

Geldentschädigung als Rechtsfolge von Persönlichkeitsverletzungen?

Rolf H. Weber

Professor Dr. iur., Rechtsanwalt, Ordinarius an der Universität Zürich

Die medialen Vermarktungen unterschiedlicher Privatangelegenheiten von in der Öffentlichkeit stehenden Personen sind in den letzten Jahren, nicht nur in der Boulevardpresse, zahlreicher und auffälliger geworden. Die traditionellen Sanktionen bei Persönlichkeitsverletzungen haben bisher demnach eine eher beschränkte Wirkung entfaltet¹; diese Beobachtung rechtfertigt die Frage, ob die Anerkennung des Prinzips der Geldentschädigung insoweit eine Korrektur im Sinne des Präventivgedankens bringen könnte.

1. Ausgangslage: Öffentlichmachung privater Angelegenheiten

1. Zur Instrumentalisierung des Privaten

Ideengeschichtlich geht die Trennung zwischen Öffentlichkeit und Privatheit auf die Athener Stadtphilosophie des 5. Jahrhunderts vor Christus und auf Aristoteles zurück; diese Trennung ist eine Bedingung der Freiheit bzw. des herrschaftsemanzipierten Raisonnements der zugangsberechtigten Bürger gewesen². Die Frauen, Sklaven und Unfreien

haben zur herrschaftsunterworfenen Privatsphäre gehört, für die Bürger hingegen hat der Privatbereich eine Voraussetzung für das Handeln in der Öffentlichkeit abgegeben³; auch Cicero hat zwischen «privatem» und «publicum» unterschieden⁴.

Die Instrumentalisierung des Privaten zu politischen und in der neueren Zeit vermehrt auch zu geschäftlichen Zwecken geht von der Erkenntnis aus, dass das Private – abhängig von der Öffentlichkeitsaktion – «marktfähig» ist⁵. Materiell beruht diese Instrumentalisierung unter politischen Aspekten auf der Verbesserung der (charismatischen) Eigenpräsentation⁶ und wirtschaftlich betrachtet auf der Kommerzialisierung privater Angelegenheiten⁷. Was einst als Geheimnis gehütet worden ist, der Blick ins Private, stellt heute eine Unterhaltungskultur der Medien der Massenkommunikation dar; die früher verfeimte Indiskretion hat Salonfähigkeit erlangt⁸, inszeniert und sanktioniert durch die Medien⁹. Die Entdifferenzierung führt somit zur Vermengung des

Résumé: *La protection de la personnalité de l'art. 28 CC contient déjà une série de palliatifs (notamment, le droit de réponse). Dans bien des cas, ces mesures suffisent mais elles n'ont pas d'effet préventif particulier. Des arguments économiques poussent à une plus grande exploitation des histoires personnelles, tout particulièrement celles des personnalités publiques. Cette exploitation doit être contenue par le risque qu'un gain devrait être remboursé selon la formule: «mal acquis ne profite jamais». Trois aspects entrent en ligne de compte, les dommages-intérêts, l'enrichissement illégitime et la remise du gain basée sur la gestion d'affaire sans mandat. Il est possible, par analogie et comparaison avec des situations semblables, d'effectuer une pesée des intérêts des entreprises de médias et de la personne victime d'une atteinte à sa personnalité.*

- 1 Die Idee für den vorliegenden Beitrag geht zurück auf die Diskussion, welche in der sog. privatrechtlichen Gruppe anlässlich des letztjährigen Schweizerischen Juristentages gestützt auf die Referate von ROLF H. WEBER (Information und Schutz Privater, ZSR 1999 II 1) und IVAN CHERPILLOD (Information et protection des intérêts personnels: Les publications des médias, ZSR 1999 II 87) geführt worden ist. Die rechtspolitische Aktualität der Fragestellung ergibt sich aus dem kürzlichen Vorstoss von Maximilian Reimann im Ständerat (vgl. dazu hinten IV). Frau Bianka S. Dörr, LL.M., danke ich für wertvolle Hinweise zu diesem Beitrag.
- 2 Vgl. KURT IMHOF, Die Verankerung der Utopie herrschaftsemanzipierten Raisonnements im Dualismus Öffentlichkeit und Privatheit, in KURT IMHOF/PETER SCHULZ (Hrsg.), Die Veröffentlichung des Privaten – die Privatisierung des Öffentlichen, Opladen/Wiesbaden, 1998, 15, 16, 18.

3 IMHOF (FN 2), 18.

4 Zum Ganzen auch HANNAH ARENDT, Vita activa oder vom tätigen Leben, München 1985, 14 ff, 58 ff, 193 ff.

5 Vgl. THOMAS JUNG/STEFAN MÜLLER-DOOHM, Das Tabu, das Geheimnis und das Private – Vom Verlust der Diskretion, in IMHOF/SCHULZ (FN 2), 136, 137 ff.

6 Indem Politiker ihre Privatheit als Werbemittel öffentlich einsetzen, ermutigen sie die Öffentlichkeit, die privaten Angelegenheiten für politisch zu halten; vgl. JUNG/MÜLLER-DOOHM (FN 5), 139 f.

7 Zu den Rahmenbedingungen, die dazu führen, dass die wirtschaftlichen Interessen international tätiger Medienkonzerne eine immer grössere Bedeutung erlangen, vgl. WEBER (FN 1), 26 f. m. Verw.

8 Zutreffend stellt dagegen FRANZ RIKLIN (*medialex* 1997, 181) fest, dass es nicht nur Prinzessinnen gibt.

9 ANDREAS HELDRICH (Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit, in Festschrift für Helmut Heinrichs, München 1998, 319) spricht davon, dass prominente Persönlichkeiten zum Freiwild für indiskrete und sensationslüsterne Nachstellungen durch einige Massenmedien geworden seien.

Zusammenfassung:
Der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz von Art. 28 ZGB enthält eine Reihe von Korrekturregeln (inkl. Gegendarstellung) bereit; in vielen Fällen genügen die entsprechenden Vorkehrungen aber insbesondere unter präventiven Aspekten nicht. Die Ökonomisierung des Medienwesens führt tendenziell zur stärkeren Vermarktung persönlicher Angelegenheiten, insbesondere von sog. Personen der Zeitgeschichte. Entsprechende Vermarktungen müssen präventiv mit dem Risiko behaftet sein, dass ein erwirtschafteter Gewinn gemäss dem Grundsatz «Unrecht soll sich nicht lohnen» abzuführen ist. Als dogmatische Rechtsgrundlagen kommen die Genugtuung, die Eingriffskondition (ungerechtfertigte Bereicherung) und die angemasste Eigengeschäftsführung (Gewinnabschöpfung) in Frage; bei sachgerechter Anwendung von Analogieschlüssen und vergleichenden Auslegungen ist es möglich, eine sinnvolle Interessenabwägung zwischen den Medienunternehmen und den von einer Persönlichkeitsverletzung betroffenen Personen zu finden.

Privaten mit dem Öffentlichen und damit zu einem «Grenzverlust»; die publizistische Behandlung der Clinton-Lewinsky-Affäre zeigt anschaulich, wie man die – öffentlich gerufenen – privaten Geister politisch nicht mehr losgeworden ist¹⁰.

Dass prominente und auch weniger prominente Persönlichkeiten leicht in die «Mühlen» der Massenmedien geraten können, zeigt nicht nur sehr plastisch die Erzählung «Die verlorene Ehre der Katharina Blum» von Heinrich Böll¹¹, sondern auch die Realität in der Schweiz:

- Darf eine Zeitschrift Bundesrat Villiger bezichtigen, eine Prostituierte aufgesucht zu haben, obwohl diese Person schon früher zum Ausdruck brachte, jedenfalls diesen Bundesrat nicht persönlich zu kennen?
- Soll eine Zeitung die früheren Arbeitskolleginnen der Ehefrau eines Schweizer Nachrichtenoffiziers, der wegen behaupteter strafrechtlicher Delikte in Haft ist, über die dannzumaligen Liebedienste-Tätigkeiten dieser Frau, die sich offensichtlich vom bisherigen Milieu gelöst hat, befragen dürfen?
- Ist es sachgerecht, dass eine St. Galler Politikerin in die Affichen-Schlagzeilen einer Zeitung gerät, weil ihr Ehemann ein Verhältnis zu einer Prostituierten gepflegt hat?

Die vorgenannten Fragen dürften weiterhin mit einem Nein beantwortet werden; hingegen stellt sich die Frage, welchen Wert ein kaum rechtsfolgenbewehrtes «Nein» hat.

2. Unzulänglichkeiten des traditionellen medienrechtlichen Sanktionensystems

Die Praxis zeigt, dass sich nicht nur die Begriffe der Geheim- und Privatsphäre

¹⁰ Vgl. DIETER ROSS, Die Regression des Politischen, in IMHOF/SCHULZ (FN 2), 144, 150 f.; STEFAN MÜLLER-DOOHM, Mediale Öffentlichkeit im Lichte von Ethik und Moral, in KURT IMHOF/OTFRIED JARREN/ROGER BLUM (Hrsg.), Steuerungs- und Regelungsprobleme in der Informationsgesellschaft, Opladen/Wiesbaden 1999, 224 ff.

¹¹ Vgl. HEINRICH BÖLL, Die verlorene Ehre der Katharina Blum, dtv, Köln 1974, 54.

im Rahmen der sog. «Sphärentheorie» als zu unbestimmt erweisen, um Rechtssicherheit mit Bezug auf den Umfang der geschützten Persönlichkeit zu bieten¹², sondern dass gegenüber einer aufdringlichen Publikmachung privater Angelegenheiten durch Medien insbesondere präventiv nur ein beschränkter Schutz besteht. Das Instrumentarium des Sanktionensystems umfasst folgende Rechtsansprüche¹³:

- Das 1985 eingeführte und mit grossen Hoffnungen verbundene Recht auf Gegendarstellung könnte zwar zu einer medialen Korrektur führen, doch sind nur Tatsachenbehauptungen, nicht Werturteile erfassbar¹⁴; ausserdem erweisen sich die Wirkungen einer Gegendarstellung insbesondere deshalb oft als kontraproduktiv, weil durch das Aufwärmen einer Story selbst beim kritischen Leser nicht selten die Frage verbleibt, welches Körnchen Wahrheit doch in der Geschichte liege¹⁵.
- Die Beseitigungsklage und die Klage auf Feststellung einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung¹⁶ greifen regelmässig zu spät ein, weil sich eine veröffentlichte Story nicht mehr verbieten und auch nicht mehr rückgängig machen lässt.
- Der Unterlassungsanspruch wirkt zwar präventiv, doch setzt dessen «Aktivierung» nicht nur voraus, dass die Gerichte bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen weniger restriktiv sind¹⁷, sondern dass insbesondere dem Betroffenen im Vorfeld schon die Mög-

¹² Eingehend dazu WEBER (FN 1), 16 f, 71 m.Verw.

¹³ Überblick bei DENIS BARRELET, Droit de la communication, Berne 1998, 390 ff; FRANZ RIKLIN, Schweizerisches Presserecht, Bern 1996, 214 ff; LEO SCHÜRMMANN/PETER NOBEL, Medienrecht, 2. Aufl. Bern 1993, 246 ff.

¹⁴ Zur Problematik auch CHERPILLOD (FN 1), 169 ff.

¹⁵ Vgl. auch ROLF H. WEBER, Schutz der öffentlichen Person vor den Medien, erscheint in OTFRIED JARREN/KURT IMHOF/ROGER BLUM (Hrsg.), Zerfall der Öffentlichkeit?, Opladen/Wiesbaden 2000.

¹⁶ Überdies besteht die Problematik der neuesten Bundesgerichtspraxis darin, dass für «Medienopfer» die Gefahr besteht, zwischen Stuhl (Beseitigungsklage) und Bank (Feststellungsklage) zu fallen (vgl. dazu BGE 122 II 449 ff; 123 III 354 ff; kritisch dazu FRANZ WERRO, Le droit de faire constater l'illégitimité d'une atteinte, *medialex* 1998, 44 ff).

¹⁷ Vgl. auch BARRELET (FN 13), 391 f.

- lichkeit einer ihn verletzenden massenmedialen Äusserung bekannt wird.
- Schadenersatzansprüche entfallen oft mangels feststellbaren Schadens bzw. wegen Fehlschlagens eines etwaigen Schadensquantifizierungsnachweises¹⁸.
 - Genugtuungsansprüche, wenn sie überhaupt gutgeheissen werden, vermögen einerseits die seelische Unbill meist nicht wirklich auszugleichen und sind andererseits betragsmässig verbreitet bescheiden festgelegt¹⁹.

II. Präventionsgedanke im Recht

1. Grundsatz: Unrecht soll sich nicht lohnen

Der Grundsatz, dass sich Unrecht nicht lohnen soll, unterliegt moralisch und rechtspolitisch keinen Zweifeln²⁰, doch ist die praktische Konkretisierung des Prinzips oft sehr schwierig. Das verbreitete Billigkeits- und Gerechtigkeitsempfinden entspricht auch der wirtschaftsrechtlichen Begründbarkeit dieses Prinzips²¹. Die Zivilgesellschaft basiert darauf, dass die einzelnen Subjekte zwecks Wohlfahrtsoptimierung einen Zustand wirksamen Wettbewerbs anstreben; wer zu einer bestimmten Mittelverwendung berechtigt ist, muss die Möglichkeit haben, die sich daraus ergebenden Folgen für sich herbeizuführen²². Die den einzelnen Privatrechtssubjekten zukommenden Freiheits-, Verhaltens- und Nutzungsrechte werden aber in ihrem Bestand individuell und institutionell tangiert, wenn die durch unbefugte Eingriffe erlangten Vorteile behalten werden dürfen²³: Wettbewerbsmotivationen erlahmen und Wettbewerbsverfälschungen treten ein. Wirtschaftsrechtlich sind somit Eingriffe in fremde Nutzungspositionen bzw. in ein Verwertungsmonopol unerwünscht²⁴.

2. Strafrechtliche Ausgleichseinzahlung

A. Zweck und Rechtsnatur

Dem Strafrecht ist der Grundsatz, dass sich Unrecht nicht lohnen soll, bekannt, und zwar in der Form der strafrechtlichen Ausgleichseinzahlung gemäss Art.

59 StGB, deren Zweck darin besteht, dem Täter oder anderen Begünstigten ein deliktisch erlangtes Vermögen zu entziehen²⁵. Dieser auf sozialetischen Überlegungen aufbauende Grundsatz führt aber nicht zu einer Umkehr des römischrechtlichen Prinzips «pecunia non olet», weil eine Herausgabe ungeachtet der etwaigen Erbringung einer Gegenleistung zu erfolgen hat²⁶.

Von der Rechtsnatur her betrachtet ist die Sanktion der Ausgleichseinzahlung eine Massnahme, nicht eine Strafe²⁷; anfänglich hat das Bundesgericht zwar auf den repressiven Charakter der Ausgleichseinzahlung hingewiesen²⁸, vor zehn Jahren aber mit einlässlicher Begründung die frühere Rechtsprechung relativiert und die Ausgleichseinzahlung als öffentlichrechtlichen Anspruch sui generis qualifiziert²⁹. Die Lehre geht denn auch davon aus, dass die Ausgleichseinzahlung als Massnahme grundsätzlich keine pönalen Elemente enthalten sollte; vielmehr stärkt deren schuldübergreifende und von der Strafbarkeit einer bestimmten Person unabhängige Anwendung in systemkonformer Weise das Präventionskonzept³⁰. Die Ausgleichseinzahlung untersteht hingegen dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Erforderlichkeit, Zweckangemessenheit)³¹.

B. Vermögensbegriff

Die (fast epischen) Diskussionen zur Frage, ob die Rechtsprechung im Strafrecht eher einem (rein) wirtschaftlichen Ver-

18 Dazu hinten III 2 A.

19 Dazu hinten III 2 B.

20 Vgl. ROLF H. WEBER, Gewinnherausgabe – Rechtsfigur zwischen Schadenersatz-, Geschäftsführungs- und Bereicherungsrecht, ZSR 1992 I 333 m.Verw.

21 Dazu eingehend WALTER R. SCHLUEP, Über Eingriffskonditionen, in Mélanges Paul Piotet, Berne 1990, 173, 196 ff.

22 SCHLUEP (FN 21), 197.

23 SCHLUEP (FN 21), 197.

24 SCHLUEP (FN 21), 199 f., 203 m.Verw.

25 BGE 117 IV 110; 105 IV 171; FLORIAN BAUMANN, Deliktisches Vermögen, Diss. Zürich 1997, 29.

26 Im Einzelnen dazu BAUMANN (FN 25), 29 f.

27 Vgl. auch NIKLAUS SCHMID, Art. 58-60 StGB, in NIKLAUS SCHMID (Hrsg.), Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Kommentar, Zürich 1998, 84 f. zur Abgrenzung von anderen Vermögenseinzahlungen.

28 BGE 105 IV 171.

29 BGE 117 IV 238 ff.

30 Eingehender BAUMANN (FN 25), 34 ff m.Verw.

31 BAUMANN (FN 25), 39 f.

mögensbegriff oder eher einem juristisch-wirtschaftlichen Vermögensbegriff nahesteht³², vermögen für die Beurteilung des Vermögensbegriffs in der Ausgleichseinziehung wenig abzugeben. Der rein juristische Vermögensbegriff wäre wegen der typischen Beschränkung auf subjektive Rechte zu eng und wegen des Ausschlusses der Möglichkeit einer Abstraktion von der konkreten rechtlichen Beschaffenheit der Vermögenspositionen zu weit³³. Auch der rein wirtschaftliche Vermögensbegriff kann nicht überzeugen, weil die Ausgleichseinziehung nur Güter, denen ein konkreter Geldwert zukommt, erfasst³⁴. Dem juristisch-wirtschaftlichen Vermögensbegriff haftet die Merkwürdigkeit an, dass ein Wert seine Qualität als Vermögensbestandteil je nach aktueller Marktsituation einbüsst bzw. wiedererlangt³⁵. In Loslösung solcher Theorien erscheint es vielmehr als sachgerecht, zum Vermögensbestand im Sinne von Art. 59 StGB alle Güter zu rechnen, denen – ähnlich wie im Privatrecht – ein abstrakter Tauschwert zukommt³⁶, d.h. alle jene Güter, die Gegenstand eines Rechtsgeschäfts «Tausch gegen Geld» sein können³⁷.

3. Gemeinsame Wertungen von Privat- und Strafrecht

Die strafrechtliche Behandlung der Ausgleichseinziehung lässt sich nicht ohne weiteres auf das Privatrecht übertragen, weil die beiden Rechtsgebiete nicht deklungsgleiche Ziele verfolgen und das

pönale Element im Zivilrecht zweifellos weniger ausgeprägt ist. Abgesehen davon, dass die Ausgleichseinziehung auch im Strafrecht – wie erwähnt – nicht vornehmlich pönalen Charakter hat, bleibt zu beachten, dass gerade in wirtschaftsrechtlich relevanten Bereichen wie dem Mediensektor es nicht vor allem darauf ankommt, ob die dispositiven Regeln des Privatrechts oder die zwingenden Anordnungen des Strafrechts zur Zielerreichung legislatorisch eingesetzt werden, sondern inwieweit eine Verhaltenslenkung bzw. -steuerung anzustreben ist. Insbesondere stellt sich die Frage, ob eine unmittelbare Steuerung oder bloss ein mittelbarer Einfluss auf das Marktgeschehen stattfinden soll³⁸.

Das privatrechtliche ausservertragliche Haftungsrecht enthält Verhaltensnormen, die Anreize zu sozialverträglichen Vorgehensweisen geben. Solche Normen statuieren indirekte Handlungsbefehle, indem sie die Verhaltenssteuerung der Einzelpersonen über den Umweg einer Beeinflussung des Kosten-Nutzen-Kalküls der Marktbürger sicherstellen³⁹. Das klassische Haftpflichtrecht weist aber insofern Defizite auf, als der Schadensausgleich den Status quo ante regelmässig nur unvollkommen wiederherstellt und ohne Nachweis eines ökonomischen Schadens⁴⁰ eine Umsetzung ökonomischer Werte nicht möglich ist (Bereichsdefizit)⁴¹.

Für den Gesetzgeber stellt sich deshalb die Frage, ob eine zusätzliche Reaktion des Rechts, welche die «normativen» Erwartungen der Betroffenen im Konfliktfall aufrechterhalten will, zwingend strafrechtlich sein muss oder ob nicht zusätzliche zivilrechtliche Massnahmen das soziale Umfeld besser stabilisieren⁴². Beide Rechtsgebiete stehen nämlich im Dienste desselben (freiheitlichen) Systems, das auf kohärenten Wertordnungen aufbaut⁴³. Die ohnehin nicht vornehmlich pönale Züge aufweisende Ausgleichseinziehung des Strafrechts ist somit im Privatrecht, unter Anwendung besonderer Voraussetzungen und Rechtsfolgen, durchaus ebenfalls lebensfähig; im Einzelnen zu prüfen ist jedoch, welche dogmatischen Grundlagen das Privatrecht zur Begründung einer Geldentschä-

32 Eingehend GÜNTHER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Bes. Teil. I, 5. Aufl. Bern 1995, § 15 N 38 ff; BAUMANN (FN 25), 46 ff.
 33 Vgl. BGE 117 IV 139 ff und kritisch dazu BAUMANN (FN 25), 60.
 34 Vgl. BAUMANN (FN 25), 60 f.
 35 MARCEL A. NIGGLI, Das Verhältnis von Eigentum, Vermögen und Schaden nach schweizerischem Strafgesetz, Diss. Zürich 1992, Rz 257 f; BAUMANN (FN 25), 61.
 36 Vgl. auch SCHMID (FN 27), 84 f; BAUMANN (FN 25), 57 ff, 126 ff.
 37 NIGGLI (FN 35), Rz 262, 280; BAUMANN (FN 25), 61 f, 119 f.
 38 Dazu MARC AMSTUTZ/MARCEL A. NIGGLI, Unrecht im Unrecht?, AJP 1994, 188, 189 f, 190 f m.Verw.
 39 AMSTUTZ/NIGGLI (FN 38), 190; zur verhaltenssteuernden Funktion des Deliktsrechts auch ERICH BOSSHARD, Neuere Tendenzen in der Lehre zum Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR, Diss. Zürich 1988, 1 ff. m.Verw.
 40 Vgl. ROLF H. WEBER, Berner Kommentar zum Obligationenrecht, Die Folgen der Nichterfüllung, Bern 2000, Art. 97 N 148 ff, 157 ff.
 41 AMSTUTZ/NIGGLI (FN 38), 190.
 42 AMSTUTZ/NIGGLI (FN 38), 190.
 43 AMSTUTZ/NIGGLI (FN 38), 192; vgl. auch KEVIN VON HOLLEBEN, Geldersatz bei Persönlichkeitsverletzungen durch die Medien, Baden-Baden 1999, 43 f.

digung im Falle von Persönlichkeitsverletzungen zur Verfügung stellt.

Teilweise wird in der deutschen Lehre argumentiert, der Präventionsgedanke sei im Privatrecht systemwidrig, weil die «Privatstrafe» auf die gesetzlich ausdrücklich vorgesehenen Rechtsinstitute (z.B. Konventionalstrafe, Reuegeld) beschränkt bleiben müsse⁴⁴. Der Hinweis darauf, dass sich zivilrechtliche Mittel im Sinne der Zeichensetzung für den Geltungsanspruch der Persönlichkeit einsetzen liessen⁴⁵, stelle ein verkapptes Sühneargument dar, das sich mit einer freiheitlichen Marktordnung nicht gut vertrage⁴⁶. Abgesehen davon, dass in Deutschland das Bundesverfassungsgericht und der Bundesgerichtshof die Generalprävention als möglichen Nebenzweck des zivilen Schadenersatzrechts erachtet haben⁴⁷, ist der präventive Gedanke auch dem schweizerischen und dem deutschen Recht nicht fremd⁴⁸. Zwar ist das Rechtsinstitut der punitive damages der schweizerischen Rechtsordnung nicht inhärent⁴⁹, doch finden sich verschiedene funktionale Entsprechungen, die nicht grundsätzlich angezweifelt werden:

(1) Die Eingriffskondiktion und die Gewinnherausgabe im Falle der Geschäftsanmassung nach Art. 423 OR dienen der Abschöpfung von Gewinnen aus widerrechtlichem Verhalten⁵⁰; eine Bereicherung des Verletzten wird in Kauf genommen, weil kein Nachweis erforderlich ist, dass der Verletzer sein Recht auch unter Inkaufnahme einer Vergütung genutzt hätte und damit dem Verletzten ein Schaden entstanden ist⁵¹. (2) Im Immaterialgüterrecht scheint sich, über die Gewinnherausgabe hinaus, zusätzlich unter dem Deckmantel der Schadenspauschalierung zu Präventionszwecken ein sog. «Verletzerzuschlag»⁵² zu entwickeln; in den Tarifen der Verwertungsgesellschaften (z.B. SUIISA) ist je nach Fallkonstellation die Pflicht, einen pönalen Zuschlag infolge einer Urheberrechtsverletzung bezahlen zu müssen, üblich geworden (doppelter Schadenersatz oder doppelte Abschöpfung eines fiktiven Gewinnes)⁵³; das Bundesgericht hat diese Praxis ohne besondere Bedenkenäusserung hingenommen⁵⁴. (3) Angesichts der zunehmenden Monetarisierung der gesellschaftlichen Werte

ist die Rechtsprechung – auch im Sinne einer pönalen Komponente⁵⁵ – langsam dazu übergegangen, höhere Genugtuungsbeträge den betroffenen Opfern zuzusprechen⁵⁶.

4. Verfassungsrechtliche Beurteilung des Präventionsgedanken

Teilweise wird in der Lehre die Verfassungsmässigkeit von (hohen) Geldentschädigungen bei Persönlichkeitsverletzungen durch die Medien in Frage gestellt⁵⁷. Konkret zu lösen ist insoweit ein typischer Fall eines Grundrechtskonflikts, und zwar zwischen dem Menschenrecht auf Persönlichkeitsentfaltung und der Medienfreiheit (Presse-, Rundfunkfreiheit) bzw. Medienwirtschaftsfreiheit⁵⁸. In diesem Grundrechtskonflikt gibt es keinen Vorrang einer Position, sondern es hat unter Verhältnismässigkeitsprinzipien (z.B. unter Berücksichtigung des sozialen Wertes einer Information) eine Güterabwägung stattzufinden⁵⁹.

Das deutsche Verfassungsgericht hat dafür gehalten, unvorhersehbar hohe Schadenersatzansprüche könnten die Pressefreiheit verfassungswidrig einschränken, wenn die rechtlichen Voraussetzungen

44 Vgl. GIEORGIOS GOUNALAKIS, Persönlichkeitsschutz und Geldersatz, AfP 1998 10, 14 ff m.Verw.

45 So der (damalige) Vorsitzende des für die Caroline-Urteile zuständigen VI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes, ERICH STEFFEN, Schmerzensgeld bei Persönlichkeitsverletzungen durch die Medien, NJW 1997, 10, 11.

46 Der strafrechtliche Charakter wird wohl überbetont von GOUNALAKIS (FN 44), 14 f.

47 Vgl. hinten III 1 A.

48 Zur Lehre in Deutschland im Einzelnen, je mit weiteren Nachweisen, VON HOLLEBEN (FN 43), 40 ff und GOUNALAKIS (FN 44), 14 f.

49 Überblick bei FELIX DASSER, Punitive damages: Vom «fremden Fötzel» zum «Miteidgenoss»?; SJZ 2000, 101 ff.

50 Vgl. hinten III 2 C und D.

51 DASSER (FN 49), 105.

52 Vgl. auch LUCAS DAVID, Der Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, SIWR 1/2, 2. Aufl. Basel 1998, 115 f; DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, Das neue Urheberrecht, Bern 1994, Art. 60 N 4, Art. 62 N 13.

53 Vgl. DASSER (FN 49), 106.

54 BGE 122 III 467; vgl. auch Bundesgericht, 20. Juni 1997, sic! 1998, 38 und DASSER (FN 49), 106.

55 Vgl. dazu ROLAND BREHM, Berner Kommentar zum Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, 2. Aufl. Bern 1998, Art. 47 N 36 ff und Art. 49 N 18.

56 Vgl. dazu hinten III 2 B.

57 In diesem Sinne insbesondere GOUNALAKIS (FN 44), 18, 19.

58 Dazu nun eingehend JÖRG PAUL MÜLLER/MARTIN LOOSER, Zum Verhältnis von Meinungs- und Wirtschaftsfreiheit im Verfassungsrecht des Bundes und in der EMRK, *medialex* 2000, 13 ff.

59 In diesem Sinne MÜLLER/LOOSER (FN 58), 18 ff.

solcher Ansprüche nicht klar definiert seien⁶⁰, weil die Befürchtung, wegen einer wertenden Äusserung erhebliche gerichtliche Sanktionen gewärtigen zu müssen, die Meinungsdiskussion lähmen oder zumindest einengen könne⁶¹. Immerhin ist in Betracht zu ziehen, dass die Behauptung unwahrer Tatsachen oder unrichtige Zitate nicht in den Geltungsbereich der Medienfreiheit fallen und insoweit ein Grundrechtskonflikt überhaupt nicht entstehen kann⁶². Entscheidend für die verfassungsrechtliche Beurteilung ist mithin das Verhältnismässigkeitsprinzip: Wenn die Ausfällung einer generalpräventiven Geldentschädigung an eine wesentliche Persönlichkeitsverletzung geknüpft ist und wenn die Höhe des Betrages in einem vernünftigen Verhältnis zum Verschulden des Medien-schaffenden steht, verhindert das Verfassungsrecht die Ausfällung einer zivilrechtlichen Sanktion nicht⁶³.

III. Begründung und Voraussetzungen einer Geldentschädigung

1. Rechtsvergleichung

A. Deutsches Recht

In der deutschen Rechtsprechung ist der Aspekt der Geldentschädigung schon seit Jahrzehnten – zumindest implizit – ein Thema höchstrichterlicher Urteile⁶⁴. Der Bundesgerichtshof hat dann «bewusst» in der Soraya-Entscheidung eine Geldentschädigung im Sinne einer Genugtuung für die durch ein erdichtetes Inter-

view erlittene Persönlichkeitsverletzung im Betrage von DM 15'000.— zugesprochen⁶⁵. Die Rüge der fehlenden klaren Gesetzesgrundlage ist vom Bundesverfassungsgericht zurückgewiesen worden mit dem Argument, die Entwicklung neuer zivilrechtlicher Regeln sei gerechtfertigt, wenn es um die Durchsetzung und den wirksamen Schutz eines Rechtsguts gehe, welches die Verfassung selbst als Mittelpunkt ihres Wertesystems ansehe⁶⁶. Die dogmatische Begründung dieses nur subsidiär zur Anwendung kommenden Geldanspruches hat aber Schwierigkeiten bereitet; die Bezugnahmen sind von § 823 BGB (Delikt) über § 253 bzw. § 847 BGB (Schmerzensgeld), § 812/818 BGB (ungerechtfertigte Bereicherung) und § 687 II/681 (Erlösherausgabe) bis zu Art. 1/2 GG (allgemeines Persönlichkeitsrecht) gegangen.

Besonderen Niederschlag hat der Gedanke der Geldentschädigung hernach in den Caroline von Monaco-Entscheidungen gefunden⁶⁷. Der Bundesgerichtshof hat argumentiert, die Medienunternehmen hätten die widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung als Mittel zur Auflagensteigerung und damit zur Verfolgung eigener kommerzieller Interessen eingesetzt⁶⁸; ohne fühlbare Geldentschädigung wären künftig die sog. öffentlichen Personen einer rücksichtslosen Zwangskommerzialisierung der Persönlichkeit weitgehend schutzlos ausgeliefert⁶⁹. Ausdrücklich hat der Bundesgerichtshof sogar festgehalten, der Ausgleichsgedanke müsse bei der Bemessung der Geldentschädigung zugunsten des Präventionsgedanken in den Hintergrund treten⁷⁰; der Bundesgerichtshof hat damit eine bisher schon zwischen den Zeilen erkennbare Zielrichtung bestätigt⁷¹. Das Bundesverfassungsgericht ist zwar mit Bezug auf die konkrete Bemessung der Geldentschädigung der Auffassung gewesen, das Oberlandesgericht Hamburg habe zusätzliche Faktoren in Betracht zu ziehen, weshalb eine erneute finanzielle Beurteilung hat stattfinden müssen, die mit dem Resultat der Zusprechung einer Geldentschädigung von DM 180'000.— für drei Persönlichkeitsverletzungen ihren Abschluss gefunden hat⁷²; an den Grundprämissen der präventiv wirkenden Geldentschädigung hat das Bundesverfas-

60 BVerfGE 34, 269, 285.

61 BVerfG, in NJW 1980, 2069, 2070.

62 Vgl. dazu von HOLLEBEN (FN 43), 82 f.

63 Zum Ganzen eingehender von HOLLEBEN (FN 43), 45, 82 f, 131 f.

64 Vgl. BGHZ 26, 349 (Herrenreiter), BGHZ 30, 7 (Catarina Valente); BGHZ 35, 363 (Ginseng); früher schon in diese Richtung BGHZ 13, 43 (Schacht-Briefe); BGHZ 20, 345, 353 (Paul Dahlke); BGH, GRUR 1965, 495 (Satter Deutscher).

65 BGH, in NJW 1965, 685.

66 BVerfGE 34, 269.

67 BGH, in NJW 1995, 861 (Caroline I); BGH, in NJW 1996, 984 (Caroline II); BGH, in NJW 1996, 985 (Caroline III); BGH, in NJW 1996, 1128 (Caroline IV).

68 BGH, in NJW 1995, 861, 865 (Caroline I).

69 BGH, in NJW 1995, 861, 865 (Caroline I).

70 BGH, in NJW 1996, 985, 987 (Caroline III).

71 Vgl. zum Ganzen auch von HOLLEBEN (FN 43), 43 f; ROLF STÜRNER, Persönlichkeitsschutz und Geldersatz, AfP 1998, 1, 6 ff.

72 OLG Hamburg, in NJW 1996, 2870.

sungsgericht aber – trotz teilweiser Kritik in der Lehre⁷³ – nicht gerüttelt⁷⁴. Zwischenzeitlich sind weitere Entscheide auf vergleichbarer Basis ergangen⁷⁵.

B. Englischsches Recht

Im Gegensatz zum kontinentaleuropäischen Recht ist dem englischen Recht seit längerer Zeit die Haftung für über den eigentlichen Schaden hinausgehende Geldsummen, welche der Bestrafung und Abschreckung dienen, bekannt⁷⁶. Dieser verschärfte Schadenersatz (*exemplary damages*) ist höchstpersönlich und wird in der Höhe von den Vermögensverhältnissen der Parteien mitbeeinflusst⁷⁷. In den *exemplary damages* spiegeln sich die moralische Verurteilung des schädigenden Verhaltens und der Zweck der spezial- und generalpräventiven Wirkung⁷⁸.

Seit dem 18. Jahrhundert werden in England *exemplary damages* bei rücksichtslosen kriminellen Delikten, im Falle staatlicher Übergriffe gegen den Einzelnen und in Arbeitsverhältnissen zugesprochen⁷⁹. Im Bereich des Medienrechts, insbesondere unter dem Aspekt der «defamation», haben englische Richter soweit ersichtlich erstmals im Jahre 1972 in der Entscheidung *Cassell v. Broome* die Verhängung von *exemplary damages* erörtert und neben dem Grad der Vorwerfbarkeit auch den Aspekt des aus den medialen Äusserungen sich ergebenden Gewinns in Betracht gezogen⁸⁰; weil im konkreten Fall der etwaige Gewinn einem Dritten hätte zugute kommen sollen, ist von der Zusprechung der *exemplary damages* zwar abgesehen worden. Allgemein scheint sich in England zudem die Tendenz abzuzeichnen, dass bei der Zuerkennung von *exemplary damages* dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz angemessen Rechnung zu tragen ist⁸¹.

2. Dogmatische Grundlegung

Das schweizerische Recht kennt verschiedene dogmatische Möglichkeiten, um die Zusprechung einer Geldentschädigung zu legitimieren. Als Rechtsinstitute zu betrachten sind der Schadenersatz, die Genugtuung, die ungerechtfertigte Bereicherung und die Geschäftsanmassung.

A. Schadenersatz

Bei der Prüfung der Frage, ob der über den konkret nachweisbaren Schaden hinausgehende, rechtswidrig erzielte Gewinn bei Persönlichkeitsverletzungen abgeschöpft werden kann, ist vorerst zu beurteilen, inwieweit sich das traditionelle Schadenersatzrecht fruchtbar machen lassen kann. Weil es in den meisten Fällen einer Beeinträchtigung der sozialen Persönlichkeit an einem traditionell verstandenen Vermögensschaden⁸² fehlt, ist alternativ die Methode der sog. dreifachen Schadensberechnung in Betracht zu ziehen, die vor allem in Deutschland im Bereich des Immaterialgüterrechts teilweise Anerkennung gefunden hat⁸³. Bei einer schuldhaften Verletzung eines Immaterialgüterrechts kann danach der Schaden wahlweise auf drei verschiedene Arten berechnet werden⁸⁴:

- Ersatz des entgangenen Gewinns;
- Herausgabe des erzielten Gewinns;
- Lizenzanalogie, d.h. fingierte Lizenzgebühr in der angenommenen Höhe des Schadens.

Diese Theorie hat schon grundsätzlich mit dem Problem zu kämpfen, dass – im Gegensatz zur dualistischen Auffassung in den USA, die zwischen dem «right of privacy» und dem «right of publicity»

73 Vgl. GOUNALAKIS (FN 44), 16 f; zurückhaltend zur dogmatischen Begründung CLAUS-WILHELM CANARIS, Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, in Festschrift für Erwin Deutsch, Köln/Berlin/Bonn/München 1999, 85 ff.

74 Zustimmung zum Präventionsgedanken auch PETER SCHLECHTRIEM, Urteilsanmerkung, JZ 1995, 362 f.

75 Vgl. STÜRNER (FN 71), 1; VON HOLLEBEN (FN 43), 53; MATTHIAS PRINZ/BÜTZ PETERS, Medienrecht, München 1999, N 769.

76 Vgl. JOHANNES KÖNDGEN, Haftpflichtfunktion und Immaterialschaden am Beispiel von Schmerzensgeld bei Gefährdungsdelikten, Berlin 1976, 109 ff.

77 ROOKES v. BARNARD (1964) 1 All E.R. 367, 411.

78 Vgl. HARRY STREET, Principles of the law of damages, London 1962, 33 f.

79 Nachweise bei KÖNDGEN (FN 76), 109.

80 CASSELL v. BROOME (1972) 1 All E.R. 801.

81 Vgl. auch RAMDATH v. O'DALEY (1993) 20 E.G. 123; A.B. v. SOUTH WEST WATER SERVICES (1993) 2 W.L.R. 507.

82 WEBER (FN 40), Art. 97 N 148 ff.

83 WEBER (FN 20), 339 m.Verw.

84 Aus der deutschen Rechtsprechung vgl. RGZ 35, 63 ff; RGZ 50, 111; RGZ 70, 253; BGHZ 34, 320; vgl. auch PATRICK KOHLER, Vermögensausgleich bei Immaterialgüterrechtsverletzungen, Diss. Zürich 1999, 54 ff; VON HOLLEBEN (FN 43), 86 ff, 95 f.

differenziert⁸⁵ – in der Schweiz die wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechte nicht im dualistischen Sinne als eigenständige, unabhängige Rechte gelten, sondern als integraler Bestandteil eines monistischen Persönlichkeitsrechts zu betrachten sind⁸⁶. Überdies vermischt die Methode der dreifachen Schadensberechnung die Begriffe Schaden und Gewinn in wenig überzeugender Weise und dehnt den Schadenersatzbegriff durch Fiktionen übermässig aus⁸⁷; nachdem das Bundesgericht während einiger Zeit sich, ohne ausdrücklich davon zu sprechen, an die Überlegungen der dreifachen Schadensberechnungsmethode angelehnt hat⁸⁸, ist die höchstrichterliche Rechtsprechung vor dreissig Jahren in einem Patentrechtsfall von der früheren Praxis abgekehrt und knüpft nun die Abschöpfung eines Gewinns im Immaterialgüter- und im Wettbewerbsrecht an die Eingriffskondition (Art. 62 OR) oder die Geschäftsanmassung (Art. 423 OR) an⁸⁹. Eine Reaktivierung der dreifachen Schadensberechnungsmethode zur Beurteilung von Geldentschädigungen im Medienbereich erweist sich somit nicht als sachgerecht⁹⁰.

B. Genugtuung

Als Alternative zum Schadenersatz kommt der Anspruch auf Genugtuung

in Frage (Art. 49 OR). Unstreitig ist, dass Genugtuung auch ohne Eintritt eines konkret nachweisbaren Schadens zugesprochen werden kann⁹¹. Abgesehen von der Tatsache, dass die Rechtsprechung mit der Zuerkennung massgeblicher Beträge bis vor kurzer Zeit ausgesprochen zurückhaltend gewesen ist⁹², besteht das dogmatische Problem der Genugtuung darin, dass sie als eine Unterart bzw. als Anhängsel des Schadenersatzes erscheint⁹³ und deshalb kein Eigenleben als wirksames Instrument des Persönlichkeitsschutzes zu entfalten vermocht hat⁹⁴.

In der Lehre ist versucht worden, die Genugtuung als präventive Sanktion bei Persönlichkeitsverletzungen in Erinnerung zu rufen⁹⁵. Zutreffend ist die Erkenntnis, dass die immaterielle Unbill nicht vermögensbezogen ist und sich der Persönlichkeitsschaden der herkömmlichen Begrifflichkeit des Vermögensschadens, der sachenrechtlichen Denkschablonen unterliegt, entzieht⁹⁶. Die Problematik des Konzepts der Genugtuung liegt aber darin, dass vorerst eine Loslösung von der Bezugnahme auf den Körperschaden, wie sie der Rechtsprechung nach verbreitet festzustellen ist, erfolgen müsste. Die angesprochene Eigenständigkeit des Genugtuungskonzepts lässt sich zwar begründen mit dem Hinweis auf das Vorliegen einer Gesetzeslücke im Persönlichkeitsrecht, welche durch richterliche Rechtsfortbildung zu füllen ist⁹⁷, doch liegen insoweit zur Zeit kaum Hinweise auf eine solche Meinungsbildung vor⁹⁸.

Die Genugtuung als Anspruchsgrundlage zieht wohl auch zu wenig in Betracht, dass die Sensations-Medien mit ihren Vorgehensweisen durchaus und vornehmlich wirtschaftliche Zwecke verfolgen⁹⁹. Die Kappung dieses Querbezugs zum «Vermögensaspekt» führt dazu, dass dem Richter bei der Bemessung der Genugtuungssumme ein kaum beschränktes Ermessen zukommt, was unter Rechtssicherheitsaspekten nicht unbedingt befriedigt. Vielmehr hängt die präventive Wirkung einer Sanktion nicht zuletzt davon ab, dass deren Wirkung anhand der konkreten Umstände auf die Situation beim Verletzer ausgerichtet ist¹⁰⁰.

Das Genugtuungskonzept erscheint des-

85 Vgl. BRUNO SEEMANN, Prominenz als Rechtsgut, UFITA 131/1996, 5, 30 ff.
 86 Vgl. VON HOLLEBEN (FN 43), 91 f m.Verw.
 87 Kritisch zu dieser Methode WEBER (FN 20), 339; KOHLER (FN 84), 129 ff.
 88 BGE 49 II 518; 38 II 304 f; 36 II 601; 35 II 658 f.
 89 BGE 97 II 176 ff, bestätigt in BGE 98 II 333.
 90 Teilweise etwas relativierend hingegen VON HOLLEBEN (FN 43), 97 ff.
 91 KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Aufl. Zürich 1995, § 8 N 1.
 92 OFTINGER/STARK (FN 91) § 8 N 78 ff, N 101 ff; BREHM (FN 55), Art. 49 N 59 ff; vgl. nun immerhin BGE 125 III 269, 276.
 93 Zur zwischenzeitlich relativierten Kritik an der Heranziehung des Genugtuungsrechts in Deutschland vgl. VON HOLLEBEN (FN 43), 35 f; vgl. auch schon BGH, GRUR 1965, 495, 497 (Satter Deutscher).
 94 Zur Diskussion WOLFGANG LARESE, Die Genugtuung, ein verkanntes Instrument des Persönlichkeitsschutzes?, *medialex* 1997, 139, 141 f; vgl. auch BGE 116 II 735.
 95 LARESE (FN 94), 142 ff.
 96 LARESE (FN 94), 143.
 97 LARESE (FN 94), 144.
 98 LARESE (FN 94), 142 spricht selber von der fehlenden präventiven Wirkung der Genugtuung und von ihrer nur deklarativen Dimension.
 99 Dieser Aspekt wird von LARESE (FN 94), 143 f vernachlässigt.
 100 Zu den Grundlagen für die Bemessung einer Geldentschädigung hinten III 4.

halb nicht geeignet als alleinige dogmatische Rechtsgrundlage für die Zusprechung von Geldentschädigungen, sondern sollte auf jene Fallkonstellationen beschränkt sein, in welchen vermögensmäßige Aspekte im Zusammenhang mit der Persönlichkeitsverletzung keine Rolle spielen.

C. Ungerechtfertigte Bereicherung (Eingriffskondiktion)

Gesetzliche Voraussetzungen der ungerechtfertigten Bereicherung¹⁰¹ sind die Vermögensvermehrung beim Eingreifer, die damit kausal zusammenhängende Entreicherung des Betroffenen und die Ungerechtfertigkeit des erlangten Vorteils; ein Verschulden des Eingreifers ist nicht erforderlich¹⁰². Diese Voraussetzungen sind auf die typischen Fälle der Leistungskondiktion zugeschnitten, nicht aber auf die Eingriffskondiktion, welche einen von der Rechtsordnung nicht gebilligten Eingriff in eine fremde Rechtsphäre ausgleichen will¹⁰³. Der Hauptgrund für die Schwierigkeiten mit der dogmatischen Erfassung der Eingriffskondiktion (d.h. der Herausgabe realisierter Gebrauchs- und Nutzungsvorteile) liegt darin, dass sie sich mit dem Wortlaut von Art. 62 OR nur schwer vereinbaren lässt¹⁰⁴. Das Gesetz spricht von der Bereicherung «aus dem Vermögen eines anderen», setzt also bildlich gesprochen eine Vermögensverschiebung voraus; an einem solchen «Transfer» fehlt es aber regelmässig bei widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzungen. Als (schwacher) Rettungsanker eignen sich nur der französische Wortlaut, der extensiver formuliert ist, sowie gewisse historische, systematische und teleologische Gründe. Die Lehre hat deshalb schon vor Jahren erkannt, dass die Eingriffskondiktion eine Aufgabe richterlicher Rechtsfortbildung in Loslösung der Bereicherungsobligations vom Schadensparadigma ist¹⁰⁵. Weil das Kriterium der Vermögensverschiebung nicht taugt, sind andere dogmatische Begründungen der Eingriffskondiktion entwickelt worden¹⁰⁶, insbesondere die Zuweisungstheorie, welche eine Korrektur bei nicht dem Berechtigten zukommenden Vorteilen anstrebt¹⁰⁷, und die differenzierte Widerrechtlichkeitstheorie, welche den Eingriff in fremdes Vermögen als

zu sanktionierende Verbotswidrigkeit betrachtet¹⁰⁸.

Ungeachtet dieser dogmatischen Begründungen liegt aber die Problematik der Theorie der Eingriffskondiktion erstens darin, dass die Rechtsprechung (mit Bezug auf Persönlichkeitsverletzungen jedenfalls in Deutschland) die Anspruchsgrundlage verneint, wenn der in seinem Persönlichkeitsrecht Verletzte nicht kommerzialisierungswillig ist¹⁰⁹, d.h. wenn der Betroffene einer Medienveröffentlichung auch gegen Entgelt nicht zugestimmt hätte. Selbst wenn sich argumentieren lässt, dass das Verlangen nach dem Eingriffsgewinn (z.B. in Form einer fiktiven Lizenzgebühr) nicht als eine nachträgliche Genehmigung der Rechtsverletzung gedeutet werden muss¹¹⁰, lässt sich doch nicht übersehen, dass die Betrachtungsweise stärker auf den Verletzten als auf den Verletzer ausgerichtet ist. Zweitens ergeben sich Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Wertersatzes im Falle fehlender Marktpreise¹¹¹ bzw. bei der Kriterienbildung für die Ermittlung des Zuweisungsgehalts¹¹². Im Lichte von Art. 64 OR würde es drittens schwer fallen, auch einem gutgläubigen Bereicherungsschuldner, der zwar praktisch Schwierigkeiten haben mag, den guten Glauben tatsächlich nachzuweisen, den Eingriffsgewinn zu entziehen, wie dies im Lichte des Präventionsgedankens geschehen müsste¹¹³. Zur Herausgabe eines

- 101 Entwicklungshistorischer Rückblick bei WEBER (FN 20), 347 m.Verw.
- 102 PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/HEINZ REY, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 7. Aufl. Zürich 1998, N 1478a.
- 103 WEBER (FN 20), 348.
- 104 Eingehender zur Problematik WEBER (FN 20), 348.
- 105 WEBER (FN 20), 349 f; KOHLER (FN 84), 147 ff m.Verw.
- 106 Überblick zu den Theorieansätzen bei WEBER (FN 20), 349 f, 350 ff und KOHLER (FN 84), 156 ff.
- 107 Vgl. vor allem ERNST VON CAENMERER, Bereicherung und unerlaubte Handlung, in Festschrift für Ernst Rabel, Bd. I, Tübingen 1954, 333 ff.
- 108 HORST H. JAKOBS, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Bonn 1964, 1 ff, 54 ff.
- 109 BGHZ 20, 345; 26, 349, 353; 81, 75, 79; BGH, in NJW 1979, 2205; zustimmend GOUNALAKIS (FN 44), 18 f.
- 110 Kritisch dazu VON HOLLEBEN (FN 43), 107; vgl. auch KOHLER (FN 84), 184 f und CANARIS (FN 73), 87 ff, die sich positiv zur Eingriffskondiktion aussprechen.
- 111 Eingehender WEBER (FN 20), 356 f und SCHLUEP (FN 21), 201 ff.
- 112 Vgl. dazu VON HOLLEBEN (FN 43), 109 ff.
- 113 Dazu WEBER (FN 20), 357 f; zur komplizierten Rechtslage in Deutschland vgl. VON HOLLEBEN (FN 43), 113 ff.

abstrakten Vermögensvorteils ist mithin das Bereicherungsrecht nicht unbedingt gut geeignet, auch wenn es als alternatives Rechtsinstitut nicht vollständig ausser Acht gelassen werden sollte.

D. Geschäftsanmassung

a) Grundsätzliche Typologie

Die Geschäftsanmassung stellt, ungeachtet der systematischen Einordnung in den Abschnitt über die Geschäftsführung ohne Auftrag, keinen eigentlichen Geschäftsführungsfall dar, weil der Tätigwerdende nicht die Absicht hat, «für einen anderen» (Art. 419 OR) zu handeln¹¹⁴. Dennoch bleibt die Geschäftsanmassung sowohl aus historischen wie konzeptionellen Gründen dem Geschäftsführungsrecht gedanklich verbunden; die Vorteilsaneignung von Art. 423 OR kann in Fällen spielen, in denen die Geschäftsführungsvoraussetzungen nicht erfüllt sind¹¹⁵.

Historisch betrachtet hat zwar die Geschäftsanmassung vornehmlich Fälle von Weisungsüberschreitungen und Pflichtverletzungen des Geschäftsführers erfassen wollen¹¹⁶, doch erscheint es nicht als ausgeschlossen, auch den Eingriff in eine fremde Nutzungsposition als erfasst zu betrachten. Eine Geschäftsanmassung liegt nämlich objektiv immer dann vor, wenn jemand trotz des – im Medienbereich regelmässig gegebenen – Fehlens einer Handlungspflicht in eigenütziger Weise ein – tatsächlich oder hypothetisch¹¹⁷ – fremdes Geschäft in Ver-

letzung eines absoluten bzw. relativen Rechts oder einer objektiv geschützten Nutzungsposition¹¹⁸ widerrechtlich führt¹¹⁹. Ob subjektiv ein Verschulden vorzuliegen hat und ob im Falle der Bösgläubigkeit dem Präventionsgedanken von Art. 423 OR angemessen Rechnung getragen wird, ist in der Lehre umstritten und von der Rechtsprechung (noch) nicht eindeutig entschieden¹²⁰.

b) Rechtsfolgen der Geschäftsanmassung

Gemäss Art. 423 Abs. 1 OR hat der (verletzte) Geschäftsherr das Recht, sich die Vorteile aus der unbefugten Geschäftsführung anzueignen; diese Vorteilsaneignung aus Geschäftsanmassung stellt einen eigenständigen Rechtsanspruch dar¹²¹. Herauszugeben ist der effektiv erzielte bzw. der hypothetisch ermittelte Gewinn¹²²; kraft der systematischen Stellung von Art. 423 OR im Geschäftsführungsrecht ist der Geschäftsanmasser rechenschaftspflichtig (Art. 400 OR)¹²³. Im Rahmen eines solchen Konzepts erscheint diese Rechtsfolgenregelung auch bei medialen Persönlichkeitsverletzungen als sachgerecht.

Angesichts der Ökonomisierung des Medienwesens, die zur Vermarktung des Lebens von «öffentlichen Personen» führt, erweist sich nämlich eine stärkere Ausdifferenzierung kommerzialisierter Persönlichkeitsrechte mit Bezug auf die Identität von Prominenten als sinnvoll¹²⁴. Ausgangspunkt muss dabei die Erkenntnis sein, dass auch die finanzielle Situation des schädigenden Mediums ins Blickfeld zu nehmen ist; Geschichte über das Privatleben von «öffentlichen Personen» dienen nämlich oft vornehmlich der Auf lagensteigerung des medialen Produktes¹²⁵. Solche Persönlichkeitsvermarktungen gehören nicht zu den privilegierten Aufgaben der Medien (Informations-, Artikulations- und Kontrollfunktion)¹²⁶.

Verletzungen von Persönlichkeitsrechten sind für rücksichtslose Verletzer solange lohnenswert, als nicht der Gewinn (z.B. aus Verkaufserfolg oder Auflagensteigerung) abgeschöpft wird. Eine entsprechend ausgestaltete Sanktionsordnung ist

114 WEBER (FN 20), 340.

115 WEBER (FN 20), 340, 342 f.

116 WEBER (FN 20), 340 f.

117 Eine Rücksichtnahme auf die Interessen des Geschäftsherrn bzw. ein bewusster Wille zur Führung eines fremden Geschäfts ist nicht erforderlich: vgl. BGE 126 III 69; VON HOLLEBEN (FN 43), 121 f.

118 WEBER (FN 20), 344; OR-WEBER, 2. Aufl. Basel 1996, Art. 423 N 5 f.

119 Ein Geschäftsführungswille des Geschäftsherrn («Medienopfers») braucht nicht vorzuliegen (VON HOLLEBEN [FN 43], 125); zurückhaltender zur Geschäftsanmassung KOHLER (FN 84), 186 ff. und CANARIS (FN 73), 86.

120 Zu diesen im vorliegenden Zusammenhang nicht zu vertiefenden Problemen vgl. eingehender WEBER (FN 20), 344 f.

121 Vgl. BGE 98 II 323 ff; 97 II 169 ff; WEBER (FN 20), 345.

122 Vgl. dazu hinten III 4.

123 WEBER (FN 20), 346.

124 Vgl. auch VOLKER BEUTHIEN/ANTON S. SCHMÖLZ, Persönlichkeitsschutz durch Persönlichkeitsgüterrechte, München 1999, 11 ff.

125 Vgl. vorne I.

126 Grundlegend BGE 95 II 492.

umso mehr gerechtfertigt, als Abbilder, Aufzeichnungen oder Beschreibungen über eigenpersönliche Lebensdaten, nach denen gegebenenfalls eine Nachfrage Dritter besteht, Wirtschaftsgüter darstellen¹²⁷. Diese Güter stehen mit der Persönlichkeit insofern in Beziehung, als zugleich die Persönlichkeit verletzt wird, wenn ein Gegenstand, der Rückschlüsse auf sie zulässt, entgegen ihres Willens medial verwertet wird¹²⁸. Allein der (natürlichen oder juristischen) Person ist die wirtschaftliche Verwertung ihrer Rechte zugewiesen¹²⁹. Gegen die Existenz derartiger Persönlichkeitsgüterrechte, welche den Immaterialgüterrechten an eigenpersönlichen Gegenständen vergleichbar sind, spricht auch nicht die ideelle Natur der Persönlichkeit; vielmehr bestehen an Gegenständen mit nahem Persönlichkeitsbezug ebenfalls individuelle Verwertungsrechte, die bei vermögensrelevanten Persönlichkeitsverletzungen massgeblich sind¹³⁰. Ohne Belang für die Anerkennung des Persönlichkeitsgüterrechts ist zudem, ob tatsächlich oder nur hypothetisch ein Gewinn anfällt¹³¹ und der Wert der eigenpersönlichen Gegenstände auf einer eigenen wirtschaftlichen Leistung des Inhabers beruht oder nicht¹³².

Beachtenswert ist immerhin das Risiko, dass dieser Theorieansatz zu einer Prominenten-Judikatur bzw. «Reichen»-Rechtsprechung¹³³ führt, weil nur Prominente sog. «Windfallprofite», die auf marktfähigen «publicity values» beruhen, generieren können¹³⁴. Dieser Einwand ist ernst zu nehmen, aber auch nicht überzubewerten¹³⁵, weil das Vorliegen hypothetischer Faktoren ausreicht und bei fehlendem Marktbezug auf die Genugtuung zurückgegriffen werden kann¹³⁶.

Das Risiko einer Geldentschädigung in der Form der Gewinnabschöpfung vermag somit diejenige – fühlbare – Präventivwirkung zu entfalten, welche Medienunternehmen, die im Übrigen regelmässig für die Medienschaffenden als sog. Hilfspersonen einzustehen haben (Art. 101 OR), zu grösserer Zurückhaltung bei der Verwertung höchstpersönlicher Daten anhalten dürfte und damit den Schutz der «öffentlichen Person» vor den Medien verbessern würde.

3. Voraussetzungen einer Geldentschädigung

Verfassungsrechtlich geboten ist – wie erwähnt – die Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips bei der Zusprechung einer Geldentschädigung für eine Persönlichkeitsverletzung¹³⁷. Proportionalität meint nicht nur, dass überaus strenge Sanktionen problematisch sein könnten, sondern will auch verhindern, dass eine leichte Unsorgfalt¹³⁸ in der Medienberichterstattung zu nicht überschaubaren Konsequenzen führt. Konkret bedeutet dies, dass die Zusprechung einer Entschädigung eine schwere Persönlichkeitsverletzung voraussetzt¹³⁹; mithin geht es darum, die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs (z.B. Schutz vor Verfälschungen des Persönlichkeitsbildes, Schutz der Privatsphäre, Recht am eigenen Bild)¹⁴⁰ sowie den Anlass und Beweggrund des Handelnden und den Grad seines Verschuldens zu beurteilen.

In Betracht zu ziehen sind objektive Kriterien (z.B. Verbreitungsgrad der Veröffentlichung, Auflagenstärke bzw. Einschaltquote des Mediums, Aufmachung des rechtswidrigen Beitrages)¹⁴¹. Subjektiv fällt die Vorwerfbarkeit gegenüber dem Handelnden, die sich z.B. im Grad der Abweichung vom üblichen Sorgfaltsmassstab messen lässt¹⁴², ins Gewicht. Nicht ausser Acht gelassen werden darf

127 BEUTHIEN/SCHMÖLZ (FN 124), 17 f.

128 BEUTHIEN/SCHMÖLZ (FN 124), 28 f.

129 Vgl. vorne II 1.

130 BEUTHIEN/SCHMÖLZ (FN 124), 32 ff, 65.

131 Fraglich GOUNALAKIS (FN 44), 19, der bei fehlendem Gewinn eine Geldentschädigung nicht bejahen will.

132 BEUTHIEN/SCHMÖLZ (FN 124), 35.

133 Der in Deutschland verwendete Begriff «Prinzenrecht» hat eine Doppelbedeutung, weil einerseits der besondere Schutz der Prominenten angesprochen und andererseits der Hamburger Medienrechtler MATTHIAS PRINZ als Prozessvertreter von Caroline tätig geworden ist.

134 So GOUNALAKIS (FN 44), 16, 24; a.M. BEUTHIEN/SCHMÖLZ (FN 124), 67.

135 Vgl. auch VON HOLLEBEN (FN 43), 73 ff.

136 Vgl. vorne III 2 B.

137 Vgl. vorne II 4.

138 Vgl. RENA ZULAUF, Informationsqualität, Diss. Zürich 2000, 118 ff, 126 ff.

139 So auch für die Genugtuung BGE 120 II 97 ff; zum deutschen Recht VON HOLLEBEN (FN 43), 46 f.

140 WEBER (FN 1), 15; zum deutschen Recht VON HOLLEBEN (FN 43), 21 ff.

141 VON HOLLEBEN (FN 43), 46 f.

142 ZULAUF (FN 138), 118 ff.

überdies die Befindlichkeit des «Medienopfers» (z.B. physischer und psychischer Zustand, Ausmass der Kränkung, erlittene Peinlichkeit, Belastung des Ansehens, Fortwirkung der Interessenverkürzung)¹⁴³.

Hingegen ist der Geldentschädigung nicht nur ein lückenfüllender, subsidiärer Charakter eigen¹⁴⁴. Im Falle einer schwerwiegenden Persönlichkeitsverletzung braucht das «Medienopfer» nicht vorerst auf Feststellung der Widerrechtlichkeit zu klagen oder eine Gegendarstellung zu beantragen, sondern kann direkt finanzielle Ansprüche geltend machen.

4. Bemessung der Geldentschädigung

Weil die Geldentschädigung bei Persönlichkeitsverletzungen konzeptionell nicht am Schaden beim «Medienopfer» anknüpft, ist von vornherein eine konkrete Berechnung bzw. Bemessung mit Schwierigkeiten behaftet. Als sachlich richtig erscheint, verschiedene Faktoren zu werten; zudem lassen sich nach dem Grundsatz, dass sich Unrecht nicht lohnen soll, Anknüpfungen an den Geschäftserfolg vornehmen. Zu den relevanten Faktoren können gehören:

- Die Schwere der Persönlichkeitsverletzung sollte nicht ohne Einfluss auf die Bemessung der Entschädigung bleiben; die Intensität der Beeinträchtigung ist auch relevant für die Höhe des Anspruches («Schmerzen im Geistigen»)¹⁴⁵. Gerade der Präventionsgedanke¹⁴⁶

spricht dafür, dass dem Verschulden des Verletzers zum Zwecke der abschreckenden Wirkung eine Bedeutung zukommt.

- Zu einer Erhöhung der Geldentschädigung vermag die negative subjektive Motivation des schädigenden Medienunternehmens beizutragen; der deutsche Bundesgerichtshof spricht von Auflagensteigerung zur Erzielung eines kommerziellen Vorteils durch Sensationslust von Hunderttausenden von Lesern¹⁴⁷.
- In Betracht zu ziehen sind Grösse, Aufmachung und Positionierung eines persönlichkeitsverletzenden Beitrages sowie die Deutlichkeit der Namensnennung; die Beeinträchtigung vermag auch vom Verbreitungsgrad und von der Auflage des Medienproduktes abhängig zu sein; schliesslich ist Dauer der Verletzungsfolgen (z.B. bei verbreteter Monatszeitschrift) von Belang.
- Die fehlende Solvenz bzw. Vermögenslosigkeit des Verletzers darf nicht als Grund für die Ablehnung eines Geldentschädigungsanspruchs in Betracht kommen¹⁴⁸. Hingegen wird der Präventionsgedanke nur dann erfüllt, wenn die Geldentschädigung eine Abschreckung entfaltet, d.h. das jeweilige Medienunternehmen muss sie als schmerzhaft empfinden¹⁴⁹.
- Weder ist es sachgerecht, einer wohlhabenden, in der Persönlichkeit verletzten Person eine besonders hohe Entschädigung zuzuerkennen, noch sollte sie im Falle guter wirtschaftlicher Verhältnisse leer ausgehen; die finanziellen Verhältnisse eignen sich nicht zur Bestimmung der Geldentschädigung¹⁵⁰. Hingegen erscheint es als denkbar, die allgemeinen Lebensumstände des «Medienopfers» (z.B. Entfernung zur Zeitung, Wahrscheinlichkeit der Kenntnisnahme usw.) in Betracht zu ziehen¹⁵¹.
- Als präventives Bemessungskriterium kommt überdies die Wiederholungsfahr in Frage¹⁵²; auch das OLG Hamburg hat darauf abgestellt, welches zukünftige Verhalten der Medien unter präventiven Aspekten zu erwarten sei¹⁵³. Mildernd sollte sich ein Widerruf im Sinne der tätigen Reue auswirken.

143 VON HOLLEBEN (FN 43), 47 f.

144 Anders will die überwiegende deutsche Lehre (GOUNALAKIS [FN 44], 23 f; VON HOLLEBEN [FN 43], 48 ff, 61 ff) am Subsidiaritätsprinzip festhalten.

145 VON HOLLEBEN (FN 43), 54; MATTHIAS PRINZ, Geldentschädigung bei Persönlichkeitsverletzungen durch die Medien, NJW 1996, 953, 955.

146 Vgl. vorne II 3.

147 BGH, in NJW 1995, 861, 864 (Caroline I).

148 PRINZ (FN 145), 955.

149 VON HOLLEBEN (FN 43), 57; BEUTHIEN/SCHMÖLZ (FN 124), 57 f.

150 Im Einzelnen VON HOLLEBEN (FN 43), 58 f; vgl. auch BGHZ 18, 149, 159.

151 Vgl. VON HOLLEBEN (FN 43), 59 f.

152 WALTER SEITZ (Prinz und Prinzessin – Wandlungen des Deliktsrechts durch Zwangskommerzialisierung der Persönlichkeit, NJW 1996, 2848) plädiert dafür, dass der Rückfall im Zivilrecht strafverschärfend wirken soll; vgl. auch PRINZ (FN 145), 955.

153 OLG Hamburg, in NJW 1996, 2870.

Besondere Fragen stellt die in jüngerer Zeit immer stärker in den Vordergrund tretende marktbezogene Gewinnabschöpfung. In den Caroline von Monaco-Fällen hat sich der Bundesgerichtshof zwar nicht zur Bemessung der Geldentschädigung ausgesprochen; das zuständige OLG Hamburg hat ebenfalls davon abgesehen, den Verletzerertrag konkret zu bestimmen oder spezifische Rechenmodelle als Massstab hinzunehmen¹⁵⁴; die Angemessenheit der Entschädigung ist somit nicht im Einzelnen von den betriebswirtschaftlich ermittelten Vorteilen abhängig gemacht worden. Der Prozessvertreter von Caroline hat hingegen argumentiert, zur Errechnung des Tagesgewinnes solle folgende Formel angewendet werden¹⁵⁵:

$$\frac{\text{Konzernumsatz}}{365 \text{ Tage}} \times 5\% \text{ Umsatzrendite} = \text{Tagessatz}$$

Zwar lässt sich sagen, dass die Bemessung der Geldentschädigung allein unter dem Gesichtspunkt der Umsatzrendite nicht völlig sachgerecht sei¹⁵⁶, doch erweist sich der Verzicht auf jegliche Anknüpfung an wirtschaftliche Faktoren wohl als zu diskretionär. Richtig dürfte vielmehr sein, den hypothetischen Gewinn anhand anerkannter betriebswirtschaftlicher Kriterien zu schätzen und hernach je nach den konkreten Umständen gegebenenfalls eine Anpassung vorzunehmen.

IV. Beurteilung

Angesichts der Ökonomisierung des Medienwesens drängen sich Überlegungen zur Frage, inwieweit Persönlichkeitsverletzungen durch Medienleistungen auch monetär ausgeglichen werden können, auf. Das Argument, dass jedermann die Möglichkeit der «Vermarktung» seiner Persönlichkeit offen steht, greift deshalb nicht, weil in der Regel nicht die betroffene Person die entsprechende «Ökonomisierung» anstrebt, sondern durch die Medien in die «Betroffenenrolle» gestossen wird. Insbesondere aber entspricht es einem allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass sich Unrecht nicht lohnen soll, d.h. dass

die Rechtsordnung eine Gewinnakkumulation kraft Rechtswidrigkeit nicht dulden darf. Der Präventionsgedanke ist nämlich dem Zivilrecht nicht fremd und Entwicklungen in verschiedenen Rechtsbereichen zeigen, dass dem prospektiven Rechtselement eine immer grössere Bedeutung zukommt.

Dass die Diskussion über die Ausrichtung von Geldentschädigungen im Falle von Persönlichkeitsverletzungen auch in der Schweiz alsbald zu führen sein wird, zeigt die Behandlung der Motion Reimann im Ständerat¹⁵⁷: Rechtspolitisch steht die Verbesserung des Schutzes vor medialen Missgriffen zur Debatte und neue Schutzkautele für betroffene «Medienopfer» sind zu entwickeln.

Auch wenn die Geldentschädigung bei Persönlichkeitsverletzungen nicht das einzige Mittel darstellt, um den Schutzgedanken von Art. 28 ZGB zu stärken, handelt es sich um eine bisher eher vernachlässigte Schiene, die sich befahren lässt. Als dogmatische Rechtsgrundlage für die Zusprechung von Entschädigungen kommen die Genugtuung, die Eingriffskondition als Sonderfall der ungerichtfertigten Bereicherung und die Gewinnabschöpfung wegen angemasster Eigenesgeschäftsührung in Frage. Kein heutiges Rechtsinstitut «passt» genau auf die Problematik der Persönlichkeitsverletzung; Analogieschlüsse bzw. vergleichende Auslegungen sind unumgänglich. Die genannten Rechtsinstitute brauchen aber nicht übermässig stapaziert zu werden, um dem Präventionsgedanken in sachgerechter Weise zum Durchbruch zu verhelfen. ■

154 OLG Hamburg, in NJW 1996, 2872.

155 PRINZ (FN 145), 957.

156 SO VON HOLLEBEN (FN 43), 69 ff, m.E. aber zutreffend relativierend und auf hypothetische Erlöse abstellend auf S. 126 ff.

157 Motion MAXIMILIAN REIMANN, Persönlichkeitsschutz im Medienrecht, Nr. 99.3441 vom 2. September 1999, behandelt im Ständerat am 8. Dezember 1999; Bundesrätin Metzler hat Verständnis für das Anliegen von Reimann geäussert, aber auf die Schwierigkeiten einer rechtlichen Umsetzung des Anliegens hingewiesen; mit Unterstützung des Rates, insbesondere dem Votum von Fritz Schiesser, hat Reimann die Motion in ein Postulat umgewandelt (vgl. *medialex* 2000, 6 f.).