

ZH_KASSATIONSGERICHT AA100014 vom 5. Mai 2010

Zh Kassationsgericht, 2010-05-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA100014

FR: ZH_KASSATIONSGERICHT AA100014 du 5 mai 2010

IT: ZH_KASSATIONSGERICHT AA100014 del 5 maggio 2010

Erwägungen

E. 2

S. 4 unten) – unmissverständlich aus dem im Rubrum der einzelrichterlichen Verfügung genannten Betreff ("vorsorgliche Massnahme / Persönlichkeitsschutz"). Weiter ist festzustellen, dass die (super)provisorische Anordnung nicht vom für (Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungs-)Klagen aus Persönlichkeitsverletzung (sachlich) zuständigen ordentlichen Richter (Bezirksgericht als Kollegialgericht), sondern von der Einzelrichterin im summarischen Verfahren erlassen wurde. Daraus folgt, dass die Erstinstanz das klägerische Begehren als Gesuch um vorprozessualen einstweiligen Rechtsschutz im Sinne von Art. 28e Abs. 2 ZGB verstanden hat. Nach zürcherischem Verfahrensrecht, welches mit Bezug auf die sachliche Zuständigkeit und den Rechtsmittelweg auch im Zusammenhang mit vorsorglichen Massnahmen nach Art. 28c ff. ZGB anwendbar bleibt (Meili, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 3. A., Basel/Genf/München 2006, N 1 zu Art. 28c ZGB; ZR 85 Nr. 60, Ziff. 2; s.a. Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb [UWG], Basel/Genf/München 2001, Art. 14 N 56; Bucher, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 3. A., Basel/Genf/München 1999, Rz 644 und 652; Hausheer/Aebi-Müller, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. A., Bern 2008, Rz 14.95), fällt nämlich nur die Beurteilung eines vorprozessualen Massnahmebe-

- 6 - gehrens in die sachliche Kompetenz des Einzelrichters im summarischen Verfahren (§ 23 Abs. 1 GVG in Verbindung mit § 222 Ziff. 3 ZPO; s.a. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 27 zu § 222 ZPO; Walder-Richli/Grob-Andermacher, a.a.O., § 32 Rz 22). Demgegenüber hat über vorsorgliche Massnahmen innerhalb eines bereits rechtshängigen Prozesses der mit der Hauptsache befasste (i.d.R. ordentliche) Richter (bei Klagen aus Art. 28 ff. ZGB das Bezirksgericht als Kollegialgericht oder allenfalls dessen Präsident) zu entscheiden (vgl. § 31 Ziff. 1 und § 123 GVG; Hauser/Schweri, a.a.O., N 5 zu § 31 GVG und N 1 zu § 123 GVG; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 62 f. [und N 18a] zu § 110 ZPO; Walder-Richli/Grob-Andermacher, a.a.O., § 32 Rz 19). (Als besondere Konstellation liegt die Zuständigkeit zur Anordnung einer innerprozessualen vorsorglichen Massnahme nur [aber immerhin] dann beim Summarrichter, wenn die Massnahme im Rahmen und für die Dauer eines bei ihm rechtshängigen Befehlsverfahrens zur schnellen Handhabung klaren Rechts im Sinne von § 222 Ziff. 2 ZPO zu treffen ist [vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1d zu § 204 ZPO und N 30a zu § 222 ZPO; Zürcher, Der Einzelrichter am Handelsgericht des Kantons Zürich, Zürich 1998, S. 354 f.]. Im vorliegenden Fall kann aufgrund der Formulierung des Verfahrensbetreffs im Rubrum und mangels dahingehender Anhaltspunkte in den erstinstanzlichen Akten jedoch ausgeschlossen werden, dass die verfügende Einzelrichterin das Klagebegehren der Beschwerdegegnerin – im Sinne dieses

Spezial- falls – als Befehlsbegehren nach § 222 Ziff. 2 ZPO aufgefasst und ihre Anordnung vom 20. Oktober 2009 als innerprozessuale superprovisorische Massnahme im Rahmen eines solchen Verfahrens verstanden hat [was im Übrigen auch der Beschwerdeführer selbst verneint; vgl. KG act. 1 S. 4, Ziff. 4; OG act. 1 S. 4/5, Ziff. 4].) Entgegen der vom Beschwerdeführer geäusserten Kritik (vgl. KG act. 1 S. 4, Ziff. 4) ist die Rechtsnatur der erstinstanzlichen Verfügung vom 20. Oktober 2009 somit auch ohne explizite Nennung der ihr zugrunde gelegten prozessualen Bestimmungen klar erkennbar: Es handelt sich um eine superprovisorische Anordnung im Rahmen eines vorprozessualen Massnahmeverfahrens zum Schutz der Persönlichkeit gemäss Art. 28e Abs. 2 in Verbindung mit Art. 28d Abs. 2 ZGB und § 222 Ziff. 3 ZPO. Diese (vom Beschwerdeführer verkannte) Verfahrensqualifika-

- 7 - tion durch die Erstinstanz bzw. die daraus folgende Art der Verfügung vom 20. Oktober 2009 ergibt sich im Übrigen auch aus dem Rubrum des Summarverfahrens, dessen das Prozessthema umschreibende Formulierung ("betreffend vorsorgliche Massnahme") augenscheinlich auf § 222 Ziff. 3 ZPO Bezug nimmt, sowie deren Dispositiv-Ziffer 2, wo von der Erledigung "des vorliegenden Massnahmeverfahrens" die Rede ist (s.a. OG act. 1 S. 4/5, Ziff. 4). Dass in der Verfügung – im Sinne einer verbreiteten Praxis – nicht (vorerst) Frist zur Erhebung einer Einsprache, sondern (direkt) zur Beantwortung des Begehrens angesetzt wurde (vgl. dazu Zürcher, a.a.O., S. 195 f.), ändert daran nichts. Auch hat die Vorinstanz entgegen beschwerdeführerischer Auffassung (vgl. ER act. 11) nirgends festgehalten, dass die erstinstanzliche Verfügung als superprovisorische Massnahme "im Rahmen eines ordentlichen Verfahrens" zu qualifizieren sei. (Ob die Erstinstanz die Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 19. Oktober 2009 zu Recht im Sinne eines Begehrens um vorprozessualen einstweiligen Rechtsschutz aus- gelegt und als solches behandelt hat, ist eine andere, hier nicht relevante Frage, die mit den gegen den Massnahmeentscheid zur Verfügungen stehenden Rechtsmitteln zur Prüfung zu stellen wäre. Im vorliegenden Kontext ist einzig von belang, dass dem Begehren diese Bedeutung beigemessen, dementsprechend ein derartiges [vorprozessuales Massnahme-]Verfahren eröffnet und der angefochtene [Inzident-]Entscheid in dessen Rahmen gefällt wurde.) bb) Wie bereits erwähnt, ist für die Anordnung vorprozessualer vorsorglicher Massnahmen im Sinne von Art. 28e Abs. 2 ZGB der Einzelrichter im summarischen Verfahren sachlich zuständig (§ 23 Abs. 1 GVG in Verbindung mit § 222 Ziff. 3 ZPO; ZR 85 Nr. 60, Ziff. 3). Dessen Erledigungsverfügung, die ein eigenständiges (Summar-)Verfahren abschliesst, kann unter den Voraussetzungen von § 272 Abs. 1 ZPO mit Rekurs an das Obergericht angefochten werden. Hingegen ist nach der Ausschlussvorschrift von § 284 Ziff. 7 ZPO gegen einen (obergerichtlichen) Rekursentscheid betreffend (auch vorprozessuale) vorsorgliche Massnahmen die Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht nicht zulässig (vgl. ZR 105 Nr. 18, Erw. II/3/b/cc m.w.Hinw.; 108 Nr. 40, Erw. 2/b). Demzufolge kann im vorliegenden Verfahren der Erledigungsentscheid in der Sache selbst, d.h. der summarrichterliche (Rekurs-)Entscheid über das vorprozessuale Massnahmebe-

- 8 - gehen (bzw. über das als solches aufgefasste Begehren der Beschwerdegegnerin vom 19. Oktober 2009), nicht mit Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht weitergezogen werden. Ist im vorliegenden (vorprozessualen Massnahme-)Verfahren aber die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde "in der Sache selbst" ausgeschlossen, kann auch der im Rahmen dieses Verfahrens ergangene Entscheid über ein Ablehnungsbegehren nicht

zum Gegenstand einer Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht gemacht werden. Steht nämlich gegen den Erledigungsentscheid in einem bestimmten Verfahren die Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht nicht zur Verfügung, kann nach feststehender Praxis auch ein im betreffenden Verfahren ergangener prozessleitender Entscheid nicht an das Kassationsgericht weitergezogen werden (vgl. Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 64; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 zu § 282 ZPO). Denn nach dem Grundsatz der Einheit des Prozesses können den Parteien im Neben- oder Inzidentverfahren (d.h. zur Anfechtung von Inzidententscheiden, z.B. betreffend Ablehnung, unentgeltliche Rechtspflege, Fristwiederherstellung usw., die innerhalb eines solchen Verfahrens ergehen) nicht mehr oder weitere Rechtsmittel zur Verfügung stehen als im betreffenden Hauptverfahren für die Anfechtung des Entscheids in der (Haupt-)Sache selbst (vgl. insbes. RB 1989 Nr. 22; 1997 Nr. 88; statt vieler auch Kass.-Nr. AA060164 vom 8.11.2006 i.S. B.c.K., Erw. 4; AA040037 vom 24.3.2004 i.S. Z.c.B., Erw. 2/c; Kass.-Nr. 2001/139 vom 10.6.2001 i.S. B.c.K., Erw. 4/b; 2000/379 vom 30.11.2000 i.S. M.c.D.; 98/100 und 98/101 vom 10.3.1998 i.S. B.c.K., je Erw. 2 [m.w.Hinw.]; 96/574 vom 18.2.1997 i.S. A.c.M., Erw. 2.3). Mangels kassationsgerichtlicher Zuständigkeit zur Überprüfung des (Erledigungs-)Entscheids in der Sache selbst, d.h. weil der Massnahmenentscheid im Sinne von § 222 Ziff. 3 ZPO nicht mit Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht weitergezogen werden kann (§ 284 Ziff. 7 ZPO), steht somit auch gegen den angefochtenen Zwischenentscheid (betreffend Ausstand), der im Rahmen eines Verfahrens nach § 222 Ziff. 3 ZPO ergangen ist, die Beschwerde an das Kassationsgericht nicht offen. Auf die vorliegende Beschwerde ist deshalb nicht einzutreten (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 vor §§ 259 ff. ZPO und N 22 - 9 - zu § 108 ZPO; Spühler/Vock, a.a.O., S. 79; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 491, 494 und 504). cc) Daran ändert auch der Umstand nichts, dass in der Rechtsmittelbelehrung des angefochtenen Entscheids (fälschlicherweise) die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde als zulässiges Rechtsmittel gegen den vorinstanzlichen (Zwischen-)Entscheid genannt wird (s. KG act. 2 S. 5, Disp.-Ziff. 5), kann die Zulässigkeit eines Rechtsmittels doch keinesfalls von der (unrichtigen) Rechtsmittelbelehrung der unteren Instanz abhängen. Vielmehr hat die Rechtsmittelinstanz (hier: das Kassationsgericht) im Hinblick auf die ihr vom Gesetz verliehene funktionale Zuständigkeit die Prozess- bzw. Rechtsmittelvoraussetzungen für das bei ihr anhängig gemachte (Rechtsmittel-)Verfahren von Amtes wegen zu prüfen (vgl. insbes. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 290 ZPO) und das Rechtsmittel bei Fehlen einer solchen von der Hand zu weisen. Eine fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung vermag eine nicht gegebene Zuständigkeit der Rechtsmittelinstanz mithin nicht zu begründen resp. die fehlende Beschwerdefähigkeit des vorliegend angefochtenen Beschlusses nicht zu beseitigen (ZR 107 Nr. 28, Erw. 4.4/e a.E.; 105 Nr. 18, Erw. II/4 m.w.Hinw. auf die bundesgerichtliche und die kassationsgerichtliche Praxis; Hauser/Schweri, a.a.O., N 18 zu § 188 GVG; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., Bern 2006, Kap. 13 Rz 64). Insbesondere kann auch der Grundsatz von Treu und Glauben bzw. des Vertrauensschutzes (Art. 9 BV, § 50 Abs. 1 ZPO) keine Rechtsmittelmöglichkeit schaffen, die es gemäss der gesetzlichen Verfahrensordnung gar nicht gibt. Er kann mit anderen Worten nicht dazu führen, dass auf ein als solches unzulässiges Rechtsmittel eingetreten wird (vgl. BGE 117 Ia 299, Erw. 2; 129 III 89, Erw. 2.1 a.E.; 129 IV 200 f., Erw. 1.5 a.E.; 135 III 473, Erw. 1.2 a.E.; BGer 4A_94/2008 vom 8.5.2008, Erw. 1.4; 1B_10/2009 vom 14.5.2009, Erw. 2). 3.a) Gemäss der auch im Rechtsmittelverfahren geltenden allgemeinen

Regel von § 64 Abs. 2 ZPO werden die Gerichtskosten grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt. Als unterliegende Partei ist auch der (Rechtsmittel-)Kläger zu behandeln, auf dessen Klage (resp. Rechtsmittel) nicht eingetreten wird (Guldener, a.a.O., S. 406, Anm. 6/a; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 18 zu § 64

- 10 - ZPO). Da der Beschwerdeführer mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde in diesem Sinne unterliegt, wären die Kosten des Kassationsverfahrens an sich ihm aufzulegen. Aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes (Art. 9 BV; s.a. § 50 Abs. 1 ZPO) folgt jedoch, dass einer Partei aus einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung, auf die sie sich nach Treu und Glauben verlassen durfte, kein Rechtsnachteil erwachsen darf (Spühler/Vock, a.a.O., S. 6; Hauser/Schweri, a.a.O., N 20 zu § 188 GVG; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 12a zu § 50 ZPO und Anhang II, N 20 zu § 157 GVG; Vogel/Spühler, a.a.O., Kap. 13 Rz 64). In casu ist nicht auszuschliessen, dass sich der Beschwerdeführer hauptsächlich aufgrund der unzutreffenden vorinstanzlichen Rechtsmittelbelehrung veranlasst sah, gegen den angefochtenen Entscheid kantonale Nichtigkeitsbeschwerde (statt Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. in Verbindung mit Art. 92 BGG beim Bundesgericht) zu führen. Da die aus der Ausnahmenvorschrift von § 284 Ziff. 7 ZPO folgende Unrichtigkeit der von der Vorinstanz erteilten Rechtsmittelbelehrung für ihn überdies nicht ohne weiteres erkennbar war, erscheint es aus Gründen des Vertrauensschutzes angezeigt, die Kosten des Kassationsverfahrens (abweichend vom allgemeinen Grundsatz) in Anwendung von § 64 Abs. 3 ZPO und in Analogie zu § 66 Abs. 2 ZPO auf die Gerichtskasse zu nehmen (vgl. RB 1980 Nr. 14; Kass.-Nr. AA040037 vom 24.3.2004 i.S. Z.c.B., Erw. 3; AA050195 vom 22.2.2006 i.S. Z.c.D., Erw. III/1; AA090007 vom 21.4.2009 i.S. K.c.S., Erw. 3 m.w.Hinw.; AA090086 vom 7.7.2009 i.S. K.c.K., Erw. 3/a; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 66 ZPO m.w.Hinw. auf die Praxis; Hauser/Schweri, a.a.O., N 18 zu § 188 GVG; s.a. BGer 5A_33/2008 vom 26.2.2008, Erw. 2.2; 5A_814/2008 vom 12.3.2009, Erw. 1.2; 1B_10/2009 vom 14.5.2009, Erw. 2). b) Die Zusprechung einer Prozessentschädigung an die Beschwerdegegnerin fällt schon deshalb ausser Betracht, weil diese die Beschwerde nicht beantwortet hat und ihr im Kassationsverfahren somit keine entschädigungspflichtigen Kosten und Umtriebe (im Sinne von § 68 ZPO) entstanden sind; überdies würden die vorstehenden Erwägungen zum Vertrauensschutz auch bezüglich einer allfälligen Entschädigungspflicht Geltung beanspruchen. Für die eventualiter beantrag-

- 11 - te Entschädigung des Beschwerdeführers aus der Gerichtskasse (vgl. KG act. 1 S. 2) fehlt es demgegenüber an einer gesetzlichen Grundlage (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 66 ZPO).

E. 4

Der vorliegende Beschluss schliesst das Verfahren (als Gesamtes) nicht ab. Folglich handelt es sich (in der Terminologie des BGG) nicht um einen Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG, sondern um einen Zwischenentscheid über ein Ausstandsbegehren. Als solcher unterliegt er der selbstständigen Anfechtung beim Bundesgericht (Art. 92 BGG). Da ein (auch Massnahme-)Verfahren zum Schutz vor widerrechtlicher Persönlichkeitsverletzung eine nicht vermögensrechtliche Zivilsache im Sinne von Art. 72 Abs. 1 BGG zum Gegenstand hat (Pra 2009 Nr. 104, Erw. 1; BGer 5A_211/2007 vom 16.8.2007, Erw. 1 m.Hinw. auf BGE 102 II 96; 5A_530/2007 vom 18.3.2008, Erw. 1.3) und der Rechtsweg gegen Zwischenentscheide (auch betreffend Ausstand) dem in der Hauptsache zulässigen Rechtsmittel folgt (BGer 5A_206/2008 vom 23.5.2008, Erw. 1.2; 5A_382/2007 vom 25.2.2008, Erw. 1.1; 5A_211/2007 vom 16.8.2007, Erw. 1; s.a. BGE 133 III 647 f., Erw.

2.2), steht gegen ihn die ordentliche Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG offen. Dabei kann allerdings nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (Art. 98 BGG). Hingegen findet die Vorschrift von Art. 100 Abs. 6 BGG (betreffend den Beginn der Anfechtungsfrist für den obergerichtlichen Beschluss vom 14. Januar 2010) mangels Zulässigkeit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde in casu keine Anwendung (BGE 134 III 92 ff., Erw. 1.2 und 1.4; BGer 5A_651/2007 vom 27.11.2007). Ob die unzutreffende vorinstanzliche Rechtsmittelbelehrung hieran etwas zu ändern vermag (oder zur Wiederherstellung der Anfechtungsfrist von Art. 100 Abs. 1 BGG führen kann), hätte gegebenenfalls das Bundesgericht zu entscheiden.

- 12 - Das Gericht beschliesst:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.