

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

Konsulent Anwaltsbüro Rüdy / Delnon, Zürich
Rechtsanwalt, eingetragen im Anwaltsregister
des Kt. Freiburg
Mitglied des Zürcher Anwaltsverbandes

Route du Roule 6
1723 Marly

Tel. 026 / 481 14 72
Natel 079 / 504 13 10
Fax 026 / 481 14 71

Dr. Erwin Kessler
Verein gegen Tierfabriken Schweiz VgT
Im Bühl
9546 Tuttwil

Marly, den 26.11.2010

Vorsorgliche Massnahmen gemäss Art. 28c ff. ZGB bei illegalen Fotografien

Sehr geehrter Herr Dr. Kessler,

Sie haben mich um eine kurze gutachtliche Stellungnahme zur Frage vorsorglicher Massnahmen bei Fotografien im Zusammenhang mit dem Rekursfall Manuela Pinza gegen Franz Städelin gebeten. Ich komme diesem Anliegen hiermit nach.

Zur Verfügung standen mir der Entscheid vom 4.10.2010 in dieser Sache des Präsidenten I des Amtsgerichts Luzern - Land, der Rekurs von Frau Pinza sowie Ihre Angaben. Die Akten selber habe ich nicht eingesehen.

Nach Ihrer Darstellung wurden während einer bewilligten VgT-Kundgebung in der Gemeinde Meggen die Kundgebungsteilnehmer von einem leitenden Gemeindeangestellten fotografiert, und zwar je einzeln, indem der Reihe nach jede Person aus kurzer Distanz von ca. 2 Metern portraitiert wurde. Frau Pinza beklagte das aggressive Verhalten des Fotografen. Ob diese Darstellung als bewiesen betrachtet werden kann, lasse ich einmal offen. Laut Entscheid der Vorinstanz hat Herr Städelin zumindest zugegeben, dass er Frau Pinza fotografiert hat. Nach seiner Version liegt gewissermassen ein Missgeschick vor. Frau Pinza sei ihm ins Bild gelaufen, als er einen Demonstranten fotografiert habe, der ihm einen Fusstritt habe verpassen wollen.

Es ist in der Literatur völlig unbestritten, dass eine Privatperson Anspruch darauf hat, in der Öffentlichkeit nicht gegen ihren Willen fotografiert zu werden. Massgebende Literaturangaben

finden sich in Ihrer Rekurschrift. Wird dies trotzdem gemacht, liegt eine Persönlichkeitsverletzung vor. Zwar gibt es Ausnahmen und Rechtfertigungsgründe. Einen Fall nennt der Entscheid unter Hinweis auf Meili im Basler ZGB-Kommentar selber Eine Abbildung sei i.d.R. zulässig, wenn der Abgebildete Teil einer Landschaft, der Umgebung oder eines Ereignisses sei. Unzulässig sei demgegenüber die Herausisolierung einzelner Personen aus einem in zulässiger Weise aufgenommenen Personenkreis. Im vorliegenden Fall ist ein solcher Ausnahmefall nicht gegeben. Herr Städelin behauptet wie bereits erwähnt, dass er bewusst einen Demonstranten fotografieren wollte, der ihm einen Fusstritt habe verpassen wollen. Ob eine solche Aufnahme zulässig gewesen wäre, ist hier nicht weiter zu beurteilen. Zugegeben ist hingegen sinngemäss, dass eine Einzelfotografie von Frau Pinza gemacht wurde. Das ist auch dann widerrechtlich, wenn dies ungewollt geschehen sein sollte. Ein Rechtfertigungsgrund liegt offensichtlich nicht vor und wurde auch gar nicht behauptet.

Nach Art. 28 c Abs. 1 ZGB muss der Beschwerdeführer bei einer vorsorglichen Massnahme glaubhaft machen, dass er in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt ist. Dies ist vorliegend geschehen, es liegt geradezu ein Fall klaren Rechts vor. Die Widerrechtlichkeit ist mehr als nur glaubhaft gemacht.

Stein des Anstosses ist die Behauptung der Vorinstanz, dass eine weitere Voraussetzung nicht erfüllt sei. Frau Pinza habe nicht glaubhaft darlegen können, dass eine Verletzung ihrer Persönlichkeit, welche ihr einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bringen würde, aktuell andauernd oder in Zukunft zu befürchten sei. Dies wird mit der Behauptung begründet, der Gesuchsgegner habe geltend gemacht, die Aufnahmen seien noch während der Kundgebung auf sein Ersuchen von einem Polizeibeamten gelöscht worden, Er habe offensichtlich nicht die Absicht, die gemachten Fotos weiterzugeben und weiterzuverwenden. Gegen diese Argumentation ist dreierlei einzuwenden:

- Der drohende *nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil* nach Art. 28 c Abs. 1 ZGB geht weniger weit als der drohende *besonders schwere Nachteil* gemäss Abs. 3 bei Medien (Meili, in: Honsell/Vogt/Geiser, Basler Kommentar, ZGB I, 3. Aufl., Art. 28c N 3).

Bei Fotografien oder illegal gespeicherten Daten ist es einem Beschwerdeführer praktisch unmöglich, eine konkrete Gefahr für eine Persönlichkeitsverletzung glaubhaft zu machen. Eine abstrakte Gefahr muss hier genügen, andernfalls wären vorsorgliche Massnahmen in solchen Fällen selbst bei klarem Recht ausgeschlossen.

Der Begriff „nicht leicht wiedergutzumachener Nachteil“ ist deshalb gemäss Literatur weit auszulegen (Schmid, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, Zürich 2001, Nr. 929; Tercier, Le nouveau droit de la personnalité, Zürich 1984, Nr. 1121 ff.; Deschenaux/Steinauer, Personnes physiques et tutelle, 4. Aufl., Bern 2001, Nr. 644a). Die Glaubhaftmachung ist dann gescheitert, wenn der Gesuchsgegner einen Rechtfertigungsgrund glaubhaft macht, welcher die Widerrechtlichkeit ausschliesst (Schmid, a.a.O., Nr. 930; Deschenaux/Steinauer, a.a.O., Nr. 643 f.). Gerade das ist aber im vorliegenden Fall nicht geschehen.

Auch ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten. Je schwerer der Nachteil

einer vorsorglichen Massnahme für den Beschwerdegegner ist, desto höhere Anforderungen sind an die drohende Gefahr einer Persönlichkeitsverletzung zu stellen. Man denke etwa an ein vorläufiges Verbot, ein Buch zu veröffentlichen, wenn behauptet wird, es enthalte ehrverletzende Passagen. Der vorliegende Fall ist jedoch ganz anders gelagert. Die verlangte Sicherstellung der Speicherkarte wäre eine sehr geringe Beeinträchtigung des Gesuchsgegners.

- Schlimm ist zweitens, dass die Vorinstanz der Behauptung des Beschwerdegegners, ein Polizist habe die Aufnahmen gelöscht und er beabsichtige keine Weiterverwendung, einseitig und kritiklos glaubt und übernimmt. Diese Aussagen sind jedoch erstens nicht bewiesen und zweitens ganz dubios. Wer kommt schon auf die Idee, bei der angeblich versehentlichen Aufnahme einer Person die Polizei als Löscherin von Fotografien einzuschalten? Der Normalfall ist doch, wie das etwa Rundfunkanstalten bei der versteckten Kamera machen, die betroffene Person sofort zu fragen, ob sie mit der Aufnahme einverstanden ist oder die sofortige Löschung verlangt. Zudem fällt auf, dass nicht von *einer* Aufnahme, sondern von den **Aufnahmen** (in der Mehrzahl) die Rede ist. Es wurden also Aufnahmen gemacht und angeblich gelöscht. Das spricht für die These des VgT und von Frau Pinza, dass in Wirklichkeit systematisch individuelle Aufnahmen von Kundgebungsteilnehmern gemacht wurden.
- Drittens sieht Art. 28 c Abs. 2 ZGB ausdrücklich Massnahmen zur Beweissicherung vor (vgl. u.a. Meili, a.a.O., Art. 28c N 4). „Bei der Sicherstellung von Beweisen ist vor allem an Massnahmen zu denken, die dem Betroffenen die Einsicht in die Quelle einer möglichen Verletzung erlauben, wenn dies unentbehrlich ist, damit der Gesuchsteller sein Begehren um Unterlassung oder Beseitigung inhaltlich festlegen kann“ (Hausheer/Aebi-Müller, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2005, 14.87).

Ein entsprechendes Begehren lag vor, weil Frau Pinza ausdrücklich die Aushändigung der entsprechenden Speicherkarte an das Gericht verlangte.

Schmid, a.a.O., N 938 nennt explizit die vorsorgliche Beschlagnahme einer Fotografie als Beispiel.

Eine Sicherstellung wäre unbedingt geboten gewesen. Sie hätte einerseits die Weiterverwendung der umstrittenen Foto verhindert. Und andererseits hätte man prüfen können, ob der Beschwerdegegner wie vermutet noch andere individuelle fotografische Porträts von Kundgebungsteilnehmern machte. Das wiederum wäre ein gewichtiges Indiz nicht nur einer abstrakten, sondern einer konkreten Gefahr für eine Persönlichkeitsverletzung. Wer macht schon zum Zeitvertreib individuelle Fotos von Kundgebungsteilnehmern einer nicht überall beliebten Organisation? Durch die einseitige Übernahme einer Behauptung des Beschwerdegegners und durch den Verzicht auf die Sicherstellung der Speicherkarte hat die Vorinstanz Frau Pinza in unhaltbarer Weise den Teppich unter den Füßen weggezogen und sie in ihrem Bestreben, die Gefahr einer künftigen Persönlichkeitsverletzung auch konkret zu

belegen, einseitig benachteiligt. Auch wurde damit auf eine Verifizierung der dubiosen Behauptung des Beschwerdegegners verzichtet. Das ist unverständlich.

Die Vorinstanz hat im Ergebnis durch das geschilderte Verhalten ein vorsorgliches Massnahmeverfahren bei illegalen Fotografien ad absurdum geführt. Wer illegale Fotos macht, ist fein raus, er braucht nur zu behaupten, er habe Aufnahmen gelöscht, und schon sind die Opfer schutzlos. Auch fragt man sich, wie sich die Vorinstanz einen Hauptprozess in dieser Sache vorstellt, wenn die beklagte Partei weiterhin eine vorgenommene Löschung behauptet. Nur eine sofortige Sicherstellung der Speicherkarte könnte ein späteres Hornbergerschiessen verhindern.

Damit sollte Ihre Anfrage beantwortet sein. Die Ablehnung des Begehrens um vorsorgliche Massnahmen erfolgte völlig zu Unrecht.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Prof. Dr. F. Riklin