

## **NEWSLETTER 1 / 2015**

Zürich, den 10. Juli 2015

*Sehr geehrte Damen und Herren, werte Kunden*

*Wir freuen uns, Ihnen den ersten Newsletter in diesem Jahr präsentieren zu dürfen. Er enthält wie gewohnt aktuelle Bundesgerichtsentscheide und Beiträge aus der Anwalts- und Gerichtspraxis sowie zum Schluss eine Prise Humor.*

*Im Weiteren verweisen wir auf unsere ebenfalls soeben erschienenen **Rechtsnews** auf der Website ([kueminlaw.ch](http://kueminlaw.ch)) mit einer Darstellung der geplanten **Finanzmarktreform – FIDLEG** und **FINIG**.*

*Wir wünschen Ihnen eine angenehme und spannende Lektüre sowie hoffentlich sonnige Sommermonate.*

*Hanspeter Kümin und Alexander Bosch*

---

### **Themen dieser Ausgabe:**

#### ***S. 2 ff.: Aktuell aus dem Bundesgericht, zufolge dessen Medienmitteilungen***

- Erleichterter Schutz bei ungerechtfertigter Betreibung (***Betreibungsrecht***)
- Steuerstreit USA: Ex-Bankangestellte erhalten Aktenkopien (***Steuerrecht, Strafrecht***)
- Verkauf von Bankkundendaten: Einziehung von Vermögenswerten rechtmässig (***Strafprozessrecht***)
- Keine Rückerstattung von Verrechnungssteuern an zwei dänische Banken (***Steuerrecht, Aktienrecht***)

#### ***S. 6 ff.: Aktuelles Gesetzgebungsprojekt im Familienrecht***

- Die Ehe light – Gibt es auch bei uns bald eine alternative Form der Ehe nach Vorbild des französischen „PACS“?

#### ***S. 8 ff.: Zivil- und Strafrecht***

- Web 2.0 – Das Recht am eigenen Bild in einer digitalisierten Welt

#### ***S. 11: Humor und Schlusswort***

- Die Bäuerin
- Das Testament
- Verweis auf Rechtsnews (Finanzmarktreform)

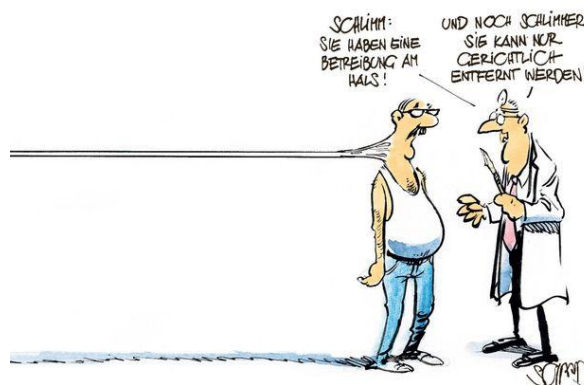
**Bundesgericht:**

**Erleichterter Schutz bei ungerechtfertigter  
Betreibung**

*Mit Urteil vom 16. Januar 2015 (4A\_414/2014) lockert das Bundesgericht die formellen Voraussetzungen für eine gerichtliche Feststellung, dass eine Schuld gar nicht bestehe. Somit können zu Unrecht Betriebene ihre Kredit- und Vertrauenswürdigkeit besser schützen. Dritten wird in diesem Fall keine Auskunft über die Betreibung erteilt.*

Für die Einleitung einer Betreibung muss nicht nachgewiesen werden, dass die fragliche Forderung tatsächlich besteht. Im Betreibungsregister, das interessierten Dritten zur Einsicht offen steht, können deshalb auch ungerechtfertigte Betreibungen verzeichnet sein. Um zu verhindern, dass Dritten Auskunft über den betreffenden Eintrag im Betreibungsregister erteilt wird, kann der Betriebene nach Erhebung seines Rechtsvorschlages selber aktiv werden. Ohne eine allfällige Klage des angeblichen Gläubigers auf Zuerkennung seines Anspruchs abwarten zu müssen, kann er gerichtlich feststellen lassen, dass die Forderung nicht besteht. Dafür muss er allerdings ein schutzwürdiges Interesse an der entsprechenden Feststellung nachweisen. Gemäss bisheriger Rechtsprechung des Bundesgerichts wurde dieses schutzwürdige Interesse bejaht, wenn namhafte und nicht nur Bagatellbeträge in Betreibung gesetzt wurden. Zudem musste der Betriebene konkret darlegen, dass er durch die Betreibung in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit behindert wird, etwa weil Dritte wegen des Betreibungsregistereintrags an seiner Kredit- und Vertrauenswürdigkeit zweifeln.

Das Bundesgericht kommt in einem aktuellen Entscheid insbesondere unter Berücksichtigung verschiedener Entwicklungen im Betreibungsrecht zum Schluss, dass die Voraussetzungen für die Zulassung der allgemeinen negativen Feststellungsklage zu lockern sind. Ein schutzwürdiges Interesse des angeblichen Schuldners ist demnach grundsätzlich ohne weiteres zu bejahen, wenn die fragliche Forderung in Betreibung gesetzt wurde. Nicht mehr verlangt wird ein konkreter Nachweis, dass die betroffene Person durch die Betreibung in ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit beeinträchtigt wird.



(Quelle: tagesanzeiger.ch)

**Bundesgericht:**

**Steuerstreit USA: Ex-Bankangestellte erhalten  
Aktenkopien**

*Mit Urteil vom 12. Januar (4a\_406/2014, 4A\_408/2014) weist das Bundesgericht die Beschwerde einer Schweizer Bank gegen die Urteile des Genfer Kantonsgerichts ab, welches die Bank verpflichtet hatte, die Kopien zu den Dokumenten auszuhändigen, welche die Bank 2012 zu diesen Bankangestellten an die amerikanische Justizbehörde übermittelt hat.*

Im Rahmen des Steuerstreits mit den USA hatte die Bank 2012 - gleich wie weitere Schweizer Geldinstitute - den amerikanischen Justizbehörden die Namen und weitere Angaben zu aktuellen oder früheren Mitarbeitern übermittelt, die Bankkunden aus Amerika betreut hatten. Zwei ehemalige Bankmitarbeiter ersuchten ihre frühere Arbeitgeberin in der Folge darum, ihnen Kopien der Dokumente auszuhändigen, die sie zu ihrer Person an die USA übermittelt hatte. Die Bank gewährte ihnen Einblick in die Unterlagen am Firmensitz, verweigerte aber die Herausgabe von Kopien der fraglichen Papiere. Das erstinstanzliche Gericht des Kantons Genf verpflichtete die Bank 2013 auf Begehren der beiden ehemaligen Angestellten zur Aushändigung der verlangten Kopien. Das Genfer Kantonsgericht bestätigte den Entscheid im Mai 2014. Das Bundesgericht weist die Beschwerden der Bank ab. Sie kann die Herausgabe nicht unter Berufung auf die Strafbestimmungen zur Verletzung des Bankgeheimnisses verweigern, zumal in den fraglichen Dokumenten alle Angaben zu Bankkunden geschwärzt sind. Die ehemaligen Angestellten haben gemäss Datenschutzgesetz grundsätzlich einen Anspruch auf Herausgabe von Kopien der sie betreffenden Informationen. Die Betroffenen bezwecken damit einerseits, allenfalls gegen ihre frühere Arbeitgeberin vorgehen zu können und andererseits, für ein mögliches Vorgehen des amerikanischen Justizdepartements gewappnet zu sein. Ein missbräuchliches Verhalten kann ihnen damit nicht vorgeworfen werden. Weiter kann sich die Bank für ihre Weigerung nicht auf ein überwiegendes Interesse im Sinne des Datenschutzgesetzes berufen. Da die früheren

Angestellten weiterhin an das Bank- und an das Berufsgeheimnis gebunden sind, ist insbesondere die Befürchtung der Bank zu relativieren, dass sensible Daten an die Öffentlichkeit gelangen könnten. Schliesslich kann die Bank auch keine besonderen Umstände geltend machen, die sie ausnahmsweise von der Pflicht zur Herausgabe der Kopien befreien würden.



(Quelle: ernstblumenstein.wordpress.com)

### **Bundesgericht:**

#### **Verkauf von Bankkundendaten: Einziehung von Vermögenswerten rechtmässig**

*Das Bundesgericht bestätigte Einziehung der Vermögenswerte eines Mannes, der kurz nach dem Verkauf von Bankkundendaten an die deutschen Steuerbehörden verstarb. Die entsprechende Beschwerde der Eltern des Betroffenen wies es folglich ab (6B\_508/2014).*

Die Bundesanwaltschaft hatte im Februar 2010 im Zusammenhang mit dem Verkauf der Daten von deutschen Kunden einer Schweizer Bank an deutsche Behörden ein Strafverfahren eröffnet. Es richtete sich gegen den Angestellten einer Schweizer Grossbank, der die Daten bei seiner Arbeitge-

berin beschafft hatte sowie gegen einen ihm bekannten österreichischen Staatsbürger, dem er die Daten ausgehändigt hatte. Dieser übergab die Daten gegen ein Entgelt von 2,5 Millionen Euro an deutsche Steuerbehörden. Der Bankangestellte wurde vom Bundesstrafgericht 2011 im abgekürzten Verfahren wegen qualifizierten wirtschaftlichen Nachrichtendienstes und anderer Delikte zu einer bedingten Freiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt. Der österreichische Staatsbürger verstarb 2010 in Untersuchungshaft. Die Bundesanwaltschaft stellte das Strafverfahren gegen ihn 2013 ein, ordnete aber die Einziehung der Vermögenswerte an, die aus dem Verkauf der Daten resultierten. Das Bundesstrafgericht bestätigte die Einziehung 2014 in den wesentlichen Punkten.

Das Bundesgericht weist die Beschwerde der Eltern des Verstorbenen in Bezug auf die Einziehung ab. Es war rechtsgenügend bewiesen, dass der Betroffene die Bankdaten an deutsche Behörden verkauft hat. Die Einziehung von Vermögenswerten aus einer Straftat ist auch dann möglich, wenn der Urheber einer tatbestandsmässigen und rechtswidrigen Tat infolge Ablebens nicht bestraft werden kann. Im konkreten Fall war der Tatbestand des wirtschaftlichen Nachrichtendienstes im Sinne von Artikel 273 des Strafgesetzbuches erfüllt, selbst wenn die Handlungen ausschliesslich im Ausland ausgeführt worden sein sollten. Die Anwendung schweizerischen Rechts ergibt sich in einem Fall der vorliegenden Art aus dem sogenannten Staatsschutzprinzip. Die Vermögenswerte, welche eine verstorbene Person durch tatbestandsmässiges und rechtswidriges Verhalten

erlangt hat, dürfen auch zu Lasten der Erben eingezogen werden. Das ergibt sich aus dem Zweck der Massnahme, wonach sich strafbares Verhalten nicht lohnen darf.



(Quelle: lawblog.de)

### **Bundesgericht:**

#### **Keine Rückerstattung der Verrechnungssteuer für zwei dänische Banken**

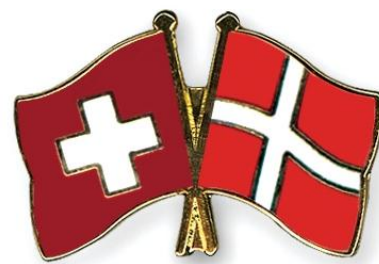
*Das Bundesgericht wies mit Urteilen vom 5. Mai 2015 (2C\_364/2012, 2C\_377/2012, 2C\_895/2012) die Beschwerden zweier dänischer Banken ab, welche die Rückerstattung der Verrechnungssteuer auf kurzfristig gehaltene Schweizer Aktien verlangten. Weil die beiden Banken nicht effektiv nutzungsberechtigt waren, verwehrte ihnen das Bundesgericht eine Berufung auf das Doppelbesteuerungsabkommen zwischen dem Königreich Dänemark und der Schweiz.*

Die beiden dänischen Banken hatten bei der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) um Rückerstattung von Verrechnungssteuern ersucht, die auf Dividendenzahlungen schweizerischer Gesellschaften in den Jahren 2006, 2007 und 2008 erhoben wurden. Die ESTV wies die Rückerstat-

tungsanträge (Bank X insgesamt 53,5 Mio. Franken; Bank Y insgesamt 26,4 Mio. Franken) 2010 ab. Jeweils gleichentags forderte die ESTV von den betroffenen Banken Verrechnungssteuern zurück, die ihnen auf Antrag in den Jahren 2006 bis 2007 bereits zurückerstattet worden waren (von der Bank X 37,8 Mio. Franken; von der Bank Y 34,6 Mio. Franken). Die Verweigerung der Rückerstattung und ihre eigene Rückforderung begründete die ESTV damit, dass die Banken nicht die effektiv Nutzungsberechtigten gewesen seien und deshalb keinen Anspruch auf Rückerstattung der Verrechnungssteuer gemäss dem Doppelbesteuerungsabkommen zwischen der Schweiz und dem Königreich Dänemark hätten. Das Bundesverwaltungsgericht hiess die Rechtsmittel der zwei Banken im Frühjahr 2012 gut.

Das Bundesgericht folgte darauf im Wesentlichen den Beschwerden der ESTV und hob die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts auf. Die ESTV hat die Rückerstattung der Verrechnungssteuern gegenüber den zwei Banken zu Recht verweigert. Für die Geltendmachung der Vorteile aus dem Doppelbesteuerungsabkommen mit Dänemark ist vorausgesetzt, dass der im Vertragsstaat ansässige Dividendenempfänger auch der effektive Nutzungsberechtigte ist. Eine effektive Nutzungsberechtigung ist zu verneinen, wenn dem Dividendenempfänger der ausgeschüttete Ertrag nicht verbleibt, weil er rechtlich oder wirtschaftlich zu dessen Weiterleitung gezwungen ist. Die Bank X hat sich über sog. SWAP-Vereinbarungen verpflichtet, den Gegenparteien insbesondere einen mit der Dividende übereinstimmenden Betrag

weiterzuleiten. Bezüglich der Bank Y ergibt sich, dass im Rahmen von kombinierten Aktien-/Future-Transaktionen sog. Kreisgeschäfte abgeschlossen wurden, welche die Bank überdies nicht selber finanziert hat. Insbesondere hielt die Bank die von ihr gekauften Aktien nur sehr kurzfristig, um sie dann wieder an den ursprünglichen Verkäufer zurückzueräussern. Als Ergebnis dieses Transaktionen-Gesamtkonstrukts wurde der grösste Teil der vereinnahmten Dividenden ausserhalb von Dänemark oder der Schweiz weitergeleitet. Was die Rückforderung der ESTV von bereits erstatteten Verrechnungssteuern betrifft, ist ein abschliessender Entscheid nicht möglich; die Sache wird diesbezüglich für zusätzliche Abklärungen an die ESTV zurückgewiesen.



### **Familienrecht:**

#### **Die Ehe light – Gibt es auch bei uns bald eine alternative Form der Ehe nach Vorbild des französischen „PACS“?**

*In der Schweiz leben mehr Ledige als Verheiratete. War das Konkubinat in den 70er Jahren noch verboten – im Wallis gar bis 1995 (!) – stellt es heute eine etablierte wie auch gesellschaftlich anerkannte Form der Lebensgestaltung der affektiven Beziehung zweier Erwachsener dar. Angesichts des gesellschaftlichen Wandels seit Einführung des ZGB 1907 sah sich der Bundesrat veranlasst im Bericht zum Familienrecht vom 25. März 2015 Stellung zu nehmen, nachdem ihm der Nationalrat das Postulat „12.3607 Fehr: Zeitgemässes kohärentes Zivil- und insbesondere Familienrecht“ überwiesen hat. Im besagten Bericht spricht der Bundesrat die mögliche Normierung des Konkubinats an, welche an dieser Stelle einer kurzen kritischen Würdigung unterzogen werden soll.*

Die Grundsatzfrage hinsichtlich einer möglichen staatlichen Regelung der faktischen Lebensgemeinschaft ist sicherlich, ob trotz gewandelter gesellschaftlicher Werte überhaupt das Bedürfnis einer gesetzlichen Regulierung besteht. Es ist nämlich davon auszugehen, dass die Paare, welche nicht heiraten, sich bzw. mindestens eine Person in der Beziehung bewusst dagegen entscheiden. Es fehlt folglich am notwendigen Konsens zur Eheschliessung (Art. 102 Abs. 3 ZGB). Es ist somit von zentraler Bedeutung, welche Rechtsfolgen die Normierung des Konkubinats mit sich zieht, da andernfalls ein mit der Ehefreiheit (Art. 14 BV) - die ebenfalls das Recht umfasst, *nicht* zu heiraten - nicht zu vereinbarender Eingriff in verfassungs-

mässe Grundrechte begründet werden könnte.

Besonders erwähnt der Bundesrat dabei den in Frankreich praktizierte zivile Solidaritätspakt (pacte civil de solidarité, PACS), der als Vorbild einer Schweizer Regelung dienen könnte. Tatsächlich könnte man von einem Regulierungsbedürfnis der Bevölkerung im Bereich der faktischen Lebensbeziehungen ausgehen, wenn man sich die französischen Statistiken zu Gemüte führt: Dort machen PACS mittlerweile 41 % (davon über 95 % zwischen verschiedengeschlechtlichen Paaren) der rechtlich formalisierten Paarbeziehungen aus. Darüber hinaus steht einer Auflösungsrate der PACS von gut einem Drittel eine Scheidungsrate von 51 % gegenüber.

Wenig verwunderlich, dass der PACS als Vorbild für die Schweizer Lösung angeführt wird. So wäre Kern des Instituts die gegenseitige Unterstützung während der Dauer der Lebensgemeinschaft, einschliesslich der Vertretungsbefugnis sowie Solidarhaftung für Rechtsgeschäfte des täglichen Bedarfs. Weiter in Betracht zu ziehen seien laut Bundesrat Vorschriften zur privilegierten Behandlung der gemeinsamen Wohnung, wie etwa die Zustellung der Kündigung an beide Partner oder das Recht des überlebenden Konkubinatspartners, in den Mietvertrag einzutreten. Ebenfalls erwägenswert sei ein gesetzliches Besuchs- und Informationsrecht in medizinischen Belangen oder in Einrichtungen des Straf- oder Massnahmenvollzugs sowie eine ärztliche Konsultationspflicht des einen bei Handlungsunfähigkeit des anderen Partners. Um das Konkubinatsverhältnis jedoch klar gegenüber der Ehe abzugrenzen spricht sich der Bun-

desrat gegen nach-partnerschaftliche Unterhaltsverpflichtungen oder Ansprüche aus Güterrecht sowie der beruflichen Vorsorge bzw. ein gesetzliches Erbrecht und Kinderbelange aus. Eine Begründung derartiger Ansprüche soll jedoch den Paaren einer faktischen Lebensgemeinschaft auf freiwilliger Basis offenstehen. Als Anwendungsmodelle werden entweder das opt-in oder das opt-out diskutiert. Beide Modelle sehen sich jedoch mit einem ähnlichen Problem konfrontiert, nämlich dass die Bestimmungen auf Paare nicht angewendet werden, die sich eine Unterstellung wünschen (opt-in), resp. eine Anwendung stattfindet, wo keine gewünscht wird (opt-out). Angesichts des Grundrechtseingriffs wäre sicherlich einem opt-in als geringfügigere Massnahme der Vorzug zu geben.

Betrachtet man jedoch die aktuelle Situation im Einzelnen, ist ein erhöhtes Regulierungsbedürfnis nicht ohne weiteres anzunehmen. So wird eine intakte Paarbeziehung in der Regel die gesetzliche Statuierung einer Beistandspflicht wohl kaum notwendig machen, zumal die Treue- und Beistandspflicht bereits für die Ehe als massgebende Parameter weitgehend an Bedeutung verloren haben. Auch die Vorteile bezüglich der gemeinsamen Wohnung sind wohl eher von begrenztem praktischen Nutzen, bedenkt man, dass bei lebensnaher Betrachtung es der Regel entsprechen wird, dass beide Partner im Mietvertrag erwähnt sein werden. Ebenso sei es dahingestellt, inwiefern es dem Willen der Partner entspricht, die aus welchem Grund auch immer keine Ehe eingegangen sind und sich folglich für eine unverbindlichere Form des Zusammenlebens entschieden haben,

wenn sie für Verpflichtungen ihres Gegenübers unter dem Mantel der Solidarhaftung belangt werden können. Sei es auch nur für Geschäfte des täglichen Bedarfs.

Das grösste Schutzbedürfnis in einer faktischen Lebensgemeinschaft liegt wohl daher eher im Zeitpunkt deren Auflösung als deren Bestand. Nach-partnerschaftliche Unterhaltsverpflichtungen sind aber gerade nicht als zwingende Rechtsregeln vorgesehen. Dennoch erkennt der Bundesrat, dass es gewisse Konstellationen nicht-ehelicher Gemeinschaften gibt, die einen finanziellen Ausgleich aus Billigkeitsgründen rechtfertigen. In diesem Zusammenhang spricht er sich für die Prüfung einer zivilrechtlichen Härtefallregelung aus, wenn zwischen den Parteien ein erhebliches (wirtschaftliches) Ungleichgewicht besteht und ein Partner durch die Beendigung in erhebliche finanzielle Schwierigkeiten gerät (vgl. analoge Regelung nach Art. 34 Abs. 3 PartG). Hierbei ist es insbesondere am Gesetzgeber zu entscheiden, ob er die Schutzbedürftigkeit des schwächeren Partners oder dessen Mündigkeit resp. Privatautonomie höher gewichtet. Auf der einen Seite ist die Privatautonomie des Schweizer Bürgers nicht mittels einer staatlichen Entmündigung zu untergraben. Denn wer den Schutz einer Ehe will, dem steht es frei zu heiraten resp. sich von einer heiratsunwilligen Person zu trennen. Alternativ kann ein Konkubinatsvertrag in Betracht gezogen oder die bestehenden gesetzlichen Regelungen, die zur Anwendung gelangen können, wie bspw. jene über die einfache Gesellschaft (BGE 108 II 204), angeführt werden. Auf der anderen Seite ist aus sozial-ethischen Überlegungen eine Härtefallklau-

sel zu begrüssen, da es nicht von der Hand zu weisen ist, dass zwischenmenschliche Liebesbeziehungen auch ohne Ehe starke Abhängigkeitsverhältnisse zu schaffen vermögen, wodurch die Person, die den Schutz der Ehe brauchen würde und auch in Anspruch nehmen möchte, nicht ohne weiteres im Stande ist, sich von seinem nicht heiratswilligen bzw. unkooperativen Konkubinatspartner zu trennen. Welche Meinung der Gesetzgeber jedoch als schützenswerter einstuft, bleibt abzuwarten und dem politischen Diskurs zu überlassen, namentlich die Regelung der „Ehe light“ ohne güterrechtliche Komponente könnte in einem allfälligen Gesetzesreferendum unter Umständen eine gewisse Hürde bilden.

#### Literatur

Schweizerische Eidgenossenschaft, Bericht des Bundesrats zum Postulat Fehr (12.3607), Bern 2015  
(<http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2015/2015-03-250/ber-br-d.pdf>)

Schweizerische Eidgenossenschaft, Zusammenfassung: Bericht zum Familienrecht, Bern 2015  
(<http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2015/2015-03-250/res-ber-br-d.pdf>)

Neue Zürcher Zeitung vom 9. April 2015, Willst du mich ein bisschen heiraten?

Tagesanzeiger vom 23. Februar 2015, Ehe light

#### **Web 2.0 – Das Recht am eigenen Bild in einer digitalisierten Welt**

*Im Zeitalter der Smartphones ist es schnell geschehen: Jemand trinkt zu viel an der Weihnachtsparty, das Handy ist gezückt und ein „lustiges“ Video oder Foto aufgenommen, welches am nächsten Tag bei der Arbeit herumgereicht oder sogar auf den sozialen Netzwerken geteilt wird. Nur sind Aufnahmen Fremder nicht ohne weiteres*

*zulässig und können unter Umständen zivil-, wenn nicht sogar strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.*

Das sogenannte Recht am eigenen Bild ist Ausfluss der menschlichen Persönlichkeit, der rechtlicher Schutz um deren selbst willen zukommt. Bestimmungen dazu finden sich in der gesamten Schweizerischen Rechtsordnung, wie etwa Art. 10 Abs. 2 Bundesverfassung (BV) oder in der Datenschutzgesetzgebung (Bundesgesetz über den Datenschutz, DSG). In Zeiten von Facebook und Lesereportern, die ungefragt Fotos an Zeitungen schicken, sind die Gefahren einer Verletzung des Rechts am eigenen Bild aktueller denn je und in diesem Zusammenhang insbesondere die Art. 28 ZGB sowie Art. 179quater StGB von grösserer Relevanz.

Im Zivilrecht und somit unter dem Aspekt des Persönlichkeitsschutzes von Art. 28 ZGB gilt das Prinzip, dass niemand ohne seine Einwilligung – sei diese vorgängig oder nachträglich erteilt – abgebildet werden kann, unabhängig vom Verfahren (Film, Foto, Zeichnung oder sonst wie). Gleiches gilt für die Veröffentlichung von Bildern. Das Fotografieren einer Person ist folglich per se unzulässig, sofern nicht ein Rechtfertigungsgrund besteht. Von dieser Regel ausgenommen sind relative und absolute Personen der Zeitgeschichte, mittelbare Abbildungen und Fotografien, bei denen der Abgebildete Teil der Landschaft oder des Ereignisses ist. Beispiel einer mittelbaren Abbildung ist das Foto eines Porträts, das ein Künstler gemalt hat. Als absolute Personen der Zeitgeschichte gilt, wer durch sein gesamtes Wirken in der Öffentlichkeit



steht, während relative Personen der Zeitgeschichte nur eine begrenzte Zeit im Blickpunkt der Öffentlichkeit stehen. Einen Eingriff in ihre Intim- und Geheimsphäre, die nachfolgend näher beschrieben wird, müssen sich jedoch auch absolute und relative Personen der Zeitgeschichte nicht gefallen lassen, wie auch die Verwendung der Fotografien zu Werbezwecken. Damit eine Verletzung angenommen wird, hat weiter die sogenannte subjektive und objektive Erkennbarkeit vorzuliegen. D.h. der Abgebildete muss sich unter der subjektiven Erkennbarkeit selbst erkennen können und es muss auch anderen Personen aus dem weiteren sozialen Umfeld des Abgebildeten im Rahmen der objektiven Erkennbarkeit möglich sein, diesen zu erkennen.

Sodann ist bei Aufnahmen von Privatpersonen Widerrechtlichkeit gefordert. Die Fotografie darf sich folglich nicht auf einen Rechtfertigungsgrund stützen. Als Rechtfertigungsgründe kommen Einwilligung, überwiegende private und öffentliche Interesse infrage. Private Interessen sind in diesem Zusammenhang von weniger grosser praktischer Bedeutung. Denkbar wäre jedoch ein Film einer Überwachungskamera, auf dem ein Einbrecher aufgenommen worden ist. Grundsätzlich vermag jedes öffentliche Interesse einen Rechtfertigungsgrund zu begründen. Das wohl am häufigsten anzutreffende ist jenes der Berichterstattung in den Medien. In Anlehnung an das deutsche Recht hat die Lehre und Rechtsprechung in diesem Zusammenhang drei Sphären des menschlichen Lebensbereichs entwickelt. Der erste ist der Geheim- oder Intimbereich, der all diejenigen Vorgänge umfasst, die eine Person der Wahrnehmung

und dem Wissen aller Personen entzieht bzw. nur mit ganz bestimmten Menschen teilen will. Die Privatsphäre reicht ein wenig weiter und umfasst die Geschehnisse, die der Einzelne mit nahe verbundenen Personen, aber nur mit diesen teilen will. Unter den Gemeinbereich fallen Ereignisse, die jedermann zugänglich sind, weil sie sich in der Öffentlichkeit abspielen oder der Betroffene die entsprechende Information über sich preisgibt. Während Intim- und Privatsphäre geschützt sind, sind Fotografien, die in der Öffentlichkeit aufgenommen werden, grundsätzlich auch von Privatpersonen zu dulden. Nichtsdestotrotz sei an dieser Stelle daran erinnert, dass, wenn der Akteur sich auf private oder öffentlich Interessen beruft, diese gegenüber der Persönlichkeitsverletzung überwiegen, mit anderen Worten verhältnismässig sein müssen. Folgen einer Verletzung von Art. 28 ZGB können neben Schadensersatz- und Genugtuungsansprüchen auch eine Gewinnherausgabe-, Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsklage sowie ein Gegendarstellungsrecht umfassen.

Unter dem strafrechtlichen Schutz des Rechts am eigenen Bild fallen nach Wortlaut des Gesetzesartikels lediglich Aufnahmen, die aus dem Privat- oder Intimbereich des Geschädigten stammen. Eine Aufnahme eines Paares, das auf einer öffentlichen Parkbank schmust, ist danach nicht vom Tatbestand von Art. 179quater StGB erfasst. Die eingangs erwähnte Aufnahme eines betrunkenen Kollegen, die anlässlich eines Mitarbeiterfestes in den Büroräumlichkeiten aufgenommen worden ist, dürfte hingegen aufgrund der Tatsache, dass die Aufnahme wohl eher dem Privat- als dem Gemeinbereich zuzuordnen ist, neben zivilrechtli-

chen wohl auch strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.

Fazit: Ist auf die Einwilligung nicht aus dem Kontext zu schliessen, etwa wenn jemand breit lächelnd für ein Foto in die Kamers strahlt, ist es unter rechtlichen Gesichtspunkten in jedem Fall vorzuziehen, die Einwilligung für ein Foto explizit einzuholen.

#### L i t e r a t u r

ANDREAS MEILI, Art. 28 ZGB, in: HONSELL/VOGT/GEISER (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Art. 1 – 456 ZGB, Basler Kommentar, 4. Aufl., Basel 2010

GITTI HUG, Das Recht am eigenen Bild, Referat am LES-CH Lizenz Wochenende, 20. – 22. September 2002, Vitznau ([http://www.altenburger.ch/uploads/tx\\_altenburgerteam/gh\\_2002\\_Das\\_Recht\\_am\\_eigenen\\_Bild.pdf](http://www.altenburger.ch/uploads/tx_altenburgerteam/gh_2002_Das_Recht_am_eigenen_Bild.pdf))

Polizei und Schweizerische Kriminalprävention (SKP), eine interkantonale Fachstelle der Konferenz der kantonalen justiz- und Polizeidirektorinnen und –direktoren (KKJPD), Das eigene Bild: Alles, was Recht ist, Informationen zum Thema Recht am eigenen Bild, Bern 2015

## **Humor und Schlusswort**

### **Die Bäuerin**

Eine Bäuerin ist beim Anwalt und will sich scheiden lassen.

Der Anwalt: "Da brauchen wir einen Grund. Säuft er vielleicht?"

Bäuerin: "Der? Den sauf ich dreimal unter den Tisch!"

"Gibt er Ihnen kein Geld?"

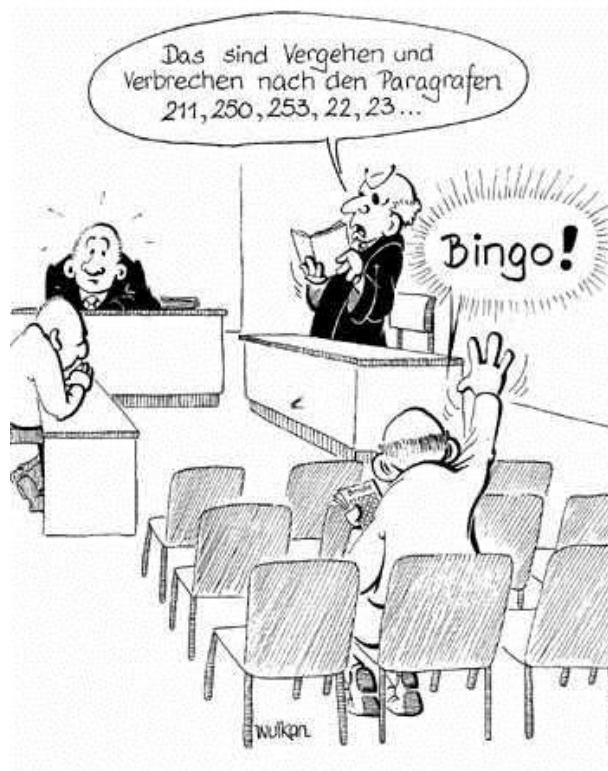
"Der soll es wagen, einen Rappen zu behalten!"

"Schlägt er Sie?"

"Den schmeiß ich selber achtkantig aus dem Fenster!"

"Wie ist es denn mit der ehelichen Treue?"

"Da packen wir ihn, Herr Anwalt! Das zweite Kind ist *nicht von ihm!*"



(Quelle: udoslive.blogspot.com)

### **Das Testament**

Der Anwalt liest den Verwandten den letzten Willen eines reichen Verstorbenen vor: "Und an Heinz, dem ich versprach, ihn in meinem Testament zu erwähnen, einen herzlichen Gruß: 'Hallo, Heinz, alter Knabe!'"

### **Schlusswort und Verweis auf Rechtsnews**

Bevor wir Ihnen angenehme Sommerferien wünschen und uns für Ihr Vertrauen bedanken, verweisen wir an dieser Stelle auf unsere Rechtsnews auf der eigenen Website „Geplante Finanzmarktreform – FIDLEG und FINIG“, anlässlich welcher wir die sogenannte Kleeblattreform ins Auge fassen und die wichtigsten Neuerungen kurz, prägnant und verständlich erläutern, sodass Sie für künftige Diskussionen gewappnet sind.

Zürich, den 10. Juli 2015

Hanspeter Kümin und Alexander Bosch