

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, 3. August 2007

**Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) / Frage der Rechtsmittel gegen
superprovisorische Massnahmen / Grundsätzliche Bedeutung der Frage,
ob es zulässig ist, dass eine superprovisorische Verfügung (insbesondere
Zensurverfügung) mit keinem genügenden Rechtsmittel anfechtbar ist /
Grundsätzliche Bedeutung dieser Frage**

Sehr geehrter Herr Dr. Kessler

Ich habe Ihnen am 31. Juli 2007 schriftlich erörtert, dass unter der Herrschaft der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung gemäss dem heute vorliegenden Wortlaut die Anfechtbarkeit von superprovisorischen Massnahmen erhebliche Fragen aufwirft und Unsicherheiten aufweist. Sie stellten mir am 31. Juli 2007 die zusätzliche Frage, ob eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliege, dass eine superprovisorische Anordnung u.U. mit keinem Rechtsmittel anfecht-

bar sei. Meines Erachtens ist diese Fragestellung dahin zu erweitern, dass zu prüfen ist, ob ein verfassungsmässig genügendes, umfassendes Rechtsmittel zur Verfügung steht. Wie darzulegen sein wird, genügt irgend ein Rechtsmittel nicht.

Nach bestem Wissen und Gewissen kann ich Ihnen folgende **gutachtliche Äusserung** abgeben:

1. Ich habe am 31. Juli 2007 dargelegt, dass die Frage der Anfechtbarkeit einer Verfügung über superprovisorische Massnahmen nach der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung wenig klar ist. Die Expertenkommission hatte noch drei parallele Rechtsmittel vorgelegt, die bundesrätliche Vorlage enthielt nur noch deren zwei, nämlich die Berufung und die Beschwerde. Das Bundesgericht hat allerdings in einem Entscheid vom 13. Juni 2007 (5A 202/2007) in Erwägung 1 festgehalten, bei den bundesrechtlichen Rechtsmitteln, die im BGG geordnet sind, seien vorsorgliche und superprovisorische Massnahmen einander gleichzustellen. Diese Gleichstellung auch in den kantonalen Verfahren, die durch die Schweizerische Zivilprozessordnung zu regeln sind, würde das Problem wenigstens für die nicht vermögensrechtlichen superprovisorischen Massnahmen lösen, weil dann hierfür die Berufung gemäss Art. 304 Abs. 1 lit. b ZPO gegeben wäre. Es ist aber höchst fraglich, ob die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zu Art. 98 BGG auch auf diejenige zur neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung übertragen wird.
2. Was den Begriff der „grundsätzlichen Bedeutung“ anbelangt, kann es weniger darauf ankommen, dass eine Rechtsfrage noch nie entschieden worden ist. Entscheidend sind vielmehr inhaltlich-materielle Kriterien im Zusammenhang mit der Auslegung von Bestimmungen mit grundsätzlichem Gehalt (Spühler/Dolge/Vock, Bundesgerichtsgesetz, Art. 74 N 6 BGG / leicht anderer

Meinung Seiler/von Werdt/Güngerich, Bundesgerichtsgesetz, Art. 34 N 8 BGG).

3. Es ist schwierig, einfach generell-abstrakt zu definieren, was Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung sind. Dass deren Existenz vor allem auch bei superprovisorischen Verfügungen zu bejahen ist, ergibt sich aus folgenden Beispielen, die sich real zugetragen haben:
 - a. Ein bekanntes Zürcher Seidenhaus stellte fest, dass Zürcher Warenhäuser Dior-Tüchlein zum Viertel des Preises verkauften. Das Zürcher Handelsgericht verbot den Warenhäusern superprovisorisch den Verkauf der betreffenden Ware. Dies traf diese schwer, weil man mitten in der Frühlingsaison war.
 - b. Eine Stunde vor Beginn einer öffentlichen Auktion in Zürich verbot das Obergericht superprovisorisch das Verbleiben einer Giacometti-Statue in der Auktion, weil eine Fälschung glaubhaft gemacht worden war. Die Statue war auf mehrere CHF 100'000 geschätzt.
 - c. Ein Zürcher Kino-Berichterstatter kritisierte gewisse Filme in der Tagespresse pointiert. Darauf erwirkten die Kinobesitzer ein superprovisorisches Publikationsverbot für Besprechungen dieses Berichterstatters.

Aus diesen Beispielen ergibt sich, dass gemäss inhaltlichen, materiellen Kriterien aufgrund der schwerwiegenden Eingriffe und der Tragweite der Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Anfechtbarkeit derartiger Anordnungen sich Fragen von grundsätzlicher Bedeutung stellen. Falls die innerstaatlichen Gerichte keine befriedigende Lösung der Frage der Anfechtbarkeit superprovisorischer Anordnungen finden, oder wenn National- und Ständerat

nicht eine klare Lösung der hier behandelten Frage beschliessen, so könnte eine Anrufung des Strassburger EMRK-Gerichtshofes durchaus in Frage kommen. M.E. liegt eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor.

4. Vorsorgliche und superprovisorische Massnahmen sind nach dem Entwurf der Schweizerischen Zivilprozessordnung im summarischen Verfahren zu behandeln. In diesem ist nur der Urkundenbeweis zulässig (Art. 250 Abs. 1 E ZPO). Wird die Beschwerde als zulässig erachtet, so sind neue Anträge und Beweismittel nicht zulässig (Art. 324 E ZPO). Selbst bei der Berufung besteht eine erhebliche Einschränkung bei den sogenannten Nova (Art. 314 E ZPO). Somit besteht die grosse Gefahr, dass Art. 29a BV verletzt wird. Die Rechtsweggarantie gemäss diesem Verfassungsartikel garantiert, dass die Betroffenen ein Gericht mit umfassender Prüfungsbefugnis anrufen können (vgl. Andreas Klay, in: Ehrenzeller usw., Die Schweizerische Bundesverfassung, Art. 29a N 7). Auszugehen ist damit davon, dass erstinstanzlich superprovisorische Massnahmen im summarischen Verfahren mit enger Kognition und Beweismittelbeschränkung erlassen werden. Daran kann bei der Beschwerde nichts mehr geändert werden, bei der Berufung nur bedingt. Dies widerspricht Art. 29a BV. Auch dies indiziert das Vorliegen einer Frage von grundsätzlicher Bedeutung. Jedenfalls kann kein schweizerischer Richter eine superprovisorische Verfügung mit freier Kognition erlassen bzw. überprüfen.

Schlussfolgerung

Art. 29a BV verlangt beim Erlass von Verfügungen jeglicher Art in Zivilsachen eine umfassende Prüfung wenigstens einer richterlichen Instanz. Da dies unter dem neuen Zivilprozessrecht kaum der Fall sein wird, falls nicht

in der verbleibenden parlamentarischen Beratung Änderungen vorgenommen werden, dürfte eine Verfassungsverletzung (Art. 29a BV) vorliegen, jedenfalls ist das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu bejahen.

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

Karl Spühler