

# «Sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei ...»

(Aspekte des Superprovisoriums,  
unter besonderer Berücksichtigung des schwyzerischen Zivilprozesses)

*Rechtsanwalt Dr. Martin Ziegler (Lachen)*

Erschienen in SJZ 86/1990 S. 320 ff.

(Der Autor bespricht die gesetzlichen Grundlagen für superprovisorische Verfügungen, die dafür verlangten Voraussetzungen und das Verfahren, besonders ausgerichtet auf den schwyzerischen Zivilprozess. FO.)

Und wenn es kommt  
und wenn's dich fasst  
und über dir zusammen-  
schlägt, Streit und Neid  
und Hast und Last...  
vergiss nicht,  
dass du Flügel hast!

FLAISCHLEN

## I. Allgemeines

Einstweilige Verfügungen, auch vorsorgliche oder provisorische Massnahmen genannt (Isaak Meier, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, Zürich 1983, S. 109), dienen dazu, einer Partei vor oder während des Hauptverfahrens, ausnahmsweise auch danach, (vorläufigen) Rechtsschutz zu gewähren (Hans Ulrich Walder-Boner, Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1983, N 1 zu § 32). Vorgängig zum Entscheid über die provisorische Massnahme kann «sofort und ohne Anhörung des Gegners» eine «vorläufige Anordnung» ergehen (Walder, a.a.O., N 21; Sträuli/Messmer/Wiget, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich 1982, N 35 zu § 110); diese wird gemeinhin als «superprovisorische Verfügung» bezeichnet (zur Terminologie vgl. schon Guldener, Das schweizerische Zivilprozessrecht, 1. A., Zürich 1947, S. 327 FN 28; Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 581 FN 3 5; leading case: BGE 87 I 109 [Glerner Rechtsbotfall]; Alfred Koller, EGV-SZ 1981, S. 116 FN 17). Das rechtliche Gehör wird sozusagen «nachgeschoben», d.h. dem Adressaten nachträglich gewährt, nämlich (fakultativ oder obligatorisch) im Rahmen der Entscheidung über das «Provisorium» (Umwandlung oder Aufhebung).

## II. Grundlagen

1. Nach neuerer Auffassung gründet der einstweilige Rechtsschutz im Bundesrecht (Oskar Vogel; SJZ 76/1980, S. 91 ff.; Walder, a.a.O., N 13). Vorsorgliche Massnahmen wären demzufolge auch dann statthaft, wenn das kantonale Prozessrecht sie nicht vorsähe; für superprovisorische Anordnungen muss dasselbe gelten, handelt es sich doch um einen Spezialfall, der sich nur (aber immerhin) im prozeduralen Vorgehen unterscheidet.

2. Kantonales Prozessrecht ist in diesem Bereich indes nicht bedeutungslos. Es schafft eine Verfahrensordnung und damit Rechtssicherheit, indem es für Richter und Parteien den Verfahrensablauf im Rahmen des (meist lückenhaften) Bundesrechts absteckt.

a) Der Kanton Schwyz hat das Institut der superprovisorischen Verfügung anlässlich der Revision vom 1. Dezember 1988 (in Kraft seit 1. Februar 1989) novelliert und dabei fast wörtlich den Text von § 110 ZPO-ZH «rezipiert». § 79 Abs. 2 GO lautet neu (etwas schwerfällig):

«In Fällen besonderer Dringlichkeit wird auf Antrag sofort eine vorläufige Anordnung getroffen, über deren Aufrechterhaltung als vorsorgliche Massnahme nach Anhörung der Gegenpartei entschieden wird. Dieser kann statt dessen eine Frist von höchstens 10 Tagen zur Einsprache angesetzt werden unter der Androhung, dass es im Säumnisfall bei der vorläufigen Anordnung sein Bewenden habe. Die Einsprache soll kurz begründet werden; sie hat keine aufschiebende Wirkung.»

Im Gegensatz zum alten Gesetzestext ist zwingend vorgeschrieben, dass der «Einsprache» in keinem Fall mehr Suspensiveffekt zukommt. Dies ergibt sich aus der Natur des Superprovisoriums und stellt an sich eine Selbstverständlichkeit dar (a. M. aber EGV-SZ 198 5, S. 118 ff.): Die vorläufige Anordnung, die auf Einsprache hin ipso iure dahinfällt, würde in dringlichen Fällen eine nutzlose Rechtserscheingung darstellen und den Verfahrensgang nur unnötig komplizieren.

b) Mit der recht einlässlichen Normierung in § 79 GO fragt sich, ob dem (für das Befehlsverfahren) weiterhin gültigen § 178 ZPO noch selbständige Bedeutung zukommt. Er lautet:

<sup>1</sup> Wird die Berechtigung glaubhaft gemacht, so kann dem Begehren auf Antrag des Klägers ohne Anhörung des Beklagten entsprochen werden.

<sup>2</sup> Gleichzeitig wird dem Beklagten Frist angesetzt, um beim Richter Einsprache zu erheben, unter der Androhung, dass die Verfügung sonst vollstreckbar werde. Die Einsprache soll kurz begründet werden.

<sup>3</sup> Wird Einsprache erhoben, so fällt die provisorische Verfügung dahin, sofern der Richter nichts Gegenteiliges anordnet, und es wird zur Verhandlung vorgeladen.»

Im Unterschied zum Wortlaut von § 79 (Abs. 1) GO entfällt die Voraussetzung des «nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils», jedoch nur im Rahmen des Verfahrens zur «Vollstreckung rechtskräftiger gerichtlicher Entscheide» und zur «Handhabung klaren Rechts» (§ 176 Ziff. 1 und 2 ZPO). Soweit ein drohender Nachteil einstweilig abzuwenden ist (vorprozessuales Provisorium, § 176 Ziff. 3 ZPO), wird sich die superprovisorische Anordnung (zusätzlich) regelmässig auf den neuern § 79 Abs. 2 GO abstützen, so dass § 178 ZPO insoweit nicht (mehr) greift.

Er bleibt auf Fälle zugeschnitten, in denen der Standpunkt des Klägers derart «auf der Hand liegt», dass seinem Begehren (vorläufig) entsprochen werden kann, sei es weil er über einen eindeutigen Vollstreckungstitel verfügt, sei es weil klares Recht offensichtlich gegeben ist; massgebend ist aber immer der mögliche Befehlsinhalt, wie er in § 177 ZPO umschrieben ist und insbesondere Geldforderungen ausschliesst (EGV-SZ 1985, S. 121; Koller, a.a.O., FN 15). Wegen des verfassungsrechtlichen Gehöranspruchs darf hier in nicht dringlichen Fällen keine vorzeitige Vollstreckung angeordnet werden, wenn Einsprache erhoben wird (BGE 87 I 109; Koller, a.a.O., S. 116).

c) Eine Art Superprovisorium ex lege kennt das privatrechtliche Baueinspracheverfahren. Laut § 85 PBG-SZ darf mit den Bauarbeiten erst begonnen werden, wenn die Klage rechtskräftig erledigt ist.

3. Für gewisse Sachbereiche hat der Bundesgesetzgeber den einstweiligen Rechtsschutz einlässlich geregelt. Herausgegriffen seien hier lediglich das Schuldbetreibungs- und das Grundbuchrecht; es stellt sich in besonderem Masse die Frage, wieweit kantonales Verfahrensrecht verdrängt wird.

a) Als Musterbeispiel für ein bundesrechtlich normiertes (Super)provisorium kann der Arrest nach Art. 271 ff. SchKG angeführt werden.

Trotz der bundesrechtlichen Domäne im Schuldbetreibungsrecht hält das neuere Schrifttum kantonalrechtliche Massnahmen des einstweiligen (und superprovisorischen) Rechtsschutzes (ausserhalb des Arrestes) für zulässig und im Lichte von Art. 80 SchKG vollstreckbar (Meier, a.a.O., S. 275L; Vogel, a.a.O., S. 94 f). Das Bundesgericht hat das Problem in einer neuern Tessiner Entscheidung offengelassen (BGE 113 II 465ff. = Pra 78 Nr. 260 i.f.). Die Gründe, die Vogel (a.a.O.) für eine - wenn auch zurückhaltende - Anwendung der vorläufigen Vollstreckung von Geldforderungen anführt, sind stichhaltig; zu ergänzen ist aber, dass das Interesse des Schuldners an der Deckung des notwendigsten Lebensbedarfs das des Gläubigers an der Wiederherstellung (Rückerstattungsmöglichkeit) im Falle der möglichen Klageabweisung dann überwiegt, wenn die Zusprechung eines Betrags die Wahrscheinlichkeitsprognose besteht. Wird aber ein Superprovisorium in diesem Bereich zugelassen, muss es auch - als rechtskräftiger Zwischenentscheid (vgl. Vogel, a.a.O., F'N 25; Meier, a.a.O., S. 276) - vollstreckbar sein (a.M. EGV-SZ 1985 Nr.38 i.f.; immerhin aber erscheint der Hinweis als zutreffend, dass es in einem Verfahren nach Art. 145 ZGB oft schneller zum Ziel führen dürfte, wenn vor der Vollstreckung eine definitive Massregel herbeigeführt wird, wobei die Entscheidung m.E. [gestützt auf Art. 79 SchKG] sogar mit der Rechtsöffnung verbunden werden kann, wenn vorgängig betrieben wurde). In Unterhaltssachen ist das Problem insofern entschärft, als hier die meist wirksamere Anweisung an den Drittschuldner (Art. 177 und 291 ZGB) zu Gebote steht (die im Resultat auf eine direkte Pfändung der Schuldnerforderung durch den Massnahmerichter hinausläuft und das in weiten Teilen wenig griffige SchKG sinnvoll ergänzt).

b) Häufige Fälle für (super)provisorische Verfügungen bilden sodann die Verfügungsbeschränkung gemäss Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB (obligatorischer Rechtsgrund, z.B. Art. 665 Abs. 1 ZGB) und die vorläufige Eintragung (oder Löschung) im Sinne von Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB (dinglicher Rechtsgrund, z. B. Art. 975 ZGB). Im Unterschied zum sonstigen einstweiligen Rechtsschutz muss hier nur die materielle Berechtigung, nicht aber ein drohender Nachteil, glaubhaft gemacht werden (vgl. Art. 961 Abs. 3 ZGB; Henri Deschenaux, SPR V/ 3.1 S. 344 FN 28 und 346, V/3.2 S. 855/7; Alain Gloor, Vorsorgliche Massnahmen im Spannungsfeld von Bundesrecht und kantonalem Zivilprozessrecht, Zürich 1982, S. 145). Der Grund liegt darin, dass die abstrakte Gefahr des Erwerbs durch einen gutgläubigen Dritten genügen muss; insbesondere ist es für den Ansprecher nicht zumutbar, die Wahrscheinlichkeit einer Grundstücksveräusserung o. dgl. abzuschätzen.

### III. Voraussetzungen

1. Die Voraussetzungen für eine superprovisorische Verfügung sind grundsätzlich dieselben, wie sie für den einstweiligen Rechtsschutz gelten (1. Glaubhaftmachung des Anspruchs; 2. evtl. Glaubhaftmachung des nicht anders abzuwendenden Nachteils i. S. von § 79 Abs. 1 GO bzw. § 176 Ziff. 3 ZPO; 3. [nachträglich] evtl. Sicherstellung und Schadenersatz, § 79 Abs. 3 GO und § 181 ff. ZPO). Folgende Erfordernisse kommen hinzu.

a) Einmal muss eine «besondere Dringlichkeit», gemeint in zeitlicher Hinsicht, gegeben sein. Die erst nachträgliche Anhörung der Gegenpartei ist oft aber darin begründet, dass ihr durch die «überfallartige» Vorgehensweise die Möglichkeit genommen werden soll, die Massnahme zu unterlaufen (vgl. Grundbuchsperrung oder Arrest; Gloor, a.a.O., S. 51; Keller, a.a.O., S. 117). Der Begriff der Dringlichkeit ist deshalb (in einem relativen Sinn) weit auszulegen, so dass er auch die sog. Vereitelungsgefahr umfasst.

b) Sodann erfordert das Superprovisorium als verfahrensleitende Anordnung die Pendenz eines selbständigen Verfahrens, nämlich eines Sach- (ordentlicher oder selbständiger summarischer Prozess, z.B. gemäss Art. 145 ZGB oder § 176 Ziff. 2 ZPO), Massnahme- (§ 176 Ziff. 3 ZPO) oder eines Vollstreckungsverfahrens (§ 176 Ziff. 1 bzw. 232 ZPO). Die Rechtshängigkeit muss spätestens mit dem superprovisorischen Antrag herbeigeführt werden. Wenn keine Prozedur bereits hängig ist, wird der Antrag zumeist in ein Massnahmebegehren (Provisorium mit Frist zur Klageanhebung, § 182 ZPO) eingebaut; die vorläufige Anordnung könnte aber auch mit dem Verfahren zur Hauptsache postuliert werden, im ordentlichen Prozess gestützt auf § 94 ZPO unter Umgehung der Vermittlung. Der Vorteil des Weges über das separate Massnahmeverfahren liegt in der bloss summarischen Begründung der Rechtschrift, der Nachteil im umständlicheren Verfahrensgang.

2. Der Erlass von superprovisorischen Anordnungen erfordert vom Richter viel Erfahrung und ein ausgeprägtes Gespür, vor allem weil das Rechtsfindungsmittel des «audiatur et altera pars» entfällt und die Verfügung schlagartig und ohne Verzug ergehen muss. Je geringfügiger der einstweilige Nachteil des Adressaten ist, desto geringer muss die Zurückhaltung sein, einem Antrag stattzugeben. In Zweifelsfällen, wenn der Anspruch nicht offensichtlich unbegründet erscheint, ist das Superprovisorium anzuordnen, gegebenenfalls (ex officio) verbunden mit einer Sicherstellungsaufgabe. In der Anordnung ist der Richter nur an die Zielrichtung, nicht aber an den konkreten Massnähmeantrag gebunden (Vogel, a.a.O., S. 99). Wo aber eine Anordnung ergeht, hat sie klar und griffig zu sein; halbherzige Massnahmen (z.B. ohne die notwendigen Sanktionsfolgen) sind in der Regel fehl am Platz.

### IV. Verfahren

1. Zuständiger iudex ist im Kanton Schwyz, wie in den meisten Prozessordnungen, der Präsident des mit der Sache befassten Gerichts (§ 79 Abs. 1 GO), im Verfahren vor Einzelrichter dieser selbst. Bei Verhinderung kann der Gerichtsschreiber an seiner Stelle handeln (§ 81 Abs. 2 GO). In Fällen, da die ordentliche Amtshilfe zu spät käme, können die Polizeiorgane beigezogen werden (Guldener, a.a.O., 3. A., S. 574).

2. a) Mit der superprovisorischen Verfügung wird der Gegenpartei Frist zur Antwort (Stellungnahme) oder Einsprache angesetzt. Säumnis gilt als Anerkennung, Einspracheverzicht führt zur automatischen Umwandlung in ein rechtskräftiges Provisorium.

b) Gesetzlich (leider) nicht geregelt ist das Prozedere im Abweisungsfall. Es kann indes auf die Praxis zur Arrestbewilligung zurückgegriffen werden (vgl. ZR 84 Nr. 88). Die Verweigerung der vorläufigen Anordnung ist in eine anfechtbare Verfügung zu kleiden, die vor Ablauf der Anfechtungsfrist dem Gesuchsgegner nicht mitgeteilt werden darf, damit ein anfälliges Rechtsmittel nicht zum vornherein nutzlos wird (vgl. auch ZR 47 Nr. 122). Der häufig geübte Verfahrensmodus, der Gegenpartei in impliziter Antragsablehnung direkt Frist zur Stellungnahme anzusetzen, ist unzulässig; so darf nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Antragstellers verfahren werden. Im Ergebnis könnte dann noch der Verzicht auf eine förmliche Verfügung vertreten werden, wenn eine Gefährdung der Rechtsposition des Ansprechers schlechthin ausgeschlossen erscheint.

3. Gegen die Bewilligung des Superprovisoriums ist je nach Verfahrensart die Einsprache, nach Umwandlung in das Provisorium oder Aufhebung das einschlägige Rechtsmittel (Rekurs oder Nichtigkeitsbeschwerde) gegeben.

Die Ablehnung einer vorläufigen Anordnung ist in weiter Auslegung von § 203 Ziff. 4 ZPO («vorsorgliche Massnahme») grundsätzlich ebenfalls rekursfähig, zumal nicht einzusehen wäre, weshalb die nachträgliche (in einlässlicherer Prüfung erfolgte) Aufhebung diesbezüglich privilegiert werden sollte. Das Anfechtungsverfahren erfolgt vorerst ohne Anhörung des Rechtsmittelbeklagten (vgl. ZR 84 Nr. 88).

4. Die superprovisorische Verfügung entfällt mangels abweichender Anordnung (erst) mit Rechtskraft der provisorischen Entscheidung (§ 79 Abs. 3 GO).

## V. Nachtrag

Als Muster kann folgende Antragsformulierung dienen:

« 1. ... (Provisorium oder Klagebegehren)

2. Antrag Ziff. 1 sei (insoweit) mit superprovisorischer Wirkung (oder: sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei) zu entsprechen (, als...).

3. ... »

Rat zu geben, das ist  
das dümmste Handwerk,  
das einer treiben kann.  
Rate sich jeder selbst  
und tue, was er nicht  
lassen kann.

GOETHE