

Das Personenrecht des ZGB

Zweiter Teil Der Schutz der Persönlichkeit

(Art. 27-30 ZGB)

Vorbemerkung zur Darstellungsweise

- 370 Aus didaktischen Gründen wird der Persönlichkeitsschutz gegenüber Dritten (Art. 28-28I ZGB) vorweg im 9. Kapitel behandelt, der Schutz vor übermässiger vertraglicher Bindung (Art. 27 ZGB) anschliessend im 10. Kapitel. Diese von der Gesetzessystematik abweichende Darstellungsweise erlaubt im Sinne einer Lernhilfe, den Rechtsstoff von Art. 27 ZGB teilweise aus Art. 28 ZGB abzuleiten.

9. Kapitel: Der Persönlichkeitsschutz gegenüber Dritten (Art. 28-281 ZGB)

A. Einleitung

1. Grundsatz

- 371 Der Kernsatz des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes findet sich in Art. 28 Abs. 1 ZGB: *"Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, kann zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, den Richter anrufen."* - Diese Generalklausel umschreibt abstrakt die Abwehransprüche, die jeder natürlichen und juristischen¹ Person gegen persönlichkeitsverletzende Handlungen Dritter zustehen.
- 372 Der Schutzbereich hat nach heutigem Verständnis naturrechtliche Wurzeln. Das bedeutet, dass der persönlichkeitsrechtlich geschützte Freiraum nicht als das Werk des staatlichen Gesetzgebers verstanden wird, nicht also als etwas, was dem Individuum von der staatlichen Rechtsordnung *verliehen* wird. Vielmehr steht dieser Freiraum dem Menschen in jeder gesellschaftlichen Umwelt um seines Menschseins willen zu, vor und unabhängig von aller staatlichen Gesetzgebung. Eine Gesetzgebung, die diesen Freiraum nicht respektiert und schützt, ist eine unrechte Gesetzgebung - ist staatlich sanktioniertes Unrecht, nicht Recht. Jede gute Rechtsordnung muss diesen Freiraum *garantieren*².
- 373 In diesem Sinne knüpfen PEDRAZZINI/OBERHOLZER (1993), S. 113, bei der Umschreibung des persönlichkeitsrechtlich geschützten Freiraums an die *Berufung jedes Menschen zur Verwirklichung seines eigenen Ichs, d.h. seiner einmaligen Individualität* an, und sie leiten aus dieser *vorrechtlichen Berufung* den von der Rechtsordnung anzuerkennenden und durchzusetzenden Anspruch jedes Menschen auf so viel Freiheit innerhalb der Gemeinschaft ab, dass er seine *Person* auch *vollziehen bzw. sich selber verwirklichen* kann. Was den Menschen am Vollzug seiner Person hindert, ist persönlichkeitsverletzend.
- 374 ANDREAS BUCHER (1999), Ziff. 413, definiert den Persönlichkeitsschutz als den *Schutz der Werte, die das Wesentliche der persönlichen Sphäre des Einzelnen ausmachen*.
- 375 HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 10.02, umschreiben die geschützte Persönlichkeit als *Gesamtheit der individuellen Grundwerte einer Person, als das, was eine Person "ausmacht" und sie von anderen Personen unterscheidet. Die Persönlichkeitsrechte sind diejenigen Rechte, die [...] dem Einzelnen um seiner selbst willen zustehen und die untrennbar mit seiner Person verknüpft sind*.
- 376 Alle diese abstrakten Umschreibungen sind zwar kaum brauchbar für die Lösung konkreter Einzelfälle. Aber sie machen den wissenschaftlichen Konsens über den natur- bzw. vorrechtlichen Gehalt des Persönlichkeitsschutzes deutlich.

¹ Juristische Personen geniessen selbstverständlich keinen Persönlichkeitsschutz bezüglich jener Belange, die die physische menschliche Existenz voraussetzen. Der Schutz beschränkt sich demgemäss auf *Ehre, Ansehen und Namen* (vgl. BGE 31 II 246 f. [geschäftliche Ehre]; 95 II 488 E. 4 [Club Méditerranée]; 116 II 469 [Coca-Cola Company]; 96 IV 146 [strafrechtlicher Ehrenschatz]; 97 II 100 [Privatsphäre, in casu Adressverzeichnisse von Logen und Clubs]). Juristische Personen können auch Genugtuungsansprüche geltend machen; vgl. 95 II 481; 31 II 246 f.

² Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 10.07.

- 377 Entsprechend den naturrechtlichen Wurzeln ist die von der Rechtsordnung zu schützende Persönlichkeit weder ein Phänomen des Privatrechts noch ein solches des öffentlichen Rechts. Vielmehr haben Gesetzgeber und rechtsanwendende Behörden im privat- und im öffentlichrechtlichen Bereich gleichermaßen die Persönlichkeit jedes Menschen zu schützen - im Privatrecht gegen Übergriffe Privater, im öffentlichen Recht gegen Übergriffe des Staates. Der privatrechtliche Schutz ist grundgelegt in Art. 28 ff. ZGB, der öffentlichrechtliche Schutz in den Grundrechten der Menschenwürde und der persönlichen Freiheit³, und er ist konkretisiert in zahlreichen Schutzbestimmungen zugunsten des Bürgers in dessen Umgang mit dem Staat.
- 378 Bei der Würdigung von Judikatur und Literatur zu Art. 28 ff. ZGB ist zu beachten, dass die gesetzliche Regelung im Jahre 1985 ausgebaut worden ist⁴. Die Revision umfasst die neu ins Gesetz aufgenommenen Art. 28a-28l ZGB (prozessualer Rechtsschutz, Gegendarstellungsrecht⁵), die Neuformulierung des Schutzobjekts in Art. 28 (ehemals: "*Wer in seinen persönlichen Verhältnissen unbefugterweise verletzt wird ...*"; seit 1985: "*Wer in seinem Persönlichkeitsrecht widerrechtlich verletzt wird ...*") und die Preisgabe des Requisites des schweren Verschuldens als Voraussetzung von Genugtuungsansprüchen gemäss Art. 49 OR⁶.

2. Überblick über die gesetzliche Regelung

- 379 Das Persönlichkeitsrecht wird sowohl im ZGB als auch im OR behandelt. Die Regelungsgebiete der verschiedenen Bestimmungen können folgendermassen beschrieben werden:
- **Art. 41 OR** regelt die finanziellen Rechtsfolgen, d.h. die Schadenersatzpflicht, bei sämtlichen Kategorien unerlaubter Handlungen einschliesslich der Persönlichkeitsverletzungen;
 - **Art. 46 OR** regelt die Schadenersatzpflicht bei Körperverletzung (einer Untergruppe der Persönlichkeitsverletzungen, nämlich der Verletzung der physischen Integrität);
 - **Art. 47 OR** regelt die Genugtuung bei Körperverletzung, ferner die Genugtuung bei Tötung eines Angehörigen (= Verletzung der psychischen Integrität der Überlebenden);
 - **Art. 49 OR** regelt die Genugtuung bei allen übrigen Persönlichkeitsverletzungen;
 - **Art. 28-28l ZGB** regeln die nicht-finanziellen Rechtsfolgen bei Persönlichkeitsverletzungen, ferner die präventive Verletzungsabwehr und die speziellen Verfahren zum Persönlichkeitschutz; bezüglich der finanziellen Verletzungsfolgen verweist Art. 28a Abs. 3 ZGB auf

³ Art. 7 und 10 Abs. 22 BV; vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 10.33 und BGE 98 Ia 521.

⁴ BG vom 16.12.1983 betr. Änderung des ZGB (Persönlichkeitsschutz), AS 1984 778, Botschaft BBl 1982 II 636, 680, iK 1.07.1985.

⁵ Unter dem alten Recht musste bei Ehrverletzungen durch Druckerzeugnisse und Medien auf dem Wege der Berichtigungsklage repariert werden, was seit 1985 im wesentlichen ausserprozessual durch das Gegendarstellungsrecht erreicht wird. Die frühere Ehrverletzungs- und Berichtigungspraxis ist damit teilweise obsolet geworden.

⁶ Art. 49 OR lautete bis 1985: "1 Wer in seinen *persönlichen Verhältnissen* verletzt wird, hat Anspruch auf *Ersatz des Schadens und, wo die besondere Schwere der Verletzung und des Verschuldens es rechtfertigt, Anspruch auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung.*

2 Anstatt oder neben dieser Leistung kann der Richter auch auf eine andere Art der Genugtuung erkennen."

die "*Klagen auf Schadenersatz und Genugtuung*", womit die vorerwähnten Art. 41, 47 und 49 OR gemeint sind.

3. Kein abstrakt definierbarer Begriff der Persönlichkeit

380 Was als rechtlich geschützte Persönlichkeit zu gelten hat, lässt sich nicht in einer Definition allgemeingültig zusammenfassen. Vielmehr arbeitet das Privatrecht mit einem von der Praxis entwickelten Katalog von Persönlichkeitsverletzungs-Tatbeständen. Die Summe der geschützten Persönlichkeitsgüter⁷ macht die geschützte Persönlichkeit aus. Zwar sind Versuche gemacht worden, den Persönlichkeitsschutz in Kurzformeln auf einen einheitlichen Nenner zu bringen⁸. Aber solche Kurzformeln sind wenig hilfreich, wenn es darum geht, einen konkreten Tatbestand als Persönlichkeitsverletzung zu qualifizieren.

4. Privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Persönlichkeitsschutz

381 Der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz der Art. 28 und 27 ZGB ist abzugrenzen gegenüber dem vom öffentlichen Recht gewährten Persönlichkeitsschutz, welcher grundgelegt ist in den verfassungsmässigen Rechten auf persönliche Freiheit (Art. 10 BV) und auf Menschenwürde (Art. 7 BV)⁹.

382 Die genannten verfassungsmässigen Rechte finden dort ihre Schranke, wo staatliche Organe in pflichtgemässer Ausübung ihrer Amtsbefugnisse handeln, sofern die Staatstätigkeit *auf gesetzlicher Grundlage* beruht, *im öffentlichen Interesse* liegt und *verhältnismässig* ist¹⁰. Diese öffentlichrechtlichen Schranken des Individualschutzes entsprechen dem privatrechtlichen Rechtfertigungsgrund des überwiegenden öffentlichen Interesses gemäss Art. 28 Abs. 2 ZGB. Diesbezüglich besteht weitgehende Kongruenz der öffentlichrechtlichen und der privatrechtlichen Regelung.

383 Keine Kongruenz besteht bezüglich dessen, was als Verletzungstatbestand in Betracht fallen kann. Staatliche Organe dürfen und müssen wegen ihrer Pflicht zur Wahrung öffentlicher Interessen zuweilen in ganz anderer Weise in die Selbstbestimmung von Individuen eingreifen, als dies Privaten zu tun gestattet ist. So wird man manchem staatlich angeordneten Eingriff in die momentane Selbstbestimmung Privater, insbesondere in deren örtliche Bewegungsfreiheit, keinen Verletzungs-Charakter zuerkennen, sondern die Respektierung von

⁷ Vgl. diesen Begriff bei HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 10.05 und bei ANDREAS BUCHER (1999), Ziff. 457.

⁸ Vgl. die verschiedenen Versuche, die Persönlichkeit bzw. den rechtlich geschützten Freiraum zu definieren in Ziff. 373 ff. - ANDREAS BUCHERS Formulierung vom *Schutz der Werte, die das Wesentliche der persönlichen Sphäre des einzelnen ausmachen* zeigt mit dem Plural "Werte" besonders deutlich, dass man bei der rechtlichen Konkretisierung des Schutzes um einen Katalog solcher Werte und um eine entsprechende Kasuistik von Persönlichkeitsverletzungs-Tatbeständen nicht herumkommt. Ähnlich wies die bis Ende Juni 1985 geltende Fassung von Art. 28 ZGB ("*Wer in seinen persönlichen Verhältnissen verletzt wird ...*") darauf hin, dass nicht ein Grundtatbestand, sondern eine Vielzahl von "Verhältnissen" Rechtsschutz genießt.

⁹ Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 10.33 ff.

¹⁰ Vgl. BGE 118 Ia 73 E. 2d.

Absperrungen, Quarantänen, temporären Ausgehverboten, militärischen Aufgeboten und Befehlen etc. als Bürgerpflicht der Betroffenen qualifizieren. Das gleiche gilt für die Öffentlichkeit von Zivil- und Strafgerichtsverfahren und für die Publikation von Urteilen und vor-mundschaftlichen Verfügungen etc. Die Anwesenheit von Publikum und Presse bei den Gerichtsverhandlungen und die Urteilspublikation kann für die Parteien zwar peinlich und rufschädigend sein, wird richtigerweise aber nicht als (gerechtfertigte) Verletzung von Privatsphäre und Ehre qualifiziert¹¹. Vielmehr fehlt es am Tatbestand der Rechtsverletzung. Demgegenüber ist die zwangsweise Blutentnahme gemäss SVG unzweifelhaft eine Verletzung der physischen Integrität, allerdings in der Regel eine durch das öffentliche Recht gerechtfertigte Verletzung.

- 384 Verletzen staatliche Organe bei hoheitlichem Handeln ihre Amtspflichten - man denke an irrtümliche Verhaftungen, polizeiliche Gewaltexzesse, unbegründete zwangsweise Blutentnahmen bei Verkehrsteilnehmern -, so unterstehen die Ansprüche der Verletzten und die Rechtsbehelfe zu deren Durchsetzung dem öffentlichem Recht. Art. 28 ff. ZGB greift gegenüber dem Staat und seinen Organen nicht¹². Immerhin setzen die von der privatrechtlichen Judikatur entwickelten Regeln zu Art. 28 ZGB den Standard für die öffentlichrechtliche Fallbeurteilung.
- 385 *Fehlerhafte ärztliche Behandlung*, d.h. die Verletzung der physischen Integrität und eventuell der Selbstbestimmung der Patientin, muss allemal zu quantitativ gleichen Schadenersatz- und Genugtuungsansprüchen führen, unabhängig davon, ob der Verletzte in einem öffentlichrechtlichen Benützungsverhältnis zu Amtsärzten in Kantons- und Gemeindespitälern oder in einem privatrechtlichen Verhältnis zu einer Privatklinik oder einem Privatarzt stand. Zwar sind für die Beurteilung von Klagen gegen Kantone und Gemeinden in der Regel andere Rechtsnormen (z.B. Beamtenhaftpflichtgesetze) und andere Gerichte zuständig als für die Beurteilung von Klagen gegen Privatpersonen. Aber die Judikatur muss bestrebt sein, den Rechtsschutz für die Patientinnen im einen wie im anderen Fall möglichst gleich auszugestalten¹³. Unterschiedliche Sorgfaltsstandards für Ärzte hier und dort oder unterschiedliche Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche der Patientinnen im Bereich staatlicher und privater Medizinaldienstleistungen wären unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten unerträglich.

5. Strafrechtlicher Persönlichkeitsschutz

¹¹ Allerdings lässt sich nach heutiger Auffassung die Nennung von Namen oder Initialen der Parteien im Rahmen der öffentlichen Gerichtsberichterstattung nicht mit dem überwiegenden öffentlichen Informationsinteresse rechtfertigen; vgl. schon BGE 64 I 173 ff. ("Gangster und Devisenschieber")

¹² Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 10.57; ANDREAS BUCHER (1999), Ziff. 455; ferner BGE 123 IV 97: Bei einer nach öffentlichem Recht klarerweise unzulässigen und zugleich ehrverletzenden Publikation ist gegen das Gemeinwesen nach öffentlichem Recht, gegen das fehlbare Presseorgan gemäss Art. 28 ZGB auf dem Zivilweg zu prozessieren. - Ferner BGE 115 Ib 175 ff., 113 Ib 420 ff., 112 Ib 334 ff., 111 II 149 ff. und 101 II 177 ff. (Herzentnahme Gautschi, wobei sich die Gerichte in diesem Falle ohne abschliessende Auseinandersetzung mit der Frage des anwendbaren Rechts auf Bundesprivatrecht gestützt hatten).

¹³ Zutreffend halten HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 10.41, fest, dass der Rechtsschutz im öffentlichen und im privatrechtlichen Medizinalbereich im Ergebnis kaum unterschiedlich ist.

- 386 Verschiedene Bestimmungen des Strafgesetzbuches dienen indirekt dem Schutz der Persönlichkeit. Angesichts der verschiedenen Regelungsziele beim *privatrechtlichem Schutz des verletzten Individuums* und bei der *generalpräventiven strafrechtlichen Vergeltung für schuldhaftes Verhalten* liegt aber keine Kongruenz vor, weder bezüglich der geschützten Rechtsgüter noch bezüglich der Rechtsfolgen im Falle von Verletzungen. - Als wichtige Unterschiede sind einzuprägen¹⁴:
- 387 Der kunstgerechte **ärztliche Heileingriff** gilt im Privatrecht als eine *gerechtfertigte Verletzung der physischen Integrität*. - Art. 123 und 125 StGB schützen nicht gegen Verletzungen der physischen Integrität, sondern gegen *Schädigungen des Menschen an Körper und Gesundheit*. Die entsprechenden Unterschiede zwischen Zivil- und Strafrecht sind allerdings gering¹⁵.
- 388 Die rechtlich geschützte **Ehre** umfasst im Strafrecht nur die moralische Qualität der Person als ehrbarer Mensch, im Privatrecht zusätzlich auch das berufliche, geschäftliche Ansehen etc.
- 389 Der Schutz des **Privatlebens** (z.B. gegen neugierige Journalisten) dauert im Privatrecht bis zum Tod, im Strafrecht darüber hinaus noch bis zur Bestattung¹⁶.

6. Einteilung der geschützten Persönlichkeitsgüter

- 390 In der vorliegenden Arbeit werden die geschützten Persönlichkeitsgüter in *zwei Kategorien* eingeteilt (dies in Abweichung von anderen Einteilungen¹⁷).

¹⁴ Für weitere Einzelheiten vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 10.52-10.58.

¹⁵ Das Bundesgericht qualifizierte den kunstgerechten ärztlichen Eingriff in BGE 99 IV 210 grundsätzlich als Körperverletzung. Trotz Kritik in der Lehre hat es in BGE 124 IV 258 (260) an diesem Standpunkt festgehalten. Zur Beurteilung stand ein Arzt, der von der Patientin beauftragt worden war, eine Zehe kosmetisch zu operieren. Die Operation einer anderen Zehe war zwar diskutiert, von der Patientin aber nicht gewünscht worden. Der Arzt operierte dann eigenmächtig beide Zehen, weil er dies aus seiner Sicht für das Richtige hielt. Dadurch verletzte der Arzt die Patientin in der Selbstbestimmung bezüglich ihres Körpers. - Art. 28 ZGB würde in einem solchen Falle erlauben, der Verletzten allein wegen der Missachtung ihrer Selbstbestimmung eine Genugtuung zuzusprechen. Da das Strafrecht einen solchen Straftatbestand aber nicht kennt, musste der Vorfall - um strafbar zu sein - als Körperverletzung qualifiziert werden. Das ist im Ergebnis nicht zu kritisieren.

¹⁶ Vgl. BGE 118 IV 319 i.S. Uwe Barschel.

¹⁷ Die zur Zeit **herrschende Einteilung** ist diejenige in *drei Kategorien*, nämlich in den Schutz der physischen Persönlichkeit (*personnalité physique*), der affektiven Persönlichkeit (*personnalité affective*) und der sozialen Persönlichkeit (*personnalité sociale*). Dabei werden zum Schutzbereich der *physischen Persönlichkeit* gezählt: Recht auf Leben und physische Integrität, Recht auf örtliche Bewegungsfreiheit, Recht auf sexuelle Freiheit, Schutz des Leichnams nach dem Tod. Zum Schutzbereich der *affektiven Persönlichkeit* werden gezählt: Recht auf ungestörte Gestaltung der menschlichen Beziehungen zu nahestehenden Personen, Recht auf Respektierung nahestehender Personen (insbesondere verstorbener Angehöriger), Schutz der ehelichen Gefühle, Schutz der Affektionswerte. Zum Schutzbereich der *sozialen Persönlichkeit* werden gezählt: Recht auf den Namen und auf andere Identifikationsmerkmale, Recht auf den Umgang mit dem eigenen Bild und der eigenen Stimme, Recht auf ungestörte Privat- und Intimsphäre, Schutz der Ehre, Recht auf höchstpersönliche Informationen (insbesondere bezüglich des eigenen Gesundheitszustandes), Recht auf wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit, Recht auf Vergessen (z.B. bezüglich zurückliegender Straftaten). - Diese Einteilung findet sich

- 391 Die **erste Kategorie** umfasst den *Schutz der Selbstbestimmung*. Die Selbstbestimmung als solche ist geschützt in folgenden Lebensbereichen:
- Umgang mit dem eigenen Körper (vgl. hierzu hinten, Ziff. 465 ff.);
 - persönliche Lebensgestaltung (Nahrungsaufnahme, Rauchen, Kleidung, örtlicher Aufenthalt; vgl. hierzu hinten, Ziff. 470 ff.);
 - Gestaltung der menschlichen Beziehung zu nahestehenden Personen (insbesondere zu den Familienangehörigen; vgl. hierzu hinten, Ziff. 477 ff.);
 - informationelle Selbstbestimmung, insbesondere der sogenannte Schutz des Privatlebens (vgl. hierzu hinten, Ziff. 480 ff.).
- 392 Das geschützte Persönlichkeitsgut ist in diesen Bereichen allenthalben das gleiche, nämlich die Selbstbestimmung der Person. Der Verletzungstatbestand kann vereinfachend als *Misachtung des Willens der betroffenen Person* bzw. als *Aufdrängen, Eindringen* und *eigenmächtiges Erzwingen* umschrieben werden.
- 393 Die *selbstbestimmte Mitwirkung* des Betroffenen schliesst in diesen Bereichen die Persönlichkeitsverletzung aus. Die selbstbestimmte Mitwirkung ist nicht "Rechtfertigung der Verletzung", sondern sie nimmt dem Vorgang den Verletzungs-Charakter insgesamt.
- 394 Nicht die *Teilnahme* am Privatleben anderer, sondern das *unerwünschte Aufdrängen* und *Eindringen* in deren Privatleben ist persönlichkeitsverletzend. Wer in rechtmässiger Weise am Privatleben anderer teilnimmt, ist zudem befugt, seine eigene Selbstbestimmung zu entfalten und seinen eigenen Willen zur Geltung zu bringen, letzteres allerdings nur im Rahmen sozialadäquater Grenzen. Niemandes Selbstbestimmung genießt absoluten Schutz.
- 395 So ist das Aufzwingen von Zärtlichkeiten eine Verletzung der Selbstbestimmung im Umgang mit dem eigenen Körper und in der Gestaltung der zwischenmenschlichen Beziehungen und damit eine persönlichkeitsverletzende Entwürdigung (vgl. Ziff. 465 ff.), wogegen die vom Empfänger gewünschte Zärtlichkeit keinen Verletzungstatbestand darstellt und mit Art. 28 ZGB nichts zu tun hat. Es wäre unrichtig, die selbstbestimmt ausgetauschten Zärtlichkeiten als "*durch die Einwilligung der Verletzten gerechtfertigte Persönlichkeitsverletzungen*" zu qualifizieren.

(mit geringfügigen Variationen) bei PIERRE TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité* (1984), S. 53-72; ferner derselbe, *La protection de la personnalité et la tutelle*, ZVR, 1988, S. 136 (141 ff.), THOMAS GEISER (1990), S. 30, unter Bezugnahme auf DESCHENAUX/STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, 2. Aufl., Bern 1986, ANDREAS BUCHER (1999), Ziff. 466-504, sowie neuestens auch bei HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 12.42-12.147. - Abweichend davon unterteilt MICHAEL RIEMER, *Studienbuch* (1995), Ziff. 338-365, die geschützten Persönlichkeitsgüter in *sieben Kategorien* (physische Integrität, psychische Integrität, Recht auf Freiheit, Ehre, Privatleben/Datenschutz, wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit, Verschiedenes [Recht am eigenen Bild/Organspenden/Gentechnologie und künstliche Fortpflanzung]). - PEDRAZZINI/OBERHOLZER (1993), S. 134-141, unterteilen die geschützten Persönlichkeitsgüter in *zwei Kategorien*, nämlich in Leben und körperliche Unversehrtheit einerseits, geistige Integrität andererseits, wobei der zweiten Kategorie der Schutz der Ehre, der Privatsphäre und der wirtschaftlichen Entfaltung zugeordnet werden, ferner der Persönlichkeitsschutz im Arbeitsverhältnis.

- 396 Die selbstbestimmte Mitwirkung an solchen Vorgängen ist ein Realakt, kein Rechtsgeschäft. Sie ist zu unterscheiden von der rechtsgeschäftlichen *Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung*, etwa in den chirurgischen Eingriff¹⁸.
- 397 Die **zweite Kategorie** umfasst jene Persönlichkeitsgüter, die *als solche* geschützt sind. Auch wenn die betroffene Person in die Verletzung einwilligt, liegt ein Verletzungstatbestand vor. Die Verletzung ist (möglicherweise) durch die Einwilligung der verletzten Person gerechtfertigt.
- 398 Die Persönlichkeitsgüter dieser Kategorie sind:
- *Physische Integrität* (vgl. hierzu hinten, Ziff. 534 ff.);
 - *psychische Integrität* (vgl. hierzu hinten, Ziff. 610 ff.);
 - *Ehre* (vgl. hierzu hinten, Ziff. 623 ff.);
 - *Bild des Menschen* (Veröffentlichung des eigenen Porträts, Verwendung in kommerzieller oder politischer Werbung) (vgl. hierzu hinten, Ziff. 627 ff.);
 - *Stimme des Menschen* (Veröffentlichung von Tonaufnahmen, Verwendung in kommerzieller oder politischer Werbung) (vgl. hierzu hinten, Ziff. 632 ff.);
 - *Name des Menschen* (Verwendung in einer Weise, welche erkennbar auf den individuellen Namensträger hindeutet, insbesondere in kommerzieller oder politischer Werbung) (vgl. hierzu hinten, Ziff. 634 ff.);
 - *Wort* (insbesondere Schutz des Autors vor Falschzitaten; vgl. hierzu hinten, Ziff. 636 ff);
 - *Wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit* (vgl. hierzu hinten, Ziff. 639 ff.).
- 399 Bei den in Ziff. 391 f. genannten Tatbeständen gilt der persönlichkeitsrechtliche Schutz beim selbstbestimmungsfähigen Menschen in erster Linie seiner Selbstbestimmung (im Umgang mit seinem Körper, bei der Gestaltung seiner persönlichen Lebensführung, seiner zwischenmenschlichen Beziehungen und bei der Weitergabe von Informationen über sein Privatleben). Beim selbstbestimmungsunfähigen Menschen (beispielsweise beim Schlafenden oder Bewusstlosen) schützt das Persönlichkeitsrecht die menschliche Würde im Kernbereich der Existenz.
- 400 Allemal zielt der Persönlichkeitsschutz darauf ab, den Menschen in diesem Kernbereich nicht zum Objekt fremden Willens zu degradieren, sondern ihn als Subjekt zu respektieren bzw. als Person ernst zu nehmen. Wenn der Betroffene wegen Bewusstlosigkeit keinen eigenen Willen hat, bedarf der Eingriff, um nicht entwürdigend zu sein, einer anderweitigen Rechtfertigung. Diese besteht meist im Eigeninteresse des Betroffenen, d.h. in seinem *überwiegenden privaten Interesse* (im Sinne von Art. 28 Abs. 2 ZGB). Als Beispiel diene der Umgang mit dem Körper eines Bewusstlosen: Aus- und Anziehen im Rahmen der Krankenpflege ist durch das Eigeninteresse des Patienten gerechtfertigt und also nicht entwürdigend. Geschieht das gleiche aus voyeuristischer Motiven, so liegt eine Entwürdigung und damit eine Persönlichkeitsverletzung vor.
- 401 Wo die Selbstbestimmung in Frage steht, geht es um den Schutz der *jeweiligen* Selbstbestimmung. Im Kernbereich der Person soll jedermann tun und lassen können, was ihm be-

¹⁸ Zur Rechtsnatur solcher Einwilligungen als Verfügungsgeschäfte vgl. MARIANNE ZEDER, Haftungsbeschränkung durch Einwilligung des Geschädigten, Zürich 1999, S. 26 ff.

liebt, und zwar was ihm *jetzt gerade* beliebt. Dies bedeutet, dass im Kernbereich der Persönlichkeit nur die *jetzt gerade* gegebene Einwilligung massgebend ist, und zwar inbezug auf die *jetzt gerade* stattfindenden oder unmittelbar bevorstehenden Eingriffe. Aus diesem Grund kann die Einwilligung zum medizinischen Eingriff am eigenen Körper jederzeit widerrufen werden.

- 402 Die Bedeutung dieser Regel sei an einem Beispiel veranschaulicht: Wenn eine betagte Person bei voller Urteilsfähigkeit in ein Pflegeheim eintritt und eine Patientenverfügung unterzeichnet, worin es heisst: "*Im Falle, dass ich debil werden sollte, d.h. meine Mitmenschen nicht mehr erkenne, verlange ich, dass auf jede künstliche Lebenserhaltung (z.B. Reanimation) und Lebensverlängerung (z.B. künstliche Ernährung durch Infusionen) verzichtet wird*", und wenn diese Person später tatsächlich debil wird, aber ihren Lebenswillen zum Ausdruck bringt, dann ist ihr späterer Lebenswille die relevante Selbstbestimmung, nicht der in der Patientenverfügung früher geäusserte Wille auf Beendigung des Lebens.
- 403 Dabei kommt es nicht auf die Handlungsfähigkeit der Person an. Die persönlichkeitsrechtlich relevante Selbstbestimmung betrifft in der Regel Realakte, nicht Rechtsgeschäfte; man denke an die Abwehr körperlicher Zudringlichkeiten oder an die soeben erwähnte Äusserung von Lebenswillen durch die Signalisierung von Hunger und Durst. Auch geistig Behinderte sind persönlichkeitsrechtlich in ihrer Selbstbestimmung mindestens in einem gewissen Umfang geschützt, soweit ihr geistiger Zustand die Bildung und Äusserung eines faktischen Willens zulässt. Hunger und Durst sind allemal rechtlich relevanter Wille¹⁹.
- 404 Der Schutz der *jeweiligen* Selbstbestimmung hat zur Folge, dass der Mensch im Kernbereich seiner Existenz seine künftige Selbstbestimmung nicht im Voraus durch einen Vertrag beschränken kann. Vgl. hiezu hinten, Ziff. 766 ff.

B. Rechtliche Qualifikationen der Persönlichkeitsrechte

1. Das Persönlichkeitsrecht als blosses Abwehrrecht

- 405 Mit der Kennzeichnung des Persönlichkeitsrechts als eines Abwehrrechts²⁰ ist gesagt, dass das Persönlichkeitsrecht keine Ansprüche auf aktives Handeln Dritter verleiht. Das Persönlichkeitsrecht umfasst beispielsweise die Befugnis, ärztliche Eingriffe am eigenen Körper zu verbieten, nicht aber einen Anspruch auf ärztliche Hilfe, auf Abtreibung, auf Sterbehilfe. Das Persönlichkeitsrecht umfasst die Befugnis, sexuelle Belästigungen abzuwehren, nicht aber einen Anspruch auf Liebe und Zärtlichkeit.
- 406 Präzisierend ist beizufügen, dass die **Beseitigung** einer Verletzung vom Verletzer oft ein aktives Handeln erfordert. Wer einen anderen in einem Raum eingeschlossen hat, muss wieder öffnen. Diese Handlungspflicht ist die Folge der Rechtsverletzung. Wurde getan, was hätte unterlassen werden müssen, so ist das Getane rückgängig zu machen. Ursprünglicher Rechtsinhalt des Persönlichkeitsrechts ist trotzdem die Abwehr bzw., aus der Sicht des Verletzers, die Unterlassung. - Ein weiteres Beispiel ist die Aussperrung von Berufssportlern vom Verbandssport und damit die Verletzung ihrer wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit,

¹⁹ Zutreffend unterscheidet BK-UCHER zu Art. 17/18 ZGB (1976), S. 310, N 18, zwischen der Rechtsausübung und der Verfügung über Rechte. Nur die Verfügung bedarf des rechtsgeschäftlichen Handelns und damit der Handlungsfähigkeit, nicht die Rechtsausübung.

²⁰ So auch HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 10.11 ff. und S. 109, Ziff. 12.08.

wenn die innerhalb des Verbands geltende Regelung dahin geht, dass nur Sportler mit einem Transferbrief des bisherigen Arbeitgebers oder mit einer Spiel-Lizenz des Verbandes bei Verbandsmitgliedern Beschäftigung finden können. In solchen Fällen führt die persönlichkeitsrechtliche Abwehr des Boykotts zu einer Pflicht des bisherigen Arbeitgebers oder des Verbands, den Transferbrief oder die Lizenz auszustellen. - Ein drittes Beispiel ist die Pflicht zur Aufbewahrung höchstpersönlicher Information durch Ärzte über die genetische Herkunft künstlich gezeugter Kinder und die Krankengeschichte von Patienten, soweit die Vernichtung der entsprechenden Akten eine Verletzung der informationellen Selbstbestimmung der Betroffenen darstellt. Allerdings lässt sich die Aufbewahrungspflicht in diesen Fällen in der Regel unmittelbar aus einer Gesetzesvorschrift²¹ oder aus dem Arzt-Patienten-Vertrag ableiten, so dass die Abstützung auf Art. 28 ZGB nicht erforderlich ist.

2. Persönlichkeitsrechte als absolute Rechte

- 407 Der Persönlichkeitsschutz verleiht jeder Person ein absolutes Recht auf Abwehr von Persönlichkeitsverletzungen²².
- 408 Als *absolute Rechte* werden jene subjektiven Rechte bezeichnet, die sich gegen jedermann richten. Als *relative Rechte* werden jene Rechte bezeichnet, die sich gegen eine oder mehrere bestimmte Personen richten und die demgemäss nur "*bezogen auf*" bzw. "*relativ zu*" bestimmten anderen Personen bestehen.
- 409 Zu den **absoluten Rechten** gehören drei Gruppen, nämlich
- a) die vorliegend besprochenen Persönlichkeitsrechte,
 - b) die Immaterialgüterrechte oder gewerblichen Schutzrechte (Patente, Marken) und
 - c) die dinglichen Rechte (Eigentum, Dienstbarkeiten, Pfandrechte).
- 410 Zu den **relativen Rechten** gehören insbesondere die aus Verträgen fliessenden Rechte (Recht des Darlehensgläubigers auf Rückzahlung, Recht des Mieters auf Wohnungsbenützung, des Vermieters auf Erhalt des Mietzinses).
- 411 Die Bezeichnung eines Rechts als "absolutes" Recht ist nicht besonders glücklich. Sprachlich heisst "*absolut*" so viel wie "**losgelöst**". Der korrespondierende Begriff "*relativ*" heisst so viel wie "*sich beziehend auf ...*". Anschaulicher, aber schwerfälliger wäre es, statt von absoluten Rechten von den "*gegen jedermann wirkenden Rechten*" zu sprechen. Die relativen Rechte könnten als "*die nur innerhalb eines Rechtsverhältnisses bestehenden Rechte*" bezeichnet werden.
- 412 Bei den absoluten Rechten ist im Auge zu behalten, dass der Berechtigung des Rechtsträgers, d.h. dem ihm von der Rechtsordnung verliehenen "*Du darfst ...*" ein ebenfalls in der Rechtsordnung begründeter, meist ungeschriebener Imperativ gegenübersteht, welcher sich

²¹ Art. 199 BV (= Art. 24^{novies} Abs. 2g aBV), bestimmt: "*Der Zugang einer Person zu den Daten über ihre Abstammung ist zu gewährleisten.*" - Diese Verfassungsbestimmung ist seit dem 17.05.1992 in Kraft, ist aber blosser Auftrag an den eidgenössischen Gesetzgeber, ein entsprechendes Bundesgesetz zu erlassen. Für die Ärztinnen ergeben sich aus der Verfassungsbestimmung keine Handlungs- und Unterlassungspflichten.

²² Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 10.20.

an alle anderen Rechtsgenossen richtet und *"Ihr dürft nicht ..."* lautet. Diese einander korrespondierenden Normen können beim Eigentum etwa folgendermassen konkretisiert werden: *"Du, Eigentümer, darfst Deine Sache allein nutzen oder deren Nutzung anderen Personen erlauben"* / *"Ihr, Nicht-Eigentümer, dürft seine Sache nicht nutzen, sofern er es Euch nicht erlaubt"*. Die beiden einander korrespondierenden Normen machen das aus, was man als *"das absolute Recht"* des Eigentümers bezeichnet.

3. Persönlichkeitsrechte als höchstpersönliche Rechte

a) Schutz der Selbstbestimmung

- 413 Bei der persönlichkeitsrechtlich geschützten Selbstbestimmung im Umgang mit dem eigenen Körper, bei der persönlichen Lebensgestaltung, bei der Gestaltung höchstpersönlicher Beziehungen und bei der Weitergabe von Informationen über das Privatleben geht es ausschliesslich um die Selbstbestimmung des betreffenden Individuums und also um ein *absolut-höchstpersönliches Rechtsgut*, nicht um die Selbstbestimmung der gesetzlichen Vertreterin oder Dritter.
- 414 Die Selbstbestimmung des betroffenen Individuums ist in jenem Umfang geschützt, in dem das Individuum zu einem sozial ernst zu nehmenden eigenen Willen fähig ist, und zwar auch dann, wenn es in geschäftlicher Hinsicht keine Urteilsfähigkeit hat. Auch eine hochgradig debile Person ist in ihrem Schamgefühl und damit in der Selbstbestimmung bezüglich des Umgangs mit ihrem Körper zu respektieren und also persönlichkeitsrechtlich geschützt.
- 415 Fehlt Selbstbestimmungsfähigkeit (etwa während des Schlafes, im Koma oder bei geistigen Störungen), so entfällt die Selbstbestimmung als absolut-höchstpersönliches Schutzobjekt. An dessen Stelle treten die *Menschenwürde* und die *Interessen der betreffenden Person an ihrem eigenen Wohlergehen*. Der Respekt der Menschenwürde und der Interessen der selbstbestimmungsunfähigen Person bestimmen das, was im Umgang mit der Person zulässig und unzulässig ist. Da die bewusstlose Person keinen eigenen Willen betätigt, stellt sich die Frage nach der Höchstpersönlichkeit solcher Willensbetätigung nicht.
- 416 Die sachgerechte Pflege einer bewusstlosen Person ist kein persönlichkeitsverletzendes Eindringen in ihren Intimbereich und bedarf keiner Rechtfertigung im Sinne von Art. 28 Abs. 2 ZGB. Der Bedarf nach einer Rechtfertigung im Rechtssinne entsteht erst dann, wenn in selbständig geschützte Persönlichkeitsgüter eingegriffen wird, wie etwa in die physische Integrität.

b) Schutz der übrigen Persönlichkeitsgüter

- 417 Die **übrigen Persönlichkeitsgüter und die daraus fliessenden Abwehr- sowie Genugtuungsansprüche**²³ gelten als *relativ-höchstpersönlich* im Sinne von Art. 19 Abs. 2 ZGB:

²³ Auch zugunsten von Urteilsunfähigen kann Genugtuung gefordert werden, etwa wenn sie Opfer eines Unfalls, eines ärztlichen Kunstfehlers oder eines sexuellen Missbrauchs wurden. Die Durchsetzung des Genugtuungsanspruchs dient der Rehabilitation der Menschenwürde der Verletzten, auch wenn diese selber die soziale Bedeutung der Genugtuung und den Eingang der Zahlung auf ihrem Konto nicht wahrnehmen, subjektiv also kein Gefühl der Satisfaktion empfinden.

Handlungsfähige sowie *urteilsfähige Unmündige und Entmündigte* üben diese Rechte selber aus. Für Urteilsunfähige handelt die gesetzliche Vertreterin²⁴.

c) Schadenersatz- und Gewinnherausgabeansprüche

418 Nach herrschender Lehre²⁵ gelten die aus Persönlichkeitsverletzungen fliessenden **Schadenersatz- und Gewinnherausgabeansprüche** als *nicht höchstpersönlich*. Der handlungsfähige Verletzte macht diese Ansprüche selber geltend, der Handlungsunfähige (Unmündige, Bevormundete) wird durch die gesetzliche Vertreterin vertreten.

4. Übertragbarkeit und Vererblichkeit von Persönlichkeitsrechten

419 Die persönlichkeitsrechtlich geschützte *Selbstbestimmung* steht jeder Person persönlich zu und ist unverzichtbar, unübertragbar und unvererbbar.

420 Beim Verlust der Selbstbestimmungsfähigkeit geht die rechtlich geschützte Selbstbestimmung des Menschen nicht auf andere Personen über, sondern sie erlischt²⁶.

421 Die aufgrund von Persönlichkeitsverletzungen entstandenen **Schadenersatz- und Gewinnherausgabeansprüche** sind *übertragbar und vererblich*²⁷.

422 Die Übertragbarkeit und Vererblichkeit des **Genugtuungsanspruchs** ist umstritten²⁸. Der Verkauf einer Genugtuungsforderung an einen Dritten, der auf das Inkasso schwierig einzutreibender Forderungen auf eigene Rechnung spezialisiert ist, würde in die Nähe der amerikanischen Prozesskultur führen und kann in der Schweiz nicht erwünscht sein. Die *Übertragung von Genugtuungsforderungen* ist demgemäss *abzulehnen*.

423 Bezüglich der *Vererblichkeit von Genugtuungsforderungen aus Persönlichkeitsverletzungen* sollte richtigerweise folgendes gelten: Hat der Verletzte selber keinen Willen zur Geltendmachung des Anspruchs geäussert, so steht es den Erben nicht zu, an seiner Stelle Genugtuung zu fordern. Die vom Verletzten bereits angehobene Genugtuungsklage kann von den Erben weitergeführt werden²⁹.

C. Persönlichkeitsschutz, Haftpflichtrecht und Strafrecht

424 Das Verhältnis von Persönlichkeitsschutz, Haftpflichtrecht und Strafrecht kann folgendermassen beschrieben werden:

1. Unterschiedliche Blickwinkel des Rechtsschutzes

²⁴ Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 10.19.

²⁵ Vgl. ANDREAS BUCHER (1999), Ziff. 512 f.

²⁶ Zur Möglichkeit, die persönlichkeitsbezogene Indikationsstellung durch eine Patientenverfügung an Dritte zu delegieren, vgl. Ziff. 588 ff.

²⁷ So HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 10.23, mit Verweis auf BGE 95 II 503.

²⁸ Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 10.23.

²⁹ Ähnlich HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 10.23.

a) Persönlichkeitsschutz

425 Beim Persönlichkeitsschutz ist der Blick auf die *geschützte Person* gerichtet, also auf das Opfer. Der Persönlichkeitsschutz gewährt Schutz in jeder Hinsicht, also nicht nur in vermögensrechtlicher Hinsicht. Der Persönlichkeitsschutz gewährt Unterlassungsansprüche, Ansprüche auf Beseitigung einer Störung, Wiedergutmachungsansprüche finanzieller- und nicht-finanzieller Natur (z.B. Gegendarstellung in den Medien, Urteilspublikation), schliesslich subsidiär auch die Feststellungsklage auf Feststellung der Widerrechtlichkeit einer Handlung.

b) Haftpflichtrecht

426 Im Haftpflichtrecht³⁰ ist der Blick auf den *zugefügten Vermögensschaden* und auf die *Umstände der Schadenszufügung* gerichtet. Hier geht es ausschliesslich um den finanziellen Schadensausgleich. Die Frage nach einem Verschulden (des Schädigers) interessiert nur nebenbei; denn der finanzielle Schadensausgleich erfolgt nicht wegen Verschuldens, sondern wegen der Zufügung eines Vermögensschadens. Mangelndes Verschulden kann den Schädiger allenfalls von der Ersatzpflicht befreien.

427 Gemeinsames Element des Persönlichkeitsschutzes und des Haftpflichtrechts ist, dass allemal eine unerlaubte Handlung zur Diskussion steht. Denn jede Persönlichkeitsverletzung gemäss Art. 28 ZGB ist zugleich eine unerlaubte Handlung im Sinne von Art. 41-61 OR. Aber nur die zu einem Vermögensschaden führende Persönlichkeitsverletzung ist haftpflichtrechtlich relevant; nur für sie sind die Bestimmungen von Art. 41-61 OR (auch) von Bedeutung.

c) Strafrecht

428 Im Strafrecht ist der Blick auf den *Täter, seine Tat und sein Verschulden* gerichtet. Die Frage des Verschuldens steht im Zentrum, denn die Bestrafung erfolgt nicht um des Schadens, sondern um des Verschuldens willen.

2. Unterschiedliche Tests für die Prüfung von Rechtsverletzungen

a) Persönlichkeitsschutz

429 Im **Persönlichkeitsschutz** wird zunächst nach dem Vorliegen einer Persönlichkeitsverletzung, alsdann nach allfälligen Rechtfertigungsgründen gefragt. Die Frage nach dem Verschulden entfällt, wenn blosse Abwehr- und Beseitigungsansprüche geltend gemacht werden. Diese Ansprüche stehen dem Verletzten auch gegen den schuldlosen Verletzer zu. Die Verschuldensfrage wird bedeutsam, wenn Schadenersatz verlangt wird, d.h. wenn der Fall ins Haftpflichtrecht hinüberreicht, weil dort das Verschulden des Verletzers in der Regel eine notwendige Voraussetzung seiner finanziellen Haftung ist.

³⁰ Das Haftpflichtrecht - auch *Deliktsrecht* oder *Recht der unerlaubten Handlung* genannt - ist in den Art. 41-61 OR und in einer Reihe von Spezialgesetzen geregelt.

b) Haftpflicht- und Strafrecht

- 430 Die Fragestellungen im Haftpflicht- und im Strafrecht unterscheiden sich grundsätzlich. Das Haftpflichtrecht stellt die *erste Frage* dahingehend, ob ein Vermögensschaden eingetreten sei. Diese Frage stellt sich im Strafrecht zunächst nicht, weil sich das Strafrecht nicht nur mit Vermögensdelikten befasst und weil es sich nicht als Erfolgsstrafrecht versteht, also nicht primär danach fragt, ob der deliktisch angestrebte Erfolg auch tatsächlich eingetreten ist.
- 431 Das Haftpflichtrecht schreitet fort zur *zweiten Frage*, nämlich ob der Vermögensschaden durch menschliches Verhalten oder eine von Menschen geschaffene Gefahrenlage oder von Menschen geführten Betrieb *adäquat-kausal verursacht* worden ist. Es folgt die *dritte Frage*, ob die adäquat-kausale Schadenszufügung *in rechtswidriger Weise* erfolgt ist bzw. ob es einen Rechtfertigungsgrund gibt, der die Schadenszufügung als rechtmässig erscheinen lässt.
- 432 An dieser Stelle setzt nun auch das Strafrecht mit einer analogen Fragestellung ein, nämlich, ob durch menschliches Verhalten ein gesetzlich formulierter *Straftatbestand erfüllt* worden ist. Das haftpflichtrechtliche Requisite der Rechtswidrigkeit ist im strafrechtlichen Requisite der Tatbestandsmässigkeit mitenthalten; die Verwirklichung eines Straftatbestandes ist dem Grundsatz nach stets rechtswidrig.
- 433 Analog verläuft im Strafrecht auch der nächste Schritt, nämlich die Frage, ob die Rechtswidrigkeit allenfalls durch einen Rechtfertigungsgrund aufgehoben ist. Allerdings sind die Rechtfertigungsgründe im Haftpflicht- und im Strafrecht nicht deckungsgleich.
- 434 In einem letzten Schritt fragt das Haftpflichtrecht nach dem *Verschulden*. Das haftpflichtbegründende Verschulden tritt auf in den beiden Formen der (Schädigungs-)Absicht und der Fahrlässigkeit. Fahrlässigkeit ist *Nichtbeobachtung einer Sorgfaltspflicht* im Rahmen menschlichen Verhaltens oder anlässlich der Schaffung eines (gefährlichen) Zustandes.
- 435 Im schweizerischen Strafrecht wurde bis ca. 1970 das Verschulden ebenfalls im letzten Schritt jeder Fallanalyse geprüft (wobei die zivilrechtliche "Absicht" im Strafrecht "Vorsatz" heisst). Die haftpflichtrechtliche und strafrechtliche Fallanalyse erfolgte also übereinstimmend nach dem Fragenschema *Schaden/Tatbestandsmässigkeit - Rechtswidrigkeit - Verschulden*, oder präziser:
- (a) *adäquat-kausal verursachter Schaden/strafrechtliche Tatbestandsmässigkeit?*
 - (b) *Aufhebung der Rechtswidrigkeit durch einen Rechtfertigungsgrund?*
 - (c) *Aufhebung der Haftpflicht/Strafbarkeit durch einen Schuldausschliessungsgrund?*
- 436 Es war das Verdienst von GÜNTER STRATENWERTH, die in Deutschland entwickelte *finale Handlungslehre* ins schweizerische Strafrecht eingebracht und ihr zur Durchsetzung verholfen zu haben. Gemäss dieser Lehre sind Vorsatz und Fahrlässigkeit in der strafrechtlichen Fallanalyse nicht unter dem Titel des Verschuldens zu prüfen, sondern unter dem Titel der (subjektiven) Tatbestandsmässigkeit. Bei der strafrechtlichen Fallbearbeitung fragt man heute also zunächst danach, was äusserlich geschehen ist (objektive Tatbestandsmässigkeit), dann danach, was der Täter gewollt hat (subjektive Tatbestandsmässigkeit), worauf man zur Prüfung der Rechtswidrigkeit fortschreitet, indem man nach allfälligen Rechtfertigungsgründen fragt. Es ist aufschlussreich, bei der Lektüre neuerer und älterer strafrechtlicher Ge-

richtsurteile zu beobachten, ob das Gericht auf dem Boden der neueren finalen Handlungslehre steht oder ob es noch der alten "kausalen Handlungslehre" folgt und die Frage nach dem Vorsatz oder der Fahrlässigkeit des Täters unter dem Titel des Verschuldens abhandelt. Die beiden Handlungslehren führen bezüglich Strafbarkeit und Strafmass grundsätzlich zu den gleichen Resultaten. Der Unterschied liegt in der ethischen Qualifikation des Täters: Wenn eine pflichtgemäss fahrende Automobilistin mit pflichtgemäss unterhaltenem Fahrzeug wegen des nicht vorhersehbaren Platzens eines Reifens eine andere Verkehrsteilnehmerin tötet, so liegt gemäss kausaler Handlungslehre eine tatbestandsmässige, aber schuldlose und demgemäss straffreie Tötungshandlung vor. Gemäss finaler Handlungslehre liegt keine Tötungshandlung, sondern ein Schicksalsschlag vor. Für die Automobilistin ist die finale Betrachtungsweise angenehmer.

- 437 Erfolgt die strafrechtliche Fallbearbeitung auf dem Boden der finalen Handlungslehre, so wird zwar ebenfalls in einem letzten Schritt das Verschulden angesprochen. Dabei wird aber lediglich nach bestimmten Schuldausschliessungs- oder Schuld minderungsgründen wie verminderter oder fehlender *Zurechnungsfähigkeit* (= *Schuldfähigkeit*), schwerer Gemütsbewegung und dergleichen gefragt. Ob vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt wurde, ist hier nicht das Thema.
- 438 Beim heutigen Stand der schweizerischen Praxis wird im Strafrecht also das Verschulden als "subjektiver Tatbestand" gleich zu Anfang der Testfragen angesprochen, im Haftpflichtrecht erst am Schluss.

D. Rechtfertigungsgründe bei Persönlichkeitsverletzungen

1. Überblick

- 439 Beim Persönlichkeitsschutz nennt Art. 28 Abs. 2 ZGB drei Kategorien von Rechtfertigungsgründen, nämlich
- a) die Einwilligung des Verletzten,
 - b) das überwiegende private oder öffentliche Interesse und
 - c) das Gesetz (d.h. rechtfertigende Gesetzesvorschriften).
- 440 Diese Rechtfertigungsgründe decken sich weitgehend mit denjenigen des Haftpflichtrechts, sind aber offener und etwas weiter formuliert. Dies gilt namentlich für den Rechtfertigungsgrund des überwiegenden privaten Interesses, der in dieser Weise im Haftpflichtrecht nicht vorkommt.
- 441 Die Offenheit der drei Rechtfertigungsgründe von Art. 28 Abs. 2 ZGB führt dazu, dass die Rechtfertigung in den einzelnen Fallgruppen von Persönlichkeitsverletzungen differenziert behandelt werden muss. Jenes relativ geringe private Interesse, welches das brachiale Wegschieben anderer Bus-Passagiere zu rechtfertigen vermag, genügt nicht, um Verletzungen ihrer körperlichen Integrität zu rechtfertigen. Der Gesetzgeber hat die Notwendigkeit solcher Abwägungen signalisiert, indem er vorgeschrieben hat, das rechtfertigende private oder öffentliche Interesse müsse ein "überwiegendes" sein, d.h. eines, welches den Unrechtsgehalt der Persönlichkeitsverletzung im Einzelfall überwiegt.

- 442 Es gibt allerdings Persönlichkeitsverletzungen, die trotz des Überwiegens privater und öffentlicher Interessen grundsätzlich nicht gerechtfertigt werden können. Es ist nicht leicht, die verschiedenen Tatbestände auf einheitliche Regeln zurückzuführen. Das sei veranschaulicht:
- 443 Wenn nach einem Verkehrsunfall ein Unfallopfer wegen Blutverlusts auf der Unfallstelle zu sterben droht, so kann das eminente private Überlebensinteresse dieses Opfers trotzdem nicht rechtfertigen, dass einem zufällig anwesenden Passanten gleicher Blutgruppe gegen dessen Willen Blut abgenommen und dem Unfallopfer injiziert wird. Auch kann das öffentliche Interesse an der medizinischen Forschung nicht rechtfertigen, dass bei bewussten Patienten ohne deren Einwilligung zu Forschungszwecken operative Eingriffe vorgenommen werden.
- 444 Hingegen kann das öffentliche Forschungsinteresse Untersuchungen am Bewusstlosen rechtfertigen, die ohne Eingriffe in dessen körperliche Integrität möglich sind, oder die die körperliche Integrität nur ganz leicht tangieren, wie etwa die Entnahme einiger Kubikmillimeter von Blut oder von anderen Geweben zum Zwecke einer zytologischen Untersuchung.
- 445 Die normative Offenheit der Begriffe des "überwiegenden" öffentlichen und privaten Interesses und der Umstand, dass gewisse Verletzungen auch bei einem offensichtlichen Überwiegen fremder Interessen nicht gerechtfertigt werden können, macht es nötig, die Frage der Rechtfertigung bei den einzelnen Gruppen von Persönlichkeitsverletzungen kasuistisch zu behandeln. Immerhin können vorweg gewisse allgemeine Aussagen gemacht werden:

2. Einwilligung des Verletzten

- 446 In der vorliegenden Darstellung wird die Einwilligung des Verletzten nur bei der Verletzung der in Ziff. 397 genannten Persönlichkeitsgüter als Rechtfertigungsgrund verstanden. Bei den in Ziff. 391 genannten Gütern sollte nicht von *Einwilligung des Verletzten*, sondern von *selbstbestimmter Mitwirkung des Betroffenen* gesprochen werden. Diese Mitwirkung hat den Charakter des Tatbestandsausschlussgrundes.
- 447 Der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung des Verletzten spielt vor allem eine Rolle bei der Verletzung der physischen Integrität, und zwar bezüglich ärztlicher Eingriffe am Körper des Patienten, ferner als Inkaufnahme gewisser Risiken im Sport. Die betreffenden Fragen werden im Zusammenhang mit diesen Verletzungstatbeständen behandelt; vgl. Ziff. 534 ff.
- 448 Bei Verletzungen der psychischen Integrität kommt die Einwilligung des Verletzten in der Praxis nicht vor, ebensowenig bei Ehrverletzungen und Persönlichkeitsverletzung eines Autors durch rechtswidriges Zitieren.
- 449 Bei den Persönlichkeitsgütern von Bild, Stimme und Name wird die Einwilligung (etwa zur Verwendung in der Werbung) oft gegen Entgelt erteilt. Dies ist nicht entwürdigend, weil die betreffenden Persönlichkeitsgüter nicht zum Kernbereich der menschlichen Existenz gehören. Entsprechende Lizenzverträge verstossen demgemäss weder gegen die guten Sitten noch begründen sie eine übermässige Bindung im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB.

3. Überwiegendes privates Interesse

- 450 Als überwiegende private Interessen fallen

a) Eigeninteressen des Verletzten

b) Drittinteressen (des Verletzers oder anderer Personen)

in Betracht.

451 "Überwiegend" ist ein solches Interesse, wenn es das Schutzinteresse der verletzten Person überwiegt. Diese Interessenabwägung ist eine Abwägung auf der Ebene der rechtlichen Schutzwürdigkeit, nicht eine Vorteils- und Nachteilsabwägung auf der Ebene des Faktischen.

452 Dies sei veranschaulicht: Auf der Ebene des Faktischen überwiegt in dem in Ziff. 443 beschriebenen Fall das faktische Überlebensinteresse des verblutenden Unfallopfers bei weitem das faktische Interesse des Passanten, kein Blut spenden zu müssen. Die aufgezwungene Blutspende würde weder die Gesundheit noch das längerfristige Wohlbefinden des Spenders gefährden. Auf der Ebene des Rechtlichen gilt aber, dass sich niemand aus eigenem faktischem Interesse heraus bei anderen Leuten das holen darf, was er gerade dringend braucht und was die anderen Leute weniger dringend brauchen. Das gilt für die Wegnahme fremden Blutes zwecks Bluttransfusion oder fremder Organe zwecks Organtransplantation ebenso wie für die Wegnahme fremden Eigentums und Geldes.

453 Als überwiegendes Eigeninteresse fällt namentlich das Heilungsinteresse des äusserungsunfähigen Patienten in Betracht. - Die herrschende Lehre und Judikatur operiert in diesen Fällen bis heute aber mit der stereotypen Annahme, es liege die *mutmassliche Einwilligung* des Patienten vor³¹. Diese Betrachtungsweise ist unglücklich, weil sie den Ärzten keine Handlungsanleitung gibt, sondern sie zu willkürlichen Annahmen zwingt und jede rechtliche Regelbildung a priori verunmöglicht. Würde von der Figur der mutmasslichen Einwilligung Abstand genommen und der Heileingriff beim äusserungsunfähigen Patienten stattdessen ausschliesslich mit dem überwiegenden Eigeninteresse des Patienten gerechtfertigt, so würde dies erlauben, fallgruppenweise zu konkretisieren, wann ein solches überwiegendes Eigeninteresse vorhanden ist. Vgl. hierzu hinten, Ziff. 575 ff.

454 Als überwiegende Drittinteressen fallen die **Meinungsäusserungs-** und **Pressefreiheit** und, als deren Korrelat, das **Interesse der Allgemeinheit an ungehinderter Information**³² in Betracht. Je stärker sich jemand in der Öffentlichkeit (Politik, Show Business) profiliert und je stärker sich jemand durch rechts- oder sittenwidriges Verhalten exponiert, desto mehr öffentliche Kritik und Angriffe auf seine Person muss er sich gefallen lassen.

455 Das öffentliche **Unterhaltungsinteresse** rechtfertigt auch die Verulkung von Personen in Witzblättern, satirischen Cabarets und fasnächtlichen Produktionen, wobei der Grad der zulässigen Aggressivität je nach lokaler Fasnachtskultur variieren kann. Plumpe Verunglimpfungen krimineller, sexistischer oder rassistischer Natur sind von der fasnächtlichen Narrenfreiheit aber keinesfalls gerechtfertigt³³.

³¹ Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 12.20.

³² Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 12.29; ferner BGE 107 Ia 277 ff, 122 III 456 f., E. 3, 122 IV 311 ff.

³³ Vgl. den Fall *zulässiger Verulkung* im Entscheid des Juge-instructeur de Sion, VS, 29.06.1983, RVJ 1984, S. 213-221, wo ein Lokalpolitiker, der sich durch seine altväterisch-emotionelle Kritik an der schulischen Sexualaufklärung lächerlich gemacht hatte, in einer Fasnachtszeitung als nacktes Büblein

- 456 Als überwiegende Drittinteressen fallen auch die **Wissenschaftsfreiheit** und die **Kunstfreiheit**³⁴ in Betracht.
- 457 In der vorliegenden Darstellung werden **Notwehr**, **Notstand** und **erlaubte Selbsthilfe** als Untergruppen eines überwiegenden privaten Interesses gedeutet³⁵. Allemal müssen Notwehr-, Notstand- und Selbsthilfehandlungen den Umständen angemessen (verhältnismässig) sein. Exzesse sind durch das überwiegende private Interesse nicht gerechtfertigt. Allerdings ist der Aufregung und dem mangelnden Überblick über die Situation Rechnung zu tragen, wenn im Nachhinein beurteilt werden muss, ob eine Persönlichkeitsverletzung in angemessener Interessenwahrung gerechtfertigt, oder ob sie infolge eines Exzesses rechtswidrig war³⁶.

4. Überwiegendes öffentliches Interesse

- 458 Überwiegende öffentliche Interessen kommen, abgesehen von Notstandssituationen bei Demonstrationen, Naturkatastrophen etc., fast nur bei Persönlichkeitsverletzungen durch die Medien in Frage. Hier ist es das bereits erwähnte **Interesse der Allgemeinheit an ungehindeter Information**, welches den privaten Persönlichkeitsschutz überwiegen kann. Ferner spielt das überwiegende öffentliche Interesse eine Rolle bei der Rechtfertigung medizinischer Forschungsuntersuchungen an nicht selbstbestimmungsfähigen Personen³⁷.
- 459 Wo Träger staatlicher Gewalt aufgrund ihrer Amtspflichten in die Persönlichkeit Privater eingreifen, etwa bei Festnahmen oder bei zwangsweiser Blutentnahme nach Verkehrsunfällen, bestimmt sich der Rechtsschutz der Verletzten nicht aufgrund von Art. 28 ZGB und dem allenfalls vorhandenen Rechtfertigungsgrund des überwiegenden öffentlichen Interesses, sondern insgesamt aufgrund öffentlichen Rechts. Vgl. Ziff. 381 ff.

mit fotomontiertem Porträt dargestellt wurde; ferner den Fall *unzulässiger Verulkung* im BGE vom 19.12.1994, SJ 1995 S. 669-675, wo eine missliebige Mitarbeiterin der Neuenburger Tageszeitung *L'Express* in der Winzerfestbeilage dieser Zeitung als Prostituierte dargestellt wurde, indem sie zum Fenster eines als Bordell gekennzeichneten Hauses herausschaute und sich unter einer 156er-Telefonnummer "*au plus offrant*" anpries.

³⁴ Vgl. BGE 120 II 255: Publikation eines Romans, der eine lebende Person verunglimpfte. - Zur Problematik sogenannter Schlüsselromane ist zu sagen, dass dem Künstler zuzumuten ist, Handlungsorte und Akteure so weitgehend zu stilisieren, dass sich keine Zeitgenossen blossgestellt fühlen. Dabei geht es nicht nur um Verunglimpfungen, sondern ebenso sehr um die Privatsphäre der betroffenen Personen. Niemand, der mit einem praktizierenden oder künftigen Schriftsteller privat verkehrt, braucht sich gefallen zu lassen, dass die gemeinsamen Erlebnisse in vieltausendfacher Auflage an die grosse Glocke gehängt werden.

³⁵ In gleichem Sinne HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 12.28 und 12.33 f.; PEDRAZZINI/OBERHOLZER (1993), S. 146. - ANDREAS BUCHER (1999), Ziff. 558, und RIEMER, Studienbuch (1995), Ziff. 374 subsumieren Notwehr, Notstand und erlaubte Selbsthilfe unter den Rechtfertigungsgrund der Gesetzesvorschrift.

³⁶ Es ist zuweilen bemühend zu sehen, wie Richter und Experten, die selber nie im physischen Einsatz gestanden haben, vom grünen Tisch aus gute Lehren erteilen. So stand in einem Untersuchungsbericht zum Brand in Schweizerhalle vom 1.11.1986 nachzulesen, die Löschtrupps hätten in der Brandnacht unnötig viel Wasser eingesetzt und dadurch pflichtwidrig die Gewässer verschmutzt!

³⁷ Zur medizinischen Forschungsuntersuchung vgl. Ziff. 599 ff.

5. Rechtfertigende Gesetzesvorschrift

- 460 Als rechtfertigende Gesetzesvorschriften im Sinne von Art. 28 Abs. 2 ZGB sollten richtigerweise nur privatrechtliche Vorschriften betrachtet werden, so das *Weisungs- und Erziehungsrecht der Eltern* gemäss Art. 301 ff. ZGB.
- 461 Hingegen sollten öffentlichrechtliche Vorschriften, auf welche die Vertreter des Staates ihr amtliches Handeln abstützen, nicht im Rahmen des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes angerufen werden. Sowohl bei pflichtgemässer wie bei pflichtwidriger Amtstätigkeit richten sich der Schutz des Bürgers und die Haftung des Staates und seiner Hilfspersonen nach öffentlichem Recht³⁸.

E. Die einzelnen Verletzungstatbestände bzw. die durch sie geschützten Persönlichkeitsgüter

- 462 Nachstehend sollen die wichtigsten Verletzungstatbestände und die für jeden Tatbestand typischen Rechtfertigungsgründe fallgruppenweise beschrieben werden. Die Darstellung ist nicht abschliessend, weil es keinen numerus clausus geschützter Persönlichkeitsgüter gibt. Zunächst werden jene Gruppen erörtert, die zu der in Ziff. 391 ff., erwähnten ersten Kategorie (Schutz der Selbstbestimmung) gehören und bei denen die selbstbestimmte Mitwirkung der betroffenen Person den Verletzungstatbestand ausschliesst. Es folgt die Behandlung jener anderen Persönlichkeitsgüter, bei denen die Einwilligung der betroffenen Person rechtfertigend wirkt.

I. Der Schutz der Selbstbestimmung

1. Umgang mit dem menschlichen Körper

- 463 Der Umgang mit dem eigenen Körper gehört zur persönlichen Lebensgestaltung im Kernbereich der menschlichen Existenz, die im nächsten Abschnitt gesamthaft behandelt wird. Es ist jedoch angezeigt, den Umgang mit dem menschlichen Körper vorweg separat zu besprechen, weil ein aktueller Wille der Person zu einem bestimmten Umgang mit ihrem Körper häufig fehlt, nämlich in Zeiten des Schlafs und der Bewusstlosigkeit. Dies spielt insbesondere bei der medizinischen Pflege - nicht nur bei Operationen, sondern auch bei der pflegerischen Betreuung von Patienten - eine Rolle. Ist die betroffene Person nicht willensfähig, so ist der Umgang mit ihrem Körper grundsätzlich eine Persönlichkeitsverletzung, welche der Rechtfertigung bedarf. Bei der pflegerischen Betreuung liegt diese Rechtfertigung in der Regel im überwiegenden privaten Interesse der betreuten Person selber. Das private Interesse des Patienten rechtfertigt alle Handlungen mit seinem Körper, die pflegerisch geboten sind. Die Annahme eines öffentlichen Interesses vermag medizinische Forschungsuntersuchungen an selbstbestimmungsunfähigen Patienten zu rechtfertigen, sofern mit den Eingriffen *nur geringfügige Belastungen* und *keine erheblichen Risiken* verbunden sind³⁹.

³⁸ So HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 12.35 ff.; vgl. auch Ziff. 381 ff.

³⁹ In diesem Sinne auch die Richtlinie der Schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften (SAMW) für Forschungsuntersuchungen am Menschen von 1981 (mit Modifikationen von 1989 und 1997; neueste Fassung publiziert in Schweizerische Ärztezeitung 1997, S. 1585-1592), ferner

- 464 Ist die betroffene Person willensfähig, so liegt keine Persönlichkeitsverletzung vor, wenn die betroffene Person am fraglichen Umgang mit ihrem Körper selbstbestimmt mitwirkt. Die selbstbestimmte Mitwirkung nimmt dem Kontakt den Charakter der Übelzufügung. Voraussetzung ist die Selbstbestimmungsfähigkeit der betreffenden Person. Volle Urteilsfähigkeit ist nicht erforderlich. Auch eine geistig behinderte Person kann selbstbestimmt an einem Austausch von Zärtlichkeiten mitwirken; der Vorgang hat in diesem Falle nicht den Charakter der Persönlichkeitsverletzung. - Wird die gleiche Person jedoch entgegen ihrem faktischen Willen sexuell belästigt, so liegt eine Persönlichkeitsverletzung vor.
- 465 Persönlichkeitsverletzend ist jede *beabsichtigte körperliche Zudringlichkeit*. Auch intensive Körperkontakte sind jedoch dann nicht persönlichkeitsverletzend, wenn ihnen der Charakter der unerwünschten Zudringlichkeit abgeht. Man denke an körperliche Berührungen im Sport (Boxen, Ringkampf, Fussball), beim Theaterspiel, bei Erste-Hilfe-Übungen etc., wo solche Kontakte allseits in Kauf genommen werden.
- 466 Hat die unerwünschte körperliche Zudringlichkeit sexuelle Motive, so liegt sexuelle Belästigung vor, was zwischen Personen, die nicht in sexueller Partnerschaft leben, eine Persönlichkeitsverletzung darstellt. Innerhalb bestehender Partnerschaften ist zwar die Persönlichkeitsverletzung durch sexuelle Zudringlichkeit ebenfalls möglich, die Schwelle der Rechtswidrigkeit jedoch höher, weil zusammenlebende Partner den Tatbeweis erbringen, dass sie einander mindestens bis zu einem gewissen Grad so akzeptieren, wie sie einander kennen. Vergewaltigung ist allemal persönlichkeitsverletzend und strafbar, seit 1.10.1992 auch innerhalb der Ehe (hier als Antragsdelikt, ausserhalb der Ehe als Officialdelikt; vgl. Art. 190 StGB).
- 467 Gerichtlicher Rechtsschutz ist wegen seiner Schwerfälligkeit bei solchen Persönlichkeitsverletzungen meist nicht rechtzeitig erhältlich. Die verletzte Person wehrt die Zudringlichkeit entweder an Ort und Stelle in erlaubter Selbsthilfe (Notwehr) ab, oder sie entzieht sich in geeigneter Weise, indem sie das Feld räumt.
- 468 Die Rechtsordnung anerkennt kein Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren bezüglich der Vornahme des Schwangerschaftsabbruchs (wohl aber bezüglich der Verweigerung des Schwangerschaftsabbruchs).
- 469 Zum beschränkten Selbstbestimmungsrecht bezüglich der aktiven Beendigung des eigenen Lebens vgl. Ziff. 531.

2. Persönliche Lebensgestaltung

- 470 Auch bei den nachfolgenden Tatbeständen liegt keine Persönlichkeitsverletzung vor, wenn die betroffene Person am Geschehen selbstbestimmt mitwirkt. Die selbstbestimmte Mitwirkung nimmt den einzelnen Vorgängen den Charakter der Übelzufügung. Volle Urteilsfähigkeit ist nicht erforderlich. Auch eine geistig behinderte Person kann selbstbestimmt essen, trinken, rauchen, sich ankleiden und ausziehen, reden und gestikulieren oder auf diese Dinge verzichten, und sie kann in persönlichkeitsverletzender Weise bedrängt werden, solche Dinge gegen ihren faktischen Willen zu tun oder zu unterlassen.

- 471 Wird eine Person durch Gewalt, Androhung ernstlicher Nachteile, Täuschung oder aufgezwingener Hypnose dazu gebracht, Dinge zu essen und zu trinken, die sie eigentlich nicht zu sich nehmen möchte, oder auf das Essen und Trinken zu verzichten, obwohl Nahrungsmittel zur Verfügung stehen, oder wird sie in der beschriebenen Weise gegen ihren eigentlichen Willen dazu veranlasst, zu rauchen oder aufs Rauchen zu verzichten, oder wird sie in einer der beschriebenen Weisen dazu veranlasst, sich auszuziehen oder in einer bestimmten Weise anzuziehen, oder sich an einen Ort zu begeben oder an einem Ort zu bleiben, an welchen sie nicht gehen oder an welchem sie nicht bleiben möchte, dann liegt eine Verletzung der persönlichkeitsrechtlich geschützten Selbstbestimmung vor. Das gleiche trifft zu, wenn jemand einen anderen mit durch Gewalt oder Androhung ernstlicher Nachteile dazu zwingt, einen Text zu lesen oder bestimmte Worte auszusprechen oder Gesten (z.B. einen Gruss, einen Schwur, rituelle Handlungen) zu machen.
- 472 Soweit die Selbstbestimmung durch Gewalt oder Androhung ernstlicher Nachteile ausgeschaltet wird, kann sich die verletzte Person ausschliesslich durch Strafanzeige wegen Nötigung (Art. 181 StGB) Genugtuung verschaffen. Betrifft die widerrechtliche Fremdbestimmung den örtlichen Aufenthalt, so ist der Straftatbestand der Freiheitsberaubung und Entführung (Art. 183 StGB) erfüllt. Wurde eine Person getäuscht oder gegen ihren Willen hypnotisiert, so dass die genannten Straftatbestände nicht greifen, dann ist der zivilrechtliche Rechtsschutz (Feststellungsklage, Unterlassungsklage, Klage auf Bezahlung einer Genugtuungssumme) gegeben.
- 473 Manche der genannten Sachverhalte kommen in der Realität kaum vor, oder sie führen zu keinen rechtlichen Konsequenzen und hinterlassen in der Judikatur keine Spuren. Trotzdem ist es nützlich, sich ihres persönlichkeitsverletzenden Gehalts bewusst zu sein und diesen abzugrenzen gegen die **rechtmässige Fremdbestimmung** der persönlichen Lebensgestaltung.
- 474 Durch überwiegendes privates Interesse ist die Fremdbestimmung gerechtfertigt, wenn Gewalt und Androhung von Nachteilen in angemessenem Umfange von Erziehungsberechtigten gegenüber ihren minderjährigen Kindern als erzieherische Massnahmen, d.h. im privaten Eigeninteresse der Kinder, angewendet werden. Private und öffentliche Interessen rechtfertigen die Fremdbestimmung urteilsunfähiger Personen, wenn die angemessene Gewalt oder Drohungen von einem Familienhaupt, von gesetzlichen Vertretern oder von Anstaltspersonal zum eigenem Schutz des Urteilsunfähigen oder zum Schutz anderer Menschen und Sachen angewendet werden.
- 475 Keine Fremdbestimmung liegt vor, wenn Essen, Trinken, Rauchen, Tenue, örtlicher Aufenthalt, bestimmte Lektüren, Schweigen oder bestimmtes Sprechen (z.B. Gebete) etc. als Bedingungen für die Benützung bestimmter Einrichtungen im Voraus bekannt gegeben werden oder aufgrund der gesamten Umstände erkennbar sind. Während der Benützung der betreffenden Einrichtungen hat die Einhaltung dieser Vorgaben als selbstbestimmt zu gelten, auch wenn dies dem Benützer unangenehm ist.
- 476 Widersetzt sich ein Benützer der Anstaltsdisziplin, so ist die Anwendung von angemessenem Zwang zur Durchsetzung der Disziplin gerechtfertigt, und zwar je nach den Umständen durch ein überwiegendes öffentliches Interesse oder durch das überwiegende private Interesse der übrigen Benützer und der Anstalt selber. Die Durchsetzung sachlich begründeter Anstaltsdisziplin rechtfertigt die Fremdbestimmung des Benützers auch dann, wenn er die Anstalt (z.B. ein Spital oder Gefängnis, eine Schule oder Militärkaserne) unfreiwillig benützt.

3. Gestaltung menschlicher Beziehungen

- 477 Eine Persönlichkeitsverletzung liegt dann vor, wenn jemand das Familienleben von Ehegatten unter dem Vorwand stört, dass er der **biologische Elternteil** eines ihrer Kinder sei⁴⁰. In einem solchen Sachverhalt ist auch eine Verletzung der persönlichkeitsrechtlich geschützten Eltern-Kind-Beziehung zu erblicken. Als Störer kommen neben ausserehelichen Liebhabern eines Ehegatten (oder Konkubinatspartners) auch die biologischen Eltern von Adoptivkindern infrage.
- 478 In den Lehrbüchern ist noch immer der Satz nachzulesen, dass derjenige eine Persönlichkeitsverletzung begehe, der auf ehebrecherische Weise eine **Ehe stört**⁴¹. In drei Urteilen⁴² wiederholte das Bundesgericht schematisch die Formel, *die Ehe sei für die Ehegatten in persönlicher Hinsicht von so grosser Bedeutung, dass sich nicht im Ernste bezweifeln lasse, dass ein Ehebruch den anderen Ehegatten in seinen persönlichen Verhältnissen verletze*. - Im ältesten der drei Fälle aus dem Jahre 1952 hatte eine Ehefrau gegen die Geliebte des Mannes geklagt, in den beiden späteren Fällen von 1958 und 1983 zwei Ehemänner gegen die Liebhaber ihrer Frauen.
- 479 Heute würde in solchen Fällen wohl kaum mehr eine Persönlichkeitsverletzung bejaht werden können. Bezüglich der Ehe und des Ehebruchs hat ein Wertewandel stattgefunden. Das kommt unter anderem zum Ausdruck in der Aufhebung des ehemaligen Art. 214 StGB ("*Ehebruch*")⁴³; diese Strafbestimmung sah die Bestrafung des ehebrechenden Ehegatten und seines Liebhabers vor, und zwar auf Antrag des unbeteiligten Ehegatten. - Im neuen Eherecht, in Kraft seit 1.01.2000, ist der Scheidungsgrund des Ehebruchs⁴⁴ vollends gestrichen worden. - Hinzu kommt die wachsende gesellschaftliche Akzeptanz des Konkubinats. Die Verhältnisse im Konkubinat machen deutlich, dass die Freiheit jedes Partners, neue Beziehungen einzugehen, einem persönlichkeitsrechtlich geschützten Anspruch des anderen Partners auf unverbrüchliche Treue vorgeht. Wenn der Treue-Anspruch aber im Konkubinat nicht als Persönlichkeitsgut anerkannt werden kann, so hat ein solches Persönlichkeitsgut auch in der Ehe keinen Raum. Der Anspruch der Ehegatten auf gegenseitige Treue ist eherechtlicher, nicht persönlichkeitsrechtlicher Natur. Der Rechtsschutz gegen die Verletzung der ehelichen Treuepflicht ist heute ausschliesslich in den Art. 170 und 171 ZGB zu suchen⁴⁵.

4. Schutz des Privatlebens

⁴⁰ Vgl. BGE 108 II 344 ff.

⁴¹ Vgl. ANDREAS BUCHER (1999), Ziff. 470.

⁴² BGE 109 II 4 ff.; 84 II 329 ff.; 78 II 289 ff.

⁴³ Aufhebung durch BG vom 23.06.1989, iK 1.01.1990.

⁴⁴ Vormals Art. 115 ZGB.

⁴⁵ In diesem Sinne postuliert GEISER (1990), S. 32, es gebe keinen Schutz davor, dass ein Dritter auf einen Partner in einer Weise einwirkt, dass der Partner seine Beziehung aufgibt oder ändert. Der Partner nehme selber in Ausübung seiner persönlichen Freiheit am Akt des Dritten teil. Vgl. auch EUGEN BUCHER, Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte, insbesondere: Die Persönlichkeitsrechte des Patienten als Schranken der ärztlichen Tätigkeit, Diss. Zürich 1956, S. 186 ff.

a) Schutz des Privatlebens als Teilbereich der informationellen Selbstbestimmung

- 480 Die *informationelle Selbstbestimmung* ist ein neu aufkommender Begriff von unscharfer rechtlicher Kontur. Der Begriff meint die Selbstbestimmung des Menschen im Umgang mit der seine Person betreffenden Information, insbesondere bezüglich ihrer Beschaffung, Kenntnisnahme, Aufbewahrung, Verbreitung und Beseitigung. Die informationelle Selbstbestimmung ist in allgemeiner Weise durch Art. 28 ff. ZGB geschützt, ferner spezialgesetzlich durch die Datenschutzgesetze des Bundes und der Kantone. Zum Schutz der informationellen Selbstbestimmung gehören der *Schutz des Privatlebens* sowie, darüber hinausgehend, der Schutz vor der Schaffung eines verzerrten Erscheinungsbildes der Person in den Medien durch rechtswidrig beschaffte Information oder durch Falschzitate, Fotomontagen und dergleichen.
- 481 Der *Schutz des Privatlebens*⁴⁶ ist insofern ein irreführender Begriff, als er den Eindruck erweckt, es gehe um den Schutz der Person in ihrer privaten Betätigungs- und Entfaltungsfreiheit. Das ist nicht der Fall. Unter "Schutz des Privatlebens" wird lediglich ein Sachverhalt auf der Ebene der Informationsbeschaffung und -verbreitung gemeint, nämlich der Schutz gegen neugieriges Ausspähen und Aushorchen des Privatlebens und die Verbreitung von Information über dieses Privatleben.

b) Abgrenzung des Schutzbereichs mittels der Drei-Sphären-Theorie

- 482 Bezüglich der Beschaffung und Verbreitung personenbezogener Information hat die neuere Literatur und Praxis die **Drei-Sphären-Theorie** entwickelt, nämlich die Theorie, dass sich das Leben jedes Menschen in drei Lebenskreisen oder Lebenssphären abspielt: in der Intim- bzw. Geheimsphäre (innerster Kreis), in der Privatsphäre (mittlerer Kreis) und in der Gemein- bzw. Öffentlichkeitssphäre (äusserster Kreis)⁴⁷. Das Bundesgericht hat sich dieser Sphärentheorie angeschlossen⁴⁸.
- 483 Die **Intim- oder Geheimsphäre** umfasst die persönlichen Angelegenheiten, die der Kenntnis Dritter entzogen bleiben sollen. Vom Ausschluss der Kenntnis sollen alle Personen betroffen sein, denen man die entsprechenden Tatsachen (z.B. Krankheiten, Sexualleben usw.) nicht selber anvertraut hat. Ist eine intime Tatsache einmal allgemein bekannt, so besteht kein Verschwiegenheitsanspruch mehr⁴⁹.

⁴⁶ HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 12.119 spricht vom *Schutz der Geheim- und Privatsphäre*, GEISER (1990), S. 50 ff., vom *Recht auf Verschwiegenheit* und vom Schutz des Anspruchs, anders sein zu dürfen (Minoritätenschutz) und vom Schutz der eigenen Gefühlswelt.

⁴⁷ Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 12.120 ff.; RIEMER, Studienbuch (1995), Ziff. 350 ff.

⁴⁸ Vgl. BGE 97 II 100 f., E. 3; 118 IV 45; 119 II 222 ff., E. 2b.

⁴⁹ Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 12.125, der die relative Unbekanntheit der Tatsache zu den Voraussetzungen ihrer Zugehörigkeit zur Intim- oder Geheimsphäre zählt.

- 484 Zur **Privatsphäre** gehört der übrige Bereich des Privatlebens: Lebensvorgänge, die man typischerweise nur einem kleinen, begrenzten Kreis von Personen (z.B. Verwandten und Freunden) offenlegt⁵⁰.
- 485 Die **Gemein- oder Öffentlichkeitsphäre** umfasst jene Tatsachen bzw. Informationen über die Person, die jedermann zugänglich sind und auch zugänglich sein sollen.
- 486 Nach Art. 28 ZGB geschützt sind die Intim- und die Privatsphäre. In diesen beiden Sphären spielt sich das Privatleben des Menschen ab. Terminologisch meint der Begriff des "*Schutzes des Privatlebens*" sowohl den Schutz der Intim- als auch denjenigen der Privatsphäre.
- 487 Geschützt ist nicht die intime und private Information als solche, sondern die Selbstbestimmung der Person im Umgang mit dieser Information. Als soziales Wesen teilt der Mensch manche intimen und privaten Wissensinhalte (Informationen) mit anderen Menschen und er hat das Bedürfnis und die Freiheit, solche Information anderen Menschen mitzuteilen. Der Empfänger solcher Information nimmt in rechtmässiger Weise am Intim- oder Privatleben des Informanten teil. Es wäre verfehlt, diese Teilnahme als eine "durch die Einwilligung des Verletzten gerechtfertigte Persönlichkeitsverletzung" zu qualifizieren. Soweit der Informationsempfänger keinem Amts- oder Berufsgeheimnis untersteht, ist er auch berechtigt, die Information im privaten Kreise weiterzugeben.
- 488 Persönlichkeitsverletzend ist hingegen das eigenmächtige *Eindringen* ins Privatleben anderer *mittels bestimmter Machenschaften* wie etwa systematisches Horchen an der Wand⁵¹, Ausspionieren durch Privatdetektive, Abhören privater Unterhaltungen durch Abhörgeräte, Minispione, Fotoaufnahmen mittels Teleobjektiv, voyeuristische Beobachtung mittels Feldstechers⁵².
- 489 Das Persönlichkeitsrecht schützt auch vor jeder *unbefugten Weiterverbreitung privater bzw. geheimer Tatsachen*⁵³. Das betrifft vor allem die *Veröffentlichung* in Büchern und Medien sowie auf Plakaten etc. Bezüglich der persönlichen Weitergabe solcher Information (Treppehaus-Klatsch) gibt es keinen Rechtsschutz.

c) Parziale Schutzlosigkeit angesichts der informationellen Selbstbestimmung Dritter

- 490 Der *Schutz des Privatlebens* ist insofern lückenhaft, als er seine Grenze findet an der informationellen Selbstbestimmung anderer Personen. Der Mensch ist in seinem intimen und privaten Tun selten allein, sondern die betreffenden Dinge ereignen sich meist in Gemeinschaft mit anderen Menschen. Alle Beteiligten können, soweit sie nicht unter einem Berufs- oder Amtsgeheimnis stehen, über ihre eigenen Erlebnisse frei berichten. Zulässig sind also Zei-

⁵⁰ HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 12.128, rechnen der Privatsphäre auch das Recht am eigenen Bild und das Recht an der eigenen Stimme zu, und zwar unter Berufung auf BGE 110 II 417 ("Tosca"). In der vorliegenden Arbeit werden Bild und Stimme als selbständige Kategorien behandelt.

⁵¹ BGE 44 II 319 ff: Ein Nachbar horchte kontinuierlich an der Wand einer benachbarten Wohnung und schrieb systematisch nieder, was sich dort abspielte. Dieses Verhalten stellte eine Verletzung der Intimsphäre der Ausgehörchten dar.

⁵² Vgl. den Voyeur-Fall in BGE 117 IV 31 ff.

⁵³ So HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 12.136-12.138.

tungsschlagzeilen wie: *"Nutte Irma packt aus: Nationalrat Fridolin Zapfenzieher war während Jahren mein Kunde ..."*.

- 491 Der heutige Skandal-Journalismus, der mit persönlichkeitsverletzenden Publikationen sein Geschäft macht und von der breiten Öffentlichkeit in dieser Funktion nicht nur gebilligt, sondern begehrt und konsumiert wird, lebt vom Trick, einzelne Tatbeteiligte und Opfer zum "Auspacken" zu motivieren. In der Bezahlung hoher Geldsummen für diese Motivation wird von niemandem etwas Unethisches oder gar Rechtswidriges gesehen. Der Medienkonsument will sein Vergnügen und bezahlt dafür - auch wenn dadurch die zivile Existenz von Mitbürgerinnen und Mitbürgern zerstört wird.
- 492 Der Journalist darf also zwar nicht heimlich sein Teleobjektiv in fremde Schlafzimmer, in Privatclubs und in die Versammlungsräume von Sekten mit perversen Ritualien richten, aber wenn es ihm gelingt, einen Beteiligten fürs Interview zu gewinnen, dann müssen sich die übrigen Beteiligten mit der Verletzung ihrer eigenen Persönlichkeit abfinden. Die schweizerische Rechtsordnung gewährt ihnen keinen effizienten Schutz gegen solche Interviews und deren Publikation.
- 493 Diese Schutzlosigkeit ist der institutionelle Nährboden für Erpressung: Wer als öffentliche Person sein intimes Leben mit informationell unzuverlässigen Partnern teilt, kann plötzlich vor der Notwendigkeit stehen, den Partnern Schweigegelder zu bezahlen. Dieses Risiko besteht insbesondere dann, wenn das Intimverhalten öffentlich exponierter Personen von der Norm abweicht und dadurch das gesteigerte Interesse des Skandaljournalismus weckt.
- 494 Der Gesetzgeber hat keinen Anlass, den Teilnehmern an perversen Ritualien innerhalb von Sekten, Privatclubs etc. ein Redeverbot aufzuerlegen: Je eher solche Dinge ans Licht des Tages kommen, desto besser. Andererseits ist es schwierig, eine juristisch einleuchtende Grenze zu ziehen zwischen ethisch verwerflichen Veranstaltungen, deren Aufdeckung sozial erwünscht ist, und einem ethisch unbedenklichen Intim- und Privatleben, das persönlichkeitsrechtlich geschützt ist und dessen Teilnehmer einem generellen Mitteilungsverbot unterstünden. Man muss sich auch fragen, ob es angezeigt wäre, einer Prostituierten zu verbieten, gegenüber Dritten die Identität ihrer Kundschaft preiszugeben - angesichts dessen, dass das Gesetz ihr kein Berufsgeheimnis auferlegt. - Nach heutigem Gesetzesrecht geht die Redefreiheit der Prostituierten dem Persönlichkeitsrecht ihrer Kunden vor. Der Gesetzgeber wird in absehbarer Zukunft kaum etwas daran ändern.
- 495 Zwar ist eine gegenseitige Diskretionspflicht bei den meisten Vorgängen des Intim- und Privatbereichs anzunehmen aufgrund stillschweigender Vereinbarung und damit **als vertragliche Pflicht**. Aber der Vertragsbruch gibt dem Verletzten nur Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche gegenüber dem Vertragspartner, nicht auch gegenüber dem Journalisten, der das Interview veranstaltet und den Vertragspartner zum Vertragsbruch verleitet hat. Die dem Journalisten anzulastende *"Verleitung zu Vertragsverletzungen"* ist kein gesetzlich verpöntes Delikt. Eine bloss vertraglich abgestützte Diskretionspflicht gewährt keinen effektiven Persönlichkeitsschutz⁵⁴.

⁵⁴ Die *"Verleitung zur Vertragsverletzung"* ist nur im engen Rahmen des unlauteren Wettbewerbs (Art. 4 UWG) als Deliktstatbestand ausgestaltet. Die Verleitung zur Vertragsverletzung ist ein Delikt, wenn sie zum Zwecke des unlauteren (wirtschaftlichen) Wettbewerbs erfolgt, d.h. wenn sie *"das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst"* (so der Wortlaut von Art. 2 UWG). Schutzobjekt ist die Lauterkeit des wirtschaftlichen Wettbewerbs. Merkwürdigerweise

d) Qualifizierter Schutz durch gesetzliche Amts- und Berufsgeheimnisse Dritter

- 496 Durch die Verletzung des Arzt- und des Anwaltsgeheimnisses machen sich Ärzte und Anwälte gemäss Art. 321 StGB strafbar; zivilrechtlich verletzen sie die informationelle Selbstbestimmung der betroffenen Patienten bzw. Klienten, sofern und solange diese leben. Die strafrechtliche Relevanz überdauert die Lebenszeit des Geheimnisherrn⁵⁵.
- 497 Aufgrund des Gesagten können die Patientenakteien und Krankengeschichten nicht ohne die Einwilligung der Patienten vom behandelnden Arzt an eine andere Ärztin weitergegeben werden⁵⁶. Gibt ein Arzt die Praxis auf oder stirbt er, so wäre die unbesehene Vernichtung dieser Karteien aber ebenfalls eine Verletzung der informationellen Selbstbestimmung der Patienten. Eine befriedigende Regelung dessen, was die Erben eines praktizierenden Arztes mit den hinterlassenen Krankengeschichten zu tun und zu lassen haben, lässt sich nicht aus dem Persönlichkeitsrecht des Patienten ableiten, sondern bedarf der gesetzlichen Regelung. Manche kantonalen Gesundheitsgesetze postulieren in diesem Sinne Aufbewahrungspflichten zulasten den Ärzte und ihrer Rechtsnachfolger.

5. Weitere Aspekte der informationellen Selbstbestimmung

a) "Recht auf Vergessen"

- 498 Wer zu einer Strafe verurteilt wurde, muss sich im Zeitpunkt des öffentlichen Strafverfahrens die Presseberichterstattung über seine Person gefallen lassen⁵⁷. Nach Verbüßung der Strafe gehört die diesbezügliche Information dagegen zur Privatsphäre⁵⁸ des Verurteilten. Auch eine wahrheitsgemässe Berichterstattung über die in der Vergangenheit zurückliegende Verurteilung ist persönlichkeitsverletzend und beim Fehlen eines Rechtfertigungsgrundes widerrechtlich. Die Berichterstattung ist gerechtfertigt, wenn sie dem Schutz der Öffentlichkeit dient und den Betroffenen nicht unnötig herabmindert; es gilt der Grundsatz der Ver-

geniesst die Persönlichkeit des Individuums in unserer Rechtsordnung einen weniger weitgehenden Schutz. Eine dem Art. 4 UWG entsprechende Norm fehlt im Persönlichkeitsschutz.

⁵⁵ Vgl. ZR 41 (1942) Nr. 15: Unzulässige Veröffentlichung von Klientendaten in den Memoiren eines Rechtsanwaltes.

⁵⁶ Der Verkauf einer Arztpraxis samt Krankengeschichten an eine andere Ärztin ist ein gültiger Vertrag. Veräusserer oder Übernehmer haben sich im Rahmen der Vertragserfüllung um die Einholung der Einwilligung der Patienten zu kümmern; vgl. BGE 119 II 222 (225).

⁵⁷ Allerdings lässt sich nach heutiger Auffassung die Nennung von Namen oder Initialen der Parteien im Rahmen der öffentlichen Gerichtsberichterstattung nicht mit dem überwiegenden öffentlichen Informationsinteresse rechtfertigen; vgl. schon BGE 64 I 173 ff. ("Gangster und Devisenschieber")

⁵⁸ So BGE 122 III 449 ff. (454 unten).

hältnismässigkeit⁵⁹. Im Interesse der Resozialisierung hat der Straftäter nach Verbüßung seiner Strafe ein "*Recht auf Vergessen*"⁶⁰.

b) "Recht auf Nichtwissen"

- 499 Die Selbstbestimmung im Umgang mit höchstpersönlichen Informationen gibt auch das *Recht auf Nichtwissen*. So kann der Patient von der Ärztin verlangen, dass sie ihm eine all-fällige Krebsdiagnose *nicht* mitteilt, oder er kann verlangen, dass ihm ein bestimmtes Foto nicht gezeigt werde.
- 500 Wird eine deprimierende Information gegen den Willen des Betroffenen mitgeteilt, so mag auch eine rechtswidrige Verletzung seiner psychischen Integrität vorliegen.

c) Aufbewahrung personenbezogener Information

- 501 Auch die *Beseitigung höchstpersönlicher Information* ohne den Willen des Betroffenen verletzt die informationelle Selbstbestimmung, so die Beseitigung der Dokumentation der biologischen Herkunft bei künstlich gezeugten Kindern⁶¹.

6. Exkurs: Der Datenschutz

- 502 Der Begriff "Datenschutz" ist irreführend. Es geht nicht um den Schutz von Daten, sondern um den Schutz des Individuums gegen die Weiterleitung personenbezogener Daten, die dieses Individuum betreffen, d.h. um die Weiterleitung personenbezogener Information. Datenschutz ist Persönlichkeitsschutz.
- 503 Die Weitergabe personenbezogener Information kann dazu führen, dass Ehre und Ansehen der betroffenen Person in ihrem nächsten Familien- und Bekanntenkreis, aber auch in der weiteren Öffentlichkeit leiden. Die Rechtsordnung hat dem Betroffenen hier seit jeher besondere Verteidigungsinstrumente zur Verfügung gestellt, nämlich das Strafantragsrecht wegen Verleumdung und übler Nachrede, ferner den Schutz der verschiedenen, gesetzlich geregelten Amts- und Berufsgeheimnisse. Beamte, Ärzte, Rechtsanwälte, Notare, Geistliche, Hebammen und Banken dürfen die ihnen in ihrer beruflichen Tätigkeit zugekommenen per-

⁵⁹ So BGE 122 III 449 ff. (457 unten); die Berichterstattung ist umso eher gerechtfertigt, als der ehemalige Straftäter selber in der Öffentlichkeit auftritt, insbesondere wenn er eine "berühmte Person" ist oder wenn er für ein öffentliches Amt kandidiert.

⁶⁰ Vgl. BGE 111 II 209, E. c, S. 213 f.; der Begriff des "Rechtes auf Vergessen" ist einprägsam, aber ungenau. Es geht nicht um das Vergessen - dieses entzieht sich rechtlicher Einflussnahme - sondern um die Unterlassung des öffentlichen In-Erinnerung-Rufens. Im privaten Rahmen ist die Erwähnung zurückliegender Verurteilungen zulässig, sofern nicht die Schranke der Ehrverletzung gemäss Art. 173 StGB überschritten wird.

⁶¹ Art. 199 BV (= Art. 24novies Abs. 2 lit. g aBV) bestimmt: "*Der Zugang einer Person zu den Daten über ihre Abstammung ist zu gewährleisten.*" Angesichts der früheren ärztlichen Gepflogenheit, bei künstlicher Insemination die relevanten Daten zu vernichten, wird man die Beseitigung solcher Daten frühestens ab Inkrafttreten der zitierten Verfassungsnorm (17.05.1992) wenn nicht überhaupt erst ab Inkrafttreten der dazugehörigen Ausführungsgesetzgebung als widerrechtlich bezeichnen können.

sonenbezogenen Informationen nicht ohne Einwilligung des Betroffenen weitergeben. Geheimnisverletzung ist strafbar (Art. 321 StGB; Art. 47 Bankengesetz).

- 504 Die Möglichkeiten der elektronischen Datenverarbeitung haben ein neues Bedrohungsbild für die Persönlichkeit des Individuums entstehen lassen. Elektronisch verwaltete und nach Personen geordnete, personenbezogene Information kann technisch aus den verschiedensten Dateien innert Sekunden zusammengezogen und dazu verwendet werden, von einzelnen Individuen ein sogenanntes **Persönlichkeitsprofil** zusammenzufügen. Warum ist dies bedrohlich?
- 505 Seit Jahrhunderten hat der Mensch neben seinem sozialen Dasein als physisches Wesen auch immer ein Register-Dasein gehabt, gewissermassen seinen Schatten in öffentliche und andere Register geworfen. Die Identität (= Gleichheit) der lebenden Existenz und der Registerexistenz wird mit der Identitätskarte dokumentiert.
- 506 Was aber bei papiergestützten Personenregistern blosser Schattenwurf, unscharfes und dürftiges Bild war, erhält durch die Menge dessen, was elektronisch zusammengezogen und aufsummiert werden kann, eine neue Plastizität und Anschaulichkeit. Die Registerexistenz kann nun zum eigentlichen Gespenst werden, das den Betroffenen begleitet, ihm vorausseilt, ihn gesellschaftlich und wirtschaftlich erdrosselt.
- 507 Die Weitergabe elektronisch gespeicherter, personenbezogener Daten ist aus diesem Grund eine Bedrohung für den einzelnen, gegen welche besonderer rechtlicher Schutz vonnöten ist. Die Gesamtheit der diesbezüglichen Schutzbestimmungen nennt man den Datenschutz.
- 508 In der BRD hat man frühzeitig erkannt, dass die sogenannte Bürgernummer eine besondere Gefahr für das Individuum darstellt. Wird jedem Bürger im Land konsequent eine eigene, lebenslang gleichbleibende Nummer zugeteilt und wird diese gleiche Nummer in den verschiedensten Dateien konsequent angewendet, so kann in einem Datenverbundnetz ohne Schwierigkeiten der Inhalt sämtlicher Dateien bezüglich eines bestimmten Bürgers mittels seiner Nummer zusammengerufen werden: Examensnoten, Polizeiakten, Strafregister, Krankenkasse, Klinik-Krankengeschichten, Steuerakten, Grundbesitz, Zivilstand und familiäre Verhältnisse, militärische Daten etc. Die Summe all dieser Daten kann zum besagten Gespenst werden. In der BRD ist aus diesem Grunde schon längst von der Einführung einer einheitlichen Bürgernummer keine Rede mehr. Es dient dem Schutz des Bürgers, wenn die verschiedenen Register und Datensammlungen je ihre eigene Systematik und eigene Nummerierung haben und aufgrund technischer Hindernisse gar nicht miteinander verbunden werden können.
- 509 In der Schweiz haben wir die Bürgernummer seit 1948, d.h. seit der Einführung der eidgenössischen AHV. Diese Nummer begleitet den Schweizer (und die hier domizilierten Ausländer, die ebenfalls der Zuteilung ihrer AHV-Nummer nicht entgehen) im ganzen Sozialversicherungsbereich, im Gesundheitswesen, im Militär, Zivilschutz und im Strafregister.
- 510 Inzwischen ist man auch in der Schweiz bezüglich der Missbrauchsgefahren dieser Bürgernummer sensibilisiert. Als die Basler im Jahr 1989 plötzlich ihre AHV-Nummern auf den Umwelt-Abonnements aufgedruckt entdeckten, gaben manche Medien einen Aufschrei des Entsetzens von sich und verlangten, die Verantwortlichen müssten zur Rechenschaft gezogen werden. Die AHV-Nummer ist rasch von den U-Abos wieder verschwunden.

- 511 Am 1.07.1993 ist das eidgenössische Datenschutzgesetz (Bundesgesetz über den Datenschutz, abgekürzt DSG) in Kraft getreten. In den meisten Kantonen bestehen heute auch kantonale Datenschutzgesetze mit weitgehend gleichem Inhalt wie das Bundes-DSG.
- 512 Aus verfassungsrechtlichen Gründen sind die Geltungsbereiche des Bundes-Datenschutzgesetzes und der entsprechenden kantonalen Gesetze in unübersichtlicher Weise ineinander "verzahnt", und zwar in einer Weise, die dem Laien kaum einleuchten kann: Der Bund ist befugt, den Datenschutz innerhalb seiner eigenen Verwaltung zu regeln. Ferner kann er alle Privatpersonen in der ganzen Schweiz, sowohl die natürlichen wie die juristischen Personen, dem Bundes-DSG unterstellen, weil der Bund zur Gesetzgebung auf dem Gebiete des Privatrechts zuständig ist (Art. 122 Abs. 1 BV) und weil man die datenschutzrechtlichen Rechte und Pflichten privater Datenbearbeiter als Ausfluss von Art. 28 ZGB und damit als Teil des Bundesprivatrechts betrachten kann. (Zusätzlich kann der Bund in den ihm zugeordneten Rechtsbereichen, z.B. im Sozialversicherungsrecht, spezialgesetzliche Datenschutzbestimmungen erlassen, die dann auch für kantonale Vollzugsstellen verbindlich sind und kantonalem Datenschutzrecht vorgehen; vgl. VPB 55 [1991] Nr. 21 S. 206).
- 513 Die Kantone sind hingegen allein kompetent, den Datenschutz innerhalb der kantonalen Verwaltungen zu regeln, was insbesondere alle Kantons- und Gemeindespitäler umfasst.
- 514 Im Ergebnis unterstehen also beispielsweise die Privatärzte und Privatspitäler, ferner die Industrie- und Handelsfirmen in Basel-Stadt dem Bundes-Datenschutzgesetz, wogegen das Kantonsspital und die kantonale Verwaltung einschliesslich der Staatsanwaltschaft und der Gerichte dem kantonalen Datenschutzgesetz unterstehen.
- 515 Das Bundes-DSG huldigt - im Stil der neueren Bundesgesetzgebung - einem unverhältnismässigen Perfektionismus und schießt in einem Punkt weit übers Ziel hinaus: Es gilt nicht nur für elektronisch gestützte Datensammlungen, sondern auch für papiergestützte Personenkarteien. Kundenkarteien, Patientenkarteien, Mitgliederverzeichnisse, Schülerverzeichnisse - das alles sind "Datensammlungen" im Sinne des DSG. Nach der Definition von Art. 3 lit. g DSG gilt als Datensammlung *"jeder Bestand von Personendaten, der so aufgebaut ist, dass die Daten nach betroffenen Personen erschliessbar sind"*. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Daten über verschiedene Personen in einem einzigen Dokument zusammengefasst sind oder ob für jede Person ein separates Dossier geführt wird. Was in einer Firma systematisch und einheitlich beim Personalchef über die Angestellten aufgezeichnet wird, heisst "Datensammlung" - was sich ein einzelner Direktor über seine Mitarbeiter im Tagebuch aufschreibt, ist nicht "Datensammlung", weil nicht "nach betroffenen Personen erschliessbar".
- 516 Gemäss dem Sinn des Gesetzes können nur solche Datensammlungen erfasst sein, die nicht regelmässig publiziert werden. Veröffentlichte Mitgliederverzeichnisse von Vereinen, Telefonbücher, Adressbücher, im Buchhandel erhältliche Verwaltungsrats-Verzeichnisse etc. können nicht den Regeln des DSG unterstehen; sonst wäre gemäss Art. 6 Abs. 2 DSG bereits der Versand eines Telefonbuchs ins Ausland ein meldepflichtiger Vorgang!
- 517 Die wichtigsten Regeln des Bundes-DSG können wie folgt zusammengefasst werden:
- Art. 3 DSG** statuiert die allgemeine Rechtspflicht für jedermann, Personendaten nur rechtmässig zu beschaffen, sie nur zu dem bei der Beschaffung angegebenen Zweck zu bearbeiten und dabei Treu und Glauben sowie das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten.

Für jeden Inhaber einer **Datensammlung** gelten sodann zwei spezielle weitere Pflichten, nämlich:

a) die **Registrierungspflicht** für gewisse qualifizierte Datensammlungen beim Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten sowie

b) das **Einsichts- und Berichtigungsrecht** der betroffenen Personen.

Im Einzelnen:

- 518 **Art. 3 DSG** verbietet es beispielsweise, Pässe und Identitätskarten von Personen ohne deren Wissen vorübergehend zu behändigen und zu fotokopieren. Das wäre unrechtmässige Beschaffung von Personendaten. Art. 3 DSG verbietet ferner dem Arbeitgeber, der von einer Angestellten bei krankheitsbedingten Absenzen Arztzeugnisse entgegennimmt, die darin angegebenen Krankheiten beim Stellenwechsel an künftige Arbeitgeber weiterzumelden; denn die Nennung der Krankheit im Arztzeugnis diene dem Zweck, eine bestimmte Absenz für den Arbeitgeber verständlich zu machen, nicht aber dem Zweck, künftige Arbeitgeber über den Gesundheitszustand der Arbeitnehmerin zu informieren.
- 519 **Art. 11 DSG:** Alle Datensammlungen mit "*besonders schützenswerten*" Personendaten müssen grundsätzlich beim Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten angemeldet und registriert werden. Von der Registrierungspflicht ausgenommen sind jene Datensammlungen, von deren Vorhandensein die betroffenen Personen Kenntnis haben - also beispielsweise die Personalakten einer Firma; denn jeder Angestellte weiss, dass seine Arbeitgeberin gewisse Personendaten über ihn (und alle anderen Angestellten) dauerhaft aufbewahrt.
- 520 Als "**besonders schützenswert**" gelten gemäss **Art. 3 lit c DSG** alle Daten über
1. die religiösen, weltanschaulichen, politischen oder gewerkschaftlichen Ansichten oder Tätigkeiten,
 2. die Gesundheit, die Intimsphäre oder die Rassenzugehörigkeit,
 3. Massnahmen der sozialen Hilfe,
 4. administrative oder strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen.
- 521 Mitgliederverzeichnisse von Vereinen und Kundenkarteien von Handelsfirmen enthalten in der Regel keine "besonders schützenswerten" Daten und sind damit nicht registrierungspflichtig; aber das Einsichts- und Berichtigungsrecht der betroffenen Personen gilt auch hier, selbstverständlich nur für die Daten über die betroffene Person selber.
- 522 Allerdings ist das Einsichts- und Berichtigungsrecht in den meisten Fällen ein belangloses Recht, weil es für die betroffenen Personen in der Regel gleichgültig ist, ob und wie sie in den erwähnten Registern und Karteien vermerkt sind.
- 523 Persönlichkeitsgefährdend sind vor allem die EDV-gespeicherten Dateien, ferner Sammlungen wie etwa diejenige von Zeitungsredaktionen und Journalisten (man denke an die jahrzehntelang aufgebauten Archive mit Persönlichkeitsprofilen aller gesellschaftlich und politisch bedeutenden Personen bei allen grösseren Tages- und Wochenzeitungen). Gerade die Medien sind aber gemäss Art. 4 DSG von der Registrierungspflicht ihrer Personen-Archive und gemäss Art. 10 DSG von der Auskunftspflicht gegenüber den Betroffenen freigestellt!
- 524 Auch die Ärzte und Spitäler werden vom DSG geschont. Wenn ein Spitalarzt in der Krankengeschichte eines Patienten die Qualifikation einträgt: "Wehleidiger Schwerenot, im übrigen kerngesund", so braucht er diesen Eintrag nicht offenzulegen. Der Patient kommt gegen

den Willen des Arztes an die Krankengeschichte nicht selber heran, sondern muss die Einsichtnahme einem Vertrauensarzt überlassen. **Art. 8 Abs. 3 DSG** lautet: *"Daten über die Gesundheit kann der Inhaber der Datensammlung der betroffenen Person durch einen von ihr bezeichneten Arzt mitteilen lassen."*⁶²

- 525 Das DSG verbietet die Führung personenbezogener Dateien also keineswegs. Hingegen sollen Existenz und Funktionsweise dieser Dateien für den Bürger transparent gemacht werden. Dem Bürger soll das Recht gegeben werden, seinem Registergespens in die Augen zu schauen und, wenn nötig, den Kopf zurechtzusetzen.

7. Widerrechtliche Einflussnahme auf die Willensbildung

- 526 Die Willensbildung der in ihrer Persönlichkeit betroffenen Person spielt gemäss der hier vertretenen Auffassung in zwei Konstellationen eine rechtlich erhebliche Rolle, nämlich

- bei der selbstbestimmten Erlaubnis oder Mitwirkung an **Handlungen im Kernbereich der menschlichen Existenz** (Beispiel: Austausch von Zärtlichkeiten),
- bei der Einwilligung zur **Verletzung geschützter Persönlichkeitsgüter** (Beispiel: Verletzung der physische Integrität durch eine chirurgische Operation).

In beiden Konstellationen ist die widerrechtliche Einflussnahme auf die Willensbildung der betroffenen Person persönlichkeitsverletzend. Die Selbstbestimmung ist nur dann gewährleistet, wenn die Person ihren Willen *aufgrund hinlänglicher Information* und *ohne unzulässigen äusseren Druck* bilden kann.

- 527 Die Selbstbestimmung einer Person kann dadurch verletzt sein, dass sie unrichtig oder unvollständig informiert oder getäuscht wird und, als Folge hievon, Dinge will und tut, die sie andernfalls nicht gewollt und nicht getan haben würde. Sofern das betreffende Verhalten (welches auch in einem Unterlassen nützlicher Vorkehren bestehen kann) den höchstpersönlichen Bereich betreffen, verletzt die Fehlinformation die Persönlichkeit der irregeleiteten Person⁶³.
- 528 Wichtigster Anwendungsfall ist die unverfälschte Selbstbestimmung des Patienten im Rahmen medizinischer Behandlung. Soweit der Patientenwille für die Auftragserteilung oder die Einwilligung rechtlich relevant ist, sind ärztliche Fehlinformationen, insbesondere Fehldiagnosen und unterlassene Aufklärung über allgemein bekannte Risiken und Nebenfolgen bevorstehender Behandlungen, als Verletzungen der Selbstbestimmung zu betrachten⁶⁴. Veranlasst der irregeleitete Patient aufgrund seines Irrtums eine für ihn schädliche Operation, so

⁶² Gemäss den Urteilen des ZivG BS, BJM 1986, S. 202 und des OG ZH, SJZ 1986, Nr. 51, S. 321, geht der Schutz gemäss Art. 28 ZGB weiter. In gleichem Sinne auch RIEMER, Studienbuch (1995), Ziff. 356: Das DSG ist im Verhältnis zu Art. 28 ZGB blosse Ergänzung und Konkretisierung und schliesst die Anwendung dieser Bestimmung nicht aus.

⁶³ Betreffen die Fehlentscheide nur den Vermögensbereich, so liegt keine Persönlichkeitsverletzung, sondern allenfalls ein Vermögensdelikt (z.B. Betrug, Art. 146 StGB, oder Erpressung, Art. 156 StGB) vor.

⁶⁴ In gleichem Sinne WIEGAND, Der Arztvertrag, insbesondere die Haftung des Arztes, in: Arzt und Recht, S. 114; HONSELL, Die zivilrechtliche Haftung des Arztes, ZSR 109/1990 S. 145 f.; derselbe, in: Symposium Stark, Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, S. 21; BUCHLI-SCHNEIDER, recht 1988, S. 96.

fehlt es an der medizinischen Indikation⁶⁵ und damit an der Rechtfertigung des Eingriffs. Die Operation ist in diesem Falle nicht nur eine Verletzung der Selbstbestimmung, sondern auch eine rechtswidrige Verletzung der physischen Integrität⁶⁶.

- 529 Die persönlichkeitsrechtlich geschützte Selbstbestimmung ist ferner verletzt, wenn eine Person absichtlich irreführt wird mit dem Ziel, bezüglich ihrer persönlichen Lebensgestaltung etwas zu tun, was sie eigentlich nicht möchte. Man denke an den Sprach- und Landesunkundigen, der auf dem Bahnhof einen Passanten fragt, auf welchem Gleis der Zug nach X abfährt, worauf der Passant aus bösem Willen den Fragesteller in den Zug nach Y dirigiert. Persönlichkeitsverletzend ist auch jede Täuschung über Nutzen und Schaden von Nahrungsmitteln, Medikamenten, Rauchwaren etc. - etwa die irreführende Angabe gegenüber einer leichtgläubigen Person, durch die Einnahme von Hühnerdreck würden ihre Pickeln im Gesicht verschwinden. Das gleiche gilt, wenn geistig Beschränkte oder Betrunkene absichtlich zu Handlungen verleitet werden, durch die sie sich selber körperlich verletzen oder ihre Ehre und Würde herabmindern, indem sie sich vor anderen Personen lächerlich und verächtlich machen, oder wenn jemand in der Dunkelheit unerkannt Zärtlichkeiten erschleicht, indem er vorspiegelt, der Ehegatte oder der Freund der anderen Person zu sein.
- 530 Die persönlichkeitsrechtlich geschützte Selbstbestimmung kann auch verletzt werden, wenn auf die Willensbildung in erpresserischer Weise oder unter Missbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses Einfluss genommen wird. Im Vordergrund steht die Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung am Arbeitsplatz. Vgl. hiezu Ziff. 648 ff.

8. Selbstmordverhinderung

- 531 Bei der Selbstmord- bzw. Suizidverhinderung kann bei Suizidalen mit intakter Gesundheit, die den Suizidversuch aus einer vorübergehenden Krisenlage heraus unternommen haben, die Rettung mit dem überwiegenden Eigeninteresse gerechtfertigt werden⁶⁷. Indem die Retterin dem erkennbaren Sterbewillen des Selbstmörders zuwiderhandelt und stattdessen sein objektives privates Überlebensinteresse wahrt, handelt sie informell-vormundschaftlich. Die Dringlichkeit der Situation ist ein Notstand und rechtfertigt nicht nur die Rettung als solche, sondern auch den Verzicht auf eine formelle Bevormundung.

⁶⁵ Im Sinne der in fehlerfreiem Verfahren gestellten Indikation; vgl. Ziff. 563 ff.

⁶⁶ BGE 117 Ib 197 ff. (200) erblickt in der Selbstbestimmung des Patienten kein selbständig geschütztes Persönlichkeitsgut, sondern betrachtet die Operation am Patienten, der infolge mangelnder Aufklärung eingewilligt hat, ausschliesslich als Verletzung seiner physischen Integrität. Diese Betrachtungsweise ist undifferenziert, aber sie führt nicht zu falschen Ergebnissen. Um die Anerkennung der Selbstbestimmung als selbständig geschütztes Persönlichkeitsgut ist dort nicht heranzukommen, wo sich der ärztliche Informationsfehler in *schädigenden Unterlassungen* auswirkt, etwa wenn der Arzt aufgrund fahrlässiger Unachtsamkeit ein hochgefährliches Karzinom als harmlose Zyste bezeichnet, worauf der Patient es unterlässt, sich rechtzeitig operieren zu lassen.

⁶⁷ Gemäss den *Richtlinien für die ärztliche Betreuung Sterbender und zerebral schwerst geschädigter Patienten* der Schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften (Basel 1995), Kommentar zu Ziff. 2.2, sind Suizid und Suizidversuch mit überaus seltenen Ausnahmen die Folge von persönlichen Krisen, Sucht oder psychischer Krankheit. Die Katamnesen von überlebenden Suizidalen zeigen, dass die ganz überwiegende Mehrzahl nach Jahrzehnten noch lebt und sich von der damaligen Situation distanziert hat.

- 532 Wird der Selbstmordversuch von einem terminal Kranken, d.h. im Endstadium einer irreversibel zum Tode führenden Krankheit, unternommen, so gibt es kein Eigeninteresse des Patienten, welches die Rettung und damit die Verletzung seiner Selbstbestimmung rechtfertigen könnte. In solchen Fällen sind Handlungen, mit welchen der Patient von einem bereits eingeleiteten Selbstmordversuch gerettet wird, persönlichkeitsverletzend⁶⁸.

II. Der Schutz anderer Persönlichkeitsgüter

- 533 Unter dem Titel des Schutzes anderer Persönlichkeitsgüter werden nachstehend jene Güter behandelt, bei denen die Einwilligung des Betroffenen bzw. seine selbstbestimmte Mitwirkung nicht die Tatbestandsmässigkeit der Verletzung, sondern lediglich deren Rechtswidrigkeit aufhebt.

1. Physische Integrität

a) Begriff der physischen Integrität

- 534 Zum Tatbestand der Verletzung der physischen Integrität bzw. der körperlichen Unversehrtheit⁶⁹ gehören alle von Menschen zu vertretenden Akte, die zu einer **Körperverletzung**⁷⁰ des Betroffenen, insbesondere zu Schnitten, Stichen, Prellungen, Zerrungen, ferner zu Verbrennungen, Verstrahlungen, Befall mit ansteckenden Krankheiten etc. führen.
- 535 Nicht unter diesen Tatbestand gehören Körperkontakte, die zu keiner Körperverletzung oder Gesundheitsschädigung führen wie beispielsweise Ohrfeigen und andere körperliche Schmerzzufügungen ohne Verletzungsfolge. Auch diese Tatbestände können persönlichkeitsverletzend sein, sei es als Verletzung der Selbstbestimmung des Menschen im Umgang mit seinem Körper (körperliche Zudringlichkeiten aller Art; vgl. hierzu Ziff. 465 ff.), als Verletzung des seelischen Wohlbefindens bzw. der psychischen Integrität (vgl. Ziff. 613 ff.) oder der Ehre (namentlich bei körperlichen Züchtigungen).

⁶⁸ A.A. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 06.43, die den Selbstmordwillen wegen eines angeblichen Verstosses gegen "*allgemein anerkannte grundlegende Wertvorstellungen*" bzw. gegen die "*soziale Konvention*" in jedem Falle als den rechtlich unbeachtlichen Ausfluss einer gestörten Psyche abtun. Das Vorhandensein einer derartigen "sozialen Konvention" kann heute allerdings kaum mehr ernsthaft behauptet werden.

⁶⁹ Vgl. etwa BGE 108 II 59 ff.

⁷⁰ Der Begriff der Körperverletzung meint zuweilen nur den physischen Vorgang der Beschädigung menschlicher Gewebe. Spricht man dagegen von der Verletzung der physischen Integrität, Ehrverletzung, Verletzung der Selbstbestimmung etc., so meint der Begriff der Verletzung immer auch zugleich die Rechtsverletzung. Die physische Verletzung im Sinne von Zerstörung oder Beschädigung körperlicher Dinge und die Verletzung von Normen sind klar auseinanderzuhalten. - Auseinanderzuhalten sind auch natürliche Güter (Leib, Leben, Sachen) und Rechtsgüter (rechtlich geschützte Interessen an natürlichen Gütern): Tötet der Blitz einen Menschen, so wird das natürliche Gut eines menschlichen Lebens zerstört, nicht aber ein Rechtsgut verletzt, weil keine Normen und keine Rechte verletzt werden. Die rechtlichen Normen sind an Menschen, nicht an die unbelebte Natur gerichtet.

b) Rechtfertigung bei Verletzungen ausserhalb des Medizinalbereichs

- 536 Ausserhalb des Medizinalbereichs kommen gerechtfertigte Verletzungen der körperlichen Integrität vor allem im Sport vor, wo Prellungen, Schürfungen, Schnitte (beim Fechten mit scharfer Klinge) und ausnahmsweise auch Knochenbrüche durch die *erlaubte Inkaufnahme des Risikos leichter Verletzungen* gerechtfertigt werden. Typisch ist für die in Kauf genommenen Verletzungen, dass sie im Einzelnen nicht mit planmässiger Absicht zugefügt werden, sondern dass sie sich in der Hitze des Gefechts gewissermassen zufällig einstellen.
- 537 Durch die Einwilligung des Verletzten werden auch leichte Verletzungen gerechtfertigt, die sich etwa bei Erste-Hilfe-Übungen (z.B. Injektionsübungen) einstellen, ferner bei masochistischen Praktiken⁷¹.

c) Rechtfertigung des ärztlichen Heileingriffs

aa) Überblick

- 538 Das Bundesgericht und die herrschende Lehre qualifizieren den ärztlichen Heileingriff als Verletzungstatbestand (Verletzung der physischen Integrität⁷² und, falls der Eingriff ohne die Einwilligung des einwilligungsfähigen Patienten erfolgt, zudem als Verletzung seiner Selbstbestimmung⁷³). Die vorliegende Darstellung folgt dieser Auffassung. Abweichend davon erblicken HEINRICH HONSELL⁷⁴ und weitere Autoren im ärztlichen Heileingriff keine Verletzung der physischen Integrität, da der Eingriff nicht mit einem Verletzungszweck vorgenommen wird.
- 539 Die herrschende Lehre kann folgendermassen zusammengefasst werden:
- Die Einwilligung ist eine gültige Rechtfertigung immer dann, wenn der Patient über die Tragweite des Eingriffs hinlänglich informiert ("aufgeklärt") war und für die Beurteilung des Eingriffs die erforderliche Urteilsfähigkeit besass⁷⁵.

⁷¹ In der Regel führen derartige Vorgänge nicht zu Gerichtsurteilen, so dass sie von Judikatur und Doktrin ignoriert werden. In BGE 114 IV 100-102 ist ein masochistischer Vorgang mit unbeabsichtigter Todesfolge beschrieben, der zu Verurteilungen wegen fahrlässiger Tötung geführt hat.

⁷² Vgl. WOLFGANG WIEGAND (1994), S. 119 ff. (168 und 180), mit Verweisen.

⁷³ Vgl. BGE 117 Ib 197 ff. (E. 2a); PETER JÄGER, Neue Rechtstprechung des Bundesgerichts zum Arzthaftpflichtrecht, Zürich 1999, S. 35

⁷⁴ HEINRICH HONSELL (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, Einleitung, S. 15, mit Verweisen; DERSELBE, Die zivilrechtliche Haftung des Arztes, ZSR 1990, S. 145.

⁷⁵ Vgl. OLIVIER GUILLOD, Le consentement éclairé du patient - autodétermination ou paternalisme?, Diss. Neuchâtel 1986, S. 39 ff.; EUGEN BUCHER, Der Persönlichkeitsschutz beim ärztlichen Handeln, in: Arzt und Recht, Bern 1985, S. 43 ff.; MAX NÄGELI, Die ärztliche Behandlung handlungsunfähiger Patienten aus zivilrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 1984, S. 101 ff. und 108 ff.; HANS HINDERLING, Die ärztliche Aufklärungspflicht, in: Persönlichkeit und subjektives Recht, Die ärztliche Aufklärungspflicht, Zwei Aufsätze zum Persönlichkeitsschutz, Basel 1963, S. 54 ff; EUGEN BUCHER, Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte, insbesondere: Die Persönlichkeitsrechte des Patienten als Schranken der ärztlichen Tätigkeit, Diss. Zürich 1956, S. 131 ff.

- Die Einwilligung vermag jedoch nur solche Eingriffe zu rechtfertigen, die nicht an sich sitten- oder rechtswidrig sind (wie beispielsweise schwere Verstümmelungen ohne Heilungszweck oder die Tötung)⁷⁶.
- Fehlt dem Patienten die nötige Urteilsfähigkeit, so wird die Verletzung seiner physischen Integrität durch die Zustimmung⁷⁷ der gesetzlichen Vertreterin, bei deren Fehlen durch die Zustimmung der nächsten Angehörigen gerechtfertigt, die ihrerseits über die Tragweite des Eingriffs hinlänglich informiert ("aufgeklärt") sein müssen⁷⁸. Sind weder gesetzliche Vertreter noch Angehörige innert nützlicher Frist erreichbar, so wird der Eingriff durch die mutmassliche Einwilligung des Patienten oder durch das überwiegende private Interesse des Patienten gerechtfertigt. Der Arzt pflegt die mutmassliche Einwilligung aufgrund der medizinischen Indikation des Eingriffs und seiner Persönlichkeitskenntnis des Patienten (soweit eine solche Kenntnis vorhanden ist) abzuschätzen.
- Bei urteilsfähigen Unmündigen oder Bevormundeten ist die Einwilligung des Patienten, nicht die Zustimmung der gesetzlichen Vertreterin massgebend, da die Erteilung der Einwilligung *relativ-höchstpersönlicher* Natur ist (Art. 19 Abs. 2 ZGB)⁷⁹.
- Werden am selbstbestimmungsfähigen Patienten Eingriffe vorgenommen, zu denen er nicht eingewilligt hat - was insbesondere bei nicht vorbesprochener Ausdehnung einer Operation vorkommen kann - dann ist der Patient nicht nur in seiner körperlichen Integrität, sondern zusätzlich in der **Selbstbestimmung im Umgang mit seinem Körper** verletzt.

⁷⁶ Vgl. MAX NÄGELI, Die ärztliche Behandlung handlungsunfähiger Patienten aus zivilrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 1984, S. 140 ff.

⁷⁷ In der vorliegenden Arbeit wird folgende Terminologie befolgt: Die Einwilligung betrifft Dinge, die mit dem Einwilligenden selber geschehen. Die Zustimmung betrifft Dinge, die ausserhalb der eigenen Person erfolgen. Demgemäss erklärt der Patient die Einwilligung zum ärztlichen Heileingriff an sich selber, wogegen seine Angehörigen gegebenenfalls die Zustimmung erklären.

⁷⁸ Vgl. MAX NÄGELI, Die ärztliche Behandlung handlungsunfähiger Patienten aus zivilrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 1984, S. 117 und 126 ff.; JÖRG REHBERG, Ärztliches Berufsgeheimnis und gesetzlicher Vertreter des Patienten, in: Gerichtsmedizin, Bindeglied zwischen Medizin und Recht, Festgabe zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Fritz Schwarz, Bern 1968, S. 23 ff. (27); HANS HINDERLING, Die ärztliche Aufklärungspflicht, in: Persönlichkeit und subjektives Recht, Die ärztliche Aufklärungspflicht, Zwei Aufsätze zum Persönlichkeitsschutz, Basel 1963, S. 73; EUGEN BUCHER, Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte, insbesondere: Die Persönlichkeitsrechte des Patienten als Schranken der ärztlichen Tätigkeit, Diss. Zürich 1956, S. 157 ff.

⁷⁹ Vgl. in diesem Sinne HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 12.49-12.66; RIEMER, Studienbuch (1995), Ziff. 371 ff.; ANDREAS BUCHER (1999), Ziff. 519 ff.; PEDRAZZINI/OBERHOLZER (1993), S. 144-146; EUGEN BUCHER, Der Persönlichkeitsschutz beim ärztlichen Handeln, in: Arzt und Recht, Bern 1985, S. 43; vgl. auch OLIVIER GUILLOD, Le consentement éclairé du patient - autodétermination ou paternalisme?, Diss. Neuchâtel 1986, S. 205 ff., mit rechtsvergleichenden Hinweisen und Beispielen; MAX NÄGELI, Die ärztliche Behandlung handlungsunfähiger Patienten aus zivilrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 1984, S. 122 ff. mit Nachweis der gegenteiligen Ansicht auf S. 123, Fn. 3; JÖRG REHBERG, Ärztliches Berufsgeheimnis und gesetzlicher Vertreter des Patienten, in: Gerichtsmedizin, Bindeglied zwischen Medizin und Recht, Festgabe zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Fritz Schwarz, Bern 1968, S. 28; EUGEN BUCHER, Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte, insbesondere die Persönlichkeitsrechte des Patienten als Schranken der ärztlichen Tätigkeit, Diss. Zürich 1956, S. 52 ff.; a.A. HANS HINDERLING, Die ärztliche Aufklärungspflicht, in: Persönlichkeit und subjektives Recht, Die ärztliche Aufklärungspflicht, Zwei Aufsätze zum Persönlichkeitsschutz, Basel 1963, S. 72.

bb) Leistungsauftrag der Medizin als Ausgangspunkt

- 540 Die moderne Medizin arbeitet in manchen Ländern, so auch in der Schweiz, unter der stillschweigenden Annahme eines allgemeinen Leistungsauftrags, der in umfassender Weise die Heilung, Lebenserhaltung und Lebensverlängerung aller Patienten beinhaltet. Eine Ausnahme machen die ambulanten Konsultationen; hier ist vor allem der vom Patienten individuell und konkret erteilte Auftrag massgebend. Der ambulant konsultierte Arzt ist nicht verpflichtet, andere als die vom Patienten verlangten Untersuchungen und Therapien vorzunehmen.
- 541 In der stationären Spitalmedizin steht dagegen der allgemeine Leistungsauftrag im Vordergrund. Kliniken, die sich darauf beschränken würden, bei ihren stationären Patienten nur die ausdrücklich verlangten Untersuchungen und Therapien vorzunehmen, würden bei Unterlassung medizinisch indizierter Vorkehren haftbar und schadenersatzpflichtig.
- 542 Der allgemeine Leistungsauftrag ist in der Schweiz weder privat- noch öffentlichrechtlich klar kodifiziert. Ärzte pflegen diesen Leistungsauftrag oftmals aus dem *hippokratischen Eid* abzuleiten, was jedoch rechtlich nicht trägt. Das Bundesgericht spricht von *allgemeinen Berufspflichten des Arztes*⁸⁰, was rechtlich kaum besser fundiert ist. Mangels einer gesetzlichen Grundlage kann der Leistungsauftrag vertraglich, d.h. als ein von jedem Patienten gegenüber der Klinik *stillschweigend erteilter Auftrag* gedeutet werden. Allerdings verfängt diese Deutung dann nicht, wenn Patienten in bewusstlosem Zustand von Notfalldiensten aufgegriffen und eingeliefert werden. Dabei besteht ein gesellschaftlicher Konsens dahingehend, dass die bewusstlos Eingelieferten nicht anders behandelt werden sollen als jene Patienten, die selbstbestimmt in eine Klinik eintreten und beim Eintritt einen Behandlungsvertrag abschliessen.
- 543 Die fehlende rechtliche Grundlegung des allgemeinen Leistungsauftrags führt zur misslichen Konsequenz, dass seine Grenzen nicht unter Abstützung auf den gesellschaftlichen Konsens generell geregelt werden, sondern dass sie aus der Selbstbestimmung der Patienten und Patientinnen abgeleitet werden und dadurch nur einzelfallbezogen im Rahmen des Individualschutzes ins Blickfeld geraten. Die Selbstbestimmungsfähigkeit des Patienten ist aber gerade dann, wenn es am meisten darauf ankäme, nämlich in den Grenzsituationen zwischen Leben und Tod, meist nicht mehr vorhanden. Auch sonst sind manche Patienten beim Entscheid über schwere Eingriffe (oder den Verzicht darauf) mehr als in anderen Lebenssituationen führungsbedürftig und zu eigentlicher Selbstbestimmung kaum fähig.
- 544 Zweckmässiger und normativ befriedigender wäre stattdessen eine Regelung, die den generellen Leistungsauftrag der Medizin und den Individualschutz der Patienten mit paritätischem Gewicht einbezieht und nach Maximen sucht, die einerseits das gesellschaftlich Wünschbare und Machbare umschreiben, andererseits klarstellen, inwiefern das Individuum ein Mehr oder ein Weniger an medizinischen Leistungen verlangen kann, als was vom generellen Leistungsauftrag her indiziert wäre.

cc) Rechtfertigung invasiver Eingriffe durch tatsächliche oder mutmassliche Einwilligung - oder durch das überwiegende Patienteninteresse

⁸⁰ Vgl. z.B. BGE 117 Ib 197 ff.

- 545 Jeder invasive Eingriff⁸¹ gilt als Persönlichkeitsverletzung und bedarf deshalb der Rechtfertigung. Diese wird nach herrschender Lehre in der *tatsächlichen Einwilligung* des Patienten, seiner gesetzlichen Vertreter oder Angehörigen, oder mangels einer solchen in der *mutmasslichen Einwilligung* des Patienten gesehen. - In der vorliegenden Arbeit wird die Testfrage nach der mutmasslichen Einwilligung jedoch abgelehnt und stattdessen vorgeschlagen, es sei nach dem überwiegenden Patienteninteresse zu fragen; vgl. Ziff. 575 ff.
- 546 Stützt sich der ärztliche Eingriff auf eine tatsächliche Einwilligung, so müssen der Patient oder die an seiner Stelle einwilligenden Personen gehörig *aufgeklärt* worden sein. Andernfalls entfaltet die Einwilligungserklärung keine Rechtfertigungswirkung.

dd) Erfordernis der Aufklärung

- 547 Im Verhältnis zwischen Klinik und Patient bestehen zwei parallele Kommunikationslinien, nämlich
- (a) die *dauernde Informationspflicht* der Klinik, dem Patienten alle Tatsachen zur Kenntnis zu bringen, die für Entscheidungen über die zu treffenden Massnahmen oder den Verzicht darauf wesentlich sind, und den Patienten diesbezüglich zu beraten⁸²; Korrelat dieser Pflicht ist das *Patientenrecht* auf laufende Information und Beratung⁸³; der Patient kann auf die Ausübung dieses Rechts von Tag zu Tag verzichten und sich blindlings der Führung des Arztes anvertrauen; ferner
- (b) die *deliktsvermeidende präinvasive Aufklärungspflicht* der Klinik, d.h. die Pflicht, zur Vermeidung eigenen rechtswidrigen Handelns vor jedem invasiven Einriff den Patienten so weit über den Eingriff und dessen mögliche Folgen aufzuklären, dass die Einwilligung des Patienten alsdann ihre Rechtfertigungswirkung entfaltet. - Auch diese Aufklärungspflicht der Klinik wird in der Regel als Patientenrecht verstanden⁸⁴, was nicht völlig präzise ist. Selbst wenn der Patient die präinvasive Aufklärung von sich weist, weil er sich blindlings der Führung des Arztes anvertrauen möchte, muss die Klinik auf der Erteilung der Aufklärung insistieren. Eine Ausnahme besteht im Rahmen des sogenannten *therapeutischen Privilegs*: Die Klinik ist von der Aufklärung insoweit dispensiert ("privilegiert"), als die Aufklä-

⁸¹ Unter invasiven Eingriffen werden hier alle schweren Eingriffe in den Körper durch Operation, Chemotherapie und Bestrahlung verstanden.

⁸² PETER JÄGER, Neue Rechtstprechung des Bundesgerichts zum Arzthaftpflichtrecht, Zürich 1999, S. 34, nennt folgende Themen, über die der Arzt die Patientin aufzuklären hat: Diagnose, Behandlungsmöglichkeiten und Erfolgs-Chancen (Diagnose- und Behandlungsaufklärung), Art und Risiko einer vorgeschlagenen Behandlungsmethode (Risikoaufklärung), wirtschaftliche Besonderheiten der Behandlung, insbesondere der Kostendeckung (wirtschaftliche Aufklärung) und des therapiegerechten Verhaltens (therapeutische oder Sicherungsaufklärung).

⁸³ CHRISTIAN CONTI, Die Malaise der ärztlichen Aufklärung - Zu den Grenzen ärztlicher Aufklärungspflichten und zu den Informationspflichten des Patienten, AJP 2000, S. 615 ff., plädiert für eine Einschränkung der ärztlichen Aufklärungspflicht, namentlich bezüglich statistisch seltener, für den Eingriff untypischer Risiken (S. 623) und für die Anerkennung von gegenläufigen Informationspflichten der Patientin (S. 625 ff.).

⁸⁴ Vgl. in diesem Sinne etwa ANDREAS BUCHER (1999), Ziff. 521, mit Verweis auf BGE 118 Ia 427 ff. (434), 117 Ib 197 ff., 114 Ia 350 ff (358), 108 II 59 ff.

rung beim Patienten voraussichtlich zu einer Depression oder gar zur Suizidgefahr führen würde und für die Therapie also schädlich wäre⁸⁵.

ee) Inhalt der präinvasiven ärztlichen Aufklärungspflicht

- 548 Zwei Wege sind möglich: Entweder erhält der Patient eine "umfassende"⁸⁶ Aufklärung über den bevorstehenden Eingriff, über dessen Zweck und dessen voraussehbare Folgen und die damit verbundenen Risiken, oder der Patient verzichtet willentlich auf die "umfassende" Aufklärung. Im zweiten Falle obliegt der Klinik eine mindestens so weit gehende Aufklärung, dass der Patient die Tragweite seines Verzichts überblickt. ANDREAS BUCHER formuliert dies so, der Patient könne auf die präinvasive Aufklärung *"insoweit verzichten, als ihm die Tragweite seiner Entscheidung [auf die Aufklärung zu verzichten] bewusst ist"*⁸⁷. Der Verzicht auf die umfassende Aufklärung kann ausdrücklich oder stillschweigend, d.h. durch konkludentes Verhalten, erfolgen⁸⁸.
- 549 Die Aufklärungspflicht bezieht sich in der Regel *nur auf den konkret vorgeschlagenen Eingriff und dessen Risiken*. Welche Alternativen zur Verfügung stehen und weshalb der behandelnde Arzt der einen Behandlungsalternative den Vorzug vor einer anderen gibt, ist nicht notwendigerweise Gegenstand der präinvasiven Aufklärung.

⁸⁵ So HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 12.53. - PETER JÄGER, Neue Rechtstprechung des Bundesgerichts zum Arzthaftpflichtrecht, Zürich 1999, S. 38, bezweifelt die sachliche Begründbarkeit des therapeutischen Privilegs, und zwar gestützt auf die Überlegung, der Patient habe *"ein Interesse daran, was mit seinem Körper los ist. Er erwartet vom Arzt Ehrlichkeit und Offenheit."* - Eine so pauschale Aussage wird der verschiedenartigen Psyche verschiedener Patienten nicht gerecht und verkennt, dass es bei der ärztlichen Aufklärung nicht nur und nicht vor allem um das gegenwartsbezogene Zustandsbild, sondern um eine Chancen- und Risikobeurteilung für die Zukunft geht. Auch bei der haftpflichtvermeidenden Aufklärung über die Operationsrisiken geht es nicht darum, *"was los ist"*, sondern darum, *was passieren könnte*.

⁸⁶ Der Begriff der "umfassenden" Aufklärung ist interpretationsbedürftig. Die Klinik hat sicherzustellen, dass dem Patienten der bevorstehende Eingriff in seinen wesentlichen Aspekten bewusst wird. Es kann nur um ein laienhaftes Verständnis, nicht um ein exaktes medizinisches Verständnis gehen, wie es dem ausgebildeten Arzt eigen ist. Die präinvasive Aufklärung ist keine wissenschaftliche Ausbildungsveranstaltung, innerhalb derer der Patient zu einem Fachmann mit präzisiertem medizinischem Verständnis herangebildet werden müsste. - Das Bundesgericht hat die umfassende Aufklärung wie folgt umschrieben: Laut BGE 113 Ib 425 f., E. 4 und 6, obliegt dem Arzt eine einfache, verständliche und wahrheitsgetreue Aufklärung hinsichtlich der Diagnose, der Prognose und der Therapie. Der Patient muss über die vorgeschlagene Behandlung und ihre möglichen Auswirkungen insoweit informiert werden, dass er in Kenntnis der Sachlage einwilligen kann. Laut BGE 117 Ib 203 f., E. b und c, obliegt dem Arzt bei Operationen, die mit grossen Risiken verbunden sind oder die schwerwiegende Folgen haben können, den Patienten ausführlicher aufzuklären, als wenn es sich um einen im allgemeinen unproblematischen Eingriff handelt.

⁸⁷ Vgl. ANDREAS BUCHER (1999), Ziff. 520.

⁸⁸ So WIEGAND (1994), S. 166, mit Verweis auf BGE 105 II 288 und unter Ablehnung der Auffassung von GUILLOD, S. 176, wonach nur die ausdrückliche Verzichtserklärung des Patienten genügen könne, um der (unaufgeklärten) Einwilligung rechtfertigende Wirkung zu verleihen. Zutreffend bemerkt WIEGAND, GUILLOD verwechsle die rechtliche Wirkung des Aufklärungsverzichts mit seiner Beweisbarkeit.

- 550 Je nach Kulturkreis, beruflicher Ausrichtung und persönlicher Erfahrung neigt ein Arzt bei gleichem Zustand des Patienten eher zu dieser, ein anderer eher zu jener Behandlung, und er wird in seiner Beratung entsprechende Akzente setzen. Der Patient stimmt in der Regel jener Behandlung zu, der sein Arzt den Vorzug gibt. Es wäre eine Illusion zu glauben, der Patient könne bei der Wahl zwischen verschiedenen Behandlungsalternativen echte Selbstbestimmung entfalten.
- 551 Die moderne Haftpflichtindustrie, d.h. die symbiotisch zusammenwirkenden und einander gegenseitig Umsätze zuspieldenden Rechtsanwälte, Versicherer und Gerichte, haben die Anforderungen an die ärztliche Aufklärung mittlerweile hochgeschraubt. Demgemäss praktizieren die meisten Kliniken vor jedem invasiven Eingriff ein eigentliches **Haftpflichtvermeidungs-Ritual**.
- 552 Der Arzt handelt *zugunsten des Patienten*, wenn er sich ihm im Gespräch widmet und in mitmenschlicher Weise die wesentliche Information über den Ablauf, die zu gewärtigenden Folgen und die relevanten Risiken vermittelt. Stimmung und Atmosphäre solcher Gespräche sollen optimistisch, Wortwahl und Stil den Verständnismöglichkeiten des Patienten angemessen sein. Unwesentliches ist wegzulassen. Vitale Risiken sind auch dann wesentlich, wenn sie mit einer geringen Wahrscheinlichkeit eintreten. Je weniger vital ein Risiko ist, desto grösser muss die Eintretenswahrscheinlichkeit sein, um eine Ausdehnung des Patientengesprächs auf das betreffend Thema zu rechtfertigen.
- 553 Wenn der Patient sich aufgrund der Diagnose z.B. eines metastasierenden Tumors, vom Tode bedroht sieht, interessieren ihn die diversen Operationsrisiken nur sekundär; primär will er hören, welche *Chancen* ihm der Arzt noch gibt, mit und ohne die vorgeschlagene Therapie. Verheisst ihm der Arzt in optimistischem Tonfall realistische Chancen des längerfristigen Überlebens bei akzeptabler Lebensqualität, so stimuliert dies die Hoffnungsfähigkeit des Patienten und gibt ihm Zuversicht und Kraft. Ein einziges Stirnrunzeln des Arztes bei der Durchsicht von Laborbefunden, ein einzige Zögern bei der Mitteilung des Befundes, aus dem der Patient Chancenlosigkeit heraushört, ängstigt den Patienten mehr als ganze Kataloge abstrakter Risiken. Auch und gerade in der präinvasiven Aufklärung muss der Arzt den Patienten psychisch *führen* und auf dessen Befindlichkeit Rücksicht nehmen. Von GOETHE stammt das Wort: *"Wofür ich Allah höchlich danke? - Dass er Wissen und Leiden getrennt. Verzweifeln müsste jeder Kranke / das Übel kennend wie der Arzt es kennt."*⁸⁹ GOETHE'S Erkenntnis bleibt auch heute beherzigenswert.
- 554 In einem separaten Akt bemüht sich der juristisch aufgeklärte Arzt sodann, **sich selber vor Haftpflichtrisiken zu schützen**. Mit dem Patientenwohl hat dies wenig zu tun. Am besten dient ein formularmässig gestalteter Text im Umfang von maximal sechs Druckseiten, in denen alle in der Literatur beschriebenen Risiken, die mit dem Eingriff verbunden sind, aufgezählt werden. Auch diese Aufzählung sollte laienverständlich geschrieben sein und Fremdwörter und Fachausdrücke vermeiden. Das Formular beginnt zweckmässigerweise mit dem Ingress *"Bezugnehmend auf das Aufklärungsgespräch vom ... mit dem Leitenden Arzt, Herrn Dr. ..., anerkenne ich, über die mit dem bevorstehenden Eingriff verbundenen Auswirkungen und Risiken wie folgt aufgeklärt worden zu sein: ..."*. Es folgt der Katalog der Eingriffsfolgen und -Risiken und am Schluss die Patientenunterschrift. *Im Formular werden vor allem die negativen Seiten und die Risiken des Eingriffs dargestellt*. Die in der mündlichen Aufklärung so wichtigen, dem Patienten Hoffnung gebenden *Chancen* sowie die län-

⁸⁹ J.W. GOETHE, West-östlicher Divan, Buch der Sprüche.

gerfristige ärztliche Chancenbeurteilung gehören nicht in dieses Formular. Das haftpflichtvermeidende Dokument erweist sich insofern als ein blosses Beweismittel für einen allfälligen Prozess, als es nur die eine Hälfte der ärztlichen Aufklärung enthält, nämlich die "downside risks", nicht auch die "upside chances" und erst recht nicht eine zusammenfassende Risiko- und Chancenbeurteilung auf lange Sicht.

- 555 Wurden in der mündlichen Aufklärung die "upside chances" in einem optimistischen Geiste vermittelt, so wird sich der psychisch gesunde Patient von den mündlich und schriftlich vortragenen Risiko-Katalogen nicht deprimieren lassen und das Formular mit Gelassenheit unterzeichnen. Man kennt solche Risiko-Kataloge mittlerweile von jeder Medikamentenpackung her. Kommt es später zum Haftpflichtprozess, so ist für den Arzt ein Dokument mit Patienten-Unterschrift wichtig, in welchem unter anderem auch gerade jenes Risiko ausdrücklich erwähnt ist, das sich verwirklicht und im konkreten Fall Anlass zum Prozess gegeben hat.

ff) Die Rolle gesetzlicher Vertreterinnen und Angehöriger bei der Entscheidungsfindung

- 556 Wenn der Patient urteils- oder äusserungsunfähig ist, so dass er nicht selber die rechtfertigende Einwilligung geben kann, obliegt dem Arzt vor jedem invasiven Eingriff die Einholung der Zustimmung der gesetzlichen Vertreterinnen oder, wenn solche nicht vorhanden sind, der nächsten Angehörigen. Das Zusammenwirken von Arzt und den beigezogenen Drittpersonen kann entweder dahingehend umschrieben werden, dass sie gemeinsam den mutmasslichen Willen des Patienten abschätzen (eine Formel, die in der vorliegenden Arbeit abgelehnt wird), oder dass sie gemeinsam ermitteln, ob der vom Arzt vorgeschlagene Eingriff im *überwiegenden Interesse des Patienten* liegt.
- 557 Allemal obliegt dem Arzt vorweg die **Stellung der medizinischen Indikation**. Dabei geht es um die Frage: *Ist der Eingriff für die Heilung, die Lebensverlängerung oder die Verbesserung des Wohlbefindens des Patienten aus medizinischer Sicht angezeigt?*
- 558 Den gesetzlichen Vertreterinnen oder Angehörigen obliegt im zweiten Schritt das, was hier als die **Stellung der persönlichkeitsbezogenen Indikation** bezeichnet wird. Man könnte auch von biographischer Opportunität oder Angemessenheit sprechen. Hier geht es um die Frage: *Ist der Eingriff für diesen Menschen in seiner Lebenssituation angezeigt?*
- 559 Die persönlichkeitsbezogene Indikation umfasst jene Gründe für oder gegen die Vornahme des Eingriffs, die nicht medizinischer Natur sind. Dazu gehören unter anderem:
- seine biographische und familiäre Situation sowie seine Zukunftshoffnungen und -erwartungen, insbesondere sein Lebenswille oder Sterbewunsch und die damit zusammenhängende Bereitschaft zur Übernahme oder Ablehnung jener Risiken, die mit dem ärztlichen Eingriff üblicherweise verbunden sind;
 - sein Kinderwunsch (bei Eingriffen, die die Fortpflanzungsfähigkeit gefährden oder aufheben);
 - seine religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen und die darauf gegründete Ablehnung von künstlichen Eingriffen in den Gang der Natur, insbesondere die Ablehnung von invasiven Eingriffen und von Bluttransfusionen;

- seine Vermögenslage (bei aufwendigen, von keiner Versicherung gedeckten Behandlungen).
- 560 Damit gesetzliche Vertreter oder Angehörige über die persönlichkeitsbezogene Indikation vernünftig entscheiden können, müssen sie vorweg über die medizinische Indikation gehörig aufgeklärt sein. Denn bei der persönlichkeitsbezogenen Indikationsstellung geht es darum, die medizinischen Chancen und Risiken in einen Bezug zu setzen zu den biographischen Gegebenheiten des Patienten und die Frage zu beantworten, ob die medizinischen Chancen und Risiken die vom Arzt vorgeschlagene Behandlung für den Patienten in seiner biographischen Situation als angezeigt erscheinen lassen.
- 561 Der aus der medizinischen Terminologie übernommene Begriff der **Indikation**⁹⁰, d.h. des *Angezeigt-Seins* oder *Geboten-Seins* des Eingriffs, bedarf der Erläuterung. Dem Mediziner ist ein Schema geläufig, bei welchem die zugunsten eines Eingriffs sprechenden Argumente als Indikationen, die dagegen sprechenden als Kontra-Indikationen bezeichnet werden. Aus der Summe der Indikationen und Kontra-Indikationen ergibt sich im konkreten Fall "die" Indikation für einen bestimmten Eingriff im Sinne des überwiegend positiven Saldos aller Argumente.
- 562 Die medizinische und die persönlichkeitsbezogene Indikation sind Anwendungsfälle des in Art. 28 Abs. 2 ZGB erwähnten Rechtfertigungsgrundes des *überwiegenden privaten Interesses*, nämlich des Eigeninteresses des Patienten an seiner Heilung, an Lebensverlängerung und an der Verbesserung seines Wohlbefindens.
- 563 Rechtlich kommt es allerdings nicht auf die objektive Richtigkeit der Indikationsstellung an, sondern darauf, dass die Indikation in einem fehlerfreien Verfahren ermittelt wird. Ist das Verfahren in Ordnung, so ist der Eingriff auch dann rechtmässig, wenn die Indikation objektiv falsch ist. Die nachträgliche Erkenntnis, dass der eingeschlagene Weg nicht der richtige war, ist im Medizinalbereich nichts Aussergewöhnliches. Eine solche nachträgliche Erkenntnis ist persönlichkeitsrechtlich belanglos, sofern die gewählte Behandlung oder Nicht-Behandlung im Zeitpunkt der Entscheidungsfindung aus einer pflichtgemäss ermittelten Indikation hervorging.
- 564 Jede an der medizinischen Indikationsstellung mitwirkende Person trägt gegenüber dem Patienten die Verantwortung für die pflichtgemässe Sorgfalt ihres Tuns, nicht für die objektive Richtigkeit des Befundes (vorbehalten bleibt in Ausnahmefällen jener Persönlichkeitschutz von Inhabern der elterlichen Sorge und von Lebenspartnern, der einen Anspruch auf Durchsetzung eigener Vorstellungen verleiht, die nicht notwendigerweise als Pflichterfüllung gegenüber dem Patienten qualifiziert zu werden brauchen; vgl. hierzu hinten, Ziff. 583 ff.).
- 565 Wenn im folgenden von der medizinischen und der persönlichkeitsbezogenen Indikation gesprochen wird, so ist damit die *in einem fehlerfreien Verfahren gestellte* Indikation gemeint. War das Verfahren fehlerhaft, so fehlt es an der Indikation des Eingriffs.

⁹⁰ Die deutsche Lehre verlangt für den rechtmässigen ärztlichen Heileingriff Indikation, Durchführung lege artis und aufgeklärte Einwilligung des Patienten oder seines gesetzlichen Vertreters, wobei unter Indikation in diesem Zusammenhang lediglich die medizinische Indikation verstanden wird; vgl. STELLA ROUKA, Das Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen bei ärztlichen Heileingriffen, Frankfurt a.M., 1996, S. 81 f., mit Hinweisen.

- 566 Die medizinische Indikationsstellung ist ein rationaler Vorgang. Es geht um die Ermittlung und das Abwägen objektiver Chancen und Risiken, Vorteile und Nachteile in medizinischem Sinne.
- 567 Bei der persönlichkeitsbezogenen Indikationsstellung spielen rationale und irrationale, insbesondere ethische und religiöse Gesichtspunkte eine Rolle. Der subjektive Kinderwunsch und der Lebenswille oder Sterbewunsch des Patienten gehören diesem Bereich an.
- 568 Bei der **Entscheidfindung** am Bett des willens- oder äusserungsunfähigen Patienten handelt es sich um einen *interaktiven Prozess*: Medizinische und persönlichkeitsbezogene Indikationsstellung müssen zusammenfließen zum konkreten Entscheid.
- 569 Die medizinische Indikationsstellung ergibt sich als dritter Schritt aus den beiden vorausgehenden Schritten der Diagnosestellung und der Prognosestellung und führt zur Aussage, "*aus ärztlicher Sicht ist X der optimale nächste Schritt*". Dabei ist häufig mit Unsicherheiten und mit Varianten zu arbeiten:
- diagnostische Unsicherheiten (unklare Ursachen für das Leiden und dessen Symptome);
 - prognostische Unsicherheiten (wie wird der Patient auf die eine oder andere Therapie bezüglich Heilung, Lebensverlängerung, Lebensqualität etc. reagieren?);
 - Unsicherheiten der medizinischen Indikationsstellung; Vorhandensein von Varianten verschiedener Qualität mit verschiedenen Unsicherheiten.
- 570 Die Bewertung der verschiedenen medizinischen Varianten im Rahmen der persönlichkeitsbezogenen Indikationsstellung führt dazu, dass die eine medizinische Variante den Vorzug vor einer anderen erhält, beispielsweise dass der Behandlungsabbruch den Vorzug erhält vor einem aufwendigen Heilungsversuch mit unklarer Prognose.
- 571 Die persönlichkeitsbezogene Indikation ist von der medizinischen abhängig. Ist die medizinische Indikation zugunsten des Eingriffs klar (Beispiel: bei lebensgefährlichem Blutverlust rettet die sofortige Bluttransfusion das Leben des Patienten mit Sicherheit und ohne Risiken), dann ist auch die persönlichkeitsbezogene Indikationsstellung klar. Bei Bewusstlosigkeit des Patienten ist von seinem Willen zur Gesundheit und zum Überleben auszugehen, sofern nichts Gegenteiliges bekannt ist. Was medizinisch zugunsten der Gesundheit und des Lebens indiziert ist, ist in solchen Fällen auch persönlichkeitsbezogen indiziert.
- 572 Je unklarer die medizinische Indikationsstellung ist, desto wichtiger wird die persönlichkeitsbezogene Indikationsstellung als eine selbständige Abwägung von Gründen für und gegen diese und jene medizinische Vorgehensweise. Sobald die Abwägung von Eingriffs-Risiken einerseits, Heilungs-, Lebensverlängerungs- oder Palliativeffekt andererseits zu keinem eindeutigen Ergebnis führt, ist der Handlungsentscheid vorwiegend nach persönlichkeitsbezogenen Kriterien zu treffen. Die Abwägungen zwischen dem in Kauf zu nehmendem Schmerz einerseits, Lebensverlängerung andererseits kann aus persönlichkeitsbezogenen Gründen bei betagten Chronischkranken mit geringer Lebenserwartung anders ausfallen als bei jungen, zuvor gesunden Unfallopfern.
- 573 Bei Urteilsunfähigkeit des Patienten muss sich die **persönlichkeitsbezogene Indikationsstellung durch gesetzliche Vertreter und Angehörige** auf sachliche Gründe zu stützen versuchen, insbesondere auf Kenntnisse der Persönlichkeit des Patienten und seines sozialen Umfeldes oder auf früher vom Patienten erhaltene Instruktionen oder auf eine Patientenver-

fügung⁹¹. War der Patient bis zum Eintritt seiner Bewusstlosigkeit urteilsfähig und haben die Angehörigen Kenntnis von seiner religiös begründeten strikten Ablehnung jeder Bluttransfusion, so liegt hierin eine persönlichkeitsbezogene Indikation, auf die Transfusion auch während der Bewusstlosigkeit zu verzichten. Die Angehörigen verbieten die Transfusion mit der genannten Begründung rechtswirksam⁹². Begründen sie das Verbot dagegen mit ihren eigenen religiösen Überzeugungen, die nicht auch diejenigen des bewusstlosen Patienten sind, dann handeln die Angehörigen pflichtwidrig; ihr Verbot darf vom Arzt nicht beachtet werden (vorbehalten bleibt in Ausnahmefällen der Persönlichkeitsschutz von Inhabern der elterlichen Sorge und von Lebenspartnern; vgl. hierzu hinten, Ziff. 583 ff.).

- 574 Gesetzliche Vertreter und Angehörige üben, abgesehen vom erwähnten Vorbehalt (Ziff. 583 ff.), bei ihrer Meinungsäußerung kein Selbstbestimmungsrecht aus, sondern sie erfüllen ihre *Obhutspflicht*⁹³ und erfüllen dadurch eine *Kontrollfunktion*. Sie tragen dazu bei, dass der Entscheid nicht ausschliesslich nach medizinischen, sondern zugleich auch nach persönlichkeitsbezogenen Kriterien getroffen wird. Allerdings können gesetzliche Vertreter und Angehörige nur selten aus dem Bereich medizinisch indizierter Behandlungsvarianten ausbrechen, weil ihre Obhutspflicht neben der Verbotskompetenz auch eine positive Handlungspflicht zugunsten des Patienten umfasst. Im Gegensatz zum urteilsfähigen, wachen Patienten, der ohne Begründung nein sagen kann, müssen gesetzliche Vertreter und Angehörige zur objektiv richtigen Behandlung beitragen und haben äussersten Falles die Beweislast, dass sie ihre Pflicht richtig erfüllt haben. Dies führt dazu, dass gesetzliche Vertreter und Angehörige - ausser in seltenen Konfliktfällen im Bereich der Sterbehilfe - kaum jemals auf Massnahmen oder Unterlassungen insistieren, die nicht vorgängig vom Arzt als medizinisch indiziert vorgeschlagen wurden⁹⁴. Gerade in den seltenen Konfliktfällen ist es aber wichtig, die persönlichkeitsbezogene Indikationsstellung als eine selbständige Kompetenz der medizinischen Laien zu erkennen und zu respektieren: Die Laien sind nicht bloss im Rahmen medizinischer Indikationsstellung anzuhören⁹⁵, sondern sie haben eine eigene Erlaubnis- und Verbotskompetenz, die der medizinischen Indikationsstellung gleichwertig und gleichberechtigt zur Seite tritt. Dabei wachsen die Entscheidungskompetenzen der Laien und zugleich das Gewicht ihrer Verantwortung, je unklarer die medizinische Indikation für die eine oder andere Vorgehensweise ist.

⁹¹ Unter *Patientenverfügung* wird ein Instruktionsschreiben verstanden, mit welchem die Patientin ihren Willen bezüglich medizinischer Behandlung und Behandlungsverzichts in Zeiträumen künftiger Selbstbestimmungs-Unfähigkeit zum Ausdruck zu bringen versucht. Der typische Inhalt lautet: "*In Zeiten meiner Selbstbestimmungs-Unfähigkeit soll bei den medizinischen Befunden X, Y oder Z die Behandlung abgebrochen und nur noch der Schmerz gelindert werden.*" Beschränkt sich die Verfügung auf den Behandlungsabbruch am Lebensende, wo wird sie auch als *Patiententestament* bezeichnet.

⁹² Für das Strafrecht vgl. STRATENWERTH, AT I, (1996), S. 210, Rz 26, mit der zutreffenden Feststellung, dass eine Bluttransfusion, die bei einem Zeugen Jehovas gegen seinen ausdrücklichen Widerspruch nicht erlaubt wäre, nicht dadurch zulässig werden kann, dass er ohne Bewusstsein ist.

⁹³ So sinngemäss BGE 118 Ia 434 f., 114 Ia 362 f.

⁹⁴ In diesem Sinne auch WIEGAND (1994), S. 172 und Fn. 234.

⁹⁵ Für blosse Anhörung spricht sich ANDREAS BUCHER (1999), Ziff. 529, aus.

gg) Ablehnung der Testfrage nach dem mutmasslichen Patientenwillen

- 575 Beim willens- oder äusserungsunfähigen Patienten müssen notwendigerweise Dritte über die zu treffenden Massnahmen entscheiden. Nach der hier vertretenen Auffassung sind diese Dritten unter anderem verpflichtet, die persönlichkeitsbezogene Indikation zu stellen. Dabei hat sich der gedankliche Prozess an der Frage zu orientieren, welche medizinische Massnahme der Persönlichkeit des Patienten am ehesten angemessen ist. In etwas abgewandelter Form mag gefragt werden, mit welcher medizinischen Massnahme sich der Patient bei der späteren Rückgewinnung der Selbstbestimmungsfähigkeit am ehesten identifizieren wird - welche Massnahme er am ehesten gutheissen und bejahen wird. Die so gestellte Frage spielt praktisch nur eine Rolle, wenn eine solche Rückgewinnung zu erwarten ist, in der Regel also vor allem in Situationen vorübergehender Bewusstlosigkeit geistig gesunder Menschen⁹⁶. Die Situation ist namentlich gegeben, wenn während einer Operation unter Vollnarkose die Erweiterung des Eingriffs über den mit dem Patienten vorbesprochene Umfang hinaus als geboten erscheint⁹⁷.
- 576 In der Literatur wird diese Testfrage häufig auch als die Frage nach dem "*mutmasslichen Willen*" des Patienten bzw. nach seiner "*mutmasslichen Einwilligung*" formuliert⁹⁸.
- 577 Der "*mutmassliche Patientenwille*" ist, ebenso wie die persönlichkeitsbezogene Indikationsstellung, eine blossе Denkfigur, d.h. eine Orientierungshilfe für jene Drittpersonen, die anstelle des bewusstlosen Patienten zum Entscheid über dessen Schicksal berufen sind. Die Denkfigur soll den Entscheidungsablauf dieser Drittpersonen in der rechtlich geforderten Weise steuern. Es geht nicht um die Ermittlung einer natürlichen Realität. Der bewusstlose Patient hat weder einen tatsächlichen noch einen "mutmasslichen", sondern er hat *keinen* Willen.
- 578 Arbeiten Ärzte und Angehörige mit der Figur des "*mutmasslichen Patientenwillens*", so sind sie allzu leicht geneigt, ihr eigenes Denken und Empfinden mit dem "*mutmasslichen Patientenwillen*" zu identifizieren. Dies deshalb, weil der Mensch gemäss den Thesen der Aufklärung immer das Vernünftige will oder zumindest wollen sollte und weil die zur Entscheidung berufenen Personen - wie jedermann sonst - ihre eigene Beurteilung als die richtige und vernünftige zu betrachten gewohnt sind und also ihren eigenen Willen und den "mutmasslichen Patientenwillen" kaum jemals auseinanderzuhalten fähig sind.

⁹⁶ Bei habituell Urteilsunfähigen verschiebt sich die Beurteilung zur vormundschaftlichen Testfrage nach dem objektiven Mündelinteresse gemäss Art. 367 Abs. 1 ZGB. Diese Frage wird nur ausnahmsweise zu Antworten führen, die von einer klaren medizinischen Indikation abweichen.

⁹⁷ Zu den Voraussetzungen zulässiger Operationserweiterungen vgl. BGE 108 II 61, E. 2; Kantonsgericht SG, Urteil vom 21.8.1991, in AJP 1992, S. 272; WIEGAND (1994), S. 174 ff.

⁹⁸ Vgl. WIEGAND (1994), S. 172 f.; PEDRAZZINI/OBERHOLZER (1993), S. 145, die in der mutmasslichen Einwilligung des vorübergehend bewusstlosen Patienten die Rechtfertigung des Eingriffs erblicken, unter Verweis auf BGE 108 II 59 und Art. 419 OR. - Aus Art. 419 OR kann allerdings kein Rechtfertigungsgrund für Persönlichkeitsverletzungen abgeleitet werden, umschreibt diese Norm doch lediglich die *Pflichten* des auftragslosen Geschäftsführers, nicht seine *Befugnisse* zu Eingriffen in die Persönlichkeit. Vgl. dazu auch EUGEN BUCHER, Persönlichkeitsrechte des Patienten (1956), S. 47 f.; für das Strafrecht, das ebenfalls mit der Figur der "mutmasslichen Einwilligung" arbeitet, vgl. STRATENWERTH, AT I, (1996), S. 209 f., N 24 ff; JÖRG REHBERG, Arzt und Strafrecht, in: Handbuch des Arztrechts, 5. Kapitel, Zürich 1994, S. 303 ff. (309).

- 579 Das Kriterium der persönlichkeitsbezogenen Indikationsstellung macht demgegenüber besser bewusst, dass sich Ärzte und Angehörige in die Persönlichkeit des Patienten mitsamt dessen Überzeugungen und Wünschen hineinzudenken haben - und dass sie aus dem Bild, das sie vom Patienten in sich tragen, jene medizinischen Massnahmen abzuleiten verpflichtet sind, die am ehesten als persönlichkeitsadäquat erscheinen und also im überwiegenden Patienteninteresse gemäss Art. 28 Abs. 2 ZGB liegt⁹⁹.
- 580 Eine eigenartige Funktion hat die Chiffre des "*mutmasslichen Patientenwillens*" im Bereich der **fremdbestimmten passiven Sterbehilfe** angenommen. Die Schweizerische Akademie der medizinischen Wissenschaften erlaubt in ihrer *Richtlinie für die ärztliche Betreuung Sterbender und zerebral schwerst geschädigter Patienten* von 1995 und in der Richtlinie von 1999 zu *Grenzfragen der Intensivmedizin* den Therapie-Verzicht zwecks Sterbenlassen des selbstbestimmungsunfähigen Patienten nur in zwei Extremfällen, nämlich *wenn der Sterbeprozess irreversibel begonnen hat* sowie *wenn der Patient schwerst zerebral geschädigt ist*. Der Therapieverzicht in Abhängigkeit von der (schlechten) Lebensqualität des Patienten (z.B. bei fortgeschrittener Alzheimerkrankheit) gilt demgemäss als unzulässige Verletzung des Leistungsauftrags der Klinik gegenüber ihren stationären Patienten.
- 581 Mit der Chiffre des "*mutmasslichen Patientenwillens*" ist dem Arzt faktisch die Möglichkeit in die Hand gegeben, aus eigenem Ermessen das Leben eines solchen Patienten erlöschen zu lassen, ohne sich zu einem generellen Prinzip *fremdbestimmter Euthanasie wegen mangelnder Lebensqualität des Patienten* bekennen zu müssen. Die Akademie empfiehlt, dass der Arzt den "*mutmasslichen Patientenwillen*" in solchen Fällen unter Beachtung aller Elemente vornimmt, die ihm über die Person des Patienten bekannt sind. Aber - und das ist das Entscheidende -: es gibt keine Vorschrift, die die Ermittlung des "*mutmasslichen Patientenwillens*" an eine persönlichkeitsbezogene Indikationsstellung bindet oder vom Arzt Nachforschungen nach konkreten Wünschen und Willensäusserungen des ehemals äusserungsfähigen Patienten zwingend verlangt¹⁰⁰.
- 582 Die Testfrage nach dem mutmasslichen Patientenwillen ist, wie bereits gesagt, normativ misslich, weil sie einer offen geführten Debatte des allgemeinen Leistungsauftrags der Me-

⁹⁹ Vgl. in diesem Sinne ANDREAS BUCHER (1999), Ziff. 529, der ebenfalls dem Rechtfertigungsgrund des überwiegenden privaten Interesses den Vorzug gibt gegenüber demjenigen der hypothetischen oder vermuteten Einwilligung des Patienten.

¹⁰⁰ MARK-OLIVER BAUMGARTEN, *The Right to Die?*, 2. Aufl., Bern 2000, S. 179, scheint diese ärztliche Ermessensfreiheit zu akzeptieren, und zwar unter Berufung auf die Lehrmeinung von ALBIN ESER, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Kommentar zum (deutschen) Strafgesetzbuch*, 24. Aufl., München 1991, Vorbemerkung zu §§ 211 ff., N 29. ESER möchte fremdbestimmtes Sterbenlassen zulassen, wenn lebensverlängernde Massnahmen "*normativ unzumutbar sind*", d.h. wenn dem Patienten jede weitere Möglichkeit der Selbstwahrnehmung und Selbstverwirklichung genommen sei. - YVO HANGARTNER, *Schwangerschaftsabbruch und Sterbehilfe, Eine grundrechtliche Standortbestimmung*, Zürich 2000, S. 81, vertritt demgegenüber die Auffassung, "*grundrechtlich [sei] die Figur des mutmasslichen Willens des Patienten zum Sterbenlassen [...] bedenklich. Der Entscheid, auf das Leben zu verzichten, auch nur in der Form, durch Verzicht auf lebenserhaltende Massnahmen das Leben zu verkürzen, ist derart existentiell, dass es grundrechtlich kaum in Frage kommen kann, dass ein Dritter den Entscheid auf passive Sterbehilfe als Entscheid des Betroffenen ausgeben darf, und zwar auch dann nicht, wenn zur Erforschung des mutmasslichen Willens des Betroffenen sachliche Abklärungen gemacht und nahestehende Personen und das Pflegepersonal befragt wurden.*" - Die sehr strenge Lehrmeinung HANGARTNERS mag in der Theorie einleuchten, liegt aber neben den Realien der heutigen geriatrischen Praxis in der Schweiz.

dizin und seiner Grenzen im Wege steht, weil sie eine konsequente Regelbildung erschwert und stattdessen den Ärzten und beigezogenen Drittpersonen (gesetzlichen Vertreterinnen oder Angehörigen) die Entscheidungsfindung in einer Grauzone des rechtlich nicht geregelten Einzelfall-Ermessens aufzwingt. Das führt zu Willkür und Zufälligkeiten - etwa angesichts des Umstandes, dass junge Ärzte tendenziell einen grösseren therapeutischen Eifer an den Tag legen als ihre älteren Kollegen oder dass die zur Mitwirkung berufenen Laien - nähere oder entferntere Angehörige, Leiter von Altersheimen etc. - aus Scheu vor eigener Verantwortung bei Geriatriepatienten tendenziell alle lebensverlängernden Massnahmen befürworten, die im klinischen Angebot stehen, auch wenn die Lebensqualität des Patienten irreversibel so weit gesunken ist, dass das natürliche Sterbenlassen unter dem Gesichtswinkel der Menschenwürde angebracht wäre.

hh) Persönlichkeitsschutz Dritter

- 583 **Eltern** stellen bezüglich ihrer minderjährigen urteilsunfähigen Kinder nicht bloss die persönlichkeitsbezogene Indikation, sondern sie handeln im Rahmen ihrer persönlichkeitsrechtlich geschützten Beziehung zum Kind. Eltern geniessen Schutz, wenn sie aus eigener religiöser oder ethischer Überzeugung zum vermeintlichen Wohl des Kindes bestimmte Eingriffe wie etwa die Bluttransfusion ablehnen. - Erscheinen jedoch elterliche Behandlungsverbote, die der medizinischen Indikation krass zuwiderlaufen, als Ausfluss mangelnder rationaler Denkfähigkeit oder individualistischer Schrulligkeit, so hat der Arzt bei Dringlichkeit eines unmittelbar lebensrettenden Eingriffs das elterliche Verbot zu ignorieren und den Eingriff trotzdem vorzunehmen. Das gleiche gilt, wenn die Eltern offensichtlich unter dem Einfluss Dritter stehen; denn geschützt ist nur deren eigene Beziehung zum Kind, nicht der Wille eines Gurus, dem die Eltern möglicherweise hörig sind.
- 584 **Ehegatten und Lebenspartner in eheähnlicher Gemeinschaft** geniessen ebenfalls den Schutz ihrer Beziehung zum Patienten. Allerdings geht dieser Schutz weniger weit als der soeben beschriebene Schutz der Eltern im Verhältnis zu ihren minderjährigen Kindern. Bei Ehegatten und Lebenspartnern ist ein persönlichkeitsrechtlich geschütztes *Recht auf Anhörung* anzunehmen, nicht jedoch eine Kompetenz, eine von pflichtgemässer persönlichkeitsbezogener Indikationsstellung abweichende Auffassung durchzusetzen. Nimmt der Arzt invasive Eingriffe am urteilsunfähigen Patienten vor, ohne zuvor den Ehegatten oder Lebenspartner hiezu angehört zu haben, so verletzt er die Persönlichkeit des Ehegatten oder Lebenspartners und macht sich gegebenenfalls genugtuungspflichtig.
- 585 Entfernter stehende Angehörige und Vormünder haben kein eigenes persönlichkeitsrechtlich geschütztes Recht auf Anhörung, sondern lediglich die Pflicht, bei ihrem Einbezug in die Entscheidungsfindung die persönlichkeitsbezogene Indikation zu stellen.
- 586 Die Legitimation von Ehegatten und Lebenspartnern, aus eigenem Recht in die Entscheidungsfindung einbezogen zu werden, ergibt sich aus deren eigenem Verhalten. Wissen sie um den Spitalaufenthalt des Patienten, oder müssten sie bei intakter Beziehung zum Patienten davon wissen, so obliegt ihnen nach dem natürlichen Gang der Dinge, sich spontan um den Patienten zu kümmern und den Kontakt zu Ärzten und Pflägern zu suchen. Lassen sie nichts von sich hören, so darf der Arzt davon ausgehen, dass ihre Beziehung zum Patienten nicht von jener Qualität ist, die persönlichkeitsrechtlichen Schutz verdient.

587 Stehen dem Arzt mehrere Angehörige gegenüber, die in die Entscheidungsfindung involviert werden wollen, so hat er der Meinung jener Person das grösste Gewicht beizumessen, die dem Patienten aufgrund ihres Verhaltens und ihrer Äusserung offensichtlich am nächsten steht. Die Legitimation eines Angehörigen, involviert zu werden, ergibt sich namentlich aus seiner tätigen Sorge um den Patienten und aus seiner Kenntnis der Person des Patienten. Von mehreren Nachkommen des Patienten hat in der Regel derjenige das grösste Gewicht, der den Patienten vor dem Spitaleintritt während längerer Zeit beherbergt und gepflegt hatte oder der mit ihm in Hausgemeinschaft zusammengelebt hat.

ii) Rechtliche Tragweite von Patientenverfügungen

588 Die in der Patientenverfügung¹⁰¹ enthaltenen Anordnungen sind, soweit sie dem Arzt kein rechts- oder sittenwidriges Verhalten zumuten, für den Arzt zwar verbindlich¹⁰², wirken aber schwächer als die vom wachen Patienten gegenwartsbezogen gegebenen Anordnungen. Dies aus zwei Gründen:

589 Erstens: Das Persönlichkeitsrecht, wie es in Art. 27 und Art. 28 ZGB geschützt ist, garantiert dem Menschen die *jeweilige* Selbstbestimmung, hier und jetzt. In höchstpersönlichen Belangen kann sich niemand mit Zukunftswirkung bindend verpflichten (beispielsweise zur Teilnahme an ärztlichen Untersuchungen, zur Erduldung einer Operation oder zum Verzicht auf lebenserhaltende Massnahmen). Insofern besteht ein grundsätzlicher Unterschied zwischen der hier und jetzt gegebenen Anordnung *"Ich will nicht essen und verbiete, dass man mich ernährt"* und zwischen einer auf die Zukunft hin gegebenen Anordnung *"Beim zukünftigen medizinischen Befund X verbiete ich, dass man mir dann noch zu essen geben wird"*. Manifestiert der Patient in einem solchen Falle beim medizinischen Befund X in irgendeiner Weise die Begierde nach Nahrung, so ist dies Ausdruck seiner Selbstbestimmung, hier und jetzt. Diese gegenwärtige Selbstbestimmung hat den Vorrang vor den in der Vergangenheit liegenden Anordnungen. Persönlichkeitsrechtlich sind auch Äusserungen des natürlichen Lebenswillens (Hunger, Durst) geistig schwer gestörten Personen beachtlich. Debilität ist kein Grund, sich über die gegenwärtige Äusserung von Lebenswillen hinwegzusetzen, bloss weil dieser Patient in der Vergangenheit angeordnet hatte, ihm sei bei Debilität die Nahrung zu entziehen. Der Mensch ist in seinen jeweiligen Äusserungen von Hunger, Durst und

¹⁰¹ Zum Begriff der Patientenverfügung vgl. Ziff. 573 und dortige Fussnote.

¹⁰² Anders noch die alten Richtlinien für Sterbehilfe von 1976/81 der Schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften (SAMW), Kommentar, Ziff. III/3, wo die Patientenverfügung sinngemäss zwar als relevanter Beitrag an die ärztliche Entscheidungsfindung qualifiziert, der Entscheid letztlich aber doch auf die medizinische Indikationsstellung reduziert wurde. Bei der Überarbeitung der Richtlinien vor 1994 schlug die SAMW zunächst eine Formel vor, wonach die Patientenverfügung *"relevant, aber nicht verbindlich"* sei, schwenkte unter dem Druck von Patientenorganisationen aber schliesslich auf die heute gültige Fassung ein, welche lautet: *"Liegt dem Arzt eine Patientenverfügung vor, die der Patient in einem früheren Zeitpunkt als Urteilsfähiger abgefasst hat, so ist diese verbindlich; unbeachtlich sind jedoch Begehren, die dem Arzt ein rechtswidriges Verhalten zumuten oder den Abbruch lebenserhaltender Massnahmen verlangen, obwohl der Zustand des Patienten nach allgemeiner Erfahrung die Wiederkehr der zwischenmenschlichen Kommunikation und das Wiedererstarben des Lebenswillens erwarten lässt"* (SAMW-Richtlinie zur Sterbehilfe, Fsg. 1995, Ziff. 3.4). - Damit war die persönlichkeitsbezogene Indikationsstellung als selbständiges Requisit neben der medizinischen Indikation de facto anerkannt.

Schmerz auch dann als Mensch zu respektieren, wenn er nicht mehr geschäftsfähig oder rechtlich handlungsfähig ist.

- 590 Zweitens: Die Selbstbestimmung des Patienten im Umgang mit seinem Körper und bezüglich seiner privaten Lebensführung ist nur so lange ein schützenswertes Persönlichkeitsgut, als der Patient diese Selbstbestimmung gegenwartsbezogen selber ausüben vermag. Wehrt sich eine debile Patientin mit Vehemenz dagegen, dass man sie zur Körperreinigung entkleidet, so wäre die gewaltsame Durchsetzung des pflegerisch Vernünftigen ein entwürdigendes Spektakel und damit unter Umständen rechtswidrig. Ist die gleiche Patientin später ohne Bewusstsein, so ist die Durchführung des pflegerisch Gebotenen rechtmässig. Analoges gilt für die Patientenverfügung. Mit dem Verlust der Selbstbestimmungsfähigkeit wegen Eintritts der Bewusstlosigkeit oder der Äusserungsunfähigkeit verliert der Mensch die absolut-höchstpersönliche Befugnis, aus irrationalen Motiven (z.B. aus Scham) Eingriffe in seinen Körper zu verbieten. Im Gegensatz zum Eingriffsverbot des wachen Patienten muss sich das in einer Patientenverfügung enthaltene Verbot demgemäss an Kriterien der Vernünftigkeit messen lassen.
- 591 Dies gilt mindestens für jene Anordnungen, von denen die zur Entscheidung berufenen Dritten im Zeitpunkt des Entscheids annehmen müssen, dass sie vom wachen Patienten angesichts der akuten Lebensgefahr anders gegeben worden wären.
- 592 Durch ihre Unvernünftigkeit disqualifizieren sich gewisse Anordnungen in Patientenverfügungen von selber, indem sie als leichtfertig hingeschrieben erscheinen, als Äusserungen eines Menschen, der die Zukunft regeln wollte, ohne sich diese Zukunft hinlänglich konkret vorgestellt zu haben. So wird der Arzt mangels Vernünftigkeit beispielsweise eine Rollstuhlklausel¹⁰³ unbeachtet lassen.

jj) Rechtfertigung bei fehlender medizinischer Indikation

- 593 Die Erlaubnis von Eingriffen *ohne* medizinische Indikation gehört zu den **absolut-höchstpersönlichen Belangen**. Hierzu gehören kosmetische Operationen einschliesslich Tätowierungen, religiös begründete Verstümmelungen, die Unfruchtbarmachung zwecks Gewinnung sexueller Freiheit¹⁰⁴ und zwecks Dämpfung des Geschlechtstriebes bei Sexualdelinquenten, die Entnahme von Eizellen bei der Frau zum Zwecke künstlicher Fortpflanzung, die Entnahme nicht-regenerierender Gewebe und Organe (etwa einer Niere) zu Zwecken der Organspende und Eingriffe zum blossen Zwecke medizinischer Forschung. Im Einzelnen gilt folgendes:
- 594 Ist der Patient urteilsfähig, so werden die genannten Eingriffe durch seine aufgeklärte Einwilligung¹⁰⁵ gerechtfertigt; zum Schutze des Patienten sollte zusätzlich die Zustimmung der

¹⁰³ D.h. die in manchen Patientenverfügungen enthaltene Anordnung, wonach beim Befund voraussichtlicher Rollstuhlabhängigkeit einer bewusstlosen Person auf alle Reanimation zu verzichten sei. Eine solche Anordnung entspringt in der Regel irrigen Vorstellungen über den Lebenswert des Daseins im Rollstuhl.

¹⁰⁴ Zur Kritik einer älteren Auffassung, welche die Unfruchtbarmachung in diesem Zusammenhang als sittenwidrigen Schritt zu "ungehemmter Unzucht" qualifizierte, vgl. STRATENWERTH, AT I, (1996), S. 206, Rz 17.

¹⁰⁵ Der sprachlich nicht ganz korrekte Begriff der "aufgeklärten Einwilligung" (d.h. der Einwilligung des aufgeklärten Patienten) ist die Übersetzung des englischen Begriffs des "*informed consent*".

gesetzlichen Vertreterin gefordert werden. Fehlt dem Patienten die situationsbezogene Urteilsfähigkeit, so müssen solche Eingriffe unter Vorbehalt der in Ziff. 596 ff. genannten Ausnahmen unterbleiben¹⁰⁶. Eine stellvertretende Zustimmung gesetzlicher Vertreter und Angehöriger kann nicht genügen.

- 595 Bei **Organspenden**, die eine bleibende Schwächung des Organismus zur Folge haben, wie etwa bei der Nierenspende, ist zusätzlich zur Einwilligung des urteilsfähigen Spenders noch ein ethisch ernstzunehmendes *Eigeninteresse des Spenders* am Überleben und Wohlergehen des Empfängers zu fordern. Solche Organspenden sollten demgemäss nur zwischen nahen Angehörigen als zulässig gelten¹⁰⁷. Das finanzielle Spenderinteresse an einer entgeltlichen Organspende hat keine rechtfertigende Wirkung, da im Kernbereich der menschlichen Existenz eine finanzielle Handlungsmotivation als unsittlich gilt¹⁰⁸. Ist der Spender bezüglich der Tragweite des Eingriffs nicht urteilsfähig, dann muss der Eingriff unterbleiben. Kleinkinder können nicht herangezogen werden, um zugunsten eines Geschwisters eine Niere zu spenden, auch wenn die Spende der einzige Weg ist, das Geschwister am Leben zu erhalten und auch wenn es im Interesse des spendenden Kindes läge, mit einem Geschwister statt als Einzelkind aufzuwachsen.
- 596 **Leichte Eingriffe** (z.B. **Entnahme regenerierender Gewebe** wie Blut und Knochenmark) können ohne medizinische Indikation gerechtfertigt sein, und zwar bei Urteilsfähigkeit durch den blossen Patientenwillen, bei Urteilsunfähigkeit durch überwiegende private Interessen naher Angehöriger (etwa bei der lebensrettenden Blut- oder Knochenmarkspende zugunsten eines Geschwisters), wobei das Überleben und Wohlbefinden solcher Angehöriger als persönlichkeitsbezogene Indikation für den Spender und damit auch als dessen Eigeninteresse gelten kann.
- 597 Ohne medizinische Indikation, zum blossen Zwecke der Lebenshilfe zugunsten des Patienten, muss auch die **kosmetische Korrektur von Geburtsfehlern** wie Hasenscharten und anderen Missbildungen, ferner die kosmetische Korrektur entstellender Unfallfolgen (z.B. Nasenkorrektur) als zulässig gelten. Die Behandlungsherrschaft für solche Eingriffe liegt bei den gesetzlichen Vertretern oder den Angehörigen.
- 598 Die **Beschneidung** männlicher Kleinkinder nach jüdischem Ritual kann als unerheblicher Eingriff bezeichnet und demgemäss den *relativ höchstpersönlichen* Belangen zugeordnet werden, deren Anordnung in der Kompetenz der Eltern liegt. Qualifiziert man diesen Eingriff als schwerwiegend und damit als absolut höchstpersönlich, so muss er kraft jahrhundertalter Tradition in unserer jüdisch-christlichen Kultur im Sinne einer Ausnahme vom Gesagten als rechtmässig gelten, im Gegensatz zur mohammedanischen Beschneidung von Mädchen. Der zweitgenannte Eingriff ist von schwererwiegenden Folgen und er ist in unserer Kultur nicht akzeptiert. Er muss als rechtswidrig gelten.
- 599 Bei Eingriffen zum Zwecke **medizinischer Forschung**, bei denen kein unmittelbares Eigeninteresse des Patienten vorhanden ist, muss die Rechtfertigung im *überwiegenden öffentlichen Interesse an der medizinischen Forschung und am medizinischen Fortschritt* erblickt werden. Der urteilsfähige Patient kann mit seiner Einwilligung vorübergehende schwere körperliche Belastungen in Kauf nehmen und rechtfertigen, nicht dagegen schwere Gesund-

¹⁰⁶ So auch WIEGAND (1994), S. 177.

¹⁰⁷ So auch für das Strafrecht STRATENWERTH, AT I, (1996), S. 205, Rz 17.

¹⁰⁸ So auch WIEGAND (1994), S. 178.

heitsgefährdungen und voraussehbare bleibende Schädigungen¹⁰⁹. Dem urteilsunfähigen Patienten können dagegen keine schweren Belastungen zugemutet werden¹¹⁰.

kk) Rechtsfolgen beim Fehlen notwendiger Rechtfertigungselemente

- 600 Wann immer ein notwendiges Rechtfertigungselement fehlt, ist der medizinische Eingriff nicht gerechtfertigt und also rechtswidrig. Erweist sich später, dass der Rechtfertigungsmangel adäquat kausal war für eine Gesundheitsschädigung, so ist die Haftpflicht des Arztes wegen Körperverletzung oder Gesundheitsschädigung gegeben.
- 601 Der Kausalzusammenhang ist nur dann im haftpflichtbegründenden Sinne gegeben, wenn sich nachträglich mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zeigen lässt, dass der mögliche Einbezug des Patienten oder, im Falle seiner Urteils- oder Selbstbestimmungsunfähigkeit, der mögliche Einbezug seiner gesetzlichen Vertreter und Angehörigen zur Unterlassung des betreffenden invasiven Eingriffs geführt hätte. Der Arzt haftet nur für jene Misserfolge, die bei gebührendem Einbezug der erwähnten Personen ausgeblieben wären. Der Arzt wird mit-

¹⁰⁹ WIEGAND (1994), S. 177, möchte der Einwilligung des Patienten zu schweren Forschungs-Eingriffen dann Rechtfertigungsqualität zuerkennen, "wenn das Experiment einem sittlichen Wert dient". Dem ist entgegenzuhalten, dass der Persönlichkeitsschutz nicht von der sittlichen Beurteilung wissenschaftlicher Forschungsprojekte abhängen kann.

¹¹⁰ Die Schweizerische Akademie der medizinischen Wissenschaften hat Richtlinien zu Forschungsuntersuchungen am Menschen aufgestellt, erstmals am 1.09.1970, in revidierter Form am 1.11.1981. Diese Richtlinien befinden sich seit 1995 erneut in Revision, wobei der neue Richtlinienentwurf im wesentlichen die "International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects", CIOMS, Genf 1993, übernimmt. - In Deutschland hat die Zentrale Ethikkommission bei der Bundesärztekammer eine Stellungnahme "Zum Schutz nicht-einwilligungsfähiger Personen in der medizinischen Forschung" herausgegeben (Deutsches Ärzteblatt 94, Heft 15, 11.4.1997, S. C-759 f.). In dieser Stellungnahme wird nicht von einem öffentlichen Interesse an medizinischem Fortschritt, sondern vom diesbezüglichen (privaten) Drittinteresse gesprochen. Die nicht-einwilligungsfähigen Forschungs-Probanden werden in vier Gruppen eingeteilt, nämlich

1. in jene, denen die betreffende Forschung sogleich selber nützen soll (z.B. bei Anwendung einer neuen Operationstechnik - was den Rechtfertigungsgrund des privaten Eigeninteresses schafft),
2. in jene, denen die Forschung potentiell nützen kann, sei es im weiteren Verlauf der Krankheit oder bei deren späterem Wiederauftreten,
3. in jene, bei denen ein solcher potentieller Nutzen zugunsten des Probanden nicht völlig ausgeschlossen ist und
4. in jene, bei denen jeder Eigennutzen für den Probanden ausgeschlossen ist.

Da die deutsche Richtlinie dem öffentlichen Interesse am medizinischen Fortschritt keine rechtfertigende Bedeutung zuerkennt, verbietet sie konsequenterweise die Forschung an nicht-einwilligungsfähigen Probanden der 4. Gruppe. - Die deutsche Einteilung in die vier genannten Gruppen vermag nicht zu überzeugen. Sie simuliert in den Gruppen 2 und 3, die den Hauptteil aller Forschungsuntersuchungen ausmachen, ein privates Eigeninteresse des Probanden, wo in Wirklichkeit das öffentliche Interesse als Motor der Forschung gelten muss und als deren Rechtfertigung Anerkennung verdient. - Abweichend von der hier vertretenen Auffassung und von der ärztlichen Praxis in der Schweiz WIEGAND (1994), S. 177, der Eingriffe zu blossen Forschungszwecken an Urteilsunfähigen als "in jedem Fall absolut unzulässig" qualifiziert.

hin zum Beweis der *hypothetischen Einwilligung des Patienten* oder seiner gesetzlichen Vertreter oder Angehörigen zugelassen¹¹¹.

- 602 Auch wenn dieser Beweis gelingt, bleibt möglicherweise eine Genugtuungspflicht des Verletzers, sofern er nämlich mit seinem eigenmächtigen Vorgehen die Selbstbestimmung des selbstbestimmungsfähigen Patienten im Umgang mit seinem Körper verletzt hat¹¹². Wurde ein selbstbestimmungsfähiger Mensch ungefragt oder durch Täuschung oder psychischen Druck instrumentalisiert, so ist er auch dann verletzt und genugtuungsberechtigt, wenn er bei zutreffender Aufklärung und ohne psychischen Druck das Geschehene selber nachweislich gewollt hätte¹¹³.

d) Übertragung von Krankheiten als Verletzung der physischen Integrität

- 603 Wer einen anderen Menschen mit einer **Krankheit ansteckt**, verletzt grundsätzlich dessen physische Integrität. Bei **ungefährlichen** Krankheiten ist der Vorgang in der Regel einerseits dadurch gerechtfertigt, dass die Bewegungsfreiheit auch kranker Menschen einen hohen Wert hat und von der Allgemeinheit akzeptiert wird (= überwiegendes privates Interesse des Kranken an seiner Bewegungsfreiheit), andererseits durch die Inkaufnahme des Risikos (erlaubte Risikoübernahme als Ausdehnung des Begriffs der Einwilligung des Verletzten gemäss Art. 28 Abs. 2 ZGB). Wer mit anderen Menschen in Kontakt tritt, nimmt das Risiko unbeabsichtigter (fahrlässiger) Übertragung ungefährlicher Krankheiten in Kauf.
- 604 Bei **gefährlichen**, d.h. bei lebensbedrohenden Krankheiten gilt Art. 231 StGB: "*Wer vorsätzlich eine gefährliche übertragbare menschliche Krankheit verbreitet, wird mit Gefängnis von einem Monat bis zu 5 Jahren bestraft. Hat der Täter aus gemeiner Gesinnung gehandelt, so ist die Strafe Zuchthaus bis zu 5 Jahren. Handelt der Täter fahrlässig, so ist die*

¹¹¹ Vgl. BGE 117 Ib 197 ff. (E. 5c); PETER JÄGER, Neue Rechtstprechung des Bundesgerichts zum Arztspflichtrecht, Zürich 1999, S. 36; HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 12.65; BGE 117 Ib 197-209 (209); ANDREAS BUCHER (1999), Ziff. 524; GUILLOD (1986), S. 84-92. - Der Beweis ist praktisch nur zu führen, wenn der Patient oder seine Angehörigen selber anerkennen oder durchblicken lassen, dass sie in den Eingriff wohl eingewilligt hätten, wenn sie vorgängig angefragt worden wären. Verlegt sich der Patient hingegen aufs Bestreiten, so kann der Arzt die hypothetische Einwilligung kaum beweisen. Die nachträglich vom Arzt zu beweisende *hypothetische Einwilligung* eines urteilsfähigen Patienten, mit dem der Eingriff ungenügend vorbesprochen wurde, ist begrifflich zu unterscheiden von der *mutmasslichen Einwilligung* der Urteilsunfähigen; vgl. zum zweitgenannten Begriff Ziff. 453, 545 ff. und 575 ff.

¹¹² Unterliess der Arzt die gebührende Aufklärung, so stellt die Operation eine doppelte Rechtsgutsverletzung dar, nämlich die Verletzung der geistigen Selbstbestimmung und die Verletzung der physischen Integrität; für die erste Verletzung fällt als Ausgleich die Genugtuungspflicht des Verletzers in Betracht, für die zweite zusätzlich die vermögensrechtlichen Haftungsfolgen der Körperverletzung; vgl. in diesem Sinne auch WIEGAND (1994), S. 181 und dortige Fn. 280 mit Verweisen.

¹¹³ Im Strafrecht schliesst das durch Täuschung erschlichene faktische Einverständnis zum Geschlechtsverkehr zwar den Vergewaltigungstatbestand aus, aber die Tat bleibt als Schändung gemäss Art. 191 StGB strafbar; vgl. STRATENWERTH, AT I, (1996), S. 201, Rz 9.

Strafe Gefängnis oder Busse"¹¹⁴. Die Persönlichkeitsverletzung kann hier nicht durch die Annahme eines in Kauf genommenen Risikos als gerechtfertigt gelten.

e) Schutz der physischen Integrität Ungeborener

- 605 Auch der **ungeborene Mensch** ("*Nasciturus*") kann in seiner physischen Integrität verletzt werden, etwa durch fehlerhafte ärztliche Behandlung der Schwangeren, ferner aufgrund von Medikamentenschäden (Contergan!). Schadenersatzansprüche des Kindes gegenüber dem fehlbaren Arzt oder gegenüber der produktehaftpflichtigen Unternehmung entstehen in diesen Fällen aber nur, wenn das Kind lebend geboren wird (Art. 31 Abs. 2 ZGB)¹¹⁵. Die Einwilligung des verletzten Kindes kann in diesen Fällen nicht als Rechtfertigungsgrund dienen, weil es diese Einwilligung naturgemäss nicht gibt. Die Zustimmung der Mutter schafft keine Rechtfertigung für die Schädigung ihres Kindes. Die Rechtfertigung von (für das Kind) riskanten Eingriffen kann dagegen im überwiegenden privaten Interesse der Mutter oder im Eigeninteresse des Kindes liegen (Art. 28 Abs. 2 ZGB).
- 606 Viele werdene Mütter zeigen ein hohes Bewusstsein sittlicher Pflicht, alles zu tun, was das Wohlergehen des Kindes fördert und alles zu unterlassen, was ihm schaden könnte. Entsprechende Rechtspflichten der Mutter gegenüber dem Kind bestehen jedoch nicht. Das keimende Leben beschränkt die Mutter nicht in ihrer persönlichen Freiheit zu rauchen, Alkohol zu konsumieren oder durch anderes Verhalten das Leben und die Gesundheit des Kindes zu gefährden. Da eine für das Kind schädliche Lebensweise der Mutter während der Schwangerschaft nicht rechtswidrig ist, gibt es auch keine Schadenersatzansprüche des mit Schäden geborenen Kindes gegenüber der Mutter. Einzig das vorsätzliche Abtöten, d.h. die Abtreibung des Kindes ist rechtlich untersagt (Art. 118 StGB), wobei dieses Verbot nicht als Rechtspflicht der Mutter gegenüber dem Kind, sondern als eine solche gegenüber dem Staat zu qualifizieren ist.

f) Verletzung der physischen Integrität durch Genmanipulation

- 607 Gentechnologische Eingriffe in die menschliche Keimbahn sind gemäss Art. 199 BV (= Art. 27novies Abs. 2 lit. a aBV) verfassungswidrig. Die Bundesverfassung kodifiziert mithin ein Recht des Menschen auf unmanipuliertes Erbgut. Es ist angezeigt, dieses Recht im Verhältnis zwischen Privatpersonen als ein von Art. 28 ZGB geschütztes Persönlichkeitsgut, den Eingriff in die Keimbahn als Verletzung der physischen Integrität des Kindes zu qualifizieren (immer vorausgesetzt, das Kind werde lebend geboren; Art. 31 Abs. 2 ZGB)¹¹⁶.

¹¹⁴ Die Übertragung des HI-Virus ist zudem als schwere Körperverletzung gemäss Art. 122 StGB zu qualifizieren; vgl. Urteil des Appellationsgerichtes BS vom 8.1.1997, BJM 1998, S. 39, unter Verweis auf BGE 116 IV 125 ff.; im betreffenden Fall lag aber keine zivilrechtlich relevante Persönlichkeitsverletzung vor, weil die Partnerin des Kranken nicht angesteckt wurde. Seitens des Täters lag strafbarer Versuch vor, aber es fehlte am zivilrechtlich einzig relevanten "Erfolg", nämlich der Gesundheitsschädigung des Opfers.

¹¹⁵ Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 03.19; BK-BUCHER (1976), N. 103 zu Art. 11 ZGB; MERZ, ZSR 1957 I, S. 335; GROSSEN (1967), S. 302.

¹¹⁶ Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 13.42-13.44.

g) Rechtsansprüche nach der Tötung eines Menschen

- 608 Ein Spezialtatbestand, der stets (auch) die Verletzung physischer Integrität umfasst, ist die **Tötung** eines Menschen. Während der Verletzungstatbestand als solcher offensichtlich ist, fragt sich, wer als Träger der daraus folgenden Rechtsansprüche zu gelten hat. Der Verstorbene kann nicht dieser Rechtsträger sein, weil er als Person nicht mehr existiert; die Erben können es nicht sein, weil sie vom Verstorbenen keine Persönlichkeitsrechte erben: Die Persönlichkeitsrechte erlöschen mit dem Tod.
- 609 Die sachlogische Unmöglichkeit, Rechtsansprüche aus dem Persönlichkeitsrecht des Getöteten abzuleiten, wird überbrückt durch eine ausdrückliche gesetzliche Regelung. Die haftpflichtrechtlichen Aspekte sind durch Art. 45 und 47 OR geregelt. Danach haben die Angehörigen (d.h. die Ehefrau und die direkten Nachkommen, bei unverheirateten Personen wohl auch der Lebenspartner¹¹⁷) einen eigenen (nicht vom Verstorbenen geerbten) Anspruch auf Schadenersatz, evtl. auch auf Genugtuung und auf Versorgerschaden, ferner Anspruch auf Vergütung der Bestattungskosten (ungeachtet der Tatsache, dass der Verstorbene zu einem späteren Zeitpunkt ohnehin hätte bestattet werden müssen).

2. Psychische Integrität

- 610 Wann die Seele des Menschen in rechtlich relevanter Weise verletzt ist, lässt sich nicht in einer Kurzformel sagen. Kein Persönlichkeitsgut wird verletzt, wenn das seelische Wohlbefinden als kausale Folge von *sozialadäquaten Handlungen* und Unterlassungen beeinträchtigt wird¹¹⁸. Wer mit anderen Menschen umgeht, nimmt in Kauf, geärgert, geängstigt, frustriert, unter Druck gesetzt zu werden. Der persönlichkeitsrechtliche Schutz gewährt nur den beschränkten Anspruch, von anderen Menschen nicht *gezielt* im psychischen Wohlbefinden *stark* beeinträchtigt, seelisch *schwer* verletzt zu werden. Um die kasuistische Aufzählung von Fallgruppen ist demgemäss nicht herumzukommen¹¹⁹.

¹¹⁷ Im Falle OG ZH, 29.06.1990, SJZ 86 Nr. 83, S. 421-423, war entschieden worden, dass die Konkubinatspartnerin eines verheirateten, aber von seiner Ehefrau getrennt lebenden Mannes nicht als Angehörige gelten könne. - Offen gelassen aber in BGE 114 II 144, E. 3a.

¹¹⁸ So auch HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 12.68.

¹¹⁹ HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 12.67-12.85, nennen die Zufügung von physischem Schmerz, körperliche Entstellung (mit der Folge verminderter Lebensfreude), Leidzufügung durch Tötung oder schwere physische Schädigung eines Angehörigen, Schutz von Ehe und Familie als Bestandteil der *affektiven Persönlichkeit* eines Ehegatten, Verletzung der Pietätsgefühle Lebender durch Schmähung des Andenkens an Verstorbene, ferner das Bedrängen (mit gerichtlichen Klagen, Betreibungen, Anzeigen, anonymen Telefonanrufen), irritierendes Licht einer Lichtreklame, Lärm sowie Verletzung des Scham- und Religionsgefühls. - RIEMER, Studienbuch (1995), Ziff. 339, nennt den Psychoterror, das Versetzen in Angst und Schrecken und das Aus-dem-seelischen-Gleichgewicht-Bringen, ferner die Verletzung des Pietätsgefühls gegenüber Verstorbenen. - PEDRAZZINI/OBERHOLZER (1993), S. 134, spricht von *geistiger Integrität* und nennt als Schutzobjekte die "Güter des Empfindungslebens und der Vorstellungswelt, das Gefühlsleben und die Selbstachtung, die Willens- und Betätigungsfreiheit, das Recht auf Identität, auf Individualität und auf freie Entfaltung der Persönlichkeit". - ANDREAS BUCHER (1999), Ziff. 470 ff., spricht vom Schutz der *affektiven Persönlichkeit* und nennt als Schutzobjekte den "seelisch-emotionalen Bereich des Lebens einer Person", insbesondere ihre familienrechtlichen Beziehungen, ferner die Gefühlsbeziehungen zu nahestehenden Personen und zu Verstorbenen.

- 611 In der vorliegenden Darstellung wird das Persönlichkeitsgut der psychischen Integrität in folgende Fallgruppen unterteilt:
- 612 **a) Die Verletzung der psychischen Gesundheit**, d.h. alle von Menschen zu vertretenden Akte, die zu einer *Traumatisierung*, zu *depressiven Zuständen*, zum *Ausbruch einer Geisteskrankheit* oder in anderer Weise zur Störung der psychischen Gesundheit führen¹²⁰, sofern die Störung von einer gewissen Dauer und von medizinischer (psychiatrischer) Relevanz sind.
- 613 **b) Die Zufügung seelischen Schmerzes und seelischer Belastung** (ohne psychiatrische Krankheitsfolgen), bzw. die **Störung des seelischen Wohlbefindens**, sofern Schmerz oder Belastung von erheblicher Intensität sind und die Tathandlung vorwiegend gerade diese Schmerzzufügung bezweckte. Hiezu gehören:
- 614 - Der aus **körperlichem Schmerz** fliessende seelische Schmerz, beispielsweise bei Erhalt einer Ohrfeige¹²¹; für die Kompensation des Schmerzes bei Körperverletzungen vgl. hinten, Ziff. 622.
- 615 - Die **Verletzung des subjektiven Selbstwertgefühls** durch unnötig verletzende Behandlung, z.B. durch öffentliche Mitteilung der Entlassung eines Arbeitnehmers an einer Betriebsversammlung, bevor der Betroffene selber in Kenntnis gesetzt wurde.
- 616 Das Selbstwertgefühl kann auch rechtswidrig verletzt werden durch sektiererische Indoktrination, wonach der Betreffende ein von Gott und Menschen Verworfener sei, sowie die böswillige Belastung einer Person mit schweren *Schuld-* und *Schamgefühlen*, etwa die Belastung einer Mutter, deren Kleinkind gestorben ist, mit pseudowissenschaftlichen Erörterungen, wonach die Frau den Tod ihres Kindes durch mangelnde Zuneigung selber verschuldet habe.
- 617 - **Psychische Terrorisierung und Verängstigung** von Menschen, etwa durch anonyme Drohbriefe, nächtliche Telefonanrufe¹²², Erschrecken an einsamen Orten in der Nacht.
- 618 - **Sexuelle Belästigung**, bei welchem Männer eine Frau¹²³ wie eine Prostituierte oder wie eine Sache ("Lustobjekt") behandeln (anzügliche Bemerkungen, Zungenschnalzen mit Blick auf die Frau etc.), d.h. jene Handlungen von Männern, die von den betroffenen Frauen als abwertend und herabwürdigend erlebt werden¹²⁴.

¹²⁰ GEISER (1990), S. 29 f., 35, subsumiert diese Fallgruppe unter die Verletzungen der physischen Integrität.

¹²¹ Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 12.70 f.

¹²² Vgl. einen solchen Fall in SJZ 62 (1966), S. 360.

¹²³ Auch das Umgekehrte ist theoretisch denkbar, ist aber so selten, dass es hier ausgeklammert bleiben kann.

¹²⁴ Art. 4 des Gleichstellungsgesetzes vom 24.03.1995 (GIG, SR 151, AS 1996 1408-1503, iK 01.07.1996) definiert die sexuelle Belästigung folgendermassen: "*Diskriminierend ist jedes belästigende Verhalten sexueller Natur oder ein anderes Verhalten aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit, das die Würde von Frauen und Männern am Arbeitsplatz beeinträchtigt. Darunter fallen insbesondere Drohungen, das Versprechen von Vorteilen, das Auferlegen von Zwang und das Ausüben von Druck zum Erlangen eines Entgegenkommens sexueller Art.*" - Nicht unter den Begriff der sexuellen Belästigung fällt ein Verhalten, durch welches eine Person als Partner/Partnerin behandelt und erst genommen wird, auch wenn diese Person die Verehrung nicht schätzt. Angesichts der Unmöglichkeit, einander am Arbeitsplatz aus dem Wege zu gehen, muss für den abgewiesenen Verehrer allerdings die

- 619 - **Verletzung des Andenkens an Verstorbene**¹²⁵; verletzt sind im zuletzt genannten Falle die überlebenden nahen Angehörigen, und zwar in ihren eigenen Pietätsgefühlen. Ihr Abwehranspruch kann faktisch zu einem Schutz der Ehre eines Verstorbenen führen¹²⁶.
- 620 - Ob die **Einmischung Dritter in familiäre Beziehungen** als Verletzung der Selbstbestimmung bei der Gestaltung höchstpersönlicher zwischenmenschlicher Beziehungen¹²⁷ oder als Verletzung der psychischen Integrität ins Recht zu fassen ist, ist eine Ermessensfrage¹²⁸.
- 621 Bei der **Tötung eines Menschen** kompensieren die Genugtuungsansprüche der hinterbliebenen Angehörigen gemäss Art. 47 OR die Verletzung ihrer psychischen Integrität. Eine Abstützung dieser Ansprüche auf Art. 28 ZGB erfolgt nicht.
- 622 Bei **Körperverletzung** kann der *Verletzte* die aus dem physischen Schmerz und einer allfälligen Verstümmelung oder körperlichen Entstellung resultierende Verletzung seiner psychischen Integrität mit einer Genugtuungszahlung gemäss Art. 47 und 49 OR kompensieren lassen¹²⁹. Zudem können die *Angehörigen* des Verletzten seit BGE 117 II 50 ff.¹³⁰ gestützt auf Art. 49 OR in Verbindung mit Art. 28 ZGB für die Verletzung ihrer eigenen psychischen Integrität Genugtuung verlangen¹³¹. Im erwähnten Bundesgerichtsentscheid ging es um die Ehefrau und das Kind eines Mannes, der infolge einer Gasvergiftung im Badezimmer eine irreversible Gehirnschädigung erlitt.

3. Ehre bzw. soziale Geltung

- 623 Geschütztes Persönlichkeitsgut ist die Achtung, die die Person bei anderen geniesst, d.h. ihre soziale Geltung. Der Rechtsschutz richtet sich gegen die unbegründete oder unnötig verletzende, schwere Herabminderung vor anderen Menschen. Leichte Fälle, wie sie im gesell-

Rechtspflicht gelten, am Arbeitsplatz fortgesetzte direkte Liebeswerbung durch Einladungen, Komplimente und verbale Liebeserklärungen zu unterlassen. Es bleibt ihm unbenommen, sich durch angenehmes Betragen in ein gutes Licht zu setzen. Problematisch ist direkte Liebeswerbung allemal, wenn sie von einer vorgesetzten Person gegenüber einer untergebenen Person erfolgt. Die Untergebene mag sich wegen der arbeitsrechtlichen Unterordnung in ihrer sexuellen Selbstbestimmung eingeengt fühlen und bei einem partnerschaftlichen Nein (zu Recht oder zu Unrecht) arbeitsrechtliche Sanktionen befürchtet. Sexuelle Annäherungen in einer hierarchischen Stufenleiter von oben nach unten riskieren allemal, ins schiefe Licht der rechtswidrigen Belästigung zu kommen.

¹²⁵ Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 12.77, mit Hinweis auf Autopsie- und Organtransplantationsfälle (BGE 123 I 112, 111 Ia 231, 101 II 177 ff.), bildliche Darstellung eines Verstorbenen (BGE 70 II 127 - "Hodler auf dem Totenbett"), 109 II 353 ("Irniger", Radiohörspiel über den verstorbenen Vater des Klägers), 118 IV 319 ff. ("Barschel", Publikation der Fotos des in der Badewanne liegenden Toten).

¹²⁶ Vgl. in diesem Sinne ANDREAS BUCHER (1999), Ziff. 474, mit Verweis auf BGE 70 II 127 ff. (Hodler auf dem Totenbett); vgl. auch GEISER (1990), S. 33 ff.

¹²⁷ Vgl. hierzu Ziff. 477 ff.

¹²⁸ Im zweitgenannten Sinne HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 12.78 ff.

¹²⁹ Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 12.72 f., mit Verweis auf BGE 123 II 210, 112 II 138 (Entstellung des Gesichts), 60 II 49 (Verlust mehrerer Fingerglieder), 56 II 401 (Narbe im Gesicht mit der Folge von Minderwertigkeitsgefühlen), 46 II 54 (Beckenverletzung einer Frau mit der Folge verminderter Heirats-Chancen).

¹³⁰ Anders hatte das Bundesgericht noch in BGE 108 II 422 entschieden.

¹³¹ Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 12.75, ferner BGE 123 III 204 und HAUSHEER/JAUN in ZBJV 134 (1998), S. 534 ff.

schaftlichen Umgang laufend und oft ohne böse Absicht vorkommen, können nicht mit rechtlichen Konsequenzen sanktioniert werden.

- 624 Der zivilrechtliche Schutz geht weiter als der strafrechtliche: Art. 173 und 174 StGB schützen die Geltung des Menschen als "ehrliche" bzw. "ehrbare", d.h. moralisch integre Person, nicht dagegen seine berufliche und gesellschaftliche Geltung¹³². Demgegenüber schützt Art. 28 ZGB auch die berufliche¹³³ und gesellschaftliche Geltung. - Folgende Fallgruppen sind zu erwähnen:
- a) Herabminderung des Ansehens als *moralisch integrer* ("ehrlicher" bzw. "ehrbarer") Mensch (Vorwurf der Ehrlosigkeit).
 - b) Herabminderung des Ansehens als *beruflich fähiger* Mensch (Vorwurf der beruflichen Unfähigkeit).
 - c) Herabminderung des Ansehens als *zuverlässiger* Mensch (Vorwurf der familiären, beruflichen oder wirtschaftlichen Unzuverlässigkeit, etwa der ehelichen Untreue, der zweifelhaften Vertragstreue oder der zweifelhaften Solvenz).
 - d) Herabminderung des Ansehens als "*normaler Mitbürger*" (Vorwurf des politischen oder religiösen Extremismus, der Zugehörigkeit zu verpönten Sekten oder Geheimbünden, der sexuellen Perversion).
- 625 Herabmindernde Äusserungen erreichen in der Regel nur dann die Qualität von Persönlichkeitsverletzungen, wenn sie vor grossem Publikum gemacht oder in den Medien verbreitet werden. In diesen Fällen liegt eine Persönlichkeitsverletzung immer dann vor, wenn die Äusserung *unwahr* ist¹³⁴, ferner aber auch dann, wenn eine *wahre* Äusserung *unnötig verletzend*, d.h. durch kein öffentliches Informationsinteresse gerechtfertigt ist (Rechtfertigung durch "*überwiegendes öffentliches Interesse*", Art. 28 Abs. 2 ZGB)¹³⁵.
- 626 So wurde der in einem Zeitungsartikel erhobene, unwahre Vorwurf an einen Architekten, er sei für "*himmelstaurige Öltankanlagen*" verantwortlich, vom Bundesgericht als Persönlichkeitsverletzung qualifiziert¹³⁶.

4. Schutz des menschlichen Bildes

- 627 In der Lehre und in der Rechtsprechung¹³⁷ ist anerkannt, dass der Mensch ein Persönlichkeitsrecht am eigenen Bild hat¹³⁸. Dieses Recht ist Teil der informationellen Selbstbestimmung¹³⁹.

¹³² So BGE 103 IV 158, 105 IV 112. - Vgl. dazu die Kritik bei GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, 5. Aufl., Bern 1995, § 11, N 6.

¹³³ Vgl. BGE 119 II 104, 105 II 161, 103 II 164.

¹³⁴ Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), 128, Ziff. 12.115, mit Hinweis auf BGE 106 II 99 ("Minelli"), 103 II 165 ("Bieler Zeitung"), 91 II 405 ("Olma").

¹³⁵ Inwieweit wahre Tatsachenbehauptungen persönlichkeitsverletzend sein können, ist umstritten; vgl. GEISER (1990), S. 73 ff.

¹³⁶ BGE 100 II 177.

¹³⁷ Vgl. BGE vom 19.12.1994 in Sem.jud. 1995, S. 669 ff.

¹³⁸ Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 13.48-13.51; RIEMER, Studienbuch (1995), Ziff. 359.

¹³⁹ Vgl. PETER GOLA, Videoaufzeichnungen und Datenschutz, DuD 9/1989, S. 442.

- 628 Das "Recht am eigenen Bild" umfasst zwei inhaltlich verschiedene Rechte, nämlich
- a) einen Abwehranspruch gegen gezieltes, auf **Identifikation und Ausforschung** gerichtetes Erstellen von Fotos und Videoaufzeichnungen, und
 - b) ein Recht auf Selbstbestimmung des Menschen bezüglich der **Veröffentlichung** des eigenen Bilds, insbesondere des Porträts, und seiner Verwendung in kommerzieller oder politischer Werbung¹⁴⁰.
- 629 Das Bild eines Menschen, d.h. die vorhandene Registrierung in Fotografien und Filmen, ist nicht schlechthin geschützt. So bedeutet es keine Persönlichkeitsverletzung, wenn jemand auf der Strasse von Touristen oder Pressefotografen fotografiert wird, wenn der Abgebildete also "*sozusagen Teil der Landschaft, der Umgebung oder des Ereignisses*" ist¹⁴¹.
- 630 Persönlichkeitsverletzend ist auch die eigenmächtige Verwendung fremder Personenbilder zu Werbezwecken, weil es jedermanns eigener Entscheid sein muss, ob er sein Porträt, seine Stimme oder seinen Namen für eine bestimmte Werbung freigibt¹⁴².

¹⁴⁰ Hiezu ZGB-MEILI (1996), Art. 28, N 19, sowie ausführlich GEISER (1990), S. 38 ff.

¹⁴¹ Vgl. ZGB-MEILI (1996), Art. 28, N 20.

¹⁴² Gemäss der Dissertation von THOMAS LEGLER, *Vie Privée, Image volée - la protection pénale de la personnalité contre les prises de vue*, Bern 1997, ist nicht nur die Publikation, sondern bereits die Herstellung jedes Personenbildes grundsätzlich ein Eingriff in die Persönlichkeit (S. 103). Schutzgegenstand ist nach dieser Meinung nicht nur das Porträt, sondern jede Aufzeichnung der äusseren Erscheinung der Person, die sie individuell erkennbar macht. - GEISER (1990), S. 38, wird von LEGLER auf S. 104 ablehnend zitiert. GEISER versucht, den Normalfall von Landschafts- und Strassenbildern mit Personen als erlaubt darzustellen, mit folgender Begründung: "*Wie die blossе Niederschrift des Namens eines andern keine Persönlichkeitsverletzung darstellt, sondern es vielmehr immer eines zusätzlichen Interesses bedarf, kann auch das blossе Festhalten des äusseren Erscheinungsbildes noch nicht als Verletzung der Persönlichkeit angesehen werden. Ein Recht auf Nichtfesthalten des äusseren Erscheinungsbildes einer Person steht dem Betroffenen nicht zu.*" - LEGLER beruft sich auf eine angeblich herrschende gegenteilige Lehre, gemäss welcher jedes Festhalten des Personenbildes das Gefühlsleben (la vie psychique) betreffen könne, weil die abgebildete Person die Herrschaft über ihr Bild verliere. Die Unsicherheit, was mit dem Bild geschieht, sei "*incommode pour la personne concernée et constitue une atteinte à la dignité de l'homme*" (S. 105 oben), unter Verweis auf JÜRGEN HELLE, *Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht*, Tübingen 1991, S. 71 ff. und WILFRIED LANDWEHR, *Das Recht am eigenen Bild*, Zürich 1955, S. 41. - Die Auffassung LEGLERS kann nicht richtig sein. Es hält schwer, Touristenfotos mit dem Makel der Widerrechtlichkeit zu behaften, wenn es dem Touristen gelingt, lokales Leben der besuchten Orte in eindrücklicher Weise auf den Film zu bannen. Solange er die Bilder von ihm unbekanntem Personen, mögen sie auch Liebe und Tränen festhalten, nur im privaten Kreise gebraucht, kann die Herstellung der Fotografie keine Persönlichkeitsverletzung bedeuten. Es bringt nichts, den Begriff der Verletzung zu überspitzen, um ihn dann auf der andern Seite mit weitgefassten Rechtfertigungskatalogen wieder auf den Boden der Realität zurückzuholen. Das geschützte Persönlichkeitsgut kann nicht die "*Herrschaft über das eigene Bild*" heissen. Niemand, der am sozialen Leben teilnimmt, hat diese Herrschaft. Der persönlichkeitsrechtliche Abwehranspruch kann sich bei vernünftiger Betrachtung lediglich gegen ausforschendes Fotografieren, gezieltes (voyeuristisches) Eindringen in das Privatleben und bestimmte Verwendungen des Bildes richten, nämlich zu Werbezwecken und zu Zwecken einer auf Emotion abzielenden Sensations- oder Skandal-Berichterstattung. Man kann nicht generell das Fotografieren von Personen von deren Zustimmung abhängig machen. Aber die Eltern eines verunfallten Kindes brauchen sich nicht gefallen zu lassen, dass ihre tränenüberströmten Gesichter im Grossformat die Titelseite einer Illustrierten garnieren.

- 631 Das Informationsinteresse der Allgemeinheit rechtfertigt die Publikation von Personenbildern in den Medien. Je bekannter eine Person ist und je öffentlicher die Situation war, in der sie anlässlich der Aufnahme aufgetreten ist, desto eher ist die Publikation durch das überwiegende Informationsinteresse der Allgemeinheit gerechtfertigt¹⁴³.

5. Schutz der menschlichen Stimme

- 632 Wird die Stimme eines Menschen in Verletzung der Art. 179^{bis} und 179^{ter} StGB auf einem Tonträger festgehalten, so ist der Eingriff in die Selbstbestimmung der Betroffenen aufgrund der ausdrücklichen Strafnormen strafbar.
- 633 Wird die Stimme *mit Einwilligung der Betroffenen* auf einem Tonträger festgehalten, so muss die unautorisierte *Verwertung* der Aufnahme zu Werbezwecken als Persönlichkeitsverletzung gelten, analog zur unautorisierten Verwertung des Bildes¹⁴⁴.

6. Schutz des Namens

- 634 Der Name dient der Kennzeichnung der Namensträgerin im Verkehr und kann zu diesem Zweck von jedermann gebraucht werden. Der darüber hinausgehende Umgang mit dem Namen steht nur dem Namensträger selber zu, ferner jenen Personen, denen er einem solchen Umgang gestattet.
- 635 Von Bedeutung ist insbesondere die Verwendung der Namens prominenter Personen in der Werbung (z.B. "*Albert-Einstein-Intelligenzpille*"). Art. 28 ZGB schützt den Namensträger davor, gegen seinen Willen mit solcher Werbung in Verbindung gebracht zu werden. Die Persönlichkeitsverletzung ist nur gegeben, wenn der verletzte Namensträger für das Zielpublikum erkennbar ist¹⁴⁵.

7. Schutz des Wortes (Schutz des Autors vor unrechtmässigem Zitieren)

- 636 Unter dem Recht am eigenen Wort wird der Schutz des Autors vor unrechtmässigem Zitieren verstanden. Es geht um den Schutz der Person gegen die Verfälschung ihres Erschei-

¹⁴³ So HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 13.49 f. - In diesem Zusammenhang sind zwei sprachlich monstruöse Begriffe entwickelt worden: "*Absolute Personen der Zeitgeschichte*" heissen jene Sportler, Politiker, Künstler, Wirtschaftsführer und anderen Prominenten, die sich aus eigenen Stücken längerfristig in der Öffentlichkeit tummeln; "*relative Personen der Zeitgeschichte*" sind jene Verbrecher, Lebensretter, Unfallopfer etc., die durch ein bestimmtes Ereignis das Interesse der Öffentlichkeit auf sich ziehen. Sowohl die Absoluten wie die Relativen müssen dulden, dass ihre Porträts in den Medien veröffentlicht werden, die Relativen allerdings nur so lange, als das Ereignis aktuell ist; vgl. ZGB-MEILI (1996), Art. 28, N 20 und 52.

¹⁴⁴ Hierzu ZGB-MEILI (1996), Art. 28, N 22 und ausführlich GEISER (1990), S. 43 ff.

¹⁴⁵ Zum Schutzbereich von Art. 29 ZGB (Schutz gegen Namensanmassung) vgl. Ziff. 960 ff. - Der Schutz von Art. 28 ZGB reicht weiter als derjenige von Art. 29 ZGB, weil Art. 29 nur die Namensanmassung und -bestreitung betrifft. Wo Art. 29 nicht anwendbar ist, kommt Art. 28 zum Zug; vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 16.35; GEISER (1990), S. 35 ff.

nungsbildes. Wenn einem Politiker durch zusammengestoppelte, unvollständige Zitate aus seinen Reden und Interviews widersprüchliche, primitive, populistische oder rassistische Tendenzen angedichtet werden, während er in den Originaltexten durch eine ausgewogene und differenzierte Betrachtungsweise in Erscheinung getreten ist, so liegt eine Persönlichkeitsverletzung vor.

- 637 Beim "Recht am eigenen Wort" geht es also nicht um den urheberrechtlichen Schutz; dieser verfolgt das Ziel, dem Urheber eines Werkes den kommerziellen Nutzen aus dessen Vervielfältigung zu sichern. Es geht auch nicht um die Ehre (das "gute" Ansehen der Person bei Dritten), sondern um das "richtige" Ansehen.
- 638 Das Recht am eigenen Wort ist im schweizerischen Recht erst neuerdings ins Bewusstsein getreten. In den Kommentaren und Lehrbüchern wird es noch kaum erwähnt. Präjudizien fehlen. Der Schutz vor unvollständigen Zitaten darf nicht überspannt werden. Wer Texte publiziert oder öffentlich vorträgt, muss sich gefallen lassen, dass er in verkürzter oder bruchstückartiger Weise zitiert wird. Unzulässig wird die Verkürzung, wenn sie auf eine Verdrehung oder Verfälschung des Erscheinungsbildes des Autors *abzielt*¹⁴⁶.

8. Wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit

- 639 Im wirtschaftlichen Wettbewerb ist es üblich, dass Konkurrenten einander durch das Angebot besserer oder billigerer Leistungen, durch Werbung und Verkaufsanstrengungen aller Art gegenseitig Marktanteile wegnehmen, ja einander aus dem Markt werfen. Darin liegt keine Persönlichkeitsverletzung.
- 640 Hingegen kann die gezielte Aussperrung eines einzelnen persönlichkeitsverletzend sein. Musterbeispiele solcher Persönlichkeitsverletzungen sind gewisse Sperrungen im Spitzensport¹⁴⁷.
- 641 Das Persönlichkeitsrecht auf wirtschaftliche Entfaltung gibt dem Mitglied eines Berufsverbandes einen Abwehranspruch gegen ungerechtfertigten Ausschluss, wenn die Zugehörigkeit zum betreffende Verband für das wirtschaftliche Fortkommen wichtig ist. *"Tritt ein Verein in der Öffentlichkeit wie auch gegenüber Behörden, potentiellen Kunden seiner Mitglieder etc. als massgebende Organisation des betreffenden Berufsstandes oder Wirtschaftszweiges auf, so kann er für sich nicht dieselbe umfassende Ausschlussautonomie gemäss Art. 72 Abs. 2 ZGB beanspruchen, wie sie etwa einem Geselligkeitsverein oder dergleichen zugestanden wird; vielmehr verlangt hier das Persönlichkeitsrecht der Mitglieder auf wirtschaftliche Entfaltung (Art. 28 ZGB) nach einer Beschränkung des Rechts auf Ausschliessung; andernfalls lägen der geschäftliche bzw. berufliche Ruf der betreffenden Mitglieder (und ihrer Unternehmen) und weitere für sie wichtige wirtschaftliche Rahmenbedingungen,*

¹⁴⁶ Vgl. hiezu BRUNO GLAUS, Das Recht am eigenen Wort, Bern 1997, sowie derselbe, Datenschutz-Fairnessregeln gegen falsche Zitate, NZZ Nr. 202 vom 2.9.1997, S. 15.

¹⁴⁷ Vgl. RIEMER, Studienbuch (1995), Ziff. 467, mit Verweis auf BGE 102 II 211 ff, 218-220, 222 (Perroud); Richteramt BE, SJZ 1988 Nr. 13, S. 85 (Sandra Gasser). - Gemäss ZGB-HEINI (1996), Art. 70 ZGB, N 25, bestimmen die *Spielregeln* darüber, wer das Spiel wie gewinnt bzw. verliert, ferner wer in spieltechnischer Hinsicht zur Zulassung qualifiziert ist. Laut HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 13.35-13.41, gilt der Ausschluss von einem einzigen Spiel als Anwendung von Spielregeln und unterliegt keiner rechtlichen Überprüfung. Sperrungen von Sportlern, die über das einzelne Spiel hinausgehen, sind unter dem Aspekt der Persönlichkeitsverletzung rechtlich überprüfbar.

wie Marktzutritt mittels Ausstellungen, Marktinformationen usw., zu einem beträchtlichen Teil in der Macht des Vereins"¹⁴⁸. Das Gesagte muss auch für Gewerkschaften gelten: Art. 28 ZGB verbietet ihnen das im Ausland zuweilen anzutreffende "closed shop"-Verhalten.

- 642 Verbände, die wegen ihrer Bedeutung für die wirtschaftliche Entfaltung der Mitglieder der Ausschlussbeschränkung unterliegen, müssen aus dem gleichen Grund auch als aufnahmepflichtig gelten. Das aus Art. 28 ZGB abzuleitende Recht auf Aufnahme ist einer der wenigen Orte, wo sich aus der Abwehrfunktion des Persönlichkeitsschutzes ein Recht auf aktives Handeln Dritter ergibt.
- 643 Trifft der Ausschluss eine Unternehmung und hat sie Auswirkungen auf den wirtschaftlichen Wettbewerb, so kommt in erster Linie das Boykott-Verbot des Kartellgesetzes (Art. 7 KG) zum Zug¹⁴⁹. Das Regelungsziel des Kartellgesetzes liegt nicht im Individualschutz einzelner Marktteilnehmer, sondern in der Sicherung und Förderung des *wirksamen Wettbewerbs*.

F. Spezialtatbestände

1. Persönlichkeitsverletzungen im Arbeitsverhältnis

- 644 Da im Arbeitsverhältnis grundsätzlich fremdbestimmte Arbeit geleistet wird, besteht ein gesteigertes Bedürfnis nach Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers. Die Spezialnorm von Art. 328 OR, ferner die seit 1.7.1993 in Kraft stehende Datenschutznorm von Art. 328b OR¹⁵⁰, trägt dem Rechnung.
- 645 Zu den persönlichkeitsverletzenden Tatbeständen im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses gehört die schikanöse und damit entwürdigende Behandlung des Arbeitnehmers, z.B. die Anordnung gegenüber einem während der Kündigungsfrist vom Dienste suspendierten Arbeitnehmer, sich täglich beim Arbeitgeber persönlich zu melden¹⁵¹.
- 646 Der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers erheischt allgemein, dass der Arbeitgeber seine Weisungen auf arbeitsbezogene und sach-adäquate Anordnungen beschränkt (man denke an Vorschriften bezüglich Kleidung und Haarschnitt, die stets sachlich begründbar sein müssen). Vorschriften, die ausschliesslich oder überwiegend den Charakter von "Gehorsamsübungen" haben, sind persönlichkeitsverletzend.

¹⁴⁸ Zitat aus BGE 123 III 193 (E. 2c)cc), S. 198, vom 14.03.1997 i.S. Verband der Schweizerischen Uhrenindustrie FH gegen Titoni AG (Berufung).

¹⁴⁹ Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 12.149 f.

¹⁵⁰ Vgl. hierzu VPB 1995 Nr. 59.31, S. 254-259: Art. 328b OR enthält eine besondere Datenschutzbestimmung, die den allgemeinen Bestimmungen des DSG vorgeht. Datenbekanntgabe an Behörden im Rahmen gesetzlicher Pflichten gehören zu denjenigen, die zur Durchführung des Arbeitsvertrags erforderlich sind (in casu: schweizerische Niederlassung einer belgischen Firma: Die belgisch-rechtliche Rechtspflicht des Hauptsitzes, den belgischen Behörden Lohnauskünfte zu erteilen über Arbeitnehmer der schweizerischen Niederlassung, ist eine von der Schweiz aus anzuerkennende Rechtspflicht. Der Lohnmeldung von der schweizerischen Niederlassung an den belgischen Hauptsitz stehen weder Art. 328b OR noch das DSG im Wege. Angesichts der gesetzlichen Pflicht zur Datenbekanntgabe besteht auch keine Meldepflicht im Sinne von Art. 6 Abs. 2 DSG (Eidg. Datenschutzbeauftragter, 07.03.1995).

¹⁵¹ Vgl. diesen Fall bei PEDRAZZINI/OBERHOLZER (1993), S. 140 mit Verweis auf ZR 74, Nr. 69.

647 Das *Fragerecht des Arbeitgebers* gegenüber Stellenbewerberinnen und Stellenbewerbern umfasst die Befugnis, die Bewerberin über alles zu befragen, was sich auf die Anstellung und ihre spezielle Eignung dafür bezieht¹⁵². Unzulässig sind beispielsweise Fragen nach dem Freizeitverhalten und sonstigen Privatleben sowie Fragen nach dem "Umgang mit inneren Problemen"¹⁵³. - Ein weitergehendes Fragerecht kommt den "*Tendenzbetrieben*" zu, d.h. jenen Arbeitgebern, die sich besonderen geistig-idealen Zielen verschrieben haben, wie etwa den Kirchen und den Medienunternehmen mit politisch meinungsbildender Ausrichtung, die selbstverständlich nach der Konfession eines anzustellenden Geistlichen oder nach der politischen Überzeugung eines anzustellenden Journalisten fragen dürfen¹⁵⁴; ferner sind weitergehende Fragen zulässig, wenn die zu besetzende Stelle eine besondere Vertrauensstellung beinhaltet.

2. Verletzung der sexuellen Freiheit

648 Im Sexualbereich können drei verschiedene Persönlichkeitsgüter verletzt sein:

a) Durch anzügliche Bemerkungen, Blicke etc. kann eine Frau erniedrigt werden; die Folge ist eine *seelische Schmerzzufügung*, d.h. eine Verletzung der psychischen Integrität, die gemäss Ziff. 613 persönlichkeitsrelevant ist.

b) Durch physische Zudringlichkeit kann die Selbstbestimmung im Umgang mit dem Körper verletzt sein; vgl. Ziff. 465 ff.

c) Durch Ausnutzen eines Abhängigkeitsverhältnisses oder durch anderweitige Druckausübung kann die Willensbildung im höchstpersönlichen Bereich in unzulässiger Weise beeinflusst werden; vgl. Ziff. 527 ff.¹⁵⁵

649 Die in Art. 5 des Gleichstellungsgesetzes vorgesehenen Rechtsbehelfe gegen sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz beschränken sich auf die Abwehr geschlechtsbezogener Diskriminierung am Arbeitsplatz oder, positiv ausgedrückt, auf die Garantie arbeitsrechtlicher

¹⁵² Vgl. STREIFF/VON KAENEL, *Arbeitsvertrag*, 5. Aufl. Zürich 1992, N 10 zu Art. 320 OR. - Gemäss REHBINDER, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, 12. Aufl. Bern 1995, S. 39, braucht eine Bewerberin Fragen, die nicht mit dem Arbeitsplatz oder der zu leistenden Arbeit zusammenhängen, nicht zu beantworten; sie dürften, da sie Eingriffe in die Persönlichkeitssphäre darstellten, unrichtig beantwortet werden; REHBINDER bejaht in diesem Zusammenhang das "Notwehrrecht der Lüge" (eine Auffassung, der kaum beigepflichtet werden kann). Zulässig ist gegenüber weiblichen Bewerberinnen die Frage nach dem Bestehen einer Schwangerschaft (vgl. hierzu jedoch die differenzierte Auffassung von BRUNNER/BÜHLER/WAEBER, *Commentaire du contrat de travail*, 2. Aufl., Lausanne 1996, N 8 zu Art. 320 OR), wogegen die Zulässigkeit von Fragen nach der Konfession und nach einem hängigen Strafverfahren in der Lehre kontrovers beantwortet wird.

¹⁵³ Vgl. BGE 122 V 267 (Erw. 3b, S. 269 f.).

¹⁵⁴ So REHBINDER, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, 12. Aufl. Bern 1995, S. 40.

¹⁵⁵ Die Liste der möglichen Formen sexueller Belästigungen umfasst etwa: Anstarren; anzügliche Blicke; taxierende Blicke; Hinterherpfeifen; sexistische Witze; anzügliche Bemerkungen über Figur und sexuelles Verhalten im Privatleben; Computerbotschaften und Briefe mit sexuellem Inhalt; unerwünschte sexuelle Aufforderungen impliziter oder expliziter Art; Versprechen beruflicher Vorteile bei sexuellem Entgegenkommen; Androhung beruflicher Nachteile bei sexueller Verweigerung; gezieltes Vorzeigen pornographischer Bilder; "zufällige" Körperberührungen; Erzwingen sexueller Handlungen; Vergewaltigung; vgl. EIDGENÖSSISCHES BÜRO FÜR DIE GLEICHSTELLUNG VON FRAU UND MANN (Hrsg.), *Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz - Worüber Frauen schweigen*, Bern 1993.

Gleichstellung von Männern und Frauen. In diesem beschränkten Zusammenhang ist die Feststellungsklage nur möglich bezüglich sexueller Belästigungen, die sich *weiterhin störend auswirken* können, d.h. bezüglich von Belästigungen in einem *weiterdauernden* Arbeitsverhältnis.

- 650 Die gleiche Einschränkung ergibt sich für Feststellungsklagen, die auf Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB abgestützt werden. Auch hier ist die *im Urteilszeitpunkt noch andauernde Störung* eine Voraussetzung für die Gutheissung der Klage. Haben sich die Parteien getrennt, dergestalt, dass weiterdauernde sexuelle Belästigungen im Urteilszeitpunkt nicht mehr in Betracht fallen, so fehlt es an der weiterdauernden Störung. Das kann für die Arbeitnehmerin stossend sein. Hat sie die Zudringlichkeiten des Chefs nicht mehr ausgehalten und schliesslich das Feld geräumt, so wäre die nachträgliche gerichtliche Feststellung, dass und wie die Frau belästigt worden ist, für alle Beteiligten wichtig. Das Leben der Frau ist durch den Stellenverlust und dessen Ursachen möglicherweise langfristig gestört.

3. Kein Persönlichkeitsschutz für Verstorbene

- 651 Dem Toten kommt mangels Rechtsfähigkeit der aus Art. 28 ZGB fliessende Schutz der körperlichen Integrität *nicht* zu. Der Tote geniesst auch keinen zivilrechtlichen Ehrenschatz oder Schutz der Geheimsphäre¹⁵⁶.
- 652 Die im BGE vom 26.04.1995 (Pra 85 [1996] S. 289 ff.) geäusserte Meinung, dem Akteneinsichtsrecht des Sohnes stehe das private Diskretionsinteresse seiner verstorbenen Mutter gegenüber, was eine Interessenabwägung erfordere, braucht nicht als postmortaler Persönlichkeitsschutz¹⁵⁷ verstanden zu werden. Vielmehr geht es um die Frage, in welchem Umfange *lebende* Personen generell befürchten müssen, dass ihre von Amts- und Berufsgeheimnissen geschützten, *nicht in den Nachlass fallenden* Informationen (amtliche Steuerakten, Gerichts-, Polizei- und Strafakten, Krankengeschichten, Klientendossiers bei Rechtsanwälten und Notaren) später von Erben oder Dritten ausgeforscht werden.
- 653 Bei der Bewilligung solcher Nachforschungen geht es nicht um eine Interessenabwägung. Der Verstorbene hat keine Interessen mehr. Zur Beurteilung steht ausschliesslich die Legitimität der Interessen jener Person, welche die Nachforschung betreibt. So müssen die Nachkommen als legitimiert gelten, in die Krankengeschichten ihrer Eltern mindestens insoweit Einsicht zu nehmen, als dies für die Erkennung eigener Gesundheitsrisiken nützlich sein kann, ferner zum Zwecke der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen wegen fehlerhafter medizinischer Behandlung des Verstorbenen in dessen letzter Lebensphase. In Bank- und Anwaltsakten, die den Verstorbenen betreffen, muss Einsicht zulässig sein, soweit es um die Ermittlung des Vermögensstandes am Todestag, d.h. um die Erhaltung des Nachlasses geht - einschliesslich allfälliger Schadenersatzansprüche gegen Banken und Rechtsanwälte wegen fehlerhafter Betreuung des Verstorbenen. Eine weitergehende Einsicht ist abzulehnen.
- 654 Der strafrechtliche Persönlichkeitsschutz des Menschen dauert über seinen Tod hinaus bis zu seiner Bestattung¹⁵⁸.

¹⁵⁶ So BK-UCHER (1976), N. 67 zu Art. 11 ZGB.

¹⁵⁷ So HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 10.28.

¹⁵⁸ Vgl. BGE 118 IV 319 (322) vom 10.07.1992 i.S. Uwe Barschel/STERN.

655 Die Angehörigen sind zu persönlichkeitsrechtlichen Rechtsbehelfen inbezug auf den Verstorbenen *aus eigenem Recht* legitimiert, wenn Angriffe, Verunglimpfungen oder Darstellungen des Verstorbenen die Angehörigen in ihrer eigenen psychischen Integrität, namentlich in ihrem Pietätsgefühl gegenüber dem Verstorbenen oder in ihrer Verbundenheit mit diesem verletzen.

4. Umgang mit dem menschlichen Leichnam

656 Der menschliche Leichnam ist nicht vorbehaltlos eine "Sache" im Sinne des Sachenrechts (Art. 641 Abs. 1 ZGB). Die zur Regelung der Verfügungsmacht über den toten Körper und zu dessen Schutz notwendigen Normen ergeben sich aus dem Gewohnheitsrecht und aus freier gerichtlicher Rechtsfindung¹⁵⁹, ferner aus dem kantonalen Recht im Bereiche des Gesundheits- und Bestattungswesens.

657 Der Umgang mit dem menschlichen Leichnam wird bestimmt durch die gewohnheitsrechtliche Pflicht der nächsten Angehörigen zur Totenfürsorge, ferner durch die im kantonalen Recht verankerte Bestattungspflicht, wobei heute in der Schweiz allenthalben die Benützung der öffentlichen Friedhöfe vorgeschrieben und Privatbestattung auf Privatgrundstücken untersagt ist.

658 Gemäss MEIER-HAYOZ¹⁶⁰ gilt folgendes: *"Der menschliche Leichnam ist weder als fortgesetzte Persönlichkeit des Verstorbenen anzusehen (die Annahme, dass der Verstorbene aufgrund seiner Persönlichkeitsrechte seine Körpersphäre über den Tod hinaus beherrsche, scheidet an der Tatsache, dass die Rechtsfähigkeit mit dem Tod endet: Art. 31 Abs. 1 ZGB), noch ist er schlechthin als Sache zu qualifizieren. Er untersteht vielmehr besonderen, gewohnheitsrechtlichen und auf dem Wege freier Rechtsfindung festgelegten und festzulegenden Rechtssätzen (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Den nächsten Familienangehörigen und in zweiter Linie auch den übrigen Erben steht ein dem Eigentum entsprechendes absolutes Recht am Leichnam zu, das man zutreffend als Recht der "Totenfürsorge" bezeichnet (den beistandspflichtigen Familienangehörigen steht nicht nur ein Recht zu, es trifft sie auch eine Pflicht der Totenfürsorge: BK-HEGNAUER, N. 18 zu Art. 271 ZGB; zum Recht der "Totenfürsorge" im Zusammenhang mit der Organentnahme bei einem Verstorbenen zum Zwecke der Transplantation vgl. BGE 101 II 190 E. 5 und dort zitierte Literatur). Die Berechtigten können aber nur in dem hier ganz besonders engen Rahmen der öffentlichen Ordnung, der guten Sitten und des Rechts der Persönlichkeit (Art. 19 OR) und unter Vorbehalt gegenteiliger Anordnungen des Verstorbenen darüber verfügen."*

659 Aus dem Persönlichkeitsrecht (Art. 28 ZGB) bzw. aus dessen Nachwirkung über den Tod hinaus wird abgeleitet, dass jede urteilsfähige Person kompetent ist, verbindliche **Anordnungen über ihre Bestattung** zu treffen.

660 Jeder Mensch kann zu Lebzeiten mündliche oder schriftliche Anordnungen treffen, was mit dem Leichnam zu geschehen hat. Eine derartige Anordnung ist jedoch, im Interesse der *jeweiligen* Selbstbestimmung, jederzeit widerruflich. Hat eine Person derartige Anordnungen bis zu ihrem Ableben nicht widerrufen, so kommen sie nach dem Tod zum Tragen.

661 Bezüglich des Leichnams sind folgende Alternativen möglich:

¹⁵⁹ So BK-UCHER (1976), N. 67 zu Art. 11 ZGB.

¹⁶⁰ BK-MEIER-HAYOZ (1981), Systematischer Teil vor Art. 641-654 ZGB, N. 134, S. 73.

- a) die Bestattung (im Rahmen der öffentlichrechtlichen, jeweils gültigen Bestattungsvorschriften) ohne vorherige Freigabe zu einem der nachgenannten Zwecke;
 - b) die vorherige Freigabe des Leichnams für Organentnahmen;
 - c) die vorherige Freigabe des Leichnams für eine Autopsie (Öffnung der Leiche zwecks Abklärung der Todesursache und anderer Leiden);
 - d) die permanente Freigabe des Leichnams für wissenschaftliche Zwecke, ohne Bestattung¹⁶¹.
- 662 Anordnungen über die Bestattung fallen nicht unter den Begriff der *letztwilligen Verfügung* und unterstehen nicht den dafür geltenden Formerfordernissen. Sie können also auch durch Ankreuzen einer Option auf einem Formular oder mündlich getroffen werden. Voraussetzung für die Verbindlichkeit solcher Anordnungen ist, dass sie aus einem klaren rechtlichen Gestaltungswillen heraus getroffen worden sind. Blosser gesprächsweiser Andeutungen und Wünsche genügen nicht.
- 663 Für Anordnungen des Verstorbenen über die Zulässigkeit einer **Autopsie** oder einer **Organentnahme aus dem Leichnam** lässt die Praxis formfreie Willensäusserungen gelten, und zwar auch von Personen, die mangels des erforderlichen Alters von 18 Jahren oder mangels erforderlicher Urteilsfähigkeit nicht gültig eine letztwillige Verfügung errichten könnten¹⁶². Die Anordnung gilt als verbindlich, wenn der Verstorbene bezüglich des Umgangs mit seinem künftigen Leichnam Überzeugungen hatte und diese geäußert hat.
- 664 Das öffentliche Recht der Kantone sieht für **Organentnahmen bei Verstorbenen**, soweit diese Vorgänge in öffentlichrechtlich konstituierten Anstalten (Kantonsspitalen, Gemeindespitalen) erfolgen, verschiedene Varianten vor, wobei die kantonalen Regelungen in drei Gruppen unterteilt werden können, nämlich in das *Einwilligungsmodell*, das *Widerspruchsmodell* und das *Informationsmodell*.
- 665 Das **Einwilligungsmodell** (*Organentnahme nur mit ausdrücklicher Einwilligung*): In einigen Kantonen ist vorgeschrieben, dass entweder der Verstorbene zu Lebzeiten in einer Patientenverfügung ("Spenderausweis") selber seinen Spenderwillen erklärt hat, oder dass nach seinem Ableben die nächsten Angehörigen ihre ausdrückliche Einwilligung zur Organentnahme erteilen; andernfalls dürfen keine Organe entnommen werden.
- 666 Das **Widerspruchsmodell** (*Organentnahme zulässig, ausser bei ausdrücklichem Widerspruch*): In anderen Kantonen erlaubt das öffentliche Recht die Organentnahme, wenn weder der Verstorbene zu Lebzeiten, noch seine nächsten Angehörigen nach seinem Tode, ausdrücklich widersprochen haben. In diesen Kantonen wird die Entnahme-Erlaubnis also vermutet¹⁶³.
- 667 Das **Informationsmodell** (*Organentnahme zulässig nach Information der Angehörigen*): Es gilt in den übrigen Kantonen¹⁶⁴ und erlaubt die Entnahme von Organen, nachdem die Angehörigen über die bevorstehende Organentnahme und die Widerspruchsmöglichkeit informiert worden sind und nicht widersprochen haben.

¹⁶¹ Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 12.66; BGE 101 II 177 ff., 191. - Die Leichenteile werden in diesem Fall entweder als anatomische Präparate langfristig aufbewahrt oder sie werden beseitigt.

¹⁶² Vgl. BGE 109 II 353, 101 II 191, 70 II 130.

¹⁶³ Vgl. BGE 98 I a 525.

¹⁶⁴ Darunter BS und BL.

- 668 Unter dem privatrechtlichen Aspekt des Persönlichkeitsschutzes (Art. 28 ZGB) hat das Bundesgericht Erwägungen angestellt, aus denen das *Informationsmodell* von Bundesrechts wegen als Mindestanforderung in allen Kantonen gilt¹⁶⁵. Somit dürfen in jenen 13 Kantonen, die dieses Modell in der Vergangenheit bereits praktiziert hatten, nun mit bundesgerichtlichem Segen die Organe von Verstorbenen entnommen werden, wenn dem nicht vom Verstorbenen zu Lebzeiten oder nach seinem Tod von den *gehörig informierten Angehörigen* ausdrücklich widersprochen wurde. Zu den betreffenden Kantonen gehören auch alle diejenigen, in welchen sich Transplantationszentren befinden (ZH, GE, BS, BE, VD, SG). Sind die Angehörigen für die Mitteilung des Todes und der beabsichtigten Organentnahme nicht erreichbar und können sie demgemäss nicht informiert werden, so muss auf die Organentnahme verzichtet werden.
- 669 Hat der Verstorbene zu Lebzeiten seine Verbots- und Erlaubniskompetenz bezüglich der zu wählenden Alternative ausgeübt, so steht den Angehörigen nach seinem Ableben keine diesbezügliche Kompetenz mehr zu. Hat er seine Kompetenzen zu Lebzeiten nicht ausgeübt, so liegen diese nach seinem Ableben bei den Angehörigen.
- 670 Die Entscheidungskompetenz der Angehörigen ist Ausfluss ihres eigenen Persönlichkeitsrechts, d.h. ihrer Verbundenheit mit dem verstorbenen Angehörigen. Der Begriff der "nächsten Angehörigen" ist nicht im Sinne des Erbrechts, sondern im Sinne der engsten persönlichen Verbundenheit mit der verstorbenen Person zu interpretieren. Werden diese Angehörigen nicht angehört oder werden ihre Anordnungen z.B. bezüglich Organtransplantationen missachtet, so wird *ihr* Persönlichkeitsrecht verletzt. Es liegt eine Störung ihres seelischen Wohlbefindens vor (vgl. Ziff. 613 ff.).

G. Die Rechtsbehelfe im Persönlichkeitsschutz

1. Vorbemerkung zur Terminologie

- 671 Art. 28a-f ZGB regelt die prozessuale Durchsetzung des Persönlichkeitsrechts. Die verschiedenen zulässigen Rechtsbegehren werden von RIEMER, Studienbuch (1995), S. 138 ff. und von ANDREAS BUCHER (1999), Ziff. 570 ff., als verschiedene "*Klagen*" bezeichnet. PEDRAZZINI/OBERHOLZER (1993), S. 150 ff., spricht stattdessen von den verschiedenen "*Ansprüchen*".
- 672 Wenn im modernen Recht von verschiedenen "Klagen" gesprochen wird, so muss bewusst bleiben, dass der Begriff meist etwas grundsätzlich anderes meint als im römischen Recht. Im alten Rom war der gerichtliche Rechtsschutz beschränkt auf typische Sachverhalte, die in bestimmten Spruchformeln behauptet werden mussten. So gab es eine "*Klage aus Verkauf und noch nicht bezahltem Kaufpreis*". Im modernen Recht können beliebige Sachverhalte zur gerichtlichen Beurteilung gebracht und beliebige Ansprüche gerichtlich geltend gemacht werden, ohne dass das Vorhandensein einer passenden Klageformel vorausgesetzt würde.
- 673 Unter "Klagen" versteht man heutzutage meist die *Typen von Rechtsbegehren*, nicht deren tatbeständliche Grundlagen. Im Vordergrund stehen die drei Haupttypen der Leistungsklage (was die Unterlassungsklage einschliesst), der Gestaltungsklage und der Feststellungsklage. Diese Klage-Typen finden Verwendung bei Rechtsstreitigkeiten in allen Rechtsbereichen, im Sachenrecht ebenso wie im Familienrecht, Vertragsrecht, Gesellschaftsrecht etc.

¹⁶⁵ BGE 98 Ia 525; 101 II 177 ff.; 123 I 112.

674 Nur ausnahmsweise tragen einzelne prozessuale Rechtsbehelfe noch heute den Namen einer bestimmten Klage im Sinne römischrechtlicher Terminologie, nämlich bezogen auf einen bestimmten Sachverhalt. So spricht man von der Ehescheidungsklage, der Erbschaftsklage, der Erbteilungsklage, der Eigentumsherausgabeklage ("Vindikation").

2. Überblick über die einzelnen Rechtsbehelfe

675 Bei der Verletzung der Persönlichkeit hat der Verletzte je nach den Umständen einen oder mehrere der nachgenannten Ansprüche:

Vier nicht-vermögensrechtliche Ansprüche gemäss ZGB:

- Unterlassungsanspruch (Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB);
- Beseitigungsanspruch (Art. 28a Abs. 1 Ziff. 2 ZGB);
- Feststellungsanspruch (Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB);
- Berichtigungs- und Veröffentlichungsanspruch (Art. 28a Abs. 2 ZGB);

Drei vermögensrechtliche Ansprüche gemäss OR:

- Schadenersatzanspruch (Art. 41 OR, Verweisnorm in Art. 28a Abs. 3 ZGB);
- Genugtuungsanspruch (Art. 47 und 49 OR, Verweisnorm in Art. 28a Abs. 3 ZGB);
- Gewinnherausgabeanspruch (Art. 423 OR, Verweisnorm in Art. 28a Abs. 3 ZGB).

Von diesen 7 Ansprüchen kann man die ersten drei als Verteidigungsinstrumente, die nachfolgenden vier als Wiedergutmachungsinstrumente bezeichnen¹⁶⁶. Der Schadenersatzanspruch setzt aufseiten des Verletzers ein Verschulden voraus; die anderen Ansprüche können auch ohne Verschulden des Verletzers gegeben sein.

676 Als selbständiger Rechtsbehelf, der nicht notwendigerweise eine Persönlichkeitsverletzung, sondern lediglich das "persönliche Betroffensein" durch eine Publikation in den Medien voraussetzt, ist schliesslich das **Gegendarstellungsrecht** zu nennen; vgl. hiezu hinten, Ziff. 731 ff.

3. Prozessvoraussetzungen und Sachlegitimation der Parteien

677 Prozessvoraussetzungen heissen im Prozessrecht jene Rechtsbedingungen, die erfüllt sein müssen, damit das Gericht die Klage durch ein Sachurteil (Gutheissung oder Abweisung der Klage) erledigen kann. Fehlt eine Prozessvoraussetzung, dann ist die Klage durch ein Prozessurteil als unzulässig zurückzuweisen; in diesem Falle lautet das Urteil auf Nicht-Eintreten.

678 Zu den Prozessvoraussetzungen gehören seitens des Gerichtes die örtliche Zuständigkeit, d.h. die Frage, ob die Klage an einem zulässigen Gerichtsstand angebracht worden ist, sei-

¹⁶⁶ HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 14.15, qualifizieren die Beseitigungs-, Feststellungs- und Berichtigungsansprüche (auch) als wiedergutmachend ("reparatorisch")

tens der Parteien die Partei- und Prozessfähigkeit¹⁶⁷ sowie das Rechtsschutzinteresse. Nicht zu den Prozessvoraussetzungen gehört die Sachlegitimation der Parteien; ob der eingeklagte Anspruch *dem Kläger* (oder sonst jemandem) zusteht, d.h. ob der Kläger aktivlegitimiert ist, und ob sich der Anspruch *gegen den Beklagten* richtet, d.h. ob dieser passivlegitimiert ist, sind Fragen, die durch ein Sachurteil entschieden werden.

- 679 Als **Gerichtsstände** für Klagen aus Persönlichkeitsschutz stehen der Klägerin gemäss ausdrücklicher Vorschrift von Art. 28b ZGB/Art. 12 lit. a GestG¹⁶⁸ nach ihrer Wahl das Gericht an ihrem eigenen Wohnsitz oder dasjenige am Wohnsitz des Beklagten zur Verfügung. Der Wohnsitzgerichtsstand kann gemäss Art. 28b Abs. 2 ZGB/Art. 7 Abs. 2 GestG auch für vermögensrechtliche Klagen (auf Schadenersatz, Genugtuung oder Gewinnherausgabe) in Anspruch genommen werden; dies stellt eine Abweichung vom Grundsatz des Art. 30 Abs. 2 BV (= Art. 59 aBV) dar, wonach vermögensrechtliche Klagen gegen aufrechtstehende, d.h. nicht im Konkurs befindliche Schuldner an deren Wohnsitz anzubringen sind.
- 680 Das **Rechtsschutzinteresse** ist bei den vermögensrechtlichen Leistungsklagen, insbesondere bei Klagen auf Geldleistung, ferner bei Beseitigungs- und Berichtigungsklagen offensichtlich und bedarf keiner besonderen Erörterung in der Klagebegründung.
- 681 Bei der persönlichkeitsrechtlichen Unterlassungsklage deckt sich die Frage nach dem Rechtsschutzinteresse mit derjenigen, inwiefern das Verhalten des Beklagten eine künftige Persönlichkeitsverletzung ernstlich befürchten lässt (vgl. Ziff. 688).
- 682 Bei Feststellungsklagen hat die Klägerin im Bereiche des Persönlichkeitsschutzes, wie überall sonst, ihr Rechtsschutzinteresse, d.h. ihr *Interesse an der gerichtlichen Feststellung einer Rechtslage* ("Feststellungsinteresse") ausdrücklich darzutun. Wird das Feststellungsinteresse von der Klägerin nicht behauptet oder bleibt es unbewiesen, so tritt das Gericht auf die Klage nicht ein.
- 683 Im Gegensatz zu anderen Feststellungsklagen ist die persönlichkeitsrechtliche Feststellungsklage bei Verletzungen in der psychischen Integrität und bei Ehrverletzungen meist auch Ausfluss des Beseitigungsanspruchs: Durch die gerichtliche Feststellung der Persönlichkeitsverletzung wird der persönlichkeitsverletzende Zustand der Beschämung oder Ehrlosigkeit des Verletzten beseitigt, der Verletzte gewissermassen rehabilitiert.
- 684 Bei allen persönlichkeitsrechtlichen Klagen hat die Klägerin die Wahl, gegen welchen von mehreren in Frage kommenden Beklagten sie klagen will. Sie braucht nicht notwendigerweise gegen sämtliche potentiellen Beklagten gleichzeitig vorzugehen.
- 685 Bei den durch die Medien erfolgenden Beeinträchtigungen kann sich die Klage gegen den Herausgeber, Redaktor, Journalisten, Drucker, Verteiler oder gegen jede andere an der Herstellung und Verbreitung des Textes oder der Sendung beteiligte Person richten.
- 686 Im zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz gibt es, im Gegensatz zum Pressestrafrecht, keine Kaskadenhaftung, die die Verantwortlichkeit auf einzelne Beteiligte beschränkt. Vielmehr kann unabhängig vom Verschulden jede Person belangt werden, die irgendwie an einer per-

¹⁶⁷ Die Parteifähigkeit ist das Korrelat des materiellrechtlichen Begriffs der Rechtsfähigkeit im Sinne von Art. 11 ZGB. Die Prozessfähigkeit entspricht der Handlungsfähigkeit im Sinne von Art. 12 ZGB.

¹⁶⁸ Das Gerichtsstandsgesetz vom 24.03.2000 tritt voraussichtlich auf den 1.01.2001 in Kraft. Auf diesen Zeitpunkt wird die inhaltlich gleichlautende Bestimmung von Art. 12 lit. a GestG den bisherigen Art. 28b ZGB ablösen.

sönlichkeitsverletzenden Äusserung mitgewirkt hat¹⁶⁹. Der Zeitungsherausgeber ist auch passivlegitimiert bei Klagen, die infolge einer persönlichkeitsverletzenden Leserzuschrift angehoben werden¹⁷⁰.

- 687 Drucker und Verteilpersonen dürfen richtigerweise allerdings nur belangt werden, wenn sie vom persönlichkeitsverletzenden Inhalt Kenntnis hatten, insbesondere also, wenn sie vom Verletzten vorgängig ausdrücklich darauf hingewiesen und gewarnt worden waren. Abzulehnen wäre eine Rechtspflicht von Druckern und Verteilpersonen, die Texte zu lesen, die ihnen zum Druck und zur Verteilung anvertraut sind.

4. Die sieben Rechtsbehelfe

a) Unterlassungsanspruch (Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB)

- 688 Der Unterlassungsanspruch (Klagebegehren: *"Es sei dem Beklagten zu verbieten ..."*) kann nur dann gerichtlich geltend gemacht werden, wenn das Verhalten des Beklagten eine künftige Persönlichkeitsverletzung *ernstlich befürchten lässt*¹⁷¹. Das ernstliche Wiederholungsrisiko wird vor allem dann zu einer beweisbaren Tatsache, wenn der Verletzer die Handlung in der Vergangenheit bereits vorgenommen hat und deren Wiederholung androht oder Anstalten zur Wiederholung trifft.
- 689 Der Unterlassungsanspruch setzt nicht voraus, dass den Beklagten ein Verschulden trifft bzw. dass ihn bei Vornahme der Persönlichkeitsverletzung ein Verschulden träfe.
- 690 Als Handlungen, deren künftige Ausführung gerichtlich verboten werden kann, kommen praktisch alle Verletzungstatbestände in Frage. Am häufigsten ist die Unterlassungsklage bei ehrenrührigen Behauptungen in der Öffentlichkeit.
- 691 Als Beispiel eines gegen Ehrverletzungen gerichteten Unterlassungsbegehrens diene folgende Formulierung:
"Es sei dem Beklagten zu verbieten, in Zukunft zu behaupten, der Kläger sei ein Handlanger der kolumbianischen Drogenmafia, und es sei dem Beklagten für den Widerhandlungsfall die Verzeigung zur Bestrafung mit Haft oder Busse gemäss Art. 292 StGB anzudrohen."
- 692 Aktivlegitimiert ist, wer von der künftigen Persönlichkeitsverletzung selber ernsthaft bedroht ist. Überdies steht die Aktivlegitimation auch Verbänden zum Schutz ihrer Mitglieder zu, wenn die einzelnen Mitglieder faktisch ausserstande sind, ihre Interessen selber sachgerecht wahrzunehmen¹⁷².
- 693 Passivlegitimiert ist, wer an der befürchteten Persönlichkeitsverletzung (voraussichtlich) als Urheber, Anstifter oder Gehilfe mitwirkt.

¹⁶⁹ Vgl. BGE 5C.184/1999 vom 23.12.1999, mitgeteilt in NZZ Nr. 300 vom 24.12.1999, S. 14, sowie 113 II 213 ff. i.S. Seiler.

¹⁷⁰ Vgl. BGE 106 II 92 ff., 99-101, i.S. Minelli.

¹⁷¹ So BGE 108 II 344, 97 II 108, 95 II 500.

¹⁷² Das Verbandsklagerecht einer Gewerkschaft wurde in BGE 121 III 176 bejaht bezüglich deren Klage aus Arbeitnehmer-Persönlichkeitsrecht. Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 14.04-14.08; PEDRAZZINI/OBERHOLZER (1993), S. 153.

694 Das Gericht tritt auf die Unterlassungsklage nur ein, wenn das Verhalten, dessen gerichtliches Verbot verlangt wird, im Rechtsbegehren konkret umschrieben wird. Die blosser Erwähnung der unerwünschten Folgen eines Verhaltens genügt nicht. Ungenügend konkretisiert wäre also im obigen Falle folgende Formulierung des Rechtsbegehrens: *"Es sei dem Beklagten jede Äusserung zu verbieten, durch welche der Kläger unlauterer Machenschaften bezichtigt wird"*.

b) Beseitigungsanspruch (Art. 28a Abs. 1 Ziff. 2 ZGB)

695 Der Beseitigungsanspruch betrifft die Beseitigung von Sachen ("hardware"). Er spielt in der Gerichtspraxis eine geringe Rolle¹⁷³. Es geht vorwiegend um die Beseitigung von gedruckten Materialien (Zeitungen, Prospekte, Bücher, Plakate), die persönlichkeitsverletzende Texte oder Bilder enthalten. So kann der Richter persönlichkeitsverletzende Plakate oder Transparente beseitigen lassen, solange sie noch aufgehängt sind.

696 Der Beseitigungsanspruch besteht auch dann, wenn den Urheber der Persönlichkeitsverletzung kein Verschulden trifft.

697 Als Beispiel eines Beseitigungsbegehrens diene folgende Formulierung:

"Es sei der Beklagte dazu zu verurteilen, innert 10 Tagen ab Rechtskraft des Urteils alle sich noch in seinem Besitz befindlichen Exemplare der Basler Zeitung vom 24.12.1999 zu vernichten".

c) Feststellungsanspruch (Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB)

698 Bei diesem Rechtsbehelf handelt es sich um eine *Feststellungsklage eigener Art*. Jenes Feststellungsinteresse, das bei anderen Feststellungsklagen vom Kläger vorweg zu beweisen ist¹⁷⁴, hat beim vorliegenden Rechtsbehelf keine eigenständige Bedeutung, und zwar aus folgendem Grund:

699 Anderswo dient die Feststellungsklage der autoritativen *Klärung eines ungewissen Rechtsverhältnisses*. Man denke an eine Aktiengesellschaft, die ihre Geschäftsliegenschaft auf 20 Jahre fest gemietet hat und im Begriffe steht, mit einer anderen AG zu fusionieren. Wenn der Vermieter nun behauptet, die Fusion gebe ihm gemäss seiner Auslegung des Mietvertrags das Recht zur vorzeitigen Kündigung, wovon er gegebenenfalls Gebrauch machen werde, so hat die Mieterin ein schützenswertes Interesse, gerichtlich feststellen zu lassen, die bevorstehende Fusion gebe dem Vermieter kein Kündigungsrecht. Das gutheissende Feststellungsurteil erlaubt der Klägerin die Fusion in der Gewissheit, ihr Geschäftsdomizil während der vollen Mietdauer beibehalten zu können. Das abweisende Feststellungsurteil gibt

¹⁷³ Vgl. in diesem Sinne RIEMER, Studienbuch (1995), Ziff. 388.

¹⁷⁴ Vgl. OSCAR VOGEL, Grundriss des Zivilprozessrechts, 5. Aufl., § 34, N 23: Feststellungsklagen sind im allgemeinen nur zulässig, wenn ein rechtserhebliches Feststellungsinteresse besteht, welches unter drei Voraussetzungen bejaht werden kann: (1.) Ungewissheit, Unsicherheit oder Gefährdung der Rechtsstellung des Klägers; (2.) Unzumutbarkeit der Fortdauer dieser Rechtsungewissheit; (3.) Unmöglichkeit der Behebung der Ungewissheit auf andere Weise, insbesondere nicht durch eine Leistungs- oder Gestaltungsklage.

der Klägerin die Gewissheit, dass sie entweder auf die Fusion verzichten oder auf dem Verhandlungsweg mit ihrem Vermieter eine Lösung suchen muss.

- 700 Da die Gerichte nicht dazu da sind, sich mit der Beurteilung abstrakter Probleme und theoretischer Rechthabereien zu befassen, sind Feststellungsklagen, wie gesagt, im allgemeinen nur zulässig, wenn die Klägerin ein *schützenswertes Feststellungsinteresse* nachweist, d.h. ein *relevantes Risiko aufgrund einer ungewissen Rechtslage*, das zu tragen für die Klägerin *unzumutbar* ist und das sie *nicht durch eine Leistungs- oder Gestaltungsklage beseitigen* kann.
- 701 Bei der **Feststellungsklage gemäss Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB** geht es um etwas anderes. Liegt eine grössere oder kleinere Persönlichkeitsverletzung durch eine Verunglimpfung in den Medien vor und weigert sich der Verletzte, seine Äusserung zurückzunehmen, so ist das Feststellungsinteresse aufseiten des Verletzten grundsätzlich immer gegeben. Bei grossen Verletzungen ist dieses Interesse gross, bei kleineren kleiner.
- 702 Zur Illustration denke man an einen Politiker, dem von einem Journalisten in der Tagespresse vorgeworfen wird, er verdiene sein Geld mit Handlangerdiensten für die kolumbianische Drogenmafia. Wenn sich der Journalist weigert, die Behauptung zurückzunehmen, so dient die Feststellungsklage dem Verletzten dazu, autoritativ und auf Kosten des Verletzers feststellen zu lassen, dass der Vorwurf persönlichkeitsverletzend - und also *unberechtigt* war. Mit der Feststellungsklage macht der Verletzte zudem sichtbar, dass er sich den Angriff *nicht bieten lässt*. Die Feststellungsklage dient mithin der Rehabilitation der Ehre des Verletzten gegenüber dem Verletzer, und zwar vor den Augen jenes Publikums, dem der Kläger das Urteil zur Kenntnis bringt.
- 703 Das persönlichkeitsschützende Feststellungsurteil schafft also, im Gegensatz zu anderen Feststellungsurteilen, nicht rechtliche Gewissheit in einer Situation der Ungewissheit, sondern es hat *Beseitigungswirkung*¹⁷⁵. Beseitigt wird die noch *im Urteilszeitpunkt andauernde*¹⁷⁶ *rechtswidrige Störung*¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Vgl. BGE 123 III 354 (357, E. 1c): "*Sie [die Feststellungsklage] hat in erster Linie Beseitigungsfunktion: Die gerichtliche Feststellung der Widerrechtlichkeit dient dazu, bei den Empfängern der beanstandeten Äusserung das durch diese hervorgerufene falsche Bild des Angegriffenen auszuwischen und dessen angeschwärzte wirtschaftliche Ehre reinzuwaschen ...*". - In gleichem Sinne der BGE vom 22.3.1996 (5C.243/1995/ABS, in: medialex 1996, S. 156 [S. 157, E. 5]), sowie in BGE 122 III 449 ff. (452, E. 2a) und BGE 95 II 481 E. 9, S. 498. - Die im älteren BGE 120 II 371 eingeführte Differenzierung von *Störungswirkung* und *Störungszustand* ist in BGE 123 III 354 (359, E. 1d) richtigerweise wieder aufgegeben worden. In BGE 120 II 371 hatte das Bundesgericht die unhaltbare Regel aufgestellt, das Feststellungsinteresse sei nur gegeben, wenn der Störungszustand geeignet sei, neue Störungswirkungen hervorzurufen. Der Entscheid hatte zu Kritik geführt, so durch VOGEL, ZBJV 132/1996, S. 137 f.; GEISER, Persönlichkeitsschutz: Pressezensur oder Schutz vor Medienmacht?, SJZ 92/1996, S. 78 f.; TERCIER, Le droit de la personnalité - chronique de la jurisprudence 1996, medialex 1997, S. 111 f. - Im späteren Urteil 123 III 354 vom 8.7.1997 hat das Bundesgericht dann zutreffend erkannt, dass die Differenzierung zwischen Störungszustand und Störungswirkung nicht überzeugt; vgl. auch HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 14.32 ff.

¹⁷⁶ Vgl. BGE 123 III 385 (E. 4a, S. 388): "*Das vom Bundesrecht abschliessend geregelte Rechtsschutzinteresse muss auch im Zeitpunkt des Urteils noch vorhanden sein. Das gilt allgemein (BGE 116 II 351 E. 3c, S. 355/356 mit Hinweis), aber auch für die Feststellungsklage nach Art. 28a Abs. 1 Ziffer 3 ZGB (BGE 122 III 449 E. 2b, S. 453, Abs. 2, a.E.). ... Der Einwand des Klägers, durch Zeitablauf könne diese Sachurteilsvoraussetzung entfallen, trifft zwar zu, ist aber nichts Besonderes und gehört zum Prozessrisiko (z.B. BGE 109 II 165 E. 2, S. 165 ...)*".

- 704 Dabei versteht sich, dass *nicht jede Bagatelle* zu einem Gerichtsverfahren führen darf. Die Gerichte sind nicht dazu da, ihren Apparat für die zivilrechtliche Ahndung geringfügiger Persönlichkeitsverletzungen in Bewegung zu setzen. Der Prozesswut überempfindlicher und rechthaberischer Zeitgenossen wäre sonst keine Grenze gesetzt.
- 705 Die Gerichte haben demgemäss Regeln entwickelt, die gewährleisten sollen, dass nur *schwere* Persönlichkeitsverletzungen zu Feststellungsprozessen führen. Da das Gesetz aber für den Ausschluss von Bagatellklagen keine Grundlage bietet, haben die Gerichte nach einem Weg gesucht, der dieses Ziel in gesetzeskonformer Weise *indirekt* erreicht.
- 706 Wie haben die Gerichte dies bewerkstelligt? - Ausgangspunkt war der Gesetzeswortlaut, gemäss welchem die Feststellungsklage nur zulässig ist, wenn sich die Persönlichkeitsverletzung "*weiterhin störend auswirkt*"¹⁷⁸. Dies führt zur Frage, worin die relevante Störung besteht.
- 707 In früheren Urteilen wurde abgestellt auf die Archivierung und andauernde Zugänglichkeit des *Papiers*¹⁷⁹, auf dem die Verunglimpfung abgedruckt worden war. Schon früh wurde jedoch die Abkehr von dieser Betrachtungsweise eingeleitet. Stattdessen wurde die Störung im *Gedankenbild* gesehen, das sich infolge der Verunglimpfung beim Publikum gebildet hatte¹⁸⁰. In BGE 122 III 449 (453) wurde gesagt: "*Nicht auf die im Fortbestand des Presseerzeugnisses [d.h. im archivierten Papier] liegende Rechtsgefährdung soll es ankommen, sondern entscheidend ist das durch die Äusserung beim Verletzten und bei den Empfängern geprägte falsche Gedankenbild, das andauert und nur durch eine Berichtigung ausgelöscht werden kann; im Vordergrund steht also die Beseitigung eines geistigen Zustands. Verallgemeinernd kann gesagt werden: Ein in der Vergangenheit abgeschlossener Eingriff in die Persönlichkeit wirkt sich im Sinne von Art. 28a Abs. 1 Ziffer 3 ZGB dann weiterhin störend aus, wenn dadurch ein dem Verletzten nachteiliges Vorstellungsbild nicht nur geprägt worden ist, sondern im Urteilszeitpunkt noch besteht*"¹⁸¹. Diese Betrachtungsweise wurde vom Bundesgericht ein Jahr später bestätigt¹⁸². Die Frage nach der fortdauernden Störung hat sich also verschoben vom *Papier in Archiven* hin zum *Gedankenbild in Köpfen*.

¹⁷⁷ Es geht auch nicht um die Prävention künftiger Verletzungen (also nicht um Gefahrenabwehr). Soweit die gerichtliche Feststellung der Widerrechtlichkeit dem Verletzten Satisfaktion zu verschaffen vermag, lässt sich die Feststellungsklage ausserdem auch als eine Art von *geldfremder Genugtuung* auffassen. - Vgl. in diesem Sinne BGE 123 III 354 (357 f.), unter Verweis auf BK-BREHM, N 107 zu Art 49 OR; MAX KUMMER, Der zivilprozessrechtliche Schutz des Persönlichkeitsrechts, ZBJV 103/1967, s. 109. - Einzelne Autoren erblicken in der Feststellungsklage *nur* ein Genugtuungs-, nicht auch ein Beseitigungsinstrument; vgl. REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 1995, S. 103 f. N 508 ff., GEISER (1990), S. 236, N 12.6 und S. 239, N 12.11.

¹⁷⁸ Vgl. Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB.

¹⁷⁹ So noch in BGE 122 III 449 ff., 453.

¹⁸⁰ Vgl. etwa BGE 104 II 4, 104 II 234, mit zahlreichen Verweisungen; Urteil des Kassationsgerichtes Zürich vom 2.11.1987, ZR 87, 10, S. 26 ff. (29); ferner MAX KUMMER, Der zivilprozessrechtliche Schutz des Persönlichkeitsrechtes, ZBJV 103/1967 S. 106/107.

¹⁸¹ So BGE 122 III 449 (453) mit Verweisen auf HANS MERZ, Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Ehrverletzungen und verwandte Beeinträchtigungen durch die Druckerpresse, SJZ 67/1971 S. 65/85 ff., S. 90; LÜCHINGER, Der privatrechtliche Schutz der Persönlichkeit und die Massenmedien, SJZ 70/1974 S. 321 ff S. 327.

¹⁸² BGE 123 III 385 (E. 4a, S. 387 oben).

- 708 Ausgehend vom diesem Störungsbegriff (*Gedankenbild in Köpfen*) macht das Bundesgericht einen Unterschied zwischen schweren und leichten Verletzungen. Das Gericht ist der Auffassung, schwere Verletzungen blieben nach allgemeiner Erfahrung langfristig in der Erinnerung des Publikums haften, leichte Verletzungen dagegen nicht. Bildhaft gesagt: Die laut klatschende Ohrfeige prägt sich beim Publikum langfristig ein und ist eine dauerhafte Störung für das soziale Ansehen des Verletzten. Hatte die Ohrfeige seinerzeit dagegen nur leise geklatscht, so ist sie beim Publikum rasch wieder vergessen. Prozessual bedeutet dies: Bei *schweren* Verletzungen wird das Fortdauern der Störung *vermutet*¹⁸³. Bei *leichten* Verletzungen wird es *nicht vermutet*.
- 709 Da faktisch weder Kläger noch Beklagte jemals beweisen können, welche Gedankenbilder in den Köpfen einer Leserschaft (oder einer Radio-Zuhörerschaft oder Fernseh-Zuschauerschaft) weiterbestehen oder nicht mehr bestehen, dreht sich der Streit im Feststellungsprozess nur noch um die Frage, ob die ehemals erfolgte Verunglimpfung eine schwere oder eine leichte Persönlichkeitsverletzung - eine laut oder eine leise klatschende Ohrfeige - gewesen ist. Im ersten Falle gilt die andauernde Störung kraft der vom Bundesgericht postulierten Vermutung als bewiesen. Im zweiten Falle bleibt sie mangels dieser Vermutung zwangsläufig unbewiesen - womit bei schweren Verletzungen die Gutheissung der Feststellungsklage, bei leichten Verletzungen deren Abweisung vorprogrammiert ist.
- 710 Mit der unterschiedlichen Beweislast für Schwer- und Leichtverletzte erreicht das Bundesgericht das Ziel, die Gerichte vor Prozessen um Bagatell-Verletzungen freizustellen¹⁸⁴.
- 711 Als Beispiel eines Feststellungsbegehrens diene folgende Formulierung:
- "Es sei festzustellen, dass der Kläger durch den Artikel im Sonntagsblick vom 22. Mai 1994 (S. 6) in seiner Persönlichkeit insoweit widerrechtlich verletzt worden ist, als er darin tatsächlich als Arzt dargestellt wurde, der eine ihm unbekannte Patientin (Maya Z.) aus unzureichenden medizinischen Gründen in eine psychiatrische Klinik eingewiesen hat."*¹⁸⁵
- 712 Man beachte, dass der Kern dieser Aussage in der rechtlichen Qualifikation (Verletzung des Persönlichkeitsrechts), nicht in der Tatsachenfeststellung als solcher (Veröffentlichung einer unwahren Behauptung) liegt. Feststellungsklagen zielen immer auf die Feststellung von Rechtsverhältnissen, nicht auf die Feststellung von Tatsachen, ab. Jedoch muss das Klagebegehren (und in der Folge das Urteilsdispositiv) konkretisieren, inwiefern die Persönlich-

¹⁸³ So BGE 123 III 385 vom 8.10.1997 (E. 4a, S. 387), mit Verweis auf 122 III 449 E. 2b, S. 453): *"Diesen Nachweis der Störungswirkung hat das Bundesgericht dem Kläger bei schweren Eingriffen in die Persönlichkeit abgenommen, weil von diesen nach allgemeiner Lebenserfahrung auf eine anhaltend störende Auswirkung der Verletzung geschlossen werden darf"*. BGE 123 III 388, oberste Zeile, spricht in diesem Zusammenhang von einer *Beweislastumkehr*.

¹⁸⁴ Die Formulierung von Art. 28 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB ist im Art. 9 Abs. 1 lit. c UWG wörtlich übernommen worden, und zwar im Interesse einer kohärenten Gesetzgebung; vgl. Botschaft des Bundesrates, BBl 1983 II, S. 1074 f., Ziff. 242 und 242.1; BGE 123 III 354 (357, E. 1b). Die Rechtsprechung zu Art. 9 Abs. 1 lit. c UWG macht keine Unterscheidung zwischen schweren und leichten Verletzungen, sondern geht bei allen Verletzungen, schwer und leicht, von der Vermutung der fortdauernden Störung aus; vgl. BGE 123 III 354. Das ist insofern angebracht, als beim UWG nicht die Persönlichkeitsverletzung, sondern der Wettbewerbsnachteil des Klägers zur Diskussion steht. Unternehmer reichen in der Regel nur dann Klagen ein, wenn dies kommerziell sinnvoll ist. Im Bereiche des UWG besteht also kein Anlass, die Justiz freizustellen von den Bagatellfällen überempfindlicher oder rechthaberischer Zeitgenossen.

¹⁸⁵ Vgl. das diesem Begehren entsprechende Urteilsdispositiv in BGE 126 III 209 (218).

keit verletzt wurde. Diese Konkretisierung führt zu einer Art von Gegendarstellung auf knappstem Raum.

- 713 In der Klagebegründung zu dem hier exemplarisch wiedergegebenen Rechtsbegehren würde der Kläger in erster Linie darzutun haben, dass und inwiefern ihn die Verunglimpfung in seiner Persönlichkeit *schwer* verletzt hat. Gestützt auf diesen Nachweis hätte der Kläger dann beizufügen, dass das Fortdauern der Störung gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung vermutet wird, womit die Klage gutzuheissen sei.

d) Veröffentlichungs- und Berichtigungsanspruch (Art. 28a Abs. 2 ZGB)

- 714 Das Rechtsbegehren um **Urteilsveröffentlichung** gehört als begleitendes (sekundäres) Begehren normalerweise zu der soeben behandelten *Feststellungsklage*¹⁸⁶, nicht zur hienach zu behandelnden Berichtigungsklage. Obsiegt der Kläger mit der Feststellungsklage, so hat er in der Regel einen Anspruch auf Urteilsveröffentlichung, wobei die Veröffentlichung so gestaltet sein muss, dass möglichst die gleichen Adressaten erreicht werden, die auch von der Persönlichkeitsverletzung erfahren hatten. Dem Gericht obliegt es, in Anbetracht der gesamten Umstände die zur Veröffentlichung bestimmten Teile des Urteils und die Modalitäten der Veröffentlichung zu bezeichnen¹⁸⁷.
- 715 Zuweilen genügt auch die blossе amtliche Mitteilung des Urteils an bestimmte Adressaten, etwa an die Mitglieder eines Vereins, innerhalb dessen die Ehrverletzung geäussert wurde. Dann wird statt der Veröffentlichung des Urteils in einer Zeitung dessen Mitteilung an die Vereinsmitglieder beantragt.
- 716 Als Beispiel eines Veröffentlichungsbegehrens diene folgende Formulierung:

"Die Beklagte Ringier AG sei zu verpflichten, innerhalb von sechs Wochen nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils im redaktionellen Teil des Sonntagsblicks an derjenigen Stelle, wo Nachrichten aus der Region Zürich verbreitet werden, unter der fett und 1,2 cm gross geschriebenen Überschrift "Urteilspublikation zugunsten des Arztes Martin Kraska" auf eigene Kosten folgenden Text in der gleichen Schriftgrösse des persönlichkeitsverletzenden Artikels vom 22. Mai 1994 zu publizieren:

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

- 717 Die **Berichtigungsklage** richtet sich vor allem gegen Medien, und zwar mit dem Rechtsbegehren, die Redaktion sei zu verurteilen, eine publizierte Äusserung zu berichtigen. In unserem Beispiel könnte das Berichtigungs-Klagebegehren also lauten:

"Die Beklagte Ringier AG sei zu verpflichten, innerhalb von sechs Wochen nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils im redaktionellen Teil des Sonntagsblicks an derjenigen Stelle, wo

¹⁸⁶ So HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 14.46.

¹⁸⁷ Vgl. BGE 126 III 209 (217); 100 II 177 (180 f.).

Nachrichten aus der Region Zürich verbreitet werden, unter der fett und 1,2 cm gross geschriebenen Überschrift "Berichtigung des Vorwurfs an den Arzt Martin Kraska" auf eigene Kosten folgenden Text in der gleichen Schriftgrösse des persönlichkeitsverletzenden Artikels vom 22. Mai 1994 zu publizieren:

"In Berichtigung des Artikels im Sonntagsblick vom 22. Mai 1994 (S.6) ("Diagnose per Telefon! Arzt liess Patientin in Psychi einsperren") ziehen die Ringier AG und der Sonntagsblick den gegen den Arzt Martin Kraska erhobenen Vorwurf zurück, er habe eine ihm unbekannt Patientin (Maya Z.) aus unzureichenden medizinischen Gründen in eine psychiatrische Klinik eingewiesen."

- 718 In diesem Verfahren geht es nicht um eine Gegendarstellung, d.h. um eine Gegenbehauptung des Verunglimpften, sondern um die richterlich-neutrale Feststellung der *Unwahrheit der ursprünglichen Verunglimpfung* und um die Verurteilung der Verletzerin dazu, die Unwahrheit *selber* zurückzunehmen. Die Beweisführung, womit der Kläger das Gericht von seinem Standpunkt überzeugt, geht die Öffentlichkeit nichts an und wird in der Berichtigung nicht erwähnt.

e) Schadenersatzanspruch (Art. 41 OR)

- 719 Der Schadenersatzanspruch gemäss Art. 41 OR, auf welchen Art. 28a Abs. 3 ZGB verweist, gleicht nicht den Schmerz oder die seelische Unbill der Persönlichkeitsverletzung aus, sondern nur einen allfälligen zusätzlichen Vermögensschaden, insbesondere Heilungskosten bei Körperverletzungen und psychischer Traumatisierung, ferner entgangenen Gewinn, wenn die Ehrverletzung den beruflichen Bereich betraf und z.B. einen nachweisbaren Abgang von Kunden bewirkt hat. Der Schadenersatzanspruch ist, im Gegensatz zu den bisher behandelten Ansprüchen, nur gegeben, wenn dem Verletzer ein Verschulden nachgewiesen werden kann. Bei Ehrverletzungen durch die Medien ist es oft schwierig, eine schuldige Person zu identifizieren.

- 720 Als Beispiel eines Schadenersatzbegehrens diene folgende Formulierung:

"Der Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin als Ersatz des durch die inkriminierten Äusserungen in der Basler Zeitung vom 24.12.1999 erwachsenen Schadens den Betrag von CHF 50'000.-- mit Zins zu 5 % p.a. ab Klageeinreichung zu bezahlen."

- 721 Der Passus *"als Ersatz ... erwachsenen Schadens"* ist nicht nötig, aber unschädlich. Im allgemeinen empfiehlt sich, dass die Klägerin in den Rechtsbegehren nur das sagt, was sie vom Gericht zugesprochen erhalten will, hier die Verurteilung des Beklagten zur Bezahlung eines bestimmten Geldbetrages samt Zins. Die rechtliche Qualifikation des Anspruchs (Schadenersatz, Genugtuung, Gewinnherausgabe etc.) gehört nicht ins Rechtsbegehren, sondern in die Klagebegründung.

f) Genugtuungsanspruch (Art. 47 und 49 OR)

- 722 Der Genugtuungsanspruch besteht, wenn die Persönlichkeitsverletzung schwere körperliche oder seelische Unbill (Schmerz, verminderte Lebensqualität) verursacht hat, die weder durch die defensiven Ansprüche (Unterlassung, Beseitigung, Feststellung) noch durch die übrigen

reparatorischen Ansprüche (Berichtigung und Veröffentlichung, Schadenersatz, Gewinnherausgabe) behoben werden.

- 723 Die frühere Formulierung von Art. 49 OR (in Kraft bis Ende Juni 1985) machte den Genugtuungsanspruch davon abhängig, dass dem Verletzer ein *schweres Verschulden* nachgewiesen werden konnte. Dieses Requisit ist mit der Revision des Persönlichkeitsschutzes (versehentlich) fallen gelassen worden. Seit 1985 genügt es, dass die erlittene *Unbill* aufseiten des Verletzten *schwer* ist. Das Gesetz verlangt keinen Verschuldensnachweis mehr. Während das Bundesgericht in BGE 120 II 97 E. 2c in diesem Sinne das Erfordernis des Verschuldens verneint hatte, korrigierte es diese Auffassung in den Urteilen 123 III 210 und 5C.184/1999 vom 23.12.1999¹⁸⁸: Gemäss den neueren Entscheiden setzt der Anspruch auf Schmerzensgeld wieder ein Verschulden des Verletzers voraus. Kein Verschulden ist erforderlich bei Kausalhaftpflichtigen¹⁸⁹.
- 724 Die schweizerische Gerichtspraxis ist bei der Zusprechung von Genugtuungssummen nicht grosszügig. Allerdings hat in den letzten Jahren ein Trend nach oben eingesetzt. Von den astronomischen Genugtuungssummen, die in den USA zuweilen zugesprochen werden, ist die schweizerische Praxis weit entfernt.
- 725 Als Beispiel eines Genugtuungsbegehrens diene folgende Formulierung:

"Der Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin als Genugtuung für die durch die inkriminierten Äusserungen in der Basler Zeitung vom 24.12.1999 zugefügte Verletzung ihrer Persönlichkeit den Betrag von CHF 5'000.-- mit Zins zu 5 % p.a. ab Klageeinreichung zu bezahlen."

g) Gewinnherausgabeanspruch (Art. 423 OR)

- 726 Der in Art. 28a Abs. 3 ZGB enthaltene Verweis auf die Geschäftsführung ohne Auftrag verweist spezifisch auf Art. 423 OR, ohne dass dies im ZGB ausdrücklich gesagt wird¹⁹⁰.
- 727 Der Gewinnherausgabeanspruch ist dann gegeben, wenn der Verletzer durch die unerlaubte Nutzung des verletzten Persönlichkeitsgutes einen Gewinn erzielt hat. Ein solcher Gewinn ist nicht das Korrelat des zugefügten Schadens und kann den Schaden betragsmässig übersteigen. So ist es denkbar, dass die widerrechtliche Verwendung von Namen, Bild oder Stimme in der Werbung zu grossen Gewinnen führt, wogegen der seelische Schmerz des Verletzten als relativ unbedeutend erscheint, ja fehlt, indem der Verletzte sich subjektiv durch die ergangene Publizität sogar noch geschmeichelt fühlt. Trotz solcher angenehmer Gefühle ist der Betroffene in seiner Persönlichkeit, insbesondere in seiner Selbstbestimmung verletzt und kann vom Verletzer die Gewinnherausgabe beanspruchen.
- 728 Die Abstützung des Anspruchs auf die Geschäftsführung ohne Auftrag ist seit 1985 kodifiziertes Recht. Dogmatisch vermag sie nicht restlos zu überzeugen. Es erscheint als künstliche Konstruktion, den Verletzer, der das getan hat, was der Verletzte nicht wollte, so zu qualifizieren, als ob er die Geschäfte des Verletzten geführt hätte. Gerade das hat er eben nicht getan. PEDRAZZINI/OBERHOLZER (1993), S. 161, vertreten die zutreffende Auffassung, statt

¹⁸⁸ Mitgeteilt in NZZ Nr. 300 vom 24.12.1999, S. 14.

¹⁸⁹ Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 14.76.

¹⁹⁰ Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 14.79.

auf Art. 423 OR wäre richtigerweise auf die Figur der ungerechtfertigten Bereicherung (Art. 62 OR), insbesondere auf die Eingriffskondiktion¹⁹¹, zu verweisen gewesen. Indem der Gesetzgeber anders legiferiert hat, ist das Rennen nun gelaufen. Gewinnherausgabeansprüche gegen Persönlichkeitsverletzer sind gestützt auf Art. 423 OR, nicht Art. 62 OR, geltend zu machen.

- 729 Der nun im Gesetz kodifizierte Verweis auf die Geschäftsführung ohne Auftrag führt zu einer uneinheitlichen **Verjährung** der verschiedenen Ansprüche: Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche verjähren gemäss Art. 60 OR binnen eines Jahres von dem Tage hinweg, wo der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat, jedenfalls aber mit dem Ablaufe von zehn Jahren, vom Tage der schädigenden Handlung an gerechnet. Der Gewinnherausgabeanspruch untersteht dagegen der zehnjährigen Verjährung gemäss Art. 127 OR. - Die defensiven persönlichkeitsrechtlichen Ansprüche bestehen so lange, wie der rechtswidrige Zustand andauert bzw. wie die ehrverletzende Äusserung noch im öffentlichen Bewusstsein vorhanden ist. Nachher erlöschen sie.
- 730 Als Beispiel eines Gewinnherausgabebegehrens diene folgende Formulierung:

"Der Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin den Gewinn aus der unbefugten Verwendung ihres Porträtbildes auf der Titelseite der Juni-Ausgabe der Zeitschrift XY herauszugeben, mit Zins zu 5 % p.a. ab Klageeinreichung."

5. Gegendarstellungsrecht (Art. 28g-1 ZGB)

- 731 Das öffentliche Interesse an umfassender Berichterstattung in den Medien rechtfertigt manche Tatsachendarstellung, in welcher bestimmten Personen nahegetreten wird. Solche Tatsachendarstellungen können auch dann gerechtfertigt und erlaubt sein, wenn sie unvollständig, mit persönlichen Auffassungen des Journalisten durchmischt oder sogar unrichtig sind. Der seit 1912 im ZGB stehende Art. 28, der Abwehransprüche wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechtes nur bei widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzungen vorsah, bot dem von der Medienberichterstattung betroffenen Individuum ein ungenügendes Verteidigungsinstrumentar.
- 732 Aus diesem Grunde wurden 1985 die Art. 28g-28l neu ins ZGB eingeführt, die nun ein besonderes Recht auf Gegendarstellung in periodisch erscheinenden Medien geben. Das Recht auf Gegendarstellung steht jedermann zu, der durch Tatsachendarstellungen *"in seiner Person unmittelbar betroffen ist"*. Es genügt das Betroffensein im geschützten Persönlichkeitsbereich. Eine eigentliche Verletzung braucht nicht vorzuliegen, ebensowenig Rechtswidrig-

¹⁹¹ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT (1998), N 1498. - INGBORG SCHWENZER, OR AT (1998), S. 322, Ziff. 55.04. - Der Begriff der Eingriffskondiktion umfasst die Fälle, in denen jemand unbefugt in ein fremdes Recht eingegriffen und sich dadurch einen geldwerten Vorteil verschafft hat. Die Eingreiferin hat der verletzten Person den objektiven Wert der unbefugten Nutzung des fremden Rechtes zu vergüten. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1491, nennen als Beispiele von Eingriffskondiktions-Sachverhalten: Unberechtigte Nutzung fremder Sachen; Annahme einer Zahlung durch den Zedenten mit befreiender Wirkung für den gutgläubig leistenden Schuldner (Art. 167 OR); Entgegennahme einer Versicherungsleistung durch den alten Begünstigten mit befreiender Wirkung für den Versicherer, dem der neue Begünstigte nicht mitgeteilt wurde (BGE 110 II 206); Verarbeitung fremder Sachen (Art. 726 ZGB); Verbindung oder Vermischung beweglicher Sachen, insbesondere von Geldstücken, durch den Bereicherten mit seinen eigenen gleichartigen Sachen (Art. 727 ZGB).

keit, hingegen muss die auslösende Publikation zumindest einen *nachteiligen Anschein* zula-
sten des Betroffenen geschaffen haben. Allenfalls vorhandene Rechtfertigungsgründe bezüg-
lich der Erstpublikation schliessen das Gegendarstellungsrecht nicht aus¹⁹². Der Betroffene
hat das Recht, eine eigene oder ergänzte Version der Tatsachen in einer der folgenden
Nummern oder Sendungen des gleichen Medienunternehmens verbreiten zu lassen, und
zwar auf Kosten des Medienunternehmens.

- 733 Das Gegendarstellungsrecht ist blosser Notbehelf. Der Betroffene sitzt immer am kürzeren
Hebel. Seine Gegendarstellung ist "*in knapper Form auf den Gegenstand der beanstandeten
Darstellung zu beschränken*", darf ihrerseits "*nicht offensichtlich unrichtig*" sein und nicht
"*gegen das Recht oder die guten Sitten*" verstossen (Art. 28h ZGB). Damit ist vorgezeichnet,
dass die Wirkung der Gegendarstellung beim Publikum dürftig bleibt. Oft liegt das Bösi-
ge einer Medienberichterstattung gerade in der Stimmung, in Ober- und Untertönen, Bil-
dern, Vergleichen und Assoziationen, in der Auswahl und Gewichtung dessen, was der
Journalist sagt und was er nicht sagt, ohne dass eine einzige handfeste Tatsache unrichtig
dargestellt wird. Wenn der Betroffene nun seine Version bringen will, dann ist ihm ver-
wehrt, seinerseits Stimmung zu machen, Emotionen zu wecken, bildhafte Vergleiche zu ge-
brauchen etc. Er muss sich kurz fassen und darf nur Tatsachen bringen. Die Gegendarstel-
lung wird also immer ein relativ geist- und humorloser Text ohne Pikanterie und redaktio-
nellen Schwung sein.
- 734 Hinzu kommt, dass die Medienschaffenden Professionals der Redaktionstechnik sind, wäh-
rend die Betroffenen und zur Gegendarstellung Berechtigten oft nicht wirkungsvoll schrei-
ben können. Durch eine stümperhafte Gegendarstellung macht sich der Betroffene aber erst
recht lächerlich. Die Öffentlichkeit interessiert sich ohnehin nicht so sehr dafür, wer in einer
solchen Auseinandersetzung letztlich recht hat, sondern geniesst den Unterhaltungswert des
Vorgangs, der darin besteht, dass sich jemand aufregt¹⁹³.
- 735 Die **Voraussetzungen für das Gegendarstellungsrecht** sind im Einzelnen:
- 736 Die Erstdarstellung muss in einem *periodisch erscheinenden Medium* erschienen sein. Was
als *Medium* zu gelten hat, ist im Gesetz nicht näher umschrieben. Gemäss BGE 113 II 369
i.S. *Pressespiegel der Schweizerischen Nationalbank* sind nur Medien gegendarstellungs-
pflichtig, die sich an eine unkontrollierbare Zahl von Informationsempfängern richten, nicht
also betriebsinterne Mitteilungsblätter, Instruktionszirkulare an Gewerkschaftsmitglieder
etc. Je grösser die Zahl der Adressaten, desto eher ist die Gegendarstellungspflicht zu beja-
hen. Aber auch bei sehr grosser Verbreitung liegt kein gegendarstellungspflichtiges Medium
vor, wenn die Adressaten genau bekannt und gegenüber Dritten geheimhaltungspflichtig
sind.
- 737 Der Betroffene muss durch die Erstdarstellung *in seiner Persönlichkeit unmittelbar betroffen*
sein. Die Beeinträchtigung muss ein persönlichkeitsrechtlich geschütztes Persönlichkeitsgut
betreffen. Meist geht es in Gegendarstellungen um die Ehre (im weiten zivilrechtlichen Sin-
ne), zuweilen um die informationelle Selbstbestimmung und anderes. Die Beeinträchtigung
braucht nicht die Intensität der rechtswidrigen Verletzung zu erreichen. Jedes persönliche
Betroffensein von einer gewissen Intensität genügt; kleine Bagatellen genügen nicht. Das

¹⁹² Vgl. BGE 119 II 104 (107), BGE 114 II 390 ff.

¹⁹³ Vgl. die ebenfalls skeptische Beurteilung des Gegendarstellungsrechts bei HAUSHEER/AEBI (1999),
Ziff. 15.05.

Betroffensein ist *unmittelbar*, wenn es eine Person selber trifft; die Unmittelbarkeit fehlt, wenn ganze Berufs- oder Bevölkerungsgruppen angegriffen werden.

- 738 Das Betroffensein muss einen *negativen Charakter* haben: Die Erstdarstellung muss für den Betroffenen einen "*negativen Anschein*" geschaffen haben¹⁹⁴. Der negative Anschein ist auch dann gegeben, wenn die Erstdarstellung durch ihre Unwahrheit bei den Lesern oder Hörern der Erstpublikation Verwirrung oder Verunsicherung hervorzurufen geeignet ist. Wird von einem parlamentarischen Vertreter des Gewerbes gesagt, er liebäugle dauernd mit den Grünen, so ist eine solche Behauptung an sich nichts Negatives, aber sie kann die Wähler verunsichern und legitimiert den Betroffenen, in einer Gegendarstellung aufzuzeigen, dass er in parlamentarischen Abstimmungen konsequent gegen die Anträge der Grünen gestimmt hat.
- 739 Die Betroffenheit muss durch eine *Tatsachendarstellung* verursacht worden sein (nicht also durch blosser Werturteile oder Meinungen; gegen rechtswidrige, ehrverletzende Werturteile stehen die prozessualen Feststellungs-, Berichtigungs-, Veröffentlichungs- und Genugtuungsbegehren zur Verfügung).
- 740 Tatsachendarstellungen sind nicht nur Behauptungen und Aussagen, sondern *alle Äusserungen, die tatbeständliche Information enthalten*, auch wenn die Information aus blossen Fragen, Vermutungen, Andeutungen, graphischen Illustrationen und Bildern oder aus einer Kombination verschiedener solcher Elemente hervorgeht. Auch wenn eine Tatsachendarstellung in Werturteile verpackt ist, ist sie gegendarstellungsfähig. So berechtigt eine Erstpublikation mit dem Inhalt "*Der Chefarzt der Psychiatrischen Klinik X hat sich bei seiner Gutachtertätigkeit bisher hartnäckig geweigert, beim Verdacht sexuellen Missbrauchs Strafanzeige gegen Exploranden oder deren Angehörige zu stellen ...*" den angegriffenen Chefarzt zur Gegendarstellung, wonach die Strafanzeige gegen die zu begutachtenden Exploranden und deren Angehörige nicht zu seinen Amtspflichten gehört und seiner Gutachtertätigkeit den Boden entziehen müsste. Denn hinter dem Vorwurf des hartnäckigen Weigerns verbirgt sich die tatbeständliche Aussage, der Angegriffene habe eine Anzeigepflicht und verletze diese. Das Beispiel illustriert den Fall, in dem die vordergründige Aussage (Unterlassung von Strafanzeigen) objektiv wahr, die insinuierte Hintergrundinformation (Verletzung einer Pflicht) dagegen unwahr ist oder zumindest einen negativen Anschein schafft.
- 741 Die Grenzziehung zwischen *Tatsachen und Meinungen* ist schwierig. In der bundesrätlichen Botschaft wurde vorgeschlagen, auf die Beweisbarkeit einer Aussage abzustellen¹⁹⁵, d.h. darauf, ob die Aussage theoretisch einer beweismässigen Verifizierung oder Falsifizierung zugänglich ist. (Ob die in Frage stehende Erstpublikation tatsächlich bewiesen ist, spielt keine Rolle; bei ihrer Qualifikation als Tatsachenbehauptung oder blosser Meinungsäusserung kommt es nur auf die Beweisbarkeit im Sinne einer theoretischen Möglichkeit an).
- 742 Dabei ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass geübte Redaktoren imstande sind, im Tarnanzug abstrakter **Meinungen** konkrete Tatsachen zu suggerieren¹⁹⁶. Eine Erstdarstel-

¹⁹⁴ So BGE 119 II 107, 114 II 390. - Mangels negativen Anscheins sind Ungenauigkeiten nicht gegendarstellungsfähig wie etwa die Angabe, jemand wohne in Zürich 2 (statt richtig Zürich 6), oder er arbeite bei der Grossbank A (statt richtig in der Maschinenfabrik B); vgl. diese Beispiele bei ZGB-SCHWAIBOLD (1996), Art. 28g, N 4.

¹⁹⁵ BBl 1982 II, 674; das Kriterium der Beweisbarkeit wurde auch in der Judikatur aufgenommen; vgl. BGE 30.08.1988, Pra 78, Nr. 137, S. 457-459, ferner vom 27.4.1998, E. 2a, publ. in Medialex 1998, S. 156; OGKomm OW, 9.07.1986, SJZ 82, Nr. 49, S. 318-319.

¹⁹⁶ So BBl 1982 II S. 674; vgl. auch BGE 114 II 387 E. 4b, 112 II 469.

lung mit dem Text "Wir sind der Meinung, dass Lehrer X. in Zukunft davon absehen sollte, mit minderjährigen Schülern einsame Waldspaziergänge zu zweit zu machen ..." berechtigt den Angegriffenen, die durch die Meinungsäusserung suggerierte Tatsache, nämlich die *Abhaltung einsamer Waldspaziergänge mit Jugendlichen in der Vergangenheit*, durch eine Gegendarstellung zu widerlegen und aufzuzeigen, dass er keine solchen Spaziergänge gemacht hat.

- 743 Auch hinter **Werturteilen** können sich Tatsachenbehauptungen verbergen, die dann als solche gegendarstellungsfähig sind. Man denke an Angriffe wie die folgenden: "G.A. ist ein Fundamentalist", "M.P. gehört zur Gilde der 68er". - Obgleich die Gegendarstellung selbstverständlich nicht das Vehikel sein kann, um über Begriffe wie "Fundamentalist", "68er" etc. zu philosophieren, sollte den Betroffenen richtigerweise das Recht zur Gegendarstellung immer dann zustehen, wenn solche Angriffe durch tatbeständliche Entgegnungen im Urteil der Leserschaft eine Korrektur erfahren können. Nicht auf die Beweisbarkeit der Erstpublikation, sondern *auf die Möglichkeit ihrer Korrektur durch eine tatbeständliche Gegendarstellung* sollte in Zweifelsfällen abgestellt werden. Wer als "Fundamentalist" oder als "68er" tituliert wird, sollte die Möglichkeit haben, in einer Gegendarstellung seinen eigenen Standort aufzuzeigen, etwa durch die Nennung bestimmter Voten, Motionen, politischer Vorstössen, die er lanciert oder in der Öffentlichkeit mitgetragen hat und aus denen sich für das Zielpublikum des betreffenden Mediums ergibt, dass die Qualifikationen des Betroffenen als Fundamentalist oder als 68er abwegig sind.
- 744 **Keine Voraussetzungen** sind die *Unwahrheit* der Erstdarstellung, ein *Verschulden* des Erstdarstellers oder die *Widerrechtlichkeit* der Erstdarstellung.
- 745 Das Gegendarstellungsrecht ist zunächst ausserprozessual geltend zu machen. Die Anrufung des Richters ist erst zulässig, wenn das Medienunternehmen die verlangte Gegendarstellung verweigert hat¹⁹⁷. Für die Anrufung des Richters setzt das Gericht keine Frist. Es ist jedoch davon auszugehen, dass die Klage in analoger Anwendung von Art. 28i Abs. 1 ZGB binnen 20 Tagen einzureichen ist, nachdem der Betroffene von der Ablehnung der Gegendarstellung seitens des Medienunternehmens Kenntnis erhalten hat¹⁹⁸.
- 746 Hat sich der Betroffene im betreffenden Medium bereits in anderer Weise, beispielsweise in einem Interview, umfassend zum inkriminierten Artikel geäussert und seinen Standpunkt zur Geltung gebracht, so ist sein Begehren um eine zusätzliche, formelle Gegendarstellung rechtsmissbräuchlich¹⁹⁹. Hingegen wird der Anspruch auf eine Gegendarstellung nicht dadurch konsumiert, dass in der Erstdarstellung erwähnt wird, der Betroffene habe auf Anfrage die gegen ihn gerichteten Vorwürfe bestritten.
- 747 Für **Form und Verfahren der Gegendarstellung** gilt: Die Gegendarstellung ist in knapper Form auf den Gegenstand der beanstandeten Darstellung zu beschränken. Der Betroffene

¹⁹⁷ Vgl. PEDRAZZINI/OBERHOLZER (1993), S. 162, mit Verweis auf ein zürcherisches Urteil, ZR 85, Nr. 104.

¹⁹⁸ Vgl. BGE 116 II 1 (3), zusammengefasst im Leitsatz: "Ruft der Betroffene den Richter erst an nach Ablauf einer Frist von zwanzig Tagen vom Zeitpunkt an gerechnet, da das Medienunternehmen die Veröffentlichung der Gegendarstellung abgelehnt hat, ist im Sinne einer Tatsachenvermutung davon auszugehen, dass er an der gerichtlichen Geltendmachung des Gegendarstellungsrechts kein schützenswertes Interesse (mehr) hat, und - sofern er nicht das Gegenteil nachzuweisen vermag - seinem Begehren nicht stattzugeben."

¹⁹⁹ Vgl. BGE 120 II 273.

muss seine Gegendarstellung innert 20 Tagen, nachdem er von der beanstandeten Tatsachendarstellung Kenntnis erhalten hat, spätestens jedoch drei Monate nach deren Verbreitung, an das Medienunternehmen absenden (Art. 28i Abs. 1 ZGB). Das Medienunternehmen muss unverzüglich reagieren (Art. 28i Abs. 2 ZGB). Es hat die zulässige Gegendarstellung baldmöglichst zu veröffentlichen, und zwar kostenlos und mit entsprechender Kennzeichnung. Wenn das Medienunternehmen die Gegendarstellung nicht oder nicht korrekt veröffentlicht - erst dann! - kann der Richter angerufen werden.

- 748 Das Medienunternehmen muss die Gegendarstellung bezüglich Platzierung und grafischer Gestaltung so publizieren, dass der gleiche Personenkreis erreicht wird, den die Erstdarstellung erreicht hatte (Art. 28k Abs. 1 ZGB; also nicht etwa unter der Rubrik "*Sachen zum Lachen*"²⁰⁰). Genau gleiche Platzierung und grafische Gestaltung sind nicht erforderlich; wenn jedoch die Erstdarstellung grafisch hervorgehoben gewesen war - etwa durch Fettdruck, Farbe oder Umrahmung - hat die Gegendarstellungspetentin Anspruch auf eine mindestens ebenso günstige Grafik²⁰¹.
- 749 Verlangt die Gegendarstellungspetentin die Publikation eines Textes oder von Textteilen, auf deren Publikation nach Auffassung des Medienunternehmens kein Anspruch besteht, so darf das Medienunternehmen die Gegendarstellung insgesamt zurückzuweisen. Zu eigenmächtigen Eingriffen in den Text ist es nicht befugt. Nach Treu und Glauben ist das Medienunternehmen verpflichtet, die als unzulässig erachteten Teile der Gegendarstellung zu bezeichnen, um der Betroffenen zu ermöglichen, ihr Recht mit einem entsprechend veränderten zweiten Entwurf geltend zu machen. Die Betroffene wahrt die Frist, wenn sie auf die Einwendungen des Medienunternehmens rasch, spätestens binnen 20 Tagen reagiert, auch wenn im Laufe der korrespondenzweisen Textbereinigung die ursprüngliche Zwanzigtagesfrist überschritten wird.
- 750 Das Medienunternehmen darf die Gegendarstellung nicht durch einen redaktionellen Zusatz ("Redaktionsschwanz") unwirksam machen. Der einzige redaktionelle Zusatz, der gemäss Art. 28k Abs. 2 ZGB zulässig ist, besteht in dem Satz "*Die Redaktion hält an ihrer Darstellung fest*" und²⁰² in der *Quellenangabe* (z.B.: "*Die Redaktion hatte sich bei ihrer Darstellung auf eine Meldung der Schweizerischen Depeschagentur gestützt.*")
- 751 Gestützt auf ein Fehlurteil des Bundesgerichts aus dem Jahre 1986²⁰³ hat sich bei manchen Medienunternehmen die Unsitte eingebürgert, an Gegendarstellungen den redaktionellen

²⁰⁰ Vgl. BGE 115 II 4.

²⁰¹ Vgl. BGE 123 III 145 (E. 2b, S. 148 f.) i.S. Thermoselect S.A./La Regione: "*Per quanto concerne le modalità tipografiche, il giudice terrà conto degli elementi - dimensione, tipo e colore dei caratteri utilizzati per il titolo e per il testo, inquadatura, ecc. - che nel contesto grafico generale sono specialmente atti ad attirare l'attenzione dei lettori sull'esposizione contestata. Più essa è stampata in modo vistoso, tanto più si giustifica di far beneficiare la risposta delle medesime condizioni tipografiche, in modo da riuscire a raggiungere il medesimo pubblico (cfr. PEDRAZZINI/OBERHOLZER, Grundriss des Personenrechts, 4 ed., pag. 169).*"

²⁰² Im Gesetz steht "oder". Für die Zulässigkeit des Festhaltens am eigenen Standpunkt *und* die Quellenangabe sprechen gewichtige Gründe; vgl. in diesem Sinne Cour de Justice GE, Urteil vom 28.01.1992, SJ 1993, S. 272-276 (274), mit Hinweis auf divergierende Lehrmeinungen.

²⁰³ BGE 112 II 193 (198) i.S. Weltwoche: "*Die der Veröffentlichung der Gegendarstellung beigefügte Erklärung der Beklagten, wonach die Frage, welche Version die richtige sei, offenbleibe, geht inhaltlich weniger weit als das nach dem Gesetz erlaubte Festhalten des Medienunternehmens an der eigenen Tatsachendarstellung. Entgegen der Auffassung des Obergerichts wird die Wirkung der Gegen-*

Zusatz anzufügen, *das Medienunternehmen sei zum Abdruck der Gegendarstellung verpflichtet, ohne deren Wahrheitsgehalt überprüfen zu dürfen; es bleibe demgemäss offen, welche Version die richtige sei.* Das Bundesgericht nahm in dem erwähnten Entscheid irrtümlich an, ein solcher Zusatz gehe weniger weit als das vom Gesetz erlaubte Festhalten an der Erstdarstellung. Das Bundesgericht übersah, dass das Medienunternehmen an der Erstdarstellung immer dann nicht festhalten kann, wenn deren Unhaltbarkeit mittlerweile erwiesen ist. Gerade deshalb wird das Fehlen des Zusatzes, die Redaktion halte an der Erstdarstellung fest, vom Publikum als *stillschweigendes Eingeständnis der Unhaltbarkeit* der Erstdarstellung verstanden. Das Medienunternehmen darf sich diesem stillschweigenden Eingeständnis nicht dadurch entziehen, dass es die Gegendarstellung als *"unüberprüft"* qualifiziert oder deren Wahrheitsgehalt in anderer Weise anzweifelt. - Dass das erwähnte Urteil von den Medien und ihren Anwälten mit Genugtuung aufgenommen wurde, liegt auf der Hand²⁰⁴; trotzdem ist es wünschbar, dass sich das Bundesgericht bei Gelegenheit davon distanziert.

752 Publiziert das Medienunternehmen die Gegendarstellung in unzulässiger Weise, etwa mit eigenmächtigen Eingriffen in den Text oder betreffend Platzierung oder Grafik in einer Weise, die die Gegendarstellung nicht den gleichen Personenkreis erreichen lässt, den die Erstdarstellung erreicht hat, oder mit einem unzulässigen redaktionellen Zusatz, so hat das Medienunternehmen die Gegendarstellungspflicht schlecht erfüllt. In diesem Falle muss es die Pflicht durch eine **Wiederholung der Gegendarstellung** richtig erfüllen, d.h. es muss in einer folgenden Ausgabe nochmals die korrekte Gegendarstellung veröffentlichen. Für die Geltendmachung des Wiederholungsanspruchs setzt das Gesetz keine Frist, jedoch bilden die 20 Tage gemäss Art. 28i Abs. 1 ZGB auch hier die oberste Grenze für die Stellung des Begehrens an das Medienunternehmen. Eine weitere solche Frist läuft für die gerichtliche Geltendmachung, gerechnet ab dem Zeitpunkt, in dem die Gegendarstellungspflichtigen von der definitiven Ablehnung der Wiederholung seitens des Medienunternehmens Kenntnis erhalten hat.

753 Bei der Bearbeitung von Gegendarstellungsfällen empfiehlt sich die Anwendung eines Zwölf-Fragen-Tests:

A. BETREFFEND ERSTPUBLIKATION:

1. *Erschien die Erstpublikation in einem gegendarstellungspflichtigen Medium?*
2. *Erweckt die Erstpublikation einen nachteiligen Anschein, der den Gesuchsteller unmittelbar in seiner Person betrifft?*
3. *Resultiert der nachteilige Anschein aus Tatsachenbehauptungen?*
4. *Betrifft der nachteilige Anschein geschützte Persönlichkeitsgüter des Gegendarstellungspflichtigen, insbesondere seine Ehre?*

Wenn die Fragen 1-4 bejaht werden können, ist das Gegendarstellungsrecht gegeben. Wenn der nachteilige Anschein dagegen aus blossen Meinungsäusserungen und Werturteilen hervorgeht, so ist in krassen Fällen, nämlich bei einer rechtswidrigen Persönlichkeitsverletzung, die Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit und Urteils publikation denkbar, nicht aber die Gegendarstellung.

darstellung auf den Durchschnittsleser durch die erwähnte Erklärung nicht stärker beeinträchtigt als durch den im Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Zusatz."

²⁰⁴ Vgl. etwa ZGB-SCHWAIBOLD (1996), Art. 28g, N 12.

B.ANFORDERUNGEN AN DEN GEGENDARSTELLUNGSTEXT (Art. 28h und 28i ZGB):

5. Enthält der Text nur Tatsachen-Darstellungen (keine Meinungsäusserungen, keine Werturteile)?

6. Sind diese Darstellungen auf jene Tatsachenbehauptungen der Erstpublikation beschränkt, die den Gegendarstellungspetenten in seiner Persönlichkeit betroffen haben?

7. Ist die Gegendarstellung nicht offensichtlich unrichtig oder sittenwidrig?

8. Wurde er fristgemäss an das Medienunternehmen abgesandt (20 Tage seit Kenntnisnahme Erstpublikation, spätestens 3 Monate nach Erstpublikation, Art. 28i ZGB)?

Wenn auch die Fragen 5-8 bejaht werden können, so ist das Medienunternehmen zur unveränderten Publikation der Gegendarstellung verpflichtet.

C.ANFORDERUNGEN AN DIE PUBLIKATION DER GEGENDARSTELLUNG (Art. 28k ZGB)

9. Zeitlich: So bald als möglich.

10. Platzierung in der Zeitung und Grafik: Gleicher oder mindestens gleich günstiger Ort wie die Erstpublikation (gleiche Rubrik, gleiches "Gefäss"), gleiche oder mindestens gleich günstige Grafik wie die Erstpublikation.

11. Kennzeichnung als Gegendarstellung.

12. Allfälliger redaktioneller Zusatz: Beschränkt er sich strikte auf das "Festhalten" und die Quellenangabe?

6. Vorsorglicher Rechtsschutz (Art. 28c-f ZGB)

754 "Wer glaubhaft macht, dass er in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt ist oder eine solche Verletzung befürchten muss und dass ihm aus der Verletzung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht, kann (vom Richter) die Anordnung vorsorglicher Massnahmen verlangen" (Art. 28c Abs. 1 ZGB). Glaubhaftmachung bedeutet, dass eine geringere Beweiskraft genügt, als was bei sonstiger prozessualer Beweisführung erfordert wird.

755 Die vorsorglichen Massnahmen gegen Veröffentlichungen von Druckerzeugnissen sowie gegen bevorstehende Radio- und Fernsehsendungen geben der in ihrer Persönlichkeit bedrohten Gesuchstellerin keinen Anspruch auf Vor-Visionierung des betreffenden Textes, Bildes oder der betreffenden Sendung.

756 Die Beweissicherung gemäss Art. 28c Abs. 2 Ziff. 2 ZGB umfasst insbesondere den gerichtlichen Befehl, Akten herauszugeben. Diese gerichtliche Massnahme kann sich, wie alle übrigen vorsorglichen Massnahmen gemäss Art. 28c ZGB, nur gegen die an der Persönlichkeitsverletzung mutmasslich beteiligten Personen richten, nicht gegen unbeteiligte Dritte. Will der Verletzte eine Drittperson in die Sachverhaltsermittlung einbeziehen, so muss er eine Strafanzeige erstatten. Nur die Strafverfolgungsbehörden, nicht die Behörden

der Ziviljustiz, sind befugt, bei Unbeteiligten Akten zwecks Beweissicherung zu beschlagnahmen²⁰⁵.

- 757 Das Zivilprozessrecht erlaubt die autoritative Vorladung Dritter als Zeugen erst im Prozess, d.h. bei der (nachträglichen) Beweisabnahme in einem laufenden Verfahren.
- 758 Die besonderen Voraussetzungen, die in Art. 28c Abs. 3 ZGB für vorsorgliche Massnahmen gegen periodisch erscheinende Medien genannt sind (Glaubhaftmachung des Risikos eines besonders schweren Nachteils; offensichtliches Fehlen eines Rechtfertigungsgrundes, d.h. eines entsprechenden öffentlichen Informationsinteresses; Verhältnismässigkeit der Massnahme) dienen dazu, diese Medien von privater Vorzensur freizustellen.

7. Vergleichende Beurteilung der Rechtsbehelfe aus der Sicht des Verletzten

- 759 Mit der **Gegendarstellung** gibt der Betroffene eine *bessere Information*. In der Gegendarstellung ist es möglich, komplexe Sachverhalte im Zusammenhang darzustellen, allerdings als blosser Parteibehauptung ohne Wahrheits-Attest eines Gerichts.
- 760 Mit der **Feststellungsklage** reagiert der Betroffene rechtlich auf eine Provokation, die derart offenkundig und krass war, dass das Ausbleiben seiner Reaktion ihm vom beobachtenden Publikum als implizite Schuldanerkennung oder als Feigheit angelastet werden könnte. Die Feststellungsklage eignet sich in Fällen, in denen ein *punktuellem Angriff* (eine "Ohrfeige") zurückgewiesen werden soll.
- 761 Die **Berichtigungsklage** wirkt ebenfalls punktuell: Berichtigungsurteile verpflichten die Beklagte, kurz und bündig eine einzelne Behauptung zurückzunehmen. Mit der Berichtigungsklage fasst die Klägerin den Beklagten sanfter an als mit der Feststellungsklage.
- 762 Mit der **Genugtuungsklage** zeigt der Betroffene, dass er *leidet*.
- 763 Mit der **Unterlassungsklage** gibt der Kläger zu erkennen, dass er *Angst* hat; sucht er um vorsorglichen Rechtsschutz nach, so zeigt er *panische Angst*.
- 764 Mit der **Strafanzeige**²⁰⁶ wegen Ehrverletzung oder übler Nachrede versucht der Verletzte, den Verletzer als *Kriminellen* zu brandmarken. - Auch die Strafanzeige ist, ähnlich wie die Feststellungsklage, als Tatbeweis des guten Gewissens zu werten. Die Strafanzeige ist in einer Hinsicht mehr, in einer andern Hinsicht weniger als die zivilprozessuale Feststellungsklage. *Mehr* ist sie insofern, als sie eine schuldhaftige Verletzungshandlung von krimineller Qualität behauptet. *Weniger* ist sie insofern, als sie für die beteiligten Parteien kostenlos ist und in der Regel im Sand verläuft. Wer sich mit einer zivilrechtlichen Feststellungsklage konfrontiert sieht, muss einen Anwalt beiziehen und sogleich einige tausend Franken Kostenvorschuss bezahlen. Wer sich mit einer Strafanzeige wegen eines Ehrverletzungsdelikts

²⁰⁵ So BGE 122 III 353 ff., E. 3b/bb (S. 355).

²⁰⁶ Das Medienstrafrecht ist durch die Revision des Strafgesetzbuches vom 10.10.1997, iK 1.04.1998 (AS 1998 852) auf die elektronischen Medien ausgedehnt worden. Vorher erfassten die Strafnormen nur die Printmedien. Gemäss dem neuen Art. 322bis StGB haftet der verantwortliche Redaktor nicht mehr subsidiär anstelle des von ihm geheimgehaltenen Autors, sondern er haftet nur, sofern ihm die "vorsätzliche Nichtverhinderung der rechtswidrigen Publikation", d.h. deren Veröffentlichung trotz tatsächlicher Kenntnis des rechtswidrigen Inhalts, vorzuwerfen ist.

konfrontiert sieht, muss bei passender Gelegenheit auf dem Büro eines Kriminalbeamten vorsprechen und dort erläutern, inwiefern die Dinge ganz anders abgelaufen sind, als was der Anzeigsteller behauptet. Damit ist die Sache dann meist erledigt, und zwar kostenlos.

10. Kapitel: Der interne Schutz der Persönlichkeit (Art. 27 ZGB)

A. Vorbemerkung

765 Im Zusammenhang mit Art. 27 ZGB hat sich eingebürgert, vom "*internen*" Schutz der Persönlichkeit bzw. vom "*Schutz der Persönlichkeit vor sich selber*" zu sprechen²⁰⁷. - In der vorliegenden Arbeit wird der Terminus "intern" vermieden, weil der Unterschied zwischen Art. 28 und Art. 27 ZGB richtigerweise nicht mit den Begriffen von "*extern*" und "*intern*" beschrieben werden sollte. Auch ist es verfehlt, Art. 27 ZGB mit dem Begriff "Schutz der Persönlichkeit vor sich selber" zu beschreiben. Art. 27 schützt vor *externen* Angriffen in jenen Fällen, in denen die *Durchsetzung* eines Vertrags auf eine Persönlichkeitsverletzung hinauslief²⁰⁸.

B. Art. 27 Abs. 1

766 Art. 27 Abs. 1 ZGB erklärt alle Rechtsgeschäfte für unwirksam, durch die sich jemand seiner Rechts- oder Handlungsfähigkeit entäussert. Die Bedeutung dieser Bestimmung ist gering und steht hinter derjenigen des nachstehend behandelten Art. 27 Abs. 2 ZGB zurück. Als Beispiele für Fälle von Art. 27 Abs. 1 ZGB werden in der Literatur etwa angeführt: Aufgabe der Ehefähigkeit; Verpflichtung, nie einen Arbeitsvertrag abzuschliessen; Verpflichtung, nie Mitglied eines Vereins oder einer Gesellschaft mit wirtschaftlichem Zweck zu werden; Bezeichnung eines Stellvertreters, der die unwiderrufliche Macht haben soll, über das Vermögen der Vollmachtgeberin zu verfügen. - Es handelt sich fast durchwegs um reine Lehrbuchbeispiele. In jüngerer Zeit hat das Bundesgericht in BGE 108 II 405 (408) Bezug auf Art. 27 Abs. 1 ZGB genommen²⁰⁹.

767 Die in manchen Verträgen gegebenen *Exklusivitätszusagen*, d.h. das Versprechen, während der Vertragsdauer und eventuell noch nachher mit keinen anderen Parteien zu kontrahieren (so bei Alleinvertriebs- und Exklusiv-Lieferverträgen, ferner bei ungesicherten Krediten das Versprechen, keinen anderen Gläubigerinnen Sicherheit zu leisten), sind angesichts von Art. 27 ZGB dahingehend auszulegen, dass die Verletzung der Exklusivität der Gegenpartei das Recht zur vorzeitigen Vertragskündigung, eventuell zudem zu einer Schadenersatzforderung oder sogar zu einer Konventionalstrafe gibt, nicht aber einen Anspruch auf Kontrahierungsverzicht²¹⁰.

²⁰⁷ Vgl. etwa RIEMER, Studienbuch (1995), S. 120 und HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 10.63.

²⁰⁸ Vgl. in diesem Sinne auch HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 10.65; BK-BUCHER (1993), N. 7 zu Art. 27; TERCIER PIERRE, *Le nouveau droit de la personnalité*, Zürich 1984, S. 23, Rz 143; JACQUES-MICHEL GROSSEN, *La protection de la personnalité* (Quelques questions actuels) in: ZSR 1960 II, S. 20a.

²⁰⁹ Es ging um die Frage, ob sich jemand gültig dazu verpflichten könne, durch einen künftig abzuschliessenden Erbvertrag eine andere Person erbrechtlich zu begünstigen, d.h. zu deren Gunsten letztwillig zu verfügen. Im betreffenden Urteil, E.2a, führte das Bundesgericht aus: "*La sola promessa di concludere un simile contratto lede la capacità di disporre, che è parte della capacità civile.*" - Zu Deutsch: Das Versprechen, einen solchen (Erb-)Vertrag abzuschliessen, verletzt die (letztwillige) Verfügungsfähigkeit, die ein Teil der Handlungsfähigkeit ist.

²¹⁰ Vgl. einen solchen Fall in BGE 43 II 351. - Die arbeitsrechtlich zulässigen Konkurrenzenthaltungspflichten sind im OR abschliessend geregelt.

- 768 Mit Bezug auf juristische Personen hat das Bundesgericht in BGE 67 I 262 (265) auf Art. 27 Abs. 1 ZGB verwiesen, als es die Regel formulierte, die Delegation von Kompetenzen, die unentziehbar dem obersten Organ (Generalversammlung, Vereinsversammlung) zukommen, an andere Instanzen sei unzulässig, weil die Körperschaft dadurch ihr Selbstbestimmungsrecht verliere.
- 769 Eine solche Regel kann aber nicht ein- für allemal aus Art. 27 Abs. 1 ZGB abgeleitet werden. Vielmehr ist für jede Gesellschaftsform getrennt zu untersuchen, ob und in welchem Umfang es möglich ist, durch die Statuten oder durch Vertrag in die Autonomie des obersten Gesellschaftsorgans einzugreifen.

C. Art. 27 Abs. 2: Vorbemerkungen

1. Art. 27 Abs. 2 als Generalklausel

- 770 Art. 27 Abs. 2 ZGB erklärt alle vertraglichen Bindungen für unwirksam, die eine *"das Recht oder die Sittlichkeit verletzende Freiheitsbeschränkung"* zur Folge hätten. Die Bestimmung ist im Rechtsleben von grosser Bedeutung und hat einen breiten Strom von Judikatur ausgelöst. Da jeder Vertrag, der im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht sogleich erfüllt wird, während seiner Laufzeit grössere und kleinere Freiheitsbeschränkungen der Parteien zur Folge hat, stellt sich die Frage, wann eine vertragliche Bindung übermässig ist, d.h. wann sie den *"das Recht²¹¹ oder die Sittlichkeit²¹² verletzenden Grad"* erreicht.
- 771 In der vorliegenden Arbeit wird der Versuch unternommen, die reichhaltige Judikatur auf zwei Grundgedanken zurückzuführen und dadurch sowohl das Erlernen wie auch die Anwendung der geltenden Rechtsregeln zu erleichtern.
- 772 EUGEN HUBER hatte im Gesetzesentwurf formuliert, niemand könne sich *"über Gebühr"* im Gebrauch seiner Freiheit beschränken. Die Expertenkommission ersetzte *"über Gebühr"* durch *"einen das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grad"*²¹³ und löste dadurch in unglücklicher Weise eine Judikatur und Doktrin aus, welche die Übermässigkeit der Bindung

²¹¹ BK-BUCHER (1993), N 270, bezeichnet die Erwähnung des "Rechts" an dieser Stelle des Gesetzes als deklaratorisch. Dem ist beizupflichten. Aus der Übermässigkeit der Bindung ergibt sich ihre Rechtswidrigkeit, nicht umgekehrt.

²¹² Der von der Expertenkommission in den Gesetzestext eingeführte Begriff der Sittlichkeit ist eine Chiffre ohne konkreten normativen Gehalt. Gewisse Konkretisierungsversuche - *"die in der Schweiz herrschenden Moralvorstellungen"* (BGE 94 II 16); *"die Anschauung aller billig und gerecht denkenden Volksgenossen, gemessen an einem durchschnittlichen Masstab"* (VON TUHR/PETER, OR AT I (1979), § 31, S. 256); *"jene Wertordnung, wie sie dem gesamten objektiven Recht als zugrundeliegend gedacht werden kann"* (BK-BUCHER [1993], N 273) - erwecken den Anschein, das Gericht habe in Feldstudien die herrschenden Moralvorstellungen zu ermitteln und daraus sein Urteil abzuleiten. Davon kann selbstverständlich keine Rede sein. Die Moralvorstellungen billig denkender Volksgenossen sind kein inhaltlich bestimmbarer Normenkomplex. Entsprechend unergiebig ist denn auch das Bemühen, aus dem Begriff der Sittlichkeit bzw. der Sittenwidrigkeit rechtliche Schlüsse zu ziehen; vgl. diesen Ansatz bei JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY-WERRO, *Le contrat contraire aux bonnes moeurs*, Fribourg 1988. - Zutreffend ZK-EGGER (1911), Ziff. V.1 zu Art. 27 ZGB: *"Wer an Stelle der Sittlichkeit Moral, Volksempfinden, allgemeine Anschauung setzt, gibt nicht eine Lösung, sondern schiebt die Schwierigkeiten nur um ein Geringes hinaus."*

²¹³ Vgl. ZK-EGGER (1911), Ziff. I. zu Art. 27 ZGB.

in deren "Grad", d.h. in quantitativen Aspekten der Intensität und Schwere der Belastung gesucht hat. Die quantifizierende Fragestellung ist jedoch in vielen Fällen nicht zielführend; vgl. Ziff. 779. Sie hat lediglich in den Fällen der sogenannten wirtschaftlichen Knebelung²¹⁴ einen beschränkten Anwendungsbereich.

- 773 Art. 27 Abs. 2 ZGB visiert nur jene vertraglichen Bindungen an, deren Makel in ihrer *Übermässigkeit* liegt, nicht dagegen Verträge, die aus einem anderen Grund rechts- oder sittenwidrig²¹⁵ und gemäss Art. 20 OR nichtig sind wie etwa der Drogenkauf oder der Bestechungsvertrag²¹⁶, auch nicht Verträge, die wegen Übervorteilung gemäss Art. 21 OR anfechtbar sind²¹⁷. Auch erübrigt sich der Rückgriff auf Art. 27 Abs. 2 ZGB bei jenen übermässigen Bindungen, die durch eine gesetzliche Spezialnorm als unwirksam bezeichnet werden; solche Spezialnormen heben die Generalklausel von Art. 27 Abs. 2 nicht auf, sondern präzisieren und erweitern sie in bestimmten Bereichen²¹⁸. So ergibt sich beispielsweise die Unklagbarkeit des Eheversprechens aus Art. 90 Abs. 3 ZGB²¹⁹, ohne dass es des Rückgriffs auf Art. 27 Abs. 2 ZGB bedürfte.

2. Qualitative Kriterien: Entwürdigung / ungenügende Vorhersehbarkeit der Vertragswirkungen

- 774 Analysiert man die Judikatur, so zeigt sich, dass die Gerichte die Übermässigkeit der Bindung in Fällen annehmen, die zu zwei voneinander unabhängigen Kategorien gehören, nämlich

a) *erste Kategorie*: in jenen Fällen, in welchen die Bindung bzw. die Anwendung rechtlichen Zwangs zur Durchsetzung des Vertrags für eine Vertragspartei als **entwürdigend**²²⁰ empfunden wird, weil sich diese Partei in der Gestaltung ihrer höchstpersönlichen Belange

²¹⁴ Vgl. Ziff. 883 ff.

²¹⁵ In der vorliegenden Arbeit werden die übermässigen Bindungen nicht als Untergruppe der sittenwidrigen Geschäfte gemäss Art. 20 OR, sondern als selbständige Kategorie verstanden; vgl. in diesem Sinne auch ZGB-HUGUENIN JACOBS (1996), Art. 27, N 3; BK-UCHER (1993), N 92.

²¹⁶ So BK-UCHER (1993), N 9, 162-166; A. UCHER (1994), S. 141, Ziff. 428. - BK-UCHER, N 93 f., weist darauf hin, dass Art. 27 ZGB entstehungsgeschichtlich aus dem alten Art. 17 OR hervorgegangen ist, welcher, wie § 138 BGB, die Regeln der heutigen Art. 20 und 21 OR umfasste. So reihte beispielsweise ZK-EGGER (1911), Ziff. VI.1a zu Art. 27 ZGB, die Schmiergeldzahlung noch unter Art. 27 Abs. 2 ZGB ein. Die frühere Judikatur und Doktrin zu Art. 27 ZGB verkannte, dass die Rechtsfolgen der Übermässigkeit gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB grundsätzlich andere sein müssen als diejenigen der Rechtswidrigkeit und Übervorteilung gemäss Art. 20 f. OR. - Vgl. hierzu Ziff. 905.

²¹⁷ Die Subsumtion gewisser Übervorteilungstatbestände (Ausbeutung der überwiegenden Machtstellung eines Vertrags-Kontrahenten gegenüber dem andern) unter Art. 27 findet sich noch bei BK-HAFTER (1910), N 9 zu Art. 27 ZGB.

²¹⁸ Vgl. die Listen derartiger Spezialbestimmungen bei HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 10.68 ff.; ANDREAS UCHER (1999), Ziff. 444 f.; PIERRE TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité* (1984), S. 23, Rz 145.

²¹⁹ Vgl. BK-UCHER (1993), N 223; in gleichem Sinne schon BK-HAFTER (1910), N 9 zu Art. 27 ZGB.

²²⁰ Vgl. MARGARETA BADDELEY, *Le sportif, sujet ou objet? La protection de la personnalité du sportif*, ZSR NF 115, 1996, II, S. 135-252 (213): *Les objectifs généraux de la protection de la personnalité consistent en la garantie de la dignité et de la liberté de décision de l'individu.* (Hervorhebung beige-fügt).

der Willkür der anderen Partei zu unterwerfen verspricht oder sich in bevormundender Weise bindet; vgl. Abschnitt C. hienach;

b) *zweite Kategorie*: in jenen Fällen, in denen die **künftigen Auswirkungen** des Vertrags auf die künftigen Verhältnisse einer Partei **ungenügend vorhersehbar** sind bzw. im Zeitpunkt des Vertragsschlusses **nicht eingeplant** werden können; vgl. Abschnitt D. hienach.

- 775 Art. 27 Abs. 2 ZGB bietet in den Fällen der ersten Kategorie *Schutz vor entwürdigender Bindung*, in denjenigen der zweiten Kategorie *Schutz vor nicht einplanbaren Bindungsfolgen*.
- 776 Bei dieser Einteilung wird der Begriff der Entwürdigung weit verstanden. Er umfasst nicht nur jene Sachverhalte, bei denen sich jemand in sklavischer Art fremder Willkür unterwirft, sondern auch jede bevormundende Einschränkung der Selbstbestimmung in Lebensbereichen, in denen die *jeweilige Selbstbestimmung*²²¹ der Person ein geschütztes Persönlichkeitsgut ist²²².
- 777 Bei dieser Einteilung erweisen sich die Fälle der sogenannten *wirtschaftlichen Knebelung* als eine atypische Gruppe. Meist liegt hier eine Kombination von drei Elementen vor, nämlich (a) die *Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz* einer Partei durch (b) *unfaire* Vertragsklauseln, welche (c) ihre einseitig benachteiligende Wirkung nicht zu Beginn, sondern erst *in späteren Stadien der Vertragsdauer* oder *bei Vertragsauflösung* zeitigen; vgl. hiezu Ziff. 883 ff.
- 778 Die hier vorgeschlagene Einteilung hat vor allem didaktischen Charakter. Andere Lehrbücher vermitteln den Stoff mit etwas anderen Einteilungen. So präsentiert ANDREAS BUCHER den Stoff in den drei Gruppen der Bindungen, die wegen ihres *Gegenstandes*, ihrer *Intensität* oder ihrer *Dauer* übermässig sind²²³. HAUSHEER/AEBI²²⁴ reduzieren BUCHERS Darstellung auf zwei Gruppen, nämlich auf Bindungen, die wegen ihres *Gegenstandes* und solche, die wegen ihres *Ausmasses* übermässig sind. In beiden Lehrbüchern umfassen die wegen des *Gegenstandes* unwirksamen Bindungen weitgehend jene Fälle, die in der vorliegenden Arbeit unter dem Kriterium der Entwürdigung zusammengefasst werden. Die wegen ihres *Ausmasses* unwirksamen Bindungen entsprechen weitgehend denjenigen, die in der vorliegenden Arbeit unter dem Kriterium der nicht einplanbaren Bindungsfolgen zusammengefasst sind. - RIEMER präsentiert den Stoff in den zwei Gruppen der übermässigen Bindungen des *wirtschaftlich-beruflichen* und des *nichtwirtschaftlichen* Bereichs²²⁵.
- 779 Abgelehnt wird in der vorliegenden Darstellung die Auffassung, die *Intensität* einer Bindung, d.h. ein quantitativer Aspekt, könne als alleiniges oder wesentliches Kriterium für die Bestimmung ihrer Übermässigkeit dienen²²⁶. Es lässt sich nämlich kein quantitativer Schwellenwert identifizieren, jenseits dessen eine Bindung übermässig wäre. Sowohl bei den entwürdigenden Bindungen als auch bei den nicht einplanbaren Bindungsfolgen sind

²²¹ Vgl. Ziff. 401 ff.

²²² Vgl. Ziff. 463 ff.

²²³ Vgl. A. BUCHER (1994), S. 141-144.

²²⁴ HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 11.14-11.17.

²²⁵ Vgl. RIEMER, Studienbuch (1995), S. 122-124.

²²⁶ Vgl. in diesem Sinne HAUSHEER/AEBI (1999), 103, Ziff. 11.22 f.; ZGB-HUGUENIN JACOBS (1996), Art. 27, N 9 f.; EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 261 ff;

unter dem Gesichtswinkel von Art. 27 Abs. 2 ZGB *qualitative* Elemente vorherrschend. Die nachstehend rekapitulierte Kasuistik macht dies deutlich.

D. Erste Kategorie: Schutz vor entwürdigender Bindung

1. Keine vertragliche Bindung in höchstpersönlichen Belangen

- 780 Die persönliche Freiheit erheischt, dass jedermann in den höchstpersönlichen Belangen, d.h. im Bereich jener Rechte und Freiheiten, die dem Menschen im Sinne von Art. 19 Abs. 2 ZGB um seiner Persönlichkeit willen zustehen²²⁷, seine *jeweilige Selbstbestimmung* zum Tragen bringen kann, ohne dabei durch früher abgeschlossene Verträge dem Willen eines Vertragspartners oder einer bevormundenden Bindung unterworfen zu sein²²⁸.
- 781 Der **Zusammenhang zwischen Art. 27 Abs. 2 und Art. 28 ZGB** kann durch den Satz verdeutlicht werden, dass die vertragliche Unterwerfung unter die Willkür eines Vertragspartners in jenen Belangen unwirksam ist, in welchen die Person frei sein muss, gemäss ihrer *jeweiligen Selbstbestimmung* zu leben. Erfasst ein Vertrag Belange, die der jeweiligen Selbstbestimmung vorbehalten bleiben müssen, so wäre die Durchsetzung des Vertrags eine Persönlichkeitsverletzung gemäss Art. 28 ZGB²²⁹. - Das Schutzobjekt der jeweiligen Selbstbestimmung schliesst in den einschlägigen Bereichen vertragliche Bindungen von *zeitlicher Dauer* aus, erlaubt aber einen vertraglich abgestützten Leistungsaustausch von Augenblick zu Augenblick.
- 782 Der **Zusammenhang zwischen Art. 27 Abs. 2 und Art. 19 Abs. 2 ZGB** kann durch den Satz verdeutlicht werden, dass die vertragliche Unterwerfung unter die Willkür eines Vertragspartners in jenen Belangen unwirksam ist, in welchen die urteilsfähige mündige oder entmündigte Person nicht dem Willen gesetzlicher Vertreter unterworfen sein kann²³⁰.
- 783 Demgemäss sind keine vertraglichen Bindungen von zeitlicher Dauer möglich bezüglich des **Umgangs mit dem eigenen Körper**. Die natürlichen Personen können ihre Erlaubnis- und Verbotskompetenz bezüglich ärztlicher Behandlung²³¹, Vornahme von Operationen, Vornahme medizinischer Forschungsuntersuchungen, sexueller Betätigung²³² etc. nicht durch vertragliche Absprachen aus der Hand geben oder an andere Personen delegieren, und zwar

²²⁷ ZGB-HUGUENIN JACOBS (1996), Art. 27, N 12, spricht vom Kernbereich der Persönlichkeit.

²²⁸ Vgl. in diesem Sinne PEDRAZZINI/OBERHOLZER (1993), S. 125: Verfügungen über personenbezogene Güter sind nur in der Form des Realaktes (der Tathandlung) möglich.

²²⁹ Vgl. hierzu Ziff. 883 ff.

²³⁰ BK-BUCHER (1993), N 116-124bis, spricht in diesen Fällen von absolutem Bindungsausschluss.

²³¹ Die Nichtverfügbarkeit der Erlaubniskompetenz für Eingriffe am menschlichen Körper gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB schützt das Persönlichkeitsgut der Selbstbestimmung im Umgang mit dem eigenen Körper, wogegen die jederzeitige Kündbarkeit des einfachen Auftrags gemäss Art. 404 OR ihre legislative Rechtfertigung im unabdingbaren Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragspartnern findet; vgl. BK-BUCHER (1993), N 257.

²³² ZGB-HUGUENIN JACOBS (1996), Art. 27, N 12, nennt als weitere Beispiele die Verpflichtung, Blut zu spenden, sich als Leihmutter zur Verfügung zu stellen, Keimzellen abzugeben oder empfängnisverhütende Mittel einzunehmen. - Der Leihmuttervertrag wird mit Inkrafttreten der Ausführungsgesetzgebung zu Art. 199 BV (= Art. 24novies aBV) zu den gesetzlich verbotenen Geschäften gehören und inskünftig also unter Art. 20 OR, nicht unter Art. 27 Abs. 2 ZGB fallen.

auch dann nicht, wenn eine solche Vertragspflicht den Pflichtigen nur unwesentlich belastet. - Zulässig ist die rechtsgeschäftliche Delegation solcher Kompetenzen bezüglich medizinischer Eingriffe durch sogenannte Patientenverfügungen, aber nur mit Wirkung ab Eintritt der Selbstbestimmungsunfähigkeit (Bewusstlosigkeit, Koma) und nur im Sinne einer weisungsgebundenen Vollmacht; die bevollmächtigte Person hat den ihr bekannten Willen der Vollmachtgeberin zur Geltung zu bringen, nicht eigenes Ermessen auszuüben²³³.

- 784 Keine vertraglichen Bindungen von zeitlicher Dauer sind möglich bezüglich der **persönlichen Lebensgestaltung**, d.h. etwa bezüglich Ess- und Schlafenszeiten, einzuhaltender Diät, Alkohol-²³⁴ und Rauchverzicht, örtlichen Aufenthalts²³⁵ (Aufenthaltspflicht im Kloster²³⁶, Verzicht auf den Besuch bestimmter Lokale, Verzicht auf Reisen²³⁷), Beitritt und Zugehörigkeit zu Kirchen²³⁸, Parteien, Vereinen²³⁹ und anderen Körperschaften.
- 785 Eine eigene Gruppe bilden die Verpflichtungen zu **gefährlichen Aktivitäten** (Bergführertätigkeit auf stein- und eisschlägigen Routen, humanitäre Einsätze in Krisengebieten, Katastrophenhelfer, Rennfahrer, Stuntmen, Astronauten²⁴⁰). Die Anwendung rechtlichen Zwangs einschliesslich der Geltendmachung von Schadenersatzforderungen oder Konventionalstrafen zur Durchsetzung solcher Vertragspflichten ist wegen deren besonderer Persönlichkeitsnähe eine entwürdigende Einengung der Selbstbestimmung, und dies in Bereichen, in denen die Selbstbestimmung nicht aus privaten Interessen Dritter eingeschränkt werden darf.
- 786 Keine vertraglichen Bindungen von zeitlicher Dauer sind möglich bezüglich der jeweiligen **geistigen Selbstbestimmung**, und zwar sowohl bezüglich der subjektiven Gedanken und Überzeugungen als auch bezüglich ihrer Äusserung in Wort und (rechtmässiger) Tat. So kann sich niemand gültig verpflichten, eine Strafklage einzureichen²⁴¹, seine Konfession zu ändern²⁴² oder eine bestimmte politische Überzeugung anzunehmen²⁴³.

²³³ Vgl. Ziff. 559 ff., insbesondere 573.

²³⁴ Vgl. PEDRAZZINI/OBERHOLZER (1993), S. 123: Keine Rechtsverbindlichkeit kommt dem gegenüber einer Abstinentenvereinigung abgegebenen Abstinenzversprechen zu.

²³⁵ In BGE 80 II 137 wurde wegen übermässigen, sachlich nicht begründeten Eingriffs in die Freiheit, den örtlichen Aufenthalt selbst zu wählen, die Klausel in den Statuten einer Invaliden- und Altersunterstützungskasse als unbeachtlich qualifiziert, wonach keine Unterstützungen an Personen mit Wohnsitz im Ausland ausbezahlt wurden.

²³⁶ So BK-HAFTER (1910), N 10 zu Art. 27 ZGB.

²³⁷ Vgl. diese Beispiele bei BK-BUCHER (1993), N 118 ff.

²³⁸ Ein Vertrag, durch welchen sich die Eltern verpflichten, ihre Kinder in einem bestimmten religiösen Glauben zu erziehen, ist gemäss der ausdrücklichen Vorschrift von Art. 303 Abs. 2 ZGB unverbindlich; diesbezüglich erübrigt sich die Berufung auf Art. 27 Abs. 2 ZGB.

²³⁹ Im Rechtsverhältnis zwischen Verein und Mitglied ist das unabdingbare Austrittsrecht in Art. 70 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 63 Abs. 2 ZGB festgeschrieben, so dass Vereinsstatuten, die dieses Austrittsrecht verletzen, unmittelbar wegen des Verstosses gegen Art. 70 Abs. 2 ZGB rechtswidrig sind, ohne dass es der Berufung auf Art. 27 Abs. 2 ZGB bedarf; vgl. BK-BUCHER (1993), N 221.

²⁴⁰ Vgl. BK-BUCHER (1993), N 124bis; ZK-EGGER (1911), Ziff. VI.3 zu Art. 27 ZGB, hielt arbeitsvertragliche Verpflichtungen zu lebensgefährlichen Tätigkeiten noch für "*angängig, wenn zu richtigen, unsittlich, wenn zu frivolen Zwecken*", was zweifellos nicht mehr dem heutigen Empfinden entspricht.

²⁴¹ So BGE 48 II 442 f.

²⁴² So GROSSEN (1967), S. 298; BK-HAFTER (1910), N 10 zu Art. 27 ZGB.

²⁴³ Vgl. BK-BUCHER (1993), N 121.

- 787 Keine vertraglichen Bindungen von zeitlicher Dauer sind möglich bezüglich der **Gestaltung höchstpersönlicher Beziehungen**, etwa bezüglich des Eheschlusses²⁴⁴, der Gestaltung des Ehelebens oder der Eltern-Kind-Beziehungen. Vereinbarungen über die Trennung von Ehegatten und Kinder-Besuchsrechtsregelungen sind nur verbindlich, wenn sie von einem staatlichen Gericht unter Berücksichtigung öffentlicher Interessen und der Interessen Dritter angeordnet oder genehmigt wurden. Die Unterschriften unter solchen Vereinbarungen haben keine vertragliche Bindungswirkung, sondern sind als Genehmigungsanträge an das Gericht zu qualifizieren; als solche sind sie so lange widerruflich, als das Prozessrecht den Rückzug des Genehmigungsantrags zulässt²⁴⁵.
- 788 Aus dem gleichen Grunde kann sexuelle Treue nur im Rahmen der Ehe zur Rechtspflicht gemacht werden, nicht im Rahmen eines obligationenrechtlichen Vertrages. Als Verpflichtung (auch) gegenüber der Gesellschaft und in Anerkennung der öffentlichen Interessen an stabilen Familien ist die eheliche Treuepflicht würdevoll. Als obligationenrechtliche Vertragspflicht in einem Gläubiger-Schuldner-Verhältnis wäre sie eine entwürdigende Unterwerfung unter private Willensmacht.
- 789 Keine bindenden Verträge von zeitlicher Dauer sind möglich bezüglich der Preisgabe der **Geheim- und Privatsphäre**. Der einzelne kann zwar intime Informationen über seine Person der Öffentlichkeit preisgeben, aber er kann nicht im Voraus vertraglich auf seine Geheimnisherrschaft verzichten oder diese auf eine andere Person übertragen²⁴⁶. Rechtswirksam ist dagegen - bei richtiger Würdigung der Interessen - die Erteilung einer Vollmacht an ihrerseits geheimhaltungspflichtige Dritte, höchstpersönliche Informationen zu bestimmten Zwecken zu benützen und weiterzugeben. Dies gilt insbesondere für die Ermächtigung des Patienten gegenüber der Klinik, seine Krankengeschichte medizinischen Forschern für beliebige Forschungsprojekte und Fragestellungen offenzulegen. Mit der jederzeit ausübbareren Widerrufsbeugnis ist den Interessen des Patienten Genüge getan²⁴⁷.
- 790 Weniger persönlichkeitsnahe als die hievor genannten Belange sind **Bild**²⁴⁸ und **Name** natürlicher Personen. Auf einen Zeitraum von höchstens etwa 5 Jahren sollte die Lizenzierung von Bild und Namen für Werbezwecke möglich sein.
- 791 Bezüglich des Umgangs mit dem eigenen Körper und der privaten Lebensführung ist die vertragliche Unterordnung unter fremde Willensmacht nur dann entwürdigend, wenn sie Züge der **Bevormundung**²⁴⁹ oder der **Gehorsamsübung** annimmt.

²⁴⁴ Vgl. BGE 44 II 77 i.S. Grosfillex (ungültige Verpflichtung zum Nichtabschluss einer Ehe mit einer geschiedenen Person); BK-BUCHER (1993), N 124; BK-HAFTER (1910), N 10 zu Art. 27 ZGB.

²⁴⁵ Verträge bezüglich der künftigen Freigabe eines Kindes zur Adoption sind wegen Art. 265b ZGB in Verbindung mit Art. 20 OR unwirksam, ohne dass es der Berufung auf Art. 27 Abs 2 ZGB bedarf. Bezüglich der Leihmutterverträge hat der vom Schweizervolk am 17.05.1992 angenommene Art. 24^{novies} Abs. 2 lit. d aBV ("*alle Arten von Leihmutterchaften sind unzulässig*") das geltende Recht lediglich bestätigt, nichts Neues eingeführt; die Bestimmung gilt in der heutigen BV unter der Artikelnummer 199 unverändert weiter.

²⁴⁶ So PEDRAZZINI/OBERHOLZER (1993), S. 125.

²⁴⁷ Aus der unglücklichen, mit datenschützerischen Anliegen verquickten Bestimmung von Art. 321bis StGB ergibt sich bis auf weiteres allerdings die gegenteilige Meinung des Gesetzgebers; vgl. die Kritik an dieser Bestimmung bei CHRISTIAN BRÜCKNER, Arztgeheimnis contra medizinische Forschung - Pferdefuss in der 1993 revidierten Gesetzgebung, NZZ Nr. 225 vom 27.09.1996, S. 15.

²⁴⁸ So A. BUCHER (1994), S. 143, Ziff. 442.

- 792 Aus diesem Grund kann das gegenüber einem Abstinentenverein abgegebene Versprechen, nicht zu rauchen oder keinen Alkohol zu trinken, rechtlich ebensowenig durchgesetzt werden wie eine in diesem Zusammenhang vereinbarte Konventionalstrafe. Hingegen sind **Belohnungsverträge** rechtswirksam, die eine Motivation zu einem bestimmten Verhalten schaffen, sofern dieses Verhalten dem Recht und den guten Sitten entspricht (z.B. Raucherentwöhnung, nicht aber der in Aussicht gestellte Lohn für die Begehung eines Delikts oder für Leihmutterdienste). Verspricht ein Dritter für die Zigarettenabstinenz eine Belohnung und lässt er sich vom Vertragspartner für den Fall der Rückfälligkeit eine Konventionalstrafe versprechen, so ist das Belohnungsversprechen rechtlich durchsetzbar, die Konventionalstrafe dagegen nicht. Auch der Vorbehalt eines Schenkungsrückfalls, welcher der Schenkung den Charakter der Belohnung für Wohlverhalten verleiht, muss im Rahmen sittlich und rechtlich einwandfreier Motivationsziele zumindest während einer relativ kurzen Zeit als durchsetzbar gelten, so beispielsweise die Vereinbarung des Schenkungsrückfalls auf jenen Zeitpunkt, in welchem der Beschenkte wieder zu rauchen beginnt.
- 793 Den Charakter der Gehorsamsübung haben Verpflichtungen, die vorwiegend die Unterordnung des Pflichtigen unter fremden Willen sichtbar machen, ohne dass sachliche Gründe das betreffende Verhalten erheischen.
- 794 Persönlichkeitsverletzend ist im Kernbereich der menschlichen Existenz nur die Unterwerfung unter fremde **Willkür**, nicht schlechthin jede Unterwerfung unter fremden Willen. Keine Persönlichkeitsverletzung liegt in der Einordnung des Individuums in eine sachlich begründete kollektive Disziplin und - im Rahmen solcher Disziplin - die Unterordnung unter die Entscheidungen und Weisungen der zuständigen Kompetenzträger. Solange die Kompetenzträger an die ihnen unterstellten Personen Handlungsanweisungen geben, die durch die übergeordneten Interessen an der gemeinsamen Sache objektiv begründet sind, liegt keine willkürliche Fremdbestimmung und also keine übermäßige Bindung der Untergebenen vor. Man denke an die vertraglichen Verhaltenspflichten von Sicherheitsbeamten, Lokomotivführern, Linienpiloten, Bus-Chauffeuren, Sprengfachleuten, Chirurgen, Schauspielern, Orchestermusikern, Ballett-Tänzern etc. Die Handlungsanweisungen vorgesetzter Kompetenzträger determinieren das Tun und Lassen solcher Personen oft während längerer Zeit in hohem Masse, sind aber, soweit die Disziplin von der Sache her geboten ist, nicht übermäßige Bindungen.
- 795 So ist die private Lebensführung der Mitglieder eines Spitzenorchesters oft über Monate hinaus einem von Managern und Dirigenten festgelegten Proben- und Aufführungskalender untergeordnet. Während der Proben und Aufführungen sind eine ans Äusserste gehende Disziplin der Körperhaltung, der auf Millisekunden genauen Beobachtung des Dirigentenstabs, bei Bläsern die Momente des Ein- und Ausatmens vorgeschrieben - ganz zu schweigen vom Verbot, während der Proben und Aufführungen zu essen, zu rauchen oder auf die Toilette zu gehen. Die Summe solcher vertraglicher Pflichten ist schier unübersehbar, das Mass der Bindung enorm, aber nicht entwürdigend und also nicht übermässig im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB.
- 796 Ist eine Verhaltenspflicht hingegen nicht im Sinne sachlich gebotener Disziplin gerechtfertigt, sondern trägt sie den Charakter der Gehorsamsübung oder der Bevormundung, so ist sie entwürdigend und also eine übermäßige Bindung, auch wenn sie die verpflichtete Person nur unwesentlich belastet.

²⁴⁹ Zum Begriff der Bevormundung vgl. Ziff. 797.

2. Keine vertragliche Selbst-Bevormundung

- 797 Bevormundenden Charakter haben jene Einschränkungen der jeweiligen Selbstbestimmung, die beim Vertragsschluss zum Schutze vermeintlicher oder wirklicher künftiger Eigeninteressen der verpflichteten Person zu dienen bestimmt waren, insbesondere ihrem Schutz vor eigener Willensschwäche und vor eigener wirtschaftlicher Untüchtigkeit. Als Beispiele sei ein Suchtentwöhnungs-Vertrag mit dem Versprechen einer Konventionalstrafe bei Rückfälligkeit erwähnt, ferner der Erbvertrag, durch den der künftige Erbe eines Familienunternehmens gegenüber dem Erblasser und dessen künftigen Willensvollstrecker verspricht, sich bei der Ausübung der zu erbenden Aktionärsrechte lebenslänglich den Weisungen des Willensvollstreckers zu unterwerfen. Unwirksame Selbst-Bevormundung liegt auch vor, wenn sich der Mehrheitsaktionär in einem Aktionärsbindungsvertrag gegenüber dem Minderheitsaktionär verpflichtet, das Stimmrecht stets nach dem Willen des Minderheitsaktionärs auszuüben²⁵⁰. - Keinen unzulässig bevormundenden Charakter haben die (meist arbeitsvertraglichen) Einschränkungen der Selbstbestimmung, die im wesentlichen deshalb auferlegt werden, weil die Gläubigerin (Arbeitgeberin) für die Gesundheit und Sicherheit der verpflichteten Person verantwortlich ist.

E. Zweite Kategorie: Schutz vor nicht einplanbaren Bindungsfolgen

1. Anwendungsbereich von Art. 27 Abs. 2 ZGB

- 798 Verträge fallen insoweit unter Art. 27 Abs. 2 ZGB, als künftige Vertragswirkungen, welche die Persönlichkeit oder die wirtschaftlichen Verhältnisse einer Partei betreffen, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht genügend vorhersehbar, d.h. nicht einplanbar sind. Dies soll mit einem Bild veranschaulicht werden: Zwei Wanderer können in unbekanntem Gelände ihre Wege auf Sichtweite vertraglich koordinieren. Was ausserhalb der Sichtweite und damit ausserhalb des Planungshorizontes liegt, kann nicht Gegenstand verbindlicher Absprachen sein; solche Vertragsbindungen sind übermässig im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB.

a) Abgrenzung gegenüber der "clausula rebus sic stantibus" und gegenüber der Vertragskündigung "aus wichtigem Grund"

- 799 Zeigen sich während der Vertragserfüllung *innerhalb* des seinerzeitigen Planungshorizontes unvorhergesehene Hindernisse, die den Vertragspartnern getrennte Wege aufnötigen, so ist nicht Art. 27 Abs. 2 ZGB anzurufen, sondern es liegen Tatbestände der "clausula rebus sic stantibus" oder der Eintritt eines "wichtigen Kündigungsgrundes" vor.

²⁵⁰ Aus diesem Grund muss BGE 88 II 172 i.S. Spinedi als Fehlurteil gewertet werden. Das Bundesgericht hat die übermässige Bindung verneint und dies mit seiner üblichen Formel begründet, die vertragliche Bindung des (im fraglichen Aktionärspool über die Mehrheit verfügenden) Gérard Spinedi bedrohe nicht dessen wirtschaftliche Existenz. Wörtlich (S. 147): "*Selon la jurisprudence, les engagements de nature pécuniaire ne sont contraire aux moeurs que s'il mettent en péril l'existence économique du débiteur (BGE 40 II 240, 51 II 167, 84 II 23, 277, 635).*"

- 800 "Clausula" und "wichtiger Grund" nehmen die Gläubigerin ins Visier, die an ihren Vertragsrechten angesichts drastisch veränderter Umstände rechtsmissbräuchlich festhält. Art. 27 Abs. 2 nimmt den Schuldner in Schutz vor den Spätfolgen seines ehemaligen Unbedachts, ohne dass die Umstände drastisch geändert zu haben brauchen und ohne dass das Festhalten der Gläubigerin am Vertrag den Charakter des Missbrauchs haben muss. Art. 27 Abs. 2 ZGB hat neben Art. 2 Abs. 2 ZGB eine eigenständige Bedeutung.
- 801 Wenn eine Partei im Voraus auf die Anrufung der "clausula" und auf die "Kündigung aus wichtigem Grund" zu verzichten verspricht, so verspricht sie das Unplanbare und bindet sich übermässig im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB²⁵¹.

b) Abgrenzung gegenüber dem Erfordernis der Bestimmtheit des Vertragsinhaltes gemäss Art. 2 OR

- 802 Unter dem Gesichtswinkel von Art. 27 Abs. 2 ZGB geht es nicht um die Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des *Vertragsinhaltes*²⁵², sondern um die mangelnde Vorhersehbarkeit der *späteren Auswirkungen* des (inhaltlich bestimmten oder bestimmbaren) Vertrags auf die Verhältnisse der Parteien.
- 803 Dies sei verdeutlicht: Wird in einem Kaufvertrag stipuliert, die eine Partei könne den Kaufpreis zu einem künftigen Zeitpunkt nach ihrem freien Ermessen festlegen, so fehlt es am Konsens über einen wesentlichen Vertragspunkt im Sinne von Art. 2 Abs. 1 OR und damit an der vertraglichen Bindung schlechthin. Art. 27 Abs. 2 ZGB kommt nicht zur Anwendung.
- 804 Konsensmangel wegen inhaltlicher Unbestimmtheit eines wesentlichen Vertragspunktes liegt vor, wenn der Inhalt der Leistungs- und Unterlassungspflichten einer Partei sowie die Voraussetzungen und Modalitäten solcher Pflichten im Vertrag ungenügend bestimmt wurden. Verbürgt sich der Bürge bis zu einer bestimmten Haftungssumme für "alle" Schulden des Hauptschuldners gegenüber der Gläubigerin, so sind die Voraussetzungen der Bürgenhaftung - und damit ein wesentliches Element des Vertragsinhaltes - möglicherweise ungenügend bestimmt. Bestreitet der Bürge später seine Haftung für eine Deliktsschuld des Hauptschuldners, so wäre dem Bürgen richtigerweise auf dem Wege der Vertragsauslegung, nicht mit Art. 27 Abs. 2 ZGB, zu helfen. Die Gerichte mögen zur Auffassung kommen, dass der Bürge sich seinerzeit nicht so weitgehend verpflichten wollte und dass die Gläubigerin die Haftungszusage nach Treu und Glauben nicht in einem derart weiten Sinne verstehen durfte. Das im Vertrag verwendete Wort "alle" ist nachträglicher Auslegung bedürftig und zugänglich.
- 805 Entgegen der hier vertretenen Auffassung besteht in der Judikatur allerdings die Tendenz, inhaltlich unbestimmte Verpflichtungen, bei denen erst die spätere Entwicklung deutlich

²⁵¹ Zur Anwendung der "clausula rebus sic stantibus" und zur vorzeitigen Vertragsauflösung wegen eines "wichtigen Grundes" vgl. BK-BUCHER (1993), N 195-210, 359, 364. - BK-HAFTER (1910), N 9 zu Art. 27 ZGB, erblickte - abweichend von der hier vertretenen Auffassung - in den gesetzlichen Spezialbestimmungen, die den jederzeitigen Vertragsrücktritt aus wichtigem Grund bei Arbeitsvertrag, Miete, Pacht und Gesellschaftsvertrag vorsehen, Konkretisierungen der Generalklausel von Art. 27 ZGB; in gleichem Sinne ZK-EGGER (1911), Ziff. I. zu Art. 27 ZGB.

²⁵² Etwa im Sinne von Art. 184 Abs. 3 OR.

macht, dass der Schuldner mehr versprochen hat, als was er vernünftigerweise gewollt haben konnte, unter Berufung auf Art. 27 Abs. 2 ZGB, nicht unter Berufung auf einen Konsensmangel, zu invalidieren. So wurde ein Bürge gestützt auf Art. 27 Abs. 2 von der Haftung für eine Deliktsschuld freigestellt, nachdem er sich für jede beliebige Schuld verbürgt hatte, die der Hauptschuldner *"doit actuellement et pourra devoir à l'avenir à (la banque), quelle qu'en soit la cause, y compris toute créance d'intérêts, contractuels ou légaux, commissions et frais ajoutés au capital lors du boucllement des comptes, jusqu'à concurrence du montant total de 120'000 francs"*²⁵³.

- 806 In ähnlichem Sinne hatte das Bundesgericht schon früher bezüglich eines Grundpfandes entschieden, das errichtet worden war *"zur Sicherstellung aller Ansprüche irgendwelcher Art, die der Bank gegenüber Herrn G.B. zur Zeit schon zustehen oder in Zukunft je erwachsen werden"*. Das Bundesgericht fand, dass das Pfand nicht hafte für eine spätere Deliktsschuld des G.B., und es stützte diese Auffassung auf Art. 27 ZGB²⁵⁴.
- 807 Die beiden Entscheide sind nicht im Ergebnis, aber in ihrer Begründung zu kritisieren. Nur wo die Vertragsauslegung nicht helfen kann, um einen unzumutbar gewordenen Vertrag nach Jahr und Tag auf das vernünftige Mass zurückzuführen, sollte Art. 27 Abs. 2 ZGB Anwendung finden. Dies ist der Fall, wenn die Umstände des Vertragsschlusses und der Wortlaut des Vertrags keinen Zweifel daran lassen, dass die Parteien genau jenen Vertragsinhalt gewollt haben, der im Nachhinein als stossend empfunden wird. Das Korrektiv des Art. 27 Abs. 2 ZGB gründet in solchen Fällen auf der Erwägung, dass der so gewollte Vertragsinhalt angesichts seiner späteren Auswirkungen den Interessen der belasteten Partei nicht mehr entspricht, und zwar *in einer bei Vertragsschluss nicht einplanbar gewesenen Weise*.
- 808 So gesehen gewährt Art. 27 Abs. 2 ZGB der übermässig gebundenen Vertragspartei nachträglichen *Schutz vor ihrem anfänglichen Unbedacht*. Der Unbedacht ist vorhanden im Zeitpunkt des Vertragsschlusses; seine negativen Folgen zeigen sich später²⁵⁵.
- 809 Art. 27 Abs. 2 schützt aber nicht vor jeglichem Unbedacht, sondern nur vor demjenigen, der darin besteht, dass die belastete Partei eine bedingungslose vertragliche Bindung verspricht, ohne sich die Beschränkung oder Beendigung der Bindung für Situationen ausserhalb des Planungshorizonts vorzubehalten.

c) Abgrenzung gegenüber den Tatbeständen der Übervorteilung und der Willensmängel

- 810 Art. 27 Abs. 2 ZGB sollte nicht angerufen werden, wenn eine Partei *innerhalb* ihres Planungshorizonts schlecht geplant hat, etwa indem sie einen übersetzten Kaufpreis versprochen oder einen von Anfang an unvorteilhaften Gesellschaftsvertrag oder eine Bürgschaftsverpflichtung in unerschwinglicher Höhe kontrahiert hat. Solche Fehlplanungen sind gege-

²⁵³ Vgl. diesen Fall in BGE 120 II 35 ff. (36) mit Verweis auf die älteren Entscheide 67 II 130 E. 3; 63 II 410.

²⁵⁴ BGE 108 II 47 (49); in gleichem Sinne schon BGE 106 II 262 ff., 51 II 273 (281, E. 4); vgl. BK-UCHER (1993), N 316.

²⁵⁵ Zur Verwirrung, die in Judikatur und Doktrin bezüglich des relevanten Beurteilungszeitpunkts herrscht, vgl. BK-UCHER (1993), N 295-298.

benenfalls unter Berufung auf Art. 21 OR (Übervorteilung) oder auf Art. 23-31 OR (Willensmängel) zu korrigieren.

e) Keine Anwendung von Art. 27 Abs. 2 ZGB bei aleatorischen Geschäften

- 811 Kein Anwendungsfall von Art. 27 Abs. 2 ZGB liegt vor bei jenen aleatorischen Geschäften, bei denen die kalkulierte Risikoübernahme bezüglich nicht vorhersehbarer künftiger Entwicklungen die eigentliche Leistung der einen Partei ausmacht. Dies trifft zu für Versicherungsverträge und für Optionsverträge mit Versicherungs-Charakter, insbesondere Währungssicherungsgeschäfte.
- 812 Unter dem Schutzgedanken von Art. 27 Abs. 2 ZGB müsste allerdings richtigerweise verlangt werden, dass nur solche Personen von Vertrags wegen Sicherheit anbieten und Risiko übernehmen können, die die professionellen Voraussetzungen für derartige Geschäfte erfüllen. Angesichts des Vorhandenseins einer leistungsfähigen Privatassekuranz und einer landesweiten, mit mathematischer Risikokalkulation arbeitenden Personalvorsorge ist für langfristige Leibrentenverpflichtungen von Privatpersonen heute kein Bedarf mehr. Es ist nicht einzusehen, weshalb die Leibrentenschuld einer Privatperson über das 20. Vertragsjahr hinaus Bestand haben soll, wenn andererseits Getränkebezugsverpflichtungen nach dem 20. Vertragsjahr als übermässige Bindungen qualifiziert werden. Bei konsequenter Anwendung von Art. 27 Abs. 2 ZGB muss Art. 516 OR als Fremdkörper innerhalb der Rechtsordnung erscheinen.

2. Typische Anwendungsfälle von Art. 27 Abs. 2 ZGB unter dem Gesichtswinkel der nicht einplanbaren Bindungsfolgen

a) Unvorhersehbare Vertragswirkungen von Eventualverpflichtungen und Konkurrenzverboten

- 813 Der durch Art. 27 Abs. 2 gewährte Schutz vor Unbedacht ist besonders bedeutsam bei **Eventualverpflichtungen**, weil die belastete Partei im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Tragweite und die künftigen Anwendungsfälle der Vertragspflicht tendenziell unterschätzt und geneigt ist, ihre Zukunft über den Planungshorizont hinaus zu verplanen. Dies gilt insbesondere für Bürgschaften, Garantien und Drittpfandbestellungen natürlicher Personen.
- 814 Übermässig bindend ist eine Absprache, durch die der Bürge oder der Drittpfandgeber die gemäss Art. 178 Abs. 2 OR zu erteilende Zustimmung zum Schuldnerwechsel im Voraus erteilt und es dem freien Ermessen der Gläubigerin anheimstellt, wer der künftige Hauptschuldner der verbürgten oder pfandgesicherten Schuld sein soll²⁵⁶.
- 815 Zulässig und gültig ist die Eingehung einer finanziellen Verpflichtung aber dann, wenn sowohl die Umstände ihrer Aktualisierung als auch ihre betragsmässige Höhe beim Vertragsschluss konkret vorhersehbar sind. So hat das Bundesgericht die Eingehung einer Bürgschaft für gültig erklärt, bei welcher der Haftungsbetrag das Eigenvermögen des Bürgen über-

²⁵⁶ So BGE 67 II 130 in bezug auf eine Bürgschaft; vgl. BK-BUCHER (1993), N. 315.

- stieg²⁵⁷. Das Argument des Schuldners, er habe mehr versprochen, als was er bezahlen könne, hatte unter dem Gesichtswinkel von Art. 27 Abs. 2 ZGB kein Gewicht²⁵⁸.
- 816 Art. 27 Abs. 2 ZGB kann also nicht dazu dienen, hohe Pfand- und Bürgschaftssummen auf ein erschwingliches Mass herabzusetzen²⁵⁹, sondern lediglich dazu, die nicht vorhersehbaren Haftungssituationen auszugrenzen und die belastete Vertragspartei von der Haftung für die betreffenden Situationen freizustellen. Für die konkret vorhersehbaren Haftungssituationen bleibt die Haftung bestehen.
- 817 Auch bei **Konkurrenzverboten** besteht die Gefahr, dass die Tragweite der künftigen Belastung unterschätzt wird, soweit solche Verbote im Hinblick auf zukünftige Eventualitäten, insbesondere auf den eventuellen Austritt des Arbeitnehmers in einem noch aktiven Alter aus den Diensten der Arbeitgeberin stipuliert werden, oder soweit sie zugesichert werden in bezug auf Tätigkeitsbereiche und geographische Gebiete, in welchen die versprechende Partei im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht tätig ist und nicht tätig zu sein beabsichtigt.
- 818 Aus der Regel, dass nicht über den Planungshorizont hinaus geplant werden kann, ergibt sich, dass das nach Zeit, Ort oder Gegenstand übermässige Konkurrenzverbot auf das zulässige Mass herabzusetzen ist; diese für das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot in Art. 340a Abs. 2 OR kodifizierte Regel²⁶⁰ muss allgemeine Geltung haben²⁶¹.
- 819 Keine übermässige Bindung liegt in der Regel vor, wenn die Konkurrenzenthaltung durch eine angemessene Stillhalteentschädigung abgegolten wird²⁶² oder wenn sie zwischen zwei Anbietern wechselseitig im Sinne einer Marktaufteilung stipuliert wird. Solche Konkurrenzverbote sollten im nicht-arbeitsvertraglichen Bereich gemäss den hinten, Ziff. 848, gemachten Vorschlägen über längere Zeit Bestand haben können.
- 820 Zu den Verträgen, die lediglich im Hinblick auf künftige Eventualitäten abgeschlossen werden, gehört auch die **Ehescheidungskonvention**²⁶³, wenn sie zu einem Zeitpunkt kontrahiert

²⁵⁷ BGE 95 II 55 (Benelli); in gleichem Sinne schon ZR 45 (1946), Nr. 187.

²⁵⁸ Vgl. den Überblick über die mit unpräzisen obiter dicta immer wieder irreführende bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Thema wirtschaftlich unerschwinglicher Vertragsleistungen im Lichte von Art. 27 Abs. 2 ZGB bei BK-UCHER (1993), N 152-155; zutreffend auch PEDRAZZINI/OBERHOLZER (1993), S. 128: "*Art. 27 Abs. 2 ZGB hindert ... niemanden, sich über seine finanziellen Kräfte hinaus zu verpflichten. Ob ein Vertrag den guten Sitten widerspricht, beurteilt sich grundsätzlich nach seinem Inhalt und nicht nach den Mitteln, die dem Schuldner zur Verfügung stehen, um ihn zu erfüllen*", mit Verweis auf BGE 95 II 58. - In gleichem Sinne A. UCHER (1994), S. 142, Ziff. 436 f. mit Hinweis auf BGE 111 II 337 und 104 II 6, OG BL, BJM 1973, S. 96, AppG BS, BJM 1973, S. 97.

²⁵⁹ So auch BK-UCHER (1993), N 146 f.

²⁶⁰ Vgl. die reiche Kasuistik arbeitsvertraglicher Konkurrenzverbote bei BK-UCHER (1993), N 388-416; zur Kritik an der gesetzlichen Regelung vgl. Ziff. 839 ff.

²⁶¹ Vgl. BK-UCHER (1993), N 300 und 375-377, mit Hinweis auf die ältere Judikatur, die Totalnichtigkeit annahm.

²⁶² Auch BK-UCHER (1993), N 425, bejaht die Relevanz einer Konkurrenzenthaltungs-Entschädigung.

²⁶³ Die Ehescheidungskonvention ist ein Vertrag, mit dem sich die Parteien über die Nebenfolgen ihrer Ehescheidung einigen. - Hauptfolge der Scheidung ist die Auflösung der Ehe. Nebenfolgen heissen alle übrigen Rechtsfolgen. Sie umfassen die Regelung der Kinderzuteilung an einen Ehegatten und des Besuchsrechtes des anderen geschiedenen Ehegatten, die Regelung der Unterhaltspflichten unter den Geschiedenen und zugunsten der Kinder sowie die güterrechtliche Auseinandersetzung, d.h. die Aufteilung des ehelichen Vermögens an den einen und den anderen Geschiedenen. Wenn sich die Ehegat-

wird, in dem noch nicht feststeht, ob überhaupt geschieden wird. Zuweilen werden solche Vereinbarungen schon vor der Heirat getroffen. Auch bei solchen Verträgen mögen die Parteien zu Leichtsinn und zum Planen des Unplanbaren neigen, insbesondere, wenn sie Kinderzuteilung und Elternrechte regeln, bevor Kinder geboren und deren affektive Beziehungen zu dem einen oder andern Elternteil bekannt sind.

- 821 Betrachtet man die Ehe aus ethischen oder religiösen Gründen als grundsätzlich unauflöslich, die Scheidung als letzten Notbehelf in einer anders nicht mehr zu sanierenden menschlichen Katastrophensituation, dann erscheint die im Voraus geschlossene Ehescheidungskonvention von Eherechts wegen als unsittlich, weil die Parteien darin etwas planen, was sie aus ethischen Gründen bis zum Tag der Katastrophe gar nicht in Erwägung ziehen sollten. Betrachtet man die Ehe dagegen im Lichte der Scheidungsstatistik als einen menschlichen Versuch, der trotz guter Absichten mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit fehlschlägt, dann kann die frühzeitige Planung der Scheidung nicht grundsätzlich als etwas Verwerfliches verpönt werden. Schon vor dem Eheschluss müssen sich die Parteien in einem gewissen Grad über die Modalitäten einer (allfälligen) Scheidung einigen können - und sie müssen dies mit rechtlicher Verbindlichkeit tun dürfen. Unverbindlich wäre lediglich die im Voraus getroffene Vereinbarung der Ehescheidung als solcher, d.h. die Vereinbarung einer Ehe auf Zeit²⁶⁴. Die zeitliche Terminierung der Ehe bedeutet keine übermässige Bindung im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB, sondern sie widerspricht dem gesetzlichen Konzept der Ehe als eines grundsätzlich auf Lebenszeit abgeschlossenen Instituts.
- 822 Das Bundesgericht ist in einem Urteil von 1995 von der grundsätzlichen Verbindlichkeit der vor dem Eheschluss kontrahierten Scheidungskonvention ausgegangen²⁶⁵. Der Entscheid ist mittlerweile in diesem Punkte (zu unrecht) kritisiert worden²⁶⁶.

ten über alle oder einzelne dieser Punkte einigen können, braucht der Richter bezüglich der vertraglich geregelten Punkte nicht mehr selber zu entscheiden. Jedoch muss er die Ehescheidungskonvention gemäss Art. 158 Ziff. 5 ZGB inhaltlich prüfen und gegebenenfalls genehmigen. Ein Punkt des Scheidungsurteils heisst dann: *"Die von den Parteien abgeschlossene Konvention über die Nebenfolgen wird genehmigt"*.

²⁶⁴ So zutreffend BK-BUCHER (1993), N 224.

²⁶⁵ BGE 121 III 393. - In casu wurde die Verbindlichkeit wegen Unklarheit des Vertragsinhaltes verneint. Gleichzeitig hielt das Bundesgericht fest, dass auch eine so frühzeitig kontrahierte Scheidungskonvention der Genehmigung durch den Scheidungsrichter unterliegt. Die grundsätzliche Genehmigungsbedürftigkeit steht der Vertragswirkung der Scheidungskonvention aber nicht im Wege. Zwar kann jede Partei dem Scheidungsrichter die Nichtgenehmigung beantragen (vgl. TUOR/SCHNYDER/SCHMID (1995), S. 192; BK-BÜHLER/SPÜHLER (1980), N 150 zu Art. 158 aZGB; URS PETER FREY, Die Abänderbarkeit von Scheidungskonventionen, SJZ 73 (1977), S. 187); denn die Scheidungskonvention beinhaltet keinen Verzicht auf diese prozessuale Befugnis. Aber der Richter darf einem einseitigen Parteiantrag auf Nichtgenehmigung nur stattgeben, wenn hierfür ein wichtiger Grund gegeben ist, insbesondere ein Willensmangel beim Antragsteller im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (vgl. in diesem Sinne BGE 93 II 359 [360, E. 3a]), entgegenstehende Kindesinteressen oder stark veränderte Verhältnisse im Zeitpunkt der Scheidung, welche die ursprüngliche Balance von Leistungen und Gegenleistungen erheblich stören.

²⁶⁶ Vgl. HEINZ HAUSHEER, Die Scheidungsgründe in der laufenden Ehescheidungsreform, ZSR NF 115 I (1996), S. 359, wonach der verbindliche Abschluss einer Ehescheidungskonvention *"nur im Hinblick auf eine konkrete Scheidung möglich ist. Eine "Scheidungskonvention" kann nicht gewissermassen auf Vorrat - schon gar nicht vor der Heirat - abgeschlossen werden. Einer solchen Vereinbarung fehlt nicht nur die richterliche Genehmigung, sondern es kann ihr - entgegen BGE 121 III 393 ff. - angesichts von Art. 27 ZGB auch keine Bindungswirkung unter den Parteien zukommen."* - In gleichem

b) Unvorhersehbare Auswirkungen des Verzichts auf künftige Rechtsausübung

- 823 Der vertraglich vereinbarte **Verzicht auf die künftige Geltendmachung von Befugnissen und Rechten** verletzt dann Art. 27 Abs. 2 ZGB, wenn die sich aus dem Verzicht ergebende Belastung im Zeitpunkt der Verzichtserklärung ungenügend vorhersehbar ist.
- 824 Beispiele für unwirksame Verzichtserklärungen sind der **Verzicht auf künftigen Rechtsschutz** oder auf bestimmte Rechtsbehelfe oder Verfahrensrechte²⁶⁷. Werden solche Verzichtserklärungen von beiden Vertragsparteien mit paritätischer Wirkung ausgetauscht, so kann nicht von einer entwürdigenden Unterwerfung der einen Partei unter das Diktat der andern gesprochen werden, sondern es liegt die rechtlich unwirksame Inkaufnahme unvorhersehbarer Vertragswirkungen vor.
- 825 Unwirksam ist auch das in manchen Patentlizenzverträgen enthaltene Versprechen der Lizenznehmerin, die Gültigkeit des lizenzierten Patentes nicht anzufechten.
- 826 Zulässig ist jedoch der Verzicht auf Rechtsmittel (Klage, Appellation, Beschwerde etc.), d.h. der **Vergleich**, nachdem sich die Konfliktsituation aktualisiert hat und die Tragweite des Rechtsmittelverzichts überschaubar geworden ist, ferner in allen schiedsfähigen Materien der Verzicht auf das staatliche Gericht durch den Abschluss einer **Schiedsgerichtsvereinbarung**²⁶⁸.
- 827 Keine übermässige Bindung und demgemäss gültig ist die arbeitgeberseitige Verpflichtung, dem Arbeitnehmer im Falle seines künftigen Abgangs *in jedem Falle* eine bestimmte **Abgangsschädigung** zu bezahlen, unabhängig vom Grund, aus welchem der Arbeitnehmer die Firma verlassen sollte. Dass eine solche Abgangsschädigung auch ausgerichtet werden muss, wenn die Arbeitgeberin den Angestellten aus wichtigem Grund fristlos entlässt, bedeutet keine unzulässige Beschränkung der arbeitgeberseitigen Kündigungsfreiheit²⁶⁹.

Sinne ZGB-LÜCHINGER/GEISER, Basel 1996, S. 834, N 19 zu Art. 158 ZGB: "*Da eine Scheidungskonvention nur mit Blick auf eine anstehende Scheidung und nicht im voraus und auf Vorrat abgeschlossen werden kann, fehlt einer vor der Heirat getroffenen Regelung über die Nebenfolgen der Scheidung unabhängig von der Frage der gerichtlichen Genehmigung jede bindende Wirkung*".

²⁶⁷ Vgl. eine wegen Art. 27 Abs. 2 für ungültig erkannte Beweisführungsvereinbarung (Verzicht auf Zeugenbeweis) im Entscheid des OG ZH, 10.01.1991, ZR 89, Nr. 118, S. 296 f., ferner den ebenfalls für ungültig erkannten, pauschalen Verzicht auf den Wohnsitzgerichtsstand eines Berufsmannes für die ganze Dauer seiner Berufstätigkeit, BGE 87 I 57 f. (betreffend SIA-Mitgliedschaft); BK-BUCHER (1993), N 330; GROSSEN (1967), S. 298.

²⁶⁸ Wegen eines Verstosses gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB sind Schiedsklauseln unverbindlich, wenn sie die Bestellung des Schiedsgerichts ausschliesslich nach den Wünschen der einen Partei vorsehen (dies wäre *entwürdigende* Unterwerfung unter die Willkür der anderen Partei); vgl. den Fall eines einseitig bestellten Verbandsschiedsgerichts im Urteil des KG VS vom 2.11.1989, RVJ 1991 346 (355), Ligue Suisse de Hockey sur Glace c/Norman Dubé. - Gemäss BGE 77 I 201 liegt auch dann eine Verletzung von Art. 27 Abs. 2 ZGB vor, wenn die Schiedsklausel sämtliche Streitigkeiten aus unbestimmt vielen künftigen Rechtsverhältnissen erfassen will (dies wäre ein Fall mangelnder Vorhersehbarkeit der künftigen Vertragswirkungen).

²⁶⁹ Vgl. einen solchen Fall im Urteil des OG TG vom 1.04.1965, RBOG 1965, Nr. 8, S. 63 ff. (64); das thurgauische Obergericht traf den Kern der Sache mit der Erwägung: "*Wenn ein Industrieunternehmen von der Grösse der Berufungsklägerin die Verpflichtung zur Leistung einer Abfindungssumme im Be-*

- 828 Unwirksam ist dagegen bei Dauerschuldverhältnissen der **Verzicht auf die vorzeitige Kündigung aus wichtigem Grund**²⁷⁰. Diese Auflösungsbefugnis ist unabdingbar²⁷¹.
- 829 Aus dem gleichen Grunde ist auch die in Art. 249 OR vorgesehene Befugnis zum **Schenkungs widerrufen** unverzichtbar²⁷², wogegen der im Voraus erklärte Verzicht auf die Erhebung der **Verjährungseinrede** wegen der Spezialnorm von Art. 141 Abs. 1 OR unwirksam ist, ohne dass es der Berufung auf Art. 27 Abs. 2 ZGB bedürfte.
- 830 Der Verzicht auf die **Einwendung des Selbstverschuldens** der Gegenpartei ist gemäss der Spezialnorm von Art. 100 OR zu beurteilen. Der **Verzicht auf Schadenersatz aus Vertragsverletzungen durch Hilfspersonen** der Gegenpartei untersteht der Spezialnorm von Art. 101 OR. In beiden Fällen geht es nicht an, einen durch die Spezialnormen ausdrücklich als zulässig erklärten Verzicht unter dem Gesichtswinkel von Art. 27 Abs. 2 ZGB in Frage zu stellen²⁷³.
- 831 Werden in einem Dauerschuldverhältnis wie etwa in einem Miet- oder einem Baurechtsverhältnis die laufend auszutauschenden Leistungen im Voraus fixiert oder wird eine Formel für die periodische Anpassung an veränderte Verhältnisse vereinbart, so liegt darin der **Verzicht auf die periodische Vertragsanpassung an die wirklich eingetretenen Änderungen der Verhältnisse**. Beide Parteien gehen ein Äquivalenzrisiko ein²⁷⁴.
- 832 Dies sei illustriert: Bei einem auf mehrere Jahrzehnte unkündbar abgeschlossenen Miet- oder Baurechtsvertrag mag die Meinung der Parteien dahin gehen, dass der vereinbarte Zins dem Nutzwert der vermieteten oder im Baurecht abgegebenen Sache entspricht. Wird eine periodische Anpassung dieses Zinses an den Lebenshaltungskostenindex oder an eine Quote desselben vereinbart, so schafft eine solche Anpassungsformel das Risiko des schleichenden Auswanderns des Zinsbetrages aus jenem Bereich, der als marktkonformes Nutzungsentgelt zu qualifizieren ist.
- 833 Unter dem Gesichtswinkel von Art. 27 Abs. 2 ZGB erscheint es als geboten, bei allen Verträgen, die wegen starrer Anpassungsformeln ein Risiko des Auswanderns der Wertkorrelation zwischen Leistung und Gegenleistung beinhalten, die Bindung an die Anpassungsformel nach spätestens jeweils 20 Jahren als übermässig zu betrachten und in Abständen von 20 Jahren die gerichtliche oder schiedsgutachterliche Anpassung an die wirklichen Verhältnisse zuzulassen²⁷⁵. Innerhalb der genannten Zeiträume gilt die vereinbarte Anpassungsfor-

trage von rund CHF 21'000.-- auch für den Fall einer Kündigung aus wichtigen Gründen eingeht, um mit diesem Versprechen eine dringend gewünschte Arbeitskraft zu erhalten, so nimmt es damit ein absehbares und im Rahmen der betrieblichen Planung einkalkuliertes Risiko auf sich, mit dem es sich nicht in unsittlicher Weise belastet."

²⁷⁰ Vgl. OG LU, 23.01.1989, LGVE 1989, Bd. I, Nr. 1, S. 1 f.

²⁷¹ Vgl. Ziff. 800 f.

²⁷² Vgl. BGE 113 II 258 E.5, wo der Widerrufsverzicht bei einer Schenkung zwischen Ehegatten nach deren Scheidung als übermässige Bindung qualifiziert wurde.

²⁷³ Vgl. in diesem Sinne bezüglich der Haftungsbeschränkung gemäss Art. 101 Abs. 2 OR das Schiedsgerichtsurteil vom 23.04.1970, letztinstanzlich bestätigt BGer am 21.11.1971, mitgeteilt in ZR 70, Nr. 117, S. 317 ff. (320).

²⁷⁴ Vgl. hierzu hinten, Ziff. 851, lit. b.

²⁷⁵ Bei dieser Anpassung handelt es sich nicht um eine knebelnde Unterwerfung der Parteien unter fremdes Diktat, sondern um ihre Befreiung aus einer allzu starren vertraglichen Formel. Das Gericht oder der Schiedsgutachter bringt weder seinen Willen noch seine Willkür zum Tragen, sondern ermittelt im

mel. War der Baurechtszins bei Vertragsbeginn niedriger angesetzt worden, als was dem Nutzwert des Objektes entsprach, weil die Baurechtsgeberin den Baurechtsnehmer auf diese Weise subventionieren wollte, so hat der Baurechtsnehmer während der ganzen Baurechtsdauer Anspruch auf eine entsprechende Vergünstigung. Gemäss dem hinten, Ziff. 856, gemachten Vorschlag kann sogar die unentgeltliche Überlassung einer Sache an eine andere Person für höchstens 100 Jahre gültig stipuliert werden.

c) Insbesondere: Unvorhersehbare Auswirkungen des Verzichts auf künftige Vertragskündigung

aa) Vorbemerkung

- 834 Eine Untergruppe der wegen ungenügender Vorhersehbarkeit unwirksamen Vertragsinhalte bildet bei Dauerschuldverhältnissen der Verzicht auf die Kündigungsmöglichkeit, wenn der Umfang der daraus erwachsenden Belastung und die Tragweite der eingegangenen Verpflichtungen nicht für die volle vertragliche Bindungsdauer mit genügender Konkretheit voraussehbar ist²⁷⁶. Man spricht in diesem Zusammenhang bildhaft von der Unwirksamkeit "ewiger Verträge".
- 835 Die gerichtliche Bereitschaft, solche Verträge nach einer gewissen Zeit als auflösbar, den Kündigungsverzicht nach einer gewissen Zeit als unwirksam zu qualifizieren, hängt insbesondere vom Inhalt der vertraglichen Bindung für die belastete Partei ab; so sind Verpflichtungen zu wiederkehrenden Arbeits-, Sach- und Geldleistungen nach kürzerer Zeit kündbar als der vertragliche Verzicht, ein wirtschaftlich werthaltiges Recht, insbesondere Sacheigentum oder Immaterialgüter, zu nutzen oder darüber zu verfügen²⁷⁷; demgemäss kann die zulässige Höchstdauer der Bindung für die zu Geldleistungen verpflichtete Partei (z.B. die Mieterin) kürzer sein als für die zur blossen Überlassung einer Sache verpflichteten Gegenpartei.
- 836 Die dogmatische Erfassung der maximal zulässigen Bindungsdauern bei verschiedenen Kategorien von Vertragspflichten hat sich zu orientieren an den vorhandenen einschlägigen

Dienste der Parteien nach bestem Wissen und Gewissen das Angemessene; vgl. die etwas andere Optik bei BK-BUCHER (1993), N 325-327, wo die persönlichkeitsrechtliche Unbedenklichkeit aus der Neutralität des Dritten abgeleitet wird.

²⁷⁶ Vgl. die den Kern der Sache treffende Formulierung dieses Rechtsgedankens bei BK-BUCHER (1993), N 357: *"Fehlende zeitliche Begrenzung bedingt Unmöglichkeit des Erkennens und der Kontrolle deren Wirkungen ..."*. - Demgemäss *"muss den Vertragsparteien angesichts der Begrenztheit menschlicher Einsicht von vornherein die Fähigkeit abgesprochen werden, die Konsequenzen ihrer Vereinbarung für ferne Zukunft zu erkennen"*. - Ähnlich SPIRO (1975), S. 1147: *"Je weiter die Leistung hinausgeschoben wird, desto mehr wächst ... die Gefahr, dass die Umstände sich zu seinem [des Schuldners] Nachteil ändern und die Erfüllung ihn wesentlich mehr als erwartet belastet."* Ferner S. 1148, § 428: *"Je entfernter die Leistung und insbesondere der Zeitpunkt, indem er [der Gläubiger] sie fordern kann, ... desto grösser wird auch für ihn die Gefahr ungünstiger Veränderungen ..."*.

²⁷⁷ So BGE 114 II 159 mit einer Zusammenfassung der Rechtsprechung (161-163), ferner BGE 93 II 300 E. 7. - Vgl. auch PEDRAZZINI/OBERHOLZER (1993), S. 126: Die zulässige Höchstdauer *"hängt namentlich von der Intensität der dadurch bewirkten Beschränkung des Verpflichteten ab. Hindert sie die gesamte Betätigung im wirtschaftlichen Bereich, wird die Bindung nur für kurze Zeit rechtmässig erfolgen dürfen; handelt es sich dagegen um einen beschränkten Eingriff, ist ein weiterer Massstab anzulegen"*.

Gesetzesbestimmungen, ferner an der bisher ergangenen Judikatur. Eine Schwierigkeit besteht darin, dass manche der einschlägigen Gesetzesbestimmungen nicht aus einem systematischen Rechtsdenken, sondern aus politischen Zufälligkeiten hervorgegangen sind. Demgemäss finden sich in der gesetzlichen Normierung Unstimmigkeiten, die der dogmatischen Systematisierung störend im Wege stehen. Die Orientierung an gesetzlichen Regeln wird zusätzlich dadurch erschwert, dass der Gesetzgeber mancherorts der Idee verpflichtet ist, die zulässigen Bindungsdauern für beide Vertragspartner symmetrisch gleich zu definieren. Dieser Rechtsgedanke ist realitätsfremd.

bb) Kritische Würdigung einschlägiger Gesetzesbestimmungen

- 837 In aufsteigender Ordnung sind folgende gesetzlichen Befristungen zu erwähnen und im Hinblick auf ihre Verallgemeinerbarkeit zu beurteilen:
- 838 Art. 404 Abs. 1 OR erlaubt beiden Parteien des einfachen Auftrags den jederzeitigen Rücktritt vom Vertrag, was dem **Ausschluss einer zeitlich andauernden Bindung** gleichkommt. Der Grund für diesen Ausschluss liegt in dem besonderen Vertrauen, welches der Auftraggeber in manchen Fällen dem Beauftragten schenkt (etwa die Patientin dem Arzt, der Klient der Anwältin). Aus Paritätsgründen hat der Gesetzgeber den Ausschluss der zeitlichen Bindung auch auf die Vertragsstellung des Beauftragten ausgedehnt. - Der Ausschluss einer zeitlich dauernden Bindung ergibt sich aus Art. 27 Abs. 2 sodann für die in Ziff. 780 ff. erwähnten Pflichten von besonderer Persönlichkeitsnähe.
- 839 Eine **Dreijahresfrist** findet sich in Art. 340a Abs. 1 OR. Hier geht es um die höchstzulässige Bindungsdauer des ehemaligen Arbeitnehmers zur *Unterlassung bestimmter Tätigkeiten* (arbeitsvertragliches Konkurrenzverbot; das Gesetz behält die Zulässigkeit einer längeren Dauer "unter besonderen Umständen" vor).
- 840 Eine **Zehnjahresfrist** findet sich in Art. 334 Abs. 3 OR (zulässige Bindungsdauer des Arbeitnehmers zur *Erbringung von Arbeit*).
- 841 Die Dreijahresfrist des Art. 340a OR und die Zehnjahresfrist des Art. 334 Abs. 3 OR lassen sich weder auf einen gemeinsamen Rechtsgedanken zurückführen noch fügen sie sich in ein rechtlich durchdachtes System zulässiger Bindungsdauern ein. Es handelt sich um sozialpolitische Eingriffe des Gesetzgebers "ad hoc". Die zehnjährige Bindungsdauer bezüglich der Arbeitserbringung ist zu lang, die dreijährige Bindungsdauer bezüglich des Konkurrenzverbotes zu kurz. Angemessen wäre für beide Tatbestände eine **Fünfjahresfrist**. Die zehnjährige Bindung eines Arbeitnehmers wider seinen Willen in einem Anstellungsverhältnis, aus welchem er sich lösen möchte, ist wirklichkeitsfremd²⁷⁸. Realexekution gegenüber dem Arbeitnehmer ist nicht denkbar; sie wäre eine Persönlichkeitsverletzung gemäss Art. 28 ZGB. Der sozialpolitische Hintergedanke, dass der Arbeitnehmer faktisch ohnehin frei ist, die

²⁷⁸ Zutreffend verweist SPIRO (1975), S. 1240, Fussnote 7, darauf, dass die Zehnjahresfrist für das Arbeitsverhältnis problematisch ist, ferner dass der Entwurf vom 3.3.1905 eine Fünfjahresfrist vorgesehen hatte und dass die Zehnjahresfrist durch die Kommission des Nationalrates eingeführt worden ist (amtliches stenographisches Bulletin der Schweizerischen Bundesversammlung, Nationalrat, 19, 673). Die Zehnjahresfrist des schweizerischen Rechts steht auch im Vergleich mit den Nachbarländern solitär da: § 624 BGB begrenzt die entsprechende Frist auf 5 Jahre, ebenso § 1158 Abs. 3 ABGB und Art. 1297 Abs. 4 Codice Civile Italiano. Der italienische Codice gestattet die Zehnjahresfrist nur für leitende Angestellte.

Stelle zu wechseln, wann es ihm passt, indem er durch "Dienst nach Vorschrift" die Arbeitgeberin zur vorzeitigen Kündigung provozieren kann, vermag die Gesetzesvorschrift zwar entstehungsgeschichtlich zu erklären, rechtlich aber nicht zu begründen.

- 842 Eine **Zwanzigjahresfrist** findet sich in Art. 509 Abs. 3 OR als Höchstdauer für Bürgschaftsverpflichtungen.
- 843 Eine **Dreissigjahresfrist** findet sich in Art. 788 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB für Grundlasten.
- 844 **Hundertjahresfristen** finden sich bei den das Grundstück umfassend mit Beschlag belegenden Dienstbarkeiten (*Baurecht, Nutzniessung* und *Wohnrecht*²⁷⁹) und bei der einer Realobligation nahekommenden Pflicht zur Bezahlung des Baurechtszinses²⁸⁰. Als Alternative gilt für Nutzniessung und Wohnrecht die Befristung auf die Lebenszeit des Berechtigten.
- 845 **Ohne zeitliche Beschränkung** zulässig sind andere sachenrechtliche Rechtsverhältnisse (Grunddienstbarkeiten²⁸¹, Pfandrechte²⁸²).

cc) Bildung von Kategorien

- 846 Der nachfolgende Vorschlag zur Bildung von Kategorien distanziert sich vom Gedanken symmetrischer Befristungen für jeweils beide Vertragsparteien. Stattdessen wird jede Vertragspflicht einzeln beurteilt und einer bestimmten Kategorie zugeordnet. Die Kategorien beschreiben nicht Vertragstypen, sondern Typen von Verpflichtungen. In aufsteigender Reihenfolge führen die folgenden Kategorien zu einer sinnfälligen Einteilung:
- 847 **Nur kurzfristige Bindungen**, etwa für eine bestimmte Veranstaltung, für ein einzelnes Projekt oder für eine Spielsaison, können zulässig sein, wenn der Inhalt der Verpflichtung bezüglich des erforderlichen **Vertrauens** oder bezüglich der **Persönlichkeitsnähe** den Auftraggeberpflichten oder jenen besonders persönlichkeitsnahen Pflichten gleichkommt, wie sie in Ziff. 780 ff., beschrieben sind. Als Beispiele seien Ausbildungsverträge und Engagements in Sport, Theater und Show Business erwähnt, welche die engagierte Person zu-

²⁷⁹ Für das Baurecht sieht Art. 779 Abs. 1 ZGB die Höchstdauer von 100 Jahren vor, für die Nutzniessung zugunsten natürlicher Personen die Lebenszeit des Nutzniessers, bei juristischen Personen 100 Jahre (Art. 749 ZGB). - Die zeitlichen Limitierungen sind nicht als Ausfluss des Persönlichkeitsschutzes zu verstehen; vielmehr tragen sie dem sachenrechtlichen Ordnungsanliegen Rechnung, die verschiedenen dem Eigentum innewohnenden Befugnisse nicht auf unbeschränkte Zeit aufzuspalten und in die Hände verschiedener Berechtigter zu legen.

²⁸⁰ Bezüglich der Möglichkeit, den Baurechtszins gestützt auf Art. 27 Abs. 2 an den wirklichen Nutzwert des Bodens anzupassen, vgl. Ziff. 832 f.

²⁸¹ Vorbehalten bleibt die Ablösung durch den Richter gemäss Art. 736 ZGB bei Wegfall des Interesses an der Dienstbarkeit, wobei das relevante Interesse auf jenen Zweck beschränkt bleiben muss, zu welchem die Dienstbarkeit seinerzeit errichtet wurde; vgl. hiezu BGE 121 III 52.

²⁸² Die lange Dauer von Pfandbelastungen und die kürzere Dauer der Belastung mit Optionen lässt sich dadurch rechtfertigen, dass die Pfandverwertung dem Grundsatz nach zu keiner Entreicherung des Pfandbestellers führt. Die Pfandsache wird zu ihrem wirklichen Wert veräussert, der Überschuss des Erlöses über die Pfandforderung hinaus dem Eigentümer zugewiesen. Bei langfristigen Optionsrechten kann die Wertkorrelation von Leistung und Gegenleistung aus der vorhersehbaren Bandbreite auswandern.

weilen ganzheitlich und rund um die Uhr in Beschlag nehmen²⁸³. Auf höchstens ein Jahr sollte die zahlungshalber erfolgende **Globalzession** künftiger Debitorenforderungen kontrahiert werden können²⁸⁴.

- 848 **Fünffjahresfrist** (im Sinne einer Interpolation zwischen der Dreijahresfrist von Art. 340a Abs. 1 OR und der Zehnjahresfrist von Art. 334 Abs. 3 OR): Höchstens für 5 Jahre sollte eine vertragliche Bindung möglich sein bezüglich von **Einschränkungen der persönlichen oder der unternehmerischen Freiheit**, welche die Person oder das Unternehmen umfassend oder in persönlichkeitsnahen oder in anderen wesentlichen Belangen einschränken. Zu den persönlichkeitsnahen Belangen gehört bei natürlichen Personen insbesondere die eigene Arbeitskraft. In diese Kategorie fallen aber auch der eigene Name und das eigene Bild; ihre Lizenzierung sollte zulasten natürlicher Personen als Lizenzgeberinnen höchstens auf 5 Jahre hinaus möglich sein.
- 849 Gäbe es nicht die abweichende, in Ziff. 839 ff. kritisierte gesetzliche Regelung, so müsste nach der hier vertretenen Auffassung die Fünffjahresfrist gelten für die Arbeitsverpflichtung des Arbeitnehmers und für arbeitsvertragliche Konkurrenzenthaltungspflichten.
- 850 Die Fünffjahresfrist sollte richtigerweise auch gelten für die Vertragspflichten einer Arbeitgeberin, wenn sie durch die Zusammenarbeit mit der Arbeitnehmerin in ihren persönlichen Belangen betroffen wird, wie dies bei Hausangestellten und Mitarbeitern in Kleinbetrieben (Angestellten in landwirtschaftlichen Familienbetrieben, in Arzt- und Anwaltspraxen etc.) der Fall ist. Hingegen sollte für Arbeitgeber mit einer grösseren Zahl von Angestellten richtigerweise möglich sein, der einzelnen Arbeitnehmerin eine längere Anstellungsdauer zu garantieren (gemäss der hier vertretenen Auffassung längstens 20 Jahre; vgl. hienach, lit. c).
- 851 **Zwanzigjahresfrist** (anknüpfend an Art. 509 Abs. 3 OR): Für höchstens 20 Jahre sollten die folgenden Verpflichtungen kontrahiert werden können:
- a) **Erbringung positiver Leistungen**, insbesondere von Geldzahlungen²⁸⁵, Leistung von Diensten, von Energie und von Sachen, ferner die Übernahme von Risiken, welche die eventuelle künftige Erbringung solcher positiver Leistungen zum Gegenstand haben;
 - b) **Eingehung eines Äquivalenzrisikos**, d.h. eines Risikos, dass bezüglich künftig zu erbringender Leistungen das ursprünglich anvisierte Wertverhältnis von Leistung und Gegenleistung verloren geht²⁸⁶;
 - c) **Einschränkungen der persönlichen oder der unternehmerischen Freiheit in definierten Segmenten**, welche die Person oder das Unternehmen nicht umfassend, nicht in persönlichkeitsnahen und nicht in anderen wesentlichen Belangen einschränken; hiezu gehören Exklusivitätsverpflichtungen, welche die pflichtige Partei in der Wahl eines Lieferanten oder in der Bearbeitung bestimmter Märkte einschränken (insbesondere Getränke-²⁸⁷ und andere

²⁸³ Der in Ziff. 888 f. erwähnte Fall ("Talent-Studio") hätte gemäss dem hier Gesagten bei etwas ausgewogenerer Formulierung der beidseitigen Pflichten für etwa ein Jahr bindend abgeschlossen werden können.

²⁸⁴ Vgl. Ziff. 904.

²⁸⁵ Vorbehältlich der unlimitiert bindenden Pflicht zur Leistung eines Bereicherungsausgleichs, vgl. Ziff. 860.

²⁸⁶ Vgl. hiezu vorn Ziff. 831 f. sowie hienach Ziff. 852.

²⁸⁷ Bei den langfristigen Getränkebezugsverpflichtungen hat immer nur die Bezugspflicht, nie die Lieferverpflichtung zu vorzeitigen Kündigungsbestrebungen geführt. Im Jahre 1914 hat das Bundesgericht

Warenbezugsverpflichtungen ohne Mindestabnahmepflicht sowie Verpflichtungen des Lizenzgebers oder Produzenten, selber nicht ins Vertragsgebiet des Lizenznehmers oder Alleinvertreters zu liefern), ferner Verpflichtungen, bestimmte, klar definierte Dienstleistungen oder Produkte nicht anzubieten²⁸⁸.

- 852 Die 20-jährige Höchstdauer ist auch anzunehmen für **Garantieverpflichtungen** und andere **zeitlich aufgeschobene Leistungspflichten** (z.B. aus einem Kaufvertrag, der heute abgeschlossen wird und in ferner Zukunft zu erfüllen ist, oder aus einer **Darlehenszusage** bzw. Kreditlimite, die dem Borger erlaubt, die Darlehensvaluta zu beliebiger Zeit abzurufen²⁸⁹) und für **Optionen**²⁹⁰ (z.B. Kaufs- und Rücknahmeverpflichtungen). Dem hier gemachten Vorschlag der Begrenzung auf 20 Jahre liegt der Gedanke zugrunde, dass niemand vorhersehen kann, ob die heute kontrahierte Leistungspflicht für ihn nach mehr als 20 Jahren noch erschwinglich, die aufgrund einer Put-Option zu übernehmende Sache noch nützlich oder verkäuflich ist²⁹¹.
- 853 Die 20-jährige Höchstdauer ist schliesslich anzunehmen für die Verpflichtung der Lizenzgeberin bzw. Warenlieferantin, ihrem Lizenznehmer, Agenten oder Alleinvertreter nach Ablauf des Vertrages eine über den Bereicherungsausgleich²⁹² hinausgehende **Goodwillentschädigung** zu bezahlen.
- 854 Nach der hier vertretenen Auffassung können **Aktionärbindungsverträge** auf jene Dauer fest abgeschlossen werden, auf welche die künftigen Vertragsauswirkungen mit genügender Konkretheit vorhersehbar sind. Dabei fallen zwei Aspekte in Betracht, nämlich (a) die Auswirkungen auf das Vermögen und die Handlungsfreiheit des Aktionärs und (b) die Auswirkungen auf die Aktiengesellschaft. Die erstgenannten Vertragswirkungen sind nicht schlechter vorhersehbar als die Auswirkungen sachenrechtlicher Belastungen einzelner Aktiven

die Vereinbarung einer 15-jährigen Bezugspflicht als zulässig betrachtet (BGE 40 II 233). Das luzernische Obergericht qualifizierte 1987 die Bezugspflicht eines Flugplatzrestaurateurs nach 17-jähriger Dauer als kündbar (OG LU, 14.09.1987, LGVE 1987 I Nr. 1, S.1-3 und SJZ 84 Nr. 7, S. 84); das Bundesgericht, an welches der Fall weitergezogen wurde, entschied in gegenteiligem Sinne und führte im Sinne eines *obiter dictum* aus, dass eine Bierbezugsverpflichtung von 20 Jahren nicht übermässig wäre (BGE 114 II 159, kritisiert bei BK-UCHER (1993), N 459; vgl. neuestens auch BGE vom 5.06.1996, 4c.410/1995, zusammengefasst in NZZ Nr. 262 vom 9./10.11.1996, amtlich nicht publiziert).

²⁸⁸ Abweichend das Neuenburger Urteil von 1974, TC NE vom 6.05.1974 i.S. Charles Veillon S.A./VAC René Junod S.A., RJN 06, Bd. I, S. 73 ff., in welchem die bei der Trennung zweier Geschäftspartner vereinbarte gegenseitige **Konkurrenzhaltungspflicht** noch nach 27 Jahren als unkündbar qualifiziert wurde.

²⁸⁹ Nicht hierher gehört der langfristige Kündigungsausschluss bezüglich eines *ausbezahlten* Darlehens; die Belassung des ausbezahlten Darlehens beim Schuldner bindet die Gläubigerin nicht übermässig (vgl. BK-UCHER (1993), N 342-347, mit Verweis auf BGE 100 II 347 und 76 II 145, E. 2); die Pflicht zur Rückzahlung muss nach der Regel über den Bereicherungsausgleich (vgl. hierzu hinten, Ziff. 858 und 860) ebenfalls über unbeschränkte Zeit Bestand haben können.

²⁹⁰ Für die 20-jährige Begrenzung bei Optionen plädiert auch SPIRO (1975), S. 1250.

²⁹¹ Vgl. die abweichende Auffassung von BK-UCHER (1993), N 276. - UCHER stellt nicht auf die Vorhersehbarkeit der künftigen Vertragsauswirkungen ab, so dass für ihn bei Verträgen mit aufgeschobenem Leistungsaustausch die Aufschubdauer nicht als Bindungsdauer - und damit überhaupt nicht - in Betracht fällt. Demgemäss hält UCHER einen Arbeitsvertrag mit einem für mehr als 10 Jahre aufgeschobenem Stellenantritt als verbindlich (!) und erwägt Übermässigkeit der Bindung erst bei einem Aufschub um 20 oder 30 Jahre.

²⁹² Vgl. hierzu Ziff. 858 und 860.

durch Pfandrechte und Dienstbarkeiten²⁹³. Diesbezüglich wäre eine feste Bindung auf die Dauer der Aktiengesellschaft nicht übermässig²⁹⁴. Nicht auf alle Zeit vorhersehbar sind dagegen die Auswirkungen des Vertrags auf die Verhältnisse der Aktiengesellschaft. Zwar ist die Gesellschaft nicht Vertragspartei, aber die Aktionäre kontrahieren in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter und also auch um der Gesellschaft willen. Dies rechtfertigt es, das Interesse des Aktionärs am Wohlergehen der Aktiengesellschaft mitzuberücksichtigen und Aktionärbindungsverträge nur auf jene Dauer zuzulassen, auf welche die Auswirkungen des Vertrags auf die Verhältnisse der Gesellschaft als vorhersehbar qualifiziert werden können. Man wird auch hier den Zeitraum von 20 Jahren als angemessen erachten²⁹⁵.

- 855 **Dreissigjahresfrist** (anknüpfend an Art. 788 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB): Für höchstens 30 Jahre sollten Verpflichtungen kontrahiert werden können, welche Leistungen des Eigentümers aus seinem Grund und Boden zum Gegenstand haben, sofern die Leistungspflicht im wesentlichen durch Überlassung der Sachnutzung an den Gläubiger erfüllt wird und keine erheblichen persönlichen Anstrengungen des Grundeigentümers erheischt.
- 856 **Hundertjahresfrist** (anknüpfend an Art. 779I Abs. 1 und Art. 749 ZGB): Für höchstens 100 Jahre sollten Verpflichtungen kontrahiert werden können, welche die Inhaber eines Vermögensrechts von der Rechtsausübung (Nutzung) oder von der Verfügung über dieses Recht ausschliessen. Die Hundertjahresfrist dient nicht dem Persönlichkeitsschutz der pflichtigen

²⁹³ Rechtsgeschäfte mit sachenrechtlichen Auswirkungen begründen in der Regel keine persönlichen Freiheitsbeschränkungen; die Beschränkung der Möglichkeit, eine Sache zu nutzen oder darüber zu verfügen, ist ein Minus im Vergleich zu der jederzeit zulässigen Veräusserung der Sache; vgl. in diesem Sinne BK-BUCHER (1993), N 20 zu Art. 27, mit Verweis auf BGE 111 II 335 E. 4 (Nutzungsbeschränkungen im Stockwerkeigentum) und 78 II 24 (Zulässigkeit einer Dienstbarkeit); vgl. in gleichem Sinne ferner BGE 123 III 337 (345, E. 5; zulässige Personaldienstbarkeit, die dem Eigentümer der belasteten Parzelle nur den Betrieb einer Schreinerei erlaubte und jede andere industrielle Nutzung ausschloss; dem Urteil ist in personenrechtlicher Hinsicht zuzustimmen, wogegen die sachenrechtlichen Erwägungen nicht überzeugen). - Sachenrechtliche Nutzungsbeschränkungen können in Kombination mit Belastungen, die mit der Sache verbunden sind, allerdings zu unvorhersehbaren Bindungsfolgen und damit zur Unwirksamkeit gemäss Art. 27 Abs. 2 führen, wenn denkmal- oder umweltschützerische Unterhaltspflichten, Altlastenbeseitigungspflichten oder ähnliches einen negativen Verkehrswert des Grundstückes und damit seine faktische Unveräusserlichkeit bewirken. Wandert bei einem dauernden Baurecht die Äquivalenz von Baurechtszins und Nutzwert des Bodens wegen sachenrechtlicher Belastungen der Baurechtsparzelle nach Jahr und Tag aus, so sollte die erforderliche Korrektur allerdings durch die Herabsetzung des Baurechtszinses, nicht durch die Aufhebung der Nutzungsbeschränkung erfolgen.

²⁹⁴ In diesem Sinne für das alte Aktienrecht (bis 1992) BGE 88 II 174.

²⁹⁵ Im Gegensatz zu der hier vertretenen Auffassung möchte SPIRO (1975), S. 1274, Vorhandrechte an Aktien und die Beschränkung, Aktien ohne Zustimmung anderer Parteien weiterzugeben, auf 100 Jahre zulassen. - Gemäss HANSPETER KLÄY, Die Vinkulierung - Die Neuregelung im revidierten Aktienrecht, Diss. Basel 1996, Kap. 15, Anm. 176, werden Aktionärbindungsverträge in der Praxis auf 10-15 Jahre abgeschlossen (Prot. NRK 1983-1984, S. 330). Dabei sei der Möglichkeit sich ändernder wirtschaftlicher und persönlicher Verhältnisse Rechnung zu tragen. - Der Gesetzgeber hat bei der Revision des Aktienrechts die ausdrückliche Zulassung bzw. Gültigerklärung von Aktionärbindungsverträgen auf die Dauer der Gesellschaft abgelehnt (Prot. NRK 1983-1984, S. 330, 332, 537 f.; Amtl. Bull. NR 1985, 1764, MORITZ LEUENBERGER; Prot. NRK 1989-1990, 177). Je nach dem Inhalt eines Vertrages und den Umständen steht gemäss KLÄY Art. 27 ZGB einer langen Vertragsdauer im Wege. Vorbehalten bleibe ausserdem stets die Auflösung aus wichtigem Grund gemäss Art. 545 Abs. 2 OR.

Partei, sondern dem rechtlichen Ordnungsprinzip, dass das Eigentum an einer Sache nicht dauerhaft von den wesentlichen Nutzungs- und Verfügungsbefugnissen getrennt sein soll²⁹⁶.

- 857 **Ohne zeitliche Beschränkung** sollten Verpflichtungen kontrahiert werden können, die den Inhaber eines Vermögensrechts in der Rechtsausübung (Nutzung) oder in der Verfügung über das Recht teilweise einschränken, ohne ihn völlig davon auszuschliessen. In diese Kategorie fallen die Grunddienstbarkeiten und die Pfandrechte.
- 858 **Während der vollen festen Bindungsdauer eines Vertragsverhältnisses** müssen auch jene Pflichten bindend sein, die auf den Zeitpunkt der **Liquidation** dieses Vertragsverhältnisses hin stipuliert wurden, sofern die Pflichten sich auf die Rückerstattung von Sachen oder auf einen blossen Bereicherungsausgleich beschränken.
- 859 Sehen die Absprachen über die Vertragsliquidation dagegen Leistungen vor, die zu einer von Anfang an gewollten Bereicherung der einen Partei zulasten der andern führen, so kann unter Berufung auf Art. 250 Abs. 1 Ziff. 3 OR (Widerruf des Schenkungsversprechens wegen übermässiger Belastung) eine Reduktion der Leistungspflicht auf den blossen Bereicherungsausgleich verlangt werden. Ergibt sich die Bereicherung aus der anfänglich vereinbarten Formulierung der Vertragsliquidation, ohne dass die Bereicherung seinerzeit von den Parteien vorausgesehen und gewollt war, so entfällt nach den hier gemachten Vorschlägen²⁹⁷ die über den Bereicherungsausgleich hinausgehende Leistungspflicht nach 20 Jahren fester Vertragsdauer²⁹⁸.
- 860 Zu den Fällen des **Bereicherungsausgleichs**²⁹⁹ gehört namentlich die Verpflichtung, die bei Vertragsbeendigung von der einen an die andere Partei zu übertragenden Sachen, Rechte oder anderen werthaltigen Güter (etwa Goodwill) zu deren wirklichem Wert zu entschädigen. Die Spezialnorm von Art. 779d ZGB bestätigt die allgemeine Regel für den Baurechtsheimfall, bei welchem die Baurechtsgeberin von Gesetzes wegen eine "angemessene" Heimfallentschädigung zu bezahlen hat. Die Entschädigung ist dann angemessen, wenn sie den Marktwert der Sache abgilt. Dagegen fallen Zahlungspflichten in jenem Umfange, in welchem sie den Marktwert der heimfallenden Güter übersteigen, richtigerweise in die Gruppe der höchstens 20-jährigen Bindungsdauer und sollten anschliessend als dahingefallen gelten, wenn sie nicht vor Ablauf dieser Periode vertraglich erneuert wurden.
- 861 Ohne zeitliche Begrenzung kann der **Verzicht auf einen Bereicherungsausgleich** bindend vereinbart werden. Die Spezialnorm von Art. 779e ZGB bestätigt die allgemeine Regel für den Baurechtsheimfall. Der Heimfall wird als das Erlöschen eines einzelnen Aktivums im Vermögen des bisherigen Rechtsinhabers und damit als eine von selbst eintretende Entreichung, nicht als eine zu erbringende positive Leistung verstanden. Die Auswirkungen einer solchen Entreichung auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Entreicherten sind auf beliebig lange Zeit hinaus einplanbar.

²⁹⁶ Bezüglich der Möglichkeit, den Baurechtszins gestützt auf Art. 27 Abs. 2 an den wirklichen Nutzwert des Bodens anzupassen, vgl. Ziff. 832 f.

²⁹⁷ Vgl. Ziff. 852 ff.

²⁹⁸ Die über den Bereicherungsausgleich hinausgehende Leistungspflicht entfällt jedoch dann nicht, wenn das Vertragsverhältnis in kurzen Abständen gekündigt werden konnte und über lange Zeit stillschweigend immer wieder erneuert bzw. fortgesetzt worden ist. Vgl. hierzu hinten, Ziff. 873 ff.

²⁹⁹ So SPIRO (1975), S. 1206 ff.

862 Ohne zeitliche Begrenzung müssen schliesslich Vereinbarungen rechtswirksam bleiben, durch die der bei Liquidation des Rechtsverhältnisses zu leistende **Bereicherungsausgleich pauschaliert** wird, so etwa die Absprache, bei Beendigung der Lizenz sei eine Entschädigung für geworbene Kundschaft in Höhe des letzten lizenzgebührenpflichtigen Jahresumsatzes geschuldet. Manche Bereicherungen wie diejenige aus heimfallender Kundschaft können nicht nach anerkannten Regeln auf einfache Weise bewertet werden, so dass beim Fehlen einer Pauschalierungsabsprache der künftige Bewertungskonflikt vorausprogrammiert wäre. Die Pauschalierung wird nicht dadurch zur übermässigen Bindung, dass sich ihre Anwendung nach Jahr und Tag zugunsten der einen und zulasten der anderen Partei auswirkt. Denn Abweichungen von konkreten Bewertungen sind die selbstverständliche Konsequenz jeder Pauschalierung. Sie sind von den Parteien im Interesse der Konfliktvermeidung und der beidseitigen Geheimhaltung bewertungsrelevanter Fakten von Anfang an in Kauf genommen. Unter dem Gesichtswinkel von Art. 27 Abs. 2 ZGB können nach über 20-jähriger fester Vertragsdauer die Entschädigungsabsprachen nur in jenem Umfange beiseitegeschoben werden, in dem sie klarerweise als *von Anfang an über den Bereicherungsausgleich hinausgehend gewollt* erscheinen. Es kommt also nicht auf die tatsächliche Auswirkung der Pauschalierungsformel bei der Liquidation des Rechtsverhältnisses an, sondern darauf, ob schon beim Vertragsschluss eine über den Bereicherungsausgleich hinausgehende Begünstigung einer bestimmten Vertragspartei klarerweise gewollt war.

dd) Einzelfragen

863 Im Lichte der hier vorgeschlagenen Einteilung bildet die Regelung von Art. 216a OR einen Fremdkörper, welche **Vorkaufs- und Rückkaufsrechte an Grundstücken** auf 25, **Kaufrechte** auf 10 Jahre beschränkt. Als Beschränkungen der freien Verfügung über vorhandene Vermögensstücke müssten solche Rechte auf die gleich lange Dauer vereinbart werden können wie Pfandrechte, jedenfalls mindestens für so lange wie die Vermieterpflichten bei der Grundstückvermietung, als deren Ergänzung solche Rechte häufig begründet werden³⁰⁰. Andererseits müsste bei allen Optionsrechten, die zu einer Zahlungspflicht der optionsbelasteten Partei führen (Verkaufsrechte bzw. Put-Optionen), in Anlehnung an Art. 509 Abs. 3 OR eine maximale Verpflichtungsdauer der optionsbelasteten Partei von 20 Jahren postuliert werden³⁰¹ - ein Aspekt, den der Gesetzgeber im Zusammenhang mit Art. 216a OR übersehen hat.

864 **Mietverträge** können praxismässig **vermieterseits** auf mehrere Jahrzehnte unkündbar abgeschlossen werden³⁰². Dabei ist folgende Differenzierung erwägenswert:

³⁰⁰ Vgl. in diesem Sinne BK-UCHER (1993), N 242 zu Art. 27, welcher in diesem Zusammenhang von einer kodifikatorischen Groteske spricht.

³⁰¹ Vgl. Ziff. 852.

³⁰² In BGE 56 II 189 ff. hat das Bundesgericht eine nach 20 Jahren geforderte Vertragsaufhebung verweigert. Die in dieser Entscheidung (S. 91) gemachte Aussage - *"Die Vereinbarung einer ewigen Miete ist ungültig, nicht aber diejenige einer Miete auf die Lebensdauer einer der beiden Vertragsparteien"* - entspricht der gesetzlichen Regelung der Nutzniessung und des Wohnrechts (Art. 749 Abs. 1 ZGB), kann aber angesichts der unabdingbaren und u.U. schwer belastenden Handlungspflicht und Haftungsexposition des Vermieters nach heutigem Mietrecht jedenfalls für die Vermietung von Wohn- und Geschäftsräumen nicht mehr zutreffend sein. - In BGE 114 II 159 (162) führte das Bundesgericht aus: *"So kann ein Vermieter trotz der Unzulässigkeit zeitlich unbegrenzter Mietverträge (BGE 103 II 185 f.*

- 865 Die bei der Vermietung von *Wohn- und Geschäftsräumen* bestehenden Vermieterrisiken und -pflichten, insbesondere die von Gesetzes wegen unabdingbare privatrechtliche Haftungsexposition (Art. 684 ZGB; Art. 58, 259a Abs. 1 lit. c und d OR), ferner die öffentlichrechtlichen Haftungsexpositionen bezüglich Boden- und Grundwasserverunreinigungen ("Altlasten"), schliesslich die mietvertraglich unabdingbaren Unterhaltungspflichten (Art. 256 OR) weichen bezüglich der Vorhersehbarkeit und Einplanbarkeit der künftigen Belastungen von den Verhältnissen bei der Grundlast wesentlich ab. Im Gegensatz zur Situation bei der Grundlast haftet der Vermieter mit seinem ganzen Vermögen. Dies verbietet es, für die Vermieterpflichten bei der Vermietung von Wohn- und Geschäftsräumen an die 30-jährige Befristung von Art. 788 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB anzuknüpfen. Vielmehr gehören solche Vermieterpflichten zu denjenigen Pflichten, für die hier die 20-jährige Befristung vorgeschlagen wird.
- 866 Verlangt das Mietverhältnis vom Vermieter nichts weiter als die Überlassung einer Sache und ist diese Überlassung mit keinen Haftungsrisiken für den Vermieter verbunden, dann sollte für die Befristung seiner Verpflichtung an die Regelung bei der Nutzniessung angeknüpft werden (Art. 749 ZGB: Lebenszeit der berechtigten natürlichen Person, längstens 100 Jahre)³⁰³.
- 867 Die Geldzahlungspflicht der Mieterin fällt unter die oben, Ziff. 851, lit. a, beschriebene Kategorie und sollte für maximal 20 Jahre bindend kontrahiert werden können³⁰⁴.
- 868 Bezüglich der periodischen Zinsanpassung in Mietverhältnissen kann auf das in Ziff. 831, Gesagte verwiesen werden. Gemäss der dort dargestellten Auffassung muss jede Partei eines über lange Frist fest abgeschlossenen Mietvertrags nach dem 20. Jahr die Wiederherstellung der ursprünglich gewollten Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung verlangen können, ohne ihre eigene vertragliche Bindung oder diejenige der Gegenpartei in Frage stellen zu müssen.
- 869 Für **Wasserlieferungspflichten** des Quelleneigentümers erwog das Bundesgericht 1967³⁰⁵ eine Höchstdauer von nur 15 Jahren, was zweifellos zu kurz gegriffen war. Solche Pflichten fallen in die Kategorie der positiven Leistungspflichten, die für maximal 20 Jahre bindend kontrahiert werden können. Kommen solche Pflichten inhaltlich einer Grundlast nahe, so setzt Art. 788 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB den oberen Zeitrahmen bei 30 Jahren fest³⁰⁶.

E. 4) gegenüber dem Mieter für lange Zeit auf die Möglichkeit verzichten, das Mietverhältnis zu kündigen (BGE 56 II 190 ff.)". - Gemäss einem obiter dictum in BGE 103 II 185 sind zeitlich unbegrenzte, unkündbare Mietverträge unzulässig.

³⁰³ Abweichend von der hier vertretenen Auffassung schlägt BK-UCHER (1993), N 340, für die Vermieter- und Verpächterpflichten die 30-jährige Befristung vor, dies in Anlehnung an die gesetzliche Kündbarkeit "ewiger" Mietverträge gemäss § 567 BGB. Für die 30-jährige Befristung plädiert auch SPIRO (1975), S. 1259, wobei SPIRO, im Gegensatz zur heutigen Rechtslage, in der Wohnungsvermietung nichts weiter als eine Duldungspflicht des Grundeigentümers erblickt (S. 1277 Mitte).

³⁰⁴ Im Gegensatz zu dem hier gemachten Vorschlag unterscheidet die bisherige Judikatur und Doktrin nicht zwischen Vermieter- und Mieterpflichten, sondern diskutiert die zeitliche Begrenzung des Mietvertrags unter stillschweigender Annahme paritätischer Fristen; vgl. BK-UCHER (1993), N 337-341.

³⁰⁵ BGE 93 II 290 ff.; vgl. weitere Entscheide zu langfristigen Wasserlieferungspflichten in BGE 113 II 209, 97 II 399, ferner BK-UCHER (1993), N 352-354.

³⁰⁶ Vgl. Urteil Camera Civile TI vom 16.06.1988 i.S. Comune di Paradiso, REP 1989, S. 488 ff. (490).

870 Für den **Anschlussvertrag mit einer Sammelstiftung** im Bereich der beruflichen Vorsorge hielt das Bundesgericht 1994 eine 10-jährige feste Vertragsdauer für nicht übermässig³⁰⁷. - Nach dem hievorigen Gesagten kann ein solcher Vertrag bis zu 20 Jahren unkündbar sein, weil die Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit der Parteien nicht einschneidender ist als im Falle von anderen vertraglichen Exklusivitätsverpflichtungen (z.B. in Lizenz- und Alleinvertriebsverträgen, Getränkebezugsverpflichtungen).

ee) Zeitpunkt und Kriterien des gerichtlichen Eingriffs

871 Ist eine übermässig lange feste Vertragsdauer vereinbart, so macht dies den Vertrag nicht nichtig³⁰⁸. Vielmehr wird der im Vertrag enthaltene Kündigungsverzicht ab jenem Zeitpunkt unwirksam, ab welchem der Vertrag als übermässige Bindung erscheint³⁰⁹.

872 Mit jeder ausdrücklich oder stillschweigend vereinbarten Erneuerung des Vertrags beginnt die zulässige Bindungsdauer von neuem zu laufen³¹⁰

873 Das soeben Gesagte gilt bezüglich sämtlicher Vertragspflichten, insbesondere bezüglich der Pflichten, die im Hinblick auf die Beendigung bzw. **Liquidation des Rechtsverhältnisses** vereinbart wurden. Wird in einem Lizenzvertrag mit jährlicher Kündigungsmöglichkeit die Pflicht der Lizenzgeberin festgelegt, dem Lizenznehmer bei Vertragsbeendigung den Betrag X zu bezahlen, so ist dieser Betrag auch geschuldet, wenn die Kündigung erst nach 30 Jahren erfolgt. Die Parteien schieben in diesem Falle einen einjährigen Planungshorizont stillschweigend vor sich her. Sie haben jedes Jahr von neuem die Möglichkeit, das Vertragsverhältnis in seiner Gesamtheit zu beurteilen und es gegebenenfalls zu beenden (um es eventuell anschliessend auf eine neue Basis zu stellen), wenn sie der Meinung sind, dass einzelne Vertragspflichten aus vertretbaren Grössenordnungen auswandern. Es wäre ein widersprüchliches Verhalten, den Hauptvertrag stillschweigend zu erneuern und nach Jahr und Tag zu behaupten, die für die Liquidation des Rechtsverhältnisses bestehenden Vereinbarungen seien nicht mehr gültig, da sie vor mehreren Jahrzehnten getroffen wurden.

³⁰⁷ BGE 120 V 299 (305).

³⁰⁸ Wird ein unter Art. 27 Abs. 2 subsumierbarer Vertrag erfüllt, ohne dass eine Partei die Einrede der übermässigen Bindung erhebt, so wird allemal aus gültigem Rechtsgrund erfüllt; vgl. in diesem Sinne BK-BUCHER (1993), N 90, 93 f., 168 f., unter Hinweis darauf, dass die Praxis noch nicht durchwegs bereit ist, das Einrede-Modell anzuerkennen, sondern z.T. am verfehlten Nichtigkeits-Modell festhält.

³⁰⁹ In einem Neuenburger Fall (Urteil der Cour Civile NE vom 1.04.1985, RJN 1985, S. 43 ff.; Hotel Fédéral) hatte der getränkebezugspflichtige Restaurateur schon im ersten Vertragsjahr die 20-jährige feste Vertragsdauer gerichtlich zur Diskussion gestellt und wegen deren angeblicher Unzulässigkeit sofort künden wollen. Das Gericht erwog zutreffend, dass sich auch bei übermässig langer fester Vertragsdauer die Frage der zeitlichen Begrenzung im ersten Vertragsjahr noch gar nicht stellte. - Abweichend von dem hier Gesagten zeigte sich das Bundesgericht im Entscheid 107 II 216 ff. willfährig, einen im 6. Jahr stehenden, als unkündbar formulierten Alleinvertriebsvertrag auf 8 Jahre zu begrenzen und festzustellen, er sei erstmals auf den 10.01.1983 kündbar. Das Gericht begründete diesen Entscheid allerdings mit dem gerichtlich ermittelten hypothetischen Parteiwillen, nicht mit Art. 27 Abs. 2 ZGB - eine Urteilsbegründung, die von ERNST KRAMER, Aktuelle Judikatur zum Vertragsrecht der Absatz- und Geschäftsmittler, AJP 97 (1997), S. 166 ff. [170] zurecht als befremdlich bezeichnet wurde.

³¹⁰ So BGE 114 II 159 (165); OG ZH, Urteil vom 7.11.1989, SJZ 86, Nr. 68, S. 327-329 (328). In gleichem Sinne BK-BUCHER (1993), N 277.

- 874 Im gleichen Zusammenhang sind Kaufs- oder Rückkaufsverpflichtung zu nennen, die als vorausgeplante Liquidationshandlung bezüglich eines jederzeit kurzfristig kündbaren Gesellschaftsverhältnisses vereinbart wurden³¹¹.
- 875 Abzulehnen ist BUCHERS Auffassung³¹², die Perioden konfliktfreier Vertragserfüllung müssten bei der Bestimmung der höchstzulässigen Bindungsdauer ausgeklammert werden; relevant sei nur jene Zeitspanne, in welcher die belastete Partei ihren Widerstand gegen den Vertrag manifestiert habe; der Kettenhund sei nicht "belastet", solange er nicht an der Kette zerze.
- 876 Dem ist entgegenzuhalten: Bei der Bestimmung der höchstzulässigen Bindungsdauer kann es nicht darauf ankommen, während welcher Zeit und aus welchen Motiven die belastete Partei klaglose Vertragstreue an den Tag legt. Wer als kämpferisches Naturell frühzeitig seine Unzufriedenheit dokumentiert, kann rechtlich nicht besser gestellt sein als wer in stiller Resignation über lange Zeit tut, was er für unvermeidlich hält.
- 877 Nach Ablauf der höchstzulässigen Verpflichtungsdauer kann sich die verpflichtete Partei vom Vertrag lösen, wenn sie nachweist, dass ihr Interesse am Vertrag aus Gründen dahingefallen ist, die jenseits des beim Vertragsschluss gegebenen Planungshorizonts liegen. Unmassgeblich sind die Vermögensverhältnisse der Parteien im Zeitpunkt der Vertragsauflösung. Ob die eine oder andere Partei nach 10, 20 oder 30 Jahren gut oder schlecht bei Kasse ist, ist für die Beurteilung der zeitlich übermässigen Bindung ebenso belanglos wie die Frage, ob eine Getränkebezugspflicht die Existenzgrundlage des Pflichtigen oder nur ein Profitcenter neben anderen betrifft.
- 878 Mit dem Gesagten wird BUCHERS Auffassung abgelehnt, wonach die zulässige Bindungsdauer quantitativ zu bestimmen sei. Nach BUCHERS Auffassung kann eine geringe Belastung über eine lange Zeitdauer ebenso Bestand haben wie eine grosse Belastung über eine entsprechend kürzere Dauer; massgebend sei die Gesamtbelastung; sie dürfe ein bestimmtes Mass nicht übersteigen³¹³. Die Unpraktikalität einer solchen Regel ergibt sich daraus, dass sich jenes Mass nicht bestimmen lässt, oberhalb dessen die übermässige Bindung angeblich beginnt.
- 879 Die in der vorliegenden Arbeit vertretene Auffassung geht stattdessen dahin, dass Art. 27 Abs. 2 nicht vor grossen, sondern vor unvorhersehbaren Belastungen schützen will, im Sinne eines Schutzes der Vertragsparteien vor der unbedachten Inkaufnahme von Vertragsauswirkungen, die sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht einplanen konnten.
- 880 Sieht der Vertrag eine Kooperationspflicht mit einer festen Dauer und, nach Beendigung der Kooperation, eine Konkurrenzenthaltungspflicht mit nochmals fester Dauer vor, so dürfen die beiden aufeinanderfolgenden festen Dauern zusammen den Planungshorizont von 5 Jahren nicht übersteigen. Ist die Kooperation jederzeit auf 6 Monate kündbar, so ist ein anschliessendes Konkurrenzverbot von 4½ Jahren nicht übermässig; denn in diesem Falle schiebt die belastete Partei laufend einen Planungshorizont von 5 Jahren vor sich her. An jedem Tag, an welchem sie die Kooperation nicht kündigt, akzeptiert sie für die soeben begin-

³¹¹ Vgl. einen solchen Fall in ZR 21, Nr. 43 (Rückkaufspflicht bezüglich eines Aktienpaketes); BK-UCHER (1993), N 318.

³¹² BK-UCHER (1993), N 277bis, 295.

³¹³ Vgl. BK-UCHER (1993), N 293.

nende Fünfjahresperiode die sechsmonatige Kooperations- und die anschliessende 4½-jährige Konkurrenzenthaltungspflicht.

ff) Beweisthema bei der Anwendung von Art. 27 Abs. 2 ZGB auf übermässig lange dauernde Vertragsverhältnisse

- 881 Beweisthema bei der Anwendung von Art. 27 Abs. 2 ZGB ist der **Wegfall des Interesses am Vertrag aus Gründen, die jenseits des Planungshorizonts beim Vertragsschluss lagen**. Ist die Unvorhersehbarkeit bzw. die mangelnde Planbarkeit der eingetretenen Situation und des Wegfalls des Interesses am Vertrag dargetan, so ist die Übermässigkeit der Bindung erwiesen. Es bedarf - im Gegensatz zur Anwendung der "clausula" und des "wichtigen Kündigungsgrundes" - keines Nachweises, dass und weshalb die betreffende Partei in einem quantitativen Sinne *besonders schwer* belastet ist. Art. 27 Abs. 2 ZGB schützt, wie das Bundesgericht zutreffend festgestellt hat, nicht vor langer Vertragsdauer, sondern vor übermässiger Bindung³¹⁴; aber es gibt Vertragswirkungen, die nach langer Dauer mit einer gewissen Zwangsläufigkeit jenseits des ursprünglichen Planungshorizontes liegen. Dies macht es der belasteten Partei alsdann leicht, sich gestützt auf Art. 27 Abs. 2 ZGB vom Vertrag zu lösen.
- 882 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass das Gericht einen konkreten Vertrag nicht im Voraus inhaltlich und zeitlich auf jenen Umfang zurückstutzen kann, der ihm als die höchstmögliche noch nicht übermässige Bindung erscheint, sondern dass es erst in jenem Zeitpunkt einzuschreiten befugt ist, in welchem sich die übermässige Bindung aktualisiert hat. Auch das Gericht kann nicht im Voraus planen, was für die Parteien unplanbar ist. Wenn die Klägerin ausnahmsweise nur auf Feststellung der Kündbarkeit (statt auf Feststellung des erfolgten Dahinfalls des Vertrags) klagt³¹⁵, kann das Urteil lediglich die gegenwärtige Kündbarkeit des Vertrags feststellen, nicht die Kündbarkeit ab einem zukünftigen Zeitpunkt³¹⁶.

3. "Wirtschaftliche Knebelung" als atypischer Anwendungsfall: Art. 27 Abs. 2 ZGB als Korrektiv unfairer, stark belastender Vertragsauswirkungen in späten Vertragsstadien

- 883 Der Ausdruck "*Knebelung*" weist auf eine entwürdigende Situation hin. Die meisten Gerichtsurteile, in denen auf wirtschaftliche Knebelung Bezug genommen wird, handeln jedoch weder vom Schutz vor Entwürdigung noch vor nicht einplanbaren Bindungsfolgen, sondern sie suchen nach einem Korrektiv in Situationen, in denen eine wirtschaftlich schwä-

³¹⁴ Vgl. BGE 114 II 159 (165); in gleichem Sinne OG ZH, Urteil vom 7.11.1989, SJZ 86, Nr. 68, S. 327-329 (328).

³¹⁵ Die Zulässigkeit einer solchen Feststellungsklage wird bejaht von BK-BUCHER (1993), N 577.

³¹⁶ (Auch) aus diesem Grund war BGE 107 II 216 ff. ein Fehlurteil. Der Kläger hatte einen gemäss seinem Wortlaut unkündbaren Alleinvertriebsvertrag abgeschlossen. Nach der Markteinführung (wohl etwa drei Jahre nach Vertragsschluss - das Urteil schweigt sich über dieses Sachverhaltselement aus) wollte die beklagte Prinzipalin ihre Produkte selber verkaufen. Der Kläger klagte auf Feststellung, dass der Vertrag weiterhin gültig sei. Das Bundesgericht urteilte (ca. im 6. Vertragsjahr), der Vertrag sei während 8 Jahren gültig, da der Kläger voraussichtlich in dieser Frist seine Markteinführungsinvestitionen durch Verkaufserträge kompensiert haben würde. - Diesem Entscheid kann keine präjudizielle Wirkung zukommen.

chere Partei unter dem Druck der Umstände einen Vertrag eingegangen ist, dessen Bestimmungen sich beim Vollzug (in voraussehbarer Weise) als krass unfair auswirken, ohne jedoch unter die Begriffe der Sittenwidrigkeit (Art. 20 OR) oder der Übervorteilung (Art. 21 OR) zu fallen. Dabei ist es nicht die Unfairness für sich allein genommen, sondern die daraus resultierende existenzielle Bedrohung der benachteiligten Partei, die die Verwendung des Begriffs der Knebelung und die Anwendung von Art. 27 Abs. 2 ZGB rechtfertigt. Dem Tatbestandsmerkmal der existentiellen Bedrohung wohnt ein quantitatives Element inne, dies in Abweichung von der Regel³¹⁷ der rein qualitativen Natur übermässiger Bindungen.

- 884 Wirtschaftliche Knebelung kommt etwa vor bei den Transferregelungen für Spitzensportler³¹⁸. Illustrativ ist auch der Fall von Sandra Gasser³¹⁹; diese Sportlerin hatte sich in ihrem Vertrag dazu verpflichtet, bei Doping-Verdacht den Entscheid einer Verbandskommission zu akzeptieren, welche den Sachverhalt ohne Anhörung der Sportlerin ermitteln und als Sanktion ein mehrjähriges Wettkampfbefehl verfügen konnte. Im Ergebnis verwirklichten sich bei Sandra Gasser alle drei Elemente der wirtschaftlichen Knebelung: Das Verfahren zur Überprüfung und Sanktionierung des Doping war unfair; die Sanktion traf die Sportlerin in ihrer wirtschaftlichen Existenz, dies aber nicht bereits am Beginn der Vertragsdauer, sondern erst in einem späteren Vertragsstadium.
- 885 Als unzulässige Knebelungen wurden auch Tankstellenverträge qualifiziert, bei denen sich die Tankstellenhalter bezüglich Preisgestaltung und Dienstleistungspalette dem Diktat der Ölgesellschaften vollständig unterwarfen. Die Verträge schienen anfänglich vorteilhaft, erwiesen sich im Laufe der Zeit aber als Verlustgeschäfte für die Tankstellenhalter³²⁰.

4. Verfehlte Anwendungen von Art. 27 Abs. 2 ZGB

a) Stark belastende Verträge ohne Aspekte der Knebelung

- 886 Das Quantum einer Belastung ist als solches kein Kriterium persönlichkeitsverletzender Bindung. Leider hat das Bundesgericht diesbezüglich mehrfach eine missverständliche Formel verwendet, die bei bedrängten Schuldner zu falschen Hoffnungen Anlass geben kann: *"Eine vertragliche Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit wird nur dann als übermässig angesehen, wenn sie den Verpflichteten der Willkür eines anderen ausliefert, seine wirtschaftliche Freiheit aufhebt oder in einem Masse einschränkt, dass die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet sind"*³²¹. - Missverständlich ist diese Formel insofern, als sie die Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz mit Art. 27 Abs. 2 in Verbindung bringt. Wären existenzgefährdende Verträge Anwendungsfälle von Art. 27 Abs. 2 ZGB, dann könnten die Konkursämter geschlossen werden.

³¹⁷ Vgl. Ziff. 779.

³¹⁸ Vgl. BGE 102 II 211, Perroud; TC VD 26.1.1981, SJZ 78, Nr. 53, S. 312; OG ZH, 7.11.1977, SJZ 75, Nr. 13, S.75 ff. - In gleichem Sinne PEDRAZZINI/OBERHOLZER (1993), S. 127 f.

³¹⁹ Vgl. das Urteil des Richteramts Bern vom 22.12.1987, SJZ 84, Nr. 13, S. 85.

³²⁰ Vgl. die Urteile OG BL, 9.01.1973, BJM 1973, S. 95-99, und AppG BS, 27.02.1973, SJZ 70, Nr. 12, S.73-75, zusammengefasst bei BK-BUCHER (1993), N 305.

³²¹ BGE 114 II 159 (162) unter Hinweis auf 111 II 337 E. 4; es ging um eine langfristige Bierbezugsverpflichtung; gleichlautend auch BGE vom 5.06.1996 (4C.410/1995, besprochen in NZZ Nr. 96 vom 9./10.11.1996; keine Publikation in der AS), wiederum für eine Bierbezugsverpflichtung.

- 887 Geldzahlungspflichten über grosse Beträge sind auch dann nicht übermässig bindend ("knebelnd"), wenn sie die wirtschaftlichen Möglichkeiten des Schuldners übersteigen und zu dessen Konkurs - bei juristischen Personen zu deren Ende - führen. Die übermässige Bindung ist allemal ausschliesslich in der entwürdigenden Qualität oder in der Nicht-Planbarkeit der Auswirkungen vertraglicher Handlungs-, Duldungs- oder Unterlassungspflichten zu sehen, nicht in der Bürde einer betragsmässig hohen Leistungspflicht³²².
- 888 Ein sonderbarer Fall beschäftigte das Bundesgericht im Jahre 1978³²³. Zur Beurteilung stand der Vertrag zwischen einer 22-jährigen Schlagersängerin und deren Ausbilderin, Frau X., durch welchen sich die Sängerin für 5 Jahre fest verpflichtet hatte, alle von Frau X. festzulegenden Engagements "*für Auftritte und Produktionen jeder Art*" zu erfüllen, alle Weisungen betreffend Schulung zu befolgen, sich zu diesem Zweck zeitlich jederzeit verfügbar zu halten und Frau X. ein Managerhonorar von 40 % der Einnahmen zu überlassen.
- 889 Das Bundesgericht erblickte in den Vertragspflichten der Sängerin eine übermässige Bindung und gestattete der Sängerin schon sechs Wochen nach Arbeitsbeginn den Rücktritt ohne Bezahlung der vereinbarten Konventionalstrafe³²⁴.
- 890 Der Fall wird in der Literatur als Beispiel quantitativ übermässiger Bindung angeführt³²⁵; zu Unrecht. Der Vertrag fiel wegen zweier qualitativer Mängel unter Art. 27 Abs. 2 ZGB. Zum einen ging die Bindung der Sängerin bezüglich der persönlichen Lebensgestaltung wohl über das sachlich gebotene Mass hinaus und hatte aus diesem Grund bevormundenden und mithin entwürdigenden Charakter in dem oben, Ziff. 784 besprochenen Sinne. Zum andern überstieg die fünfjährige, durch eine Konventionalstrafe von 50'000 Franken gesicherte feste Vertragsdauer den Planungshorizont der 22-jährigen Sängerin bei weitem³²⁶. Unter Berücksichtigung des hohen Managerhonorars entstand der Eindruck, Frau X. versuche die junge Sängerin wie ein Nutztier zu bewirtschaften.
- 891 Wäre die Disziplin bezüglich der persönlichen Lebensgestaltung durch die Einbindung in ein Team, etwa in eine gemeinsam auftretende Gruppe von Musikern oder Tänzerinnen, sachlich geboten gewesen, wären ferner das Managerhonorar, die Konventionalstrafe und die Vertragsdauer moderat gewesen und hätte es sich bei der Ausbilderin nicht um eine Einzelperson, sondern um eine reputierte Lehranstalt gehandelt, so hätte die Verpflichtung der Sängerin zu einer strengen Schulungs-, Proben- und Auftrittsdisziplin keine übermässige Bindung dargestellt. Solche Varianten waren durch das Bundesgericht aber nicht zu prüfen.

³²² Vgl. in diesem Sinne BK-BUCHER (1993), N 152-154, 161: "*Es wäre angezeigt, den hier zur Diskussion stehenden Gesichtspunkt der finanziellen Leistungsfähigkeit des Schuldners aus der Betrachtung überhaupt auszuschalten; mit einer pro-forma-Argumentation, wie sie teilweise immer noch zutage tritt, wird nichts gewonnen, jedoch bei den Rechtsuchenden falsche Hoffnungen geweckt*".

³²³ BGE 104 II 108 i.S. Talent-Studio.

³²⁴ Diese Konventionalstrafe war der Prozessgegenstand. Das Bundesgericht hat den Vertrag unzutreffend als einfachen Auftrag qualifiziert und die Konventionalstrafe gestützt auf Art. 404 OR als unverbindlich bezeichnet. Nur als Eventualbegründung berief es sich (auch) auf Art. 27 Abs. 2 ZGB. - Zutreffend weist BK-BUCHER (1993), N 255 und 303, darauf hin, dass der fragliche Vertrag kein einfacher Auftrag war und dass die vorzeitige Beendigung ausschliesslich auf Art. 27 Abs. 2 ZGB hätte abgestützt werden müssen.

³²⁵ Vgl. ZGB-HUGUENIN JACOBS (1996), Art. 27, N 14; BK-BUCHER (1993), N 303.

³²⁶ Vgl. dazu hinten, Ziff. 798 ff. Das Bundesgericht legte denn auch besonderes Gewicht auf diesen Aspekt und missbilligte die "*Häufung von Verpflichtungen zulasten einer 22-Jährigen, die sich über ihre beruflichen und künstlerischen Vorstellungen noch kaum im klaren sein konnte*"; vgl. BGE 104 II 118.

b) Abtretung künftiger Forderungen, insbesondere Globalzession

- 892 Die herrschende Lehre betrachtet die Zession als ein *abstraktes Verfügungsgeschäft*³²⁷. Damit will gesagt sein, dass die Zession auch dann wirksam ist, wenn ihr kein gültiges Verpflichtungsgeschäft zugrunde liegt. Die rechtspolitischen Gründe, die zur Bejahung der Abstraktheit führen, liegen namentlich im inakzeptablen Risiko, das der abgetretene Schuldner (*debitor cessus*) trüge, wenn die Gültigkeit der Zession vom Vorhandensein eines Rechtsgrundes abhängig wäre, ferner in den Risiken für die Verkehrssicherheit bei Kettenzessionen, bei denen eine Forderung abtretungsweise durch viele Hände geht. Durch die Abstraktheit der Zession wird eine Verkehrssicherheit erreicht, die derjenigen vergleichbar ist, die aufgrund von Art. 933 ZGB bei der Handänderung von *Inhaberpapieren* (auf den Inhaber lautenden Wertpapieren)³²⁸ besteht.
- 893 Die Abstraktheit der Zession bedeutet: War das der Zession zu Grunde liegende Grundgeschäft nichtig, so kann der Zedent trotzdem nicht geltend machen, die Zession sei nicht erfolgt und die Forderung stehe demgemäss noch immer dem Zedenten zu, sondern der Zedent kann lediglich vom Zessionar die Rückübertragung der Forderung oder, wenn die Forderung mittlerweile eingekassiert oder weiterzediert worden ist, die Erstattung der ungerechtfertigten Bereicherung gestützt auf Art. 62 ff. OR verlangen. Ist der Zessionar mittlerweile in Konkurs gefallen, so gehört die zedierte Forderung zu seiner Masse; der Zedent muss als Drittklassgläubiger hinten anstehen.
- 894 Diese für die Zession *bestehender* Forderungen einleuchtenden Regeln werden von der Doktrin und vom Bundesgericht unglücklicherweise auch angewendet auf eine ganz andere Tatbestandskategorie, nämlich auf die Zession ("Vorauszession") *künftiger Forderungen*, d.h. solcher Forderungen, die im Zeitpunkt der Zession noch nicht entstanden sind (wie namentlich die Kaufpreisforderungen aus künftig abzuschliessenden Kaufverträgen). Das Bundesgericht qualifiziert auch die Vorauszession einer in Zukunft entstehenden Forderung als ein *Verfügungsgeschäft*, das seine Verfügungswirkungen *im Zeitpunkt der Entstehung der Forderung* entfaltet³²⁹.
- 895 Die Unzulänglichkeit dieser Betrachtungsweise wird deutlich, wenn man sie mit den Verhältnissen bei den bereits erwähnten Inhaberpapieren vergleicht. Wenn A dem B heute verspricht, alle dem A künftig anfallenden Inhaberpapiere eines bestimmten Typs, z.B. alle ihm künftig anfallenden Inhaber-Kassaobligationen der X.-Bank, zu übereignen, so ist dieses Versprechen ein Verpflichtungsgeschäft, das für jede dem A künftig anfallende Kassaobligation des besagten Typs der *Erfüllung durch ein Verfügungsgeschäft* bedarf, nämlich durch die Besitzverschaffung gemäss Art. 714 ZGB. Fällt A später in Konkurs, so verwandeln sich seine erst in der Zukunft zu erfüllenden Verpflichtungen kraft Art. 208 SchKG um in eine *sofort fällige Schuld*, für die dem B nach Konkurschluss allenfalls ein Konkursverlust-

³²⁷ Vgl. SCHWENZER (1998), S. 458, Ziff. 90.08; BUCHER (1988), S. 544.

³²⁸ Im Sinne von Art. 978 ff. OR.

³²⁹ Vgl. BGE 114 III 27, 113 II 167, BGE 112 II 435 sowie den unveröffentlichten BGE vom 8.08.1977, publiziert bei PETER NOBEL, Praxis zum Bankenrecht, 1979, S. 358-361; ferner EUGEN BUCHER, OR AT, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 544.

schein verbleibt. B's Anspruch auf Kassaobligationen, die dem A nach Konkurschluss anfallen, ist infolge des Konkurses von A definitiv erloschen.

- 896 Anders bei Forderungen, die *nicht* in Wertpapieren verkörpert sind. Hier nun postuliert das Bundesgericht, das Versprechen, künftig entstehende Forderungen abzutreten, sei kein Verpflichtungsgeschäft im soeben dargestellten Sinne, sondern ein Verfügungsgeschäft. Als solches entfalte es seine Verfügungswirkung immer dann, wenn dem Zedenten A eine davon erfasste Forderung anfällt. Die Forderung entstehe dann unmittelbar in der Person des Zessionars B. Mangels eines Verpflichtungsgeschäftes erleide das Versprechen der Zession künftiger Forderungen nicht das Schicksal gemäss Art. 208 SchKG, sondern *überdauere grundsätzlich den Konkurs des Zedenten*.
- 897 Die Qualifikation der Zession künftiger Forderungen als abstraktes Verfügungsgeschäft und die Verneinung eines darin eingeschlossenen Verpflichtungsgeschäftes ist eine bedauerliche dogmatische Fehlleistung. Allerdings ist der daraus resultierende Schaden gering, weil die Wirkungen solcher Zessionen nach dem Konkurs des Schuldners meist aus anderen Gründen entfallen:
- 898 **a)** Bei *juristischen Personen* endet die Existenz der Zedentin mit dem Konkurschluss. Wo keine Zedentin ist, ist keine Zession.
- 899 **b)** Bei *natürlichen Personen*, die als *Unselbständigerwerbende* tätig sind, sind die auf die Zukunft hinaus erklärten Lohnzessionen kraft der ausdrücklichen Gesetzesvorschrift von Art. 325 Abs. 2 OR³³⁰ unwirksam (mit dem Vorbehalt gültiger Verpfändung und Abtretung zur Sicherung familienrechtlicher Unterhalts- und Unterstützungspflichten)³³¹.
- 900 **c)** Bei *natürlichen Personen*, die als *Selbständigerwerbende* tätig sind, gelingt es meist, die Zession zukünftiger Forderungen durch blosse Auslegung der Zessionsurkunde auf jene Forderungen einzuschränken, die aus der *vor dem Konkurs* ausgeübten Erwerbstätigkeit anwachsen, und jene Forderungen von der Zession auszuschliessen, die dem Konkursiten aus seiner nach dem Konkurschluss erfolgten Erwerbstätigkeit anwachsen³³².
- 901 **d)** Für die wenigen verbleibenden Fälle Selbständigerwerbender, deren Zessionsurkunden gemäss ihrem Wortlaut mit dem besten Willen nicht eingeschränkt werden können auf jene Forderungen, die den Zedenten vor dem Konkurs anwachsen, hilft gemäss bundesgerichtlicher Auffassung die Berufung auf Art. 27 Abs. 2 ZGB, um die Wirksamkeit der alten Zessionsurkunde nach Konkurschluss zu stoppen³³³.

³³⁰ In Kraft seit dem 1.7.1991. Frühere Judikatur zum Thema der konkursüberdauernden Wirkung der Abtretung von Lohnforderungen ist seit 1991 also obsolet.

³³¹ Keine übermässige Bindung liegt in der umgekehrten Vereinbarung, bei welcher sich der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber verpflichtet, seinen künftigen Lohn *nicht* abzutreten (arbeitsvertragliches Zessionsverbot); vgl. BGE 112 II 241 (243).

³³² Vgl. in diesem Sinne THOMAS WEHRLI, Die vertragliche Abtretung von Forderungen, Diss. Bern 1993, S. 164.

³³³ Vgl. BGE 112 II 436 f. - Dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung haben sich verschiedene Autoren angeschlossen, so SCHWENZER, OR AT (1998) N. 90.31 (Annahme von Teilnichtigkeit); GAUCH/SCHLUEP/REY, OR AT (1998) N. 3578; WEHRLI THOMAS, Die vertragliche Abtretung von Forderungen, insbesondere Voraus- und Globalzession und deren Behandlung bei Konkurs des Zedenten, Diss. Zürich 1993, S. 54 und 165; HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 11.18 ff.

- 902 Zutreffend hat EUGEN BUCHER auf die dogmatische Unhaltbarkeit dieser Rechtsauffassung hingewiesen. Betrachtet man die Zession als ein *Verfügungsgeschäft*, so kann sie grundsätzlich nicht unter den Anwendungsbereich von Art. 27 Abs. 2 ZGB fallen³³⁴; denn Art. 27 Abs. 2 ZGB bezieht sich nur auf übermässige *Bindungen*, d.h. auf *Verpflichtungen*³³⁵. Sieht man aber in der konkursüberdauernden Zession (richtigerweise) eine langfristige Verpflichtung, so wird deren Wirkung mit Konkursausbruch durch Art. 208 SchKG gestoppt; einer Berufung auf Art. 27 Abs. 2 ZGB bedarf es nicht.
- 903 Die Nichtanwendung von Art. 208 SchKG und die ersatzweise Abstützung des wünschbaren Ergebnisses auf eine *persönlichkeitsrechtliche* Argumentation ist, wie BUCHER zu Recht festhält, eine "Ungeheuerlichkeit"³³⁶.
- 904 Betrachtet man die Vorauszession künftiger Forderungen (auch) als ein Verpflichtungsgeschäft, d.h. als eine *Bindung*, die im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB *übermässig* sein kann, so muss die Berufung auf Art. 27 Abs. 2 ZGB für solvente Zedenten ausserhalb des Konkurses immer dann möglich sein, wenn die Vorauszession nach Umfang und Modalitäten zu nicht vorausplanbaren Auswirkungen auf die Verhältnisse des Zedenten führt. So sollten Globalzessionen zahlungshalber, die einen wesentlichen Teil aller künftig entstehenden Debitorenforderungen des Zedenten dem Zessionar zum direkten Inkasso zukommen lassen, höchstens für etwa ein Jahr verbindlich abgeschlossen werden können³³⁷. Bei Sicherungszessionen, bei denen die eingehenden Zahlungen dem Zedenten laufend gutgeschrieben und zu seiner betrieblichen Verfügung gehalten werden, ist eine wesentlich längere Dauer denkbar³³⁸. Abgesehen von der zeitlichen Übermässigkeit wird man in der Vorauszession künftiger Forderungen keine übermässige Bindung sehen können, sondern ihre Wirksamkeit anerkennen müssen³³⁹.

F. Die Rechtsfolgen übermässiger Bindung

- 905 Eine ältere Lehre betrachtete übermässig bindende Verträge als nichtig im Sinne von Art. 20 OR³⁴⁰. - EUGEN BUCHER³⁴¹ ist dieser Lehre entgegengetreten mit dem überzeugenden Hin-

³³⁴ Vgl. BK-UCHER (1993), N 135 ff.

³³⁵ So zutreffend auch HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 11.11 und, bezüglich der Globalzession, Ziff. 11.18-11.21.

³³⁶ Vgl. BK-UCHER (1993), N 142; KURT AMONN/DOMINIK GASSER, Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts, 6. Aufl., Bern (1997), S. 316, N 14, kritisieren die bundesgerichtliche Praxis mit dem Hinweis darauf, dass sie zu einer nicht gerechtfertigten Privilegierung des Zessionars gegenüber den übrigen Gläubigerinnen führt (Art. 326 OR deckt sich zum guten Teil mit Art. 219 Ziff. 4 Erste Klasse, lit. c SchKG), dass sie ferner der wirtschaftlichen Erholung des Schuldners im Wege steht und dass sie schliesslich dem Wesen des Konkurses als Generalliquidation widerspricht.

³³⁷ Vgl. Ziff. 847.

³³⁸ Gemäss EUGEN BUCHER, OR AT, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 544, haben solche Sicherungszessionen mit Art. 27 Abs. 2 ZGB überhaupt nichts zu tun.

³³⁹ So auch BGE 113 II 163 (165); vgl. auch BK-UCHER (1993), N 144, mit Verweis auf BGE 112 II 436, 106 II 377, 84 3II 366, 69 II 290 E. 2.

³⁴⁰ Vgl. BGE 84 II 355 (367); HÜRLIMANN, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, Diss. Fribourg 1984, S. 40 f. mit Hinweisen. - Historisch handelt es sich bei der Nichtigkeitstheorie um eine Nachwirkung von Art. 17 aOR, dem Vorläufer von Art. 27 ZGB; vgl. ZK-EGGER (1911), Ziff. I. zu Art. 27 ZGB. - PETER GAUCH, System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss. Fribourg,

weis, dass sich bei übermässig bindenden Verträgen nur die übermässig gebundene Partei auf Art. 27 Abs. 2 ZGB berufen könne³⁴², dass sie die vertragliche Bindung nur im Umfange des Übermasses abzuschütteln vermöge und dass die aufgrund eines übermässig bindenden Vertrags ausgetauschten Leistungen aus gültigem Rechtsgrund geleistet wurden³⁴³. ERNST KRAMER³⁴⁴ und CLAIRE HUGUENIN JACOBS³⁴⁵ haben sich BUCHER im Ergebnis angeschlossen, desgleichen das OG LU³⁴⁶ und das Bundesgericht³⁴⁷.

- 906 Im Sinne dieser Lehre sollten die übermässig bindenden Verträge als eigenständige Kategorie gemäss Art. 27 Abs. 2 beurteilt und es sollte Art. 27 Abs. 2 nicht als eine Untergruppe der nichtigen Verträge gemäss Art. 20 OR betrachtet werden³⁴⁸.
- 907 Liegt die Übermässigkeit der Bindung in deren unvorhersehbaren Auswirkungen nach langer Dauer, so steht der belasteten Partei nach Ablauf der höchstzulässigen Bindungsdauer die Kündigungsmöglichkeit³⁴⁹ zu, allerdings nicht fristlos von heute auf morgen: Je länger der Vertrag gedauert hat, desto länger im Voraus hat die belastete Partei der anderen den Willen zur Vertragsbeendigung bekannt zu geben³⁵⁰. Verlangt die kündigende Partei sofortige Vertragsbeendigung, so hat im Streitfall das Gericht zu bestimmen, auf welchen Zeitpunkt die Vertragsbeendigung wirksam wird³⁵¹.

1968, S. 42, hält beim "ewigen" Vertrag nicht den Vertrag, sondern die Unkündbarkeitsabrede für ungültig und betrachtet den Vertrag demgemäss als jederzeit ordentlich kündbar. GAUCHS Auffassung hat keine Gefolgschaft gefunden.

³⁴¹ Vgl. EUGEN BUCHER, OR AT, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 265 ff., und BK-BUCHER (1993), N 545-565.

³⁴² So auch PIERRE TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité* (1984), S. 23, Rz 142: Art. 27 "*permet à celui qui s'est lié à un tiers d'obtenir sa libération totale ou partielle lorsque cet engagement ... porte une atteinte excessive à sa liberté ou à un autre droit de la personnalité*".

³⁴³ So BK-BUCHER (1993), N 169.

³⁴⁴ BK-KRAMER (1990), N 371 zu Art. 20 OR; KRAMER möchte den Begriff der Nichtigkeit allerdings nicht preisgeben, sondern schlägt vor, "*die Nichtigkeitsfolge des Art. 20 OR unter Berücksichtigung des von ZGB 27 Abs. 2 verfolgten Zweckes festzulegen*", und zwar im Sinne BUCHERS, dessen Ergebnis KRAMER als *grundsätzlich unterstützenswert* bezeichnet.

³⁴⁵ ZGB-HUGUENIN JACOBS (1996), Art. 27, N 8 und 18 f., hält zwar, wie KRAMER, terminologisch am Begriff der Nichtigkeit übermässig bindender Verträge fest, fordert aber, dass man in diesem Zusammenhang "*den traditionellen Nichtigkeitsbegriff zugunsten eines flexibleren Konzeptes aufgibt*".

³⁴⁶ SJZ 84 (1988), S. 47 f. (48).

³⁴⁷ BGE 108 II 405 (409).

³⁴⁸ Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 11.25, wo die Streitfrage der Subsumierung von Art. 27 Abs. 2 ZGB unter Art. 20 OR allerdings offen gelassen wird.

³⁴⁹ Gemäss BK-BUCHER (1993), N 566, ist die Kündbarkeit vom Bundesgericht seit BGE 114 II 261 anerkannt; BUCHER spricht von einem *Vertragsterminierungs- oder Kündigungsrecht eigener Art ex lege* (N 568).

³⁵⁰ So BK-BUCHER (1993), N 367 am Ende.

³⁵¹ So BK-BUCHER (1993), N 535.

11. Kapitel: Name, Namensänderung, Namensschutz, Art. 29 und 30 ZGB

A. Der Name der natürlichen Person

1. Begriffe

- 908 Der Name der natürlichen Person besteht aus dem Familiennamen (unjuristisch auch "Geschlechtsname" genannt) und dem Vornamen³⁵².
- 909 Von den verschiedenen Namen, die von Ehegatten getragen werden, heisst jeweils derjenige der Familienname, der von ihren Kindern durch Abstammung erworben wird. Die Frage nach dem Familiennamen von Ehegatten ist also gleichbedeutend mit der Frage: Wie werden deren gemeinsame Kinder heissen?

2. Der Vorname

- 910 Art. 301 Abs. 4 ZGB bestimmt: *"Die Eltern geben dem Kind den Vornamen."*
- 911 Art. 69 der Zivilstandsverordnung (ZStV, SR 211.112.1) präzisiert dies: *"Sind die Eltern miteinander verheiratet, so bestimmen sie die Vornamen des Kindes; sind sie nicht miteinander verheiratet, so bestimmt die Mutter den Vornamen des Kindes."*³⁵³
- 912 Die Eltern unterstanden bis Mitte 1994 gewissen Einschränkungen bezüglich der Wahl des Vornamens ihres Kindes, gemäss dem damaligen Wortlaut von Art. 69 Abs. 2 ZStV: *"Vornamen, die die Interessen des Kindes oder Dritter offensichtlich verletzen, insbesondere anstössige oder widersinnige sowie Vornamen, die allein oder zusammen mit andern das Geschlecht des Kindes nicht eindeutig erkennen lassen, werden [vom Zivilstandsbeamten] zurückgewiesen."*
- 913 Diese Bestimmung ist gelockert worden durch den neuen Art. 69 Abs. 2 und Abs. 2bis ZStV, in Kraft seit 1.07.1994:
- Abs. 2: *"Die Vornamen sind dem Zivilstandsamt mit der Geburtsanzeige mitzuteilen."*
- Abs. 2bis: *"Der Zivilstandsbeamte oder die Zivilstandsbeamtin weist die mitgeteilten Vornamen zurück, wenn sie die Interessen des Kindes offensichtlich verletzen."*
- 914 Gemäss der geänderten ZStV muss also das Geschlecht des Kindes nicht mehr aus seinem Vornamen erkennbar sein³⁵⁴. Der Zustrom von Ausländern, deren Vornamen in schweizerischen Ohren oft kein Geschlecht erkennen lassen, hat die Liberalisierung notwendig ge-

³⁵² Adelstitel ("König", "Prinzessin", "Fürst", "Graf", "Baron", "Freiherr" und "Freifrau" etc.) gelten in der Schweiz nicht als Namensbestandteile und werden weder ins Zivilstandsregister noch in amtliche Ausweise eingetragen. Partikel wie "von" und "de" sind hingegen eintragungsfähige Namensbestandteile. Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 16.20.

³⁵³ Fassung iK seit 1.01.1989; AS 1988 2030.

³⁵⁴ Wegen mangelnder Erkennbarkeit des Geschlechts waren bis 1994 im deutschschweizerischen Raum Namen wie Andrea, Claude, Dominique nur in Verbindung mit mindestens einem weiteren, geschlechtsspezifischen Vornamen zugelassen: Andrea Bettina Müller, Paul Andrea Meier. - Heute kann *Andrea Müller* für ein Mädchen ebenso eingetragen werden wie für einen Knaben.

macht. Hingegen sind die Kindesinteressen offensichtlich verletzt, wenn die Eltern ihrer Tochter den Vornamen "Friederich", dem Sohn den Vornamen "Friderike" geben wollen³⁵⁵. Kindesinteressen können auch dann offensichtlich verletzt sein, wenn Eltern einen Vornamen neu erfinden oder einen ausländischen, in der Schweiz unbekannt Namen wählen.

- 915 Ein einziger Vorname genügt. Mehr als vier Vornamen dürften wegen der Schwerfälligkeit der Aufzählung als Verletzung der Kindesinteressen gelten.
- 916 Durch die Änderung der ZStV (in Kraft seit 1.07.1994) ist die Wahlfreiheit vergrössert worden. Der in BGE 109 II 95 ff. wegen mangelnder Geschlechtsspezifität abgelehnte Vorname "*Amel*" dürfte heute als zulässig gelten, noch immer nicht dagegen der in BGE 107 II 26 ff. wegen Lächerlichkeit abgelehnte Vorname "*Wiesengrund*"³⁵⁶.

3. Der durch Abstammung erworbene Familienname

- 917 Der Familienname wird in der Regel durch Abstammung erworben (Art. 270 ZGB). Sind die Eltern des Kindes miteinander verheiratet, so erhält das Kind ihren Familiennamen. Sind sie nicht miteinander verheiratet, so erhält das Kind den Familiennamen der Mutter, oder, wenn diese infolge früherer Eheschliessung einen Doppelnamen (*Annemarie Feuz Kölliker*) führt, den ersten Namen dieses Doppelnamens (*Feuz*).
- 918 Findelkinder erhalten ihren Vor- und Familiennamen durch behördlichen Akt (Art. 72 Abs. 2 ZStV).
- 919 Das Adoptivkind erhält den Familiennamen der Adoptiveltern (Art. 267 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 270 Abs. 1 ZGB).

4. Der Familienname verheirateter Personen

- 920 Gemäss Art. 160 ZGB erhält die Ehefrau mit der Heirat den Familiennamen des Mannes. Der ledige *Pius Kölliker* heiratet die ledige *Annemarie Feuz*. Nach der Trauung heissen die beiden *Pius Kölliker* und *Annemarie Kölliker*.
- 921 *Kölliker* ist der Familienname. Die Kinder heissen *Kölliker*.
- 922 In der Schweiz ist es seit jeher üblich, den bisherigen Familiennamen der Frau mit Bindestrich hinter den Familiennamen des Mannes zu setzen: *Pius Kölliker-Feuz*, *Annemarie Kölliker-Feuz*. Der solcherart zusammengesetzte Name *Kölliker-Feuz* heisst Allianzname³⁵⁷. Der Allianzname hat im Gesetz keine Grundlage. Er ist nicht Familienname im Sinne von

³⁵⁵ In diesem Sinne auch HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 16.26.

³⁵⁶ Vgl. in diesem Sinne RIEMER, Studienbuch (1995), Ziff. 214-217. - Vgl. auch die Hinweise auf die neurechtlich zulässigen Knaben-Vornamen "Osceola" und "Ozzy" bei HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 16.27 (unter Verweis auf ZZW 62 (1994), S. 273 ff.).

³⁵⁷ In den heutigen Telefonbüchern findet sich der mit Bindestrich nachgestellte Name in Klammern gesetzt: *Pius Kölliker(-Feuz)*.

Art. 160 Abs. 1 ZGB. Jedoch sind beide Ehegatten berechtigt, unter dem Allianznamen aufzutreten³⁵⁸.

- 923 Seit dem Aufkommen der Doppelnamen bei Ehegatten schafft der Allianzname Verwirrung. Die Zivilstandsämter vermeiden die Verwendung von Allianznamen und geben stattdessen bei verheirateten Personen deren vor der Ehe getragenen Namen mit dem Zusatz "geb." an, im obigen Beispiel also *Pius Kölliker* und *Annemarie Kölliker geb. Feuz*. Die Einwohnerkontrollbüros adressieren Stimmrechtsausweise und andere Post an Ehegatten nur noch dann mit Allianznamen, wenn das traditionelle Namensmodell im hier beschriebenen Sinne vorliegt, nicht dagegen, wenn die Frau ihren Namen voranstellt oder wenn aus achtenswerten Gründen der Name der Frau zum Familiennamen gemacht wurde³⁵⁹. In der vorliegenden Arbeit wird an diese Praxis angeknüpft und der mit Bindestrich verbundene Allianzname beider Ehegatten nur im traditionellen Namensmodell verwendet.
- 924 Wenn die Frau stirbt, pflegt der Witwer den Frauennamen in Klammern zu setzen: *Pius Kölliker(-Feuz)*. Auch diese Namensverwendung entspricht einer Übung ohne rechtliche Grundlage.
- 925 Gemäss Art. 160 Abs. 2 ZGB kann die Braut gegenüber dem Zivilstandsbeamten erklären, dass sie ihren bisherigen Familiennamen dem Familiennamen des Mannes voranstellen will. Erklärt sie dies, so führt sie fortan einen Doppelnamen: *Annemarie Feuz Kölliker* (ohne Bindestrich).
- 926 Die Kinder heissen *Kölliker*.
- 927 Gemäss Art. 30 Abs. 2 ZGB können die Brautleute gemeinsam vor der Heirat das Gesuch stellen, von der Trauung an den Namen der Ehefrau als Familiennamen zu führen. Das Gesuch wird bewilligt, wenn *achtenswerte Gründe* vorliegen. Die Gleichstellung der Geschlechter (Art. 8 Abs. 3 BV) erheischt, dass die Anforderungen an die "achtenswerten Beweggründe" niedrig angesetzt werden, was bedeutet, dass beliebige Gründe als "achtenswert" angesehen werden müssen bzw. dass ein freies Wahlrecht besteht³⁶⁰. Stellt das hier illustrativ vorgestellte Paar ein solches Gesuch, so heissen die Ehegatten nach der Trauung *Pius Feuz* und *Annemarie Feuz*. Die Kinder heissen *Feuz*.
- 928 Machen die Brautleute von der soeben beschriebenen Möglichkeit Gebrauch, so hat der Ehemann seit dem 1.07.1994 nun seinerseits die Möglichkeit, gegenüber dem Zivilstandsbeamten zu erklären, er wolle nach der Eheschliessung seinen bisherigen Familiennamen demjenigen der Frau voranstellen (Art. 177a Abs. 1 Satz 2 ZStV³⁶¹). In diesem Falle heissen die Ehegatten *Pius Kölliker Feuz* und *Annemarie Feuz*.

³⁵⁸ BGE 110 II 97 ff., 98 Ia 452; beim Bundesgerichtsentscheid 110 II 97 ff. (99) handelt es sich um einen der ganz seltenen Fälle, in welchen ein Urteil auf Gewohnheitsrecht abgestützt wurde; vgl. TUOR/SCHNYDER/SCHMID (1995), S. 40, Text vor Anm. 16.

³⁵⁹ Gemäss telefonischer Auskunft von Herrn A. Egli, Vorsteher des Zivilstandsamtes Basel-Stadt, vom 17.10.1996.

³⁶⁰ So HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 16.41.

³⁶¹ Art. 177a Abs. 1 ZStV lautet in dem seit 1.07.1994 gültigen Wortlaut: "**Namenserklärungen. - 1. vor der Heirat.** - Die Braut kann gegenüber dem Zivilstandsbeamten oder Zivilstandsbeamtin erklären, sie wolle nach der Eheschliessung ihren bisherigen Namen, gefolgt vom Familiennamen, weiterführen (Art. 160 Abs. 2 und 3 ZGB). Die gleiche Möglichkeit hat der Bräutigam, wenn die Brautleute das Gesuch stellen, von der Trauung an den Namen der Ehefrau als Familiennamen zu führen (Art. 30 Abs. 2 ZGB)."

- 929 Die Kinder heissen *Feuz*.
- 930 Will man die Beziehungsmodelle charakterisieren, die hinter den vier verschiedenen Varianten stehen, so kann man die **vier Fallgruppen** folgendermassen kennzeichnen (wobei der für die Kinder massgebende Familienname hier fettgedruckt ist):
- a) Mann steht vorn, Frau betont Allianz: *Pius und Annemarie **Kölliker**-Feuz* (Art. 160 Abs. 1 ZGB) (traditionelles Modell).
 - b) Mann steht vorn, Frau betont Individualität: *Pius **Kölliker** / Annemarie Feuz Kölliker* (Art. 160 Abs. 2 ZGB).
 - c) Frau steht vorn, Mann betont Allianz: *Pius und Annemarie **Feuz*** (Art. 30 Abs. 2 ZGB).
 - d) Frau steht vorn, Mann betont Individualität: *Annemarie **Feuz** / Pius Kölliker Feuz* (Art. 177a Abs. 1 Satz 2 ZStV).
- 931 Die statistische Häufigkeit, mit welcher diese Varianten von Brautleuten gewählt werden, ist regional unterschiedlich. In Basel-Stadt wählt heute eine Mehrheit von Ehepaaren, bei denen die Frau berufstätig und im Zeitpunkt der Heirat über 30 ist, die Variante (b). Die Variante (c) wurde bis vor kurzem nur ganz ausnahmsweise (1-2 % der Fälle) gewählt, hat durch die gerichtliche Einführung der Variante (d) aber an Attraktivität gewonnen, weil der Mann nun trotz des von der Frau übernommenen Familiennamens seinen Namen weiterführen kann. Die Varianten (c) und (d) kommen heute insgesamt in etwa 5 % der Fälle zum Zuge³⁶².

5. Der Familienname geschiedener Personen

- 932 Art. 119 Abs. 1 ZGB bestimmt, dass der Ehegatte, der bei der Heirat seinen Familiennamen geändert hatte, den durch die Heirat erworbenen Familiennamen behält, sofern er nicht binnen eines Jahres nach Rechtskraft des Scheidungsurteils dem Zivilstandsbeamten erklärt, er wolle (a) den angestammten Namen (d.h. den bei der Geburt erworbenen Familiennamen) oder (b) den vor der Heirat getragenen Namen wieder führen.
- 933 Wie immer also die oben erwähnten Ehegatten während der Ehe geheissen haben, so kann die Frau nach der Scheidung wieder den Familiennamen *Feuz* annehmen, der Mann *Kölliker*. Stattdessen können die beiden auch ihre ehelichen Namen oder Doppelnamen beibehalten (*Kölliker Feuz* oder *Feuz Kölliker*).

6. Schicksal bisheriger Doppelnamen bei Wiederverheiratung

- 934 Hiess die *Annemarie geb. Feuz* während ihrer ersten Ehe *Annemarie Kölliker-Feuz*, und behielt sie nach Auflösung ihrer ersten Ehe den Namen *Annemarie Kölliker*, so kann sie bei Wiederverheiratung mit *Rolf Zinkernagel* entweder *Annemarie Zinkernagel* oder, aufgrund ihrer Erklärung, *Annemarie Kölliker Zinkernagel* heissen. Art. 160 Abs. 3 ZGB verbietet ihr in diesem Falle die Variante *Annemarie Feuz Zinkernagel*.
- 935 Hiess sie während ihrer ersten Ehe *Annemarie Feuz Kölliker*, und behielt sie nach Auflösung ihrer ersten Ehe diesen Doppelnamen bei, so kann sie bei Wiederverheiratung mit *Rolf*

³⁶² Gemäss telefonischer Auskunft von Herrn A. Egli, Vorsteher des Zivilstandsamtes Basel-Stadt, vom 17.10.1996.

Zinkernagel entweder *Annemarie Zinkernagel* oder, aufgrund ihrer Erklärung, *Annemarie Feuz Zinkernagel* heissen. Art. 160 Abs. 3 ZGB verbietet ihr in diesem Falle die Variante *Annemarie Kölliker Zinkernagel*.

- 936 Welche Möglichkeiten hat Pius bei einer zweiten Heirat mit *Roswitha Hofmann*? - Sofern er in der ersten Ehe gemäss Fallgruppe (a) *Kölliker-Feuz* und nach der ersten Ehe also *Kölliker* hiess, stehen in der zweiten Ehe die Kombinationen *Pius Kölliker-Hofmann* (Fallgruppe a) und *Pius Kölliker* (Fallgruppe b) zur Verfügung. Wird der Frauennamen aus achtenswerten Gründen zum Familiennamen gemacht, dann heisst der Mann *Pius Hofmann* (Fallgruppe c); stellt er seinen bisherigen Namen in diesem Falle voran, so heisst er *Pius Kölliker Hofmann* (Fallgruppe d).
- 937 Hiess der Mann nach der ersten Ehe *Pius Feuz*, so heisst er in der zweiten Ehe entweder *Pius Feuz-Hofmann* (Fallgruppe a), *Pius Hofmann* (Fallgruppe b), *Pius Feuz* (Fallgruppe c) oder *Pius Hofmann Feuz* (Fallgruppe d).
- 938 Neben den vier hier dargestellten Fallgruppen gemäss schweizerischem Recht erlaubt Art. 37 IPRG die Anerkennung und Eintragung ausländischer Modelle im schweizerischen Zivilstandsregister, sofern die Namensträgerin ausländischer Nationalität ist.

7. Änderung des Familiennamens ausserhalb von Eheschluss und Scheidung

- 939 Gemäss Art. 30 Abs. 1 ZGB kann die Regierung des Wohnsitzkantons die Änderung von Vor- oder Familienname bewilligen, wenn *wichtige Gründe* vorliegen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn jemand einen lächerlichen oder anstössigen Namen führt bzw. einen Namen, der bei Übersiedlung in einen anderen Sprachraum lächerlich wird (*Amherd* wird nach Übersiedlung in den französischen Sprachraum als *ah merde!* verstanden). Wer einen fremdländischen, schwer auszusprechenden oder schwer zu buchstabierenden Namen trägt, hat einen wichtigen Grund für die Angleichung dieses Namens an einen landesüblichen Namen. Die Praxis gestattet in diesem Falle nicht die freie Wahl eines beliebigen Namens. Sonst würden sich die neu zugezogenen Gesuchsteller vorwiegend mit besonders angesehenen Familiennamen bedienen, von Einstein über Goethe bis zu Buonaparte und Dunant.
- 940 Ein wichtiger Grund für die regierungsrätliche Änderung des Familiennamens war ehemals die Wiederverheiratung der Mutter. Das **Scheidungskind** konnte sich ohne weitere Begründung den Namen des Stiefvaters geben lassen, um am einheitlichen Familiennamen der (stief-)elterlichen Familie teilzuhaben³⁶³. Diese Praxis ist aufgegeben worden. Seit BGE 124 III 401 muss das Kind konkret aufzeigen, inwiefern ihm durch die Beibehaltung des ehemaligen mütterlichen Familiennamens innerhalb der neuen Familie Nachteile erwachsen³⁶⁴.
- 941 Auch **Konkubinatskinder** können seit BGE 121 III 145 den Namen des Vaters nur noch erhalten, wenn ihnen aus der Beibehaltung des mütterlichen Namens ernsthafte soziale Nachteile erwachsen würden³⁶⁵.

³⁶³ BGE 99 Ia 563 f., E. 4.

³⁶⁴ Vgl. auch den BGE vom 23.01.1998 in ZZW 66 (1998), S. 200 f.

³⁶⁵ Vgl. ferner BGE vom 5.04.1995, Urteil 5c.243/1994, in NZZ Nr. 120 vom 6.06.1995, S. 13, und BGE vom 23.01.1998, in ZZW 66 (1998) S. 200 f.

8. Rechtsschutz gegen Namensanmassung eines Familiennamens

942 Der Rechtsschutz wird hinten, Ziff. 964 ff., behandelt.

B. Name und Firma juristischer Personen und Personengesamtheiten

1. Einleitung

a) Terminologie

943 Die beiden juristischen Personen des ZGB, der Verein und die Stiftung, haben zu ihrer Kennzeichnung im Rechtsverkehr "*Namen*" (Vereinsnamen, Stiftungsnamen).

944 Die entsprechende Kennzeichnung der im OR geregelten Einzelkaufleute (Art. 945 OR), Personengesellschaften (Kollektiv- und Kommanditgesellschaft; Art. 552 und 594 OR) und juristischen Personen (AG, Kommandit-AG, GmbH und Genossenschaft; Art. 620, 764, 772, 828 OR) heisst "*Firma*".

945 Für die Bildung der "Firmen" gelten etwas strengere Regeln³⁶⁶ als für die Bildung von Vereins- und Stiftungsnamen. Der Schutz von Namen und Firmen gegen Verwechslungsgefahr ist jedoch derselbe, so dass Präjudizien von Namensstreitigkeiten auch für den Konflikt von Firmen relevant sind, und umgekehrt.

946 Das Wort "*Firma*" kommt von lat. *firmare* = bekräftigen. Im Italienischen nahm "*firmare*" die Bedeutung an: "*seinen Vertragswillen bekräftigen*" - d.h.: unterschreiben. "*Firma*" ist also das Wort, mit dem der Unterzeichner seinen Vertragswillen bekräftigt - eben die Kennzeichnung der betreffenden Unternehmung.

947 Im unjuristischen Sprachgebrauch bedeutet "Firma" nicht nur die *Kennzeichnung* einer Unternehmung, sondern die Unternehmung als solche. Im Gesetzestext des OR ist unter "Firma" aber regelmässig nur die Unternehmens-Bezeichnung, nicht die Unternehmung als solche gemeint.

b) Die beiden Regelungsbereiche der handelsregisterlichen Eintragungsfähigkeit und der Konfliktlösung zwischen den Rechsträgern mit ähnlichen Namen bzw. Firmen

948 Die Rechtsregeln bezüglich der Namen und Firmen von Einzelkaufleuten, Personengesellschaften und juristischen Personen des Privatrechts gehören zwei verschiedenen Regelungsbereichen an. Es handelt sich um

³⁶⁶ Die gesetzlichen Vorschriften für die Neubildung und Änderung von Geschäftsfirmen finden sich in den Art. 944-954 OR.

a) Regeln zur Wahrung allgemeiner Interessen, konkretisiert durch die Anforderungen an die *handelsregisterliche Eintragungsfähigkeit* eines neuen Namens oder einer neuen Firma;

b) Regeln zum Schutz von Individualinteressen, konkretisiert durch die Rechtsprechung zu Art. 29 und 30 ZGB und Art. 956 OR in den Streitfällen über konkrete *Verwechslungsgefahr* und *Zuordnungsverwirrung*³⁶⁷ bestehender Namens- und Firmenträger.

949 Die Einhaltung der unter (a) genannten Regeln wird von den Handelsregisterämtern anlässlich der Eintragung neuer Namen und Firmen überwacht. Die Wahrung der unter (b) genannten Individualinteressen ist der Initiative der von Rechtsverletzungen betroffenen Namens- und Firmenträger anheimgestellt und obliegt im Streitfall dem Zivilrichter.

c) Grundsätze Namensbildung bei Verein und Stiftung

950 Die Grundsätze für die Namensbildung bei Vereinen und Stiftungen werden hinten im Rahmen der Besprechung dieser beiden juristischen Personen dargestellt.

d) Grundsätze der Firmenbildung

951 Die handelsregisterlichen Eintragungsvoraussetzungen für neue Firmen gemäss Art. 944-954 OR gehören nicht zum Stoff des Personenrechts. Sie werden demgemäss an dieser Stelle nur insoweit dargestellt, als dies für das Verständnis der personenrechtlichen Normen nützlich ist.

952 Die Anforderungen an die handelsregisterliche Eintragungsfähigkeit einer neuen Firma lassen sich unterteilen in fünf Elemente, nämlich

1. die *technischen Eintragungsvoraussetzungen* (sie sind im OR nicht erwähnt; hier geht es unter anderem darum, dass nur Firmen in lateinischer Schrift und arabischen Zahlen, nicht etwa in chinesischen Schriftzeichen, eintragungsfähig sind);

2. der Grundsatz der *Ausschliesslichkeit* (Art. 944 Abs. 1 OR: eine eingetragene Unternehmung hat Anspruch auf ausschliesslichen Firmengebrauch, d.h. darauf, dass sich alle später eingetragenen Firmen von ihrer eigenen bezüglich der grafischen Zeichenfolge *deutlich unterscheiden*);

3. das *Wahrheitsgebot* (Art. 944 Abs. 1 OR / Art. 38 HRegV: die Firma muss, soweit sie beschreibende Elemente enthält, mit dem statutarischen Unternehmenszweck übereinstimmen; eine Transportfirma mit dem Namen "Müller Electronics AG" würde das Wahrheitsgebot verletzen);

³⁶⁷ Terminologisch wird in der Judikatur und Literatur zuweilen unterschieden zwischen der *Verwechslungsgefahr im engeren Sinne*, d.h. jener Gleichheit oder Ähnlichkeit von Namen und Firmen, die im Publikum zur Verwechslung der Namensträger führen kann (Beispiel: Schweizerischer Bund für Naturschutz - Schweizerischer Naturschutzbund), und *Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne*, d.h. jener Verwandtschaft von Namen und Firmen, die im Publikum zur irrtümlichen Meinung führen kann, die verschiedenen Namensträger seien familiär oder konzernmässig miteinander verbunden (Beispiel: Paul Müller wählt für seine Chemikalienhandlung die Firma *Novartis Bauchemie AG*). In der vorliegenden Arbeit werden die Begriffe der Verwechslungsgefahr "im engeren Sinne" und "im weiteren Sinne" vermieden. Statt des erstgenannten Begriffs wird kurz und bündig von "*Verwechslungsgefahr*", statt des zweiten von "*Zuordnungsverwirrung*" gesprochen. - Vgl. Ziff. 980.

4. das *Täuschungsverbot* (Art. 944 Abs. 1 OR / Art. 38 HRegV: die Firma darf nicht über den Unternehmenszweck täuschen) und

5. das Verbot der Verletzung *öffentlicher Interessen* (Art. 944 Abs. 1 OR / Art. 38 HRegV: Verbot der Wörter "eidgenössisch", "kantonal" etc. als Bestandteile privater Firmen).

953 Die Prüfungszuständigkeiten bezüglich der Eintragungsfähigkeit neuer Firmen sind seit 1998 so geordnet, dass sich das Eidgenössische Amt für das Handelsregister um die *Ausschliesslichkeit* jeder neuen Firma kümmert, wogegen die kantonalen Handelsregisterämter die übrigen vier Eintragungsvoraussetzungen überprüfen.

C. Namens- und Firmenschutz

1. Die verschiedenen Schutzbereiche

954 Der nachfolgende Versuch, die Namensanmassung und den firmenrechtlichen Streit abzugrenzen gegenüber anderen Persönlichkeitsverletzungen im Umgang mit dem Namen, dient vor allem dem didaktischen Bestreben, die verschiedenen Fallgruppen in einprägsamer Weise zu charakterisieren. Judikatur und Doktrin folgen keiner einheitlichen Abgrenzung. Die nachstehende Unterscheidung erhebt demgemäss nicht den Anspruch, die präzise Zusammenfassung einer präzisen Judikatur und Doktrin zu sein.

955 In einer umfassenden Darstellung des Kennzeichnungsrechts müsste auch die Marke gemäss Markenschutzgesetz dargestellt werden, ferner der markenmässige Gebrauch von Firmen. Die personenrechtliche Darstellung muss sich jedoch beschränken auf einen Ausschnitt aus dem Kennzeichnungsrecht, nämlich auf den Schutz der Namen der natürlichen Personen und der beiden juristischen Personen des ZGB, Verein und Stiftung. Als Ausblick wird in der vorliegenden Arbeit zusätzlich der Schutz der Handelsfirmen gemäss Art. 956 Abs. 2 OR summarisch dargestellt. Dies rechtfertigt sich insofern, als die Bestimmungen von Art. 29 Abs. 2 ZGB und Art. 956 Abs. 2 OR in manchen Urteilen kumulativ angerufen werden, ohne dass klargestellt wird, inwiefern sich das Urteil auf die eine oder die andere Bestimmung stützt.

a) Art. 28 ZGB

aa) Schutz des Umgangs mit dem eigenen Namen

956 Zum Schutzbereich von Art. 28 ZGB vgl. Ziff. 634 f.

bb) Schutz der Ehre; Schutz gegen Verletzungen der psychischen Integrität

957 Wer seinen Nachbarn beschimpft ("*Herr Meier, Sie sind ein Halunk*"), benützt den Namen "Meier" in zulässiger Weise zur Anrede des Namensträgers. Persönlichkeitsverletzend ist die anschliessende Qualifikation.

958 Wer dagegen den Club Méditerranée dadurch beschimpft, dass er eine Karikatur unter dem Titel "*Club Medityrannis*" veröffentlicht und dadurch den Namen der Unternehmung beim

Publikum in Verbindung bringt mit den tyrannischen Regierungen rings ums Mittelmeer, benützt den Namen der Unternehmung unmittelbar als Instrument der Persönlichkeitsverletzung. Die angegriffene Unternehmung ist in ihrer geschäftlichen Ehre verletzt und kann sich gestützt auf Art. 28 ZGB zur Wehr setzen³⁶⁸. Man kann von einer *Herabminderung* bzw. *Beschmutzung* des Namens sprechen.

- 959 Gleich liegt die Geschichte von jenem Hundebesitzer, der seinen Hund auf den Namen des verhassten Nachbarn getauft haben soll, um dem Hund unter voller Nennung des (Hunde-)Namens jeweils vor den Ohren des Nachbarn zuzurufen: "... *mach deinen Dreck woanders*". Das war eine frontale Beschimpfung des Nachbarn und damit eine Verletzung von dessen Ehre und psychischer Integrität im Sinne von Art. 28 ZGB, nicht eine Verletzung des Nachbarn im Umgang mit seinem Namen.

b) Art. 29 Abs. 2 ZGB / Art. 956 Abs. 2 OR: Schutz gegen Zuordnungsverwirrung

- 960 Werden die Namen von Personen und die Firmen von Unternehmungen *von anderen Personen und Unternehmungen* so gebraucht, dass in den Augen Dritter eine Verwechslungsgefahr oder ein falscher Anschein verwandtschaftlicher oder unternehmerischer Zugehörigkeit entsteht - im Sinne der Fragestellung: Wer ist wer? -, dann liegt eine Namensanmassung gemäss Art. 29 Abs. 2 ZGB oder ein firmenrechtlicher Konflikt gemäss Art. 956 OR vor. Die beiden erwähnten Bestimmungen stehen auf der gleichen Ebene und schützen allgemein gesagt gegen *Zuordnungsverwirrung*, d.h. gegen die Verwechslung von Personen und Unternehmungen und gegen die falsche verwandtschaftliche und konzernmässige Zuordnung von Personen und Unternehmen.
- 961 Als Musterbeispiel für eine Zuordnungsverwirrung gemäss der Fragestellung "Wer ist wer?" kann der Streit zwischen den beiden Naegeli-Stiftungen gelten³⁶⁹: 1957 errichtete Frau Thürlimann eine Stiftung in Zürich mit dem Zweck, Preise auszurichten an "*Forscher, welche ein medizinisches Arbeitsgebiet durch eigene Forschung eröffnen oder erweitern wollen*." Sie benannte diese Stiftung "*Otto-Naegeli-Stiftung*", und zwar zum Andenken an den im Jahre 1938 verstorbenen Zürcher Internisten dieses Namens. - Der im Jahre 1971 in Basel verstorbene Medizinprofessor Theodor Naegeli errichtete 1970 die "*Theodor Naegeli-Stiftung*" mit dem Zweck, Preise auszurichten für hervorragende Forschungsarbeiten in den Gebieten der Thrombo-Embolie oder der Geriatrie. - Mit der Ausrichtung medizinischer "Naegeli-Preise" in Zürich und in Basel entstand zwar die Gefahr einer Zuordnungsverwirrung. Jedoch wiesen die Gerichte die Klage der älteren Otto-Naegeli-Stiftung gegen die jüngere Theodor-Naegeli-Stiftung ab mit der Begründung, es könne dem Namensträger Theodor Naegeli nicht verwehrt sein, seinen Namen in einer Preis-Verleihungs-Stiftung zu verewigen. Ausserdem seien die beiden Stiftungen nur vor dem Publikum medizinischer Fachkreise tätig, wo genügend Sachkunde bestehe, um die beiden Stiftungen und deren Preise auseinanderzuhalten.
- 962 Namensschutz gemäss Art. 29 Abs. 2 ZGB und Firmenschutz gemäss Art. 956 Abs. 2 OR greifen auch dann, wenn die **Zuordnungsverwirrung durch den Gebrauch einer ähnl-**

³⁶⁸ Vgl. BGE 95 II 481 ff. i.S. Club Méditerranée (Bureau Suisse) S.A. gegen Tages-Anzeiger für Stadt und Kanton Zürich A.G.

³⁶⁹ BGE 102 II 161.

chen Kennzeichnung geschaffen wird. Das soeben gegebene Beispiel illustriert dies: Die Theodor-Naegeli-Stiftung und deren Theodor-Naegeli-Preise sind nicht völlig gleichlautend, aber doch recht ähnlich gekennzeichnet wie die ältere Otto-Naegeli-Stiftung und deren Otto-Naegeli-Preise. Das gleiche wäre der Fall, wenn sich ein junges Pharmaunternehmen unter der Firma *Navortis* im Handelsregister registrieren lassen möchte. - Oft liegt in solchen Fällen zudem *unlauterer Wettbewerb* vor, indem die jüngere, noch unbekannte Firma von der Verkehrsgeltung der älteren profitieren möchte. Die ältere Firma ist insofern verletzt, als ein solches Trittbrettfahren jüngerer Unternehmungen die Verkehrsgeltung der alteingesessenen Firma verwässert.

- 963 Richtigerweise sollten Art. 29 Abs. 2 ZGB und Art. 956 Abs. 2 OR nur in den soeben beschriebenen Fällen Anwendung finden, d.h. in Fällen, in denen der Beklagte den streitigen Namen *für sich selber oder für seine Geschäftsniederlassung als Eigenname oder für seine Internet-Adresse als Domainname*³⁷⁰ verwendet und dadurch eine Zuordnungsverwirrung auf der Ebene von Personen und Unternehmen schafft³⁷¹.

2. Der Schutz des Namens natürlicher Personen

a) Schutz gegen die unberechtigte Führung eines Familiennamens durch eine natürliche Person

- 964 Rechtswidrige *Namensanmassung* ist die Führung eines Pseudonyms, das zu Verwechslungsgefahren führt, etwa wenn jemand Visitenkarten und Briefpapier mit dem Familiennamen eines bekannten Politikers drucken lässt und sich damit den falschen Anschein gibt, er sei der Bruder des Prominenten. Gegen solche Namensanmassungen stehen dem Prominenten die Ansprüche gemäss **Art. 29 Abs. 2 ZGB** zur Verfügung (Unterlassung, Schadenersatz, Genugtuung).
- 965 Gemäss **Art. 30 Abs. 3 ZGB** können sodann Personen, die durch eine **amtlich bewilligte Namensänderung** verletzt sind, innerhalb eines Jahres ab Kenntnisnahme die erfolgte Na-

³⁷⁰ Wer eine Homepage unter eigenem Namen eröffnen will, muss eine Buchstabenkombination wählen, die sich von den den bereits registrierten Domainnamen unterscheidet. Träger von verbreiteten Namen brauchen entsprechend viel Kreativität oder müssen auf Fantasiebezeichnungen ausweichen. Namensanmassung liegt vor, wenn jemand ohne sachlichen Grund einen fremden Personennamen, insbesondere einen berühmten Namen, registrieren lässt. Das vorsorgliche Okkupieren bestimmter Buchstabenkombinationen (z.B. *borisbecker.de*) in der Absicht, den interessierte Personen die Registrierung ihres eigenen Namens zu gegebener Zeit gewissermassen verkaufen zu können, ist noch immer gang und gäbe. Der Rechtsschutz gegen die Namensanmassung ist so langsam und so kostspielig, dass manche Namensträger die Bezahlung einer Summe von bis zu ca. CHF 10'000 der Prozessführung vorziehen.

³⁷¹ Gemäss älterer bundesgerichtlicher Rechtsprechung konnte eine Namensverletzung im Sinne von Art. 29 Abs. 2 ZGB auch dann vorliegen, wenn eine Namensträgerin durch ähnlich lautende *Marken* oder *Bezeichnungen von Produkten und Dienstleistungen* betroffen wurde, insbesondere wenn Dritte annehmen mussten, die Marke oder Produktebezeichnung habe mit der Namensträgerin zu tun bzw. es handle sich um deren Marke oder Produkt, oder sie habe der Verwendung ihres Namens für das betreffende Produkt oder die betreffende Werbung zugestimmt; vgl. in diesem Sinne etwa die Entscheide BGE 92 II 270 (Sihl/Cosil), 87 II 107 (Narok), 80 II 140, 44 II 83 (Ampère). Gemäss dieser Rechtsprechung wäre der unautorisierte Verkauf von Albert-Einstein-Intelligenzpillen (auch) eine Namensverletzung gemäss Art. 29 Abs. 2 ZGB.

mensänderung gerichtlich anfechten. Solche Anfechtungen sind selten. Eine Verletzung ist nur möglich, wenn der Verletzte das Risiko dardat, mit dem Träger des gänderten Namens verwechselt oder in Verbindung gebracht zu werden, namentlich durch den Anschein der Verwandtschaft. Das kann der Fall sein bei Trägern seltener oder besonders angesehener Namen, ferner bei Namen, deren sämtliche Träger in genealogischen Büchern abschliessend erfasst sind, wie dies bei manchen Adelsfamilien im Ausland der Fall ist³⁷².

- 966 Das Anfechtungsrecht gemäss Art. 30 Abs. 3 ZGB steht auch *juristischen Personen* des Privatrechts und des öffentlichen Rechts zu. So focht die kleine Graubündner Gemeinde Surava mit Erfolg die Namensänderung des Journalisten und Schriftstellers *Hirsch* an, der vom Zürcher Regierungsrat am 30.10.1941 die Änderung seines Familiennamens in *Surava* erlangt hatte. Motiv der Namensänderung war gewesen, dass sich Hirsch als Schriftsteller und Journalist aktiv gegen den Antisemitismus in der Schweiz einsetzte, wobei sein jüdisch klingender Name dazu führte, dass er mit seinem Anliegen nicht ernst genommen wurde. Um nicht als ein Eiferer in eigener Sache dazustehen - Hirsch war nicht Jude -, nahm er den Namen einer kleinen Berg-Gemeinde an, mit der ihn emotionelle Gründe verbanden. Hirsch hatte das Wort "Surava" zuvor schon unangefochten als Schriftsteller-Pseudonym verwendet. Die Gemeinde wehrte sich mit Erfolg gegen die amtliche Namensänderung mit der Begründung, der Schriftsteller erwecke durch die Annahme des Gemeinde-Namens den Anschein, aus dieser Gemeinde zu stammen (es gab den Familiennamen Surava damals nirgends).
- 967 Keinen solchen Erfolg hätte wohl die Stadt Zürich gehabt, wenn Hirsch den dutzendweise verbreiteten Namen "Zürcher" angenommen hätte. Hirschs Bestreben, einen nicht nur wohlklingenden, sondern einmaligen Familiennamen zu erlangen, wurde ihm zum Verhängnis³⁷³.

b) Schutz des Trägers eines Familiennamens gegen dessen Verwendung als Unternehmenskennzeichnung

- 968 In seltenen Fällen haben natürliche Personen versucht, ihre Familiennamen vor der Verwendung als Kennzeichnung von Unternehmen Dritter zu schützen. Erfolg mit einem solchen Begehren hatte der Laborant Victor Crea, dem es gelang, gestützt auf Art. 29 Abs. 2 ZGB der in Basel gegründeten *Produktion Crea AG*, einer Aktiengesellschaft mit dem statutarischen Zweck der "*Kreation, Konzeption und Realisation von Produkten der visuellen Kommunikation*", die Benützung des Firmenbestandteils "Crea" verbieten zu lassen³⁷⁴. Die Beklagte sah in dem streitigen Wort eine aus "création" abgeleitete Fantasiebezeichnung. Laut Zivilgericht konnte trotzdem der falsche Anschein der Zuordnung des Unternehmens zur Familie des Klägers entstehen, was zur Gutheissung der Klage führte.

³⁷² Beispiele erfolgreicher Anfechtungen: *Segesser von Brunegg* klagte gegen einen *Sägesser*, der seinen Namen in *Segesser* hatte ändern lassen (BGE 67 II 191); Herr *Bigot de Morogues* wehrte sich gegen die Übernahme dieses Namens durch einen ganz entfernten Verwandten (BGE 118 II 1).

³⁷³ Vgl. BGE 72 II 145 ff. - Mit dem historischen Film "*Er nannte sich Surava*" von 1995 wurde Hirsch vierzig Jahre später als Held der Schweizergeschichte anerkannt, worauf ihm die Gemeinde Surava flugs das Ehrenbürgerrecht verlieh und sich dafür entschuldigte, dass sie mit dem Namensanfechtungsprozess in den Vierzigerjahren "*ohne Wissen fremde Bestrebungen unterstützt [habe], die Hirsch mundtot machen wollten*" (vgl. NZZ 1995 Nr. 220 vom 22.09.1995, S. 57).

³⁷⁴ Vgl. Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 19.12.1972, BJM 1973, S. 136 ff.

- 969 Das war zweifellos ein Fehlurteil. Die phonetische Nähe von Herrn Creas Namen zu sprachlichem Allgemeingut hätte Herrn Creas Problem sein müssen und durfte nicht dazu führen, dass ein überempfindlicher Mitbürger seinen Zeitgenossen den Gebrauch der Umgangssprache und ihrer Bestandteile verwehrt.
- 970 Ein ähnlicher Rechtsstreit lag vor, als der Psychologe Robert David Abraham gegen Susan Baumann klagte, um ihr die Führung ihrer Art-déco-Boutique am Rindermarkt in Zürich unter der Bezeichnung "*Antiquitäten Abraham*" verbieten zu lassen. Zutreffend erkannten die Gerichte aller Instanzen³⁷⁵, dass das Publikum den Geschäftsnamen "Abraham" eher mit dem alttestamentlichen Patriarchen denn mit der Familie des Klägers in Verbindung bringe und dass der Kläger den Patriarchennamen nicht für sich und seine Familie monopolisieren könne.
- 971 Es wäre wünschbar, dass die Gerichte einen solchen Schutz von Familiennamen nur noch mit grösster Zurückhaltung gewähren. Denn der Schutz privilegiert die seltenen Träger seltener Namen und diskriminiert die verbreiteten Träger verbreiteter Namen. Wer seinen eigenen Familiennamen im elektronischen Telefonbuch der Schweiz vielfach wiederfindet und dabei feststellt, dass er mit den meisten eingetragenen Namensvettern weder verwandt noch bekannt ist, hat keine Möglichkeit, Prozesse nach dem Vorbild der Herren Crea und Abraham zu führen.

3. Der Schutz der Namen von Verein und Stiftung und der Schutz der im Handelsregister eingetragenen Firmen gegen Zuordnungsverwirrung

- 972 Die handelsregisterlich *nicht eintragungspflichtigen Vereine* und die *Stiftungen* sind in der Wahl ihres Namens grundsätzlich frei³⁷⁶. Sie haben aber die hienach für die im OR geregelten Firmen namensrechtlichen Schutzbereiche bereits bestehender Namensträger zu respektieren.
- 973 Neue *Firmen* (im Sinne von Art. 956 OR) können, auch wenn sie die Anforderungen an die handelsregisterliche Eintragungsfähigkeit³⁷⁷ erfüllen, in rechtswidriger Weise in den privatrechtlich geschützten Schutzbereich bestehender älterer Namensträger und Firmeninhaber (nachstehend: kurz Namensträger) eingreifen. Die Abwehr obliegt primär dem verletzten Träger des älteren Namens, im Streitfall dem Zivilrichter, keinesfalls jedoch dem Handelsregisteramt. Im Folgenden geht es um die Entscheidungskriterien, die bei solchen zivilprozessualen Auseinandersetzungen zum Tragen kommen.
- 974 Der Gesetzgeber hat die Rechtsansprüche für die Fälle der Namensanmassung im ZGB, für die Fälle des Firmenschutzes im OR geregelt. Die Bestimmungen lauten:

Art. 29 Abs. 2 ZGB: "*Wird jemand dadurch beeinträchtigt, dass ein anderer sich seinen Namen anmass, so kann er auf Unterlassung dieser Anmassung sowie bei Verschulden auf Schadenersatz und, wo die Art der Beeinträchtigung es rechtfertigt, auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung klagen.*"

³⁷⁵ Zuletzt das Bundesgericht in BGE 102 II 305.

³⁷⁶ Vgl. DANIEL LACK, *Privatrechtlicher Namensschutz* (Art. 29 ZGB), Diss. Bern, 1992, S. 95 und 159.

³⁷⁷ Vgl. Ziff. 952 ff.

Art. 956 Abs. 2 OR: "Wer durch den unbefugten Gebrauch einer Firma beeinträchtigt wird, kann auf Unterlassung der weitem Führung der Firma und bei Verschulden auf Schadenersatz klagen."

- 975 Art. 29 Abs. 2 ZGB schützt natürliche Personen sowie die juristischen Personen des ZGB (Verein und Stiftung) in deren Recht, als Namensträger individuell identifiziert oder als Angehörige einer Familie erkennbar zu sein. Art. 956 Abs. 2 OR schützt Unternehmungen in ihrem wirtschaftlichen Interesse, als Erbringer von Leistungen identifiziert und nicht mit anderen Unternehmungen verwechselt oder in eine nicht bestehende Verbindung gebracht zu werden.
- 976 **Natürliche Personen**, die *nicht* mit ihrem Namen als Unternehmer im schweizerischen Handelsregister eingetragen sind, sowie **Vereine** und **Stiftungen** geniessen nur den Schutz von Art. 29 Abs. 2 ZGB. Schweizerische Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Genossenschaften geniessen nur den Schutz von Art. 956 Abs. 2 OR, nicht auch den Schutz von Art. 29 Abs. 2 ZGB.
- 977 **Einzelfirmen, Kollektiv- und Kommanditgesellschaften**, die sowohl den Namen von natürlichen Personen enthalten als auch durch den Handelsregistereintrag in ihren wirtschaftlichen Interessen an unverwechselbarer Kennzeichnung geschützt sind, können sich kumulativ auf Art. 29 ZGB und Art. 956 OR berufen; dies ist aber ohne praktische Bedeutung, da der gerichtliche Rechtsschutz gemäss Art. 29 Abs. 2 ZGB und Art. 956 Abs. 2 OR nach den gleichen Kriterien gewährt wird.
- 978 **Ausländische Firmen**, die im schweizerischen Handelsregister nicht eingetragen sind, geniessen firmenrechtlichen Schutz in der Schweiz gemäss internationalen Staatsverträgen (was im vorliegenden Zusammenhang nicht darzustellen ist). Im Übrigen geniessen sie den namensrechtlichen Schutz gemäss Art. 28 und 29 ZGB. Dieser Schutz steht auch Ausländern zu, die an einem schweizerischen Begehungsort in ihren Rechten verletzt werden.
- 979 Die **Beeinträchtigung rechtlich geschützter Interessen** liegt vor, wenn der Gebrauch eines gleichen oder ähnlichen Namens die Gefahr der Verwechslung der neuen Namens- oder Firmenträgerin mit der bisherigen schafft (Verwechslungsgefahr im engeren Sinne), oder wenn die beiden gleichen oder ähnlichen Namen oder Firmen beim Publikum den unrichtigen Eindruck erwecken, die beiden Namens- oder Firmenträgerinnen seien miteinander verbunden oder stünden einander in irgendeiner Weise nahe (Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne).
- 980 In der vorliegenden Darstellung werden die Verwechslungsgefahren im engeren und im weiteren Sinne in Anlehnung an den Vorschlag von DANIEL LACK³⁷⁸ unter dem Begriff der *Zuordnungsverwirrung* zusammengefasst.
- 981 Gegen die Mitbenützung der Verkehrsgeltung eines bekannten Namens (sogenanntes Trittbrett- oder Schlepptaufahren) schützt, sofern die Parteien wirtschaftlich tätig sind, das **UWG**, d.h. die Gesetzgebung gegen den unlauteren Wettbewerb.
- 982 Allerdings ist die Grenze zwischen Namens- und Firmenschutz gemäss Art. 29 Abs. 2 ZGB und Art. 956 Abs. 2 OR einerseits, unlauterem Wettbewerb andererseits fliessend.

³⁷⁸ DANIEL LACK, *Privatrechtlicher Namensschutz* (Art. 29 ZGB), Diss. Bern, 1992, S. 166.

a) Kriterien zur Beurteilung der Verwechslungsgefahr bzw. Zuordnungsverwirrung

- 983 Der gegenseitige Schutzbereich verschiedener Namen bestimmt sich nach der Kennzeichnungskraft und der *Verkehrsgeltung* ihrer Namen³⁷⁹.
- 984 *Stark kennzeichnende*, eine bestehende Institution besonders deutlich individualisierende Namen und Namensbestandteile geniessen einen stärkeren Schutz, schwach kennzeichnende einen schwächeren³⁸⁰.
- 985 Eine relativ hohe Kennzeichnungskraft kommt den sogenannten *Fantasiebezeichnungen* zu, eine niedrigere Kennzeichnungskraft den sogenannten *Sachbezeichnungen*.
- 986 Namen mit hoher Verkehrsgeltung geniessen einen stärkeren Schutz, Namen mit geringer Verkehrsgeltung einen schwächeren. Unter der Verkehrsgeltung wird die Bekanntheit eines Namens verstanden.
- 987 Mit dem starken Schutz bekannter Namen wird (auch) das Trittbrettfahren bekämpft. Art. 29 ZGB erhält hier eine wettbewerbsrechtliche Funktion. Denn die ältere Institution mit hoher Verkehrsgeltung hat in der Regel einen hohen Goodwill, von welchem die jüngere Institution, die sich einen ähnlichen Namen beilegt, in unlauterer Weise profitiert und dadurch den bestehenden Goodwill der älteren Institution verwässert.
- 988 Starker Schutz bedeutet allemal, dass ein grosser phonetischer und klanglicher Abstand zu dem älteren Namen (oder zu seinen wesentlichen Bestandteilen) einzuhalten ist. Schwacher Schutz bedeutet, dass der einzuhaltende Abstand gering ist.

b) Sachbezeichnungen

- 989 Sachbezeichnungen sind jene Namen und Namensbestandteile, die bestimmte Aspekte der betreffenden juristischen Person, insbesondere deren Rechtsnatur, Tätigkeit oder Mitgliederkreis in allgemeinverständlicher Weise beschreiben. Als Beispiele können etwa genannt werden: *Stiftung für das cerebral gelähmte Kind*, *Pensionskasse der CIBA-GEIGY AG*, *Schweizerischer Energie-Konsumenten-Verband*, *Verband schweizerischer Kohlenimporteure*, *Knabenkantorei Basel*.
- 990 Sachbezeichnungen geniessen einen schwachen bzw. gar keinen Schutz. Es muss jeder Pensionskasse erlaubt sein, sich "Pensionskasse" zu nennen. Wichtig ist der unterscheidende Zusatz. Wenn sich der erste Turnverein in Seldwyla fantasielos "*Turnverein Seldwyla*" nennt, dann muss er gewärtigen, dass ein später gegründeter Verein mit gleichem Vereinszweck dem Namen sehr nahe kommen wird - etwa "*Neuer Seldwyler Turnverein*". Hatte der

³⁷⁹ Vgl. DANIEL LACK, a.a.O., S. 96.

³⁸⁰ Vgl. DANIEL LACK, a.a.O., S. 157, mit Verweis auf den stark kennzeichnenden Namensbestandteil "Gotthard" im Konflikt zwischen dem patriotischen Verein *Gotthard-Bund* gegen den in anderer Weise patriotischen Konkurrenz-Verein *Der Neue Gotthard-Ring* (BGE 90 II 461) und auf den schwach kennzeichnenden Namensbestandteil "Stadtmusik" im Konflikt zwischen der *Stadtmusik Luzern* gegen die *Stadtmusik Harmonie Luzern* (BGE 42 II 318). Beide Klagen wurden gutgeheissen, die zweitgenannte deshalb, weil der ältere Verein *Stadtmusik Luzern* während Jahrzehnten die einzige solche Gruppe in Luzern gewesen und trotz ihres nur schwach kennzeichnenden Namens in der Stadt zu einem allbekanntesten Begriff geworden war.

ältere Verein ausserdem die Fantasiebezeichnung "*Amicitia*" ("*Turnverein Amicitia Seldwyla*") in den Vereinsnamen aufgenommen, dann darf der jüngere sich selbstverständlich nicht ebenfalls "Amicitia" nennen, sondern muss, wenn niemandem etwas Besseres in den Sinn kommt, etwa auf "Concordia" oder "Juventus" ausweichen.

c) Fantasiebezeichnungen

- 991 Fantasiebezeichnungen sind jene Namen und Namensbestandteile, die keine Beschreibung der betreffenden Institution enthalten. Sie geniessen einen starken Schutz. Dazu gehören insbesondere **neue Wortschöpfungen**, die keiner kuranten Sprache angehören, und die aus diesem Grunde keine eindeutige Aussage enthalten; die Kennzeichnungs- und Werbekraft solcher Bezeichnungen ergibt sich in der Regel aus Assoziationen, die mit einzelnen Silben oder mit dem gesamten Wort verbunden werden, oder aus der Polyvalenz verschiedener möglicher Assoziationen. - Als Beispiele seien etwa genannt: *Clariant*, *Elektrowatt*, *Migros*, *Motorcolumbus*, *Novartis*.
- 992 **Wörter aus kuranten Sprachen** können zu Fantasiebezeichnungen werden, wenn ihnen ein beschreibender Bezug zur Namensträgerin fehlt³⁸¹; als Beispiele seien zwei Textilfirmen erwähnt, nämlich *Lacoste Alligator SA* und *Busstop Jeens AG*. Die Tiergattung der Alligatoren hat mit der erstgenannte Unternehmung so wenig zu tun wie das Anhalten eines Autobusses mit der zweitgenannten.
- 993 Als Namensbestandteil einer Reptilienhandlung hätte das Wort "Alligator" dagegen sachbezeichnenden Charakter.

d) Kombination von Sach- und Fantasiebezeichnungen

- 994 Im gleichen Namen können nebeneinander Sachbezeichnungen und Fantasiebezeichnungen stehen. Als Beispiele seien genannt: *Studentenverbindung Schwizerhüsli*, *Turnverein Concordia*, *Rotaryclub*, *Schweizerische Reederei und Neptun AG*. Bei den genannten Institutionen gehören die Elemente "Schwyzerhüsli", "Concordia", "Rotary" und "Neptun" zur Kategorie der Fantasiebezeichnungen, die übrigen Elemente jeweils zu den Sachbezeichnungen.

e) Der Tätigkeitsbereich der Unternehmen als relevantes Kriterium bei der Frage der Verwechselbarkeit ihrer Namen oder Firmen

- 995 Die Verwechslungsgefahr hängt nicht nur von der sprachlichen Ähnlichkeit zweier Namen ab, sondern auch vom Tätigkeitsbereich der Unternehmen. Sofern zwei Unternehmen in gleichen oder angrenzenden Tätigkeitsbereichen aktiv sind, werden an die Unterscheidbarkeit ihrer Namen höhere Anforderungen gestellt³⁸². So hat das Bundesgericht die Klage des *Touring-Club* gegen den *Arbeiter-Touring-Bund* (auf Unterlassung der Verwendung des Namensbestandteils "Touring") abgewiesen, unter anderem weil die beiden

³⁸¹ Vgl. MARTIN KARL ECKERT, a.a.O., S. 40: Fantasiebezeichnungen sind auch "*Wörter, die nicht dem üblichen Sinn entsprechend verwendet werden*", mit Verweis auf FUNK, Kommentar zu Art. 944 OR, N 4.

³⁸² Vgl. DANIEL LACK, a.a.O., S. 158.

Vereine in einem unterschiedlichen sozialen Umfeld tätig waren³⁸³, dagegen die Klage des Vereins *Fédération des Architectes Suisses (FAS)* gegen den Verein *Freierwerbende Schweizer Architekten F.S.A.* bezüglich der Namensbestandteile FAS und F.S.A. gutgeheissen, weil diese beiden Vereinigungen in der gleichen Branche tätig waren³⁸⁴. Im erstgenannten Fall wurde die Verwechslungsgefahr verneint, im zweiten bejaht.

- 996 Keine Klagelegitimation kommt Namensträgerinnen und Firmeninhaberinnen zu, die keine Tätigkeit entfalten. In einem solchen Falle fehlt es an der Verletzung schutzwürdiger Interessen und damit an einer Prozessvoraussetzung.

f) Fragenschema zur Beurteilung von Namens- und Firmenkonflikten

- 997 Die zu prüfenden Fragen können folgendermassen strukturiert werden:

1. Hat der klägerische Name die Alterspriorität? (wenn nein: Abweisung der Klage mangels eines Schutzrechts).

2. Übt die Klägerin eine Tätigkeit aus? (wenn nein: Nichteintreten wegen fehlenden Rechtsschutzinteresses).

3. Führt die Benützung des jüngeren Namens oder der jüngeren Firma zu einer Verwechslungsgefahr/Zuordnungsverwirrung auf der Ebene von Rechtssubjekten und Unternehmen (im Sinne der Fragestellung "wer ist wer")? - Wenn ja: Gutheissung der Klage gestützt auf Namensschutz / Firmenschutz gemäss Art. 29 Abs. 2 ZGB / Art. 956 Abs. 2 OR.

- Führt die Zuordnungsverwirrung zusätzlich zur Benützung fremder Verkehrsgeltung und fremden Goodwills (Trittbrettfahren), so kann die Unterlassungsklage zusätzlich auf das UWG (Verbot des unlauteren Wettbewerbs) abgestützt werden.

4. Bei der Frage nach der Verwechslungsgefahr/Zuordnungsverwirrung sind abzuwägen:

a) Kennzeichnungskraft der gleichen oder ähnlichen Namensbestandteile: Die jüngere Namensträgerin hat von stark kennzeichnenden Bestandteilen einen grossen, von schwach kennzeichnenden einen kleineren oder gar keinen Abstand einzuhalten. Von Fantasiebezeichnungen ist ein grösserer, von Sachbezeichnungen ein kleinerer oder gar kein Abstand einzuhalten.

b) Verkehrsgeltung (= Bekanntheitsgrad) des älteren Namens: Bei grosser Bekanntheit ist ein grosser Abstand einzuhalten, bei kleinerer ein kleinerer.

c) Tätigkeiten der Parteien: Bei gleicher oder ähnlicher Tätigkeit ist vom Namen der älteren Namensträgerin ein grösserer Abstand einzuhalten, bei verschiedener Tätigkeit ein geringerer.

³⁸³ BGE 58 II 22.

³⁸⁴ BGE 80 II 281.