



Unfreiwilliges Outing Homosexueller

ARNOLD RUSCH



MIRJAM KUMMER

Wie kann man sich gegen ein zwangsweises Outing wehren, wenn Homosexualität angeblich «kein Problem» mehr darstellt? Das Outing homosexueller Personen erfolgt oft unfreiwillig und kann trotz der vermeintlichen Offenheit der Gesellschaft beträchtlichen Schaden anrichten. Die Rechtsanwältinnen Mirjam Kummer und Arnold Rusch analysieren vergangene und aktuelle Fälle des «forced outing» und zeigen das Korrektiv des geltenden Rechts mitsamt dessen Schwächen auf.

Comment réagir face à la révélation forcée de l'homosexualité? Cette question se pose surtout dans les sociétés prétendument tolérantes et ouvertes – l'outing est quand même susceptible de causer un dommage immense. Les avocats Mirjam Kummer et Arnold Rusch analysent la jurisprudence, démontrent le correctif contemporain et dévoilent ses déficiences.

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Strafrechtlicher Schutz
- III. Zivilrechtlicher Schutz
 1. Einführung
 2. Ehre
 3. Privatsphäre
 4. Rechtfertigungsgründe
- IV. Fazit

I. Einführung

Unfreiwillige Outings homosexueller Personen haben sich in letzter Zeit bemerkenswert gehäuft: Ein Moderator hat in einer TV-Diskussion über homosexuelle Manager die Homosexualität von Apple-CEO Tim Cook offengelegt. Hierbei wollte der Moderator gerade positiv hervorheben, dass homosexuelle Personen auch höchste Führungspositionen bekleideten.¹ Ein ähnlicher Fall ereignete sich in der Schweizer Illustrierten. Die Redaktion wollte die verbalen Entgleisungen des Zürcher Nationalrats Toni Bortoluzzi über Homosexuelle aufarbeiten und verlieh diesem den *Kaktus des Monats*. Im Gegenzug erhielten 33 namentlich genannte Homosexuelle die *Rose des Monats* – wie man jetzt weiss, war einer unfreiwillig dabei.² Im Dezember letzten Jahres hat das Magazin *Closer*

Florian Philippot, den Vizepräsidenten des französischen *Front National*, geoutet.³ Ein weit zurückliegender Fall betraf Oliver Sipple, der dem US-Präsidenten Gerald Ford bei einem Attentatsversuch wahrscheinlich das Leben gerettet hat. Als Held gefeiert, musste er gleich auch noch in den Medien als mutiges Vorbild für Homosexuelle sein Zwangsouting erdulden – mit gravierenden Folgen: Seine Familie wollte nichts mehr von ihm wissen.⁴ Auch *Homosexuelle selber* outen andere Homosexuelle. Sie rechtfertigen dies mit dem Kampf «gegen die Diskriminierung der Homosexualität und gegen die Verlogenheit der Öffentlichkeit». So machte Filmemacher Rosa von Praunheim 1991 die Homosexualität des TV-Moderators Alfred Biolek und des Komikers Hape Kerkeling bekannt.⁵ Pete Williams, ein hoher amerikanischer Militär, erlebte im gleichen Jahr sein Zwangsouting, weil homosexuelle Gruppen die Heuchelei des Ausschlusses Homosexueller aus den Streitkräften offenbaren wollten.⁶ Wohl nur zum Teil ging es der SPD-Parteizeitschrift *Vorwärts* um die Abschaffung des § 175 StGB, als sie 1902 ihr Feindbild – den verheirateten Industriellen Friedrich Alfred Krupp – bezichtigte, auf Capri homosexuelle Orgien zu feiern.⁷

ternet: www.schweizamsonntag.ch/ressort/medien/unfreiwilliges_schwulen-outing_in_der_schweizer_illustrierten/ (23.2.2015).

³ Tribunal de grande Instance de Paris, Ordonnance de référé, 14/60966, 24.12.2014, *Philippot c. S.A.S. Mondadori Magazines France*.

⁴ *Sipple v. Chronicle Publishing Co.* (1984), 154 Cal. App. 3d 1040 ff.

⁵ ROSA VON PRAUNHEIM, zitiert in: Edle Absicht, *Der Spiegel* 51/1991, 212 f., 212.

⁶ JOHN P. ELWOOD, Outing, Privacy, and the First Amendment, 102 Yale L.J. 747 ff., 774; BARBARA MORETTI, Outing: Justifiable or unwarranted invasion of privacy? 11 Cardozo Arts & Ent LJ 857 ff., 860, Fn. 16.

⁷ Vgl. NZZ, 20. November 1902, A12; DIETER RICHTER, Friedrich Alfred Krupp auf Capri, Ein Skandal und seine Geschichte,

MIRJAM KUMMER, lic. iur., Rechtsanwältin, ist bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich tätig.

ARNOLD RUSCH, PD Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Zürich, ist Lehrbeauftragter der Universitäten Fribourg und Zürich.

¹ TINA HUBER, «Ich bin stolz darauf, schwul zu sein», Tages-Anzeiger online, Internet: <http://www.tagesanzeiger.ch/panorama/leute/Ich-bin-stolz-darauf-schwul-zu-sein/story/17299061> (23.2.2015).

² Ein Kaktus für den «Fehlgeleiteten» – 33 Rosen für die Schwulen, Schweizer Illustrierte, 16. Juni 2014, 8 f.; SACHA ERCOLANI, Unfreiwilliges Schwulen-Outing in der «Schweizer Illustrierten», In-

Beim amerikanischen Pianisten Liberace, den der Daily Mirror 1956 codiert outete («giggling, fruit-flavored, mincing, ice-covered heap of mother love»), stand die Schmähkritik im Vordergrund.⁸

Die nachfolgenden Erwägungen richten den Fokus zuerst auf den strafrechtlichen Schutz, um anschliessend die zivilrechtlichen Möglichkeiten auszuleuchten. Beide Themenkreise widmen sich dabei der kontroversen Frage, ob es in einer modernen Gesellschaft überhaupt eines Korrektivs bedarf. Wenn Homosexualität «kein Problem» mehr darstellt, braucht es auch keinen Schutz vor einem unfreiwilligen Outing. Gewährt der Gesetzgeber Schutz, drängt sich im Straf- und Zivilrecht wiederum die Prüfung der Rechtfertigungsgründe auf.

II. Strafrechtlicher Schutz

Im Bereich des *forced outing* sind die Delikte gegen die Ehre (Art. 173 ff. StGB) und Freiheit (Art. 180 ff. StGB) einschlägig. Zwei Schweizer Entscheidungen befassen sich damit.

In Urteil BGer 6B_983/2010 ging es um einen Mann, der auf einer Internetplattform für Homosexuelle vier Männer kennengelernt hatte, die jedoch mit ihm keinen weiteren Kontakt wünschten. Um weiterhin sexuell mit ihnen verkehren zu können, drohte er an, sie zu outen. Tatsächlich teilte er der Gemeinde, der Ehefrau und den Angestellten eines Mannes mit, dass dieser homosexuell und als schwuler Jugendleiter tätig sei. Das Bundesgericht bestätigte in allen vier Fällen den Schuldspruch und damit eine für die *Nötigung im Sinne des Art. 181 StGB* erforderliche Androhung *ernstlicher Nachteile* (E. 3). Es hob indes die noch strittige Verurteilung wegen *übler Nachrede* (Art. 173 StGB) zu Lasten eines Opfers auf: Homosexualität stelle kein strafbares, unethisches oder sittenwidriges Verhalten dar. Je nach sozialem Umfeld des Opfers sei eine Beurteilung vorzunehmen, ob der Vorwurf der Homosexualität ehrenrührig sei. Das Bundesgericht sah beim verheirateten Jugendleiter keine Probleme: «Entgegen den vorinstanzlichen Ausführungen impliziert die Äusserung, dass eine verheiratete Person homosexuell sei, aber nicht, dass sie ihre ehelichen Treuepflichten (...) verletze, indem sie tatsächlich eine aussereheliche homosexuelle Beziehung unterhalte. Eine unbefangene Person

interpretiert die Mitteilung, dass jemand homosexuell sei, nicht in diesem Sinn. Ebenso beinhaltet die Aussage, dass ein Jugendleiter homosexuell sei, nicht, dass er pädosexuelle Neigungen habe.» (E. 4.4.4).

Der Entscheid des Luzerner Obergerichts aus dem Jahre 2005 (LGVE 2005 I Nr. 56) handelt von einem verheirateten Mann, über den jemand das Gerücht gestreut hatte, er sei schwul. Er erhob Strafklage wegen Verleumdung, eventuell übler Nachrede und Beschimpfung, und bat um unentgeltliche Rechtspflege sowie einen unentgeltlichen Rechtsbeistand. Sein Begehren wies das Amtsstatthalteramt Luzern ab: Homosexualität sei heute weitgehend toleriert und deshalb nicht ehrenrührig. Das Obergericht sah dies anders und differenzierte: «Es ist jedoch evident, dass die Aussage über eine verheiratete Person, sie sei homosexuell, implizit auch den Vorwurf des Ehebruchs enthält. Insofern wird dadurch (...) sehr wohl auch die (sittliche) Ehre, d.h. das Ansehen als charakterlich einwandfreier, integrier Mensch tangiert. Daran ändert nichts, dass die gesellschaftliche Toleranz Homosexuellen gegenüber heutzutage grösser ist als früher. Der Rekurrent weist mit Recht auf die gerichtsnotorische Tatsache hin, dass Homosexualität in manchen Gesellschaftsschichten immer noch verpönt ist oder ein Tabuthema darstellt. Dass dies auch im Bauarbeitermilieu, in welchem sich der Rekurrent bewegte, der Fall ist, erscheint zumindest glaubhaft.» (E. 4.3).

Was ist davon zu halten? Erstens fällt auf, dass die Androhung des Outings im Bundesgerichtsurteil als ernstlicher Nachteil im Sinne des Nötigungstatbestandes durchgeht, obwohl Homosexualität nicht zu den ehrenrührigen Tatsachen im Sinne der Ehrverletzungstatbestände zählt. Uns scheint, hier wären parallele Massstäbe angezeigt. Es ist zwar richtig, dass sich die Ehrverletzung nach objektiven Vorstellungen der Gesellschaft definiert, während bei der Nötigung auch subjektive Elemente in die Beurteilung einfließen.⁹ Der ernstliche Nachteil besteht aber gerade und einzig darin, dass Teile der Gesellschaft mit der Homosexualität der betroffenen Person nicht umgehen können und mit Hass oder Ausgrenzung reagieren. Ist die Aussage geeignet, dies zu bewirken, beeinträchtigt sie die Ehre und die Entscheidungsfreiheit des Opfers. Zweitens scheint die realitätsnahe Wertung des Luzerner Obergerichts überzeugender als diejenige des Bundesgerichts. Eine breite öffentliche Meinung assoziiert männliche Homosexualität mit Promiskuität.¹⁰ Deshalb

in: Michael Epkenhans/Ralf Stremmel (Hrsg.), Friedrich Alfred Krupp – ein Unternehmer im Kaiserreich, München 2010, 157 ff., 174 f.; FRANK BÖSCH, Öffentliche Geheimnisse, München 2009, 99 ff.

⁸ ARNOLD RUSCH, Der geoutete Liberace, AJP/PJA 2014, 1275 f., 1275.

⁹ BSK-FRANZ RIKLIN, in: Marcel Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht I und II (zit. BSK-Verfasser), 3. A., Basel 2013, vor StGB 173 N 28 und BSK-DELNON/RÜDY, StGB 180 N 20 f., 24, StGB 181 N 34–36.

¹⁰ UDO RAUCHFLEISCH, Gleichgeschlechtliche Partnerschaften aus psychologischer Sicht, FamPra 2004, 507 ff., 510 f.

impliziert der Homosexualitätsvorwurf bei verheirateten Männern die eheliche Untreue. Homosexuelle Männer, die im Beruf mit Kindern und Jugendlichen zu tun haben, stehen oft gar unter einem Generalverdacht der Pädophilie.¹¹ *Drittens* wirken die Berücksichtigung des sozialen Umfelds des Opfers und die Feststellung, Homosexualität sei akzeptiert, *vordergründig fortschrittlich*. Weshalb aber geschieht ein *forced outing* vorsätzlich, wenn nicht in Schadensabsicht? Die scheinbar tolerante Haltung bewirkt letztlich das Fehlen eines adäquaten Schutzes und verkehrt sich dadurch in ihr Gegenteil. Die Gerichte sollten die Toleranz der Gesellschaft als Kriterium der Ehrenrührigkeit nicht wie das Bundesgericht¹² an einem *gesichtslosen Durchschnitt* messen, sondern *an den Realitäten*. Lebt man in einem toleranten Umfeld, wenn auch nur zehn von hundert Menschen Homosexuelle ablehnen und ausgrenzen? Eine *Theorie der engeren Kreise* könnte hier Abhilfe schaffen: Dass die breite Gesellschaft Homosexualität akzeptiert, ist von geringem Trost, wenn *ein enger definierter, aber noch relevanter Kreis* von Personen auf das Zwangsoouting mit Ablehnung, Hass oder Gewalt reagiert.¹³ Diese Überlegung harmoniert mit dem Wesen der Ehrverletzungsdelikte als abstrakte Gefährdungsdelikte, die schon *bei blosser Eignung* zur Rufschädigung erfüllt sind.¹⁴

Ist man als Opfer schutzlos, wenn der Homosexualitätsvorwurf wahr ist? Die Verleumdung (Art. 174 StGB; «...wider besseres Wissen...») fällt zwar weg. Die Tat kann aber als üble Nachrede strafbar sein, weil der Entlastungsbeweis nicht offen steht. Dies trifft auf Äusserungen zu, «*die ohne Wahrung öffentlicher Interessen oder sonst wie ohne begründete Veranlassung, vorwiegend in der Absicht vorgebracht oder verbreitet werden, jemandem Übles vorzuwerfen, insbesondere, wenn sich die Äusserungen auf das Privat- oder Familienleben beziehen.*» (Art. 173 Ziff. 3 StGB). Es bedarf somit des *animus iniurandi*

und kumulativ¹⁵ des Fehlens einer begründeten Veranlassung, damit der Entlastungsbeweis nicht mehr offen steht. Dass Homosexualität kein Übel darstellt, hindert diesen Ausschluss nicht, denn es geht *um die Absicht, etwas Übles* vorzuwerfen. Die Beurteilung des Übels aus der Optik des Täters scheint gerechtfertigt.¹⁶ Die Schweizer Illustrierte könnte folglich im vorne dargestellten Fall den Entlastungsbeweis antreten. Ebenso bleibt die Tat straflos, wenn die vorgeworfene Homosexualität *wahr und bekannt* ist: Sie ist dann nicht geeignet, den Ruf zu schädigen.

Ist es gerechtfertigt, wenn Rosa von Praunheim im Kampf gegen die Diskriminierung die Homosexualität berühmter Deutscher öffentlich macht? Als strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund mit Vorrang vor dem Entlastungsbeweis¹⁷ wäre die *Wahrung berechtigter Interessen* denkbar, doch verlangt das Bundesgericht bei politischen Anliegen die Befolgung des politischen Weges.¹⁸ Es scheint überdies *unangemessen*,¹⁹ Homosexuelle zu outen, die am kritisierten System nicht beteiligt sind. Der Entlastungsbeweis im Sinne des Art. 173 Ziff. 2 StGB stünde dennoch offen, weil von Praunheim die Aussage ohne die vorwiegende Absicht gemacht hat, etwas Übles vorzuwerfen.²⁰ Wenn ein Politiker gegen Homosexuelle wettet, wäre es im öffentlichen Interesse gerechtfertigt, dessen Heuchelei durch Aufdeckung seiner Homosexualität zu offenbaren. In solchen Fällen wäre auch der Wahrheitsbeweis zulässig.²¹ Beim Outing des Pentagon-Sprechers Pete Williams handelt es sich um einen Grenzfall. Er ist höchstens insofern angreifbar, als er das System des Ausschlusses Homosexueller mitträgt, obwohl er selber als Homosexueller zu den höchsten Gremien der Armee gehört – er ist zudem Beweis dafür, dass Homosexuelle keine Gefahr für die Armee darstellen.²² Dies fällt unter die Wahrung öffentlicher Interessen, ist aber möglicherweise als Rechtfertigungsgrund nicht ausreichend. Der Wahrheitsbeweis steht wegen des fehlenden *animus iniurandi* dennoch offen.

¹¹ RAUCHFLEISCH (FN 10), 510; PAUL KREINER, Der Papst des Missverstehens, Stuttgarter Zeitung, 19.4.2010, 1; THOMAS HÜETLIN/PHILIPP OEHMKE/ANTJE WINDMANN, Die besseren Männer, Der Spiegel, 12.4.2010, 48; NZZ online, Homosexuell vor der Schulklasse, Internet: <http://news.jobs.nzz.ch/2014/04/07/arbeitsmarkt-paedagogische-berufe-und-homosexualitaet/> (23.2.2015).

¹² Vgl. Urteile BGer 6B_983/2010, E. 4.4.4 und BGer 6B_202/2013, E. 2.4.

¹³ Vgl. dazu MISCHA SENN, Der «gedankenlose» Durchschnittsleser als normative Figur? *medialex* 1998, 150 ff., 152–154, mit Hinweis auf OLG München, Urteil vom 19.6.1997 – 29 U 5606/96 in NJWE-WettbR 1997, 276, E. 2; spezifisch zum Strafrecht BSK-RIKLIN (FN 9), vor StGB 173 N 34 f.

¹⁴ Vgl. BSK-RIKLIN (FN 9), vor StGB 173 N 50 und FRANZ RIKLIN, Der straf- und zivilrechtliche Ehrenschatz im Vergleich, ZStrR 1983, 29 ff., 36 f.; vgl. BGE 103 IV 22 ff., 22 f.

¹⁵ BSK-RIKLIN (FN 9), StGB 173 N 29; LIONEL FREI, Der Entlastungsbeweis bei übler Nachrede und Beschimpfung und sein Verhältnis zu den Rechtfertigungsgründen, Diss. Bern 1975, 64 ff.

¹⁶ Vgl. FREI (FN 15), 63, der die Absicht, Übles vorzuwerfen, mit der *üblen Absicht* und dem *animus iniurandi* gleichsetzt und BSK-RIKLIN (FN 9), StGB 173 N 28; vgl. BGE 137 IV 313 ff., 321 f., E. 2.4.4.

¹⁷ Vgl. BSK-RIKLIN (FN 9), StGB 173 N 12.

¹⁸ BGE 129 IV 6 ff., 13 f., E. 3.1.

¹⁹ Vgl. zur Angemessenheit BSK-SEELMANN (FN 9), StGB 14 N 26, 28.

²⁰ Vgl. BSK-RIKLIN (FN 9), StGB 173 N 29, m.w.H.

²¹ Vgl. ZR 1958 Nr. 7: «*Die Öffentlichkeit hatte ein Interesse, zu erfahren, ob er selbst sich an die von ihm vertretenen Lehren halte oder ob ihm die Zutrauenswürdigkeit in dieser Hinsicht abgehe.*» Es ging um Vorwürfe an einen katholischen Priester, er unterhalte ehebrecherische Beziehungen.

²² Vgl. ELWOOD (FN 6), 102 Yale L.J., 774.

III. Zivilrechtlicher Schutz

1. Einführung

Der zivilrechtliche Schutz im Bereich des *forced outing* betrifft die Verletzung der Ehre und der Privatsphäre, die Teil des in Art. 28 ff. ZGB erfassten Persönlichkeitsrechts bilden. Die relevanten Fragen lassen sich am Beispiel Oliver Sipples gut darlegen. Nachdem er den amerikanischen Präsidenten 1975 vor einem Attentat geschützt hatte, feierten ihn die Medien und outeten ihn als Homosexuellen.²³ Würde ihn dies heute in seiner Ehre beeinträchtigen – heute, da Homosexualität «kein Problem» mehr darstellt – oder ist dies wie im Strafrecht nur der Fall, wenn er in einem homophoben Umfeld lebt? Kann sich Sipple noch auf seinen Geheimbereich berufen, wenn er in der *gay community* offen homosexuell lebt, dies aber erfolgreich vor seiner Familie verbirgt? Deckt ein Rechtfertigungsgrund das Outing, wenn man ihn als «guten» und mutigen Homosexuellen zum *Vorbild* stilisieren kann? Darauf und auf viele weitere Fragen richtet sich der Fokus der nachfolgenden Überlegungen.

2. Ehre

Ist die Aussage, jemand sei homosexuell, noch als ehrverletzend zu qualifizieren? Der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz schützt im Unterschied zum Strafrecht nicht nur die *menschlich-sittliche* Geltung, sondern auch die *gesellschaftliche* Geltung einer Person.²⁴ Die Beurteilung erfolgt anhand des *Durchschnittslesers bzw. -betrachters*. Die Rechtsprechung attestiert dem Durchschnittsleser, dass er unbefangen, unvoreingenommen und normal empfindend sei, ohne darüber Erhebungen anzustellen oder dies tatsächlich zu wissen. Letztlich ist es einfach so, dass Gerichte die Leserschaft eines Mediums anhand ihres eigenen Ermessens einschätzen.²⁵ Der so definierte Schutz reicht indes kaum aus. Was nützt es, wenn der Durchschnittsleser gegenüber Homosexualität unvoreingenommen ist, ein politisch oder religiös fundamentalistisches Zehntel der Leserschaft aber allen Homosexuellen Böses wünscht? Es besteht jedenfalls *primär* die Gefahr, dass die Richter aus falsch verstan-

dener *political correctness* oder aufgrund ihres eigenen Horizontes Probleme negieren, die nach wie vor in beachtlich grossen Gruppen existieren. *Sekundär* droht nach deutschem Vorbild die Negierung aller Probleme mit folgendem Zirkelschluss: *Weil das Gesetz alle Probleme beseitigt hat und Diskriminierung verbietet, kann der Homosexualitätsvorwurf keinen Schaden mehr anrichten.*²⁶ Der richtige Lösungsansatz muss darin bestehen, auf diejenigen kleineren, aber doch noch relevanten Kreise abzustellen, die auf das Outing mit Hass, Gewalt oder Ausgrenzung reagieren. Es handelt sich dabei um jene Kreise, die das Outing zu weiteren, im Alltag störenden Persönlichkeitsverletzungen veranlassen kann. Diese *Theorie der engeren Kreise* lässt sich teilweise mit SENN erklären. Er wünscht die Beurteilung der Persönlichkeitsverletzung als Tatfrage anhand der *tatsächlichen Leserschaft*. Dabei stützt er sich auf einen Entscheid des OLG München.²⁷ Dieses Gericht stellte bei der Beurteilung einer Publikation auf einen bestimmten und bestimmbar Teil im Umfang von 8% der Leserschaft einer bestimmten Zeitschrift ab.²⁸

Auch wenn der Homosexualitätsvorwurf zutrifft, kann es auf die *Art der Mitteilung* ankommen: Das Bundesgericht hatte noch vor nicht allzu langer Zeit die *Fotomontage* des Kopfes des homosexuellen Sängers Michael von der Heide auf dem Körper der Sängerin Lena im «Blick» zu beurteilen (Urteil BGer 5A_376/2013). Es schützte den bezirksgerichtlichen Entscheid, dass die Darstellung eines Mannes als Frau stets persönlichkeitsverletzend sei, unabhängig von dessen sexueller Orientierung, hielt aber fest, dass diese Bezeichnung bei homosexuellen Männern *besonders ehrverletzend* sei (E. 4.1–4.4). Die Fotomontage bilde den Sänger in der Wahrnehmung des *Durchschnittslesers* als das ab, was abwertend unter dem Begriff «Tunte», mithin ein Homosexueller mit affektiert femininem Gebaren, bekannt sei (E. 4.3) und setze ihn in seinem gesellschaftlichen, aber auch in seinem beruflichen Interesse herab (E. 4.4). Bezeichnet man Michael von der Heide als homosexuell, stellt dies kein Problem dar, weil er kein Geheimnis daraus macht. Stellt man ihn als Frau dar, so ist dies offenbar wegen der *Tunten-Assoziation* ehrverletzend. Diese Schlussfolgerung ist unseres Erachtens zumindest fraglich. Die Bezeichnung eines Mannes als Frau stellt – erst recht im Zusammen-

²³ Vgl. die Hinweise bei FN 4.

²⁴ CHK-REGINA AEBI-MÜLLER, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. A., Zürich 2012, ZGB 28 N 18; Urteil BGer 5A_78/2007, E. 4; BGE 127 III 481 ff., 488, E. 2bb; BGE 103 IV 157 ff., 158, E. 1.

²⁵ Vgl. SENN (FN 13), medialex 1998, 150 ff. und THOMAS GEISER, Zivilrechtliche Fragen des Kommunikationsrechts, medialex 1996, 203 ff., 205 f.; BGer 5A_376/2013, E. 3.2, Urteil BGE 132 III 641 ff., 644, E. 3.1, BGE 126 III 209 ff., 213, E. 3a.

²⁶ So geschehen in OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 18. Juni 2002 – 11 U 44/01, GRUR-RR 2003, 122 ff., 123 und LG Tübingen, Urteil vom 18. Juli 2012 – 24 Ns 13 Js 10523/11, NSTZ-RR 2013, 10.

²⁷ SENN (FN 13), medialex 1998, 152 f. und MISCHA SENN, Satire und Persönlichkeitsschutz, Diss. Zürich 1997, Bern 1998, 69 f.

²⁸ OLG München, Urteil vom 19. Juni 1997 – 29 U 5606/96 in NJWE-WettBR 1997, 276.

hang mit einer humoristischen Berichterstattung²⁹ mit Fotomontage – unseres Erachtens keine Herabsetzung dar. Nach der bundesgerichtlichen Logik dürfte es auch nur in frauenfeindlichen Kreisen ehrverletzend sein, einen Mann als Frau zu bezeichnen. Die Gerichte wollten wohl zeigen, dass sie abschätzig Bezeichnungen wie z.B. Tunte, Schwuchtel oder schwule Sau³⁰ als Persönlichkeitsverletzung erfassen, was ohne Zweifel Zustimmung verdient. Sie schossen dabei aber über das Ziel hinaus, denn sie mussten die entsprechenden Assoziationen zuerst selber herstellen – unseres Erachtens hat der Blick Michael von der Heide niemals als «Tunte» bezeichnet –, nicht für den Durchschnittsleser und nicht für kleinere Gruppen nach der Theorie der engeren Kreise.

3. Privatsphäre

Der Persönlichkeitsschutz der Privatsphäre differenziert zwischen geheimen, privaten und öffentlichen Sphären.³¹ Die Geheimsphäre gewährt den höchsten Schutz – da die Rechtsprechung allerdings schon mehrfach Rechtfertigungsgründe auch bei Verletzungen des Geheimbereichs geprüft hat, existiert auch hier *kein absoluter Schutz*, wenn entsprechend *gewichtige Rechtfertigungsgründe* vorliegen.³² Umstritten ist, ob die Abgrenzung der Sphären nach objektiven oder subjektiven Kriterien zu erfolgen hat. Umstritten ist auch, ob sich der subjektive Ansatz zusätzlich auf das vom Datenschutz herrührende «*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*» stützen lässt.³³ Glücklicherweise passt die nicht geoutete Homosexualität schon nach allen objektiven Beschreibungen zum Geheimbereich – Zweifel kommen einzig deshalb auf, weil *Heterosexualität* kaum geheim ist, doch liegt gerade in den vergangenen und gegenwärtigen Proble-

men der Schlüssel zur unterschiedlichen Behandlung.³⁴ Beim Geheimbereich bedarf es zusätzlich noch einer Unbekanntheit der Information: *Doch wie bestimmt sich, was bekannt ist?* Sipple hat sich auf den Schutz des Geheimbereichs berufen, obwohl seine Homosexualität in Homo-Kreisen breit bekannt und sogar in *gay magazines* nachzulesen war – irgendwie hatte er es in jener Zeit vor Einführung des Internets geschafft, dass sein familiäres Umfeld davon nichts wusste. Der Richter ging dennoch von einer öffentlich bekannten Tatsache aus.³⁵ Bejaht ein Richter die Bekanntheit der Homosexualität zu schnell, kann dies zum gesellschaftlichen Rückzug derjenigen Homosexuellen führen, die auf den Schutz der Privatsphäre nicht verzichten wollen.³⁶ Hilfe leistet auch hier die vorne beschriebene *Theorie der engeren Kreise*, die nicht nur bei der Beurteilung der Ehrverletzung, sondern auch des Geheimnischarakters auf den enger definierten Kreis abstellt. Wenn Sipple in zwei verschiedenen, nicht überlappenden Gesellschaftskreisen gelebt hat, sollte ein Richter den Geheimnischarakter auch anhand dieses *relativen Massstabes* bejahen.³⁷

4. Rechtfertigungsgründe

Liegt ein Rechtfertigungsgrund vor, ist eine Persönlichkeitsverletzung nicht widerrechtlich (Art. 28 Abs. 2 ZGB). Dafür kommen die konkludente Einwilligung sowie überwiegende öffentliche und private Interessen in Frage. Dabei interessieren insbesondere die *gay and lesbian awareness* sowie das *role model concept*.

Liegt bereits eine *konkludente Einwilligung* vor, wenn nicht geoutete Homosexuelle öffentliche Veranstaltungen der *gay community* besuchen? Ein Urteil des LG München aus dem Jahre 2005 beurteilte das Zwangsouting eines Münchner Homosexuellen, der den *Christopher Street Day 2002* in Nürnberg zusammen mit seinem Lebenspartner besucht hatte.³⁸ Dort schoss ein Fotograf heimlich ein Bild des sich innig umarmenden Paares im Rahmen einer

²⁹ Problematisch ist das Urteil BGer 5A_376/2013 überdies, weil es dem Blick pauschal die Rechtfertigung der Satire verweigert hat (E. 5.2.2 f.).

³⁰ LG Köln, Urteil vom 5. Juni 2002 – 28 O 12/02, ZUM 2003, 325 ff., 327 und LG Tübingen, Urteil vom 18. Juli 2012 – 24 Ns 13 Js 10523/11, NSTZ-RR 2013, 10.

³¹ CHK-AEBI-MÜLLER (FN 24), ZGB 28 N 22; BGE 118 IV 41 ff., 45, E. 4.

³² Zur Kontroverse eingehend REGINA AEBI-MÜLLER, Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, Habil. Bern 2005, N 527 ff., insb. 529 und MICHAEL SCHWEIZER, Recht am Wort, Diss. Luzern 2011, Bern 2012, N 137, Fn. 401; vgl. Urteil BGer 5C.83/2002, E. 3.1, BGE 119 II 222 ff., 225 sowie LG München, Urteil vom 21. Juli 2005, 70 4742/05, E. A.I.

³³ Zielführend kann der subjektive Massstab alleine nicht sein, weil er angesichts des absoluten Informationsverbots über das Ziel hinauschießt, indem er für jeden noch so geringen Eingriff einen Rechtfertigungsgrund verlangt; vgl. AEBI-MÜLLER (FN 32), N 521 f., 597 ff., 611 ff.; vgl. aber BGE 127 III 481 ff., 492 f., E. 3.

³⁴ BGE 118 IV 41 ff., 45, E. 4; HEINZ HAUSHEER/REGINA AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. A., Bern 2012, N 12.119; vgl. ELWOOD (FN 6), 102 Yale L.J., 766 f.

³⁵ *Sipple v. Chronicle Publishing Co.* (1984), 154 Cal. App. 3d 1040 ff., 1047 f.; dasselbe gilt für den amerikanischen Entertainer *Liberace*, dessen Homosexualität nur in schwulen Kreisen bekannt war (RUSCH [FN 8], AJP/PJA 2014, 1276).

³⁶ Vgl. HILARY E. WARE, *Celebrity privacy rights and free speech: recalibrating tort remedies for «outed» celebrities*, 32 Harv. C.R.-C.L.L. Rev. 449 ff., 481 und MORETTI (FN 6), 11 Cardozo Arts & Ent LJ, 888 f.

³⁷ Passend AEBI-MÜLLER (FN 32), N 746–749; vgl. BGE 118 IV 41 ff., 46, E. 4a.

³⁸ LG München, Urteil vom 21. Juli 2005, 70 4742/05.

Strassenszene. Eine auflagenstarke Zeitschrift manipulierte das Bild so, dass man nur noch das Paar erkennen konnte und schrieb 2004 dazu: «Trotz aller Offenheit, mit der grosse Teile der Gesellschaft inzwischen schwulen Pärchen begegnen: 60 Prozent der Schwulen erleben immer noch Situationen, in denen sie grosse Angst haben, als Homosexueller erkannt zu werden.» Der Bericht handelte nicht vom Christopher Street Day. Durch diesen Artikel erfuhren die Eltern des Klägers, die den Zeugen Jehovas angehören, sowie sein weiteres Umfeld und insbesondere seine Kundschaft erstmals von seiner Homosexualität. Der Kläger hatte bis anhin nur seine engsten Freunde eingeweiht und die Teilnahme an öffentlichen Anlässen der *gay community* in seiner Heimatstadt vermieden. Die beklagte Zeitschrift machte geltend, der Kläger habe an besagtem Umzug teilgenommen, um sich zu outen. Ferner stelle die Teilnahme eine konkludente Einwilligung in die Veröffentlichung des Bildes dar. Das Landgericht München hiess die Klage gut. Es führte aus, auch im Zeitalter einer immer weiter fortschreitenden Liberalisierung der Gesellschaft gehöre das soziale und berufliche Outing zum *Intimbereich*, bei dem Eingriffe nur in extremen Ausnahmefällen gerechtfertigt seien. Wer an einem Umzug wie dem Christopher Street Day teilnehme, wolle sich nicht unbedingt outen und gebe keineswegs sein Einverständnis zur Publikation manipulierter Bilder und schon gar nicht zu Mutmassungen über seine sexuelle Orientierung ab. Das Bild hätte man somit *in nicht manipulierter Form* einzig für die *Berichterstattung über diesen konkreten Umzug* verwenden dürfen (vgl. § 23 Abs. 1 Ziff. 3 KunstUrhG).

Als weiterer Rechtfertigungsgrund gilt insbesondere das *überwiegende öffentliche Interesse*.³⁹ Ein zwangsweises Outing ist allerdings nur dann gerechtfertigt, wenn die betreffende Person tatsächlich homosexuell ist. Der Informationsauftrag der Presse erlaubt es nicht, unwahre persönlichkeitsverletzende Nachrichten zu veröffentlichen.⁴⁰ Darin besteht ein grundlegender Unterschied zum Strafrecht, wo eine unwahre Tatsachenbehauptung aufgrund des Gutgläubensbeweises straflos bleiben kann.⁴¹ Voraussetzung ist ein aktuelles Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit. Es ist evident, dass sich berühmte Persönlichkeiten weitergehende Eingriffe in ihre Persönlichkeit gefallen lassen müssen als Privatpersonen, doch ist eine Information nur solange relevant, als ein Zusammenhang zur betreffenden Stellung der Person vorhanden

ist.⁴² Solche Fälle sind denkbar, wenn sich beispielsweise ein homosexueller Politiker, Beamter oder Geistlicher abschätzig über Homosexuelle äussert oder diesen nicht dieselben Rechte oder keine Hilfe im Kampf gegen HIV gewähren will.⁴³ Der geheim homosexuelle Pete Williams war 1991 Sprecher und hoher Beamter des US-Verteidigungsdepartements. Gerechtfertigt wäre sein Outing ohne Zweifel, wenn er selbst den damals anwendbaren Ausschluss Homosexueller aus den Streitkräften verteidigt hätte. Dies war nicht der Fall, doch lieferte er auch so den besten Beweis dafür, dass Homosexuelle kein Sicherheitsrisiko für die Armee darstellen.⁴⁴ Die Rechtfertigung, dass er das System *still mitträgt oder dagegen nicht vorgeht*, überzeugt nur in Extremfällen oder bei Vorliegen eines Unrechtsregimes, gegen das sonst keine Angriffsflächen offen stehen. Es wäre in einer funktionierenden Demokratie fragwürdig, den politischen Kampf auf dem Rücken der betroffenen Privatpersonen auszufechten, doch handelt es sich hier um *Grenzfälle*. In solchen Fällen eignen sich für die Abwägung privater und öffentlicher Interessen die vom EGMR aufgezählten, nicht abschliessenden Kriterien: «(i) *contribution to a debate of general interest*; (ii) *how well known is the person concerned and what is the subject of the report?*; (iii) *prior conduct of the person concerned*; (iv) *method of obtaining the information and its veracity/circumstances in which the photographs were taken*; (v) *content, form and consequences of the publication*.»⁴⁵ Anhand dieser Kriterien erfolgte die Beurteilung der Berichterstattung über die homosexuellen Aktivitäten im Priesterseminar St. Pölten in Österreich. Der EGMR und die österreichischen Gerichte urteilten im Falle des bekannten Seminarleiters Küchl, der sich zu Fragen von Kirche und Homosexualität selber nicht geäussert hatte, dass dessen Namensnennung zulässig sei. Das öffentliche Interesse lag angesichts der homosexuellen Aktivitäten im Seminar, des damit verbundenen Widerspruchs zur katholischen Lehre und des dort festgestellten Konsums von Kinderpornografie vor. Die Gerichte akzeptierten indes die Veröffentlichung einer während einer privaten Feier aufgenommenen Fotografie nicht. Diese Aufnahme zeigt Küchl – bewusst in die Kamera blickend – mit der Hand auf dem Schritt eines Seminaristen.⁴⁶ Als klar persönlichkeitsverletzend erachteten die französischen Richter die Paparazzibilder und

⁴² AEBI-MÜLLER (FN 32), N 796.

⁴³ MORETTI (FN 6), 11 Cardozo Arts & Ent LJ, 858 ff.

⁴⁴ ELWOOD (FN 6), 102 Yale L.J., 774; MORETTI (FN 6), 11 Cardozo Arts & Ent LJ, 860, Fn. 16.

⁴⁵ EGMR, Urteil vom 4. Dezember 2012, *Küchl v. Austria*, 51151/06, N 67.

⁴⁶ Zur prozessualen Vorgeschichte EGMR (FN 45), N 9–25; zur Abwägung im konkreten Fall N 70 ff.

³⁹ Vgl. BGer 5A_376/2013, E. 3; CHK-AEBI-MÜLLER (FN 24), ZGB 28 N 32; AEBI-MÜLLER (FN 32), N 243.

⁴⁰ RIKLIN (FN 14), ZStR 1983, 49. Diesfalls nehmen die Gerichte oft gar keine Prüfung allfälliger Rechtfertigungsgründe vor, vgl. BGE 126 III 209 ff., 213, E. 3a und AEBI-MÜLLER (FN 32), 792.

⁴¹ RIKLIN (FN 14), ZStR 1983, 49.

die Berichterstattung über den Vizepräsidenten des *Front National*, die diesen während eines heimlich auf Schritt und Tritt verfolgten Liebeswochenendes in Wien als Homosexuellen outeten.⁴⁷

Rosa von Praunheim hat Hape Kerkeling geoutet, um die öffentliche Aufmerksamkeit für die Homosexualität, die *gay and lesbian awareness*, zu fördern.⁴⁸ Die Tauglichkeit dieses Rechtfertigungsgrunds ist höchst zweifelhaft, denn die Beurteilung erfolgt aufgrund einer Abwägung der öffentlichen und der privaten Interessen.⁴⁹ So edel die Absichten, so gravierend können die Konsequenzen für die Betroffenen sein. So wollte zum Beispiel Sipples Familie nach dem Outing nichts mehr mit ihm zu tun haben. ELWOOD bringt es auf den Punkt: «*Under present circumstances, public disclosure can destroy lives while accruing only marginal gains for gay rights. The only lasting effect is the burden on the target.*» ELWOOD spricht dort auch von einem «*quick fix*», indem die Rechte Homosexueller für einige Tage oder Wochen Aufmerksamkeit erhalten, während die betroffenen Individuen einen zu hohen, vielleicht sogar lebenslang andauernden Preis bezahlen.⁵⁰

Eine weitere Rechtfertigung könnte schliesslich im sogenannten *role model concept* bestehen. Vorurteile gegen Homosexuelle nehmen ab, wenn die Öffentlichkeit erfährt, dass beliebte, erfolgreiche oder mächtige Personen homosexuell sind. Auch könnte dies helfen, den Mangel an Vorbildern für junge Homosexuelle zu beseitigen.⁵¹ Mit dieser Absicht haben die Medien Oliver Sipple und teilweise auch Pete Williams geoutet – *doch taugen diese Männer wirklich als Vorbilder, wenn man sie zwangsweise outen muss?* Gleich wie bei der Förderung der *gay and lesbian awareness* stellt das Bedürfnis nach homosexuellen Vorbildern nicht automatisch eine Rechtfertigung eines unfreiwilligen Outings im Sinne eines übergeordneten Interesses dar.⁵² Mittlerweile gibt es auch eine beträchtliche Zahl Homosexueller, die freiwillig als Vorbilder dienen können. Das *role model concept* stammt deshalb aus einer vergangenen Zeit und sollte heute keine Anwendung mehr finden.

⁴⁷ Tribunal de grande Instance de Paris, Ordonnance de référé, 14/60966, 24.12.2014, *Philippot c. S.A.S. Mondadori Magazines France*, 4 f.

⁴⁸ Vgl. Edle Absicht, *Der Spiegel* 51/1991, 212 f., 212; vgl. WARE (FN 36), 32 *Harv. C.R.-C.L.L. Rev.*, 454 ff.; vgl. ELWOOD (FN 6), 102 *Yale L.J.*, 766 f.

⁴⁹ AEBI-MÜLLER (FN 32), N 243 ff., insb. 271.

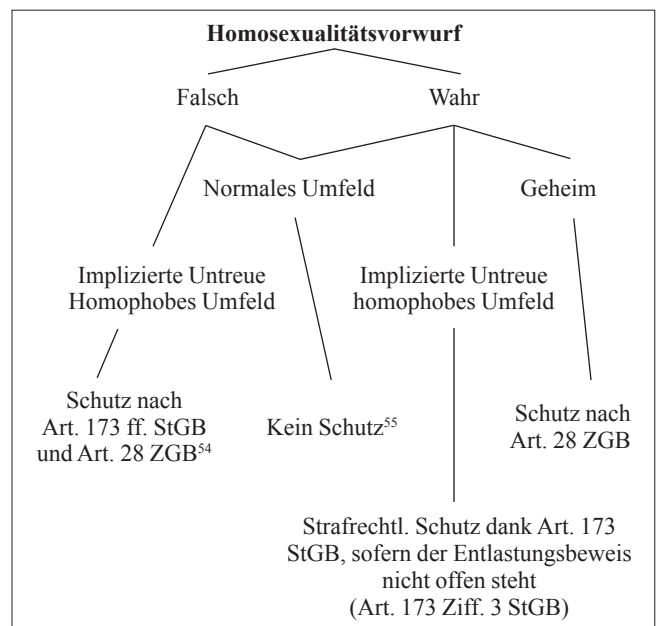
⁵⁰ ELWOOD (FN 6), 102 *Yale L.J.*, 767 f.

⁵¹ WARE (FN 36), 32 *Harv. C.R.-C.L.L. Rev.*, 456 f.; ELWOOD (FN 6), 102 *Yale L.J.*, 772 f.; MORETTI (FN 6), 11 *Cardozo Arts & Ent LJ*, 858; *Sipple v. Chronicle Publishing Co.* (1984), 154 *Cal. App.* 3d 1040 ff., 1049.

⁵² WARE (FN 36), 32 *Harv. C.R.-C.L.L. Rev.*, 457.

IV. Fazit

Ist der Homosexualitätsvorwurf wahr, fokussiert sich die zivilrechtliche Prüfung auf die Frage, ob der Geheimbereich der betroffenen Person tangiert ist. Stimmt der Vorwurf nicht, richtet sich die Prüfung auf die Frage, ob ein Angriff auf die Ehre vorliegt. Massstab der Prüfung, ob die Ehre verletzt ist und ob der Geheimbereich betroffen ist, bildet unseres Erachtens beide Male die *Theorie der engeren Kreise*. Nicht wie bei den Gerichten ein Durchschnittsleser, sondern die *kleinste, noch relevante Gruppe* unter den Lesern muss dafür relevant sein. Erfolgt das Outing mit herabsetzenden Ausdrücken, ist die Persönlichkeitsverletzung evident. Im Strafrecht gibt es bei einem wahren Outing die Möglichkeit, den Entlastungsbeweis gemäss Art. 173 Ziff. 3 StGB auszuschliessen. Bei einem falschen Outing besteht ein Schutz nur, wenn das Opfer in einem homophoben Umfeld lebt oder der Vorwurf die eheliche Untreue impliziert. Bei der zivil- und strafrechtlichen Prüfung können rechtfertigende Gründe vorliegen, welche die Widerrechtlichkeit aufheben. Im Strafrecht kommt, anders als im Zivilrecht, der Entlastungsbeweis gemäss Art. 173 Ziff. 2 StGB hinzu.⁵³



⁵³ Zur Frage, ob der strafrechtliche Entlastungsbeweis auch im Zivilrecht gilt, vgl. RIKLIN (FN 14), *ZStrR* 1983, 49 ff. und BSK-RIKLIN (FN 9), StGB 173 N 31, m.w.H.

⁵⁴ Falsche Tatsachenbehauptungen sind unabhängig von der Ehrerührigkeit persönlichkeitsverletzend, wenn sie das Opfer in einem *falschen Licht* erscheinen lassen (vgl. AEBI-MÜLLER [FN 32], N 673). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bedarf es indes für die Bejahung einer Persönlichkeitsverletzung stets einer *empfindlichen Herabsetzung im Ansehen der Mitmenschen* (vgl. BGE 126 III 305 ff., 307 f.).

⁵⁵ Vgl. vorne, FN 54.