

Prof. Dr. iur. Karl Spühler

e. Ordinarius für Zivilprozessrecht
Schuldbetreibungs- und
Konkursrecht und Privatrecht
an der Universität Zürich
Ehemals Bundesrichter
Rechtsanwalt

Bergblumenstrasse 6, 8408 CH-Winterthur

c/o Meyer Lustenberger Rechtsanwälte
Forchstrasse 452, Postfach 1432, CH-8032 Zürich
Tel./Fax P +41 (052) 222 30 96
Tel. G +41 (044) 396 91 91
Tel direkt G +41 (044) 396 91 57
Fax G +41 (044) 396 91 92
E-Mail karl.spuehler@ml-law.ch

Herr
Dr. Erwin Kessler
Im Bühl 2
9546 Tuttwil

Zürich, 31. Juli 2007

Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) / Frage der Rechtsmittel gegen superprovisorische Massnahmen

Sehr geehrter Herr Dr. Kessler

Sie gelangten mit Schreiben vom 27. Juli 2007 an mich. Sie fragten mich dabei, ob Art. 316 lit. b Ziff. 2 E ZPO eine Beschwerde auch gegen eine superprovisorische Verfügung zulassen werde. Verneinendenfalls müsste eine superprovisorische Verfügung direkt beim europäischen Menschengerichtshof in Strassburg angefochten werden?

Aufgrund einer früheren Tätigkeit in der Expertenkommission für eine neue Schweizerische Zivilprozessordnung und ständiger wissenschaftlicher Studien in diesem Bereich kann ich Ihnen nach bestem Wissen und Gewissen folgende **gutachtliche Äusserung** abgeben:

1. Die Schweizerische Zivilprozessordnung ist von den parlamentarischen Organen noch nicht vollständig durchberaten worden. Sie liegt erst aufgrund der ersten Behandlung im Ständerat vor. Es kann somit der Fall eintreten, dass der Nationalrat und im Rahmen der Differenzbereinigung dann auch wieder der Ständerat teilweise andere Fassungen des Gesetzes erlassen wird.
2. Die vorsorglichen Massnahmen sind einstweilen in den Art. 258 bis 265 E ZPO geregelt worden. Im Rahmen dieser Bestimmungen erfährt die superprovisorische Massnahme eine spezielle Regelung in Art. 261 E ZPO. Bei besonderer Dringlichkeit kann ein Gericht die vorsorgliche Massnahme sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei anordnen. Eine derartige Anordnung kann die nicht angehörte beklagte Partei gravierend treffen.
3. Art. 304 Abs. 1 lit. b E ZPO bezeichnet neben Urteilen auch vorsorgliche Massnahmen mit Berufung von der ersten an die zweite kantonale Instanz als anfechtbar. Dies gilt aber nur für vermögensrechtliche Angelegenheiten, die den Berufungss Streitwert von mindestens CHF 10'000 erreichen. Andernfalls greift nur die mindere Beschwerde gemäss Art. 316 ff. (BBI 2006 S. 7371).
4. Es fragt sich nun weiter, ob diese Regelung für vorsorgliche Massnahmen auch für superprovisorische vorsorgliche Massnahmen gilt. Dafür spricht, dass Art. 261 E ZPO bei den vorsorglichen Massnahmen in Art. 257 bis Art. 265 E ZPO eingeordnet ist. Dies würde dazu führen, dass die Berufungsfähigkeit von superprovisorischen Massnahmen gleich wie von vorsorglichen Massnahmen bei genügendem Streitwert bejaht würde. Es gibt allerdings auch Überlegungen, die zu gegenteiligen Schlussfolgerungen führen. Gemäss Art. 261 Abs. 2 ZPO lädt das Gericht (in der Regel Einzelrichter) die

Parteien gleichzeitig mit dem Erlass der superprovisorischen Massnahme zu einer Verhandlung vor. Diese hat unverzüglich stattzufinden. Es ist auch möglich die Verhandlung durch eine schriftliche Stellungnahme der Gegenpartei zu ersetzen. Anschliessend an die mündliche Anhörung oder schriftliche Stellungnahme der Gegenpartei muss das Gericht unverzüglich über das Gesuch entscheiden. Damit werden die superprovisorischen Massnahmen zu gewöhnlichen vorsorglichen Massnahmen. Folge bildet, dass bei dieser Betrachtungsweise nicht schon das Superprovisorium, sondern erst der in der Regel darauf folgende Erlass vorsorglicher Massnahmen mit Berufung (unter Vorbehalt des Streitwert-Erfordernisses) an die obere kantonale Instanz weitergezogen werden kann.

5. Betrachtet man eine superprovisorische Anordnung als Inzidenz-Entscheid, so ist sie grundsätzlich nach Art. 316 lit. b E ZPO beschwerdefähig, d.h. mit dem förmlichen Rechtsmittel der Beschwerde von der ersten an die zweite kantonale Instanz weiterziehbar. Voraussetzung bildet aber, dass die betroffene Person einen nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteil darzutun vermag. Dies ist von Fall zu Fall zu entscheiden. Da gestützt auf Art. 261 Abs. 2 E ZPO das Gericht verpflichtet ist, nach Erlass eines Superprovisoriums die Parteien zu einer Verhandlung vorzuladen, die unverzüglich stattzufinden hat, oder sie wenigstens zu einer schriftlichen Stellungnahme zu verhalten, liegt deshalb in vielen Fällen kein nicht wieder gut zu machender Nachteil vor. Liegt kein nicht wieder gutzumachender Nachteil vor, so besteht gegen ein Superprovisorium keine Beschwerde. Sind die superprovisorischen durch gewöhnliche vorsorgliche Massnahmen ersetzt worden, so ist bei einem Streitwert ab CHF 10'000 die Berufung zulässig; darunter steht die Beschwerde zur Verfügung.

6. Auf Bundesebene, d.h. von der oberen kantonalen Instanz an das Bundesgericht, sind vorsorgliche Massnahmen mit einer Einheitsbeschwerde vor das Bundesgericht zu bringen (Spühler/Dolge/Vock, Bundesgerichtsgesetz, Art. 95 N 6). Ist die Einheitsbeschwerde aus irgend einem Grund nicht zulässig, so ist eine Anfechtung des Massnahme-Entscheides gemäss Art. 113 BGG beim Bundesgericht mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde zulässig.

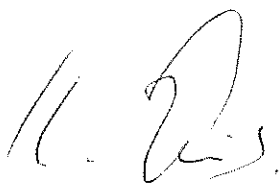
Schlussfolgerungen

1. Bei rein systematischer Betrachtungsweise ist eine superprovisorische Massnahme analog einer vorsorglichen Massnahme mit Berufung an die obere kantonale Instanz weiterziehbar (Art. 304 Abs. 1 lit. b ZPO). Voraussetzung ist aber ein Streitwert von mindestens CHF 10'000.
2. Wird die Gleichstellung von superprovisorischen mit vorsorglichen Massnahmen verneint, wie sie Ergebnis einer rein systematischen Betrachtungsweise (vgl. vorstehend Ziff. 1) ist, ist keine Berufung zulässig. Darauf deutet der Umstand hin, dass das rechtliche Gehör unverzüglich nachzuholen ist (Art. 361 Abs. 2 ZPO).
3. Anzunehmen ist am ehesten, dass auf Art. 316 lit. b E ZPO auszuweichen ist. Voraussetzung ist aber, dass wegen des Superprovisoriums ein nicht leicht wieder gut zu machender Nachteil droht. Dies dürfte in vielen Fällen nicht der Fall sein.
4. In den letztgenannten Fällen muss die vorsorgliche Massnahme, die bald darauf folgen wird (Art. 261 Abs. 2 ZPO, entweder mit Berufung gemäss Art. 307 ZPO oder dann mit Beschwerde gemäss Art. 316 lit. a

ZPO), an die obere kantonale Instanz weitergezogen werden (je nach Streitwert).

Eine absolut sichere Prognose zu stellen, wie die Gerichte die erwähnten Bestimmungen auslegen, scheint ausserordentlich schwierig. Die Gerichte werden bei derartigen Fragen, berechtigt oder nicht, auch einen kleinen Blick auf das bisherige kantonale Recht werfen. Dies dürfte eher zur Verneinung der Berufungsfähigkeit von superprovisorischen vorsorglichen Massnahmen führen. Auszuweichen ist deshalb auf die Beschwerde, wo aber in sehr vielen Fällen der Mangel eines nicht wieder gut zu machenden Nachteils zur Verneinung der Beschwerdefähigkeit führt.

Es wird dem Betroffenen wahrscheinlich nichts anderes übrig bleiben, als den endgültigen Massnahme-Entscheid nach Gewährung des rechtlichen Gehörs abzuwarten (dies sollte höchstens drei Wochen dauern!) und diesen dann bei Streitwerten über CHF 10'000 mit Berufung und bei solchen unter CHF 10'000 mit Beschwerde anzufechten.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'K. Spühler', written in a cursive style.

Karl Spühler