

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE200044-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Stephan Mazan sowie der
Gerichtsschreiber Rudolf Hug

Urteil vom 23. März 2020

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X2. _____

gegen

B. _____ AG,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

"Es sei der Gesuchsgegnerin unter Strafandrohung gegen ihre Organe gemäss Art. 292 StGB zu verbieten, den in der Ausgabe des C.____s .../2020 vom tt.mm.2020 erschienen Artikel "... " über ihre Website www.C.____.ch oder über andere Internet-Vertriebskanäle als Online-Artikel oder als e-paper öffentlich zugänglich zu machen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. Mehrwertsteuer) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Parteien und Sachverhaltsüberblick

1.1. Der Gesuchsteller ist Humanmediziner. Sein Spezialgebiet ist die Hämato-Onkologie. Dieses Fachgebiet setzt sich mit gut- und bösartigen Erkrankungen des Blutes, bösartigen Erkrankungen der Lymphknoten und des lymphatischen Systems auseinander. Seit 2001 ist der Gesuchsteller für das im Bereich Life Science tätige Unternehmen D.____ in E.____ tätig. Ferner war der Gesuchsteller von April 2019 bis 2. Dezember 2019 als Medical ... bei F.____, einer Gesellschaft mit Sitz in Spanien, tätig. Die F.____ bietet unter anderem eine Therapie mit dendritischen Zellen (vgl. zum Begriff nachfolgend E. 4.2) zur Bekämpfung von Krebs an (act. 1 Rz. 6 ff.).

1.2. Die Gesuchsgegnerin ist ein 2016 gegründetes Gemeinschaftsunternehmen der G.____ AG und der H.____ SE. Der "C.____" ist ein Presseerzeugnis der Gesuchsgegnerin. Gemäss Impressum der Gesuchsgegnerin hat der "C.____" eine Auflage von rund 255'000 Exemplaren und zählt über 800'000 Leserinnen und Leser (act. 1 Rz. 14 f.).

1.3. In der Ausgabe .../2020 des "C.____s" vom tt.mm.2020 veröffentlichte die Gesuchsgegnerin den Artikel "...". Dieser Artikel lautet wie folgt:

[Bild des vollständigen Artikels]

Der Gesuchsteller hält insbesondere folgende Passage für persönlichkeitsverletzend (Spalte 4, ab Linie 6):

"...: <Da wollen sie einem nur noch mehr von dem unnützen Zeug andrehen>."

1.4. Dieser im "C. _____" vom tt.mm.2020 publizierte Artikel ist auf der Homepage "www.C._____.ch" als E-paper elektronisch abrufbar (act. 1 Rz. 18 f.). Ferner ist der Artikel auf der verlagsübergreifenden Plattform "www.I._____.de" verfügbar (act. 1 Rz. 20 f.). Schliesslich soll der Artikel auch als PDF mit der Suche auf www.google.ch abrufbar sein (act. 1 Rz. 22).

1.5. Mit dem vorliegenden Massnahmebegehren verlangt der Gesuchsteller, es sei der Gesuchsgegnerin zu verbieten, den Artikel in elektronischer Form öffentlich zugänglich zu machen. Die Gesuchsgegnerin widersetzt sich diesem Begehren.

2. Prozessgeschichte

2.1. Das Massnahmegesuch mit dem obgenannten Antrag ging am 4. Februar 2020 beim Handelsgericht ein (act. 1).

2.2. Mit Verfügung vom 5. Februar 2020 (act. 4) wurde dem Gesuchsteller Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses (Dispositiv-Ziffer 3) und der Gesuchsgegnerin Frist zur Stellungnahme zum Massnahmegesuch angesetzt (Dispositiv-Ziffer 5). Der Kostenvorschuss ging rechtzeitig ein (act. 6).

2.3. Am 26. Februar 2020 beantragte die Gesuchsgegnerin die Abweisung des Gesuchs (act. 7).

2.4. Am 13. März 2020 äusserte sich der Gesuchsteller zur Stellungnahme der Gesuchsgegnerin (act. 11).

2.5. Da das Gesuch - wie zu zeigen sein wird - abzuweisen ist, kann der obsiegenden Gesuchstellerin die letzte Eingabe des Gesuchstellers mit dem vorliegenden Urteil zugestellt werden.

2.6. Das Verfahren ist spruchreif.

3. Formelles

Die Ausführungen der Gesuchstellerin zur örtlichen und sachlichen Zuständigkeit sind unbestritten (act. 1 Rz. 4 f. [Gesuchsteller], act. 7 Rz. 5 [Gesuchsgegnerin]) und zutreffend.

4. Materielles

4.1. Voraussetzungen für vorsorgliche Massnahmen bei Persönlichkeitsverletzung

a. Die Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen richten sich nach Art. 261 ff. ZPO. Ferner ist Art. 266 ZPO zu beachten, weil der "C._____" ein Medium ist (der "C._____" hat eine Auflage von 255'000 Exemplaren und ist auch elektronisch als E-paper verfügbar), welches periodisch erscheint (der "C._____" erscheint monatlich zweimal [act. 3/21 S. 5]).

b. Gemäss diesen Bestimmungen trifft das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist (Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO) und offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund vorliegt (Art. 266 lit. b ZPO) (vgl. dazu nachfolgend E. 4.2). Ferner ist erforderlich, dass die Verletzung dem Betroffenen einen besonders schweren, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil verursacht (Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO; Art. 266 lit. a ZPO) (vgl. dazu nachfolgend E. 4.3). Schliesslich darf eine allfällige Massnahme nicht unverhältnismässig sein (Art. 266 lit. c ZPO).

4.2. Verfügungsanspruch: Persönlichkeitsverletzung und offensichtlich fehlende Rechtfertigung

Gemäss Art. 28 Abs. 1 ZGB kann zu seinem Schutz das Gericht anrufen, wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird. Gemäss Art. 28 Abs. 2 ZGB ist eine Verletzung widerrechtlich, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist. Ein Teil des Persönlichkeitsrechts ist die Ehre. Der Ehrbegriff schützt sowohl den Ruf, eine ehrbare Person zu sein, als auch das berufliche

oder gesellschaftliche Ansehen einer Person (BGE 129 III 715 E. 4.1 S. 722-723). Eine Ehrverletzung kann auf verschiedene Arten erfolgen:

- Durch Tatsachenbehauptungen (Informationen): Während die Verbreitung von wahren Tatsachen grundsätzlich nicht persönlichkeitsverletzend ist, weil sie durch den Informationsauftrag abgedeckt ist, ist die Verbreitung unwahrer Tatsachen grundsätzlich widerrechtlich, es sei denn, die Unwahrheit betreffe nur irrelevante Nebenpunkte (journalistische Ungenauigkeiten).
- Durch Werturteile (Meinungsäußerungen, Kommentare, Kritiken): Werturteile, bei denen eine Wahrheitsprüfung nicht möglich ist, sind grundsätzlich zulässig, wenn sie vertretbar sind; demgegenüber sind Werturteile persönlichkeitsverletzend, wenn sie unnötig herabsetzend sind.
- Durch gemischte Werturteile (Tatsachekern mit Wertungen): Für den Sachbehauptungskern gelten die gleichen Voraussetzungen wie für Tatsachenbehauptungen, wobei unnötige Herabsetzungen auch im Rahmen von gemischten Werturteilen persönlichkeitsverletzend sind.

a. Zunächst macht der Gesuchsteller geltend, es sei falsch, dass er eine Immuntherapie vertrete, deren Wirksamkeit nicht bewiesen sei (act. 1 Rz. 23 ff. und Rz. 70, act. 11 Rz. 48 ff.). Dazu ist vorab festzuhalten, dass es sich bei der im Artikel angesprochenen Therapie nach der übereinstimmenden Darstellung beider Parteien um die "Therapie mit dendritischen Zellen" handelt (act. 1 Rz. 24 [Gesuchsteller], act. 7 Rz. 23 [Gesuchsgegnerin]). Bei der "Therapie mit dendritischen Zellen" soll es vereinfacht gesagt um eine Behandlung gehen, bei welcher Zellen aus dem eigenen Blut des Patienten entnommen und im Labor behandelt werden, worauf diese Zellen dem Patienten wieder zugeführt werden, damit diese einen Tumor erkennen und wirksam bekämpfen können (act. 1 Rz. 24 [Gesuchsteller]).

aa. Nicht überzeugend ist die Darstellung des Gesuchstellers, es sei falsch, dass er die Therapie mit dendritischen Zellen "vertrete" (act. 1 Rz. 26, act. 11 Rz. 48 ff.). Der Gesuchsteller führte selbst aus, er sei von April 2019 bis 2. Dezember 2019 als Medical ... bei der spanischen Gesellschaft "F._____" tätig

gewesen, welche unter anderen eine Therapie mit dendritischen Zellen anbiete (act. 1 Rz. 12). Entscheidend ist aber, dass der Vertreter des Gesuchstellers in einem Schreiben vom 22. Januar 2020 wörtlich festhielt: *"Richtig ist, dass [der Gesuchsteller] die dendritische Zelltherapie bei Krebs vertritt"* (act. 9/3 S. 5). Zudem erklärte der Gesuchsteller, er habe Patienten, welche eine Therapie mit dendritischen Zellen wünschten, an den in J._____ praktizierenden Prof. Dr. med. K._____ verwiesen (act. 1 Rz. 26). Durch dieses Verweisen wurde der Gesuchsteller aktiv in dem von ihm selber geforderten Sinne (vgl. act. 11 Rz. 51). Durch dieses Verweisen zeigte der Gesuchsteller aber auch, dass er die Therapie mit dendritischen Zellen vertritt, denn es ist davon auszugehen, dass ein Arzt, der einen Patienten zur Durchführung einer Therapie an einen Kollegen verweist, diese Therapie eben auch selber vertritt.

bb. Weiter kritisiert der Gesuchsteller die Aussage im Artikel, die Wirksamkeit der Therapie mit dendritischen Zellen sei nicht bewiesen, wobei er dies namentlich damit begründet, dass der kanadische Immunologe L._____ im Jahr 1973 die dendritischen Zellen entdeckt und ihre zentrale Rolle im Immunsystem beschrieben habe, wofür er mit dem Medizin-Nobelpreis ausgezeichnet worden sei (act. 1 Rz. 27 ff., act. 11 Rz. 53 ff.). Dagegen verweist die Gesuchsgegnerin auf eine schriftliche Auskunft der "M._____", wonach die Kosten für die Therapie mit dendritischen Zellen zumindest für die Behandlung eines fortgeschrittenen Melanoms von den Krankenkassen nicht übernommen würden (act. 7 Rz. 31 mit Hinweis auf act. 9/8 Blatt 2 [*"In der KLV ist die Impfung mit dendritischen Zellen zur Behandlung des fortgeschrittenen Melanoms als OKP-Leistung seit Juli 2002 ausgeschlossen"*]). Die Therapie mit dendritischen Zellen ist in der Schweiz zumindest teilweise keine Leistung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP-Leistung) (vgl. Art. 1 lit. c KLV i.V.m. Anhang 1 zur KLV Ziff. 2.1, Impfung mit dendritischen Zellen [...]). Dies, obwohl die OKP-Leistungen in der Schweiz bekanntlich umfassend sind, sofern sie wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sind (Art. 25 ff. i.V.m. Art. 32 Abs. 1 KVG). Damit erscheint es vertretbar, die Wirksamkeit der betreffenden Therapie in einem kritischen Presseartikel zu hinterfragen. Damit gelingt es dem Gesuchsteller nicht, rechtsgenügend glaubhaft zu machen, dass die Behauptung der unbewiesenen

Wirksamkeit eine falsche (und somit rechtswidrige) Tatsachenbehauptung ist. Daran ändert der Hinweis des Geschwunders nichts, das OLG Bremen habe in einem Urteil vom 30. November 2015 gegen eine deutsche Krankenversicherung festgehalten, dass die Kosten für eine Therapie mit dendritischen Zellen zu übernehmen sei, weil die Notwendigkeit dieser Behandlung zu bejahen sei (act. 1 Rz. 31 mit Hinweis auf act. 3/31).

b. Weiter macht der Geschwunder geltend, im Artikel werde falsch und irreführend festgehalten, dass ein Hersteller eines Medikaments, das mit der Therapie mit dendritischen Zellen in Zusammenhang stehe, dieses in Europa zurückgezogen habe (act. 1 Rz. 35 ff. und Rz. 72). Dagegen wendet die Geschwundersgegnerin ein, ein Bezug dieser Aussage zum Geschwunder sei nicht ersichtlich, weil er dem Durchschnittsleser nicht als Hersteller des nicht genannten Medikamentes erscheine (act. 7 Rz. 32). Die Geschwundersgegnerin bestreitet nicht, dass kein Medikament zurückgezogen worden ist. Damit ist glaubhaft gemacht und erstellt, dass dieser Satz falsch ist. Die Geschwundersgegnerin hat denn offenbar vorprozessual auch angeboten, den Satz *"Der Hersteller eines entsprechenden Medikaments hat es in Europa wieder zurückgezogen"* ersatzlos zu streichen (act. 1 Rz. 56 mit Hinweis auf act. 3/39). Allerdings ist nicht zu sehen, weshalb dieser Satz persönlichkeitsverletzend sein sollte. Im Artikel wird nicht geltend gemacht, der Geschwunder habe die Verwendung eines unwirksamen Medikamentes propagiert, das ein Hersteller in Europa zurückgezogen hätte.

Die falsche Aussage, ein Hersteller eines "entsprechenden Medikaments" habe dieses in Europa zurückgezogen, unmittelbar nach der Aussage im streitgegenständlichen Artikel, der Geschwunder vertrete eine "spezielle" Therapie, deren Wirksamkeit nicht bewiesen ist, insinuiert wohl, wie der Geschwunder behauptet (act. 1 Rz. 37 und Rz. 72), dass das Vertreten dieser Therapie auch deswegen (und nicht nur, weil die Wirksamkeit nicht bewiesen ist) als verwerflich gelten müsse. Soweit ein durchschnittlicher Leser zudem annimmt, dass ein Hersteller ein Medikament nur unfreiwillig vom Markt zurückzieht, verstärkt diese falsche Aussage die insinuierte Verwerflichkeit. Die (falsche) Aussage ändert aber im Kern nichts an der Tatsache, dass der Geschwunder die Therapie mit dendritischen Zellen, deren Wirksamkeit hier nicht genügend

glaubhaft gemacht wurde, vertritt. Damit verkommt die falsche Aussage des Rückzugs eines entsprechenden Medikaments in Europa zu einer journalistischen Ungenauigkeit, deren Verbreitung als solche nicht widerrechtlich ist.

c. Schliesslich kritisiert der Gesuchsteller die Darstellung im beanstandeten C._____ -Artikel als widerrechtlich persönlichkeitsverletzend, da sie den irreführenden Eindruck erwecke, er (der Gesuchsteller) habe dem Publikum an der Veranstaltung "unnützes Zeug" angedreht (act. 1 Rz. 42 ff. und Rz. 73, act. 11 Rz. 62 ff.). Die Formulierung, ein namentlich genannter Arzt drehe dem Publikum unnütze Behandlungen an, stellt eine unnötige Herabsetzung in seinem beruflichen Ansehen dar. In einem Presseartikel darf selbstverständlich sachlich diskutiert werden, ob eine medizinische Behandlung wirksam ist. Deshalb ist es im vorliegenden Fall auch nicht persönlichkeitsverletzend zu schreiben, dass die Wirksamkeit der Therapie mit dendritischen Zellen nicht bewiesen sei (vgl. oben lit. a/bb). Anders verhält es sich jedoch mit der sinngemässen Behauptung, ein namentlich genannter Arzt wolle dem Publikum *"nur noch mehr von dem unnützen Zeug andrehen"*. Diese Darstellung tangiert das berufliche Ansehen des betroffenen Arztes und setzt ihn unnötig herab. Insoweit ist eine Rechtsverletzung zu bejahen. Überdies ist offensichtlich auch kein Rechtfertigungsgrund ersichtlich, weil der Informationsauftrag der Presse in diesem Fall auch ohne unnötige persönliche Diffamierung eines Arztes hätte erfüllt werden können.

e. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Darstellung, der Gesuchsteller vertrete die Therapie mit dendritischen Zellen, deren Wirksamkeit nicht bewiesen sei, und, dass ein Hersteller ein entsprechendes Medikament in Europa wieder zurückgezogen habe, nicht persönlichkeitsverletzend ist. Demgegenüber ist die sinngemässe Aussage widerrechtlich persönlichkeitsverletzend, der Gesuchsteller drehe dem Publikum unnütze Behandlungen bzw. unnützes Zeug an. Die weiteren, als unrichtig kritisierten Darstellungen im streitgegenständlichen Artikel (vgl. act. 1 Rz. 45-53) stehen in keinem Zusammenhang mit dem Gesuchsteller und können deshalb auch nicht persönlichkeitsverletzend sein; darauf ist nicht weiter einzugehen.

4.3. Verfügungsgrund: Drohen eines besonders schweren Nachteils

a. Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen setzt nebst dem Verfügungsanspruch voraus, dass ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 lit. b OR). Bei Persönlichkeitsverletzungen durch periodisch erscheinende Medien ist sogar erforderlich, dass die Rechtsverletzung der gesuchstellenden Partei einen *besonders schweren* Nachteil verursacht (Art. 266 lit. a ZPO). Die "besondere Schwere" des drohenden Nachteils hängt wesentlich vom Ausmass der Verbreitung in den Medien ab (BSK ZPO-Sprecher, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 266 N 24; Huber, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 266 N 10; je mit Hinweisen).

b. Im vorliegenden Fall ist der streitgegenständliche Artikel am tt.mm.2020 in der Printausgabe des "C.____s" publiziert worden. Es geht also nicht um eine bevorstehende bzw. drohende, sondern um eine bereits bestehende Verletzung. Der Gesuchsteller sieht einen drohenden Nachteil darin, dass der Artikel auf der Homepage "www.C.____.ch" und "www.l.____.de" für alle Abonnenten kostenpflichtig als E-paper abrufbar sei (act. 1 Rz. 18 ff. und Rz. 60). Das Ausmass der Verbreitung dürfte aufgrund der Darstellung des Gesuchstellers äusserst bescheiden sein. Die Personen, für welche der Artikel als E-paper elektronisch zugänglich ist, konnten bereits in der Printausgabe vom tt.mm.2020 davon Kenntnis nehmen. Es wird nicht dargetan und ist auch nicht ersichtlich, weshalb das Publikum mehr als zwei Monate nach Erscheinen des Artikels in der Printausgabe auf elektronischem Weg durch Abrufen des E-paper erstmals oder nochmals Kenntnis vom Artikel nehmen sollten. Es ist zwar nicht vollständig ausgeschlossen, dass ein Abonnent des "C.____s" auch Wochen nach Erscheinen eines Artikels in der Printausgabe (nochmals) den Artikel als E-paper abrufen, aber es kann mit der notwendigen Sicherheit ausgeschlossen werden, dass dies in grossem Stil geschehen wird. Aufgrund dieser Umstände ist es kaum vorstellbar, dass dem Gesuchsteller ein "besonders schwerer" Nachteil droht, weil das Ausmass der weiteren Verbreitung im heutigen Zeitpunkt marginal ist.

c. Daran ändert der Hinweis nichts, dass der beanstandete Artikel auch auf der Internetsuchmaschine Google mit dem Suchbegriff "... " als PDF abrufbar sei (act. 1 Rz. 22), was von der Gesuchsgegnerin bestritten wird (act. 7 Rz. 21). Es ist kaum vorstellbar, dass ein Nutzer, der den Artikel nicht bereits kennt, mit dem genannten Suchbegriff recherchiert.

4.4. Fazit

Eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung liegt nur insofern vor, als dem Gesuchsteller im streitgegenständlichen Artikel sinngemäss vorgeworfen wird, den Besuchern einer Veranstaltung unnütze Therapien bzw. unnützes Zeug anzudrehen. Weitere Persönlichkeitsverletzungen enthält der Artikel nicht (vgl. E. 4.2.). Diese widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung verursacht aber aufgrund ihrer vernachlässigbaren Verbreitung keinen "besonders schweren" Nachteil beim Gesuchsteller (E. 4.3.). Das Massnahmebegehren ist daher abzuweisen. Es würde aber dem Gebot der Fairness entsprechen, wenn die Gesuchsgegnerin die widerrechtlich persönlichkeitsverletzenden Passagen des Artikels streichen und ihren Abonnenten nicht mehr als E-paper zugänglich machen würde.

5. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Gesuchsteller kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 ZPO). Der Gesuchsteller geht zu Recht von einer nichtvermögensrechtlichen Streitigkeit aus (act. 1 Rz. 5), weil nur eine Persönlichkeitsverletzung gerügt wird und keine finanziellen Ansprüche geltend gemacht werden (BGE 142 III 145 E. 6.1. S. 150 m.w.H.). Die Gerichtskosten sind auf CHF 5'000.00 festzusetzen (§§ 5 und 8 Abs. 1 GebV OG). Auch die Parteientschädigung ist auf CHF 5'000.00 festzusetzen (§§ 5 Abs. 1 und 9 AnwGebV). Mehrwertsteuer auf die Prozessentschädigung ist nicht geschuldet, weil der Gesuchsgegnerin die Möglichkeit des Vorsteuerabzugs zur Verfügung steht.

Der Einzelrichter erkennt:

1. Das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 5'000.00.
3. Die Kosten werden dem Gesuchsteller auferlegt und aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 5'000.00 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage des Doppels von act. 11 und 12/43-46.
6. 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). Es liegt eine nichtvermögensrechtliche Streitigkeit vor. Es liegt ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen vor (Art. 98 BGG).

Zürich, 23. März 2020

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Rudolf Hug