rättsstridigt förhållande/Verfügungsanspruch

Liksom vid *Sicherungsverfügung* gäller vid *Regelungsverfügung* att ett *Verfügungsanspruch* avser ett anspråk som inte kan utgöras av en penningbetalning. Anspråket skall härröra från ett stridigt rättsförhållande. Det kan vara fråga om ett långvarigt rättsförhållande såsom ett hyresavtal. Det kan också vara ett rättsförhållande som avser en enstaka rättshandling såsom exempelvis ett köpeavtal. Rättsförhållandet kan basera på såväl avtal som lagstiftning. Som exempel kan nämnas familjerättsliga rättsförhållanden, rättsförhållanden som härrör från absoluta rättigheter såsom namnrättigheter, upphovsrätter, panträtter, ägarrättigheter etc.⁴⁰

Ett exempel på ett anspråk som härrör från ett rättsförhållande är en hyresvärdans anspråk på att hyresgästen tar hänsyn genom att inte spela musik efter en viss tid på kvällen.

Ett rättsförhållande anses stridigt när svaranden förnekar att t.ex. ett köpeavtal över huvud taget kommit till stånd, att ett anställningsavtal inte föreligger utan endast ett uppdragsavtal slutits. Stridigheten kan även bestå i att svaranden, utan att förneka rättsförhållandet i sig, genom sitt agerande skadar eller riskerar att skada käranden. Ett exempel på det sistnämnda kan vara en leverantör av elektricitet som genom att inte leverera riskerar att skada sin kund fram till dess avgörande skett i domstol.⁴¹

Nödvändighetsrekvisitet/Verfügungsgrund

Ett krav för att en *Regelungsverfügung* skall beviljas är att käranden har ett brådskande behov av en åtgärd. Enligt lagens ordalydelse syftar den provisoriska regleringen till att avvärja väsentliga nackdelar samt att förhindra våld. Denna uppräkningslista är emellertid inte uttömmande.⁴² Den viktigaste förutsättningen för att den begärda åtgärden skall beviljas blir då att det är fråga om en situation som kräver ett snabbt domstolsingripande.⁴³

³⁹ Ebmaier/Schöne, s. 37 f.

⁴⁰ Ebmaier/Schöne, s. 37 f.

⁴¹ Ebmaier/Schöne, s. 38. Jfr Ekelöf, Rättegång III, s. 17.

⁴² Jfr lagtexten: ”eller om åtgärden av andra orsaker får anses vara nödvändig”.

⁴³ Ebmaier/Schöne, s. 38. och Walker, s. 167.

Våldsrekvisitet i § 940 omfattar inte bara sådana situationer där käranden riskerar att skadas fysiskt eller psykiskt utan omfattar varje olovlig handling som riktar sig mot käranden.⁴⁴

Exempel⁴⁵ på skyddsvärda intressen som omfattas av paragrafen kan vara:

Medlemsskapsintressen i föreningar och bolag,
Intresset av att leva ett ostört familjeliv i hemmet,
Intresset för en facklig representant att ostört få utöva sina rättigheter på arbetsplatsen.

Kravet på brådskande angelägenhet anses inte vara uppfyllt om käranden kan få sina behov tillfredsställda på annat sätt eller om han är betjänt av en fullgörelse längre fram i tiden så som t.ex. vid en lagakraftvunnen dom. Vidare anses inte angelägenheten vara av brådskande art om käranden utan att reagera accepterar störningen under en längre tid. Käranden har då genom att vara passiv försuttit sin rätt att få till stånd en provisorisk åtgärd. Däremot bryts passivitetsverkan om störningen skulle öka i intensitet. Ytterligare en grund för att angelägenhetens art inte skall anses tillräckligt brådskande är när käranden ägnar sig åt fördröjande processföring. Skulle den störande aktiviteten ha upphört föreligger inte någon Verfüngungsgrund såvida man inte kan befara att aktiviteten skall upprepas.⁴⁶

Sammanfattning

Regelungsverfüngung syftar till att provisoriskt reglera rättigheter och skyldigheter inom ett stridigt rättsförhållande fram till dess avgörande i saken sker. För att få en ansökan om Regelungsverfüngung beviljad krävs att det är fråga om ett anspråk som härrör från ett stridigt rättsförhållande. Ett sådant anspråk utgör då ett Verfüngungsanspruch. Käranden måste dessutom ha en giltig Verfüngungsgrund, vilken utgörs av att regleringen är nödvändig för att avvärja väsentliga nackdelar eller förhindra hotande intrång i kärandens rättsfär eller av andra orsaker får anses vara nödvändig. För att nödvändighetsrekvisitet skall vara uppfyllt krävs att angelägenheten är av brådskande art. Kärandens dröjsmål att reagera mot svarandens förhävanden kan påverka bedömningen av om nödvändighetsrekvisitet skall anses vara uppfyllt.

2.4 "Schadenersatz", § 945 ZPO⁴⁷

Ibland kan det vara så att vidtagna provisoriska verkställighetsåtgärder visar sig ha varit orättvisa redan från början. Käranden är då förpliktad att ersätta svarandens för den skada som han åsamkats på grund av åtgärdens

⁴⁴ Ebmaier/Schöne, s. 38.

⁴⁵ Ebmaier/Schöne, s. 38.

⁴⁶ Ebmaier/Schöne, s. 39.

⁴⁷ Lagtext finns i bilaga.

genomförande. På samma grunder kan käranden förpliktas att ersätta sådan skada som uppkommit på grund av att svaranden har ställt säkerhet i syfte att avvärja eller upphäva förordnandet om säkerhetsåtgärd.

Att utverka ett skadestånd enligt denna paragraf kan endast göras i begränsad omfattning. Det krävs verkligen att åtgärden visat sig vara helt eller delvis orättvis redan från början. Att åtgärden har upphävts är som huvudregel⁴⁸ inte i sig tillräckligt.⁴⁹

2.5 ”Die Befriedigungsverfügung”

Som redan nämnts har vid sidan av Sicherungsverfügung och Regelungsverfügung rättsfiguren Befriedigungsverfügung blivit allmänt accepterad som en del av det provisoriska rättsskyddet.⁵⁰ Utmärkande för en Befriedigungsverfügung är att kärandens rätt inte bara säkras genom åtgärden utan också interimistiskt tillgodoses. Dessutom är det, till skillnad från vid Sicherungsverfügung och Regelungsverfügung, möjligt att genom Befriedigungsverfügung göra anspråk på betalning av pengaskulder eller av underhåll samt även i övrigt göra anspråk på betalning i pengar.⁵¹

Förutsättningarna för att få en ansökan om Befriedigungsverfügung beviljad är liksom vid Sicherungsverfügung och Regelungsverfügung att det finns ett Verfügungsanspruch respektive en Verfügungsgrund. Eftersom Befriedigungsverfügung syftar till en förtida verkställighet är kraven för bifall extra starka. Dessutom skall en intresseavvägning mellan parterna göras. Kärandens intresse av att få till stånd en omedelbar verkställighet skall ställas mot svarandens intresse av att åtgärden inte beviljas.⁵²

Det råder en viss oenighet om vilken benämning på åtgärden som är den mest korrekta.⁵³ En annan benämning - troligtvis den mest använda - på samma rättsfigur är begreppet ”Leistungsverfügung”. Leistung betyder prestation och de som förespråkar detta uttryckssätt menar att det centrala i åtgärden i första hand är ett förtida presterande för svaranden. De som förespråkar uttrycket Befriedigungsverfügung menar däremot att det är kärandens förtida tillfredsställelse som är det primära. Det finns även en

⁴⁸ Av paragrafen framgår ett par specialfall där ett upphävande av åtgärden kan leda till skadestånd. Det gäller enligt § 942 ZPO när åtgärden i brådskande fall har beviljats provisoriskt av en lokal domstol i området där tvisteföremålet befinner sig, eller vid inskrivningsåtgärder i samband med lagfarter och fartygsregistreringar eller skeppsbyggesregistreringar på den inskrivningsmyndighet som gäller för den ort där fastigheten befinner sig eller fartyget har sin hemmahamn eller orten där skeppet byggs, och en tidsfrist har satts ut inom vilken käranden skall ansöka om att den domstol där huvudprocessen förs prövas huruvida åtgärden varit rättfärdig. Försummar käranden detta upphävs den provisoriska åtgärden och käranden blir skadeståndsskyldig.

⁴⁹ Baumbach m. fl, s. 2242 f.

⁵⁰ Jfr Walker, s. 68.

⁵¹ Ebmaier/Schöne, s. 41. Knothe, s. 343.

⁵² Ebmaier/Schöne, s. 40.

⁵³ Jfr Walker, s. 68.

tredje åsikt representerad. Förespråkare för den anser att den här typen av åtgärd borde kallas ”Angriffs- eller Erwerbsverfügung”⁵⁴, därför att käranden genom åtgärden kommer i åtnjutande av något mer än han egentligen hade rätt till från början.⁵⁵ I uppsatsen kommer fortsättningsvis endast begreppet ”die Befriedigungsverfügung” att användas. Anledningen till att jag väljer det begreppet är att en förtida verkställighet inte alltid innebär ett positivt presterande från svarandens sida, utan verkställigheten kan även bestå i att svaranden förblir passiv, t.ex. vid underlåtelseanspråk. Åtgärden leder dock alltid till att käranden får sitt huvudanspråk tillgodosett.⁵⁶ Anmärkas bör dock att die Befriedigungsverfügung kan utverkas med olika styrka. Som exempel kan nämnas en situation där käranden yrkar att han skall få utlämnat till sig ett föremål som käranden blivit berövat genom egenmäktigt förfarande. En förtida verkställighet i det här fallet leder endast till att status quo mellan parterna återställs. Det vill säga att det ursprungliga rättsläget återskapas. Har man däremot den situationen att parterna tvistar om ett föremål som redan befinner sig i svarandens besittning, skulle en förtida verkställighet till förmån för käranden innebära att käranden tilldelas en rätt som han aldrig haft. Kärandens ursprungliga rätt utvidgas således genom åtgärden. Av den anledningen har exempelvis Knothe använt det ovan nämnda begreppet Angriffsverfügung för denna form av mer ingripande Befriedigungsverfügung.⁵⁷ Att som Knothe göra en begreppsåtskillnad mellan dessa olika starka former av Befriedigungsverfügung kan ha sina fördelar eftersom den gör läsaren uppmärksam på att det i realiteten kan vara en ganska stor skillnad mellan de ingrepp som görs i svarandens rättssfär. Faran med att föra in alltför många begrepp i ett sådant här arbete är dock att läsaren blir förvirrad. Det handlar hela tiden om samma rättsfigur och det är samma typ av bedömning som görs i dessa olika fall. Skillnaden består i att när det rör sig om mer ingripande åtgärder så ställs ännu högre krav på de kriterier som måste vara uppfyllda för ett beviljande av åtgärden.

En annan omstridd fråga kring användandet av Befriedigungsverfügung är vad som utgör rättslig grund för rättsfiguren. Ibland används § 935 ZPO och ibland § 940 ZPO som rättskälla. Det förekommer även att bägge paragraferna används så att de kompletterar varandra som en enhet. Ytterligare en ståndpunkt är att Befriedigungsverfügung vilar på rättspraxis och är ett resultat av fortlöpande rättsutveckling i domstolarna.⁵⁸ Jag kommer inte att gå djupare in i denna diskussion utan för den fortsatta framställningen räcker det att konstatera att die Befriedigungsverfügung används i det praktiska rättslivet med stöd av antingen § 940 och/eller § 935 ZPO.

⁵⁴ Angrepps- eller förvärvsförfogande.

⁵⁵ Leipold, s. 113 f.

⁵⁶ Jfr Walker, s. 69.

⁵⁷ Knothe, s. 342.

⁵⁸ Walker, s. 74 f.

3 Die Befriedigungsverfügung

I det här kapitlet kommer jag närmare att gå in på förutsättningarna och relevanta användningsområden för die Befriedigungsverfügung så som den används i praktiken. Före den genomgången presenteras och analyseras dock olika ståndpunkter till frågan om förtida verkställighet som en del av det provisoriska rättsskyddet.

3.1 "Vorläufige Befriedigung", en del av det provisoriska rättsskyddet?

Det råder delade meningar huruvida förtida verkställighet⁵⁹ skall anses vara en del av det provisoriska rättsskyddet eller om det endast utgör ett undantag till den säkrande funktion som det provisoriska rättsskyddet syftar till. Att grundsyftet med det provisoriska rättsskyddet är att säkerställa, inte genomdriva den materiella rätten, står oemotsagt. Däremot kretsar diskussionen kring frågan om det provisoriska rättsskyddet även står till förfogande när ett säkerställande av tvisteföremålet inte är möjligt eller när käranden inte är betjänt av att endast få sin rätt säkerställd. Huvudfrågan gäller alltså vilket innehåll som skall ges åt det provisoriska rättsskyddet. Nedan följer en liten provkarta på de olika meningar som råder.

Enligt den åsikt som tidigare varit dominerande gäller grundprincipen att de provisoriska åtgärder som utfärdas måste utgöra något mindre och något annat i förhållande till huvudanspråket. Åtgärden får således inte innebära en förtida verkställighet. Det innebär att åtgärden inte får vara identisk med huvudanspråket. Åtgärden skall därför ha ett annat innehåll än den dom som tillhandahåller ett tillgodoseende av det materialrättsliga anspråket.⁶⁰ Vissa har hävdad att denna princip gäller oinskränkt med avseende på såväl Sicherungsverfügung som Regelungsverfügung. Med den här åsikten skulle det vara fullständigt omöjligt för en kärande att få sitt huvudanspråk tillgodosett genom dessa åtgärder. Förtida verkställighet skulle således vara absolut förbjudet. Ett undantag från denna princip skulle då endast vara möjligt genom die Befriedigungsverfügung som inte är baserat på lagstiftning och som endast skulle vara tillåtet inom mycket stränga ramar.⁶¹ Det innebär alltså att förtida verkställighet enligt denna åsikt inte utgör en del av det provisoriska rättsskyddet utan endast ett undantag.

⁵⁹ "Vorläufige Befriedigung", även "vorwegnahme der Hauptsache".

⁶⁰ Baur, s. 49. Baur använder begreppen "ein minus und ein aliud". Minus och aliud är latinska begrepp av innebörden "någonting mindre och någonting annat". Jfr resonemanget med exemplet som gavs under 2. 1. 1, där A ålades förbud att söka en viss typ av arbete i syfte att säkra en huvudförpliktelse. Huvudförpliktelsen utgjordes av att avhålla sig från konkurrerande verksamhet. Åtgärden riktade sig inte direkt mot den konkurrerande verksamheten utan mot biförpliktelsen att inte söka denna typ av arbete.

⁶¹ Walker, s. 55 f.

En annan åsikt är att det skulle vara tillåtet att inom ramen för Regelungsverfügung, åtminstone delvis eller tillfälligt, åstadkomma ett tillgodoseende av kändans anspråk. Skillnaden mellan Regelungsverfügung och Befriedigungsverfügung skulle då utgöras av att i det förstnämnda fallet är ett tillgodoseende något som man får på köpet vid säkerhetsåtgärden, medan i det andra fallet tillgodoseendet är huvudsyftet.⁶²

Längst går de som menar att en förtida verkställighet principiellt skall vara tillåten även vid rena säkerhetsförfoganden, dvs. även vid die Sicherungsverfügung. Detta skulle dock endast gälla förvaltningsrättsliga ärenden eftersom ett förbud inte skulle vara förenligt med Art. 19 IV GG.⁶³

3.1.1 Processuellt rättsläge eller materiell rättighet som objekt för säkerhetsfunktionen

Bland dem som i diskussionen kring förtida verkställighets tillåtlighet endast fokuserar på det provisoriska rättsskyddets funktion återfinns två olika inställningar till förtida verkställighet. Beroende på om de anser att säkerhetsåtgärden syftar till att säkra en självständig materiell rättighet eller endast till att bevara det ursprungliga processuella rättsläget mellan parterna i status quo, kommer de till olika slutsatser. De som förespråkar att det processuella rättsläget utgör det primära objektet för säkerhetsåtgärden kommer till den slutsatsen att förtida verkställighet inte är tillåtet. Säkerhetsåtgärden är enligt denna åsikt endast ägnad att möjliggöra ett avgörande i huvudprocessen. Syftet med säkerhetsåtgärden är inte att säkerställa den materiella rätten utan endast att bibehålla det ursprungliga rättsläget mellan parterna före och under huvudprocessen. En förtida verkställighet skulle inte bevara status quo utan i stället förändra den ursprungliga balansen mellan parterna till förmån för kändan.⁶⁴

Den motsatta ståndpunkten innebär att den materiella rättigheten sätts i fokus och utgör huvudobjekt för säkerhetsåtgärden. Huvudsyftet med säkerhetsåtgärden enligt denna åsikt är att i god tid skydda en självständig rättighet eller en rättssfär. Rättsskyddet i sig har en materiell basis och ett verksamt rättsskydd innebär ingenting annat än den materiella rättens verksamhet genom rättsskydd. Innebörden av detta är att en avgränsning mellan säkerställande och verkställande åtgärder inte har någon betydelse. Det avgörande är att genom åtgärden uppnå att den materiella rättigheten säkerställs. Det är då oundvikligt att detta i vissa fall måste leda till att en förtida verkställighet kommer till stånd. Inom ramen för säkerhetsåtgärder kan således alla åtgärder vidtas som är nödvändiga för att säkerställa den materiella rättigheten. Detta gäller enligt denna åsikt även om åtgärden skulle innebära att kändan får sitt anspråk slutgiltigt tillgodosett. Åsikten

⁶² Walker, s. 56.

⁶³ Walker, s. 56. Artikel 19 IV GG "Rechtweggarantie", (rättsprövningsgaranti).

⁶⁴ Walker, s. 56.

att interimistiska säkerhetsåtgärder principiellt inte får leda till att kärandens anspråk slutgiltigt tillgodoses måste därför enligt denna uppfattning en gång för alla överges.⁶⁵

Det här dogmatiska sättet att tänka på är typiskt för den tyska rätten. Rättsreglernas innebörd och användningsområde bestäms genom att systematiskt analysera rättsreglerna efter funktion, ursprung etc. Detta är uttryck för s.k. "Professorenrecht" som präglade den tyska rätten under de senaste århundradena.⁶⁶ Rättsutvecklingen har skett genom att professorerna har analyserat rättsregler och rättsfall samt uttalat sig om vad som utgör gällande rätt. Domstolarna har vid svåra ställningstaganden vänt sig till universitetet för att få svar på hur frågan skall lösas. Detta synsätt på rätten skiljer sig kraftigt från exempelvis den engelska rätten som i stället bygger på rättsfall. Genom att analysera rättsfall vaskar domarna fram nya infallsvinklar⁶⁷ på nya problemställningar. Rätten blir då mer praktiskt och ändamålsenligt orienterad.

3.1.2 Förtida verkställighet ur ett grundlagsenligt perspektiv

Typiskt för tysk rätt är också att grundlagen sedan slutet på andra världskriget har en mycket stark ställning.⁶⁸ Därför är en analys av förtida verkställighet utifrån ett grundlagsenligt perspektiv relevant för diskussionen kring frågan om tillåtligheten av förtida verkställighet.⁶⁹ Utgångspunkten för en sådan analys är *rättsstatsprincipen*, vilken framgår av Art. 28 I GG. Grundlagen anges i artikeln som innehållsmässig måttstock för de individuella delstatsgrundlagarna.⁷⁰ Därigenom har ett effektivt rättsskydd fått en stark ställning. Det råder nämligen en stark enighet om att man kan härleda ett omfattande och verkningfullt rättsskydd direkt ur rättsstatsprincipen.⁷¹ I rättspraxis har das Bundesverfassungsgericht härlett rätten till ett effektivt rättsskydd från allt fler grundlagsskyddade rättigheter. Numera får det anses som fast praxis att varje grundlagsskyddad rättighet skall vara möjlig att genomdriva på laglig väg. Det är därför möjligt att härleda ett effektivt rättsskydd ur varje grundlagsskyddad rättighet. Denna

⁶⁵ Walker, s. 56 f.

⁶⁶ Jfr Modéer, s. 15 samt Tamm, s. 313 ff.

⁶⁷ Genom s.k. distinguishing utvecklar domarna de rättsfall som ligger till grund för domen. Distinguishing innebär att domarna avskiljer de omständigheter i det aktuella fallet som på något sätt avviker från liknande omständigheter i det prejudikat som läggs till grund för bedömningen. Därefter gör domaren en bedömning om denna nya något modifierade omständighet innebär att en annorlunda bedömning bör göras i det här fallet. Antag t. ex. att ett prejudikat tillåter husdjur i en viss typ av fastighet. Skall detta prejudikat även omfatta giftormar? Om domaren kommer fram till att giftormar får anses olämpliga i den aktuella fastigheten p. g. a. att många barn springer lösa där, och därför beslutar om förbud har domaren genom distinguishing begränsat prejudikatets verkan för vilka djur som får vistas i fastigheten. Jfr Bogdan, s. 120 f.

⁶⁸ Se Dreier, Band I, s. V ff. Jfr art 28 I GG.

⁶⁹ Walker, s. 57.

⁷⁰ Dreier, Band II, s. 475 och 511.

⁷¹ Walker, s. 36.

inställning avser såväl förvaltningsrättsliga som civilrättsliga tvister. Motsvarande inställning till ett effektivt rättsskydd är även dominerande i doktrin.⁷²

Det grundlagsenliga kravet på ett effektivt rättsskydd talar såväl för som mot ett förbud mot förtida verkställighet. Om det är fråga om ett anspråk på underlåtenhetsförpliktelse kan kändens rättsskydd oftast tillgodoses endast genom en förtida verkställighet. Samtidigt innebär denna verkställighet, om den skulle visa sig felaktig, att rättsskyddet gått förlorat för svaranden eftersom verkställigheten inte går att göra ogjord. Förtida verkställighet står således i ett slags spänningsförhållande till kravet på ett effektivt rättsskydd.⁷³

En utgångspunkt för att lösa detta spänningsförhållande skulle vara att det grundlagsenliga kravet på ett effektivt rättsskydd skall vara till för bägge parter.⁷⁴ Parterna har alltså lika skyddsvärda intressen. Det provisoriska rättsskyddet borde då också vara ett balanserat rättsskydd, som i slutändan inte bara tillkommer ena parten utan även den materiella rättigheten.⁷⁵ Rättsskyddet omfattar således även den materiella rättigheten oavsett vilken part den tillkommer. Det måste vara möjligt att genomdriva den materiella rättigheten på rättslig väg.

Doktrinen om die Befriedigungsverfügung bottnar just i föreställningen om att parterna i en tvist har lika skyddsvärda intressen.⁷⁶ Som ovan framgått⁷⁷ syftar det provisoriska rättsskyddet egentligen dels till att *säkerställa* tvisteföremålet så att inte ändamålet med kändens process skall omintetgöras, dels till att *provisoriskt reglera* rättigheter och skyldigheter i ett stridigt rättsförhållande. De provisoriska åtgärderna får dock inte leda till någon förtida verkställighet. Ursprungsbalansen mellan parterna måste kunna återställas. Eftersom vissa typer av anspråk endast kan tillgodoses om de avgörs snabbt innebär det i praktiken att ett sådant kändensanspråk vid en absolut princip om förbud om förtida verkställighet aldrig skulle kunna tillgodoses.⁷⁸ Därmed skulle inte principen om lika skyddsvärda intressen vara fullt ut respekterad. Kändens skulle förvägras sin rätt till en rättvis rättegång och den materiella rättigheten skulle inte vara möjlig att genomdriva.⁷⁹ Av samma skäl motsäger principen om lika skyddsvärda intressen att det provisoriska rättsskyddets funktion endast skulle vara att bevara processuell status quo.⁸⁰ Vid beaktande av principen om lika skyddsvärda intressen kommer risken för felaktiga irreparabla beslut att

⁷² Walker, s. 40.

⁷³ Walker, s. 58.

⁷⁴ Walker, s. 58.

⁷⁵ Walker, s. 58.

⁷⁶ Walker, s. 58 f.

⁷⁷ Se under 2.1.

⁷⁸ På grund av den långa tid som en utdragen rättsprocess tar till sitt förfogande.

⁷⁹ Jfr Walker, s. 59.

⁸⁰ Jfr Walker, s. 60.

fördelas jämnt mellan olika kändanden och svaranden över tiden. Ibland till nackdel för kändanden och ibland till nackdel för svaranden.⁸¹ Ett generellt förbud skulle alltid leda till att kändandens provisoriska rättsskydd sätts ur spel vid angelägenheter som kräver snabba avgöranden.⁸² Ett förbud mot förtida verkställighet får således anses vara grundlagsstridigt och därmed inte tillåtet.

3.1.3 Historisk förankring

Die Befriedigungsverfügung har också en stark förankring i den tyska rättshistorien. I de olika civilprocesslagar som fanns i olika tyska kunga- och furstendömen under 1800-talet återfinns flera exempel på lagstiftning om provisoriska åtgärder där förtida verkställighet principiellt var tillåtet för sådana fall där en verkställighet var enda möjligheten att säkra den materiella rätten.⁸³ Denna inställning till förtida verkställighet var också utgångspunkten för de regler om provisoriska säkerhetsåtgärder som skisserades när en ny gemensam civilprocesslagstiftning⁸⁴ skulle tas fram.⁸⁵ Under årens lopp har lagtexten emellertid mer och mer kommit att fokuseras på åtgärdernas säkerställande funktion. I det praktiska rättslivet har dock hela tiden en principiell rätt till förtida verkställighet levt kvar. Praxis har periodvis varierat något. Tidvis har förtida verkställighet endast ansetts tillåtligt vid permanenta skuldförhållanden. I flera lagstiftningsförslag till ny civilprocesslagstiftning har behovet av förtida verkställighet vid alla typer av anspråk emellertid påtalats. Så sent som 1971 kom ett förslag på ny formulering av § 935 ZPO, i vilken die Befriedigungsverfügung skulle få en uttrycklig reglering. Förslaget godtog inte men die Befriedigungsverfügung får ändå anses ha en fast sedvanerättslig förankring i det tyska rättssystemet, genom vilken det grundlagsenliga kravet på rättsskydd får anses tillgodosett.⁸⁶

3.2 Bedömningsgrunder för die

⁸¹ Det här argumentet har använts i rättspraxis: "Dem Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung steht auch nicht entgegen, daß durch den Erlass der begehrten Verfügung der Anspruch des KI. bereits realisiert wird. Der geltend gemachte Anspruch ist so sehr zeitgebunden, daß unabhängig davon, ob die Kammer dem Begehren stattgibt oder nicht, endgültige Verhältnisse geschaffen werden. In einer derartigen Situation tragen beide Parteien ein gleich großes Risiko, daß ihr Recht durch eine etwaige Fehlentscheidung endgültig vereitelt wird". Dvs. "Ansökan om provisorisk åtgärd motsägs inte heller av att kändandens anspråk realiseras genom ett beviljande av åtgärden. Det anspråk som gjorts gällande är så starkt tidsberoende att oavsett om ansökan avslås eller beviljas så kommer ett slutgiltigt förhållande att skapas. I en sådan situation bär bägge parterna på en lika stor risk att deras rätt slutgiltigt går om intet på grund av ett felaktigt beslut". LG Lübeck, NJW-RR 1988, s. 122 f. Även under 3. 2. 2. "Fara föreligger för slutgiltigt rättsförlust".

⁸² Jfr Walker, s. 60.

⁸³ Jfr Walker, s. 69 ff.

⁸⁴ CPO 1877.

⁸⁵ Se Walker, s. 72.

⁸⁶ Se Walker, s. 73 f.

Befriedigungsverfügung

3.2.1 Verfügungsanspruch

Som ovan nämnts⁸⁷ är det möjligt att få till stånd en förtida verkställighet genom die Befriedigungsverfügung inte bara vid naturafullgörelser utan även när anspråket utgörs av en penningfordran. I princip kan ett Verfügungsanspruch utgöras av alla typer av anspråk som inte kan säkras genom Arrestverfahren, dvs. kvarstad.⁸⁸ Det får dock inte vara fråga om några villkorade anspråk eller anspråk som först i framtiden kan göras gällande. Endast sådana anspråk som omedelbart kan genomdrivas får verkställas med stöd av die Befriedigungsverfügung.⁸⁹ Nedan följer en indelning i grupper av förekommande typer av anspråk som under vissa förutsättningar utgör giltiga anspråk vid utverkande av en Befriedigungsverfügung. De förutsättningar som åsyftas utgörs i princip av att det finns en tillräckligt stark Verfügungsgrund. Det är således inte typen av anspråk i sig som är det relevanta för om en Befriedigungsverfügung skall beviljas. Längre fram i uppsatsen följer därför en djupare analys av vilka kriterier som ligger till grund för att en giltig Verfügungsgrund skall anses vara förhanden.

Anspråk på förtida betalning

När det gäller beslut om interimistiska utbetalningar kan de avse alla möjliga typer av fordringsförhållanden. Det kan röra sig om regelbundet återkommande betalningar i långvariga rättsförhållanden såsom krav på hyresbetalningar, löneutbetalningar etc. Det kan även vara fråga om betalningar som relateras till enstaka händelser, t.ex. anspråk på ersättning för sveda och värk. Vanligt förekommande är anspråk på underhåll. Det avgörande för om ett anspråk skall ges ett provisoriskt rättsskydd är inte vad det är för typ av betalning. I stället ligger tyngdpunkten på om det finns en tillräckligt stark Verfügungsgrund. En av de vanligast förekommande grunder som leder till bifall är att käranden befinner sig i ett finansiellt nödläge. Det kan röra sig om att kärandens verksamhet riskerar att gå omkull om inte åtgärden beviljas eller det kan handla om kärandens annars saknar möjligheter att försörja sig. Det är dock viktigt att betona att en giltig Verfügungsgrund existerar endast om åtgärden syftar till att undanröja ett nödläge. Därför är t.ex. periodiska utbetalningar begränsade i tiden och om någon form av socialhjälp förekommer dras det beloppet av från det belopp som skall betalas. Även för enstaka betalningsanspråk gäller att endast det belopp som krävs för att undanröja den föreliggande nödsituationen beviljas.⁹⁰

⁸⁷ Se under 2.1.4.

⁸⁸ Walker, s. 176.

⁸⁹ Walker, s. 158.

⁹⁰ Ebmaier/Schöne, s. 41 f.

Anspråk på underlåtenhetsförpliktelser

I § 25 UWG, reglerna om otillbörlig konkurrens, finns en uttrycklig regel som möjliggör interimistisk fullgörelse inom ramen för provisoriska åtgärder även om de förutsättningar som krävs vid Befriedigungsverfügung inte är uppfyllda.⁹¹ Naturligtvis är det fullt möjligt att därutöver bevilja förtida verkställighet i form av die Befriedigungsverfügung. Då gäller dock att alla förutsättningar för en Befriedigungsverfügung är uppfyllda.

Om man ansöker om underlåtenhetsförpliktelser med stöd för reglerna om provisoriska åtgärder⁹² är det viktigt att skilja på om det verkligen är fråga om en ren säkerhetsåtgärd eller om det faktiskt rör sig om en förtida verkställighet. Anledningen är att det vid förtida verkställighet ställs högre krav på sannolikhetsbedömningen med avseende på Verfügungsanspruch och Verfügungsgrund. Om käranden med sin ansökan inte gör anspråk på en huvudförpliktelse utan en biförpliktelse handlar det om en ren säkerhetsåtgärd. Underlåtenhetsförpliktelser syftar då endast till att säkra huvudförpliktelserna. Antag att huvudförpliktelserna utgörs av att lämna ut en personbil. En biförpliktelse i syfte att säkerställa huvudförpliktelserna kan då bestå i att underlåta att delta i rallytävlingar med bilen. Förbudet avser något annat än huvudförpliktelserna. Förbudet syftar till att bevara bilen i avtalsenligt skick.⁹³

Typiska anspråk på underlåtenhetsförpliktelser som kan göras gällande genom die Befriedigungsverfügung är anspråk på att underlåta

- ärekränkande uttalanden,
- att utföra ombyggnationer eller orsaka störande ljud vid bygge,
- att bedriva otillbörlig konkurrens,
- att publicera tidningsartiklar som behandlar ett visst tema.⁹⁴

Ett exempel från rättspraxis är ett avgörande i OLG Frankfurt, där käranden fick sin nattro störd av påfågelskrik och där rätten beslutade att fåglarna skulle hållas inspärrade.⁹⁵

Anspråk på att få del av information

När det gäller anspråk på att få del av information är rättsläget något oklart. Vissa hävdar att en förtida fullgörelse inte skulle vara tillåtlig i sådana fall

⁹¹ Den här speciallagstiftningen behandlas mer ingående under 4. 1.

⁹² § 935 ZPO och § 940 ZPO.

⁹³ Jfr även exemplet under 2.1.1, där biförpliktelserna bestod i att underlåta att söka ett specifikt arbete.

⁹⁴ Ebmaier/Schöne, s. 43f, jfr även Knothe, s. 341 f.

⁹⁵ OLG Frankfurt. NJW-RR 1987, s. 1166. I det här fallet består underlåtenheten i att aktivt agera, något som normalt sett inte förknippas med en underlåtenhetsförpliktelse. Underlåtenhetsförpliktelserna utgörs fortfarande av att *låta bli* att föra oväsen.

där utlämnandet av den aktuella informationen utgör huvudförpliktelsen enligt yrkandet i huvudsaken. Andra menar att ett sådant resonemang haltar eftersom det är ologiskt att godkänna förtida fullgörelser vid betalningsförpliktelser och underlåtenhetsförpliktelser men att underkänna anspråk på att få information utlämnad. Om det då rör sig om en situation där kärandens existens hotas eller om han på annat sätt riskerar en slutgiltig rättsförlust kan ett utfärdande av en förtida fullgörelsedom vara motiverad.⁹⁶ Ebmaier refererar till ett avgörande i LAG Nürnberg från den 23. 4. 1996. Enligt avgörandet skulle en arbetstagare kunna förpliktas att utlämna namnet på en ny arbetsgivare när starka skäl finns att misstänka att det är fråga om att arbetstagaren företar en handling i konkurrerande syfte.⁹⁷

Anspråk på att få tvisteföremålet utlämnat

Även denna typ av anspråk är starkt beroende av om en tillräckligt stark Verfüngsgrund är förhanden. Huruvida ett utlämnande till käranden får komma till stånd beror således på om käranden kan anses vara i trängande behov av föremålet och ett ersättande av föremålet i form av ett likadant eller likvärdigt föremål inte är möjligt. Om käranden har berövats föremålet genom brottslig egenmäktighet utgör även det ett giltigt anspråk på att få tvisteföremålet utlämnat före rättens avgörande.⁹⁸

Anspråk på avgivande av viljeförklaringar

Som huvudregel gäller att ett avgivande av viljeförklaringar inom ramen för det provisoriska rättsskyddet inte kan genomdrivas.⁹⁹ Däremot är det möjligt att ett anspråk på ett avgivande av en viljeförklaring som endast utgör en biförpliktelse kan genomdrivas i syfte att säkerställa en huvudförpliktelse. Det är då fråga om en ren säkerhetsåtgärd och anspråket kan genomdrivas om de förutsättningar som gäller för die Sicherungsverfügung är uppfyllda. Anspråk på avgivande av viljeförklaringar som innebär en förtida verkställighet och därmed utgör en Befriedigungsverfügung är endast tillåtna om mycket starka skäl föreligger. Det måste då till exempel vara fråga om att viljeförklaringen är oumbärlig för kärandens överlevnad eller att den är nödvändig för att undvika skador för miljonbelopp. Därutöver måste kärandens nytta av att få till stånd ett omedelbart avgivande av viljeförklaring vägas mot de skador som skulle kunna drabba svaranden på grund av ett bifall till kärandens yrkande.¹⁰⁰

Anspråk på fastställsedom

Även anspråk på förtida fastställsedomar inom ramen för det provisoriska rättsskyddet betraktas i regel som otillåtet. Undantag kan dock göras om

⁹⁶ Ebmaier/Schöne, s. 44. Jfr även Baur, s. 59 samt Knothe, s. 345.

⁹⁷ Ebmaier/Schöne, s. 44.

⁹⁸ Ebmaier/Schöne, s. 44 f.

⁹⁹ Se Münchener Kommentar, s. 729.

¹⁰⁰ Ebmaier/Schöne, s. 45. Jfr. även Knothe, s. 344.

mycket starka skäl föreligger såsom att käranden riskerar att göra en slutgiltig rättsförlust.

3.2.2 Verfüngungsgrund

Av den genomgång som gjorts av olika typer av Verfügungsanspruch framgår tydligt att det egentligen är frågan om det finns en tillräckligt stark Verfügungsgrund som är avgörande för om ett anspråk på förtida verkställighet skall godkännas. Verfügungsanspruch och Verfügungsgrund är på det sättet starkt sammanlänkade och domstolens bedömning fokuseras i praktiken på att avgöra hur nödvändig åtgärden egentligen är. Ett kriterium för att kravet på nödvändighet är uppfyllt är att käranden riskerar en *slutgiltig rättsförlust* om inte hans yrkande vinner bifall. Ett annat kriterium för nödvändighet är att käranden befinner sig i ett *nödläge* som utgör existentiell fara för käranden.¹⁰¹ Med existentiell fara menas att käranden befinner sig i ett läge där han är beroende av åtgärden för att kunna trygga sin försörjning, komma i åtnjutande av livsviktiga mediciner eller på annat sätt bevara sin hälsa eller existens. Nödläge kan även innebära att käranden riskerar oproportionerligt stora förmögenhetsskador om inte åtgärden beviljas.¹⁰²

Därutöver måste domstolen, för att avgöra om det finns giltig Verfügungsgrund, bedöma om den tänkta åtgärden fyller sitt syfte, dvs. att säkerställa det anspråk som förs eller förväntas föras i huvudprocessen. Domstolen måste också undersöka om samma syfte kan uppnås genom en mindre ingripande åtgärd.¹⁰³ Åtgärden måste således vara *nödvändig* för att ett effektivt rättsskydd skall kunna uppnås och vidmakthållas. När det gäller sådana situationer som innebär att käranden i realiteten kommer att tillerkännas en rätt som han inte hade tidigare, det som Knothe använt begreppet *Angriffsverfügung* för,¹⁰⁴ är nödvändigheten av åtgärden ett särskilt viktigt kriterium.¹⁰⁵

Som exempel på en situation där kärandens intressen kan tas tillvara genom mindre omfattande åtgärder kan nämnas ett anspråk på att förbjuda en tidningsartikel som avslöjar en prominent medborgares mindre lämpliga förehavanden. Om medborgarens intresse för ett skyddat privatliv blir tillräckligt tillgodosett om hans namn fingeras i artikeln skall hans anspråk på att förbjuda artikeln inte beviljas. I stället kan tidningen föreläggas att ändra namnen i artikeln.¹⁰⁶ Ett annat exempel ur rättspraxis är fallet från OLG Frankfurt där beslutet att påfåglarna skulle hållas instängda ansågs mindre ingripande än att djuren skulle fråntas svaranden.¹⁰⁷

¹⁰¹ Se Walker, s. 169 ff.

¹⁰² Leipold, s. 123 samt Walker, s. 171.

¹⁰³ Se Knothe, s. 340 och 342 jfr även Walker, s. 169.

¹⁰⁴ Se under 2. 1. 4.

¹⁰⁵ Knothe, s. 346.

¹⁰⁶ Exemplet är baserat på Baur, s. 58.

¹⁰⁷ OLG Frankfurt. NJW-RR 1987, s. 1166, refereras även under 3. 2. 1. "Anspråk på underlåtenhetsförpliktelser".

Nedan följer en redogörelse för typiska situationer där en Verfüngsgrund anses föreligga.

Fara föreligger för slutgiltig rättsförlust

Utmärkande för den här typen av Verfüngsgrund är situationer där käranden inte längre har någon nytta av en bifallande dom efter det att en bestämd tidpunkt inträffat eller en viss tidsfrist har förlöpt. Efter den aktuella tidpunkten eller tidsfristens utgång är det inte längre möjligt att tillgodose kärandens anspråk. Typiskt för denna fallgrupp är anspråk på underlåtenhetsförpliktelser. Det handlar ofta om konkurrensklausuler som löper under viss tid. Det kan också vara fråga om terminsaffärer, där affären måste genomföras ett specifikt datum. Även andra typer av anspråk kan dock leda till en slutgiltig rättsförlust. Här följer några exempel ur tysk rättspraxis: En fotbollsspelares anspråk på ett omedelbart klubbyte,¹⁰⁸ anspråk på ett överlämnande av en motorbåt som hyrts för ett speciellt engagemang ett specifikt datum,¹⁰⁹ anspråk på en rätt att utöva en specifik rösträtt vid beslutsfattande i ett bolag.¹¹⁰ Käranden måste, som ovan sagts, vid sin ansökan kunna visa att anspråket inte kan tillgodoses genom någon annan mindre ingripande åtgärd.¹¹¹

Nödläge för käranden

En annan situation där en Verfüngsgrund skall anses vara förhanden är när käranden befinner sig i ett existentiellt nödläge. Det kan vara sådana situationer där en uppfyllelse av det materiella anspråket visserligen kan tillgodoses vid en senare tidpunkt, men där käranden befinner sig i en sådan nödsituation att den interimistiska verkställigheten är nödvändig för att möjliggöra ett effektivt rättsskydd.¹¹² Exempel på situationer där ett nödläge anses föreligga är när käranden inte kan klara sin försörjning, hans verksamhet riskerar att gå omkull, fara för liv och/eller hälsa föreligger samt risk finns för stora förmögenhetsskador.¹¹³

Särskilt när det gäller anspråk på i första hand underhålls- och räntebetalningar, men även andra typer av betalningsförpliktelser, måste domstolen ta ställning till om käranden hamnar i ett akut ekonomiskt nödläge om inte åtgärden beviljas. Även andra typer av anspråk kan emellertid ha ett ekonomiskt nödläge för käranden som grund för sitt berättigande.¹¹⁴ Som exempel kan nämnas en anställd som för att kunna erhålla en ny anställning, i syfte att trygga sin försörjning, kan ha anspråk på

¹⁰⁸ LG Lübeck, NJW-RR 1988 s. 122 ff.

¹⁰⁹ LG München, NJW-RR 1987, s. 958.

¹¹⁰ OLG Hamburg WM 1992, s 274 och 275 f. (Uppgiften är hämtad från Walker, s. 170.)

¹¹¹ Ebmaier/Schöne, s. 49.

¹¹² Walker, s. 170.

¹¹³ Walker, s. 170 f.

¹¹⁴ Ebmaier/Schöne, s. 50.

att få vissa dokument om sina arbetsinsatser utlämnade av den senaste arbetsgivaren. Även självständiga företagare kan ha anspråk som är nödvändiga för att trygga deras försörjning. Till exempel kan en självständig taxiförare ha ett giltigt anspråk på att hans bil, som befinner sig på reparation, genast skall lämnas ut till honom. Anspråket är däremot inte giltigt om han har annan förmögenhet som medför att han inte kan anses vara i ett nödläge.¹¹⁵

Skulle det i sådana situationer, där fara finns för liv, hälsa eller försörjningsmöjligheter, vara så att käranden uppbär någon form av ekonomisk hjälp från en tredje part, t.ex. socialbidrag, så skall det erhållna beloppet avräknas från det anspråk som skall tillgodoses.¹¹⁶ Att förtida verkställighet överhuvudtaget är möjligt att genomdriva i den här typen av angelägenheter beror på den tyska socialhjälpens subsidiära karaktär.¹¹⁷

Lagstridig situation föreligger

En giltig Verfüngsgrund anses även föreligga när det är fråga om en lagstridig situation, vars existens inte kan godtas av rättsordningen under den tid som dröjer fram till dess att saken avgjorts i domstol. Det fall som närmast åsyftas är besittningsrubbnings genom egenmäktigt förfarande. I ett sådant fall anser de flesta att det räcker att man kan påvisa ett rättsstridigt förhållande. Några ytterligare krav på att käranden skall visa att han till exempel har ett oundgängligt behov av tvisteföremålet eller på annat sätt har ett starkt intresse av en förtida verkställighet behövs således inte.¹¹⁸ Den här inställningen grundar sig på en värdering, som lagstiftaren låtit komma till uttryck genom lagstiftning. Den innebär att besittning medelst egenmäktigt förfarande är orätt och att sådan besittning omedelbart skall brytas till förmån för den förre besittaren.¹¹⁹ Det handlar alltså om att återställa status quo. Däremot råder delade meningar om det inte måste ställas åtminstone ett sannolikhetskrav i nivå med ordinarie säkerhetsåtgärder, dvs. att föremålet ifråga sannolikt inte kommer att återlämnas om man väntar till dess att saken avgjorts i domstol. För en sådan ståndpunkt talar den funktion som det provisoriska rättsskyddet har, nämligen att säkra möjligheten till en verkställbar dom. Om inte en senare verkställighet är hotad står ju det provisoriska rättsskyddet inte alls till förfogande. I sådana fall kan käranden göra sitt anspråk gällande i huvudprocessen.¹²⁰ Mot denna ståndpunkt argumenteras att den rätt till självhjälp, som av lagstiftaren tilldelats den som frångått besittningen,¹²¹ gjorts beroende av huruvida egenmäktigt förfarande föreligger och inte av om käranden kan visa att han riskerar en

¹¹⁵ Walker, s. 171.

¹¹⁶ Ebmaier/Schöne, s. 50.

¹¹⁷ Walker, s. 171.

¹¹⁸ Ebmaier/Schöne, s. 51.

¹¹⁹ Walker, s. 172.

¹²⁰ Walker, s. 173.

¹²¹ Käranden.

förlust på grund av besittningstagandet.¹²² Därutöver har det påpekats att rätten till självhjälp är subsidiär i förhållande till möjligheterna att få rättsskydd genom domstolsförfarande. Ett sådant rättsskydd borde därför vara möjligt att få inom generösare ramar.¹²³ Ytterligare en företrädd aspekt är att det vid besittningsrubbningar på grund av egenmäktigt förfarande i praktiken handlar om ett långsiktigt förhållande som inte utan vidare kan undanröjas. Den tid som löper under det att käranden är fråntagen besittningen av föremålet kan aldrig återfås. Käranden gör därmed en slutgiltig rättsförlust. Därför skulle alltid besittningsrubbningar på grund av egenmäktigt förfarande sortera under fallgruppen där käranden riskerar att göra en slutgiltig rättsförlust.¹²⁴ Redan på grund av det skulle en Befriedigungsverfügung vara tillåtlig. Ytterligare bevisning skulle enligt detta resonemang inte krävas.

3.2.2.1 Bortfall av Verfügungsgrund

Även om omständigheterna i ett fall är sådana att en giltig Verfügungsgrund är förhanden kan det hända att en ansökan om Befriedigungsverfügung¹²⁵ avslås på grund av kärandens eget agerande.¹²⁶ Så är fallet bl. a. när käranden under en längre period har accepterat den aktuella situation utan att påtala saken i huvudprocessen. Åtgärden bedöms inte längre som nödvändig för att säkerställa kärandens rättsskydd. Samma bedömning görs när käranden ägnar sig åt fördröjande processföring. Om en ansökan om Befriedigungsverfügung dras tillbaka och senare anhängiggörs igen utan att några sakförhållanden har ändrats talar även det emot att åtgärden skall beviljas. Genom sitt agerande har nämligen käranden visat att andra, t. ex. processtaktiska, skäl är viktigare för honom än att snabbt komma i åtnjutande av sin rätt.¹²⁷ I ett rättsfall ansågs ingen Verfügungsgrund föreligga när käranden genom oaktsamhet försummat att utan avbrott genomföra huvudprocessen i syfte att få till stånd en exekutionstitel.¹²⁸

Att käranden genom eget vållande riskerar att hans Verfügungsgrund faller får inte sammanblandas med att käranden genom eget vållande hamnat i det nödläge som föranlett honom att lämna in en ansökan om interimistisk fullgörelse. Det har således ingen betydelse att käranden t.ex. ägnat sig åt spekulation, varit vårdslös i sitt sätt att sköta sin ekonomi etc. En giltig Verfügungsgrund anses ändå vara förhanden.¹²⁹

¹²² Walker, s. 173.

¹²³ Walker, s. 173.

¹²⁴ Walker, s. 173.

¹²⁵ Liksom vid Sicherungs- och Regelungsverfügung.

¹²⁶ Walker, s. 174; Ebmaier/Schöne, s. 52.

¹²⁷ Walker, s. 174.

¹²⁸ OLG Düsseldorf, NJW-RR 1992, 198 f.

¹²⁹ Ebmaier/Schöne, s. 52. Vid ett öppet rättsläge och en oavgjord intresseavvägning kan emellertid sådana omständigheter få en avgörande betydelse. Utförligare under 3. 2. 2. ”Skyddsbehov och skyddsvärde”.

3.2.2.2 Interessenabwägung

Inom ramen för prövningen av frågan om det finns en giltig Verfüngungsgrund görs även en intresseavvägning mellan parterna.¹³⁰ Här är det kärandens intresse av att få till stånd en förtida verkställighet som ställs mot svarandens intresse av att verkställigheten inte beviljas. Grundproblematiken kring beviljandet av en Befriedigungsverfügung är ju att käranden genom åtgärden kommer i åtnjutande av något som kan komma att innebära irreparabla skador för svaranden. Svaranden hamnar då i samma situation som käranden skulle ha befunnit sig i om åtgärden aldrig hade beviljats.¹³¹

Vid rena säkerhetsåtgärder företas däremot ingen intresseavvägning eftersom man anser att kärandens intresse av att kunna säkra en framtida dom generellt sett skall värderas högre än svarandens intresse av att säkerhetsåtgärden inte beviljas. Till skillnad från förtida verkställighet innebär ju i regel inte säkerhetsåtgärden att svaranden utsätts för irreparabla skador. De nackdelar som käranden riskerar genom att säkerhetsåtgärden inte kommer till stånd är däremot generellt sett större än svarandens nackdel av ett beviljande.¹³²

Intresseavvägningen vid interimistisk fullgörelse följer av den ur grundlagen härledda principen om parternas lika skyddsvärda intressen.¹³³ Lika lite, som en förtida verkställighet skall vara helt utesluten till nackdel för käranden, får svarandens intressen av att en förtida verkställighet inte realiserats lämnas obeaktade. I stället måste man förvissa sig om att risken för ett irreparabelt felbeslut inte redan i förväg kommer att belasta bara en part. Det är endast möjligt om man vid bedömningen utför en intresseavvägning mellan parterna.¹³⁴ Intresseavvägningen sker inom ramen för prövningen av Verfüngungsgrund eftersom die Befriedigungsverfügung egentligen inte är direkt kopplad till någon speciell typ av anspråk.¹³⁵

Vilka överväganden som bör göras vid intresseavvägningen i det enskilda fallet och vilken inbördes tyngd dessa överväganden bör ha låter sig inte generellt fastställas. Det finns en uppsjö av olika tänkbara situationer, där olika överväganden vid intresseavvägningen måste göras utifrån de relevanta omständigheterna i det enskilda fallet. Däremot kan man dela in förekommande avvägningsfaktorer i grupper i syfte att skapa en övergripande prövningsmall. Denna kan möjligtvis underlätta bedömningen i det enskilda fallet.¹³⁶

¹³⁰ Dvs. inom ramen för bedömningen om åtgärden är nödvändig för att säkerställa kärandens rättsskydd. Detta gäller oavsett vilken fallgrupp nödvändigheten härrör från; ”fara för slutgiltig rättsförlust”, ”nödläge för käranden” eller ”en lagstridig situation föreligger”.

¹³¹ Walker, s. 175.

¹³² Walker, s. 160 och s. 168. Se ovan under 2. 1. 1. ”Verfüngungsgrund”.

¹³³ Walker, s. 175 f, Se under 3. 1. 2.

¹³⁴ Walker, s. 176.

¹³⁵ Walker, s. 176 Jfr under 3. 2. 1.

¹³⁶ Jfr Walker, s. 177.

Sannolikheten för att kâranden får slutgiltigt rätt i huvudprocessen

En viktig utgångspunkt vid intresseavvägningen är hur stor sannolikheten är att kâranden kommer att få rätt i huvudprocessen. Detta motiveras med att det slutgiltiga syftet med det provisoriska rättsskyddet är att säkerställa den materiella rätten.¹³⁷ Ju större sannolikheten är att kâranden kommer att vinna i huvudprocessen ju större anses dennes intresse vara av att en Befriedigungsverfügung kommer till stånd. En säker prognos för hur huvudfrågan kommer att bedömas i huvudprocessen är i vart fall utslagsgivande i sådana fall där bägge parter blir lika drabbade på grund av ett beslut till deras nackdel.

Till och med när ett beviljande av åtgärden drabbar svaranden hårdare än ett avslag skulle ha drabbat kâranden kan kârandes intresse av att få åtgärden beviljad sättas i förgrunden. Det rör sig då om en situation där svaranden fått redogöra för sina sakförhållanden och dessa är ostridiga, men det avseende den rättsliga prövningen står klart att kâranden kommer att vinna huvudprocessen. Svarandens intresse av att få ett med allra största sannolikhet rättsstridigt förhållande upprätthållet är inte skyddsvärt.¹³⁸ Av den anledningen gäller i praxis att intresseavvägningen skall ske i anslutning till sannolikhetsbedömningen. När sannolikhetsbedömningen leder till ett entydigt resultat med avseende på rättsläget behöver någon intresseavvägning inte ens göras.¹³⁹

Om det slutgiltiga avgörandet beror på sakförhållanden och dessa är stridiga, gäller i princip samma sak om kârandens Verfügungsanspruch kan göras sannolikt till en grad som gränsar till nästan full bevisning. Det innebär således att någon intresseavvägning inte kommer i fråga. Man måste dock beakta att svaranden alltid har möjlighet att komma med kompletterande bevisning i huvudprocessen. Om kâranden däremot endast lyckas göra sitt Verfügungsanspruch sannolikt med stöd av försäkran under ed talar det snarare mot att kâranden får rätt i huvudprocessen.¹⁴⁰

¹³⁷ Walker, s. 177. Jfr under 3. 1. 2.

¹³⁸ Avvikande mening från denna ståndpunkt hade dock enligt Walker LAG Berlin ARSt. 1973, 94, enligt vilken en provisorisk åtgärd inte skall beviljas om den leder till oproportionerligt höga skador för svaranden. (Walker s, 177). En utförlig diskussion kring denna problematik fördes av Leipold, som menade att en förprövning av själva rättsfrågan i samband med provisoriska åtgärder strider mot själva syftet med provisoriska åtgärder. (Leipold, s. 84). Han lyfte fram vikten av att ta hänsyn till svarandens intressen och kritiserade den i praxis rådande uppfattningen att låta en rättslig sannolikhetsbedömning ligga till grund för utfärdande av säkerhetsåtgärder. (s.86 ff.) Leipolds uppfattning har emellertid inte fått genomslagskraft utan fortfarande gäller som ovan framgår att en sannolikhetsbedömning av rättsläget utgör en viktig del av intresseavvägningen mellan parterna.

¹³⁹ Walker, s. 177.

¹⁴⁰ Walker, s. 178.

Intressant är att BVerfG¹⁴¹ i praxis vid anordnande av provisoriska åtgärder¹⁴² på det förvaltningsrättsliga området inte tillmäter den förväntade rättsliga bedömningen av huvudfrågan någon betydelse. Det är bara intresseavvägningen mellan parterna som är avgörande för huruvida åtgärden får tillgripas. Innebär ett förordnande om åtgärden att nackdelarna för svaranden blir alltför stora i relation till den vinning käranden har av åtgärden, avslås ansökan oavsett om käranden sannolikt kommer att vinna i huvudprocessen. Omvänt gäller att käranden kan få en åtgärd beviljad trots att han sannolikt inte har materiellt rätt om intresseavvägningen utfaller till kärandens fördel. Detta beror enligt Walker på att den rättsliga bedömning som måste göras oftast är mycket komplicerad och alltför tidskrävande för att kunna göras redan på ett provisoriskt stadium. Just detta kan i sig ofta vara en grund till varför man överhuvudtaget har behov av en tillfällig rättslig reglering. En annan aspekt är att förvaltningsrättsliga tvister ofta har sin grund i myndighetsutövning där det kan röra sig om ganska ingripande följder för den enskilde om åtgärden blir beviljad eller inte. Det är då enligt min mening rimligt att den part som drabbas värst pga. åtgärdens beviljande eller icke beviljande skyddas fram till dess att en adekvat rättslig bedömning har gjorts. Att utgå från samma principiella inställning vid civil- och arbetsrättsliga tvister är emellertid enligt Walker inte möjligt. Orsaken skulle vara att det vid civil- och arbetsrättsliga tvister rör sig om subjektiva rättigheter, som måste göras sannolika inför domstolen. Prövningens utgång är således beroende av att parten lyckas framställa sin sak så att den framstår som sannolik.¹⁴³ Vid förvaltningsrättsliga förfaranden har domstolen i stället en objektiv utredningsskyldighet, vilket innebär att domstolen är skyldig att undersöka samtliga relevanta omständigheter oavsett om de talar för eller mot partens sak.¹⁴⁴

Den slutsatsen tycker jag är lite kontroversiell. Även förvaltningsrättsliga rättigheter och skyldigheter borde ju i grunden vara av subjektiv karaktär. Visserligen har ju rätten i förvaltningsärenden en objektiv utredningsskyldighet men situationen är i grunden densamma. Två eller flera parter med motstående intressen står emot varandra. Rättens uppgift är att avgöra vem som sannolikt har rätt. Skulle en åtgärd av ingripande karaktär till nackdel för den ena parten vara mer beaktansvärd vid förvaltningsrättsliga ärenden än vid civil- och arbetsrättsliga? Rent principiellt tycker jag inte att det borde vara så. Dock kan man tänka sig att förvaltningsrättsliga ärenden ger upphov till fler fall av den karaktären som innebär ingripande åtgärder för den enskilde och där behovet av att omedelbart ingripa eller inte ingripa är så stort att tiden inte tillåter en preliminär rättslig bedömning.

¹⁴¹ Den federala författningsdomstolen, som prövar lagars grundlagsenlighet och kompetenskonflikter mellan delstaterna och Förbundsrepubliken. Författningsdomstolen prövar även bl.a. enskildas författningsbesvär i första och sista instans. Se Bogdan, s. 192 f.

¹⁴² § 32 BVerfGG.

¹⁴³ Jfr Walker, s. 178.

¹⁴⁴ Erichsen/Martens, s. 289 f.

Skyddsbehov och skyddsvärde

Av föregående avsnitt framgår att en säker prognos av rättsläget väger tungt vid en intresseavvägning mellan parterna. I normalfallet är det emellertid ofta så att en så säker interimistisk bedömning av rättsläget inte låter sig göras. Detta gäller särskilt vid ex parte beslut där svaranden inte får en chans att yttra sig. I stället hamnar tyngdpunkten vid intresseavvägningen på parternas skyddsbehov. Graden av intrång i kärandens rättssfär vid ett avslag skall ställas mot intrånget i svarandens rättssfär vid ett beviljande av åtgärden. Om käranden inte riskerar att skadas alls eller endast riskerar en mycket liten skada vid ett icke beviljande samtidigt som svaranden hamnar i ett existentiellt nödläge eller riskerar andra oproportionerligt höga skador vid beviljande av åtgärd, måste käranden till och med acceptera viss risk för tillfällig rättsförlust eller att tvisteföremålet frångäts honom genom egenmäktigt förfarande.¹⁴⁵ Annorlunda uttryckt är det alltså nödvändigheten av åtgärden som även vid själva intresseavvägningen har en stor betydelse för om åtgärden skall beviljas. Ju nödvändigare den ter sig för käranden ju lättare väger svarandens intresse av att åtgärden inte beviljas och vice versa.¹⁴⁶

Även vid situationer där parterna vid intresseavvägningen tycks riskera att hamna i likvärdiga nödsituationer eller båda löper samma risk för slutgiltig rättsförlust kan den ena partens skyddsbehov vara mer beaktansvärt än den andra partens. Det gäller när den ena parten har mindre chans att senare realisera ett möjligt skadeståndsanspråk.¹⁴⁷

När det inte går att fastställa en prognos avseende huvudfrågan till någon av parternas fördel och bägge parter har ett lika stort skyddsbehov utgör skyddsvärdet ett sista kriterium att ta till vid intresseavvägningen. I ett sådant fall kan det ändå vara av betydelse hur parten hamnat i nödläget. Ett nödläge som har uppstått på grund av partens eget vållande kan då ha ett lägre skyddsvärde. Ett akut ekonomiskt nödläge beroende på oaktsamma affärer skulle i ett sådant fall få betydelse vid intresseavvägningen.¹⁴⁸

Oavgjord intresseavvägning

En omfattande intresseavvägning där många olika aspekter beaktas leder mycket sällan till ett oavgjort resultat. Skulle utfallet av intresseavvägningen vid ett helt öppet rättsläge ändå bli oavgjort mellan parterna skall en Befriedigungsverfügung inte kunna komma till stånd. En giltig Verfügungsgrund rätfärdigar således en förtida verkställighet endast om kärandens intresse av en förtida verkställighet väger tyngre än svarandens

¹⁴⁵ Walker, s. 178. Jfr under 3. 2. 2. ”Lagstridig situation föreligger”.

¹⁴⁶ Jfr Knothe, s. 346.

¹⁴⁷ Walker, s. 179. Ang. skadeståndsanspråk se under 2. 1. 3.

¹⁴⁸ Walker, s. 179. Jfr under 3. 2. 2. 1.

intresse av att verkställigheten inte kommer till stånd. Denna uppfattning skall även ha legat till grund för gamla¹⁴⁹ tyska processordningar.¹⁵⁰

3.2.3 Sammanfattning

För att sökanden skall kunna få beviljat en Befriedigungsverfügung krävs att han gör sannolikt sitt Verfügungsanspruch, dvs. ett anspråk på någon form av fullgörelse från svaranden. Ett sådant anspråk kan utgöras av såväl naturaförpliktelser som betalningsförpliktelser. Exempel på sådana är anspråk på betalning i rättsförhållanden av långvarig karaktär såsom underhåll och sådana som härrör från enstaka överenskommelser. Andra typer är anspråk på underlåtenhetsförpliktelser och anspråk på att få tvisteföremålet utlämnat.

Därutöver måste det finnas en giltig Verfügungsgrund. Även den måste göras sannolik. En giltig Verfügungsgrund utgör egentligen själva stommen i den rättsliga bedömningen. Många av de anspråk som kan göras gällande vid Befriedigungsverfügung utgör ett giltigt anspråk därför att åtgärden är absolut nödvändig för att anspråket överhuvudtaget skall kunna tillgodoses. Det är i dessa fall alltså förekomsten av en tillräckligt stark Verfügungsgrund som är avgörande för om anspråket i fråga skall kunna göras gällande genom Befriedigungsverfügung. Vid bedömningen är det ”nödvändigheten” av åtgärden som står i centrum. Nödvändigheten består i att käranden befinner sig i ett existentiellt nödläge, riskerar stora skador eller på annat sätt riskerar att göra en rättsförlust. Därtill krävs att det söka skyddet inte kan åstadkommas genom mindre ingripande åtgärder.

Inom ramen för bedömningen av Verfügungsgrund görs även en intresseavvägning mellan parterna. Bakgrunden till detta är att det inte ur rättssäkerhetssynpunkt anses rättfärdigat att genomdriva en förtida verkställighet om inte kärandens intresse av åtgärden överväger svarandens intresse av att den förtida verkställigheten inte kommer till stånd. Intresseavvägningen kan omfatta många olika faktorer. Dessa låter sig inte generellt fastställas i en given regel. Däremot finns vissa riktlinjer som man kan ta fasta på vid en avvägning. En framskjuten betydelse vid avvägningen har bedömningen av hur stor sannolikheten är att käranden kommer att vinna i huvudprocessen. Vidare görs en avvägning mellan vilka skadeverkningar som parterna kommer att drabbas på grund av åtgärdens beviljande eller icke beviljande. Här ställs kärandens nackdelar av att åtgärden inte beviljas mot svarandens nackdelar av att åtgärden beviljas. Vid en sådan bedömning beaktar rätten i första hand parternas skyddsbehov. I andra hand gör domstolen en bedömning av om någon av parterna befinner sig i en situation som är mer skyddsvärd än den andra partens. Har käranden till exempel genom eget vållande försatt sig i det aktuella nödläget kan det få betydelse vid bedömningen.

¹⁴⁹ Se under 3. 1. 3.

¹⁵⁰ Walker, s. 179.

Om en ren intresseavvägning med avseende på skadeverkningar blir oavgjord blir den rättsliga förhandsprognosen utslagsgivande. Kan inte käranden i en sådan situation göra sannolikt att han kommer att vinna huvudprocessen kan han inte få till stånd en förtida verkställighet.

Avslutningsvis tänkte jag, i syfte att understryka kravet på ”nödvändighet” vid bedömningen, låta ett citat av NJW-RR:s redaktions rubrik till ett avgörande från OLG Düsseldorf avsluta det här kapitlet.¹⁵¹ ”Eine Leistungsverfügung ist nur zulässig, wenn der Antragsteller darlegt und glaubhaft macht, daß er so dringend auf die sofortige Erfüllung seines Leistungsanspruch angewiesen ist und sonst so erhebliche wirtschaftliche Nachteile erleiden würde, daß ihm ein zuwarten (wenn nach der Art des Anspruchs überhaupt möglich) oder eine Verweisung auf die spätere Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen nach Wegfall des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs nicht zumutbar ist.”¹⁵²

¹⁵¹ NJW-RR 1996, s. 123.

¹⁵² Översättning: En interimistisk fullgörelse är endast tillätlig när käranden gör sannolikt att han är absolut hänvisad till ett omedelbart uppfyllande av sitt fullgörelseanspråk och att han annars skulle drabbas av så omfattande ekonomiska skador att ett avvaktande (om anspråket ifråga överhuvudtaget tillåter det) vore orimligt att kräva eller en hänvisning till att senare göra gällande ett skadeståndsanspråk efter det att det ursprungliga fullgörelseanspråket bortfallit, vore orimlig.

4 Förslag på en summarisk rättsprocess de lege ferenda i Tyskland

4.1 Förslagets bakgrund

Eftersom ett summariskt förfarande redan existerar i praktiken genom die Befriedigungsverfügung och ett allt mer tilltagande behov av en snabbare rättsprocess gör sig gällande har i doktrin framlagts förslag på hur en till den ordinarie processen alternativ summarisk tysk rättsprocess skulle kunna se ut. I det följande kommer jag att redogöra för innehållet i det förslaget samt bakgrunden till detta.

Författarna tar sitt avstamp inom ett rättsområde där provisoriska åtgärder redan på ett långtgående sätt kommit att ersätta huvudförfarandet. Det är inom lagstiftningen mot otillbörlig konkurrens.¹⁵³ Till skillnad från de allmänna reglerna för fullgörelse enligt die Befriedigungsverfügung krävs inte att käranden visar att det är fråga om ett nödläge, dvs. en säkringsgrund behöver inte göras sannolik. I stället räcker det att man kan göra sannolikt att man har ett underlåtenhetsanspråk. Enligt ordalydelsen i § 25 UWG kan nämligen underlåtenhetsförpliktelser utfärdas i syfte att säkra kärandens anspråk ”även om förutsättningarna enligt §§ 935 och 940 ZPO inte är uppfyllda”. Detta har man i praxis tolkat som att nödläget får presumeras.¹⁵⁴ Presumtionen bryts under vissa omständigheter, t.ex. om käranden väntar för länge med att ansöka om åtgärd.¹⁵⁵ Att man härigenom har breddat användningsområdet för det provisoriska rättsskyddet och att tvister inom detta rättsområde sällan går vidare till huvudprocess är oomstritt bland tyska praktiker.¹⁵⁶

Däremot är det mera oklart hur det kommer sig att, oavsett om en åtgärd har beviljats eller avslagits, så få fall går vidare till huvudprocess. Avgörandet är ju inte rättskraftigt för huvudprocessen. Dessutom finns alltid en möjlighet att vid huvudprocessen få prövat om skadestånd enligt § 945 ZPO är berättigat om åtgärden skulle visa sig ha varit orättfärdig redan från

¹⁵³ Se under 3. 2. 1. ”Underlåtenhetsförpliktelser”.

¹⁵⁴ Blankenburg/Leipold, s. 111. Att förutsättningarna i §§ 935 och 940 ZPO inte behöver vara uppfyllda innebär inte att käranden inte behöver göra ett säkringsanspråk sannolikt. Säkringsgrunden är inte heller umbärlig, däremot behöver inte käranden kunna göra denna sannolik. Baumbach/Hefermehl, s. 1366. I realiteten presumeras säkringsgrunden. Denna presumerade ”nödvändighet” går dock att vederlägga, t.ex. om käranden själv kan förhindra konkurrensintrånget. Baumbach/Hefermehl, s. 1367.

¹⁵⁵ Blankenburg/Leipold, s. 111.

¹⁵⁶ Blankenburg/Leipold, s. 111.

början.¹⁵⁷ Förklaringen till att parter ändå väljer att inte gå vidare ligger enligt Blankenburg och Leipold till stor del i att parterna ser det provisoriska avgörandet som en stark prognos för hur stridigheten kommer att bedömas i huvudprocessen.¹⁵⁸ En sådan uppfattning skulle knappast kunna uppstå om rätten bara skulle bedöma huruvida ett sannolikt underlåtenhetsanspråk skulle föreligga. I verkligheten skiljer sig inte den bedömning som görs i det provisoriska förfarandet nämnvärt från den bedömning som görs i en huvudprocess. Ofta är sakomständigheterna ostridiga eller så är bevisningen så stark att svaranden ser sina chanser till ett framgångsrikt bestridande i huvudprocessen som relativt små. Den interimistiska prövningen utgörs således i realiteten av en mer omfattande prövning av sakomständigheterna än endast en sannolikhetsbedömning. I själva rättsfrågan görs ingen annan bedömning än den som görs i huvudprocessen.¹⁵⁹ En annan viktig aspekt är att det ofta är samma domare¹⁶⁰ i det interimistiska avgörandet som i huvudprocessen. Det är oftast fråga om specialdomstolar med specialiserade domare, en aspekt som också kan tänkas förklara parternas acceptans för beslutet.¹⁶¹

En annan viktig orsak till att inte fler fall går vidare till huvudprocess är den i rättspraxis utvecklade s.k. ”*Abschlusserklärung*” (avslutsförklaring). Genom avslutsförklaringen avstår svaranden från rätten att tala mot beslutet om interimistisk åtgärd samt rätten att kräva en tidsfrist inom vilken kändanden måste föra talan i huvudfrågan och slutligen från rätten att ansöka om upphävande av åtgärden på grund av förändrade omständigheter. En avslutsförklaring tjänar således syftet att omvandla en provisorisk åtgärd till ett rättskraftigt huvudavgörande. I övrigt måste kändanden enligt rättspraxis uppmana svaranden att avge en sådan förklaring om kändanden skall undvika att i enlighet med § 93 ZPO¹⁶² själv få bära alla rättegångskostnader på grund av att svaranden vid en eventuell huvudprocess omedelbart medger kändandens talan.¹⁶³

En negativ sida av den här utvecklingen är att rätten genom användande av provisoriska åtgärder och avslutsförklaringar alltför ofta fattar beslut utan att svaranden har hörts muntligen eller överhuvudtaget har haft möjlighet att yttra sig i frågan.¹⁶⁴ Som ett svar på den problematiken har även här genom praxis en s.k. ”*Schutzschrift*” (skyddsskrift) utvecklats. Svaranden kan redan i förväg när han på grund av omständigheterna misstänker att kändanden kommer att ansöka om interimistisk åtgärd profylaktiskt lämna in en skrivelse till rätten där svaranden redogör för sin syn på saken. Önskvärt

¹⁵⁷ Blankenburg/Leipold, s. 112.

¹⁵⁸ Blankenburg/Leipold, s. 112.

¹⁵⁹ Blankenburg/Leipold, s. 112.

¹⁶⁰ Spruchkörper

¹⁶¹ Blankenburg/Leipold, s. 112.

¹⁶² § 93 ZPO: ”Hat der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der klage Veranlassung gegeben, so fallen dem Kläger die Prozesskosten zur Last, wenn der Beklagte den Anspruch sofort anerkennt.“

¹⁶³ Blankenburg/Leipold, s. 112.

¹⁶⁴ Blankenburg/Leipold, s. 113.

vore naturligtvis att interimistiska avgöranden alltid kunde avgöras snabbt med muntliga förhandlingar. Problemet är dock att det skulle kräva såväl stora resurser som hög flexibilitet från domstolarnas sida.¹⁶⁵

4.2 Jämförelse med andra rättssystem

I sitt arbete med att utarbeta förslag på ett alternativt summariskt förfarande företog sig Blankenburg och Leipold att göra en komparation med Frankrike, Nederländerna och Japan med avseende på dessa länders system för summariska förfaranden. Bakgrunden till denna jämförelse var uppgifterna om att Frankrike och Nederländerna redan hade genomfört en utvidgning av det interimistiska rättsskyddets funktion och på vissa områden till och med ersatt den ordinarie processen med ett summariskt förfarande.¹⁶⁶ Blankenburg och Leipold menade att frågan om och under vilka förutsättningar den ordinarie processen i avlastningssyfte kunde ersättas med ett summariskt förfarande förtjänade utrymme i den debatt om domstolarnas överbelastning som redan pågick i Tyskland.¹⁶⁷

Ett annat motiv förelåg vid valet av Japansk rätt som undersökningsobjekt. I Japan stod man nämligen inför avlutningen av ett reformarbete som gått ut på att effektivisera det provisoriska rättsskyddet. Av störst intresse att studera vid en sådan reform var enligt författarna med vilka metoder och med vilka resultat man försökt kartlägga hur det provisoriska rättsskyddet fungerar i verkligheten samt på vilket sätt man använt denna information vid reformarbetet. Ett sådant perspektiv vore nämligen en lämplig utgångspunkt även för en tysk reform av det provisoriska rättsskyddet.¹⁶⁸ De japanska reformplanerna syftade inte i första hand till en funktionsutvidgning av det provisoriska rättsskyddet utan till att effektivisera den traditionella säkrande funktionen. Författarna understryker att provisoriska åtgärder inte enbart kan avlasta det ordinarie förfarandet genom att överta vissa funktioner utan också måste understödja detsamma så att tvister oftare kan finna sin lösning genom förlikningar, frivilliga prestationer eller att parterna avstår från att gå vidare med frågan i huvudprocessen. Även om huvudfrågan i artikeln gällde frågan om ett alternativt summariskt förfarande skall denna effekt av provisoriska åtgärder inte glömmas bort.¹⁶⁹

4.2.1 Den japanska reformen

De undersökningar som genomförts i Japan¹⁷⁰ inför reformplaneringen påvisar att provisoriska åtgärder i sin traditionella form i egenskap av

¹⁶⁵ Blankenburg/Leipold, s. 113.

¹⁶⁶ Blankenburg/Leipold, s. 109.

¹⁶⁷ Blankenburg/Leipold, s. 109.

¹⁶⁸ Blankenburg/Leipold, s. 109.

¹⁶⁹ Blankenburg/Leipold, s. 109 f.

¹⁷⁰ Undersökningarna som genomfördes genom att intervjua advokater, olika kreditinstitut och även andra typer av företag samt genom ett advokatsymposium imponerade starkt på författarna på grund av sin bredd och mångfald. Se Blankenburg/Leipold, s. 114.

säkerhetsåtgärder bidrar starkt till att underlätta konfliktlösningen genom att som ovan nämnts parterna får incitament att lösa konflikten genom förlikningar och frivilliga prestationer etc. Även i Japan förekommer på vissa områden att de provisoriska åtgärderna i realiteten innebär en interimistisk fullgörelse.¹⁷¹

Den japanska planerade och sedermera även genomförda reformen innebär att man behöll de gamla förutsättningarna för provisoriska åtgärder, som från början härstammar från tysk rätt, eftersom man avsåg att åtgärderna främst skulle ha en säkrande funktion även i framtiden. Huvudsyftet med reformen var i första hand att befrämja ett snabbare provisoriskt förfarande. Målet skulle nås genom att förenkla den provisoriska processen. En övergång skedde till ett rent beslutsförfarande. Åtgärderna skall avgöras genom beslut, även efter muntliga förhandlingar eller när svaranden kommit med skriftliga invändningar och även i andra instans (efter besvär). På grund av intresset av ett så snabbt förfarande som möjligt beskär emellertid möjligheterna att göra sig hörd innan åtgärden har förordnats. Här görs dock en intressant skillnad mellan ”Sicherungsverfügung” och ”Regelungsverfügung”. Medan Sicherungsverfügung kan utfärdas utan att en muntlig förhandling har hållits respektive utan att svaranden blivit hörd, får en Regelungsverfügung endast utfärdas utan föregående muntlig förhandling under förutsättning att syftet med åtgärden annars inte kan uppfyllas.¹⁷²

4.2.2 Det nederländska Kort Geding

I Nederländerna har det summariska förfarandet ”Kort Geding” alltmer kommit att bli ett allmänt accepterat alternativ till den ordinarie processen.¹⁷³ Ett Kort Geding förfarande grundar sig på en relativt allmänt formulerad rättsregel.¹⁷⁴ Denna tillåter att yrkande om tillgodoseende av sådana anspråk, som inte går att skjuta upp eller när partsintressen kräver ett omedelbart förfogande, får framställas vid ett sammanträde som hålls fasta dagar av presidenten för der Rechtbank.¹⁷⁵ Detta förfarande stammar från det franska *référé-förfarandet*¹⁷⁶ och infördes redan under början av 1800-talet.¹⁷⁷ Under de senaste årtiondena har presidenterna vid en del Rechtbanken medvetet aktiverat förfarandet för att snabbt kunna tillhandahålla ett rättsskydd och snabba beslut inom ramen för moderna konfliktområden, särskilt sådan med politisk bakgrund såsom asylärenden och boendefrågor, som kräver snabba beslut. Även arbetsrättsliga konflikter

¹⁷¹ Blankenburg/Leipold, s. 114.

¹⁷² Blankenburg/Leipold, s. 113.

¹⁷³ Jfr Zonderland, s. 242.

¹⁷⁴ Blankenburg/Leipold, s. 114.

¹⁷⁵ Blankenburg/Leipold, s. 114. Rechtbank motsvarar ungefär en tysk Landgericht respektive en svensk hovrätt.

¹⁷⁶ Mer om den franska summariska processen följer under 4. 2. 3.

¹⁷⁷ Blankenburg/Leipold, s. 114.

faller inom användningsområdet för Kort Geding.¹⁷⁸ Tvister om otillbörlig konkurrens är likaledes vanligt förekommande.¹⁷⁹

Vad avser själva användningsområdet finns vissa likheter med den tyska rättspraxis som utvecklats inom ramen för provisoriska åtgärder. Särskilt vad gäller syftet att avvärja omedelbart hotande skador liksom åtgärder inom ramen för rättsområdet otillbörlig konkurrens. Dock finns ett par skillnader i förfarandet som är iögonfallande och som gör att Kort Geding skulle kunna tänkas utgöra ett lämpligare alternativ till den ordinarie processen än den ordning som utbildats genom tysk rättspraxis.¹⁸⁰ Det är framför allt den särskilda regleringen av domstolens kompetens, som innebär att avgörandet fällt av en erfaren domare med högt anseende. Denna kompetensregel gäller även om själva huvudprocessen skulle vara anhängiggjord vid en Kantongerecht.¹⁸¹ Den andra aspekten är att förfarandet har en starkt muntlig betoning, varvid parterna till och med oftare är närvarande än vid en huvudprocess.¹⁸²

Även innehållsmässigt finns vissa särdrag i den nederländska summariska processen. Domaren har en stor frihet¹⁸³ att diskretionärt avgöra frågan såväl när det gäller den rent rättsliga frågeställningen som när det gäller att avgöra vilken bevisning som skall tillåtas. Vid den rättsliga bedömningen ser inte domaren bara strikt till lagstiftningen utan gör också en bedömning av parternas intressen med avseende på det snabba avgörandet. Detta skulle enligt Blankenburg och Leipold legitimera att domaren istället för en strikt rättstillämpning skulle utöva en rätt som utgörs av allmänna rättvisavvägningar. Sammanfattningsvis skulle det här systemet utgöra en modell som är fördelaktig tack vare sin snabbhet, en rutinerad domare och dennes utvidgade befogenheter i förhållande till de vid en normalprocess.¹⁸⁴

4.2.3 Det franska référé-förfarandet

Den franska summariska processen erbjuder liksom det nederländska ett snabbt muntligt förfarande där en erfaren domare med hög befattning faller avgörandet.¹⁸⁵ Förr gällde att ett référé-förfarandet inte fick vara prejudicerande för huvudprocessen, dvs. åtgärden fick inte innebära en förtida verkställighet.¹⁸⁶ Efter reformering av den franska civilprocessen har numera i praxis utvecklade principer lagfästs och référé-domaren får, i fall som är av brådskande natur eller av nöden kräver omedelbart ingripande, besluta om alla typer av åtgärder, som inte möter några hinder av ett sakligt

¹⁷⁸ I Tyskland behandlas asylärenden i förvaltningsrätter och arbetsrättsliga tvister i arbetsrätter.

¹⁷⁹ Blankenburg/Leipold, s. 114 f.

¹⁸⁰ Blankenburg/Leipold, s. 115.

¹⁸¹ Ungefär motsvarande tysk Amtsgericht och svensk tingsrätt.

¹⁸² Blankenburg/Leipold, s. 115.

¹⁸³ I förhållande till vad som gäller vid en ordinär process.

¹⁸⁴ Blankenburg/Leipold, s. 115 f.

¹⁸⁵ Blankenburg/Leipold, s. 118.

¹⁸⁶ Jfr Blankenburg/Leipold, s. 116.

bestridande från parterna. Vidare måste åtgärden vara rättfärdig med hänsyn till den konflikt som pågår mellan parterna.¹⁸⁷ Att inte åtgärden går att bestrida sakligt innebär då att rättsläget avseende huvudfrågan är entydigt. Vid bedömningen av huruvida svarandens invändning mot åtgärden är saklig är det rättens bedömning av invändningens saklighet som är relevant och inte svarandens uppfattning.¹⁸⁸

Référé-förfarandet har fått en allt mer utvidgad roll som alternativt förfarande till den ordinarie processen vid rättsskipning.¹⁸⁹ Lagstiftaren har dessutom stärkt denna utveckling genom införandet av två nya varianter av référé-förfarande. 1973 infördes ett förfarande som kallas för *référé-provision*, innebärandes att vid en betalningsförpliktelse för svaranden som inte går att bestrida sakligt får domaren tilldöma käranden en delbetalning på betalningsförpliktelsen. Sedan 1985 kan även förordnas att andra typer av förpliktelser skall fullgöras, även sådana förpliktelser som innebär ett aktivt agerande, dvs. naturafullgörelser.

Référé-provision infördes främst med tanke på bl. a. skadeståndskrav i samband med trafikolyckor men inskränker sig inte bara till detta område. Förfarandet gäller för alla pengafordringar som uppstått på grund av avtal eller lagregler. Storleken på den delbetalning som får fullgöras på grund av förfarandet beror, enligt vad Kassationsdomstolen¹⁹⁰ har fastslagit 1981, enbart på hur stor del av summan som är ostridig. I praxis är det till och med mer vanligt förekommande att hela betalningsförpliktelsen döms ut än endast en del därav.¹⁹¹ Kassationsdomstolen kräver vidare inte att référé-domaren fastställer att det är fråga om en brådskande nödsituation som kräver omedelbar åtgärd så som lagen föreskriver. Så blir till stora delar bara ett entydigt rättsläge i kombination med överbelastade domstolar anledning till ett utfärdande av dylika åtgärder.¹⁹²

En avgörande fråga för den reella användningen av référé-förfarandet är vilken innebörd som skall ges begreppet ”inget sakligt bestridande”. Till viss del handlar det om fordringar som entydigt har styrkts genom dokument. Det är dock inte nödvändigt att rättsläget är entydigt redan från början. Den kan även utkristalliseras under référé-förfarandets gång som en följd av de undersökningar som görs på grund av förfarandet.¹⁹³

¹⁸⁷ Blankenburg/Leipold, s. 117.

¹⁸⁸ Blankenburg/Leipold, s. 117.

¹⁸⁹ Jfr Blankenburg/Leipold, s. 117.

¹⁹⁰ Kassationsdomstolen (Cour de cassation) är den högsta instansen för allmänna domstolar. Normalt skall den fungera som en kassationsdomstol som endast upphäver och eventuellt återförvisar ärendet till underinstans. Underinstansen är formellt sett inte bunden av kassationsdomstolens uppfattning i rättsfrågan men om samma mål kasseras ytterligare en gång av kassationsdomstolen är den tredje domstolen i underinstans skyldig att följa kassationsdomstolens uppfattning. Se närmare Bogdan, s. 175 f.

¹⁹¹ Blankenburg/Leipold, s. 117.

¹⁹² Blankenburg/Leipold, s. 117.

¹⁹³ Blankenburg/Leipold, s. 118.

Ett viktigt användningsområde för référé-förfarandet är nämligen förordnandet av sakkunnigutlåtanden (référé-expertise). Sådana förfaranden utgör nästan en tredjedel av alla référé-förfaranden vid vissa domstolar. På så sätt är funktionen närmast jämförbar med det tyska bevissäkringsförfarandet. Ett sådant référé-förordnande är tillåtet när käranden har ett tillräckligt starkt rättsligt intresse av en bevisåtgärd. Detta är inte fallet endast när man kan befara att bevismedlet skall gå förlorat, utan även när det är avgörande för att käranden skall kunna bedöma vilka framgångsmöjligheter han har i huvudprocessen. När sakkunnigutlåtandet på detta sätt har inhämtats och det yrkade anspråket framgår klart och entydigt på grund av utlåtandets innehåll kan käranden ansöka om référé-provision. Den här kombinationen av référé-förordnanden har haft särskilt stor betydelse i samband med skadeståndsanspråk som härrör från byggfel, en i Tyskland inte ovanlig typ av civilrättslig tvist.¹⁹⁴

Naturligtvis innebär inte ett référé-beslut att huvudsaken senare inte kan avgöras i en ordinär process. Att parter ändå väljer att inte gå vidare med tvisten bottnar till stor del i hur référé-förfarandet är uppbyggt. För det första har det en stor betydelse att domaren faktiskt vid sitt beslut fastställer att rättsläget är entydigt och inte bara sannolikt. Vidare inverkar det faktum att référé-domaren normalt sett inte är densamma som vid huvudprocessen utan i de allra flesta fall är det presidenten för rätten som dömer i référé-målen. Därmed skulle man kunna tänka sig att domaren åtnjuter samma auktoritet som Kort Geding-domarna i Nederländerna.¹⁹⁵ Parterna skulle då ha incitament att låta bli att gå vidare med en huvudprocess. En annan viktig aspekt för såväl förfarandets snabbhet som den auktoritet dess beslut åtnjuter är processens muntlighet. Vidare har domaren långtgående möjligheter att se till att de förordnanden som han beslutar om verkställs.¹⁹⁶ Slutligen skall nämnas att det finns en överklagande- och kassationsmöjlighet inom själva référé-förfarandet. Huruvida brådskanie nödläge förelåg vid utfärdandet av åtgärden prövas inte i samband med kassationen. På så vis är det endast själva rättsfrågan som omprövas och som redan nämnts leder detta till att många référé-beslut görs enbart på grundval av ett entydigt rättsläge.¹⁹⁷

En annan viktig aspekt på överklagandeinstanserna är det faktum att de i praxis ofta gör en bedömning av sakomständigheter och rättsfrågor som trots allt har bemötts av ett sakligt bestridande. Överhuvudtaget anser författarna att det är den noggranna bedömningen som utförs av överklagandeinstansen som utgör grunden för att tvisterna slutgiltigt avgörs inom ramen för référé-förfarandet. När även överklagandeinstansen bedömer att rättsläget är entydigt och ingående motiverar detta har parterna inget incitament kvar att gå vidare.¹⁹⁸

¹⁹⁴ Blankenburg/Leipold, s. 118.

¹⁹⁵ Blankenburg/Leipold, s. 118.

¹⁹⁶ Blankenburg/Leipold, s. 118.

¹⁹⁷ Blankenburg/Leipold, s. 118.

¹⁹⁸ Blankenburg/Leipold, s. 118 f.

4.3 Slutsatser och förslag

De slutsatser som Blankenburg och Leipold dragit av att studera den praxis som utvecklats inom ramen för provisoriska åtgärder vid otillbörlig konkurrens samt Frankrikes och Nederländernas summariska förfaranden är att provisoriskt rättsskydd kan utgöra ett alternativ till den ordinarie processen, dvs. partiellt överta dess funktion. I stora drag kan man enligt författarna fastställa vilka element som främst skulle ha en positiv inverkan på lämpligheten av ett sådant alternativt förfarande.¹⁹⁹

En i grunden generös tillåtlighet att utnyttja det summariska förfarandet kombinerat med ett väl tilltaget spelrum för domaren vid bedömningen av om det specifika fallet lämpar sig för ett summariskt förfarande.

En särskild kompetensregel, som innebär att endast domare med stor erfarenhet som innehar respekterade befattningar används vid dessa processer.

En muntlig förhandling som genomförs med kort varsel.

En rättslig befogenhet att fastställa ett entydigt, icke seriöst ifrågasättbart, läge avseende rätts- och sakomständigheter och att omsätta detta till ett avgörande.

Rättslig makt att med hjälp av tvångsmedel verka för att avgörandet verkställs

Avgörandet skall vara överklagbart, dvs. det skall kunna kasseras eller revideras ända upp till högsta instans.

Det är således utifrån dessa punkter som en eventuell lagstiftning om ett alternativt summariskt förfarande skulle utgå. En fråga att ta ställning till är om det vid en sådan lagstiftning är vettigt att utgå från det redan befintliga provisoriska åtgärdssystemet eller om ett från grunden helt färskt uppbyggt kompletterande summariskt förfarande vore att föredra. Det japanska exemplet visar enligt författarna att en reform av det provisoriska rättsskyddet genom en förenkling av säkerhetsåtgärderna utgör en möjlig väg, vilket skulle tala för en helt ny kompletterande lagstiftning för ett alternativt summariskt förfarande.²⁰⁰ Man skulle även kunna tänka sig ett system där man genom att kombinera redan befintliga processuella förfaranden skapar ett nytt summariskt förfarande. Så skulle till exempel den erfarenhet som gjorts inom det franska référé-förfarandet tala för att man inom ramen för ett bevissäkringsförfarande även skulle kunna åstadkomma ett betalningsavgörande.²⁰¹

¹⁹⁹ Blankenburg/Leipold, s. 119 f.

²⁰⁰ Blankenburg/Leipold, s. 120.

²⁰¹ Blankenburg/Leipold, s. 120.

Vid ett införande av ett alternativt summariskt förfarande bör man ställa sig frågan om en alternativ summarisk process skulle innebära att rättssäkerheten allvarligt urholkas. Enligt författarna skulle den risken inte vara så stor tack vare att förfarandet endast skulle kunna leda till bifall i klara fall. Vidare skulle möjligheten att söka revision i högre instanser vara en garanti för rättssäkerheten. En annan möjlig väg vore enligt författarna att vid överklagande föra processen enligt ett ordinarie förfarande i den högre instansen. På så vis skulle man undvika en ”fördubbling” av processen.²⁰²

Utifrån ovanstående diskussion föreslås tre reformförslag:²⁰³

1. Att utvidga möjligheterna att få till stånd interimistiska betalningsförpliktelser i ett självständigt bevisförfarande vid entydigt rättsläge och ostridiga sakförhållanden.
2. Att införa obligatoriska muntliga förfaranden inom det provisoriska rättsskyddet vid prövningen av provisoriska åtgärder som leder till interimistisk fullgörelse. Som det har visat sig i fransk och nederländsk praxis är det fullt möjligt att genomföra muntliga förfaranden även vid mycket brådskande ärenden. Detta skulle öka domarens beslutsunderlag samt även inverka på parternas benägenhet att acceptera beslutet som ett slutgiltigt avgörande.
3. Slutligen vore det tänkbart att införa en helt ny process liknande de populära förfaranden som återfinns i Frankrike och Nederländerna. För brådskande ärenden med otvetydiga sakförhållanden och rättsfrågor skulle det inrättas en domstol med särskild kompetens att besluta i frågan. Även övriga fall skulle kunna tas upp i denna domstol under förutsättning att bägge parter samtycker till det. En sådan förutsättning skulle då ha en selektiv effekt. Endast sådana parter och företrädare som är beredda att acceptera domstolens bedömning kommer att anta det alternativa processerbjudandet. På det sättet skulle processerbjudandets medlande egenskap förstärkas samtidigt som det tydliggörs att det inte är fråga om någon förlikning utan om ett rättsligt beslut. Att processen skulle ha en medlande egenskap följer av kravet på bägge parters samtycke till prövning.

²⁰² Blankenburg/Leipold, s. 121.

²⁰³ Blankenburg/Leipold, s. 121.

5 Interimistisk fullgörelse i England

För att berika diskussionsunderlaget är det även av intresse att undersöka hur förtida verkställighet hanteras i England. Syftet är inte att systematiskt redogöra för alla regler utan meningen är att återge grunddragen så att läsaren kan sätta principerna i relation till tysk och svensk förtida verkställighet.

5.1 Förutsättningar för interimistisk fullgörelse

Åsikterna om förtida verkställighet har varit splittrade mellan underrätterna och House of Lords.²⁰⁴ I underrätterna har domarna tillämpat reglerna för *interlocutory injunctions* (provisoriska säkerhetsåtgärder) i syfte att legitimera förtida verkställighet så att dessa åtgärder i realiteten kommit att utgöra ett substitut till den ordinarie processen. House of Lords har inte varit lika förtjust i denna utveckling utan har i stället försökt verka för ett bevarande av de provisoriska åtgärdernas säkrande funktion.²⁰⁵ Emellertid kan man konstatera att provisoriska säkerhetsåtgärder i dag utgör ett substitut till den ordinarie processen och vi skall nu närmare studera vad som i realiteten krävs för att utverka en förtida verkställighet. Bedömningen av huruvida en provisorisk åtgärd skall beviljas har utvecklats genom rättspraxis före 1975²⁰⁶ och görs i tre steg.²⁰⁷

1. Som ett första steg måste käranden kunna visa ett *prima facie fall* avseende *för det första* att svaranden gör ett intrång i kärandens rätt eller att risk finns att så kommer att ske, *för det andra* att käranden kan antas ha rätt till en dom som skyddar mot intrånget, om saken går till ordinär process.²⁰⁸ De här kriterierna påminner om de tyska förutsättningarna, om än något annorlunda formulerade. För det första skall sökanden göra sannolikt att han verkligen har ett anspråk på svaranden och för det andra skall sökanden visa att det på grund av svarandens agerande eller passivitet finns en risk att käranden gör en rättsförlust om inte åtgärden beviljas.

²⁰⁴ Burrows, s. 423 ff. och Harris, s.609 f.

²⁰⁵ American Cyanamid Co v. Ethicon Ltd, (1975) 1 All ER, s. 510.

²⁰⁶ 1975 kom nämligen ett rättsfall från House of Lords, det s.k. American Cyanamid Case, där käranden yrkande om förbud för svaranden att marknadsföra en kopierad produkt, som käranden sökt men ännu inte erhållit patent för. Lorderna försökte med avgörandet göra rent hus avseende gällande praxis för provisoriska åtgärder. Syftet var att skapa regler som skulle förhindra parter att utnyttja provisoriska åtgärder som substitut för den ordinarie processen. Detta fall har dock med tiden till stor del fått ge vika för den praxis som det avsåg att avskaffa. Mer därom under 5. 2.

²⁰⁷ Harris, s. 609 och Burrows, s. 424.

²⁰⁸ Burrows, s. 424.

2. Efter prognosbedömningen av tvistefrågan finns två vägar att välja mellan för domstolen. Om det är fråga om ett starkt eller mycket starkt prima facie fall kan domstolen bevilja säkerhetsåtgärden omedelbart utan att göra någon ytterligare bedömning av ansökan. Om fallet däremot bara kan klassificeras som ett vanligt prima facie fall skall domstolen företa en s.k. *balance of convenience*, dvs. en ren intresseavvägning. Domstolen gör en avvägning mellan de skadeverkningar som drabbar parterna beroende på om åtgärden beviljas eller inte. Intresseavvägningen har således stora likheter med den som görs inom ramen för die Befriedigungsverfügung. En intressant skillnad mellan dessa båda rättssystem är att man inom Common-law, vid en stark prognos till förmån för käranden, avstår från att genomföra en intresseavvägning. I tysk rättspraxis görs alltid intresseavvägningen. Den starka prognosen blir dock ändå utslagsgivande, eftersom en stark prognos inverkar till förmån för käranden vid intresseavvägningen.²⁰⁹ Svaranden måste därför ha synnerligen starka skäl för att vinna en intresseavvägning vid stark prognos.
3. Om domstolen efter en prognosbedömning och en eventuell intresseavvägning skulle komma fram till att en åtgärd bör beviljas, återstår ytterligare ett moment i bedömningen. Det krävs nämligen i de allra flesta fall att käranden förbinder sig att betala ett skadestånd, s. k. *undertaking*, till svaranden. Detta skall täcka de skador som svaranden kan åsamkas på grund av åtgärden om det senare vid huvudprocessen skulle visa sig att åtgärden var felaktigt beslutad och domaren meddelar en dom till fördel för svaranden. Även här finns en tydlig parallell till den tyska rätten. Där kan svaranden enligt § 945 ZPO tilldömas ett skadestånd om det senare skulle visa sig att åtgärden varit orättfärdig redan från början.²¹⁰

5.2 American Cyanamid Case

1975 kom så Cyanamidfallet, där ett temporärt förbud hade beviljats i första instans med stöd av en bedömning som följde det bedömningsschema som ovan beskrivits. I Court of Appeal hade man gjort bedömningen att det inte var fråga om ett prima facie fall varför beslutet ändrades. House of Lords ändrade i sin tur avgörandet igen, dvs. yrkandet bifölls. De motiverade emellertid beslutet annorlunda än första instansen hade gjort eftersom de ansåg att reglerna för prövningen av provisoriska åtgärder behövde förändras. De ville understryka provisoriska åtgärders säkrande funktion.

²⁰⁹ Se under 3. 2. 2. 2.

²¹⁰ Se under 2. 1. 3.

De nya regler som House of Lords ville skapa genom cyanamidfallet innebar att domstolarna skulle frångå systemet med rättsliga prognosbedömningar. Ett av argumenten för detta var att det inte skulle vara domstolens uppgift att göra en rättslig bedömning i ett så tidigt skede av processen baserat på ett icke fullödigt processmaterial.²¹¹ Lorderna ansåg att kravet på ett prima facie fall onödigt hämmade domstolarnas handlingsfrihet, särskilt med tanke på att vissa komplicerade rättsfrågor omöjligt låter sig bedömas på basis av ett ofullständigt processmaterial.²¹² I stället förespråkade man att frågan om beviljandet av en provisorisk åtgärd borde bedömas utifrån en ren intresseavvägning. Vid en sådan intresseavvägning skulle frågan om en stark prognos möjligtvis kunna komma att beaktas inom ramen för själva intresseavvägningen.²¹³ Nedan följer en kortfattad genomgång av de prövningsprinciper för provisoriska åtgärder som uppställdes av House of Lords:²¹⁴

Domstolen måste vara övertygad om att kärandens yrkande inte är bagatellartat eller ägnat att vara en okynnestalan. Det måste vara fråga om *"a serious question to be tried"*.²¹⁵

Om kärandens talan inte är uppenbart ogrundad, är det intresseavvägningen mellan parterna som skall vara avgörande för prövningen av yrkandet om interlocutory injunction..

En betydelsefull aspekt vid intresseavvägningen är hur allvarlig skadan är som drabbar respektive part.

Om intresseavvägningen inte utfaller till någon av parternas fördel skall önskvärdheten av bevarandet av status quo²¹⁶ vara avgörande för beslutet.

Endast i nödfall skall en stark prognos i rättsfrågan vara utslagsgivande för beslutet.

I enstaka situationer kan vissa speciella omständigheter vara nödvändiga att ta hänsyn till vid intresseavvägningen.

²¹¹ American Cyanamid Co v. Ethicon Ltd, (1975) 1 All ER, s. 510. Denna inställning överensstämmer med Leipolds uppfattning, se not 138 samt bedömningsprincipen för interimistiska avgöranden vid BVerfG. Se ovan under 3. 2. 2. 2. underrubrik "Sannolikheten för att käranden får slutgiltigt rätt i huvudprocessen".

²¹² Martin, s. 53.

²¹³ Intressant här är åter att jämföra med den tyska rätten, som bakar in sin prognosbedömning i intresseavvägningen. Dock tillmäts ju prognosbedömningen mycket större vikt i Tyskland än vad House of Lords föreslog borde vara fallet i engelsk rätt. Jfr ovan under 3. 2. 2. 2.

²¹⁴ Martin, s. 52 f.

²¹⁵ American Cyanamid Co v. Ethicon Ltd, (1975) 1 All ER, s. 510.

²¹⁶ Frågan om status quo kan i sig vara ett svårbedömbart faktum eftersom status quo kan få olika innebörd beroende på vilken utgångspunkt man väljer. Jfr Burrows, s. 425.

Under årens lopp har dessa principer blivit applicerade på ett antal rättsfall. Det har visat sig att dessa principer, som egentligen var ägnade att förhindra förtida verkställighet, har fått motsatt effekt. Förtida verkställighet har i praktiken kommit att bli lättare att utverka.²¹⁷ Så länge kåranden har tillräckligt starka intressen på sin sida är det möjligt att utverka en åtgärd utan att behöva visa annat än en stridbar sak. I sådana fall där tvisten egentligen aldrig är tänkt att gå till huvudprocess innebär principerna att en bedömning av den civil- och bevisrättsliga frågan över huvudtaget aldrig kommer till stånd. För att komma ifrån dylika verkningar har domstolarna skapat ett antal undantagsfall där Cyanamidfallet inte skall vara tillämpligt.²¹⁸ Det viktigaste undantaget utgörs av sådana fall där det står klart att det interimistiska beslutet i praktiken kommer att slutgiltigt avgöra tvisten.²¹⁹ Ett annat viktigt område där Cyanamidfallet till och med har undantagits genom lagstiftning är interimistiska åtgärder vid arbetsrättsliga tvister.²²⁰ I stället för att tillämpa Cyanamidfallet följs den praxis som utvecklats av underrätterna före 1975.

Även om man nu kan konstatera att Cyanamidprinciperna inte är lämpliga att använda vid interimistiska avgöranden som kommer att leda till en förtida verkställighet har lorderna genom sitt avgörande riktat strålkastarljuset mot själva intresseavvägningen. De har betonat vikten av att ta hänsyn till de skadeverkningar som kan komma att följa på grund av bifallandet eller ogillandet av yrkandet om interimistisk åtgärd.

²¹⁷ Martin, s. 59; Westberg, s. 169.

²¹⁸ Martin, s. 58 ff. Se även Harris, s. 610 ff samt Burrows s. 432.

²¹⁹ Harris, s. 611; Burrows, s. 432.

²²⁰ Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992, s 221. (2) "Where an application for an interlocutory injunction is made to a court pending the trial of an action, and the party against whom it is sought claims that he acted in contemplation or furtherance of a trade dispute, the court shall, in exercising its discretion whether or not to grant the injunction, have regard to the likelihood of that party's succeeding at the trial...."

6 Interimistisk fullgörelse i Sverige

6.1 Allmänt

I svensk rätt utgörs det provisoriska rättskyddet av civilprocessuella säkerhetsåtgärder.²²¹ Dessa utgör ett viktigt inslag i rättsprocessen eftersom de syftar till att säkerställa en verkställbar dom och därmed möjliggör ett effektivt rättsskydd.²²² Det blir emellertid även här allt vanligare att säkerhetsåtgärderna utnyttjas som surrogat för den ordinarie rättsprocessen.²²³ På grund av bl. a. den dyra och långsamma processen avskräcks parterna från att fortsätta processen eller så väljer de att förlikas på grundval av det beslut rätten tagit i det provisoriska förfarandet. Som framgått av inledningen ökar även den typen av tvister där syftet med processen riskerar att gå om intet om inte en snabb verkställighet kommer till stånd.²²⁴ Ett bra exempel på det från svensk underrättspraxis är mål T 4 – 1048 – 93 från Stockholms tingsrätt. Tvisten gällde ett Cessna plan som av svaranden hade sålts genom ett muntligt avtal till käranden, ett danskt bolag som även hade fått planet i sin besittning. Syftet var att käranden omedelbart skulle sälja planet vidare. Svaranden hade därefter tillställt käranden en faktura som käranden även hade betalat. Innan betalningen hade kommit svaranden tillhanda, banköverföringen tog fyra dagar, fick svaranden ett bättre bud från en annan köpare. Svaranden ångrade sig då och hävde köpet under föregivande att käranden var sen med betalningen. Vidare underlät svaranden bl. a. att utföra dödning av inteckningar och att avregistrera planet från det svenska luftfartygsregistret. Detta hade avtalats och utgjorde en förutsättning för att käranden skulle kunna registrera och använda planet i Danmark. Käranden ansökte då om en åtgärd enligt RB 15 kap. 3 § att svaranden skulle vid vite om 100 000 kr föreläggas att döda inteckningarna, avregistrera planet samt skriva under en fångeshandling. Tingsrätten bedömde att käranden visat sannolika skäl för sin talan samt att tillräckligt starka skäl förelåg att meddela säkerhetsåtgärd enligt RB 15 kap. 3 § förelåg. Eftersom käranden därmed redan hade kommit till sin rätt avstod bolaget från att väcka talan i frågan. Svaranden överklagade beslutet men hovrätten gjorde inte någon bedömning i frågan eftersom frågan om säkerhetsåtgärd hade fallit i och med att käranden inte väckt talan inom en viss tidsfrist.²²⁵

²²¹ RB kap. 15. För en allmän genomgång av reglerna se Fitger, s. 15:3 ff.

²²² Jfr Ekelöf, Rättegång III, s. 9.

²²³ Westberg, s. 171.

²²⁴ Jfr Ekelöf, Handräckning som säkerhetsåtgärd och förtida verkställighet, s. 11 f.

²²⁵ RB 15 kap. 7 § 2 st.

Det provisoriska rättsskyddet täcker två typfall. Det finns sådana situationer där säkerhetsåtgärder utnyttjas som ett substitut till den ordinarie processen även om en förtida verkställighet inte är nödvändig för att kändanden skall kunna komma till sin rätt. Det finns också de situationer där reglerna för säkerhetsåtgärder används för att genom förtida verkställighet säkerställa att kändandens anspråk överhuvudtaget skall kunna tillgodoses. De värderingar som ligger till grund för konfliktlösning i samband med ovan nämnda situationer borde vara de samma. Det sammanhänger med att beslut fattas skyndsamt och på betydligt vagare grunder än vad som görs i en regelrätt rättegång.

Förtida verkställighet meddelas idag med stöd av RB 15 kap. 3 §. Enligt förarbetena skall sökanden med stöd av paragrafen omedelbart kunna komma till sin rätt om det finns starka skäl för det.²²⁶ Typiska situationer är att svaranden i strid med ett mellan parterna träffat konkurrensavtal idkar handel, bedriver näring, tar anställning hos annan arbetsgivare eller överhuvudtaget agerar så att syftet med avtalet går förlorat. Andra exempel är att svaranden bedriver verksamhet som utgör en sanitär olägenhet eller orsakar störande buller för grannar.²²⁷ Liksom vid beviljande av en Befriedigungsverfügung kan förordnandet vara mer eller mindre slutgiltigt till sin karaktär. En förbudsdom avseende överträdelse av konkurrensklausul går inte att meddela sedan tidsperioden för klausulens giltighet löpt ut. Det interimistiska beslutet om förbud blir då i praktiken slutgiltigt. Ett exempel ur rättspraxis på en sådan förbudstalan som innebar att kändandens anspråk slutgiltigt tillgodosågs med stöd av RB 15 kap. 3 § var NJA 1993 s. 188. Förbudet avsåg att hindra en konsultfirma att under avtalstiden och sex månader därefter utföra tjänster för andra företag som marknadsförde eller sålde liknande produkter. Vid ett interimistiskt förbud att utöva viss verksamhet på grund av verksamhetens störande inverkan på omgivningen kan förbudet alltid upphävas senare i samband med en huvudprocess.

Frågan är då om civilprocessuella säkerhetsåtgärder utgör lämpliga instrument för ett summariskt förfarande? Vilka principer och värderingar ligger till grund för bedömningen vid beslut om interimistiska förordnanden som i realiteten innebär att kändandens anspråk till fullo tillgodoses? Finns det någon tänkt linje för hur rätten bör resonera i en provisorisk process som egentligen utgör ett surrogat till den ordinarie processen? Hur hanteras problematiken kring parternas respektive rättssäkerhet? För att kunna diskutera dessa frågor skall svensk praxis och doktrin kring RB 15 kap. 3 § studeras.

²²⁶ Prop. 1980/81:84, s. 230 se även NJA II 1943, s. 186.

²²⁷ Se NJA II 1943 s. 186.

6.2 Interimistiska förordnanden enligt RB 15 kap. 3 §

För att få till stånd en åtgärd med stöd av RB 15 kap. 3 § krävs att käranden visar *sannolika skäl* för att han har ett civilrättsligt *anspråk* på svaranden som är eller kan komma att bli *föremål för rättslig prövning*. Att käranden skall visa sannolika skäl för sitt anspråk innebär att domstolen skall utföra en civil- och bevisrättslig prognosbedömning.²²⁸ Vidare krävs att det *skäligen kan befaras* att svaranden genom ett visst agerande kan komma att hindra eller försvåra utövandet av kärandens rätt eller väsentligt förringa dess värde.²²⁹ Slutligen krävs att käranden ställer *säkerhet* för den skada som svaranden kan komma att tillfogas på grund av åtgärdens utfärdande.²³⁰

Den typ av anspråk som kan göras gällande omfattar även sådana typer av anspråk som kan göras gällande med stöd av RB 15 kap. 1 och 2 § §.²³¹ Det innebär att såväl penninganspråk som anspråk på bättre rätt till viss egendom kan göras gällande med stöd av RB 15 kap. 3 §.²³² Paragrafen kan även tillämpas i åtskilliga andra fall, framför allt vid förbudstalan.²³³ Av paragrafens andra mening framgår att en åtgärd får innebära att svaranden vid vite föreläggs att vidta eller underlåta viss handling i syfte att kärandens anspråk skall beaktas eller att förebygga intrång i hans rätt. Åtgärder enligt andra meningen anses enligt förarbetena²³⁴ ha som ändamål att utöver en säkrande funktion även kunna provisoriskt reglera rättigheter och skyldigheter i ett stridigt rättsförhållande.

Det är inte nödvändigt att en talan i huvudfrågan har väckts för att en åtgärd skall kunna komma till stånd.²³⁵ En viktig förutsättning är dock att den tänkta åtgärden är ägnad att säkerställa det anspråk som förs eller förväntas föras i huvudprocessen.²³⁶ I RH 1997:122 ansågs t.ex. inte ett vitesförbud mot att föra oväsen vara ägnat att säkerställa ett beslut om avflyttning från en lägenhet. I RH 2001:5 ansågs inte ett förbud att bedriva konkurrerande verksamhet vara ägnat att säkerställa det skadeståndsanspråk som föranlett ansökan. Det är således viktigt vid formulering av yrkande om åtgärd att det finns en tydlig överensstämmelse med det tänkta huvudanspråket.

²²⁸ Westberg, s. 171.

²²⁹ Sabotagerisk.

²³⁰ RB 15 kap. 6 §.

²³¹ Fitger, s. 15:9.

²³² Fitger, s. 15:4 och 15:7.

²³³ Fitger, s. 15:9.

²³⁴ Prop. 1980/81:84, s. 229.

²³⁵ Fitger, s. 15:10, Prop. 1980/81:84, s. 230. Se även NJA II 1943 s. 186.

²³⁶ Fitger, s. 15:10.

6.3 Intresseavvägning

6.3.1 Stöd för intresseavvägningen

Utöver att ovannämnda förutsättningar skall vara uppfyllda bör domstolen enligt förarbetena genomföra en intresseavvägning mellan parterna när åtgärden leder till förtida verkställighet.²³⁷ Samma ståndpunkt intogs redan 1943 när RB 15 kap. 3 § infördes.²³⁸ Den gamla lagstiftningen föreskrev emellertid detta uttryckligen, vilket inte är fallet med nuvarande lagstiftning. Att en sådan proportionalitetsbedömning i realiteten verkligen förekom ifrågasattes av Westberg, som studerat publicerad och opublicerad praxis avseende avgöranden enligt RB 15 kap. 3 §.²³⁹ I NJA 1993 s. 182 slog emellertid HD fast att domstolarna vid utverkande av säkerhetsåtgärder enligt RB 15 kap. 3 § torde ha befogenhet att genomföra en proportionalitetsbedömning trots att ett uttryckligt lagstöd saknas.²⁴⁰ Ett bekräftande exempel utgör AD 1994:49, där domstolen vid sin bedömning utförde en intresseavvägning. I fallet hade SAS suspenderat åtta st flygtekniker, varav sju st var medlemmar i Svensk Flygteknikerförening (SFF); en förening som är medlem i SACO:s Tjänstemannaförbund SRAT. SRAT väckte talan mot SAS om att domstolen skulle fastställa bl.a. att SAS inte haft rätt att suspendera de sju SFF-medlemmarna. SRAT framställde även ett yrkande om interimistiskt förordnande av den innebörden att suspendingarna skulle hävas och de sju medlemmarna återtas i tjänst. Domstolen gjorde först en rättslig bedömning av de omständigheter som förelåg i målet. Domstolen ställde sig tveksam till om SRAT lyckats visa sannolika skäl för sin talan. Därefter gjorde domstolen en intresseavvägning där medlemmarnas starka intresse av att inte stå utan lön under en längre tid ställdes mot SAS intresse av att suspensionsbeslutet skulle få stå fast. Skulle domstolen nämligen vid huvudprocessen meddela en dom av den innebörden att suspendingarna varit riktiga skulle det innebära att SAS varit fråntagen ett disciplinärt medel. Vid avvägningen tog domstolen även hänsyn till att de suspenderade teknikerna vid äventyr av felaktigt beslut skulle kunna utverka skadestånd av SAS. Med beaktande av intresseavvägningen och att domstolen ställde sig tveksam till att käranden lyckats göra sitt anspråk sannolikt avslogs begäran om interimistisk åtgärd.

1995 kom ett rättsfall där HD preciserade lite närmare hur stort utrymme en intresseavvägning bör få.²⁴¹ Tvisten rörde intrång i en upphovsrätt och käranden hade ansökt om ett interimistiskt vitesförbud för svaranden med

²³⁷ Fitger, s. 15:10, Prop. 1980/81:84, s. 230.

²³⁸ NJA II 1943, s. 186. "Förelägganden eller förordnanden bör kunna meddelas endast om det är av för käranden av synnerlig vikt och det ej länder motparten till väsentligt förfång."

²³⁹ Westberg, s. 174.

²⁴⁰ NJA 1993 s. 182, s. 186.

²⁴¹ NJA 1995 s. 631.

stöd av 53a § upphovsrättslagen.²⁴² HD bekräftade här sitt avgörande från 1993 och uttalade att: ”Trots avsaknad av uttryckligt lagstöd får det anses att en domstol även om de angivna kraven är uppfyllda, kan avslå ett yrkande om interimistiskt vitesförbud med hänvisning till att förbudet skulle få oproportionerliga skadeverkningar i förhållande till de skäl som talar för ett förordnande om förbud”.²⁴³ Vidare uttalade HD att en sådan proportionalitetsbedömning dock inte skulle kunna ges så stort utrymme att man kommer i konflikt med de nya förbudsreglernas syfte, nämligen att tillhandahålla rättighetsinnehavaren möjlighet att snabbt få till stånd ett slut på intrånget. Därför skall proportionalitetsbedömningen ges mindre utrymme ju starkare prognosen avseende den civil- och bevisrättsliga bedömningen framträder. Samma ståndpunkt har tidigare anförts av Ekelöf som uttalade att en stark prognos i rättsfrågan, där nästan full bevisning presterats, innebär att en verkställighet kan fullföljas även om det skulle innebära förfång för svaranden.²⁴⁴ Den här tankelinjen överensstämmer starkt med den intresseavvägning som görs inom ramen för die Befriedigungsverfügung, där prognosbedömningen får ett stort utrymme vid intresseavvägningen.²⁴⁵ Även engelsk rättspraxis står i samklang med denna bedömningsprincip.

Europakonventionen

En inte ointressant aspekt till frågan om berättigandet av en intresseavvägning är Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna som sedan 1998 utgör en del av svensk lag.²⁴⁶ Genom konventionen tillförsäkras medborgarna ett antal grundläggande fri- och rättigheter. Några av dem är rätt till liv i art 2, rätt till frihet och säkerhet i art 5, rätt till skydd för privat- och familjeliv i art 8, rätt till yttrandefrihet i art 10 och rätt till ett effektivt rättsmedel art i 13. Av konventionens artikel 6 följer bl. a. att var och en har rätt till en rättvis och offentlig prövning av hans civila rättigheter vid en förhandling inom skälig tid. I vissa situationer kan det vara svårt att tillgodose en av dessa rättigheter utan att samtidigt göra intrång på någon av de andra rättigheterna. Rent konkret kan man föreställa sig en konflikt rörande yttrandefrihet kontra rätt till skydd för privat- och familjeliv. Det är omöjligt att tillgodose bägge dessa intressen till fullo utan att den andra rättigheten blir kränkt. Därför framstår en avvägning mellan dessa skilda intressen som ett nödvändigt led vid förordnanden om interimistiska åtgärder. Det här är ett resonemang i linje med den tyska rättsstatsprincipen och principen om parter lika

²⁴² För att få till stånd ett förbud enligt denna paragraf ställs samma krav som vid interimistiska åtgärder enligt RB 15 kap. 3 §, nämligen dels att käranden visar sannolika skäl för att ett intrång förekommer, dels att det skäligen kan befaras att svaranden genom att fortsätta intrånget förringar värdet av ensamrätten.

²⁴³ NJA 1995 s. 631.

²⁴⁴ Ekelöf, Handräckning som säkerhetsåtgärd och förtida verkställighet, s. 36.

²⁴⁵ Se under 3.2.2.2.

²⁴⁶ Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

skyddsvärda intressen, utifrån vilken den tyska intresseavvägningen härleds. När det gäller straffprocessuella tvångsmedel i svensk rätt har redan proportionalitetsprincipen en fast förankring i RB.²⁴⁷ Bland annat föreskrivs en proportionalitetsbedömning uttryckligen i häktningsreglerna.²⁴⁸

6.3.2 Intresseavvägningens innehåll

Närmare riktlinjer för hur en proportionalitetsbedömning skall gå till har inte givits av HD annat än att domstolen skall ta hänsyn till skadeverkningar och i det sammanhanget beakta att käranden har ställt säkerhet, som i princip skall garantera ersättning för uppkommen skada.²⁴⁹ Vad avser själva innehållet i intresseavvägningen bör således finnas mycket att hämta från andra rättssystem.²⁵⁰ En intressant vägledning avseende vilket innehåll som skulle kunna ges en proportionalitetsbedömning lämnas av departementschefen i förarbetena till straffprocessuella tvångsåtgärder.²⁵¹ Dessa värderingar överensstämmer till viss del med de värderingar som präglar die Befriedigungsverfügung. Ytterligare vägledning kan hämtas från Ekelöfs uttalande att det faktum att rättsläget vid förtida verkställighet är oklart skulle tala för att tillämpa den s.k. ”konkreta billighetens princip”.²⁵² Det skulle innebära att man vid intresseavvägningen tar hänsyn inte bara till de ekonomiska konsekvenserna för parterna på grund av om interimistisk fullgörelse beviljas eller inte, utan även till parternas ekonomiska förhållanden i övrigt.²⁵³

²⁴⁷ Ekelöf, Rättegång III, s. 30 ff.

²⁴⁸ RB 24 kap. 1 § 3 st. ”Häktning får ske endast om skälen för åtgärden uppväger det intrång eller men i övrigt som åtgärden innebär för den misstänkte eller för något annat motstående intresse.”

²⁴⁹ Se NJA 1995 s. 631, s. 634.

²⁵⁰ Utöver de tyska riktlinjer som framkommer av den här uppsatsen rekommenderas en examensuppsats författad av Gustaf Swedlund, ”Interimistisk fullgörelse av naturaförpliktelser”, Lund VT-2002. Där görs en genomgång av olika typer av hänsyn som har beaktats i samband med intresseavvägningar inom ramen för interimistiska naturafullgörelser i främst engelsk men även i svensk rättspraxis. I engelsk rättspraxis skall hänsyn i vissa undantagsfall även ha tagits till tredjemansintressen vid bedömningen av om åtgärden skall beviljas eller ej. Se ovan nämnda uppsats, s. 24.

²⁵¹ Prop. 1988/89:124, s. 26. ”Regler av det här slaget måste få en förhållandevis allmän utformning för att ge utrymme för en lämplighetsbedömning i det enskilda fallet. De bör erinra om att det i varje enskilt fall måste ske en prövning av om tvångsmedlet över huvudtaget behöver tillgripas med hänsyn till omständigheterna och om syftet kan tillgodoses genom någon mindre ingripande åtgärd. Den prövningen kan leda till att man väljer ett annat, lindrigare tvångsmedel än det man först hade tänkt sig. Den kan också leda till att man avstår från att utnyttja tvångsmedel, om åtgärden skulle få skadeverkningar som inte är rimliga i förhållande till vad som står att vinna.”

²⁵² Ekelöf, Handräckning som säkerhetsåtgärd och förtida verkställighet, s. 35 f.

²⁵³ Denna värdering återfinns i den tyska rätten. Se ovan under 3. 2. 2. vid ”nödläge för käranden”.

6.3.3 Intresseavvägning i praktiken

Även om HD har fastslagit att en proportionalitetsbedömning bör ske i samband med förordnande av säkerhetsåtgärd är det som Westberg tidigare påpekat diskutabelt om så alltid sker i praktiken.²⁵⁴ Två belysande fall från underrättspraxis skall här tjäna som exempel. I det ena fallet²⁵⁵ yrkade käranden att svaranden i egenskap av hyresvärd interimistiskt måtte föreläggas att installera en oljepanna i den fastighet där käranden hyrde en lokal samt tillse att värmeanläggningen i övrigt var anpassad för oljeeldning. Tingsrätten biföll yrkandet med hänvisning till att käranden gjort sannolikt att han hade ett berättigat anspråk på att kunna värma upp sin lokal genom oljeeldning²⁵⁶ och att det skäligen kunde befaras att svaranden, genom att inte tillhandahålla lämplig värmeanläggning, skulle hindra eller försvåra möjligheten för käranden att utöva sin hyresrätt samt att svaranden på det sättet skulle förringa hyresrättens värde.²⁵⁷ Rätten fastställde att käranden har förmått visa ett *sannolikt anspråk* och en antaglig *sabotagerisk*. Därutöver gjordes ingen som helst avvägning med avseende på de eventuella skadeverkningar som skulle kunna komma att drabba parterna på grund av föreläggandets beviljande eller icke beviljande. Detta skedde trots att föreläggandet i det här fallet innebar en interimistisk fullgörelse av huvudanspråket. Intressant däremot är att käranden i sitt yttrande över svarandens överklagande av beslutet bl. a. åberopade att kärandens ”intresse av att den begärda säkerhetsåtgärden beviljas uppväger mer än väl” svarandens ”motsatta intresse”.²⁵⁸ Åberopandet följdes av ett konsekvensorienterat resonemang vari skadeverkningarna skulle bestå. Hovrätten fastställde tingsrättens beslut. Någon intresseavvägning gjordes således inte där heller.²⁵⁹ En av hovrättens ledamöter var dessutom skiljaktig med motiveringen att föreläggandet skulle komma att leda till förtida verkställighet.²⁶⁰ Detta fall vittnar inte bara om att en intresseavvägning vid bedömningen av åtgärder som leder till förtida verkställighet inte är helt förankrad i rättspraxis, utan att detta i viss mån kanske även gäller frågan om interimistisk fullgörelse över huvud taget med stöd av RB 15 kap. 3 §.

²⁵⁴ Jfr ovan. 6. 3. 1. st 1.

²⁵⁵ T-1918-98, Lunds tingsrätt.

²⁵⁶ ”Bolaget har gjort sannolikt att olja använts till att värma upp fastigheten sedan hyresavtalet ingicks 1994 då lokalen hyrdes ut i befintligt skick. Bolaget har också gjort sannolikt att det skulle medföra stort besvär för bolaget att gå över till annat bränsle.”, ur protokollet från beslut fattat 1998-10-23 i mål nr T 1918-98, s. 2.

²⁵⁷ Beslut från Lunds tingsrätt fattat 1998-10-23 i mål nr T 1918-98, protokollet, s. 2.

²⁵⁸ Inläga från käranden 1998-11-09 till Hovrätten över Skåne och Blekinge i mål nr Ö 1814/98, s. 5 f.

²⁵⁹ Beslut i mål nr Ö1814/98 ur protokoll från 1998-11-12, Hovrätten över Skåne och Blekinge.

²⁶⁰ ”Äläggande för svaranden att före målets avgörande installera en oljetank i ett mål där den väckta talan avser förpliktande för svaranden att installera en oljetank är enligt min mening en åtgärd om förtida verkställighet som det inte är möjligt att förordna om med stöd av 15 kap 3 § rättegångsbalken.”

I det andra fallet²⁶¹ yrkade käranden att svaranden vid vite skulle föreläggas att leverera varor senast vid en viss tidpunkt. Tingsrätten konstaterade att käranden visat sannolika skäl för sitt anspråk på leverans samt att det skäligen kunde befaras att svaranden genom att inte iaktta kärandens rätt till leverans vid en viss tidpunkt väsentligen skulle kunna förringa dess värde. Tingsrätten biföll därför yrkandet om leveransföreläggande. Någon uttrycklig intresseavvägning gjordes inte. Däremot utförde tingsrätten en form av konsekvensorienterad avvägning i sin motivering till val av vitesform.²⁶²

Svea hovrätt lämnade svarandens överklagande utan bifall utan ytterligare motivering.²⁶³ Efter hovrättens beslut omprövade tingsrätten sitt beslut. I det beslutet fastställde tingsrätten återigen att käranden visat sannolika skäl för sitt anspråk. En intresseavvägning utfördes återigen inte. Möjligtvis skulle rättens bedömning av huruvida kärandens återförsäljning av svarandens produkter skulle kunna innebära skadeståndsskyldighet för svaranden gentemot sina slutkonsumenter kunna tolkas som en form av intresseavvägning.²⁶⁴ Jag ställer mig dock tveksam till det eftersom detta resonemang utgör en del i ställningstagandet till rättsfrågan om käranden har ett sannolikt anspråk på leverans. Att tingsrätten tog ställning till denna skadeståndsrättsliga aspekt hade sin grund i ett sådant återopande från svarandens sida. Målet visar återigen att en del ombud i viss mån argumenterar för de konsekvenser som kan följa av det interimistiska beslutet men att rätten inte alltid fullföljer en intresseavvägning som komplement till prognosbedömningen.

En förutsättning för att förankra ett proportionalitetstänkande är kanske att lagstiftningen ändras så att en intresseavvägning uttryckligen föreskrivs. Ett tydligt uttalande från HD avseende vilka faktorer som bör beaktas vid intresseavvägningen skulle också befrämja en mer konsekvent rättstillämpning.

6.4 Sammanfattande kommentarer

Reglerna för interimistiska säkerhetsåtgärder i RB 15 kap. 3 § fyller ofta en funktion som konfliktlösningsinstrument. Bland annat på grund av att parter

²⁶¹ T 4-1373-93, Stockholms tingsrätt.

²⁶² ”Trots detta anser tingsrätten att löpande vite inte lämpligen bör användas i detta fall, främst eftersom vitesbeloppet enligt yrkandet snabbt skulle kunna stiga till orimliga nivåer. Därtill kommer att löpande vite per dygn inte synes vara till gagn för” svaranden, ”eftersom varorna skeppas endast en gång per vecka; om varorna levereras med ett eller tre dygns försening från” svaranden ”verkar således inte spela någon avgörande roll för” käranden.

²⁶³ Ö 3099/93.

²⁶⁴ Svaranden ”har inte gjort sannolikt att” käranden ”har använt eller kommer att använda” svarandens ”produkter på ett felaktigt sätt. Även om så skulle vara fallet, kan” svaranden ”inte rimligen drabbas av skadeståndsansvar när”...”deras produkter medvetet används på ett felaktigt sätt.”, Stockholms tingsrätt, T 4-1373-93, ur protokoll 1993-08-20, aktbilaga 29.

inte sällan väljer att avstå från att driva frågan vidare i en huvudprocess, blir det interimistiska beslutet i praktiken slutgiltigt. Vissa typer av anspråk är dessutom av sådan karaktär att kändanden genom ett interimistiskt förordnande faktiskt får sitt anspråk slutgiltigt tillgodosett.

Underlåtenhetsanspråk som är hänförliga till konkurrensklausuler är en sådan typ av anspråk. Reglerna används även som stöd vid sådana typer av konflikter som kräver en snabb handläggning för att kändanden över huvud taget skall kunna få sitt anspråk tillgodosett. Så är till exempel fallet i sådana situationer där förpliktelsen endast är möjlig att fullgöra inom en kort tidsfrist.

De svenska reglerna för provisoriska verkställighetsåtgärder påminner i grunden om de tyska. I bägge rättssystemen har en sannolikhetsprövning med avseende på vem av parterna som kommer att få rätt i huvudprocessen en framskjuten position. Domstolen gör alltså en prognosbedömning av huvudfrågan.

Därutöver krävs i bägge systemen att det finns en fara att kändandens rätt hotas. Tyskarna använder dock inte begreppet "sabotagerisk". I stället har de begreppet "Verfügungsgrund", vilken i princip innebär ett slags nödvändighetsrekvisit. Den begärda säkerhetsåtgärden skall vara nödvändig för att avvärja en hotande fara eller ett nödläge samtidigt som en mindre ingripande åtgärd inte får vara möjlig. En annan likhet är att åtgärden måste vara ägnad att fylla sitt syfte.

Vid bedömningen utförs i bägge länderna en intresseavvägning vid oklart rättsläge där parternas inbördes intressen ställs mot varandra. Rättsläget i Sverige avseende den bedömningen ter sig dock oklarare i förhållande till det tyska rättsläget. Även om såväl förarbeten som HD-avgöranden förespråkar en intresseavvägning, finns inga konkreta riktlinjer utvecklade för intresseavvägningen. Av materialet framgår även att intresseavvägningar överhuvudtaget inte förekommer i vissa avgöranden som leder till interimistisk fullgörelse.

En mer påtaglig skillnad är att kändanden enligt svensk rätt måste ställa säkerhet för att en säkerhetsåtgärd skall kunna beviljas, vilket inte krävs enligt tysk rätt.²⁶⁵ En tysk svarande kan emellertid hoppas på att kunna utverka skadestånd. En sådan skadeståndstalan är dock osäker och dessutom kommer skadestånd bara ifråga när åtgärden kan visas ha varit orättfärdig redan från början. Ett upphävande av åtgärden på grund av senare tillkomna grunder berättigar således inte till skadestånd. Här kan man invända att skillnaden mellan systemen ändå inte är så stor. Att kändanden ställer säkerhet är ingen garanti för att den verkligen kommer svaranden till del. Svaranden måste nämligen i så fall driva en ny kostsam och slitsam skadeståndsprocess och dessutom vinna den. Dessutom kan den ställda säkerheten aldrig tillfullo

²⁶⁵ Det finns visserligen även s.k. "Sicherheitsleistung" i tysk rätt. Detta instrument används emellertid sällan i dessa sammanhang. Se Knothe, s. 346.

tillgodose kärandens anspråk vid anspråk på naturafullgörelse. Som ett konkret exempel kan man tänka sig att svarandens förpliktelse utgörs av att framträda vid en konsert ett bestämt datum. På grund av att svaranden inte avser framträda vid konserten måste käranden snabbt engagera en annan artist. Att snabbt finna en likvärdig ersättare kan vara mycket svårt och dyrt. Därutöver finns en risk att den publik som arrangören har räknat med inte kommer att infinna sig eftersom den velat höra just den artisen. Det är därför mycket svårt att fastställa vad som utgör en korrekt ersättning för att svaranden inte fullgör sin förpliktelse. Den ställda säkerheten kan aldrig bli detsamma som en naturafullgörelse.

Med beaktande av ovan nämnda argument är det kanske i realiteten så en ställd säkerhet inte fyller sin funktion. Däremot utgör den en slags motvikt mot den vinning som käranden gör tack vare den interimistiska åtgärden. Käranden måste prestera något för att få åtgärden beviljad. Ett sådant krav återfinns inte i den tyska rätten. Därför borde det vara lättare att utverka en interimistisk fullgörelse i Tyskland.

Tränger man djupare ner i jämförelsen framstår emellertid den tyska rättstillämpningen som långt mer utvecklad än den svenska. Det finns en i praxis uppbyggd systematik att förhålla sig till vid ställningstagandet som tycks saknas i svensk rätt.²⁶⁶ Domarna resonerar öppet i sina beslut över följderna av att det aktuella beslutet sannolikt kommer att innebära ett slutgiltigt avgörande. Domstolarna undersöker noggrant huruvida det finns skäl att förordna om en åtgärd som innefattar en förtida verkställighet.

²⁶⁶ Ett tydligt exempel på detta utgör OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, s. 123 f. I fallet görs en noggrann genomgång av de i praxis fastställda förutsättningarna för interimistisk fullgörelse. Se även under 3. 2. 3.

7 Slutsatser

7.1 Interimistisk fullgörelse?

Vad kan man då dra för slutsatser av det material som har presenterats i den här uppsatsen? Till att börja med är det viktigt att konstatera att summariska förfaranden, där tvister slutligt avgörs utan huvudprocess, kommit att fylla en allt större betydelse inom rättsväsendet i samtliga av de länder som har berörts i den här uppsatsen. Att det finns ett uttalat behov av sådana avgöranden framgår därför tydligt. Som motvikt till det behovet finns det ständigt närvarande kravet på rättssäkerhet i form av en noggrann och rättvis prövning. Det finns emellertid ytterligare en aspekt att tänka på när det gäller rättssäkerhet och det är att prövningen även utförs inom ett rimligt tidsförlopp. Det gäller alltså att söka en kompromiss mellan kravet på en noggrann och rättvis prövning och kravet på en snabb process i vissa fall.

7.1.1 Lämpliga bedömningsgrunder?

Det återstår då att diskutera hur en väl avvägd metod att tillfredsställa rättssäkerhetens motstående intressen bör se ut. En slutsats som man kan dra av materialet är att prövningen av de interimistiska avgörandena till stor del utförs på likartat sätt i de länder som berörts. Tillvägagångssättet vid bedömningen skiljer sig emellertid åt i vissa avseenden. Det är framför allt frågan vilken tyngd som skall ges prognosen avseende huvudfrågan i förhållande till en intresseavvägning som skiljer sig mellan de olika rättssystemen. Dock framstår det som tydligt att en intresseavvägning i syfte att tillvarata bägge parter rättssäkerhet måste företas om rättsläget är oklart. Vidare kan konstateras att samtliga rättssystem förespråkar att prognosprövningen av målets slutgiltiga utgång bör finnas med. Grunden för det är att det slutligen är den materiella rätten som skall genomdrivas. Utan sannolikhetsbedömning avseende huvudsaken skulle käranden kunna genomdriva materiellt oriktiga domar. En bedömning som bara vilar på en renodlad intresseavvägning tycks därför inte vara ändamålsenlig vid interimistisk fullgörelse. Utöver innehållet i tysk, nederländsk och fransk rättspraxis utgör de många undantagsfallen till Cyanamidfallet en bekräftelse på att så är fallet.

Utifrån dessa slutsatser kan man konstatera att civilprocessuella säkerhetsåtgärder enligt RB 15 kap. 3 §, där käranden visar att han har sannolika skäl för ett anspråk och kan visa en antaglig sabotagerisk, troligtvis utgör ett lämpligt instrument för interimistiska fullgörelser. Av materialet framgår emellertid att det råder viss oklarhet vid tillämpningen av dessa regler. Det gäller främst frågan om vilka överväganden domstolen bör göra i samband med en intresseavvägning. Det förekommer även i vissa fall att ingen intresseavvägning alls företas trots att beslutet leder till

interimistisk fullgörelse. Det tycks även råda olika uppfattningar om tillåtligheten av interimistisk fullgörelse överhuvudtaget. En klar lagstiftning eller en handfast praxis vore därför önskvärd. En intresseavvägning skulle uttryckligen kunna föreskrivas i lag. Vidare skulle klara riktlinjer från HD avseende vilka överväganden som domstolen bör göra vid avvägningen främja en konsekvent rättstillämpning. Det tyska synsättet utgör enligt min mening en väl genomtänkt idé för hur en intresseavvägning bör struktureras. Viktigt är dock att det inte är möjligt att konstruera en mall för hur en sådan prövning skall se ut i de enskilda fallen. De individuella omständigheterna måste vara utgångspunkt för hur bedömningen skall göras.

7.1.2 Alternativt summariskt förfarande?

Av de slutsatser som Blankenburg/Leipold dragit av sina studier framgår att ett alternativt summariskt förfarande är fullt möjligt. Dock skulle en sådan process bara vara möjlig i de fall när rättsläget är entydigt. I sådana fall skulle inte någon intresseavvägning behöva göras. En sådan summarisk process bör vara muntlig och ledas av erfaren chefsdomare som t.ex. en lagman. Syftet med detta skulle då vara att skapa en större acceptans för dessa typer av avgöranden.

Tyvärr löser inte en sådan process problemet med alla de fall där rättsläget inte är entydigt. Visserligen har HD uttalat att rätten vid stark prognos inte behöver utföra någon intresseavvägning, något som även överensstämmer med engelsk rättspraxis. Frågan är bara var gränsen går. Hur stark skall en sådan prognos vara utan att en intresseavvägning skulle behöva tillgripas? Om dessa s.k. starka fall skulle föras till en summarisk process utan intresseavvägning, skulle risken för felaktiga beslut, med fatala följder för förlorande part, bli större än om en avvägning hade genomförts. Därför är det lämpligare att starka fall förs inom ramen för det provisoriska rättsskyddet men att prognosen avseende huvudsaken såsom i tysk rätt får en framskjuten placering vid intresseavvägningen. Detsamma gäller naturligtvis övriga fall där inte prognosen avseende huvudsaken är lika stark. I dessa fall blir dock inte prognosen lika utslagsgivande som i de starka fallen. I stället får övriga omständigheter som beaktas vid intresseavvägningen större utrymme. Vid intresseavvägningen är det då viktigt att göra en avvägning mellan kravet på en riktig dom och kravet på en skyndsamt dom. I vissa undantagsfall med mycket speciella omständigheter är det kanske till och med acceptabelt att domstolen, såsom fallet är inom den tyska förvaltningsrätten, endast företar en intresseavvägning och avstår från prognosprövning.

Ett praktiskt dilemma vid ett eventuellt alternativt summariskt förfarande är frågan om klassificering av de oklara fallen. Sökanden kan ju svårligen redan på förhand veta att just hans fall inte är ett entydigt fall. Att först vända sig till en alternativ instans bara för att bli hänvisad till att ansöka om säkerhetsåtgärd är inte lämpligt när sökanden faktiskt är i behov av ett

snabbt avgörande. En lösning vore att samma instans som handlägger de entydiga fallen även handlägger de mer osäkra fallen och då utför en noggrannare bedömning som inkluderar en intresseavvägning. Som så mycket annat i samhället är det dock en resursfråga hur stor del av domarnas arbetstid som kan avsättas för den här typen av verksamhet. En billigare lösning tillsvidare vore tveklöst att skapa ett handfastare regelsystem inom det provisoriska rättsskyddet.

7.2 Hur bör det praktiska exemplet bedömas?

Avslutningsvis tänker jag återknyta till det praktiska exemplet och berätta hur den tyska domstolen resonerade i sitt beslut. Därefter följer en motsvarande bedömning utifrån svenska regler.

Domstolen började med att konstatera att en giltig säkringsgrund förelåg. I en situation, där fullgörande endast är möjlig inom en kort tidsfrist, skulle enligt domstolen ett nekande av säkerhetsåtgärd i praktiken innebära att käranden förvägrades rättsskydd. Även om det nu skulle vara så att svaranden faktiskt inte underrättats om de planerade evenemangen, har svaranden insett betydelsen för käranden av att den överenskomna båtfärden skulle äga rum vid avtalad tidpunkt på grund av alla de förpliktelser käranden ådragit sig med anledning av den planerade båtturen. För att kunna säkra kärandens intressen ansågs därför en interimistisk säkerhetsåtgärd vara nödvändig eftersom svaranden så kortfristigt förvägrat käranden båtturen.

Därefter övergick domstolen till bedömningen av huruvida ett säkringsanspråk hade gjorts sannolikt. Bland annat konstaterades att ett giltigt avtal uppkommit avseende en båttur vid den aktuella tidpunkten. Vidare konstaterade domstolen att någon grund för att avtalet i fråga skulle vara ogiltigt inte hade kunnat visas eftersom de viljeförklaringar som förelåg överensstämde med varandra. Domstolen konstaterade att det enligt avtalet inte förelåg någon upplysningsplikt för käranden avseende evenemangets innehåll. Svaranden hade varken frågat efter evenemangets karaktär eller formulerat sina beställningsblanketter så att käranden haft anledning att uppge evenemangets art och syfte.

Vidare prövades om käranden på grund av lagstiftning kunde tänkas ha haft upplysningsskyldighet avseende evenemangets art. Enligt lag har en avtalspart alltid upplysningsplikt avseende sådana omständigheter som kan komma att försvåra eller riskera syftet med avtalet. Vid den prövningen konstaterade domstolen bland annat att de aktuella evenemangen inte skulle komma att innebära fara för vare sig fartyg, passagerare eller besättning.

Domstolen fastslog slutligen att en förolämpning av den före detta kungen inte kunde utgöra giltig grund för att avtalet skulle vara ogiltigt. En sådan förolämpning hade i övrigt inte visats. Dessutom hade inte svaranden vidhållit denna ståndpunkt. På dessa grunder beviljades säkerhetsåtgärden.

Hur skulle fallet ha bedömts enligt svensk rätt?

Hur skulle då det här rättsfallet ha bedömts enligt svensk rätt? Nedan följer skisserade domskäl som utgår från RB 15 kap. 3 § och som innehåller en intresseavvägning. Förutsättningarna är de samma som framgår av exemplet. Jag lämnar dock frågan om ställande av säkerhet utanför resonemanget. I målet är det ostridigt att avtal har träffats om att Sjöturer skall tillhandahålla en båtutrustning på "sjön" den 13 juni kl. 19.00-kl. 22.00 för Festfixarnas räkning. Sjöturer har emellertid invänt att avtalet är ogiltigt på grund av att Festfixarna planerar att genomföra en typ evenemang som inte är tillåten enligt avtalet.

Av avtalets formulering framgår inte att den aktuella typen av evenemang skulle vara otillåten. Inte heller har Sjöturer kunnat visa att Festfixarnas planerade evenemang skulle vara otillåtet på någon annan grund. Mot bakgrund av detta får Festfixarna anses ha visat sannolika skäl för sitt anspråk.

Mot bakgrund av de omständigheter som framgår i målet kan skäligen befaras att Sjöturer kommer att inställa den beställda båtturen så att Festfixarna inte kan genomföra sitt evenemang.

Vid bedömningen bör även vägas in de motstridiga intressen som Sjöturer och Festfixarna har av att yrkandet beviljas. På grund av att Sjöturer velat inställa båtturen med sådan kort varsel är det mycket svårt för Festfixarna att organisera ett annat sätt att genomföra evenemanget på. Evenemangets uteblivande skulle innebära stor ekonomisk förlust för Festfixarna. Den förlusten får anses vara större än den förlust i goodwill som skulle kunna drabba Sjöturer på grund av evenemangets genomförande. Festfixarnas intresse av ett interimistiskt förordnande får därför anses vara större än Sjöturers intresse av att förordnandet inte realiserar.

Vid en samlad bedömning får käranden anses ha visat sannolika skäl för sitt anspråk samt att det skäligen kan befaras att Sjöturer kan komma att vägra att fullfölja avtalet och därmed förhindra sökanden att utöva sin rätt. Sjöturers intresse av att åtgärden inte realiserar föranleder ingen annan bedömning.

På dessa grunder skulle således kärandens yrkande bifallas även enligt svenska regler.

Bilaga

Tysk lagtext

§ 935 ZPO

Sicherungsverfügung

Einstweilige Verfügungen in bezug auf den Streitgegenstand sind zulässig, wenn zu besorgen ist, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechtes einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte.

§ 940 ZPO

Einstweilige Verfügung zur Sicherung des Rechtsfriedens.

Einstweilige Verfügungen sind auch zum Zwecke der Regelung eines einstweiligen Zustandes in bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, sofern diese Regelung, insbesondere bei dauernden Rechtsverhältnissen zur Abwendung Wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint.

§ 945 ZPO

Schadenersatz

Erweist sich die Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung als von Anfang an ungerechtfertigt oder wird die angeordnete Maßregel auf Grund des § 926 Abs. 2 oder des § 942 Abs. 3 aufgehoben, so ist die Partei, welche die Anordnung erwirkt hat, verpflichtet, dem Gegner den Schaden zu ersetzen, der ihm aus der Vollziehung der angeordneten Maßregel oder dadurch entsteht, dass er Sicherheit leistet, um die Vollziehung abzuwenden oder die Aufhebung der Maßregel zu erwirken.

Litteraturförteckning

Offentligt tryck

Prop. 1980/81:84 med förslag till lag om införande av utsökningsbalken m.m.

Prop. 1988/89:124 om vissa tvångsmedelsfrågor.

Annat material

NJA II 1943:1 Den nya rättegångsbalken.

Litteratur

Baumbach Adolf, Lauterbach Wolfgang, Albers Jan, Hartman Peter, Beck'sche Kurz-Kommentare, Zivilprozessordnung, 58. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2000.

Baumbach, Adolf, Hefermehl, Wolfgang, Wettbewerbsrecht, 19., Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1996.

Baur, Fritz, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 20, J. C. B. Mohr, Tübingen 1967.

Blankenburg, Erhard, Leipold, Dieter, Wollschläger, C. (Hrsg.), Neue Methoden im Zivilverfahren, 1991 Köln.

Bogdan, Michael, Komparativ rättskunskap, Upplaga 1:2, Norstedts Juridik AB, 1993.

Burrows, Andrew, Remedies for Torts and Breach of Contract, 2nd ed, London, 1994.

Dreier, Horst, Grundgesetz: Kommentar Band I och Band II, 1996, J. C. B. Mohr Siebeck, Tübingen.

Ebmaier Marie-Theres, Schöne Sigrid, Der einstweilige Rechtsschutz, Handbuch zu Arrest und einstweiliger Verfügung, Werner Verlag, Düsseldorf 1997.

Ekelöf Per Olof, Bylund Torleif, Boman Robert, Rättegång, tredje häftet, Norstedts Juridik, Stockholm 1994.

Ekelöf Per Olof, Handräckning som säkerhetsåtgärd och förtida verkställighet i Festskrift tillägnad Thore Engströmer, Almqvist & Wiksells boktryckeri AB, Uppsala 1943.

Erichsen, Hans-Uwe, Martens, Wolfgang, Bearbeitung von Badura, Peter m. fl. Allgemeines Verwaltungsrecht, 4., unveränderte Auflage, Berlin, New York: de Gruyter, 1979.

Fitger, Peter, Kommentar till Rättegångsbalken, Supplement 34, Göteborg 2001.

Harris, Donald, Campbell, David, Halson, Roger, Remedies in Contract and Tort, 2nd ed, 2002.

Heuman, Lars, Den långsamma rättskipningens orsaker och skadeverkningar i dispositiva tvistemål, JT 2000/01 s. 724-30.

Knothe, Benedikt, Einstweiliger Rechtsschutz im spanischen und deutschen Zivilprozess, Duncker & Humblot GmbH, Berlin 1999.

Leipold, Dieter, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im zivil-, verfassungs- und Verwaltungsgerichtlichen Verfahren, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1971.

Martin, Jill, Interlocutory Injunctions: American Cyanamid comes of age i: The King's College Law Journal 1993-94, vol. 4, s 52-68.

Modéer, Kjell Åke, Historiska rättskällor, en introduktion i rättshistoria, andra upplagan, Nerenius & Santérus Förlag, Stockholm 1997.

Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 3 §§ 803-1048, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1992.

Swedlund, Gustaf, "Interimistisk fullgörelse av naturaförpliktelser", Examensarbete, Lund VT-2002.

Tamm, Ditlev, Romersk rätt och europeisk rättsutveckling, 2: a uppl. Nerenius & Santérus Förlag, Stockholm 2001.

Walker, Wolf-Dietrich, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren, J. C. B. Mohr, Tübingen 1993.

Westberg, Peter, Civilprocessuella säkerhetsåtgärder –ett instrument för konfliktlösning, SvJT 3/90 s. 161-176.

Zonderland, Pieter, Einstweiligen Verfügungen in den Niederlanden, Zeitschrift für Zivilprozess (ZZP), Bd. 90, s. 225. (1977).

Rättsfallsförteckning

Publicerade svenska rättsfall

AD 1994 Nr 49	s. 50
NJA 1993 s. 188	s. 48
NJA 1993 s. 182	s. 50
NJA 1995 s. 631	s. 50, 51
RH 1997:122	s. 49
RH 2001:5	s. 49

Opublicerade svenska rättsfall

Stockholms tingsrätt mål nr T4-1048-93	s. 47
Stockholms tingsrätt mål nr T4-1373-93	s. 53
Lunds tingsrätt mål nr T-1918-98	s. 52-53
Svea hovrätt mål nr Ö 3099/93	s. 53
Hovrätten över Skåne Blekinge mål nr Ö 1814-98	s. 52

Tyska rättsfall

LAG Nürnberg vom 23. 4. 1996, 6 Sa 287/86	s. 24
LG Lübeck, NJW-RR 1988 s. 122 ff.	s. 21, 26
LG München, NJW-RR 1987, s. 958	s. 26
OLG Düsseldorf, NJW-RR 1992, 198 f.	s. 28
OLG Hamburg, WM 1992, s. 274 och 275 f.	s. 26
OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, s. 123	s. 33, 36, 55
OLG Frankfurt. NJW-RR 1987, s. 1166	s. 25, 28

Engelska rättsfall

American Cyanamid Co v. Ethicon Ltd , (1975) 1 All ER, s. 504	s. 43-46
---	----------