

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr. LB120067-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. F. Gohl Zschokke

Urteil vom 22. April 2013

in Sachen

A._____ AG,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Persönlichkeitsverletzung**

Berufung gegen ein Urteil der 7. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 7. Juni 2012; Proz. CG100241

Rechtsbegehren:

(act. 2 S. 2)

- "1. Es sei festzustellen, dass die Publikationen der Beklagten vom tt.mm.yyyy auf der Frontseite die Persönlichkeit des Klägers verletzt und in seinen Geschäftsverhältnissen herabgesetzt hat.

2. Es sei dem Kläger eine Genugtuung von Fr. 10'000.-- gerichtlich zuzusprechen.
3. Die Beklagte habe unter Androhung der gerichtlichen Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe mit Busse im Widerhandlungsfalle gemäss Art. 292 StGB Auskunft bzw. Rechenschaft hinsichtlich der mit der unter Ziffer 1 genannten Berichterstattung erzielten Gewinne innert gerichtlich festzusetzender kurzer Frist zu geben und alsdann den dabei erzielten Gewinn an den Kläger herauszugeben.
4. Die Beklagte sei gerichtlich unter Androhung von Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle anzuweisen, die Publikation über den Kläger gemäss vorstehend Ziffer 1 vollständig aus der elektronischen Datenspeicherung der Beklagten zu entfernen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Urteil der 7. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 7. Juni 2012
(act. 28 S. 34 f.):

1. Es wird festgestellt, dass die Publikation der Beklagten vom tt.mm.yyyy auf der Frontseite des ... [Zeitung] die Persönlichkeit des Klägers widerrechtlich verletzt und ihn in seinen Geschäftsverhältnissen herabgesetzt hat.
2. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Genugtuung von Fr. 5'000.-- zu bezahlen.
3. Der Antrag, die Beklagte sei unter Androhung der gerichtlichen Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe mit Busse im Widerhandlungsfalle gemäss Art. 292 StGB zu verpflichten, Auskunft bzw. Rechenschaft hinsichtlich der mit der Berichterstattung erzielten Gewinne zu geben und alsdann den dabei erzielten Gewinn an den Kläger herauszugeben, wird abgewiesen.

4. Der Antrag, die Beklagte sei gerichtlich unter Androhung von Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle anzuweisen, die Publikation vollständig aus ihrer elektronischen Datenspeicherung zu entfernen, wird abgewiesen.
 5. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 8'000.-- (Pauschalgebühr). Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
 6. Die Gerichtskosten werden zu drei Vierteln der Beklagten und zu einem Viertel dem Kläger auferlegt.
 7. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 7'100.-- (Mehrwertsteuer und Anteil Weisungskosten inbegriffen) zu bezahlen.
- 8./9. Mitteilung / Rechtsmittel

Berufungsanträge:

der Berufungsklägerin (act. 34):

"Ziffern 1. und 2. sowie 6. und 7. des angefochtenen Urteils seien aufzuheben und die Klage sei abzuweisen,

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWSt.-Zuschlag) für beide Instanzen zu Lasten des Klägers und Berufungsbeklagten".

des Berufungsbeklagten (act. 41):

- "1. Die Berufung vom 14. August 2012 sei vollumfänglich abzuweisen und das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 7. Juni 2012 (Geschäfts-Nr. CG100241-L/U) sei zu bestätigen;
2. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten und Berufungsklägerin."

Erwägungen:

I.

1. Der Kläger ist Musiker und Chansonnier mit Wohnsitz in C._____ und hat am tt.mm.yyyy die Schweiz am D._____ [Wettbewerb] vertreten und ist ... aus dem Wettbewerb ausgeschieden. Den Wettbewerb gewann die ... Sängerin E._____. Die Beklagte ist ein Schweizer Medienunternehmen und unter anderem Herausgeberin der Tageszeitung Am tt.mm.yyyy veröffentlichte die Beklagte im ... auf der Titelseite eine Fotomontage, die den Kopf des Klägers auf dem Körper der ...-Teilnehmerin und -Gewinnerin E._____ zeigt (im Folgenden "Fotomontage"; act. 4/3), dies unter dem Titel "...". In derselben Ausgabe des ... erschien zudem auf Seite ... f. ein Artikel über die erfolglose Teilnahme des Klägers am D._____ (act. 4/4).

Der Kläger rügt die Publikation auf der Titelseite des ... als persönlichkeitsverletzend und geschäftsschädigend. Er verlangt die gerichtliche Feststellung der Persönlichkeitsverletzung und die gerichtliche Feststellung, er sei durch die Publikation in seinen Geschäftsverhältnissen herabgesetzt (worden). Zudem verlangt der Kläger eine Genugtuung. Die Beklagte bestreitet die Vorwürfe.

2. a) Für die Prozessgeschichte vor Vorinstanz kann auf die Darstellung im angefochtenen Urteil verwiesen werden (act. 28 = act. 33 = act. 35 S. f.). Das Bezirksgericht hiess die Klage nach Abschluss des Hauptverfahrens mit Urteil vom 7. Juni 2012 teilweise gut und stellte fest, dass die streitgegenständliche Publikation rechtswidrig in das Persönlichkeitsrecht des Klägers eingreift und ihn in seinen Geschäftsverhältnissen herabsetzt (act. 35 S. 34 Dispositivziffer 1). Dem Kläger wurde als Folge davon ein Anspruch auf Leistung einer Genugtuung im Betrag von Fr. 5'000.-- zugesprochen (act. 35 S. 34 Dispositivziffer 2). Weitergehende Ansprüche des Klägers auf Auskunftserteilung durch die Beklagte über ihren mit der streitgegenständlichen Publikation erzielten Gewinn und dessen nachfolgende Herausgabe sowie auf vollständige Entfernung der Publikation aus der elektronischen Datenspeicherung der Beklagten wies das Bezirksgericht ab (act. 35 S. 34 Dispositivziffern 3 und 4).

b) Mit Eingabe vom 14. August 2012 (act. 34) erklärte die Beklagte Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichtes. Sie beantragte die Abweisung der Klage und demzufolge die Aufhebung der Dispositivziffern 1 und 2 des Urteils (act. 34 S. 2). Der Kläger schloss in der Berufungsantwort vom 23. Oktober 2012 auf Abweisung der Berufung (act. 41). Die Berufungsantwort wurde der Beklagten am 7. Dezember 2012 zugestellt (act. 43 und act. 44). Das Verfahren ist spruchreif.

c) Im Berufungsverfahren ist damit einzig noch zu entscheiden, ob die streitgegenständliche Publikation als persönlichkeitsverletzend im Sinne von Art. 28 ZGB und/oder als unlauter im Sinne von Art. 3 lit. a UWG einzustufen ist und ob bei Bejahung einer Verletzung eine Genugtuung durch die Beklagte zu bezahlen ist. Die beiden klägerischen Begehren auf Auskunftserteilung und Gewinnerhausgabe sowie auf Entfernung der Publikation sind nicht mehr Streitgegenstand im Berufungsverfahren (act. 35 S. 34 Dispositivziffern 3 und 4, Urteil des Bezirksgerichtes).

3. Am 1. Januar 2011 ist die schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) vom 19. Dezember 2008 in Kraft getreten. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Das bezirksgerichtliche Verfahren zwischen den Parteien war bei Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung bereits rechtshängig. Für dieses gilt daher das bisherige Verfahrensrecht (das Gesetz über den Zivilprozess des Kantons Zürich [ZPO/ZH] und das zürcherische Gerichtsverfassungsgesetz [GVG]). Dementsprechend ist im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens zu prüfen, ob die für das erstinstanzliche Verfahren geltenden Bestimmungen, insbesondere diejenigen der zürcherischen Zivilprozessordnung (ZPO/ZH), korrekt angewendet wurden (vgl. insbesondere sogleich hiernach unter II.2, Verletzung der Beweislastregeln).

Das angefochtene Urteil wurde nach dem 1. Januar 2011 eröffnet, weshalb sich das Verfahren des Rechtsmittels nach den Bestimmungen der schweizerischen Zivilprozessordnung beurteilt (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

4. Das Berufungsverfahren stellt die Fortsetzung des Verfahrens erster Instanz dar, grundsätzlich nach Massgabe des Sachverhaltes, den die Parteien der ersten Instanz vorgetragen haben (vgl. BGE 138 II 625; Reetz/Hilber, Kommentar zur ZPO, 2. A., Zürich 2013, Art. 317 N 10). Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO sind daher neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren bei gewöhnlichen Zivilprozessen nur dann noch zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor der ersten Instanz hatten vorgebracht werden können. Der Kläger legt nicht dar, weshalb es ihm nicht möglich gewesen war, die Urkunden, act. 42/1-7, bereits vor erster Instanz vorzubringen. Die Beklagte hat bereits vor Vorinstanz die Homosexualität des Klägers in Abrede gestellt (act. 23 S. 5, act. 15 S. 7 und S. 10). Fehlt es an entsprechenden Darlegungen, weshalb die ...-Artikel aus den Jahren 1998 bis 2005 (act. 42/1-6 und ein google printscreen: act. 42/7) nicht bereits vor Bezirksgericht haben vorgebracht werden können (act. 41 S. 17 oben), erweist sich die Berufungsantwort in Bezug auf die vorgetragenen Noven bzw. die dazu eingereichten Urkunden als unbegründet und es bleiben die entsprechenden Ausführungen und Urkunden unbeachtlich.

II.

1. Der Kläger kann einen einzigen Anspruch mit einheitlichem Rechtsbegehren, das auf ein und demselben Sachverhalt fusst, geltend machen und zu dessen Begründung mehrere Rechtsgrundlagen anrufen (vgl. anstatt vieler BSK ZGB I-Meili, 4. Aufl., Basel 2010, N 10 zu Art. 28; BK ZPO-Berger, Bern 2012, N 12 zu Art. 4, etwa mit dem Beispiel MSchG und Art. 28 ff. ZGB). Anders als in den dem Aktionenrecht verpflichteten Rechtssystemen unterbreitet die Recht suchende Partei dem Gericht den Sachverhalt, und das Gericht wendet die in Frage kommenden Normen an. Der vom Kläger in den Prozess eingeführte Sachverhalt ist entgegen den Ausführungen der Beklagten (act. 34 S. 7 unten f., S. 10) unter allen rechtlichen Gesichtspunkten zu würdigen. Macht der Kläger geltend, die streitgegenständliche Fotomontage verletze ihn nicht nur in seiner Ehre bzw. Intimsphäre, sondern setze ihn auch in seinem geschäftlichen Bereich als Musiker in wettbewerbsrechtlich relevanter Weise herab, so ist der Sachverhalt sowohl an

Art. 28 ZGB wie auch an Art. 3 lit. a UWG zu überprüfen. Entgegen der Darstellung der Beklagten (act. 34 S. 8 unten) kommt vorliegend deshalb den Bestimmungen über den Persönlichkeitsschutz im ZGB selbständige Bedeutung zu. Das UWG wäre nur dann allein anwendbar, falls der Kläger (ausschliesslich) wettbewerbsrechtliche Ansprüche wegen Geschäftsschädigung geltend gemacht hätte (so auch ZR 94 (1995) 23 S. 74 ff., S. 75). Für diesen Fall gilt, dass ein Verhalten, welches wettbewerbsrechtlich zulässig ist, nicht aufgrund des allgemeinen Persönlichkeitsschutzes als verboten qualifiziert werden kann. Vorliegend macht der Kläger indes geltend, dass die Fotomontage sowohl seine wirtschaftlichen Interessen wie auch seine – über das berufliche und wirtschaftliche Ansehen hinausgehende – persönliche Ehre verletzt. Richtig ist, dass der Inhalt des Persönlichkeitsrechts des Klägers gemäss Art. 28 ZGB in bestimmter Hinsicht abzuklären und abzugrenzen ist von demjenigen Teil des Sachverhaltes, welcher in den Schutzbereich des UWG fällt. Das Bezirksgericht hat diese Abgrenzung entgegen den Ausführungen der Beklagten vorgenommen (act. 35 S. 13 ff., S. 15 oben, S. 17 oben und act. 35 S. 31 ff., S. 33 oben). In diesem Sinne ist mit dem Bezirksgericht, auf dessen zutreffende Ausführungen im Übrigen vollumfänglich verwiesen werden kann (act. 35 S. 10-12), festzuhalten, dass die streitgegenständliche Fotomontage sowohl nach Art. 28 ZGB wie auch nach Art. 3 lit. a UWG zu prüfen ist (vgl. im Weiteren hierzu unter II 7. hiernach).

2.1. a) Die Vorinstanz hat hinsichtlich der zwischen den Parteien streitigen Fragen um die sexuelle Orientierung des Klägers kein Beweisverfahren durchgeführt, sondern eine Notorietät bejaht, wonach die Homosexualität des Klägers in der breiten Öffentlichkeit bekannt sei (act. 35 S. 14 unten). Die Beklagte rügt dieses Vorgehen und macht geltend, das Bezirksgericht habe auf unzulässige Weise die sexuelle Orientierung des Klägers als (gerichts-)notorisch seinem Urteil zugrunde gelegt, weshalb das Bezirksgericht die Beweislastregeln verletzt habe (act. 34 S. 5, S. 13, S. 17, S. 21. S. 22).

b) Grundsätzlich muss jede Partei im Zivilprozess die zu ihren Gunsten behaupteten erheblichen Tatsachen darlegen und gegebenenfalls auch beweisen. Dies gilt aber nicht uneingeschränkt. Über (gerichts-)notorische Tatsachen muss

nicht Beweis geführt werden (vgl. § 133 Satz 2 ZPO/ZH "Hat das Gericht davon sichere Kenntnis, ist der Beweis nicht abzunehmen."; vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar ZPO ZH, Zürich 1997, N 11 zu § 133 ZPO; so auch die schweizerische Zivilprozessordnung in Art. 151 ZPO "Offenkundige und gerichtsnotorische Tatsachen sowie allgemein anerkannte Erfahrungssätze bedürfen keines Beweises"). Eigenes Wissen von streitigen Tatsachen und allgemein bekannte Umstände können daher eine Beweisführung erübrigen. Der Kläger hat wiederholt in der Öffentlichkeit seine sexuelle Orientierung zu erkennen gegeben. Der Kläger macht kein Geheimnis aus seiner Homosexualität, weshalb diese als zuverlässig allgemein bekannt gelten darf. Die Parteien hatten Gelegenheit Zweifel an der vor Bezirksgericht hinlänglich thematisierten sexuellen Orientierung des Klägers bzw. deren Notorietät anzumelden. Die Berufungsklägerin bestreitet die Notorietät allerdings lediglich pauschal bzw. mit Nichtwissen (act. 34 S. 4; act. 23 S. 6). Damit kann mit dem Bezirksgericht festgehalten werden, dass sich ein Beweisverfahren zur Frage der Homosexualität des Klägers erübrigt. Es ist aber doch zu bemerken, dass sich die Fotomontage als solche letztlich nicht in die Kategorie wahr/unwahr einteilen liesse, die alleinige Frage nach der (evtl. verifizierbaren) sexuellen Orientierung des Klägers demnach die vorliegende Auseinandersetzung nicht verkürzen würde. Die streitgegenständliche Fotomontage (Bild und Text) setzt vielmehr ein (vielleicht auch nur unbewusstes) Vorwissen beim Leser voraus und "spielt" beim Leser mit der ihr, der Fotomontage, zugrunde liegenden Botschaft (vgl. dazu sogleich hiernach unter Erw. 3). Zu diesem Vorwissen des Lesers gehört das "Wissen" über die sexuelle Orientierung des Klägers bzw. es kommt beim Betrachten der Fotomontage unweigerlich der Gedanke auf, es müsse sich hier um eine homosexuelle Person handeln.

2.2. Das Bezirksgericht hat die streitgegenständliche Fotomontage in ihrem Urteil als einen in ihrer Gesamtheit unnötig verletzenden Angriff auf die Person des Klägers qualifiziert, die dessen Persönlichkeit verletze. Dieser Beurteilung ist im Ergebnis zuzustimmen. Es kann daher auf die entsprechenden ausführlichen und sorgfältigen Erwägungen des Bezirksgerichtes verwiesen werden (act. 35 S. 13 ff). Was die Beklagte gegen diese Schlussfolgerung und deren Begründung

im Berufungsverfahren vorträgt, vermag nicht zu einer anderen Beurteilung zu führen.

2.3. Das Bezirksgericht hat den Begriff der Persönlichkeitsverletzung gemäss Art. 28 Abs. 1 ZGB ausführlich und unbestrittenermassen korrekt umschrieben, weshalb darauf verwiesen werden kann (act. 35 S. 12-13, act. 34 S. 11 Ziff. 20). Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Abgrenzung des widerrechtlichen Verhaltens von jenem, das die Rechtsordnung zulässt, insbesondere auf dem Gebiet des Persönlichkeitsschutzes nicht einfach ist und häufig eine Abwägung widerstreitender Interessen erfordert. Der Bestand und Umfang eines Persönlichkeitsrechtes lässt sich oft nur aufgrund einer umfassenden Würdigung der gegebenen Umstände treffen. Hierzu müssen auch Wertungen aus anderen Disziplinen herangezogen werden, welche sich mit den Realien beschäftigen, welche die fragliche Gesetzesbestimmung regeln wollen (so Ivo Schwander, *em. Prof. HSG*; mit welchen methodologischen, organisatorischen und verfahrensrechtlichen Instrumenten könnte man zu besseren Gerichtsurteilen gelangen? *Vortragsreihe am Mittag, EuropaInstitut an der Universität Zürich, 22. März 2013*). Ein Interpretationsaufwand ist vor allem in einem Fall wie dem vorliegenden, wo die Linie zwischen grenzwertigem Geschmack und Persönlichkeitsverletzung schwierig zu ziehen ist, notwendig. Als richterliche Interpretationsblasen (act. 34 S. 14 Ziff. 22) oder als kopflastiges Produkt abstrakter Überlegungen (so die Beklagte in der Berufungsbegründung act. 34 S. 13) können damit derartige Wertungen oder eben ausserrechtliche Beurteilungsmassstäbe nicht gesehen werden. Allgemein gilt, dass jedes Verhalten, das ein zur Persönlichkeit gehörendes und geschütztes Gut verletzt, wie die Ehre oder das sexuelle Verhalten als Teil der Intimsphäre, grundsätzlich widerrechtlich und damit nach Art. 28 ZGB unerlaubt ist.

3.1. Für die Vorbringen der Parteien, welche sie im Berufungsverfahren im Wesentlichen wiederholen, kann, um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, grundsätzlich auf die übersichtliche Zusammenfassung im angefochtenen Urteil verwiesen werden (act. 35 S. 4-10).

Der Ursprung der natürlichen Stärke des Mannes wird bis heute (ungeachtet einer sexuellen Orientierung) im Körper gesehen; maskulin konnotierte Sportarten (Fussball, Eishockey) zeugen davon. Gerade in diesen Sportarten wird das Bild des Mannes als stark, mutig, rational, willensstark konserviert. Damit hängt die früher offen ausgesprochene, heute latent immer noch vorhandene Angst vor der Verweiblichung des Mannes zusammen. Entsprechend ist etwa Homosexualität immer noch ein grosses Tabu in die Masse begeisternden Teamsportarten (mit Körperkontakt) wie Fussball oder in bestimmten Berufszweigen wie das Polizeiwesen. Dazu passt, dass der passive Teil in einer homosexuelle Beziehung traditionsgemäss als weiblich oder weibisch (und damit als unterlegen) dargestellt wurde bzw. wird. Wenn angesichts dieser Männlichkeitstradition der Kläger – ein Mann – verniedlicht, ja weibisch, dargestellt wird, dann hat diese Darstellung eine herabsetzende Konnotation. In diesem Sinn kann der Beklagten nicht zugestimmt werden, wenn sie ausführt, es fehle der Fotomontage jedweder Bezug zur Sexualität bzw. der sexuellen Orientierung der montierten Personen (act. 34 S. 13). Die soeben kurz umrissene tradierte und damit verinnerlichte Männlichkeitskonstruktion – die überlegene Männlichkeit als Abgrenzung zum Weiblichen – ist auch dem Durchschnittsleser des ... zumindest unbewusst bekannt, zumal sich die eigene Geschlechtsidentität (auch diejenige des ...lesers) nicht nur aus sich allein, sondern auch immer wieder neu in Bezug auf andere herausbildet.

Zu betonen ist im vorliegenden Zusammenhang (Fotomontage), dass Bilder in ausgesprochenem Masse gesellschaftliche Zusammenhänge herstellen und zur Konstruktion und Stabilisierung von (sozialen) Wirklichkeiten beitragen. Wir glauben, was wir sehen. Die Vorstellung, Homosexuelle seien keine richtigen Männer und „weiblicher“ als heterosexuelle Männer wird heute nur noch selten ausgesprochen, ist aber noch immer recht verbreitet. Das zeigt sich daran, dass die Gesellschaft ihnen Tätigkeiten, bei denen es besonders auf diese traditionell den Männern zugeschriebenen Eigenschaften (Stärke, Mut, Ausdauer, Durchsetzungsvermögen usw.) ankommt, jedenfalls bis vor kurzem nicht zugetraut hat. Beispielsweise gab es in den letzten zwei Jahrzehnten in vielen Ländern Debatten darüber, ob Schwule Militärdienst leisten sollen und ob sie auch als militärische Vorgesetzte in Frage kommen. Weit verbreitet ist auch die Vorstellung, Schwule

seien besonders häufig in Berufen tätig, in denen es auf „weibliche“ Eigenschaften wie Anmut und Schönheit oder Hilfsbereitschaft ankommt, etwa als Modeschöpfer, Coiffeur, Balletttänzer, Kellner oder Flugbegleiter. Bezeichnenderweise stossen sie in weiblich konnotierten Berufen und Tätigkeiten auf weniger Akzeptanzprobleme als in eigentlichen Männerdomänen wie etwa Fussball und Eishockey, Armee, Polizei oder dergleichen.

Dem Kläger wird entgegen den Beteuerungen der Beklagten (act. 34 S. 16) in diesem Sinne seine Männlichkeit abgesprochen. Der Beklagten kann deshalb insoweit zugestimmt werden, als sie ausführt, auch ein heterosexueller Mann müsse sich eine (wie vorliegend zu beurteilende) weibliche oder "weibische" Darstellung seiner selbst, also ein Verniedlichungs- bzw. Herabsetzungsmodus, nicht gefallen lassen (act. 34 S. 13). Allein, dem Bezirksgericht ist beizupflichten, wenn es ausführt, die Publikation wäre kaum denkbar bzw. verständlich, wenn der Kläger nicht homosexuell wäre (act. 35 S. 15 oben). Die dargelegten "Alternativversionen" der Beklagten, welche das gedankliche Ersetzen des Klägerkopfes durch den Kopf eines bekannten heterosexuellen Sängers (..., ..., ...) beliebt machen wollen (act. 34 S. 14 Ziff. 22), sind daher nicht zielführend. Sinngemäss macht die Beklagte damit geltend, es sei purer Zufall, dass die Idee mit der Fotomontage einen homosexuellen Musiker getroffen hat. Das ist lebensfremd. Die Beklagte hat denn auch nie vergleichbare Darstellungen von ... oder ... publiziert, wenn es Anlässe gab, sich über diese Musiker lustig zu machen.

Auch der von der Beklagten angeführte Chinese oder Portugiese (vgl. act. 34 S. 16), welcher sich, so sinngemäss und zusammenfassend, aus der Fotomontage keinen, und damit auch keinen abwertenden, Reim machen könne, hilft nicht weiter, weil, wie dargelegt, auf das Verständnis des Durchschnittslesers des ... abzustellen ist. Der Durchschnittsleser des ... erkennt eben, dass sich die Beklagte nicht nur über einen musikalischen Misserfolg lustig macht, sondern auch und vor allem über die Homosexualität des Klägers. Der Einwand der Beklagten, der von der Vorinstanz hergestellte Sexualitätsbezug müsse sich aus der Fotomontage selbst ergeben (etwa durch Darstellung von primären Geschlechtsmerkmalen oder einer weiblichen Brust, act. 34 S. 16 unten), ist denn auch zu verwerfen. Wie

bereits erwähnt, geht die Beklagte zu Recht beim Durchschnittsleser des ... von einem Kontextwissen aus. Ist das Vorwissen da, folgt daraus die Deutung der Fotomontage, nämlich die Herabsetzung, das Lächerlich machen des Klägers als Mann. Einen direkteren Angriff mit expliziten Darstellungen braucht es nicht.

Der Beklagten ist beizupflichten, wenn sie (sinngemäss) ausführt, der Kläger könne sich aufgrund seiner gelebten Öffentlichkeit nur in engeren Grenzen auf den Schutz seiner Persönlichkeit berufen bzw. es sei zu prüfen (gewesen), ob die angebliche Verletzung überhaupt den notwendigen Grad an Intensität habe, um eine Verletzung zu sein (act. 34 S. 17 Ziff. 24). Der Kläger als im schweizerischen Showbusiness bekannte Person tritt mit einem bestimmten Image an die Öffentlichkeit und muss sich daher als Akteur auf der gesellschaftlichen Bühne und als Mitbeteiligter der Unterhaltungsindustrie auch polemische und übersteigerte, oder spöttische (act. 34 S. 20, S. 23) Kritik gefallen lassen. Der Beklagten ist auch zuzugute zu halten, dass die Fotomontage (Bild und Text) aus aktuellem Anlass erfolgte und der Verlierer (der Kläger) yyy der Siegerin yyy gegenübergestellt wurde. Auch das Wortspiel "... " mag – gemünzt auf eine Person weiblichen Geschlechts – durchaus einen witzigen Anstrich haben. Es ist aber eine Gesamtschau vorzunehmen. Nicht verleugnen lässt sich, dass mit der streitgegenständlichen Fotomontage auf den Intimbereich des Klägers abgezielt wird, und dies ohne Bezug zu seinem, des klägerischen, öffentlichen Wirken, auch nicht zu seinem Auftritt am D._____ yyy. Der Kläger ist ein in der Schweiz seit Jahren bekannter Chansonier, ein Liederinterpret und er hat eine Männerstimme (so auch die Beklagte act. 34 S. 19 oben, act. 15 S. 4 unten). Der Kläger tritt in kleidsamen (modernen) Anzügen als Mann auf (so auch am fraglichen D._____), er hat kein Image als billiger "Showact". Sein Erscheinungsbild präsentiert sich nicht als ein wie auch immer geartetes personifiziertes Klischee.

Dazu kontrastiert die streitgegenständliche Fotomontage. Das Kleidungsstück, nämlich ein enges, kurzes, schwarzes "...-Kleid mag bei einer jungen Frau (E._____) rockig und frech aussehen, bei einem Menschen im mittleren Alter wirkt es in vielen Fällen indes eher klischiert und bedient gegebenenfalls auf fast schon veraltete Weise das Bild von Anrühigkeit. Hier wird dieses Bild (Aufsetzen des

klägerischen ... Kopfes auf den weiblichen Körper mit ausladendem Hinterteil bzw. breiten Hüften im engen schwarzen Kleid, auf welchem Kleid die mit einem Ring versehene, kokett auf dem Bauch liegende Hand mit den leicht gespreizten Fingern und den schwarz lackierten Fingernägeln ruht, act. 35 S. 15) einem Mann (dem Kläger) zugeschrieben, weshalb die Fotomontage möglicherweise sogar eine transsexuelle Deutung erhält. In diese Kategorie, welche mit noch mehr Vorurteilen behaftet ist als diejenige der Homosexualität, lässt sich der Kläger aber, wie gezeigt und unbestrittenermassen, nicht einreihen. Zielt die Fotomontage (einschliesslich Schriftlegende dazu) auf die sexuelle Orientierung ab und hängt diese nicht mit der Niederlage am D._____ zusammen, so fehlt der Darstellung in der Fotomontage der Sachbezug. Damit ist das Argument, der Kläger müsse sich auch spöttische Kritik gefallen lassen, stark relativiert.

3.2. Damit bleibt es dabei, dass die Publikation der Beklagten auf der Frontseite des ... vom tt.mm.yyyy die Persönlichkeit des Klägers verletzt.

4.1. In der Berufung macht die Beklagte geltend, bei der Beantwortung nach der Frage der Widerrechtlichkeit gehe es entgegen der Vorinstanz nicht so sehr um den Informationsauftrag der Medien als vielmehr um deren Freiheit zur Satire, zur Parodie, zum Humor (act. 34 S. 18 oben). Vorliegend gehe es nicht um die primäre Vermittlung einer Information (dass der Kläger mit ... Punkten ... und die ... Sängerin E._____ ... Siegerin geworden sei), sondern es gehe vielmehr um die Folgerungen, die daraus zu ziehen seien (ebenda). Der Satirebegriff der Vorinstanz sei viel zu eng (act. 34 S. 19). Die Vorinstanz vergesse, was es — neben dem Informationsauftrag der Presse — auch noch gebe, nämlich die Unterhaltung des Publikums bzw. des Lesers und die humoristische Darstellung und/oder Kommentierung von Ereignissen, die man nur mit Mühe als von einem "Informationsauftrag" gedeckt darstellen könne (act. 34 S. 20). Die Fotomontage samt zugehörigem Text sei denn auch vom überwiegenden Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit gedeckt. Satire (Fotomontage, Karikatur, Humor) seien eine von den Grundrechten der Beklagten gedeckte primäre und zulässige Ausdrucksform, die nicht der rechtfertigenden Begründung bedürfe (act. 34 S. 20). Das inhaltlich-konstruktive Element der Berichterstattung sei die Gegenüberstellung des Siegers

und des Verlierers, und weil es der Kläger nicht könne (gemeint: was E. _____ nach Meinung der ...zuschauer gekonnt habe), genüge eben auch nicht, wenn sich der Kläger in eine Frau verwandeln würde oder anders herum – eine Frau den Kopf (bzw. die künstlerischen und gesanglichen Qualitäten) des Klägers habe. Es müsse eben als Schweizer Vertreter jemand kommen, der sich ganz und gar vom Kläger unterscheide (act. 34 S. 20 unten f.). Der Aussagekern heisse einzig, die Schweiz wolle eine "E. _____", und sie, die Schweiz, wolle gewinnen Allerdings genüge es zur Erreichung dieses Ziels nicht, eine weibliche (nicht aber: feminisierte, weibische) Version des B. _____ zu finden, es genüge auch nicht, den Körper bei gleichem Kopf oder den Kopf bei gleichem Körper auszuwechseln, sprich: E. _____ als Mann, aber als B. _____, helfe so wenig wie B. _____ als Frau, und sei er E. _____ (act. 34 S. 22). Die Überspitzung oder Übertreibung bestehe nun in der handwerklich wirklich einfachen, geradezu platten Idee, den Kopf des Klägers auf den Körper von E. _____ zu setzen, beide Teile der Fotomontage seien im Übrigen nicht manipuliert und insoweit "originalgetreu", und in der Gestik frei von allem, was bei objektiver Betrachtung an Sexualität erinnere (act. 34 S. 22).

4.2. Die Beklagte kann sich nicht auf das Prinzip der Satire berufen. Für die Definition des Satirebegriffs – Aggression, Normbezug, Indirektheit der Form – wie auch die Subsumtion des vorliegenden Sachverhaltes kann zunächst auf die zutreffenden Ausführungen des Bezirksgerichtes verwiesen werden (act. 35 S. 19 f.). Satire transportiert Gesellschaftskritik. Satire will vor allem entlarvend wirken. Sie will über den Kontrast von Anspruch und Wirklichkeit Erkenntnisprozesse provozieren. Satire zielt nicht auf den Makel eines Individuums, sondern auf die Person als Repräsentant bestimmter Denk- und Verhaltensweisen ab. In dieser Zweckgebundenheit unterscheidet sich Satire vom blossen Witz (anstatt vieler: Sebastian Gärtner, Was die Satire darf; Eine Gesamtbetrachtung zu den rechtlichen Grenzen einer Kunstform; Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 1119; Diss., Berlin 2009, S. 24 ff.). Angriffsobjekte der Satire sind bspw. Heuchelei oder Korruption. Gerade weil die Satire den Angriff nicht direkt, sondern vielmehr mit den Mitteln der Verfremdung und Verzerrung führt, muss der Leser die fiktiven Elemente erkennen und die dargestellte Verfremdung auf Grundlage

des aktualisierten Kontextwissens in Bezug zur Wirklichkeit setzen (S. Gärtner, a.a.O., S. 143). Das Dargestellte muss vom Leser auf das eigentlich Gemeinte (den Aussagekern) heruntergebrochen werden (können). Ein bloss passives Konsumieren lässt sich mit der Kommunikationsform der Satire nicht vereinen. Gerade weil die Satire beim Leser einen Wissenszusammenhang (Kenntnis der aussercontextuellen Wirklichkeit) voraussetzt, der es ihm erlaubt, den Schritt vom formal Gesagten zum eigentlich Gemeinten zu machen, kann die Satire auch als elitäre Kommunikationsform begriffen werden.

Die Beklagte – ein die Aufmerksamkeit suchendes ... [Presseerzeugnis] – setzt sich mit den zutreffenden Erwägungen des Bezirksgerichts zum Satirebegriff nicht auseinander. Insbesondere legt sie nicht dar, inwiefern die streitgegenständliche Fotomontage Bezug nehmen soll auf ein Ideal, inwiefern Widerspruch gegen eine Sache erhoben wird und inwiefern der Darstellung eine aufklärerische Absicht zukommen soll. Der (simple) Einwand der Beklagten, der Vorinstanz gehe absolut jeder Sinn für Humor ab (act. 34 S. 19 unten), ist nicht zielführend. Humor (bezogen auf den Witz) und Satire sind nicht deckungsgleich. Die Satire unterscheidet sich, wie erwähnt, vom Witz in ihrer Zweckgebundenheit; die Satire besitzt immer eine adressatengerichtete Wirkungs- und Überredungsabsicht (S. Gärtner, a.a.O., S. 25). Damit ist irrelevant, ob der urteilende Spruchkörper des Bezirksgerichts über Humor verfügt. Nicht hilfreich sind auch die Ausführungen der Beklagten, die Vorinstanz erkenne wegen völliger Verstocktheit die satirische Intention nicht (act. 34 S. 19 unten), ohne aber auch nur mit einem Wort darzulegen, wo denn die Stossrichtung der angeblich gegebenen satirischen Intention zu finden ist. Sollte die Beklagte mit den nur schwierig verständlichen Ausführungen, *es genüge nicht, den Körper bei gleichem Kopf oder den Kopf bei gleichem Körper auszuwechseln, sprich: E._____ als Mann, aber als B._____, helfe so wenig wie B._____ als Frau, und sei er E._____* (act. 34 S. 22), ausdrücken wollen, dass die zukünftige "E._____" vom realen "B._____" unterschieden werden müsse, so ist dies angesichts der klaren Niederlage (des Klägers) ein Gemeinplatz; ein satirischer Impuls ist nicht ersichtlich. Die Beklagte selbst hält denn auch fest, dass der Fotomontage (samt Schriftlegende) kein Aussagekern zukommt (act. 34 S. 18 unten f., S. 21 unten). Eine Übersetzung vom Dargestellten zum eigentlich Gemein-

ten – der eigentliche Wesenskern der Satire – kann daher auch nach Auffassung der Beklagten nicht gemacht werden. Die Beklagte kann sich nicht auf das Stilmittel der Satire berufen.

4.3. Damit bleibt es bei der formalen Betrachtung der streitgegenständlichen Fotomontage samt Text, und es ist diese Darstellung, die der rechtlichen Beurteilung unterliegt. Unter Beachtung der angebotenen Symbolik tritt die von der Beklagten geltend gemachte Aktualitätsanbindung – die simple und mehr oder weniger anspruchsvolle Thematisierung der Niederlage des Klägers am D._____ – beim ...-Durchschnittsleser zurück. Vielmehr wird mit der Fotomontage die Homosexualität des Klägers bzw. dessen angeblich "weibisches" Verhalten in den Vordergrund gerückt. Der Begleittext "... " nimmt die Botschaft der Fotomontage auf, verstärkt diese textlich und lässt verlauten, dass der Kläger als "weibischer" Mann bzw. wegen seines homosexuellen Wesens als Vertreter der Schweiz am D._____ nicht mehr in Frage kommt. Es ist unbestritten, dass ein solches Werturteil eine unwahre Tatsachengrundlage hat (die Beklagte selbst hält fest, der Kläger habe den D._____ nicht deshalb verloren, weil er homosexuell ist).

Es besteht kein legitimes öffentliches Interesse, auch nicht der Unterhaltungsindustrie, am Kolportieren der in keinem Zusammenhang zur Niederlage am D._____ stehenden mindestens latent Vorurteilen gegenüber Homosexuellen. Die eingeklagte Persönlichkeitsverletzung kann damit nicht gerechtfertigt werden. Mit dem Bezirksgericht ist festzuhalten, dass die eingeklagte Berichterstattung die Persönlichkeit des Klägers im Sinne von Art. 28 Abs. 2 ZGB widerrechtlich verletzt.

5.1. Das Bezirksgericht bejahte ein Interesse des Klägers an der Feststellung der Widerrechtlichkeit der fraglichen Publikation im Sinne von Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB. Die Beklagte bestreitet ein Feststellungsinteresse unter Hinweis darauf, dass der Kläger trotz entsprechender bezirksgerichtlicher Aufforderung keine Ausführungen gemacht habe zum Störungszustand, der Störungswirkung und zur Abrufbarkeit der Publikation im Internet (act. 34 S. 23 Ziff. 31 f.).

5.2. Die Feststellungsklage bezweckt, gerichtlich festzustellen, dass ein zeitlich zurückliegendes Verhalten der Beklagten, das sich weiterhin auswirkt und nicht beseitigt werden kann, das Persönlichkeitsrecht des Klägers widerrechtlich verletzt. Das Bundesgericht hat im Jahre 2002 seine schwankende Rechtsprechung zum Vorliegen eines Feststellungsinteresses in dem Sinn vereinfacht und vereinheitlicht, dass bereits ein "schutzwürdiges Interesse an der Beseitigung eines fortbestehenden Störungszustandes" genügt (vgl. den bereits vom Bezirksgericht zitierten Bundesgerichtsentscheid BGE 127 III 481, 485; C. Cramer, Rechtsschutz bei Persönlichkeitsverletzungen durch Medien, recht 2007, S. 123 ff., S. 125). Das Fortbestehen des Störungszustands wird angesichts neuer Archivierungstechniken bereits durch eine einmalige Verletzung indiziert; dieser verschwindet "nicht im Laufe der Zeit von selbst" (BGE 127 III 481, 485). Das Bundesgericht schliesst sich damit der Auffassung an, dass Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 eine Art Leistungs- bzw. Beseitigungsklage im Gewand der Feststellungsklage sei. Mit der Feststellungsklage soll im Gegensatz zur Beseitigungsklage (Art. 28a Abs. 3 Ziff. 2 ZGB) nicht eine materialisierte Persönlichkeitsverletzung aus der Welt geschafft, sondern das "Gedankenbild in den Köpfen" zugunsten des Verletzten verändert werden. Zu diesem Zweck wird die Klage häufig mit dem Begehren um Urteilspublikation oder Berichtigung gemäss Art. 28a Abs. 2 ZGB verbunden (C. Cramer, a.a.O., S. 126).

Auch wenn vorliegend mit der Feststellung der Widerrechtlichkeit das Gedankenbild in den Köpfen (der besagten ...-Leser) mangels Verlinkung mit dem verletzenden ursprünglichen Inhalt wohl nicht verändert werden kann, so gilt, dass die streitgegenständliche Publikation nur schon angesichts bestehender Mediendatenbanken noch jahrelang mit wenig Aufwand ("mit wenigen Mausklicks") und jederzeit zugänglich gemacht werden kann (*fortdauernde faktische Materialisierung durch Virtualisierung*; [C. Cramer, a.a.O., S. 126 Fn 27]). Unter diesen Umständen ist im Einklang mit der Bundesgerichtsrechtsprechung von einer Störungswirkung auszugehen und das Feststellungsinteresse zu bejahen.

6.1. Die Beklagte wehrt sich gegen die Bezahlung einer Genugtuung von Fr. 5'000.--. Sie stellt sich auf den Standpunkt, dass die (bestrittene) Verletzung nicht von einer Schwere sei, die zu einer Geldleistung berechtige (act. 34

S. 24 ff.). Der Kläger habe nichts bezüglich seines Leidens substantiiert und nachgewiesen (act. 34 S. 25).

6.2. Der Beklagten ist in ihren Ausführungen beizupflichten, dass sich aus der gegebenen objektiven Schwere der Persönlichkeitsverletzung nicht zwingend bzw. ohne weiteres auf eine entsprechende seelische Unbill schliessen lässt, die Anspruch auf Leistung einer Geldsumme auslöst (Art. 28a Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 49 OR). Die seelische Unbill muss von derjenigen Person, die eine Genugtuung verlangt, konkret und individuell dargelegt werden (BGE 120 II 97). Dieser Anforderung genügen die Ausführungen des Klägers im erstinstanzlichen Verfahren (vgl. act. 35 S. 27 f.). Das Bezirksgericht hat entgegen der Auffassung der Beklagten (act. 34 S. 25) nicht einfach eine Notorietät (Lebenserfahrung) angenommen, wonach Homosexuelle grundsätzlich unter Angriffen auf ihre sexuelle Orientierung leiden würden (act. 34 S. 25). Das Bezirksgericht ist unter Zugrundlegung der Ausführungen des Klägers (act. 35 S. 27-28) zusammengefasst zum Schluss gekommen, dass gestützt auf die allgemeine Lebenserfahrung ohne Weiteres davon auszugehen sei, dass die fragliche Publikation den homosexuellen Kläger in seinen persönlichen Verhältnissen tatsächlich schwer verletzt habe (act. 35 S. 28). Diese Einschätzung, wonach das Abzielen auf die und das Lächerlich machen der sexuellen Orientierung auf der Frontseite in einem Blatt mit der Massenwirkung eines ... die Persönlichkeit im Sinne von Art. 49 OR schwer verletzt, kann allgemeine Geltung beanspruchen, und ist deshalb als Erfahrungssatz dem Urteil (ohne Beweisverfahren) zugrunde zu legen. Die Beklagte setzt sich mit dieser Argumentation des Bezirksgerichtes nicht auseinander. Auch wenn der Beklagten zuzustimmen ist, dass die Gerichte bei der Bemessung von Genugtuungssummen zurückhaltend sind (allerdings ist eine Bemessung mit steigender Tendenz auszumachen), so lässt sich die vom Bezirksgericht festgelegte Genugtuung vor allem unter Hinweis darauf, dass die von der Beklagten zu verantwortende Verletzung den Kernbereich des Persönlichkeitsrechtes (die Intimsphäre) betreffen, rechtfertigen. Die Verletzungen wurden in Missachtung journalistischer Sorgfaltspflichten zwei Tage nach der eklatanten und für einen Künstler schmerzhaften Niederlage in eine sehr breite Öffentlichkeit getragen. Die Höhe der festge-

legten Genugtuung ist vertretbar, und ein Eingriff in das Ermessen, das dem Bezirksgericht bei der Festlegung der Genugtuung zusteht, ist nicht angezeigt.

6.3. Zusammengefasst ergibt sich aus diesen Erwägungen, dass die Berufung gegen Dispositivziffer 2 abzuweisen und das angefochtene Urteil in diesem Punkt zu bestätigen ist.

7.1. Der Beklagten ist zuzustimmen, dass die Ausführungen des Klägers zur Wettbewerbsrelevanz der streitgegenständlichen Publikation wenige sind (act. 22 S. 12 f., act. 2 S. 6). Der Kläger macht lediglich, aber immerhin geltend, dass er ohne Grund im Zuge seines beruflichen Engagements auf der sexuellen Ebene herabgesetzt worden sei, was sehr gravierend sei und ihn, den Kläger, in seinem wirtschaftlichen Fortkommen als Chansonnier und Entertainer herabsetze (act. 22 S. 12).

7.2. Vorliegend sind, wie gesehen, die Bestimmungen des zivilrechtlichen Persönlichkeitsrechtes einschlägig. Ansprüche aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb sind sekundär, und die Geltendmachung dieser Ansprüche erscheint vorliegend etwas weit hergeholt. Allerdings gilt es zu bedenken, dass das Produkt, welches verkauft werden will, "Musik/Gesang" ist. Vorliegend lässt sich die Person des Unternehmers von der Person des Unternehmens nicht trennen. Der Musiker B._____ ist auch das Unternehmen B._____. Wird zu Unrecht insinuiert, die Niederlage am D._____ yyyy hänge mit der sexuellen Orientierung des Klägers zusammen, was zugegebenermassen nicht stimmt, und wird darüber hinaus die sexuelle Orientierung des Klägers bei Ausübung seiner, des Klägers, unternehmerischen Tätigkeit, der Lächerlichkeit preisgegeben, so verletzen solche Äusserungen nicht nur die Person des Klägers, sondern auch das Unternehmen B._____ in seinem wirtschaftlichen Geltungsbereich. Es kann im Übrigen auf die Erwägungen des Bezirksgerichts verwiesen werden (act. 35 S. 31-33).

8. Zusammengefasst ergibt sich aus den Erwägungen II. 2 - 5 und II. 7 hiavor, dass die Berufung gegen Dispositivziffer 1 abzuweisen und das angefochtene Urteil auch in diesem Punkt zu bestätigen ist.

III.

1. Ausgangsgemäss wird die Beklagte für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig. Für das Berufungsverfahren erscheint eine Entscheidungsgebühr von Fr. 7'000.-- als angemessen (§ 5 Abs. 1 i.V.m. § 12 Abs. 1 und 2 GerGebVO). Die (volle) Parteientschädigung für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 4'000.-- anzusetzen (§ 13 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 5 Abs. 1 AnwGebV [in der Fassung vom 8. September 2010]). Der Mehrwertsteuerzuschlag wurde nicht verlangt.

2.1. Die Festsetzung der Gerichtsgebühr auf Fr. 8'000.-- im erstinstanzlichen Urteil ist zu bestätigen (act. 35 S. 34 Dispositivziffer 5). Die Beklagte beanstandet allerdings die vom Bezirksgericht vorgenommene Verteilung seiner Kosten und vermisst eine entsprechende Begründung (act. 34 S. 26 unten f.). Die Beklagte hält dafür, dass bestenfalls von einem hälftigen Verlieren auszugehen sei.

Das Klagebegehren umfasste nebst einem Begehren um Feststellung der Persönlichkeitsverletzung das Begehren betreffend Anweisung der Beklagten zur Entfernung der streitgegenständlichen Publikation aus der elektronischen Datenspeicherung und dasjenige betreffend Gewinnherausgabe sowie eine Genugtuungsforderung (Prot. I. S. 2). Das Bezirksgericht gewichtete im Ergebnis das Feststellungsbegehren zu Recht als den zentralen Streitgegenstand der vorliegenden Auseinandersetzung, welche Beurteilung den hauptsächlichen Aufwand verursachte. Den reparatorischen Rechtsbehelfen auf Gewinnherausgabe und Genugtuung mass das Bezirksgericht eine vergleichsweise geringe Bedeutung zu. Dies ist unter Hinweis auf den nicht allzu grossen Aufwand, welcher durch die Beurteilung dieser Begehren verursacht wurde, nicht zu beanstanden. Hinsichtlich des Genugtuungsbegehrens obsiegt(e) der Kläger im Übrigen in qualitativer Hinsicht. Dem Beseitigungsbegehren kam neben dem Feststellungsanspruch keine Bedeutung zu (vgl. die entsprechenden Erwägungen des Bezirksgerichts, act. 35 S. 26).

Die Auferlegung der Kosten von einem Viertel an den Kläger und von drei Vierteln an die Beklagte ist unter Hinweis darauf, dass der Kläger hinsichtlich des entscheidenden Feststellungsanspruches vollumfänglich obsiegt, nicht zu beanstanden (act. 35 S. 34, Dispositivziffer 6).

2.2. Unklar ist, ob die Beklagte die Höhe der erstinstanzlichen Prozessentschädigung von Fr. 7'100.-- (inkl. MwSt und Anteil Weisungskosten) beanstandet (act. 34 S. 27 oben). Jede Partei hat gemäss § 68 Abs. 1 ZPO/ZH die Gegenpartei im gleichen Verhältnis für aussergerichtliche Kosten und Umtriebe zu entschädigen, wie ihr die Kosten auferlegt werden. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so sind die Bruchteile des Unterliegens bzw. des Obsiegens der Parteien zu verrechnen und erst dann ist für die mehrheitlich obsiegende Partei die ihr entsprechend herabgesetzte Prozessentschädigung festzulegen (ZR 72 Nr. 18). Das Bezirksgericht hat die in diesem Sinne auf die Hälfte reduzierte Parteientschädigung auf Fr. 6'650.-- festgelegt (Fr. 7'100.-- ./ Fr. 450.-- Anteil Weisungskosten; der Kläger hat vor Bezirksgericht keinen Mehrwertsteuerzuschlag verlangt). Eine volle Prozessentschädigung von Fr. 13'300.-- erscheint angesichts des gegebenen Rahmens (Fr. 1'400.-- bis Fr. 16'000.--) gemäss § 3 Abs. 5 AnwGebVO (in der Fassung vom 21. Juni 2006) als hoch, aber nicht zuletzt auch in Berücksichtigung des verdienten Zuschlages (Erstattung der Replik) gemäss § 6 Abs. 1 lit a AnwGebVO (in der Fassung vom 21. Juni 2006) als vertretbar. Die erstinstanzliche auf die Hälfte reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 7'100.-- (inkl. MwSt und Anteil Weisungskosten) ist damit zu bestätigen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, vom 7. Juni 2012 wird bestätigt.
2. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositivziffern 5-7) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 7'000.-- festgesetzt.

4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 4'000.-- zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Bezirksgericht Zürich, 7. Abteilung, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 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 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.
Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. F. Gohl Zschokke

versandt am: