

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE170345-O

U/ee

Mitwirkend: der Oberrichter Dr. Johann Zürcher sowie der Gerichtsschreiber
Dr. Benjamin Büchler

Urteil vom 20. November 2017

in Sachen

A. _____,

Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ **AG**,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:

(act. 1)

"1. Es sei der Gesuchsgegnerin zu verbieten, den auf www.C._____.ch publizierten und verlinkten Artikel vom tt.mm.2017 mit dem Titel 'Sado-Maso-Arzt wegen Vergewaltigung verurteilt / Er drohte dem Opfer mit Mord' für die Öffentlichkeit zugänglich zu machen, und sie sei insbesondere zu verpflichten, den Artikel aus dem Internet zu entfernen.

2. Eventualiter zu Rechtsbegehren 1 sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, im auf www.C._____.ch publizierten und verlinkten Artikel vom tt.mm.2017 mit dem Titel 'Sado-Maso-Arzt wegen Vergewaltigung verurteilt / Er drohte dem Opfer mit Mord' die mit einem Balken versehenen Foto des Gesuchstellers, die aufs Jahr exakte Altersangabe sowie die Information 'Facharzt einer ...-Klinik' zu entfernen.

3. Es sei der Gesuchsgegnerin zu verbieten, in ihrer Berichterstattung (i) über den Strafprozess, der Gegenstand des Artikels vom tt.mm.2017 mit dem Titel 'Sado-Maso-Arzt wegen Vergewaltigung verurteilt / Er drohte dem Opfer mit Mord' ist, sowie (ii) über allfällige weitere im selben Zusammenhang stehende Rechtsverfahren Fotos des Gesuchstellers zu publizieren oder anderweitig identifizierend über ihn zu berichten, einschliesslich durch Verwendung der Bezeichnung 'Sado-Maso-Arzt'.

4. Es sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, bei D.____ Switzerland GmbH zu veranlassen, dass ihr Artikel vom tt.mm.2017 mit dem Titel 'Sado-Maso-Arzt wegen Vergewaltigung verurteilt / Er drohte dem Opfer mit Mord' aus den Datenspeichern der Suchmaschine D.____ vollständig gelöscht wird.

5. Eventualiter zu Rechtsbegehren 4 sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, bei D.____ Switzerland GmbH zu veranlassen, dass diejenigen Fotos des Gesuchstellers, welche von der Gesuchsgegnerin im Artikel vom tt.mm.2017 mit dem Titel 'Sado-Maso-Arzt wegen Vergewaltigung verurteilt / Er drohte dem Opfer mit Mord' verwendet wurden, aus den Datenspeichern der Suchmaschine D.____ vollständig gelöscht werden.

6. Es sei der Gesuchsgegnerin und ihren zuständigen Organen (Geschäftsleitung) für den Widerhandlungsfall die Bestrafung wegen Ungehorsam[s] gegen eine amtliche Verfügung gemäss Art. 292 StGB anzudrohen.

7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zulasten der Gesuchsgegnerin."

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Die Parteien werden nachfolgend Kläger und Beklagte genannt.

2. Am tt.mm.2017 veröffentlichte die Zeitung C._____, welche bekanntlich von der Beklagten herausgegeben wird, auf Seite 8 einen Artikel (act. 3/4), der im für das Blatt üblichen Grossdruck die Überschriften "Knast für Zürcher Arzt wegen Vergewaltigung" und "Er drohte ihr: 'Ich weiss, wie man Menschen verschwinden lässt'" trug. Neben den Überschriften findet sich eine Fotografie des Arztes, wobei die Augen- und Nasenpartie durch einen entsprechenden Balken geschwärzt wurden. Die erste Seite der erwähnten Ausgabe (act. 3/3) enthielt einen Hinweis auf den Artikel, mit den Sätzen: "Sado-Maso-Arzt wegen Vergewaltigung verurteilt" und "Er drohte dem Opfer mit Mord" (act. 3/3). Zu Beginn des Textteiles auf Seite 8 führte der Autor aus, er berichte über einen bizarren "Sex-Prozess vor dem Zürcher Bezirksgericht". Danach wechselten sich Darstellungen in der Wirklichkeitsform mit der Schilderung von Aussagen der Geschädigten und Entgegnungen des Angeschuldigten ab. Zur ersten Kategorie gehören die Passagen "Der Arzt ... Z. ... hat seine Internet-Bekanntheit M... vergewaltigt", "M... wollte daraufhin die Wohnung verlassen" und "Eines [von 'drei Jahren Knast'] muss er absitzen, zwei sind auf Bewährung". In die zweite Kategorie fallen Auszüge wie "Da habe der Arzt die Türe geschlossen und ihr befohlen, sich auszuziehen und aufs Bett zu legen", "Es wäre besser zu kooperieren, denn er sei Arzt und wisse, wie man jemanden zum Verschwinden bringe [,] ohne Spuren zu hinterlassen" und "Sie habe vor Schmerzen geschrien ...". Der Arzt wurde zitiert mit Aussagen wie "Nach einvernehmlichem Sex wollte sie plötzlich 700 Franken und schrie so herum, dass ich die Fenster schliessen musste", "Als ich mich weigerte, meinte sie, ich würde das noch bereuen", "Ich habe sie definitiv nicht angebunden", "Ich hatte schon über fünfzig solche Beziehungen", "Hätte ich das Vorgeworfene früher schon getan, hätte ich schon oft hier gestanden". Vor der Passage mit dem Absitzen hiess es: "Das Gericht verurteilte den Arzt wegen Vergewaltigung, Freiheitsberaubung und sexueller Nötigung zu drei Jahren Knast."

3. Der Artikel findet sich auch auf der Website des C._____ S.

4. Das auf Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ZGB) gestützte Begehren betreffend Erlass vorsorglicher Massnahmen ging am 18. September 2017 ein (act. 1). Der Kläger schilderte den *sachverhaltlichen* Hintergrund zusammengefasst wie folgt: Er sei ein hochspezialisierter Facharzt für ... und in dieser Funktion seit dem Jahre 2015 für eine Zürcher Klinik tätig. Am tt.mm.2017 sei er vom Bezirksgericht Zürich verurteilt worden, habe aber noch vor den Schranken die Berufung angemeldet. Den inkriminierten Artikel, in welchem neben seinem Alter unter der Tätigkeit in einer ...-Klinik auch intime Details seines Körpers und seine sexuellen Vorlieben geschildert worden seien, habe die Beklagte in Printform und im Netz veröffentlicht. Aufgefordert, sein Bild in der Online - Ausgabe des C._____S zu entfernen, sei durch die Beklagte nur der Balken etwas vergrössert worden. Er sei aber für sein privates und berufliches Umfeld immer noch ohne Weiteres erkennbar. Dies wegen der Alters- und Berufsangabe, der (allgemeinen) Schilderung des Arbeitsortes ("...-Klinik"), insbesondere aber deswegen, weil Haare, Hautfarbe, Rasur und Halsbereich im Netz weiterhin gut sichtbar seien, zumal die Aufnahme von der Website der Klinik stamme und sich auf der Website eines Verlages befinde. In rechtlicher Hinsicht wurde u.a. geltend gemacht, selbst wenn die Vorwürfe zuträfen, läge eine schwere Persönlichkeitsverletzung vor. Es bestünden angesichts der identifizierenden Berichterstattung unzulässige Eingriffe in seine private Sphäre, und auch seine berufliche Ehre sei tangiert, zumal der Eindruck erweckt werde, er habe die (bestrittenen) Taten im Rahmen der Berufsausübung begangen. Verletzt worden sei auch das Recht am eigenen Bild, was besonders schwer wiege. Falsch sei sodann der erweckte Eindruck, die Verurteilung sei definitiv.

5. Mit dem Gesuch auf Erlass vorsorglicher Massnahmen stellte der Kläger den Antrag, die Begehren 1 und 4, eventualiter die Begehren 2 und 5 seien superprovisorisch zu erlassen (act. 1 S. 3; Art. 265 ZPO).

6. Am 18. September 2017 wurde das Dringlichkeitsbegehren abgewiesen (act. 4). Das Einzelgericht erwog:

"4. Es ist unstrittig, dass der Kläger am tt.mm.2017 durch das Bezirksgericht Zürich erstinstanzlich wegen Vergewaltigung, Freiheitsberaubung und sexueller Nötigung verurteilt wurde. Die Boulevardzeitung "C._____" hat darüber in gewohnt reisseri-

scher und etwas oberflächlicher Form berichtet. Der Kläger stört sich im Wesentlichen daran, dass über den Prozess bzw. ihn in einer Weise berichtet worden sei, dass eine Identifizierung seiner Person möglich sei. Er verwies auf eine Fotografie, die Altersangabe und den Hinweis, es handle sich um einen Facharzt einer ...-Klinik.

5. Bei der Frage nach dem Vorliegen einer Persönlichkeitsverletzung durch die Presse sind fast immer mehrere Faktoren zu gewichten. Zunächst ist nach der Persönlichkeitsverletzung zu fragen, dann nach der Rechtfertigung, wobei das öffentliche Interesse nach Berichterstattung im Vordergrund steht. Die Beklagte - Herausgeberin des C. _____s - hat das Gesicht des Klägers durch einen Balken unkenntlich gemacht und auch den Nachnamen nicht genannt, ebenso wenig das Fachgebiet der ärztlichen Tätigkeit. Es fragt sich, ob sie genügend getan hat, um die Identifizierung des Klägers, für welchen bis zu einer allfälligen rechtskräftigen Verurteilung die Unschuldsvermutung gilt, möglichst zu vermeiden. Bei einer in keiner Weise in der Öffentlichkeit stehenden Person dürfte die Frage wohl bejaht werden. Schwieriger ist die Frage zu beantworten, wenn - wie vorliegend der Kläger - die Person mit Bild im Internet zu finden ist, und zwar auf der website einer ...-Klinik. Hier dürfte es mit einem gewissen Recherchieraufwand möglich sein, aufgrund der genannten Angaben den Namen der Person herauszufinden. Dabei ist aber das Verhältnis zum genannten Rechtfertigungsgrund zu prüfen. Es ist von einem sehr grossen öffentlichen Interesse (dass Voyeurismus mitspielt, muss in Kauf genommen werden) an einem Verfahren gegen einen Spitalarzt, dem schwere Delikte mit sexuellem Hintergrund vorgeworfen werden, auszugehen. Die Rechtsprechung untersagt es der Presse nicht, den Vornamen, das Alter, den Beruf und in allgemeiner Form den Arbeitsort bekannt zu geben. Alleine dadurch ist aber eine Identifizierung nicht ausgeschlossen, wobei diese Verwandten, Bekannten und Arbeitskollegen bzw. -kolleginnen sogar relativ leicht fallen dürfte. Dass mit der Fotografie, welche offenbar dem Internet entnommen wurde, trotz Balkens die Identifizierung - wie erwähnt - erleichtert wird, trifft zu. Allerdings ist dem Gericht keine höchstrichterliche Rechtsprechung bekannt, wonach in ähnlichen Konstellationen der Abdruck einer Fotografie gänzlich zu unterbleiben habe. Man kann es leider nicht ändern: Wer eines schweren Deliktes verdächtigt, angeklagt und erstinstanzlich verurteilt wird, der muss, zumal wenn er in einem sensitiven Beruf arbeitet, gewärtigen, dass über das Verfahren berichtet wird und die Identifizierung nicht völlig verhindert werden kann. Einen gewissen Schutz bietet der klare Hinweis bei Presseberichten über das Bestreiten der vorgeworfenen Taten, die Unschuldsvermutung und die fehlende Rechtskraft eines Entscheides. Diesbezüglich mangelt es der Berichterstattung des C. _____s vorliegend an der nötigen Klarheit. Immerhin können Bestreitung, Unschuldsvermutung und fehlende Rechtskraft aus dem Zusammenhang geschlossen werden. Ein Superprovisorium könnte höchstens in die

Richtung gehen, dass die vorstehend erwähnten drei Punkte bei inskünftiger Berichterstattung vermehrt beachtet werden. Einstweilen ist davon auszugehen, dass die Beklagte sich nach Erhalt dieses Entscheides bessern wird. Deshalb ist kein Superprovisorium auszusprechen."

7. In der gleichen Verfügung (act. 4) hielt das Gericht fest, es sei von einem Verfahren *ohne* Streitwert auszugehen. Dem Kläger wurde Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses in Höhe von CHF 2'000 angesetzt, der Beklagten eine solche zur Beantwortung des Massnahmebegehrens. Beide Parteien hielten die ihnen gesetzten Fristen ein.

8. In ihrer Stellungnahme vom 9. Oktober 2017 trug die Beklagte auf Abweisung des Massnahmebegehrens an (act. 7). Zusammengefasst machte sie das Folgende geltend: Für den *Durchschnittsleser* sei der Kläger nicht erkennbar. Vor- und Nachname - bezüglich Letzterem wurde nur ein Buchstabe verwendet - seien nicht identisch. Das Fachgebiet werde nicht genannt. Auch nicht der konkrete Ort der Klinik. Die wahrheitsgemässe Berichterstattung sei nicht verboten. Ein Ausschluss jedweder Identifikationsmöglichkeit könne von der Berichterstattung nicht verlangt werden. Für Recherchen der Leserschaft hafte das Medienunternehmen nicht. Gesamthaft sei der Artikel wahrheitsgemäss gewesen, auch sei der Kläger genügend anonymisiert worden und habe man die Unschuldsvermutung gewahrt.

9. Der Kläger erhielt act. 7 am 10. Oktober 2017 und nahm sein "Replikrecht" am 12. Oktober 2017 mit einer 20-seitigen Eingabe in Anspruch, die allerdings auch Noven enthielt (act. 11). Eine (weitere) Noveneingabe des Klägers datiert vom 23. Oktober 2017 (act. 14). Beide Eingaben gingen mit den Beilagen an die Beklagte. Unterdessen ist deren "Replikfrist" verstrichen.

10.1 Das Thema des *Persönlichkeitsschutzes im Zusammenhang mit der Medienberichterstattung über Straf- oder Zivilverfahren* beschäftigt die Justiz immer wieder. Das Schwierige an der Entscheidungsfindung besteht im Aufeinanderprallen von Rechten bzw. Rechtsgütern, denen ein besonders hoher Stellenwert eingeräumt wird. Es geht um den Schutz der Persönlichkeit einerseits und das Recht der Medien auf freie Berichterstattung andererseits. Daneben gilt die Justizöffentlichkeit. Die sich in einschlägigen Fällen oftmals zeigende Antinomie (verstanden

als Widerspruch von Sätzen, von denen jeder Gültigkeit beanspruchen kann) wird in der Regel durch den Hinweis auf eine Einzelfallgerechtigkeit vermeintlich aufgelöst, was insofern problematisch erscheint, als dadurch insbesondere den Medien klare Leitplanken fehlen. Das Gericht hat einige Leitentscheide und sonstige Publikationen konsultiert. Für den vorliegenden Fall erscheint das Nachfolgende erwähnenswert.

10.2 Das Bundesgericht hat wiederholt darauf hingewiesen, die *Ebenen der Verletzung und der Rechtfertigung* dürften nicht vermengt werden (BGer 5A_658/2014, E. 8.2; BGer 5A_256/2016, E. 5.3.3.). Die Verletzungsfrage kann (schon) bejaht werden, wenn die betroffene Person in den Augen durchschnittlicher Betrachter in ihrem Ansehen herabgesetzt wird (BGer 5A_658/2014, E. 8.2). In casu ist davon klarerweise auszugehen. Die Beklagte hat im erwähnten Artikel berichtet, dem Kläger werde die Begehung schwerer Straftaten vorgeworfen und es sei zu einer Verurteilung gekommen. Mit diesem Bericht wurde das Ansehen des Angeklagten in den Augen durchschnittlicher Betrachter massiv herabgesetzt, denn ihnen werden mindestens Zweifel an seiner Rechtstreue, seiner Redlichkeit und Anständigkeit erwachsen. Das Recht am Bild wurde insofern verletzt, als die veröffentlichte Aufnahme dem näheren persönlichen und beruflichen Umfeld des Klägers erlaubt, ihn zu erkennen. Folglich muss sich das Augenmerk auf die Widerrechtlichkeit bzw. das Vorhandensein eines Rechtfertigungsgrundes richten.

10.3 In BGE 141 I 211 hielt das Bundesgericht unter Hinweis auf Art. 16 f. BV und Art. 10 EMRK fest, die *Freiheit der Medien* gehöre zu den zentralen Ausprägungen der freien Meinungsäußerung, sie habe die Funktion eines *Bindeglieds* zwischen Staat und Öffentlichkeit und diene auch der Kontrolle der Behörden (E. 3.1). Das u.a. durch Art. 69 StPO gewährleistete Prinzip der Justizöffentlichkeit werde durch die Presse insofern umgesetzt, als diese eine wichtige *Brückenfunktion* für das breite Publikum erfülle, woran ein erhebliches öffentliches Interesse bestehe (vgl. auch BGE 143 I 194).

10.4 In der verfassungsrechtlich geprägten Rechtsprechung wird mithin das *Recht auf Berichterstattung* - und zwar nicht als Selbstzweck, sondern zur Information des Publikums - sehr hoch gehalten. Die Rechtsprechung zum Persönlichkeits-

schutz legt das Schwergewicht nicht auf das Ob, sondern das Wie der Berichterstattung. Dabei wird die Unterscheidung zwischen *absoluten und relativen Personen der Zeitgeschichte* getroffen. In BGE 127 III 481 E. 2c/aa hielt das Bundesgericht ganz allgemein fest, es halte eine Berichterstattung mit Namensnennung (auch) relativ prominenter Personen bei Verdacht auf strafrechtlich relevante Handlungen "je nach der Interessenlage" für gerechtfertigt. Von einer relativ prominenten Person könne gesprochen werden, falls ein Informationsbedürfnis aufgrund eines bestimmten aussergewöhnlichen Ereignisses bestehe. Das trifft vorliegend in optima forma zu, denn über Gewaltverbrechen und die Verdächtigen, Angeschuldigten, Angeklagten und Verurteilten will die Öffentlichkeit informiert werden. In E. 3b besagten Entscheides hielt das Bundesgericht dafür, in der Regel stelle eine Wortberichterstattung, die einen Rechtfertigungsgrund in Anspruch nehmen könne, ihrerseits einen legitimen Grund dar, eine der Illustration dienende Fotografie des Portraitierten mit zu veröffentlichen. Im konkreten Fall ging es allerdings nicht um eine Person, über welche im Zusammenhang mit strafrechtlichen Vorwürfen berichtet worden war. Bezüglich Prozessberichterstattung hiess es in BGE 129 III 529 E 3.2, namentlich im Strafprozess könne die detaillierte Ausbreitung der persönlichen Verhältnisse in die Privat- oder gar Geheimsphäre des Angeschuldigten eingreifen, und sie sei im Übrigen auch geeignet, die Unschuldsvermutung zu verletzen. Deshalb erfolge die Gerichtsberichterstattung hier normalerweise in anonymisierter Form. Allerdings wurde festgehalten - auch unter Hinweis auf BGE 126 III 305 E. 4b/aa -, im Zusammenhang mit dem Verdacht, es sei eine Straftat begangen worden, könne die Namensnennung je nach Interessenlage gerechtfertigt sein (E. 3.2).

10.5 In einer neueren Publikation (Eliane Welte, Information der Öffentlichkeit über die Tätigkeit der Strafjustiz {...}, ZStStr Nr. 87, Zürich 2016), welche auch die Rechtslage im Ausland berücksichtigt, werden diverse Thesen zum vorliegenden Problem aufgestellt. Die Autorin hält dafür (a.a.O., S. 180 ff.), aufgrund der mit einer Berichterstattung verbundenen Belastungen sei grundsätzlich eine Anonymisierung geboten; insbesondere die Publikation des Namens oder die Verbreitung eines Bildes stellten eine massive Beeinträchtigung der Privatsphäre dar und würden die (verpönte) Prangerwirkung massiv verstärken. Je nach Interessenlage

könne es jedoch gerechtfertigt sein, den Beschuldigten namentlich zu nennen, was eine Interessensabwägung im Einzelfall voraussetze. Bei schweren Delikten, welche den Rahmen der üblichen Kriminalität sprengten, könne eher ein legitimes Interesse des Publikums an einer namentlichen Nennung des Beschuldigten bestehen als bei harmlosen Alltagsdelikten (vgl. auch S. 258). In Fussnote 744 zitierte die Autorin eine Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichtes, das erwogen hatte: "Bei schweren Gewaltverbrechen (...) gibt es daher neben allgemeiner Neugier und Sensationslust ernstzunehmende Gründe für das Interesse an Information darüber, wer die Täter waren, welche Motive sie hatten, was geschehen ist, um sie zu ermitteln und zu bestrafen und um gleichartige Delikte zu verhüten." Persönlich gelangt die Autorin allerdings zum Schluss, Namensnennung und Verbreitung eines Bildes müssten vor der rechtskräftigen Verurteilung unterbleiben (a.a.O. S. 182).

10.6 Den Richtlinien des Schweizer Presserats kommt zwar keine *rechtliche* Bindung zu. Sie können aber im übertragenen Sinn als Ausdruck des state of the art angesehen werden. Die Richtlinie 7.4 lautet: "Bei der Gerichtsberichtserstattung wägen Journalistinnen und Journalisten Namensnennung und identifizierende Berichterstattung besonders sorgfältig ab. Sie tragen der Unschuldsvermutung Rechnung (...)." Gemäss Richtlinie 7.2 ist eine Namensnennung und/oder identifizierende Berichterstattung u.a. zulässig, sofern sie durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt ist. Sodann heisst es in Absatz 2 der Richtlinie: "Überwiegt das Interesse am Schutz der Privatsphäre das Interesse der Öffentlichkeit an einer identifizierenden Berichterstattung, veröffentlichen Journalistinnen und Journalisten weder Namen noch andere Angaben, welche die Identifikation einer Person durch Dritte ermöglichen, die nicht zu Familie, sozialem oder beruflichem Umfeld des Betroffenen gehören, also ausschliesslich durch die Medien informiert werden."

11. Würdigung:

11.1 Dem Kläger wird von den Behörden die Begehung eines schweren Gewaltdelikt (Vergewaltigung, Art. 190 StGB) vorgeworfen. Er ist erstinstanzlich verurteilt worden.

11.2 Über die erstinstanzliche Verhandlung durften Journalisten berichten.

11.3 Es bestand ein *klar überwiegendes öffentliches Interesse*, Alter und Beruf bzw. Berufstätigkeit des Angeklagten bzw. erstinstanzlich Verurteilten zu erfahren. Ärzte, speziell Spitalärzte, besitzen einen sehr guten Ruf in der Bevölkerung. Ihr Berufsstand ruft geradezu nach einem hohen ethischen Standard, weil es um das Heilen bzw. die bestmögliche Behandlung der Hilfe suchenden Menschen geht. Die Verurteilung von Ärzten wegen Sexualdelikten ist eine Seltenheit. Um so mehr tut Aufklärung über eine Verurteilung not, weil dies der Bevölkerung aufzeigt, dass auch angesehene Berufsleute (möglicherweise) Schlimmes tun können. Die Aufklärung kann zur Prävention beitragen und allenfalls Geschädigte ermutigen, in anderen Fällen Anzeige zu erstatten. Das sind mögliche positive Auswirkungen, welche zum Überwiegen des öffentlichen Interesses beitragen. Diese Festhaltungen gelten trotz des Umstandes, dass ein Delikt nicht bei Ausübung der Berufstätigkeit verübt worden sein soll. Das Gebaren des Angehörigen eines angesehenen Berufsstandes interessiert ganz allgemein.

11.4 Trotz der Schwere des Delikt muss die Presse in Fällen wie dem Vorliegenden (kein Serientäter, keine öffentliche Fahndung) die *Prangerwirkung vermeiden*. Das bedeutet vornehmlich, dass der Angeklagte bzw. erstinstanzlich Verurteilte in der Öffentlichkeit nicht blossgestellt wird. Dies wäre der Fall, falls der Name preisgegeben würde. Das ist nicht geschehen. Dies wäre auch der Fall, falls eine Fotografie der betreffenden Person in einer Weise veröffentlicht würde, dass man sie nachher auf der Strasse erkennen kann. Das ist nicht geschehen. Es wäre auch der Fall, wenn der konkrete Arbeits- oder Wohnort (z.B. Adresse, Firma der Arbeitgeberin) angegeben würde. Das ist nicht geschehen.

11.5 Der C._____ ist eine sogenannte Boulevardzeitung. Gemäss Wikipedia lesen täglich etwa eine halbe Million Menschen das Blatt. Offenbar gefallen ihnen die grossen Buchstaben, die reisserischen Schlagzeilen und die vielen Bilder. Darüber kann man sich negativ äussern, das ändert aber nichts am Bedürfnis der Leserschaft. Indem der C._____ in seiner spezifischen Weise über Verbrechen berichtet, übt er die erwähnte und begrüssenswerte *Brückenfunktion* für viele Menschen aus, die sonst kaum diese Informationen wahrnehmen würden. Insofern kann der plakative Stil des C._____S als Beitrag zur Befriedigung eines öffentlichen Interesses betrachtet werden. Zu dieser Befriedigung gehören auch, vielleicht vor allem, die Bilder. Der C._____ ohne Bilder würde aller Voraussicht nach viele Leser verlieren. Damit könnte er seinen durch das Recht geschützten Informationsauftrag nur noch in weit geringerem Masse erfüllen. Von daher muss es ihm erlaubt sein, im Rahmen einer Gerichtsberichterstattung eine legal beschaffte Fotografie des Angeklagten bzw. erstinstanzlich Verurteilten abzubilden. Zur *Vermeidung der verpönten Prangerwirkung* ist die Aufnahme aber so zu bearbeiten, dass der Durchschnittsleser die Person nicht erkennen kann. Dieses Ziel ist im erwähnten Bericht des C._____S durch die Schwärzung der Augen- und Nasenpartie (Balken) erreicht worden. Eine absolute Ausschluss der Identifikationsmöglichkeit wird durch den Balken nicht erreicht. Dies wäre nur möglich, wenn mehr oder weniger das ganze Gesicht geschwärzt würde. Dann könnte allerdings auch nicht mehr von einer Abbildung gesprochen werden und würde - wie dargelegt - die Bedienung des öffentlichen Interesses erheblich eingeschränkt. Deshalb kommt ein Verbot der Publikation einer mit einem Balken versehenen Aufnahme des Gesichts eines Angeklagten und erstinstanzlich Verurteilten nicht in Frage. Die Identifikation durch das nähere persönliche oder berufliche Umfeld muss in Kauf genommen werden. Diesbezüglich ist aber zunächst anzumerken, dass mindestens ein beachtlicher Teil dieses Umfeldes über das Geschehen informiert sein dürfte. Was vorliegend die Arbeitgeberin des Klägers anbelangt, so wies diese in Ziff. 5 der vom Kläger eingereichten Vereinbarung (act. 12/3) darauf hin, sie habe durch die Berichterstattung vom tt.mm.2017 in den Zeitungen E._____, F._____ und C._____ vom Ganzen Kenntnis erhalten. Dass alleine die Berichter-

stattung des C._____S diese Kenntnisnahme ermöglichte, ist von daher nicht glaubhaft gemacht.

11.6 Eine Persönlichkeitsverletzung kann bejaht werden, sofern in einer Berichterstattung über ein laufendes, d.h. nicht rechtskräftig abgeschlossenes Verfahren die *Unschuldsvermutung unerwähnt* bleibt, wenn also mit anderen Worten der Eindruck erweckt wird, die Tatbegehung stehe verfahrensmässig fest. Der zur Diskussion stehende Artikel ist *unsorgfältig* geschrieben. Wie dargetan, hat es Passagen, welche die Vergewaltigung und die Verurteilung als feststehend erscheinen lassen. Auch die beiden Sätze der Titelseite indizieren solches. Im Verlaufe des Artikels wird dann allerdings die Bestreitung des Klägers relativ eingehend geschildert. Als unsorgfältig erscheint im Weiteren der fehlende Hinweis auf die Anmeldung der Berufung. Es erscheint fraglich, ob der durchschnittliche Leser schliessen kann, es sei erst eine erstinstanzliche, noch nicht rechtskräftige Verurteilung. Diesbezüglich erscheint eine Persönlichkeitsverletzung als glaubhaft gemacht. Allerdings wäre es unverhältnismässig, deshalb den ganzen Artikel vom Netz zu verbannen. Solches wäre auch nicht notwendig (Anspruchsvoraussetzung gemäss Art. 261 ZPO), da dem Kläger der Weg der Gegendarstellung offen gestanden wäre. Angemerkt sei, dass der (relativ kurze) Artikel vom Informationsgehalt Passagen enthält, die erlaubt sein müssen, so die Vorwürfe der Anklage und die Behauptungen der Beteiligten. Es kann auch nicht angehen, dem C._____ die Verwendung der Bezeichnung "Sado-Maso-Arzt" zu verbieten. Mit "Sado-Maso" werden gemeinhin gewisse Praktiken umschrieben, die nicht per se verboten sind. Der Kläger ist Arzt und bestreitet nicht, sich einschlägig verhalten zu haben. Die dem Boulevardmedium eigene Tendenz zur reisserischen Verkürzung muss er hinnehmen, jedenfalls soweit sie im Rahmen der Berichterstattung über das Strafverfahren ihren Ausdruck findet. Ergänzend sei beigefügt, dass das Verbot der Passagen, in welchen der Artikel die Wirklichkeitsform mit missverständlicher Wirkung verwendet, nicht beantragt wurde.

12. Aus den genannten Gründen ist das Massnahmebegehren abzuweisen. Es würde allerdings einem Gebot der Fairness entsprechen, zumal der C._____ die-

se im Textteil immer wieder mal für sich reklamiert, wenn der Artikel vom Netz genommen würde.

13. Zu Art. 266 ZPO sei ergänzend bzw. eventualiter das Folgende angemerkt:

13.1 Die Parteien wiesen auf eine Publikation hin, welche - folgte man ihr - in casu zur Nichtanwendung des sogenannten Medienprivilegs führen könnte (Schwaibold, Superprovisorische Massnahmen gegen Medien im Persönlichkeitsrecht, Aktuelle Anwaltspraxis, 2013, S. 135 ff.). Der Autor kommt zum Schluss, da Art. 266 lit. a ZPO nur die drohende Rechtsverletzung aufführe und zudem von Beseitigung keine Rede sei, würden geschehene Verletzungen von dieser Norm nicht erfasst (a.a.O., S. 148 ff.). Dem halten andere Lehrmeinungen entgegen, weil der Gesetzgeber die alte - gemäss Schwaibold umfassender formulierte - Gesetzgebung von Art. 28c aZGB nicht habe verändern, sondern nur in der Prozessordnung verankern wollen, liege wohl ein gesetzgeberisches Versehen vor, das nicht weiter zu beachten sei (Huber, in: Sutter-Somm et al. ZPO Komm., 3. A., Art. 266 N 4a; BSK ZPO-Sprecher, Art. 266 N 1). Diesen letzteren Auffassungen ist - zumindest im Ergebnis - zuzustimmen. Art. 266 ZPO hat offensichtlich nicht den Zweck, das allgemeine Massnahmerecht für die periodisch erscheinenden Medien anders zu gestalten. Es ging klarerweise nur darum, wie schon in Art. 28c aZGB drei Hürden zusätzlich aufzubauen: Besonders schwerer Nachteil, das offensichtliche Fehlen eines Rechtfertigungsgrundes, Prüfung der Verhältnismässigkeit. Dem Satzteil "die drohende Rechtsverletzung" kommt lediglich die Funktion einer Einleitung ohne juristischen Gehalt zu. Was unter relevanter Rechtsverletzung zu versteht ist, hat alleine Art. 261 ZPO zu beantworten, in welcher Norm Abs. 1 lit. a die allgemeine Antwort gibt: "ein ... Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist". Darunter sind die andauernde, die erstmals drohende Verletzung und die geschehene Verletzung, deren Wiederholung droht, zu verstehen (Johann Zürcher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 261 N 18). Allenfalls kann die Verwendung des (wohl überflüssigen) Adjektivs "drohende" in Art. 266 lit. a ZPO Verwirrung stiften, weil sie sprachlich die andauernde Verletzung nicht zu umfassen scheint. Diesen Sinn kann das Wort nicht haben. Es besteht überhaupt kein vernünftiger Anlass, die (drohende) erstmalige Verletzung und die

(drohende) Wiederholung der Verletzung von Art. 261 ZPO erfassen zu lassen, nicht aber die damit eng zusammenhängende andauernde Verletzung. Dies zeigt auch der vorliegende Fall auf. Ginge man von einer Rechtsverletzung aus, so dauerte sie an, weil der Artikel im Internet gefunden werden kann. Gleichzeitig bestünde eine Wiederholungsfahr, da die Beklagte nie erklärt hat, sie verzichte auf eine weitere Verwendung des Artikels oder die Verbreitung von Elementen daraus.

13.2 Von Interesse ist in casu Art. 266 lit. b ZPO, wonach "offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund" vorliegen darf. Wenn man dafür hielte, der fragliche Artikel sei im Lichte der gestellten Begehren als rechtswidrig einzustufen, so wäre zu prüfen, ob offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass die Rechtsprechung - wie dargelegt - den erlaubten Umfang der Berichterstattung, insbesondere auch im Hinblick auf die Publikation von Fotografien, nicht völlig eindeutig festlegt. Nachdem vorliegt in der Hauptbegründung der Schluss gezogen wurde, das öffentliche Interesse an der Publikation des Artikels überwiege, ist damit schon die Feststellung verbunden, dass selbst bei einem abweichenden Ermessensentscheid die erforderliche Klarheit betreffend Nichtbestehen eines Rechtfertigungsgrundes fehlt (vgl. die Hinweise bei Zürcher, a.a.O., Art. 266 N 19; Huber, a.a.O. Art. 266 N 11 und 11a; Sprecher, a.a.O., Art. 266 N 28 ff.). Gesamthaft ist festzuhalten, dass sich am Ergebnis auch im Lichte des Medienprivilegs nichts ändern würde.

14. Ausgangsgemäss wird der Kläger kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 ZPO). Mangels Streitwert gelangen die §§ 5 und 8 GGebV bzw. die §§ 5 und 8 AnwGebV zur Anwendung.

Der Einzelrichter erkennt:

1. Das Begehren betreffend Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr von CHF 2'000 wird dem Kläger auferlegt.

3. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 3'300 (inkl. MWST) zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
5. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streit hat keinen Streitwert.

Zürich, 20. November 2017

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Dr. Benjamin Büchler