



Daniel Glasl, Dr. iur., H.E.E. (Bruges), Rechtsanwalt, Partner bei Bratschi Wiederkehr & Buob AG, praktiziert als Wirtschaftsanwalt in Zürich. Er ist u.a. spezialisiert in Fragen des Medienrechts und leitet die Fachgruppe Medienrecht des Zürcher Anwaltsverbands. Nebst dem Medienrecht liegen die Schwerpunkte seiner Tätigkeit im Zivilprozessrecht, SchKG und Wirtschaftsrecht. Er publiziert und referiert u.a. im Zivilprozessrecht, Persönlichkeitsschutzrecht und zu Fragen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit. Im besprochenen Urteil agierte er als Rechtsvertreter des Klägers.

Medienkampagne und Gewinnabschöpfung – kein Schrecken ohne Ende

Replik zur Urteilsbesprechung 5A_256/2016 (Carl Hirschmann vs. Tamedia, Espace Media) von RA Dr. M. Schwaibold im Medialex-Newsletter 6/17

Résumé L'auteur répond à la discussion du jugement 5A_256/2016 concernant la violation de la personnalité par une campagne de médias et restitution du gain. Le jugement critiqué se range dans la pratique jusqu'à présent et correspond à la protection de la personnalité de la CEDH. L'intimé informationnel est part des intérêts légaux du droit de la personnalité. Une violation ne se peut pas seulement mesurer si une publication est objectivement juste. Il y a de divers éléments qui peuvent être violés. La comparaison entre les intérêts de l'individu à l'intégrité de la personne et l'intérêt d'information du public est impérative..

Die Urteilskritik von Matthias Schwaibold unter dem doppeldeutigen Titel „Ein Schrecken ohne Ende“ bedarf¹ der Entgegnung. Das Urteil ist durchaus bemerkenswert; was der Rezensent hingegen daraus ableitet, erscheint übertrieben. Eine nüchterne wissenschaftliche Betrachtung wäre wünschenswert.

I. Medienkampagne

Die Hauptkritik des Rezensenten lautet, das Bundesgericht „erfinde“ mit der Feststellung der Persönlichkeitsverletzung durch eine Medienkampagne „ein Recht auf ungetrübtes Ansehen und informationelle Privatheit“. Es weiche (das Gegenteil vorgehend) mehrfach von der bestehenden Rechtsprechung ab. Das Urteil gehe über alles bisher Judizierte hinaus. Diese Kritik ist falsch.

Zunächst sei daran erinnert, dass der Presserat mit Stellungnahme 58/2010 den Medienhype um den Kläger² schon im Dezember 2010 gerügt hatte („Rudeljournalismus“, „Flut von Medienberichten“, bei der „nicht ein öffentliches Interesse, sondern Voyeurismus im Zentrum“ steht), und dass der Parallelprozess gegen Ringier im Sommer 2012(!) mit einem Vergleich geendet hatte, im Zuge dessen sich die „Blick“-Gruppe wie folgt öffentlich äusserte.

„Entschuldigung Im Zuge der vorübergehenden Verhaftung von Herrn Carl Hirschmann im Jahre 2009 haben wir zahlreiche Artikel in den Publikationen der BLICK-Gruppe publiziert (...). In diesen Artikeln wurden teilweise unzutreffende Vorwürfe verbreitet, die sich auf Behauptungen anonymer Informanten stützten oder in der Weitergabe blosser Gerüchte bestanden. Soweit sich diese Vorwürfe als falsch erwiesen, bedauern wir dies und nehmen sie ausdrücklich zurück. **Die Berichterstattung hat zudem durch ihre Intensität die Persönlichkeitsrechte von Herrn Hirschmann verletzt. Wir entschuldigen uns dafür bei Herrn Hirschmann“.**

Insbesondere die Erkenntnis, dass die Berichterstattung auch und gerade *durch ihre Intensität* die Persönlichkeitsrechte des Klägers verletzt hat, scheint der rezensierende Kollege vergessen zu haben. Genau diese Masse, In-³

tensität und Allgegenwärtigkeit der Berichte führt nun das Bundesgericht als von der Vorinstanz verbindlich festgestellten Sachverhalt auf („sehr grosse Flut von Medienberichten“, präzedenzloser „Medienhype“, „überdurchschnittliche Intensität“, eigentliches Ausschlachten des Falls, Medien haben „sich regelrecht auf das Ereignis gestürzt“, Berichte aufgebaut [s. Erw. 6.1], „Medienrummel von bisher unbekanntem Ausmass“, Beteiligung der Beklagten „an der medialen Skandalisierung“ des Klägers [Erw. 6.5]). Auch der Rezensent schreibt, dass es ein präzedenzloser Medienhype war und dass das Ausmass der Berichterstattung in keinem vernünftigen Verhältnis zu den Tatsachen stand (Rz. 8).

4 Insoweit ist der Sachverhalt unbestritten, die Abweichung liegt in der Subsumtion.

5 Das Bundesgerichtsurteil folgt in Erw. 6 dem anerkannten Prüfschema und erwägt, ob – erstens – eine Persönlichkeitsverletzung vorliegt und ob sie – zweitens – gerechtfertigt werden kann. Erw. 6.4 enthält eine bis in die Quellen höchst lesenswerte Darlegung des Wesens und der Teilaspekte der rechtlich geschützten Persönlichkeit. Gestützt auf den Sachverhalt kommt das Bundesgericht zum Ergebnis, dass die präzedenzlose Flut von Berichten die Persönlichkeit des Klägers verletzt hat (Erw. 6.5). Danach prüft es in einer Interessenabwägung, ob die Persönlichkeitsverletzung gerechtfertigt werden konnte, was es zu Recht verneint (Erw. 6.7).

6 Der Rezensent liegt falsch, wenn er dem Gericht vorwirft, in Abweichung der bisherigen Rechtsprechung neues Recht zu „erfinden“, und „das Ende des kritischen Journalismus‘ (...)“ zu verkünden (Rz. 22). Kritischer Journalismus ist weiterhin gewünscht und nötig, lag hier aber nicht vor. Entsprechend dem weit gefassten Persönlichkeitsbegriff, dessen Tragweite nicht neu ist, sind Medienberichte nicht allein daran zu messen, ob sie die Wahrheit wiedergeben, objektiv sind oder die Unschuldsvermutung einhalten. Auch objektiv zutreffende Berichte können persönlichkeitsverletzend sein, etwa wenn sie die Privatsphäre verletzen oder eine Person unzulässig herabsetzen. Zu den geschützten Teilaspekten der Persönlichkeit gehören die Ehre, die informationelle Privatheit und Selbstbestimmung, und auch das Recht, sich gegen übermässige Eingriffe in die Individualität der Person zur Wehr zu setzen. Der Rezensent vermischt die Verletzungs- mit der Rechtfertigungsebene. Es ist bestehende Praxis, dass das „Interesse des Individuums auf Unversehrtheit seiner Person sorgfältig gegen dasjenige der Presse auf Information der Öffentlichkeit abzuwägen“ ist. Dabei kann die „Rechtfertigung stets nur so weit reichen, als ein Informationsbedürfnis besteht. Soweit ein solches zu verneinen ist, bleibt es bei der Widerrechtlichkeit der Persönlichkeitsverletzung.“ (BGE 129 III 529 S. 532 E. 3.1). Es müssen „sowohl die Ziele, die der Urheber verfolgt, als auch die Mittel, derer er sich bedient“, schutzwürdig sein (BGE 126 III 305 E. 4a). Die Frage des Wahrheitsgehalts kommt erst beim zweiten Prüfschritt ins Spiel: Unwahre Berichte sind von vornherein nicht rechtfertigbar; umgekehrt ist nicht automatisch jeder wahre Bericht im überwiegenden öffentlichen Interesse: Dies kann erst die sorgfältige Interessenabwägung ergeben.

7 In jedem Fall ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten. Auch die in der Öffentlichkeit stehende Person braucht sich nicht gefallen zu lassen, dass die Massenmedien mehr über sie berichten, als durch ein legitimes Informationsbedürfnis gerechtfertigt ist; ihrem Schutzbedürfnis ist nach Möglichkeit ebenfalls Rechnung zu tragen (BGer 5A_658/2014 E. 5.5). Dieses „mehr“ war im vorliegenden Fall gegeben in der festgestellten Medienkampagne (zumindest) zwischen dem 4. November 2009 und dem 2. Oktober 2010 (Erw. 6.5 i.V.m. Erw. 6.1). In Erw. 6.7 kommt dem Urteil die grösste Bedeutung zu, weil es um die zentrale Frage geht, wie weit der Informationsauftrag der Medien reicht. Vorliegend konnten sich die Beklagten unter dem Titel des öffentlichen Interesses auf kein nennenswertes Informationsbedürfnis berufen; anstatt dem Publikum Klarheit über den Fortgang des Strafverfahrens zu verschaffen, hatten sie sich „am Medienrummel“ beteiligt, eine Vielzahl von Berichten, die sich immer um dasselbe Thema drehten, veröffentlicht und, „um den Schwung dieses medialen Karussells aufrechtzuerhalten“, die Berichte mit Episoden aus dem Leben des Klägers von untergeordneter Bedeutung aufgebaut (E. 6.7.3). Das vom Rezensenten als „Katastrophe“ bezeichnete Urteil reiht sich daher nahtlos in die bisherige Praxis ein und steht im Einklang mit der EMRK, insbesondere dem Privatsphärenschutz nach Art. 8 EMRK.

II. Gewinnabschöpfung

8 Bekanntlich stört sich der Rezensent auch an der Gewinnabschöpfung. Als Parteivertreter kritisiert er diese Praxis des Bundesgerichts seit Jahren. Das Problem dabei ist: Die Gewinnabschöpfung durch den Verletzten als Folge widerrechtlicher Persönlichkeitsverletzung ist im Gesetz ausdrücklich vorgesehen (Art. 28a Abs. 3 ZGB, Art. 9 Abs. 3 UWG). Kaum jemand dürfte ernsthaft dafür plädieren, dass sich Unrecht auch noch lohnen darf.

9 Nachdem das Bundesgericht schon im Rückweisungsurteil das Schnyder-Urteil bestätigt hatte (BGer 5A_658/2014 E. 13.2.2), folgt nun die Klärung einiger Fragen zur prozessualen Durchsetzung des materiellen Anspruchs. So hat der Verletzte das Recht, zunächst seinen Nebenanspruch auf Rechenschaftsablage durchzusetzen, weil er im Hinblick auf seinen Hauptanspruch auf Informationen angewiesen ist, die naturgemäss im Herrschaftsbereich der Beklagten zu finden sind (Erw. 8.2.5.3). Der Kläger hat diesen Anspruch ausreichend substantiiert (Erw. 8.2.5.3) und keine verpönte Ausforschung verlangt (Erw. 8.2.5.4). Er hat das Recht, nach erfolgter Auskunft und Rechenschaftsablage seinen Hauptanspruch auf Gewinnerhausgabe zu beziffern bzw. seine

Ermessensklage zu substantizieren. Das steht nun alles bevor, und am diesbezüglichen Rückweisungsentscheid ist – auch durch den Rezensenten, der dennoch zwei Seiten darüber schreibt – nichts zu bemängeln. Die Stossrichtung seiner (allgemeinen) Kritik zielt auf Beweisschwierigkeiten ab, insbesondere beim Kausalzusammenhang. Weil ein Anspruch möglicherweise schwierig zu beweisen ist, ist er aber nicht inexistent. Das Zivilprozessrecht hat eine dienende Funktion und ist darauf ausgerichtet, dem materiellen Recht zum Durchbruch zu verhelfen (BGE 139 III 457 E. 4.4.3.3). Wer wie die Beklagte in der Lage ist, in den vergangenen 10 Jahren mehr als 420 Millionen Franken an Gewinn an die Aktionäre auszuschütten, ist hier besonders exponiert. Im Parallelprozess, auch daran sei der Rezensent zum Schluss erinnert, hatte seine Mandantschaft in der Schweiz am Sonntag vom 28. August 2012 noch stolz erklärt, mit dem Vergleich eine Gewinnherausgabe in mutmasslich zweistelliger Millionenhöhe abgewendet zu haben

Zusammenfassung Der Autor repliziert auf die Urteilsbesprechung 5A_256/2016 betreffend Persönlichkeitsverletzung durch eine Medienkampagne und Gewinnherausgabe. Das kritisierte Urteil reiht sich nahtlos in die bisherige Praxis ein und steht im Einklang mit der Privatsphärenschutz der EMRK. Die informationelle Privatheit ist Bestandteil der persönlichkeitsrechtlichen Individualrechtsgüter. Eine Verletzung ist nicht allein daran zu messen, ob Berichte objektiv zutreffen; es gibt verschiedene Verletzungstatbestände. Die Abwägung zwischen den Interessen des Individuums an der Unversehrtheit der Person und dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit ist zwingend.
