

# Zivilrechtliche Fragen des Kommunikationsrechts

Thomas Geiser

Professor für Zivil- und Arbeitsrecht an der Universität St. Gallen

## I. Einleitung

### 1. Verfassungsrechtliche Ausgangslage

1.1. Die Pressefreiheit ist eine der entscheidenden Voraussetzungen für das Funktionieren jeder Demokratie. Der freien Presse kommt in der demokratischen Meinungsbildung eine zentrale Rolle zu. Entsprechend garantiert Art. 55 BV die Pressefreiheit ausdrücklich<sup>1</sup>. Wie alle klassischen Freiheitsrechte richtet sich auch dieses gegen den Staat. Eine *direkte Drittwirkung* kennt das schweizerische Verfassungsrecht grundsätzlich nicht<sup>2</sup>. Demgegenüber ist die *indirekte Drittwirkung* der Freiheitsrechte allgemein anerkannt. Die Gesetze sind verfassungskonform auszulegen. Namentlich wenn das Gesetz unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet, haben die Gerichte beim Füllen dieser Erkenntnislücken sich von den Wertentscheidungen der Verfassung führen zu lassen, sie haben die Grundrechte insofern indirekt auch zwischen Privaten anzuwenden<sup>3</sup>. Die Bedrohung der Pressefreiheit ist heute in der Schweiz zweifellos durch Private wesentlich grösser als durch den Staat.

1.2. Es gibt keine Freiheitsrechte ohne Schranken. Den Freiheitsrechten immanent ist ihre Begrenzung durch die Freiheit der anderen. Da es sich dabei um das Verhältnis zwischen Privaten handelt, finden sich die entsprechenden Schran-

ken nicht auf Verfassungsstufe, sondern in den Gesetzen. Die Ausübung eines Freiheitsrechts ist deshalb immer nur *im Rahmen der Rechtsordnung* zulässig<sup>4</sup>. Eine der wesentlichsten Schranken der Pressefreiheit stellen die Persönlichkeitsrechte dar.

1.3. Die Medien stellen in der heutigen Zeit eine bedeutende Macht dar. Die Rechtsordnung hat den Einzelnen vor dieser Macht zu schützen. Das geschieht sowohl durch den zivilrechtlichen wie auch durch den strafrechtlichen Persönlichkeitsschutz. Im Verhältnis zwischen Privaten ist allerdings nicht immer vorzusehen, welche Partei mächtiger ist. Von daher läuft das Privatrecht immer Gefahr, in atypischen Einzelfällen den Stärkeren gegen den Schwächeren zu verteidigen und damit die Ungerechtigkeit zu fördern, statt der Gerechtigkeit zum Durchbruch zu verhelfen. Jeder Rechtsschutz ist deshalb auf seine Ausgewogenheit hin zu prüfen.

Wenn es um die Frage der Macht oder Ohnmacht im Verhältnis Privater zu den Medien geht, ist allerdings von Anfang an einem Missverständnis entgegenzutreten. Wird *Medienmacht* festgestellt, heisst das keineswegs, dass der einzelne Journalist oder die einzelne Journalistin über Macht verfügt. Es sind *die Medien* als gesellschaftliche Institution, die mächtig sind. Der Konkurrenzkampf kann bewirken, dass nicht nur der einzelne Journalist, sondern auch das einzelne Medienunternehmen in seiner Entscheidungsfreiheit stark eingeschränkt ist. Das ändert aber nichts daran, dass die Medien möglicherweise sogar gegenüber wirtschaftlich starken Kräften eine Machtposition haben können, welche teilweise für Private zur existenziellen Bedrohung

**Résumé:** Dans une période de récession économique et de restructuration de la société, les controverses publiques sont menées de façon plus dure. Ce sont non seulement les médias qui sont affectés par ce développement, mais également toutes les personnes qui apparaissent volontairement ou involontairement sur la scène publique. Dans ces circonstances, il est important que les conditions-cadres soient clairement définies. Sans doute, la protection de la personnalité au sens des art. 28 ss CC y contribue considérablement. Dès son entrée en vigueur, l'actuel texte légal a montré qu'il peut être qualifié de clair et d'équilibré, même si quelques questions attendent toujours une solution jurisprudentielle. Le présent article traite, en partant des fondements constitutionnels, des questions de droit matériel de la protection de la personnalité, des mesures provisionnelles ainsi que du droit de réponse à la lumière de la jurisprudence la plus récente.

1 Zur Geschichte der Pressefreiheit vgl. DENIS BARRELET, *Droit suisse des mass media*, Berne 1987, Rz. 26 ff.; JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel 1967, Bd. II, Rz. 2072 ff.; WALTER BURCKHARDT, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung*, Bern 1931, S. 505 ff.

2 Vgl. BARRELET (FN 1), Rz. 7 ff.; FRANZ RIKLIN, *Schweizerisches Presserecht*, Bern 1996, S. 34 f.; eine Ausnahme besteht für Art. 4 Abs. 2 Satz 3 BV.

3 ROGER ZÄCH, *Das Privatrecht in veränderter Umwelt - Anregungen zum Umdenken*, ZSR 1986 I, H'bd., S. 29 ff.

4 Vgl. insb. RIKLIN (FN 2), S. 41 ff.

**Zusammenfassung:**  
*In einer Zeit der wirtschaftlichen Rezession und Umstrukturierung der Gesellschaft werden die Auseinandersetzungen in der Öffentlichkeit härter geführt. Davon sind nicht nur die Medien, sondern alle Personen betroffen, die freiwillig oder unfreiwillig in der Öffentlichkeit auftreten. Unter diesen Umständen ist es besonders wichtig, dass die Rahmenbedingungen klar definiert sind. Dazu trägt der Persönlichkeitsschutz nach Art. 28 ff. ZGB ohne jeden Zweifel bei. In den Jahren seit der Revision hat sich gezeigt, dass der revidierte Gesetztext als grundsätzlich klar und ausgewogen bezeichnet werden kann, auch wenn selbstverständlich einzelne Fragen nach wie vor der Entscheidung durch die Rechtsprechung harren. Ausgehend von den verfassungsrechtlichen Grundlagen werden in diesem Beitrag die materiellrechtlichen Fragen des Persönlichkeitsschutzes, die vorsorglichen Massnahmen sowie das Gegendarstellungsrecht anhand der neuesten Gerichtspraxis behandelt.*

werden kann. Ein Schutz des Einzelnen ist deshalb unerlässlich.

## 2. Übersicht über die gesetzliche Regelung des Persönlichkeitsschutzes

1.4. Gemäss Art. 28 kann, «wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, (...) zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, den Richter anrufen». Alle Rechtsfolgen mit Ausnahme der Gegendarstellung und der vorsorglichen Massnahmen<sup>5</sup> setzen deshalb eine **widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung** voraus. Ob eine solche vorliegt, ist in zwei Stufen abzuklären: Es ist zuerst zu untersuchen, ob überhaupt eine Persönlichkeitsverletzung gegeben ist, und anschliessend muss geprüft werden, ob diese auch widerrechtlich ist.

Eine rechtmässige Persönlichkeitsverletzung zeitigt keinerlei rechtliche Folgen. Von daher kann man sich fragen, ob die genannte Zweiteilung überhaupt sinnvoll ist. Sie hat nur methodologische, didaktische Bedeutung. Sie erlaubt es, sich zuerst, nämlich bei der Frage, ob überhaupt eine Persönlichkeitsverletzung vorliegt, den **Einwirkungen auf die betroffene Person** zuzuwenden und erst anschliessend, bei der Frage der Widerrechtlichkeit, auch die **Handlungsgründe des Verletzers** in die Betrachtung einzubeziehen.

1.5. Beim Persönlichkeitsschutz handelt es sich um Privatrecht. Der Richter wird deshalb gegen eine andere Person angerufen. Es bedarf eines Beklagten. Passivlegitimiert ist jeder, der an der widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung mitwirkt. Der Persönlichkeitsschutz setzt deshalb ein Wirken durch menschliches Handeln, eine sogenannte **Eingriffshandlung**<sup>6</sup>, voraus. Diese muss zudem **adäquat kausal** für die widerrechtliche Verletzung sein<sup>7</sup>.

1.6. Art. 28 ZGB führt die Rechtsfolgen nicht auf. Diese sind – von der Gegen-

darstellung und den vorsorglichen Massnahmen abgesehen – in Art. 28a ZGB geregelt. Die Bestimmung nennt für die einzelnen Rechtsfolgen **weitere spezifische Voraussetzungen**.

Für die besonders wichtigen Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung wird diesbezüglich auf die Art. 41 ff. OR verwiesen<sup>8</sup>. Mit Blick auf Art. 55 OR bedeutet das für ein Medienunternehmen, dass diese Ansprüche auch geltend gemacht werden können, wenn kein eigentliches **Verschulden** vorliegt.

Auf Beseitigung, Feststellung oder Unterlassen kann gegen das Medienunternehmen auch geklagt werden, wenn überhaupt kein Vorwurf der Unsorgfalt erhoben werden kann<sup>9</sup>. Für das Medienunternehmen kann dies hauptsächlich mit Blick auf ein Veröffentlichungsverbot oder eine Verpflichtung, das Urteil zu publizieren<sup>10</sup>, von grosser praktischer Tragweite sein. Hier setzt zum Teil denn auch der Vorwurf der **Pressezensur** an.

1.7. Der Begriff der Persönlichkeit ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Lehre und Praxis umschreiben ihn durch die Auflistung einer Vielzahl von einzelnen **Persönlichkeitsbereichen**<sup>11</sup>. Im vorliegenden Zusammenhang sind namentlich die **Ehre**<sup>12</sup>, die **Privatsphäre**<sup>13</sup> und das **Recht auf Vergessenheit**<sup>14</sup> von Bedeutung. Hervorzuheben ist auch die **wirtschaftliche Persönlichkeit**<sup>15</sup>, insbesondere nachdem Verstösse gegen das UWG auch gegenüber Personen geltend gemacht werden können, die mit der verletzten Person nicht in einem Wettbewerb stehen<sup>16</sup>.

1.8. Jede Persönlichkeitsverletzung ist **widerrechtlich**, soweit sie nicht durch die Einwilligung des Verletzten, überwie-

<sup>8</sup> Art. 28a Abs. 3 ZGB.

<sup>9</sup> Art. 28a Abs. 1 ZGB.

<sup>10</sup> Art. 28a Abs. 2 ZGB.

<sup>11</sup> TERCIER (FN 6), Rz. 103 ff.; HENRI DESCHENAUX/PAUL-HENRI STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, Bern 1995, Rz. 540 ff.

<sup>12</sup> TERCIER (FN 6), Rz. 475 ff.

<sup>13</sup> TERCIER (FN 6), Rz. 459 ff.

<sup>14</sup> TERCIER (FN 6), Rz. 497.

<sup>15</sup> Vgl. insbesondere Art. 3 Bst. a und b UWG.

<sup>16</sup> MARIO PEDRAZZINI, *Unlauterer Wettbewerb UWG*, Bern 1992, S. 235; BGE 120 IV 35; 117 IV 193.

gende private oder öffentliche Interessen oder Gesetz gerechtfertigt wird<sup>17</sup>. Alle drei Rechtfertigungsgründe spielen auch im Bereich der Medien eine Rolle. Am wenigsten Bedeutung hat die Rechtfertigung durch Gesetz. Sie kommt vor allem in Frage, wenn eine Zeitung im Auftrag der Strafverfolgungsbehörden eine bestimmte Information, wie beispielsweise ein Roboterbild, publiziert, um die Bevölkerung zur Mitwirkung bei der Fahndung aufzurufen. Davon ist im folgenden nicht mehr die Rede.

Mit der Erwähnung der **öffentlichen Interessen** als Rechtfertigungsgrund in Art. 28 Abs. 2 ZGB werden zwei unterschiedliche Dinge behandelt.

- Soweit es um *öffentliche Interessen* im eigentlichen Sinn geht, ist die Erwähnung im Gesetz missverständlich, ja sogar irreführend. Die öffentlichen Interessen sind nämlich nicht von Privaten, sondern von den Organen des Staates wahrzunehmen. Für entsprechende Eingriffe in private Rechte bedarf es regelmässig einer gesetzlichen Grundlage. Der Gesetzgeber wollte diese nicht mit Art. 28 Abs. 2 ZGB schaffen. Hier wird nur darauf hingewiesen, dass – soweit nach den Regeln des öffentlichen Rechts eine genügende gesetzliche Grundlage besteht – diese einen Eingriff in die Persönlichkeit zu rechtfertigen vermag. Dieser Hinweis ist aber überflüssig, da er sich bereits aus dem weiteren Rechtfertigungsgrund, nämlich dem Gesetz, ergibt<sup>18</sup>.
- Wie sich aus der Entstehungsgeschichte von Art. 28 Abs. 2 ZGB ergibt, wollte der Gesetzgeber mit der Erwähnung der öffentlichen Interessen der *öffentlichen Aufgabe der Medien* und gewisser anderer Rechtssubjekte des Privatrechts Rechnung tragen. Darin liegt aber kein Interesse selbständiger Art. Vielmehr geht es um die gesamtgesellschaftliche Bedeutung einer Tätigkeit im Rahmen der Abwägung der verschiedenen sich entgegenstehenden Interessen. Dieser Aspekt ist für die Medien von zentraler Wichtigkeit. Damit wird der in Art. 55 BV verankerten Pressefreiheit Rechnung getragen<sup>19</sup>.

1.9. Das Zivilrecht schützt die Persönlichkeit in einem sehr viel grösseren Umfang als das Strafrecht. Insbesondere erfasst der Ehrbegriff im Zivilrecht auch die berufliche Ehre<sup>20</sup>. Neben der Ehre schützen die Art. 28 ff. ZGB unter anderem aber auch die Privatsphäre, das Recht am Namen, das Recht am eigenen Bild, das Recht am Lebensbild und an der Lebensgeschichte sowie das Recht auf Vergessenheit<sup>21</sup>. Demgegenüber anerkennt das Bundesgericht auch im zivilrechtlichen Bereich nach wie vor kein allgemeines Recht auf Wahrheit<sup>22</sup>. Darauf ist zurückzukommen<sup>23</sup>. Auf den strafrechtlichen Persönlichkeitsschutz wird demgegenüber nicht weiter eingegangen.

## II. Materieilrechtliche Fragen

### 1. Inhalt der Pressemitteilung

2.1. Wird geltend gemacht, die Persönlichkeit sei durch eine unwahre Behauptung in der Presse widerrechtlich verletzt worden, ist zuerst zu klären, was nun eigentlich im entsprechenden Text steht. Dabei ist zu beachten, dass nicht nur Gesetzestexte, sondern auch **Zeitungsartikel der Interpretation** bedürfen.

2.2. Es ist zu klären, wie der **durchschnittliche Leser** die entsprechenden Textstellen versteht<sup>24</sup>. Damit ist allerdings nur gesagt, dass es nicht auf das subjektive Empfinden der Parteien ankommen kann. Wer aber der durchschnittliche Leser ist und welches Textverständnis diesem zukommt, bleibt erst zu bestimmen.

Die Bezeichnung des massgeblichen Personenkreises ist in der Rechtsprechung insofern genauer geworden, als nicht mehr vom «Durchschnittsbürger» auszu-

17 Art. 28 Abs. 2 ZGB.

18 Mit Bezug auf das kantonale öffentliche Recht ergibt sich die Rechtfertigung auch aus Art. 6 ZGB.

19 BGE 95 II 481 E. 7; MARIO PEDRAZZINI/NIKLAUS OBERHOLZER, Grundriss des Personenrechts, Bern 1993, S. 148.

20 BGE 119 II 100.

21 Vgl. dazu TERCIER (FN 6), Rz. 497; THOMAS GEISER, Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke, Basel 1990, Rz. 2.45. ff.

22 Vgl. dazu: THOMAS GEISER, Der Historiker vor dem Zivilrichter, AJP 1992, S. 445 ff.; BGE 105 II 165; 107 II 6; 111 II 222; 120 II 227; BGE v. 8.10.93 i.S. R.c.F., E. 6e.

23 Hinten Rz. 2.11.

24 BGE 119 II 100 («durchschnittlicher Leser»); 111 II 210 f. («Durchschnittsleser»).

gehen ist<sup>25</sup>, sondern auf den Leserkreis des entsprechenden Presseergebnisses abgestellt werden kann. Dabei werden allerdings regelmässig keine soziologischen Erhebungen durchgeführt, und es bleibt insofern beim mutmasslichen Leserkreis, wie ihn das Gericht sieht und versteht. Das lässt sich so lange rechtfertigen, wie es um allgemeine Informationen geht, die sich an ein nicht besonders vorgebildetes Publikum richtet. M.E. bedarf es aber sehr viel sorgfältigerer Abklärungen des massgebenden Personenkreises und dessen Textverständnisses, wenn sich die Publikation an einen Personenkreis mit besonderen Kenntnissen richtet, oder die entsprechende Leserschaft einer besonderen Kultur oder Subkultur angehört. Insofern sollte ein stärker fallbezogener und überprüfbarer Massstab angewendet werden<sup>26</sup>.

2.3. Sprache ist mehrdeutig. Deshalb können auch bei einer Presseäusserung nicht nur die einzelnen Sätze nach ihrem Inhalt untersucht werden. Es ist immer danach zu fragen, wie die Textstelle im gesamten Zusammenhang zu würdigen ist, in dem sie steht. Es ist durchaus möglich, dass einzelne Aussagen durch den Zusammenhang eine andere Wertung erfahren. Dadurch kann die Ehrenrührigkeit entstehen oder entfallen. Dabei ist immer auch wesentlich, welche Teile einer Pressemitteilung notwendigerweise zusammen zur Kenntnis genommen werden.

Entsprechend hat das Bundesgericht das Vorliegen einer Persönlichkeitsverletzung trotz eines reisserischen und ehrverletzenden Titels («Drogensekten») verneint<sup>27</sup>. Der Verein, auf den sich der Artikel bezog, wurde nämlich erst im Artikel selber namentlich genannt, wo aber auch ausdrücklich festgehalten wurde, dass sich dieser Verein gegen den Drogenkonsum engagierte. Der Titel allein war zwar ehrverletzend. Wer aber nur ihn zur Kenntnis nahm, ohne den Artikel zu lesen, konnte ihn auch nicht auf den

betroffenen Verein beziehen, weil dieser erst im Artikel genannt wurde. Gesamthaft konnte somit keine Ehrverletzung ausgemacht werden.

2.4. Auch satirische Pressemitteilungen können persönlichkeitsverletzend sein. Der Umstand, dass eine Äusserung für die Leserschaft erkennbar nicht ernst gemeint ist, hindert die Persönlichkeitsverletzung nicht. Es schwächt sie höchstens ab. Überdies kann der Zweck eines «divertissement humoristique» eine satirische Entstellung der Wahrheit rechtfertigen<sup>28</sup>. Allerdings fehlt hier meist auch das Informationsbedürfnis, so dass nur leichte Persönlichkeitsverletzungen gerechtfertigt werden können.

2.5. Ohne Zweifel kann auch eine bildliche Darstellung einen Sachverhalt schildern, selbst wenn es sich dabei nicht um eine Photographie handelt<sup>29</sup>. Das trifft ebenfalls für eine Karikatur zu, obwohl sie den Sachverhalt immer verzerrt, überzeichnet oder entstellt<sup>30</sup>. Die Schwierigkeit liegt dann allerdings darin, die Karikatur auf ihre Aussage hin zu analysieren. Dieser Kerngehalt kann dann auf seinen Wahrheitsgehalt hin untersucht werden.

## 2. Weitergabe fremder Behauptungen

2.6. Eine ehrverletzende Äusserung lässt sich grundsätzlich nicht damit rechtfertigen, dass nur die Aussage einer anderen Person wiedergegeben werde. Art. 28 ZGB gibt der verletzten Person Schutzrechte gegen «jeden, der an der Verletzung mitwirkt». Wer eine Äusserung weiterverbreitet, wirkt damit an der Persönlichkeitsverletzung des ersten Äusserers mit.

Es ist nun aber möglich, dass an der Wiedergabe einer fremden Äusserung ein rechtfertigendes Interesse besteht. Das ist beispielsweise der Fall, wenn eine Zeitung über einen Ehrverletzungsprozess berichtet, und zu diesem Zweck die ehrverletzende Äusserung wiederholt. Allerdings setzt eine solche Rechtfertigung voraus, dass die fremde Äusserung vollständig und wahrheitsgetreu dargestellt wird (objektiv richtige Wiedergabe), als fremde Äusserung klar gekennzeichnet ist (erkennbare Distanzierung) und ein selbständiges Interesse an der Information

25 So noch BGE 103 II 164.

26 Vgl. GEISER (FN 21), Rz. 2.51.

27 BGE in Medialex 1996, S. 159 f.

28 BGE v. 19. Dez. 1994, Medialex 1995, S. 48 ff.; SJ 1995, S. 673.

29 TERCIER (FN 6), Rz. 1400; KARL MATTHIAS HOTZ, Kommentar zum Recht auf Gegendarstellung, Bern 1987, S. 65.

30 BGE v. 8. Juli 1991 i. S. Ideal Job Personalberatung AG, E. 3a (unveröff. Teil von BGE 117 II 209 ff.).

über die fremde Äusserung besteht (Informationsinteresse)<sup>31</sup>. Namentlich wenn die Wiedergabe im Zusammenhang mit einem Artikel zum gleichen Thema wie die ursprüngliche Mitteilung erfolgt, ist darauf zu achten, dass nicht der Eindruck erweckt wird, der Autor schliesse sich der Mitteilung an. Diesfalls würde es an der Distanzierung fehlen, und er hätte für den Inhalt selber einzustehen. Dieser Fehler geschieht regelmässig, wenn das Zitat zur Untermauerung der Stossrichtung des eigenen Artikels verwendet wird. Zudem sind an das Informationsinteresse hohe Anforderungen zu stellen. Es muss regelmässig ein Interesse daran bestehen, dass bekannt wird, was eine *bestimmte Quelle* berichtet hat. Insofern kann der Inhalt der Information allein nie für die Weitergabe ein selbständiges Informationsinteresse darstellen. Aus diesen Grundsätzen hat das Obergericht des Kantons Thurgau geschlossen, die objektiv richtige Wiedergabe einer inhaltlich falschen Behördemitteilung stelle keine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung dar<sup>32</sup>.

**2.7. Diese Rechtsprechung ist zu undifferenziert.** Auch die korrekte Wiedergabe einer fremden, persönlichkeitsverletzenden Äusserung ist m.E. rechtswidrig. Es besteht grundsätzlich nie ein Interesse an einer Fehlinformation<sup>33</sup>. Insofern kann auch kein Interesse daran bestehen, eine fremde Fehlinformation weiterzugeben, sofern nicht gleichzeitig festgehalten wird, dass es sich um eine solche handelt. Die betroffene Person hat m.E. in jedem Fall einen Anspruch darauf, dass die Unwahrheit festgestellt wird. Demgegenüber wird regelmässig unter den vom Bundesgericht festgesetzten Bedingungen – und soweit die Unwahrheit für den Journalisten nicht erkennbar war – diesem keine Sorgfaltspflichtverletzung vorgeworfen werden können, so dass von vornherein jegliche Schadenersatzansprüche entfallen.

Hält die Zeitung selber fest, dass die Äusserung unwahr ist<sup>34</sup>, beispielsweise wenn bei einem Ehrverletzungsprozess darüber berichtet wird, dass der Verletzte verurteilt worden ist, so entfällt überdies der Unterlassungs- und der Beseitigungsanspruch, weil im gleichen Artikel den negativen Wirkungen der Persön-

lichkeitsverletzung bereits entgegengetreten worden ist. Mit dem gleichen Argument entfällt zudem der Feststellungsanspruch. Auch dieser setzt voraus, dass sich die Verletzung weiterhin störend auswirkt<sup>35</sup>.

Wird demgegenüber der Inhalt der Äusserung nicht klar als unwahr bezeichnet, hat m.E. im Gegensatz zur genannten Rechtsprechung die betroffene Person noch immer ein legitimes Interesse daran, dass die Unrichtigkeit der ursprünglichen Mitteilung festgestellt werden kann. Schliesslich hat ein Medienunternehmen auch für den Inhalt von Leserbriefen und Inseraten einzustehen<sup>36</sup>, obgleich dort immer ersichtlich ist, dass es sich um (hoffentlich) objektiv richtig wiedergegebene fremde Äusserungen handelt. Je nachdem von wem der Leserbrief stammt, wird auch nicht in jedem Fall ein Informationsinteresse an der Wiedergabe bestritten werden können. Das Feststellungsinteresse belastet die Presse auch nicht unverhältnismässig, weil sie dem Prozess dadurch entgegen kann, dass sie im redaktionellen Teil die Fehlinformation richtig stellt. Eine solche Feststellung entspricht auch der Informationsaufgabe der Presse. Schwierigkeiten treten für das Medienunternehmen nur auf, wenn nicht geklärt ist, ob die ursprüngliche Information richtig oder falsch war. Diesfalls läuft es Gefahr, mit einer Richtigstellung den ursprünglichen Äusserer einer Falschinformation zu bezichtigen, so dass dieser sich in seiner Persönlichkeit verletzt sieht. Das Medienunternehmen gerät dann zwischen Hammer und Amboss. Es hat sich aber mit der Weitergabe einer unsicheren Information selber in diese Lage begeben und hat damit auch die Konsequenzen zu tragen.

**2.8. Ob die Veröffentlichung eines Fahndungsbildes zulässig ist,** richtet sich in der Regel nach dem kantonalen Strafprozessrecht. Es ist nicht der Rechtferti-

31 BGE in Medialex 1995, S. 41 ff. insb. S. 43 f. (VPM).

32 Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 6. Juni 1996, Medialex 1996, S. 163 f.

33 BGE v. 22. März 1996, Medialex 1996, S. 160 mit Hinweis auf BGE 111 II 213; 119 II 101 sowie BGE 120 II 225 E. 3a und BGE 119 II 97 E. 3.

34 Eine Distanzierung genügt dafür nicht, da sie die Frage der Wahrheit offenlässt.

35 Vgl. dazu hinten Rz. 2.17.

36 BGE 106 II 99 mit Hinweisen; THOMAS GEISER, Persönlichkeitschutz: Pressezensur oder Schutz vor Medienmacht?, SJZ 1996, S. 79.

gungsgrund eines höheren Interesses gegeben. Die Tat ist vielmehr «durch Gesetz» gerechtfertigt. Es sind allerdings auch Ausnahmen möglich. Das trifft namentlich zu, wenn es sich nicht um eine amtliche Publikation handelt, sondern das entsprechende Sendegerät am Fernsehen nur der Berichterstattung ungeklärter Verbrechen dienen soll. Das Bundesgericht hat entsprechend die Veröffentlichung des Bildes und des Namens eines Verhafteten in der Sendung «Aktenzeichen XY» für gerechtfertigt angesehen, weil dessen Strafbarkeit weder ausdrücklich noch sinngemäss behauptet worden sei. Die Sendung habe damit auch die Unschuldsvermutung nicht verletzt und das Interesse der Strafverfolgungsbehörden, auf diesem Wege weitere Informationen zu erhalten, hätten die Persönlichkeitsverletzung aufgewogen<sup>37</sup>.

### 3. Verhältnis zur Wahrheit

2.9. Von zentraler Bedeutung für die Frage, ob eine Veröffentlichung in einem Medium die Persönlichkeit widerrechtlich verletzt, ist ihr **Wahrheitsgehalt**. Die zum Teil auch in Entscheiden des Bundesgerichts angetroffene Aussage, eine unwahre Behauptung sei niemals rechtmässig<sup>38</sup>, eine wahre Behauptung stelle aber nie eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung dar, ist allerdings in dieser allgemeinen Form unzutreffend.

2.10. Auch eine **wahre Behauptung** ist nur rechtmässig, wenn ihre Publikation im öffentlichen Interesse liegt<sup>39</sup>. Diese Voraussetzung ist regelmässig gegeben,

wenn die berichtete Tatsache einen Zusammenhang mit der öffentlichen Tätigkeit der entsprechenden Person hat. In der bundesgerichtlichen Praxis sind daraus mit Bezug auf politische Mandatsträger oder Repräsentanten der öffentlichen Hand kaum je Schwierigkeiten aufgetreten. Heikel kann dies hingegen im Zusammenhang mit Vertretern der Wirtschaft oder privater Organisationen weltanschaulicher oder religiöser Ausrichtung sein, welche die Öffentlichkeit scheuen. Zu prüfen ist immer auch, ob die **Art der Berichterstattung** angemessen ist. Namentlich können reisserische Überschriften oder auch Karikaturen unnötig verletzend erscheinen. Allerdings kommt diesbezüglich dem einzelnen Presseerzeugnis ein sehr weitgehendes Ermessen zu. Den Gerichten steht es nicht an, über die *Qualität* der journalistischen Tätigkeit zu entscheiden.

2.11. Eine **unwahre Behauptung** kann zwar nie eine rechtmässige Persönlichkeitsverletzung darstellen. Nicht jede unwahre Behauptung verletzt aber nach der gefestigten bundesgerichtlichen Rechtsprechung unbedingt die Persönlichkeit. Eine Persönlichkeitsverletzung liegt nur vor, wenn die Behauptung die betroffene Person in einem falschen Licht zeigt, beziehungsweise diese im Ansehen der Mitmenschen im Vergleich zum tatsächlich gegebenen Sachverhalt empfindlich herabsetzt<sup>40</sup>. Damit schützt das Bundesgericht die Presse bewusst davor, bei kleinen Ungenauigkeiten ins Recht gefasst zu werden<sup>41</sup>. Allerdings sieht das Bundesgericht bei der Verwendung einer Photographie dann aber wenig konsequent *jede Veränderung* als persönlichkeitsverletzend an<sup>42</sup>.

2.12. Überdies erscheint fraglich, ob mit Blick auf den **datenschutzrechtlichen Grundsatz**, dass, wer Personendaten bearbeitet, sich über deren Richtigkeit zu vergewissern hat<sup>43</sup> und jede betroffene Person verlangen kann, dass unrichtige Daten berichtigt werden<sup>44</sup>, nicht von einem Recht auf Wahrheit ausgegangen werden muss. Das Datenschutzgesetz findet auch im Bereich der Medien Anwendung<sup>45</sup>. Diese erfahren nur insofern eine Sonderbehandlung, als die Auskunftspflicht eingeschränkt worden ist<sup>46</sup>, und die Veröffentlichung im redaktionellen

37 BGer v. 31.1.1995, plädoyer 1995, 2, S. 62.

38 BGE 71 II 193; BGer v. 17.5.1994 i.S. Tages-Anzeiger c. K., E. 3a: «Eine unwahre Behauptung ist daher niemals rechtmässig, mag sie auch in guten Treuen erhoben worden sein»; BGer v. 22. März 1996, Medialex 1996, S. 160 mit weiteren Hinweisen; TERCIER (FN 6), Rz. 736; Obergericht Zürich v. 14. Juli 1994, ZR 1996, Nr. 28.

39 HANS MICHAEL RIEMER, Personenrecht des ZGB, Bern 1995, Rz. 380; Obergericht Zürich v. 14. Juli 1994, ZR 1996, Nr. 28, S. 91.

40 BGer v. 8.10.1993 i.S. R.c.F., E. 6e; BGE 119 II 101 (Schnüffler); 114 II 390 (Asylkomitee Region Baden); 111 II 222 (unheimliche Patrioten); 107 II 6 (Niebuhr); 105 II 165 (Frischknecht); BGer v. 22. März 1996, Medialex 1996, S. 160 (VPM).

41 BGer v. 19.5.1988 i.S. T.A. c. V.I.T.; kritisch dazu: GEISER (FN 22), S. 449.

42 BGer v. 19. Dez. 1994, Medialex 1995, S. 48 ff.; SJ 1995, 672.

43 Art. 5 Abs. 1 DSG.

44 Art. 5 Abs. 2 DSG.

45 RENATA JUNGO, in: Maurer/Vogt (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz, Basel 1995, N. 3 f. zu Art. 10 DSG; MARKUS HÖNIG, in: Maurer/Vogt (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz, Basel 1995, N. 18 ff. zu Art. 13 DSG.

46 Art. 10 DSG.

Teil ausdrücklich als Rechtfertigungsgrund im Gesetz aufgeführt ist<sup>47</sup>. Im Gegensatz zur Fassung des bundesrätlichen Entwurfes sieht die Gesetz gewordene Fassung keine generelle Einschränkung des Anwendungsbereichs des Datenschutzgesetzes bei Veröffentlichungen in Medien mehr vor. Es gilt somit – von den genannten Einschränkungen abgesehen – auch für den redaktionellen Teil von Zeitschriften, Radio und Fernsehen.

2.13. Bei der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung kommt es grundsätzlich darauf an, ob die **persönlichkeitsverletzende Aussage** wahr oder falsch ist. Eine ehrverletzende Sachverhaltsschilderung wird nicht dadurch wahr, dass sie als Behauptung eines Dritten wiedergegeben wird und dieser Dritte die genannte Behauptung tatsächlich aufgestellt hat. Andernfalls liesse sich jede unwahre Äusserung durch das Dazwischenschalten einer weiteren Person rechtfertigen. Art. 28 ZGB gibt aber eine Klage gegen «jeden, der an der Verletzung mitwirkt». Wenn diese Grundsätze uneingeschränkt Geltung hätten, wäre allerdings eine identifizierende Berichterstattung immer nur möglich, wenn sie abschliessend beurteilt werden kann. Über einen Straffall – namentlich wenn es sich um eine prominente Person handelt – dürfte nur berichtet werden, wenn die Verurteilung rechtskräftig ist. Das widerspricht dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dürfen Medien deshalb über Verdächtigungen gegenüber im öffentlichen Leben stehenden Personen identifizierend berichten, sofern der Verdacht tatsächlich besteht und in aller Klarheit darauf hingewiesen wird, dass es sich nur um einen Verdacht handelt<sup>48</sup>. Von einer Veröffentlichung eines blossen Verdachtes ist aber abzusehen, wenn die Quelle der Information Zurückhaltung gebietet, weil sie beispielsweise als unseriös angesehen werden muss. Diese Zurückhaltung ist aber nicht geboten, bloss weil die Information rechtswidrig erfolgt ist, beispielsweise durch die Verletzung eines Amtsgeheimnisses<sup>49</sup>.

2.14. Namentlich bei der Verbreitung einer Verdächtigung und der Berichterstattung über laufende Strafuntersu-

chungen ist von entscheidender Bedeutung nach welchem Wissensstand die Angemessenheit der Information beurteilt wird. Soweit sich im nachhinein die Anschuldigungen als falsch erweisen, ist auf die Kenntnis im **Zeitpunkt der Veröffentlichung** abzustellen<sup>50</sup>. Das dürfte allerdings nicht zutreffen, wenn sich ein vager Verdacht nachträglich als richtig erweist. Es fehlt dann an einem Rechtsschutzinteresse, um gegen die nur aus damaliger Sicht nicht gerechtfertigte Veröffentlichung vorzugehen. Andererseits besteht m.E. ein Anspruch auf Richtigstellung in der Presse, wenn sich ein noch so begründeter Verdacht im nachhinein als unzutreffend erweist. Die ursprüngliche Mitteilung wird sich sonst regelmässig weiterhin störend auswirken<sup>51</sup>.

#### 4. Freiheitsrechte als Rechtfertigungsgründe

2.15. Der Grundsatz, dass unbestimmte Rechtsbegriffe verfassungskonform auszulegen sind<sup>52</sup>, ermöglicht es die Grundrechte zur Rechtfertigung einer Persönlichkeitsverletzung anzuführen. Allerdings darf die Tragfähigkeit dieser Argumentation nicht überschätzt werden, da jeder bei der Ausübung seiner Grundrechte die Rechte anderer zu respektieren hat. Entsprechend kann auch eine ehrverletzende Verfremdung der Wirklichkeit in einem romanhaften Text nicht mit der Kunstfreiheit gerechtfertigt werden. Dies gilt jedenfalls so lange, wie nicht die künstlerische Konzeption des Werkes eine bestimmte Ausgestaltung zwingend erfordert<sup>53</sup>.

Diese Einschränkung ist in der Lehre auf Kritik gestossen. Auch in der Konzeption des Werkes liegende Gründe sollen es niemals rechtfertigen, eine fiktive Geschichte so auszugestalten, dass der Leser auf eine reale Person schliesse. Es müsse vielmehr gelten, was das Bundesgericht in BGE 111 II 214 zur Pressefreiheit festgehalten habe, nämlich dass eine persön-

47 Art. 13 Abs. 2 Bst. d DSG.

48 BGer v. 17.5.1994 i.S. Tages-Anzeiger c. K., E. 4b.

49 BGer v. 17.5.1994 i.S. Tages-Anzeiger c. K., E. 4c.

50 BGer v. 17.5.1994 i.S. Tages-Anzeiger c. K., E. 3a.

51 Zur Kritik an der Rechtsprechung mit Bezug auf den Beseitigungs- und den Feststellungsanspruch siehe vom Rz. 2.7.

52 Vgl. vom Rz. 1.1.

53 BGE 120 II 227 ff.

lichkeitsverletzende Äusserung widerrechtlich sei, wenn ihr Inhalt nicht der Wahrheit entspreche<sup>54</sup>. Diese Kritik übersieht m.E. die Bedeutung der Kunst. Die Rechtfertigung kann hier nicht in der Mitteilung einer Wahrheit liegen, sondern hat ihre Bedeutung in der Verfremdung, Verarbeitung und Gestaltung eines bestimmten Gegenstandes. Das macht es unvermeidlich, dass bei gewissen Kunst-richtungen Dichtung und Wahrheit vermischt werden. Ist für den Leser diese Gattung erkennbar, kann m.E. nicht verlangt werden, dass auch im einzelnen gekennzeichnet wird, welche Teile des Werkes fiktiv und welche real sind. Der Leser wird dann aber unter Umständen fiktive Aussagen als wahre Aussagen über die Personen ansehen, die dem Künstler oder der Künstlerin als Vorlage für Teile des Werkes gedient haben. Regelmässig kann beim durchschnittlichen Leser diesbezüglich kein sehr hohes Differenzierungsvermögen vorausgesetzt werden<sup>55</sup>.

### 5. Feststellungsanspruch

2.16. Von grosser praktischer Tragweite ist der Feststellungsanspruch. Gemäss Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB kann der Kläger beantragen, «die Widerrechtlichkeit einer Verletzung festzustellen, wenn sich diese weiterhin störend auswirkt». Der Gesetzgeber wollte der verletzten Person neben der Beseitigungsklage einen selbständigen Feststellungsanspruch geben, der auch besteht, wenn die Verletzungshandlung abgeschlossen ist<sup>56</sup>.

2.17. Das Bundesgericht hat diesen Anspruch nunmehr insofern eingeschränkt, als er nur bestehen soll, wenn die Störungswirkung der abgeschlossenen

Handlung noch andauert<sup>57</sup>. Demgegenüber soll es nicht genügen, dass ein Störungszustand andauert. Der Umstand, dass eine wahrheitswidrige Veröffentlichung in einem Printmedium jederzeit aufs neue wahrgenommen werden kann, vermag nach dieser Rechtsprechung noch keinen Feststellungsanspruch zu begründen.

Diese Einschränkung gegenüber der Praxis vor der Revision<sup>58</sup> ist in der Lehre auf Kritik gestossen<sup>59</sup>. Sie lässt sich entgegen der bundesgerichtlichen Begründung<sup>60</sup> nicht auf TERCIER abstützen. Dieser Autor führt nur aus, dass die Feststellungsklage neben der Klage auf Beseitigung der Verletzung einen eigenen Anwendungsbereich habe, auch wenn sie sich namentlich bei Veröffentlichung des Urteils letzterer annähert<sup>61</sup>. Die neuerliche Wahrnehmung eines widerrechtlichen, persönlichkeitsverletzenden Artikels stellt selber eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung dar. Da sich die Feststellungsklage gegen «jeden» richtet, «der an der Verletzung mitwirkt»<sup>62</sup>, kann diesfalls auch gegen das für die Publikation verantwortliche Medienunternehmen geklagt werden. In einem neusten Entscheid hat das Bundesgericht nun aber diese Kritik als ungerechtfertigt bezeichnet und seine Rechtsprechung grundsätzlich bestätigt<sup>63</sup>. Es hält daran fest, dass ein Störungszustand, der geeignet sei, weiterhin Störungen hervorzurufen, für sich allein nicht mehr genüge, ein Feststellungsinteresse zu begründen<sup>64</sup>. Es stellt aber auch fest, dass damit der Rechtsbegriff der weiterhin störenden Auswirkung der Verletzung nicht abschliessend bestimmt sei. Es führt zu Recht aus, dass im Antrag auf Abweisung der Feststellungsklage nicht in jedem Fall ein ausreichendes Feststellungsinteresse liege. Es ist zutreffend, dass der Abweiserantrag nicht zwingend damit begründet werden muss, die Äusserung sei rechtmässig erfolgt. Es kann beispielsweise nur das Feststellungsinteresse bestritten werden. Das Bundesgericht verlangt aber den *konkreten Nachweis* einer weiteren Störungswirkung und lässt die blosse *Eignung* für weitere Störungen nicht genügen. Insofern kann dieser Rechtsprechung beigepllichtet werden. Das führt dann allerdings zu zwei Kategorien von Medien. Jenen, bei denen

54 BERNHARD SCHNYDER, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1994, ZBJV 1996, S. 218.

55 Insofern erscheinen die Ausführungen in BGE 21, S. 175, unrealistisch, wo angenommen wird, der Leser erkenne sofort, dass in einem Roman nur die Ermordung der zweiten Ehefrau auf einer wahren Begebenheit beruhe, nicht aber der Mord an der ersten Ehefrau.

56 BBl 1982 II 662; eine Beschränkung auf Persönlichkeitsverletzungen durch Medien besteht nicht, wie dies das Obergericht Zürich anzunehmen scheint (ZR 1996, Nr. 28, S. 88 f.).

57 BGE 120 II 372 ff.

58 BGE 104 II 234.

59 OSKAR VOGEL, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahre 1994, ZBJV 1996, S. 137 f.; GÄSER (FN 36), S. 78 f.

60 BGE 120 II 373.

61 TERCIER (FN 6), Rz. 779.

62 Art. 28 Abs. 1 ZGB.

63 BGE v. 22. März 1996, Medialex 1996, S. 156 ff.

64 Medialex 1996, S. 157.

damit gerechnet werden muss, dass die Artikel später immer wieder zur Kenntnis genommen werden, so dass sich der Zustand weiterhin störend *auswirkt*, und anderen, die kaum mehr gelesen werden, so dass der Zustand – nämlich ihre Archivierung – nur *geeignet* ist, weitere Störung hervorzurufen<sup>65</sup>.

**2.18.** Beklagt werden kann nur, wer bestritten, an einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung mitgewirkt zu haben<sup>66</sup>. Diesfalls entfällt aber der Anspruch nicht, bloss weil das Medium in einem Leserbrief die Stellungnahme des Betroffenen veröffentlicht hat<sup>67</sup>.

**2.19.** Feststellungsklagen dürften, selbst wenn die Veröffentlichung des Urteils angeordnet wird, für die Presse kaum ein reales Problem sein. Vom **wirtschaftlichen** her fallen nur die – in der Schweiz regelmässig sehr bescheidenen – Verfahrenskosten an. Die Publikation des Urteils beansprucht in der Zeitung Platz, was für das Unternehmen schmerzlich sein kann, kaum aber wirtschaftlich ins Gewicht fallen dürfte. Betroffen wird allenfalls das Ansehen des Medienunternehmens. Ein objektiv ungerechtfertigtes Ansehen verdient aber keinen Schutz.

## 6. Schadenersatzanspruch

**2.20.** Schadenersatzansprüche spielen im Bereich der Medien in der Praxis eine untergeordnete Rolle. Persönlichkeitsverletzungen führen typischerweise gerade nicht zu einem wirtschaftlichen Schaden. Ausnahmen sind möglich, wenn die Veröffentlichung bei den Betroffenen zu gesundheitlichen Störungen führt<sup>68</sup>. Das neue UWG hat überdies die Haftung der Presse im Zusammenhang mit kritischer Wirtschaftsberichterstattung verschärft, weil Verstösse gegen dieses Gesetz auch von Personen begangen werden können, die nicht in direktem Wettbewerb mit dem Verletzten stehen<sup>69</sup>.

**2.21.** Werden Schadenersatzansprüche erhoben, richtet sich die Klage regelmässig gegen das Medienunternehmen und nicht gegen den einzelnen Journalisten. Die Haftung des Medienunternehmens wird durch **Art. 55 OR** bestimmt<sup>70</sup>. Das gilt auch für den Bereich des UWG<sup>71</sup>. Ein eigentliches Verschulden ist damit nicht

nötig, weder beim Geschäftsherrn noch bei der Hilfsperson<sup>72</sup>. Die Haftung ist gegeben, wenn der Hilfsperson ein **objektiv widerrechtliches** Verhalten nachgewiesen werden kann, d.h. wenn eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung vorliegt und das Medienunternehmen nicht die in Art. 55 OR aufgezeigten Entlastungsbeweise erbringen kann. Letzteres wird im redaktionellen Teil dem Medienunternehmen regelmässig nicht möglich sein. Damit greift praktisch eine Kausalhaftung im Bereich der Medien Platz. Argumentiert das Medienunternehmen damit, es habe bloss glaubwürdige Informationen eines Dritten weitergegeben, weigert es sich aber, den Informanten bekanntzugeben, so trägt es die Beweislast für die Glaubwürdigkeit des Informanten<sup>73</sup>.

Soweit eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung vorliegt, ist der Nachweis eines kausal darauf zurückzuführenden Schadens das einzige weitere Erfordernis für die Haftung. Darin besteht für die Presse eine grosse Gefahr. In der Praxis scheinen sich aber bis anhin noch keine erheblichen Schadenersatzfälle ergeben zu haben. Der Grund liegt möglicherweise darin, dass der Nachweis eines adäquat kausalen Schadens schwer zu erbringen ist<sup>74</sup>.

## 7. Genugtuungsanspruch

**2.22.** Die **Genugtuungsansprüche** spielen in der Praxis schon deshalb eine untergeordnete Rolle, weil die schweizerischen Gerichte bei den Genugtuungsbeträgen äusserst zurückhaltend sind. Zudem setzt die Genugtuung nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung neben der schweren, widerrechtlichen

<sup>65</sup> Konsequenterweise müsste sich dies auch bei den Kopierentschädigungen der ProLitteris niederschlagen.

<sup>66</sup> BGE 104 II 234; GEISER, Rz. 12.11.

<sup>67</sup> BGE 119 II 99.

<sup>68</sup> ZR 1971, Nr. 46.

<sup>69</sup> Streichung von Art. 4 aUWG. Vgl. PETER NOBEL, Zu den Schranken des UWG für die Presse, SJZ 1992, S. 245.

<sup>70</sup> Soweit die Redaktion einen Artikel zeichnet, kann auch Art. 55 ZGB zum Tragen kommen.

<sup>71</sup> Art. 11 UWG gilt nicht für Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche; LUCAS DAVID, Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, SIW Bd. I/1, Basel 1992, S. 69.

<sup>72</sup> ROLAND BREHM, Berner Kommentar, 1989, N 37 zu Art. 55 OR; offenbar a.M. Obergericht Zürich, ZR, 1995, Nr. 23, S. 79.

<sup>73</sup> Obergericht Zürich, ZR, 1995, Nr. 23, S. 79.

<sup>74</sup> Beweisprobleme dürften regelmässig auch einer Klage auf Gewinnerhebung entgegenstehen.

Persönlichkeitsverletzung den Nachweis eines seelischen Schmerzes voraus<sup>75</sup>. Eine juristische Person kann deshalb nur einen Genugtuungsanspruch erheben, wenn ihre Organe seelischen Schmerz verspüren<sup>76</sup>. Ein Genugtuungsanspruch kann seit der Revision des Persönlichkeitsschutzes allerdings auch ohne Verschulden bestehen<sup>77</sup>. Die Gutheissung eines Feststellungsbegehrens stellt an sich schon eine gewisse Genugtuung dar, so dass sie zu einer Verminderung der zuzusprechenden Summe führen kann<sup>78</sup>. Vorerst wenig geklärt ist die Frage, wie schwer die Persönlichkeitsverletzung wiegen muss, damit die Zusprechung einer Genugtuung als gerechtfertigt erscheint. Vor der Revision des Persönlichkeitsschutzes, war eine *besondere* Schwere der Verletzung verlangt worden. Nach dem geltenden Gesetzestext genügt jede schwere Verletzung. Es dürfte sich indessen nur um eine redaktionelle Änderung gehandelt haben.<sup>79</sup>

## 8. Verhältnis zum Urheberrecht

2.23. Das Bundesgericht hat schon vor einigen Jahren festgehalten, dass der Persönlichkeitsschutz nicht dazu dienen kann, Lücken im Immaterialgüterrecht auszufüllen. Art. 28 ff. ZGB schützen nicht die wirtschaftlichen Interessen. Es war nicht möglich, unter dem alten Urheberrechtsgesetz mit Berufung auf den Persönlichkeitsschutz einen Interpretenschutz einzuführen<sup>80</sup>. Demgegenüber muss es umgekehrt möglich sein, den Urheberrechtsschutz zu Zwecken des

Persönlichkeitsschutzes anzurufen, weil auch die Urheberpersönlichkeit geschützt wird. Das ist namentlich für die Erben einer Person von Bedeutung, wenn sie die Veröffentlichung von Tagebüchern und anderen Schriftstücken des Verstorbenen verhindern wollen, da die Urheberrechte im Gegensatz zu den Persönlichkeitsrechten vererblich sind<sup>81</sup>.

## III. Vorsorgliche Massnahmen

3.1. Für die Medien sind die **vorsorglichen Massnahmen** und das Gegendarstellungsrecht von zentraler Bedeutung. Insbesondere ist die Angst weit verbreitet, dass mit vorsorglichen Massnahmen eine Veröffentlichung verboten werde. Einige spektakuläre Fälle von vorsorglichen Massnahmen haben in den letzten Jahren Aufsehen erregt und auch zu einem parlamentarischen Vorstoss geführt<sup>82</sup>. Offenbar zu keinerlei politischen Reaktionen hat demgegenüber der für einen Rechtsstaat äusserst bedenkliche Umstand Anlass gegeben, dass sich auch renommierte Medienunternehmen bedenkenlos über die gerichtlichen Anordnungen hinwegsetzen<sup>83</sup>. Auch im Bereich des **Gegendarstellungsrechts** zeigt sich, dass die Durchsetzung des Anspruchs Schwierigkeiten bereitet, weil einzelne Medien auch bei ausgewiesenen Ansprüchen äusserst ablehnend reagieren, so dass der dafür wenig geeignete Prozessweg beschritten werden muss<sup>84</sup>. Zwischen dem Gegendarstellungsrecht und den vorsorglichen Massnahmen besteht ein entscheidender *Zusammenhang*, so dass sich die bei der Durchsetzung des einen auftretenden Schwierigkeiten beim anderen Institut auswirken.

### 1. Verfahren

3.2. Bei den vorsorglichen Massnahmen findet grundsätzlich ein kontradiktorisches Verfahren statt. Das Medienunternehmen ist anzuhören, soweit und sobald dies möglich ist<sup>85</sup>. Es liegt aber auf der Hand, dass bei zeitlicher Dringlichkeit es unumgänglich sein kann, eine Verfügung bereits vor der Anhörung zu treffen<sup>86</sup>. Insofern ist zwischen **vorsorglichen Massnahmen** und **superprovisorischen Massnahmen** zu unterscheiden. Letztere sollten die Ausnahme bleiben. Bei ihnen

75 BGE 120 II 98 f.; kritisch: Ivo SCHWANDER, AJP 1994, S. 380 ff. mit Hinweis auf GEISER (FN 21), Rz. 4.11.

76 BREHM (FN 72), N 40 ff. zu Art. 49 OR; Genugtuungsansprüche bei juristischen Personen überhaupt verneinend: TERCIER (FN 6), Rz. 2041.

77 BGE 120 II 99; insofern falsch BGer v. 19. Dez. 1994, Medialex 1995, S. 50; SJ 1995, S. 674.

78 Obergericht Zürich v. 14. Juli 1994, ZR 1996, Nr. 28, S. 93.

79 So BREHM (FN 72), N. 12 zu Art. 49 OR; a.M. Obergericht Zürich v. 19. Nov. 1993, ZR 1995 Nr. 23, S. 79 ff.

80 BGE 110 II 411; 113 II 311; PETER MOSIMANN, Die Nachbarrechte des Veranstalters und des Interpreten nach dem «Mr. Tape»-Entscheid des Bundesgerichts, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, Basel 1985, S. 231 ff.

81 Vgl. dazu den Abschreibungsbeschluss des Zürcher Obergerichts v. 20. Februar 1996, Medialex 1996, S. 107, wo es um die Veröffentlichung der erotischen Tagebücher von James Schwarzenbach in der WoZ ging.

82 Parlamentarische Initiative Poncet, 93.455 n.

83 Vgl. als Beispiel den in BGE 118 II 370 f. geschilderten Sachverhalt.

84 RABNER SCHWEIZER, Freie Medienordnung und Individualsphärenschutz: Erfahrungen mit dem Gegendarstellungsrecht, AJP 1994, S. 1100.

85 Art. 28d Abs. 1 ZGB.

86 Art. 28d Abs. 2 ZGB.

hat das Gericht die Vorbringen des Gesuchstellers besonders sorgfältig zu prüfen. Die Glaubwürdigkeit der Vorbringen hängt m.E. immer auch davon ab, aus welchem Grund die grosse Dringlichkeit entstanden ist. Wartet eine Partei mit dem Begehren zu, bis eine Anhörung des Medienunternehmens zeitlich nicht mehr möglich ist, obgleich sie früher hätte handeln können, besteht eine Vermutung, dass der drohende Nachteil nicht so erheblich ist, wie behauptet wird. Hat das Gericht eine superprovisorische Verfügung erlassen, so kann es anschliessend nicht mit der Anhörung der Gegenpartei zuwarten, sondern hat, sofern dies wünscht, die Massnahme unverzüglich aufzuheben oder – nach Anhörung der Parteien – in eine vorsorgliche umzuwandeln.

3.3. Bei einer vorsorglichen Massnahme handelt es sich um einen mit **staatsrechtlicher Beschwerde** anfechtbaren letztinstanzlichen Zwischenentscheid. Ein für den Betroffenen nicht wiedergutmachender Nachteil droht im Sinne von Art. 87 OG bereits, wenn die provisorische Anordnung im anschliessenden Hauptverfahren auf dem Rechtsmittelweg nicht mehr überprüft werden kann<sup>87</sup>. Dabei wird bei *vorsorglichen Massnahmen* auf das Erfordernis eines aktuellen praktischen Interesses verzichtet<sup>88</sup>. Eine *superprovisorische Verfügung* wird demgegenüber nur überprüft, wenn ein aktuelles Interesse gegeben ist<sup>89</sup>.

3.4. Eine parlamentarische Initiative<sup>90</sup> beabsichtigt, die Rechtsmittel auszubauen. Mit einer Änderung der Art. 44 und 54 OG soll die Möglichkeit eröffnet werden, vorsorgliche Massnahmen, welche gegen ein periodisch erscheinendes Medienerzeugnis angeordnet worden sind, mit **Berufung** beim Bundesgericht anzufechten, wobei dem Rechtsmittel allerdings regelwidrig keine aufschiebende Wirkung zukommen soll. Damit will das Parlament den Bedenken der Medienunternehmen gegenüber vorsorglichen Massnahmen Rechnung tragen<sup>91</sup>.

## 2. Anspruch auf Einblick vor der Veröffentlichung?

3.5. Damit eine vorsorgliche Massnahme verlangt werden kann, muss jemand

überhaupt Kenntnis von einer bevorstehenden Persönlichkeitsverletzung haben. Der erste Schritt bei einer drohenden Verletzung ist deshalb, sich **vor der Veröffentlichung den Text bzw. den Film zu beschaffen**. Viele Medienunternehmen weigern sich aber, im voraus den betroffenen Personen Einblick zu gewähren. Mit der überwiegenden Lehre gehe ich davon aus, dass mit einer vorsorglichen Massnahme ein Einblick erzwungen werden kann, soweit dies zur Wahrnehmung der eigenen Rechte als notwendig erscheint<sup>92</sup>. Es ist aber in aller Deutlichkeit zu betonen, dass daraus kein Anspruch herzuleiten ist, bereits über blosser Recherchen orientiert zu werden. Ein solcher Anspruch widerspräche klarerweise dem Datenschutzgesetz<sup>93</sup>. Es geht um den Schutz vor der *Veröffentlichung*, nicht vor Recherchen. Die vorsorgliche Verfügung hat deshalb dahin zu lauten, dass dem Medienunternehmen die Veröffentlichung eines geplanten Artikels oder einer beabsichtigten Sendung über eine Person in einem bestimmten Zusammenhang vorsorglich verboten wird, sofern die betroffene Person nicht vor der Veröffentlichung Einblick in den zu veröffentlichenden Text bzw. Film oder Tonaufnahme erhalten hat. Das Medienunternehmen bestimmt somit den Zeitpunkt der Einsichtnahme. Die betroffene Person hat anschliessend – aber noch vor der Veröffentlichung – die Möglichkeit, in Kenntnis des genauen Sachverhalts ein vorsorgliches Verbot der Veröffentlichung zu verlangen oder darauf zu verzichten. Die Alternative dazu wäre die sehr viel häufigere Anordnung von relativ allgemein gehaltenen Publikationsverboten im Massnahmeverfahren.

3.6. Ich habe diese Meinung bereits vor rund einem Jahr an einem Vortrag in Zürich vertreten<sup>94</sup>. Ich bin damit bei Medienschaffenden auf heftige Kritik gestossen. Dennoch halte ich an meiner

87 BGE 118 II 371.

88 BGer v. 31.1.1995 I.S. A. c. Bezirksanwaltschaft Zürich, E. 3a.

89 BGer v. 3.3.1994, SRG c. M., E. 2.

90 BBl 1995 III 92 ff.

91 Vgl. dazu GEISER (FN 36), S. 83 f.

92 TERCIER (FN 6), Rz. 1143; ANDREAS BUCHER, *Natürliche Personen und Persönlichkeitschutz*, Basel 1995, Rz. 630; PEDRAZZINI/OBERHOLZER (FN 19), S. 174; a.M. BARRELET (FN 1), Rz. 1247; auch DENIS BARRELET, *Mesures provisionnelles et présomption d'innocence*, plädoyer 1994, Heft 1, S. 53.

93 Art. 10 DSG.

94 GEISER (FN 36), S. 82.

Meinung fest. Auch wenn die Vorstellung, einen Text vor der Veröffentlichung jemandem zu unterbreiten, Medienschaffenden zutiefst zuwider ist, ist nicht zu sehen, weshalb darin ein schwerer Eingriff in die Rechtsstellung des Medienunternehmens bestehen soll. Es geht nicht um eine unzulässige Vorzensur<sup>95</sup>. Erst ein Einblick in die bevorstehende Veröffentlichung ermöglicht es zu beurteilen, ob tatsächlich eine widerrechtliche Verletzung droht. Nur wenn dies zutrifft, muss das Medienunternehmen mit einem Verbot rechnen. Dann wäre aber auch die Veröffentlichung rechtswidrig und von keinerlei gerechtfertigten Interessen gedeckt gewesen. Es kann nicht als unzulässige Zensur erscheinen, die Verbreitung *rechtswidriger* Mitteilungen zu verhindern.

Der Informationsauftrag, der unbestrittenenmassen in einer demokratischen Gesellschaft besteht und als ein sehr hohes Gut bezeichnet werden muss, gebietet nicht immer eine sofortige Berichterstattung. Bei einer unsicheren Informationslage kann von einem seriösen Medienunternehmen verlangt werden, dass es mit der Publikation zuwartet. Es ist zuzugeben, dass die Aufdeckung bestimmter – tatsächlicher oder vermeintlicher – Missstände in einem bestimmten historischen Zusammenhang sowohl mehr Beachtung erreichen wie auch politisch wirksamer sein kann, als wenn die Veröffentlichung zu einem späteren Zeitpunkt erfolgt. Das gilt aber auch, wenn sie sich als unwahr erweisen, und bedeutet, dass der angerichtete Schaden auch nicht mehr repariert werden kann. Insofern haben die Medien eben eine grosse Macht. Das Gesetz hat die Aufgabe, den einzelnen davor zu schützen.

3.7. Dass sich gegebenenfalls eine Verzögerung einer Veröffentlichung wegen eines sich im nachhinein als falsch erwiesenen vorsorglichen Verbotes unmittelbar auf die Marktanteile des entsprechenden Medienunternehmens auswirken kann, ist nicht zu bestreiten. Darin liegt

aber ausschliesslich ein **wirtschaftliches Interesse**, welches keine Einschränkung des Persönlichkeitsrechts zu rechtfertigen vermag. Zudem führen solche Massnahmen auch nicht zu einer Wettbewerbsverzerrung, weil *alle* Medien den Bestimmungen des Persönlichkeitsschutzes unterstehen und damit die gleichen Wettbewerbsbedingungen haben.

### 3. Medienprivileg

3.8. Die periodisch erscheinenden Medien werden – im Gegensatz beispielsweise zu Büchern – zudem vor vorsorglichen Massnahmen geschützt, indem eine Verletzung nur unter erschwerten Bedingungen verboten oder beseitigt werden kann<sup>96</sup>. Die betroffene Person muss glaubhaft machen, dass ein *besonders schwerer Nachteil* verursacht werden kann, *offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund* vorliegt und die Massnahme *nicht unverhältnismässig* ist<sup>97</sup>. Damit wird der besonderen Aufgabe der Presse und dem Umstand Rechnung getragen, dass die betroffene Person gegenüber einem periodisch erscheinenden Medium die Möglichkeit einer Gegendarstellung hat. Untergeordnete Verletzungen können mit diesem Mittel beseitigt werden. Dieser Zusammenhang ist in **zwei Punkten von zentraler Bedeutung**:

- Die Begriffe «**periodisch erscheinende Medien**» sind in Art. 28c Abs. 3 und Art. 28g Abs. 1 ZGB identisch auszuulegen<sup>98</sup>. Das Privileg bei den vorsorglichen Massnahmen kann nur beanspruchen, wer grundsätzlich auch Gegendarstellungen aufnehmen muss, kann sich bei den vorsorglichen Massnahmen auf Art. 28c Abs. 3 ZGB berufen.
- Auch der Begriff des «**besonders schweren Nachteils**»<sup>99</sup> ist im Zusammenhang mit dem Gegendarstellungsrecht zu sehen. Da dieses den weniger weit gehenden Eingriff in die Rechte der Presse darstellt als ein vorsorgliches Verbot, wäre es **unverhältnismässig** einen «besonders schweren Nachteil» auch dann anzunehmen, wenn dieser durch eine Gegendarstellung beseitigt werden kann. Die vorsorgliche Massnahme rechtfertigt sich nur, wenn der

95 A.M. BARRELET (FN 1), Rz. 1247.

96 Art. 28c Abs. 3 ZGB.

97 Art. 28c Abs. 3 ZGB.

98 Vgl. BBl 1995 III 95.

99 Art. 28c Abs. 3 ZGB.

Nachteil auch nach einer Gegendarstellung noch besonders schwer bliebe<sup>100</sup>. Beachtlich kann in diesem Zusammenhang auch die Bereitschaft des Medienunternehmens sein, eine Gegendarstellung aufzunehmen.

3.9. Die in Art. 28c Abs. 3 ZGB enthaltene Sonderregel für periodisch erscheinende Medien gilt für alle vorsorglichen Massnahmen, die das Verbot oder die Beseitigung einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung bezwecken<sup>101</sup>. Die vorsorgliche Massnahme dient der Sicherung der in Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZGB enthaltenen Ansprüche. Unter die Beseitigungsklage fällt auch ein **Anspruch auf Richtigstellung**, der sich nicht mit dem Anspruch auf Gegendarstellung deckt<sup>102</sup>. Dieses Medienprivileg gilt auch bei Anrufung von Art. 3 Bst. a UWG<sup>103</sup>.

3.10. Es ist selbstverständlich, dass sich kaum sagen lässt, ob sich die **Gerichte** grundsätzlich **an diese Vorgaben halten**. Die bis anhin bekanntgewordenen Fälle vorsorglicher Verbote betreffen sehr unterschiedliche Sachverhalte. Zum einen geht es immer wieder um Fernsehsendungen zu aktuellen Prozessen, bei denen der besondere Aspekt der Unvoreingenommenheit der Justiz zu beachten ist<sup>104</sup>. Zum andern handelt es sich um kritische Recherchenberichte, bei denen regelmässig eine Dringlichkeit kaum auszumachen ist. Gerade hier ist m.E. die rechtzeitige Information der betroffenen Person ohne weiteres möglich, so dass von dieser ein rasches und konsequentes Handeln gefordert werden kann, wenn die Berichterstattung tatsächlich Unwahrheiten beinhaltet.

Mit Bezug auf die Verhältnismässigkeit der Massnahme ist zu beachten, dass nicht alle Publikationsverbote gleich stark in die Rechtsstellung des Medienunternehmens eingreifen. Erfolgt das Verbot erst, wenn die Zeitung schon gedruckt und zur Auslieferung bereit ist, wird vom Verbreitungsverbot regelmässig auch der zulässige Teil des Presseerzeugnisses betroffen werden. Erfolgt demgegenüber das Verbot in einem **Zeitpunkt**, in dem das Medienunternehmen noch umdisponieren kann, wiegt der Eingriff weniger schwer. Bei der Interessenabwägung ist m.E. zu berücksichtigen, welche

Partei den späten Zeitpunkt der Veröffentlichung zu vertreten hat. Insofern kann sich eine frühzeitige Information der betroffenen Person über eine beabsichtigte Publikation für das Medienunternehmen bezahlt machen.

3.11. Für die **Rechtsvereinheitlichung** ist die Öffnung der Berufung ohne jeden Zweifel zu begrüssen.

#### 4. Haftung für vorsorgliche Massnahmen

3.12. Eine erstaunlich kleine Rolle spielt in der Praxis die Bestimmung über die **Haftung** für den durch eine vorsorgliche Massnahme, die sich im nachhinein als nicht gerechtfertigt erweist, entstandenen Schaden<sup>105</sup>. Die Schwierigkeit für die Geltendmachung liegt wohl auch hier beim Nachweis eines adäquat kausalen Schadens. Für die Medien dürfte aber das Begehren um Sicherheitsleistung nach Art. 28d Abs. 3 ZGB ein geeignetes, wenn auch zu wenig beachtetes Mittel zur Abwehr überstürzter vorsorglicher Massnahmen sein.

### IV. Gegendarstellungsrecht

#### 1. Periodisch erscheinendes Medium

4.1. Es stellt sich in der Praxis immer wieder die Frage, ob auch der **Aushang gegendarstellungsfähig** ist. Die Gerichtspraxis dazu ist widersprüchlich. Während der Bernische Appellationshof<sup>106</sup> eine Gegendarstellung im Aushang mit dem Argument der Unverhältnismässigkeit abgelehnt hat<sup>107</sup>, ist die gleiche Frage vom Bezirksgericht Zürich bejaht worden<sup>108</sup>. M.E. ist eine Gegendarstellung für den Aushang zu bewilligen, wenn die Tatsachenbehauptung, welche zur Gegen-

<sup>100</sup> So auch Entscheid des Pretore del distretto di Bellinzona vom 9. Nov. 1995, *Medialex* 1996, S. 53.

<sup>101</sup> BARRELET (FN 92), S. 53.

<sup>102</sup> BGE 118 II 373.

<sup>103</sup> Obergericht Luzern v. 29.10.1993, *AJP* 1996, 72.

<sup>104</sup> Arrêt du 15 juin 1995 de la Cour de justice; Verfügung des Präs. der II. ZA BG v. 24.8.1995, *Medialex* 1995, S. 53 f. und BGer v. 21. November 1995, *Medialex* 1996, S. 45 ff.

<sup>105</sup> Art. 28f ZGB.

<sup>106</sup> ZBJV 1989, S. 106; kritisch dazu: Hotz (FN 29), S. 59.

<sup>107</sup> So auch das Tribunal de district de Cossonay, zitiert bei OLMIER RODONDI, *Le droit de réponse dans les médias*, Diss. Lausanne 1991, S. 111 f.

<sup>108</sup> Zitiert bei SCHWEIZER (FN 84), S. 1093.

darstellung geführt hat, auch auf dem Aushang war<sup>109</sup>. Der Anspruch kann auch nicht durch die Gegendarstellung in der entsprechenden Zeitung konsumiert werden. Der Aushang richtet sich an ein anderes Publikum. Der Aushang gewisser Presseerzeugnisse wird auch von Personen wahrgenommen, die das entsprechende Erzeugnis niemals freiwillig lesen würden.

## 2. Rechtsmissbräuchliche Geltendmachung

4.2. Das Gegendarstellungsrecht bezweckt es, der betroffenen Person die Möglichkeit einzuräumen, die Darstellung ihrer eigenen Sicht der Dinge jener des Mediums entgegenzuhalten. Es verwirklicht damit die Waffengleichheit. Hatte die betroffene Person bereits Gelegenheit in der entsprechenden Publikation zu den Behauptungen des Presseerzeugnisses Stellung zu nehmen, ist der Zweck von Art. 28g ff. ZGB bereits verwirklicht. Das Beharren auf einer eigentlichen Gegendarstellung ist dann rechtsmissbräuchlich. Das entsprechende Begehren ist abzuweisen<sup>110</sup>.

## V. Folgerungen

5.1. In einer Zeit der wirtschaftlichen Rezession und Umstrukturierung der Gesellschaft werden die Auseinandersetzungen in der Öffentlichkeit härter

geführt. Davon sind nicht nur die Medien, sondern alle Personen betroffen, die freiwillig oder unfreiwillig in der Öffentlichkeit auftreten. Unter diesen Umständen ist es besonders wichtig, dass die Rahmenbedingungen klar definiert sind. Dazu trägt der Persönlichkeitsschutz nach Art. 28 ff. ZGB ohne jeden Zweifel bei. In den Jahren seit der Revision hat sich m.E. gezeigt, dass der revidierte Gesetzestext als grundsätzlich klar und ausgewogen bezeichnet werden kann, auch wenn selbstverständlich einzelne Fragen nach wie vor der Entscheidung durch die Rechtsprechung harren.

5.2. Die härteren Auseinandersetzungen in der Öffentlichkeit und der Konzentrationsprozess im Bereich der Medien führen aber auch zu einer Machtstellung der wichtigsten Meinungsträger, die nach Schranken ruft. Wenn auch der einzelne Medienschaffende selber nicht über Macht verfügt, weil er selber einem harten Konkurrenzkampf ausgesetzt ist, kommt *den Medien als Ganzes* Macht zu. Dass sich diese Macht offensichtlich teilweise bis zur Arroganz gesteigert hat, zeigt der Umstand, dass sich konzessionierte Unternehmen sanktionslos über gerichtliche Verfügungen hinwegsetzen können. Damit gefährden aber die Medien den Rechtsstaat und die Demokratie. Genau diese Grundwerte unserer Gesellschaft bilden aber die Legitimation für eine bevorzugte Behandlung der Medien sowohl im Persönlichkeitsschutz nach ZGB wie auch in jenem aufgrund des Datenschutzgesetzes. Hier muss der Staat klar Schranken setzen. ■

109 So auch SCHWEIZER (FN 84), S. 1093; Hotz (FN 29), S. 59.  
110 BGE 120 II 273 ff.