Zum Persönlichkeitsschutz bei Personenüberwachungen

Urteil des Bundesgerichts 5A_57/2010 vom 2. Juli 2010

Hans-Ulrich Brunner*

I. Sachverhalt

Der Sachverhalt, der dem vorliegend zu besprechenden Entscheid zu Grunde liegt, hat das Bundesgericht nicht weniger als viermal beschäftigt, nämlich mit zwei haftpflichtrechtlichen Verfahren, einem Verfahren betreffend Disziplinaraufsicht über die Rechtsanwälte[1] und einem Verfahren betreffend Persönlichkeitsverletzung. Da das Persönlichkeitsverletzungsverfahren (wie auch das Aufsichtsverfahren) Folgeentwicklungen des haftpflichtrechtlichen Hauptstreites darstellten und das Bundesgericht massgeblich darauf verweist, wird dem entscheidrelevanten Sachverhalt (Ziff. I.B) eine Kurzdarstellung zur Vorgeschichte (Ziff. I.A) vorangestellt.

A. Vorgeschichte

Der Kläger wurde am 28. Oktober 2001 als Mitfahrer in einem Fahrzeug Opfer eines Verkehrsunfalls und erlitt Körperverletzungen, was zu zwei nacheinanderfolgenden Haftpflichtverfahren führte:

Luzerner Haftpflichtverfahren: Mit Teilklage vom 26. Januar 2005 belangte der Kläger vor dem Amtsgericht Luzern-Land die Haftpflichtversicherung des in den Unfall verwickelten Halters. Er verlangte Ersatz für den angeblich erlittenen, *vergangenen Haushaltschaden*, den er nachträglich mit CHF 51471 quantifizierte. Die Klage wurde vom Amtsgericht, vom Obergericht des Kantons Luzern[2] und schliesslich auch vom Bundesgericht abgewiesen[3]. Grund für das klägerische Scheitern im Luzerner Haftpflichtverfahren war namentlich, dass der Kläger die angebliche Mitarbeit im Haushalt mangels Angaben zur Haushaltsituation ungenügend substanziiert, geschweige denn nachgewiesen hatte.

Zuger Haftpflichtverfahren: Bereits einen Monat nach dem bundesgerichtlichen Verdikt im Luzerner Haftpflichtverfahren leitete der Kläger beim Kantonsgericht Zug mit Klage vom 25. September 2006 ein neues Verfahren ein. Mit Teilklage belangte der Kläger unter anderem erneut die Haftpflichtversicherung. Der Kläger machte nunmehr aber nicht allein den vergangenen, sondern auch den *zukünftigen Haushaltschaden* geltend, wobei ein Streitwert von CHF 2000000 angegeben wurde[4]. Auch das Zuger Haftpflichtverfahren verlief letztlich erfolglos für den Kläger: Das Kantonsgericht Zug wies die Klage ebenso ab wie das Obergericht des Kantons Zug und letztlich das Bundesgericht[5].

B. Entscheidrelevanter Sachverhalt

Der vorliegend relevante Sachverhalt setzt ein, nachdem der Kläger im Zuger Haftpflichtverfahren seine Klage beim Kantonsgericht Zug eingereicht hatte. Zur Überprüfung der angeblichen Beeinträchtigungen, mit welchen der Kläger seine behauptete Haushaltführungsunfähigkeit begründete, beauftragte die Haftpflichtversicherung eine Detektei mit der Observation des Klägers. Die Detektei beobachtete den Kläger bei Alltagsverrichtungen an öffentlich zugänglichen Orten und belegte mit Videoaufnahmen und dem dazugehörigen Überwachungsbericht, wie der Beschwerdeführer ohne grössere Bewegungseinschränkungen Lasten tragen, einkaufen, Staub saugen sowie Auto waschen und polieren konnte. Die Ergebnisse dieser Observation wurden vom Prozessanwalt der Haftpflichtversicherung mit der Klageantwort ins Recht gelegt.

In der Folge erhoben der Kläger und seine Ehegattin eine separate, neue Klage wegen Persönlichkeitsverletzung. Eingeklagt wurden dabei die Haftpflichtversicherung, daneben aber auch – je persönlich – der Prozessanwalt der Haftpflichtversicherung im Zuger Haftpflichtverfahren, drei Mitarbeiter der Haftpflichtversicherung sowie der Inhaber der Detektei mit drei Mitarbeitern (alle zusammen die *«Beschwerdegegner»*). Die Kläger stellten diverse Feststellungs-, Unterlassungs-, Herausgabe- und Genugtuungsbegehren[6].

* Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Zürich. Der Autor vertrat einen Teil der Beklagten in diesem Verfahren.

[1] Vgl. BGE 2C_699/2007 vom 30. April 2008 = 134 II 108.

[2] Vgl. LGVE 2006 I Nr. 29.

[3] Urteil des Bundesgerichts 4C.166/2006 vom 25. August 2006.

[4] Der Kläger verlangte ursprünglich (mit der Klage) Schadenersatz für Haushaltschaden nach richterlichem Ermessen; nachträglich bezifferte er seine Begehren schliesslich auf CHF 81086 nebst Zins für den bisher aufgelaufenen Schaden und auf CHF 618621 für zukünftigen Schaden (Urteil des Bundesgerichts 4A_23/2010 vom 12. April 2010).

[5] Urteil des Bundesgerichts 4A_23/2010 vom 12. April 2010.

[6] Konkret verlangten die Kläger die Feststellung, dass die Beschwerdegegner gemeinsam und solidarisch für die Verletzung ihrer Persönlichkeit durch Detektive verantwortlich seien, dass die Beschwerdegegner unter Strafandrohung nach Art. 292 StGB zu verpflichten seien, keine weiteren Überwachungen mehr vorzunehmen oder zu veranlassen und die sich in ihrem Besitz befindlichen Fotos, Videoaufnahmen etc., die die Person der Kläger zeigten, herauszugeben resp. zu vernichten und die Beschwerdeführer mit einem entsprechenden Bericht darüber zu dokumentieren. Ferner seien die Beschwerdegegner zu verpflichten, den Klägern solidarisch eine Genugtuung von je CHF 5000 (plus Zins) zu bezahlen (BGE 5A_57/2010 vom 2. Juli 2010, Sachverhalt, lit. B).

II. Erwägungen

Das Kantonsgericht Zug und das Obergericht des Kantons Zug wiesen (parallel zum Zuger Haftpflichtverfahren) auch diese Klage ab. Sie wurden vom Bundesgericht bestätigt im vorliegend zu besprechenden BGE 5A_57/2010 vom 2. Juli 2010.

A. Auslegeordnung

Das Bundesgericht beginnt seine Erwägungen zur Frage, inwiefern die von der Haftpflichtversicherung veranlasste Observation die Persönlichkeitsrechte der von der Observation betroffenen Kläger widerrechtlich verletzte, vorab mit einer Darstellung der rechtlichen Ausgangslage (E. 2). Diese wird durch Art. 28 ZGB[7] bestimmt, wonach jede Persönlichkeitsverletzung widerrechtlich ist, wenn kein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Praxisgemäss ist in zwei Schritten zu prüfen, ob (1.) eine Persönlichkeitsverletzung und (2.) ein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Im Persönlichkeitsschutzprozess liegt dabei die Beweislast für die Sachumstände, aus denen sich die Verletzung ergibt, beim Kläger als Opfer, während der Beklagte als Urheber der Verletzung die Tatsachen dafür beweisen muss, die das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes erschliessen (E. 2.3). Nach einer informativen Rekapitulation der allgemeinen Grundsätze aus seiner bisherigen Rechtsprechung zur Persönlichkeitsverletzung (E. 2.2.2) und zur Rechtfertigung (E. 2.2.3) prüfte das Bundesgericht in der Folge diese Fragen je einzeln für den Kläger und für seine mitklagende Ehefrau.

B. Kläger

Was die *Persönlichkeitsverletzung* anbelangte, war es nach Ansicht des Bundesgerichtes (E. 3) nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz mit Rücksicht auf sämtliche Umstände des konkreten Einzelfalls angenommen hatte, neben dem Persönlichkeitsrecht am eigenen Bild durch filmische Aufnahmen des Klägers könne auch dessen Recht auf Privatsphäre verletzt sein. Für den besonderen Fall der gezielten Observation könne nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass ein systematisches Sammeln einer Vielzahl alltäglicher Verrichtungen in der Öffentlichkeit, namentlich durch die Verknüpfung der Informationen, die Privatsphäre des Betroffenen berühre.

In der Folge stützte das Bundesgericht aber auch die vorinstanzliche Ansicht, die Verletzung des Klägers in seinen Persönlichkeitsrechten sei durch überwiegende Interessen *gerechtfertigt* und die Observation sowie die dabei eingesetzten Mittel seien notwendig und geeignet gewesen. Massgeblich waren dabei insbesondere folgende Überlegungen:

Überwiegendes Interesse (E. 4.1): Vorab sah das Bundesgericht die Observation mit dem überwiegenden Interesse gerechtfertigt, dass weder die Versicherung noch die dahinterstehende Versichertengemeinschaft zu Unrecht Leistungen erbringen müssen. Dass die Vorinstanz dieses Interesse der Versichertengemeinschaft ohne Beweisabnahme und ungeachtet der klägerischen Bestreitung anerkannt hatte, war nicht zu beanstanden. Es gilt als notorisch.

Objektive Gebotenheit (E. 4.2): Die Observation muss objektiv geboten sein. Gemeint ist damit, dass Anhaltspunkte vorliegen müssen, die Zweifel an den geäusserten gesundheitlichen Beschwerden aufkommen lassen. – Dies war vorliegend der Fall: Mit dem Urteil im Luzerner Haftplichtverfahren stand fest, dass der Kläger seiner Mitwirkungspflicht bei der Abklärung des die Versicherungsleistungen begründenden Tatbestands nicht nachgekommen war und zu den Folgen seiner gesundheitlichen Beeinträchtigungen widersprüchliche Behauptungen aufgestellt hatte. In Anbetracht dessen bedurfte die Anordnung der Observation im nachfolgenden «Zuger Haftpflichtverfahren» keiner weiteren Begründung. Es genügte die Behauptung der Beschwerdegegner, es bestünden konkrete Anhaltspunkte, die Zweifel an den behaupteten gesundheitlichen Beeinträchtigungen aufkommen liessen.

In der konkreten *Interessenabwägung* (E. 4.4), in welche neben den vorgenannten Aspekten Verhältnismässigkeitsüberlegungen einflossen (E. 4.3), verwies das Bundesgericht namentlich auf die erhebliche Höhe des geltend gemachten Anspruchs (CHF 2 Mio.) sowie die konkrete Ausführung der Observation (Observation in der Öffentlichkeit, relativ kurze Dauer, Bezug auf alltägliche Verrichtungen des Klägers). Speziell betont wurde auch die Geeignetheit und Notwendigkeit der eingesetzten Mittel der Observation (Berichte, Fotografien und Film), hatte «doch der Beschwerdeführer seiner Mitwirkungspflicht im Rahmen der objektiv gebotenen Abklärungen seines Gesundheitszustandes nicht genügt». Im Anschluss daran verwarf das Bundesgericht auch den klägerischen Vorwurf, anstelle einer Überwachung hätte ein Gerichtsgutachten eingeholt werden können: Wenn der Kläger «über die Arbeiten, die er noch verrichten kann, gegenüber dem Gericht unzutreffend aussagt, besteht eine erhöhte Wahrscheinlichkeit, dass er auch gegenüber Personen, die ihn begutachten sollen, nicht der Wahrheit entsprechende Angaben macht. Dies entwertet allfällige zu seinen Gunsten lautende medizinische Gutachten betreffend das Mass der Beeinträchtigung.»

[7] Zum Grundrechtsschutz vgl. E. 6 sowie Ziff. III. A. 1., hinten.

C. Klägerin – Ehefrau des Klägers

In Bezug auf die Klägerin war bereits eine Persönlichkeitsverletzung zu verneinen (E. 5). Die massgebenden Tatsachenfeststellungen zum Überwachungsauftrag und zum Observationsbericht zeigten auf, dass die Klägerin nie «Zielperson» der Observation war. Es war deshalb davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin nicht gezielt observiert wurde, sondern bloss zufällig und gleichsam nur als «Mitfang» in die Observation des Beschwerdeführers geraten war. Da sie nicht um ihrer Person willen fotografiert wurde, durfte auch eine Verletzung des Rechts der Beschwerdeführerin am eigenen Bild verneint werden. Eine Verletzung ihrer Privatsphäre lag nicht vor, weil die Beschwerdeführerin lediglich bei Alltagsverrichtungen in der Öffentlichkeit abgebildet wurde und bloss zufällig aufgezeichnete Einzelinformationen kein systematisches Sammeln bedeuten.

III. Anmerkungen

Der vorliegende Entscheid war für das Bundesgericht ein klarer Fall. Dies zeigt sich unter anderem daran, dass das Bundesgericht es nicht für notwendig ansah, eine Vernehmlassung einzuholen[8] und dass das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege nicht nur wegen des fehlenden Bedürftigkeitsnachweises abgelehnt wurde, sondern auch, weil die Erfolgsaussichten mit Blick auf die veröffentlichte Rechtsprechung und die darauf sich stützende Lehre hätten verneint werden müssen[9]. In der Tat hatte die höchstrichterliche Rechtsprechung bereits alle möglichen «Observations-Konstellationen» in privat- und sozialversicherungsrechtlichen Verfahren beurteilt und war dabei immer zum gleichen Ergebnis gelangt, dass nämlich eine Überwachung innerhalb definierter Rahmenbedingungen zulässig ist und deren Ergebnisse verwertbar sind, sei es im Haftpflichtprozess bei Observation auf Veranlassung des Haftpflichtversicherers[10], sei es im Sozialversicherungsverfahren bei Observation auf Veranlassung des Haftpflichtversicherers[11], aber auch auf Veranlassung des Sozialversicherers[12].

Dass das Bundesgericht dennoch eine ausführliche Entscheidbegründung formulierte, die zudem zur Publikation vorgesehen ist, erscheint bemerkenswert. Ein Grund hierfür könnte der Umstand gewesen sein, dass nach längerer Zeit die Frage der Observation wieder einmal im Rahmen einer selbständigen Persönlichkeitsverletzungsklage zu beurteilen war (also nicht bloss akzessorisch im Zusammenhang mit der Verwertbarkeit der Observationsergebnisse als Beweismittel in einem Rechtsstreit um Versicherungsleistungen) und dass der bisherige Leitentscheid aus dem Jahr 1997 seinerzeit nicht amtlich publiziert worden war. In der Sache selbst bot der vorliegende Fall primär Gelegenheit, wesentliche Aspekte zu bestätigen bzw. zu präzisieren, was nachfolgend unter Ziff. III.A abgehandelt wird. Auf einige Besonderheiten, die offenblieben, wird unter Ziff. III.B hingewiesen.

A. Klärungen und Bestätigungen

1. Art. 28 ZGB und Grundrechtsschutz

Das Bundesgericht bestätigt, dass vorliegend Art. 28 ZGB Grundlage des Persönlichkeitsschutzes sei. Immerhin beschäftigt es sich aber in einer eigenen Erwägung (E. 6) mit der Frage des Grundrechtsschutzes. Dabei wiederholt es, was es bereits im Entscheid «Minelli» festgehalten hatte[13]: Die Art. 28 ff. ZGB stellen die zivilrechtliche Konkretisierung von Art. 8 Abs. 1 EMRK (Achtung des Privatlebens) bzw. Art. 10 BV (Recht auf Leben und auf persönliche Freiheit) und Art. 13 BV (Schutz der Privatsphäre), weshalb keine zusätzlichen, über Art. 28 ZGB hinausgehenden Gesichtspunkte in Erwägung zu ziehen sind[14]. Allerdings zielten die Vorbringen der Kläger vorliegend wohl weniger auf inhaltliche denn auf formelle Aspekte ab: Wäre die Motorfahrzeughaftpflichtversicherung

[8] Entscheid, Sachverhalt, lit. C: «Es sind die kantonalen Akten, hingegen keine Vernehmlassungen eingeholt worden.» – Nach Art. 102 Abs. 1 BGG stellt das Bundesgericht die Beschwerde «soweit erforderlich» der Vorinstanz sowie den allfälligen anderen Parteien, Beteiligten oder zur Beschwerde berechtigten Behörden zu und setzt ihnen Frist zur Einreichung einer Vernehmlassung an. Der Verzicht auf eine Vernehmlassung impliziert, dass die Beschwerde als offensichtlich unzulässig oder unbegründet angesehen wurde (vgl. Seiler/von Werdt/Güngerich, Stämpflis Handkommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Bern 2007, Art. 102 BGG, N 8).

[9] Enscheid, E. 7, wo die Kläger auch darauf hingewiesen wurden, dass das Bundesgericht die Bedürftigkeit autonom bestimmt und durch die im kantonalen Verfahren bejahte Bedürftigkeit nicht gebunden ist, weshalb es den Klägern vor Bundesgericht obliegt, ihre aktuellen Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend aufzuzeigen und soweit wie möglich zu belegen (was in casu unterlassen worden war).

[10] Vgl. Urteil des Bundesgerichts 5C.187/1997 vom 18.12.1997 (SG N° 1270 = JdT 1998 I 763 E. 2b = SJ 1998 S. 303 f.). – Eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde an den Europäischen Menschengerichtshof blieb erfolglos (Déc. de la Cour eur. DH du 28 juin 2001, déclarant irrecevable la req. N° 41953/98, présentée par Catherine Verlière c/Suisse; auszugsweise publiziert in VPB 65.134).

[11] Vgl. BGE 132 V 241 (= U 289/05 vom 20.03.06) und 129 V 323 (U 161/01 vom 25. Februar 2003).

[12] Vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_807/2008 vom 15. Juni 2009.

[13] Vgl. Urteil des Bundesgerichts 5C.166/2000 vom 20. Juli 2001, E. 5.

[14] Im vorliegenden Kontext der Observation ebenfalls nicht weitergehend als Art. 28 ZGB ist im Übrigen das Datenschutzgesetz (vgl. Aebi-Müller/Eicker/Verde, Verfolgung von Versicherungsmissbrauch mittels Observation – Grenzen aus Sicht des Privat-, des öffentlichen und des Strafrechts, in: Jusletter 3. Mai 2010, Rz 29 und 80).

«staatliches Handeln», so bedürfte die Einschränkung von Grundrechten einer gesetzlichen Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV). Das Bundesgericht lässt diesbezüglich keinen Raum für eine Diskussion nach der gesetzlichen Grundlage für Personenüberwachungen, wie sie im Bereich des Sozialversicherungsrechts geführt wird[15], indem es festhält, die Staatsaufsicht via VAG ändere an der privatrechtlichen Natur der Tätigkeit der Haftpflichtversicherung nichts.

2. Zum geschützten Persönlichkeitsgut

Da die vorliegende Klage als Persönlichkeitsverletzungsklage erhoben wurde und zudem neben dem Kläger auch dessen Ehefrau mitklagte, musste sich das Bundesgericht vertiefter mit der Frage auseinandersetzen, welche Persönlichkeitsgüter im Kontext einer privatdetektivlichen Observation verletzt werden. Das Bundesgericht greift dabei auf zwei Untergruppen der «sozialen Schutzbereiche»[16] zurück, nämlich den Schutz der Privatsphäre einerseits und das Recht am eigenen Bild andererseits. Diesbezüglich sind folgende Konkretisierungen von Interesse:

Insoweit es um den *Schutz der Privatsphäre* geht, führt die hierzu entwickelte klassische «Sphärentheorie»[17] von Anfang an nicht weiter, wenn die Observation sich – wie vorliegend – zum einen nur auf Tatsachen im Gemein- oder Öffentlichkeitsbereich beschränkt, die von jedermann nicht nur ohne Weiteres wahrgenommen, sondern grundsätzlich auch weiterverbreitet werden dürfen, und wenn zum anderen auch keine Lebensvorgänge zur Diskussion stehen, die sich zwar im öffentlichen Raum ereignen, aufgrund ihres «persönlichen Gehalts» aber trotzdem dem Geheimbereich zugerechnet werden können. Das Bundesgericht erweitert in der Folge – für «den besonderen Fall der gezielten Observation» – den Schutzbereich der Privatsphäre auch auf alltägliche Verrichtungen in der Öffentlichkeit, wenn diese *in einer Vielzahl systematisch gesammelt und «verknüpft»* werden (E. 3.4).

In Bezug auf das «Recht am eigenen Bild» verweist das Bundesgericht auf seine Rechtsprechung, wonach eine Verletzung bereits dann zu bejahen ist, «wenn jemand ohne Zustimmung um seiner Person willen fotografiert oder eine bestehende Aufnahme ohne seine Einwilligung veröffentlicht wird» (E. 2.2.2). Damit werden zwei unterschiedliche Tatbestände angesprochen, wobei der zweite – das Veröffentlichen einer «bestehenden» Aufnahme – sich nur auf solche Bilder beziehen kann, die (ursprünglich) mit Zustimmung des Betroffenen gemacht worden waren. Was den ersten Tatbestand – das blosse Fotografieren (bzw. bildliche Aufnehmen) einer Person – anbelangt, so scheint das Bundesgericht im Grundsatz von einer «Herrschaft am eigenen Bild» auszugehen, die unabhängig von einer Veröffentlichung ist. Ob diese keineswegs unumstrittene Frage[18] aber derart apodiktisch entschieden werden sollte, erscheint fraglich und lässt sich jedenfalls aus den vom Bundesgericht angeführten Belegstellen zu Fällen, bei denen es durchwegs um die Verwendung von Bildern in der Presse, in der öffentlichen Werbung oder im Internet ging, die ursprünglich mit Zustimmung der Betroffenen gemacht worden waren[19], nicht herleiten. Vorliegend entscheidend war aber ohnehin die Einschränkung, dass das «Recht am eigenen Bild» nur verletzt wird, wenn jemand *«um seiner Person willen»* fotografiert wird. Dies trifft nicht zu, wenn jemand «sozusagen Teil der Landschaft, der Umgebung oder des Ereignisses ist»[20] oder – wie in casu die Klägerin – bloss zufällig und gleichsam nur als «Mitfang» im Rahmen der Observation eines anderen abgelichtet wird.

3. Das anerkannte Interesse des Haftpflichtversicherers

Das Bundesgericht bestätigt einmal mehr[21], dass auch der Haftpflichtversicherer sich auf den Rechtfertigungsgrund des überwiegenden privaten und öffentlichen Interesses berufen kann. Denn die Haftpflichtversicherung hat nicht nur das Recht, ihre eigenen finanziellen Interessen zu berücksichtigen, sondern auch die Pflicht, sich zum Schutz des konkreten Haftpflichtversicherungsnehmers und der Kollektivität der Versicherten zu vergewissern, ob eine Leistungspflicht besteht (Abwehr unbegründeter Ansprüche).

[15] Im Bereich des Sozialversicherungsrechts (ausserhalb der Invalidenversicherung, vgl. Art. 59 Abs. 5 IVG) wird die gesetzliche Grundlage vom Bundesgericht als genügend bezeichnet (vgl. BGE 135 I 169 S. 173, E. 5.4), in der Lehre demgegenüber als zumindest «eher knapp» angesehen (vgl. Aebi-Müller/Eicker/Verde, Fn. 14, Rz. 63).

[16] Vgl. zu den Kategorien BSK-Meili, Art. 28 N 17.

[17] Das Bundesgericht verweist auf BGE 97 II 97 E. 3 S. 100 f.; 130 III 28 E. 4.2 S. 33; vgl. zur Sphärentheorie ferner z.B. BSK-Meili, Art. 28 N 23 ff., Aebi-Müller/Eicker/Verde, Fn. 14, Rz. 32.

[18] Kritisch z.B. Christian Brückner, Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000, Rz. 628 ff. und insb. Fn. 142.

[19] BGE 127 III 481 E. 3a/aa S. 492 betrifft den Sachverhalt, dass ein Zeitungstext zusätzlich mit einer ab dem Fernsehschirm aufgenommenen Fotografie von Ludwig A. Minelli bebildert war, die ihn anlässlich der Teilnahme an der Diskussionssendung «Zischtigsclub» des Schweizer Fernsehens zeigt. Bei BGE 129 III 715 E. 4.1 wurden frühere Filmaufnahmen von Künstlern für Werbezwecke verwendet. Und das Urteil des Bundesgerichts 5A_827/2009 vom 27. Mai 2010 E. 5.2.2 behandelt die Veröffentlichung von Pornobildern im Internet.

[20] Vgl. BSK-Meili, Art. 28 ZGB, N 20.

[21] Vgl. BGE 135 I 169, 174, E. 5.5 mit der Feststellung, das Interesse an einer wirksamen Missbrauchsbekämpfung und der Aufdeckung bzw. Verhinderung von Versicherungsbetrug, welches im Privatversicherungsbereich als Rechtfertigungsgrund für die mit einer Observation verbundenen Persönlichkeitsverletzung (vgl. Art. 28 ZGB) anerkannt ist, gelte gleichermassen auch im Sozialversicherungsrecht.

Dass auch bei der privat organisierten Haftpflichtversicherung eine Versichertengemeinschaft besteht und diese kein Interesse an einem Prämienanstieg als Folge von Versicherungsleistungen an Unberechtigte hat, ist ebenso evident wie der (von den Klägern bestrittene) Zusammenhang zwischen Prämienhöhe und Versicherungsleistungen; dieser «leuchtet nach der allgemeinen Lebenserfahrung ein und braucht deshalb weder behauptet noch bewiesen zu werden[22].»

4. Verhältnismässigkeitsaspekte

Auch wenn im Grundsatz ein öffentliches oder privates Interesse an der Überwachung gegeben ist, stellt sich immer noch die Frage, ob dieses Interesse überwiegt. Im Rahmen der Abwägung sind dabei Verhältnismässigkeitsaspekte zu prüfen und zu gewichten. Hierzu nennt das vorliegende Urteil verschiedene Beispiele[23], insbesondere aber auch folgende konkreten Präzisierungen:

Eine Personenüberwachung kann nur gerechtfertigt sein, wenn die Haftpflichtversicherung eine konkrete und begründete Veranlassung dazu hatte. Das Bundesgericht nennt dies das Kriterium der «*objektiven Gebotenheit*» und verwirft explizit den Terminus «Anfangsverdacht»[24]; dies zu Recht, ist doch die Konnotation zum Strafverfolgungsrecht missverständlich. Inhaltlich geht es um die Voraussetzung, dass Anhaltspunkte für Zweifel an den vom Geschädigten geäusserten gesundheitlichen Beschwerden bestehen müssen. Solche Anhaltspunkte können z.B. «widersprüchliches Verhalten des Versicherten, massive Aggravation, Simulation, Selbstschädigung u.ä.» sein (E. 4.2). Vorliegend waren zwei Elemente entscheidend dafür, dass für die Haftpflichtversicherung Anlass zur Observation bestand und deren Anordnung «keiner weiteren Begründung» (E. 4.2) mehr bedurfte:

Das erste Element betrifft den Umstand, dass der Kläger ein gewichtiges *Glaubwürdigkeitsproblem* hatte, welches im Zeitpunkt des vorliegenden Entscheides für zwei Verfahren mit Instanzenzug bis vor Bundesgericht festgehalten war. Für das Luzerner Haftpflichtverfahren konnte das Bundesgericht die unangefochten gebliebenen Feststellungen der kantonalen Gerichte beiziehen, wonach die Behauptungen des Klägers widersprüchlich und damit unglaubwürdig und ungenügend seien. Quasi als Rückbestätigung verwies das Bundesgericht auf die Entwicklungen des Zuger Haftpflichtverfahrens und seine eigenen Ausführungen, dass die klägerischen Vorbringen zur Haushaltsführungsunfähigkeit als unglaubwürdig betrachtet werden durften.

Das zweite Element betrifft die «*Mitwirkungspflicht*» des Klägers «bei der Abklärung des die Versicherungsleistungen begründenden Tatbestands» (E. 4.2.3) bzw. «im Rahmen der objektiv gebotenen Abklärungen seines Gesundheitszustandes» (E. 4.4). Die Wortwahl des Bundesgerichts erscheint nicht sehr glücklich, insoweit sie eher an eine sozialversicherungsrechtliche Argumentation erinnert. Sinngemäss wird aber, in Anknüpfung an frühere Äusserungen[25], bestätigt, dass den Geschädigten auch im Haftpflichtprozess jedenfalls eine Mitwirkungsobliegenheit bei der Sachverhaltsabklärung trifft, deren Verletzung die Haftpflichtversicherung zu Personenüberwachungen legitimieren kann.

Die soeben genannten beiden Elemente waren – neben anderen Gesichtspunkten – auch massgeblich für die Bejahung der «Geeignetheit und Notwendigkeit der eingesetzten Mittel der Observation (Berichte, Fotografien und Film)». Das Bundesgericht verwirft dabei (vgl. Ziff. II. B., vorne) insbesondere das von Klägerseite ex-post regelmässig vorgebrachte Argument, es hätte noch eine «mildere» Alternative zur Personenüberwachung bestanden, insbesondere die Möglichkeit eines medizinischen Gutachtens[26]. Es knüpft damit an die Rechtsprechung an, welche die sehr beschränkte Tauglichkeit von Arzt- und Gutachterberichten bzw. die Täuschungsanfälligkeit von Ärzten und Gutachtern hervorhebt, wann immer es um nicht objektivierbare

[22] Mit Verweis auf BGE 112 II 172, 181, E. I/2c: «Was allbekannt ist oder schon nach der allgemeinen Lebenserfahrung einleuchtet, braucht übrigens weder behauptet noch bewiesen zu werden.»

[23] Nach dem Bundesgericht kann bei der Interessensabwägung insbesondere entscheidend sein, «inwiefern die Observation durch die Art der Versicherungsleistungen gerechtfertigt ist (z.B. Höhe der Forderung, Pilot- oder Bagatellfall usw.), wo die Observation stattfindet (z.B. in der Öffentlichkeit), wie lange die Observation dauert (z.B. nur tagsüber, befristet auf eine Woche), welchen Inhalt die Observation hat (z.B. von jedermann wahrnehmbare Vorgänge) und ob die zur Observation eingesetzten Mittel (z.B. Film usw.) zur Erreichung ihres Zwecks geeignet und notwendig sind» (E. 2.2.3).

[24] Das Stichwort des «Anfangsverdachts» wurde – soweit ersichtlich – im Aufsatz von Dettwiler/Hardegger (Zulässige Video-Überwachung von SUVA-Versicherten, HAVE 2003, 246, 247) aufgebracht, und zwar bei Besprechung von BGE 129 V 323. Mit Bezug auf diesen Entscheid wird dabei unter dem Zwischentitel «Anfangsverdacht» angeführt, es müssten «Anhaltspunkte vorliegen, welche Zweifel an den geäusserten Beschwerden aufkommen lassen» (Dettwiler/Hardegger, HAVE 2003, 247). Der Begriff «Anfangsverdacht» wird indes in BGE 129 V 323 weder vorausgesetzt noch erwähnt; Gleiches gilt für den späteren BGE 132 V 241.

[25] Vgl. BGE 129 V 323, 325 f., E. 3.3: «Zudem ist bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen, dass die Versicherte gegenüber der Haftpflichtversicherung (wie auch gegenüber der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt [SUVA]) einen Anspruch erhebt, der sich auf den Gesundheitszustand und die Arbeitsfähigkeit abstützt, so dass diesbezüglich Eingriffe in die Persönlichkeit zu erdulden sind, was das Interesse der Beschwerdeführerin geringer erscheinen lässt.»

[26] Vgl. hierzu auch Meier/Staeger, La surveillance des assurés (assurances sociales et assurances privées) – état des lieux, in: Jusletter 14. Dezember 2009, Rz 58, wonach «la surveillance doit être le seul moyen d'écarter les soupçons en question. L'expertise médico-théorique doit naturellement toujours avoir la préférence, compte tenu des garanties (sur le fond et la forme) qu'elle présente.»

Beeinträchtigungen geht, bei welchen hauptsächlich auf subjektive Aussagen der Betroffenen abgestellt werden muss[27]. Gerade im Bereich einer aus Kopfschmerzen, Müdigkeit, Schwindel etc. behaupteten Invalidität und der daraus abgeleiteten konkreten Haushaltsführungstätigkeit verfügt eine eingeklagte Versicherung faktisch über kein anderes Mittel als die Observation, um den Gegenbeweis zu erbringen, was bei der Prüfung der «Notwendigkeit» zu berücksichtigen ist.

5. Der «Mitfang»

Eine Besonderheit des vorliegenden Falles lag darin, dass – soweit ersichtlich – zum ersten Mal nicht nur der Geschädigte selbst, sondern mit der Ehefrau des Klägers auch eine Drittperson eine Persönlichkeitsverletzung aufgrund der Observation geltend machte. Aufgrund der vom Bundesgericht gewählten Herleitung der Persönlichkeitsverletzung (vgl. Ziff. III. A. 2., vorne) musste das Bundesgericht sowohl die Frage nach der «erweiterten Privatsphäre» als auch diejenige nach dem «Recht am eigenen Bild» behandeln. Beide Fragen wurden verneint, wobei sachverhaltsmässig von entscheidender Bedeutung war, dass der erteilte Überwachungsauftrag ausschliesslich den Kläger als «Zielperson» bezeichnet hatte und sämtliche Überwachungsziele an ihm ausgerichtet waren. Damit war belegt, dass die Klägerin bloss zufällig (als «Mitfang»[28]) und bei Alltagsverrichtungen in der Öffentlichkeit in die Observation des Klägers geraten war, die sie betreffenden Einzelinformationen nicht systematisch gesammelt wurden und auch Bildaufnahmen von ihr «nicht um ihrer Person» willen gemacht worden waren.

Der Begründung des Bundesgerichts sind folgende (pragmatische) Argumente beizufügen: Selbst wenn das Fehlen einer Persönlichkeitsverletzung in Bezug auf die Klägerin nicht klar gewesen wäre, hätte in gleichem Sinne der Rechtfertigungsgrund zu gelten, der in Bezug auf den Kläger gemäss etablierter Rechtsprechung unumstritten ist. Letztlich kann es nicht sein, dass ein Geschädigter vor einer Observation und namentlich der Verwendung von Observationsergebnissen im Prozess (mit)geschützt ist, nur weil er sich in Begleitung einer anderen Person befindet, die für ihn quasi als «Schutzschild» agiert. Ansonsten wäre eine legitime Personenüberwachung sehr einfach abwendbar und das bundesgerichtlich hervorgehobene Schutzinteresse der Versichertengemeinschaft illusorisch. Dies würde sich ganz besonders störend auswirken, wenn – wie vorliegend – die «Begleitperson» des Geschädigten die eigene Ehefrau ist, welche letztlich von den geltend gemachten Ersatzansprüchen des Ehemannes mitprofitiert und insofern ein gewichtiges Eigeninteresse aufweist.

B. Verbleibende Aspekte/Fazit

Da das Bundesgericht die vorliegende Klage auf der Ebene der (fehlenden) Persönlichkeitsverletzung bzw. des (gegebenen) Rechtfertigungsgrundes abwies, musste es sich nicht mit den einzelnen Schutzbehelfen, dem Rechtsschutzinteresse und der Passivlegitimation beschäftigten. Auch hierzu hätten sich diverse interessante Fragen gestellt, von denen einzig diejenige nach der Passivlegitimation kurz zu beleuchten ist.

Während im bisherigen Präzedenzfall die Haftpflichtversicherung einzige Beklagte gewesen war, richtete sich die Persönlichkeitsverletzungsklage in casu – wie erwähnt (Rz 4) – zusätzlich auch gegen drei Mitarbeitende der Haftpflichtversicherung, gegen den Inhaber der Detektei und drei seiner Mitarbeitenden. Hinzu kam schliesslich (bzw. an erster Stelle der Beklagtenliste) der Prozessanwalt der Haftpflichtversicherung im Zuger Haftpflichtverfahren. Dies ist bedenklich:

Zwar trifft es zu, dass nach dem Wortlaut von Art. 28 ZGB gegen «jeden, der an der Verletzung mitwirkt», geklagt werden kann und insofern keine Kaskadenhaftung (wie im Medienstrafrecht gemäss Art. 28 StGB) besteht. Dies hindert jedoch nicht daran, bei der Konkretisierung, was alles noch als «Mitwirkung» zu gelten hat, einer Ausuferung der Passivlegitimation[29]

[27] Zu nennen ist insbesondere das Urteil des Bundesgerichts 6B_188/2007 vom 15. August 2007, das die Verurteilung eines «Geschädigten» bestätigte, dessen Lügengebäude zur Arbeitsunfähigkeit sich gestützt u.a. auf die Observationen eines Privatdetektivs belegen liess. Gegenüber dem Argument des Verurteilten, es liege keine Täuschung und schon gar keine Arglist vor, weil mehrere Ärzte ihn eingehend untersucht hätten und ihm von zwei beigezogenen Spezialisten eine volle Arbeitsunfähigkeit bestätigt worden sei, hielt das Bundesgericht fest: Gerade bei einem Schleudertrauma der Halswirbelsäule müssten die Ärzte für ihre Diagnose in erster Linie von den Beschreibungen des Betroffenen ausgehen. Auf diesen für sie kaum überprüfbaren Angaben hätten ihre Berichte basiert, die wiederum die Grundlage für die Versicherungsleistungen gewesen seien. In der Folge ergab sich der Täuschungsvorwurf gegenüber dem Verurteilten «ohne weiteres aus dem Umstand, dass sich erst durch eine aufgrund ernsthafter Zweifel an der behaupteten Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers durchgeführten mehrtägigen Observation nachweisen liess, dass dieser in einem erheblichen Ausmass erwerbstätig war» (E. 6.4).

[28] Der Begriff «Mitfang» wurde übernommen von Aebi-Müller/Eicker/Verde, Fn. 14, Rz. 35.

[29] Die weite Umschreibung der Passivlegitimation im Persönlichkeitsschutzrecht, die z.B. im Pressebereich die Druckerei für Persönlichkeitsverletzung in einer von ihr gedruckten Zeitung (BGE 126 III 161 = Pra 5/2001 Nr. 80) erfasst, führt auch in anderen Bereichen zu Problemen und verlangt nach Eingrenzungen. Vgl. z.B. für den Internetbereich: Philipp Frech, Zivilrechtliche Haftung von Internet-Providern bei Rechtsverletzungen durch ihre Kunden, Zürich 2009, 275 ff.; im Datenschutzrecht: Rosenthal/Jöhri, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich 2008, Art. 15, N 19 ff.

entgegenzuwirken, und/oder das Rechtsschutzinteresse zu verneinen, wenn beliebige Personen unnötig in einen Prozess verwickelt werden.[30]

Beim Prozessanwalt kommen zusätzliche Überlegungen hinzu: Der Anwalt im Prozess hat eine besondere, auf die Wahrung der Interessen seiner Klientschaft ausgerichtete Stellung und ist in erster Linie Verfechter von Parteiinteressen und als solcher einseitig für seinen Mandanten tätig[31]. Er darf insoweit z.B. durchaus energisch auftreten und sich den Umständen entsprechend scharf ausdrücken, wobei von ihm nicht verlangt werden kann, jedes Wort genau abzuwägen. Das Bundesgericht ist deshalb beispielsweise bei (strafrechtlichen) Ehrverletzungsklagen gegen Prozessanwälte bewusst zurückhaltend und betont «die verfassungsrechtlich geschützte Aufgabe des Anwalts, die Parteiinteressen seines Klienten umfassend und dezidiert zu wahren»[32]. Dasselbe muss auch im Zusammenhang mit Personenüberwachungen bei Persönlichkeitsverletzungsklagen gegen Prozessanwälte gelten, deren einzige «Mitwirkung» darin besteht, Observationsergebnisse dem Gericht einzureichen.

Das Bundesgericht nutzte den vorliegenden Fall vornehmlich dazu, um – seit 1997 zum zweiten Mal – im Rahmen eines reinen «ZGB-28-Prozesses» diverse Klärungen und Bestätigungen zum Persönlichkeitsschutz bei Geschädigtenobservationen festzuschreiben, die bislang eher punktuell und akzessorisch im Zusammenhang mit der Frage der Verwertung von Beweismitteln behandelt worden waren. Hinzu kommt der neue Aspekt des «Mitfangs». Im Resultat liegt ein Leitentscheid vor, der mit seiner ausführlichen und systematischen Begründung überzeugt.

Ungeachtet der dogmatischen Argumentation dürften bei allen involvierten Gerichten auch Fragezeichen zur Grundmotivation der Klage mitgespielt haben. Die Kläger wurden im öffentlich wahrnehmbaren Bereich beobachtet, teilweise an Orten (wie z.B. bei der Autowaschanlage oder im Einkaufszentrum), wo vermutlich ohnehin bereits Überwachungskameras aufgestellt waren. Die Beobachtungen zu den Alltagshandlungen der Kläger wurden in einem schriftlichen Bericht und per Videoaufnahmen festgehalten, die dem Gericht als Beweismittel und zum Zwecke der Wahrheitsfindung für das Zuger Haftpflichtverfahren eingereicht wurden. Bei den Richtern, die Kenntnis der Observationsergebnisse erhielten, ging es um einen sehr geschlossenen Kreis von Personen, die im Übrigen unter Amtsgeheimnis stehen. Diese sehr spezifische Verwendung unterscheidet sich doch gewichtig von den bekannten Persönlichkeitsverletzungsfällen, denen eine Publikation in den Medien, bei Werbekampagnen oder im Internet zu Grunde liegt[33]. Hätte den Klägern (zumindest der Klägerin) ferner effektiv am Schutz der behaupteten Privatsphäre gelegen, so hätten sie im Zuger Haftpflichtverfahren Beweisschutzmassnahmen beantragen können, was jedoch unterblieb. Damit bestand, neben den anderen Glaubwürdigkeitsproblemen[34], keine Veranlassung zur Änderung einer seit Jahren stetig weiterentwickelten Rechtsprechung.

[30] In diesem Sinne: Rosenthal/Jöhri, Fn 30, Art. 15, N 22: «Ferner wird der Kläger, der ohne sachlich gerechtfertigten Grund den subalternen Mitarbeiter eines Unternehmens auf Unterlassung einklagt, obwohl er ohne Weiteres hierfür das Unternehmen selbst ins Recht fassen könnte, sich gegen den Vorwurf eines fehlenden Rechtsschutzinteresses bzw. Rechtsmissbrauchs wehren müssen.» – Dass im vorliegenden Fall der Einbezug des Prozessanwaltes kaum unter Aspekten des Persönlichkeitsschutzes geschah, wird bestätigt durch das separate Aufsichtsverfahren, welches ebenfalls erfolglos initiiert wurde (vgl. Ziff. I., vorne).

[31] Vgl. Walter Fellmann, in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, Art. 12 BGFA N 31.

[32] BGE 131 IV 154, 159 f.

[33] Vgl. Ziff. III. A. 2., vorne und die in Fn. 17 zitierten Fälle.

[34] Vgl. Ziff. III. A. 4., vorne.