Inhaltsverzeichnis

B
Stichwortverzeichnis 13

3.8 Art. 266 i.V.m. 261 ZPO

Regeste:
Art. 266 i.V.m. 261 ZPO - Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen gegen periodische Medien setzt unter anderem voraus, dass offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund für die betreffende Publikation vorliegt. Vorsorgliche Massnahmen haben zudem stets verhältnismässig zu sein. Die gesuchstellende Partei hat die anspruchsbegründenden Behauptungen glaubhaft zu machen, die Gegenpartei ihre Einwendungen.

Aus den Erwägungen:

1. Der Entscheid über vorsorgliche Massnahmen unterliegt gestützt auf Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO der Berufung, und zwar unabhängig von einem Streitwert, wenn es sich – wie im vorliegenden Verfahren – nicht um eine vermögensrechtliche Angelegenheit handelt (Urteil des Bundesgerichts 5A_333/2012 vom 11. Juli 2012 E. 1). Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt, weshalb auf die Berufung einzutreten ist.

2. Nach Art. 266 i.V.m. 261 ZPO trifft das Gericht auf Gesuch hin gegen periodisch erscheinende Medien die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn glaubhaft ist, dass ein dem Gesuchsteller zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung ernsthaft zu befürchten ist (Verfügungsanspruch; Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO) und dass ihm aus der Verletzung ein besonders schwerer Nachteil droht (Verfügungsgrund; Art. 266 lit. a ZPO). Für die Beurteilung des Nachteils und der Bedrohungslage sind objektive Kriterien massgebend (Huber, in: Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 2. A. 2013, Art. 261 ZPO N 20). Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen gegen periodische Medien setzt weiter voraus, dass offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund vorliegt (Art. 266 lit. b ZPO). Weiter müssen die Massnahmen verhältnismässig sein (Art. 266 lit. c ZPO). Sodann wird Dringlichkeit vorausgesetzt; ein Zuwarten bis zum rechtskräftigen Entscheid darf nicht zumutbar sein (Zürcher, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 2011, Art. 261 ZPO N 8). Die gesuchstellende Partei hat die anspruchsbegründenden Behauptungen glaubhaft zu machen, die Gegenpartei ihre Einwendungen (Sprecher, Basler Kommentar zur ZPO, 2. A. 2013, Art. 261 ZPO N 58).

3. Die Vorinstanz erachtete die Voraussetzungen für die Anordnung der beantragten vorsorglichen Massnahmen als erfüllt. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, aufgrund der an die Gesuchstellerin gerichteten Fragen der Gesuchsgegnerin sei davon auszugehen, dass im geplanten Artikel das Geschäft zwischen der Gesuchstellerin und B. dargestellt werde. Der Inhalt der geführten Gespräche sowie die Beweggründe, welche zum Vertragsabschluss geführt hätten, seien aber umstritten. Es erscheine glaubhaft, dass im geplanten Artikel Attribute wie «unverschämt hoch» und «Abzockerei» oder ähnliche Begriffe verwendet würden, wodurch die Reputation der Gesuchstellerin beeinträchtigt werde und es zu einer Vorverurteilung in den Medien komme. Auch wenn es sich bei den genannten Bezeichnungen

um Werturteile handle, seien diese unter den gegebenen Umständen als unnötig herabsetzend und damit als ehrverletzend zu qualifizieren. Der geplante Artikel lasse den falschen Eindruck entstehen, dass der dem Mäklergeschäft zugrunde liegende Sachverhalt, wie ihn B. der Gesuchsgegnerin geschildert habe, gegeben sei. Es gehe nicht an, unsachgemässe Qualifikationen zu publizieren, die auf einen nicht verifizierten Sachverhalt beruhen würden. Zudem sei den Akten nicht zu entnehmen, dass die Gesuchstellerin aufgrund einer fragwürdigen Geschäftspolitik bereits mehrmals Probleme mit Kunden gehabt habe. Die Publikation lasse sich daher nicht mit einem öffentlichen Interesse rechtfertigen. Der Nachteil, welchen die Gesuchstellerin bei einer Publikation des fraglichen Artikels erleiden würde, sei ungleich grösser als der Nachteil seitens der Gesuchsgegnerin bei einem Publikationsverbot. Mithin sei ein Verbot verhältnismässig.

4. Dagegen bringt die Gesuchsgegnerin vor, die Vorinstanz habe eine bevorstehende widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung zu Unrecht allein aufgrund des der Gesuchstellerin vorgelegten Fragenkataloges – insbesondere aufgrund der Verwendung der Begriffe «unverschämt hoch» und «Abzockerei» – als glaubhaft erachtet. Weiter sei die Auffassung der Vorinstanz unzutreffend, wonach eine Veröffentlichung der Stellungnahme der Gesuchstellerin im geplanten Artikel an der herabsetzenden und ehrverletzenden Wirkung nichts ändere. Ein kritischer Durchschnittskonsument sei fähig, sich mit den fraglichen Aussagen auseinanderzusetzen. Es obliege der Gesuchstellerin glaubhaft zu machen, dass die Publikation von unwahren Behauptungen zu befürchten sei. Aus der eingereichten SMS-Korrespondenz zwischen J. (seitens der Gesuchstellerin) und B. gehe hervor, dass die Gesuchstellerin auf einen Verkaufspreis von CHF 600'000.– gedrängt habe. Mithin seien die Vorbringen der Gesuchstellerin, wonach B. den Verkaufspreis selber festgelegt habe, nicht glaubhaft. Auch die weitere Behauptung der Gesuchstellerin, dass Vertragsklauseln mit Erfolgsprovision häufig vorkämen, sei nicht glaubhaft gemacht worden. Die Vorinstanz führe selber aus, dass der Sachverhalt umstritten sei, mithin sei dieser nicht manifest und zweifelsfrei widerrechtlich. Sie (die Gesuchsgegnerin) habe glaubhaft gemacht, dass ein Rechtfertigungsgrund für die Berichterstattung über das Mäklergeschäft zwischen der Gesuchstellerin und B. bestehe. Sodann sei das angeordnete Verbot unverhältnismässig. Die Vorinstanz habe über die Werturteile «unverschämt hoch» und «Abzockerei» hinaus keine weiteren Tatsachendarstellungen oder Werturteile zur Begründung ihrer Entscheidung herangezogen, weshalb sie das einstweilige Publikationsverbot auf diese Werturteile hätte beschränken müssen.

5. Wie vorstehend bereits erwähnt, setzt die Anordnung vorsorglicher Massnahmen unter anderem das Vorliegen eines Verfügungsanspruchs voraus, d.h. einen zivilrechtlichen Anspruch der gesuchstellenden Partei, für den sie vorläufigen Rechtsschutz bedarf (Sprecher, a.a.O., Art. 261 ZPO N 15).

5.1 Die Gesuchstellerin beruft sich auf Art. 28 ZGB. Sie befürchtet eine Verletzung ihrer Persönlichkeit, wenn die Gesuchsgegnerin einen Artikel über ihre Tätigkeit als Mäklerin publizieren würde, was die Vorinstanz als glaubhaft erachtete. Die Gesuchsgegnerin hält dage-

gen, es dürfe nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass sie die im Fragenkatalog wiedergegebenen von Dritten geäusserten Werturteile tel quel in herabsetzender und ehrverletzender Manier im geplanten Artikel verwenden werde. Sie verzichte ausdrücklich und verbindlich darauf, die Begriffe «unverschämt hoch» und «Abzockerei» zu verwenden.

5.2 Art. 28 Abs. 1 ZGB gewährt dem in seiner Persönlichkeit widerrechtlich Verletzten Rechtsschutz. Auch juristische Personen können den Persönlichkeitsschutz in Anspruch nehmen, da sie gemäss Art. 53 ZGB aller Rechte und Pflichten fähig sind, die nicht die natürlichen Eigenschaften des Menschen zur notwendigen Voraussetzung haben (Meili, Basler Kommentar ZGB I, 4. A. 2010, Art. 28 ZGB N 33). Eine Verletzung der Persönlichkeit liegt namentlich vor, wenn die Ehre einer Person beeinträchtigt wird, indem ihr berufliches, wirtschaftliches oder gesellschaftliches Ansehen geschmälert wird. Ob eine Äusserung geeignet ist, dieses Ansehen herabzumindern, beurteilt sich objektiviert nach Massgabe eines Durchschnittslesers, wobei dies unter Würdigung der konkreten Umstände wie etwa des Rahmens der Presseäusserung zu erfolgen hat (BGE 127 III 481 E. 2b/aa S. 487 mit Hinweisen). Eine Verletzung ist widerrechtlich, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist (Art. 28 Abs. 2 ZGB). Praxisgemäss ist in zwei Schritten zu prüfen, ob erstens eine Persönlichkeitsverletzung und zweitens ein Rechtfertigungsgrund vorliegt (Urteil des Bundesgerichts 5A_489/2012 E. 2.2), wie das denn auch die Vorinstanz getan hat.

5.3.1 Mit E-Mail vom 15. April 2015 lud der Redaktor der Gesuchgegnerin, M., die Gesuchstellerin zu einer Stellungnahme ein. Die Kritik der Gesuchsgegnerin, die Vorinstanz hätte nicht einzig aus den der Gesuchstellerin unterbreiteten Fragen schliessen dürfen, sie werde die Begriffe «unverschämt hoch» und «Abzockerei» in ihrem Artikel verwenden und damit die Persönlichkeit der Gesuchstellerin widerrechtlich verletzen, überzeugt nicht. Zwar geht aus der E-Mail vom 15. April 2015 hervor, dass die Begriffe «Abzockerei» und «unverschämt hoch» von der Kundin der Gesuchstellerin B. bzw. von S., Präsident der Schweizerischen Maklerkammer, stammten (Vi act. 1/6). Die Gesuchsgegnerin bekundete im erstinstanzlichen Verfahren aber nicht die Absicht, auf die Begriffe «Abzockerei» und «unverschämt hoch» verzichten zu wollen. Sie gab lediglich an, der Inhalt des Artikels stehe erst nach Abschluss der Recherche fest (Vi act. 5 Rz 9.3.4), erachtete sich aber unter Berufung auf die Meinungsäusserungs- und Medienfreiheit zur Äusserung eines solchen Werturteils für berechtigt (Vi act. 5 Rz 9.3.3). S. wurde mit E-Mail vom 23. April 2015 angefragt, ob er mit dem Satz «dieses Honorar ist unverschämt hoch» zitiert werden dürfe (Vi act. 5/8). Vor diesem Hintergrund ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Verwendung der Begriffe «Abzockerei» und «unverschämt hoch» im geplanten Artikel als glaubhaft erachtete. Ob darin eine Persönlichkeitsverletzung liegen würde, braucht im Berufungsverfahren indes nicht eingehend geprüft zu werden, nachdem die Gesuchsgegnerin verbindlich erklärt hat, im geplanten Artikel auf die erwähnten Begriffe zu verzichten. Zu beachten ist allerdings, dass die Vorinstanz die Reputation der Gesuchstellerin nicht nur durch die Verwendung der Attribute «unverschämt hoch» und «Abzockerei», sondern auch durch die Verwendung ähnlicher Begriffe als beeinträchtigt erachtete

(Vi act. 14 E. 4.5). Würde der Berufungsantrag Ziff. 2 der Gesuchsgegnerin nicht auch ähnliche Begriffe umfassen, so müsste darüber im Berufungsverfahren befunden werden, was die Gesuchsgegnerin zur Vereinfachung des Verfahrens ausdrücklich verhindern wollte. Die Berufungsanträge sind – wie alle Rechtsbegehren – nach ihrem Sinn und Gehalt auszulegen, wobei eine objektive Auslegung nach allgemeinen Grundsätzen und unter Berücksichtigung von Treu und Glauben zu erfolgen hat (vgl. Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 311 ZPO N 35). Die Gesuchsgegnerin sah sich zum Verzicht auf die genannten Attribute offenkundig erst durch den erstinstanzlichen Entscheid veranlasst. Sie verkannte indes, dass die Vorinstanz auch die Verwendung ähnlicher Begriffe als persönlichkeitsverletzend erachtete. Entsprechend seinem Sinn und Zweck ist der Berufungsantrag Ziff. 2 nach Treu und Glauben dahingehend auszulegen, dass auch auf die Verwendung ähnlicher Begriffe verzichtet wird. Nur so kann die von der Gesuchsgegnerin angestrebte Vereinfachung des Verfahrens überhaupt erreicht werden. Zudem wäre es aufgrund des erklärten Verzichtes treuwidrig, wenn die Gesuchsgegnerin an der Verwendung ähnlicher Begriffe festhalten wollte. Hat die Gesuchsgegnerin demnach aber verbindlich auf die Verwendung solcher Ausdrücke verzichtet, so ist das Gesuch insofern gegenstandslos geworden (vgl. Steck, Basler Kommentar zur ZPO, 2.A. 2013, Art. 242 ZPO N 11). Immerhin ist aber anzumerken, dass die Beurteilung der Begriffe «unverschämt hoch» und «Abzockerei» und dergleichen durch die Vorinstanz grundsätzlich nicht zu beanstanden ist, da gemäss den nachfolgenden Erwägungen glaubhaft erscheint, dass ein Bericht über die Gesuchstellerin im Zusammenhang mit einem angeblich überhöhten Mäklerhonorar auch ohne Verwendung der erwähnten Begriffe die Persönlichkeit der Gesuchstellerin tangiert. Die Gesuchsgegnerin trägt denn auch in ihrer Berufung nicht substanziiert vor, dass die Vorinstanz eine allfällige Verwendung der erwähnten Begriffe im geplanten Artikel zu Unrecht als persönlichkeitsverletzend qualifiziert hat.

5.3.2 Die Gesuchstellerin wurde in der E-Mail des Redaktors vom 15. April 2015 auch mit dem Vorwurf konfrontiert, auf eine Senkung des Verhandlungspreises auf CHF 600'000.– gedrängt zu haben, um die zusätzliche Mäklerprovision von einem Drittel am Mehrbetrag generieren zu können (Vi act. 1/6). Diese Darstellung erachtete die Vorinstanz als strittig. Sie zog in Erwägungen, es gehe nicht an, unsachgemässe Qualifikationen gestützt auf einen nicht verifizierten Sachverhalt zu publizieren. Es sei umstritten und wohl in einem ordentlichen Verfahren zu klären, wie es zum vereinbarten Basiskaufpreis gekommen sei und wie detailliert die einzelnen Bestimmungen des Mäklervertrages besprochen worden seien (Vi act. 14 E. 4.5 f.). Dass aber die Darstellung in der erwähnten E-Mail glaubhaft Teil des geplanten Artikels geworden und zudem falsch gewesen wäre, hat die Vorinstanz nicht festgestellt. Entgegen der Auffassung der Gesuchstellerin obliegt es grundsätzlich ihr, glaubhaft zu machen, dass die Gesuchsgegnerin in ihrem geplanten Artikel einen falschen Sachverhalt publizieren und dadurch ihre Persönlichkeit verletzen wird (E. 2 hiervor). Wie die Gesuchstellerin selber ausführt, kann aber die Frage, wie es zum Verhandlungspreis von CHF 600'000.– gekommen ist, letztlich offen bleiben (act. 4 Rz 38), da es um die Angemessenheit der Höhe des Honorars geht. Mit der eingereichten E-Mail des Präsidenten der Schweizerischen Maklerkammer und durch Verweis auf die Rechtsprechung zur Honorarhöhe eines Mäklers hat die Gesuchs-

gegnerin glaubhaft gemacht, dass ein Honorar von CHF 42'590.65 für den Verkauf einer Wohnung zum Preis von CHF 659'000.– – somit 6,4 % des Kaufpreises – zumindest als hoch bezeichnet werden darf (Vi act. 5 Rz 9.4.2 f., act. 5/6). Insofern erscheint ein Bericht zur Angemessenheit des Mäklerhonorars der Gesuchstellerin grundsätzlich nicht unnötig verletzend. Somit scheidet übrigens auch ein Verstoss gegen das UWG (Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG) aus, was die Gesuchstellerin ohnehin nicht substanziiiert geltend macht. Die Gesuchsgegnerin behauptete im erstinstanzlich Verfahren nicht, dass das Honorar unrechtmässig sei, sondern hat dieses im Gegenteil selber als legal bezeichnet. Mithin ist nicht glaubhaft, dass die Gesuchsgegnerin das Honorar im Artikel als rechtswidrig erscheinen lassen wird. Immerhin soll aber der Gesuchstellerin ein aussergewöhnlich hohes Mäklerhonorar zum Vorwurf gemacht werden, so dass beim Durchschnittsleser der negative Eindruck erweckt werden könnte, die Gesuchstellerin sei über Gebühr auf den eigenen Vorteil bedacht. Die Behauptung eines solchen in der Gesellschaft missbilligten Verhaltens trifft die Gesuchstellerin in ihrer Geschäftsehre.

5.4.1 Wie bereits erwähnt, ist eine Persönlichkeitsverletzung grundsätzlich stets widerrechtlich, es sei denn, der Verletzer könne sich auf einen der gesetzlich vorgesehenen Rechtfertigungsgründe berufen (Art. 28 Abs. 2 ZGB). Bei persönlichkeitsverletzenden Presseäusserungen steht als Rechtfertigungsgrund der Informationsauftrag der Presse im Vordergrund. Die Rechtfertigung kann dabei stets nur so weit reichen, als ein Informationsbedürfnis besteht; der Auftrag der Presse, die Öffentlichkeit hier über unzulässiges Geschäftsgebaren frei zu informieren, ist deshalb kein absoluter Rechtfertigungsgrund. Es ist eine Interessenabwägung vorzunehmen, wobei das Gericht zu prüfen hat, ob sowohl die Ziele, die der Verletzer verfolgt, als auch die Mittel, derer er sich bedient schutzwürdig sind. Damit ist ein gewisses Ermessen verbunden. An kritische Äusserungen dürfen aber nicht derart strenge Anforderungen gestellt werden, dass die Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 BV; Art. 10 EMRK) in dem Sinne mittelbar beeinträchtigt wird, als sich der Betroffene aufgrund einer behördlichen Reaktion nicht mehr getraut, erneut von seinem Grundrecht Gebrauch zu machen, und selbst begründete Kritik nicht mehr vorzubringen wagt. Die Widerrechtlichkeit einer Ehrverletzung durch die Presse entscheidet sich im Wesentlichen danach, ob die beanstandete Äusserung tatsachenwidrig ist oder – im Vergleich zum wirklich gegebenen Sachverhalt – als korrekt erscheint (Urteil des Bundesgerichts 5C.248/2001 vom 7. Februar 2002 E. 2b; Treis, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Handkommentar zur ZPO, 2010, Art. 266 ZPO N 5). Die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen gegen Medien setzt weitergehend voraus, dass offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund vorliegt (Art. 266 lit. b ZPO). Da ein Rechtfertigungsgrund offensichtlich fehlen muss, hat die vorstehend erwähnte Interessenabwägung klar zugunsten der gesuchstellenden Partei auszufallen, damit die Voraussetzung gemäss Art. 266 lit. b ZPO er-füllt ist (Zürcher, a.a.O., Art. 266 ZPO N 17). Die Widerrechtlichkeit der Verletzung hat manifest und zweifelsfrei erwiesen zu sein (Huber, a.a.O., Art. 266 ZPO N 11 m.w.H.; Güngerich, Berner Kommentar, 2012, Art. 266 ZPO N 12; Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 22. November 2013, HE130272-O; a.M. Zürcher, a.a.O., Art. 266 ZPO N 17).

Es liegt an der Trägerschaft des Mediums, die für eine Publikation sprechenden Gründe substanziiert vorzutragen, soweit sie sich nicht schon aus den Akten ergeben (Zürcher, a.a.O., Art. 266 ZPO N 18 m.w.H.). Grundsätzlich ist auch das Nichtvorhandensein bestimmter Tatsachen zu beweisen bzw. glaubhaft zu machen. Der Schwierigkeit, negative Tatsachen zu beweisen, ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dadurch Rechnung zu tragen, dass die nicht beweisbelastete Partei an der Beweisführung und damit an der Sachverhaltsaufklärung durch Antritt des Gegenbeweises mitzuwirken hat (Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 22. November 2013, HE130272-O, E. 7.3.2 mit Hinweis auf Hasenböhler, in: Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 150 ZPO N 7 f.; BGE 119 II 305 E. 1b/aa).

5.4.2 Gemäss den vorstehenden Erwägungen in Ziffer 5.3.2 hat die Gesuchsgegnerin glaubhaft gemacht, dass das Mäklerhonorar der Gesuchstellerin für den Verkauf der Immobilie von B. zumindest als hoch bezeichnet werden darf. Verzichtet die Gesuchsgegnerin auf die Verwendung von Begriffen wie «Abzockerei» und «unverschämt hoch» in ihrem Artikel, was sie ausdrücklich zugesichert hat, erscheint ein Bericht über die Höhe des Honorars der Gesuchstellerin nach dem Gesagten als vertretbar. Entgegen der offenbar von der Gesuchstellerin vertretenen Ansicht ist nicht erforderlich, dass sie gegen das Gesetz verstossen hat, damit sich ein Bericht über die Angemessenheit ihres Honorars rechtfertigen lässt (act. 4 Rz 25 und 29). Die Höhe des Mäklerhonorars ist offenkundig von einem gewissen öffentlichen Interesse, sind davon doch Haus- und Wohnungseigentümer betroffen, die bei einem allfälligen Verkauf ihrer Immobilie die Hilfe eines Mäklers zu beanspruchen gedenken. Die Gesuchstellerin bzw. die D. & Partner, zu welcher die Gesuchstellerin unumstritten gehört (Vi act. 13 Rz 28.4), betreibt eine Website, über welche sie eine grosse Anzahl Kunden erreichen kann. Gemäss Angaben auf der Homepage bestehen vier Niederlassungen, nämlich in Thun, Bern, Solothurn und Zug (Vi act. 5/11). Mithin kann der Auffassung der Gesuchstellerin nicht gefolgt werden, wonach es sich bei ihr um einen Kleinbetrieb mit einem sehr beschränkten Wirkungskreis handle (act. 4 Rz 62). Dass sich bisher einzig die Kundin B. über das vereinbarte Mäklerhonorar bei der Gesuchstellerin beschwert hat, ist kein grosses Gewicht beizumessen, da die Gesuchstellerin die Auffassung vertritt, die vereinbarte Erfolgsprovision (über die Provision von 3 % hinaus) sei gerechtfertigt und käme in der Praxis häufig vor (Vi act. 1 Rz 19). Angesichts der konkreten Umstände erscheint der geplante Artikel zum Mäklerhonorar durch das öffentliche Interesse gerechtfertigt und damit nicht widerrechtlich. Es kann zumindest keine Rede davon sein, dass offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund für die Publikation eines Artikels über die Angemessenheit des Mäklerlohnes besteht. Fällt aber die Interessenabwägung nicht klar zu Gunsten der Gesuchstellerin aus, so ist jedenfalls die Voraussetzung gemäss Art. 266 lit. b ZPO für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen nicht erfüllt.

6. Fehlt es gemäss den vorstehenden Erwägungen an einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung bzw. an einem Verfügungsanspruch, so braucht nicht weiter geprüft zu werden, ob ein Verfügungsgrund vorliegt, d.h. der Gesuchstellerin aus der Verletzung ein nicht leicht wiedergutzumachender, besonders schwerer Nachteil droht. Aber selbst wenn der Verfü-

gungsanspruch zu bejahen wäre, müsste das Gesuch abgewiesen werden, soweit es nicht gegenstandslos geworden ist:

6.1 Die besondere Schwere des Nachteils kann sich aus der Art der Verletzung ergeben; es muss sich dabei in aller Regel um eine qualifizierte Verletzung der Persönlichkeit des Gesuchstellers handeln. Die Verbreitung einer unwahren Tatsache ist in der Regel eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung, die jedenfalls zu einem besonders schweren Nachteil führen kann. Sodann ist auch das Ausmass der Verbreitung ein bedeutender Faktor bei der Beurteilung der Schwere des Nachteils (Huber, a.a.O., Art. 266 ZPO N 10).

6.2 Die Vorinstanz bejahte einen besonders schweren Nachteil. Sie erachtete es als glaubhaft, dass der Ruf der Gesuchstellerin durch die Publikation in den gewichtigen Medien der Gesuchsgegnerin einen erheblichen Schaden nehmen und die Gesuchstellerin Kunden verlieren würde (Vi act. 14 E. 5). Die Gesuchsgegnerin moniert, die Vorinstanz habe nicht ausgeführt, worin die Rufschädigung bestehe. Es fehle somit die Grundlage für einen besonders schweren Nachteil. Sie stellt aber nicht in Abrede, dass sie über gewichtige Medien verfügt, welche viele Adressaten erreichen. Dies spricht gemäss den vorstehenden Ausführungen für einen schweren Nachteil. Es ist nicht auszuschliessen, dass der Ruf der Gesuchstellerin durch die geplante Publikation beeinträchtigt wird. Allerdings ist dies in aller der Regel der Fall, wenn in einer Konsumentenzeitschrift über einen Anbieter von Waren oder Dienstleistungen kritisch berichtet wird. Die Gesuchsgegnerin gibt aber zutreffend zu bedenken, dass der Adressatenkreis der auf Konsumentenfragen spezialisierten Zeitschriften aus kritischen Durchschnitts-konsumenten besteht, die fähig sind, sich mit den fraglichen Aussagen auseinander zu setzen und dies auch tun (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.170/2006 vom 28. August 2008 E. 3.3). Einen besonders schweren Nachteil hat die Gesuchsgegnerin danach nicht glaubhaft gemacht.

7. Vorsorgliche Massnahmen haben sodann stets verhältnismässig zu sein. Es soll das mildeste Mittel verwendet werden. So ist von einem vollumfänglichen Verbot abzusehen, wenn es ausreichend ist, die vorgesehene Publikation mit Auflagen zu verbinden (Güngerich, a.a.O., Art. 266 ZPO N 15).

Aus den Erwägungen im angefochtenen Entscheid geht hervor, dass die Vorinstanz die (gemischten) Werturteile «unverschämt hoch» und «Abzockerei» oder ähnliche Begriffe als unnötig verletzend qualifizierte und dementsprechend das Gesuch guthiess (Vi act. 14 E. 4.5). Die Gesuchsgegnerin stellt sich zu Recht auf den Standpunkt, dass die Vorinstanz darüber hinaus über keine weiteren Tatsachendarstellungen und Werturteile befunden hat (act. 1 Rz 22, 49). Dennoch hat sie nicht geprüft, ob neben einem generellen Verbot einer Publikation im Zusammenhang mit der Geschäftstätigkeit der Gesuchstellerin als Immobilienmaklerin der Erlass einer milderen Massnahme zielführend gewesen wäre. Erkannte die Vorinstanz in der Verwendung der Wörter «unverschämt hoch» und «Abzockerei» oder ähnlicher Begriffe eine Persönlichkeitsverletzung, so hätte ein entsprechendes Verbot ausgereicht. Die Gesuchsgeg-

nerin erachtet die Auferlegung eines totalen einstweiligen Publikationsverbotes aufgrund der mit E-Mail vom 15. April 2015 an die Gesuchstellerin gerichteten Fragen somit zu Recht als unverhältnismässig. Daran ändert nichts, dass die Möglichkeit einer Veröffentlichung eines Artikels über die Honorare von Mäklern ohne Namensnennung weiterhin bestehen würde. Erscheint gemäss den vorstehenden Erwägungen glaubhaft, dass das Honorar der Gesuchstellerin als hoch bezeichnet werden darf und verzichtet die Gesuchsgegnerin auf die von der Vorinstanz als persönlichkeitsverletzend beurteilten Begriffe, erscheint die Einschränkung auf die Publikation eines Artikels ohne Namensnennung unverhältnismässig. Konsumentenzeitschriften kritisieren in aller Regel ein bestimmtes Verhalten eines Marktteil-nehmers und beschränken sich nicht auf theoretisch anmutende allgemeine Abhandlungen ohne Namensnennung zu einem bestimmten Thema, hier zur Angemessenheit der Mäklerhonorare bei Immobiliengeschäften. Im Übrigen wäre nicht auszuschliessen, dass die Darstellung im Artikel einem falschen Unternehmen bzw. Mäkler zugeschrieben werden könnte.

8. Zusammenfassend erweist sich die Berufung als begründet, soweit das Massnahmengesuch nicht gegenstandslos geworden ist. Nachdem die Gesuchsgegnerin auf die Verwendung der Werturteile «unverschämt hoch» und «Abzockerei» oder ähnlicher Begriffe verzichtet hat, erscheint eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung nicht glaubhaft. Die Gesuchsgegnerin kann sich als Rechtfertigungsgrund auf das öffentliche Interesse berufen. Zumindest kann keine Rede davon sein, dass offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Schliesslich wäre das von der Vorinstanz ausgesprochene Verbot der Publikation des geplanten Artikels auch unverhältnismässig.

(...)

Obergericht, II. Zivilabteilung, 20. Januar 2016

B

Stichwortverzeichnis

Vorsorgliche Massnahmen gegen periodische Medien: Voraussetzungen der Anordnung vorsorglicher Massnahmen gegen periodische Medien, 5