

Sonderdruck aus:

Brennpunkt Medienrecht

**Das mediale Zeitalter als juristische
Herausforderung**

**Herausgegeben von
Julia Hänni / Daniela Kühne**



DIKE

Zürich / St. Gallen 2009

Einstweiliger Rechtsschutz gegen Internetinhalte nach schweizerischer Zivilprozessordnung

Rechtliche und technische Aspekte

Lukas Müller*

Inhaltsübersicht

I. Problemstellung	151
II. Einstweiliger Rechtsschutz	153
A. Allgemeines	153
B. Erlass vorsorglicher Massnahmen	155
1. Voraussetzungen	155
2. Inhalt	157
3. Örtliche Zuständigkeit	159
4. Sachliche Zuständigkeit	160
5. Einzelfragen	160
C. Massnahmen gegen periodisch erscheinende Medien	166
1. Begriff der periodisch erscheinenden Medien	166
2. Erschwerte Voraussetzungen	169
III. Vollstreckung, Änderung und Aufhebung der Massnahmen	170
IV. Anfechtung vorsorglicher Massnahmen	172
A. Rechtsmittel	172
B. Anfechtungsgründe	173
V. Fazit	174

I. Problemstellung

Im Informationszeitalter können jegliche Äusserungen – oft anonym oder unter falscher Angabe der Urheberschaft – in Sekundenschnelle gegenüber einem grossen Publikum veröffentlicht werden. Zu denken ist hier insbesondere an Beleidigungen im Internet, die etwa innerhalb der sozialen Netzwerke (*Facebook*, *StudiVZ* etc.)

* Dr. oec. HSG, lic. iur. et Master of Arts UZH, wissenschaftlicher Mitarbeiter und Habilitand am Lehrstuhl für Römisches Recht und Privatrecht von Prof. Dr.iur. Wolfgang Ernst, LL.M. (Yale) an der Universität Zürich. Ich danke Olivier Baum, meinen Bürokollegen und den Herausgeberinnen dieses Sammelbandes für die kritische Durchsicht und die wertvollen Anregungen.

veröffentlicht werden (als prägnantes Beispiel mag die *Facebook*-Gruppe „Ich könnte Peer Steinbrück pausenlos die Fresse polieren!“ dienen). Solche Gruppen werden nicht nur gegen Personen, die in der Öffentlichkeit stehen (z.B. Politiker), eröffnet, sondern vermehrt auch gegen Lehrer oder Schulkinder. Andere typische Beispiele sind private Fotos oder Videos (insbesondere solche mit pikanten Details), die auf Onlineplattformen wie beispielsweise *Youtube* oder *Tillate* gegen den Willen der betroffenen Personen einem breiten Publikum zugänglich gemacht werden (und auch zugänglich bleiben). Für Betroffene haben derartige Veröffentlichungen oftmals schlimme Auswirkungen auf ihren Beruf, ihre Partnerschaft, ihr soziales Ansehen oder ihre Psyche. Ähnliche Probleme stellen sich bei der Veröffentlichung von Geschäftsgeheimnissen¹ oder urheberrechtlich geschützten Erzeugnissen. Falls der Betreiber oder die Person, welche die schädlichen Inhalte veröffentlicht hat, für die betroffene Person kein Gehör hat und die schädlichen Medieninhalte nicht von selbst wieder entfernt, kann es unter Umständen angezeigt sein, den Rechtsweg zu beschreiten. Für die betroffenen Personen bleibt die unerträgliche Situation zumeist während der ganzen Verfahrensdauer bestehen; bis auf dem zivilen Prozessweg ein Entscheid ergeht, verstreicht somit regelmässig eine lange Leidenszeit. Der vorsorgliche Rechtsschutz ist in solchen Fällen daher ein unverzichtbares Instrument für die zeitgerechte Rechtsverwirklichung.² Damit soll die angeblich betroffene Partei auch in der Periode bis zum endgültigen Entscheid vor Nachteilen geschützt werden, die einzutreten drohen, bevor das Gericht – nach einem möglicherweise langwierigen Prozess – endgültigen Rechtsschutz gewähren kann.³

Aus Sicht des schweizerischen Zivilprozessrechts befinden wir uns in einer historischen Phase.⁴ Das materielle Zivilrecht und das Recht für die Vollstreckung von Geldforderungen und Sicherheitsleistungen sind schon seit mehr als einem Jahrhundert vereinheitlicht. Demgegenüber herrscht eine kantonale Zersplitterung beim Zivilprozessrecht. In jedem Kanton gilt die jeweils eigene Zivilprozessordnung inkl. der damit einhergehenden individuellen Gerichtsorganisation. Im Jahr 2000 hat das Stimmvolk einer Verfassungsänderung zugestimmt, die dem Bund eine umfassende Gesetzgebungskompetenz in diesem Regelungsbereich überträgt.⁵ Der Bund will diese Regelungskompetenz durch die Einführung der Schweizer Zivilprozessordnung wahrnehmen. Die 26 kantonalen Regelwerke werden damit durch die Schweizerische Zivilprozessordnung ersetzt. Das Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz, GestG, SR 272) wird im gleichen Zug in die ZPO integriert.⁶ Gegenstand der neuen ZPO bildet gemäss Art. 1 ZPO das Verfahren vor den

¹ Vgl. BRÜGGEMANN, Hacker, 3.

² Vgl. MEIER, Rechtsschutz, 51; BERTI, Verfahrensarten, 339, 345 f.

³ Vgl. Botschaft ZPO, 7353.

⁴ Vgl. BERTI, Zivilprozess, 329 ff.

⁵ Vgl. Art. 122 BV.

⁶ Vgl. OETIKER/REY, Gerichtsstand, 1517 ff.

kantonalen Instanzen, soweit es um streitige Zivilsachen, gerichtliche Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, gerichtliche Angelegenheiten des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts oder die nationale Schiedsgerichtsbarkeit⁷ geht. Die Beschwerde an das Bundesgericht wurde schon 2007 revidiert (Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110), ergänzt durch das Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess (Bundeszivilprozessgesetz, SR 273). Eine mögliche Konsolidierung des gesamten Bundeszivilverfahrensrechts soll später geprüft werden.⁸ Der folgende Beitrag will den vorläufigen Rechtsschutz gemäss Schweizerischer Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO, SR 272), die am 1. Januar 2011 in Kraft tritt, aufzeigen.⁹

II. Einstweiliger Rechtsschutz

A. Allgemeines

Die Rechtsquellenlage beim einstweiligen Rechtsschutz wurde vor Inkrafttreten der Schweizer ZPO kontrovers diskutiert.¹⁰ Laut VOGEL/SPÜHLER richteten sich Umfang und Einzelwirkungen des Rechtsschutzanspruches für im Bundesprivatrecht begründete Rechte nach Bundesrecht. Teilweise handelt es sich hier auch um ungeschriebenes Bundesrecht.¹¹ Das Bundesgericht vertrat eine dualistische Theorie, wonach sich der Anspruch auf Aufrechterhaltung eines Zustands aus dem Bundeszivilrecht herleitete (z.B. Art. 28c ZGB¹²) und die Massnahmen zur blossen Aufrechterhaltung eines bestehenden Zustandes dem kantonalen Recht zuzuordnen waren, sofern sich nichts anderes aus dem Bundesrecht ergab.¹³ Mit der neuen ZPO wird dieser Lehrstreit obsolet.

Die ZPO lehnt sich materiell an die einschlägigen Bestimmungen des Persönlichkeitsschutzes (Art. 28c ff. ZGB) an und nimmt diese zum Vorbild für die neuen Gesetzesbestimmungen (Art. 261 ff. ZPO). Somit sind die Art. 28c ff. ZGB redundant und werden folgerichtig aufgehoben.¹⁴ Die vorsorglichen Massnahmen sind absichtlich wenig detailliert normiert, um den Gerichten eine gewisse Flexibilität einzuräu-

⁷ Vgl. Art. 353 ff. ZPO.

⁸ Vgl. Botschaft ZPO, 7244. Zu den sich damit ergebenden Problemen vgl. MEIER/MÜRNER, Vor-entwurf, 543, 560 ff.

⁹ Die hier verwendete Zitation bezieht sich auf die in BBI 2009 21 ff. veröffentlichte Fassung.

¹⁰ Vgl. VOGEL/SPÜHLER, Zivilprozessrecht, Kap. 12 N 205 f. mit Quellennachweisen zu den verschiedenen Standpunkten.

¹¹ Vgl. BERTI, Einfluss, 128 ff.; VOGEL/SPÜHLER, Zivilprozessrecht, Kap. 12 N 205.

¹² Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210.

¹³ Vgl. BGE 104 II 170, 179; BGE 103 II 1, 5; Botschaft ZPO, 7353.

¹⁴ Vgl. Botschaft ZPO, 7353.

men. Die Gerichte stehen diesem Bereich näher als der Gesetzgeber und sollen demzufolge auch über einen weiten Spielraum verfügen.¹⁵

Der vorsorgliche Rechtsschutz gehört zum summarischen Verfahren der ZPO, welches im fünften Titel des betreffenden Erlasses geregelt ist. Das Verfahren richtet sich daher grundsätzlich nach Art. 248 ff. ZPO.¹⁶ Die typischen Merkmale des summarischen Verfahrens sind seine Flexibilität und Schnelligkeit. Das Verfahren kann mündlich oder schriftlich sein (Art. 252 Abs. 2 i.V.m. Art. 130 ZPO) und es sind grundsätzlich nur liquide Beweismittel zugelassen (Art. 254 ZPO).

Nicht unter den vorsorglichen Rechtsschutz fallen alle Entscheidungen des Gerichts, die einen streitigen Anspruch definitiv bzw. endgültig klären. Das ist sogar der Fall, wenn der Entscheid sichernden oder regelnden Charakter hat.¹⁷ Auch nicht unter Art. 248 ff. ZPO fallen die Sicherung von Geldforderungen und Forderungen auf Sicherungsleistung, zumal für diese das SchKG¹⁸ anwendbar bleibt. Für Spezialbestimmungen aus anderen Gesetzen wie etwa Art. 281 ZGB (Anspruch auf Gegendarstellung), Art. 551 ff. ZGB (erbrechtliche Sicherungsmassregeln) oder Art. 37 Abs. 3 PatG¹⁹ (vorsorgliche Einräumung einer Lizenz) ist jeweils ein abgewandeltes bzw. eigenes Verfahren anzuwenden. Auch die vorsorgliche Beweisführung gemäss Art. 158 ZPO ist speziell geregelt und gehört nicht zum einstweiligen Rechtsschutz im engeren Sinne.²⁰

Im Folgenden werden allgemein die Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen dargestellt, wie sie sich vor und nach der Rechtshängigkeit der Hauptsache ergeben²¹ (vgl. hinten B.). Gegen periodisch erscheinende Medien (vgl. hinten C.) gestaltet sich der Erlass solcher Anordnungen schwieriger, da neben den Interessen der involvierten Parteien noch das Element der verfassungsmässig garantierten Medienfreiheit hinzutritt.²²

¹⁵ Vgl. HASENBÖHLER, VE-ZPO, 25, 42.

¹⁶ Vgl. VOGEL/SPÜHLER, Zivilprozessrecht, Kap. 12 N 178.

¹⁷ Vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 22 N 2.

¹⁸ Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs, SR 281.1.

¹⁹ Bundesgesetz vom 25. Juni 1954 über die Erfindungspatente, Patentgesetz, SR 232.14.

²⁰ Vgl. Art. 269 ZPO; Art. 38 Abs. 1 SchKG; Art. 272 ff. SchKG.

²¹ Vgl. Art. 263 ZPO.

²² Vgl. Art. 17 BV; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, N 473 ff.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 22 N 20.

B. Erlass vorsorglicher Massnahmen

1. Voraussetzungen

Vor oder nach der Rechtshängigkeit eines Verfahrens kann beim zuständigen Gericht ein Gesuch auf Anordnung vorsorglicher Massnahmen gestellt werden.²³ Das Gericht trifft laut Art. 261 Abs. 1 ZPO die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die nachfolgend beschriebenen Voraussetzungen gegeben sind.

a. Verfügungsanspruch

Die gesuchstellende Partei muss glaubhaft darlegen, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt, oder dass eine solche Verletzung zu befürchten ist.²⁴ Bei Mediendelikten geht es darum, zu zeigen, dass ein Anspruch auf die Abwehr oder Verhinderung einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung besteht.²⁵ Es handelt sich hier um die sogenannte Hauptsacheprognose.²⁶ Wenn sich die Gesuchgegnerin dem Gesuch widersetzen will, liegt es an ihr, einen allfälligen Rechtfertigungsgrund zu beweisen. Das Begehren richtet sich gegen Personen, die bei der Verletzung des Anspruches mitwirken bzw. mitgewirkt haben, nicht aber gegen Dritte.²⁷

b. Verfügungsgrund

Die gesuchstellende Partei muss den Verfügungsgrund glaubhaft machen: Durch die angebliche Verletzung oder die drohende Verletzung muss ein nicht leicht wieder-gutzumachender Nachteil drohen. Damit ist die zeitliche Dringlichkeit verbunden.²⁸ Der Nachteil kann materieller oder immaterieller Natur sein. Bei Persönlichkeitsverletzungen liegen regelmässig immaterielle Nachteile vor.²⁹ Es kann mithin vorkommen, dass der Anspruch nur schwer beziffer- oder beweisbar ist.³⁰ Für die Anordnung einer einstweiligen Massnahme sollte dies kein unüberwindbares Hindernis darstellen, sondern im Rahmen der Nachteilsprognose berücksichtigt werden. In die Nachteilsprognose sind zudem alle involvierten Parteien einzubeziehen, damit das Rechts-

²³ Vgl. Art. 252 Abs. 1 ZPO; Art. 263 ZPO.

²⁴ Bei Beweissicherungsmassnahmen ist die Begründetheit des Anspruches nicht glaubhaft zu machen. Es genügt, die Glaubhaftmachung des drohenden Verlusts des Beweismittels, da es nur um die Feststellung von Tatsachen geht; vgl. Art. 158 ZPO; Botschaft ZPO, 7315; VOGEL/SPÜHLER, Zivilprozessrecht, Kap. 12 N 202; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, Zivilprozessrecht, § 32 N 26.

²⁵ Vgl. NOBEL/WEBER, Medienrecht, 4. Kap. N 16 ff.

²⁶ Vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht, N 14.82.

²⁷ Vgl. BGE 122 III 353, 356; BUCHER, Persönlichkeitsschutz, N 610.

²⁸ Vgl. Botschaft ZPO, 7354; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, Zivilprozessrecht, § 32 N 26.

²⁹ Vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 22 N 10.

³⁰ Vgl. Botschaft ZPO, 7354.

schutzinteresse ermittelt werden kann.³¹ Die Nachteile des Gesuchstellers für den Fall, dass seinem Gesuch nicht entsprochen wird, sind denjenigen des Gesuchgegners gegenüberzustellen.³² Bei dieser Interessenabwägung soll sichergestellt werden, dass die vorsorgliche Massnahme verhältnismässig ist. Die Massnahme des vorläufigen Rechtsschutzes soll nicht weiter gehen, als es zur Sicherung des behaupteten Anspruchs nötig ist.³³

Im Zusammenhang mit vorsorglichen Massnahmen gegen Internetinhalte – wobei es sich um persönlichkeitsverletzungsrelevante Inhalte handeln kann³⁴ – sollte kein allzu hoher Massstab angelegt werden. Sobald ein Medieninhalt erst mal ins Internet gelangt ist, lässt er sich meist kaum mehr entfernen, da Suchmaschinen Daten i.d.R. für mehrere Wochen (oder teilweise sogar länger) zwischenspeichern. Am prominentesten ist der *Google-Cache* – eine Funktion, mit der das gesamte Internet durchforstet wird, um von jeder Website einen „Schnappschuss“ zu erstellen, welche im sogenannten *Cache* abgelegt wird und dann für die *Google*-Nutzer verfügbar ist.³⁵ Ausserdem existieren auch Internetarchive, die zum Ziel haben, Daten permanent zu speichern. Dritte können die im Internet abgelegten Daten problemlos einsehen und kopieren. Im Internet abgelegte Daten – egal ob sie richtig oder falsch sind – stehen somit einer Weiterverbreitung durch Dritte ohne Weiteres zur Verfügung. Diese können die betreffenden Daten – sozusagen als Trittbrettfahrer – verwenden und stellen sie gegebenenfalls auf ihre Website, ihren *Youtube-Webspace* oder veröffentlichen sie in sozialen Netzwerken wie beispielsweise *Facebook*.

c. Glaubhaftmachung

Glaubhaftmachen bedeutet weniger als die Erbringung des vollen Beweises, aber dennoch mehr als blosses Behaupten.³⁶ Nach Ansicht des Bundesgerichts ist eine Tatsache glaubhaft gemacht, wenn für deren „Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte.“³⁷ Es findet meist eine summarische Prüfung statt, die dem Richter aufgrund objektiver Anhaltspunkte den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit für das Vorhandensein der in Frage kommenden Tatsachen vermittelt, ohne dass er dabei den Vorbehalt preisgeben müsste, dass sich die Verhältnisse auch

³¹ Vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht, N 14.82.

³² Vgl. VOGEL/SPÜHLER, Zivilprozessrecht, Kap. 12 N 210.

³³ Vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 22 N 12.

³⁴ Der vorsorgliche Rechtsschutz betreffend urheberrechtlich geschützte Inhalte richtet sich nach dem revidierten Art. 65 URG. Der Verweis auf Art. 28c ff. ZGB wird aufgehoben. M.E. verdrängt Art. 65 URG die Normierung der ZPO nicht, sondern ergänzt sie.

³⁵ Vgl. <http://www.google.de/help/features.html#cached>, zuletzt besucht am 12. August 2009.

³⁶ Vgl. BGE 130 III 321, 325; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, Zivilprozessrecht, § 37 N 1; BaslerKomm/MEILI, Art. 28c ZGB N 3.

³⁷ Vgl. BGE 130 III 321, 325; BGE 120 II 393, 398; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht, N 14.84.

anders gestalten könnten.³⁸ Ein voller Beweis kann nicht gefordert werden, zumal er das Verfahren zur Anordnung des einstweiligen Rechtsschutzes unangemessen in die Länge ziehen würde.³⁹

d. Negative Voraussetzung

Der Gesuchgegner kann laut Art. 261 Abs. 2 ZPO eine vorsorgliche Massnahme abwenden, indem er eine angemessene Sicherheit leistet; dabei handelt es sich um eine negative Voraussetzung. Falls die Sicherheit erst nachträglich geleistet wird, kann das Gericht die vorsorgliche Massnahme aufheben.⁴⁰ Die Leistung des Vorschusses und der Sicherheit für die mutmasslichen Prozesskosten ist laut Art. 59 Abs. 2 lit. f ZPO eine Prozessvoraussetzung. Bei den vorsorglichen Massnahmen findet diese Regelung allerdings keine strenge Anwendung.⁴¹

2. Inhalt

Die vorsorglichen Massnahmen werden in Regelungsmassnahmen, Leistungsmassnahmen und Sicherungsmassnahmen unterteilt.⁴² Um die Flexibilität der Gerichte, die erfahrungsgemäss näher am Geschehen sind, zu erhalten, will die ZPO die einzelnen Massnahmen nur beispielhaft aufzählen.⁴³ Eine vorsorgliche Massnahme kann gemäss Botschaft „jede gerichtliche Anordnung sein, die geeignet ist, den drohenden Nachteil abzuwenden.“⁴⁴ MEIER sah die Umschreibung im Vorentwurf als zu unbestimmt an – insbesondere da die privatrechtlichen Bestimmungen zum einstweiligen Rechtsschutz gestrichen werden – und er befürchtet, dass die Kantone ihre restriktive Gerichtspraxis weiterführen werden.⁴⁵ Vermutlich deshalb wurde der Massnahmenkatalog in Art. 262 ZPO im Vergleich zum Vorentwurf erweitert, obschon noch immer eine klare Umschreibung der vorsorglichen Massnahmen fehlt. Zugunsten der Flexibilität der Gerichte ist die relativ unbestimmte Umschreibung allerdings zu begrüssen.

Die Massnahme muss ausserdem stets verhältnismässig sein; oder mit anderen Worten, in zeitlicher und sachlicher Hinsicht geeignet, notwendig sowie erforderlich sein. Es muss hierbei stets die mildeste und dennoch geeignete Anordnung gewählt werden; zudem darf diese nie weiter gehen, als es zum vorläufigen Schutz des glaubhaf-

³⁸ Vgl. BGE 104 Ia 408, 413; BGE 88 I 11, 14.

³⁹ Vgl. HABSCHIED, Zivilprozessrecht, N 620.

⁴⁰ Vgl. Art. 268 Abs. 1 ZPO; Botschaft ZPO, 7354.

⁴¹ Vgl. Art. 99 Abs. 3 lit. c und Art. 101 Abs. 2 ZPO; Botschaft ZPO, 7294 f.

⁴² Vgl. VOGEL/SPÜHLER, Zivilprozessrecht, Kap. 12 N 192 ff.

⁴³ Vgl. Art. 262 ZPO; Botschaft ZPO, 7354.

⁴⁴ Botschaft ZPO, 7354.

⁴⁵ Vgl. MEIER, Vorentwurf, 79; a.M. HASENBÖHLER, VE-ZPO, 25, 42.

ten Anspruchs nötig ist.⁴⁶ Zweck und Mittel müssen in einem angemessenen Verhältnis stehen.

Art. 262 ZPO zählt folgende konkrete Beispiele auf, die als vorsorgliche Massnahmen in Betracht kommen könnten: Ein gerichtliches Verbot (lit. a), die Beseitigung eines rechtswidrigen Zustandes (lit. b), die Anweisung an ein Registeramt oder an eine dritte Person, bestimmte Vorkehrungen zu treffen (lit. c), eine Sachleistung (lit. d) oder die Anordnung vorsorglicher Geldzahlungen an die gesuchstellende Partei, sofern dies im Gesetz vorgesehen ist (lit. e).

Im Bereich der Verletzung durch Medien wird neben der Sicherung gefährdeter Beweise (Art. 158 ZPO) auch ein vorsorgliches Verbot der drohenden Verletzung oder die Beseitigung der eingetretenen Verletzung in Frage kommen, bevor ein derartiger nicht wieder gutzumachender Nachteil eintritt.⁴⁷ Wichtig ist, dass das zu unterlassende Verhalten im Urteil genügend bestimmt und klar umschrieben wird, damit die Anordnung getroffen werden kann.⁴⁸ Im Entscheid muss vom Gericht klar festgehalten werden, welche Normen es glaubhaft als verletzt auffasst. Die Rechtsauffassung, worauf das Gericht die Anordnung der vorsorglichen Massnahme stützt, muss also für die Parteien klar sein.⁴⁹ Der Unterlassungsanspruch kann mit Art. 292 StGB kombiniert (und damit strafbeschwert) werden.

In den zunehmend verbreiteten interaktiven Webbereichen (sogenanntes Web 2.0), wie etwa den Benutzerkommentaren, die beispielsweise bei Online-Zeitungsmeldungen auf den Websites des Tages-Anzeigers, der Neuen Zürcher Zeitung oder des Blicks möglich sind, ist es gängige Praxis, dass Benutzerkommentare zuerst von der Redaktion freigegeben werden müssen. Falls ein Webportal jedem beliebigen Benutzer die volle Schreibberechtigung erteilt – d.h. er kann dort nur unter Hinterlassung der üblichen Spuren (etwa der IP-Adresse) einen Beitrag verfassen und veröffentlichen – kann es Sinn machen, dass der Richter eine redaktionelle Kontrolle der Beiträge anordnet. In Internet-Foren oder Blogs ist es zudem denkbar, eine Moderation anzuordnen, die auf Beschwerden der Benutzer reagiert und einschreitet. Eine Vorzensur bietet sich allerdings aus Haftungsgründen ohnehin an.⁵⁰

Unklar ist, ob ein vorsorgliches Berichtigungsbegehren effektiv durchgesetzt werden kann. Falls die Voraussetzungen für das Gegendarstellungsrecht gegeben sind, sollte kein vorsorgliches Berichtigungsbegehren gestellt werden dürfen, zumal dieses nur subsidiär geltend gemacht werden kann.⁵¹ Da sich Inhalte, sobald sie einmal ins In-

⁴⁶ Vgl. BGE 94 I 8, 10.

⁴⁷ Vgl. BaslerKomm/MEILI, Art. 28 ZGB N 4.

⁴⁸ Vgl. BGE 78 II 289, 292 f.

⁴⁹ Vgl. BGer, Urteil vom 20. November 2007, 4A_221/2007, E. 4.2.1.

⁵⁰ Vgl. AG Frankfurt/Main, Urteil vom 16. Juli 2008, Az. 31 C 2575/07-17.

⁵¹ Vgl. BaslerKomm/MEILI, Art. 28c ZGB N 4.

ternet gelangten, jeglicher Kontrolle entziehen, ist allerdings ernsthaft zu fragen, ob unter diesen Umständen überhaupt mit verhältnismässigen Mitteln eine geeignete oder wirksame vorsorgliche Massnahme angeordnet werden kann. Diese Frage ist im Einzelfall zu klären. Unter Umständen reicht jedoch die „höfliche“ Anfrage des Gerichts bei den zuständigen Providern, ob sie die IP blockieren, DNS-basiert Inhalte filtern oder den Inhalt selbstständig löschen mögen.⁵² In klaren Fällen wird dies wohl das geeignete Vorgehen sein. Manchmal kann es auch schon helfen, bestimmte Stichworte bei Suchmaschinen sperren zu lassen.

3. Örtliche Zuständigkeit

Art. 13 ZPO regelt die örtliche Zuständigkeit für vorsorgliche Massnahmen im Binnenbereich.⁵³ In dieser Vorschrift heisst es, dass, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, das Gericht am Ort, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist oder wo die Massnahme vollstreckt werden soll, zuständig ist. Auch wenn ein Prozess hängig ist, kann also das Gericht am Vollstreckungsort eine vorsorgliche Massnahme erlassen. Es stehen demnach zwei alternative Gerichtsstände zur Verfügung.⁵⁴

Das Gericht wird bezüglich der Eintretensfrage grundsätzlich auf den eingeklagten Anspruch und die Begründung des Gesuchstellers abstellen. Das Vorliegen der zuständigkeitsbegründenden Tatsachen wird unterstellt, sobald diese vom Gesuchsteller behauptet werden (doppelrelevante Tatsache). Falls die Zuständigkeit bestritten wird, „so hat der Gesuchsteller die zuständigkeitsbegründenden Tatsachen im vorsorglichen Massnahmeverfahren ausreichend glaubhaft zu machen.“⁵⁵ Die inhaltliche Begründetheit ist für die Beurteilung der örtlichen Zuständigkeit nicht ausschlaggebend.⁵⁶ Falls die Begründung ausreichend glaubhaft gemacht wurde, kann auch der Klägergerichtsstand gemäss Art. 13 lit. a i.V.m. Art. 20 lit. a ZPO⁵⁷ angewendet werden, wo bei Persönlichkeitsverletzungen die Zuständigkeit der Hauptsache gegeben

⁵² Dazu umfassend: ZINN, Internetzensur, 114, 115 ff.

⁵³ Für internationale Verhältnisse bleiben Staatsverträge (insb. das Übereinkommen vom 16. September 1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen [LugÜ, SR 0.275.11]) und die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG, SR 291) vorbehalten; vgl. Art. 2 ZPO; Botschaft ZPO, 7257 f.

⁵⁴ Vgl. Art. 20 lit. a ZPO. Die Subsumption unter den Gerichtsstand der unerlaubten Handlung wurde in der Vernehmlassung zum Vorentwurf kritisiert, weshalb wieder ein eigener Gerichtsstand in der ZPO zu finden ist; vgl. Botschaft ZPO, 7264. Das ist auch gut so, da andernfalls überall dort ein Gerichtsstand gegeben wäre, woher der Website-Inhalt abgerufen werden kann – also praktisch überall; siehe zum deutschen Recht: KAUFMANN, Onlineveröffentlichungen, 714, 715 f.

⁵⁵ Obergericht Luzern, 8. Juli 2004, LGVE 2004 I 86, E. 4.1.

⁵⁶ Vgl. BGE 133 III 295, 299; OETIKER/REY, Gerichtsstand, 1517, 1523 f.

⁵⁷ Vgl. WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, Zivilprozessrecht, § 7 N 28.

ist; ansonsten ist – sofern nichts anderes gegeben ist – der Rechtssatz *actor sequitur forum rei* anzuwenden.⁵⁸

4. Sachliche Zuständigkeit

Art. 4 Abs. 1 der ZPO verweist auf die kantonalen Regelungen hinsichtlich der sachlichen und funktionellen Zuständigkeit der Gerichte, soweit die ZPO nichts anderes bestimmt.⁵⁹ Die vorsorglichen Massnahmen gemäss Art. 261 ff. ZPO gehören zum summarischen Verfahren. Laut § 22 lit. c des Vorentwurfs für ein Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Straf- und Zivilprozess vom 2. Oktober 2008 (VE-GOG)⁶⁰ ist im Kanton Zürich – wie bisher – der Einzelrichter erstinstanzlich für Angelegenheiten des summarischen Verfahrens zuständig.

5. Einzelfragen

a. Massnahmen vor Rechtshängigkeit

Einstweilige Massnahmen können auch schon vor Rechtshängigkeit des eigentlichen Prozesses notwendig sein. In diesem Fall wird der gesuchstellenden Partei eine Frist zur Einreichung der Klage angesetzt, verbunden mit der Androhung, dass die angeordnete Massnahme bei ungenutztem Fristablauf⁶¹ ohne Weiteres dahinfalle.⁶² Die gesuchstellende Partei darf sich also mit der provisorischen Sicherung bzw. Klärung der Rechtslage nicht zufrieden geben; sie muss zusätzlich den endgültigen Rechtsschutz suchen, die einstweilige Massnahme somit prosequieren (Prosektionsklage). Für die Prosektionsklage gelten die allgemeinen Vorschriften bezüglich örtlicher Zuständigkeit, da kein spezieller Prosektionsgerichtsstand in der ZPO existiert.⁶³

Beim „Rechtsschutz in klaren Fällen“ (Art. 257 ZPO) braucht kein ordentliches oder vereinfachtes Verfahren mehr angestrebt zu werden. Der klagenden Partei wird bei eindeutiger Sach- und Rechtslage ermöglicht, rasch – also ohne einlässlichen Prozess – zu einem rechtskräftigen und vollstreckbaren Entscheid zu kommen.⁶⁴ Die Gesuchstellerin ist aber nicht verpflichtet, den Rechtsschutz in klaren Fällen zu suchen. Es handelt sich dabei nicht um vorsorgliche Massnahmen. Die vorsorglichen Massnah-

⁵⁸ Vgl. Art. 10 ZPO.

⁵⁹ Vgl. VOGEL/SPÜHLER, Zivilprozessrecht, Kap. 12 N 178.

⁶⁰ Der Vorentwurf kann unter der offiziellen Vernehmlassungs-Website des Regierungsrats des Kantons Zürich http://www.rr.zh.ch/internet/rr/de/grundseite/vorlagen_des_kantons/08-07.html abgerufen werden.

⁶¹ Zur Fristenberechnung siehe Art. 142 ff. ZPO.

⁶² Vgl. Art. 263 ZPO.

⁶³ Vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 22 N 37.

⁶⁴ Vgl. Botschaft ZPO, 7351 f.

men erlangen im Gegensatz zum Rechtsschutz in klaren Fällen keine volle materielle Rechtskraft, da diese bereits bei Glaubhaftmachung der Gefährdung des Anspruchs erlassen werden und die Beweismittel beschränkt sind.⁶⁵

b. Sicherheitsleistungen und Schadenersatz

Bei vorsorglichen Massnahmen handelt es sich laut PEDRAZZINI/OBERHOLZER um „scharfe, dementsprechend gefährliche Schutzmittel – die Überprüfung von Sachverhalt und Rechtslage durch den Richter ist notgedrungen oberflächlich, weshalb eine gewährte Massnahme sich im Hauptprozess als unbegründet erweisen kann.“⁶⁶ Da einstweilige Massnahmen oftmals einen einschneidenden Eingriff in die Rechte oder das Vermögen einer Partei darstellen, will Art. 264 ZPO diesem Risiko Rechnung tragen. Einerseits kann das Gericht die vorsorgliche Massnahme von der Leistung einer Sicherheit abhängig machen.⁶⁷ Andererseits kann das Gericht die Sicherheit – abhängig von der konkreten Konstellation – auch erst im Nachhinein anordnen, sie herabsetzen oder erhöhen.⁶⁸

In Art. 264 Abs. 2 ZPO wird zum Schutz der geschädigten Personen festgehalten, dass die gesuchstellende Partei für den aus einer ungerechtfertigten vorsorglichen Massnahme erwachsenen Schaden haftet. Es handelt sich um eine gemilderte Kausalhaftung, da der Gesuchstellerin ein Entlastungsbeweis offen steht. Falls die gesuchstellende Partei beweist, dass sie ihr Gesuch in guten Treuen gestellt hat, so kann das Gericht die Ersatzpflicht herabsetzen oder die Partei gänzlich von ihr entbinden. Diese Exkulpation ist in Art. 264 Abs. 2 ZPO vorgesehen, da eine scharfe Kausalhaftung (Haftung ohne Exkulpationsmöglichkeit) für den vorsorglichen Rechtsschutz prohibitive Folgen hätte.⁶⁹

Der Schadenersatzanspruch muss in einem eigenständigen Prozess geltend gemacht werden.⁷⁰ Falls Ungewissheit darüber besteht, ob es zu einem Schadenersatzprozess kommt, setzt das Gericht eine Klagefrist an. Wenn feststeht, dass die geschädigte Person auf die Erhebung einer Klage verzichtet, wird die Sicherheitsleistung freigegeben.⁷¹

⁶⁵ Vgl. BGE 117 II 554, 558 f.; Art. 254 i.V.m. Art. 261 Abs. 1 ZPO; BERTI, Verfahrensarten, 339, 343; VOGEL/SPÜHLER, Zivilprozessrecht, Kap. 12 N 169; WALDER-RICHLI/GROB-ANDER-MACHER, Zivilprozessrecht, § 37 N 8; für weitere Hinweise vgl. Botschaft ZPO, 7351 f.

⁶⁶ PEDRAZZINI/OBERHOLZER, Personenrecht, 175.

⁶⁷ Vgl. Art. 264 Abs. 1 ZPO.

⁶⁸ Vgl. Botschaft ZPO, 7351.

⁶⁹ Vgl. Botschaft ZPO, 7356.

⁷⁰ Örtlich zuständig ist das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder wo der Schaden aus der ungerechtfertigten vorsorglichen Massnahme eingetreten ist; vgl. Art. 37 ZPO.

⁷¹ Vgl. Art. 264 Abs. 3 ZPO.

c. Superprovisorische Massnahmen und Schutzschrift

Einstweiliger Rechtsschutz wird i.d.R. erst nach vorgängiger Anhörung der Gegenpartei gewährt.⁷² Es kann notwendig werden, vorsorgliche Massnahmen auf einseitiges Gesuch ohne Anhörung der Gegenpartei zu erlassen. HASENBÖHLER stellt zutreffend fest, dass dies aus Sicht der Verfahrensgarantie nicht unproblematisch ist,⁷³ zumal jede Partei grundsätzlich Anspruch auf rechtliches Gehör hat.⁷⁴ Falls die Gefahr akut ist, kann jedoch gerade die mit der Gewährung des rechtlichen Gehörs zwangsläufig erfolgende Vorwarnung des Adressaten der vorsorglichen Massnahme dazu führen, dass der rechtzeitige Rechtsschutz unmöglich wird. Die superprovisorische Massnahme darf allerdings nur bei besonderer Dringlichkeit – bei akuter Vereitelungsgefahr – „überfallartig“⁷⁵ angeordnet und vollzogen werden.⁷⁶ Wenn der Gesuchsteller sein Gesuch offensichtlich hinausgezögert hat, kann nicht mehr von Dringlichkeit gesprochen werden.⁷⁷

Das Gesuch um ein Superprovisorium muss vom Gericht umsichtig geprüft werden: „Es darf nicht leichthin auf Glaubhaftigkeit der (qualifizierten) Gefährdung schliessen, sondern muss – nebst einer plausiblen Darstellung der Fakten – auch Belege verlangen.“⁷⁸ Gegen eine superprovisorische Anordnung als solches gibt es kein Rechtsmittel. Stattdessen wird die Gegenpartei bei der Eröffnung oder beim Vollzug der Massnahme zur Stellungnahme aufgefordert. Im Rahmen dieser Anhörung kann die Gegenpartei ihre Einwände vorbringen.⁷⁹ Danach entscheidet das Gericht unverzüglich über das Gesuch betreffend vorsorglicher Massnahme.⁸⁰ Die Anreize, ein ungerechtfertigtes Superprovisorium anzuordnen, sinken, falls der Vollzug von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht wird. Art. 265 Abs. 3 ZPO gestattet es deshalb dem Gericht, die gesuchstellende Partei von Amtes wegen zu einer vorgängigen Sicherheitsleistung zu verpflichten.

Falls zum Entscheidungszeitpunkt beim Gericht eine vorsorglich eingereichte Stellungnahme (Schutzschrift) vorliegt, ist sie vom Gericht zu beachten.⁸¹ Die ZPO führt mit Art. 270 ZPO die bisher in vier Kantonen anerkannte Schutzschrift ein.⁸² Wer Grund zur Annahme hat, dass demnächst eine superprovisorische Massnahme gegen ihn getroffen wird, kann sich präventiv gegen sie wehren. Der potenzielle Gesuch-

⁷² Vgl. Art. 253 ZPO.

⁷³ Vgl. HASENBÖHLER, VE-ZPO, 25, 47.

⁷⁴ Vgl. Art. 53 ZPO.

⁷⁵ Botschaft ZPO, 7356; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht, N 14.99.

⁷⁶ Vgl. Art. 265 Abs. 1 ZPO.

⁷⁷ Vgl. VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüterrecht, N 1032.

⁷⁸ Vgl. Botschaft ZPO, 7356.

⁷⁹ Vgl. HASENBÖHLER, VE-ZPO, 25, 47.

⁸⁰ Vgl. Art. 265 Abs. 2 ZPO.

⁸¹ Vgl. BERGER/GÜNGERICH, Zivilprozessrecht, N 1005.

⁸² Vgl. BGE 119 Ia 53 ff.; Art. 270 ZPO; Botschaft ZPO, 7357 f.; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, Zivilprozessrecht, § 32 N 26.

gegner kann sich an das zuständige Gericht wenden und die Gründe darlegen, die gegen die drohende Massnahme oder zumindest gegen eine überfallartige Anordnung sprechen.⁸³ Die Schutzschrift ist v.a. in immaterialgüter- und wettbewerbsrechtlichen Angelegenheiten von Bedeutung, da sie grossen Schaden verhindern kann. Ihre Einführung wurde in der Vernehmlassung begrüsst.⁸⁴

Bis zum Inkrafttreten der ZPO wurden die Schutzschriften teilweise der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt; unter der Schweizerischen ZPO ist dies nicht mehr der Fall.⁸⁵ Die Schutzschrift wird der Gegenpartei nur mitgeteilt, wenn diese das entsprechende Verfahren einleitet,⁸⁶ andernfalls würde der Zweck der Schutzschrift vereitelt, da sie „[s]tatt einer vorausschauenden Stellungnahme [...] praktisch zu einem Hilfsmittel (Checkliste)“⁸⁷ der gesuchstellenden Partei verkäme. „Diese könnte die Argumente Punkt für Punkt entkräften, ohne dass die bedrohte Partei nochmals Stellung nehmen dürfte.“⁸⁸ Die Wirksamkeit der Schutzschrift ist auf sechs Monate begrenzt, wird dann unbeachtlich und kann der betreffenden Partei ohne Weiteres zurückgeschickt werden.⁸⁹ Da die Schutzschrift beim jeweils zuständigen Gericht hinterlegt werden muss, kann dies zu praktischen Problemen führen, falls – wie es bei vorsorglichen Massnahmen häufig der Fall ist – mehrere potenzielle Gerichtsstände vorhanden sind. Es muss antizipiert werden, bei welchem Gericht die superprovisorische Massnahme ersucht wird. HEISEL schlägt deshalb vor, dass für die Schweiz ein einheitliches Schutzschriftenregister eingeführt wird. Dieser Idee ist zuzustimmen, da andernfalls die Einreichung einer Schutzschrift ein untaugliches – da zu aufwändiges – Instrument darstellen würde und sich die potenziell beklagte Partei gezwungen sähe, ihre Schutzschriften bei einer Vielzahl von Gerichten „auf gut Glück“ zu deponieren, was unnötige Kosten zur Folge hätte.⁹⁰ Bei superprovisorischen Massnahmen – v.a. auch bei internetbezogenen Themen – könnte ein Schutzschriftenregister das rechtliche Gehör verbessern.

d. Beweisfragen

Die zulässigen Beweise bei Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes sind im Katalog des Art. 254 ZPO aufgeführt.⁹¹ Grundsätzlich ist der Beweis durch Urkunden zu erbringen.⁹² Urkunden sind laut Art. 177 ZPO Dokumente wie Schriftstücke, Zeichnungen, Pläne, Fotos, Filme, Tonaufzeichnungen, elektronische Dateien und

⁸³ Vgl. Art. 270 Abs. 1 ZPO.

⁸⁴ Vgl. Botschaft ZPO, 7357.

⁸⁵ Vgl. VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüterrecht, N 1034 f.

⁸⁶ Vgl. Art. 270 Abs. 2 ZPO.

⁸⁷ Vgl. Botschaft ZPO, 7358.

⁸⁸ Vgl. Botschaft ZPO, 7358.

⁸⁹ Vgl. Art. 270 Abs. 3 ZPO.

⁹⁰ Vgl. HEISEL, Register, 67, 67 f.

⁹¹ Vgl. HASENBÖHLER, Beweisrecht, 379, 387 f.

⁹² Vgl. Art. 254 Abs. 1 ZPO.

dergleichen, die geeignet sind, rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen. Andere Beweismittel sind gemäss Art. 254 Abs. 2 ZPO nur zulässig, wenn sie das Verfahren nicht wesentlich verzögern, es der Verfahrenszweck erfordert oder das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat. Bei dieser Beweismittelbeschränkung geht es darum, dem Zweck des summarischen Verfahrens gerecht zu werden, d.h. schnellen Rechtsschutz zu verwirklichen.⁹³ Es sollen deshalb grundsätzlich nur liquide Beweise zugelassen werden.⁹⁴ Im Verfahren betreffend vorsorglichen Rechtsschutz muss das Glaubhaftmachen einer Tatsache ausreichen, da andernfalls einstweilige Massnahmen praktisch nie zeitgerecht angeordnet werden können.⁹⁵ Auch aufgrund des provisorischen Charakters einer Massnahme, erscheint es sinnvoll, es beim Glaubhaftmachen bewenden zu lassen, anstatt den strikten Beweis zu fordern.

Es ist zu fragen, wie mit dem flüchtigen Medium Internet Beweis zu führen ist. Zumal nur das Glaubhaftmachen statt eines strikten Beweises gefordert wird, könnte unter Umständen ein blosser Computer-Ausdruck reichen. Solange die Echtheit von der Gegenpartei nicht bestritten wird (dies ist von ihr ausreichend zu begründen), stellen sich kaum Probleme.⁹⁶ Da allerdings Internetinhalte i.d.R. flüchtig sind, können Probleme auftauchen. Denkbar ist, dass die Beweise deswegen vom Gericht vorsorglich abgenommen werden; es muss hierbei einzig die Gefährdung des Beweises oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft gemacht werden.⁹⁷ Falls sich Beweismittel bei Unbeteiligten befinden, dürfen die Behörden der Ziviljustiz nur tätig werden, sofern eine genügende gesetzliche Grundlage dafür vorhanden ist; besonders vor Einführung der Schweizer ZPO stellte dies ein ernsthaftes Problem dar. Falls die kantonale Zivilprozessordnung dies nicht vorsah, die kantonale Strafprozessordnung hingegen schon, konnten (nur) die zuständigen Strafverfolgungsbehörden solche Beweise beschlagnahmen.⁹⁸ In Art. 160 ff. ZPO sind gewisse Mitwirkungspflichten Dritter aufgeführt. Diese Bestimmungen wurden mit den Normen der künftigen Schweizerischen Strafprozessordnung harmonisiert.⁹⁹ Das sollte für die Zivilverfahrensbehörden die Beweissicherung bei Dritten erleichtern.¹⁰⁰ Ein weiteres Problem ist das *Spoofing* (Verschleierung).¹⁰¹ Beim *Spoofing* handelt es sich um Sicherheitslücken im Internetprotokoll (IP) oder damit im Zusammenhang stehenden Protokollen, welche es beispielsweise ermöglichen, die eigene Identität, die IP- oder URL-Adresse zu verschleiern. Dies ermöglicht es, bei schlecht gewarteten Systemen Manipulationen und betrügerische Machenschaften auszuüben. Jemand anderes könnte

⁹³ Vgl. VOGEL/SPÜHLER, Zivilprozessrecht, Kap. 12 N 153 und N 212.

⁹⁴ Vgl. Botschaft ZPO, 7351.

⁹⁵ Vgl. Art. 261 Abs. 1 i.V.m. Art. 254 ZPO.

⁹⁶ Vgl. Art. 178 ZPO.

⁹⁷ Vgl. Art. 158 ZPO.

⁹⁸ Vgl. BGE 122 III 353, 353; BRÜCKNER, Personenrecht, N 756.

⁹⁹ Vgl. Botschaft ZPO, 7317 f.

¹⁰⁰ Nach altem Recht siehe BGE 122 III 353, 353; BRÜCKNER, Personenrecht, N 756.

¹⁰¹ Vgl. dazu <http://de.wikipedia.org/wiki/Spoofing>, zuletzt besucht am 12. August 2009.

hiermit einen bestimmten Inhalt im Namen einer fremden Person veröffentlichen oder dadurch leicht *Phishing*-Attacken starten; so werden Versuche bezeichnet, mit denen über gefälschte URL-Adressen ein Dritter an geheime Informationen eines Benutzers gelangen will. Hiermit können Zugangs-Codes gesammelt oder gar eine Webpräsenz als Ganzes manipuliert werden. Damit kann auch die Urheberschaft eines Beitrages falsch angegeben werden. Allerdings gilt es zu bedenken, dass eine gewisse Verantwortung auch bei den Benutzern sowie den *Access*- und *Hosting*-Providern besteht.¹⁰²

Grundsätzlich steht dem Richter die Würdigung der zugelassenen Beweise zu. Falls Streit über die Beweise entsteht, kann die Tatsachenlage letztlich mit einem Auszug aus den Providerprotokollen eindeutig geklärt werden. Zumal diese mindestens sechs Monate aufbewahrt und auf Verlangen der Behörden offengelegt werden müssen, können die Provider unstreitig zur Klärung beitragen.¹⁰³ Je nach Art der Urkunde ergibt sich der Beweis schon aus ihr selbst; etwa, wenn eine identifizierbare Person die Gesuchstellerin in einem Video in ihrer Persönlichkeit verletzt.

Ein weiteres Problem stellt sich bei der Frage, was mit rechtswidrig erlangten Beweisen zu tun ist. Oftmals erfährt jemand von einer drohenden Gefährdung erst dann, wenn er selbst auf rechtswidrige Art und Weise Beweismittel erlangt hat (z.B. gestohlenen Manuskript).¹⁰⁴ Laut Art. 152 Abs. 2 ZPO werden rechtswidrig beschaffte Beweismittel nur berücksichtigt, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt. Es gilt der Grundsatz, dass „Recht nicht durch Unrecht durchgesetzt werden darf.“¹⁰⁵ Art. 152 Abs. 2 ZPO erlaubt daher nur unter eingeschränkten Bedingungen, rechtswidrig beschaffte Beweismittel zu berücksichtigen: Einerseits muss das Beweismittel als solches überhaupt zulässig sein, d.h. es muss zum *numerus clausus* der Beweismittel gehören.¹⁰⁶ Andererseits muss das Gericht zwischen dem Schutzinteresse des Rechtsgutes, das bei der Beweismittelbeschaffung verletzt wurde, und dem Interesse an der Wahrheitsfindung eine Abwägung treffen. Eine Urkunde, die unter Drohung oder Gewaltanwendung entrissen wurde, kann deshalb, weil in einem Zivilprozess die persönliche Integrität über der Wahrheitsfindung steht, nicht verwendet werden. Eine „nur“ gestohlene Urkunde kann demgegenüber verwertbar sein, wenn es das Interesse an der Wahrheitsfindung gebietet.¹⁰⁷ RÜEDI beurteilt die Einschränkungen der zulässigen Beweise als problematisch, da stets die materielle Wahrheitsfindung das Ziel sein müsse.¹⁰⁸ Grundsätzlich ist RÜEDI zuzustimmen, da die Interessenabwägung ein schwieriges Unterfangen ist; es gilt dennoch zu bedenken, dass die

¹⁰² Dazu umfassend ROSENTHAL, Provider-Haftung, passim.

¹⁰³ Vgl. Art. 14 BÜPF.

¹⁰⁴ Vgl. KAUFMANN, Onlineveröffentlichungen, 714, 717 f.

¹⁰⁵ Botschaft ZPO, 7312.

¹⁰⁶ Vgl. Art. 168 ZPO; BGE 131 I 272 ff.; a.M. RÜEDI, Beweismittel, N 168.

¹⁰⁷ Vgl. Botschaft ZPO, 7312 f.; a.M. RÜEDI, Beweismittel, N 168.

¹⁰⁸ Vgl. RÜEDI, Beweismittel, N 168.

grenzenlose Zulassung von materiell rechtswidrig beschafften Beweisen eine nicht zu unterschätzende Eigendynamik mit sich bringen könnte. Liesse man alle Beweismittel zu, ohne danach zu fragen, wie diese beschafft wurden, könnte dies zwar im Einzelfall zu einem wahren Ergebnis führen, dies allerdings auf Kosten einer unrechtmässig begangenen Handlung. Dies könnte eine sozial unerwünschte (oder gar schädliche) Anreizstruktur für künftige Verfahren erzeugen. Zum Zwecke der Prävention illegaler Handlungen vermag die Regelung in Art. 152 Abs. 2 ZPO zu überzeugen.

C. Massnahmen gegen periodisch erscheinende Medien

1. Begriff der periodisch erscheinenden Medien

Die vorsorgliche Massnahme gegen ein periodisch erscheinendes Medium stellt eine Ausprägung der richterlichen Vorzensur dar, die den Kernbereich der verfassungsmässig garantierten Medienfreiheit (Art. 17 BV¹⁰⁹) verletzen könnte, da die Veröffentlichung eines bestimmten Beitrages verboten oder zumindest verzögert wird.¹¹⁰ Es müssen deshalb erschwerte Voraussetzungen erfüllt sein, um der Medienfreiheit gerecht zu werden. Man kann sich allerdings fragen, ob die Privilegierung der periodisch erscheinenden Medien nicht zu einseitig ist, zumal sie auf Kosten der möglicherweise geschädigten Personen gehen könnte.¹¹¹

Die Sonderregelung des Art. 266 ZPO ersetzt Art. 28c Abs. 3 ZGB.¹¹² Periodisch erscheinende Medien sind durch diese Vorschrift der ZPO speziell geschützt. Art. 28g Abs. 1 ZGB nennt als periodisch erscheinende Medien insbesondere „Presse, Radio und Fernsehen“ – „Der Gesetzgeber hat den Medienbegriff in Art. 28g ZGB bewusst offen formuliert.“¹¹³ Damit kann dem technischen Fortschritt, der auch neue Medien – z.B. internetbasierte Medien – mit sich bringt, Rechnung getragen werden. Das Bundesgericht hat (bei einem das Gegendarstellungsrecht betreffenden Fall) sogar schon einen Grossinserenten, der regelmässig als besondere Meinungsträger gekennzeichnete Inserate in verschiedenen Zeitungen veröffentlicht hat, unter den Begriff des periodisch erscheinenden Mediums subsumiert.¹¹⁴ Neue Medien, insbesondere internetbasierte Applikationen, können grundsätzlich auch unter den Begriff des periodisch erscheinenden Mediums fallen.¹¹⁵ Es ist jedoch unklar, ob es gerecht-

¹⁰⁹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

¹¹⁰ Vgl. NOBEL/WEBER, Medienrecht, 4. Kap. N 155.

¹¹¹ Vgl. WALTER, Zivilprozessordnung, 313, 317.

¹¹² Vgl. Botschaft ZPO, 7357.

¹¹³ BGE 113 II 369, 371.

¹¹⁴ Vgl. BGE 113 II 213, 215 f.

¹¹⁵ Vgl. BaslerKomm/SCHWAIBOLD, Art. 28g ZGB N 3.

fertigt ist, dass sie von dem Schutz profitieren. Ausserdem ist unklar, inwiefern z.B. Blog-Autoren von der Medienfreiheit profitieren sollen. Da jemand schnell und unkompliziert einen Blog einrichten kann und sich Internetdaten z.T. rasch und unkontrolliert verbreiten oder sogar dem Einflussbereich des Autors entziehen können (etwa durch Weiterverbreitung durch Dritte), sollte bei neuen Kommunikationsmedien fallweise überprüft werden, ob die Medienfreiheit greifen soll oder ob der Schutz der möglicherweise verletzten Ansprüche überwiegt.

a. Öffentlichkeitserfordernis

Die unter Art. 266 ZPO fallenden Medien müssen sich an die Öffentlichkeit richten. Wer lediglich regelmässig einen blossen Pressespiegel an einen geschlossenen Personenkreis verteilt, publiziert nicht öffentlich. Internetportale wie etwa *Facebook* oder *Youtube* ermöglichen es für gewisse Teilbereiche, den Kreis der Berechtigten, die bestimmte Inhalte einsehen können, einzuschränken. Falls der direkte Zugang auf eine Information nur einem beschränkten Personenkreis gewährt wurde, dann ist auf den ersten Blick keine öffentliche Verbreitung gegeben. Es bleibt jedoch im Auge zu behalten, ob der Website-Betreiber später die Zugriffsprotokolle ändert, d.h. ob Dritte nachträglich auf die (vormals geschützten) Inhalte zugreifen können. Alternativ könnten vertrauliche Inhalte durch Mittelsmänner verbreitet werden – bei *Facebook* lassen sich etwa Bilder oder andere geschützte Informationen durch *Facebook*-Freunde beschaffen, indem die betreffenden Daten einfach separat gesichert und auf konventionellem Wege weitergegeben werden.

Suchmaschinen, wie z.B. *Google*, verbessern ihren Such-Algorithmus stetig, wodurch sie mehr Informationen abtasten und wiedergeben können. Es muss deshalb stets gefragt werden, ob die breite Öffentlichkeit Zugang zur fraglichen Information erhält. Dabei ist auch zu fragen, ob ein Dritter ohne die Verwendung von widerrechtlichen Methoden (insbesondere der Manipulation der Zugriffsbeschränkungen) Zugang zu den Informationen erhält. Allenfalls kann jemand durch einen Mittelsmann oder einen Insider vertrauliche Daten erhalten.

Ein weitverbreitetes und lästiges Phänomen ist die *security by obscurity*. Darunter versteht man das banale Tarnen statt Sichern (bzw. Verschlüsseln) bestimmter Informationen.¹¹⁶ Momentan ist dies beispielsweise auf *Facebook* der Fall. Private Inhalte können dort, sofern eine direkte URL zum gewünschten Inhalt bekannt ist, von jedermann eingesehen werden, egal wie die Sicherheits- und Vertraulichkeitseinstellungen konfiguriert sind. Die leichteste Variante, wie etwa Dritte zu einer getarnten URL zu kommen, ist diejenige über die Vermittlung durch eine Person, die Zugriff auf die nicht für die Öffentlichkeit bestimmten Inhalte hat. *Security by obscurity* fällt

¹¹⁶ Vgl. http://en.wikipedia.org/wiki/Security_through_obscurity, zuletzt besucht am 12. August 2009.

deshalb zwangsweise in einen Graubereich. Falls sich der Autor des veröffentlichten Inhaltes der *security by obscurity* bewusst ist oder darüber hätte Bescheid wissen müssen, handelt es sich um eine Veröffentlichung an einen offenen Personenkreis. Wissen muss man um die *security by obscurity*, wenn in der Vergangenheit der Öffentlichkeit gegenüber schon Anzeichen dafür bekannt wurden. Alternativ kann das „wissen Müssen“ auch schon gegeben sein, wenn der Betreiber oder Eigentümer des Mediums in der Vergangenheit durch seinen schlechten Ruf, unlautere oder negative Geschäftspraktiken aufgefallen ist. Dann sind grössere Zweifel angebracht, die Sicherheitsnachforschungen des Benutzers bedürfen. Des Weiteren ist zu bedenken, dass im Internet jedermann problemlos alle Inhalte kopieren und weiterverbreiten kann. Im Internet muss deshalb der Grundsatz lauten, dass dort keine Privatsphäre besteht, zumal über Sicherheitslecks bei Technik oder Personen jederzeit voller Zugriff auf alle Informationen erlangt werden kann. Wer Inhalte ins Internet stellt, macht sie also immer an einem offenen Personenkreis zugänglich.¹¹⁷ Eine Kontrolle über einmal ins Internet gestellte Inhalte existiert nicht.

b. Periodizität

Eine gewisse Häufigkeit, mit der die Medieninhalte aktualisiert oder erweitert werden, muss gegeben sein. Das Medium muss sich gemäss HAUSHEER/AEBI-MÜLLER regelmässig an ein bestimmtes, gleichbleibendes Publikum richten.¹¹⁸ Newsletters und Internetplattformen, die mit immer wieder aktualisiertem Inhalt Verbreitung finden und nicht bloss Archivfunktionen erfüllen, können laut NOBEL/WEBER auch darunter fallen.¹¹⁹ Das bloss Wiederholen eines Videos und auch das wiederholte Abrufen einer Website sind noch nicht unter die Voraussetzung der Periodizität zu subsumieren. Ein professioneller Internetauftritt erfüllt das Periodizitätskriterium vermutlich, wenn er einen regelmässig aktualisierten *RSS-Newsfeed* anbietet. Der *RSS-Newsfeed* ist eine Art Nachrichtenticker, der mittels spezialisiertem Programm (dem *FeedReader*), der üblicherweise in einem modernen Webbrowser oder E-Mail-Programm integriert ist, abgerufen werden kann. Im Bereich der Benutzerkommentare, die regelmässig bei Zeitungsmeldungen möglich sind, ist keine Periodizität gegeben, da die Benutzer nur kooperativ mit dem periodisch erscheinenden Medium tätig werden. Ein Analogieschluss zum regelmässig inserierenden Meinungsmacher¹²⁰ sollte nicht gezogen werden, zumal sich die Technologien stark unterscheiden und die Benutzerkommentare unkompliziert, oft anonym, veröffentlichen lassen – manchmal auch unter der Verwendung von temporären E-Mail-Adressen, wie sie z.B. von *10minutemail.com* angeboten werden. Ausserdem sind in Benutzerkommentaren leider nur selten sachliche Beiträge zu finden. Deshalb sollte es zumutbar sein,

¹¹⁷ Vgl. BAERISWYL, Spurensuche, 152, 152 f.

¹¹⁸ Vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht, N 15.31.

¹¹⁹ Vgl. NOBEL/WEBER, Medienrecht, 4. Kap. N 156.

¹²⁰ Vgl. BGE 113 II 213, 215 f.

diesen Bereich mit einer restriktiven redaktionellen Kontrolle (oder gar Vorab-Zensur) zu belegen; für Blogs und Internetforen ist die Vorab-Zensur in Deutschland sogar Pflicht.¹²¹

2. Erschwerte Voraussetzungen

a. Besonders schwerer Nachteil

Die besondere Schwere des Nachteils muss vom Gesuchsteller glaubhaft gemacht werden.¹²² Eine schwere Persönlichkeitsverletzung ist nicht hinreichend für die Zufügung eines besonders schweren Nachteils, doch sie könnte damit verbunden sein. Es muss insbesondere auch dargelegt werden, wieso der besonders schwere Nachteil nicht wiedergutmacht werden kann.¹²³ Das Bundesgericht lässt nach bisherigem Recht eine Unterlassungsklage gegen periodisch erscheinende Medien zu, wenn das Verhalten des Beklagten eine zukünftige Verletzung ernstlich befürchten lässt.¹²⁴ Falls die Wiederholungsgefahr nicht mehr besteht, ist mangels Rechtsschutzinteresse – als Prozessvoraussetzung – nicht mehr auf die Klage einzutreten.¹²⁵ Die Wiederholungsgefahr kann auch als Indiz für das Bestehen eines schweren Nachteils dienen; Gleiches gilt, wenn das Intimleben einer Privatperson betroffen ist.¹²⁶

b. Offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund

Die Widerrechtlichkeit muss manifest sein; mithin darf offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund gegeben sein.¹²⁷ Rechtfertigungsgründe fehlen regelmässig, wenn das Opfer nicht eingewilligt hat und ein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse an der Verbreitung nicht auf der Hand liegt.¹²⁸ Der Rechtfertigungsgrund wird regelmässig vom Gesuchgegner darzulegen sein. Insbesondere von periodischen Medien kann man verlangen, dass sie den Wahrheitsgehalt ihrer Behauptungen glaubhaft machen.¹²⁹

Eine Unsitte stellt auch die missbräuchliche Verwendung oder die einseitige Änderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) bei Web-2.0-Medien dar, auf denen Benutzer interaktiv zum Inhalt des periodisch erscheinenden Mediums beitra-

¹²¹ Vgl. AG Frankfurt/Main, Urteil vom 16. Juli 2008, Az. 31 C 2575/07-17.

¹²² Vgl. Art. 266 lit. a ZPO.

¹²³ Vgl. ZPO-ZH-Komm/FRANK, § 110 N 15; NOBEL/WEBER, Medienrecht, 4. Kap. N 160.

¹²⁴ Vgl. BGE 95 II 481, 500.

¹²⁵ Vgl. Art. 59 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a ZPO; VOGEL/SPÜHLER, Zivilprozessrecht, Kap. 12 N 197.

¹²⁶ Analog RIEMER, Personenrecht, § 13 N 389.

¹²⁷ Vgl. Art. 266 lit. b ZPO.

¹²⁸ Vgl. BUCHER, Persönlichkeitsschutz, N 492 ff.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht, N 14.90.

¹²⁹ Vgl. NOBEL/WEBER, Medienrecht, 4. Kap. N 158.

gen. Wenn der Benutzer durch AGB (anfänglich oder auch nachträglich durch einseitige Änderung) die Einwilligung zu möglichen Aktionen oder Inhalten erteilt, kann man sich fragen, ob damit tatsächlich eine wirksame Einwilligung für bestimmte Sachverhalte gegeben ist. Die Grenzen ergeben sich unter anderem aus Art. 8 UWG¹³⁰ und Art. 27 ZGB, was die Klärung der Frage, ob Einwilligung gegeben ist, nicht leicht macht.¹³¹ Die Einwilligung sollte vom Gericht, insbesondere da häufig nachträgliche AGB-Änderungen erfolgen, nicht leichtfertig angenommen werden.

c. Verhältnismässigkeit

Die Massnahme gegen das periodisch erscheinende Medium darf ausserdem laut Art. 266 lit. c ZPO nicht unverhältnismässig erscheinen. Auf die wirtschaftlichen Folgen kann das Gericht Einfluss nehmen, wenn es die vorsorgliche Massnahme mit der Auflage an den Gesuchsteller verbindet, Sicherheit zu leisten.¹³² Wenn für den Betroffenen eine Klage im Nachhinein keinerlei Sinn mehr macht, weil die Verletzung derart schwer wiegt, rechtfertigt sich laut NOBEL/WEBER ein Zensureingriff.¹³³ Andernfalls ist der Kernbereich der Medienfreiheit zu wahren. Die Massnahme darf nie weiter gehen, als es zum Schutz des glaubhaft gemachten Anspruchs notwendig ist.¹³⁴

Bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit ist in Internetbelangen speziell zu berücksichtigen, dass einmal veröffentlichte Internetinhalte nur schwer und äusserst mühsam – regelmässig aber überhaupt nicht – entfernbar sind. Im Zweifelsfall ist die Veröffentlichung eines Inhaltes aufzuschieben, bevor der Einsatz langwieriger und komplexer internationaler Entfernungsmassnahmen erforderlich wird, um die *Caches* aller Suchmaschinen oder die Sekundärveröffentlichungen von Trittbrettfahrern löschen zu lassen.

III. Vollstreckung, Änderung und Aufhebung der Massnahmen

Das Gericht trifft zugleich die erforderlichen Vollstreckungsmassnahmen, da vorsorglicher Rechtsschutz nur nützlich ist, wenn er sofort greifen kann.¹³⁵ Es bedarf keines separaten Vollstreckungsgesuchs der interessierten Partei.¹³⁶ Da vorsorgliche

¹³⁰ Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb, SR 241.

¹³¹ Umfassend zum Thema und mit weiteren Hinweisen: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1118 ff.; RUSCH/HUGUENIN, AGB, 37, 44.

¹³² Vgl. Art. 264 Abs. 1 ZPO; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht, N 14.91.

¹³³ Vgl. NOBEL/WEBER, Medienrecht, 4. Kap. N 159.

¹³⁴ Vgl. BGE 94 I 8, 10.

¹³⁵ Vgl. Art. 267 ZPO.

¹³⁶ Vgl. Botschaft ZPO, 7357; HASENBÖHLER, VE-ZPO, 25, 48.

Massnahmen nur als vorläufige Regelungen ausgestaltet sind, müssen sie – je nach Entwicklung der Umstände während des Prozesses – geändert oder aufgehoben werden können.¹³⁷ Mit der rechtskräftigen Erledigung der Hauptsache fallen vorsorgliche Massnahmen von Gesetzes wegen dahin, da sie vom endgültigen Rechtsschutz abgelöst werden. Das Gericht kann die Weitergeltung anordnen, wenn dies der Vollstreckung dient.¹³⁸ Unklar ist, wie die Kosten der Zwangs- oder Sicherungsmassnahmen verteilt werden müssen. Die ZPO enthält hierzu keine explizite Regelung, da die Kosten meist im Hauptprozess vom Gericht festgelegt werden.¹³⁹ Nach Art. 104 Abs. 3 ZPO kann das Gericht über die Prozesskosten vorsorglicher Massnahmen zusammen mit der Hauptsache entscheiden. Grundsätzlich werden die Kosten der unterliegenden Partei auferlegt; wenn keine Partei vollständig siegt, richten sich die Kosten nach dem Ausgang des Verfahrens.¹⁴⁰ Unnötig veranlasste einstweilige Massnahmen sind vom Verursacher der Kosten zu tragen.¹⁴¹ Von der gesuchstellenden Partei kann das Gericht allerdings einen Kostenvorschuss verlangen.¹⁴² Vieles liegt aber im richterlichen Ermessen.

Die Befolgung von vorsorglichen Massnahmen kann vom Gericht mit einer Strafdrohung nach Art. 292 StGB verbunden werden. Damit verstärkt sich die Wirkung der vorsorglichen Massnahme, was dem Gesuchsteller zugutekommt.¹⁴³ Bei Persönlichkeitsverletzungen ist in Erinnerung zu behalten, dass sich die Urteilspublikation bei der endgültigen Vollstreckung für den Gesuchsteller kontraproduktiv auswirken könnte,¹⁴⁴ da dadurch der Anlass der Persönlichkeitsverletzung nochmals einem breiten Publikum in Erinnerung gerufen werden könnte; das Urteil würde gar im Internet in amtlichen Entscheidungssammlungen abrufbar. Falls ein Medieninhalt von der betreffenden Website entfernt wurde, ist auch daran zu denken, dass zugleich die Sucheinträge der Suchmaschinen entfernt werden. Insbesondere die Säuberung des Such-Cache sollte raschestmöglich angegangen werden. Professionelle Anbieter stellen hierfür eigene Entfernungsfunktionen zur Verfügung.¹⁴⁵

Aus praktischer Sicht stellt sich im Internet ein erhebliches Vollstreckungsproblem. Zumal sich Inhalte im Internet rasend schnell verbreiten, gibt es immer wieder Personen (bzw. Trittbrettfahrer), die brisante Inhalte – aus welchen Motiven auch immer, sei es Schadenfreude, Neugier oder das Ausleben einer besonderen Art von Humor –

¹³⁷ Vgl. Art. 268 Abs. 1 ZPO.

¹³⁸ Vgl. Art. 268 Abs. 2 ZPO.

¹³⁹ Vgl. RIEMER/KUHN/VOCK/GEHRI, Vollstreckung, 433, 441; a.M.: STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 22 N 32.

¹⁴⁰ Vgl. Art. 106 ZPO.

¹⁴¹ Vgl. Art. 108 ZPO.

¹⁴² Vgl. Art. 98 ZPO.

¹⁴³ Vgl. SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 900.

¹⁴⁴ Vgl. VOGEL/SPÜHLER, Zivilprozessrecht, Kap. 12 N 197.

¹⁴⁵ Siehe etwa bei Google: <http://www.google.de/intl/de/remove.html>, zuletzt besucht am 12. August 2009.

sofort weiter kopieren und weiter veröffentlichen. Inhalte, die im Internet veröffentlicht wurden, entziehen sich somit der Kontrolle der veröffentlichenden Person. Die Instrumente des Vollstreckungsapparats hinken bei diesen Phänomenen immer mehrere Schritte hinterher. Es handelt sich im Grunde genommen um eine moderne Ausprägung der Hydra, dem neunköpfigen Fabelwesen aus der griechischen Mythologie. Je stärker gegen gewisse Benutzergruppen vorgegangen wird, desto interessanter könnte ein Inhalt sein, um ihn (anonym) als Trittbrettfahrer (oft international und verfahrensrechtlich unerreichbar) weiter zu veröffentlichen. Genau wie bei der Hydra, bei der für jeden abgeschlagenen Kopf wieder zwei Köpfe nachwachsen, werden auch im Internet zensierte Inhalte andernorts, wo die Rechtshilfe oder die Justiz allgemein nicht oder nur schlecht funktioniert, regelmässig wieder aufgeschaltet, solange die Benutzer daran ein Interesse haben oder die Inhalte vom Such-Algorithmus eines automatisierten Suchprogrammes erfasst sowie im Speicher (z.B. im *Google-Cache*) abgelegt werden. Die effektive Eindämmung ist deshalb praktisch unmöglich, insbesondere, da Dritte sich regelmässig in fremden Ländern aufhalten oder unbekannt bleiben. An weitere Personen, welche die Infrastruktur stellen (etwa Provider oder Serveranbieter), wird hier erst gar nicht gedacht, da insbesondere, falls sich diese Personen in fremden Ländern befinden, die internationale Rechtsdurchsetzung noch schwieriger und regelmässig langwieriger ist. Das Internet-Hydra-Phänomen könnte lediglich mit einer äusserst harten Zensur bekämpft werden, wie sie etwa in China angewandt wird.¹⁴⁶ Aus politischer Sicht kann dies allerdings kaum wünschenswert sein. Dieses Problem versuchen Unternehmen als Marktnische zu nutzen, in dem sie sich, wie etwa die amerikanische Firma *Reputation Defender*, auf die Entfernung unliebsamer Internet-Informationen spezialisieren, um daraus Profit zu schlagen.¹⁴⁷ Alternativ kann bei den Providern um eine IP-Blockade, eine DNS-basierte Filterung oder eine Zensur ersucht und auf Kooperation gehofft werden. Damit kann – falls keine Löschung möglich ist – ein Inhalt immerhin ein wenig versteckt werden.¹⁴⁸

IV. Anfechtung vorsorglicher Massnahmen

A. Rechtsmittel

Entscheide über die Anordnung oder die Abweisung einer vorsorglichen Massnahme sind berufungsfähig.¹⁴⁹ Es handelt sich um ein vollkommenes und ordentliches

¹⁴⁶ Vgl. ZHANG, Selbstschutz, 19; ZINN, Internetzensur, 114 ff.

¹⁴⁷ Vgl. WEISE/EUGSTER, Diffamierung, 56.

¹⁴⁸ Vgl. ausführlich ZINN, Internetzensur, 114, 115 ff.

¹⁴⁹ Vgl. Art. 308 Abs.1 lit. b ZPO.

Rechtsmittel.¹⁵⁰ Der Berufung gegen vorsorgliche Massnahmen kommt keine aufschiebende Wirkung zu.¹⁵¹ Die Streitwertgrenze von 10'000 Fr. für die zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren gilt auch für die Berufung von vorsorglichen Massnahmeentscheiden. Falls die Streitwertgrenze nicht erreicht wird, kann Beschwerde erhoben werden.¹⁵² Nach § 46 VE-GOG ist das Obergericht die sachlich zuständige Berufungs- und Beschwerdeinstanz. Die Frist für die Einreichung der Berufung oder Beschwerde beträgt zehn Tage seit der Zustellung des begründeten Entscheides respektive seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidungsbegründung.¹⁵³

Bei den Rechtsmitteln vor Bundesgericht ist zu beachten, dass nach Art. 90 BGG die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff. BGG)¹⁵⁴ grundsätzlich nur gegen Entscheide zulässig ist, welche das Verfahren abschliessen (Endentscheidung). Bei der Klage auf Anordnung vorsorglicher Massnahmen, etwa zum Schutz der Persönlichkeit vor widerrechtlicher Verletzung, geht es um eine Zivilsache.¹⁵⁵ Es handelt sich um einen Zwischenentscheid gemäss Art. 93 BGG.¹⁵⁶ Das Bundesgericht tritt erst dann auf die Klage ein, wenn dargelegt wird, dass ein nicht wieder gutzumachender Nachteil eintritt oder einzutreten droht und dieser durch ein nachfolgendes Urteil nicht mehr behoben werden kann.¹⁵⁷

B. Anfechtungsgründe

Als Berufungsgründe kommen laut Art. 309 ZPO die unrichtige Rechtsanwendung (lit. a) und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes (lit. b) in Frage. Die Berufung ist ein vollkommenes Rechtsmittel. Mit ihr kann der gesamte Prozessstoff des erstinstanzlichen Verfahrens – also Rechtsanwendung und Feststellung des Sachverhaltes – mit freier Kognition überprüft werden.¹⁵⁸

Mit der Beschwerde gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen kann laut Art. 98 BGG nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden.¹⁵⁹ Es gilt das Rügeprinzip entsprechend der bisherigen Praxis zur staatsrechtlichen Be-

¹⁵⁰ Vgl. SPÜHLER, Rechtsmittel, 395.

¹⁵¹ Vgl. Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO. Das gleiche gilt für Berufungen betreffend Gendarstellungsrecht; vgl. Art. 314 Abs. 4 lit. a ZPO.

¹⁵² Vgl. Art. 319 lit. a ZPO; Botschaft ZPO, 7371.

¹⁵³ Vgl. Art. 239 ZPO; Art. 314 und Art. 321 Abs. 2 ZPO.

¹⁵⁴ Vgl. REETZ, BGG, 1, 29 ff.

¹⁵⁵ Vgl. Art. 72 Abs. 1 BGG.

¹⁵⁶ Vgl. MEIER, BGG, 7, 34; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, Zivilprozessrecht, § 39 N 87.

¹⁵⁷ Vgl. Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG; BGE 131 I 57, 59; BaslerKomm/UHLMANN, Art. 93 BGG N 2.

¹⁵⁸ Vgl. Botschaft ZPO, 7372.

¹⁵⁹ Vgl. BGer, Urteil vom 10. August 2007, 5A_190/2007, E. 1.1; REETZ, BGG, 1, 34.

schwerde.¹⁶⁰ Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat.¹⁶¹ Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur so weit vorgebracht werden, als der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt.¹⁶²

V. Fazit

Einstweilige Massnahmen sind in Internetbelangen von grosser Bedeutung. Wie in den vorherigen Erläuterungen gezeigt wurde, lassen sich einmal veröffentlichte Inhalte nur noch schwierig entfernen oder aus dem Verkehr ziehen. Auch die Tatsache, dass das Internet eine globale Einrichtung ist, macht die Sache nicht einfacher. Die rechtzeitige Rechtsverwirklichung wird damit (praktisch) unmöglich, es sei denn, es würde eine Vollzensur eingeführt, wie sie in manchen Ländern angewandt wird. Politisch ist dies allerdings nicht erstrebenswert.

Allenfalls würde die Errichtung einer globalen Internetorganisation den weltweiten Rechtsschutz leichter durchsetzbar machen. Bis es so weit ist, kann man sich praktisch nur der Dienstleistungen privater Anbieter bedienen, um zu seinem Recht zu kommen, oder hoffen, dass die Inhalte nicht allzu stark und nur national verbreitet wurden. Eine andere Überlegung ist es, der Internet-Hydra erst gar keine Köpfe abzuschlagen und zu hoffen, dass keine weiteren Köpfe aus ihr spriessen. Die Schweizerische ZPO liefert nur begrenzt Mittel, um einseitigen Rechtsschutz im Internet zu verwirklichen, und dies auch nur in Bereichen, die die Schweiz betreffen; im globalen Phänomen Internet bildet dies ein fast unüberwindbares Hindernis. Bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen muss immer im Hinterkopf behalten werden, dass, was einmal ins Netz gelangt, ausser Kontrolle ist. Einstweiliger Rechtsschutz bezogen auf das Internet ist also in den meisten Fällen nur in kleinen Verhältnissen möglich oder bevor ein Inhalt ins Internet gestellt wurde; andernfalls müsste jede Anordnung unverhältnismässig hart sein, damit sie nützlich ist.

¹⁶⁰ Vgl. Art. 106 Abs. 2 BGG; BGer, Urteil vom 18. September 2007, 5A_433/2007, E. 2; Botschaft BGG, 4344 ff.

¹⁶¹ Vgl. Art. 105 Abs. 1 BGG.

¹⁶² Vgl. Art. 99 Abs. 1 BGG.

Literaturverzeichnis

- BAERISWYL BRUNO, Auf Spurensuche im Computer, Forensische Untersuchungen zeigen, wie exponiert digitale Informationen sind, DIGMA 2008, 152 f. (zit. BAERISWYL, Spurensuche)
- BERGER BERNHARD/GÜNGERICH ANDREAS, Zivilprozessrecht, Unter Berücksichtigung des Entwurfs für eine schweizerische Zivilprozessordnung, der bernischen Zivilprozessordnung und des Bundesgerichtsgesetzes, Bern 2008 (zit. BERGER/GÜNGERICH, Zivilprozessrecht)
- BERTI STEPHEN V., Zivilprozess – gestern und morgen, ZSR 2008 I, 329 ff. (zit. BERTI, Zivilprozess)
- DERS., Besondere Verfahrensarten gemäss dem bundesrätlichen Entwurf für eine schweizerische Zivilprozessordnung, in: ZZZ 2007, 339 ff. (zit. BERTI, Verfahrensarten)
- DERS., Zum Einfluss ungeschriebenen Bundesrechts auf den kantonalen Zivilprozess im Lichte der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Zürich 1989 (zit. BERTI, Einfluss)
- BRÜCKNER CHRISTIAN, Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000 (zit. BRÜCKNER, Personenrecht)
- BRÜGGEMANN GERD, Amerikanisches Rüstungsprojekt ausspioniert, Neue Zürcher Zeitung, 22. April 2009, Nr. 92, 3 (zit. BRÜGGEMANN, Hacker)
- BUCHER ANDREAS, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 4. Aufl., Basel 2009 (zit. BUCHER, Persönlichkeitsschutz)
- FRANK RICHARD/STRÄULI HANS/MESSMER GEORG, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997 (zit. ZPO-ZH-Komm/BEARBEITER, § x N y)
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT)
- HABSCHEID WALTER J., Schweizerisches Zivilprozessrecht und Gerichtsorganisationsrecht, Ein Lehrbuch seiner Grundlagen, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1990 (zit. HABSCHEID, Zivilprozessrecht)
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich 2008 (zit. HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht)
- HASENBÖHLER FRANZ, Das Beweisrecht, ZZZ 2007, 379 ff. (zit. HASENBÖHLER, Beweisrecht)
- DERS., Beweisrecht, vorsorgliche Massnahmen und Schutzschrift, in: SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ (Hrsg.), Die künftige schweizerische Zivilprozessordnung, Mitglieder der Expertenkommission erläutern den Vorentwurf, Zürich/Basel/Genf 2003, 25 ff. (zit. HASENBÖHLER, VE-ZPO)
- HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Aufl., Bern 2008 (zit. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht)
- HEISEL WOLFGANG, Ein Schutzschriftenregister für die Schweiz?, sic! 2008, 67 f. (zit. HEISEL, Register)
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 3. Aufl., Basel 2006 (zit. BaslerKomm/BEARBEITER, Art. x ZGB N y)
- KAUFMANN NOOGIE C., Verhinderung brisanter Onlineveröffentlichungen – Effektiver Rechtsschutz durch einstweilige Verfügung?, MMR 2006, 714 ff. (zit. KAUFMANN, Onlineveröffentlichungen)

- MEIER ISAAK, Rechtsmittel an das Bundesgericht in Zivilsachen nach dem BGG, in: MEIER ISAAK/JENT-SØRENSEN INGRID/DIGGELMANN PETER/MÜLLER KARIN (Hrsg.), *Wege zum Bundesgericht in Zivilsachen nach dem Bundesgerichtsgesetz*, Zürich/St.Gallen 2007, 7 ff. (zit. MEIER, BGG)
- MEIER ISAAK, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Überblick mit Kritik und Änderungsvorschlägen, Zürich 2003 (zit. MEIER, Vorentwurf)
- DERS., *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, Zürich 1983 (zit. MEIER, Rechtsschutz)
- MEIER ISAAK/MÜRNER DIANA, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung – Kritik und offene Fragen, *ZZPInt* 2003, 543 ff. (zit. MEIER/MÜRNER, Vorentwurf)
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/UEBERSAX PETER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), *Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz*, Basel 2008 (zit. BaslerKomm/BEARBEITER, Art. x BGG N y)
- NOBEL PETER/WEBER ROLF H., *Medienrecht*, 3. Aufl., Bern 2007 (zit. NOBEL/WEBER, Medienrecht)
- OETIKER CHRISTIAN/REY LAURA, Das Gerichtsstandsrecht auf dem Weg in die Schweizerische Zivilprozessordnung, *AJP* 2008, 1517 ff. (zit. OETIKER/REY, Gerichtsstand)
- PEDRAZZINI MARIO M./OBERHOLZER NIKLAUS, *Grundriss des Personenrechts*, 4. Aufl., Bern 1993 (zit. PEDRAZZINI/OBERHOLZER, Personenrecht)
- REETZ PETER, Das neue Bundesgerichtsgesetz unter besonderer Berücksichtigung der Beschwerde in Zivilsachen, Auswirkungen auf die Anfechtung von Entscheidungen des Zürcher Obergerichts und Handelsgerichts, *SJZ* 2007, 1 ff. und 29 ff. (zit. REETZ, BGG)
- RIEMER HANS MICHAEL, *Personenrecht des ZGB, Studienbuch und Bundesgerichtspraxis*, 2. Aufl., Bern 2002 (zit. RIEMER, Personenrecht)
- RIEMER HANS MICHAEL/KUHN MORITZ/VOCK DOMINIK/GEHRI MYRIAM A., Die Vollstreckung von Entscheiden nach dem Vorentwurf der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: RIEMER HANS MICHAEL/KUHN MORITZ/VOCK DOMINIK/GEHRI MYRIAM A. (Hrsg.), *Schweizerisches und Internationales Zwangsvollstreckungsrecht, Festschrift für Karl Spühler zum 70. Geburtstag*, Zürich/Basel/Genf 2005, 433 ff. (zit. RIEMER/KUHN/VOCK/GEHRI, Vollstreckung)
- ROSENTHAL DAVID, Internet-Provider-Haftung – ein Sonderfall?, in: JUNG PETER (Hrsg.), *Aktuelle Entwicklungen im Haftungsrecht*, Bern 2007, 147 ff. (zit. ROSENTHAL, Provider-Haftung)
- RÜEDI YVES, Materiell rechtswidrig beschaffte Beweismittel im Zivilprozess, Zürich/St.Gallen 2009 (zit. RÜEDI, Beweismittel)
- RUSCH ARNOLD F./HUGUENIN CLAIRE, Einseitige Änderungsrechte in allgemeinen Geschäftsbedingungen – das trojanische Pferd im Vertrag, *SZW* 2008, 37 ff. (zit. RUSCH/HUGUENIN, AGB)
- SPÜHLER KARL, *Rechtsmittel*, *ZZZ* 2007, 395 ff. (zit. SPÜHLER, Rechtsmittel)
- STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, *Zivilprozessrecht*, Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht)
- SUTTER-SOMM THOMAS, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Zürich/Basel/Genf 2007 (zit. SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht)
- VOGEL OSCAR/SPÜHLER KARL, *Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz*, Bern 2006 (zit. VOGEL/SPÜHLER, Zivilprozessrecht)
- VON BÜREN ROLAND/MARBACH EUGEN/DUCREY PATRIK, *Immaterialgüterrecht und Wettbewerbsrecht*, 3. Aufl., Bern 2008 (zit. VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüterrecht)

- WALDER-RICHLI HANS-ULRICH/GROB-ANDERMACHER BÉATRICE, Nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung weiterer kantonalen Zivilprozessordnungen und der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 sowie unter Einschluss internationaler Aspekte, 5. Aufl., Zürich 2009 (zit. WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, Zivilprozessrecht)
- WALTER HANS PETER, Auf dem Weg zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, SJZ 2004, 313 ff. (zit. WALTER, Zivilprozessordnung)
- WEISE MANFRED/EUGSTER RETO, Virtuelle Diffamierung, realer Schaden, NZZ am Sonntag, 22. Juli 2007, Nr. 29, 56 (zit. WEISE/EUGSTER, Diffamierung)
- ZINN DANIEL, Wer sucht, der findet (nicht immer), Mit Internetzensur wird versucht, den Zugriff auf rechtswidrige oder unliebsame Inhalte im Internet zu verhindern, DIGMA 2008, 114 ff. (zit. ZINN, Internetzensur)
- ZHANG WEI, Beihilfe zum Selbstschutz, Neue Zürcher Zeitung, 6. Juli 2009, Nr. 153, 19 (zit. ZHANG, Selbstschutz)

Materialienverzeichnis

- Abstimmungsvorlage zur schweizerischen Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 19. Dezember 2008, BBl 2009 21 ff. (zit. ZPO).
- Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Januar 2006, BBl 2006 7221 ff. (zit. Botschaft ZPO)
- Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4202 ff. (zit. Botschaft BGG)
- Vorentwurf zum Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Straf- und Zivilprozess (GOG) des Kantons Zürich, abrufbar unter:
http://www.rr.zh.ch/internet/rr/de/grundseite/vorlagen_des_kantons/08-07.html, zuletzt besucht am 12. August 2009 (zit. VE-GOG)