

**ZGB 28, Passivlegitimation.** "Jeder, der an der Verletzung mitwirkt", umfasst neben einer juristischen Person, welcher die Verletzung zuzurechnen ist, auch die an der Verletzung mitwirkenden Organe.

(Sachverhalt)

Die Klägerin 1 ist eine Gesellschaft, deren Gesellschaftszweck in Erwerb, Verwaltung und Verwertung von Immobilien und Vermögenswerten besteht. Präsident ihres Verwaltungsrates ist der Kläger 2; er hält auch die Aktienmehrheit.

Der Beklagte ist Präsident des Verwaltungsrates der X. Beteiligungen AG, an welcher die Klägerin 1 eine bedeutende Anzahl Aktien hält. Etwas über die Hälfte der Aktien gehört einer Mehrheitsgruppe. Die Minderheit ist im Verwaltungsrat nicht (mehr) vertreten. Die beiden Aktionärsgruppen leben im Unfrieden, was sich bisher schon in zahlreichen gerichtlichen Auseinandersetzungen manifestierte. Sie bezichtigen sich gegenseitig unlauterer Absichten: Die X. befürchtet, die Kläger wollten die Mehrheit an ihr erwerben, um aus der Substanz finanzielle Lücken bei der Klägerin 1 zu stopfen. Wenn die nötigen Mittel für eine Weiterführung des Betriebes einmal fehlten, könnte dieser geschlossen werden, wie das in der Vergangenheit anderen von der Klägerin 1 übernommenen Betrieben ergangen sei. Die Kläger andererseits glauben, die X. wolle sie "aushungern" und den Kläger 2 "fertig machen" mit dem Ziel, dass die Mehrheit das Minderheits-Aktienpaket zu einem unteretzten Wert übernehmen könne.

Im heutigen Prozess (der sich neben dem Beklagten auch gegen die X. und andere von deren Organen richtet) sind Formulierungen im Rahmen von Rechtsschriften streitig, welche die X. im Zeitraum November 1999 bis Juli 2001 verfassen liess. Es soll ihre Rechtswidrigkeit festgestellt werden, und dem Beklagten soll verboten werden, diese Formulierungen künftig zu verwenden oder verwenden zu lassen.

Nach einem ersten Schriftenwechsel schränkte das Bezirksgericht das Verfahren ein auf die Frage der Passivlegitimation. In der Berufung geht es einzig um die Passivlegitimation des Präsidenten des Verwaltungsrates.

(aus den Erwägungen)

3. (...) Das Bezirksgericht zitiert die Kläger mit den Behauptungen, der Beklagte sei schon vor seiner Wahl in den Verwaltungsrat, konkret als die beanstandeten Rechtsschriften verfasst wurden, faktisches Organ der X. gewesen, er habe an der Auswahl und Instruktion der Anwälte mitgewirkt, diese instruiert und aufgefordert, den Weg der Verunglimpfung der Kläger (weiter) zu verfolgen. Ihm seien Entwürfe der Rechtsschriften vorgelegt worden, und er habe diese mindestens stillschweigend genehmigt; er habe zudem anstelle der Anwälte Rechtsschriften verfasst. Ferner sei er dafür besorgt gewesen, dass die Rechtsschriften bei den Mehrheitsaktionären und ihren Bezugspersonen "herumgeboten" wurden.

Das Bezirksgericht geht davon aus, eine konkrete Beteiligung des Beklagten, seine direkte Urheberschaft oder sein Weiterverbreiten der beanstandeten Formulierungen hätten die Kläger nicht genügend konkret behauptet. Hingegen bestreite der Beklagte nicht, dass er die Anwälte (mit) mandatierte und instruierte, ihnen die notwendigen Informationen gab und Unterlagen zusammenstellte, ferner, dass er die Entwürfe der Rechtsschriften vor deren Einreichung ans Gericht vorgelegt erhielt. Ob er in diesem Zeitpunkt Pflicht und Möglichkeit gehabt hätte, auf die Formulierungen Einfluss zu nehmen, könne offen bleiben, da das nur die Frage nach dem Verschulden betreffe, welches für eine Klage nach Art. 28 ZGB nicht erforderlich sei. Indem er nicht intervenierte und die Rechtsschriften einreichen liess, habe er einen adäquat kausalen Beitrag dafür geleistet, dass die beanstandeten Äusserungen den internen Bereich verliessen und Dritten (namentlich den Gerichten) zur Kenntnis gebracht wurden. Andererseits erwägt das Bezirksgericht, der Beklagte habe damals (noch) keine formelle Organstellung gehabt und daher auf den Entscheid, die Rechtsschriften einzureichen, keinen Einfluss nehmen können. Seine Passivlegitimation sei daher hinsichtlich für die Feststellungsklage zu verneinen, hinsichtlich der Unterlassungsklage aber zu bejahen, weil er als Verwaltungsrat nun für die Zukunft als Mitwirkender in Frage komme.

4.2 Die Passivlegitimation ist für den Beklagten als den Präsidenten des Verwaltungsrates der X. von den anderen Voraussetzungen des Anspruches nur schwer zu trennen. Das zeigt sich in den Plädoyers beider Parteien vor Obergericht, welche sich auf weiten Strecken damit befassen, was für einen Beitrag der Beklagte zu den beanstandeten Äusserungen leistete, und ob die Gefahr einer Wiederholung dieser Äusserungen (und des Tatbeitrages des Beklagten dazu) bestehe - das ist aber (noch) gar nicht Thema des Verfahrens.

Einzig zu beantwortende Frage ist es, ob der Beklagte neben der Gesellschaft ins Recht gefasst werden kann. Dabei geht es um die Auslegung von Art. 28 Abs. 1 ZGB, welcher dem (potentiell) Verletzten Rechtsschutz zubilligt gegen "jeden, der an der Verletzung mitwirkt". Der Beklagte sieht das eingeschränkt durch Art. 55 Abs. 3 ZGB, wonach die Organe für Handlungen der juristischen Person nur haften, wenn sie ein Verschulden trifft - die Rechtsbehelfe von Art. 28/28a ZGB setzen kein Verschulden voraus, und dem Beklagten im vorliegenden Verfahren ist jedenfalls zur Zeit noch kein Verschulden nachgewiesen.

Es ist dem Beklagten darin zu folgen, dass die Bestimmungen von Art. 28 resp. 55 ZGB nach der Systematik des Gesetzes in verschiedenen Titeln stehen ("die natürlichen Personen" und "die juristischen Personen") und von da her gesehen gleich gestellt sind, m.a.W. keine gesetzessystematisch bedingte Über- oder Unterordnung der Bestimmungen zu einander besteht. Vom Inhalt her erscheint aber Art. 55 ZGB doch als die allgemeinere Bestimmung, weil sie grundsätzlich für alle möglichen Fälle die rechtliche Bedeutung klärt, welche die Handlungen natürlicher Personen für das juristische Kunst-Gebilde "juristische Person" haben. Dem gegenüber sind Persönlichkeitsverletzungen nur ein Ausschnitt aus den rechtlich relevanten Handlungen einer juristischen Person. Von da her drängt es sich auf, Art. 28 ZGB als speziellere Norm zu verstehen, welche nach anerkannter Auslegungsregel der allgemeinen vorgeht. Eine unbefangene Lesart des Wortlautes "gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt", legt es ebenfalls nahe, neben einer juristischen Person, der eine Persönlichkeitsverletzung zugerechnet werden muss, auch die natürlichen Personen als passivlegitimiert zu betrachten,

denen eine "Mitwirkung" im Sinne des Gesetzes angelastet werden kann (wobei damit die Tragweite dieser "Mitwirkung" noch nicht definiert ist).

Ein Urteil des Bundesgerichtes genau zu dieser Frage scheint nicht zu existieren. Allerdings entschied das Bundesgericht schon zur alten Fassung des Art. 28 ZGB ("wer .. verletzt wird, kann auf Beseitigung der Störung klagen"), dass bei einem Kollektiv von Herausgebern einer Zeitung nicht nur die effektiven Verfasser eines Artikels, sondern alle Herausgeber passivlegitimiert seien (BGE 103 II 165 ff.). Die heute geltende Fassung will den Kreis der Passivlegitimierten mit der Wendung "gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt" offenkundig weit(er) fassen. Das Bundesgericht hat denn auch in einem Verfahren betreffend Gegendarstellung deutlich gemacht, dass Art. 28 ZGB weit zu verstehen ist: "Dem Gesetzeswortlaut lässt sich auch deutlich entnehmen, dass das Gegendarstellungsrecht grundsätzlich nur gegenüber einem bestimmten Gegendarstellungspflichteten bestehen soll. Diese Regelung steht in einem offenkundigen Gegensatz zum allgemeinen Schutz der Persönlichkeit (...). Im Falle der widerrechtlichen Verletzung kann der Verletzte gemäss Art. 28 Abs. 1 ZGB gegen jeden vorgehen, der an der Verletzung mitwirkt. Dies gilt auch dann, wenn die Verletzung durch die Presse oder ein anderes Medienunternehmen erfolgt. In einem solchen Fall ist es möglich, wahlweise den Autor eines Beitrages im redaktionellen Teil der Zeitung oder den Autor eines Inserates, den verantwortlichen Redaktor, den Zeitungsverleger oder unter Umständen jemand anderen, der an der Verbreitung der Zeitung beteiligt gewesen ist, ins Recht zu fassen (...). Durch Klagenhäufung ist es weiter möglich, dem Urteil eine weitere Wirkung als nur gegenüber Einzelnen zu verschaffen. Aus dieser Regelung lässt sich jedoch nichts für das Gegendarstellungsrecht ableiten" (BGE 113 II 216 f.). In einem späteren Fall ging es um die (Mit-)Verantwortlichkeit der Druckerei für Persönlichkeitsverletzung in einer von ihr gedruckten Zeitung. Hier formulierte das Bundesgericht: "(der Gesetzgeber hat) ausdrücklich darauf verzichtet, eine spezielle Regelung für Massenmedien, analog zur strafrechtlichen Regelung gemäss Art. 27 StGB einzuführen [Zitate]. Die Interpretation der Beklagten von Art. 28 ff. ZGB ist mit dem erklärten Willen, wonach der Verletzte gegen jeden an der Verletzung Teilnehmenden vorgehen könne, nicht vereinbar [Zitate]" (BGE 126 III 161 ff. = Pra 90/2001 Nr. 80). Der

vom Beklagten zitierte BGE 120 II 58 ff. handelt ebenfalls nicht vom Verhältnis der Artikel 28 und 55 ZGB, sondern von der Tragweite des Art. 72 Abs. 3 VVG, wenn die Anspruchsberechtigte eine juristische Person ist. Dass auch andere als rechtsgeschäftliche Handlungen der Organe der juristischen Person zugerechnet werden, bedeutet nach dem Entscheid nicht, dass sich die als Organe handelnden natürlichen Personen zu ihrer Entlastung auf die Handlungen der juristischen Person berufen könnten; "Das Organ kann sich nicht hinter der juristischen Person verschanzen" (BGE 120 II 64). - Dieses weite Verständnis des Kreises der Passivlegitimierten spricht für den Einbezug auch der Organe juristischer Personen im Anwendungsbereich des Art. 28 ZGB.

Der Beklagte lässt für seine Auffassung, dass nur die juristische Person passivlegitimiert sei, das Lehrbuch von Tuor et al. zum ZGB zitieren (act. 126 S. 6). An der vermutlich gemeinten Stelle (Tuor/Schnider/Schmid, ZGB 12 Aufl. 2002 S. 140) wird aber nur der unbestrittene Grundsatz wiederholt, dass ein Dritter nach seiner Wahl aufgrund von Art. 41 ff. gegen die juristische Person klagen kann oder gegen die Organe, die ein Verschulden trifft. Ob das auch im Bereich von Art. 28 ZGB gelten solle, wird damit nicht gesagt. An der Stelle, wo Art. 28 Abs. 1 ZGB vorgestellt wird, heisst es immerhin: "Passivlegitimiert ist nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut jede Person, die an der widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung mitwirkt" (op. cit. S. 102, unter Hinweis auf BGE 126 III 165 ff.). Wenn auch ohne eingehendere Begründung lässt das annehmen, die Autoren verstehen Art. 28 Abs. 1 ZGB weit. Der Basler Kommentar zu Art. 28 ZGB spricht sich für einen weiten Kreis der Passivlegitimierten aus, unter Hinweis auf den Wortlaut des Gesetzes und auf die vorstehend zitierten Entscheide, sowie mit ausdrücklichem Hinweis auf Art. 55 ZGB - allerdings ohne die Problematik des Verhältnisses von Art. 55 Abs. 3 und Art. 28 Abs. 1 ZGB anzusprechen (Basler Kommentar 2. Aufl. 2002, Meili, N. 37 zu Art. 28 ZGB). Bei Art. 55 ZGB heisst es dann kurz: "Gemäss Art. 55 Abs. 3 können die Organe nur im Falle eines Verschuldens zusätzlich zur juristischen Person zur Rechenschaft gezogen werden (a.M. BK-Riemer, N. 64 f.)" (cit. Basler Kommentar, Huguenin, N. 31 zu Art. 55 ZGB). Auch das geht auf die spezifische Problematik von Art. 28 Abs. 1 ZGB nicht ein. Der zitierte Berner Kommentar geht vom uneinheitlichen Wortlaut der ver-

schiedenen Sprachfassungen aus: während der italienische Text wie der deutsche bestimmt, die Organe hafteten "per la loro colpa", wird die persönliche Haftung der Organe nach der französischen Fassung ausgelöst durch die "fautes commises" der Handelnden. Riemer schliesst daraus, dass das Organ immer dann auch ohne Verschulden persönlich ins Recht gefasst werden kann, wenn die betreffende Haftungsnorm ein Verschulden nicht voraussetzt (BK-Riemer, N. 64 f. zu Art. 54/55 ZGB). Das stützt sich unter anderem auf Portmann (Organ und Hilfsperson im schweizerischen Haftpflichtrecht, Diss. Bern 1958 S. 41) und leuchtet vom Ergebnis her ohne weiteres ein. Ob dieses allgemeine weite Verständnis von Art. 55 Abs. 3 ZGB zulässig ist, braucht heute freilich nicht entschieden zu werden. Gegen eine Anwendung von Riemers Auffassung auf die später erlassene und systematisch spezielle Norm von Art. 28 Abs. 1 ZGB bestehen keine Bedenken.

Der Beklagte ist für das Unterlassungsbegehren insoweit passivlegitimiert, als es um künftige Verlautbarungen der Gesellschaft im Sinne von Art. 28 ZGB geht, an welchen er im Sinne von Art. 28 ZGB "mitwirken" wird. Der rhetorisch überzeichnende Ausruf seines Vertreters, er müsse sich doch nicht in einen Prozess verstricken lassen "nur weil er auf der Welt ist", übergeht den Umstand, dass der Beklagte als Verwaltungsratspräsident der X. eine besondere Stellung innehat. Diese Stellung ist wesentlich, und das unabhängig davon, ob der Beklagte in der Vergangenheit an den beanstandeten Äusserungen der X. mitwirkte oder nicht. Entgegen seiner Auffassung genügt es, dass er sich in das Amt wählen liess. Ob er an künftigen Äusserungen der Gesellschaft tatsächlich mitzuwirken "droht" (Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB), ist heute nicht zu entscheiden. Es kommt nur darauf an, dass ihm die Mitwirkung auch persönlich verboten werden kann, falls die Kläger diese Anspruchsvoraussetzung zu erstellen vermögen - und dass diesfalls die Klage gegen ihn nicht mit dem Argument abgewiesen werden darf, es hafte einzig die Gesellschaft.

Es ist daher festzustellen, dass der Beklagte passivlegitimiert ist.

4.3 Damit ist über die Klage insbesondere nicht entschieden, was die Rechtswidrigkeit der beanstandeten Äusserungen, und was das Rechtsschutzin-

teresse, namentlich die Ausführungs-(oder Wiederholungs-)Gefahr für das Unterlassungsbegehren betrifft. Insofern ist für beide Seiten mit dem heutigen Urteil wenig gewonnen. Das liegt aber an der prozessualen Besonderheit, dass das Bezirksgericht den Entscheid (nur) über die Frage der Passivlegitimation vorgezogen hat."

Obergericht, II. Zivilkammer  
Urteil vom 10. September 2004  
LB040017