



Der nicht wieder gutzumachende Nachteil bei vorsorglichen Massnahmen

Gedanken zum Urteil i.S. Spiess-Hegglin

IRINA SCHULTHESS*



REGULA AESCHIMANN**



SENTA COTTINELLI***

Das Bundesgericht trat auf eine Beschwerde von Jolanda Spiess-Hegglin gegen einen selbständig eröffneten Entscheid über vorsorgliche Massnahmen nicht ein, weil ihre Anwältin den nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG nicht ausgeführt habe. Nach Durchsicht der Beschwerdeschrift kommen die Autorinnen zum Schluss, dass der nicht wieder gutzumachende Nachteil vorliegend geradezu in die Augen springt. Der Fall zeigt, dass das Bundesgericht sehr hohe formelle Anforderungen an Rechtsschriften stellt.

Le Tribunal fédéral n'est pas entré en matière sur un recours formé par Jolanda Spiess Hegglin contre une décision de mesures provisionnelles, notifiée séparément, au motif que son avocate ne s'était pas exprimée sur le préjudice irréparable au sens de l'art. 93, al. 1, let. a LTF. Après avoir examiné le mémoire de recours, les autrices parviennent à la conclusion que le préjudice irréparable saute aux yeux dans le cas présent. Ce cas montre que le Tribunal fédéral soumet les mémoires à des exigences formelles très élevées.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Sachverhalt
- III. Zusammenfassung des Urteils 5A_824/2021
- IV. Anfechtbarkeit von Zwischenentscheiden nach Art. 93 BGG
 - A. Der nicht wieder gutzumachende Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG
 - B. Praxisänderung des Bundesgerichts
 - C. Nicht wieder gutzumachender Nachteil bei Persönlichkeitsverletzungen
- V. Ist das Bundesgericht zu Recht nicht eingetreten?
- VI. Fazit

I. Einleitung

Das Bundesgericht ist am 25. Januar 2022 mit Urteil 5A_824/2021 auf eine Beschwerde nicht eingetreten. Dies wäre für sich noch nichts Besonderes, hat das Bundesge-

richt doch im Vorjahr rund 40% der Fälle durch Nichteintreten erledigt.¹ Vorliegend handelt es sich jedoch um einen Fall, der in der ganzen Schweiz bereits seit mehreren Jahren die Gerichte beschäftigt und medial für viel Aufmerksamkeit sorgt. Das Verfahren geht auf die Ereignisse anlässlich der Zuger Landammannfeier im Jahr 2014 zurück, über welche eine Journalistin ein Buch publizieren möchte. Jolanda Spiess-Hegglin befürchtet, dass dieses ihre Privat- und Intimsphäre verletzen könnte. Vor diesem Hintergrund kam es im Jahr 2022 dazu, dass sich eine Substitutin und frischgebackene Uniabsolventin in Bezug auf das genannte Bundesgerichtsurteil so äusserte: «Ich möchte ja mal wissen, ob die Anwältin im Fall Spiess-Hegglin tatsächlich nichts zum nicht wieder gutzumachenden Nachteil ausgeführt hat oder ob das Bundesgericht nur einen aufwendi-

* IRINA SCHULTHESS, MLaw, Juristin/Substitutin bei Cottinelli Advokatur & Notariat GmbH St. Gallen.

** REGULA AESCHIMANN, Rechtsanwältin/Gerichtsschreiberin am Bundesverwaltungsgericht.

*** SENTA COTTINELLI, Rechtsanwältin/Inhaberin Cottinelli Advokatur & Notariat GmbH St. Gallen, BA FH Int. Management, eidg. dipl. Informatikerin.

¹ Im Jahr 2021 erledigte das Bundesgericht 41,43% durch Nichteintreten (Geschäftsbericht 2021 des Bundesgerichts, 19, Internet: <https://www.bger.ch/index/federal/federal-inherit-template/federal-publicationen/federal-pub-geschaeftsbericht.htm> [Abruf 15.6.2022]); der Durchschnitt der Geschäfte, die das Bundesgericht durch Nichteintreten erledigte, betrug in den letzten 10 Jahren 37,97% (vgl. hierzu die Geschäftsberichte 2011–2021 des Bundesgerichts, Internet: <https://www.bger.ch/index/federal/federal-inherit-template/federal-publicationen/federal-pub-geschaeftsbericht.htm> [Abruf 15.6.2022]).

gen Fall vom Tisch haben wollte.» «Du wolltest doch im Prozessrecht publizieren, dann recherchiere sorgfältig und nimm diesen Fall, wenn er passt», war die Antwort an die Substitutin. Vorliegend kann diese Frage aber nur beurteilt werden, wenn die nicht öffentlichen Akten, so wie sie dem Bundesgericht vorlagen, eingesehen und analysiert werden können. Es folgte daher eine offizielle Anfrage an die Rechtsanwältin von Jolanda Spiess-Hegglin (RAin Dr. Rena Zulauf), ob die Akten zur Verfügung gestellt würden und ob sie sich einer solchen Überprüfung stellen würde. Nach einer (berechtigterweise) kritischen Prüfung und Rückfragen wurden die Unterlagen ausgehändigt.

Welche Anforderungen sind bei Eingaben ans Bundesgericht an Anwälte zu stellen? Und vor allem: Hat die Anwältin wirklich «kein Wort» zu einer Prozessvoraussetzung «verloren»,² wie es im Entscheid des Bundesgerichts heisst? Dies wollten die drei Autorinnen wissen. Um eine möglichst neutrale Einschätzung abzugeben, haben sich für diesen Artikel drei Personen mit unterschiedlichen Hintergründen (Gericht, Anwaltschaft und frisch ab Studium) zusammengetan. Dabei sollte nur publiziert werden, wenn alle drei unabhängig voneinander zum gleichen Schluss kommen. Unsere Einschätzung sowie eine Auswahl von Zitaten aus der Beschwerdeschrift und deren Würdigung finden Sie nachfolgend. Die Autorinnen werden sich bewusst *nur* zum prozessualen Teil und nicht zu materiellen Punkten der Beschwerde äussern.

II. Sachverhalt

Am 20. Dezember 2014 fand in Zug die Landammannfeier statt. Mit ihr starteten ein jahrelanger Medienhype sowie viele Verfahren, darunter auch der Gerichtsprozess zum Buchprojekt, der im Folgenden prozessual beleuchtet wird. Am 22. Januar 2020 wandte sich die Journalistin Michèle Binswanger per E-Mail an Jolanda Spiess-Hegglin und teilte ihr mit, dass sie an einer «grösseren Recherche zur Skandalnacht in Zug und den medialen Folgen» arbeite. Gleichzeitig wurde Jolanda Spiess-Hegglin das Angebot unterbreitet, ihre Sicht der Ereignisse in einem Gespräch darzulegen. Diese sowie eine weitere Anfrage wurden nicht beantwortet. Die Anwältin von Jolanda Spiess-Hegglin wandte sich am 26. März 2020 an die Vorgesetzten von Michèle Binswanger und forderte diese auf, das Buchvorhaben zu stoppen. Am 4. Mai 2020 reichte Jolanda Spiess-Hegglin beim Kantonsgericht Zug ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen ein. Sie stellte u.a. den Antrag,

dass es der Gesuchsgegnerin (Michèle Binswanger) unter Androhung der Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB zu verbieten sei, ein Buch, einen Artikel oder eine andersartige Veröffentlichung zu publizieren, zu verkaufen oder zu vertreiben (lassen), in dem bzw. in der Handlungen der Gesuchstellerin anlässlich der Zuger Landammannfeier vom 20. Dezember 2014 in Bezug auf C., in Bezug auf andere an der Feier anwesende Männer, in Bezug auf das Mass des Alkoholkonsums der Gesuchstellerin und in Bezug auf das Sexualverhalten der Gesuchstellerin thematisiert werden oder Spekulationen diesbezüglich geäussert werden. Zudem sei der Gesuchsgegnerin zu verbieten, über die Gesuchstellerin zu verbreiten, diese würde C. der Vergewaltigung bezichtigen. Der Einzelrichter des Kantonsgerichts Zug erliess die beantragten Verbote mit Entscheid vom 3. September 2020.³ Gleichzeitig wurde Jolanda Spiess-Hegglin eine Frist im Sinne von Art. 263 ZPO bis zum 12. Oktober 2020 angesetzt, um Klage im ordentlichen Verfahren zu erheben. Im Unterlassungsfall würden die vorsorglichen Massnahmen dahinfallen. Michèle Binswanger erhob daraufhin Berufung beim Obergericht des Kantons Zug, welches diese mit Urteil vom 1. September 2021 guthiess, den Entscheid vom 3. September 2020 aufhob und das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen abwies.⁴ Am 4. Oktober 2021 erhob Jolanda Spiess-Hegglin Beschwerde an das Bundesgericht. Darin beantragte sie die Aufhebung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zug vom 1. September 2021 und die Bestätigung des erstinstanzlichen Entscheids. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Sie beantragte ausserdem die vorsorgliche bzw. superprovisorische Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde. Am 25. Januar 2022 trat das Bundesgericht auf die Beschwerde nicht ein.

III. Zusammenfassung des Urteils 5A_824/2021

Das Bundesgericht hielt in seinem Urteil fest,⁵ dass der angefochtene Entscheid des Obergerichts des Kantons Zug ein vorprozessual gestelltes Gesuch um vorsorgliche Massnahmen zum Schutz der Persönlichkeit betreffe. Vorliegend handle es sich um einen Zwischenentscheid, welcher nur nach Massgabe von Art. 93 Abs. 1 lit. a und b BGG angefochten werden könne. Es obliege dabei der

² BGer, 5A_824/2021, 25.1.2022, E. 3.3.

³ KGer ZG, ES 2020 222, 3.9.2020.

⁴ OGer ZG, Z2 2020 41, 1.9.2021.

⁵ Siehe dazu BGer, 5A_824/2021, 25.1.2022, E. 3.

Beschwerde führenden Partei, darzutun, dass eine der beiden Voraussetzungen gemäss Art. 93 Abs. 1 BGG erfüllt sei, es sei denn, deren Vorliegen springe geradezu in die Augen. Wenn sich die Partei aber überhaupt nicht dazu äussere, weshalb ein selbständig anfechtbarer Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 Abs. 1 BGG vorliege, und damit diese Eintretensfrage schlechthin übersehe, könne das Bundesgericht mangels hinreichender Begründung nicht auf die Beschwerde eintreten. Die Beschwerdeführerin habe sich in ihrem Schriftsatz zu verschiedenen Aspekten der Zulässigkeit der Beschwerde ans Bundesgericht geäussert. Sie verliere «jedoch kein Wort darüber, inwiefern der angefochtene Entscheid einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken könne» (E. 3.3). Es genüge nicht, bloss zu behaupten, das Bundesgericht sei zur Beurteilung der Beschwerde zuständig, und hierzu pauschal auf Art. 72 ff. und Art. 90 ff. BGG zu verweisen. Entsprechend könne auf die Beschwerde nicht eingetreten werden.

IV. Anfechtbarkeit von Zwischenentscheiden nach Art. 93 BGG

A. Der nicht wieder gutzumachende Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG

Der angefochtene Entscheid des Obergerichts betrifft ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen. Gemäss Bundesgericht handelt es sich bei Entscheiden über vorsorgliche Massnahmen nur dann um Endentscheide im Sinne von Art. 90 BGG, wenn sie in einem eigenständigen Verfahren ergehen.⁶ Wird hingegen ein selbständig eröffneter Massnahmenentscheid vor oder während eines Hauptverfahrens erlassen, der nur für die Dauer des Hauptverfahrens Bestand hat respektive unter der Bedingung steht, dass ein Hauptverfahren eingeleitet wird, stellt dies einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG dar.⁷ Der Einzelrichter des Kantons Zug forderte Jolanda Spiess-Hegglin auf, innert Frist bis zum 12. Oktober 2020 eine Klage im ordentlichen Verfahren einzuleiten, andernfalls die vorsorglichen Massnahmen dahinfallen würden. Vorliegend handelt es sich damit um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Die selbständige Anfechtbarkeit von Vor- und Zwischenentscheiden ist eine Ausnahme vom Grundsatz, dass sich das Bundesgericht nur einmal mit jeder Angelegen-

heit befasst.⁸ Diese Ausnahme wird restriktiv gehandhabt, da der Vor- bzw. Zwischenentscheid gemäss Art. 93 Abs. 3 BGG auch noch mit dem Endentscheid angefochten werden kann, sofern sich dieser auf den Inhalt des Endentscheids auswirkt.⁹

Die Beschwerde ans Bundesgericht ist zulässig, wenn der selbständig eröffnete Zwischenentscheid einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG). Letzteres ist vorliegend nicht gegeben, weshalb nur Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG in Frage kommt.

Beim nicht wieder gutzumachenden Nachteil gemäss Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG muss es sich um einen Nachteil rechtlicher Natur handeln.¹⁰ Dieser ist vom nicht *leicht* wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO zu unterscheiden, welcher eine materielle Voraussetzung für die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme darstellt und jeden Nachteil vermögensrechtlicher oder immaterieller Art umfasst.¹¹ Letzterer ist meist tatsächlicher Natur und kann sich etwa aus dem blossen Zeitablauf während des Prozesses,¹² der drohenden Zahlungsunfähigkeit des Beklagten¹³ oder aus der Verfahrensverteuerung¹⁴ ergeben und besteht in der Tatsache, dass die Partei ohne die Anordnung der vorsorglichen Massnahmen in ihrer materiellen Rechtsstellung verletzt würde.¹⁵ Ein Nachteil rechtlicher Natur liegt demgegenüber vor, wenn sich der Nachteil auch mit einem späteren günstigen Endentscheid nicht oder nicht gänzlich beseitigen lässt.¹⁶ Ein Zwischenentscheid ist also nach Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG nur dann anfechtbar, wenn effektiver Rechtsschutz nicht im Rahmen des Endentscheids gewährleistet werden kann.¹⁷

Es handelt sich beim nicht wieder gutzumachenden Nachteil um eine Eintretensvoraussetzung,¹⁸ die das Bun-

⁶ BGE 144 III 475 E. 1.1.1; 138 III 76 E. 1.2.

⁷ BGE 138 III 76 E. 1.2; 137 III 324 E. 1.1.

⁸ BGE 134 III 188 E. 2.2; 133 III 629 E. 2.1.

⁹ NICOLAS VON WERDT, Stämpflis Handkommentar, Bundesgerichtsgesetz (BGG), Art. 93 BGG, 2. A., Bern 2015, Art. 93 BGG N 18.

¹⁰ BGE 141 III 395 E. 2.5; 137 III 380 E. 1.2.1.

¹¹ BGer, 5A_934/2014, 5.3.2015, E. 2.3.

¹² BGer, 5A_934/2014, 5.3.2015, E. 2.3; BGE 138 III 378 E. 6.3.

¹³ THOMAS SUTTER-SOMM/BENEDIKT SEILER, Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 1–408 ZPO, Zürich/Basel/Genf 2021, Art. 261 N 8.

¹⁴ BGE 141 III 395 E. 2.5; 138 III 190 E. 6; 137 III 380 E. 1.2.1.

¹⁵ BGer, 5A_934/2014, 5.3.2015, E. 2.3.

¹⁶ BGer, 2C_1009/2014, 6.7.2015, E. 2.2; BGE 137 V 314 E. 2.2.1; 136 II 165 E. 1.2.1; 135 I 261 E. 1.2 m.H.

¹⁷ BGE 139 V 99 E. 2.3.1; 138 V 271 E. 3.1.

¹⁸ BGer, 2C_1009/2014, 6.7.2015, E. 2.1 m.H.

desgericht von Amtes wegen prüft.¹⁹ Allerdings hat die Beschwerde führende Partei zu substantiieren, inwiefern die Voraussetzungen von Art. 93 BGG erfüllt sind, «es sei denn, deren Vorliegen springe geradezu in die Augen».²⁰ Sie muss dartun, dass durch die Verweigerung vorsorglicher Massnahmen Auswirkungen eintreten können, die auch mit einem günstigen Entscheid in der Zukunft nicht oder nur mit äusserst unverhältnismässigem Aufwand behoben werden können.²¹ Die blosse Möglichkeit eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils genügt jedoch gemäss Gesetzeswortlaut («bewirken können») und auch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts.²² Nachteile, die nur vorübergehend bestehen und im Falle des Obsiegens durch den Endentscheid aufgehoben und rückgängig gemacht werden, sind dagegen als wieder gutzumachende Nachteile anzusehen.²³

B. Praxisänderung des Bundesgerichts

Der nicht wieder gutzumachende Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG wird in der Regel bei vorsorglichen Massnahmen bejaht, wenn auch nicht ohne weiteres.²⁴

Die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts bejahte bei Zwischenentscheiden, mit denen vorsorgliche Massnahmen erlassen oder verweigert wurden, einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil regelmässig.²⁵ Die Begründung dafür war, dass eine spätere Anfechtung des Massnahmenentscheids infolge dessen Wegfalls mit dem Hauptentscheid nicht mehr möglich sei und folglich der Beschwerdeführer wegen der Verweigerung der Verfassungskontrolle in seiner formellen Rechtsstellung beeinträchtigt wäre, wenn auf die Beschwerde nicht eingetreten würde.²⁶ In BGE 137 III 324 aus dem Jahr 2011 hat das Bundesgericht diese Rechtsprechung in Frage gestellt und seine Praxis geändert. Nach der neuen Rechtsprechung hat die Beschwerde führende Partei in der Beschwerdebegründung aufzuzeigen, inwiefern im konkreten Fall ein

nicht wieder gutzumachender Nachteil droht.²⁷ Gemäss diesem Urteil entspricht es denn auch «konstanter Rechtsprechung zu Art. 93 Abs. 1 BGG, dass der Beschwerdeführer im Einzelnen darzulegen hat, inwiefern die Beschwerdevoraussetzungen nach dieser Bestimmung erfüllt sind, ansonsten auf die Beschwerde mangels hinreichender Begründung nicht einzutreten ist»,²⁸ es sei denn, dies ergebe sich offensichtlich aus dem angefochtenen Entscheid oder aus der Natur der Sache.²⁹ So ist das Bundesgericht in einem Urteil der zweiten sozialrechtlichen Abteilung auf eine Beschwerde gegen einen selbständig eröffneten Zwischenentscheid eingetreten, obwohl sich der Beschwerdeführer mit den Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 BGG mit keinem Wort auseinandergesetzt hatte, da der nicht wieder gutzumachende Nachteil «evident» sei.³⁰

C. Nicht wieder gutzumachender Nachteil bei Persönlichkeitsverletzungen

Zwar verlangt das Bundesgericht aktuell für die Anfechtbarkeit von Vor- und Zwischenentscheiden die Darlegung eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils.³¹ In einem Urteil aus dem Jahr 2015 hielt es indessen fest, dass bei absoluten Rechten, welche die Persönlichkeit schützen – dies ist auch Thema des vorliegenden Urteils –, die Voraussetzung des nicht wieder gutzumachenden Nachteils erfüllt sei.³² Dies wird damit begründet, dass eine einmal eingetretene Verletzung nicht mehr rückgängig gemacht werden könne.³³ Ein nicht wieder gutzumachender Nachteil aufgrund von drohenden Persönlichkeitsverletzungen wurde vom Bundesgericht beispielsweise in den folgenden Fällen bejaht:

Ein Urteil aus dem Jahr 2007 befasste sich mit der Namensänderung von Kindern. Der Ehemann forderte, bis zum Abschluss des Verfahrens solle die Ehefrau es unterlassen, die Kinder mit dem Namen E. zu benennen.³⁴ Hierzu hielt das Bundesgericht fest, dass der nicht wieder gutzumachende Nachteil auf der Hand liege, da selbst eine spätere Abweisung des Gesuchs die Nachteile der

¹⁹ BGE 135 II 94 E. 1; 134 V 138 E. 1; 133 I 185 E. 2.

²⁰ BGE 142 V 26 E. 1.2; 141 III 80 E. 1.2 m.H.; 138 III 46 E. 1.2 m.H.

²¹ BGer, 5A_934/2014, 5.3.2015, E. 2.3; 5A_814/2014, 12.12.2014, E. 1.2 m.H.

²² BGer, 2C_1009/2014, 6.7.2015, E. 2.2; BGE 137 III 380 E. 1.2.1; 134 III 188 E. 2.1 m.H.

²³ BGer, 5A_934/2014, 5.3.2015, E. 3.1.

²⁴ BSK BGG-UHLMANN, Art. 93 N 11, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger/Lorenz Kneubühler (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2018.

²⁵ BGE 134 I 83 E. 3.1 m.H.; 144 III 475 E. 1.2; BGer, 5A_934/2014, 5.3.2015, E. 2.1.

²⁶ BGE 116 Ia 446 E. 2.

²⁷ BGE 137 III 324 E. 1.1; BGer, 4A_585/2014, 27.11.2014, E. 1.1; BGE 144 III 475 E. 1.2.

²⁸ BGE 137 III 324 E. 1.1.

²⁹ BGE 138 III 46 E. 1.2; 133 III 629 E. 2.4.2.

³⁰ BGE 142 V 26 E. 1.2.

³¹ BGE 137 III 324 E. 1.1.

³² BGer, 5A_934/2014, 5.3.2015, E. 3.1.

³³ BGer, 5A_934/2014, 5.3.2015, E. 3.1.

³⁴ BGer, 5A_190/2007, 10.8.2007, Sachverhalt.

Anordnung betreffend die Benennung der beiden Kinder nicht rückwirkend zu beseitigen vermöge.³⁵

In einem weiteren Urteil von 2007 ging es um ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen wegen Persönlichkeitsverletzung, welches vor Bezirksgericht hängig war.³⁶ Die Gerichtspräsidentin stellte das Gesuch zur Erstattung einer Antwort an die Beschwerdegegner zu und verfügte gleichzeitig gestützt auf § 294 ZPO/AG, dass die Beschwerdegegner unter Strafandrohung (Art. 292 StGB) gewisse Passagen auf der Website zu löschen hätten und nicht anderswo publizieren oder vertreiben dürften.³⁷ Da es zur Beschwerde der Gesuchsgegner kam, hielt das Bundesgericht fest, dass es bei der Klage auf Anordnung vorsorglicher Massnahmen zum Schutz der Persönlichkeit vor widerrechtlicher Verletzung um einen Zwischenentscheid gemäss Art. 93 BGG gehe und der nicht wieder gutzumachende Nachteil (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG) insofern auf der Hand liege, «als selbst eine spätere Abweisung des Gesuchs die Nachteile des Publikationsverbots nicht rückwirkend zu beseitigen vermag».³⁸

Das Bundesgericht geht somit davon aus, dass bei Zwischenentscheiden betreffend absolute Rechte, welche die Persönlichkeit schützen, ein nicht wieder gutzumachender Nachteil vorliegt. Nachfolgend ist somit zu analysieren, ob die Beschwerdeführerin einen solchen Nachteil – entgegen den Ausführungen des Bundesgerichts – in der Beschwerde dargelegt hat oder ob es sich um einen Nachteil handelt, der geradezu in die Augen springt.

V. Ist das Bundesgericht zu Recht nicht eingetreten?

Die Begründung der Beschwerde vom 4. Oktober 2021 ist in einen Teil «Formelles» und einen Teil «Materielles» gegliedert. Im ersteren äussert sich die Beschwerdeführerin zu allgemeinen Eintretensvoraussetzungen, darunter insbesondere zur Zuständigkeit, Beschwerdelegitimation und Fristwahrung. Der materielle Teil wird mit Vorbemerkungen eingeleitet, gefolgt von einem mit «Vorsorgliche bzw. superprovisorische Anordnung der aufschiebenden Wirkung» überschriebenen Kapitel. Darin wird gestützt auf Art. 104 BGG beantragt, das Bundesgericht habe die aufschiebende Wirkung der Beschwerde anzuordnen. Zur Begründung dieses Antrags führt die Beschwerdeführerin unter anderem aus, das vorliegende Massnahmeverfah-

ren ziele nicht etwa auf das Verbot einer Buchpublikation ab. Vielmehr soll der Gesuchsgegnerin untersagt werden, sich zu spezifischen Bereichen zu äussern, welche ihre Intim- und Privatsphäre verletzen würden. Sie brachte weiter vor, dass die Publikation eines Werks, welches die genannten Bereiche betreffe, für sie massive negative Konsequenzen hätte. Im Anschluss wird näher dargelegt, welche konkreten Auswirkungen sie zu erwarten hätte. Beispielsweise wird Folgendes ausgeführt: «Die Stigmatisierung der Gesuchstellerin als «Lügnerin», «betrunkenene Ehebrecherin» etc. [...] wird sich – obwohl längst gerichtlich widerlegt – wiederholen, wenn ihr Intim- und Privatsphärenschutz nicht wie beantragt geschützt wird.» Zudem wäre zu erwarten, dass sie weitere Hassbotschaften und Drohungen erhalten würde, wodurch sie «psychologisch zurückgeworfen und retraumatisiert» würde. Schliesslich würden auch ihre Familienangehörigen sehr unter der Veröffentlichung von intim- und privatsphärenverletzenden Detailschilderungen über ihre Person leiden.

Nach Auffassung des Bundesgerichts wird in der Beschwerdeschrift mit keinem Wort dargelegt, inwiefern der angefochtene Entscheid einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken würde. Einem Gesuch um vorsorgliche Massnahmen, wie vorliegend, wird nur stattgegeben, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und ihr deshalb ein nicht *leicht* wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 ZPO). Die Frage, ob der gesuchstellenden Partei ohne die beantragte Massnahme ein entsprechender Nachteil droht, ist ein zentraler Gegenstand des Massnahmeverfahrens. Zwar handelt es sich beim nicht *leicht* wieder gutzumachenden Nachteil – wie oben beschrieben – um eine materielle Voraussetzung des vorsorglichen Rechtsschutzes. Dieser ist abzugrenzen vom nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 93 BGG, welcher eine Eintretensvoraussetzung darstellt.³⁹ Ungeachtet dieser Differenzierung ging das Bundesgericht in seiner früheren Rechtsprechung davon aus, es liege auf der Hand, dass Entscheide über vorsorgliche Massnahmen einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken könnten.⁴⁰ Nach der mit BGE 137 III 324 vorgenommenen Praxisänderung verlangt das Bundesgericht nun von einem Beschwerdeführer, der einen Massnahmenentscheid anfechten will, dass er in seiner Beschwerdebegründung einen drohenden Nachteil rechtlicher Natur darlegt. Im vorliegenden Verfahren war die Frage, welche

³⁵ BGer, 5A_190/2007, 10.8.2007, E. 1.1.

³⁶ BGer, 5A_202/2007, 13.6.2007, Sachverhalt.

³⁷ BGer, 5A_202/2007, 13.6.2007, Sachverhalt.

³⁸ BGer, 5A_202/2007, 13.6.2007, E. 1.1.

³⁹ BGer, 2C_1009/2014, 6.7.2015, E. 2.1 f.; vgl. BGE 116 Ia 446 E. 2 zur damaligen Beschwerde nach Art. 87 OG.

⁴⁰ Vgl. BGE 134 I 83 E. 3.1 m.H.

Auswirkungen eine die Privat- und Intimsphäre der Beschwerdeführerin verletzende (Buch-)Publikation auf sie und ihr familiäres Umfeld hätte, ein zentraler Bestandteil des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens. Die Beschwerdeeingabe an das Bundesgericht äussert sich ebenfalls ausführlich zu den negativen Konsequenzen, welche mit einer entsprechenden Publikation verbunden wären. Zwar wird der Begriff «Nachteil» in der Beschwerdeeingabe nicht explizit verwendet. Nach Auffassung der Autorinnen erscheint es indessen offensichtlich, dass die Darlegung von massiven nachteiligen Folgen, welche eine bestimmte Publikation für die Beschwerdeführerin haben würde, dem Aufzeigen von drohenden Nachteilen gleichkommt. Hinsichtlich der Frage, ob es sich dabei um einen Nachteil rechtlicher Natur handelt, wurde in der Beschwerdeeingabe Folgendes ausgeführt: «Anders als bei einer Ehrverletzung kann bei einer Intim- und Privatsphärenverletzung keine Berichtigung veröffentlicht werden und damit eine Persönlichkeitsverletzung geheilt oder rückgängig gemacht werden.» Diese Ausführungen lassen erkennen, dass auch ein für die Beschwerdeführerin günstiger Entscheid im Hauptverfahren die Verletzung ihrer Persönlichkeitsrechte nicht beheben könnte. Vielmehr legte sie dar, dass die von ihr geltend gemachten negativen Konsequenzen mit der Publikation an sich einhergehen und sich entsprechend nachträglich nicht mehr beseitigen liessen. Dies stellt einen Nachteil rechtlicher Natur dar, wobei bereits die blosser Möglichkeit eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils rechtlicher Natur genügt.⁴¹

Aus Sicht der Autorinnen liess sich der Beschwerdebegründung durchaus entnehmen, weshalb die Beschwerdeführerin davon ausging, ihr drohe aufgrund des Entscheids des Obergerichts ein nicht wieder gutzumachender Nachteil rechtlicher Natur. Indessen trifft es zu, dass sich die Beschwerdeeingabe nicht ausdrücklich, respektive nicht «lehrbuchmässig», zu Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG und den damit verbundenen Eintretensvoraussetzungen äussert. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die betreffenden Voraussetzungen inhaltlich vorhanden waren und auch leicht zu erkennen gewesen wären. Es erscheint überspitzt formalistisch, dass sich das Bundesgericht auf den Standpunkt stellt, die Beschwerdeführerin verliere kein Wort darüber, inwiefern der angefochtene Entscheid einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirke könne – dies, obwohl sich die Beschwerdeeingabe einlässlich zu den negativen Konsequenzen äussert, welche eine die Privat- und Intimsphäre verletzende Publikation für sie hätte.

Selbst wenn davon ausgegangen würde, die Beschwerdebegründung äussere sich nicht ausreichend zum Vorhandensein eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils, dürfte ein solcher unter den konkreten Umständen des vorliegenden Falles wohl als «ins Auge springend» erachtet werden. Das Massnahmegesuch der Beschwerdeführerin zielte darauf ab, die Veröffentlichung eines Werkes zu verhindern, welches bestimmte Bereiche ihrer Privat- und Intimsphäre thematisiert respektive diese zu verletzen droht. Zur Begründung dieses Gesuchs wurde dargelegt, mit welchen nachteiligen Folgen sie im Falle einer entsprechenden Publikation zu rechnen hätte. Da durch den Entscheid des Obergerichts einer solchen Veröffentlichung nichts mehr im Wege stand, wurde in der Beschwerde ans Bundesgericht erneut aufgezeigt, inwiefern dies negative Konsequenzen für die Beschwerdeführerin hätte. Es ist für die Autorinnen schwer nachvollziehbar, dass das Bundesgericht darin keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil rechtlicher Natur erkennen will. Unseres Erachtens ist es evident, dass die Folgen einer die Persönlichkeit der Beschwerdeführerin verletzenden Publikation für sie einen Nachteil bedeuten, der sich nachträglich nicht mehr beseitigen liesse. Die Anwältin von Jolanda Spiess-Hegglin hat unmissverständlich ausgeführt, dass eine Verletzung der Intimsphäre ihrer Mandantin nachträglich nicht wieder gutgemacht werden kann (z.B. durch eine Richtigstellung etc.). Die Voraussetzungen gemäss Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG wären aus Sicht der Autorinnen somit erfüllt gewesen.

VI. Fazit

Die Autorinnen sind zwar der Meinung, dass der nicht wieder gutzumachende Nachteil in der Beschwerdeschrift präziser hätte bezeichnet werden können. Dennoch haben alle drei Autorinnen einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil in der Eingabe klar erkennen können. Mehr noch, in der vorliegenden Konstellation, in welcher es um eine gut erkennbare potenzielle Persönlichkeitsverletzung geht, springt ein solcher geradezu ins Auge. Das Bundesgericht stellt jedoch im Falle des Art. 93 BGG hohe Anforderungen an die Ausführung der Eintretensvoraussetzungen. In der Praxis erschwert dies den Zugang zum Recht, da das Bundesgericht über wichtige materielle Fragen nicht entscheidet, weil es erst gar nicht auf eine Beschwerde eintritt. Im vorliegenden Fall hat die sehr strenge Rechtsprechung des Bundesgerichts dazu geführt, dass der Rechtssuchenden die Beantwortung der materiellen Fragen unseres Erachtens ungerechtfertigt verweigert wurde, obwohl der Nachteil als «offensicht-

⁴¹ Vgl. BGE 137 III 380 E. 1.2.1 m.H.

lich» bzw. «ins Auge springend» zu qualifizieren gewesen wäre. Auch in solchen Fällen sollte jedoch Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG in der Beschwerde explizit genannt sowie die entsprechende(n) Voraussetzung(en) konkret ausgewiesen werden. Dies birgt die Gefahr, dass die Gerichtseingaben (noch) umfangreicher ausfallen – ein Trend, der weder im Sinne der Gerichte noch der Verfahrensparteien sein dürfte. Um den hohen Anforderungen gerecht zu werden und die Wahrscheinlichkeit eines Nichteintretensentscheides möglichst gering zu halten, kann es für Beschwerdeführende dennoch Sinn machen, in einer Zusammenfassung nochmals «lehrbuchmässig» die wesentlichen formellen Voraussetzungen kurz wiederzugeben.

Anzeige

Beatrix Schibli

Solarstrom und Direktzahlungsbe- rechtigung

mit Fokus auf Photovoltaik-Anlagen

Aufgrund der Energiestrategie 2050 nimmt die Bedeutung von Solarstrom zu. Die raumplanungsrechtlichen Rahmenbedingungen insbesondere auch für das Konzept der Agro-Photovoltaik sollen verbessert werden. Die aufschlussreiche Arbeit zeigt, ob und unter welchen Voraussetzungen Flächen mit Photovoltaik-Anlagen direktzahlungsberechtigt sind.

2022, 46 Seiten, broschiert
ISBN 978-3-03891-449-5
CHF 34.–

www.dike.ch/4495

Schriften zum Energierecht

24

Herausgeber: Prof. Dr. Andreas Abegg (ZHAW) • Prof. Dr. Sebastian Heselhaus (Universität Luzern)
Prof. Dr. Peter Hettich (Universität St. Gallen) • Prof. Dr. Johannes Reich (Universität Zürich)

Beatrix Schibli

Solarstrom und Direktzahlungsberechtigung

mit Fokus auf Photovoltaik-Anlagen

DIKE DIKE 