Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 126 (2007)

Artikel: 100 Jahre Persönlichkeitsschutz im ZGB

Autor: Roberto, Vito

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896211

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 09.07.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

100 Jahre Persönlichkeitsschutz im ZGB

VITO ROBERTO*

* Dr. iur., LL.M., Professor für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen. Für wertvolle Anregungen und Hinweise danke ich Prof. Dr. REGINA AEBI-MÜLLER.

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung 169
B. Vorgeschichte 171
  I. Persönlichkeitsschutz im ZGB von 1907 171
  II. Generalthema des Schweizerischen Juristenvereins 1960 173
  III. Revision von 1983 174
C. Überblick über den heutigen Stand der persönlichkeitsschutzrechtlichen Dogmatik 175
  I. Intensive Aufarbeitung in der Lehre 175
  II. Schutzbereich von Art. 28 ZGB 176
  III. Wahre und unwahre Tatsachen in Medienberichterstattungen 178
  IV. Absolute und relative Personen der Zeitgeschichte 179
  V. Geheim-, Privat- und Gemeinsphäre 180
  VI. Einzelne Persönlichkeitsaspekte 181
D. Strukturierung des Persönlichkeitsschutzes 182
  I. Herrschende Dogmatik – Erfolgsunrecht 182
  II. Übernahme des deutschen Rechtswidrigkeitsbegriffs 183
  III. Konkretisierung des Erfolgsunrechts im schweizerischen Recht 184
  IV. Ablehnung des Erfolgsunrechts 186
  V. Aufgliederung in Fallgruppen 189
E. Rechtsbehelfe 191
  I. Rechtsbehelfe im Allgemeinen 191
  II. Gegendarstellung 193
  III. Schadenersatz und Genugtuung 196
  IV. Gewinnabschöpfung 197
F. Zusammenfassung 201

A. Einleitung

Der Persönlichkeitsschutz ist in verschiedener Hinsicht eine schillernde Materie. Im Gegensatz zu Körperverletzungen oder Sachbeschädigungen fehlt weitgehend die «sozialtypische Offenkundigkeit», weshalb schon die Konturierung des Rechtsguts höchst unscharf bleiben muss. Es besteht weder ein gegenständlich verkörpertes Interesse noch treten die meisten immateriellen Persönlichkeitsaspekte im sozialen Leben «durchgängig mit derselben Offenkundigkeit in Erscheinung wie z.B. das Recht am eigenen Namen».[1]

Auch die Grenzziehung zwischen zulässigen und rechtswidrigen Beeinträchtigungen der Persönlichkeit ist höchst unsicher. Denn je stärker man den Einzelnen in seiner Persönlichkeit schützt, umso mehr schränkt man die Rechte anderer auf freie Betätigung bzw. Meinungsäusserung ein.[2] Der Schutz der Persönlichkeit steht insbesondere in einem Spannungsverhältnis zur Pressefreiheit.

Diese Schwierigkeiten führten dazu, dass sich die Gesetzgeber in den umliegenden Ländern mit privatrechtlichen Regulierungen des Persönlichkeitsschutzes schwer getan haben. Umso bemerkenswerter ist die Niederlegung des Persönlichkeitsschutzes im Schweizerischen ZGB von 1907. Die Bestimmung in Art. 28 ZGB fand in der Vergangenheit auch bei ausländischen Juristen, insbesondere in Deutschland, Beachtung.[3] So hat der BGH bei der Bejahung eines immateriellen Schadens bei schwerwiegenden Persönlichkeitsverletzungen ausdrücklich auf die Rechtslage in der Schweiz Bezug genommen.[4] Und im einflussreichen rechtsvergleichenden Werk von Zweigert/Kötz lässt sich nachlesen, dass im Vergleich zur deutschen, französischen oder amerikanischen Rechtslage «am geglücktesten … die Lösung des schweizerischen Rechts» erscheine.[5]

Als Grossimporteure des deutschen juristischen Gedankenguts registrieren wir die (leider eher seltenen) Exporterfolge unseres Rechtsdenkens mit umso grösserem Behagen. Im Hinblick auf die «Anerkennung von aussen» charakterisierte Jäggi vor fast 50 Jahren Art. 28 ZGB als «Schaufensterstück unseres Privatrechtes» – um dann jedoch gleich fortzufahren, dass wir auch den Art. 28

---

1 K. Larenz/C.-W. Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, 13. Aufl., München 1994, § 80 I 1, S. 491.

2 Siehe bereits ZK-Egger ZGB 28 N 53: «Unbeschränkter Schutz der persönlichen Güter wäre der Tod der persönlichen Freiheit.»

3 Vgl. etwa K. Zweigert/H. Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen 1996, S. 695: «vorbildliche Regelung».

4 BGHZ 35, 363, 369: «Von einer der Eigenart der Persönlichkeitsverletzung angemessenen Beschränkung des immateriellen Schadensersatzes auf schwere Fälle geht auch das Schweizer Recht aus, das dem Rechtsschutz der Persönlichkeit größere Aufmerksamkeit gewidmet hat als das Bürgerliche Gesetzbuch.»

5 Zweigert/Kötz (Fn. 3), S. 716.

ZGB «mit nüchternen Juristenaugen» betrachten und auf notwendige Verbesserungsbedürfnisse prüfen müssen.[6]

Die Feststellung von Jäggi bezüglich der Verbesserungsbedürfnisse ist auch heute noch aktuell. Da das Gesetz in Art. 28 ZGB eine Generalklausel enthält, obliegt es Rechtsprechung und Lehre, Anwendungsbereich, Voraussetzungen und Grenzen des Persönlichkeitsschutzes fortlaufend weiterzuentwickeln.

Trotz der intensiven Aufarbeitung dieses Rechtsgebietes in der Lehre bereitet die dogmatische Strukturierung des Persönlichkeitsschutzes nach wie vor erhebliche Schwierigkeiten. Der Schutzbereich des Persönlichkeitsschutzes, die Berechtigung der Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Personen der Zeitgeschichte oder zwischen Geheim-, Privat- und Gemeinsphäre sind ebenso umstritten wie die Fragen, ob dem Persönlichkeitsschutz das Konzept des Erfolgs- oder des Handlungsunrechts zugrunde zulegen sei und ob bzw. inwiefern die Rechtsbehelfe für eine effektive Durchsetzung der Schutzbedürfnisse zu konkretisieren seien.

Auch wenn man die Bedeutung rechtlicher Denkfiguren für die Rechtspraxis nicht überschätzen sollte, so darf man umgekehrt auch nicht den Fehler begehen, deren Relevanz zu negieren. Mit dogmatisch klaren Strukturen werden Stellungnahmen zu Rechtsfragen plausibler begründbar, Wertungen transparenter, Gerichtsentscheidungen berechenbarer und Divergenzen in der Rechtsprechungspraxis vermeidbarer.

Gerade das Persönlichkeitsrecht ist auf Instrumente angewiesen, die im Rahmen der unvermeidlichen Abwägungen zwischen den Interessen des in seiner Persönlichkeit Betroffenen und den Interessen des Verursachenden (Presse-, Meinungsäusserungs-, Betätigungsfreiheit usw.) dem Rechtsanwender gewisse Leitlinien vorgeben. Ansonsten besteht «die Gefahr, im Meer der Abwägungen jeglichen Kurs zu verlieren. Verletzungsrisiken und ihre Konsequenzen sind dann mit allen Folgen für Rechtssicherheit und Verhaltenssteuerung kaum erkennbar.»[7]

Bei den Rechtsfolgen liegt eine Schwierigkeit in der regelmässig nicht in Geld bezifferbaren Beeinträchtigung. Will man den Persönlichkeitsschutz gleichwohl durchsetzen und nicht auf strafrechtliche Durchsetzungsmittel ausweichen, stellt sich die Frage, ob nicht im Vergleich zur heutigen Praxis deutlich höhere Entschädigungsleistungen zuzusprechen wären, um insbesondere Eingriffen seitens von Medienunternehmen wirksam begegnen zu können. In neuester Zeit ist dabei insbesondere die Möglichkeit der Gewinnabschöpfung ins Zentrum des Interesses gerückt.

---

6 P. Jäggi, Diskussionsvotum, ZSR 1960 II, S. 627a.

7 MünchKomm-Rixecker BGB 12 Anh. N 7.

Im Hinblick auf die Vielzahl der sich im Bereich des Persönlichkeitsschutzes stellenden Probleme bedingt eine breite und in die Tiefe gehende Darstellung des Gebietes eine umfassende Monographie.[8] Der vorliegende Kurzbeitrag muss sich daher auf einige wenige ausgewählte Aspekte beschränken. Diese kurzen einleitenden Bemerkungen sollen den Weg abstecken, der nachfolgend ausgeleuchtet werden soll.

B. Vorgeschichte

I. Persönlichkeitsschutz im ZGB von 1907

Die deutsche Doktrin des 19. Jahrhunderts schränkte das Deliktsrecht weitgehend auf Vermögensschädigungen und deren Ersatz ein. Im immateriellen Bereich war lediglich das Schmerzensgeld anerkannt.[9] Es wurde als nicht ehrenvoll angesehen, «sich Beleidigungen durch Geld abkaufen zu lassen, und derjenige habe wenig Ehre zu verlieren, der die Verletzung derselben durch eine Klage auf Geld zu reparieren suche».[10] Entsprechend hat auch das zu Beginn des 20. Jahrhunderts in Kraft getretene BGB die Persönlichkeit als solche nicht als geschütztes Rechtsgut anerkannt und den Ersatz nicht vermögensrechtlicher Interessen im Allgemeinen ausgeschlossen.[11]

Anders entwickelte sich das Recht in Frankreich. Der Code civil regelt das Haftpflichtrecht im Wesentlichen in den Generalklauseln der Artikel 1382 und 1383. Obwohl die persönlichen Güter in diesen Normen nicht spezifisch genannt sind, wurde schon bei der Abfassung des Gesetzbuches erklärt, dass alle Arten des Schadens, auch des immateriellen, erfasst sind.[12] In Rechtsprechung und Doktrin ist seither unstreitig, dass sowohl die Persönlichkeit

---

8 Eine solche monographische Aufarbeitung liegt bereits vor; siehe die Habilitationsschrift von R. Aebi-Müller, Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, Bern 2005.

9 Vgl. hierzu etwa ZK-Egger (Fn. 2 in der 1. Aufl. aus dem Jahre 1911), ZGB 28 Ziff. I/1.

10 So der Kommissionsbericht abgedruckt in B. Mugdan, die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II, Berlin 1899, S. 1297. Siehe zur Entwicklung im deutschen Recht ausführlich R. Zimmermann, The Law of Obligations, Oxford 1990, S. 1085 ff., mit interessanten Hinweisen in Fn 304 zum zivilrechtlichen Ehrenschutz als Alternative zur in Deutschland bis anfangs des ersten Weltkriegs verbreiteten Wiederherstellung der Ehre im Duell.

11 Vgl. ZK-Egger (Fn. 2), ZGB 28 N 3; Jäggi (Fn. 6), S. 628a. Kritisch gegenüber einer Anerkennung des Persönlichkeitsrechts auch noch das Reichsgericht; so bezeichnet es etwa in KG JW 1928, 363, das Persönlichkeitsrecht als ein «jeder klaren Abgrenzung unzugängliches Gebilde» (zit. nach Zweigert/Kötz [Fn. 3], S. 696) und lehnte ein allgemeines Persönlichkeitsrecht ab, vgl. RGZ 69, 401; 79, 397; 113, 413.

12 ZK-Egger (Fn. 2), ZGB 28 N 2.

deliktsrechtlich geschützt ist als auch Ersatz für immaterielle Schädigungen beansprucht werden kann.[13]

Während vor Erlass einer bundesrechtlichen Regelung die französischsprachigen Kantone (mit Zurückhaltung) der Doktrin in Frankreich folgten, richteten sich die deutschsprachigen Kantone mehrheitlich auf die gemeinrechtliche Auffassung in Deutschland aus und gewährten, vom Schmerzensgeld abgesehen, einen Ersatzanspruch bloss bei einer Vermögensschädigung.[14] Im Rahmen der Gesetzgebungsarbeiten zum alten OR aus dem Jahre 1881 setzte sich auf Anregung der westschweizerischen Vertreter und unter Bezugnahme auf die französische Rechtsprechung der umfassendere Schutz durch.[15] Art. 55 aOR lautete entsprechend: «Ist jemand durch andere unerlaubte Handlungen in seinen persönlichen Verhältnissen ernstlich verletzt worden, so kann der Richter auch ohne Nachweis eines Vermögensschadens auf eine angemessene Geldsumme erkennen.» Damit durchbrach man «die Enge der gemeinrechtlichen Delikttatbestände, die sich einzig mit den sichtbaren Gütern beschäftigen, mit den Sachen und dem menschlichen Körper».[16]

Im Rahmen der Gesetzgebungsarbeiten zum ZGB integrierte Eugen Huber den Persönlichkeitsschutz neu in das ZGB, indem er innerhalb des Personenrechts einen allgemeinen Normenkomplex zum «Schutz der Persönlichkeit» entwarf, der neben dem Persönlichkeitsschutz im engeren Sinn auch die übermässige Selbstbindung (Art. 27 ZGB) sowie den Namensschutz und die Namensänderung (Art. 29 und 30 ZGB) enthält. Es handelt sich dabei um eine eigenständige Neuschöpfung, da die kantonalen Kodifikationen keinen entsprechenden gesamthaften Schutz enthielten.[17]

Anfänglich geäusserte Bedenken, der Persönlichkeitsschutz könne die Medienfreiheit zu stark einschränken, bewahrheiteten sich nicht.[18] Anfangs der Sechzigerjahre des letzten Jahrhunderts stellte Jäggi fest, dass «Zivilprozesse über Persönlichkeitsschutz verhältnismässig selten sind»; «einzig die Ehrverletzungen durch die Presse und die Boykottfälle (haben) die Zivilgerichte

13 Siehe zu den neueren Entwicklungen F. Werro, La tentation des dommages-intérêts punitifs en droit des médias, Medialex 2002, S. 81, 83 f.

14 ZK-Egger (Fn. 2), ZGB 28 N 4.

15 ZK-Egger (Fn. 2), ZGB 28 N 4; Jäggi (Fn. 6), S. 628a.

16 Jäggi (Fn. 6), S. 628a.

17 BK-Bucher Vorbemerkungen vor ZGB 27 ff. N 4.

18 ZK-Egger (Fn. 2), ZGB 28 N 6.

stärker beschäftigt».[19] Das Schwergewicht lag nicht bei den Beseitigungs- und Unterlassungsklagen, sondern bei den Genugtuungsklagen.[20]

II. Generalthema des Schweizerischen Juristenvereins 1960

Die Rechtswissenschaft schenkte dem Persönlichkeitsschutz erst in den sechziger Jahren des letzten Jahrhunderts vermehrt Aufmerksamkeit. Auslöser hierfür war insbesondere der Umstand, dass sich der Schweizerische Juristenverein im Jahre 1960 mit dieser Thematik befasste. Die Professoren Grossen und Jäggi verfassten umfangreiche Berichte, die den Stand des Persönlichkeitsschutzes analisieren, die Möglichkeiten der Weiterentwicklung aufgrund der bestehenden Gesetzeslage ausleuchten und eine vorsichtige Verstärkung des Persönlichkeitsschutzes postulieren.[21]

Jäggi weist in seinem Referat darauf hin, dass sich die allgemeinen Bestimmungen über den Persönlichkeitsschutz bewährt haben. Insbesondere zeigt er auf, dass bereits auf der geltenden Gesetzesgrundlage Feststellungsklagen und Urteilsveröffentlichungen zulässig sind.[22] Eine gesetzliche Regelung sei dagegen bezüglich der Berichtigungspflicht bei Presseäusserungen wünschbar.[23] Gestützt auf die Referate hiess der Juristentag eine von Oftinger verfasste Resolution mit folgendem Inhalt gut[24]:

«Der schweizerische Juristentag 1960, nach Kenntnisnahme von den Referaten der Herren Prof. Jäggi und Prof. Grossen, bejaht nachdrücklich die darin zum Ausdruck gebrachte Tendenz nach verstärktem Schutz der Persönlichkeit mit den Mitteln des Privatrechts.

Die Versammlung ist sich indes bewusst, dass angesichts der Gefährdung der Persönlichkeit in der heutigen technischen Zivilisation und Massengesellschaft auch der Schutz durch die Grundrechte der Verfassung eine stark erhöhte Bedeutung erlangt, und dass ferner der Schutz durch das Polizeirecht und das Verfahrensrecht der Intensivierung und des Ausbaues bedarf.»

---

19 Jäggi (Fn. 6), S. 630a f.

20 Jäggi (Fn. 6), S. 627a. Siehe auch ZK-Egger (Fn. 2), ZGB 28 N 9, wonach sich die Rechtsprechung davor hütet, durch einen übermässigen Ausbau des Persönlichkeitsschutzes die Gestaltungsfreiheit des Einzelnen zu gefährden.

21 J.-M. Grossen, La protection de la personnalité en droit privé (Quelques problèmes actuels, ZSR 1960 II, 1a ff.; P. Jäggi, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, ZSR 1960 II, S. 133a ff.

22 Jäggi (Fn. 21), S. 190a ff. und 251a ff.

23 Jäggi (Fn. 21), S. 254a ff.

24 ZSR 1960 II, S. 660a f.

III. Revision von 1983

Die Forderung des Juristentages, der Gesetzgeber möge etwaige Schutzlücken beim Persönlichkeitsschutz schliessen, blieb nicht ungehört. Eine Motion aus dem Jahre 1966 hatte die Gefährdung der persönlichen Geheimsphäre mittels der technischen Errungenschaften zum Gegenstand und verlangte, den strafrechtlichen Schutz entsprechend zu verbessern.[25] Eine weitere Motion im darauf folgenden Jahr hatte zum Ziel, den privatrechtlichen Schutz der Persönlichkeit zu verstärken.[26] Während die erste Motion bereits zwei Jahre später zur Aufnahme der neuen Bestimmungen Art. 179–179^{octies} ins Strafgesetzbuch führten, zogen sich die Gesetzgebungsarbeiten in Bezug auf den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz in die Länge. Erst nach zwei Expertenkommissionen wurde im Jahre 1983 die Revision des Persönlichkeitsschutzes beschlossen, und die Änderungen traten 1985 in Kraft.

Die Notwendigkeit einer Revision des Persönlichkeitsschutzes drängte sich gemäss der etwas maliziösen Formulierung in der Botschaft auf, weil mit «der Entwicklung gewisser moderner Lebenserscheinungen» die Angriffe auf die Persönlichkeit häufiger und schwerwiegender wurden.[27] Zu denken sei vor allem an die Rolle der Medien. Aus diesem Grund will die Revision «im Rahmen des Privatrechts den Schutz der Persönlichkeit im allgemeinen und gegen Verletzungen durch die Medien im besonderen verstärken».[28] Im Zuge der Revision wurden neu die Bestimmungen in Art. 28a–28l ZGB eingefügt, welche einerseits die einzelnen Klagen aufführen und andererseits in prozessualer Hinsicht die Modalitäten der vorsorglichen Massnahmen festhalten sowie das Recht auf Gegendarstellung einführen.

Sodann wurde die Grundnorm in Art. 28 ZGB umformuliert. Anstelle der «unbefugten Verletzung in den persönlichen Verhältnissen» hat man die Formulierung der «widerrechtlichen Verletzung der Persönlichkeit» gewählt. Inhaltlich änderte sich damit nichts Grundlegendes, da allgemeiner Auffassung nach schon die alte Fassung in einem umfassenden Sinne zu verstehen war.[29] Gesetzestechnisch liegt insofern einen Änderung vor, als man im zweiten Absatz dieser Grundnorm die Rechtfertigungsgründe ausdrücklich erwähnt; darauf ist zurückzukommen.[30]

---

25 Vgl. hierzu die Botschaft vom 21. Februar 1968, BBl 1968 I, 585 ff.

26 Vgl. hierzu die Botschaft vom 5. Mai 1982, BBl 1982 II, 636 ff.

27 Vgl. hierzu die Botschaft vom 5. Mai 1982, BBl 1982 II, 638.

28 Vgl. hierzu die Botschaft vom 5. Mai 1982, BBl 1982 II, 637.

29 Siehe etwa Grossen (Fn. 21), S. 5a, weitere Nachweise bei Aebi-Müller (Fn. 8), N 10 f.

30 Siehe hinten D. Nicht eingegangen wird auf die neueste auf den 1. Juli 2007 in Kraft getretene Revision, welche einen zusätzlichen Schutz gegen Gewalt, Drohungen oder Nachstellungen einführt und sich gegen die häusliche Gewalt sowie gegen das zwanghafte Verfolgen und Belästigen einer Person («Stalking») richtet; siehe BBl 2005, 6871; 2005, 6897; 2006, 5745.

C. Überblick über den heutigen Stand der persönlichkeitsschutzrechtlichen Dogmatik

I. Intensive Aufarbeitung in der Lehre

Der Schutz der Persönlichkeit fand während und nach der Gesetzesrevision von 1983 im Schrifttum eine überaus grosse Beachtung. So erschienen in kurzer Zeit zahlreiche Publikationen zum Personen-, Medien- und Presserecht, welche insbesondere auch den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz darstellen.[31] Einzelne Aspekte des Persönlichkeitsschutzes wurden sodann in zahlreichen Monographien vertieft und bildeten auch das Thema zweier Habilitationsschriften.[32]

Insgesamt dürften die Bestimmungen über den Persönlichkeitsschutz zu den durch die Rechtswissenschaft am intensivsten aufgearbeiteten Bereichen des Zivilrechts gehören. Die theoretischen Grundlagen und die Rechtsprechungspraxis sind weitgehend ausgeleuchtet. Das Schrifttum hat insbesondere versucht, den Bereich des Persönlichkeitsschutzes abzugrenzen (Begriff der Persönlichkeit), den Regelungsgegenstand zu systematisieren (Unterscheidung nach verschiedenen Personen und Sphären sowie Konkretisierung der wichtigsten Persönlichkeitsgüter, wie Recht am Bild, Wort usw.) und die Norm in Art. 28 ZGB zu strukturieren (Verhältnis der Verletzung zu den Rechtfertigungsgründen).

Trotz der beachtlichen Anzahl rechtswissenschaftlicher Bearbeitungen sind aber zahlreiche Fragen nach wie vor ungeklärt und vermeintlich gesicherte dogmatische Erkenntnisse wieder in Frage gestellt worden. Auf einige

---

31 D. Barrelet, Droit suisse des mass media, 1. Aufl., Bern 1980 (2. Aufl. 1987); Chr. Brückner, Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000; A. Bucher, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 1. Aufl., Basel 1986 (3. Aufl. 1999 – französische Fassung: Personnes physiques et protection de la personnalité); H. Deschenaux/P.-H. Steinauer, Personnes physiques et tutelle, 1. Aufl., Bern 1980 (4. Aufl. 2001); R. Frank, Persönlichkeitsschutz heute, Zürich 1983; H. Hausheer/R.E. Aebi-Müller, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2005, S. 110 ff.; M. Pedrazzini, Grundriss des Personenrechts, 1. Aufl., Bern 1982 (M. Pedrazzini/N. Oberholzer, 4. Aufl. 1993); M. Rehbinder, Schweizerisches Presserecht, Bern 1975; H.M. Riemer, Personenrecht des ZGB, 1. Aufl., Bern 1995 (2. Aufl. 2002); F. Riklin, Schweizerisches Presserecht, Bern 1996; J. Schmid, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, Zürich 2001; L. Schürmann, Medienrecht, 1. Aufl., Bern 1985 (L. Schürmann/P. Nobel, 2. Aufl. 1993); P. Tercier, Le nouveau droit de la personnalité, Zürich 1984. Siehe auch die namentlich für die Praxis hilfreichen Kommentierungen von A. Meili und M. Schwaibold im Basler Kommentar sowie die Gesamtdarstellung des ZGB in P. Tuor/B. Schnyder/J. Schmid/A. Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Aufl., Zürich 2002 (Nachdruck 2006); ferner die ausführliche Darlegung von I. Cherpillod, Information et protection des intérêts personnels, ZSR 1999 II, S. 87 ff.

32 Habilitationsschrift von Aebi-Müller aus dem Jahre 2005 (Fn. 8), mit umfassenden und aktuellen Literaturnachweisen sowie von Th. Geiser, Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke, Basel 1990.

dieser Problembereiche wird nachfolgend eingegangen. Zunächst soll der Schutzbereich von Art. 28 ZGB geprüft werden. Anschliessend sind die verschiedenen Kategorisierungen im Bereich des Persönlichkeitsrechts darzulegen. Die dogmatische Strukturierung des Persönlichkeitsschutztatbestandes nach dem Erfolgsunrecht ist in einem eigenständigen Titel zu untersuchen.

II. Schutzbereich von Art. 28 ZGB

Grundlage der theoretischen Aufarbeitung des Persönlichkeitsschutzes gemäss Art. 28 ZGB ist der Begriff der Persönlichkeit. Die Lehre versteht die Persönlichkeit in einem umfassenden Sinne. Sie sei mehr als die Summe der in der Praxis anerkannten Persönlichkeitsgüter. Die Persönlichkeit im Sinne von Art. 28 ZGB umfasse die «Werte, die das Wesentliche der persönlichen Sphäre des Einzelnen ausmachen»,[33] «den Menschen in seiner leiblich-seelisch-geistigen Ganzheit»,[34] die «Gesamtheit des Individuellen, soweit es Gegenstand eines verletzenden Verhaltens sein kann».[35]

Auffallend ist, dass nach allgemeiner Auffassung der Anwendungsbereich von Art. 28 ZGB nicht auf unkörperliche Aspekte der Persönlichkeit beschränkt ist; die Bestimmung schütze vielmehr auch die körperliche Integrität. Während unstreitig ist, dass die Persönlichkeit die körperliche Integrität des Einzelnen mitumfasst, wirft die Anwendung der Bestimmungen in Art. 28 ff. ZGB auf die Persönlichkeitsgüter Leben und körperliche Integrität in verschiedener Hinsicht Fragen auf.

Art. 28 ZGB beinhaltet eine Generalklausel zum Schutze der Persönlichkeit. Dies ist aus dem Grunde bemerkenswert, weil der Schutz der Persönlichkeit als Teil des Haftpflichtrechts gilt, das in der Schweiz ebenfalls im Rahmen einer Generalklausel geregelt ist. In anderen Rechtsordnungen mit einer Art. 41 Abs. 1 OR vergleichbaren Haftungsbestimmung verspricht man sich oftmals nichts davon, neben der deliktischen Generalklausel noch eine weitere auf den Persönlichkeitsschutz bezogene Generalklausel zu stellen.[36]

Die Haftungsbestimmung in Art. 41 OR schützt in erster Linie die körperliche Integrität und das Eigentum, in einem eingeschränkten Masse auch Vermögensinteressen. Aufgrund der Generalklausel in Art. 41 Abs. 1 OR könnte der Anwendungsbereich dieser Bestimmung auch unkörperliche Persönlichkeitsgüter umfassen, doch klammert das haftpflichtrechtliche Schrifttum diesen Schutzbereich im Hinblick auf die spezielle Regelung in Art. 28 ff. ZGB aus oder begnügt sich mit wenigen Hinweisen.

---

33 Bucher (Fn. 31), N 413.

34 Aebi-Müller (Fn. 8), N 38.

35 Schürmann/Nobel (Fn. 31), S. 227; so bereits Jäggi (Fn. 21), S. 165a.

36 Chr. von Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. II, München 1999, N 81.

Nach der in der persönlichkeitsrechtlichen Literatur vorherrschenden Auffassung fällt hingegen der Schutz der körperlichen Integrität in den Anwendungsbereich von Art. 28. Beziehen sich sowohl Art. 41 OR als auch Art. 28 ZGB auf den Schutz der körperlichen Integrität, ist nach dem Verhältnis der beiden Generalklauseln zueinander zu fragen. Nun liesse sich anführen, dass Art. 28 ZGB bloss die negatorischen Ansprüche und die speziellen prozessualen Verfahren regelt, während Art. 41 ff. OR für die finanziellen Rechtsfolgen Gültigkeit hat.

Dagegen ist einzuwenden, dass die besonderen Rechtsbehelfe in Art. 28a ff. ZGB, insbesondere die Bestimmungen über die Gegendarstellung, auf Persönlichkeitsverletzungen im engeren Sinn zugeschnitten sind. Auch die Literatur thematisiert diese besonderen Rechtsbehelfe bloss im Zusammenhang mit unkörperlichen Persönlichkeitsverletzungen.

Zu beachten ist sodann, dass die Feststellungsklage gemäss Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB eine andere Funktion als bei anderen Feststellungsklagen hat. Die persönlichkeitsrechtliche Feststellungsklage soll «nicht rechtliche Gewissheit in einer Situation der Ungewissheit (schaffen), sondern dient der Beseitigung der im Urteilszeitpunkt noch andauernden rechtswidrigen Störung».[37] Das Bundesgericht spricht denn auch (in Anschluss an Vogel) von einer «Leistungs-(Beseitungs-)klage im Gewande der Feststellungsklage».[38] Infolgedessen kommt im Persönlichkeitsschutzrecht (im engeren Sinne) auch der Klagevoraussetzung des Feststellungsinteresses eine andere Bedeutung als im Haftpflichtrecht zu.

Würde man ernst machen mit der Auffassung, Art. 28 ZGB beziehe sich auch auf körperliche Persönlichkeitsgüter, würden die negatorischen Klagen auch im Bereich der Personengefährdung zur Verfügung stehen. Damit begibt man sich freilich in unwegsames Gebiet. Denn das Verhältnis der verschuldensunabhängigen Beseitungsklage zu der verschuldensabhängigen Schadenersatzklage ist noch weitgehend ungeklärt. Die Klage auf Beseitigung einer Beeinträchtigung bzw. einer Verletzung läuft auf die Wiederherstellung des störungsfreien Zustandes auf Kosten des Verletzers hinaus. Damit nähert sich die Beseitigungsklage der Schadenersatzklage.[39]

---

37 Aebi-Müller (Fn. 8), N 297; ferner Brückner (Fn. 31), N 703; in diesem Sinne auch BGE 123 III 354, 358: «Im Gegensatz zur allgemeinen Feststellungsklage geht es bei der Klage nach Art. 28a Abs. 1 ZGB und Art. 9 Abs. 1 lit. c UWG weniger um den Schutz vor Rechtsgefährdung, als darum, einen durch persönlichkeits- oder wettbewerbsverletzende Äusserungen hervorgerufenen rechtswidrigen Dauerzustand zu beseitigen».

38 BGE 127 III 481, 484 mit Verweis auf O. Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts, 6. Aufl., Bern 1999, § 34 N 32.

39 Dies wird etwa evident in der deutschen Rechtsprechung, wonach bei Beseitigungsansprüchen der Betroffene anstelle des Täters die notwendigen Vorkehrungen treffen und die Aufwendungen hierfür dem Täter in Rechnung stellen darf; vgl. Staudinger-Hager BGB 823 N C270 m.N.

Im Gegensatz zum deutschen Recht[40] hat man in der Schweiz dem Problembereich der engen Verknüpfung der Beseitigungsklage mit dem Schadenersatzrecht bislang kaum Beachtung geschenkt. Solange die Zusammenhänge zwischen diesen Klagearten nicht klarer herausgearbeitet sind, sollte zumindest der Anspruch aus Art. 28a Abs. 1 Ziff. 2 ZGB auf unkörperliche Persönlichkeitsverletzungen beschränkt sein.

Insgesamt dürfte die Auffassung, wonach die Bestimmungen in Art. 28 ff. ZGB körperliche Persönlichkeitsgüter mitumfassen, eher Verwirrung stiften als Klärungen bringen. Sachgerechter erscheint es, das Persönlichkeitsschutzrecht auf die Eigenheiten und spezifischen Schwierigkeiten unkörperlicher Persönlichkeitsverletzungen zu fokussieren. Dies würde auch in Einklang mit der Arbeitsteilung am Bundesgericht stehen, wo körperliche Personenverletzungen durch die erste Zivilkammer, unkörperliche dagegen durch die zweite Zivilkammer behandelt werden.

III. Wahre und unwahre Tatsachen in Medienberichterstattungen

Nicht bloss in dogmatischer, sondern auch in praktischer Hinsicht ist die Grenzziehung zwischen dem Informationsauftrag der Medien und dem Schutz der Persönlichkeit des Einzelnen bedeutsam. Irreführend ist die Abgrenzung, wonach nur die Verbreitung wahrer Tatsachen durch den Informationsauftrag gedeckt sein kann, die Veröffentlichung unwahrer Tatsachen dagegen grundsätzlich eine nicht zu rechtfertigende Persönlichkeitsverletzung darstellt.[41]

Eine solche Grenzziehung kann schon deshalb nicht zutreffend sein, weil sich auch bei umsichtiger Berichterstattung kleinere Unstimmigkeiten kaum vermeiden lassen. Das Bundesgericht hat zu Recht das Wahrheitserfordernis insofern relativiert, als «nicht jede journalistische Unkorrektheit, Ungenauigkeit, Verallgemeinerung oder Verkürzung eine Berichterstattung insgesamt als unwahr erscheinen» lässt; persönlichkeitsverletzend sei eine unzutreffende Presseäusserung erst dann, «wenn sie in wesentlichen Punkten nicht zutrifft und die betroffene Person dergestalt in einem falschen Licht zeigt bzw. ein spürbar verfälschtes Bild von ihr zeichnet, das sie im Ansehen der Mitmenschen – verglichen mit dem tatsächlich gegebenen Sachverhalt – empfindlich herabsetzt».[42] Selbst unwahre Tatsachen dürfen also veröffentlicht werden, wenn sie sich nicht erheblich auf das Ansehen der Betroffenen auswirken; umgekehrt bedeutet dies nicht, dass wahre Tatsachen unbeschränkt veröffentlicht werden dürfen.

---

40 Siehe nunmehr umfassend hierzu M. Wolf, Negatorische Beseitigung und Schadensersatz, Frankfurt a.M. 2006.

41 Siehe etwa Schürmann/Nobel (Fn. 31), S. 241.

42 BGE 129 III 529, 531 m.N.; siehe auch Hausheer/Aebi-Müller (Fn. 31), N 12, S. 110.

IV. Absolute und relative Personen der Zeitgeschichte

Um das Recht zur Verbreitung zutreffender persönlichkeitsrelevanter Informationen zu systematisieren, unterscheidet die (deutsche und ihr folgend schweizerische) Lehre drei Arten von Personen: Absolute Personen der Zeitgeschichte, relative Personen der Zeitgeschichte sowie Personen, die nicht in das Blickfeld des öffentlichen Interesses geraten sind. Über letztere darf ohne Einwilligung nicht durch Wort oder Bild berichtet werden.

Relative Personen der Zeitgeschichte treten im Zusammenhang mit einem bestimmten zeitgeschichtlichen Ereignis in das Blickfeld der Öffentlichkeit. Das Informationsinteresse knüpft bei diesen Personen am betreffenden Ereignis an. Bei den absoluten Personen der Zeitgeschichte ist das Informationsinteresse dagegen mit der Person selbst verbunden; aus diesem Grund ist die Berichterstattung jederzeit einwilligungsfrei zulässig.

Der Dualismus von absoluter und relativer Person der Zeitgeschichte hat das Bundesgericht in der «Minelli-Entscheidung» relativiert, da diese Gruppierung nicht die gesamte Wirklichkeit sachgerecht zu erfassen vermöge. «Zwischen Personen, die aufgrund ihrer gelebten Öffentlichkeit sich nur in engeren Grenzen auf den Schutz ihrer Persönlichkeit berufen können, und Personen, die grundsätzlich immer ihre Privatsphäre geltend machen können, mit Ausnahme der anlässlich eines bestimmten Ereignisses über sie erfolgenden Berichterstattung, gibt es Abstufungen (...). Solchen Abstufungen ist mit einer die Umstände des Einzelfalles würdigenden Abwägung gerecht zu werden, indem zu fragen ist, ob an der Berichterstattung über die betroffene, relativ prominente Person ein schutzwürdiges Informationsinteresse besteht, das deren Anspruch auf Privatsphäre überwiegt».[43]

Die «Minelli-Entscheidung» ist einmal aus dem Grunde bemerkenswert, weil das Gericht in diesem Fall die im deutschen Recht entwickelte Unterteilung in absolute und relative Personen der Zeitgeschichte übernimmt und gleichzeitig relativiert. Sodann ist zu bemerken, dass im schweizerischen Recht der Begriff der «absoluten Person der Zeitgeschichte» offenbar in einem weiteren Sinne verstanden wird. Gemäss Meili gehören «Sportler, Politiker, Künstler, Wirtschaftsführer und andere Prominente» dazu.[44] Über diese Personen könnte also zeitlebens, ohne dass es eines bestimmten zeitgeschichtlichen Ereignisses bedürfte, in Wort und Bild berichtet werden; denn könnte sich die Qualifikation als absolute Person der Zeitgeschichte durch Zeitablauf ändern und die betreffende Person wieder in die Anonymität zurückweichen,

43 BGE 127 III 481, 490.

44 BSK/Meili ZGB 28 N 52.

dann wäre die zeitgeschichtliche Bedeutung vorübergehend also relativ, und nicht «absolut».[45]

Eine derart weite Umschreibung kann kaum sachgerecht sein. Die deutschen Gerichte reservieren den Begriff für «Monarchen und Angehörige regierender Fürstenhäuser, Staatspräsidenten und Regierungschefs sowie herausragende Künstler wie Marlene Dietrich und Bob Dylan».[46] In der Schweiz dürften solche Personen selten vorkommen, weshalb der Figur der absoluten Person der Zeitgeschichte vor allem in Bezug auf ausländische Persönlichkeiten Bedeutung zukommen kann. Zu beachten ist, dass nach der bundesgerichtlichen Praxis sich selbst die in der Öffentlichkeit stehenden Personen nicht gefallen lassen müssen, «dass die Massenmedien mehr über sie berichten, als durch ein legitimes Informationsbedürfnis gerechtfertigt ist».[47]

Wenn einerseits absolute Personen der Zeitgeschichte bloss Eingriffe zu dulden haben, bei denen ein legitimes Informationsbedürfnis besteht, andererseits einwilligungsfrei auch über relative Personen der Zeitgeschichte berichtet werden darf, ohne dass ein zeitgeschichtliches Ereignis als Anknüpfungspunkt besteht, dann stellt sich die Frage, welche Bedeutung die Zweiteilung in absolute und relative Personen der Zeitgeschichte noch hat. Letztlich ist ohnehin immer die einzelfallbezogene Abwägung zwischen Informationsinteresse und dem berechtigten Interesse des Betroffenen entscheidend. Der erläuterte Dualismus ist daher nicht durch Zwischenabstufungen zu verfeinern, sondern kann ganz aufgegeben werden.[48]

V. Geheim-, Privat- und Gemeinsphäre

Lehre und Rechtsprechung unterscheiden sodann zwischen drei Sphären, die in unterschiedlichem Ausmass vor Eingriffen geschützt sind. Während die Geheim- oder Intimsphäre generell vor Eingriffen geschützt ist und eine Rechtfertigung durch Interessenabwägung nicht in Betracht kommt, kann der Eingriff in den Privatbereich aufgrund einer Interessenabwägung gerechtfertigt sein, und im Bereich der Gemein- oder Öffentlichkeitssphäre kommt eine Verletzung gar nicht in Betracht, da über Tatsachen im Bereich dieser Sphäre berichtet werden darf.

---

45 J. von Gerlach, Anmerkung zu BGE 127 III 481, JZ 2003, 41, 42.

46 von Gerlach a.a.O.

47 BGE 126 III 305, 307, mit Verweis auf BGE 97 II 97, S. 105 f.

48 So auch Aebi-Müller (Fn. 8), N 796; Cherpillod (Fn. 31), S. 113 ff. Kritisch ferner Brückner (Fn. 31), N 631 in Fn 143: «sprachlich monströse Begriffe».

Auch die erläuterte Sphärentheorie ist nicht ohne Kritik geblieben.[49] Die Fokussierung auf die Art der betroffenen Sphäre blendet aus, wie der Eingriff in den geschützten Privatbereich erfolgt und wozu die Erkenntnisse verwendet werden. Es macht eben einen Unterschied, ob man geheime bzw. private Tatsachen ausforscht oder ob diese der Allgemeinheit zugänglich sind, und es ist zu unterscheiden, ob die Tatsachen bloss zur Kenntnis genommen oder ob sie an Dritte weitergegeben bzw. in den Medien einem unbestimmt grossen Publikum zugetragen werden. Nicht die Sphäre, sondern die Art des Eingriffs ist entscheidend.[50]

Zutreffend hat sodann Druey darauf hingewiesen, dass die Geheimsphäre und die Privatsphäre nicht unterschiedlich enge «Kreise» der Privatsphäre darstellen. Vielmehr handelt es sich bei der Privatsphäre um einen Sachbereich, während sich «geheim» auf die Unbekanntheit der Tatsache, also auf einen Informationsaspekt bezieht.[51]

Der Nutzen der Unterscheidung zwischen Geheim- und Privatsphäre wird schliesslich auch durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts in Frage gestellt. In einzelnen Entscheidungen prüfte das Gericht das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes, obwohl es einen Eingriff in den Geheimbereich konstatiert hatte.[52] Der entscheidende Unterschied zwischen den beiden Sphären liegt aber gerade darin, dass Eingriffe in den Geheimbereich nicht gerechtfertigt werden können.

VI. Einzelne Persönlichkeitsaspekte

In der Literatur finden sich schliesslich verschiedene Versuche, das Persönlichkeitsrecht in einzelne Persönlichkeitsgüter aufzugliedern. So unterscheidet man etwa neben der bereits erwähnten physischen Persönlichkeit den klassischen Ehrenschutz, das Recht am eigenen Bild, an der eigenen Stimme, am eigenen Wort («Zitat»), auf wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit, auf ungestörte Privat- und Intimsphäre, auf höchstpersönliche Informationen, auf

---

49 Die Entwicklung und Unzulänglichkeiten der Unterscheidung sind insbesondere durch Aebi-Müller (Fn. 8), N 512 ff. sowie durch Geiser (Fn. 32), 51 ff. herausgearbeitet worden; kritisch auch R.H. Weber, Information und Schutz Privater, ZSR 1999 II, S. 17.

50 So auch Larenz/Canaris (Fn. 1), § 80 II 4 a, 504; Staudinger-Hager BGB 823 N C191.

51 J.N. Druey, Persönlichkeit als Postulat oder als Objekt des Rechtsschutzes, ZSR 1976 I, S. 377, 391 f.

52 BGE 119 II 222, 225: «Die Personendaten der Patientenkartei einer Arztpraxis sind grundsätzlich dem durch Art. 28 ZGB geschützten Geheimbereich der betreffenden Patientinnen und Patienten zuzurechnen (...). Die Weitergabe solcher Daten bedeutet in der Regel eine Persönlichkeitsverletzung der Patientinnen und Patienten, die nur dann nicht widerrechtlich ist, wenn sie durch Einwilligung der Betroffenen, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist»; ebenso BGE 5C.83/2002 vom 24.10.2002 Erw. 2 und 3.

Vergessen und dergleichen mehr. Bemerkenswert ist, dass zahlreiche Autoren ihre eigenen Einteilungssysteme entwickeln und verschiedenartige Ausprägungen der Persönlichkeit unterscheiden.[53]

Aebi-Müller kritisiert die Fokussierung auf einzelne Persönlichkeitsgüter, wobei sie insbesondere befürchtet, dass damit «auf lange Sicht die Idee des umfassenden Persönlichkeitsschutzes in einer Fülle von Einzelrechten verloren zu gehen» droht.[54] Abzustellen sei auf das Persönlichkeitsrecht als Ganzes, «das weiter reicht als die Gesamtheit der bereits ‹aufgefundenen› persönlichen Güter».[55]

Zuzustimmen ist Aebi-Müller insofern, als die Aufteilung in verschiedene Persönlichkeitsgüter in der Tat nicht zu überzeugen vermag. Der Grund hierfür liegt indes nicht darin, dass damit eine Verkürzung des umfassenden Persönlichkeitsschutzes einhergeht. Vielmehr ist der Ansatz, der sich auf eine Aufsplitterung der Persönlichkeitsgüter konzentriert, als solcher nicht erfolgsversprechend. Bestrebungen in der Lehre, die Persönlichkeitsaspekte (wie die körperliche Integrität, das Eigentum usw.) irgendwie zu materialisieren, sind weder in dogmatischer Hinsicht überzeugend noch in praktischer Hinsicht hilfreich. Darauf ist sogleich vertiefter einzugehen.

D. Strukturierung des Persönlichkeitsschutzes

I. Herrschende Dogmatik – Erfolgsunrecht

Nach in der Schweiz herrschender Anschauung ist grundsätzlich jede Verletzung der Persönlichkeit rechtswidrig. Diese Ansicht beruht auf dem Konzept des Erfolgsunrechts, wonach der tatbestandlichen Beeinträchtigung eines Rechtsgutes Unrechtsindikation zukommt. Die Rechtswidrigkeit entfällt, wenn ein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Der Schwerpunkt der Rechtswidrigkeitsermittlung, nämlich die Differenzierung zwischen rechtswidrigen und rechtmässigen Eingriffen in die Persönlichkeit, erfolgt somit erst bei der Prüfung der Rechtfertigungsgründe.

Diese Konzeption hat sich im Rahmen der Revision aus dem Jahre 1983 auch auf die Formulierung des zweiten Absatzes von Art. 28 ZGB niedergeschlagen. Während die frühere Fassung von der «unbefugten Verletzung in den persönlichen Verhältnissen» sprach, ist nach der revidierten Bestimmung eine Verletzung der Persönlichkeit «widerrechtlich, wenn sie nicht durch Ein-

53 Siehe die umfassende Zusammenstellung bei Aebi-Müller (Fn. 8), N 83.

54 Aebi-Müller (Fn. 8), N 89.

55 Aebi-Müller (Fn. 8), N 90.

willigung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist».[56]

Die Rechtfertigungen infolge einer Einwilligung des Betroffenen und aufgrund einer entsprechenden Gesetzesvorschrift gelten auch im allgemeinen Haftpflichtrecht. Eigenständige Bedeutung haben dagegen die Rechtfertigungsgründe der überwiegenden privaten oder öffentlichen Interessen. Die Rechtsprechung hatte sich im Bereich des Persönlichkeitsschutzes in erster Linie mit dieser Abwägung zwischen den Interessen des Verletzers und jenen des Verletzten zu befassen, wobei es sich meistens um Eingriffe durch Medien und Medienschaffende handelte.

II. Übernahme des deutschen Rechtswidrigkeitsbegriffs

Das Konzept des Erfolgsunrechts hat die schweizerische Rechtswissenschaft aus dem deutschen Recht übernommen. In der haftpflichtrechtlichen Lehre versuchte man damit, die Weite und Unbestimmtheit der Generalklausel in Art. 41 Abs. 1 OR einzuengen. Dass die Übernahme des im § 823 Abs. 1 des deutschen BGB, nicht aber im schweizerischen Haftpflichtrecht verankerten Erfolgsunrechts wenig glücklich ist, zumal man in Deutschland seit Jahrzehnten auf verschiedenen Wegen versucht, die Konsequenzen dieser zu eng geratenen gesetzgeberischen Entscheidung zu umgehen, ist bereits anderswo dargelegt worden.[57]

Gleichwohl ist die Konzipierung des Persönlichkeitsschutzes als Erfolgsunrecht überraschend. Denn im deutschen Recht ist das Persönlichkeitsrecht nicht im Katalog der geschützten Rechtsgüter in § 823 Abs. 1 BGB aufgenommen worden. Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit wurde erst seit Mitte des letzten Jahrhunderts durch die Rechtsprechung in einer Reihe bemerkenswerter Entscheidungen anerkannt und ausgebaut; das sog. «Allgemeine Persönlichkeitsrecht» gehört heute zum festen Bestandteil der deutschen Privatrechtsordnung.[58]

In der deutschen Doktrin besteht allerdings weitgehend Einigkeit darüber, dass das Persönlichkeitsrecht kein Rechtsgut darstellt, dessen Verletzung grundsätzlich rechtswidrig ist bzw. die Rechtswidrigkeit indiziert. Der Grund

---

56 Kritisch zu dieser revidierten Fassung FRANK (Fn. 31), N 194 ff., der insbesondere moniert, dass die Formulierung wenig Rücksicht auf die übrigen Bestimmungen des Privatrechts nimmt, N 213 ff.; siehe auch PEDRAZZINI/OBERHOLZER (Fn. 31), S. 143 («logisch nicht einwandfreie Konstruktion»); sich dem anschliessend SCHÜRMANN/NOBEL (Fn. 31), S. 242 Fn 48; zustimmend zur Gesetzeskonzeption dagegen die herrschende Lehre; vgl. statt aller TERCIER (Fn. 31), N 596 ff. und aus neuerer Zeit insbesondere AEBI-MÜLLER (Fn. 8), N 105 ff.

57 Siehe etwa V. ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, N 258 ff. m.w.N.

58 Ausführlich zu Entwicklung und Stand des deutschen Persönlichkeitsrechts AEBI-MÜLLER (Fn. 8), N 385 ff.

liegt darin, dass das Persönlichkeitsrecht anders als Leben, Körper, Gesundheit und Eigentum keine «gegenständliche Verkörperung» hat, sein Inhalt infolgedessen nicht so abgegrenzt ist, «dass die Verletzungsgefahren erkennbar und die Verletzungen sichtbar werden».[59] Das Persönlichkeitsrecht gilt denn auch lediglich als «Quellrecht» oder als «Rahmenrecht»; aus dieser «Keimzelle» oder innerhalb dieses «Rahmens» sind fallbezogen Regeln des Persönlichkeitsschutzes zu entwickeln.[60]

III. Konkretisierung des Erfolgsunrechts im schweizerischen Recht

In neuerer Zeit hat sich vor allem Aebi-Müller ausführlich mit der Frage der Rechtswidrigkeit im Persönlichkeitsschutz befasst und mit beachtlichen Argumenten die Theorie des Erfolgsunrechts verteidigt. So verweist sie etwa auf die Auswirkungen bei der Beweislastverteilung[61] sowie auf den Wortlaut des Gesetzes, welcher seit der Revision im Jahre 1985 auf dem Boden des Erfolgsunrechts steht.[62]

Das Zugrundelegen des Erfolgsunrechts sei sodann auch deshalb gerechtfertigt, weil dadurch klargestellt werde, dass die Persönlichkeitsrechte gegenüber den anderen Gründen des Verletzers vorgehen.[63] Dieser Einwand übersieht, dass beim Persönlichkeitsschutz jeweils auch die Persönlichkeit des Eingreifenden, insbesondere dessen Handlungsfreiheit, schützenswert ist.[64] Wie bei allgemeinen Vermögensschädigungen geht es um eine sachgerechte Abgrenzung der Interessen des Handelnden von jenen des Betroffenen. Die körperliche Integrität und die dinglichen Rechtspositionen gehen dagegen im Regelfall der allgemeinen Handlungsfreiheit oder persönlichen Entfaltungsmöglichkeit des Einzelnen vor. Aus diesem Grund schützt das Haftpflichtrecht nicht bloss hierzulande, sondern auch in anderen Rechtsordnungen in erster Linie die körperliche Integrität und das Eigentum, während Vermögensbeeinträchtigungen und die Persönlichkeit bloss einen eingeschränkten Schutz geniessen.

Letztlich kommt auch Aebi-Müller trotz Befürwortung des Erfolgsunrechts bei Persönlichkeitsverletzungen nicht darum herum, den Anwendungsbereich

---

59 H. Ehmann, Zur Struktur des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, JuS 1997, S. 193, 195.

60 MünchKomm-Rixecker BGB 12 Anh. N 7 m.N. Nach Aebi-Müller (Fn. 8), N 466 und 473, ist in Deutschland das Erfolgsunrecht auf Persönlichkeitsverletzungen nicht anwendbar, da der Schutzbereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts ausserordentlich weit gefasst und entsprechend konturlos ist, was mit der verfassungsrechtlichen Herleitung dieses Rechts zusammenhängt.

61 Aebi-Müller (Fn. 8), N 110; siehe hierzu die Ausführungen bei Geiser (Fn. 32), S. 116 f.

62 A.a.O. N 108.

63 Tercier (Fn. 31), N 598; Aebi-Müller (Fn. 8), N 271 m.N.

64 Zutreffend Geiser (Fn. 32), S. 115 und 144.

dieses Ansatzes in verschiedener Hinsicht einzuschränken. Keine Persönlichkeitsverletzung soll einmal dort vorliegen, wo die Selbstbestimmung des Einzelnen in Frage steht und die Verletzungshandlung der Willensbetätigung des Betroffenen entspricht,[65] wo also ausschliesslich die autonome Lebensgestaltung betroffen ist. Aus diesem Grund liege bei einem Auftritt in einer «Talksendung» oder einer Fotographie anlässlich eines Familienfestes keine durch «Einwilligung gerechtfertigte Persönlichkeitsverletzungen» vor.[66] Damit wird einem der Vorwürfe gegen das Erfolgsunrecht entgegengetreten, wonach dieses in zahlreichen Lebenssachverhalten zu selbst für den Juristen nicht nachvollziehbaren Konstruktionen führt.[67]

Sodann sei der Anwendungsbereich des Persönlichkeitsschutzes auf wesentliche Beeinträchtigungen der Persönlichkeit zu beschränken. Denn nicht jede, und auch nicht jede sozial unübliche Beeinträchtigung eines persönlichkeitsbezogenen Bereichs eines anderen soll justiziabel sein. «Deshalb muss eine weitere Begrenzung des Schutzbereichs über den Begriff der Verletzung erfolgen, indem diese als ernsthafte Beeinträchtigung verstanden wird».[68]

Selbst wenn es sich nicht um eine wesentliche Beeinträchtigung handelt, «können dem Rechtsschutz die berechtigten Entfaltungsinteressen des Verletzers entgegenstehen»; diesem muss der Einwand zustehen, sich entsprechend der «sozialen Konvention» verhalten zu haben. Aus diesem Grund liege ebenfalls keine Persönlichkeitsverletzung vor, «wenn das Verhalten des Verletzers als dermassen geringfügig, häufig, üblich und sozial akzeptiert erscheint, dass es unangemessen wäre, das entsprechende Verhalten zu untersagen».[69] Ohne diesen Handlungsspielraum würde sich nämlich «die Freiheit des ‹Verletzers› auf die Wahrnehmung berechtigter, überwiegender Interessen» reduzieren.[70]

Eine besondere Einschränkung wird hinsichtlich der Privatheit gemacht. Denn «ebenso existenziell wie der Wunsch nach Diskretion in 'persönlichen Angelegenheiten' ist das menschliche Streben nach Wissen und Erkenntnis».[71] Die Privatheit sei daher – im Gegensatz zu Persönlichkeitsgütern wie die körperliche Integrität oder die Ehre – nicht per se geschützt. Vielmehr liege

---

65 Aebi-Müller (Fn. 8), N 198.

66 Aebi-Müller (Fn. 8), N 760.

67 Siehe hierzu V. Roberto/S. Hrubesch-Millauer, Offene und neue Fragestellungen im Bereich des Persönlichkeitsschutzes, FS Druey, Zürich 2002, S. 229, 233, wo ausgeführt wird, dass es wenig Sinn mache, den Transport in öffentlichen Transportmitteln oder den Geschlechtsverkehr unter Liebenden jeweils als «durch Einwilligung gerechtfertigte Freiheitsberaubung» bzw. «durch Einwilligung gerechtfertigtes Sexualdelikt» zu bezeichnen.

68 Aebi-Müller (Fn. 8), N 123.

69 Aebi-Müller (Fn. 8), N 65.

70 Aebi-Müller (Fn. 8), N 67.

71 Aebi-Müller (Fn. 8), N 630.

von vorneherein keine Persönlichkeitsverletzung vor, «wo sich eine Beeinträchtigung notwendigerweise aus der Tatsache ergibt, dass sich der Betroffene dem Leben in der menschlichen Gemeinschaft aussetzt».[72]

Insgesamt lässt sich feststellen, dass sich das Erfolgsunrecht gerade auch im Persönlichkeitsrecht nicht durchhalten lässt, sondern in verschiedener Hinsicht eingeschränkt werden muss. Gleichzeitig stellt sich die Frage, ob das Zugrundelegen des Erfolgsunrechts den Haftungsaufbau nicht unnötig verkompliziert. Das Persönlichkeitsrecht sei zwar umfassend, muss aber nach Massgabe der «Selbstbestimmung des Einzelnen», der «Wesentlichkeit» der Verletzung, der «berechtigten Entfaltungsinteressen des Verletzers» oder «der notwendigen Aussetzung des Einzelnen in der menschlichen Gemeinschaft» eingeschränkt werden. Im Rahmen des dergestalt abgesteckten Schutzbereichs soll dann jeder Verletzungserfolg grundsätzlich rechtswidrig sein, wobei die Rechtswidrigkeit wiederum entfällt, wenn ein Rechtfertigungsgrund, also eine Einwilligung, ein überwiegendes Interesse oder eine rechtfertigende Gesetzesvorschrift, vorliegt.

IV. Ablehnung des Erfolgsunrechts

Das Konzept des Erfolgsunrechts sollte meines Erachtens ganz aufgegeben werden. Es sprechen schon im Rahmen der Verletzung der körperlichen Integrität und der dinglichen Rechtspositionen die besseren Gründe für die Theorie des Verhaltensunrechts.[73] Dies gilt in besonderem Masse in Bezug auf das gegenständlich ohnehin schwierig abzugrenzende Persönlichkeitsrecht. Dabei ist klarzustellen, dass die Theorie des Verhaltensunrechts in den letzten Jahren – zumindest in der haftpflichtrechtlichen Literatur – von immer zahlreicheren Autoren vertreten wird,[74] es sich hierbei aber nicht um ein neues Konzept, sondern um die Fortführung des früher in der Schweiz allgemein anerkannten Rechtswidrigkeitsverständnisses handelt.

So hatte im Bereich des Persönlichkeitsrechts Egger in seiner Kommentierung aus dem Jahre 1930 ausgeführt, dass das Persönlichkeitsrecht nicht schrankenlos sei, die persönlichen Verhältnisse somit nicht schlechterdings rechtlichen Schutz geniessen. «Sie sind es nur gegen unbefugte Verletzun-

72 Aebi-Müller (Fn. 8), N 743.

73 Ausführlich Roberto (Fn. 57), N 258 ff.; in diesem Sinne nunmehr auch P. Loser, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht, Bern 2006, N.1089.

74 Siehe die umfassenden Nachweise bei Loser (Fn. 73), Fn 2755. In der persönlichkeitsrechtlichen Literatur hat eine entsprechende Abkehr vom Erfolgsunrecht (noch) nicht stattgefunden; siehe immerhin z.B. B. Seemann, Prominenz als Eigentum, Baden-Baden 1996, S. 178, wonach «Art. 28 ZGB unter ‹Verletzung› nicht das Resultat des Verletzens – die Beeinträchtigung des Betroffenen –, sondern die Verletzungshandlung (frz. ‹atteinte›) versteht».

gen».[75] Eine solche liegt nicht vor, wenn wohl das persönliche Gut, nicht aber das Persönlichkeitsrecht betroffen ist. Daher müsse zunächst jeweils geprüft werden, inwieweit die Persönlichkeit vor Eingriffen Dritter geschützt ist. Auch das Bundesgericht – so Egger – «spricht in diesem Zusammenhang in ständiger Praxis nicht vom Ausschluss der Widerrechtlichkeit, sondern untersucht geradewegs, ob eine Widerrechtlichkeit vorliege, eine befugte oder unbefugte Verletzung in den persönlichen Verhältnissen».[76] Eggers Kommentierung befasst sich denn auch hauptsächlich mit den einzelnen Fallgruppen der Persönlichkeitsverletzungen. Der Ausschluss der Rechtswidrigkeit tritt dagegen – so Egger – «hinter die Umschreibung der Widerrechtlichkeit weit zurück. Die schweizerische Rechtsprechung kommt deshalb nur verhältnismässig selten dazu, sich auf ihn zu berufen».[77]

Die Hinwendung zum Erfolgsunrecht nach deutschem Vorbild (und trotz des Umstandes, dass im deutschen Recht das Erfolgsunrecht auf Persönlichkeitsverletzungen gerade keine Anwendung findet) erfolgte erst in der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts. Nimmt man die Theorie des Erfolgsunrechts zum Nennwert, erlebt jeder in seiner täglichen Interaktion und Kommunikation mit anderen unzählige (durch konkludente Einwilligung oder überwiegende private oder öffentliche Interessen gerechtfertigte) Beeinträchtigungen in seiner Persönlichkeit. Soziales Zusammenleben ist nunmal – wie Larenz/Canaris zutreffend herausstreichen – «gar nicht anders möglich... als durch Einwirkung auf fremde Persönlichkeitssphären; die Verwirklichung der eigenen Persönlichkeit bedingt daher geradezu die permanente Beeinträchtigung anderer Menschen in ihrer Persönlichkeit».[78]

Auch von der Sache her vermag das heute vorherrschende Verständnis der Struktur des Persönlichkeitsschutzes nicht zu überzeugen. Im Hinblick auf den umfassenden Schutz der Persönlichkeit bedarf es unzähliger Rechtfertigungsgründe, um das zwischenmenschliche Zusammenleben zu ermöglichen. Je weiter somit die Persönlichkeit geschützt wird, umso mehr Fantasie ist bei den Rechtfertigungsgründen aufzubringen.

Das Erfolgsunrecht lässt sich sodann nicht mit dem Argument rechtfertigen, dass «unendlich viele Verletzungshandlungen denkbar» seien, weshalb das Konzept der «Verhaltenskontrolle statt Erfolgskontrolle» unpraktikabel sei.[79] Auch nach der Erfolgsunrechtstheorie müssen im Einzelfall jeweils die Verletzungshandlungen überprüft werden; bloss geschieht dies durch einen zweiten Prüfungsschritt im Rahmen der Rechtfertigungsgründe. Gleiches gilt

75 ZK-Egger (Fn. 2), ZGB 28 N 54.
76 ZK-Egger (Fn. 2), ZGB 28 N 54.
77 ZK-Egger (Fn. 2), ZGB 28 N 70.
78 Larenz/Canaris (Fn. 1), § 80 I 1, S. 491.
79 So aber Aebi-Müller (Fn. 8), N 109.

hinsichtlich des Hinweises, Art. 28 ZGB beschränke sich nicht auf bestimmte Eingriffe in die Persönlichkeit, sondern gewährleiste einen umfassenden Schutz, weshalb die Rechtswidrigkeit nicht erst bei Vorliegen einer Pflichtverletzung vorliegen dürfe.[80]

Stellt man bereits bei der Prüfung der Rechtswidrigkeit auf die Verletzungshandlung ab, statt erst im Rahmen der Rechtfertigungsgründe, so geht damit keine Einschränkung der Generalklausel von Art. 28 ZGB einher. Insbesondere bedeutet das Zugrundelegen des Handlungsunrechts nicht, dass mangels pflichtwidriger Handlungen ein Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch nicht geltend gemacht werden könnte.[81] Die negatorischen Ansprüche setzen keine Rechtswidrigkeit im haftpflichtrechtlichen Sinne voraus; es handelt sich vielmehr um eine Risikohaftung (des Handlungs- oder Zustandsstörers) mit einer gewissen Nähe zur Gefährdungshaftung.[82] Infolgedessen kann sowohl einem Verlag trotz fehlender Pflichtwidrigkeit die Veröffentlichung einer ehrverletzenden Publikation untersagt als auch einem Buchhändler der Vertrieb persönlichkeitsverletzender Bücher untersagt werden.

Obwohl die Lehre im Bereich des Persönlichkeitsschutzes das Erfolgsunrecht angewendet wissen will, beschäftigt sie sich trotzdem schwergewichtig mit den typischen Verletzungshandlungen. So erläutert z.B. Aebi-Müller, dass sich der Persönlichkeitsschutz «nicht nur an bestimmten Verletzungshandlungen orientieren» dürfe, um dann fortzufahren: «Bestimmte Verhaltensweisen erweisen sich freilich als besonders geeignet, einen rechtlich relevanten Verletzungserfolg herbeizuführen».[83] Wenig später wird dann auch eingeräumt, «ein Blick in die Praxis der Gerichte und in die Literatur (zeige), dass die angesprochenen Verletzungen regelmässig im Zusammenhang mit einigen wenigen, relativ konkreten Konfliktlagen entstehen».[84]

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das herrschende Konzept, wonach jegliche Beeinträchtigung der Persönlichkeit als rechtswidrig gilt und die Abgrenzung des Erlaubten vom Verbotenen im Rahmen der Rechtfertigungsgründe vorzunehmen sei, abzulehnen ist. Die schweizerische Rechtswissenschaft sollte sich nicht mit der Aufrechterhaltung überholter Denkfiguren beschäftigen. Nicht das Rechtsgut «Persönlichkeit», sondern die persönlich-

80 So Aebi-Müller (Fn. 8), N 108.

81 Vgl. aber Aebi-Müller (Fn. 8), N 112.

82 Siehe hierzu etwa Larenz/Canaris (Fn. 1), § 86, S. 672 ff., insbes. § 86 II 4 b, S. 682: «So liegt eine unternehmensspezifische Störung z.B. auch in der Verbreitung von Büchern, Zeitschriften und dgl., in denen unwahre ehrverletzende oder kreditschädigende Behauptungen enthalten sind; demgemäss ist der Verleger oder der Importeur als Unternehmensinhaber insoweit grundsätzlich passivlegitimiert für Ansprüche analog § 1004 BGB», mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

83 Aebi-Müller (Fn. 8), N 633.

84 Aebi-Müller (Fn. 8), N 696.

keitsverletzende Handlung bzw. die Koordination in Widerstreit stehender Verhaltensweisen steht im Vordergrund.

V. Aufgliederung in Fallgruppen

Allgemeiner Auffassung nach lässt sich die Rechtswidrigkeit bei Persönlichkeitsverletzungen erst aufgrund einer umfassenden Güter- und Interessenabwägung ermitteln. Die Hypertrophie einer bloss auf den Einzelfall bezogenen Betrachtung und ein schwer voraussehbares, weil nahezu ungebundenes Abwägen der widerstreitenden Interessenlagen vermögen rechtsdogmatisch und mit Blick auf die Rechtssicherheit nicht zu befriedigen. Der Einzelne sollte, so weit es die Thematik zulässt, abschätzen können, welche Verhaltensweisen eine rechtswidrige Persönlichkeitsverletzung darstellen und welche nicht. Es gilt daher, das Persönlichkeitsrecht in einzelne, möglichst konkret umschriebene haftungsbegründende Tatbestände aufzugliedern.

Die Parzellierung der Persönlichkeit mag zwar in einem gewissen Widerspruch zur Idee eines umfassenden Schutzes des Einzelnen in seiner persönlichen Integrität stehen. Gleichwohl kommt man nicht darum herum, das weitläufige Gebiet des Persönlichkeitsschutzes anhand der wichtigsten Fallgruppen zu systematisieren.

So werden die Dinge auch anderswo gesehen. Im amerikanischen Recht pflegt man ohnehin den Persönlichkeitsschutzbereich in eine Vielzahl einzelner Tatbestände aufzugliedern, die von «infliction of emotional harm» über «defamation» und «infringement of privacy» bis zu «interference with family relationships» reicht.[85] Diese generellen Tatbestände sind dann wiederum aufgegliedert. So unterscheidet man etwa bei der «privacy» die Verletzung durch das Eindringen in die Privatsphäre anderer («unreasonable intrusion upon the plaintiff's seclusion»), die Verwendung fremder Namen und Bildnisse, das grundlose Veröffentlichen privater Tatsachen und die Verbreitung falscher Persönlichkeitsbilder («placing a person in false light»).[86]

Trotz völlig anderer dogmatischer Grundlage ist eine entsprechende Fallgruppenbildung auch im deutschen Recht geläufig. Gemeinhin differenziert man im Schrifttum zwischen dem Schutz der Person vor Herstellung, Verbreitung und öffentlichen Zurschaustellung von Bildnissen, Angriffen auf die Ehre, Entstellungen der Identität, Eindringen in den persönlichen Bereich und dessen Ausforschung, Verbreitung von Persönlichkeitsäusserungen und per-

85 Siehe etwa D.B. Dobbs, The Law of Torts, St. Paul 2000, S. 821 ff., 1117 ff., 1197 ff., 1245 ff.

86 So die Einteilung in Restatement (Second) Torts, 1977, §§ 652B–652E, in Anlehnung an den Einteilungsvorschlag durch W. Prosser, Privacy, 48 Cal.L.Rev. 383 (1960).

sonenbezogenen Informationen, unbefugter Nutzung der Persönlichkeitsmerkmale sowie Beeinträchtigung der freien Entfaltung.[87]

Bei der Herausarbeitung der Fallgruppen ist auf zwei Aspekte hinzuweisen: Zum einen handelt es sich bei sämtlichen Gruppierungsvorschlägen nicht um eine Einschränkung auf einen festen Katalog von rechtswidrigen Persönlichkeitsbeeinträchtigungen. Im Laufe der Zeit können sich, z.B. infolge der technologischen Entwicklung (früher Radio, Fernseher usw., heute vor allem Internet) sowie aufgrund veränderter Anschauungen, neue Fallgruppen bilden, und bestehende Fallgruppen können eingeschränkt werden oder ganz wegfallen (z.B. Klagen gegen die am Ehebruch beteiligte Drittperson). Fallgruppen dienen daher einer besseren Veranschaulichung, führen jedoch nicht zu einer Einschränkung des umfassenden Persönlichkeitsschutzes.

Zum anderen sollte, wie vorne bereits erwähnt, die Systematisierung des Persönlichkeitsschutzes nicht durch Ausdifferenzierung einzelner Persönlichkeitsgüter erfolgen. Denn das Persönlichkeitsrecht ist nicht im Sinne einer wie auch immer gearteten Verfügungsmacht über Rechtsgüter zu verstehen.[88] Wesentlich ist nicht das jeweilige Persönlichkeitselement als solches, sondern die Art der Beeinträchtigung.[89] Für die Frage der rechtswidrigen Verletzung der Persönlichkeit macht es keinen grundlegenden Unterschied, «ob das Bild, das Wort usw. entstellt, ausgenutzt, erschlichen, verbreitet usw. wird».[90]

Auch Aebi-Müller, die zunächst ausführlich die Anwendung des Erfolgsunrechts auf das Persönlichkeitsrecht begründet, kommt nicht darum herum, anschliessend den von ihr vorgeschlagenen Persönlichkeitsbereich der «informationellen Privatheit» weitgehend durch typische Verletzungshandlungen zu konkretisieren.[91] Obwohl also das Ergebnis einer verletzenden Handlung die Persönlichkeitsverletzung darstellt, beschäftigt sie sich auch mit den typischen Verletzungshandlungen; so unterscheidet sie hinsichtlich der informationellen Privatheit etwa danach, «ob die Erlangung oder Weiterverbreitung von Informationen über die persönliche Lebensgestaltung heimlich geschieht»,[92] ob es sich um «verdeckte (sozial-)psychologische Versuche»[93] handelt, ob jemand einer «dauernden Observanz ausgesetzt»[94] ist oder ob der bestehende Bekanntheitsgrad, bestimmte Fähigkeiten oder andere Persönlich-

87 Siehe etwa MünchKomm-Rixecker BGB 12 Anh. N 30 ff.

88 MünchKomm-Rixecker BGB 12 Anh. N 8.

89 Larenz/Canaris (Fn. 1), § 80 III 3, S. 519.

90 Larenz/Canaris (Fn. 1), § 80 III 3, S. 519.

91 Aebi-Müller (Fn. 8), N 105 ff. («Persönlichkeitsverletzung als Erfolgsunrecht») sowie N 628 ff., wo sie den Schutz der informationellen Privatheit begründet und darlegt.

92 Aebi-Müller (Fn. 8), N 653.

93 Aebi-Müller (Fn. 8), N 655.

94 Aebi-Müller (Fn. 8), N 658.

keitsattribute gegen oder ohne den Willen des Betroffenen verwertet werden.[95]

E. Rechtsbehelfe

I. Rechtsbehelfe im Allgemeinen

Liegt eine rechtswidrige Verletzung der Persönlichkeit vor, kann der Betroffene die besonderen Klagen in Art. 28a Abs. 1, einen Gegendarstellungsanspruch sowie Schadenersatz und Genugtuungsansprüche geltend machen. Während letztere grundsätzlich[96] verschuldensabhängig sind, setzen die besonderen Klagen, d.h. Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsklage, kein Verschulden voraus. Ob auch der Anspruch auf Gewinnherausgabe verschuldensunabhängig ist, ist unklar.

Die Wirksamkeit der Rechtsbehelfe gegen Persönlichkeitsschutzverletzungen wird unterschiedlich beurteilt. Während für die einen die persönlichkeitsrechtlichen Ansprüche die bestehenden Schutzbedürfnisse nicht zureichend sicherstellen können,[97] hat sich das Persönlichkeitsschutzrecht anderer Meinung nach bewährt. So kann etwa nach Aebi-Müller die Persönlichkeit des Einzelnen zwar nicht alleine mit den Mitteln des Zivilrechts gewährleistet werden, doch entfalten die Rechtsnormen «eine nicht zu unterschätzende Signalwirkung».[98] Auch sie lässt aber offen, ob es nicht gleichwohl einer zusätzlichen Verstärkung des Schutzes durch das Strafrecht oder durch Zulassung eines Strafschadenersatzes («punitive damages») bedarf.[99]

Ob die eher wohlwollende Beurteilung des zivilrechtlichen Rechtsschutzes gegen Persönlichkeitsverletzungen gerechtfertigt ist, darf in der Tat bezweifelt werden. Es ist kaum von der Hand zu weisen, dass in diesem Bereich, im Gegensatz zu materiellen Schädigungen, der Betroffene in den meisten Fällen

95 Aebi-Müller (Fn. 8), N 662.

96 In der Lehre wird jeweils darauf hingewiesen, dass bei Kausalhaftungen das Erfordernis des Verschuldens entfällt.

97 Cherpillod (Fn. 31), S. 190 ff. («les moyens de droit à disposition du lésé ne sont souvent que des ‹tigres de papier›»); R. Schweizer, Privacy: Selbstbestimmung in der transparenten Gesellschaft, FS Druey, Zürich 2002, S. 907, 911 (geltendes Persönlichkeitsrecht bietet in unserer «Gesellschaft mit ihren immensen technologischen Möglichkeiten keine ausreichende Garantien für eine faire, offene sichere Kommunikation unter Respekt der Persönlichkeit aller Beteiligten»); D. Masmejan, Le droit de réponse vingt ans après: une fausse bonne idée?, medialex 2005, S. 27 ff.

98 Aebi-Müller (Fn. 8), N 622.

99 Aebi-Müller (Fn. 8), Fn 1649; gegen einen Strafschadenersatz Werro (Fn. 13), S. 88 ff.

seine Ansprüche nicht geltend macht.[100] Bereits Merz hatte in der Diskussion am Juristentag 1960 ausgeführt, dass bei Ehrverletzungen durch die Presse in neun von zehn Fällen der kluge Anwalt seinem Klienten sagen wird: «Tun Sie nichts, es kommt sonst nur noch dümmer heraus, wenn Sie sich irgendwie zu wehren versuchen.»[101] Diese Auffassung scheint auch heute nicht bloss bei den Anwälten, sondern auch bei den Medienberatern vorherrschend zu sein. So werden beispielsweise die Manager der in Konkurs gegangenen «Swissair» regelmässig seitens der Medien in ihrer Persönlichkeit verletzt; die grosse Mehrheit der Betroffenen setzt sich dagegen nicht zur Wehr. Es macht eben in der Regel kaum Sinn, nach Jahren ein Urteil zu erwirken, welches die Persönlichkeitsverletzung feststellt.

Als Beispiel sei etwa auf eine bis ans Bundesgericht weitergezogene Feststellungsklage verwiesen, mit der sich ein Arzt gegen Persönlichkeitsverletzungen durch ein Boulevardblatt zu wehren versuchte. Der Urteilsspruch des Bundesgerichts lautete wie folgt:

«In teilweiser Gutheissung der Berufung des Arztes Martin Kraska (Zürich) hat das Bundesgericht mit Urteil vom 29. Februar 2000 den Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. Februar 1998 aufgehoben und dessen Urteilsspruch wie folgt neu gefasst:

In teilweiser Gutheissung der Klage des Arztes Martin Kraska (Zürich) gegen die Ringier AG und den zuständigen Redaktor des Sonntagsblicks wird festgestellt, dass Martin Kraska durch den Artikel im Sonntagsblick vom 22. Mai 1994 (S. 6) in seiner Persönlichkeit insoweit widerrechtlich verletzt worden ist, als er darin tatsachenwidrig als Arzt dargestellt wurde, der eine ihm unbekannte Patientin (Maya Z.) aus unzureichenden medizinischen Gründen in eine psychiatrische Klinik eingewiesen hatte.»

Die Publikation eines solchen (juristisch korrekten, aber wenig leserfreundlichen) Feststellungsurteils dürfte den anvisierten Zweck kaum zu erfüllen vermögen. Vielmehr wird man die Öffentlichkeit wieder an die Angelegenheit erinnern, und die Einschränkung «in teilweiser Gutheissung» belässt ohnehin eher den Verdacht, dass der Betroffene doch zumindest teilweise zu Recht an den Pranger gestellt wurde.

Ein anschauliches Beispiel, wie mit der Anordnung der Urteilspublikation das Gegenteil des angestrebten Zieles bewirkt werden kann, erwähnt Studer: Ein Medienunternehmen wurde durch das Züricherische Obergericht verpflichtet, das die Klage gutheissende Urteil «in Form eines halbseitigen Inserats mit 1,4 cm hohen fetten Titelbuchstaben zu veröffentlichen, und zwar

100 Es ist freilich nicht auszuschliessen, dass die blosse Existenz von Rechtsnormen eine präventive Wirkung entfalten oder im Rahmen der aussergerichtlichen Beilegung von Streitigkeiten dienlich sein können.

101 H. Merz, Diskussionsvotum, ZSR 1960 II, S. 675a. Ebenso Grossen (Fn. 21), S. 43a.

mit vorgegebenem Text – in umständlichster Gerichtssprache. Auf der Halbseite waren der Leserschaft nur die drei Titelworte des ursprünglichen Artikels – ‹Expo-Finanzdirektor B. (voller Name) versteuerte null Franken!› aus sich heraus verständlich. Und das fünf Jahre und zwei Monate nach der schädigenden Publikation».[102] Gemäss Studer wären die Gerichte «besser beraten, in solchen Fällen die Medienunternehmen aufzufordern, einen zu genehmigenden journalistisch verständlichen Text auszuarbeiten».[103] Es ist jedoch zweifelhaft, ob dieser Vorschlag in der praktischen Umsetzung erfolgsversprechend sein kann.

Bei der Beurteilung des Persönlichkeitsschutzes wird in der Lehre darauf hingewiesen, es komme auch im Strassenverkehr regelmässig zu Regelverstössen und Unfällen, ohne dass jemand das Strassenverkehrsrecht grundsätzlich in Frage stellen wolle.[104] Dieser Einwand vermag indes nicht zu überzeugen. Kommt es aufgrund der Verletzung von Strassenverkehrsregeln zu einer Schädigung, so werden die verursachten Schadensbeträge eben regelmässig mit Mitteln des Zivilrechts beim Schädiger bzw. seinem Versicherer eingefordert. Im Persönlichkeitsschutzrecht gilt dies dagegen gerade nicht.

II. Gegendarstellung

Die Gegendarstellung wurde mit der Revision aus dem Jahre 1985 eingeführt und bezweckt, den Grundsatz der «Waffengleichheit» zwischen Medien und dem in seiner Persönlichkeit unmittelbar Betroffenen zu verwirklichen.[105] Auch hier gehen die Meinungen auseinander, ob sich der Rechtsbehelf in der Praxis bewährt hat. Erfahrungsgemäss verzichten die Betroffenen aus verschiedenen Gründen meist auf eine Gegendarstellung.

Eine Gegendarstellung kann einmal dazu führen, dass sich die nachteilige Tatsachendarstellung im öffentlichen Bewusstsein verfestigt. Denn derjenige Teil der Leserschaft, der die erstmalige Darstellung nicht oder bloss rudimen-

---

102 P. Studer, Ehemaliger Expo-Finanzchef in seiner Persönlichkeit verletzt, Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 6. September 2004, Medialex 2005, S. 53, 54.

103 P. Studer, Ehemaliger Expo-Finanzchef in seiner Persönlichkeit verletzt, Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 6. September 2004, Medialex 2005, S. 53, 54.

104 So Aebi-Müller (Fn. 8), N 622; siehe auch F. Werro, der in seiner Besprechung des Beitrags von Cherpillod zum Juristentag 1999 jedoch auf die in der Tat ähnlich gelagerten Probleme im Konsumentenschutzbereich hinweist; er schliesst eine Verstärkung des Rechtsschtzes jedoch nicht aus, sondern stellt fest: «S'il faut envisager un renforcement des moyens de droit, on ne saurait le limiter à ceux qui protègent les individues contre les médias», Medialex 1999, S. 134, 135.

105 Botschaft vom 5. Mai 1982, BBl 1982 II 636, 647: Damit sei «gewährleistet, dass Medien und Betroffene mit ‹gleich langen Spiessen kämpfen›»; vgl. auch Hausheer/Aebi-Müller (Fn. 31), N 15.03; BSK-Schwaibold ZGB 28g N 1; B. Bänninger, Die Gegendarstellung in der Praxis, Zürich 1998, S. 55.

tär zur Kenntnis genommen hat, wird aufgrund der Gegendarstellung erst- oder nochmals auf die beanstandete Tatsachendarstellung aufmerksam gemacht. Umgekehrt erreicht die Gegendarstellung nie alle Leser des persönlichkeitsverletzenden Textes. Sodann wirkt eine Gegendarstellung nach Auffassung der Medienfachleute «offenbar nicht neutralisierend, sondern erinnert primär an Negatives».[106]

Eine Gegendarstellung hat sich sodann knapp zu halten, die einzelnen beanstandeten Tatsachendarstellungen aufzuführen und diesen die eigene Darstellung gegenüberzustellen. Die Wirkung einer solchen naturgemäss «trockenen» Gegenüberstellung beim Adressatenkreis ist von vorneherein beschränkt. Vor allem aber wird die unmittelbare Betroffenheit oftmals nicht durch die konkreten unrichtigen Tatsachenbehauptungen, sondern durch den infolge der Medienberichterstattung vermittelten Gesamteindruck bewirkt; die Problematik liegt eben «in der Stimmung, in Ober- und Untertönen, Bildern, Vergleichen und Assoziationen, in der Auswahl und Gewichtung dessen, was der Journalist sagt und was er nicht sagt».[107] Der Betroffene darf in der Gegendarstellung all dies nicht; er darf weder seinerseits Stimmung machen noch Emotionen wecken, weshalb er «immer am kürzeren Hebel» sitzt.[108]

Nachteilig für den Betroffenen ist es auch, dass das Medienunternehmen der Gegendarstellung die Erklärung beifügen darf, es halte an seiner Tatsachendarstellung fest und[109] auf welche Quellen es sich stützt. Das Bundesgericht hat in einem problematischen Entscheid überdies den Zusatz abgesegnet: «Die Frage, welche Version die richtige ist, bleibt offen».[110] Die ursprüngliche Medienmeldung dürfte beim Durchschnittsleser ohnehin glaubwürdiger als die Gegendarstellung erscheinen.[111] Einer weiteren «Entwertung» dieses Instituts durch die Rechtsprechung hätte es daher nicht bedurft.

Der Anwendungsbereich des Gegendarstellungsrechts wird sodann erheblich eingeschränkt, weil der Rechtsbehelf bloss gegen Tatsachendarstellungen, nicht jedoch gegen Werturteile durchgesetzt werden kann. Die Lehre hat wiederholt auf die Problematik dieser Unterscheidung hingewiesen[112]; vor allem aber setzt sie die falschen Anreize. Um Gegendarstellungen zu vermeiden,

---

106 Bänninger (Fn. 105), S. 292. Siehe auch die Einschätzung bei Hausheer/Aebi-Müller (Fn. 31), N 15.05.

107 Brückner (Fn. 31), N 733.

108 Brückner (Fn. 31), N 733.

109 In Art. 28k Abs. 2 ZGB steht zwar «oder», aber die Praxis lässt sowohl Stellungnahme als auch Quellenangabe zu; Brückner (Fn. 31), N 750; BSK-Schweibold ZGB 28k N 12.

110 BGE 112 II 194

111 Hausheer/Aebi-Müller (Fn. 31), N 15.05.

112 Vgl. namentlich K. Kocian Elmaleh, Gegendarstellung: Ein Recht auf Selbstdarstellung?, plädoyer 6/1993, S. 30, 33; siehe sodann die ausführlichen Erörterungen bei Bänninger (Fn. 105), S. 120 ff., wie Tatsachen und Meinungen abzugrenzen seien.

sollten kritische Berichte über Personen auf Wertungen und Wertungen mit Tatsachenhintergrund, aber mit Vorteil nicht auf klaren Tatsachendarstellungen beruhen. Die Benachteiligung der sich an Fakten orientierenden Medienarbeit und die Prämierung wenig konkreter (aber für den Einzelnen nicht weniger schädlichen) Mutmassungen ist verfehlt.[113] Die mit der Gegendarstellung angestrebte Waffengleichheit lässt sich infolge Ausklammerung des Erwiderungsrechts gegen Werturteile nicht erreichen.

Desweiteren muss die Persönlichkeit zwar nicht verletzt, aber doch zumindest unmittelbar betroffen sein. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt eine solche Betroffenheit nur dann vor, wenn die Tatsachendarstellung «ein ungünstiges Bild der angesprochenen natürlichen oder juristischen Person entstehen, sie im Zwielicht erscheinen lässt».[114] Dieser ungünstige Eindruck muss beim Durchschnittsleser, also bei einer erheblichen, grossen Anzahl der Adressaten entstehen; das Bewirken eines zwielichtigen Eindrucks bei einem gewissen Teil der Leserschaft (Familienangehörige, Arbeitskollegen, Nachbarn usw.) genügt dagegen nicht.[115]

Im Hinblick auf die genannten Einschränkungen können die Auffassungen des Medienunternehmens und des Betroffenen hinsichtlich der Frage, ob eine Gegendarstellung zulässig sei bzw. ob sie in der eingereichten Form sämtliche Anforderungen erfülle, divergieren. Bis die Sache gerichtlich geklärt ist, dürfte sich ein grosser Teil der Leserschaft kaum noch an die Meldung erinnern. Der Betroffene ist damit auf die Bereitschaft des Medienunternehmens angewiesen, die Gegendarstellung zu veröffentlichen, und wird infolgedessen auch deren Kürzungs- und Abänderungswünsche akzeptieren müssen.

Es ist im Hinblick auf die aufgeführten Nachteile einer Gegendarstellung nicht erstaunlich, dass die praktische Bedeutung dieses Rechtsbehelfs zunehmend geringer wurde.[116] Trotz der relativ seltenen Geltendmachung des Gegendarstellungsanspruchs hat es sich nach Auffassung einiger Autoren

113 Kritisch auch Cherpillod (Fn. 31), S. 173 ff.

114 BGE 114 II 388, 390.

115 BGE 112 II 469: «Es kann deshalb nicht massgebend sein, welche Schlussfolgerungen ein gewisser Teil der Leserschaft aus der Veröffentlichung einer Fotografie allenfalls ziehen könnte. Anspruch auf eine Gegendarstellung vermag vielmehr nur eine Tatsache zu begründen, die sich für die grosse Mehrheit der Leser beim Betrachten der Fotografie aufdrängt.» Zu Recht kritisch zu dieser Einschränkung sowie zur Kunstfigur des «Durchschnittslesers» Aebi-Müller (Fn. 8), N 817 ff. m.w.N.

116 Siehe etwa die Umfrageergebnisse bei Bänninger (Fn. 105), S. 286 ff.

bewährt.[117] Zutreffender scheint freilich die Gegenauffassung zu sein.[118] So weist etwa Masmejan auf das Paradox des Gegendarstellungsrecht hin, dass es versuche, einen rechtlichen Anspruch zu gewähren, «dont on espère qu'il restera en dehors de la contestation juridique et judiciaire».[119] Aus den erwähnten Gründen dürfte die Wirksamkeit des Gegendarstellungsanspruchs auch nicht dadurch wesentlich verstärkt werden, wenn die unglückliche Einschränkung der Gegendarstellung auf Tatsachendarstellungen aufgegeben würde.

III. Schadenersatz und Genugtuung

Der in seiner Persönlichkeit Verletzte hat die Möglichkeit, bei Vorliegen der allgemeinen ausservertraglichen Haftungsvoraussetzungen Schadenersatz oder Genugtuung zu verlangen. Eine Vermögenseinbusse wird indessen oftmals nicht vorliegen, und hinsichtlich der Genugtuungsansprüche ist die Rechtsprechung hierzulande nach wie vor zurückhaltend.

Die deutsche Rechtsprechung hat dagegen die für Eingriffe in Persönlichkeitsrechte zu zahlenden Geldbeträge vor einigen Jahren massiv in die Höhe getrieben. Eingeleitet wurde die neue Praxis durch drei Urteile in den Jahren 1994 und 1995, die alle von Prinzessin Caroline von Monaco erstritten wurden. Sie wehrte sich erstens gegen ein frei erfundenes Exklusivinterview, zweitens gegen eine heimliche Aufnahme mit einem leistungsfähigen Teleobjektiv sowie drittens gegen das Titelblatt einer Illustrierten mit der Aufschrift: «Caroline – tapfer kämpft sie gegen Brustkrebs»; erst im Innenteil der Zeitschrift erfuhr der besorgte Leser, dass sie selbst nicht an Brustkrebs erkrankt war, sondern sich für Vorsorgeuntersuchungen zur Früherkennung dieser Krankheit einsetzt.[120]

---

117 BSK-Schwaibold Art. 28g N 1: Gegendarstellungsrecht habe sich «im vorgegebenen Rahmen konsolidiert und bewährt»; Bänninger (Fn. 105), S. 293: «Das Institut der Gegendarstellung fördert die Vergleichsbereitschaft und ebnet den Weg für kreative, sinnvolle Einzelfalllösungen.»

118 Siehe Cherpillod (Fn. 31), S. 173 ff.; Bucher (Fn. 31), N 672 («die ursprünglichen Erwartungen nicht erfüllt»); skeptisch auch Brückner (Fn. 31), N 733 f.; Hausheer/Aebi-Müller (Fn. 31), N 15.05.

119 Masmejan (Fn. 97), S. 33.

120 Grundlegend ist BGHZ 128, 1 bezüglich des erfundenen Exklusivinterviews, wo ausgeführt wird: «Der Fall ist dadurch gekennzeichnet, dass die Beklagte unter vorsätzlichem Rechtsbruch die Persönlichkeit der Klägerin als Mittel zur Auflagensteigerung und damit zur Verfolgung eigener kommerzieller Interessen eingesetzt hat. Ohne eine für die Beklagte fühlbare Geldentschädigung wäre die Klägerin einer solchen rücksichtslosen Zwangskommerzialisierung ihrer Persönlichkeit weitgehend schutzlos ausgeliefert» (S. 15 f.); ferner BGH NJW 1996, S. 984; OLG Hamburg NJW 1996, S. 2870.

Der Bundesgerichtshof nahm diese Fälle zum Anlass, um seine Rechtsprechung zur Entschädigung bei Persönlichkeitsverletzungen zu überdenken. Das Gericht kam dabei zum Schluss, dass dieser Rechtsbehelf neben der Genugtuung des Opfers vor allem auch der Prävention diene und deshalb so bemessen werden müsse, dass sich die der Auflagensteigerung dienende Persönlichkeitsverletzung für das Medienunternehmen nicht «lohne». Mit dieser neuen Begründung wurde die Entschädigung im Falle des erfundenen Exklusivinterviews von ca. 30'000 auf 180'000 DM erhöht.

Gegen die «neue Grosszügigkeit» wurden in der Lehre aus verschiedenen Gründen Bedenken angemeldet. So sei es nicht ganz unbedenklich, den Jet-Set-Angehörigen hohe Summen für solche Persönlichkeitsverletzungen zuzusprechen und «einem armen Kerl, der durch eine schuldhafte Verletzung einen Arm oder einen Fuss verloren hat, nur einen Bruchteil davon zuzubilligen».[121] Diese Ansicht ist insoweit zutreffend, als eine entsprechende Zubilligung unter dem Titel der Genugtuungsleistung erfolgt.

IV. Gewinnabschöpfung

Die Schwierigkeiten im deutschen Recht hinsichtlich der Entschädigung bei Eingriffen in die Persönlichkeit prominenter Personen können auf zwei Gründe zurückgeführt werden. Zum einen scheint man zu wenig klar zwischen den vermögensrechtlichen Verwertungsinteressen und den immateriellen Integritätsinteressen zu unterscheiden. Zum anderen hat sich die Rechtsprechung in einer älteren Entscheidung den Rückgriff auf die Gewinnherausgabe verbaut.[122]

Entsprechend der amerikanischen Rechtslage sollte man hinsichtlich dieses Problembereichs zwischen dem «right of publicity» und dem «right of privacy» differenzieren.[123] Im erwähnten Caroline von Monaco-Urteil, in welchem ein erfundenes Exklusivinterview abgedruckt wurde, lag ein Eingriff in das kommerzielle Verwertungsrecht vor. Denn das Interview war keineswegs ehrenrührig und die Antworten hätten durchaus von der Betroffenen stammen können.

Das Anliegen des deutschen BGH, wonach sich die unautorisierte Vermarktung der Persönlichkeit nicht lohnen dürfe und von der Entschädigungsleistung ein «echter Hemmungseffekt» für das Medienunternehmen ausgehen müsse, lässt sich durch die Abschöpfung des Gewinnes verwirklichen. Entgegen der Rechtslage in Deutschland ist die Gewinnherausgabe in Art. 28a

121 Ehmann (Fn. 59), S. 203. Weitere Nachweise bei G. Wagner, Geldersatz für Persönlichkeitsverletzungen, ZEuP 2000, S. 200, 208 f. Fn 47.

122 Siehe die Nachweise bei Staudinger/Hager BGB 823 N C254.

123 Siehe dazu etwa Seemann (Fn. 74), S. 69 ff.

Abs. 3 ZGB ausdrücklich vorgesehen.[124] Liegt darüber hinaus gleichzeitig auch eine immaterielle Schädigung vor, kann neben der Gewinnabschöpfung kumulativ auch eine Genugtuung zugesprochen werden.

Die schweizerische Rechtsprechung hatte – soweit ersichtlich – bislang wenig Gelegenheit, sich mit Fragen der Gewinnabschöpfung zu beschäftigen. Das Bundesgericht konnte sich erst vor kurzem zum ersten Mal mit der Problematik der Gewinnherausgabe eines Medienunternehmens wegen einer Persönlichkeitsverletzung befassen.[125] In diesem Entscheid stand die Frage im Vordergrund, welche Anforderungen an den Beweis des aus einer persönlichkeitsverletzenden Publikation resultierenden Gewinns zu stellen sind. Mit einer knappen Mehrheit von drei zu zwei Richterstimmen gelangte das Gericht zu dem Schluss, dass – entgegen der Auffassung der kantonalen Vorinstanz – keine überhöhten Anforderungen an die Beweisbarkeit gestellt werden dürfen, ansonsten die Durchsetzung der gesetzlich vorgesehenen Gewinnherausgabe illusorisch werde und die Bestrebungen des Gesetzgebers bei der Revision aus dem Jahre 1985, den Persönlichkeitsschutz zu stärken, vereitelt würden.[126]

Das Bundesgericht hat zunächst zutreffend dargelegt, dass sich Schadenersatz und Gewinnherausgabe nicht zwingend gegenseitig ausschliessen. Vielmehr ist zu unterscheiden, ob es sich um entgangenen Gewinn (Ausbleiben eines neuen Vermögenswertes) oder um einen positiven Schaden (Verminderung der Aktiven oder Vergrösserung der Passiven) handelt. Entgangener Gewinn und Gewinnherausgabe dürften sich regelmässig ausschliessen, da der eine Anspruch im anderen aufgeht. Dagegen kann ein positiver Schaden kumulativ zur Gewinnherausgabe geltend gemacht werden.[127] In Bezug auf den Nachweis des erzielten Gewinns darf nicht verlangt werden, dass die kausal bewirkte Auflagensteigerung durch den persönlichkeitsverletzenden Artikel ziffernmässig genau bewiesen wird.[128] Beachtlich ist, dass das Bundesgericht eine Gewinnherausgabe nicht von einer direkten Auflagensteigerung abhängig macht. Denn der Umsatz eines Medienunternehmens hänge längerfristig davon ab, dass die spezifischen Erwartungen der Kunden befriedigt werden.[129] Das durch die Persönlichkeitsverletzung be-

124 So auch Werro (Fn. 13), S. 89 f.

125 BGE 133 III 153; vgl. die Urteilsbesprechungen R. Aebi-Müller, Schadenersatz und Gewinnherausgabe an Medienopfer, medialex, 2007, S. 87, 93 f.; H. Hausheer und R. Aebi-Müller, Gewinnherausgabe nach Persönlichkeitsverletzung, ZBJV 2007, S. 341 ff.; D. Rüetschi, «Patty Schnyders Vater», sic! 2007, S. 434, 440 ff.

126 BGE 133 III 153, 162.

127 BGE 133 III 153, 160; siehe hierzu auch ZK-Schmid OR 423 N 176.

128 Die Vorinstanz hatte den Anspruch dagegen wegen fehlender Substanziierung abgewiesen (BGE 133 III 153, 160), obwohl naturgemäss nicht der Kläger, sondern das Medienunternehmen über die entsprechenden Zahlen verfügt und ein Editionsbegehren abgelehnt wurde.

129 BGE 5C.66/2006 vom 7.12.2006 Erw. 3.3

wirkte Interesse bei der Leserschaft wirkt sich daher auch ohne unmittelbar höhere Auflage positiv auf die Ertragslage des Unternehmens aus.

Die Entkoppelung der Gewinnherausgabe von der unmittelbar nachweisbaren Umsatzsteigerung ist der Sache nach zutreffend, würde doch ansonsten namentlich bei Zeitungen, die überwiegend eine abonnierte Leserschaft haben, ein kausal erzielter Gewinn kaum je nachweisbar sein.[130] Nach welchen Anhaltspunkten die Gerichte den erzielten Gewinn jedoch abschätzen können, bleibt unklar. Das Bundesgericht verweist diesbezüglich insbesondere auf Grösse, Aufmachung und Positionierung der Berichterstattung sowie auf den Umstand, ob es sich um einen einzelnen Artikel, eine Serie oder eine Kampagne handelt. Dies deutet darauf hin, dass bei der Gewinnherausgabe weniger die Abschätzung eines Gewinn im Vordergrund steht, sondern es sich eher um eine Entschädigung nach Massgabe der Intensität der Persönlichkeitsverletzung handelt. Damit nähert sich die Gewinnherausgabe der Genugtuung an.

Fraglich ist sodann, ob die Gewinnabschöpfung ein Verschulden voraussetzt. Nach Auffassung der vorherrschenden schweizerischen Lehre ist der Anspruch verschuldensunabhängig.[131] Das Bundesgericht scheint dieser Meinung zu Recht nicht folgen zu wollen, hat es doch die Gewinnherausgabe in zwei neueren (freilich nicht Persönlichkeitsverletzungen betreffende) Entscheidungen bloss bei Bösgläubigkeit zugelassen.[132]

Eine verschuldensunabhängige Gewinnherausgabe führt unweigerlich zu Wertungswidersprüchen. Denn während die Höhe eines Schadenersatzanspruchs auf die Vermögenseinbusse beim Betroffenen beschränkt ist, kann der erzielte Verletzergewinn weit über den beim Betroffenen entstandenen Schaden hinausgehen. Es ist daher einerseits dogmatisch ungereimt, wenn der weniger weit gehende Schadenersatzanspruch ein Verschulden voraussetzt, die weiter gehende Gewinnabschöpfung dagegen nicht.[133] Andererseits führt eine verschuldensunabhängige Gewinnherausgabepflicht zu einer übermässigen Einschränkung der Pressefreiheit und einer haftpflichtrechtlichen «overdeterrence». Medienunternehmen müssten einen exzessiven Aufwand betreiben, damit möglichst keine unautorisierten Informationen oder Bilder verarbeitet und publiziert werden.

Legt man, wie dies die (noch) herrschende persönlichkeitsrechtliche Lehre vertritt, der Persönlichkeitsverletzung das Erfolgsunrecht zugrunde,[134] so

130 Siehe auch Cherpillod (Fn. 31), S. 168.

131 Siehe etwa Bucher (Fn. 31), N 605; Hausheer/Aebi-Müller (Fn. 31), N 14.72; Aebi-Müller (Fn. 8), N 321 m.N. in Fn 830.

132 BGE 126 III 69, 72; 129 III 422, S. 425. Siehe hierzu etwa Chr. Chappuis, Gestion d'affaires imparfaite (Geschäftsanmassung): du nouveau, SZW, 2000, S. 201 ff.; J. Schmid, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Zürich 1992, N 771 ff.

133 So etwa auch Schmid (Fn. 132), N 789 ff.; ferner Werro (Fn. 13), S. 90.

134 Siehe vorne bei D.I.

könnte bei Verzicht auf das Erfordernis eines Fehlverhaltens selbst vom Buchladen oder vom Zeitschriftenhändler ein Gewinn abgeschöpft werden. Während es sachgerecht ist, dass gegen letztere negatorische Ansprüche (insbesondere die Unterlassung des Vertriebs persönlichkeitsverletzender Publikationen) durchgesetzt werden können, geht die Gewährung eines Anspruchs in der Höhe des mit dem Vertrieb der Publikation erzielten Gewinns (samt der vorgängig notwendigen Auskunfts- und Rechnungslegungspflicht) zu weit. Insgesamt ist eine verschuldensunabhängige Gewinnabschöpfung richtiger Ansicht nach abzulehnen.

Schliesslich stellt sich die Frage, ob für die Gewinnabschöpfung Fahrlässigkeit genügt[135] oder ob entsprechend der Rechtslage in Deutschland[136] nicht ein schweres Verschulden vorauszusetzen ist. In der amerikanischen Law and Economics-Diskussion wurde dargelegt, dass eine Entschädigungshöhe, die sich am verursachten Schaden orientiert, zu angemessenen Präventionsvorkehrungen führt.[137] Eine Ausnahme ist bloss für vorsätzliche Verletzungen zu machen, da in diesen Fällen der Verletzergewinn meist nicht gleichzeitig einen Wohlfahrtsgewinn bewirkt.[138]

Sowohl aus rechtökonomischen Überlegungen als auch aus Gründen der Wertungsstimmigkeit mit der Schadenersatzhaftung ist die Abschöpfung des aufgrund einer rechtswidrigen Handlung erzielten Gewinns auf vorsätzliche Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte zu beschränken. Entgegen der Auffassung der vorherrschenden Lehre und in Übereinstimmung mit der neueren Tendenz in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Gewinnabschöpfung folglich nur bei Bösgläubigkeit des Eigengeschäftsführers zuzulassen,

---

135 So etwa Schmid (Fn. 132), N 793 m.N.

136 Larenz/Canaris (Fn. 1), § 72 III 3c, S. 279; MünchKomm-Rixecker § 12 Anh. N 227; Aebi-Müller (Fn. 8), N 452 m.N.

137 Siehe vor allem A.M. Polinsky/S. Shavell, Punitive Damages: An Economic Analysis, 111 Harvard Law Review 869, 918 ff. (1998), wobei das ökonomische Modell bloss trägt, wenn sämtliche Verletzungen zu einer Entschädigung führen. Ansonsten muss ein Zuschlag zum Schadensbetrag gewährt werden, der dem Anteil der nicht durchgesetzten Ansprüche entspricht. Wird beispielsweise bloss jeder vierte Anspruch tatsächlich durchgesetzt und beträgt die durchschnittliche Schadenssumme 100 000, so müsste ein Anspruch in der Höhe von 400 000 gewährt werden; Polinsky/Shavell S. 887 ff.

138 R.D. Cooter, Punitive Damages for Deterrence: When and How Much?, 40 Alabama Law Review 1143, 1149–66 (1989). Polinsky/Shavell (Fn. 137), S. 920: «In sum, then, removing the defendant's gain is potentially appropriate and necessary only when the defendant is an individual who acted maliciously and obtained a socially illicit gain. Otherwise, the usual policy of setting damages equal to harm is desirable for achieving deterrence, and imposing damages so as to remove gains will tend to cause overdeterrence.»

d.h. wenn der Verletzer positive Kenntnis vom Fehlen der Rechtsgrundlage hat oder hätte haben müssen.[139]

F. Zusammenfassung

Eugen Huber integrierte vor 100 Jahren den Persönlichkeitsschutz in das Personenrecht des ZGB. Der in einer Generalklausel niedergelegte allgemeine Schutz der Persönlichkeit wurde zu einem Schaufensterstück unserer Privatrechtsordnung, das entgegen anfänglicher Befürchtungen die Medienfreiheit nicht zu stark einschränkte.

In den sechziger Jahren des letzten Jahrhunderts fand der Schutz der Persönlichkeit in der Rechtswissenschaft und beim Gesetzgeber grössere Beachtung. Aufgrund der häufiger werdenden Persönlichkeitsverletzungen durch die neuen technischen Möglichkeiten sowie durch die Medien wurde zunächst der strafrechtliche Persönlichkeitsschutz und im Jahre 1985 auch der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz, namentlich in prozessualer Hinsicht und durch Einführung des Gegendarstellungsrechts, verstärkt.

Trotz der intensiven Bearbeitung des Persönlichkeitsrechts durch die Rechtswissenschaft sind zahlreiche Fragen nach wie vor ungeklärt oder wieder in Frage gestellt worden. Unklar ist schon der Anwendungsbereich der Bestimmungen in Art. 28 ff. ZGB. Umstritten ist sodann der Wert der Unterscheidungen zwischen absoluten und relativen Personen der Zeitgeschichte, zwischen der Geheim-, Privat- und Gemeinsphäre oder zwischen einzelnen Persönlichkeitsaspekten.

Allgemeiner Auffassung nach liegt dem Persönlichkeitsrecht das Konzept des Erfolgsunrechts zugrunde, wonach jede Verletzung der Persönlichkeit rechtswidrig ist, sofern kein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Dieses Vorgehen verkompliziert unnötigerweise den Regelungsgegenstand. Statt auf das jeweilige Persönlichkeitsgut, wie Recht am Bild, am Wort usw., sollte sich die Rechtswissenschaft auf die persönlichkeitsverletzenden Handlungen fokussieren und versuchen, das weitläufige Gebiet des Persönlichkeitsschutzes anhand der in der Praxis wesentlichen Fallgruppen zu systematisieren.

Ob sich die Rechtsbehelfe, die zum Schutz der Persönlichkeit zur Verfügung stehen, bewährt haben, wird unterschiedlich beurteilt. In der Praxis lässt sich beobachten, dass die Betroffenen meist mit guten Gründen darauf ver-

139 Vgl. auch BGE 126 III 69, 72: «Elle est dite ‹de mauvaise foi› lorsque son auteur sait ou devrait savoir qu'il s'immisce dans la sphère d'autrui sans avoir de motif pour le faire»; BGE 129 III 422, 425: «im Wissen um» die fehlende Berechtigung. Zu Recht differenziert BSK-Honsell ZGB 3 N 20 zwischen jenen, «die bloss nicht alle Voraussetzungen für die Bejahung von gutem Glauben erfüllen» von «den wirklich Bösgläubigen». Zu letzteren «gehören nur die Arglistigen und jene, deren Fahrlässigkeit so gross ist, dass sie die Grenze zur Arglist erreicht».

zichten, Rechtsbehelfe gegen Persönlichkeitsverletzungen zu ergreifen. Das Erstreiten und Publizieren eines die rechtswidrige Verletzung der Persönlichkeit feststellenden Urteils bringt meist mehr Nach- als Vorteile. Dies gilt auch für das Gegendarstellungsrecht, das im Übrigen ohnehin bloss gegen Tatsachen, nicht aber gegen Werturteile zulässig ist. Und ein Schadenersatz- oder Genugtuungsanspruch fällt regelmässig mangels konkreten Vermögensschadens oder mit Blick auf die bescheidenen Genugtuungssummen ausser Betracht.

In neuester Zeit ist dagegen die Möglichkeit der Gewinnabschöpfung ins Zentrum des Interesses gerückt. Die Durchsetzbarkeit dieses Rechtsbehelfs hat das Bundesgericht in einer kürzlich ergangenen Entscheidung erheblich verstärkt, indem es klargestellt hat, dass keine überhöhten Beweisanforderungen gestellt werden dürfen. Der Kläger muss insbesondere keine Umsatzsteigerung nachweisen, die unmittelbar durch die persönlichkeitsverletzende Publikation bewirkt wurde. Entgegen der vorherrschenden Auffassung in der persönlichkeitsrechtlichen Lehre ist die Gewinnherausgabe verschuldensabhängig; da der Anspruch weiter als ein Schadenersatzanspruch geht, ist das Vorliegen eines schweren Verschuldens zu fordern.