

**Korrekturhinweis:** Diese ausformulierte Falllösung dient als Korrekturrichtlinie. Von den Bearbeitenden wurden nicht derart detaillierten Ausführungen erwartet, um die angegebenen Punkte zu erreichen.

**Teil 1 (ca. 66.6% der Punkte): Die Kampagne**

Frage 1: Liegt eine Persönlichkeitsverletzung vor?

<p>Fraglich ist, ob eine <b>widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 28 ZGB</b> vorliegt. Dies ist dann der Fall, wenn derjenige, der den Anspruch geltend macht (G.R.), in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, ohne dass diese Verletzung gerechtfertigt werden kann. Liegt eine Verletzung nach Art. 28 ZGB vor, so kann er gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht anrufen (Abs. 1). Die Verletzung hat gemäss Art. 8 ZGB derjenige zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet, also die Persönlichkeitsverletzung behauptet, hier G.R.</p>	<b>1</b>
<b>A. Liegt eine Persönlichkeitsverletzung vor?</b>	
<p><b>I. Eingriff in Art. 28 ZGB</b> <b>Schutz der Persönlichkeit einer Person</b> Art. 28 ZGB enthält keine Definition des Verletzungstatbestandes. Das Gesetz bietet gemäss BGer Schutz gegen „jeden mehr als harmlosen Angriff, jede spürbare Störung, jede ernst zu nehmende Bedrohung oder Bestreitung der Persönlichkeitsgüter durch Dritte“ (BGer 5A_658/2014 E. 6.3.2.). Das Gesetz enthält keine Enumeration von Persönlichkeitsrechten, die Persönlichkeit einer Person umschliesst die physische sowie psychische Integrität einer Person, ihr Recht auf Freiheit, ihre Ehre sowie ihr Privatleben und ihr Recht auf wirtschaftliches Fortkommen. I.c. kommen in Frage:</p>	<b>1</b>
<p><b>a. Verletzung der Ehre</b> Darunter versteht man einerseits den zivil- und strafrechtliche geschützten Primärbereich, den <b>Ruf ein ehrbarer Mensch zu sein</b> (menschlich-sittlicher Bereich der Ehre; gesellschaftliche Geltung im engeren Sinne) und den Respekt, den eine Person von allen übrigen Personen erwarten darf. Eine Ehrverletzung kann durch eine <b>Tatsachenbehauptung</b> erfolgen, wenn diese unwahr oder zwar wahr, aber unnötig herabsetzend ist. Weiter kann sie auch durch <b>Werturteile</b> und <b>Meinungsäusserungen</b> geschehen, wenn diese völlig unsachlich und unnötig verletzend sind. Der Wahrheitsgehalt der behaupteten Tatsachen oder die Begründetheit der erhobenen Kritik spielt erst eine Rolle bei der Klärung der Frage, ob die Verletzung gerechtfertigt ist oder nicht.  <i>I.c. stellen Äusserungen wie: „Charakterschwäche“; „in seiner psychosexuellen Entwicklung zurückgeblieben“; „retardiert zurückgeblieben“; „verzogen“; „kann nicht mit Geld umgehen“; „nutzt seine Stellung und sein Geld skrupellos aus“; „immenses Charakterproblem“, welche in diversen</i></p>	<b>5</b>

Print- und Onlinemedien in Presseartikeln verbreitet und laufend verlinkt wurden, eine solche Ehrverletzung dar. Die Einschätzungen von G.R.s psychischer Gesundheit durch einen angeblichen Psychologen stellen Tatsachenbehauptungen dar, die Bezeichnung „verzogen“ ist als Werturteil zu qualifizieren. Beide sind grundsätzlich geeignet, die Persönlichkeit G.R.s zu verletzen.

Zivilrechtlich geschützt ist auch das **berufliche, wirtschaftliche und gesellschaftliche Ansehen einer Person**, der Sekundärbereich (gesellschaftliche Geltung einer Person im weiteren Sinne). Verletzungen der **beruflichen Ehre** können ebenfalls für das Vorliegen von widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzungen genügen.

*I.c.* wird ein **Bild eines schlechten Geschäftsmannes gezeichnet**, der den Umgang mit Geld nicht beherrscht und in illegale Machenschaften verstrickt ist. Immer wieder wird G.R. von der Presse die Begehung von Straftaten vorgeworfen, für welche noch keine gerichtlichen Verurteilungen vorliegen.

Im Rahmen der **strafrechtlichen Unschuldsvermutung**, die ihre Verankerung in Art. 32 Abs. 1 BV findet, ist von der Veröffentlichung eines blossen Verdachts oder einer Vermutung abzusehen. Dies muss umso mehr gelten, je schwerwiegender sich die daraus resultierende Beeinträchtigung in den persönlichen Verhältnissen des Verletzten erweisen könnte, sofern sich der strafrechtliche Verdacht später nicht bestätigen bzw. zu keiner Verurteilung führen sollte (BGE 126 III 305 E. 4b/aa). In sensiblen strafrechtlichen Angelegenheiten genügt bereits das wiederholte Verdachtsmoment, um den **beruflichen Leumund zu behindern** und Geschäftspartner und Kunden abzuschrecken. Die Berichterstattung, welche das Berichtete nicht klar als Verdachtsmomente ausweist, ist in der Lage, G.R. in seiner wirtschaftlichen Entfaltung massiv zu behindern, indem sie ein Bild eines verschwenderischen, kriminellen Unternehmers zeichnet.

*[Korrekturhinweis: Falls die Verletzung des beruflichen Fortkommens als eigene Fallgruppe der Persönlichkeitsverletzung geprüft wird, können die relevanten Ausführungen dort bepunktet werden. Das gilt auch für die Ausführungen unter B. II. a.]*

**b. Beeinträchtigung des Privatlebens / Recht auf informationelle Privatheit**

5

Der Schutz der Privatsphäre beginnt in der Bundesverfassung mit **Art. 13 BV**. Das Bedürfnis des Einzelnen nach informationeller Privatheit, Privatsphäre und Diskretion ist soweit zu schützen, als der Einzelne durch ein bestimmtes Verhalten in seiner Persönlichkeit tatsächlich und spürbar beeinträchtigt wird.

Hier wird die **Sphärentheorie** herbeigezogen. Verletzungen erfolgen durch Eingriffe in die Intim- oder Geheimsphäre. Die **Intimsphäre** umfasst Angelegenheiten, die i.d.R. Dritten nicht zugänglich gemacht werden sollen; zur **Privatsphäre** zählen Lebensvorgänge, die man nur mit

einem begrenzten Kreis von Personen wie Familie und Freunden teilt; zur **Gemeinsphäre** hingegen gehören Tatsachen, die jedermann zugänglich sind. Der Einzelne soll im Grundsatz selber bestimmen dürfen, wer welches Wissen über ihn haben darf.

Hinzu tritt das **Recht auf informationelle Selbstbestimmung**, das verhindern soll, dass jede private Information der Allgemeinheit zugänglich gemacht wird. Die eigene physische und psychische Gesundheit wird i.d.R. dem Geheimbereich zugeschrieben, zum Privatbereich gehören beispielsweise strafrechtliche Untersuchungen um die eigene Person.

*I.c. ist die Veröffentlichung und Dokumentation von G.R.s Rolle in aktuellen strafrechtlichen Untersuchungen für den Schutz des Privatlebens und die informationelle Privatheit relevant. Die Berichterstattung über polizeiliche Vorgänge allein ist persönlichkeitsrechtlich nicht problematisch, wohl aber die **Nennung des vollen Namens** im Zusammenhang mit polizeilichen Verhaftungen und Spekulationen hinsichtlich der Straftatbestände.*

*Ausserdem macht die Media AG nicht ausreichend klar, dass es sich zu diesem Zeitpunkt erst um **Verdachtsmomente** handelt. Damit ist ein Eingriff in die Privatsphäre zu bejahen – die Verwicklung in Strafverfahren gehört zu den Informationen, die man nur mit Freunden und Familie teilt. Bei der Verdachtsberichterstattung sind grundsätzlich nur Formulierungen zulässig, die hinreichend deutlich machen, dass einstweilen ein reiner Verdacht einer angeblichen Straftat besteht (BGer 5A\_658/2014 vom 6.5.2015, E. 7.2.1.). Dieser Grundsatz ist hier durch die vorverurteilenden Aussagen verletzt worden. Eine allfällige Rechtfertigung ist in einem zweiten Schritt zu prüfen.*

#### c. **Recht am eigenen Bild**

Grundsätzlich stellt jede **Veröffentlichung eines Bildes einer Person** ohne deren Zustimmung eine Verletzung des Rechts am eigenen Bild und damit seine Persönlichkeitsverletzung dar. Darunter fällt jede bildliche Darstellung ohne Zustimmung des Betroffenen, es sei denn, die Person ist auf der Abbildung **Teil eines Geschehens**, oder es handelt sich um eine **Person der Zeitgeschichte** oder um eine **künstlerische Darstellung**. Liegt einer dieser Exkulpationsgründe vor, so wird die Verletzung bereits auf dieser Ebene und nicht erst auf der Rechtfertigungsebene verneint.

*I.c. ist G.R. eventuell als eine Art ‚**Person der Zeitgeschichte**‘ zu sehen, insbesondere wenn er regelmässig **Veranstaltungen mit grosser Medienpräsenz besucht**, die typischerweise nur einer beschränkten Anzahl von Personen zugänglich sind. Jedenfalls ist mit Fotografien der Gäste in diesem Rahmen zu rechnen, da grosses Interesse der Medien an dieser, als ‚**Cervelat-Prominenz**‘ bezeichneten sozialen Gruppe besteht. Bei Personen, die dieser Gruppe angehören, handelt es sich zwar nicht um absolute oder relative Personen der Zeitgeschichte, nichtsdestotrotz müssen sie sich gewisse Eingriffe in ihre Persönlichkeitsrechte gefallen lassen. Dies begründet das Bundesgericht mit der Symbiose, welche diese*

<p><i>Akteure, die Medien und die Öffentlichkeit miteinander pflegen (BGer 5A_658/2014 vom 6.5.2015, E. 5.6).</i></p> <p><i>Dies ist auch bei G.R. der Fall, weshalb die alleinige Publikation von Fotografien G.R.s bei div. Veranstaltungen schon tatbestandlich <b>keine Persönlichkeitsverletzungen darstellen</b>. Das Recht am eigenen Bild ist vorliegend nicht verletzt.</i></p> <p><i>[Hinweis: Andere Ansicht bei guter Begründung vertretbar. Es wäre dann ein Fokus auf die Rechtfertigungsebene zu legen und eine inzidente Einwilligung zu prüfen, vgl. B.I.]</i></p>	
<p><b>II. Gewisse Intensität der Verletzung</b></p> <p>Die Verletzung muss grundsätzlich auch eine <b>bestimmte Intensität</b> erreichen, um als <b>unzumutbares Eindringen in die Persönlichkeitssphäre</b> des anderen zu erscheinen. Eine nur geringfügige Beeinträchtigung stellt noch keine Verletzung der Persönlichkeit im Rechtssinne dar, welche Rechtsfolgen nach sich zieht.</p> <p><i>Vorliegend fällt unter dem Gesichtspunkt der Intensität massgeblich ins Gewicht, dass es sich nicht um einzelne Fotos oder spekulative Artikel handelt, sondern um eine über <b>längere Zeit andauernde Beschäftigung</b> mit der Person G.R.s. Diese „<b>Kampagne</b>“, wie G.R. sie nennt, führt dazu, dass die Intensität der oben besprochenen Verletzungen vorliegend als gegeben anzusehen ist.</i></p>	2
<p><b>III. Zwischenfazit</b></p> <p>Eine Persönlichkeitsverletzung hinsichtlich der Verletzung der Ehre, des Privatlebens (sowie, falls als eigene Fallgruppe geprüft, des Rechts auf freie wirtschaftliche Entfaltung) ist zu bejahen.</p>	1
<p><b>B. Lässt sich die Persönlichkeitsverletzung rechtfertigen?</b></p>	
<p>Eingriffe in die Persönlichkeit müssen <b>widerrechtlich</b> sein. Es gilt der Grundsatz, dass jede Verletzung der Persönlichkeit widerrechtlich ist, es sei denn, es liege ein <b>Rechtfertigungsgrund</b> (Nennung öffentliches Interesse / privates Interesse, Einwilligung, Gesetz) vor. Grundsätzlich hat der <b>Urheber der Verletzung</b> nach allgemeiner Beweislastverteilung (Art. 8 ZGB) darzutun, inwiefern für die konkrete Verletzung ein Rechtfertigungsgrund vorliegt.</p> <p>Als Rechtfertigungsgründe kommen in Frage:</p>	1
<p><b>I. Einwilligung</b></p> <p>Die Einwilligung in den Eingriff in die Persönlichkeit kann <b>vorgängig</b> oder <b>nachträglich, ausdrücklich</b> oder <b>stillschweigend</b> erfolgen.</p> <p><i>I.c. kann bezüglich der Ehrverletzung und der Verletzung der informationellen Privatheit <b>nicht</b> von einer Einwilligung ausgegangen werden. Die Media AG hat zuvor keine Einwilligung G.R.s für die entsprechende Berichterstattung eingeholt. Einzig bezüglich der Fotografien kann man von einer inzidenten Einwilligung ausgehen, da G.R. an den entsprechenden Anlässen mit Fotoberichterstattung rechnen musste (siehe oben I. a. 3.).</i></p>	2

## II. Überwiegendes privates oder öffentliches Interesse

6

Eine Persönlichkeitsverletzung kann durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse gerechtfertigt sein. Medienunternehmen können sowohl ihr **eigenes Recht auf wirtschaftliches Fortkommen**, als auch regelmässig ein **öffentliches Interesse der Gesellschaft**, über aktuelle Geschehen **informiert zu werden**, geltend machen. Sie stützen sich dabei auf die in Art. 17 BV verankerte Medienfreiheit.

Die **Bekanntheit einer Person** kann dazu führen, dass sogar ein erhöhtes Interesse der Öffentlichkeit an Informationen über diese Person und allenfalls ihr nächstes Umfeld besteht. Dadurch können in der Öffentlichkeit tätige Personen nur geringeren Schutz beanspruchen, da ihre Tätigkeit in gewissen Grenzen ein schützenswertes Interesse der Bevölkerung entstehen lässt, auch Tatsachen aus ihrem Berufs- oder auch Privatleben zu kennen.

Eine **absolute Person der Zeitgeschichte** tritt aufgrund ihrer Stellung, ihrer Funktion oder Leistung in das Blickfeld der Öffentlichkeit. Eine **relative Person der Zeitgeschichte** kann im Rahmen eines konkreten, aussergewöhnlichen Ereignisses von besonderem Interesse für die Öffentlichkeit sein, welches ein isoliertes offensichtliches Bedürfnis der Öffentlichkeit nach Information und nach Berichterstattung birgt. Ein öffentliches Interesse kann jedoch zusätzlich zu diesen beiden Kategorien auch hinsichtlich sogenannter ‚**Cervelat-Prominenz**‘ bestehen. Wer weder absolute noch relative Person der Zeitgeschichte ist, aber dennoch regelmässig im sog. Boulevardjournalismus präsent ist, ist ebenfalls ein Akteur der Öffentlichkeit. Solche Personen ziehen das Interesse der Medien auf sich und treten in eine Art Symbiose mit der Medienöffentlichkeit. Dadurch müssen sie gewisse Eingriffe in die Persönlichkeit dulden.

*Stellt G.R. eine absolute oder relative Person der Zeitgeschichte dar? G.R. ist seit Jahren in den Medien präsent. Seine ganze Person und sein Lebensstil sind regelmässig im Fokus der Schlagzeilen, weshalb die Privatsphäre des G.R. enger zu bemessen ist als jene eines Unbekannten. Dennoch ist G.R. **keiner der beiden Kategorien zuzuordnen**, welche die Rechtsprechung für Personen kennt, an denen ein überwiegendes Interesse der Öffentlichkeit besteht. So bekleidet G.R. weder ein besonderes Amt, das ihn zu einer absoluten Person der Zeitgeschichte macht, noch erweckt er im Rahmen eines konkreten, ausserordentlichen Ereignisses die Aufmerksamkeit der Presse.*

*Das Bundesgericht hat jedoch festgehalten, dass die strikte Zweiteilung in absolute und relative Person der Zeitgeschichte nicht die gesamte Wirklichkeit sachgerecht zu erfassen mag. **Aus der blossen Erkenntnis, dass G.R. nicht in das erwähnte Schema passt, folgt nicht zwingend, dass er keine Person des öffentlichen Interesses ist.***

Dennoch müssen sich solche Personen nicht gefallen lassen, dass die Massenmedien mehr über sie berichten, als durch ein legitimes Informationsbedürfnis gerechtfertigt ist (siehe BGE 127 I 145). Es bedarf deshalb einer **Abwägung der Interessen**.

Hierfür ist im Einzelfall das berechnete **Informationsbedürfnis** der Öffentlich-

<p>keit vom reinen <b>Unterhaltungsbedürfnis</b> abzugrenzen. Unter dem Informationsinteresse versteht man das Interesse der Allgemeinheit an einer ungehinderten Information, wobei die Grundrechte der Meinungsäusserungs- und Pressefreiheit mitspielen. Das Bedürfnis, unterhalten zu werden, wiegt demgegenüber weniger stark und findet seine Rechtfertigung nicht im Informationsauftrag der Presse. Keine Privilegierung der Medien rechtfertigt sich, wenn die Persönlichkeitsverletzung bewusst mit dem <b>Ziel der Auflagen- oder Gewinnsteigerung</b> in Kauf genommen wird.</p> <p>Die einzelnen Eingriffe in Persönlichkeitsrechte sind in der Folge voneinander getrennt zu analysieren.</p> <p><i>[Korrekturhinweis: Bei der folgenden Interessenabwägung ist entscheidend, dass eine Diskussion stattfindet und die verschiedenen Interessen erkannt und gegeneinander abgewogen wurden. Bei guter Begründung kann im Einzelfall auch eine andere Meinung vertreten werden (Rechtfertigung gelingt / gelingt nicht)].</i></p>	
<p><b>a. Verletzung der Ehre</b></p> <p>Bei G.R. als ‚Cervelat Prominentem‘ ist klar, dass die Medien über allfällige Strafverfolgungen berichten. Eine Berichterstattung über polizeiliche Ermittlungen und strafrechtliche Vorwürfe ist an sich nicht ausgeschlossen, solange jedoch für einen Durchschnittsleser ersichtlich ist, dass es sich dabei nur um Vermutungen und nicht um Tatsachen handelt. Jedoch ist auch der <b>Informationsauftrag der Presse</b> kein <b>absoluter Rechtfertigungsgrund</b> und eine <b>Interessenabwägung</b> im Einzelfall nötig, auch die Presse muss für den Eingriff in die Persönlichkeit einen triftigen Grund haben (BGE 129 III 529, E. 3.1).</p> <p>Bei der Gerichtsberichterstattung, allem voran in Strafprozessen, stehen sich das sich aus der Gerichtsöffentlichkeit ergebende <b>Informationsinteresse der Allgemeinheit</b> und das <b>Schutzinteresse der Prozessbeteiligten</b> gegenüber.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- <i>Einige der Aussagen, die G.R. Verbrechen zuschreiben, zu denen er (noch) nicht rechtskräftig verurteilt ist, <b>verletzen ihn in seinem Anspruch, als ehrbarer Mensch zu gelten</b>. Dort, wo die Berichterstattung über die polizeilichen Ermittlungen mit Geschichten aus G.R.s Vergangenheit und starken Werturteilen verbunden wird, ist nicht mehr von einem Interesse der Öffentlichkeit am Fall, sondern vielmehr von der Befriedigung des <b>Unterhaltungsbedürfnisses</b> zu sprechen, das mit dem Ziel der Auflagensteigerung bedient wird. Ein solches vermag die gewichtigen Eingriffe in G.R.s Persönlichkeit <b>nicht zu rechtfertigen</b>, auch wenn er infolge seines Status als Prominenter bis zu einem bestimmten Grad mit Eingriffen in seine Persönlichkeit rechnen muss.</i></li> <li>- <i>Es ist mit Rücksicht auf das <b>Verhältnismässigkeitsprinzip</b> zu prüfen, ob angesichts des Verdachts von Straftaten eine <b>Berichterstattung mit Namensnennung</b> gerechtfertigt ist. Die Nennung des Namens ist i.c. aufgrund von G.R.s langjähriger Medienpräsenz gerecht-</i></li> </ul>	7

fertigt, es fehlt jedoch an einer genügenden Betonung, dass es sich in diesem Stadium um einen reinen **Verdacht** handelt. Damit schießt die Media AG über das Ziel hinaus. Die Berichterstattung lässt sich nicht mit dem reinen Informationsinteresse der Öffentlichkeit rechtfertigen.

- Dies betrifft auch die Behauptungen, G.R. leide an **psychischen Erkrankungen und Defiziten**. Es liegt diesbezüglich kein glaubhafter Beweis vor, der sie als wahr ausweist. Vielmehr sind diese Behauptungen geeignet, bei den Lesern eine unrichtige Vorstellung hervorzurufen und vor allem das Unterhaltungsinteresse, nicht jedoch ein öffentliches Informationsinteresse zu bedienen.
- Die laufende Berichterstattung und scharfen Werturteile schaden ausserdem G.R.s **beruflichem Leumund**. Grundsätzlich haben die Öffentlichkeit und darin einbegriffen auch potentielle oder aktuelle Partner und Kunden, ein Interesse daran, über die strafrechtlichen Untersuchungen auf dem Laufenden gehalten zu werden. Es gelingt hier **keine Rechtfertigung**, da sich aus den Schlagzeilen nicht ergibt, dass es sich um reine Verdachte handelt.
- Ausserdem wird eine Persönlichkeitsverletzung dann bejaht, wenn **Persönlichkeitsattribute des Betroffenen gegen seinen Willen kommerziell genutzt werden**, beispielsweise zur systematischen und dauerhaften Ankurbelung der Verkaufszahlen einer Zeitung. Die Media AG nimmt die Ehrverletzungen bewusst in Kauf und erhofft sich daraus eine Auflagen- und Gewinnsteigerung, welche sie auch erzielt. Eine Rechtfertigung aufgrund überwiegenden, privaten oder öffentlichen Interessen an entsprechend reisserischer Berichterstattung gelingt nicht.

Weder das eigene Interesse der Media AG am wirtschaftlichen Ertrag, den solche Artikel abwerfen, noch das Unterhaltungsinteresse der Öffentlichkeit vermögen die Eingriffe in den Primär- und den Sekundärbereich der Ehre zu rechtfertigen.

#### **b. Eingriff in die Privatsphäre und in das Recht auf informationelle Privatheit**

Im Rahmen des Persönlichkeitsschutzes ist vorliegend zu bewerten, ob und inwieweit G.R. sein Recht auf Privatsphäre in die Waagschale werfen kann. **Absolute Personen der Zeitgeschichte** müssen sich auch schwere Eingriffe in ihre Persönlichkeit gefallen lassen, **relative** sicher im Rahmen des sie bekanntmachenden Ereignisses.

- G.R. stammt aus einer erfolgreichen und wohlhabenden Unternehmerfamilie, an der die Öffentlichkeit schon in frühen Jahren ein gewisses Interesse hatte. Das Bundesgericht hat hierfür den Begriff der „**Cervelat-Prominenz**“ geprägt. In solchen Fällen **gehen das Interesse der Person an einer breiteren Öffentlichkeit und dasjenige**

<p><b>der Medien an Berichterstattung Hand in Hand</b>, weswegen er sich ein gewisses <b>Interesse an seiner Person und seinem Privatleben zu einem bestimmten Grad gefallen lassen muss</b>, gerade wenn er in den Fokus von Polizeiermittlungen gerät.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Bezüglich der <b>Namensnennung</b> in Zusammenhang mit strafrechtlichen Anschuldigungen ist aber auch hier eine Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Berichterstattung über die laufenden Ermittlungen und dem Interesse des G.R. an informationeller Selbstbestimmung und Wahrung seiner Privat- und Geheimsphäre von Nöten. Bei einer prominenten Person ist zu erwarten, dass die Medien von allfälligen strafrechtlichen Verwicklungen berichten. Zur vollständigen Wahrung von G.R.s Privatsphäre müsste die Berichterstattung anonymisiert werden. Jedoch ist <b>seine Privatsphäre enger zu bemessen als diejenige einer unbekannt Person</b>, weshalb es <b>als verhältnismässig anzusehen ist, dass G.R. mit Namen erwähnt wird</b>. Jedoch konzentriert sich die Media AG vorliegend nicht darauf, dem Publikum Klarheit über den Fortgang des Strafverfahrens zu verschaffen.</li> <li>- Stattdessen beteiligten sie sich am <b>Medienrummel</b> rund um den Beschwerdeführer, indem sie eine Vielzahl von Berichten veröffentlichen, die sich immer um dasselbe Thema drehen, die Person des G.R. unnötig herabwürdigen und mit dem Ziel der Boulevardunterhaltung und Auflagensteigerung geschrieben sind.</li> </ul> <p>Vorliegend sprechen daher die besseren Argumente dafür, dass der Eingriff in die Privatsphäre aufgrund der reisserischen statt informativen Berichterstattung nicht durch die öffentlichen Informationsinteressen gerechtfertigt werden kann. Je nach Argumentation und bei guter Begründung ist jedoch auch eine andere Ansicht vertretbar.</p>	
<p><b>III. Gesetzliche Bestimmungen</b> Bestehen privatrechtliche Spezialnormen, gehen diese der allgemeinen Vorschrift des Art. 28 ZGB vor, wenn sie gewisse Eingriffe in die Persönlichkeit ausdrücklich oder inzident zulassen. <i>I.c. sind <b>keine Spezialnormen</b> ersichtlich, welche einen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte G.R.s rechtfertigen würden.</i></p>	<b>1</b>
<p><b>C. Ergebnis</b> Die Interessenabwägung ergibt, dass sich weder der Eingriff in G.R.s informationelle Privatsphäre noch die Ehrverletzung (sowohl des Primär- als auch des Sekundärbereichs der Ehre) rechtfertigen lassen. Die Medienkampagne bewirkt eine <b>Verletzung beider Persönlichkeitssphären</b>. Die Verwendung von Fotografien verletzt G.R.s Persönlichkeit nicht, da, falls überhaupt eine Persönlichkeitsverletzung vorliegt, von einer inzidenten Einwilligung ausgegangen werden kann. Andere Ansichten sind bei guter Begründung vertretbar, siehe oben.</p>	<b>1</b>

Frage 2: Wie kann er dagegen vorgehen und welche Ansprüche kann er geltend machen?

<p><b>I. Aktivlegitimation</b>  Aktivlegitimiert ist nach Art. 28 Abs. 1 ZGB, „wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt“ ist.  <i>I.c. ist G.R. aktivlegitimiert.</i></p>	<b>1</b>
<p><b>II. Passivlegitimation</b>  Der Aktivlegitimierte kann Ansprüche gegen jeden richten, „der an der Verletzung mitwirkt“ (Art. 28 Abs. 1 ZGB). In Betracht kommen also sowohl der <b>Verursacher der Verletzung</b>, als auch jede Person, deren Mitwirkung die Verletzung <b>ermöglicht</b> oder <b>begünstigt</b>. Ein Verschulden des Mitwirkenden wird dabei nicht vorausgesetzt.</p> <p>Bei Verletzungen durch <b>Presse- oder Medienunternehmen</b> kommen in Betracht:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- der Autor des Beitrags im redaktionellen Teil</li> <li>- der verantwortliche Redaktor</li> <li>- der Herausgeber, das Medienhaus</li> <li>- jede Person, die an der Verbreitung der Zeitung beteiligt ist.</li> </ul> <p>Besondere Behandlung der „Medienkampagne“: G.R. ist der Meinung, dass gegen ihn eine Medienkampagne im Gange ist. Eine solche „Kampagne“ setzt ein gewolltes, orchestriertes Vorgehen zulasten des Verletzten voraus. Jedoch kommt es für die Frage, ob jemand an einer Persönlichkeitsverletzung i.S.v. Art. 28 Abs. 1 ZGB mitwirkt, gerade nicht auf ein (gemeinsames) Handeln oder Verschulden der Verletzer an. Dies bedeutet, dass <b>sich die Medienunternehmen nicht bewusst zu einer Informationskampagne gegen G.R. zusammengeschlossen haben müssen, sondern dass die bloße Mitwirkung an der Kampagne und damit an der Persönlichkeitsverletzung genügt</b>. Die Klage kann deshalb nicht mit der Begründung abgelehnt werden, die Beschwerdegegnerinnen hätten nicht bewusst, geplant und abgestimmt einen Informationsfeldzug initiiert. Als Urheber im Sinne von Art. 28 ZGB kommt somit jede Person in Frage, deren Mitwirkung die Verletzung verursacht, ermöglicht oder begünstigt.</p> <p><i>I.c. kann G.R. seine Klagen an den verantwortlichen Redaktor und / oder gegen die Media AG als Verursacherin richten.</i></p> <p>[Korrekturhinweis: Es reicht, wenn die Studierenden die Klagen gegen einen der beiden möglichen Passivlegitimierten richten.  Keine eigenen Punkte werden für die Geschäftsherrenhaftung verliehen, weil Art. 28 Abs. 1 ZGB eine eigene Grundlage schafft, jeden ins Recht zu nehmen, der an der Verletzung mitwirkt.]</p>	<b>3</b>
<p><b>III. Spezifische Klagen zum Schutz der Persönlichkeit</b>  G.R. kann gegen die Persönlichkeitsverletzungen vorgehen, wenn er mit Erfolg eine Klage gegen die Media AG und / oder den verantwortlichen Redaktor erheben kann. Folgende Klagen kommen in Betracht:</p>	

<p><b>a. Klage auf Unterlassung</b> (Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB)</p> <p>Bei der Unterlassungsklage handelt es sich um eine Klage mit <b>präventiver Wirkung</b>. Sie zielt darauf ab, dem Beklagten gerichtlich zu verbieten, in der Zukunft ein bestimmtes Verhalten erneut anzunehmen, welches den Kläger in seinen Persönlichkeitsrechten widerrechtlich verletzen würde.</p> <p>Dazu muss der Kläger nachweisen, dass ihm eine <b>Persönlichkeitsverletzung droht</b> und dass er ein <b>konkretes Rechtsschutzinteresse</b> hat. Die Unterlassungsklage ist ihrer Natur nach auf zukünftige Verhaltensweisen gerichtet, welche ernsthaft drohen und genau umschrieben werden müssen.</p> <p><i>I.c. kann G.R. eine Klage auf Unterlassung anstreben und eine drohende Persönlichkeitsverletzung verbieten lassen, wenn er befürchtet, dass weitere seine Persönlichkeit verletzende Artikel folgen. Aufgrund der bereits mehrere Monate anhaltenden Berichterstattung mit teils als reisserisch anzusehenden Werturteilen und dem Interesse, welches diese Artikel vermutungsweise beim Publikum hervorgerufen haben, <b>ist anzunehmen, dass die Media AG auch in Zukunft in ähnlicher Weise über G.R. berichten wird</b>. Sollte es G.R. gelingen, die drohende Gefahr nachzuweisen, kann er mittels Unterlassungsklage der beklagten Media AG als Herausgeberin verbieten, in Zukunft Berichte zu veröffentlichen, welche in gleicher Weise geeignet sind, ihn in seiner Persönlichkeit zu verletzen. Die Erfolgsaussichten sind als gut einzuschätzen.</i></p>	<b>3</b>
<p><b>b. Klage auf Beseitigung</b> (Art. 28a Abs. 1 Ziff. 2 ZGB)</p> <p>Die Beseitigungsklage zielt darauf ab, den Beklagten zu verurteilen, den <b>Zustand</b> einer noch bestehenden widerrechtlichen Verletzung der Persönlichkeit des Klägers <b>zu beseitigen</b> und damit eine Beeinträchtigung aufzuheben, welche noch andauert. Der Richter, der die Beseitigungsklage gutheisst, verurteilt den Urheber der Verletzung unter Strafandrohung, diese zu beenden.</p> <p><i>Dadurch, dass auch alte Artikel rege mit neuen verlinkt werden und so immer wieder ins Zentrum der Aufmerksamkeit geraten, ist von einer <b>andauernden Verletzung</b> auszugehen. I.c. ist die Beschwerdegegnerin Media AG zu verpflichten, sämtliche Presseartikel und Onlinebeiträge mit persönlichkeitsverletzenden Inhalten aus den Archiven zu löschen, um die gegenwärtig bestehende Persönlichkeitsverletzung zu beseitigen. Dazu wäre abzuklären, ob die persönlichkeitsverletzenden Artikel nach wie vor im Internet abrufbar sind und durch Suchmaschinen verbreitet werden. Falls dies der Fall ist, ist aufgrund der bejahten Persönlichkeitsverletzung dem Beseitigungsanspruch stattzugeben. Bei der Auswahl der zu beseitigenden Artikel ist das <b>Verhältnismässigkeitsprinzip</b> massgeblich. Wenn ein Teil der Berichterstattung als zulässig eingestuft werden kann, muss nur der Teil gelöscht werden, der effektiv persönlichkeitsverletzend ist. Allenfalls sind alte Links zu Onlineartikeln zu löschen. Die Beseitigungsklage hat, zumindest bezüglich eines Teils der Artikel, Aussicht auf Erfolg.</i></p>	<b>3</b>

<p>[Die Unterlassungsklage und die Beseitigungsklage zum Schutz der Persönlichkeit können kombiniert und gehäuft werden. In manchen Fällen kann eine bestehende Störung die Drohung einer zukünftigen Verletzung in sich bergen.]</p>	
<p><b>c. Klage auf Feststellung</b> (Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB)</p> <p>Die Feststellungsklage im Persönlichkeitsschutz zielt darauf ab, gerichtlich festzustellen, dass ein bestimmtes, zurückliegendes Verhalten des Beklagten, das sich <b>weiterhin auswirkt</b> und <b>anders nicht beseitigt werden</b> kann, die Persönlichkeit des Klägers widerrechtlich verletzt.</p> <p>Voraussetzung für die Feststellungsklage ist ein <b>besonderes Rechtsschutzinteresse</b>, das <b>Feststellungsinteresse</b>, welches nach neuerer Rechtsprechung bereits dann zu bejahen ist, wenn der Verletzte ein schützenswertes Interesse an der Beseitigung der Verletzung hat (BGE 127 III 481, E. 1). Der Kläger hat darzutun, inwieweit der Fortbestand eines die Persönlichkeit verletzenden Ereignisses einer andauernden Störungswirkung gleichkommt, mithin dass der Störungszustand sich effektiv noch störend auswirkt (BGE 120 II 371, E. 3). Im Bereich des Persönlichkeitsschutzes ist die Feststellungsklage nach einem Teil der Lehre auch <b>nicht subsidiär</b> zur Unterlassungs- und Beseitigungsklage, was jedoch <b>nicht unumstritten</b> ist.</p> <p><i>I.c. bietet sich auch die Klage auf Feststellung der Persönlichkeitsverletzung(en) an. Es ist zu prüfen, ob G.R. ein schützenswertes Interesse an der Beseitigung der Verletzung hat. Als Person, die durch die dauernde Berichterstattung in ihrer Persönlichkeit verletzt wird, ist ein Feststellungsinteresse schon durch das <b>Rehabilitationsinteresse</b> sowie die <b>Widerholungsgefahr</b> gegeben. G.R. hat ein Interesse an der Beseitigung der Verletzung, was im Rahmen des Persönlichkeitsschutzes auch durch die Feststellung der Verletzung erreicht werden kann (BGE 122 III 449, E. 2a). Die Klage auf Feststellung <b>setzt</b> ausserdem <b>voraus, dass sich die Verletzung weiterhin auswirkt</b>. G.R. betont, dass er Auswirkungen auf sein wirtschaftliches Fortkommen befürchtet. Des Weiteren sind auch ältere, persönlichkeitsverletzende Artikel noch immer online abrufbar, weshalb die Verletzung andauert.</i></p> <p>[Geht man davon aus, dass die Feststellungsklage nicht subsidiär zu den übrigen Klagearten ist, so ist ihre Anstrengung erfolgsversprechend. Geht man jedoch auch im Rahmen des Persönlichkeitsschutzes von einer Subsidiarität der Feststellungsklage aus, so wäre eine Feststellungsklage höchstens eventualiter anzustreben.]</p>	<p><b>3</b></p>
<p><b>d. Urteilspublikation</b> (Art. 28a Abs. 2 ZGB)</p> <p>Der Kläger kann die Veröffentlichung oder Verbreitung einer Berichtigung oder des gegen den Beklagten ergangenen Urteils verlangen. Das <b>Begehren um Publikation</b> erlaubt dem in seiner Persönlichkeit Verletzten, das <b>Urteilsdispositiv zu veröffentlichen</b>, während der Beklagte mit der Berichtigung verpflichtet wird, von sich aus in bestimmten Presseerzeug-</p>	<p><b>2</b></p>

nissen eine berichtigende Darstellung der Sachlage abzugeben. Die Veröffentlichung des Urteils wird als **Mittel zur Beseitigung der Störung** erachtet. Das Begehren auf Urteilspublikation setzt einen der Klagegründe nach Art. 28a Abs. 1 ZGB voraus und wird i.d.R. mit diesen Begehren gehäuft. Der Richter legt den Inhalt der Berichtigung bzw. die Modalitäten der Veröffentlichung fest.

*I.c. ist der Störungszustand aufgrund der Verletzung von Art. 28 ZGB erstellt. Aufgrund der teilweise doch starken Eingriffe in G.R.s Persönlichkeit durch die andauernde Berichterstattung durch verschiedene Medienkanäle der Medien AG und die fast permanente Präsenz in der Regenbogenpresse ist eine **Urteilspublikation, in Kombination mit einer Klage nach Art. 28a Abs. 1 ZGB, ein geeignetes Mittel, um die Persönlichkeitsverletzung zu beseitigen**. Sie eignet sich besonders als Mittel gegen die Ehrverletzung. Gegen die Vermittlung des Bildes eines schlechten Geschäftsmannes kann die Veröffentlichung des die Persönlichkeitsverletzung feststellenden Urteils in demselben Medium eine Beseitigung bewirken. Dagegen kann argumentiert werden, eine Urteilspublikation würde u.U. noch mehr Medienpräsenz des Beklagten nach sich ziehen. Da diese jedoch so oder so gegeben zu sein scheint, geht diese Argumentation ins Leere. Der Antrag auf Urteilspublikation hat gute Erfolgsaussichten.*

**e. Gegendarstellungsrecht (Art. 28g – 28l ZGB)**

Die Gegendarstellung ermöglicht es einer Person, das in einem periodischen Medium von ihr gezeichnete Bild zu korrigieren bzw. sich im gleichen Medium zu den entsprechenden **Tatsachen** zu äussern. Es bezweckt dabei nur den Schutz vor ‚einseitigen‘ Tatsachendarstellungen i.S. einer wertungsfreien Erweiterung von Tatsachenbehauptungen durch Entgegnungen des Betroffenen. Damit soll der **Grundsatz der Waffengleichheit** zwischen dem Betroffenen und dem Medienunternehmen verwirklicht werden. Das Gegendarstellungsrecht setzt die **unmittelbare Betroffenheit** aufgrund einer **Tatsachendarstellung** durch ein **periodisch erscheinendes Medium voraus**. Nicht erforderlich sind die tatsächliche und gerichtlich festgestellte Verletzung des Betroffenen in seinen Persönlichkeitsrechten, sowie das Erfordernis der Widerrechtlichkeit, falls eine **Betroffenheit** in der Persönlichkeit vorliegt.

*Die genannten Voraussetzungen sind vorliegend gegeben: G.R. ist unmittelbar von Tatsachenbehauptungen durch ein periodisch erscheinendes Medium in seiner Persönlichkeit betroffen. Da im Fall von G.R. allerdings mehrere widerrechtliche Persönlichkeitsverletzungen bejaht wurden, greift das Gegendarstellungsrecht inhaltlich zu kurz, weil es nur „Behauptung gegen Behauptung“ in Bezug auf Tatsachen stellt. Mit einer Urteilspublikation des die Verletzung feststellenden Urteils könnte ein stärkerer Effekt erzielt werden.*

2

<b>IV. Reparatorische Klagen zum Schutz der Persönlichkeit</b>	
<p><b>a. Anspruch auf Schadenersatz</b> (Art. 28a Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 41 ff. OR)</p> <p>Art. 28a Abs. 3 ZGB behält die Möglichkeit der Erhebung einer Klage auf Schadenersatz nach Art. 41 OR vor und enthält damit eine Rechtsgrundverweisung. Zu prüfen sind in der Folge die Voraussetzungen der ausservertraglichen Haftung nach Art. 41 OR für die drei festgestellten Persönlichkeitsverletzungen.</p>	<b>1</b>
<p>1) Schaden</p> <p>Die erste Voraussetzung für die Entstehung eines ausservertraglichen Schadenersatzanspruchs ist das Vorhandensein eines Schadens. Darunter versteht man eine <b>unfreiwillige Vermögenseinbusse</b> nach der klassischen <b>Differenztheorie</b>. Danach stellt der Schaden die hypothetische Differenz zwischen dem Vermögensstand des Geschädigten infolge des schädigenden Ereignisses und dem anzunehmenden Vermögensstand bei Ausbleiben des Ereignisses dar. Von <b>unmittelbarem Schaden</b> spricht man, wenn sich der Schaden in der Kausalkette unmittelbar an das schädigende Ereignis anschliesst. <b>Mittelbarer Schaden</b> liegt dagegen vor, wenn das Schadensereignis im Verlauf der Kausalkette weitere Schäden herbeiführt oder wenn es die Erwirtschaftung eines Gewinns verhindert. Es bietet sich i.c. eine Differenzierung der unterschiedlichen Schadenstypen an:</p> <p>(a) <i>Die Kosten, die durch das Engagieren einer PR-Agentur zur Imageberatung anfallen, stellen einen <b>Schaden nach Art. 41 Abs. 1 OR</b> dar, da sie eine Vermehrung der Passiven oder Verminderung der Aktiven bewirken.</i></p> <p>(b) <i>Daneben kann auch <b>entgangener Gewinn</b> einen Schaden nach Art. 41 Abs. 1 OR darstellen. Der Schaden liegt darin, dass ein Vermögen sich wegen des schädigenden Ereignisses nicht vermehrt hat. G.R. kann geltend machen, er habe im Rahmen der Medienkampagne einen Einbruch seiner Gewinne verzeichnet. Es handelt sich bei (a) und (b) um mittelbare Schäden.</i></p> <p>(c) <i>Art. 46 Abs. 1 OR nennt als selbständigen Schadensposten die <b>„Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens“</b> eines Geschädigten. Auch dies kann einen mittelbaren Schaden darstellen.</i></p> <p><i>[Keinen Schaden stellt nach schweizerischem Recht eine <b>immaterielle Unbill</b> dar, s. unten b.]</i></p>	<b>2.5</b>
<p>2) Kausalzusammenhang</p> <p>Zwischen dem Schaden und der haftungsbegründenden Umstand muss ein Kausalzusammenhang bestehen. Ein <b>natürlicher Kausalzusammenhang</b> ist nach naturgesetzlichen Gesichtspunkten zu beurteilen. Er ist zu bejahen, wenn das behauptete Ereignis eine notwendige Bedingung für den Schaden ist, wenn also nach der <b>conditio-sine-qua-non</b></p>	<b>4.5</b>

**Formel** der Schaden ohne die mutmassliche Ursache nicht eingetreten wäre. Dabei genügt der Nachweis überwiegender Wahrscheinlichkeit.

- (a) Vorliegend kann davon ausgegangen werden, dass die Persönlichkeitsverletzungen durch die Media AG **conditio-sine-qua-non für die anfallenden Kosten**, verursacht durch das Engagieren der PR-Agentur, waren. Gerade weil die Medienberichterstattung wiederholt und beständig in die Privatsphäre und den Ehrbereich von G.R. eingreift, war es nötig, eine Image-Beratungsagentur zu beschäftigen.
- (b) Wenn G.R. entgangenen Gewinn geltend machen will, so muss er stringent darlegen, dass die Berichterstattung in der Presse notwendige Bedingung für den Einbruch seiner Betriebsgewinne war. **Dies wird ihm nicht einfach gelingen**, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass seine sonstige Verwicklung in strafrechtliche Untersuchungen (Mit-)Ursache für den Rückgang an Einnahmen ist.
- (c) Dasselbe muss für die ‚Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens gelten. Es wird G.R. **nur schwer gelingen**, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit den Kausalzusammenhang zwischen der Berichterstattung und der ‚Erschwerung‘ darzutun und gleichzeitig auszuschliessen, dass sein sonstiges Verhalten als Privatperson dabei eine Rolle gespielt haben könnte.

[Korrekturhinweis: Eine andere, stringente Argumentation und damit weitere Bejahung von Schadenersatzansprüchen ist möglich.]

Der **adäquate Kausalzusammenhang** verlangt, dass die Ursachen auch rechtserheblich sind. Er wird durch das BGer in konstanter Rechtsprechung durch die sog. Adäquanzformel umschrieben: Danach wird eine Ursache als haftungsbegründend angesehen, die „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet war, den eingetretenen Erfolg zu bewirken“ bzw. den Eintritt des Erfolgs „wesentlich begünstigt“.

Zu Schadensposition a): Nach der allgemeinen Lebenserfahrung kann davon ausgegangen werden, dass die **wiederholte und sich über mehrere Monate erstreckende Befassung** mit einer Person durch teils reisserische Werturteile **geeignet ist, die Persönlichkeit des Betroffenen zu verletzen** und dass dieser Person beim Versuch, den Verletzungen entgegenzuwirken, Beratungskosten entstehen. Die Adäquanz kann vorliegend bejaht werden.

Zu Schadensposition b/c): Der entgangene Gewinn und das schädigende Verhalten (i.c. die andauernden Berichterstattung) dürften ebenfalls in einem adäquaten Kausalzusammenhang stehen. Die laufende Berichterstattung über G.R.s mangelnden Fähigkeiten als Geschäftsmann führt **nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu einem Abfall der Geschäftstätigkeit**. Falls jedoch der natürliche Kausalzusammenhang nicht stringent bewiesen werden kann, kann sich eine Prüfung der adäquaten Kausalität erübrigen.

<p>3) <b>Widerrechtlichkeit</b>  Die Widerrechtlichkeit ist bei <b>Verletzung absoluter Rechte</b> oder <b>Verletzung einer Schutznorm</b> gegeben. Absolute Rechte entfalten Wirkung gegenüber jedermann, sodass jeder Schädiger, der ein absolutes Recht verletzt, widerrechtlich handelt.  <i>Die Persönlichkeitsrechte nach Art. 28 ZGB zählen zu den absoluten Rechten, weshalb Widerrechtlichkeit gegeben ist, solange kein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Es liegt ein sog. Erfolgsunrecht vor. Die Widerrechtlichkeit ergibt sich beim Persönlichkeitsschutz somit bereits aus dem Fehlen eines Rechtfertigungsgrundes.</i></p>	<b>1</b>
<p>4) <b>Verschulden</b>  Das Erweisen eines Schadenersatzanspruches setzt sodann ein Verschulden voraus (anders als bei den besonderen Klagen des Persönlichkeitsschutzes). Ein Verschulden liegt vor, wenn die schädigende Person sich <b>nicht pflichtgemäss verhalten</b> hat. Das Verschulden hat eine subjektive und eine objektive Seite. Die <b>subjektive Seite</b> umfasst die <b>Urteilsfähigkeit</b> (Deliktsfähigkeit) des Schädigers. Wie ist die Urteilsfähigkeit der Media AG als juristische Person zu bewerten? <b>Eine juristische Person wird durch ihre Organe verpflichtet</b> (Art. 55 Abs. 2 ZGB). Einer juristischen Person kommt im Rahmen von Schadenszufügungen nach Art. 41 ff. OR zivilrechtliche Deliktsfähigkeit zu. Voraussetzung dafür ist eine Organhandlung in Ausübung geschäftlicher Verrichtungen.  <i>Bei der Publikation von Presseartikeln, welches die Haupttätigkeit der Media AG erfasst, ist von einer Organhandlung in Ausübung geschäftlicher Verrichtung auszugehen. Die juristische Person trägt dabei auch die Verantwortung für das Handeln ihrer Angestellten.</i></p> <p>Die <b>objektive Seite</b> des Verschuldens verlangt <b>Vorsatz oder Fahrlässigkeit</b>. Zur Erfüllung der Haftungsvoraussetzung des Verschuldens genügt jede Form eines solchen. Erst im Rahmen der Schadenersatzbemessung ist ein unterschiedlicher Grad des Verschuldens zu berücksichtigen.  <i>I.c. ist bei der Media AG von <b>Eventualvorsatz</b> auszugehen. Sie nimmt eine <b>Persönlichkeitsverletzung</b> infolge ihrer andauernden Berichterstattung mindestens <b>in Kauf</b>, auch wenn sie sie nicht direkt anstrebt. Auch wenn ein direkter Vorsatz der Schädigerin, eine Persönlichkeitsverletzung zu bewirken, wohl ausgeschlossen werden kann, genügt ein solcher Eventualvorsatz für das Vorliegen einer Sorgfaltspflichtverletzung.</i></p> <p><i>[Geht man stattdessen von einer Klage gerichtet gegen den zuständigen Redaktor aus, so wäre hinsichtlich seines Verschuldens die Urteilsfähigkeit und damit die Deliktsfähigkeit (subjektive Seite der Schuld) sowie Vorsatz oder Fahrlässigkeit bezüglich des eingetretenen Schadens (objektive Seite der Schuld) darzutun. Beides ist i.c. als gegeben zu erachten. Der zuständige Redaktor hat mindestens in Kauf genommen, dass G.R. aus der dauernden Präsenz in der Presse ein Schaden erwächst.]</i></p>	<b>2.5</b>

<p>5) Schadensberechnung</p> <p>Ein Schaden ist grundsätzlich konkret zu berechnen. Eine konkrete Schadensberechnung verlangt die Ermittlung des <b>konkreten, im Einzelfall tatsächlich erlittenen Schadens</b>.</p> <p>Die Abwälzung des Schadens auf den Schädiger darf jedoch nicht dazu führen, dass sie für den Geschädigten zu einer ökonomischen Privilegierung führt. Es muss vernünftigerweise ein Schadensausgleich angestrebt werden. Den Verletzten trifft zudem eine Obliegenheit zur <b>Schadenminderung</b>, sofern diese zumutbar ist.</p> <p>Bei der Bemessung des Schadens sind ausserdem die <b>Schwere des Verschuldens der Schädigerin</b> sowie die übrigen Umstände zu berücksichtigen. Eine Abstufung des zu erbringenden Schadenersatzes nach dem Grad des Verschuldens würde vorliegend eine Wertung des Gerichts der einzelnen Pressemitteilungen erfordern.</p> <p>Wird ein Teil des Schadens dem <b>Selbstverschulden der geschädigten Person</b> nach Art. 44 Abs. 1 OR zugeschrieben, so resultiert daraus eine <b>Herabsetzung</b> des von der Schädigerin zu leistenden Schadenersatzes.</p> <p><i>G.R. muss sich u.U., je nach Ermessen des Gerichts, eine Herabsetzung des Schadenersatzes gefallen lassen, da seine sonstige Involvement in Strafverfahren und weiteren „Eskapaden“ gegebenenfalls zur Entstehung des Schadens beigetragen haben.</i></p>	2.5
<p>6) Zwischenfazit</p> <p>G.R. hat <b>gute Erfolgsaussichten</b> hinsichtlich seiner Schadenersatzforderungen bezüglich der durch das Engagieren einer PR-Agentur verursachten Beratungskosten, wahlweise gegen die Media AG und/oder den verantwortlichen Redaktor. U.U. muss er eine Herabsetzung des Schadenersatzes wegen Selbstverschulden nach Art. 44 Abs. 1 OR hinnehmen.</p>	1
<p><b>b. Anspruch auf Genugtuung</b> (Art. 28a Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 49 OR)</p> <p>Falls eine Person nicht nur einen Schaden, sondern auch einen qualifizierten seelischen Schmerz, eine <b>immaterielle Unbill</b>, erlitten hat, kann zum Ausgleich eine Genugtuung zugesprochen werden. Eine solche ist bei <b>qualifizierten widerrechtlichen Verletzungen der Persönlichkeit</b> i.d.R. zu leisten. Als Grundlage für die Zusprache einer Genugtuung dient Art. 49 OR. Verlangt wird eine gewisse Schwere der Persönlichkeitsverletzung. Bei der Beurteilung dieser Schwere wird indes, namentlich bei Verletzungen durch die Presse und andere Medien, auf die Umstände des Einzelfalles und damit auf die psychische Konstitution des Betroffenen Rücksicht genommen.</p> <p><i>Mit Blick auf die <b>lange Dauer der Beschäftigung mit der Person G.R.s</b> in breitgefächerten und einem breiten Publikum zugänglichen Medien und Medienportalen, die stete Verlinkung alter Artikel und der Schwere der Persönlichkeitsverletzungen, ist i.c. davon auszugehen, dass G.R. gute Chancen hat, eine Genugtuung gewährt zu bekommen, wenn er</i></p>	2

darlegen kann, dass die laufenden Persönlichkeitsverletzungen bei ihm zu einem seelischen Schmerz geführt haben. Neben einer **seelischen Belastung** kann eine immaterielle Unbill auch infolge einer Beeinträchtigung der Lebensfreude und bei Herabsetzung im sozialen und / oder wirtschaftlichen Ansehen resultieren, welches i.c. beides der Fall ist. Das Gericht ist jedoch bei der Zusprache von Genugtuung **sehr zurückhaltend**. Insbesondere bestehen Zweifel bezüglich deren Beweisbarkeit (BGer 5A\_256/2016 vom 9.6.2017, E. 9). Das BGer hielt aber in ebendiesem Entscheid fest, dass der Medienhype, dem der Beschwerdeführer ausgesetzt war, ‚präzedenzlos‘ und von überdurchschnittlicher Intensität gewesen sei (BGer 5A\_256/2016, E. 6.5).

Wenn G.R. eine immaterielle Unbill und deren Kausalzusammenhang mit der Medienkampagne hinreichend darlegen kann, hat er potentiell Aussicht auf Zuspruch einer Genugtuung nach Art. 28a Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 49 OR.

*[Korrekturhinweis: Eine Abwägung, welche durch überzeugende stringente Argumentation das Vorliegen einer immateriellen Unbill oder deren Kausalzusammenhang mit den Presseergebnissen verneint, kann hier ebenfalls die volle Punktzahl erzielen.]*

**c. Anspruch auf Gewinnherausgabe** (Art. 28a Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 423 OR)

5

Kommt in Frage, wenn der Verletzer von der von ihm begangenen Persönlichkeitsverletzung profitiert und einen Gewinn erzielt hat. Bei Medienunternehmen, die Massenzeitungen herausgeben, ist dies beispielsweise bei **Auflagensteigerungen** der Fall, wenn bewiesen werden kann, dass diese Auflagensteigerungen auf die persönlichkeitsverletzenden Beiträge zurückgeführt werden können. Davon ist häufig auszugehen bei **wiederholter widerrechtlicher Verletzung der informationellen Privatheit einer prominenten Persönlichkeit** im Rahmen einer Serie von einzelnen Artikeln, was zu einer den Betroffenen herabsetzenden Pressekampagne wird. Dies ist jedoch im Einzelfall zu prüfen. Im Rahmen des Gewinnherausgabeanspruchs nach Art. 28a Abs. 3 ZGB kommt es zu einer Rechtsfolgeverweisung auf Art. 423 OR. Der **Verweis auf das Recht über die Geschäftsführung ohne Auftrag** bezieht sich nur auf die Rechtsfolgen, nicht jedoch auf die Tatbestandselemente an sich. Eine Gewinnabschöpfung setzt im Einzelnen voraus,

- 1) dass der Geschäftsführer bzw. der, von dem die Persönlichkeitsverletzung ausgeht (i.c. Verletzer Media AG), **widerrechtlich in die Persönlichkeitssphäre** des Geschäftsherrn (i.c. der in ihrer Persönlichkeit verletzten Person G.R.) **eingegriffen hat**. Es bedarf hierzu namentlich (und anders als bei Art. 41 bzw. 44 OR) **keines Verschuldens**.

*I.c. liegt ein widerrechtlicher Eingriff in die Persönlichkeit des G.R. durch Ehrverletzung und Verletzung der informationellen Privatheit durch zahlreiche Medienberichte vor; die widerrechtliche Beeinträchtigung des Privatlebens des G.R. wurde oben bejaht.*

<p>2) dass der Geschäftsführer bzw. der, von dem die Persönlichkeitsverletzung ausgeht (i.c. Verletzer Media AG), einen <b>Gewinn erzielt hat</b>, was zu beweisen ist.</p> <p><i>I.c. verzeichnet die Media AG laut Sachverhalt seit Monaten eine Umsatzsteigerung und erhöhte Werbeeinnahmen, die auf die höhere Anzahl Klicks auf der Website zurückzuführen sind.</i></p> <p>3) und dass zwischen der Gewinnerzielung und dem Eingriff ein <b>adäquater Kausalzusammenhang</b> besteht, was ebenfalls von G.R. zu beweisen ist. Dies muss nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann bejaht werden, wenn und soweit die entsprechende Berichterstattung von der Ausrichtung und Aufmachung her <b>geeignet ist, zur Steigerung der Auflage und damit zur Gewinnerzielung beizutragen</b>.</p> <p>Nach der allgemeinen Lebenserfahrung wendet sich ein beliebiger Leser vor allem deshalb mit einer gewissen Regelmässigkeit einem bestimmten Medium zu, weil er sich davon eine bestimmte Art von Inhalten verspricht. Das wirtschaftliche Fortkommen dieser Medientypen bzw. deren Gewinnerzielung ergibt sich nicht aus der einzelnen Berichterstattung, sondern aus der längerfristig angelegten Befriedigung der Erwartungen der Leserschaft.</p> <p><i>I.c. werden diese Erwartungen erfüllt, indem eine scharf an der Persönlichkeitsverletzung entlangführende Linie gefahren wird, bei der es zur Überschreitung der Grenze des Zulässigen gekommen ist.</i></p> <p>Der Anspruch auf Gewinnherausgabe ist zu bejahen.</p>	
<p><b>V. Fazit</b></p> <p>G.R. ist zu empfehlen, neben den spezifischen <b>negatorischen Klagen</b> zum Schutze seiner Persönlichkeit, die vor allem einer immanenten oder kurz bevorstehenden Persönlichkeitsverletzung entgegenwirken wollen, sowie dem Begehren um eine Urteils publikation nach Art. 28a Abs. 2 ZGB, auch <b>Schadenersatz und Genugtuungsansprüche</b> nach Art. 28a Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 41 f. OR bzw. Art. 49 OR geltend zu machen. Gelingt es ihm, den Kausalzusammenhang zwischen der widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung und dem vom Verletzer erzielten Gewinn nachzuweisen, so empfiehlt sich ausserdem die Geltendmachung eines <b>Gewinnherausgabeanspruchs</b> gemäss Art. 28a Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 423 OR.</p>	<b>1</b>

### Aufgabe 1

Zwischentotal Punkte Frage 1: 40

Zwischentotal Punkte Frage 2: 40

Zwischentotal Punkte Aufgabe 1: 80

**Teil 2 (ca. 33.3% der Punkte): Game of Drones**

Muss Moritz die Drohne bezahlen?	
Voraussetzungen des Vertragsschlusses	
<p><b>A. Zustandekommen des Vertrages</b> Ist ein Vertrag <b>zustande gekommen</b>?</p>	<b>0.5</b>
<p><b>I. Rechts- und Handlungsfähigkeit bzw. Geschäftsfähigkeit der Vertragsparteien</b> Zunächst ist zu prüfen, ob die Vertragsparteien Moritz und Franz rechts- und handlungsfähig waren, den Vertrag über den Kauf einer Drohne zu schliessen. <b>Rechtsfähigkeit</b> bedeutet, dass jemand selbständiger Träger von Rechten und Pflichten sein kann. Nach Art. 11 ZGB ist jedermann rechtsfähig. <i>Bei Moritz und Franz, beides natürliche Personen, ist die Rechtsfähigkeit gegeben.</i></p> <p>Die <b>Geschäftsfähigkeit</b> betont den im Zusammenhang mit einem Vertragsschluss relevanten Aspekt der Handlungsfähigkeit. Handlungsfähigkeit bedeutet, dass eine Person durch ihr eigenes Handeln allein Rechte und Pflichten begründen, ändern, aufheben bzw. überhaupt rechtliche Wirkungen auslösen kann (vgl. Art. 12 ZGB). Gemäss Art. 13 ZGB wird für die Handlungsfähigkeit <b>Volljährigkeit</b> (Art. 14 ZGB) und <b>Urteilsfähigkeit</b> (Art. 16 ZGB) vorausgesetzt. <b>Beschränkte Handlungsunfähigkeit</b> bzw. beschränkte Geschäftsfähigkeit liegt vor, wenn jemand zwar urteilsfähig, aber minderjährig ist (Art. 16 i.V.m. Art. 17 ZGB).</p> <p>Die <b>Urteilsfähigkeit</b> kommt jeder Person zu, „die nicht wegen ihres Kindesalters, infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln“ (Art. 16 ZGB). Sie erfordert ein Zweifaches: einerseits die Willensbildungsfähigkeit und andererseits die Willensumsetzungsfähigkeit im Hinblick auf das konkrete Rechtsgeschäft in sachlicher und zeitlicher Hinsicht.</p> <p><i>Bei Ladeninhaber Franz kann davon ausgegangen werden, dass er volljährig ist. Mangels abweichender Sachverhaltsangaben ist davon auszugehen, dass Franz urteilsfähig und damit handlungs- bzw. geschäftsfähig ist. Moritz ist gemäss Sachverhalt 17 Jahre alt und damit <b>noch nicht volljährig</b> (Volljährigkeit setzt gemäss Art. 14 ZGB das Erreichen des 18. Lebensjahres voraus). Mangels anderer Angaben im Sachverhalt ist bei einem 17-jährigen aber davon auszugehen, dass er die Tragweite des Rechtsgeschäfts vernunftgemäss erkennen kann und somit <b>urteilsfähig im Hinblick auf den Abschluss des konkreten Kaufgeschäfts</b> ist.</i></p> <p>Verträge urteilsfähiger Minderjähriger bedürfen grundsätzlich gemäss Art. 19 Abs. 1 ZGB der <b>ausdrücklichen oder konkludenten Zustimmung der gesetzlichen Vertreter</b>. Handelt es sich jedoch um „geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens“, ist keine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich (Art. 19 Abs. 2 ZGB).</p>	<b>6</b>

<p>Zudem kann der <b>beschränkt Handlungsunfähige</b> handeln, wenn das Geschäft im Rahmen des <b>freien eigenen Kindesvermögens</b> nach Art. 323 Abs. 1 ZGB liegt.</p> <p><i>Es fragt sich vorliegend, ob der Kauf einer Drohne im Wert von CHF 549.- ein Alltagsgeschäft darstellt oder nicht. Der Abschluss eines Kaufvertrages im dreistelligen Bereich stellt keine „geringfügige Angelegenheit des täglichen Lebens dar“. Auch wenn Moritz mit 17 Jahren wohl bereits die Tragweite des Kaufs versteht, bedarf dieser zur Erlangung der Gültigkeit der Zustimmung seiner gesetzlichen Vertreter. I.c. ist zum einen von einer konkludenten vorausgehenden Einwilligung der Eltern auszugehen, die ihm einen Teil der Drohne finanziert haben und mit der Aussage „er solle sich etwas Schönes davon kaufen“ eine <b>ausdrückliche, vorausgehende generelle Zustimmung</b> erteilt haben. Durch die Zustimmung erlangt der Vertrag volle Geltung. Zudem wird der Batzen in Höhe von CHF 600.- <b>freies Kindesvermögen</b>, das den Kauf deckt. Die Rechts- und Geschäftsfähigkeit beider Vertragsparteien ist gegeben.</i></p>	
<p><b>II. Vorliegen eines Rechtsbindungswillens bei beiden Parteien, sowie gegenseitiger Austausch von Willenserklärungen nach Art. 1 OR</b></p> <p>Eine Willenserklärung im Rahmen des Vertragsschlusses ist die Mitteilung des Willens zur Begründung, Änderung oder Beendigung eines Rechtsverhältnisses.</p> <p>Gemäss Art. 1 Abs. 1 OR sind für den Vertragsabschluss gegenseitige übereinstimmende Willenserklärungen der Parteien über die wesentlichen Punkte (<i>essentialia negotii</i>) i.S.v. <b>Art. 2 Abs. 1 OR</b> erforderlich. Diese bestehen aus dem <b>Austausch von Antrag und Annahme</b> (Art. 3 ff. OR). Der Antrag ist die zeitlich vorgelagerte Willenserklärung, mit der der Antragsteller seinen <b>Abschlusswillen</b> verbindlich erklärt (Art. 3 Abs. 1 OR); die Annahme ist die zeitlich nachgelagerte Vertragserklärung. Sie muss mit dem Antrag übereinstimmen.</p> <p><i>Dem Sachverhalt lässt sich vorliegend entnehmen, dass grundsätzlich beide Parteien einen Vertrag betreffend den Kauf einer Drohne „Dji Phantom 3 SE“ abschliessen wollen. Der Rechtsbindungswille ist damit auf beiden Seiten zu bejahen. Zudem liegt eine übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien (Franz für das Elektronikgeschäft sowie Moritz) vor. Beim Beratungsgespräch am 16.4.2018 empfiehlt Inhaber Franz den Kauf des „Dji Phantom 3 SE“-Geräts, worauf Moritz am 17.4.2018 dasselbe telefonisch bestellt. Es handelt sich bei Franz' Angebot um einen <b>Antrag mit Annahmefrist</b> nach Art. 3 Abs. 1 OR. Er hat Moritz eine Frist bis zum 17.4.2018 um 12:00 gesetzt, bis zu der dieser den Antrag mittel Annahmeerklärung annehmen kann. Die Annahme ist telefonisch rechtzeitig, nämlich um 11:50 bei ihm eingetroffen. Somit liegt ein gegenseitiger Austausch von Willenserklärungen nach Art. 1 OR vor.</i></p>	2

<p><b>III. Übereinstimmung der Willenserklärungen (tatsächlich oder normativ) hinsichtlich der wesentlichen Vertragspunkte</b>  Es handelt sich vorliegend um einen <b>Kaufvertrag</b> nach Art. 184 ff. OR. Nach Art. 2 OR müssen sich die Parteien über alle <b>wesentlichen Punkte</b> geeinigt haben. Den wesentlichen Vertragsinhalt bilden die objektiv wesentlichen Vertragspunkte, den „unentbehrlichen Kern des Geschäfts“. <i>Vorliegend haben sich die Parteien sowohl über den Kaufgegenstand (die Drohne „Dji Phantom 3 SE“), als auch den Kaufpreis von CHF 549.- und den Vertragstypus, nämlich einen Kaufvertrag mit Übertragung des Eigentums tatsächlich, geeinigt.</i></p> <p><i>[Korrekturhinweis: Bei guter Argumentation kann auch vertreten werden, dass die Flugfähigkeit der Drohne im Raum Zürich zu einem Vertragsbestandteil geworden ist; dies ändert jedoch nichts am Zustandekommen des Vertrags.]</i></p>	<b>1</b>
<p><b>Zwischenergebnis:</b> Damit ist zwischen Franz und Moritz ein Vertrag i.S.v. Art. 1 Abs. 1 OR über eine Drohne „Dji Phantom 3 SE“ <b>zustande gekommen</b>.</p>	<b>0.5</b>
<p><b>B. Gültigkeit des Vertrages</b>  Ist der Vertrag <b>gültig</b> zustande gekommen?</p>	<b>0.5</b>
<p><b>I. Form</b>  Art. 11 Abs. 1 OR enthält den Grundsatz der <b>Formfreiheit</b>. Verträge können grundsätzlich formfrei abgeschlossen werden, es sei denn, das Gesetz verlange eine besondere Form.  <i>Hinweise auf Formmängel (vgl. Art. 11 Abs. 1 OR) sind dem Sachverhalt nicht zu entnehmen, der Kauf einer beweglichen Sache kann formfrei erfolgen.</i></p>	<b>1</b>
<p><b>II. Inhalt des Vertrages</b>  Gemäss Art. 19 OR kann der Inhalt eines Vertrages innerhalb der Schranken des Gesetzes frei festgelegt werden. Eine Schranke der Inhaltsfreiheit ist die Rechtswidrigkeit bzw. der Verstoss gegen die öffentliche Ordnung (Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 OR).  I.c. stellt sich die Frage, ob ein Kaufvertrag über eine Drohne aufgrund des neu in Kraft getretenen Gesetzes als <b>rechtswidrig</b> zu qualifizieren ist. Jedoch verbietet das Gesetz gemäss SV nicht den Kauf oder Besitz einer Drohne mit einem Gewicht von über 1 kg, sondern einzig das Fliegen eines solchen Geräts auf dem Stadtgebiet (ausserhalb der Stadt Zürich ist das Fliegenlassen weiterhin erlaubt). Ergo ist der Inhalt des Kaufvertrages nicht als rechtswidrig i.S.v. Art. 19 Abs. 2 OR anzusehen. Weitere Inhaltsmängel sind nicht ersichtlich.</p> <p>Es stellt sich ausserdem die Frage, ob der Vertrag zwischen Franz und Moritz einen <b>unmöglichen Inhalt</b> nach Art. 20 Abs. 1 OR hat. Dies ist dann der Fall, wenn „im Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine versprochene Haupt- oder Nebenleistung objektiv nicht erbringbar ist“.<sup>1</sup> Objek-</p>	<b>3</b>

<sup>1</sup> HUGUENIN, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, N 426.

<p>tive Unmöglichkeit ist gegeben, wenn die Unmöglichkeit entweder auf rechtlichen oder auf faktischen Gründen beruht, wenn also weder der Schuldner noch ein beliebiger Dritter die Leistung erbringen kann. Nach der von Huguenin vertretenen Meinung muss der Vertrag wertungsmässig ähnlich belastet sein wie im Fall einer Rechts- oder Sittenwidrigkeit.<sup>2</sup></p> <p><i>I.c. wird ein Kaufvertrag über eine genau bezeichnete Drohne geschlossen. Die Parteien einigen sich noch im Ladenlokal auf ein Gerät, welches zur Seite gelegt wird. Der Inhalt des Vertrags kann nicht als unmöglich angesehen werden, weil er erfüllbar ist. Bei der Verwendbarkeit auf Stadtgebiet handelt es sich auch um <b>keine Nebenabrede des Vertrages</b>, auf die sich die Unmöglichkeit beziehen würde. Um als eigentliche Nebenabrede zu gelten, müsste der Zweck des Drohnenkaufs vom Rechtsbindungswillen beider Parteien erfasst sein, dies ist vorliegend nicht der Fall. Das Problem ist also auf Ebene der Willensmängel zu lösen.</i></p> <p><i>[Korrekturhinweis: Selbst wenn man die Flugfähigkeit der Drohne im Raum Zürich als Vertragsbestandteil ansähe (s.o.), läge keine inhaltliche Unmöglichkeit des Vertrags vor.]</i></p>	
<p><b>III. Willensmängel</b> Ein Willensmangel liegt dann vor, wenn der Wille einer Partei zum Vertragsschluss mangelhaft gebildet oder erklärt wurde.</p>	<b>0.5</b>
<p><b>a. Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR)</b> Zu prüfen ist, ob Moritz sich beim Abschluss des Vertrags in einem Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR befand. Folgende Voraussetzungen müssen dazu gegeben sein:</p> <p><b>1) Motivirrtum</b> Ein Motivirrtum liegt dann vor, wenn sich die Vertragspartei ihren <b>Willen zum Vertragsschluss</b> aufgrund einer <b>falschen oder fehlenden Vorstellung über den Sachverhalt oder die Rechtslage</b> bildet. Für einen reinen Motivirrtum muss der Irrtum noch nicht wesentlich sein (vgl. Art. 24 Abs. 2 OR). Er erschöpft sich darin, dass die innere Rezeption der Sach- oder auch Rechtslage zu einer fehlerhaften Willensbildung führt. Der falsch aufgefasste Sachverhalt kann Umstände betreffen, die sowohl innerhalb als auch ausserhalb des Vertrages liegen. Die mit einem Vertrag beabsichtigten Ziele stellen ausserhalb des Vertrages liegende Umstände dar.</p> <p><i>Moritz erwirbt die Drohne im Hinblick auf die Realisierung seines Maturarbeitsprojekts. Dabei verkennt er die geltende Rechtslage. Er glaubt, er könne damit das Stadtgebiet von Zürich abfliegen und die daraus entstandenen Luftaufnahmen verwenden. Bei dieser Verwendungsart handelt es sich um eine ausserhalb des Ver-</i></p>	<b>7.5</b>

<sup>2</sup> HUGUENIN, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, N 426.

*trages liegende falsche Vorstellung des Rechts. Der Vertragswille basiert auf einer falschen Vorstellung über die Rechtslage und damit die konkrete Verwendungsmöglichkeit des Kaufgegenstands. Ein Motivirrtum ist folglich zu bejahen.*

## 2) Wesentlichkeit

Nach **Art. 23 OR** ist ein Irrtum nur dann beachtlich, wenn er auch **wesentlich** ist. Der Motivirrtum an sich ist gemäss Art. 24 Abs. 2 OR grundsätzlich unwesentlich und damit unbeachtlich. Ein **qualifizierter Motivirrtum** und damit ein Grundlagenirrtum nach **Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR** liegt demgegenüber vor, wenn eine Partei sich in einem subjektiv und objektiv wesentlichen Irrtum befunden hat oder befindet. Sie hat ihren Vertragswillen aufgrund einer falschen oder fehlenden Sachverhaltsvorstellung gebildet, die für sie **eine notwendige Grundlage des Vertrages** darstellt (subjektive Komponente) und auch **nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als solche betrachtet werden darf** (objektive Komponente). Grund für den Irrtum muss eine mangelhafte Willensbildung sein.

**Subjektiv wesentlich** ist eine irrtümliche Vorstellung des Sachverhalts, wenn sie für die Willensbildung *conditio sine qua non* war. Unter Kenntnis der richtigen Sachlage hätte die Vertragspartei den Vertrag nicht oder nicht in dieser Form geschlossen.

*I.c. geht Moritz davon aus, dass es ihm möglich sein wird, die Drohne über Zürich fliegen zu lassen. Die irrige Vorstellung, er könne damit das Stadtgebiet von Zürich überfliegen, war für ihn eine wesentliche Voraussetzung für den Kauf der Drohne. Er erkennt dabei nicht, dass er sein Fluggerät in Zürich nicht fliegen lassen darf.*

Im vorliegenden Fall irrt Moritz allerdings über das **Vorhandensein eines Gesetzes**, welches ihm das Fliegen der Drohne über der Stadt Zürich verbietet. Moritz bildete seinen Willen zum Vertragsschluss somit auf einer **falschen Rechtsvorstellung**.

Bei einem **echten Rechtsirrtum** irrt sich eine Vertragspartei über eine Rechtsnorm und/oder deren Implikationen. Ein solcher Irrtum kann entweder auf einer Rechtsunkenntnis (= Rechtsregelirrtum sog. *ignorantia iuris*) oder auf einem Subsumtionsfehler (= Rechtsregelfolgenirrtum) beruhen. Bei einem **unechten Rechtsirrtum** geht der Irrrende fälschlicherweise vom Bestehen oder Nichtbestehen einer konkreten Rechtslage aus, was einer falschen Auffassung des Sachverhalts gleichkommt. Letzterer ist hier unerheblich.

*[Korrekturhinweis: Der nachfolgenden Punkte für die Subsumtion konnte für jede der 2 Alternativen bei guter Argumentation erlangt werden]*

- Alternative 1: In der Rechtsprechung wird teilweise vertreten, dass bei einem Irrtum, der in der blossen Verkennung einer Rechtslage liegt, dieser **nicht von vornherein unwesentlich** sei. Zu prüfen ist, ob der Irrtum objektiv und subjektiv wesentlich ist (siehe Definitionen oben).

*I.c. war für Moritz die falsche Vorstellung ein massgeblicher Grund für den Kauf und somit subjektiv wesentlich. Auch in objektiver Hinsicht würde nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr in den Schuhen des Irrenden die falsche Vorstellung als wesentliche Grundlage des Vertrages angesehen. Die Realisierung des Projekts mit dieser Drohne würde auch aus dieser Sicht als massgeblicher Grund zum Kauf gelten.*

Alternative 2: Folgt man der anderen, in Rechtsprechung und Lehre vertretenen Ansicht, so wird die **Kenntnis des geltenden Rechts vermutet**. Damit scheidet i.d.R. die Für-Ungültig-Erklärung eines in Rechtsunkenntnis geschlossenen Vertrages.

Auch die berechnete Erwartung der Rechtskenntnis kennt indes gewisse Grenzen. Im Fall der Rechtsunkenntnis ist die Berufung auf den Grundlagenirrtum ausnahmsweise zulässig, wenn (kumulativ):

- (1) Objektiv betrachtet eine komplexe Rechtslage besteht, die besondere Spezialkenntnisse erfordert,
- (2) die Rechtsinformationen nicht leicht zu beschaffen waren und
- (3) im konkreten Fall die mangelnde oder mangelhafte Rechtskenntnis die subjektiv vorausgesetzte Vertragsgrundlage betraf.<sup>3</sup>

*Im vorliegenden Fall hatte Moritz keine Kenntnis vom für die Stadt Zürich geltenden neuen Gesetz. Sein Irrtum, das Fliegenlassen von Drohnen auf dem Stadtgebiet sei legal und ohne weiteres zulässig, beruht auf einem klassischen Rechtsregelirrtum infolge Rechtsunkenntnis. Da jedoch die Kenntnis des Rechts vermutet wird, kann sich Moritz grundsätzlich nicht auf den Rechtsirrtum berufen. Ebenso kann allerdings vertreten werden, dass Moritz, etwa aufgrund seines Alters, ein Spezialgesetz nicht kennen musste. In diesem Falle kann die Wesentlichkeit bejaht werden.*

### 3) Erkennbarkeit

Nach strittiger Ansicht muss die Bedeutung, die der Irrende dem irrümlich vorgestellten Sachverhalt beimisst, auch für den Irrtumsgegner erkennbar sein.

*I.c. war es für den Verkäufer erkennbar, dass Moritz denkt, er werde mit der gekauften Drohne Zürich überfliegen können.*

<sup>3</sup> BK OR-SCHMIDLIN, N 223 zu Art. 24.



Abs. 1 OR dar, wenn der täuschenden Partei eine Aufklärungspflicht obliegt.

#### Aktive Täuschungshandlung

Die Täuschung kann zunächst **aktiv** in der Vorspiegelung falscher Tatsachen oder in der aktiven Unterdrückung richtiger Tatsachen bestehen.

*Franz löst im vorliegenden Fall weder Moritz' Rechtsirrtum aus, noch bestärkt er ihn in diesem. Er verhält sich passiv. Es kann deshalb nicht von einer aktiven Täuschungshandlung gesprochen werden.*

#### Passive Täuschungshandlung

Ein täuschendes Verhalten kann auch **passiv** bei Verschweigen vorhandener Tatsachen erfolgen, sofern den Vertragspartner eine **Aufklärungspflicht** trifft. Eine entsprechende Pflicht ergibt sich entweder **aus Vertrag** (i.), einer **besonderen gesetzlichen Bestimmung** (ii.) oder dem **Grundsatz von Treu und Glauben** (iii.). Weiter kann eine erhöhte Pflicht, den Vertragspartner aufzuklären, in der **besonderen Rechtsnatur** (iv.) eines Vertrages begründet sein.

*Hier fällt eine passive Täuschung durch Verschweigen von Tatsachen durch den Vertragspartner selbst in Betracht. Franz **wusste oder hätte** zumindest **wissen müssen**, dass seit dem 1. Januar auf dem Stadtgebiet Zürich von Privatpersonen keine Drohnen (> 1 kg) mehr bedient werden dürfen.*

Eine passive Täuschungshandlung verlangt zusätzlich das Vorliegen einer Aufklärungspflicht. Von einer **Aufklärungspflicht** aus Vertrag (i.) oder besonderer gesetzlicher Bestimmung (ii.) kann hier nicht die Rede sein. Bei Dauerschuldverhältnissen und besonderen Vertrauensverhältnissen ist aufgrund ihrer Rechtsnatur (iv.) von einer Aufklärungspflicht auszugehen, weniger bei **einmaligen Austauschverhältnissen**. Einen Verkäufer trifft grundsätzlich keine Pflicht, den Käufer bei einem einfachen Kauf von sich aus über alle relevanten Umstände zu informieren.

Der Käufer kann jedoch erwarten, dass er über Umstände, die den klar erkennbaren Vertragszweck vereiteln, aufgeklärt wird. Nach **Treu und Glauben** (iii.) besteht eine erhöhte Aufklärungspflicht, wenn es sich um **hoch technische und nicht alltägliche Geschäfte** handelt, bei denen eine starke **Informationsasymmetrie** zwischen Käufer und Verkäufer besteht.

*Eine solche ist bei einem hochspezialisierten Elektronikgeschäft zu bejahen. Franz' Aufgabe besteht gerade darin, Kunden bei der Wahl des passenden Fluggeräts zu beraten. Dazu gehört auch die Aufklärung von Kunden, die im entsprechenden Gebiet erkennbar Laien sind. Die Aufklärungspflicht ist auch deshalb zu*

*bejahen, weil Franz erkennen musste, dass sein Gegenüber sich in einem Irrtum befindet. Es liegt eine passive Täuschungshandlung vor. (A.A. vertretbar).*

### 3) Kausalität

Der durch Täuschung hervorgerufene Motivirrtum muss für den Vertragsschluss bzw. Vertragsinhalt kausal sein.

*Vorliegend glaubt Moritz irrtümlicherweise, er könne seine bei Franz erworbene Drohne auf dem Zürcher Stadtgebiet fliegen lassen und die Aufnahmen für sein Projekt nutzen. Es ist davon auszugehen, dass Moritz keine oder nur **eine kleinere, leichtere Drohne erworben hätte, wenn er von der Gesetzesänderung gewusst hätte**. Nur aufgrund seines Rechtsirrtums willigt er in den Kauf ein.*

*Der durch die passive Täuschung unentdeckt gebliebene Rechtsirrtum auf Seiten von Moritz ist somit für den Vertragsschluss zwischen Franz und Moritz kausal.*

### 4) Täuschungsabsicht

Die Täuschung muss **absichtlich** erfolgen, der Täuschende muss die Unrichtigkeit seiner Aussagen oder den Irrtum bei seinem Gegenüber erkennen und mit der Absicht handeln, bei der Gegenpartei einen Motivirrtum herbeizuführen oder einen solchen durch Schweigen aufrecht zu erhalten, obwohl eine Aufklärungspflicht besteht. **Fahrlässige Falschangaben** führen hingegen **nicht** zur Anwendung des Art. 28 OR, können aber Ansprüche aus *culpa in contrahendo* auslösen (siehe hierzu sogleich). Für eine Täuschungsabsicht genügt freilich auch **dolus eventualis**, so dass eine Anfechtung in Frage kommt, wenn jemand auf Geratewohl, ohne vom betreffenden Sachverhalt überhaupt Kenntnis zu besitzen, unrichtige Angaben macht oder billigend eine Täuschung in Kauf nimmt.

*Laut SV wurden alle Verkaufsstellen durch ein Rundschreiben über die Gesetzesänderung informiert. Es kann also davon ausgegangen werden, dass Franz vom Verbot wusste. Als auf Drohnen spezialisiertes Elektronikgeschäft hätte er auf alle Fälle davon wissen müssen. Auf ein Schildern von Moritz' Projekt und der geplanten Verwendungsart hin unterlässt es Franz, ihn über die geltende Gesetzeslage zu informieren, wohlwissend, dass bei entsprechender Information der Kauf über diese Drohne wohl nicht getätigt würde. Damit **handelt er mindestens in dolus eventualis**, wenn nicht sogar in direktem Vorsatz, Moritz durch die passive Täuschungshandlung in seinem Irrglauben zu lassen. Das Vorliegen einer Täuschungsabsicht bei Franz ist somit zu bejahen.*

*[Korrekturhinweis: Bei guter Argumentation ist ebenfalls vertretbar, dass der Verkäufer eine bloss fahrlässige Falschangabe getätigt hat, etwa*

<p><i>weil er sich an das neu erlassene Gesetz schlicht nicht erinnert hat. Dann müsste die Täuschungsabsicht verneint werden, da sie bloss auf einer Fahrlässigkeit beruht.]</i></p> <p><b>5) Kein Rechtfertigungsgrund</b>  Eine weitere Voraussetzung für die Bejahung einer absichtlichen Täuschung ist das <b>Fehlen von Rechtfertigungsgründen</b>. Der Gesetzgeber verlangt nicht ausdrücklich, dass die absichtliche Täuschung widerrechtlich sein muss, sie wird per se als widerrechtlich angeschaut. Dennoch muss geprüft werden, ob allfällige Rechtfertigungsgründe ins Gewicht fallen, die das Verhalten rechtfertigen.  <i>Aus dem Sachverhalt sind keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich. Das Verschweigen der zusätzlichen Informationen durch Franz bei klarem Wissen um den Irrtum bei Moritz ist nicht gerechtfertigt.</i></p> <p><b>6) Keine Verwirkung</b>  Wenn der getäuschte, sich in einem Irrtum befindende Vertragspartner dem anderen nicht <b>binnen Jahresfrist</b> eröffnet, dass er den Vertrag nicht halte, so gilt der Vertrag nach <b>Art. 31 Abs. 1 OR</b> als genehmigt. Es handelt sich dabei um eine Verwirkungsfrist. Im Falle einer Täuschung beginnt die Frist nach <b>Art. 31 Abs. 2 OR</b> mit der <b>Entdeckung der Täuschung</b> zu laufen. <i>Moritz wird noch am Tag der Abholung vom Nachbar darauf aufmerksam gemacht, dass das Fliegenlassen seiner erworbenen Drohne gesetzlich verboten ist. Somit beginnt für ihn die Frist noch gleichentags zu laufen. Die einjährige Frist zur Geltendmachung der Täuschung nach Art. 31 Abs. 1 OR ist folglich noch nicht abgelaufen.</i></p>	
<p><b>Zwischenergebnis:</b> Sämtliche Voraussetzungen der absichtlichen Täuschung sind erfüllt. Es liegt eine absichtliche Täuschung nach Art. 28 Abs. 1 OR vor.</p>	<p><b>0.5</b></p>
<p>[Korrekturhinweis: Wenn man die Täuschungsabsicht bei Franz verneint, mit der Argumentation, dass aus dem Sachverhalt nicht stringent hervorgeht, dass er in diesem Moment tatsächlich absichtlich getäuscht hat, wären als nächstes mögliche Ansprüche aus <i>culpa in contrahendo</i> anzuprüfen. Dabei konnten die Kandidaten gleich viele Punkte holen wie mit einer zu Ende geführten Prüfung der Täuschung.]</p> <p><b>Alternativer Lösungsweg Culpa in contrahendo</b></p> <p>Wird im vorliegenden Fall die absichtliche Täuschung durch Franz verneint, wären Ansprüche aus <i>culpa in contrahendo</i> zu erwägen,<sup>4</sup></p>	<p><b>5</b>  Alternativ zu B.III.b.5) und 6) sowie D.</p>

<sup>4</sup> BSK-Schwenzer, Art. 28 OR, N 11, vgl. auch Kuko-Blumer, Art. 28 OR, N 5.

<p>die – nach einem Teil der Lehre – auch ein Gestaltungsrecht auf Vertragsaufhebung begründen können.<sup>5</sup></p> <p>Die rechtliche Einordnung der <i>culpa in contrahendo</i> ist streitig, so klassifizierte sie das Bundesgericht etwa als einen Unterfall der Vertrauenshaftung, der darum eine eigene Haftungsgrundlage zwischen Vertrag und Delikt darstelle.<sup>6</sup></p> <p>Eine Haftung aus <i>culpa in contrahendo</i> setzt folgendes voraus:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>(1) Die Schädigerin und der Geschädigte verhandeln über einen Vertrag; <i>I.c. findet zwischen M und F ein Kontakt hinsichtlich des Abschlusses eines Rechtsgeschäfts – konkret dem Kauf der Drohne – statt;</i></li> <li>(2) Die Schädigerin begründet durch ihr Verhalten beim Geschädigten ein schutzwürdiges Vertrauen; <i>I.c. vertraute M auf das Zustandekommen des Vertrags;</i></li> <li>(3) Fahrlässige Falschangabe durch die Schädigerin; <i>I.c. u.U. Verletzung einer Aufklärungspflicht durch den F;</i></li> <li>(4) Der Verhandlungspartner erleidet einen Schaden (grds. Vertrauensinteresse, Diskussion, ob die Haftung aus culpa in contrahendo auch ein Gestaltungsrecht zur Vertragsaufhebung begründet)<sup>7</sup>;</li> <li>(5) Verjährung (nach BGer nach OR 60, a.A. Lehre OR 127);</li> <li>(6) Verschulden (nach BGer nach OR 97, a.A. vertretbar).</li> </ol>	
<p><b>C. Übervorteilung (Art. 21 OR)</b></p> <p>Beim Tatbestand der Übervorteilung liegt eine Kombination zwischen einem Inhalts- und einem Willensmangel vor. Zur Erfüllung des Tatbestands von Art. 21 OR müssen drei Voraussetzungen kumulativ gegeben sein:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>(1) Offenbares Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung;</li> <li>(2) Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit beim Übervorteilten;</li> <li>(3) Ausbeutung dieser Situation durch den Übervorteilenden.</li> </ol> <p>Aufgrund der Informationsasymmetrie im vorliegenden Sachverhalt bietet sich eine Anprüfung der Übervorteilung an. Sie wäre hier jedoch zu verneinen, da <b>kein offensichtliches Missverhältnis</b> ersichtlich ist.</p>	<b>1</b>
<p><b>D. Wirkungen von erfolgreich geltend gemachten Willensmängeln</b></p> <p>Die Rechtsfolge der Täuschung bzw. des Grundlagenirrtums ist grundsätzlich die <b>einseitige Unverbindlichkeit des Vertrages</b> (Art. 23/28 Abs. 1 OR). Die Befugnis, sich auf den Willensmangel und damit auf die Ungültigkeit des Vertrages zu berufen, steht nur der irrenden oder</p>	<b>3</b>

<sup>5</sup> so z.B. Schwenger, OR AT, 7. Aufl. N 47.14; a.A. Huguenin, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl. N 1562.

<sup>6</sup> BGE 134 III 390 E. 4.3.2; 130 III 345 E. 2.1; a.A. vertretbar, vgl. für eine Meinungsübersicht Huguenin, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl. N 1531.

<sup>7</sup> so z.B. Schwenger, OR AT, 7. Aufl. N 47.14; a.A. Huguenin, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl. N 1562.

<p>getäuschten Partei zu.</p> <p>Die geschützte Partei kann den Vertrag entweder (stillschweigend oder ausdrücklich) <b>genehmigen</b> oder <b>für ungültig erklären</b>. Solange sie weder das eine noch das andere getan hat, die Frist zur Ungültigerklärung jedoch noch läuft, befindet sich der Vertrag in einem <b>Schwebezustand</b>. Für diesen Zustand werden in der Lehre <b>drei Theorien</b> vertreten: die Ungültigkeitstheorie, die Anfechtungstheorie und die Theorie der geteilten Ungültigkeit.</p> <p>[Korrekturhinweis: Eine genaue Erläuterung der verschiedenen Theorien über den Schwebezustand vor einer Genehmigung oder Für-Ungültig-Erklärung wurde hier nicht verlangt, weil sie keine Auswirkungen auf das Lösungsergebnis haben]</p> <p>Macht der Getäuschte, i.c. Moritz, den Willensmangel erfolgreich geltend, ist der Vertrag ungültig. <b>Unabhängig davon welcher Theorie gefolgt wird fällt der Vertrag dadurch <i>ex tunc</i> dahin</b>. Es handelt sich vorliegend nicht um einen Vertrag, der aus praktischen Gründen nicht mehr rückabgewickelt werden kann. Insbesondere weil noch keine Erfüllungshandlungen vorgenommen wurden, genügt eine einfache Ungültigerklärung, um den Vertrag „aus der Welt zu schaffen“.</p> <p>Die Ungültigerklärung ist eine <b>Gestaltungserklärung</b>, die nur die übervorteilte, d.h. die vom Willensmangel betroffene Partei fristgerecht abgeben kann. Somit kann Moritz den Vertrag für ungültig erklären, indem er dies gegenüber Franz <b>binnen Jahresfrist</b> erklärt. Da Moritz noch am selben Tag vom Willensmangel erfährt, kann er sogleich gegenüber seinem Vertragspartner Franz die Ungültigkeit erklären.</p>	
<p><b>E. Ergebnis</b></p> <p>Wenn Moritz den Willensmangel rechtzeitig gegenüber Franz geltend macht und den Vertrag für ungültig erklärt, fällt der Vertrag mit Wirkung <i>ex tunc</i> dahin. Weil i.c. die Leistungen noch nicht ausgetauscht wurden, ist auch keine Rückabwicklung des Vertrages nötig. Moritz muss den Kaufpreis von CHF 549.- <b>nicht bezahlen</b>.</p>	<b>1</b>

## Aufgabe 2

Zwischentotal Punkte Aufgabe 2: 40

## Total

Zwischentotal Punkte Aufgabe 1: 80

Zwischentotal Punkte Aufgabe 2: 40

Total Punkte Prüfung Privatrecht I: 120