

# ZH\_HANDELSGERICHT HE180356 vom 15. November 2018

Zh Handelsgericht, 2018-11-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HE180356](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HE180356)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HE180356 du 15 novembre 2018

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HE180356 del 15 novembre 2018

## Erwägungen

### E. 2

Prozessverlauf Die Klägerin stellte mit Eingabe vom 22. August 2018 (überbracht am 22. August 2018 um 09:20 Uhr) ein Gesuch um sofortige Anordnung vorsorglicher Massnahmen ohne Anhörung der Gegenpartei (act. 1; act. 2; act. 3/2-13). In Gutheissung des superprovisorischen Gesuchs wurde den Beklagten mit Verfügung vom 22. August 2018 befohlen, den streitgegenständlichen Artikel unverzüglich vom Online-Portal zu entfernen und die Weiterverbreitung bestimmter Aussagen untersagt; gleichzeitig erfolgte die Ansetzung einer Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses an die Klägerin und zur Beantwortung des Gesuchs an die Beklagte (act. 4). Am 24. August 2018 leistete die Klägerin den ihr auferlegten Kostenvorschuss innert Frist (act. 7). Innert erstreckter Frist (act. 9; act. 11) beantworteten die (durch denselben Rechtsanwalt vertretenen) Beklagten das Gesuch mit Eingabe vom 8. Oktober 2018 (act. 14; act. 15/1-19). Die Eingabe wurde der Klägerin am 10. Oktober 2018 zugestellt (act. 16). Im summarischen Verfahren findet grundsätzlich kein zweiter Schriftenwechsel statt und erfolgen keine weiteren formellen Fristansetzungen (BGE 144 III 117 E. 2.2 S. 118-119). Darauf sind die Parteien hingewiesen worden (Verfügung vom 22. August 2018 E. 8; act. 4). Nach Ablauf einer angemessenen Replikfrist ist das Massnahmeverfahren spruchreif, weshalb eine Entscheidung zu ergehen hat (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

### E. 3

Prozessvoraussetzungen

#### E. 3.1

Streitwert Einen Streitwert haben nur vermögensrechtliche Streitigkeiten (vgl. BGE 142 III 145 E. 5.2 S. 147). Für die Qualifikation als vermögensrechtliche Streitigkeit ist massgebend, dass "mit der Klage letztlich und überwiegend ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird" (BGE 142 III 145 E. 6.1 S. 149; wortgleich BGE 139 II 404 E. 12.1 S. 448; je mit Nw.). Gemäss gefestigter Rechtsprechung sind lauterkeitsrechtliche Klagen auch dann vermögensrechtlicher Natur, wenn die sie auf Feststellung und Unterlassung lauten (BGE 142 III 145 E. 6.1 S. 149; BGE 104 II 124

- 8 - E. 1 S. 126; BGE 103 II 211 E. 1 S. 213; BGE 100 II 395 E. 1 S. 397; BGE 87 II 113 E. 1 S. 114-115; BGE 82 II 77 S. 78-79). Demgegenüber sind entsprechende Klagen aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nicht vermögensrechtlicher Natur (BGE 127 III 481 E. 1a S. 483; BGE 110 II 411 E. 1 S. 413; BGE 102 II 161 E. 1 S. 165). Gemäss Art. 91 Abs. 2 ZPO setzt das Gericht "den Streitwert fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind". Die Klage bzw. das Gesuch hat die Angabe des Streitwerts zu enthalten (Art. 221 Abs. 1 lit. c ZPO). Die Klägerin hat den Streitwert ihres Gesuchs nicht beziffert, jedoch macht sie durch den Hinweis auf Art. 6 Abs.

2 lit. b ZPO deutlich, dass dieser mindestens CHF 30'000.00 betrage (act. 1 Rz. 2). Die Beklagten beziffern den Streitwert mit CHF 10'000.00 (act. 14 Rz. 17). Die fehlende Bezifferung des Streitwerts schadet nicht, solange erkennbar ist, dass der Streitwert CHF 30'000.00 übersteigt (vgl. BGE 87 II 113 E. 1 S. 114-115) und damit die Voraussetzungen für die sachliche Zuständigkeit erfüllt sind (Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO; Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO sowie Art. 243 Abs. 1 und 3 ZPO [BGE 143 III 137 E. 2.2 S. 139-140]). Da keine Bezifferung vorliegt, kann indessen entgegen der Ansicht der Beklagten (act. 14 Rz. 18) nicht auf den Betrag von CHF 30'000.00 als niedrigerer Wert abgestellt werden. In Anwendung von Art. 91 Abs. 1 ZPO ist der Streitwert zu schätzen. Die Streitwertschätzung im Lauterkeitsrecht geht vom klägerischen Unterlassungsanspruch aus (BGE 104 II 124 E. 1 S. 126). Dabei ist auf einen möglichen Schaden bzw. Umsatzrückgang abzustellen (BGE 104 II 124 E. 1 S. 126; BGE 87 II 113 E. 1 S. 114-115; BGE 82 II 77 S. 79-80). Die Klägerin befürchtet einen extremen Abfluss von Kundengeldern bzw. einen Rückgang der Neukunden durch einen auf den streitgegenständlichen Artikel zurückzuführenden Vertrauensverlust (act. 1 Rz. 44) sowie Nachteile im Verkehr mit institutionellen Marktteilnehmern und im Interbankengeschäft (act. 1 Rz. 45). Weiter verweist sie auf die Möglichkeit der Weiterverbreitung in der internationalen Wirtschaftspresse (act. 1 Rz. 42). Die Beklagten bestreiten einen drohenden Abfluss von Kundengeldern, Rückgang der Neukunden oder Behinderungen bei Geschäften mit institutionellen Marktteilnehmern oder im Interbankenverkehr (act. 14

- 9 - Rz. 69). Die Gruppe um die Klägerin habe ihre führende Stellung im Hypothekengeschäft trotz der Strafuntersuchung gegen den ehemaligen CEO ausbauen können (act. 14 Rz. 6). Die Klägerin könne kein einziges Beispiel eines angeblichen Nachteils aufführen (act. 14 Rz. 69). Die öffentlichen Äusserungen in wichtigen Medien wie der ... Zeitung [Tageszeitung 1], der ... Zeitung [Tageszeitung 2] oder der ... [Wochenzeitung 1] würden einen ungleich höheren Stellenwert bei der Meinungsbildung einnehmen als die inkriminierte Publikation in dem vergleichsweise kleinen Blog der Beklagten (act. 14 Rz. 13; vgl. auch act. 14 Rz. 17). In lauterkeitsrechtlichen Medienfällen wurden Streitwerte zwischen CHF 100'000 (HGer HE150071 vom 22. September 2015 E. 3.5, 6) und – bei einem Medium mit grösserer Reichweite – gegen CHF 1 Mio. (HGer ZH ZR 112 [2013] E. V/1 S. 149) angenommen. Der nachgewiesene Eintritt eines Schadens im entsprechenden Umfang ist keine Bedingung. Da er sich nur selten mit hinreichender Gewissheit nachweisen lässt, ist er im Unterlassungsverfahren gerade nicht vorausgesetzt, sondern es ist auf den möglicherweise drohenden Schaden abzustellen. Der Kläger beruft sich auf die Meinungs- und Informations- sowie die Medienfreiheit (Art. 16, 17 BV). Bei der Wirtschaftsberichterstattung, wie sie die Beklagten praktizieren, befinden sich die betroffenen Unternehmen oft, jedoch nicht in jedem Fall, in einer wirtschaftlich stärkeren Position und können in solchen Fällen auf interne und externe Ressourcen zurückgreifen. Es sind jedoch auch Konstellationen denkbar, in denen sich das Medienunternehmen als finanzkräftiger erweist. Ein generelles Kostenprivileg der Medien besteht deshalb nicht. Das Zivilrecht zeigt zudem bei der Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien Zurückhaltung (vgl. Art. 44 Abs. 2 OR). Schliesslich ist noch offen, wer die Kosten letztlich tragen muss; verfolgt die Klägerin den Anspruch im Hauptverfahren nicht mehr weiter, wird sie vollständig kosten- und entschädigungspflichtig. Da gemäss der aufgeführten Rechtsprechung vom klägerischen Unterlassungsanspruch auszugehen ist, erscheint es als sachgerechtes Kriterium, die Grösse des Medienunternehmens zu berücksichtigen. Die von den Beklagten betriebene Internet-Plattform dürfte in der breiten

Öffentlichkeit, jedenfalls im Vergleich mit

- 10 - traditionellen Zeitungen oder allgemein ausgerichteten Newsportalen, nicht sehr bekannt sein. In den einschlägigen Finanzkreisen verfügt sie hingegen über grosse Bekanntheit. In Abweichung vom vorläufigen Streitwert von CHF 200'000.00 gemäss Verfügung vom 22. August 2018 ist der Streitwert für das Massnahmeverfahren auf CHF 100'000.00 festzusetzen.

### **E. 3.2**

**Zuständigkeit** Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 20 lit. a ZPO und Art. 36 ZPO. Nachdem der Streitwert CHF 30'000 übersteigt (Ziffer 3.1 oben), ist die sachliche Zuständigkeit gestützt auf Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO, Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG gegeben.

### **E. 3.3**

**Übrige Prozessvoraussetzungen** Die übrigen Prozessvoraussetzungen sind gegeben. Auf das zulässige Gesuch ist einzutreten.

### **E. 4**

**Begründetheit** Die Anforderungen an die Begründetheit eines Massnahmegesuchs richten sich nach Art. 261 ZPO und zusätzlich nach Art. 266 ZPO, wenn es sich um vorsorgliche Massnahmen gegen ein periodisch erscheinendes Medium handelt. Das Gericht trifft die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist (Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO), offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund vorliegt (Art. 266 lit. b ZPO), ihr die Verletzung einen besonders schweren, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil verursachen kann (Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO; Art. 266 lit. a ZPO) und die Massnahme nicht unverhältnismässig erscheint (Art. 266 lit. c ZPO). Das Beweismass des Glaubhaftmachens gilt im Massnahmeverfahren sowohl hinsichtlich des Verfügungsanspruchs als auch hinsichtlich des Verfügungsgrunds (ANDREAS GÜNGERICH, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, N. 18-19; ausführlich JOHANN ZÜRCHER, in: Alexander Brun-

- 11 - ner/Dominik Gasser/Ivo Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl. 2016, N. 5-11 zu Art. 261 ZPO). Bei der Rechtsanwendung tritt das Schrifttum teilweise für eine umfassende Prüfung ein (THOMAS SPRECHER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, N. 57, 80 zu Art. 261 ZPO). Allerdings lässt sich die Trennung zwischen Sachverhalts- und Rechtsfragen in der Praxis nicht immer mit der dazu erforderlichen Schärfe vornehmen (vgl. ZÜRCHER, a.a.O., N. 10 zu Art. 261 ZPO), so dass angesichts der zeitlichen Dringlichkeit eine bloss summarische Prüfung erforderlich sein kann (GÜNGERICH, a.a.O., N. 20 zu Art. 261 ZPO). Die Tatsache, dass eine vorsorgliche Massnahme gegen ein periodisch erscheinendes Medium begehrt wird, ändert nach der hiesigen Praxis das Beweismass nicht (HGer ZH ZR 116 [2017] Nr. 69 E. 4.2 S. 227- 228).

### **E. 4.1**

Die Klägerin stützt ihren Verfügungsanspruch auf Art. 3 lit. a UWG und Art. 28 ZGB (act. 1 Rz. 16, 17, 31). Nach der Rechtsprechung ist eine kumulative Berufung sowohl auf die spezielle Regelung im Wettbewerbsrecht als auch auf die allgemeine Regelung im Persönlichkeitsrecht zulässig (BGer 5A\_376/2013 vom 29. Oktober 2013 E. 2.3 m.Nw.).

Die Anwendungsbereiche überschneiden sich namentlich, wenn sich die Herabsetzung auf eine Person bezieht (PHILIPPE SPITZ, in: Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, hrsg. von Peter Jung/Philippe Spitz, 2. Aufl. 2016, N. 11 zu Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG). Aus Art. 53 ZGB ergibt sich zudem, dass sich auch juristische Personen auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht berufen können (PETER NOBEL/ROLF H. WEBER, Medienrecht, 3. Aufl. 2007, 4. Kapitel N 115).

#### **E. 4.1.1**

Die Beklagten bestreiten die Aktivlegitimation der Klägerin hinsichtlich der Aussagen des streitgegenständlichen Artikels über die regionalen A.\_\_\_\_\_- Banken, welche als ... [Rechtsform] über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügen, sowie über die namentlich genannten Exponenten der Klägerin (act. 14 Rz. 5). Daran ist zutreffend, dass diese (juristischen und natürlichen) Personen im vorliegenden Verfahren nicht Partei sind und insoweit keine eigenen Rechte wahrnehmen können. Das Lauterkeits- und Persönlichkeitsrecht kann sich jedoch nicht mit einer solchen formalen Betrachtungsweise begnügen. Die Klägerin erfüllt

- 12 - und wahrt gemäss ihrem Zweckartikel unter anderem die gemeinsamen Aufgaben und Interessen der A.\_\_\_\_\_-Banken und der Regionalverbände. Mag wohl für den prospektiven Bankkunden die lokale Eigenständigkeit der A.\_\_\_\_\_-Bank ein Kriterium sein, wird er sich doch zwischen den Angeboten der "A.\_\_\_\_\_", einer Regionalbank, der Kantonalbank oder einer Grossbank und nicht für eine bestimmte juristische Person als Vertragspartnerin entscheiden. Deshalb verfügt die A.\_\_\_\_\_- Gruppe in der Öffentlichkeit genauso über einen Ruf als Gesamtheit wie die anderen Banken, welche nicht aus juristisch selbstständigen Personen bestehen. Als Zentrale ist die Klägerin zur Verteidigung dieses Rufes befugt. Nachdem der streitgegenständliche Artikel nicht die Rolle einer einzelnen regionalen A.\_\_\_\_\_- Bank, sondern jene der Gesamtheit der regionalen A.\_\_\_\_\_-Banken thematisiert, ist dies zweifellos für die Gruppe als Ganzes von Belang. Analoge Überlegungen gelten für das Verhalten führender Exponenten der Klägerin. Der Ruf hochrangiger Führungskräfte wirkt auf das Unternehmen zurück. Durch die Thematisierung der Rolle der Gesamtheit der A.\_\_\_\_\_-Banken und wichtiger Exponenten ist die Klägerin somit selber betroffen und zur Klage aus eigenem Recht befugt. Die Aktivlegitimation der Klägerin ist gegeben.

#### **E. 4.1.2**

Die Passivlegitimation der Beklagten ist zu Recht unbestritten geblieben. Der Anspruch richtet sich gegen jede Person, welche an der Verletzung mitwirkt (BGE 126 III 305 E. 4b/bb S. 308; BGer 5A\_658/2014 vom 6. Mai 2015 E. 4.2; je mit Nw.). Die originalgetreue Wiedergabe der Behauptung eines Dritten verhindert die Verantwortlichkeit des Anspruchsgegners nicht (BGE 126 III 305 E. 4b/bb S. 308 m.Nw.). Ist die Behauptung unwahr, wird sie auch durch ihre tatsächliche Verbreitung durch einen Dritten nicht zur Wahrheit (BGE 126 III 305 E. 4b/bb S. 308). Die Passivlegitimation der Beklagten ist deshalb gegeben.

#### **E. 4.1.3**

Gemäss Art. 3 lit. a UWG handelt unlauter, wer "andere, ihre Waren, Werke, Leistungen, deren Preise oder ihre Geschäftsverhältnisse durch unrichtige, irreführende oder unnötig verletzende Äusserungen herabsetzt". Die Rechtsprechung zieht dieselben Grundsätze wie bei einer Persönlichkeitsverletzung heran (BGer 5A\_376/2013 vom 29. Oktober 2013 E. 6.1.2 m.Nw.). Die Beurteilung der Äusserungen erfolgt dabei "objektiviert nach Massgabe

eines Durchschnittslesers,

- 13 - 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). Art. 3 lit. a UWG bildet eine hinreichende gesetzliche Grundlage zur Einschränkung der Freiheit der Meinungsäusserung (EGMR 59/1997/843/1049 vom 25. August 1998 i.S. Hertel v. Switzerland Ziff. 38), und der Schutz des guten Rufes und der Rechte anderer stellt nach Art. 10 Abs. 2 EMRK einen zulässigen Zweck dar (EGMR 59/1997/843/1049 vom 25. August 1998 i.S. Hertel v. Switzerland Ziff. 42). Die Einschränkung darf jedoch nur soweit gehen, als sie zur Erreichung dieses Zwecks notwendig ist (vgl. EGMR 19983/92 vom 24. Februar 1997 i.S. De Haes et Gijssels c. Belgique Ziff. 33). Zur Zuordnung unter die Tatbestandsvarianten der unrichtigen, irreführenden oder unnötig verletzenden Äusserung ist vorab zwischen Tatsachenbehauptungen und Werturteilen zu unterscheiden. Als unrichtig gilt eine Äusserung, wenn ihr Inhalt nicht der Wirklichkeit entspricht (SPITZ, a.a.O., N. 35 zu Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG). Die Tatbestandsvariante der unrichtigen Äusserungen können nur Tatsachenbehauptungen erfüllen (BGE 93 II 135 E. 2 S. 141-142), denn Werturteile sind naturgemäss einem Beweis nicht zugänglich (BezGer ZH ZR 112 [2013] Nr. 27 E. 4.3.1 S. 101-102; EGMR [3. Kammer] 26958/95 vom 27. Februar 2001 i.S. Jerusalem v. Austria Ziff. 42; EGMR 19983/92 vom 24. Februar 1997 i.S. De Haes et Gijssels c. Belgique Ziff. 42, 47; grundlegend EGMR 9815/82 vom 8. Juli 1986 i.S. Lingens v. Austria Ziff. 46). Eine Äusserung ist unrichtig, wenn sie "keine ausreichende Stütze in den Tatsachen findet und sich damit als unberechtigt erweist" (BGE 123 III 354 E. 2b S. 364-365), wobei der Nachweis derjenigen Partei obliegt, welche sich auf den Tatbestand beruft (BGE 123 III 354 E. 2b S. 364-365; BGer 4C.167/2006 vom 16. Mai 2007 E. 5.1 obiter). Eine irreführende Äusserung stellt zwar eine an sich richtige Tatsachenbehauptung dar, ist jedoch durch die Art ihrer Darstellung oder die Gesamtumstände, unter denen sie gemacht wird, geeignet, zu einer fehlerhaften Vorstellung beim Adressaten zu führen (BGer 4C.109/2000 vom 26. Juli 2000 E. 2b; SPITZ, a.a.O., N. 37 zu Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG). Vereinfachungen sind zulässig, solange sie

- 14 - "insgesamt kein in wesentlichen Zügen falsches Bild vom betroffenen Wettbewerbsteilnehmer" zeichnen, dagegen unzulässig, "wenn sie die Leserschaft in bezug auf Tatsachen, die einen wesentlichen Einfluss auf die wirtschaftliche Ehre eines Wettbewerbsteilnehmers haben, zu unzutreffenden Vorstellungen verleiten" (BGE 123 III 354 E. 2a S. 363). Dazu ist nicht jede journalistische Unkorrektheit, Ungenauigkeit, Verallgemeinerung oder Verkürzung in einem Pressebericht ausreichend, denn eine Presseäusserung erscheint "nur dann als insgesamt unwahr und persönlichkeitsverletzend, wenn sie in wesentlichen Punkten nicht zutrifft und die betroffene Person dergestalt in einem falschen Licht zeigt bzw. ein spürbar verfälschtes Bild von ihr zeichnet, das sie im Ansehen der Mitmenschen – verglichen mit dem tatsächlich gegebenen Sachverhalt – empfindlich herabsetzt" (BGE 126 III 305 E. 4b S. 307-308). Die Tatbestandsvariante der unnötig verletzenden Äusserung kann sowohl durch eine wahre und vollständige Tatsachenbehauptung als auch durch ein Werturteil erfüllt sein (SPITZ, a.a.O., N. 40, 40a zu Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG). Sie liegt vor, "wenn sie angesichts des Sachverhalts, der damit beschrieben bzw. bewertet werden soll, weit über das Ziel hinaus schießt, völlig sachfremd bzw. unsachlich, mithin unhaltbar ist" (BGer 4C.342/2005 vom 11. Januar 2006 E. 2.3; vgl. auch insbesondere die neuere Rechtsprechung des EGMR: EGMR [5. Kammer] 38450/12 vom 25. Oktober 2018 i.S. E.S. v. Austria Ziff. 48; EGMR [1. Kammer] 27447/07 vom 8.

Oktober 2015 i.S. Kharlamov v. Russia Ziff. 30; EGMR [3. Kammer] 26958/95 vom 27. Februar 2001 i.S. Jerusalem v. Austria Ziff. 43). Nachdem in der Verfügung vom 22. August 2018 lediglich eine summarische Prüfung v.a. im Hinblick auf im streitgegenständlichen Artikel enthaltene Tatsachenbehauptungen erfolgt ist, sind die Aussagen nun einer eingehenderen Prüfung zu unterziehen.

#### **E. 4.1.3.1**

Mitwissen der Mitarbeiter der Klägerin Im Zusammenhang mit der Kenntnis weiterer Mitarbeiter von den Geschäften des ehemaligen CEO finden sich im streitgegenständlichen Artikel folgende Aussagen

- 15 - (act. 1 Rz. 21 lit. a; act. 3/8; Nummerierung der Absätze vom Gericht hinzugefügt): [1] "D.\_\_\_\_\_" [2] Mitarbeiter beichtet Mitverantwortung an A.\_\_\_\_\_-Zerfall – Red Light in Headlines – Fonds als Wiedergutmachung. [...] [8] Das Geständnis eines langjährigen Mitarbeiters und Kadermanns von A.\_\_\_\_\_-Schweiz [...] [10] Es war eine schöne Zeit und eine interessante Arbeit. Aber rückblickend war es auch eine Zeit des moralischen Verfalls. [...] [13] Aber die Zeit von E.\_\_\_\_\_- hat uns auch moralisch zugrunde gerichtet. Und ich schreibe bewusst "uns", weil E.\_\_\_\_\_- war nicht allein. [14] Hier möchte ich mit einem Geständnis beginnen. Ich wusste von Deals von E.\_\_\_\_\_. Ich wusste von den Spesenexzessen, den Besuchen im Rotlichtmilieu auf Spesen. [...] [16] Ich wusste davon, dass er an zahlreichen Unternehmen, die grosszügige Kredite erhalten haben, beteiligt war. Ich wusste davon, dass bei den Beteiligungen nicht alles sauber lief. Ich wusste um die Affären. Ich wusste um die Vergabe von Aufträgen ohne Ausschreibung an enge Vertraute von Kadern. Ich wusste das. [17] Und ich habe nichts gesagt. Nichts getan. Ich habe einen sehr guten Lohn erhalten und schöne Gratifikationen – die Ära E.\_\_\_\_\_- war da gut zu mir. Das ist mein persönliches Versagen. Meine Sünde, mit der ich leben muss. [18] Für mein Versagen bitte ich die Genossenschafter der A.\_\_\_\_\_- Banken und die A.\_\_\_\_\_-Banken um Entschuldigung. [19] Meine persönliche Sünde wird dadurch nicht leichter, aber wichtig ist mir: Ich war nicht der Einzige, der das gewusst hat. Jeder Mitarbeiter, der Augen hatte um zu sehen und Ohren um zu hören, hat über dieses Wissen verfügt. Alle Departementsleiter, sämtliche Bereichsleiter und vermutlich alle Abteilungsleiter mussten Bescheid wissen. Es scheint mir unumgänglich. Die Klägerin behauptet, die Aussage, eine breite Führungsschicht der Klägerin sowie auch die Bankleiter der A.\_\_\_\_\_-Banken in den Regionen wüssten darüber Bescheid, dass bei den Beteiligungen von E.\_\_\_\_\_- "nicht alles sauber" gelaufen sei, sei unwahr (act. 1 Rz. 22). Insbesondere treffe nicht zu, dass Mitarbeitende

- 16 - von der I.\_\_\_\_\_- AG Beteiligung oder mutmasslichen "Deals" des ehemaligen CEO gewusst hätten (act. 1 Rz. 12 lit. a und d). Das Wissen um einen bestimmten Umstand stellt eine Tatsachenbehauptung dar. Als solche ist sie einer Überprüfung auf ihren Wahrheitsgehalt grundsätzlich zugänglich. Da es sich um eine innere Tatsache handelt, ist abgesehen von einer eigenen bejahenden Aussage der wissenden Person indessen kein direkter, sondern lediglich ein Indizienbeweis möglich (BGE 140 III 193 E. 2.2.1 S. 197; BGE 134 III 452 E. 4.1 S. 456). Bei unwahren Äusserungen kommt hinzu, dass von einer Unwahrheit im prozessualen Sinne nur die Rede sein kann, wenn die beanstandete Äusserung in den Tatsachen keine hinreichende Stütze findet. Offen bleiben kann die Frage eines (von der Klägerin bestrittenen) Mitwissens konkret in Bezug auf die I.\_\_\_\_\_-Beteiligung. Der streitgegenständliche Artikel enthält diesbezüglich keine konkreten Aussagen (act. 14 Rz. 25). Der von den Beklagten zitierte anonyme Autor spricht

in den Absätzen Nr. 8, 10, 14, 16-18 ausschliesslich von sich selber. Erst in Absatz Nr. 19 kommen die anderen Mitarbeiter der Klägerin zur Sprache. Gemäss dem wiedergegebenen Zitat behauptet der anonyme Autor, er sei nicht der einzige gewesen, der das gewusst habe. In den nachfolgenden drei Sätzen drückt er sich indessen wesentlich vorsichtiger aus und spricht von jedem "Mitarbeiter, der Augen hatte um zu sehen und Ohren um zu hören" sowie darüber, dass die Departementsleiter, Bereichsleiter und "vermutlich" alle Abteilungsleiter hätten Bescheid wissen müssen; dies scheine ihm "unumgänglich". Aus der Wortwahl und dem Gesamtzusammenhang ergibt sich, dass es sich beim Mitwissen der übrigen Mitarbeiter aus seiner Sicht nicht um eine feststehende Tatsache, sondern um eine eigene Einschätzung handelt. Die Klägerin hält fest, dass verschiedene Untersuchungen keine Verdachtsmomente gegen Mitarbeitende oder Organe der Klägerin ergeben hätten, sondern aufgezeigt hätten, dass der ehemalige CEO die "möglicherweise illegalen Deals rund um seine Beteiligungen vollständig ausserhalb des Geschäftsumfelds der Gesuchstellerin abgewickelt" habe (act. 1 Rz. 23). Die Medienmitteilung der FIN-

- 17 - MA vom tt.mm.2018 stellt zwar Verstösse gegen interne Weisungen und aufsichtsrechtliche Bestimmungen fest (act. 3/11). Sie hat jedoch nicht zur Eröffnung von Verfahren gegen weitere Mitarbeiter geführt, ansonsten sich ein entsprechender Hinweis finden würde. Die Beklagten berufen sich auf verschiedene Medienberichte, welche ein mögliches Wissen insbesondere des Stellvertreters und Nachfolgers des bisherigen CEO thematisiert haben (act. 14 Rz. 12). So schrieb die ... Zeitung [Tageszeitung 2] vom tt.mm.2018, dieser erinnere "stark an ..." (act. 15/4). Er weise "... " (... Zeitung [Tageszeitung 1] vom tt.mm.2018, act. 15/9). Mehrfach medial thematisiert worden ist auch ein im Jahre 2009 von der Klägerin in Auftrag gegebenes Gutachten, welches einen Verstoß gegen die Best-Practice-Regeln festgestellt habe (... Zeitung [Tageszeitung 3] vom tt.mm.2018, act. 15/5; ...-Zeitung [Wochenzeitung 2] vom tt.mm.2018, act. 15/6). Der genaue Inhalt dieses Gutachtens ist allerdings nicht öffentlich zugänglich (vgl. act. 15/16). Eigentliche Verfehlungen von Mitarbeitenden der Klägerin sind nicht erwiesen. Solches zu behaupten, stellte eine unzulässige, da unwahre Tatsachenbehauptung dar. Die Aufsichtsbehörde stellte jedoch Unzulänglichkeiten in der Aufsicht fest. Angesichts dessen ist es durchaus legitim, ein Kennenmüssen bzw. die Möglichkeit der Kenntnis weiterer Personen zu thematisieren. Der Umstand, dass bereits weitere Medien dies thematisiert haben, stellt zwar keinen Beleg dafür dar, dass entsprechendes Wissen vorhanden war. Denn die Wiedergabe einer Unwahrheit durch Dritte macht diese nicht zu einer Wahrheit. Eine unzureichende Beaufsichtigung impliziert jedoch, dass weitere Personen an sich über die entsprechenden Kenntnisse hätten verfügen müssen. Der streitgegenständliche Artikel unterstellt lediglich an zwei Stellen eine positive Kenntnis: in der bereits erwähnten Aussage "Ich war nicht der Einzige, der das gewusst hat." und im Titel "D. \_\_\_\_\_". Im Fliesstext erscheint die Ungenauigkeit noch vertretbar, da sich aus dem Kontext ergibt, dass es sich dabei um Schlussfolgerungen einer Person handelt, welche man teilen kann – oder auch nicht. Zu vereinfachend ist hingegen der Titel. Da dieser in Anführungszeichen steht, handelt es sich offenbar um ein Zitat.

- 18 - In der ersten Version lautete dieses allerdings noch "D1. \_\_\_\_\_" (act. 3/5). Die Darstellung einer Schlussfolgerung als eine feststehende Tatsache ist unzulässig. Der anonyme Autor vertritt jedoch nicht nur die Meinung, andere Mitarbeiter hätten von den Geschäften des ehemaligen CEO Kenntnis haben müssen. Darüber hinaus behauptet er, selber über positives Wissen verfügt zu haben. Dabei handelt es sich nicht mehr um eine

Schlussfolgerung, sondern um eine feststehende Tatsache. In diesem Zusammenhang vertreten die Beklagten selber unter Berufung auf Prof. em. Dr. J. \_\_\_\_\_ die Ansicht, die eigentliche Neuigkeit liege darin, dass diese Aussage aus dem Zentrum der Klägerin komme (act. 14 Rz. 11). Es stellt sich deshalb die Frage, ob diese Behauptung als zutreffend zu erachten ist. Die Klägerin bestreitet die Authentizität des anonymen Autors. Der Beklagte 2 habe am 20. August 2018 dem externen Medienberater der Klägerin telefonisch mitgeteilt, der Autor des Textes sei ihm nicht bekannt (act. 1 Rz. 35). Damit habe er gegen den Kodex des Presserates verstossen (act. 1 Rz. 34, 36). Es könne sich bei diesem anonym zugestellten Text beispielsweise um manipulativ verbreitete, vorgetäuschte Nachrichten handeln, das "Geständnis" könnte komplett erfunden sein oder aus der Feder eines Konkurrenten stammen, der im Beklagten 2 ein williges Sprachrohr zur Destabilisierung der Klägerin gefunden habe, indem er die gesamte Führungsebene desavouiere (act. 1 Rz. 37). Die Beklagten behaupten, der Beklagte 2 verfüge über zahlreiche Kontakte ausserhalb und innerhalb der A. \_\_\_\_\_-Gruppe und habe die Glaubwürdigkeit des anonymen Autors und seiner Aussagen gründlich abgeklärt (act. 14 Rz. 20, 61). Gemäss den Regeln der Beweislast ist der Nachweis, dass es sich beim anonymen Autor nicht um einen Mitarbeiter der Klägerin handle, der Klägerin aufzuerlegen, da sich diese darauf beruft (Ziffer 4.1 oben). Hinzu kommt die qualifizierte Anforderung von Art. 266 lit. b ZPO, wonach offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund vorliegen darf, um die Massnahme gegen ein Medium anzuordnen. Es fragt sich allerdings, welchen Nachweis die Klägerin zu einer Person, die es ihrer Ansicht nach gar nicht gibt oder sie mindestens nicht kennt (act. 1 Rz. 35), erbringen soll. In solchen Konstellationen trifft den Beweisgegner im Rahmen des Gegen-

- 19 - beweises nach Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) eine Mitwirkungsobliegenheit (BGE 142 III 568 E. 2.1 S. 576; BGE 119 II 305 S. 306). Gleichzeitig ist im vorliegenden Zusammenhang jedoch der journalistische Quellenschutz zu respektieren. Die Offenlegung der Quellen kann deshalb nicht verlangt werden (vgl. bei Drittpersonen Art. 166 Abs. 1 lit. e ZPO; BGer 5A\_295/2009 vom 23. Dezember 2009 E. 4.4; EGMR 17488/90 vom 27. März 1996 i.S. Goodwin v. The United Kingdom Ziff. 45, 46). Der streitgegenständliche Artikel bezeichnet den zitierten Text als "Geständnis eines langjährigen Mitarbeiters und Kadermanns von A. \_\_\_\_\_ Schweiz". Durch die gewählte Darstellungsform des Zitats kommt der anonymen Person eine besondere Bedeutung zu, denn einerseits behauptet sie nur bezüglich ihrer eigenen Person ein positives Wissen, andererseits liegt der Neuigkeitswert des streitgegenständlichen Artikels gerade darin, dass die Informationen aus dem innersten Kreis der Klägerin stammen sollen. Beim streitgegenständlichen Artikel handelt es sich damit nicht um Recherchierjournalismus, sondern um die Übernahme einer Drittaussage. Die Problematik dieses Vorgehens thematisiert die Einleitung in der zweiten und dritten Version des streitgegenständlichen Artikels gleich selber (act. 3/5; act. 3/7). Darin kommt der Beklagte 2 zu folgender Einschätzung (act. 3/8): [3] Die heute früh aufgeschaltete Beichte eines langjährigen A. \_\_\_\_\_-Kadermanns gab hinter den Kulissen zu reden. Insbesondere die Frage, ob man Kritikern, die nicht mit ihre Namen hinstehen, eine Plattform bieten soll. [4] Die Antwort ist: In diesem Fall und auch schon in früheren war der Inhalt – nach Überarbeitung – lesenswert und interessant, so dass eine Publikation für richtig befunden wurde. [5] Dem Autor geht es im aktuellen Fall um die eigene Schuld, und zwar im "moralischen" Sinn: Er kritisiert den Verrat an den A. \_\_\_\_\_-Werten – und sein eigenes Schweigen dazu sowie jenes von anderen. [6] Jede anonyme Zuschrift wird nach solchen und weiteren Mass-

stäben auf eine allfällige Publikations-Würdigkeit geprüft. [7] Hier der Text zur A.\_\_\_\_\_, der zu reden gab: In ihrem Gesuch setzt sich die Klägerin mit der Problematik der anonymen Aussagen auf über einer Seite auseinander (act. 1 Rz. 34-37). Angesichts der Bedeu-

- 20 - tung der anonymen Person erscheint die Darstellung der Beklagten in der Gesuchsantwort wenig substantiiert. Die Beklagten bestreiten nicht, dass der Beklagte 2 dem externen Medienberater am 20. August 2018 telefonisch mitgeteilt habe, den anonymen Mitarbeiter nicht zu kennen (act. 1 Rz. 35). Der externe Medienberater thematisierte diesen Umstand auch in seiner E-Mail vom 20. August 2018 (act. 3/6). Es erscheint damit glaubhaft, dass der Beklagte 2 gegenüber jenem Aussagen des entsprechenden Inhalts gemacht hat. Die Beklagten berufen sich auf die Möglichkeit einer "Notlüge" (act. 14 Rz. 20). Daraus erschliesst sich jedoch nicht, weshalb seitens des Beklagten 2 gegenüber dem externen Medienberater, welcher bekanntlich viele Jahre selber als Journalist tätig war, ein Hinweis auf den Quellenschutz nicht genügt hätte. Auch die nunmehr in der Einleitung des streitgegenständlichen Artikels aufgeführte Rechtfertigung, der Inhalt sei lesenswert und interessant, lässt nicht erkennen, dass der Abklärung der Glaubwürdigkeit der anonymen Person hinreichende Aufmerksamkeit geschenkt worden wäre. Auch unter Berücksichtigung des Medienprivilegs (Art. 266 lit. b ZPO) fehlt es an der Rechtfertigung für die Publikation der Zuschrift aus der Hand einer Person mit nicht schlüssiger Authentizität. Massgeblich ist dabei nicht, dass über den Autor die Anonymität gewahrt wird. Dazu sind die Beklagten aufgrund des Quellenschutzes berechtigt. Der entscheidende Punkt liegt darin, dass sich die Beklagten einzig auf den anonymen Autor stützen, gleichzeitig jedoch zur entscheidenden Plausibilisierung der Aussagen weder im streitgegenständlichen Artikel noch in der Gesuchsantwort substantiiert vortragen, obwohl der Beklagte 2 durch die Aussagen gegenüber dem externen Medienberater der Klägerin Zweifel an der Authentizität der Quelle gestreut hat. Einige Kommentatoren des streitgegenständlichen Artikels haben diese Problematik durchaus zutreffend erkannt. Exemplarisch seien die folgenden Einträge genannt (act. 3/9): – Unter Kommentar 14 schreibt "K.\_\_\_\_": "Bin ja sonst auf C.\_\_\_\_s Seite, aber dieses 'Geständnis' riecht mehr als nur nach Fake. Und falls echt, sollte der 'reueige' Pensionär drankommen – und zwar öffentlich mit Olma Bratwurst und Freibier." Darauf entgegnet "L.\_\_\_\_": "Ich glaube nicht an Fake. [...]".

- 21 - – Unter Kommentar 16 schreibt "M.\_\_\_\_": "Was soll das für ein Quatsch, ist ja nur peinlich, nichts als peinlich!!! Das kann ja jeder geschrieben haben, der mit Langeweile in seinem Büro sitzt und Daumen dreht. Komm, ich schreibe auch noch eine Geschichte über Lilly, den violetten Elefanten...". Darauf entgegnet "@M.\_\_\_\_": "Hat Dir Zampano über die Schulter geschaut als Du diese Zeilen geschrieben hat?" – Unter Kommentar 20 schreibt "N.\_\_\_\_": "Selten so einen Humbug gelesen. Null Neues. Reine Wiederholung von bereits Bekanntem. Wäre dies echt, wäre mehr Substanz daran. Und der weinerliche Unterton toppt alles. Fake News! Zudem: A.\_\_\_\_ und hohe Löhne... Selten so gelacht. Wer im Banking Geld verdienen will, geht zu den Gross-, Privat- oder Investmentbanken oder allenfalls nach Liechtenstein, sicher nicht zu A.\_\_\_\_. Also Ball tief halten." Darauf entgegnet "O.\_\_\_\_": "Der Brief ist garantiert echt. Ich glaube, ich kenne sogar den Autor. Hat diesen Vorschlag auch schon gebracht. Passt alles zusammen. Gratuliere ihm zu dem Mut – muss ihn unbedingt mal wieder einladen!" Freilich lässt sich auch bei jedem einzelnen Kommentar wiederum die Authentizität in Frage stellen (vgl. den Kommentar

von "@M.\_\_\_\_"). Der Quellenschutz berechtigt nicht dazu, eine anonyme Quelle mit irgendwelchen Aussagen zu zitieren, ohne sich mit deren Wahrheitsgehalt auseinandersetzen zu müssen. Die im streitgegenständlichen Artikel gewählte Vorgehensweise, sich nur auf die Zuschrift einer Person zu stützen und deren Aussagen direkt zu übernehmen, erweist sich deshalb als gewagt. Es ist möglich, dass es sich um eine reale Person gehandelt hat und diese tatsächlich über Mitwissen verfügt hat. Möglicherweise glaubt sie dies jedoch auch nur in der Retrospektive, wobei es sich um eine Mischung aus eigener Wahrnehmung und in der Zwischenzeit öffentlich bekannt gewordener Umstände handelt. In der apodiktischen Form, in welcher der streitgegenständliche Artikel das Geständnis des anonymen Mitarbeiters kolportiert, kommen diese relativierenden Faktoren jedoch nicht zum Ausdruck.

- 22 - Unter diesen Umständen erweist sich die Aussage, ein Mitarbeiter und ehemaliger Kadermann habe vom Geschäftsgeheimnissen des ehemaligen CEO gewusst, als unzulässig. Der Absatz Nr. 1 darf deshalb nicht weiterverbreitet werden. Hinsichtlich allfälliger weiterer Absätze fehlt es an einem entsprechenden Antrag der Klägerin.

#### **E. 4.1.3.2**

Mangelnde Qualifikation von Führungskräften Im Zusammenhang mit der behaupteten mangelnden Qualifikation führender Mitarbeiter zitiert der streitgegenständliche Artikel den anonymen Autor mit den folgenden Aussagen (act. 1 Rz. 21 lit. d; act. 3/8): [23] Die Geschäftsleitung: Bei A.\_\_\_\_ Schweiz besteht sie fast ausschliesslich aus Leuten, die für die aktuelle Rolle nicht oder nicht ausreichend qualifiziert waren. [24] Einer eher unterdurchschnittlich erfolgreichen Bankleiterin wurden die Niederlassungen in den Städten anvertraut. Mehrere bei anderen Banken wenig erfolgreiche Mitarbeiter wurden in die Geschäftsleitung gehoben, nicht zuletzt G.\_\_\_\_. [25] Aber Kompetenz und Fähigkeiten sind offenbar nicht die wichtigsten Eigenschaften. Und vor allem haben diese Stellenbesetzungen dazu beigetragen, dass die Werte beschädigt wurden. Der Vorwurf der mangelnden Qualifikation stellt ein reines Werturteil dar. Jedenfalls lässt sich eine weitergehende Behauptung wie jene, gewisse Personen würden die Gewährspflicht nach Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG nicht erfüllen, entgegen der Ansicht der Klägerin (act. 1 Rz. 25-28) nicht hineinlesen. Der streitgegenständliche Artikel behauptet nicht, die Klägerin würde die Bewilligungsvoraussetzungen nicht erfüllen. Eine solche Aussage würde einer überschüssigen Interpretation entsprechen, die nicht naheliegend ist. Auch an Unternehmen, welche aufgrund ihres Tätigkeitsgebiets einer behördlichen Bewilligung bedürfen, muss Kritik geübt werden dürfen. Ein Unternehmen bzw. seine Führungskräfte können sämtliche gesetzlichen Bedingungen einhalten, und trotzdem kann Kritik angebracht sein. Als Werturteile können die Behauptungen deshalb lediglich unnötig verletzend sein.

- 23 - Das Urteil mangelnder Qualifikation und unterdurchschnittlichen Erfolgs ist eine deutliche, jedoch noch keine unsachliche Kritik. Die Zuordnungen sind klar als persönliche Einschätzung des Autors erkennbar. Insofern steht es dem Leser frei, sie zu teilen oder abzulehnen. Inwieweit die betroffenen Personen allenfalls in ihrer eigenen Persönlichkeit betroffen sind, braucht vorliegend nicht beurteilt zu werden. Die Klägerin kann sich darauf nur insoweit berufen, als sich dies auf ihre eigene Reputation auswirkt. Die Kritik an den Qualifikationen von Führungskräften eines Unternehmens muss zulässig sein. Eine Überschreitung des Ermessensspielraums liegt noch nicht vor. Die zitierten Aussagen erweisen sich somit als zulässig.

### E. 4.1.3.3

Veränderung der Geschäftskultur Im Zusammenhang mit dem behauptete Zerfall der Geschäftskultur zitiert der streitgegenständliche Artikel den anonymen Autor mit den folgenden Aussagen (act. 1 Rz. 21; act. 3/8): [26] E.\_\_\_\_\_ hat zahlreiche ehemalige Grossbanker und Unternehmensberater in wichtige Positionen auf Ebene Departementsleitung sowie Führungs-Stufe 1 (FS1) und 2 (FS2) gehoben. Diese haben die Kultur von A.\_\_\_\_\_ zum Schlechten verändert. [27] Plötzlich ging es um Bonuszahlungen, teure Uhren und schnelle Autos. Besonders schlimm dabei war ein ehemaliger Finanzmann, der heute in der Industrie tätig ist. Dieser war mit seiner Gier und Vorliebe für Luxus sogar für E.\_\_\_\_\_ nicht mehr tragbar. [28] Die geschilderte Kultur hat auch bei einigen A.\_\_\_\_\_ -Banken Eingang gefunden, weil A.\_\_\_\_\_ Schweiz in der Praxis die neuen Bankleiter bestimmt. Plötzlich wurden ehemalige P.\_\_\_\_\_ler zu Bankleitern, und sie brachten natürlich die Kultur der P.\_\_\_\_\_ mit. [29] Das ist sehr schlimm für A.\_\_\_\_\_. A.\_\_\_\_\_ ist eben gerade keine Grossbank. A.\_\_\_\_\_ Schweiz muss den Banken zudienen. Und im Zentrum muss immer der ... stehen. [30] Ich möchte kurz auf den hier publizierten Brief in diesem Medium Bezug nehmen. Ich bin völlig einverstanden mit allen dort erwähnten Punkten. A.\_\_\_\_\_ Schweiz ist zu gross geworden. A.\_\_\_\_\_ Schweiz zahlt zu hohe Löhne. Die heutige Geschäftsleitung ist nicht mehr tragbar. Die Niederlassungen müssen in A.\_\_\_\_\_ -Banken umgewandelt werden.

- 24 - [31] Ich kenne auch keinen Mitarbeiter einer A.\_\_\_\_\_ -Bank, der das anders sieht. Hinsichtlich Absatz Nr. 26 verweist die Klägerin auf die Kompetenzordnung, wonach die Positionen in der Geschäftsleitung nicht durch den ehemaligen CEO, sondern durch den Verwaltungsrat vergeben, jene auf der Stufe FS1 durch die Geschäftsleitung und jene auf der Stufe FS 2 durch den entsprechenden Departementsleiter bewilligt würden (act. 1 Rz. 12 lit. i). Unstreitig ist, dass die formellen Zuständigkeiten im streitgegenständlichen Artikel unzutreffend wiedergegeben sind, wenn man diese im wörtlichen Sinne versteht (act. 14 Rz. 38). Die Ungenauigkeiten durchziehen jedoch den ganzen streitgegenständlichen Artikel. Es ist erkennbar, dass es nicht um die Darstellung der formellen Zuständigkeiten geht, sondern der Autor gezielt mit informellen Abhängigkeiten operiert. Die Klägerin bestreitet nicht, auch ehemalige Mitarbeiter von anderen Marktteilnehmern rekrutiert zu haben (so die unbestritten gebliebene Darstellung der Beklagten, act. 14 Rz. 38); es gebe jedoch keine Anweisung und auch keine Praxis, nur noch ehemalige P.\_\_\_\_\_ -Mitarbeiter zu berücksichtigen (act. 1 Rz. 12 lit. j). Der Absatz Nr. 26 spricht nicht davon, dass ausschliesslich ehemaliges Personal von Grossbanken und Unternehmensberatungen rekrutiert worden sei. Ebenso wenig ist dem Absatz Nr. 28 zu entnehmen, es seien nur noch ehemalige P.\_\_\_\_\_ -Mitarbeiter rekrutiert worden. Die Erwähnung von Grossbanken und der P.\_\_\_\_\_ erfolgt lediglich exemplarisch. Eine unwahre Tatsachenbehauptung lässt sich dem nicht entnehmen. Die in den Absätzen Nr. 26 und 28-29 festgestellte Verschlechterung der Unternehmenskultur stellt ein Werturteil dar, welches nicht unnötig verletzend ist. Die Erwähnung von Bonuszahlungen, teuren Uhren und schnellen Autos im Absatz Nr. 27 bezieht sich ebenfalls auf die Veränderung der Unternehmenskultur. Es liegt ein Werturteil vor, das nicht unnötig verletzend ist. In den Absätzen Nr. 30 und 31 erfolgt eine Beurteilung der Geschäftskultur und der Geschäftsleitung der Klägerin. Dabei liegen reine Werturteile vor, die nicht unnötig verletzend sind. Die Aussage des Autors, er kenne keinen Mitarbeiter ei-

- 25 - ner A.\_\_\_\_\_-Bank, der das anders sehe, ist für eine Herabsetzung zu unbestimmt. Die Aussagen zur Veränderung der Geschäftskultur sind zulässig.

#### **E. 4.1.3.4**

Mitverantwortung der A.\_\_\_\_\_-Banken Im Zusammenhang mit der Rolle der A.\_\_\_\_\_-Banken zitiert der streitgegenständliche Artikel den anonymen Autor mit den folgenden Aussagen (act. 1 Rz. 21 lit. e; act. 3/8): [32] Was mir aber fehlt, ist die Schuld der A.\_\_\_\_\_-Banken. Die A.\_\_\_\_\_-Banken haben die Entwicklungen bei A.\_\_\_\_\_-Schweiz zugelassen. Sie haben sich nicht gewehrt gegen die enorme Kostensteigerung und den Personalausbau in H.\_\_\_\_\_. Viele in den Banken draussen wussten zu den Vorgängen um E.\_\_\_\_\_ wohl auch mehr. Die Aussage, die bei der Klägerin angesiedelte Zentrale sei in der Ära des ehemaligen CEO ausgebaut worden, ist unbestritten geblieben. Hinsichtlich der Frage eines Mitwissens liegt eine Schlussfolgerung des Autors vor, welche vertretbar ist (s. im Übrigen Ziffer 4.1.3.1 oben; vgl. auch act. 14 Rz. 55). Was die übrigen Aussagen betrifft, behauptet der Autor lediglich, die A.\_\_\_\_\_-Banken hätten diese Entwicklung nicht zulassen dürfen. Dabei handelt es sich um ein Werturteil, welches nicht unnötig verletzend ist. Der Absatz ist zulässig.

#### **E. 4.1.3.5**

Käuflichkeit von Kritikern Im Zusammenhang mit behaupteter Käuflichkeit von Kritikern zitiert der streitgegenständliche Artikel den anonymen Autor mit den folgenden Aussagen (act. 1 Rz. 21 lit. c; act. 3/8): [22] Auch Kritiker hat E.\_\_\_\_\_ immer "gekauft", sowohl in A.\_\_\_\_\_-Schweiz als auch draussen in den Banken. So gab es einen sehr kritischen Bankleiter aus dem F.\_\_\_\_\_-[Kanton]. Prompt hat ihn E.\_\_\_\_\_ in den VR genommen, wo er sehr gutes Geld verdient hat; worauf es still um ihn wurde. Der Vorwurf der Bestechlichkeit von Mitarbeitern lässt sich in den vorstehenden Absatz nicht hineinlesen. Das Verb "gekauft" erscheint lediglich in Anführungszeichen. Es fehlt zudem an einem Kausalzusammenhang zwischen einer Belohnung

- 26 - und einem konkreten Verhalten. Was als Aussage verbleibt, ist der Vorwurf der Beförderung von Kritikern, um diese günstig zu stimmen. Die Klägerin verweist auf die Kompetenzordnung, wonach die betreffende Person durch die Delegiertenversammlung von A.\_\_\_\_\_-Schweiz gewählt worden sei (act. 1 Rz. 12 lit. f). Dies ist unstrittig (vgl. act. 14 Rz. 35). Die wörtliche Aussage ist unzutreffend. Ihr Kerngehalt besteht jedoch nicht in einer Tatsachendarstellung, sondern in einer Meinungsäusserung des Autors. Dieser will sagen, der ehemalige CEO habe seinen Einfluss genutzt, um Kritiker zu mässigen. Dass bei einer Beförderung einer Person in ein Gremium deren Kritik in der Regel verstummt, ist ein allgemein bekanntes Phänomen. Aufgrund bestehender Treuepflichten besteht unter Umständen auch eine Pflicht zur zurückhaltenden Äusserung. Da die Form der Darstellung nicht als unnötig verletzend bezeichnet werden kann, ist diese zulässig.

#### **E. 4.1.3.6**

Teilnahme an Spesenexzessen Im Zusammenhang mit behaupteten Spesenexzessen zitiert er streitgegenständliche Artikel den anonymen Autor mit den folgenden Aussagen (act. 1 Rz. 21 lit. a a.E., lit. b; act. 3/8): [20] Gerüchte sind bei A.\_\_\_\_\_-Schweiz die wichtigste Informationsquelle. Und natürlich brauchte E.\_\_\_\_\_ auch Leute, die ihm halfen. Und er belohnte Loyalität grosszügig. Luxuriöse Firmenautos. Einladungen. Gute Gehälter. Loyalität zahlte sich aus. Und alle haben das gerne genommen. [21] Auch auf seinen Ausflügen ins Rotlichtmilieu auf Spesen wurde E.\_\_\_\_\_ oft begleitet. (Zum Schutze von

Familien werde ich keine Namen nennen.) Welche Aussagen der Absatz Nr. 20 enthalten soll, bleibt unverständlich. Die sinngemässe Aussage, der ehemalige CEO habe gerne auf einem hohen, nach Ansicht des Autors zu hohen Lebensstandard gelebt (act. 14 Rz. 37), ist nicht ehrenrührig. Ob ein Auto luxuriös ist oder nicht, ist eine Wertungsfrage und als solche einem Beweis nicht zugänglich. In einem Grenzbereich bewegt sich der Text, wenn er suggeriert, der ehemalige CEO hätte auf persönliche Loyalität anstatt auf

- 27 - Loyalität zum Unternehmen Wert gelegt. Der allfällige Vorwurf ist jedoch zu unbestimmt, um den Absatz als solchen zu verbieten. Der Absatz Nr. 20 erscheint in dieser Form noch als zulässig. Der Absatz Nr. 21 kann nur dahingehend verstanden werden, dass der ehemalige CEO gemeinsam mit Mitarbeitern der Klägerin bzw. aus der Gruppe der Klägerin Ausflüge in Rotlichtlokale gemacht habe. Zwar steht dies nicht ausdrücklich im streitgegenständlichen Artikel (act. 14 Rz. 51, 52). Die Aussage drängt sich jedoch auf. Der Absatz Nr. 21 ergibt keinen Sinn, wenn es sich nicht um Leute aus dem Umfeld der Klägerin gehandelt haben soll. Es geht somit Teilnahme von Führungskräften und/oder Mitarbeitern der Klägerin an allfälligen Spesenexzessen, nicht bloss um deren Verbuchung (dazu die Beklagten in act. 14 Rz. 30-32). Die Beklagten berufen sich dazu auf den Artikel der ...-Zeitung [Wochenzeitung 2] vom tt.mm.2018, welcher aus dem Inhalt des Berichts der Aufsichtsbehörde die Feststellung erwähnt, es sei bei nicht zweckgemässen Spesen unter anderem um Besuche im Striplokal Q.\_\_\_\_\_ in Zürich gegangen (act. 14 Rz. 32; act. 15/7). Darin findet sich jedoch kein Hinweis auf eine Involvierung von Mitarbeitern der Klägerin bzw. aus der A.\_\_\_\_\_-Gruppe. Der in Absatz Nr. 21 erweckte Eindruck ist damit unzutreffend. Der Absatz Nr. 21 ist in dieser Form unzulässig.

#### **E. 4.1.3.7**

Wiedergutmachungsfonds Im Zusammenhang mit dem Vorschlag eines Wiedergutmachungsfonds zitiert der streitgegenständliche Artikel den anonymen Autor mit den folgenden Aussagen (act. 1 Rz. 21 lit. f; act. 3/8): [33] Ich möchte hier und jetzt einen Vorschlag machen. Ich tue dies anonym, um meine Familie zu schützen. Aber da ich den Vorschlag schon andernorts gemacht habe und aufgrund meiner bisherigen Ausführungen kann die Geschäftsleitung von A.\_\_\_\_\_ Schweiz meinen Namen rasch herausfinden. [34] Mir ist das egal. Ich habe keine Angst und moralisch glaube ich nicht, dass irgendein hoher Mitarbeiter von A.\_\_\_\_\_ irgendein Recht hat, mir Vorwürfe zu machen. [35] Wenn doch, dann kann man mich gerne anrufen. Ich werde den Anruf aufnehmen und dem ... -Blog zuschicken. Wie auch jeden Brief; und damit Transparenz schaffen.

- 28 - [36] Wir sind alle schuldig, und Schulden müssen bezahlt werden. Ich schlage vor, dass sämtliche per Januar 2015 bei A.\_\_\_\_\_ Schweiz beschäftigten Kadermitarbeiter, die Verwaltungsräte von A.\_\_\_\_\_ Schweiz sowie die Bankleiter und Verwaltungsratspräsidenten der A.\_\_\_\_\_-Banken gemeinsam einen Fonds aufbauen, zur Begleichung des von uns angerichteten ideellen Schadens. [37] Und zwar beispielsweise nach folgender Formel: Führungs- Stufe 4: 10'000 Franken; FS3: 25'000 Franken; FS2: 50'000 Franken; FS1: 100'000 Franken; FS0: 500'000 Franken; Verwaltungsräte A.\_\_\_\_\_ Schweiz: 250'000 Franken; Bankleiter: 50'000 Franken; VR- Präsidenten der A.\_\_\_\_\_-Banken: 25'000 Franken. [38] Bei besonders belasteten Personen sollten diese Summen nochmals verdoppelt werden. (Herr E.\_\_\_\_\_ muss sich normal straf- und zivilrechtlich verantworten). Im Gegenzug dafür könnte man auf zivilrechtliche Klagen verzichten. [39] Darum würden sicher die Verwaltungsräte und Geschäftsleitungsmitglieder gerne bezahlen – die Anwaltskosten wären wohl höher als diese Zahlung.

[40] Nach meiner Rechnung würden so etwa 40 bis 50 Millionen Franken zustande kommen. Damit könnte man beispielsweise gleich eine kleine Niederlassung wie R. \_\_\_\_\_ kapitalisieren und in eine A. \_\_\_\_\_ - Bank umwandeln. [41] Dies wäre auch ein Symbol dafür, dass A. \_\_\_\_\_ Schweiz endlich bereit ist, die Vergangenheit hinter sich zu lassen. Und anschliessend kann der moralische Wiederaufbau von A. \_\_\_\_\_ und von A. \_\_\_\_\_ Schweiz beginnen. [42] Schlussendlich möchte ich nochmals die Genossenschafter und Genossenschafterinnen der A. \_\_\_\_\_ -Banken und die A. \_\_\_\_\_ -Banken um Entschuldigung bitten. Im Absatz Nr. 36 vermischt der Autor strafrechtliche ("schuldig") mit zivilrechtlichen ("Schulden müssen bezahlt werden") Begriffen. Wer mit der juristischen Terminologie vertraut ist, erkennt sogleich, dass die Begriffe untechnisch verwendet werden. Die übrigen Leser werden "schuldig" nicht im Sinne strafrechtlicher Schuld verstehen, sondern als moralische Schuld. Dem Absatz Nr. 36 lässt sich somit nicht die Behauptung eines strafrechtlich vorwerfbaren Verhaltens entnehmen. Der Autor versteht Schuld in einem moralischen Sinne. Der Absatz Nr. 36 ist in dieser Form zulässig. Im Absatz Nr. 37 führt der Autor verschiedene Führungsstufen auf, denen er eine steigende Mitverantwortung attestiert. Der Absatz Nr. 37 ist im Zusammenhang

- 29 - mit der zuvor dargelegten moralischen Schuld zu lesen. Es handelt sich um eine Meinungskundgabe des Autors, nicht um eine Tatsachenbehauptung. Im Absatz Nr. 38 geht der Autor auf seines Erachtens besonders belastete Personen ein und stellt eine Verbindung zur Rolle des ehemaligen CEO her. Indem er den letzteren vom vorgeschlagenen Wiedergutmachungsfonds ausnimmt, macht er zwar deutlich, dass dessen Verantwortung seines Erachtens über eine andere Qualität verfügt. Durch die Erwähnung von zivilrechtlichen Klagen entsteht jedoch der Eindruck, den weiteren besonders belasteten Personen sei ein rechtlicher Vorwurf zu machen. Dem Wortlaut nach bezieht sich diese Aussage zwar nur auf die zivilrechtliche Verantwortlichkeit. Indessen stellt bereits der Vorwurf der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit ein gemischtes Werturteil dar. Vorliegend fehlt es für dieses an einem hinreichenden Tatsachenfundament. Es darf zudem bezweifelt werden, dass der Durchschnittsleser mit der exakten Unterscheidung zwischen Zivil- und Strafrecht vertraut ist. Der Absatz Nr. 38 ist in dieser Form nicht zulässig. Dasselbe gilt für den Absatz Nr. 39. Dieser spielt auf mögliche Gerichtsverfahren an, so dass sich der Eindruck aufdrängt, die Verwaltungsräte und Geschäftsleitungsmitglieder hätten rechtlich nicht korrekt gehandelt. Der Absatz Nr. 39 ist in dieser Form nicht zulässig. Die Absätze Nr. 33-35 und 41-42 umrahmen die Aussagen. Inwiefern darin eine Herabsetzung liegt, ist nicht ersichtlich bzw. von der Klägerin auch nicht dargetan worden.

#### **E. 4.1.4**

Gemäss Art. 28 Abs. 1 ZGB kann zu seinem Schutz das Gericht anrufen, wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird; widerrechtlich ist eine Verletzung, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist (Art. 28 Abs. 2 ZGB). Der zivilrechtliche Ehrbegriff ist dabei weiter als der strafrechtliche und schützt neben dem Ruf, eine ehrbare Person zu sein, auch das berufliche oder gesellschaftliche Ansehen einer Person (BGE 129 III 715 E. 4.1 S. 722-723 m.Nw.). Im Persönlichkeitsrecht erfolgt die Prüfung der Anspruchsvor-

- 30 - raussetzungen in zwei Stufen mit unterschiedlicher Beweislast: Die Beweislast für die Sachumstände, aus denen sich die Verletzung ergibt, trägt der Anspruchsteller, während der Anspruchsgegner die Sachumstände, aus denen sich das Vorliegen eines

Rechtfertigungsgrundes folgt, nachzuweisen hat (BGE 136 III 410 E. 2.3 S. 414). Einen Rechtfertigungsgrund stellt insbesondere der Informationsauftrag der Presse dar (vgl. BGER 5A\_195/2016 vom 4. Juli 2016 E. 5.1). In diesem Zusammenhang ist zwischen Tatsachenbehauptungen und Werturteilen zu unterscheiden (BGE 138 III 641 E. 4.1. S. 643; BGER 5A\_195/2016 vom 4. Juli 2016 E. 5.1). Der Informationsauftrag der Presse deckt die Verbreitung wahrer Tatsachen, soweit sie nicht aus dem Privat- oder Geheimbereich stammen oder die Form der Darstellung unnötig herabsetzend ist (BGE 138 III 641 E. 4.1.1 S. 643). Grundsätzlich unzulässig ist dagegen die Verbreitung unwahrer Tatsachen (BGE 138 III 641 E. 4.1.2 S. 643-644; BGE 126 III 305 E. 4b/aa S. 307). Werturteile sind zulässig, soweit sie "aufgrund des Sachverhalts, auf den sie sich beziehen, als zulässig erscheinen" (BGE 138 III 641 E. 4.1.3 S. 644). Im Gegensatz zum lauterkeitsrechtlichen Anspruch trägt im Bereich des Persönlichkeitsrechts der Anspruchsgegner die Beweislast für die Wahrheit von Tatsachenbehauptungen. Die gemachten Vorbehalte hinsichtlich der Authentizität der anonymen Person gelten demnach in verstärktem Masse. Nachdem bereits lauterkeitsrechtliche Ansprüche bestehen, ändert sich dabei am Ergebnis nichts, weshalb eine eingehende Prüfung der Ansprüche aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht unterbleiben kann.

#### **E. 4.1.5**

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass der Verfügungsanspruch der Kläger glaubhaft gemacht ist.

#### **E. 4.2**

Die (erneute bzw. fortdauernde) Veröffentlichung bzw. Weiterverbreitung der unzulässigen Aussagen lässt sich mit einem Urteil in der Hauptsache nicht mehr rückgängig machen. Bei Veröffentlichungen ist deshalb in der Regel von einem nicht wiedergutzumachenden Nachteil auszugehen. Der erforderliche Verfügungsgrund liegt damit vor.

- 31 -

#### **E. 4.3**

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 266 lit. c ZPO) würde an sich eine Beschränkung des Verbots auf einzelne Aussagen sprechen. Ohne den Hinweis auf einen ehemaligen Mitarbeiter ergibt der gesamte streitgegenständliche Artikel allerdings keinen Sinn. Ein auf einzelne Aussagen beschränktes Publikationsverbot kommt vorliegend deshalb aus praktischen Gründen nicht in Frage. Dagegen erscheint bei den einzelnen inhaltlichen Aussagen eine Unterscheidung als möglich. Diese sind deshalb nur insoweit zu verbieten, als sie unzulässig sind. Im Einzelnen ist auf die entsprechenden Ausführungen zu verweisen (Ziffer 4.1.3 oben).

#### **E. 5**

Vollstreckungsmassnahmen Art. 267 ZPO sieht für vorsorgliche Massnahmen die Anordnung von Vollstreckungsmassnahmen durch das erkennende Gericht ausdrücklich vor. Die in Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO vorgesehene Androhung der Bestrafung der verantwortlichen Organe nach Art. 292 StGB (Busse bis CHF 10'000) erscheint als geeignete und verhältnismässige Massnahme.

#### **E. 6**

Kosten- und Entschädigungsfolgen

### **E. 6.1**

**Gerichtskosten** Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Beim vorliegenden Streitwert von CHF 100'000.00 beträgt die nach § 4 Abs. 1 GebV OG ermittelte Grundgebühr CHF 8'750.00. In Anwendung von § 8 Abs. 1 GebV OG ist diese auf CHF 6'000.00 zu reduzieren.

### **E. 6.2**

**Parteientschädigung** Bei berufsmässig vertretenen Parteien richtet sich die Parteientschädigung nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 95 Abs. 3 lit. b und Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Deren Höhe bestimmt sich in erster Linie anhand des Streitwerts (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Beim vorliegenden Streitwert von CHF 100'000.00 beträgt die nach § 4 Abs. 1 AnwGebV ermittelte Grundgebühr CHF 10'900.00. In Anwendung von § 9 AnwGebV ist diese auf CHF 7'000.00 zu reduzieren. Der von den Beklagten beantragte Mehrwertsteuerzusatz ist nicht zuzusprechen, die fehlende Berechtigung zum Vorsteuerabzug nicht nachgewiesen ist (Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006 Ziffer 2.1.1 S. 3; abrufbar unter [http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user\\_upload/Dokumente/Mitteilungen/Kreisschreiben/2000-2009/17\\_05\\_2006.pdf](http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/Mitteilungen/Kreisschreiben/2000-2009/17_05_2006.pdf); BGer 4A\_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5).

### **E. 6.3**

**Verteilung** Die Klägerin unterliegt teilweise. Es rechtfertigt sich deshalb eine hälftige definitive Kostenauflage und eine anteilmässige Parteientschädigung von CHF 3'500.00. Im Übrigen ist in Anwendung von Art. 104 Abs. 3 ZPO lediglich über die Höhe der Kosten zu entscheiden und die Verteilung dem Hauptverfahren vorzubehalten, da erst in diesem definitiv über den Verfügungsanspruch der Klägerin entschieden wird (vgl. BGer 5A\_702/2008 vom 16. Dezember 2008 E. 3.2 = Pra 98 (2009) Nr. 104 = SZZP 2009 Nr. 753). Nach ständiger Praxis des Einzelgerichts am Handelsgericht sind jedoch die Kosten für das Massnahmeverfahren von der Klägerin zu beziehen. Für den Fall, dass die Klägerin das Hauptsacheverfahren nicht fristgemäss anhängig macht (Art. 263 ZPO), sind die Kosten definitiv der Klägerin aufzuerlegen und den Beklagten eine Parteientschädigung zuzusprechen (Urteil des Einzelgerichts HE170438-O vom 28. November 2017 E. 8.1; HE170290-O vom 25. Oktober 2017 E. 10.3 und 10.4; s. auch ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2013, § 22 N 32).

### **E. 7**

**Vorläufige Weitergeltung des Superprovisoriums** Bei sofortiger (teilweiser) Aufhebung eines superprovisorisch angeordneten Publikationsverbots würde ein auf Beschwerde einer Partei allenfalls noch zu treffen-

- 33 - des Urteil unterlaufen. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit rechtfertigt es sich deshalb, die mit Verfügung vom 22. August 2018 superprovisorisch angeordneten vorläufigen Massnahmen nicht sofort aufzuheben. Diese haben bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist in Kraft zu bleiben. Bei Einreichung einer Beschwerde richtet sich die

Fortwirkung nach dem Bundesgesetz über das Bundesgericht (BGG) bzw. den Anordnungen des Bundesgerichts (vgl. BGer 5A\_354/2018 vom 21. September 2018 E. C.b).

#### **E. 8**

Die Klägerin wird verpflichtet, den Beklagten eine Parteienschädigung von CHF 3'500.00 zu bezahlen. Im Übrigen wird die Regelung der Entschädigungsfolgen dem Gericht im nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten. Für den Fall, dass die Klägerin innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 5 die Klage nicht anhängig macht, wird sie verpflichtet, den Beklagten eine weitere Parteienschädigung von CHF 3'500.00 zu bezahlen.

#### **E. 9**

Schriftliche Mitteilung an die Parteien.

#### **E. 10**

Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 100'000.00. Zürich, 15. November 2018 Handelsgericht des Kantons Zürich Einzelgericht Gerichtsschreiber: Jan Busslinger

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.