

Dr. iur. Franz Riklin
em. Professor an der Universität Freiburg

Chemin Albert Schweitzer 8
1700 Freiburg i.Ue.

Fürsprech und Notar
Konsulent Anwaltsbüro Rüdy / Delnon, Zürich
Mitglied des Zürcher Anwaltsverbandes

Tel. 026 / 481 14 72
079 / 504 13 10
E-Mail: f.riklin@freesurf.ch
franz.riklin@unifr.ch

Dr. Erwin Kessler
Verein gegen Tierfabriken
Schweiz VgT
Im Bühl 2

9546 Tuttwil

Freiburg, den 9. 10. 2008

Kostentragung nach vorsorglicher Massnahme gemäss Art. 28c ff. ZGB

Sehr geehrter Herr Dr. Kessler,

mit Mail vom 16.9. 2008 haben Sie mich um eine kurze gutachtliche Stellungnahme zur Frage der Kostentragung nach der Anordnung einer vorsorglichen Massnahme gemäss Art. 28c ff. ZGB in Sachen Markus und Neisina Zemp versus VgT und Sie gebeten. Zu prüfen sei die Zulässigkeit der Kostenaufgabe und der Verpflichtung zur Bezahlung einer Parteientschädigung zu Lasten des VgT und Ihnen gemäss Entscheidung des Gerichtspräsidenten von Lenzburg vom 23. Mai 2008, die auf Beschwerde hin vom Obergericht des Kt. Aargau mit Urteil vom 25. August 2008 bestätigt wurde.

Ich komme diesem Auftrag hiemit nach, wobei ich mich wegen anderweitiger Belastung auf ein kurzes Statement beschränke. Ich bin aber überzeugt, dass ein ausführlich(er)es Gutachten nicht zu andern Ergebnissen führen würde. Ich äusser mich nur zur Kostenauflegungsfrage, nicht hingegen zur Frage der Berechtigung des im konkreten Fall getroffenen, allerdings nicht rechtskräftig gewordenen Entscheids über vorsorgliche Massnahmen.

Meine Ausführungen gliedern sich wie folgt:

1. Sachverhalt
2. Rechtliche Würdigung
3. Schlussfolgerung

1. Sachverhalt

Kurz zusammengefasst wollten der VgT und Sie das Ehepaar Zemp wegen aus Ihrer Sicht tierquälerischem Verhalten medial kritisieren. Dies war kurz vor den

Nationalratswahlen 2007, für die Markus Zemp kandidierte. Die Betroffenen reichten am 7.6.2007 eine Klage wegen Persönlichkeitsverletzung mit diversen Unterlassungsbegehren ein und verlangten den Erlass einer superprovisorischen bzw. einer (ordentlichen) vorsorglichen Massnahme über die zu unterlassenden Verhaltensweisen. In einem superprovisorischen und später (am 16.10.2007) in einem ordentlichen (provisorischen) Entscheid hiess der Gerichtspräsident von Lenzburg die Begehren um Erlass der vorsorglichen Massnahme gut. Eine Beschwerde Ihrerseits gegen diesen Entscheid wurde hinfällig, da Markus Zemp inzwischen (offenbar knapp) zum Nationalrat gewählt worden war und die Kläger am 29.11.2007 dem Aargauer Obergericht mitteilten, sie sähen davon ab, eine Klage im ordentlichen Verfahren betr. Verletzung der Persönlichkeit einzureichen. Der Zweck der Übung war somit klar, es ging Markus Zemp offensichtlich darum, eine Gefährdung seiner Wahlchancen zu vermeiden.

Der Gerichtspräsident von Lenzburg betrachtete in der Folge das eingeleitete zivilrechtliche Verfahren als erledigt und auferlegte wie einleitend bereits erwähnt den Beklagten (d.h. dem VgT und Ihnen) mit Entscheid vom 23.5.2008 die Verfahrenskosten und eine Parteientschädigung an die Gegenseite in der Höhe von rund Fr. 6'500.--. Dies tat er mit der Begründung, dass das klägerische Begehren um Erlass einer vorsorglichen Massnahme gerechtfertigt gewesen sei. Das Obergericht des Kt. Aargau lehnte eine Beschwerde gegen diesen Entscheid mit Urteil vom 25.8.2008 ab.

2. Rechtliches

a) Die Verfahrensregeln für vorsorgliche Massnahmen nach Art. 28 ff. ZGB sind Gegenstand des eidgenössischen Rechts. Diese Vereinheitlichung ist für einen sachgerechten Persönlichkeitsschutz und eine sinnvolle Verwirklichung des Bundesrechts unentbehrlich (Meili, in: Honsell/Vogt/Geiser, Basler Kommentar, ZGB I, 3. Auflage, Art. 28c N 1). Allerdings findet man keine Bestimmung, die sich speziell mit der Kostenaufgabe und der Entschädigungsfrage befasst. Auch die Literatur äussert sich kaum zu dieser Frage. Daraus kann man schliessen, dass diesbezüglich grundsätzlich die Kostentragungsregeln der kantonalen Zivilprozessordnungen zum Zuge kommen. Diese sind allerdings ZGB-konform (d.h. im Lichte des Konzepts der bundesrechtlichen Regelung über vorsorgliche Massnahmen) sowie verfassungskonform zu interpretieren.

b) Im vorliegenden Fall hat die erste Instanz ihren Entscheid damit begründet, dass das Begehren um Erlass einer vorsorglichen Massnahme berechtigt gewesen sei. Die zweite kantonale Instanz problematisierte den Umstand, dass die vorsorgliche Massnahme der 1. Instanz nicht in Rechtskraft erwuchs, weil die dagegen gerichtete Beschwerde materiell gar nicht behandelt werden konnte, da sich die Gegenseite an einem ordentlichen Prozess und damit an der Aufrechterhaltung der vorsorglichen Massnahme desinteressiert zeigte. Das Obergericht „löste“ das Problem insofern, als es erklärte, in solchen Fällen seien die Kosten entsprechend dem mutmasslichen Ausgang des Massnahmeverfahrens zu verlegen. Das Obergericht ging somit erstens davon aus, dass vermutlich die Beschwerde abgewiesen und der erstinstanzliche Entscheid bestätigt worden wäre. Es ging ferner wie die erste Instanz davon aus, ein Verfahren um vorsorgliche Massnahmen sei insofern von einem anschliessend möglichen Hauptprozess losgelöst, als über die Kosten- und Entschädigungsfrage selbständig entschieden werden könne. Diese

Auffassungen sind meines Erachtens aus folgenden Gründen aus ZGB-Sicht *systemwidrig*.

Ich gehe zunächst von der Frage aus, wie die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu regeln wären, wenn der Entscheid über die vorsorgliche Massnahme rechtskräftig wird, aber deshalb dahinfällt, weil der Kläger die Klage in der Hauptsache nicht erhebt oder fortsetzt. Die Art. 28c ff. StGB sprechen explizit von „*vorsorglichen* Massnahmen“. D.h., die Regeln sind auf einen anschliessenden Hauptprozess zugeschnitten, an dem die Nagelprobe zur Frage, ob eine Persönlichkeitsverletzung stattgefunden hat oder nicht, durchgeführt wird. Vorsorgliche Massnahmen dienen in einem Fall wie dem Vorliegenden dem vorläufigen Schutz des *möglicherweise* in der Persönlichkeit Verletzten bis zum diese Frage definitiv klärenden Urteil im Hauptverfahren. Diesen Schutz hat man eingeführt, weil sich ordentliche Prozesse über behauptete Persönlichkeitsverletzungen oft in die Länge ziehen

Obwohl beim Entscheid über eine vorsorgliche Massnahmen u.a. glaubhaft gemacht werden muss, dass eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung eingetreten ist oder droht, und der Richter für diesen Entscheid auch eine Chancenbeurteilung in Form einer Hauptsacheprognose vornehmen (vgl. dazu Berti, Vorsorgliche Massnahmen im Schweizerischen Zivilprozess, Schweizerischer Juristenverein, Referate und Mitteilungen, Heft 2/1997, S. 173 ff., 224) und das Vorliegen der zu beweisenden Tatsache für „überwiegend wahrscheinlich“ halten muss (vgl. z.B. Hausheer/Aebi-Müller, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2005, 14.84), ist doch völlig unbestritten,

- ? dass „Glaubhaftmachen“ nicht „Beweis“ bedeutet (vgl. Meili a.a.O. Art. 28c N3);
- ? dass Massnahmeentscheide „nur aufgrund oberflächlicher Prüfung der Rechtslage zustande kommen“ (Meili, a.a.O. Art. 28e N 2);
- ? dass mit dem Entscheid über vorsorgliche Massnahmen über die materielle Rechtslage noch nichts entschieden ist (Hausheer/Aebi-Müller a.a.O. 14.107);
- ? und dass es deshalb notwendig ist, „in einem **ordentlichen Prozess** die Massnahme auf Bestand und Rechtmässigkeit“ zu überprüfen (Meili, a.a.O. Art. 28e N 2).

Nun kommt es – wie im vorliegenden Fall – immer wieder vor, dass der Kläger nur temporär ein Interesse an einem auf Unterlassung gerichteten Verfahren hat, so dass er, wenn dieses Interesse nachlässt oder entfällt, innert der gesetzten Frist keine Klage im ordentlichen Verfahren einreicht, bzw. eine eingereichte Klage nicht fortsetzt. In einem solchen Fall erklärt der Kläger ausdrücklich oder durch konkludentes Verhalten, dass er keine definitive gerichtliche Abklärung der Frage mehr will, obwohl er dies ursprünglich anstrebte, ob seine Persönlichkeit verletzt wurde oder nicht. Die Frage, wer den ordentlichen Prozess gewonnen hätte, bleibt deshalb offen.

Das Gesagte hat *Auswirkungen auf den Kostenentscheid*. M.E. würde es nicht angehen, die Kostenaufgabe in einem Fall, wo es nicht zu einem Urteil im Hauptprozess kommt, damit zu begründen, die Beklagten hätten im Verfahren über vorsorgliche Massnahmen eine Niederlage erlitten. Es käme denn auch keinem Gericht in den Sinn, im Fall einer Niederlage der Klägerschaft im Hauptprozess bei

der Kostenaufgabe einen Teil der Kosten der Beklagtschaft mit der Begründung aufzuerlegen, sie habe im Verfahren um vorsorgliche Massnahmen eine Niederlage erlitten. Vielmehr würde der Entscheid in der Hauptsache bedeuten, dass der gegenteilige Entscheid bei den vorsorglichen Massnahmen zu Unrecht erfolgte. **Im Ergebnis kann aus der Sicht des Konzepts des ZGB „eine gerechte definitive Regelung der Kostenfolge des Massnahmeverfahrens...erst nach Kenntnis vom Ausgang der Hauptsache erfolgen“** (so ausdrücklich Berti, a.a.O. S. 228). Wenn der Kläger zunächst tut, als wolle er im Hauptprozess eine gerichtliche Bestätigung der Widerrechtlichkeit des Verhaltens des Beklagten erlangen, und nachher dieses Vorhaben (aus subjektiv nachvollziehbaren Gründen) torpediert, muss er auch die Kosten tragen. Etwas anderes wäre systemwidrig. Die Berechtigung einer vorsorglichen Massnahme kann nur in einem ordentlichen Prozess verifiziert oder falsifiziert werden.

Die Frage, ob die Klägerschaft im konkreten Fall missbräuchlich gehandelt hat, möchte ich offen lassen. Unbestreitbar machen die Regeln des ZGB das gewählte Prozedere möglich. Aber es wäre wie gesagt falsch, über die Kostenfolge nach unterschiedlichen Kriterien zu befinden, je nach dem, ob das Hauptverfahren durchgeführt und in einem ordentlichen Prozess über die Berechtigung der vorsorglich erlassenen Massnahmen befunden wird, oder ob der Entscheid nur aufgrund einer oberflächlichen Prüfung in einem Verfahren mit beschränkten Beweismöglichkeiten erfolgt. Und falsch wäre es auch, aus der Möglichkeit, nach erfolgreich erwirkter vorsorglicher Massnahme auf einen Hauptprozess zu verzichten, den Schluss zu ziehen, der Gesetzgeber habe zwei alternative Verfahrensvarianten geschaffen, eine für Kläger, die nur ein temporäres Verbot wollen, und wo man sich mit einer oberflächlichen Prüfung der Rechts- und Faktenlage begnügen kann, und eine andere für Kläger, die ein dauerndes Verbot anstreben und deshalb nach Erlass vorsorglicher Massnahmen einen ordentlichen Prozess erfolgreich durchführen müssen.

Die Vorinstanzen sind aber noch in anderer Hinsicht im Unrecht. Wie dargelegt ist die vorsorgliche Massnahme gar nicht rechtskräftig geworden, da die dagegen gerichtete Beschwerde nicht behandelt, sondern wegen der Desinteresseerklärung der Klägerschaft obsolet wurde. Im Ergebnis wurde ein rechtskräftiger Entscheid über die vorsorgliche Massnahme durch die Klägerschaft torpediert. Das hat das Obergericht auch so gesehen und im Erledigungsentscheid vom 10.3.2008 die Kosten für das (verlorene) Beschwerdeverfahren der Klägerschaft auferlegt und sie verpflichtet, den Beklagten als Sieger des Beschwerdeverfahrens für dieses Verfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen. Weil das Verfahren so erledigt wurde, äusserte sich das Obergericht auch nicht zu den materiellen Einwendungen der Beklagten und zur materiellen Berechtigung des vorinstanzlichen Entscheids. Das hinderte das gleiche Obergericht nicht, die Verfahrenstorpedierer im Urteil vom 25.8.2008 zu honorieren und ohne nähere materielle Begründung zu ihren Gunsten anzunehmen, sie hätten mutmasslich das Beschwerdeverfahren gewonnen und seien deshalb die mutmasslichen Prozessieger im Massnahmeverfahren. Ein starkes Stück! Nachdem es m.E. wie dargelegt aus ZGB-Sicht unzulässig wäre, in einem von der Klägerschaft torpedierten Hauptverfahren die Kosten des Verfahrens über vorsorgliche Massnahmen der Beklagtschaft aufzuerlegen, ist es erst recht unzulässig, in einem Verfahren wegen vorsorglicher Massnahmen, die aus Gründen, welche die Klägerschaft zu verantworten hat, gar nicht in Rechtskraft erwachsen, die Kosten- und Entschädigungsfrage gestützt auf eine

Spekulation über den Verfahrensausgang zu entscheiden. Im Ergebnis hat die Klägerschaft mit ihrer Erklärung im Beschwerdeverfahren, auf den ordentlichen Prozess zu verzichten, das Begehren um vorsorgliche Massnahmen zurückgezogen. Ich werde unter lit. c nochmals auf diese Thematik zurückkommen.

c) Auch im kantonal-aargauischen Zivilprozessrecht gibt es keine Basis für den von den Vorinstanzen eingeschlagenen Weg.

Das Obergericht stützt sich in Ziff. 4 seines Entscheids auf § 112 der Aargauer ZPO, der als Regel vorsieht, dass die Kosten der unterliegenden Partei auferlegt werden. § 113 sieht Ausnahmen vor. Es ist fraglich, ob § 112 im konkreten Fall auf das Verfahren über vorsorgliche Massnahmen angewendet werden kann, da das Zivilgesetzbuch wie erwähnt vorsorgliche Massnahmen im Vorfeld eines Hauptprozesses ansiedelt, zu dem es gar nicht kam. Aber selbst wenn man sich darauf stützen wollte, hätte eine ZGB-konforme Interpretation zur Folge, dass § 113 lit. d zur Anwendung gelangen müsste, wonach von § 112 ZPO abgewichen werden kann, wenn dies andere besondere Umstände als billig erscheinen lassen. Dies könnte man im konkreten Fall problemlos bejahen, da es ja die Klägerschaft war, die auf die Durchführung eines ordentlichen Verfahrens verzichtete und es so der Beklagtschaft verwehrte, materiell die Unbegründetheit des Vorwurfs einer Persönlichkeitsverletzung darzulegen.

Meines Erachtens wäre auf den vorliegenden Fall § 114 ZPO anwendbar, wonach bei Klagerückzug die Kosten dem Kläger aufzuerlegen sind. Einen solchen Rückzug der Klägerschaft kann man zunächst dann bejahen, wenn man das Verfahren über vorsorgliche Massnahmen und das anschliessende ordentliche Verfahren ZGB-konform als Einheit ansieht. Aber selbst wenn man dies ablehnt und wie die Vorinstanzen das summarische Verfahren über vorsorgliche Massnahmen ver selbstständigt, müsste § 114 zur Anwendung gelangen, da im Beschwerdeverfahren vor Obergericht betreffend den erstinstanzlichen Massnahmeentscheid die Klägerschaft ihre Desinteresseerklärung abgab und damit sinngemäss das Begehren um vorsorgliche Massnahmen zurückzog. So sah es ursprünglich wie erwähnt auch das Obergericht, überband der Klägerschaft für das obergerichtliche Verfahren die Kosten und äusserte sich in diesem Abschreibungsentscheid nicht zu den materiellen Einwendungen der Beklagten gegen die vorsorgliche Massnahme der Vorinstanz. Das musste es auch nicht, wenn man die Erklärung der Klägerschaft als Rückzug des Begehrens um vorsorgliche Massnahmen bewertet.

Im Urteil des Obergerichts vom 25.8.2008 wird schliesslich noch § 116 ZPO ins Spiel gebracht. Danach entscheidet der Richter dann, wenn ein Prozess gegenstandslos wird oder mangels rechtlichem Interesse dahinfällt, nach Ermessen über die Kostentragung. Auf diese Vorschrift ist das vorliegende Verfahren nicht zugeschnitten. Das Obergericht begründet zwar die angebliche Gegenstandslosigkeit mit der faktenwidrigen Behauptung, die vorsorglichen Massnahmen seien mangels Klageerhebung im ordentlichen Verfahren dahingefallen. Das stimmt insofern nicht, als der Entscheid des Bezirksgerichts Lenzburg zu den vorsorglichen Massnahmen von den Beklagten angefochten wurde. Solange dieser Entscheid noch nicht in Rechtskraft erwachsen war, galt für die Klägerschaft auch die 20-tägige Frist zur Anhebung der ordentlichen Klage nicht. Das obergerichtliche Verfahren wurde *deshalb* hinfällig, weil die Klägerschaft erklärte, sie verzichte im Beschwerdeverfahren auf weitere Ausführungen und sehe davon ab, im ordentlichen Ver-

fahren eine Klage einzureichen. Das ist doch wie bereits erwähnt sinngemäss ein Rückzug des Begehrens um vorsorgliche Massnahmen, deren Berechtigung vor Obergericht angefochten war. Natürlich wird bei einem solchen Rückzug auch das Verfahren gegenstandslos, aber auf diese Konstellation müsste doch die Kostentragungsregel des § 114 und nicht des § 116 ZPO zur Anwendung gelangen. Dieser „Kniff“ mit § 116 gab dem Obergericht einen Freipass, um nach freiem richterlichem Ermessen die Kosten nach dem mutmasslichen Prozessausgang festzusetzen. Aber selbst wenn § 116 angewendet werden dürfte, käme eine solche Interpretation dieser Norm einem eigentlichen Paradigmawechsel gleich, da damit die allgemeinen Kostentragungsregeln des Zivilprozessrechts in ihr Gegenteil verkehrt würden. Dies wäre vergleichbar mit einer (verbotenen) Verletzung der Unschuldsvermutung beim Kostenentscheid im Strafprozess. Auch dort ist es so, dass zwar bei Vorliegen eines Deliktsverdachts prozessuale Zwangsmassnahmen ergriffen werden dürfen, während eine Verurteilung erst nach durchgeführtem Gerichtsverfahren erfolgen darf. Wird dieses nicht zum Abschluss gebracht, ist es absolut verboten, bei einer Kostenauflegung zu Lasten des Nichtverurteilten die Verurteilungswahrscheinlichkeit zu berücksichtigen.

Ins Gesamtbild der Widersprüchlichkeiten passt es, dass die Klägerschaft wie erwähnt wegen ihres faktischen Rückzugs des Begehren um vorsorgliche Massnahmen vom Obergericht zur Zahlung der Kosten und einer Entschädigung verurteilt wurde, und dass das gleiche Obergericht einerseits im Abschreibungsbeschluss auf eine materielle Auseinandersetzung mit den Einwendungen der Beklagten verzichtete (weil das Verfahren über vorsorgliche Massnahmen beendet war), aber andererseits im Urteil vom 25.8.2008 ohne jegliches materielles Argument die Kostenaufgabe zu Lasten der Beklagten der Vorinstanz „entsprechend dem mutmasslichen Ausgang des Massnahmeverfahrens“ deckte, d.h. im Klartext begründungslos sagt, die Kläger hätten das Massnahmeverfahren verloren.

d) Der Lenzburger Entscheid berührt auch die verfassungsrechtlich geschützte Medienfreiheit gemäss Art. 17 BV, der u.a. auch die Zensur verbietet. Bei Medien läuft ein vorsorgliches Verbot im Ergebnis auf eine private Vorzensur hinaus (Meili, a.a.O. Art. 28c N 6). Die Bekanntgabe besonders wichtiger und aktueller Mitteilungen kann derart verzögert werden, dass sie wirkungslos bleiben. Dies ist bedauerlich, namentlich wenn sich im ordentlichen Prozess herausstellt oder herausstellen würde, dass die Persönlichkeitsbeeinträchtigung legitim war und im öffentlichen Interesse stand. Der vorliegende Fall ist aus der Sicht der Medienfreiheit besonders krass. In einem Medienfall wird die Beklagtschaft wegen einer bloss behaupteten (drohenden) Persönlichkeitsverletzung der Klägerschaft unter Hinweis auf den von der angerufenen zweiten kantonalen Instanz nicht materiell begründeten mutmasslichen Ausgang des Verfahrens mit mehreren tausend Franken an Kosten und Entschädigung belegt, wobei es wegen des taktischen Verhaltens der Klägerschaft und ihrem Klageverzicht weder zu einem ordentlichen Prozess gekommen ist, in dem die Widerrechtlichkeit der beanstandeten Behauptung prozessrechtskonform hätte geprüft werden können und die Beklagtschaft eine faire Chance erhalten hätte, ihren Standpunkt darzulegen, noch zu einem rechtskräftigen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen.

3. Schlussfolgerung

Die Belastung der Beklagtschaft mit Verfahrens- und Parteikosten wegen einer bloss behaupteten (drohenden) medialen Persönlichkeitsverletzung unter Hinweis auf den von der zweiten Instanz auf Beschwerde hin materiell nicht begründeten mutmasslichen Ausgang des Verfahrens, bei dem es aus Gründen, die bei der Klägerschaft liegen, nicht zu einem ordentlichen Hauptverfahren und damit zur definitiven Entscheidung über die Frage kam, ob tatsächlich eine Persönlichkeitsverletzung vorliegt, ja sogar nicht einmal zu einem rechtskräftigen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen, ist aus der Sicht des Konzepts der Art. 28c ff. ZGB systemwidrig und daher unzulässig; sie hat aber auch keine rechtliche Basis in der aargauischen Zivilprozessordnung und verletzt m.E. die Medienfreiheit.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Prof. Dr. F. Riklin