



Fall-Nr.:	BS.2019.11
Stelle:	Kantonsgericht
Rubrik:	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
Publikationsdatum:	03.09.2020
Entscheiddatum:	04.02.2020

Entscheid Kantonsgericht, 04.02.2020

Art. 248 lit. c und Art. 256 Abs. 1 ZPO (SR 272); Art. 6 Abs. 1 EMRK (SR 0.101):
Im Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen steht es grundsätzlich im Ermessen des Gerichts, auf die Durchführung einer Verhandlung zu verzichten und aufgrund der Akten zu entscheiden. Ein solcher Verzicht muss dabei unter bestimmten Umständen selbst dann erlaubt sein, wenn das Verfahren ausnahmsweise vom Geltungsbereich von Art. 6 Abs. 1 EMRK erfasst wird. Vorliegend rechtfertigten es die konkreten Umstände, trotz eines entsprechenden Antrags auf die Durchführung einer Verhandlung im Massnahmeverfahren zu verzichten (Einzelrichterin im Personen-, Erb- und Sachenrecht, 4. Februar 2020, BS.2019.11).

Das Bundesgericht trat auf eine gegen diesen Entscheid gerichtete Beschwerde am 19. März 2020 nicht ein, BGer 5D_56/2020, und wies ein gegen das bundesgerichtliche Urteil gerichtetes Revisionsgesuch am 20. April 2020 ab, soweit es darauf eintrat, BGer 5F_13/2020.

Sachverhalt (Zusammenfassung)

In der Sache ging es um ein Gesuch der Gesuchstellerin, dem Gesuchsgegner superprovisorisch, eventualiter provisorisch, ein in der Vergangenheit bereits mehrfach gezeigtes Verhalten zu verbieten. Die Vorinstanz wies zunächst den Antrag auf superprovisorische Anordnung des beantragten Verbots ab. Sodann forderte sie den Gesuchsgegner zur Stellungnahme auf und teilte den Parteien mit, dass eine



Verhandlung nicht vorgesehen sei und später der schriftliche Entscheid zugestellt werde. Alsdann eröffnete die Vorinstanz den Parteien im Dispositiv und mit Kurzbegründung ihren Entscheid, mit welchem sie dem Gesuchsgegner das strittige Verhalten bis auf weiteres verbot und der Gesuchstellerin eine Frist von zwei Monaten zur Einreichung der Klage im Hauptverfahren ansetzte. Aufgrund einer Verwechslung ging die Vorinstanz dabei irrtümlich davon aus, dass die Stellungnahme des Gesuchsgegners, in der dieser u.a. um Durchführung einer Verhandlung ersucht hatte, verspätet erfolgt und daher nicht zu berücksichtigen sei. In der Folge machte der Gesuchsgegner die Vorinstanz auf den Irrtum aufmerksam und verlangte die Aufhebung, eventualiter die Ausfertigung einer schriftlichen Begründung des Entscheids. In der daraufhin versandten schriftlichen Entscheidsbegründung räumte die Vorinstanz ihren Fehler ein und erläuterte ausführlich, weshalb eine Berücksichtigung der Eingabe des Gesuchsgegners zu keinem anderen Ergebnis geführt hätte. Dagegen erhob der Gesuchsgegner Berufung beim Kantonsgericht, wobei er in verfahrensmässiger Hinsicht wiederum um Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung ersuchte.

Erwägungen (Auszug):

III.

1. Vorsorgliche Massnahmen (Art. 248 lit. d und Art. 261 ff. ZPO) sind Anordnungen des Gerichtes, mit denen einer Partei vor oder während des ordentlichen Prozesses vorläufiger Rechtsschutz gewährt wird. Sie dienen der Schaffung eines einstweiligen Zustandes, um nachteilige Folgen der möglicherweise langen Verfahrensdauer in einem Hauptsacheverfahren aufzufangen; sie schaffen einen vorübergehenden Zustand bzw. eine vorübergehende Ordnung und präjudizieren den Entscheid in der Hauptsache nicht (BSK ZPO-Sprecher, 3. Aufl., Vorbem. Art. 261-269 N 1 f.; Güngerich, Berner Kommentar, Art. 261 ZPO N 1-3). Um diesem Zweck gerecht zu werden, ergehen



vorsorgliche Massnahmen in einem raschen Verfahren ohne ausgedehnte Beweisabnahmen (vgl. Art. 254 Abs. 1 und 2 ZPO) und aufgrund einer bloss summarischen Anspruchsprüfung (BSK ZPO-Sprecher, Vorbem. Art. 261-269 N 73; BK-Güngerich, Vorbem. zu Art. 248-270 ZPO N 7-9; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 3. Aufl., § 22 N 27 f.). Auch die schriftliche Begründung des Gerichts darf dabei knapper ausfallen als in einem ordentlichen oder vereinfachten Verfahren (BSK ZPO-Mazan, Art. 256 N 7; BK-Güngerich, Art. 256 ZPO N 13). [...]

2.a) Vorliegend ist unbestritten, dass die Vorinstanz im Zeitpunkt ihrer Entscheidfällung aufgrund der Verwechslung zweier Sendungsnummern fälschlicherweise davon ausging, dass die Eingabe des Gesuchsgegners vom [_Datum_] verspätet erfolgt und daher – abgesehen vom darin enthaltenen Antrag auf unentgeltliche Rechtspflege – nicht zu berücksichtigen sei. Dies stellt eine schwerwiegende Verletzung des Anspruchs des Gesuchsgegners auf rechtliches Gehör dar (vgl. Art. 53 ZPO; Art. 29 Abs. 2 BV), welcher namentlich beinhaltet, dass die Gerichte die form- und fristgerechten sowie rechtserheblichen Vorbringen der Parteien anhören und bei der Entscheidfindung berücksichtigen (BGE 136 I 184 E. 2.2.1; BGE 134 I 83 E. 4.1). Wegen der formellen Natur des Gehörsanspruchs müsste diese Verletzung an und für sich die Gutheissung des Rechtsmittels und Aufhebung des angefochtenen Entscheids zur Folge haben (BGE 135 I 187 E. 2.2 m.w.H.). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann indes auch eine schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise geheilt und von einer Rückweisung abgesehen werden. Hier sind die dafür notwendigen Voraussetzungen (vgl. dazu BGE 137 I 195 E. 2.3.2; BGE 135 I 187 E. 2.2; BGer 4A_453/2016 E. 2) gegeben. Die erwähnte Eingabe des Gesuchsgegners kann von der Berufungsinstanz, die sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen darf (vgl. Art. 310 ZPO), berücksichtigt werden und beide Parteien hatten im Berufungsverfahren Gelegenheit, sich dazu zu äussern. Zudem würde eine Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu einer unnötigen Verzögerung des möglichst rasch zu erledigenden Massnahmeverfahrens führen, nachdem die Vorinstanz schon in der auf Verlangen des Gesuchsgegners nachträglich ausgestellten schriftlichen Entscheidbegründung ausführlich erläutert hatte, weshalb die Berücksichtigung seiner



Eingabe sie zu keinem anderen Entscheid bewogen hätte (vi-Entscheid, S. 5-10). Insofern ist im Sinne einer Heilung und zwecks Vermeidung eines offenkundigen Leerlaufs ausnahmsweise von einer Rückweisung, die der Gesuchsgegner im Übrigen auch nicht zu verlangen scheint, abzusehen.

b) Ebenfalls keinen hinreichenden Grund für eine Rückweisung bildet der Antrag des Gesuchsgegners auf Durchführung einer mündlichen und öffentlichen Verhandlung, an dem er im Berufungsverfahren festhält. Die Vorinstanz behandelte diesen Verfahrensantrag aus den bereits bekannten Gründen – irrtümliche Annahme der Verspätung – nicht. Ihrem verfahrensleitenden Schreiben vom [_Datum_] sowie der Stossrichtung der nachgelieferten schriftlichen Entscheidung lässt sich jedoch entnehmen, dass sie dem Antrag nicht stattgegeben hätte. Unter den konkreten Umständen wäre es denn auch im Rahmen des der Vorinstanz zustehenden Ermessens gelegen, trotz eines als rechtzeitig erkannten dahingehenden Antrags auf die Durchführung einer Verhandlung zu verzichten. Aus den gleichen, nachfolgend zu erörternden Gründen rechtfertigt sich ein solcher Verzicht auch im Berufungsverfahren:

aa) Zunächst einmal haben die Parteien im Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen keinen unbedingten Anspruch auf eine Verhandlung. Nach Art. 248 lit. c ZPO ist für die vorsorglichen Massnahmen das summarische Verfahren anwendbar. In diesem Verfahren kann das Gericht auf die Durchführung einer Verhandlung verzichten und aufgrund der Akten entscheiden, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 256 Abs. 1 ZPO). Eine solche Ausnahme besteht für das provisorische Massnahmeverfahren nicht. Es liegt damit im Ermessen des Gerichts, eine Verhandlung anzusetzen oder aufgrund der Akten zu entscheiden (BK-Güngerich, Art. 256 ZPO N 1).

bb) Dem steht Art. 6 EMRK, der im Rahmen seines Geltungsbereichs ein faires, zügiges und öffentliches Verfahren garantiert, nicht entgegen. Zwar werden vorsorgliche Mass-



nahmeverfahren ausnahmsweise vom Geltungsbereich von Art. 6 Abs. 1 EMRK erfasst, wenn darin – wie hier – zumindest für beschränkte Zeit über genau jenes Recht geurteilt wird, über das anschliessend auch im Hauptverfahren zu urteilen ist (vgl. dazu BGE 141 I 241 E. 4.2.1; Urteil des EGMR *Micallef gegen Malta* vom 15. Oktober 2009 [Nr. 17056/06] § 83 ff.). Doch enthält diese Bestimmung neben dem Anspruch auf Durchführung einer öffentlichen Verhandlung eine Vielzahl weiterer Teilgehalte (Recht auf ein Gericht, Fairness im Verfahren, Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Gerichts usw.). Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte anerkennt, "dass in Ausnahmefällen – in denen etwa die Effektivität der angestrebten Massnahme von einer raschen Entscheidung abhängt – die sofortige Erfüllung aller Anforderungen des Art. 6 EMRK unmöglich sein kann" (Urteil des EGMR *Micallef gegen Malta* vom 15. Oktober 2009 [Nr. 17056/06] § 86). Während die Garantien der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des betroffenen Gerichts auch in Verfahren um einstweiligen Rechtsschutz als unentbehrlich gelten, sind bei anderen Verfahrensgarantien wie etwa jener auf Durchführung einer öffentlichen Verhandlung gewisse Einschränkungen möglich. Die dringliche Natur und das Ziel der vorsorglichen Massnahmen (s. E. 1 hiervor) müssen es erlauben, dass das Gericht – wie in Art. 256 Abs. 1 ZPO vorgesehen – unter bestimmten Umständen auf eine öffentliche Verhandlung verzichtet, um einen raschen Rechtsschutz und die Wirksamkeit der Massnahme nicht zu gefährden. Dieses Verständnis rechtfertigt sich umso mehr, als Art. 263 ZPO bei Massnahmen vor Rechtshängigkeit der Hauptsache sicherstellt, dass innert nützlicher Frist nach deren Anordnung entweder ein Hauptsacheverfahren anhängig gemacht wird, in welchem der Anspruch auf öffentliche Verhandlung dann unbedingt ist, oder aber die Massnahme dahinfällt.

cc) Hier entschied sich die Vorinstanz nach Eingang des Massnahmegesuchs und Abweisung des Antrags auf superprovisorische Anordnung dazu, dem Gesuchsgegner Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme zu geben (vgl. Art. 253 ZPO). In seiner dem Gericht am letzten Tag der angesetzten Frist überbrachten [Stellungnahme] bestritt er das ihm vorgeworfene Verhalten, dessen störenden Charakter sowie seine Absicht, [dieses fortzuführen], nicht; er bezeichnete seine Verhaltensweise vielmehr als Protest, äusserte sich zu den Hintergründen desselben und erläuterte



seine Forderung. Unter diesen Umständen drängte es sich geradezu auf, durch den unverzüglichen Entscheid über die beantragte vorsorgliche Massnahme rasch eine vorläufige Ordnung herbeizuführen. Von der Durchführung einer Verhandlung nach Abschluss eines ersten Schriftenwechsels durfte und darf daher im vorliegenden Verfahren abgesehen werden. Der Verzicht rechtfertigt sich insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass eine öffentliche und mündliche Verhandlung im innert angesetzter Frist einzuleitenden (und seit [_Datum_] anhängig gemachten) Hauptverfahren stattfinden kann bzw. wird (vgl. Art. 245 ZPO). Dort werden die Berechtigung des beantragten Verbots und die vom Gesuchsgegner angeführten Rechtfertigungsgründe dann auch nicht mehr bloss summarisch zu beurteilen sein.

3.a) Damit ist im Folgenden noch zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Anordnung der beantragten vorsorglichen Massnahme erfüllt waren. [...]