VITO ROBERTO / STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER

Offene und neue Fragestellungen im Bereich des Persönlichkeitsschutzes

Inhaltsübersicht

		Seite
1.	Überblick	229
2.	Inhalt und Abgrenzung des Persönlichkeitsschutzes im Haftungsrecht	231
3.	Dogmatische Grundlagen	232
4.	Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit	235
5.	Verletzung der «wirtschaftlichen Persönlichkeit»	236
6.	Persönlichkeitsverletzungen bei juristischen Personen und Personengruppen	238
7.	Ansprüche juristischer Personen	240

1. Überblick

Anders als im allgemeinen Haftpflichtrecht, in dem vieles festgefahren scheint und man im Grunde vor allem um die zutreffenden dogmatischen Konstruktionen streitet, ist der Persönlichkeitsschutz in mancherlei Hinsicht nach wie vor in Entwicklung. Dieser Befund ist keineswegs neu. Schon vor über drei Jahrzehnten setzte sich Druey in seiner Dissertation über den Ausgleich immaterieller Nachteile zum Ziel, «diesem bis heute noch etwas locker im Rechtssystem sitzenden Gebilde seinen festen Platz zuzuweisen»[1]. Wenngleich der Schutz der Persönlichkeit und der Ausgleich für deren Verletzung in den letzten Jahren in verschiedenen Lehrbüchern ausführlich dargestellt wurden[2], sind zahlreiche Fragen nach wie vor offen und neue kommen fortlaufend hinzu. Dies trifft auch auf ausländische Rechtsordnungen zu. Wer sich

1 DRUEY JEAN NICOLAS, Die Forderung auf eine Geldzahlung zum Ausgleich für immaterielle Nachteile im Vergleich mit der Forderung auf Ersatz des Vermögensschadens nach schweizerischem Recht, Diss. Basel 1966, 1.

2 BRÜCKNER CHRISTIAN, Das Personenrecht des ZGB (ohne Beurkundung des Personenstandes), Zürich 2000; BUCHER ANDREAS, Natürliche Personen und Personenschutz, 3. A., Zürich 1999; DESCHENAUX HENRI/STEINAUER PAUL-HENRI, Personnes physiques et tutelle, 4. A., Bern 2001; HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 1999; PEDRAZZINI MARIO M./OBERHOLZER NIKLAUS, Grundriss des Personenrechts, 4. A., Bern 1993; RIEMER HANS MICHAEL, Personenrecht des ZGB: Studienbuch und Bundesgerichtspraxis, Bern 1995; SCHMID JÖRG, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, Zürich 2001.

diesem Bereich zuwendet, betritt – wie von Bar[3] in seiner rechtsvergleichenden deliktsrechtlichen Umschau unlängst formuliert hat – «eine schillernde, systematisch wie sachlich noch immer in vielfältiger Bewegung befindliche Welt».

Ziel dieses Beitrages soll es nicht sein, Probleme des Persönlichkeitsschutzes eingehender zu behandeln. Vielmehr sollen *einzelne Aspekte* herausgegriffen werden, die unseres Erachtens mitverantwortlich sind, dass dieses Rechtsgebiet – um mit Druey zu sprechen – «nach wie vor etwas locker im Rechtssystem sitzt». Nachfolgend ist daher zunächst auf die Fragen nach dem *Aufgabenbereich* des Persönlichkeitsschutzes (hinten Ziff. 2) und des sachgerechten Anknüpfungspunktes für die Tatbestandsmässigkeit, d.h. der Definition der *Rechtswidrigkeit* als Schlüsselbegriff des Haftungsaufbaus schlechthin (hinten Ziff. 3), einzugehen. Anschliessend sind ausgewählte Tatbestandsgruppen von Verletzungshandlungen darzustellen. Beachtung gefunden hat in der Lehre bislang vor allem der Ehrenschutz, inklusive des postmortalen Persönlichkeitsschutzes, der Schutz der Geheim- und Privatsphäre vor unbefugtem Eindringen bzw. vor dem Herstellen von Öffentlichkeit sowie die Rufausbeutung, inklusive der Namensanmassung[4]. Diese Tatbestände sollen ebenso wie der körperliche Persönlichkeitsschutz ausgeklammert werden[5]. Stattdessen wird auf einige Aspekte des Persönlichkeitsschutzes eingegangen, die in der schweizerischen Lehre weniger aufgearbeitet wurden: die Beeinträchtigung der *Entscheidungsfreiheit* (hinten Ziff. 4), die Verletzung der *wirtschaftlichen Persönlichkeit* (hinten Ziff. 5), Persönlichkeitsverletzungen bei *juristischen Personen* und *Personengruppen* (hinten Ziff. 6) sowie die *Genugtuungsansprüche der juristischen Personen* (hinten Ziff. 7).

3 VON BAR CHRISTIAN, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. II, München 1999, N 81.

4 Siehe hierzu BUCHER (Fn. 2) N 453 ff.; GEISER THOMAS, Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke, Basel 1990, 27 ff.; PEDRAZZINI/OBERHOLZER (Fn. 2) 1993, 132 ff.; SCHMID (Fn. 2) N 836 ff.

5 Die Ausklammerung erfolgt freilich nicht deshalb, weil die entsprechenden Gebiete keine Fragen mehr aufwerfen würden; vielmehr unterliegen die Anschauungen über die Grenze der zulässigen Beeinträchtigung anderer Menschen dem ständigen gesellschaftlichen Wandel, weshalb sich diese Aspekte des Persönlichkeitsschutzes fortwährend entwickeln. So hat z.B. das Bundesgericht in einer vor etwa zwei Jahrzehnten gefällten Entscheidung im Falle eines Ehebruches einen Schadenersatz- und Genugtuungsanspruch nicht ausgeschlossen (BGE 78 II 290; 109 II 6 f.). Die Erhaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft sollte aber heutzutage nicht erzwungen werden können, weder unmittelbar noch mittelbar über Unterlassungs-, Schadenersatz- oder Genugtuungsklagen gegen den ungetreuen Ehepartner oder den am Ehebruch beteiligten Dritten (ebenso SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, 2. A., Bern 2000, N 17.11 und 50.14).

2. Inhalt und Abgrenzung des Persönlichkeitsschutzes im Haftungsrecht

Der Persönlichkeitsschutz führt aus Sicht des Haftpflichtrechts ein weitgehend autonomes Dasein. Materiell gehört der Schutz der Persönlichkeit zwar ebenso zum ausservertraglichen Haftungsrecht wie die Haftung des Grundeigentümers (Art. 679 ZGB) oder des Familienhauptes (Art. 333 ZGB). Im Gegensatz zu letzteren Haftungen wird der Persönlichkeitsschutz aber in der haftpflichtrechtlichen Literatur ausgeklammert und dem personenrechtlichen Schrifttum überlassen[6]. Diese Arbeitsteilung hat dazu geführt, dass die Abgrenzung zwischen dem Persönlichkeitsschutz und dem allgemeinen Haftpflichtrecht unklar wurde. Es stellt sich daher die Frage nach der thematischen Abgrenzung der beiden Haftungsbereiche.

Das Schrifttum unterteilt den Aufgabenbereich des Persönlichkeitsschutzes in verschiedene Kategorien. Brückner[7] und Pedrazzini/Oberholzer[8] unterscheiden zwei, Riemer[9] sieben Kategorien. Die Mehrheit der Autoren wählen eine mittlere Lösung und teilen die Verletzungshandlungen in folgende drei Gruppen ein: Verletzungen der *physischen* Persönlichkeit, der *affektiven* bzw. emotionalen Persönlichkeit und der *sozialen* Persönlichkeit[10]. Der Einteilung kommt freilich keine praktische Bedeutung zu; insbesondere stellt sie keine abschliessende Aufzählung der rechtswidrigen Persönlichkeitsverletzungen dar[11].

Wesentlich erscheint vielmehr, dass der Begriff der Persönlichkeit im Sinne von Art. 28 I ZGB zunehmend in einem weiten Sinne verstanden wird. Dieser umfasst neben den genuin persönlichkeitsrechtlichen Tatbeständen, d.h. Verletzungen der Ehre, der Geheim- und Privatsphäre usw., auch Eingriffe in die (traditionell zum allgemeinen Haftpflichtrecht gehörenden) physische und psychische Integrität sowie Freiheitsentziehungen. Grundsätzlich ist es unschädlich, die Persönlichkeit in einem weiten Sinne zu definieren und dasselbe Gebiet an zwei Orten abzuhandeln. Zu beachten ist jedoch, dass die Bestimmungen in Art. 28a ff. ZGB nicht recht zu Verletzungen der *körperlichen Persönlichkeitsgüter* passen; bei einer Tötung oder Körper-

6 Vgl. etwa HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3. A., Zürich 2000; KELLER MAX/GABI SONJA, Haftpflichtrecht, 2. A., Basel 1988, SCHWENZER (Fn. 5); REY HEINZ, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. A., Zürich 1998; anders aber ROBERTO VITO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, N 446 ff.

7 BRÜCKNER (Fn. 2) N 390 ff.

8 PEDRAZZINI/OBERHOLZER (Fn. 2) 133 ff.

9 RIEMER (Fn. 2) N 338 ff.

10 Vgl. etwa TERCIER PIERRE, Le nouveau droit de la personnalité, Zürich 1984, N 353 ff.; BUCHER (Fn. 2) N 466 ff.; GEISER (Fn. 4) 27 ff.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 2) N 12.42 ff.

11 Vgl. auch BRÜCKNER (Fn. 2) N 462; GEISER (Fn. 4) 27.

verletzung sind weder der Unterlassungsanspruch (Art. 28a I Ziff. 1 ZGB) oder eine vorsorgliche Massnahme (Art. 28c ff. ZGB) noch das Gegendarstellungsrecht (Art. 28g ff. ZGB) in Betracht kommende Rechtsbehelfe.

Aus diesem Grunde sollte der Persönlichkeitsschutz unseres Erachtens auf die *unkörperlichen Persönlichkeitsgüter* beschränkt werden. Diese lassen sich am besten durch die verschiedenen Formen ihrer Ausprägung umschreiben. Dazu gehören vor allem die Intim- und Privatsphäre, die Ehre (auch die berufliche Ehre), der Name, das Familienleben, das Recht am eigenen Bild und der eigenen Stimme, die informationelle Selbstbestimmung, die Entscheidungsfreiheit in seinen verschiedenen Formen wie etwa Freiheit der Familienplanung oder sexuelle Entscheidungsfreiheit, die persönlichen Daten, das Andenken der Verstorbenen usw.

Zuzugeben ist, dass sich im Grenzbereich die körperlichen und unkörperlichen Persönlichkeitsgüter überschneiden[12]. Letztere sollten gleichwohl als eigenständige Kategorie verstanden werden, um diesen ohnehin schillernden und sich in Bewegung befindenden Bereich nicht zusätzlich zu belasten[13]. Diese Grundeinteilung ist auch die in den anderen europäischen Rechtsordnungen geläufigste[14].

3. Dogmatische Grundlagen

Entsprechend dem deliktsrechtlichen Haftungsaufbau durch die herrschende Lehre bezeichnet ein Teil des Schrifttums auch beim Persönlichkeitsschutz jeden Eingriff in das *absolut geschützte Rechtsgut* «Persönlichkeit» als rechtswidrig. Erst in einem zweiten Schritt ist dann zu prüfen, ob die Rechtswidrigkeit aufgrund eines Rechtfertigungsgrundes (z.B. Einwilligung, überwiegendes privates oder öffentliches Interesse) entfällt[15].

Diese Sicht der Dinge ist einmal auf die unglückliche Definition der Rechtswidrigkeit als Erfolgsunrecht zurückzuführen[16]. Mitspielen dürften auch gewisse Abwehrreflexe der Juristen gegenüber der befürchteten «Allmacht» der Ärzteschaft im

[12] Zu denken ist etwa an das Abschneiden oder Verfärben der Körperhaare (in der österreichischen Entscheidung OGH SZ 1974, 679 als Körperverletzung qualifiziert) oder die Vernichtung tiefgekühlten Spermas eines kranken Mannes (in der deutschen Entscheidung BGHZ 124, 52 als Körperverletzung qualifiziert); beiden Fällen wird man eher gerecht, wenn man sie bei den Persönlichkeitsverletzungen einreiht; ebenso Honsell (Fn. 6) § 4 N 10.

[13] Vgl. auch die Kategorisierung bei Pedrazzini/Oberholzer (Fn. 2) 133 ff.

[14] von Bar (Fn. 3) N 81 Fn. 500.

[15] Bucher (Fn. 2) N 515 ff.; Hausheer/Aebi-Müller (Fn. 2) N 12.14 ff.; differenzierend Pedrazzini/Oberholzer (Fn. 2) 143.

[16] Ausführlich hierzu Roberto (Fn. 6) N 258 ff.

Heilbereich. Denn die herrschende Konzeption führt im Bereich des Arzthaftungsrechts dazu, dass jeder Heileingriff zunächst einmal rechtswidrig ist und sich der Arzt erst durch (aufgeklärte) Einwilligung des Patienten von der Haftung befreien kann. Die Übertragung dieses (im übrigen auch im Arzthaftungsrecht verfehlten) Ansatzes auf den ganzen Bereich des Persönlichkeitsschutzes muss zwangsläufig *in die Irre führen*. Bei den Persönlichkeitsrechten geht es gerade nicht um sinnlich wahrnehmbare Rechtsgüter. Auch die Unterteilung in verschiedene Sphären – Gemein-, Privat- und Intimsphäre – kann bloss zur Veranschaulichung der unterschiedlichen Schutzbedürfnisse, nicht aber zur Umschreibung tatbestandlicher Beeinträchtigungen mit Rechtswidrigkeitsindikation dienen. Denn wie namentlich Larenz/Canaris zu Recht ausgeführt haben, gerät das Persönlichkeitsrecht oftmals in «Konflikt mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht anderer Menschen, da soziales Zusammenleben als Interaktion und Kommunikation gar nicht anders möglich ist als durch Einwirkung auf fremde Persönlichkeitssphären; die Verwirklichung der eigenen Persönlichkeit bedingt daher geradezu die permanente Beeinträchtigung anderer Menschen in ihrer Persönlichkeit»[17]. Im Kern geht es beim Persönlichkeitsschutz jeweils um die *Koordination rechtlich geschützter, aber in Widerstreit stehender Verhaltensweisen*[18]; im Vordergrund steht nicht das Rechtsgut «Persönlichkeit», sondern die Verletzungshandlung. Bei der Beurteilung der Handlung ist jeweils abzuwägen, ob sie im Hinblick auf die Zeit, den Ort, die Umstände und die möglichen Auswirkungen noch als zulässig zu gelten hat oder nicht.

Sodann ist zu bemerken, dass die Rechtswidrigkeit eine Auswahl unter den zur Rede stehenden Handlungen treffen sollte. Nicht jede Handlung, welche eine Ausprägung des Persönlichkeitsrechts beeinträchtigt, kann als rechtswidrig bezeichnet werden[19]. Es macht z.B. wenig Sinn, einen Auftritt in einer Fernsehsendung als «durch Einwilligung gerechtfertigter Eingriff in das Recht am eigenen Bild» oder eine kritische Rezension einer Dissertation als eine «durch überwiegende Interessen gerechtfertigte Ehrverletzung» zu qualifizieren. Bei Beeinträchtigungen körperlicher Rechtsgüter führt diese Sicht der Dinge – um die Beispiele noch etwas zu erweitern – dazu, den Geschlechtsverkehr unter Liebenden als «durch Einwilligung gerechtfertigtes Sexualdelikt» zu bezeichnen, den Transport in einem Zug oder Flugzeug als «durch Einwilligung gerechtfertigte Freiheitsberaubung» usw.

Unabhängig von der dogmatisch fragwürdigen Konstruktion ist auch die Zuordnung des Privatbereichs zum absolut geschützten Rechtsgut «Persönlichkeit» proble-

[17] Larenz Karl/Canaris Claus-Wilhelm, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, 13. A., München 1994, § 80 I 1.

[18] MünchenerKomm/Rixecker Anhang zu § 12 BGB N 8.

[19] Anders aber die herrschende Auffassung, vgl. BGE 127 III 488 m.N.; Bucher (Fn. 2) N 515.

matisch. Denn in einer offenen Gesellschaft, die auf *freie Information und Kommunikation* angewiesen ist und die Pressefreiheit anerkennt, kann es nicht im Belieben des einzelnen liegen, welche Informationen zu seinem Privatleben gehören und welche der Öffentlichkeit zugänglich sein sollen[20]. Die gegenteilige Auffassung, welche die Privatsphäre als absolut geschützt erachtet, um dann das «Eindringen» im Einzelfall aufgrund grosszügiger Rechtfertigungsgründe als rechtmässig zu erklären, erinnert an die «Echternacher Springprozession»: drei Schritte vor und zwei zurück.

Zu welchen ausufernden Folgen die herrschende Definition der Rechtswidrigkeit bei Persönlichkeitsverletzungen führt, zeigt etwa das Beispiel des Rechts am eigenen Bild: Jede von einem Touristen gemachte Aufnahme, auf welcher ihm unbekannte Personen zu sehen sind, wäre eine rechtswidrige Persönlichkeitsverletzung, welcher mittels eines weitgefassten Verständnisses der Rechtfertigungsgründe wieder zur Rechtmässigkeit verholfen werden muss[21]. Einfacher und sachgerechter ist es, nicht die betroffene Sphäre, d.h. das Bild, die Stimme, der Name, die Privatsphäre usw., sondern die *Art der Beeinträchtigung* dieser Rechtsgüter, d.h. etwa die eigenmächtige Verwendung des Personenbildes, der Stimme oder des Namens zu Werbezwecken, das Eindringen ins Privatleben mittels bestimmter Machenschaften wie heimliche Foto- oder Filmaufnahmen[22] oder die unbefugte Verbreitung privater Tatsachen in der Öffentlichkeit in den Vordergrund zu rücken[23]. So sieht man die Dinge auch in Deutschland[24], obwohl dort das Erfolgsunrecht hinsichtlich absolut geschützter Rechtsgüter im Gesetz vorgegeben ist.

Insgesamt ist festzuhalten, dass sich die *Rechtswidrigkeit auf die Verletzungshandlung* bezieht, wobei nur bestimmte Handlungen, etwa wegen der Art der Informationserlangung, der Schadensträchtigkeit usw., als rechtswidrig gelten. Erst wenn feststeht, dass eine Handlung rechtswidrig ist, kann sich die Frage nach dem Vorliegen eines (die Ausnahme bildenden) Rechtfertigungsgrundes stellen.

20 Vgl. auch Larenz/Canaris (Fn. 17) § 80 II 4 a.

21 Ebenso Geiser (Fn. 4) 38 f.; Brückner (Fn. 2) N 629 f., insbesondere Fn. 142.

22 Zulässig ist dies dagegen zur Aufdeckung von Straftaten, vgl. BGE SemJud 1998, 301. Bei heimlichen Videoüberwachungen ist zu unterscheiden: Die permanente Überwachung der Arbeitnehmer durch Videokameras ist im Regelfall rechtswidrig; anders ist dagegen beim Einsatz der Kameras in Banken oder Kaufhäusern zu entscheiden. «Denn diese beeinträchtigen einerseits den Betroffenen nicht gravierend, da es beim rechtstreuen Kunden nichts Wesentliches auszuspähen gibt, und können andererseits von Straftaten abschrecken und zu deren Aufklärung beitragen», Larenz/Canaris (Fn. 17) § 80 II 4 d.

23 Vgl. auch Tuor Peter/Schnyder Bernhard/Schmid Jörg, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. A., Zürich 1995, 94.

24 Vgl. z.B. Larenz/Canaris (Fn. 17) § 80 III 3.

4. Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit

Die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit ist eine unklar konturierte Fallgruppe der Persönlichkeitsverletzung. Am einschneidendsten ist sie wohl bei der *rechtswidrigen Entmündigung*[25] betroffen. Die Entscheidungsfreiheit darf indessen nicht mit der allgemeinen Handlungsfreiheit gleichgesetzt werden. Vielmehr handelt es sich um eine spezielle Ausprägung derselben[26].

Eine wesentliche Fallgruppe der persönlichkeitsrechtlich geschützten Entscheidungsfreiheit bildet die Verletzung der *ärztlichen Aufklärungspflicht*. Dabei wird das Selbstbestimmungsrecht, und nicht etwa die persönlichen Integrität verletzt[27]. So kann auch ein einwandfrei durchgeführter Heileingriff die persönliche Entscheidungsfreiheit verletzen, wenn z.B. der Arzt den Umfang des Eingriffs eigenmächtig ausweitet. «Umgekehrt verletzt auch derjenige die Entscheidungsfreiheit des Patienten, der ihn gegen seinen Willen ‹aufklärt› – etwa, indem er ihm die (in zulässiger Weise festgestellte) Disposition zu einer schweren unheilbaren Krankheit mitteilt»[28].

Die Entscheidungsfreiheit ist ferner auch dann verletzt, wenn *Bestandteile des Körpers* (z.B. Blut) ohne Einwilligung des Berechtigten zu Zwecken verwendet werden, die mit der Behandlung nichts zu tun haben. Grundsätzlich rechtswidrig ist infolgedessen «der medizinisch nicht indizierte Aidstest, der z.B. vorsorglich zum Schutze des Klinikpersonals oder gar routinemässig vorgenommen wird»[29].

Hierher gehören wohl auch die Fälle der «*durchkreuzten Familienplanung*»[30]. Diese Ausprägung des Persönlichkeitsschutzes ist freilich ohne grosse praktische Bedeutung, da bei einer ungewollten Schwangerschaft aufgrund einer fehlerhaft durchgeführten Sterilisation oder einer falschen Beratung über die Indikation eines Schwangerschaftsabbruchs («wrongful birth») regelmässig ein vertraglicher Schadenersatzanspruch besteht. Die deliktische Haftung kommt daher bloss ausnahmsweise zum Zuge, etwa bei der Haftung des Herstellers fehlerhafter Empfängnisverhütungsmittel[31].

25 Vgl. den Fall in BGE 57 II 3.

26 Larenz/Canaris (Fn. 17) § 80 II 6 c.

27 Honsell (Fn. 6) § 5 N 23; anders die Rechtsprechung: siehe z.B. BGE 117 Ib 197 ff.; 108 II 59 ff.

28 Larenz/Canaris (Fn. 17) § 80 II 6 c.

29 Larenz/Canaris (Fn. 17) § 80 II 6 c.

30 Zutreffend Steiner Isabelle, Das «Kind als Schaden» – ein Lösungsvorschlag, ZBJV 2001, 656 ff.; ausführlich Holzwarth Andreas, Das Recht auf ungestörte Familienplanung als Konkretisierung des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Diss. Tübingen 1997.

31 Siehe zum Problem der Unterhaltskosten für unerwünschte Kinder z.B. Fellmann Walter, Schadenersatz für den Unterhalt eines unerwünschten Kindes, ZBJV 1987, 317 ff.; Mannsdorfer Thomas M., Pränatale Schädigung, Ausservertragliche Ansprüche pränatal geschädigter Personen, Freiburg 2000, N 981 ff.; vgl. auch OLG Frankfurt NJW 1983, 341.

Schwierig zu beantworten ist die Frage, ob eine Persönlichkeitsverletzung auch dann zu bejahen ist, wenn eine Frau ihrem (nicht mit ihr verheirateten) Partner *vortäuscht*, sie würde ein *empfängnisverhütendes Mittel nehmen*. Damit verletzt sie zwar die Entscheidungsfreiheit ihres Partners, «verwirklicht aber zugleich ihren Wunsch nach einem Kind und übt damit ihre eigene ebenso höchstpersönliche Entscheidungsfreiheit aus»[32]. Aus diesem Grund möchte die wohl vorherrschende Auffassung in Deutschland einen entsprechenden Anspruch nicht anerkennen. Es ist freilich nicht einzusehen, weshalb der Wunsch des einen Elternteils nach einem Kind nur mit dem betreffenden (getäuschten) Partner erfüllbar sein soll. Auch die Sorge des deutschen BGH, das Kind würde bei Kenntnis der Einstandspflicht der Mutter gegenüber dem Vater «in der ihm zukommenden Menschenwürde» verletzt[33], ist im Hinblick auf die Anerkennung eines Ersatzanspruchs der Eltern bei fehlgeschlagener Sterilisation[34] nicht nachvollziehbar.

5. Verletzung der «wirtschaftlichen Persönlichkeit»

In den Schutzbereich der Art. 28 ff. ZGB fallen auch Verletzungen der sozialen Persönlichkeit[35]. Darunter fallen unter anderem Beeinträchtigungen der wirtschaftlichen Betätigung und Entfaltung. Dieses sogenannte wirtschaftliche Persönlichkeitsrecht («droit de la liberté économique») hat zum Ziel, sowohl dem einzelnen als auch den juristischen Personen eine *freie Entfaltung der wirtschaftlichen Tätigkeit* zu ermöglichen und sie vor Beeinträchtigungen zu schützen[36]. Das Bundesgericht erachtet das Recht, sich im Bereich der Wirtschaft frei zu betätigen und zu organisieren, als zivilrechtliches Gegenstück zu der in der Bundesverfassung verankerten Wirtschaftsfreiheit[37].

32 Larenz/Canaris (Fn. 17) § 80 II 6 e, die eine Persönlichkeitsverletzung ablehnen; ebenso BGHZ 97, 379 f.; OGH JBl 1994, 687 ff.; Honsell (Fn. 6) § 1 N 36.

33 BGHZ 97, 380.

34 Vgl. etwa BGH NJW 1995, 2409 f.; zur Kontroverse zwischen den beiden Senaten des Bundesverfassungsgerichts siehe etwa Losch Bernhard/Radau Wiltrud Christine, Die «Kind als Schaden»-Diskussion, NJW 1999, 821 ff.

35 Deschenaux/Steinauer (Fn. 2) N 541 ff., Tercier (Fn. 10) N 353 ff., 413 ff. und 440 ff.; Schmid (Fn. 2) N 846 ff.

36 Bucher (Fn. 2) N 503; Hausheer/Aebi-Müller (Fn. 2) N 12.148; Pedrazzini/Oberholzer (Fn. 2) 141.

37 BGE 82 II 302; Art. 28 BV. Zu einzelnen Aspekten dieses Rechts vgl. BGE 33 II 118; 52 II 383; 73 II 78; 86 II 376.

Der Schutz der wirtschaftlichen Persönlichkeit wirft aber insofern Fragen auf, als in einer freien Marktwirtschaft gerade jeder im Wettbewerb mit anderen sein soll und die Marktteilnehmer danach trachten, bessere Produkte und Leistungen als die Mitbewerber anzubieten, um die Kundschaft möglichst für sich zu gewinnen. *Im Wettbewerb* stehende (natürliche oder juristische) Personen werden *andauernd von Dritten «beeinträchtigt»*. Und dies soll auch so sein. Absprachen zwischen Marktteilnehmern, man wolle sich nicht mehr «beeinträchtigen», wären überdies aufgrund des Kartellgesetzes rechtswidrig. Unzulässig sind lediglich bestimmte Verhaltensweisen, bei welchen die Grenzen des freien Wettbewerbs überschritten werden.

Die meisten dieser Verhaltensweisen fallen heute in den Anwendungsbereich von Spezialgesetzen, insbesondere das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind die Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb besondere Ausprägungen des Persönlichkeitsschutzes, dessen Klagen insoweit *subsidiär*, neben den wettbewerbs- und sonstigen spezialrechtlich begründeten Ansprüchen bestehen[38]. Der Persönlichkeitsschutz hat infolgedessen bloss dann eigenständige Bedeutung, wenn keine Spezialgesetze (z.B. UWG, KG, URG, MSchG) Anwendung finden. Zu beachten ist aber, wie das Bundesgericht zutreffend ausgeführt hat[39], dass Lücken in Spezialgesetzen nicht ohne weiteres «auf dem Umweg über eine allgemeine Norm» ausgefüllt werden können; so kann etwa nicht über das allgemeine Persönlichkeitsrecht ein absoluter Schutz relativer Forderungsrechte begründet werden.

Der Anwendungsbereich des wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechts bezieht sich vor allem auf den *Ausschluss* aus Berufsverbänden und Vereinen[40] sowie auf längere Sperren von Berufssportlern[41]. In diesen Fällen bedingt das Persönlichkeitsrecht auf wirtschaftliche Entfaltung eine Beschränkung des Rechts, Mitglieder ausschliessen zu können; ansonsten lägen die wirtschaftlichen Entfaltungsmöglichkeiten der betroffenen Mitglieder (bzw. der Unternehmen) zu einem beträchtlichen Teil in der Macht des Vereins. Ob der Rückgriff auf die wirtschaftliche Persönlichkeit auch für weitere Fallkonstellationen ergiebig ist, erscheint dagegen eher fraglich[42].

38 BGE 110 II 417; 121 III 173.

39 BGE 114 II 105.

40 So z.B. BGE 123 III 193 ff. Die auf Art. 72 Abs. 2 ZGB beruhende umfassende Ausschlussautonomie wird im Falle von Vereinen, die als massgebende Organisation eines Berufsstandes oder Wirtschaftszweiges auftreten, wegen der wirtschaftlichen oder beruflichen Bedeutung der Mitgliedschaft durch das Persönlichkeitsrecht der Mitglieder auf wirtschaftliche Entfaltung beschränkt.

41 SJZ 1988, 85 ff.; ZBJV 1988, 311 ff.; Kummer Max, Spielregel und Rechtsregel, Bern 1973, 55 ff.; Baddeley Margareta, L'association sportive face au droit, Basel 1994, 97 f.; Hausheer/Aebi-Müller (Fn. 2) N 13.35.

42 Vgl. auch die Analyse bei Riemer Hans Michael, Persönlichkeitsrechte und Persönlichkeitsschutz gemäss Art. 28 ff. ZGB im Verhältnis zum Datenschutz-, Immaterialgüter- und Wettbewerbs-

6. Persönlichkeitsverletzungen bei juristischen Personen und Personengruppen

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht steht nicht nur natürlichen, sondern auch *juristischen Personen* zu, freilich bloss insoweit, als sie ihrem Wesen und ihrer Funktion nach dieses Rechtsschutzes bedürfen[43]. Dies gilt aufgrund des «Erst-recht-Schlusses» auch für Kollektiv- und Kommanditgesellschaften[44], da diese der natürlichen Person im allgemeinen näher stehen als die juristischen Personen; nachfolgende Bemerkungen beziehen sich daher auch auf Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit.

Anders als in der schweizerischen Lehre tut sich die deutsche Literatur bei der Anerkennung eines zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts juristischer Personen schwer[45]. Dies ist unter anderem darauf zurückzuführen, dass die für natürliche Personen und ihr Schutzbedürfnis entwickelte Bewertungsmuster «mehr oder weniger schablonenhaft auf die juristische Personen angewandt» werden[46]. Bei der Frage nach dem Persönlichkeitsschutz juristischer Personen kann es jedoch nicht darum gehen, nach der Persönlichkeit der natürlichen Personen zu forschen und die von ihr umfassten Aspekte unbesehen auf die juristischen Personen zu übertragen. Vielmehr ist zu fragen, ob und inwiefern eine juristische Person einerseits als Zweckschöpfung des Rechts und andererseits als Gebilde sozialer Realität nicht ebenso wie natürliche Personen schutzbedürftige Interessen hat. Wie Meissner zutreffend ausführt, verbindet man heutzutage «die juristische Person in erster Linie mit dem Produkt, dem Image, dem Namen (...) sowie der Marke und erst in zweiter Linie mit den die juristischen Person ‹ausmachenden› natürlichen Personen», wie z.B. Verwaltungsrat, Geschäftsführer oder Aktionären[47]. Die Arten der Verletzungen sind vielfältig und gehen von der Verwendung des fremden Rufes für eigene Werbezwecke über die satirische Verfremdung von Marken bis zur Beeinträchtigung des Ansehens durch Veröffentlichung von unternehmensinternen Details[48]. Bei der Beurteilung einer Persönlichkeitsverletzung ist vor allem auf die soziale Funktion der betroffenen juristischen Person abzustellen. Bei nichtwirtschaftlichen Personenvereinigungen steht die soziale Individualität, bei Kapitalgesellschaften die unternehmerische Zweckverfolgung im Vordergrund[49].

Unklar ist die Rechtslage, wenn sich die persönlichkeitsverletzenden Handlungen (vor allem Ehrverletzungen) *gegen eine Personengruppe* richten («Kollektivbeleidigungen»). Richtiger Ansicht nach ist in solchen Fällen eine Persönlichkeitsverletzung des einzelnen im allgemeinen abzulehnen. Anders ist zu entscheiden, wenn die Gruppe so klein ist, dass sich die Gruppenangehörigen persönlich betroffen fühlen; diesfalls kann jeder für sich die persönlichkeitsrechtlichen Ansprüche geltend machen. Gleiches gilt, wenn eine Beleidigung gegen eine Mehrheit gerichtet ist, in Wahrheit aber eine bestimmte Person angesprochen und dies auch von einem Dritten so verstanden wird[50]. Eine Persönlichkeitsverletzung liegt dagegen nicht vor, wenn sich der Angriff in allgemeiner Weise gegen die Angehörigen eines Berufsstandes («alle Anwälte sind Betrüger», «alle Ärzte sind Kurpfuscher»), eines Geschlechts[51], einer Religion[52] oder gegen die Anhänger einer Freizeitaktivität[53] richtet.

recht, sic! 1999, 103 ff. Eine eigene Fallgruppe, die sich aber auch unter die wirtschaftliche Persönlichkeit fassen lässt, bildet die Rufausbeutung.

43 Pedrazzini/Oberholzer (Fn. 2) 151. Aus der weit zurückreichenden Rechtsprechung vgl. etwa BGE 31 II 246; 32 II 374; 46 II 425; 52 II 353 und 383. Das liechtensteinische Recht beinhaltet insofern eine Besonderheit, als der Persönlichkeitsschutz juristischer Personen in Art. 115 des Personen- und Gesellschaftsrechts (PGR) explizit festgehalten wird: «Verbandspersonen geniessen den gleichen Schutz der Persönlichkeit wie natürliche Personen, soweit sich nicht aus der Beschränkung ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit oder aus der Natur der Verhältnisse eine Einschränkung ergibt. Insbesondere sind sie geschützt in ihrem Recht auf den Namen, die Firma, Zeichen, Ehre, Brief-, Geschäfts- und andere schutzwürdige Geheimnisse.»

44 Siehe etwa Pedrazzini/Oberholzer (Fn. 2) 151.

45 Vgl. die Übersicht bei Kraft Alfons, Gedanken zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht juristischer Personen, in: Festschrift für Heinrich Hubmann, Frankfurt 1985, 201 ff. Bezüglich des schweizerischen Rechts führt er aus: «Es ist erstaunlich, wie wenig das schweizerische Recht von diesen Problemen umgetrieben wird.»

46 Meissner Michael, Persönlichkeitsschutz juristischer Personen im deutschen und US-amerikanischen Recht, Frankfurt 1998, 72, mit ausführlichen Hinweisen zur deutschen Rechtsprechung und Lehre 43 ff., 60 ff.

47 Meissner (Fn. 46) 12.

48 So z.B. BGE 95 II 481 ff. (Club Medityrannis); 97 II 97 ff. (Metzler); 108 II 241 ff. (Compagnie Internationale des Wagons-Lits). Das Recht auf Achtung der Privatsphäre im Sinne des häuslichen familiären Bereichs kann der juristischen Person zwar nicht zustehen, sie geniesst diesen Schutz jedoch in einem weiteren Sinne, der den geschäftlichen Kreis umfasst. Auf die Erforderlichkeit des Schutzes der Geheimsphäre von Unternehmen zur Ausübung von Geschäftstätigkeiten hat insbesondere Druey in seiner Habilitationsschrift Geheimsphäre des Unternehmens, Grundfragen des Persönlichkeitsrechts auf Geheimsphäre, untersucht mit dem Blick auf einen Sonderfall, Basel 1977, hingewiesen.

49 Nobel Peter, Gedanken zum Persönlichkeitsschutz juristischer Personen, in: Festschrift für Mario M. Pedrazzini, Bern 1990, 423 f.; Weber Rolf H., Juristische Personen, Schweizerisches Privatrecht, II/4, Basel 1998, 133.

50 So auch die Rechtslage im amerikanischen Recht, vgl. Prosser/Keeton, Torts, 5. A., St. Paul 1984, 784 f. mit Nachweisen.

51 ZBJV 1983, 473: Schiessübungen auf Bilder einer nackten Frau. LG Darmstadt NJW 1990, 1997 f.: Diskriminierung der Frauen durch (abfällige) Sprache («Altweibersommer»).

52 Hier ist freilich der Rassismusartikel (Art. 261bis StGB) einschlägig.

53 BGE 100 IV 46 f.: Tierschutzverein greift Tätigkeit der Jäger an.

7. Ansprüche juristischer Personen

Wer in seinen Persönlichkeitsrechten verletzt oder von einer Verletzung bedroht ist, kann sich – als Träger des Persönlichkeitsrechtes – auf den durch die Art. 28 ff. ZGB gewährten Rechtsschutz berufen, d.h. neben den negatorischen Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen insbesondere auch Schadenersatz und Genugtuungsansprüche geltend machen. Die Aktivlegitimation der juristischen Personen und Personengesamtheiten hinsichtlich der negatorischen Klagen und der Schadenersatzklage bzw. der Klage auf Gewinnherausgabe ist unbestritten. Dagegen gehen die Meinungen auseinander, ob diese auch eine *Genugtuung* beanspruchen können[54]; denn bei juristischen Personen lässt sich das Zufügen einer immateriellen Unbill nur schwer denken. Es stellt sich daher die Frage, ob die Geltendmachung einer Genugtuung Eigenschaften voraussetzt, die ihrer Natur nach nur einem Menschen, und nicht einer juristischen Person als Gesamtgebilde zukommen können.

Art. 49 OR verwendet die Bezeichnung «immaterielle (seelische bzw. moralische) Unbill» nicht, setzt diese aber voraus: Die Zusprechung einer Genugtuungsleistung aufgrund einer Persönlichkeitsverletzung setzt mithin voraus, dass diese eine immaterielle Unbill verursacht hat[55]. Darunter versteht man «alles, was das Wohlbefinden und die Lebensfreude, die Geltung und die Entfaltung eines Menschen hindert oder mindert, ohne sich erfassbar auf sein Vermögen auszuwirken»[56]. Die Zahlung einer Geldentschädigung als Genugtuung soll einen Ausgleich für die erlittenen Schmerzen und seelischen Leiden schaffen[57]. Solche Gefühlsregungen können nur Menschen, nicht aber juristische Person empfinden. Gleichwohl befürworten Rechtsprechung und vorherrschende Lehre für juristische Personen einen Genugtuungsanspruch[58]. Als Begründung wird angeführt, auch juristische Personen seien schutzbedürftig, und man müsse ihre Verletzlichkeit ausgleichen[59]. Es sei überdies nicht massgebend, dass eine juristische Person keine Genugtuung empfinden könne; es genüge vielmehr, dass deren Organe dies für sie tun könnten[60].

Diese Auffassung ist *abzulehnen*. Bei juristischen Personen und Personengesellschaften mit wirtschaftlicher Zielsetzung können sich Beeinträchtigungen bloss *vermögensrechtlich* auswirken. Diese Einbussen sind durch eine Schadenersatzzahlung auszugleichen. Eine Ausnahme muss für nicht am Wirtschaftsleben teilnehmende, *ideelle* Vereine und Gesellschaften gelten[61]. Auch in diesen Fällen ist aber jeweils zu prüfen, ob das Erfordernis einer Genugtuungsleistung für die juristische Person nicht dadurch entfällt, dass bereits den natürlichen Personen, deren Persönlichkeitsrecht durch den Angriff auf den Verband, dem sie angehören oder dessen Organ sie sind, eine Genugtuung gewährt wurde[62].

54 Grundsätzlich bejahend: BernerKomm/Brehm Art. 49 OR N 40 ff.; Keller/Gabi (Fn. 6) 123; Schumacher Rainer, Die Presseäusserung als Verletzung der persönlichen Verhältnisse, insbesondere ihre Widerrechtlichkeit, Freiburg 1960, 210. Verneinend: Tercier Pierre, Contribution à l'étude du tort moral et sa réparation en droit civil suisse, Freiburg 1971, 153 ff.; Merz Hans, Die Obligation – Einleitung, Entstehung und allgemeine Charakterisierung, Schweizerisches Privatrecht VI/1, Basel 1984, 241.

55 Rey (Fn. 6) N 442 ff. Anderer Meinung z.B. Geiser (Fn. 4) 101 f., der die Auffassung vertritt, dass es eine Persönlichkeitsverletzung ohne subjektive Unbill nicht geben, die subjektive Unbill daher auch nicht ein besonderes Erfordernis für die Genugtuung darstellen kann. Dieser Auffassung, die sich auf den Gesetzestext des Art. 49 OR – in dem bloss von einer schweren widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung die Rede ist – und die Entstehungsgeschichte stützt, ist entgegenzuhalten, dass sich juristische Personen infolgedessen nicht auf Art. 28 ff. ZGB berufen könnten, da sie nicht fähig sind, seelische Unbill zu empfinden.

56 Keller Alfred, Haftpflicht im Privatrecht, Band II, 2. A., Bern 1998, 120.

57 So die herrschende Lehre: BGE 123 III 15; BernerKomm/Brehm Art. 47 OR N 36 ff.; Rey (Fn. 6) N 447.

58 BGE 60 II, 328; 64 II, 23; 95 II, 502. Keller/Gabi (Fn. 6) 123; Dessemontet François, La presse et les sociétés commerciales, in: Die Verantwortlichkeit im Recht I, Zürich 1981, 207 f.; BernerKomm/Brehm Art. 49 OR N 42; Geiser (Fn. 4) 92 f.

59 Keller/Gabi (Fn. 6) 123; Dessemontet (Fn. 58) 207 f.

60 BernerKomm/Brehm Art. 49 OR N 42; Geiser (Fn. 4) 92 f., welcher in der Persönlichkeitsverletzung eine Beeinträchtigung des Klimas innerhalb der juristischen Person und somit eine Störung ihres inneren Funktionierens sieht.

61 In diesem Sinne auch die deutsche Rechtsprechung, vgl. BGH NJW 1981, 676 («Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften») und BGH NJW 1980, 2807 ff.

62 MünchenerKomm/Rixecker Anhang zu § 12 BGB N 221; SoergelKomm/Zeuner § 847 BGB N 22.