Urteilskopf

133 III 153

18. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung i.S. Schnyder gegen Ringier AG und Kraushaar (Berufung) 5C.66/2006 vom 7. Dezember 2006

Regeste (de):
Art. 28a Abs. 3 ZGB; Gewinnherausgabe.

Der Anspruch auf Gewinnherausgabe setzt keine eigentliche Geschäftsanmassung voraus (E. 2.4). Er kann zum Schadenersatzanspruch hinzutreten (E. 2.5). Zu beweisen sind Persönlichkeitsverletzung, Gewinn und Kausalzusammenhang; wo kein strikter Beweis möglich ist, genügt überwiegende Wahrscheinlichkeit (E. 3.3). Kriterien für die Gewinnermittlung bei der Berichterstattung durch Printmedien (E. 3.4-3.6).

Regeste (fr):
Art. 28a al. 3 CC; remise du gain.

Le droit à la remise du gain ne suppose pas une gestion intéressée de mauvaise foi (consid. 2.4). Il peut se cumuler avec le droit à des dommages-intérêts (consid. 2.5). Doivent être prouvés l'atteinte à la personnalité, le gain et le lien de causalité; là où une preuve stricte est impossible, une vraisemblance prépondérante suffit (consid. 3.3). Critères pour la détermination du gain en relation avec un article publié dans la presse écrite (consid. 3.4-3.6).

Regesto (it):
Art. 28a cpv. 3 CC; consegna dell'utile.

Il diritto alla consegna dell'utile non presuppone un'autentica gestione d'affari senza mandato imperfetta (consid. 2.4). Esso può essere cumulato con il risarcimento danni (consid. 2.5). Devono essere provati la lesione della personalità, l'utile e il nesso di causalità; dove non può essere apportata una prova rigorosa è sufficiente la verosimiglianza preponderante (consid. 3.3). Criteri per determinare l'utile con riferimento alla cronaca pubblicata sulla stampa (consid. 3.4-3.6).

Sachverhalt ab Seite 154

BGE 133 III 153 S. 154

A. Willy Schnyder (Kläger) ist der Vater der Tennisspielerin Patty Schnyder. Diese unterhielt mit Rainer Harnecker eine Liebesbeziehung, die vom Kläger als besorgniserregend eingestuft wurde. Zur Klärung seiner Bedenken setzte er auf seine Tochter den Privatdetektiv Rainer Hofmann an, der seinerseits eine Beziehung zu Patty Schnyder aufnahm. Aufgrund der strafrechtlichen Vergangenheit Hofmanns äusserte der Kläger wiederum Bedenken gegen den neuen Geliebten seiner Tochter. Das Verhältnis zwischen dem Kläger und Patty Schnyder verschlechterte sich in der Folge.
Beat Kraushaar (Beklagter Ziff. 2) verfasste im Jahr 2002 für den zur Ringier AG (Beklagte Ziff. 1) gehörenden Sonntagsblick verschiedene Artikel, unter anderem auch solche, in denen sich Patty Schnyder über die Beziehung zu ihrem Vater äusserte.

B. Mit Klage vom 28. Mai 2003 stellte Willy Schnyder das Begehren, es sei festzustellen, dass die Beklagten mit ihrer Berichterstattung in folgenden Ausgaben des Sonntagsblicks seine Persönlichkeit widerrechtlich verletzt hätten: - Ausgabe vom 10. Februar 2002: Titelseite : "Blanker Hass! - Patty Schnyder klagt ihre Eltern ein - 'Sie sind wie die Taliban"'; Artikel mit dem Titel: "Veruntreuung, Erpressung, Nötigung - schwere Vorwürfe Patty Schnyders an ihre Eltern - Pattys härtester Kampf"; - Ausgabe vom 17. Februar 2002: Artikel mit dem Titel: "Patty will ihr Geld zurück - Vater Schnyder und seine Briefkastenfirmen"; - Ausgabe vom 10. März 2002: Artikel mit dem Titel: "Greenpeace attackiert Pattys Vater"; - Ausgabe vom 3. November 2002: Aushang : "Patty Schnyder gewinnt Mio.-Prozess gegen Vater"; Titelseite : "Patty Schnyder: Sieg vor Gericht - gegen den eigenen Vater"; Artikel mit dem

Titel: "Patty Schnyder: 'Dann will ich meinen Vater im Gefängnis sehen"'. Nebst der Feststellung der Persönlichkeitsverletzung verlangte der Kläger sodann die Veröffentlichung des Urteils, die Löschung der betreffenden Artikel auf dem Internet sowie die Verurteilung der Beklagten zu Schadenersatz von Fr. 7'395.-, zu einer Genugtuung von Fr. 5'000.- und zur Herausgabe des Gewinns. In teilweiser Gutheissung der Klage stellte das Bezirksgericht Zürich, 6. Abteilung, mit Urteil vom 28. Oktober 2004 fest, dass der Kläger durch den Artikel im Sonntagsblick vom 17. Februar 2002 in seiner Persönlichkeit insoweit widerrechtlich verletzt worden sei, als er darin tatsachenwidrig als Geschäftsmann, der undurchsichtige Finanzgeschäfte tätigt, dargestellt worden war, und verpflichtete die Beklagte Ziff. 1 zur entsprechenden Urteilsveröffentlichung. Die übrigen Begehren wies das Bezirksgericht ab, soweit es darauf eintrat. Mit Urteil vom 16. Dezember 2005 stellte das Obergericht des Kantons Zürich in weiterer teilweiser Gutheissung der Klage zusätzlich fest, dass der Kläger durch den Artikel im Sonntagsblick vom 10. Februar 2002 in seiner Persönlichkeit insofern widerrechtlich verletzt worden sei, als er in seiner Rolle als Vater als "Taliban" bezeichnet und der Straftatbestände der Veruntreuung, Erpressung, Nötigung und des unbefugten Aufnehmens von Gesprächen verdächtigt worden war, und verpflichtete die Beklagte Ziff. 1 zur entsprechenden Urteilsveröffentlichung. Die übrigen Begehren wies das Obergericht ab, soweit es darauf eintrat.

C. Gegen das Urteil des Obergerichts hat Willy Schnyder am 14. Februar 2006 beschränkt auf die Punkte der Gewinnherausgabe und der Genugtuung Berufung eingereicht mit den Begehren um Verurteilung der Beklagten Ziff. 1 zur Herausgabe eines Gewinns von Fr. 75'000.- nebst Zins, eventualiter um Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Ermittlung des Gewinns, sowie um solidarische Verurteilung der Beklagten zu einer Genugtuungszahlung von Fr. 5'000.- zugunsten der gemeinnützigen Organisation "Neustart" und zu den Kosten sämtlicher Instanzen. In ihrer Antwort vom 5. September 2006 haben die Beklagten die Abweisung der Berufung verlangt, soweit darauf einzutreten sei. Das Bundesgericht heisst die Berufung teilweise gut.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Der Kläger verlangt von der Beklagten Ziff. 1 die Herausgabe eines im Zusammenhang mit der kritisierten Berichterstattung entstandenen Gewinns von Fr. 75'000.-.

2.1 Das Obergericht hat zunächst das Begehren des Klägers um Zuspruch von Fr. 7'395.- als Schadenersatz für die Kosten des Verfahrens vor dem Presserat abgewiesen mit der Begründung, dessen Entscheid habe sich lediglich mit den spezifischen berufsethischen Fragen auseinandergesetzt und in diesem Zusammenhang einen Verstoss gegen das berufsethische Fairnessprinzip festgestellt; hingegen sei der Presserat auf die gerügte Verletzung der Persönlichkeit nicht eingetreten. Insofern weise das Verfahren vor dem Presserat mit dem vorliegenden keinen Zusammenhang auf. Mit Bezug auf die Gewinnherausgabe hat das Obergericht sodann erwogen, Schadenersatz und Gewinnherausgabe schlössen sich regelmässig aus. Weil der Kläger mit seinem Rechtsbegehren Ziff. 4 Schadenersatz verlangt habe, könne er nicht mit einem weiteren Begehren (Ziff. 6) Gewinnherausgabe verlangen.

2.2 Der Kläger sieht in dieser Begründung Bundesrecht verletzt. Er macht geltend, die Ansprüche könnten sich schon deshalb nicht gegenseitig ausschliessen, weil Art. 28a Abs. 3 ZGB die Konjunktionen "und" bzw. "sowie" brauche. Es seien denn auch diverse Konstellationen denkbar, in denen der Schadenersatz nicht in der Gewinnherausgabe aufgehe oder umgekehrt; dies sei auch in der Lehre anerkannt. Die Beklagten bestreiten diesen Standpunkt und bringen vor, der Verzicht auf Schadenersatz im bundesgerichtlichen Verfahren eröffne keine Möglichkeit, nunmehr das Begehren um Gewinnherausgabe gutzuheissen.

2.3 Ausgehend von der Prämisse, Schadenersatz und Gewinnherausgabe seien nur alternativ möglich, hat das Obergericht erwogen, zufolge des Schadenersatzbegehrens könne auf dasjenige um Gewinnherausgabe von vornherein nicht eingetreten werden. Nun ist aber das Letztere nicht als Eventual-, sondern als eigenständiges Begehren formuliert worden; sodann kann es nicht auf die Reihenfolge ankommen, in welcher unabhängige Hauptbegehren gestellt werden. Würde die Prämisse, die Ansprüche seien im vorliegenden Fall

nur alternativ möglich, zutreffen, könnten zwar nach dem Gesagten nicht beide Ansprüche gutgeheissen werden; bei Abweisung des einen wäre jedoch der andere materiell zu prüfen. Schon aus diesem Grund gehen die Ausführungen der Beklagten an der Sache vorbei und ist der Anspruch auf Gewinnherausgabe im Rahmen des Berufungsverfahrens zu prüfen. Ohnehin ist aber die Prämisse in ihrer Absolutheit falsch, hängt doch die Frage der Kumulation bzw. Alternativität von der Art des Schadenersatzes ab (dazu E. 2.5).

2.4 Bei der Gewinnherausgabe im vorliegend interessierenden Kontext geht es um die Abschöpfung geldmässiger Vorteile, die der Verletzer aus dem unrechtmässigen Eingriff in das Rechtsgut der Persönlichkeit, mithin durch widerrechtliche Verletzung einer geschützten fremden Rechtssphäre erlangt hat. In der Lehre ist kontrovers, ob die Gewinnherausgabe nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung zu behandeln sei oder ob sie einen Anwendungsfall der (unechten) Geschäftsführung ohne Auftrag darstelle (vgl. aus der reichhaltigen Literatur etwa: WEBER, Gewinnherausgabe - Rechtsfigur zwischen Schadenersatz-, Geschäftsführungs- und Bereicherungsrecht, ZSR 111/1992 I S. 333 ff.; BÜRGI-WYSS, Der unrechtmässig erworbene Vorteil im schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich 2005, insb. S. 99 ff.; NIETLISPACH, Zur Gewinnherausgabe im schweizerischen Privatrecht, Diss. Bern 1994, insb. S. 93 ff. und 412 ff.; HOLENSTEIN, Wertersatz oder Gewinnherausgabe?, Diss. Zürich 1983, insb. S. 158 ff.). Im ersteren Fall ergeben sich insofern Schwierigkeiten, als die ungerechtfertigte Bereicherung auf die im Zusammenhang mit einer vorausgegangenen Vermögensverschiebung stehende Rückerstattung von Sachleistungen (wenn möglich in natura) hin konzipiert ist (vgl. Gesetzestext von Art. 62 Abs. 1 OR); die Rechtsfolgen der ungerechtfertigten Bereicherung sind mit anderen

Worten auf die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes gerichtet. Die Gewinnherausgabe zielt indes nicht auf Restitution, sondern auf Abschöpfung; sie hat mit anderen Worten gerade keine restitutio in integrum zum Inhalt.
Bei der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag steht die Frage im Vordergrund, ob nach dem strikten Wortlaut von Art. 423 Abs. 1 OR eine eigentliche "Geschäftsführung" - zwar im Gegensatz zur echten keine altruistische, wohl aber eine usurpierte, d.h. eine Geschäftsanmassung - gegeben sein muss, oder ob sich auch

BGE 133 III 153 S. 158

diejenigen Fälle unter die unechte Geschäftsführung subsumieren lassen, in denen der Verletzte selbst entweder gar kein Geschäft hätte führen können oder er jedenfalls keines geführt hätte. Eine Geschäftsanmassung liegt etwa dann vor, wenn mit entwendeten Aufnahmen eines Fotomodels ein Gewinn erwirtschaftet wird, den durch eigene Verwertung das Model hätte erzielen können; demgegenüber ist es nicht denkbar, dass der Kläger im vorliegenden Fall selbst eine Pressekampagne gegen sich geführt und damit einen Gewinn erzielt hätte. Mit der Verweisung in Art. 28a Abs. 3 ZGB - analoge Bestimmungen finden sich in Art. 9 Abs. 3 UWG (SR 241), Art. 12 Abs. 1 lit. c KG (SR 251), Art. 62 Abs. 2 URG (SR 231.1), Art. 55 Abs. 2 MSchG (SR 232.11) und Art. 35 Abs. 2 DesG (SR 232.12) - dürfte die beschriebene Kontroverse gegenstandslos sein; der Gesetzgeber geht davon aus, dass bei widerrechtlicher Verletzung von Persönlichkeitsrechten grundsätzlich ein Gewinnherausgabeanspruch entsprechend den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag besteht. Indes stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob es sich dabei um eine Rechtsgrund- oder um eine Rechtsfolgeverweisung handelt. Im ersten Fall kommen die Regeln der (unechten) Geschäftsführung ohne Auftrag nur zur Anwendung, wenn die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind, während bei einer Rechtsfolgeverweisung die Tatbestandsmerkmale von Art. 423 OR nicht erfüllt sein müssen - eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung genügt (vgl. NIETLISPACH, a.a.O., S. 133 und 416).
Zwar lassen die Ausführungen in der Botschaft vom 5. Mai 1982 eher auf eine Rechtsgrundverweisung schliessen (vgl. BBl 1982 II 663 f.), der Gesetzestext selbst ist indes offen. Zudem ergibt sich aus der Verweisung in Art. 28a Abs. 3 ZGB sinngemäss, dass die Rechtsfolgen der unechten Geschäftsführung auch dann zum Tragen kommen müssen, wenn der Verletzer sich kein Geschäft des Verletzten anmasst; andernfalls wäre sie weitgehend inhaltsleer, ist doch die - namentlich bei Immaterialgüterrechten typische - Usurpation im Bereich des Persönlichkeitsschutzes nur im Zusammenhang mit der Verwertung vermögenswerter aus dem Persönlichkeitsrecht fliessender Nutzungsrechte möglich (SCHMID, Zürcher Kommentar, N. 44 f. zu Art. 423 OR). Bei Persönlichkeitsverletzungen durch die Presse trifft dies kaum je zu, ist es doch nur schwer denkbar, dass das Opfer gegen sich selbst eine Kampagne geführt hätte.

BGE 133 III 153 S. 159

In der Lehre wird im Zusammenhang mit Persönlichkeitsverletzungen denn auch mehrheitlich nicht die Auffassung vertreten, dass eine Gewinnherausgabe nur bei der Geschäftsanmassung möglich wäre und die widerrechtliche Verletzung eines absoluten Rechtsgutes nicht genügen würde (vgl. SCHMID, Zürcher Kommentar, N. 45 zu Art. 423 OR; ders. , Die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, S. 428; TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, Zürich 1984, N. 2130; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Persönlichkeitsschutz und Massenmedien, recht 22/2004 S. 146 oben; a.M.: NIETLISPACH, a.a.O., S. 136; HOLENSTEIN, a.a.O., S. 162). Dass eine eigentliche Usurpation als ausschlaggebendes Wesensmerkmal der unechten Geschäftsführung vorliegen müsste, ergibt sich im Übrigen auch aus dem Obligationenrecht nicht zwingend; der Legaldefinition von Art. 423 Abs. 1 OR lässt sich einzig das Element der eigennützigen (egoistischen) Tätigkeit im Gegensatz zur altruistischen bei der echten Geschäftsführung ohne Auftrag gemäss

Art. 419 Abs. 1 OR entnehmen. Dazu kommt, dass die unechte primär aus historischen Gründen im Anschluss an die echte Geschäftsführung ohne Auftrag geregelt ist (vgl. WEBER, a.a.O., S. 340). In der Lehre wird darauf hingewiesen, dass die unechte Geschäftsführung von ihrem Wesen her eigentlich einen allgemeinen Rechtsgrundsatz darstellt und deshalb in den allgemeinen Teil des Obligationenrechts gehören würde (WEBER, a.a.O., S. 336; SCHMID, Zürcher Kommentar, N. 6 zu Art. 423 OR). Sie weist denn auch insofern eine Nähe zur (Eingriffs-)Kondiktion auf, als ihr der Sache nach ein Eingriffstatbestand zugrunde liegt.
Zusammenfassend ergibt sich, dass jedenfalls nach objektiv-zeitgemässem Verständnis allein das Moment des unrechtmässigen Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht eines Dritten massgeblich ist und deshalb insbesondere auch diejenigen Konstellationen nach den Regeln der unechten Geschäftsführung zu beurteilen sind, bei denen der Verletzte selbst nicht tätig geworden wäre und deshalb keine eigentliche Geschäftsanmassung vorliegt.

2.5 Ein Unterschied zwischen den soeben beschriebenen Grundtypen der unechten Geschäftsführung besteht jedoch insofern, als die Schadensart des entgangenen Gewinns (lucrum cessans) nur bei der Usurpationskonstellation auftreten kann. Hier dürften sich entgangener Gewinn und Gewinnherausgabe insofern regelmässig ausschliessen, als der eine Anspruch im anderen aufgeht (entgangene Möglichkeit, das Geschäft selbst zu führen, weil der Geschäftsanmasser

es bereits geführt hat). Darauf wird in der Lehre mit eingehender Begründung verwiesen (SCHMID, Zürcher Kommentar, N. 175 zu Art. 423 OR; TERCIER, a.a.O., N. 2114; STÖCKLI, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung, Diss. Freiburg 1999, N. 1226), und auf solche Konstellationen bezieht sich auch die vom Obergericht zur Begründung seines Standpunktes angeführte Aussage in BGE 97 II 169 E. 3a S. 178 und BGE 98 II 325 E. 5a S. 333, Schadenersatz und Gewinnherausgabe schlössen sich aus. Greift hingegen der Verletzer - wie im vorliegenden Fall - unrechtmässig in die geschützte Rechtssphäre des Opfers ein, ohne im eigentlichen Sinn ein Geschäft zu besorgen, welches dieses selbst geführt hätte bzw. hätte führen wollen, so kann dem Verletzten kein Gewinn entgangen und auch kein so gearteter Schaden entstanden sein. Demgegenüber ist es sehr wohl möglich, dass ihm - was auch bei der eigentlichen Geschäftsanmassung zutreffen kann - ein positiver Schaden (damnum emergens) entsteht. So hätte der Kläger beispielsweise infolge der inkriminierten Berichterstattung seine Stelle verlieren und infolge Arbeitslosigkeit Schaden erleiden können. Ein solcher positiver Schaden geht nicht im Anspruch auf Gewinnherausgabe auf, und er muss folglich kumulativ geltend gemacht werden können (SCHMID, Zürcher Kommentar, N. 176 zu Art. 423 OR; TERCIER, a.a.O., N. 2113; STÖCKLI, a.a.O., N. 1227). Nichts anderes gilt im vorliegenden Fall mit Bezug auf die Kosten des Presseratverfahrens. Diese stellen keinen entgangenen Gewinn des verletzten Klägers dar, und ebenso wenig haben sie etwas mit der Entstehung eines allfälligen Gewinns bei der verletzenden Beklagten Ziff. 1 zu tun; vielmehr wären sie ein (positiver) Vermögensschaden des Klägers. Die Frage ist indes nicht weiter zu erörtern, weil das entsprechende Schadenersatzbegehren im bundesgerichtlichen Verfahren fallengelassen worden ist.

3. Steht nach dem Gesagten fest, dass dem Kläger im Grundsatz ein Anspruch auf Gewinnherausgabe zukommt, sind dessen Voraussetzungen im Einzelnen zu prüfen.

3.1 Im Sinn einer Eventualbegründung hat das Obergericht hierzu erwogen, der Kläger habe nicht substanziiert nachgewiesen, inwiefern jeder einzelne der vier kritisierten Artikel zu einer Auflagesteigerung geführt habe bzw. keine anderen Artikel absatzfördernd gewirkt hätten; vielmehr begnüge er sich mit entsprechenden Behauptungen.

3.2 Diesbezüglich macht der Kläger eine Verletzung von Art. 8 und Art. 28a Abs. 3 ZGB sowie Art. 42 Abs. 2 OR geltend. Er führt aus, vor beiden kantonalen Instanzen zahlreiche Indizien und Beweisofferten dafür geliefert zu haben, dass die persönlichkeitsverletzenden Artikel für die Beklagte Ziff. 1 gewinnsteigernd gewirkt hätten; damit habe er alles ihm Zumutbare und Mögliche für die Ermittlung des Gewinns getan. Naturgemäss wären die aufschlussreichsten Indizien nur durch die Beklagte Ziff. 1 zu liefern gewesen, die über detaillierte Verkaufsstatistiken verfüge; die betreffenden Editionsbegehren seien indes abgewiesen worden. Selbst bei Abnahme all dieser Beweise wäre aber eine exakte Gewinnermittlung im Zusammenhang mit der Berichterstattung nicht möglich gewesen, weshalb die Vorinstanz die Anforderungen an den Beweis überspannt habe. Vielmehr hätte sie gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR den Gewinn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und Kriterien wie Schwere der Persönlichkeitsverletzung, subjektive Motivation des Medienunternehmens sowie Grösse und Aufmachung des Beitrages abschätzen müssen. Es sei davon auszugehen, dass von der Ausgabe des Sonntagsblicks vom 10. Februar 2002 dank der reisserisch aufgemachten Titelgeschichte mindestens 20'000 zusätzliche Exemplare und von der Ausgabe vom 17. Februar 2002 rund 5'000 zusätzliche Exemplare verkauft worden seien. Da nicht verkaufte Exemplare keiner anderweitigen Verwendung zugeführt werden könnten, seien vom Bruttogewinn kaum Gestehungskosten abzuziehen; bei einem Verkaufspreis von Fr. 3.- betrage der herauszugebende Gewinn somit Fr. 75'000.-.
Die Beklagten machen geltend, angebliche Rekordquoten seien nicht im Ansatz bewiesen; nur eine effektiv erfolgte Auflagesteigerung könnte zu einem Gewinn führen, blosse Erwartungen seien unzureichend.

3.3 Beweisthemen bei der Gewinnherausgabe im Zusammenhang mit Persönlichkeitsverletzungen sind demnach die widerrechtliche Verletzung des Persönlichkeitsrechts, die Entstehung eines Gewinns sowie der Kausalzusammenhang zwischen der unrechtmässigen Verletzung und dem erzielten Gewinn. Die widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung durch die beiden Artikel vom 10. und 17. Februar 2002 ist mangels Anfechtung des obergerichtlichen Urteils durch die Beklagten verbindlich festgestellt. Zu prüfen bleibt somit die kausal darauf zurückzuführende Entstehung

eines Gewinns bei der Beklagten Ziff. 1. Zum Beweismass ist vorweg zu bemerken, dass an sich sowohl für den Gewinn als auch für die Kausalität voller Beweis zu erbringen ist. Dieser gilt als erbracht, wenn das Sachgericht nach objektiven Gesichtspunkten vom Vorliegen einer Tatsache überzeugt ist und ihm allfällige Zweifel als unerheblich erscheinen (BGE 128 III 271 E. 2b/aa S. 275). Was den Kausalverlauf anbelangt, genügt indes eine überwiegende Wahrscheinlichkeit, soweit sich ein direkter Beweis aufgrund der Natur der Sache nicht führen lässt (BGE 107 II 269 E. 1b S. 273, BGE 107 II 427 E. 3b S. 430; BGE 113 Ib 420 E. 3 S. 424; BGE 132 III 715 E. 3.1 S. 720). Mit Bezug auf den Gewinn besteht dort eine Beweiserleichterung, wo sich dieser ziffernmässig nicht strikt nachweisen lässt und der Richter ihn deshalb gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR aufgrund einer Schätzung als ausgewiesen erachten darf (BGE 122 III 219 E. 3a S. 221; BGE 128 III 271 E. 2b/aa S. 276); diese Beweiserleichterung bezieht sich sowohl auf das Vorhandensein als auch auf die Höhe des Gewinns (BGE 132 III 379 E. 3.1 S. 381).
In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die von mehreren Autoren vertretene Ansicht (vgl. etwa MEILI, Basler Kommentar, N. 19 zu Art. 28a ZGB; NOBEL/SCHÜRMANN, Medienrecht, 2. Aufl., Bern 1993, S. 251; SCHWAIBOLD, Hohle Hände - grosse Zahlen, Medialex 2006 S. 91 f.), eine Gewinnherausgabe sei nur möglich, wenn in direktem Zusammenhang mit einer persönlichkeitsverletzenden Berichterstattung die Auflage erhöht worden sei, an der Realität vorbeigeht. Wie nachfolgend auszuführen sein wird, kann der Begriff des Gewinns nicht so verstanden werden, dass die Tagesauflage erhöht und gewissermassen Tagesmehreinnahmen erzielt worden sein müssten. Sodann ist zu berücksichtigen, dass sich der unmittelbare Zusammenhang zwischen einer bestimmten Berichterstattung und der Gewinnerzielung aufgrund verschiedener Faktoren (da-

zu ebenfalls nachfolgend) naturgemäss nicht strikt nachweisen lässt. Es dürfen deshalb an den Beweis nicht Anforderungen gestellt werden, welche die Durchsetzung der dem widerrechtlich Verletzten grundsätzlich zustehenden Ansprüche bzw. die Verweisung in Art. 28a Abs. 3 ZGB von vornherein illusorisch machen, zumal so die Bestrebungen des Gesetzgebers zur Stärkung des Persönlichkeitsschutzes bei der seinerzeitigen Revision des Persönlichkeitsrechts (vgl. BBl 1982 II 637) geradezu vereitelt würden. Dem Obergericht kann deshalb nicht gefolgt werden, wenn es die Ausführungen des Klägers als nicht substanziiert qualifiziert hat (was eine Frage des Bundesrechts ist: vgl. BGE 108 II 337 E. 2b S. 339; BGE 123 III 183 E. 3e S. 188).

BGE 133 III 153 S. 163

3.4 Beim Sonntagsblick handelt es sich um eine typische Kioskzeitung, deren Verkaufszahlen im Gegensatz zu einer fast ausschliesslich abonnierten Zeitung a priori stärkeren Schwankungen unterworfen sind. Dies ist umso mehr der Fall, als der "Sonntagsblick" in starker Konkurrenz zu den anderen grossen Sonntagszeitungen wie der "Sonntags-Zeitung" und der "NZZ am Sonntag" steht, und sich erfahrungsgemäss viele Leser erst aufgrund der Aushänge am Kiosk und der Frontseiten bzw. Titelgeschichten entscheiden, welche der Sonntagszeitungen sie kaufen wollen. Die Zahl der verkauften Exemplare einer bestimmten Ausgabe des Sonntagsblicks hängt deshalb nicht nur vom eigenen Produkt ab, sondern auch von der Themenwahl und Aufmachung der Konkurrenzangebote. Ökonomisch von weitaus grösserer Bedeutung dürfte aber der Umstand sein, dass auf längere Sicht die Verkaufszahlen des Sonntagsblicks ganz massgeblich von den grundsätzlichen Erwartungen seiner Leserschaft und der regelmässigen Erfüllung dieser Erwartungen abhängig sind. Der Sonntagsblick grenzt sich von den anderen Sonntagszeitungen dadurch ab, dass er nach seinen eigenen Angaben im Internet "hautnah dabei ist" (Sachverhaltsvervollständigung gemäss Art. 64 Abs. 2 OG). Wer hautnah dabei sein will, muss die natürliche Neugier des Publikums auf vermeintliche und echte Skandale, auf Berichte von Katastrophen und Ereignissen verschiedenster Art, insbesondere aber auch auf (Home-)Storys aus dem Privatleben oder gar der Intimsphäre bekannter Zeitgenossen aus Sport, Politik und Unterhaltung gleichzeitig schüren und befriedigen. Der Sonntagsblick betont denn in seinem Internet-Auftritt auch, "über die Themen, welche die Menschen bewegen", zu berichten: "Die grosse Kontroverse, der heisse Scoop, das berührende Porträt, das harte Interview und die prägnante Analyse." Es ist gerichtsnotorisch und bedarf daher keiner Beweiserhebung, dass der Sonntagsblick sich hierzu auf permanenter persönlichkeitsrechtlicher Gratwanderung befindet und es dabei auch zu Persönlichkeitsverletzungen kommen kann. Die beschriebene Art der Berichterstattung geschieht vor dem Hintergrund des harten Konkurrenzkampfes, dem alle Medien, im kleinen und übersättigten Schweizer Pressemarkt aber insbesondere die Printmedien ausgesetzt sind. Nebst der Steigerung ist deshalb immer mehr auch das Halten der Auflage bzw. der periodisch eruierten Leserzahl, die u.a. für die Werbeeinnahmen wichtig ist, das wesentliche Ziel der Marktteilnehmer. Längerfristig lässt sich die Auflage in dem vom Sonntagsblick abgedeckten Marktsegment nur halten,

BGE 133 III 153 S. 164

wenn die spezifischen Erwartungen der Leserschaft regelmässig erfüllt werden, was nach dem Gesagten unter anderem durch gross aufgemachte Berichte über das private Ungemach bekannter Zeitgenossen geschieht. Hängt aber das wirtschaftliche Fortkommen bzw. die Gewinnerzielung eines ökonomisch auf die betreffende Sparte ausgerichteten Mediums nicht in erster Linie mit der einzelnen Berichterstattung, sondern mit der längerfristig angelegten Befriedigung der spezifischen Erwartungen seiner Leserschaft zusammen, und werden diese dergestalt erfüllt, dass eine scharf an der Persönlichkeitsverletzung entlangführende Linie gefahren wird, bei der es zur Überschreitung der Grenze des Zulässigen kommen kann, muss die Kausalität zwischen unrechtmässiger Persönlichkeitsverletzung und Gewinnerzielung bejaht werden, wenn und soweit die entsprechende Berichterstattung von der Ausrichtung und Aufmachung her geeignet ist, zur Erhaltung der Auflage und damit

zur Gewinnerzielung beizutragen.

3.5 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Höhe des im Zusammenhang mit der unrechtmässigen Persönlichkeitsverletzung generierten Gewinns ziffernmässig nicht strikt bewiesen werden kann. In der Lehre ist unbestritten, dass er deshalb in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR nach Ermessen des Richters zu schätzen ist (TERCIER, a.a.O., N. 2133; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, a.a.O., S. 147; WERRO, La tentation des dommages-intérêts punitifs en droit des médias, Medialex 2002 S. 90; DESCHENAUX/STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, 4. Aufl., Bern 2001, N. 633). Im Rahmen dieser Schätzung können Eckdaten wie Umsatz-, Auflage- und Leserzahlen eine Rolle spielen, insbesondere aber auch Grösse, Aufmachung und Positionierung der Berichterstattung. Massgeblich ist sodann, ob es sich um einen einzelnen Artikel, um eine ganze Serie oder gar um eine eigentliche Kampagne handelt, in welchem Fall die Berichterstattung besonders geeignet ist, über eine längere Zeit dem angestrebten Zweck der Absatzförderung zu dienen. Bei der Kampagne und der Serie ist, anknüpfend an die Überlegungen in E. 3.4, auch nicht zwingend erforderlich, dass Folgeartikel erneut bzw. eigenständig die Persönlichkeit verletzen, umso weniger als je nach Art der Berichterstattung der geschaffene Unrechtszustand insofern nachwirken kann, als der Eindruck früherer verletzender Aussagen durch (für sich genommen nicht verletzende) Folgeartikel am Leben erhalten und weiter ausgebeutet wird.

BGE 133 III 153 S. 165

Nicht erforderlich ist sodann, dass das verletzende Medium schwarze Zahlen schreibt, geht es doch um die Abschöpfung des im Zusammenhang mit einer unrechtmässigen Persönlichkeitsverletzung erlangten wirtschaftlichen Vorteils, der auch in einer Verlustminimierung bestehen kann. So wie der Begriff des Schadens definiert wird als Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand des Verletzten und dem Stand, den sein Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (BGE 129 III 331 E. 2.1 S. 332; BGE 132 III 321 E. 2.2.1 S. 324), ist der "Gewinn" als Differenz zwischen dem tatsächlichen und hypothetischen Vermögensstand des Verletzers mit und ohne die inkriminierte Berichterstattung zu verstehen. Nach dem Gesagten ist für die Gewinnbestimmung massgeblich, inwieweit die verletzende Berichterstattung zur Absatzförderung, d.h. zum Generieren und Halten der Auflage bzw. der Leserzahl geeignet war. Eine solche Absatzförderung ist durchaus keine zwingende Folge einer jeden widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung: Es ist sehr wohl denkbar, dass beispielsweise bei einer Kampagne gegen eine bekannte Persönlichkeit mit Argumenten, die sich im Nachhinein als haltlos erweisen, sogar ein vorübergehender Leserschwund zu verzeichnen ist (Mitleidseffekt bzw. Distanzierung vom betreffenden Medium). Sodann wird sich ein Artikel, in welchem das Persönlichkeitsrecht einer unbekannten (und auch unbekannt bleibenden) Person widerrechtlich verletzt wird, kaum auf den Geschäftserfolg eines Mediums auswirken.

3.6 Vorliegend lässt sich nicht von einer eigentlichen, systematisch aufgebauten Kampagne sprechen, wie das Obergericht zu Recht festgehalten hat. Indes handelt es sich auch nicht um eine lose Folge in sich geschlossener, voneinander unabhängiger Artikel; vielmehr besteht in objektiver Hinsicht und nach dem Empfinden des Durchschnittslesers jeweils eine Anknüpfung an der vorangegangenen Berichterstattung: Der Artikel vom 17. Februar 2002, welcher die angeblichen Firmenkonstrukte und Geschäftspraktiken des Klägers zum Gegenstand hatte, tut dies offensichtlich schon von der zeitlichen Abfolge her, wurde er doch im Anschluss an die ausführliche Titelgeschichte des vorangehenden Sonntags publiziert. Sodann nimmt der mit "Greenpeace attackiert Pattys Vater" betitelte Artikel vom 10. März 2002, demzufolge der Kläger ein Hauptakteur beim Import von Tropenhölzern sei und seine Geschäfte über die Basler Firma TT Timber International AG abwickle, die zur deutschen Feldmeyer GmbH gehöre, unausgesprochen Bezug auf den Artikel vom

BGE 133 III 153 S. 166

17. Februar 2002, in welchem dem Kläger unter dem Titel "Vater Schnyder und seine Briefkasten-Firmen" undurchsichtige Finanzgeschäfte vorgehalten worden waren. Sodann bezieht sich die Ausgabe vom 3. November 2002 mit der Schlagzeile auf der Titelseite "Patty Schnyder: Sieg vor Gericht - gegen den eigenen Vater" sowie dem diesbezüglichen Aushang mit der Ankündigung "Patty Schnyder gewinnt Mio.-Prozess gegen Vater" offensichtlich auf die erwähnte erste Berichterstattung vom 10. Februar 2002 mit der gross aufgemachten Titelgeschichte "Blanker Hass! Patty Schnyder klagt ihre Eltern ein" und der weiteren Schlagzeile auf der Titelseite "Ich will wissen, was mit meinem Geld passiert ist". Aus Abfolge und Aufmachung der gesamten Berichterstattung ergibt sich, dass die Geschäftstätigkeit des Klägers, insbesondere aber dessen angespanntes Verhältnis zur berühmten Tochter über mehrere Ausgaben hinweg "warm gehalten" und im November wiederum breit aufgezogen wurde. Der Sonntagsblick ist mit anderen Worten gross eingestiegen in eine Geschichte mit den Ingredienzen Liebe, Hass, grosse Geschäfte und Verbrechen. Es entspricht allgemeiner Lebenserfahrung, dass eine solche Berichterstattung an die Neugier des Publikums appelliert bzw. auf die Bindung einer spezifischen Leserschaft zugeschnitten ist und sie sich insofern mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auf den Geschäftserfolg der Beklagten Ziff. 1 ausgewirkt hat. Die in E. 3.3 genannten Anspruchsvoraussetzungen sind somit erfüllt und die Beklagte Ziff. 1 ist im Zusammenhang mit der persönlichkeitsverletzenden Berichterstattung in Anwendung von Art. 28a Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 423 Abs. 1 OR zur Gewinnherausgabe zu verpflichten.

3.7 Was die Höhe des Gewinns anbelangt, ist es aus mehreren Gründen nicht opportun, wenn das Bundesgericht selbst eine Schätzung vornimmt: Abgesehen davon, dass in einem ersten Schritt möglicherweise noch Beweismassnahmen zu treffen und verschiedene Kenngrössen bzw. Eckdaten zu erheben sind, würde den Parteien eine Instanz verloren gehen, wenn nicht zuerst das Obergericht den Umfang des herauszugebenden Gewinns bestimmt. Umso mehr ist im vorliegenden Fall eine Rückweisung angezeigt, als es sich bei der Bestimmung des Ausmasses des Gewinns analog zur Schadensbemessung (dazu BGE 119 II 249 E. 3a S. 251; BGE 123 III 241 E. 3a S. 243) vom Grundsatz her um eine Tatsachenfrage handelt und die Kognition des Bundesgerichts auf die Überprüfung von Rechtsfragen beschränkt ist

(Art. 43 Abs. 1 OG), während dem Obergericht im kantonalen Berufungsverfahren volle Kognition zukommt.