

Zwei Hinweise auf redaktionelle Mängel unserer ZPO*

(von Dr. Alfred Koller, Siebnen/Tübingen)

Beim Erlass der Zivilprozessordnung vom 25. Oktober 1974 lehnte man sich stark an den Vorentwurf des zürcherischen Gesetzes über den Zivilprozess vom 13. Juni 1976 (im folgenden ZPO/ZH) an¹. Zu einem guten Teil wurden die zürcherischen Bestimmungen wörtlich übernommen. Diese Anpassung erfolgte dabei verschiedentlich zu Unrecht (Beispiel: § 161f. ZPO, siehe nachstehend I.); umgekehrt ist man in mehreren Fällen vom Wortlaut der ZPO/ZH zu Unrecht abgewichen (Beispiel: § 178 Abs. 3 ZPO, siehe nachstehend II.)²

* Für die Durchsicht des Manuskripts danke ich den Herren Dr. Walter Heim, Immensee, und lic. iur. Bruno Frick, Einsiedeln.

1 Richard André Schindler, Die Revision der Schwyzer Kantonsverfassung ..., in: EGV-SZ 1977, S. 158.

2 Ein weiteres markantes Beispiel einer unglücklichen Anlehnung an das zürcherische Recht finden wir in § 111 Abs. 1 ZPO, wo bestimmt wird:

„Bleibt eine Partei einer mündlichen Verhandlung im Hauptverfahren ohne genügende Entschuldigung fern, so wird eine neue Verhandlung angesetzt. Zu dieser wird unter der Androhung für die säumige Partei vorgeladen, dass bei erneutem Ausbleiben des Klägers oder beider Parteien Rückzug der Klage, bei erneutem Ausbleiben des Beklagten Anerkennung der tatsächlichen Klagegründe und Verzicht auf Einreden angenommen werde.“

Dem § 111 Abs. 1 ZPO entspricht im wesentlichen § 129 Abs. 1 ZPO/ZH. Unterschiedlich ist nur, dass diese letztere Bestimmung das Fernbleiben einer Partei von „der Hauptverhandlung“ (sc. im mündlichen Verfahren) statt „einer mündlichen Verhandlung im Hauptverfahren“ regelt.

Mündliche Verhandlungen im Hauptverfahren sind namentlich: a) mündliches Verfahren für Replik und Duplik, b) Referentenaudienz, c) Vergleichsverhandlung, d) mündliche Klagebeantwortung gemäss § 110 Abs. 1 ZPO. – Im Fall a) kommt bei Ausbleiben des Klägers oder des Beklagten § 111 Abs. 1 ZPO gar nicht zur Anwendung, sondern § 114 ZPO, welche Bestimmung ganz andere Rechtsfolgen vorsieht als § 111. Auf Fall b) kann § 111 u. E. ebenfalls keine Anwendung finden. Denn es wäre unverhältnismässig, mit zweimaligem Fernbleiben von einer Referentenaudienz die in § 111 Abs. 1 vorgesehenen Rechtsfolgen (Klagerückzug=Rechtsverlust; Anerkennung der tatsächlichen Klagegründe und Einredenverzicht) zu verbinden. In gleicher Weise wäre es u. E. nicht angängig, § 111 Abs. 1 auf Fall c) zur Anwendung zu bringen. Bleibt schliesslich Fall d), auf den § 111 Abs. 1 einzig zur Anwendung kommt: Erscheint der Beklagte nicht zur mündlichen Klagebeantwortung, so ist ihm anzudrohen, dass bei nochmaligem Ausbleiben auf erneute Vorladung hin die tatsächlichen Klagegründe (unter Vorbehalt von § 113 Abs. 1 ZPO) als anerkannt gelten und er mit Einreden ausgeschlossen ist. Allein um diesen Fall zu regeln, hätte man § 111 ZPO nicht schaffen müssen; die Bestimmung ist geeignet, Verwirrung zu stiften. – Das Gesagte gilt für das ordentliche und beschleunigte Verfahren (§ 188 ZPO). Das summarische Verfahren kennt ein eigenes Säumnisverfahren (§ 168 f. ZPO). – Siehe ferner auch Anm. 22 a. E.

I. Unklare Umschreibung der Begriffe Urteil und Verfügung (bzw. Beschluss) in den § 161 f. ZPO/§ 130 GO

Die Form, in der zivilprozessuale Entscheide zu ergehen haben, richtet sich nach §§ 161 f. ZPO und § 130 GO.³

§ 161 ZPO

¹ Sobald der Prozess spruchreif ist, fällt das Gericht den Endentscheid. Es legt ihm unter Vorbehalt rechtzeitiger Geltendmachung den Sachverhalt zugrunde, wie er in diesem Zeitpunkt besteht.

² Der Endentscheid in der Sache selbst erfolgt durch Urteil. Alle andern Erledigungen des Prozesses, insbesondere bei Fehlen einer Prozessvoraussetzung, bei Rückzug, Anerkennung, Vergleich oder Gegenstandslosigkeit erfolgen durch Beschluss oder Verfügung.

³ Auf Grund einer Parteierklärung, insbesondere eines Vergleiches, erfolgt die Erledigung erst, wenn das Gericht festgestellt hat, dass die Erklärung zulässig und klar ist.

§ 162 ZPO

Vorfragen und Einreden werden in der Regel durch den Endentscheid erledigt. Wenn es die Umstände rechtfertigen, kann ein Vor- oder Teilentscheid gefällt werden.

§ 130 GO

¹ Über die Sache selbst wird ein Urteil erlassen.

² Andere Endentscheide und die Zwischenentscheide von Kollegialbehörden ergehen als Beschluss, solche von Einzelbehörden als Verfügung.

Nach Abs. 1 von § 130 GO ergehen *Entscheide "über die Sache selbst"* als Urteil. Aus Abs. 2 der gleichen Bestimmung ("andere Endentscheide") ergibt sich mittelbar, dass in Abs. 1 nur die *End-* (d.h. verfahrensabschliessenden⁴) Entscheide in der Sache gemeint sind. Nicht in der Sache ergehende Endentscheide sind als Verfügung oder als Beschluss zu erlassen, je nachdem ob der Einzelrichter oder eine Kollegialbehörde entscheidet. Mit § 130 GO stimmt die Ordnung in § 161 ZPO überein. Gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung erfolgt "der Endentscheid in der Sache selbst" durch Urteil, alle andern Endentscheide ergehen als Verfügung oder Beschluss⁵.

³ Die §§ 161 f. ZPO gelten aufgrund ihrer systematischen Stellung unmittelbar nur für den ordentlichen Zivilprozess. Sie finden aber gemäss § 188 bzw. § 165 ZPO auch Anwendung auf das beschleunigte und summarische Verfahren.

⁴ Vgl. Sträuli/Messmer, zit. in Anm. 5, N 4 ff. zu § 189.

⁵ Für Einzelheiten zum Sachentscheid vgl. Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1976, N 8 f. zu § 188.

und Verfügung (bzw. Beschluss)

zu ergehen haben, richtet sich

das Gericht den Endentscheid.
Geltendmachung den Sachver-
besteht.

st erfolgt durch Urteil. Alle an-
dere bei Fehlen einer Prozess-
g, Vergleich oder Gegenstands-
rfügung.

besondere eines Vergleiches, er-
t festgestellt hat, dass die Erklä-

r Regel durch den Endentscheid
gen, kann ein Vor- oder Teilent-

erlassen.

henentscheide von Kollegialbe-
Einzelbehörden als Verfügung.

ende "über die Sache selbst" als
g ("andere Endentscheide") er-
nd- (d.h. verfahrensabschliessen-
i. Nicht in der Sache ergehende
beschluss zu erlassen, je nachdem
örde entscheidet. Mit § 130 GO
i. Gemäss Abs. 2 dieser Bestim-
ne selbst" durch Urteil, alle an-
der Beschluss⁵.

ematischen Stellung unmittelbar nur
aber gemäss § 188 bzw. § 165 ZPO
ummarische Verfahren.

§ 189.

li/Messmer, Kommentar zur Zürche-
F. zu § 188.

§ 162 ZPO befasst sich mit dem Entscheid von Vorfragen und Einreden. Deren Erledigung kann das Verfahren beenden (es wird z.B. eine Verjährungseinrede gutgeheissen). Trifft dies nicht zu (die Verjährungseinrede wird verworfen), so ist gemäss der zitierten Bestimmung in der Regel kein selbständiger Vor- oder Teilentscheid zu fällen, vielmehr ist die Vorfrage (Einrede) mit dem Endentscheid zu erledigen. Wird ausnahmsweise – vor Erlass des Endentscheids – ein Vor- oder Teilentscheid gefällt, so handelt es sich dabei um einen Zwischenentscheid i. S. von § 130 GO.⁶ Der Entscheid ist demnach – stellt man auf den Wortlaut dieser Bestimmung ab – in die Form des Beschlusses oder der Verfügung, nicht jedoch des Urteils, zu kleiden.

Bei der Redaktion von § 161 f. ZPO lehnte man sich wörtlich an § 188 f. ZPO/ZH an. Zu Unrecht, denn die Abgrenzung Urteil/Verfügung (Beschluss), wie sie sich bei wörtlicher Auslegung von § 161 f. ZPO i.V.m. § 130 GO ergibt, ist für das schwyzerische Recht in zweifacher Hinsicht nicht zutreffend:

1. Entgegen dem Wortlaut von § 130 GO i.V.m. §§ 161 f. ZPO können nicht nur Endentscheide Urteile sein, sondern auch (selbständige) Vor- und Teilentscheide. Und zwar haben Teil- und Vorentscheide immer dann als Urteile zu ergehen, wenn sie die "Sache selbst" betreffen (§ 161 Abs. 2 analog)⁷. Durch Vorurteil ist also etwa zu entscheiden, wenn der Richter vor Erlass des Endentscheids eine Verjährungseinrede verwirft oder eine bestrittene Aktiv- oder Passivlegitimation bejaht⁸. Ein Teilurteil ist beispielsweise zu erlassen, wenn der Richter über einen spruchreifen Teil einer Schadenersatzforderung entscheidet⁹.

Ob ein Teilentscheid/Vorentscheid als Teilurteil/Vorurteil oder als Teilverfügung/Vorverfügung bzw. -beschluss zu erlassen ist, hat nicht nur klassifikatorische Bedeutung. Der Unterscheidung kommt vielmehr praktische Bedeutung bei der Bestimmung des Rechtsmittelweges zu: Gegen Vor- und Teilurteile ist nach Massgabe des § 190 ZPO die Berufung zulässig, gegen Vor- und Teilverfügungen (-beschlüsse) hingegen höchstens der Rekurs oder die Nichtigkeitsbeschwerde, nie die Berufung (§ 190, 203 ZPO).

2. Wie in Anm. 3 erwähnt, gilt § 161 ZPO aufgrund der Verweisung in § 165 ZPO für das summarische Verfahren ebenfalls. Daraus würde an sich folgen,

6 § 162 ZPO qualifiziert vor Verfahrensende ergehende Vor- und Teilentscheide eindeutig als Nicht-Endentscheide und damit als Zwischenentscheide i. S. von § 130 GO.

7 Vgl. Sträuli/Messmer, zit. in Anm. 5, N 2 zu § 189, mit Bezug auf das zürcherische Recht.

8 Vgl. Sträuli/Messmer, zit. in Anm. 5, N 4 zu § 189.

9 Vgl. Sträuli/Messmer, zit. in Anm. 5, N 3 zu § 189. – § 162 ZPO erweckt den Eindruck, Vorfragen und Einreden könnten unter Umständen durch einen Teilentscheid erledigt werden. Dem ist indes nicht so. Vorfragen und Einreden finden ihre Erledigung allenfalls in einem Vorentscheid, nicht jedoch in einem Teilentscheid. Auch in dieser Hinsicht ist der Wortlaut von § 162 ZPO ungenau.

dass der Endentscheid in der Sache auch im summarischen Verfahren in Urteilsform zu ergehen hat (§ 161 Abs. 2 ZPO). Nach konstanter Rechtsprechung sind indes Sachentscheide im summarischen Verfahren durch Verfügung zu erledigen.¹⁰ So erfolgt — um das praktisch wohl bedeutsamste Beispiel herauszugreifen — der Rechtsöffnungsentscheid als Verfügung und nicht als Urteil¹¹.

Dass Sachentscheide im summarischen Verfahren — entgegen dem Wortlaut von § 161 ZPO — in Form der Verfügung zu erlassen sind, ist wiederum von praktischer Bedeutung bei der Bestimmung des Rechtsmittelweges: Solche Entscheide unterliegen nie der Berufung, sondern höchstens dem Rekurs oder der Nichtigkeitsbeschwerde¹². Die Richtigkeit dieser Auffassung ergibt sich im übrigen mittelbar aus § 204 Abs. 2 ZPO. Gemäss dieser Bestimmung sind "Erledigungsverfügungen, mit denen ein Arrest bewilligt wurde" (Arrestbefehl), nicht mit Rekurs anfechtbar. Der Arrestbefehl ist nun aber eindeutig ein Sachentscheid, woraus folgt, dass der Begriff der Erledigungsverfügung i.S. von § 204 Abs. 2 ZPO auch Sachentscheide (im summarischen Verfahren) umfasst. Der gleiche Begriff der Erledigungsverfügung liegt unzweifelhaft auch Abs. 1 von § 204 ZPO zugrunde. Demzufolge sind auch Sachentscheide im summarischen Verfahren nach Massgabe dieser Bestimmung rekursfähig¹³.

10 Vgl. den Entscheid des Einzelrichters der March vom 27.1.81 i. S. G. c. G., S. 3: "Die kantonale Praxis weicht ... vom Wortlaut des § 130 GO insoweit ab, als sie ... auch Sachentscheide im summarischen Verfahren als Verfügungen ergehen lässt." Siehe aber auch Anm. 12.

11 Siehe aber Anm. 12.

12 Der Einzelrichter der March erlässt die Sachentscheide im summarischen Verfahren als Urteile (und nicht als Verfügungen), bezeichnet aber als zulässiges Rechtsmittel auch bei gegebenem Streitwert (entgegen dem Wortlaut von § 194 ZPO) nicht die Berufung, sondern den Rekurs oder die Nichtigkeitsbeschwerde. So z.B. der Entscheid vom 27.1.81 i. S. G. c. G. (S. 1: "Urteil im summarischen Verfahren"; "Rechtsmittel: Nichtigkeitsbeschwerde innert 20 Tagen"). Im gleichen Entscheid wird dann allerdings ausgeführt, die kantonale Praxis bezeichne auch Sachentscheide im summarischen Verfahren als Verfügungen (Anm. 10); eine Erklärung, warum der Einzelrichter der March der kantonalen Praxis nicht folgt, findet sich im "Urteil" nicht.

13 Das zürcherische Recht sieht in § 155 GVG ausdrücklich vor, dass Sachentscheide im summarischen Verfahren als Verfügungen zu erlassen sind. Das schwyzerische Recht hat eine entsprechende Bestimmung weder in § 130 GO noch in §§ 161 f. ZPO aufgenommen. — Gegen den Arrestbefehl ist der Rekurs im übrigen schon von Bundesrechts wegen (Art. 279 Abs. 1 SchKG) unzulässig (vgl. z.B. ZR 1982, Nr. 12), so dass § 204 ZPO, soweit er den Rekurs gegen Arrestbefehle ausschliesst, überflüssig ist.

summarischen Verfahren in Ur-
O). Nach konstanter Rechtspre-
rischen Verfahren durch Verfü-
raktisch wohl bedeutsamste Bei-
gsentscheid als Verfügung und

Verfahren — entgegen dem Wort-
ng zu erlassen sind, ist wiederum
ung des Rechtsmittelweges: Sol-
, sondern höchstens dem Rekurs
htigkeit dieser Auffassung ergibt
ZPO. Gemäss dieser Bestimmung
Arrest bewilligt wurde" (Arrest-
Arrestbefehl ist nun aber eindeu-
er Begriff der Erledigungsverfü-
chtsentscheide (im summarischen
r Erledigungsverfügung liegt un-
ugrunde. Demzufolge sind auch
n nach Massgabe dieser Bestim-

ch vom 27.1.81 i. S. G. c. G., S. 3:
t des § 130 GO insoweit ab, als sie...
ren als Verfügungen ergehen lässt."

tscheide im summarischen Verfahren
hnet aber als zulässiges Rechtsmittel
Wortlaut von § 194 ZPO) nicht die
tigkeitsbeschwerde. So z.B. der Ent-
rteil im summarischen Verfahren";
20 Tagen"). Im gleichen Entscheid
Praxis bezeichne auch Sachentscheide
Anm. 10); eine Erklärung, warum der
nicht folgt, findet sich im "Urteil"

usdrücklich vor, dass Sachentscheide
zu erlassen sind. Das schwyzerische
eder in § 130 GO noch in §§ 161 f.
ist der Rekurs im übrigen schon von
) unzulässig (vgl. z.B. ZR 1982, Nr.
egen Arrestbefehle ausschliesst, über-

II. "Sofern der Richter nichts Gegenteiliges anordnet" (§ 178 Abs. 3 ZPO): restriktive Auslegung dieser Wendung

§ 178 ZPO

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

² 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.

³ Wird Einsprache erhoben, so fällt die provisorische Verfügung dahin,
sofern der Richter nichts Gegenteiliges anordnet, und es wird zur Verhand-
lung vorgeladen.

Ein Gesuch um Erlass einer Verfügung im Sinne von § 177 ZPO kann sowohl
nach den allgemeinen Bestimmungen des summarischen Verfahrens gemäss
§ 165 ff. ZPO als auch im Verfahren gemäss § 178 ZPO entschieden wer-
den¹⁴. Im ersteren Fall entscheidet der Richter, nachdem er dem Gesuchs-
gegner Gelegenheit gegeben hat, zum Begehren des Gesuchstellers Stellung
zu nehmen, sei es in einer mündlichen Verhandlung, sei es in einer schrift-
lichen Gesuchsbeantwortung (§ 167 ZPO). § 178 ZPO eröffnet dem Richter
die Möglichkeit eine Verfügung auch ohne vorherige Anhörung des Gesuchs-
gegners zu erlassen, vorausgesetzt, dass der Gesuchsteller sein Begehren glaub-
haft machen kann. In der — vom Gesetz als provisorische bezeichneten — Ver-
fügung¹⁵ wird dem Gesuchsgegner "Frist angesetzt, um beim Richter Einspra-
che zu erheben, unter der Androhung, dass die Verfügung sonst vollstreck-
bar werde" (§ 178 Abs. 2 ZPO). "Wird Einsprache erhoben, so fällt die pro-
visorische Verfügung dahin ..., und es wird zur Verhandlung geladen", wor-
auf der Richter über das Begehren des Gesuchstellers (definitiv) entscheidet.
Die Einspracheerhebung bewirkt nach § 178 Abs. 3 ZPO allerdings nur dann
den Dahinfall der provisorischen Verfügung, "sofern der Richter nichts Ge-
genteiliges anordnet". Der Richter kann also bestimmen, die provisorische
Verfügung bestehe trotz der Einspracheerhebung fort. Mehr noch, er kann

14 Das Verfahren gemäss § 178 ZPO findet allerdings nur auf entsprechenden Antrag
des Gesuchstellers Anwendung (§ 178 Abs. 1: "auf Antrag des Klägers").

15 Für das zürcherische Recht scheinen Sträuli/Messmer, zit. in Anm. 5, N 3 zu § 224,
anzunehmen, Gegenstand einer provisorischen Verfügung könnten nur Befehle und
Verbote i. S. von § 223 Ziff. 1 ZPO/ZH sein. Für das schwyzerische Recht dürfte
eine entsprechende Beschränkung auf Befehle und Verbote i. S. von § 177 Ziff. 1
ZPO nicht anzunehmen sein; vielmehr können sich provisorische Verfügungen nach
§ 178 ZPO (trotz der Marginalie "Provisorische Befehle und Verbote") auf alle Ge-
genstände des § 177 ZPO beziehen (in diesem Sinne wohl betr. das zürcherische
Recht: Hans Ulrich Walder, Der neue Zürcher Zivilprozess, 2. Aufl., Zürich 1979,
S. 412).

die provisorische Verfügung für — vorläufig¹⁶ — vollstreckbar erklären.¹⁷ Diese Möglichkeit, die Vollstreckung einer provisorischen (d.h. ohne Anhörung der Gegenpartei erlassenen) Verfügung anzuordnen, hat der Richter entgegen dem Wortlaut von § 178 Abs. 3 ZPO nicht erst nach Einspracherhebung. Er kann eine provisorische Verfügung vielmehr schon bei deren Erlass für sofort vollstreckbar erklären.¹⁸ Ja dieser letztere Fall stellt in der Praxis den Normalfall dar, von dem im folgenden ausgegangen wird.

Nach dem Wortlaut von § 178 Abs. 3 ZPO ist es in das Belieben des Richters gestellt, "Gegenteiliges" anzuordnen, d.h. eine provisorische Verfügung für vollstreckbar zu erklären. Demgegenüber sieht die ZPO/ZH in § 224 Abs. 3 diese Möglichkeit nur für besonders dringliche Fälle vor¹⁹. Abgesehen von dieser Einschränkung entspricht § 178 Abs. 3 ZPO wörtlich § 224 Abs. 3 ZPO/ZH. Dies könnte zum Schluss verleiten, dass der Richter nach schwyzerischem Recht auch in nicht dringlichen Fällen sofort vollstreckbare provisorische Verfügungen erlassen darf. Eine verfassungskonforme Auslegung von § 178 Abs. 3 ZPO führt indes zum gegenteiligen Ergebnis: Die Vollstreckbarerklärung einer Verfügung ohne vorherige Anhörung des Gesuchsgegners ist mit dem aus Art. 4 BV fließenden Gehörsanspruch "nur in Fällen besonderer Dringlichkeit" (BGE 87 I 109) vereinbar²⁰. Besondere Dringlichkeit ist dabei dann anzunehmen, wenn dem Gesuchsteller nicht leicht wieder gutzumachende Nachteile drohten, falls der Richter vorgängig der Vollstreckungsanordnung noch den Gesuchsgegner anhören würde. Eine sofort vollstreckbare provisorische Verfügung wäre beispielsweise dann am Platze, wenn ein Bauhandwerker am letzten Tag der Frist des Art. 839 Abs. 2 ZGB die Eintragung eines Pfandrechts verlangt; oder wenn glaubhaft ge-

16 Die Vollstreckungswirkung dauert bis zum (definitiven) Entscheid über das Begehren des Gesuchstellers nach der Einspracheverhandlung. Durch diesen Entscheid wird die provisorische Verfügung gegenstandslos. Vgl. z.B. den Entscheid des Einzelrichters der March i. S. Sch. c. Sch. vom 13.8.81, der allerdings nicht in Anwendung von § 178 Abs. 3 ZPO erging.

17 Eine ohne vorherige Anhörung des Gesuchsgegners für vollstreckbar erklärte Verfügung wird in Literatur und Rechtsprechung als superprovisorische bezeichnet. (Die Terminologie ist allerdings nicht einheitlich; abweichend z.B. H. U. Walder, zit. in Anm. 15, S. 364, Anm. 14b).

18 Wird keine Einsprache erhoben, so wird die Verfügung definitiv vollstreckbar, ansonst gilt das in Anm. 16 Gesagte.

19 § 224 Abs. 3 ZPO/ZH i.V.m. § 110 Abs. 2 ZPO/ZH.

20 Ferner z.B. Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. S. 581; Walter Ziegler, Die vorsorgliche Massnahme in der Zivilprozessgesetzgebung der schweizerischen Kantone, Diss. Zürich 1944, S. 69; Thomas Nussbaumer, Ausgewählte Rechtsbehelfe der Glarner Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 1980, S. 166, 228.

g¹⁶ — vollstreckbar erklären.¹⁷
provisorischen (d.h. ohne Anhö-
g anzuordnen, hat der Richter
PO nicht erst nach Einsprache-
gung vielmehr schon bei deren
dieser letztere Fall stellt in der
den ausgegangen wird.

es in das Belieben des Richters
eine provisorische Verfügung für
nt die ZPO/ZH in § 224 Abs. 3
che Fälle vor¹⁹. Abgesehen von
3 ZPO wörtlich § 224 Abs. 3
, dass der Richter nach schwy-
fällen sofort vollstreckbare pro-
verfassungskonforme Auslegung
genteiligen Ergebnis: Die Voll-
rherige Anhörung des Gesuchs-
en Gehörsanspruch "nur in Fäl-
) vereinbar²⁰. Besondere Dring-
dem Gesuchsteller nicht leicht
falls der Richter vorgängig der
sgegner anhören würde. Eine
g wäre beispielsweise dann am
Tag der Frist des Art. 839 Abs.
langt; oder wenn glaubhaft ge-

initiven) Entscheid über das Begeh-
handlung. Durch diesen Entscheid
s. Vgl. z.B. den Entscheid des Ein-
8.81, der allerdings nicht in Anwen-

gners für vollstreckbar erklärte Ver-
als superprovisorische bezeichnet.
ch; abweichend z.B. H. U. Walder,

erfügung definitiv vollstreckbar, an-

ZH.
ilprozessrecht, 2. Aufl. S. 581; Wal-
ivilprozessgesetzgebung der schwei-
Thomas Nussbaumer, Ausgewählte
Diss. Zürich 1980, S. 166, 228.

macht ist, dass der Gesuchsgegner, würde er vorgängig des richterlichen Ent-
scheids angehört, die Vollstreckung des Begehrens vereiteln könnte^{21, 22}.

Die Fassung von § 224 Abs. 3 ZPO/ZH ist u. E. derjenigen von § 178
Abs. 3 ZPO entschieden vorzuziehen. Denn die in jener Bestimmung enthal-
tene Präzisierung beugt unnötigen Auslegungsproblemen vor.

21 Vgl. Max Kummer, Grundrisse des Zivilprozessrechts nach den Prozessordnungen
des Kantons Bern und des Bundes, 3. Aufl., Bern 1978, S. 269.

22 Statt dass der Richter gemäss § 178 Abs. 3 ZPO eine superprovisorische Verfügung
erlässt und Frist zur Einsprache ansetzt, hat er nach der Praxis — wenn es um den
Erlass vorsorglicher Massnahmen geht — auch die Möglichkeit, nach Erlass der super-
provisorischen Verfügung der Gegenpartei Frist zur Gesuchsantwort anzusetzen
oder eine mündliche Verhandlung anzuordnen, um hierauf über das Begehren des
Gesuchstellers definitiv (unter Vorbehalt von Rechtsmitteln) zu entscheiden. Diese
letzte Möglichkeit ist in der ZPO nirgends ausdrücklich vorgesehen. Dies im Ge-
gensatz zu § 110 Abs. 2 (1. Satz) ZPO/ZH. In § 99, der dem § 110 ZPO/ZH ent-
sprechenden Bestimmung der schwyzerischen ZPO, wurde Abs. 2 der zürcherischen
Bestimmung gestrichen. Warum, ist nicht ersichtlich. U. E. hätte es der Klarheit ge-
dient, wenn Abs. 2 von § 110 ZPO/ZH ebenfalls übernommen worden wäre.