



Regula Bähler, lic. iur., Rechtsanwältin Zürich, Mitglied der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen UBI 2001 – 2012, Dozentin für Medienrecht am MAZ Die Schweizer Journalistenschule Luzern

r.baehler@creativelaw.ch

Der Retweet-Button, meine 157 Follower und ich

Résumé Etant donné qu'il n'existe aucune jurisprudence relative à la responsabilité légale pour Retweets, pour la diffusion des brefs messages d'autres par le biais de Twitter, beaucoup laisse à penser que les critères définis et mises en place pour links seraient applicables aux Retweets. Il est donc essentiel de savoir si le Retweeter s'approprie les contenus du premier message, que ce soit en créant un commentaire ou en ajoutant un remarque de refus, soit parce que il résulte des circonstances de l'espèce que le Retweeter ne partage pas l'avis du message diffusé.

Franziskus (Papst) hat über Weihnachten 2013 die Elf-Millionen-Grenze geknackt und spielt in der selben Liga wie Barca (FC Barcelona). Er ist ähnlich beliebt wie Christina (Aguilera). Barack (Obama) hat aber immer noch viermal so viele: Follower nämlich, Nutzerinnen und Nutzer des Microblogging-Dienstes Twitter, welche seinen Kurzmeldungen folgen, welche diese abonniert haben. Allerdings, so ein Bericht der britischen Zeitung «Daily Mail», soll nur etwa ein Fünftel von Obamas Followern echt sein, die anderen Faker oder Inaktive. Wie auch immer: Franziskus verzeichnet dafür viel mehr Retweets, allein auf jeden spanischen Tweet um die 11 000, auf englische gut 8000. – Das heisst, so viele seiner Follower leiten seine Tweets an ihre eigenen Follower weiter. – Während der Papst noch in sieben weiteren Sprachen twittert, muss sich Obama mit insgesamt durchschnittlich 2300 Retweets bescheiden. Angesichts solcher Verhältnisse soll Franziskus der einflussreichste politische Twitterer überhaupt sein. Jedenfalls muss er sich hienieden kaum vor einem Gericht verantworten, wenn er etwa schreibt: «Der Kampf gegen das Böse ist lang und schwierig. Es ist unerlässlich, ständig zu beten und beharrlich zu sein.»

Das Böse lauert in anderen Tweets. In jenen, welche – zu gespitzt auf maximal mögliche 140 Zeichen – persönlichkeitsverletzend sind, rassistisch, eine Drohung enthalten, gegen den lauterer Wettbewerb verstossen oder sonst widerrechtlich formuliert sind oder einen Link zu unerlaubten Inhalten setzen. Unabhängig davon, ob der sich abzeichnende Trend, einen Tweet als «Favorite» zu markieren, sich auch durchsetzt: wer auf Twitter Informationen und Unterhaltendes mit anderen tei-

len will, wird wie gehabt den Retweet-Button betätigen. Und da fragt sich, ob man sich bei rechtlich fragwürdigen Inhalten in dieselbe Risikozone begibt wie die Verfasser der ursprünglichen Kurznachricht.

I. Retweeten und die Aneignung fremder Inhalte

Ein Retweet ist nichts Anderes als das Weiterleiten respektive Weiterverbreiten oder Vervielfältigen einer Nachricht oder eines Links – in der Regel mit dem Zusatz «RT@». Dies kann eins zu eins geschehen, ohne dass zum Tweet noch etwas geschrieben wird, oder es wird ein Kommentar angebracht, soweit dies in der gebotenen Kürze machbar ist. Diese Unterscheidung ist rechtlich von Bedeutung.

Zwar gibt es weder in der Schweiz noch in Deutschland, wohin hiesige Richterinnen und Richter bei der Beurteilung derartiger Fragen gerne blicken, punkto Tweets eine auch nur annähernd gefestigte Spruchpraxis. Und zu Retweets, soweit überschaubar, überhaupt keine. Da ist es naheliegend, Erkenntnisse im Zusammenhang mit dem Setzen von Links heranzuziehen, was in Deutschland und Österreich regelmässig getan wird. Daraus stammt die Faustregel: «Wer aktiv verlinkt, macht sich die Inhalte zu eigen.» Gemeint sind jene Inhalte, auf die ein Link verweist. Aktiv verlinken ist in diesem Zusammenhang gleich bedeutend wie Anmerkungen anbringen, welche darauf schliessen lassen, dass die Inhalte, auf welche mit dem Link verwiesen wird, mitgetragen werden. Zum selben Ergebnis ist eine Einzelrichterin am Bezirksgericht Zürich gelangt, die sich in einem ausführlichen begründeten Urteil mit dieser Praxis auseinander gesetzt hat. Es ging um einen Fall von Deep Links, welche zu Websites führten, die ihrerseits mit Websites rassistischen Inhalts verlinkt waren. Der für den fraglichen Link verantwortliche Betreiber der Website ist vom Vorwurf der Rassendiskriminierung freigesprochen worden, da sich aus den Umständen – insbesondere der Einbettung des fraglichen Links in eine Kritisierung von Publikationsrichtlinien – klar ergeben hatte, dass dieser das verpönte Gedankengut nicht teilte. Ausserdem sei es ihm nicht zuzumuten gewe-

Regula Bähler Der Retweet-Button, meine 157 Follower und ich

sen, alle weiterführenden Links auf einer verlinkten Seite zu überprüfen. (Bezirksgericht Zürich, Urteil vom 10.09.2002, im Wortlaut unter «Keine Rassendiskriminierung durch Links» in Jusletter vom 04.11.2002).

Somit kommt es bei der Frage, ob jemand, der Links zu fremden Inhalten setzt, auch zivil- und/oder strafrechtlich für letztere verantwortlich gemacht werden kann, auf die Umstände des konkreten Einzelfalles an. Ein allgemeiner Haftungsausschluss in Form eines anklickbaren Disclaimers reicht nach Auffassung deutscher Gerichte für eine Distanzierung nicht aus. Je nachdem kann es aber genügen, den Link mit einer knappen Bemerkung zu versehen, damit die fremden Inhalte nicht zu eigen gemacht werden. Das muss auch für Retweets gelten, die den vorgegebenen Rahmen von maximal 140 Zeichen genau so wenig sprengen können wie Tweets. Indes sind die wenigen Worte gut zu wählen. Ein Fingerzeig wie «sehr interessant» kann zivilrechtlich ziemlich direkt in dieselben Haftungsbereiche führen, in denen sich der Erstverbreiter aufhält. Strafrechtlich liegt die eventualvorsätzliche Inkaufnahme gefährlich nahe.

II. Risikozone unkommentierte Retweets

Letztlich muss auch für das gerichtlich praktisch noch unbeackerte Feld der unkommentierten Retweets gelten. Es kommt auf die Umstände des Einzelfalles an, ob jemand einer weiterverbreiteten Mitteilung zustimmend gegenüber steht und sich diese zu eigen macht oder ob aus dem Kontext auf eine Distanzierung zu schliessen ist. Dazwischen liegen die Fälle der neutralen Retweets, die keine weiteren Folgerungen auf die Gegebenheiten zulassen. Wer mithin einfach so den Retweet-Button betätigt, bewegt sich haftungsmässig auf glattem Parkett, wenn die ursprüngliche Meldung widerrechtlich ist.

Das betrifft insbesondere auch das blosser Retweeten von Falschmeldungen. Wie riskant dies ist, erlebten in Grossbritannien Abertausende, die eine Meldung der BCC retweeteten. Der zufolge war Lord Robert McAlpine, der ehemalige Tory-Politiker und Schatzmeister unter der Regierung Thatcher, zwar nicht namentlich, aber identifizierbar mit Kindsmisbrauch in Verbindung gebracht worden. Und er kämpfte bis zu seinem Tod im Januar 2014 mit etlichem Erfolg um seine verlorene Ehre. Zumindest musste der damalige BBC-Generaldirektor zurücktreten und der Sender eine Entschädigung in der Höhe von umgerechnet Fr. 300'000.– entrichten. Daraufhin drohte der Lord rund 10'000 Twitterern und Retweatern eine Verleumdungsklage an und forderte von jeder und jedem ein Schmerzensgeld von fünf britischen Pfund, knapp Fr. 7.50, und eine Entschuldigung – gleichsam als Erziehungsmassnahme. Denn ums Geld sei es ihm nicht gegangen. Viele Twitter-Freunde lenkten schon mal vorsorglich ein, entfernten die inkriminierten Mitteilungen, gaben öffentlich kund, dass ihnen die unbedachte Weiterverbreitung der unwahren Erstmeldung leid tue und spendeten zugunsten einer wohltätigen Organisation. Deshalb engte McAlpine den Gerichtsweg auf High Profile Tweeters und Retweeters ein, auf solche mit mehr als 500 Followern. Darunter finden sich etliche Prominente, wie etwa der Comedian Alan Davies mit 450'000 Followern, der getwittert hatte: «Irgendwelche Anhaltspunkte wer der Tory-Pädophile ist?» Später liess er

einen Retweet folgen, in dem McAlpine namentlich genannt wurde. Vor Gericht einigte sich der Comedian Ende Oktober 2013 mit dem Lord auf eine Entschädigung in der Höhe von etwas über Fr. 20'000.–, welche ebenfalls einem karitativen Zweck zukommt. – McAlpine beschränkte seine Erziehungsmassnahmen aufs britische Königsreich. Er hätte auch in anderen Ländern klagen können, in denen einschlägige Tweets und Retweets ihre Wirkung entfalteteten, am Erfolgsort.

II. Der Schleier der Anonymität bleibt ungelüftet

Die rechtliche Inanspruchnahme der Verfasserinnen oder Weiterleiter von Kurzbotschaften scheitert des öfteren, weil nicht klar ist, wer sich hinter Bezeichnungen wie «Im8NRvJmk7» oder «wagenheber» verbirgt. Ebenso wenig ist klar, ob Twitter gerichtlichen Verdikten auf Offenlegung der Pseudonyme Folge leisten wird. So ist in Paris anfangs 2013 ein mittlerweile von der Berufungsinstanz bestätigtes Urteils ergangen, in dem Twitter verpflichtet wurde, die Namen von Nutzern zu nennen, die ein Jahr zuvor mit antisemitischen und rassistischen Äusserungen Teil einer Welle von Hassbotschaften waren. Zwar sperrte Twitter auf Intervention einige der entsprechenden Meldungen für Nutzerinnen und Nutzer aus Frankreich. Das Unternehmen mit Sitz in Kalifornien, welches in Frankreich keine Büros betreibt, stellt sich bislang aber auf den Standpunkt, dass die Angelegenheit nach amerikanischem Recht zu beurteilen sei, weil die Daten letztlich in den USA gespeichert würden. Dem zufolge könnte es durchaus sein, dass die fraglichen Botschaften von der Meinungsäusserungsfreiheit gedeckt würden. Weitere Massnahmen als Länderfilter zu aktivieren hat Twitter, so weit bekannt, in Europa jedoch nirgends getroffen.

Auch dem Verteidigungsdepartement VBS ist es nicht gelungen, obwohl es laut Auskunft gegenüber SRF 3 mehrfach bei Twitter intervenierte, den falschen Bundespräsidenten zu stoppen, der unter dem Namen Ueli Maurer mit gut 1000 Followern über ein Jahr lang Botschaften in die Welt hinaus gesandt hatte, herumkommandiert von SVP-Nationalrat Christoph Blocher. Nachdem die Medien die Geschichte im Oktober 2013 aufgriffen, entfernte der falsche Ueli Maurer die Foto des richtigen wie auch das VBS-Logo und verabschiedete sich mit den Worten: «Somit schliessen wir den Vorhang!» Gerade noch rechtzeitig, bevor die Vorstellung rechtliche Schritte provozierte.

Zusammenfassung Zur rechtlichen Verantwortlichkeit für Retweets, dem Weiterverbreiten fremder Kurzbotschaften über Twitter, existiert noch keine Gerichtspraxis. Es spricht jedoch einiges dafür, dass die Grundsätze, welche für Links entwickelt worden sind, auch für Retweets gelten. Es kommt also darauf an, ob sich der Retweeter die Inhalte der Erstmeldung zu eigen macht, sei es durch Kommentare oder distanzierende Bemerkungen, oder dass sich aus den konkreten Umständen ergibt, dass der Retweeter die weiterverbreitete Äusserung nicht mitträgt.

Bertil Cottier, prof., Université de la Suisse italienne et Université de Lausanne
bertil.cottier@lu.unis.ch

Le droit de la personnalité à la dure épreuve du numérique

Zusammenfassung La révolution numérique et l'avènement d'Internet, en particulier des réseaux sociaux, ont profondément affaibli la protection de la vie privée. Les normes topiques sont aujourd'hui insatisfaisantes, car imprécises et dépassées ; elles sont aussi devenues plus difficiles à mettre en œuvre en raison du grand nombre d'atteintes qui proviennent de l'étranger ou de l'anonymat de leurs auteurs. Certes quelques remèdes peuvent être apportés; reste qu'il faudra s'habituer à vivre avec moins de sécurité et de prévisibilité juridiques qu'auparavant.

«Welcome to the future, where everything about you is saved. A future where your actions are recorded, your movements are tracked, and your conversations are no longer ephemeral. A future brought to you not by some 1984-like dystopia, but by the natural tendencies of computers to produce data.»

Bruce Schneier¹

I. Introduction

Notre contribution couche sur papier une conférence donnée lors d'un symposium, organisé, au printemps 2013, par la Section suisse de la Commission internationale des juristes et consacré aux menaces que les nouvelles technologies de communication font planer sur la vie privée. Le titre de cette conférence était identique à celui du présent article, à cela près qu'il était complété par un sous-titre en forme de clin d'oeil: Adieu le droit déterministe, bonjour le droit quantique! La provocation n'ayant pas sa place dans un écrit scientifique, supposé réfléchi et pondéré, ce sous-titre a été retiré². Cela dit, le signal qu'il donnait n'a rien perdu de sa pertinence: la révolution numérique a profondément précarisé notre système juridique, à commencer par nos instruments de protection de la vie privée.

Précarisé, parce que, nous le verrons plus en détails par la suite, la communication, virtuelle et sans frontières, qu'Internet a générée, pose des défis, inédits et ardu, à nous autres hommes de loi, habitués à œuvrer dans un environnement stable, aux contours distinctement tracés. Or voici que nos fondamentaux – territorialité et prévisibilité du droit en tête – sont mis-à-mal par un progrès technologique fulgurant;

nous voilà désormais dans un flou, qui n'a rien d'artistique, mais qui nous contraint à repenser notre manière de dire le droit. D'où ce sous-titre qui faisait référence au fameux principe d'indétermination dégagé par Werner Heisenberg, voici bientôt un siècle. Postulant que l'on ne peut pas connaître simultanément la position et la vitesse d'une particule, le physicien allemand a bouleversé les canons de la science et ouvert la voie au lot d'incertitudes de la mécanique quantique.

Faute de place, notre présentation des aléas du droit de la personnalité dans l'univers numérique ne pourra être que sommaire, reposant sur une argumentation développée à grands traits et étayée par l'un ou l'autre exemple frappant. Certains d'entre eux dérivent directement de la problématique de la protection de la vie privée et de l'honneur, d'autres plus généralement de ce que l'on appellera le droit du cyberspace. L'indétermination qui règne aujourd'hui n'est en effet pas le propre du seul droit de la personnalité, mais relève plus généralement des carences du droit l'Internet.

II. Da mihi facta, dabo tibi ius

On ne présente plus cet adage du droit romain qui veut que le préteur, une fois que les faits lui ont été clairement exposés, énonce, sans hésitation aucune, le droit qui leur est applicable. Une maxime qui résume parfaitement la situation à laquelle étaient confrontés non seulement les juristes de l'ancien temps, mais aussi ceux des temps modernes avant l'irruption des nouvelles technologies de communication. En bref, jusqu'alors tout était (relativement) simple: la réalité était intelligible, les règles qui la gouvernaient prévisibles, même si parfois quelques efforts de déduction et/ou d'interprétation étaient nécessaires.

Avec l'avènement d'Internet, l'incertitude a pris le dessus. Plus grave, c'est une double incertitude que l'on doit déplorer: incertitude sur les faits d'une part, incertitude sur le droit d'autre part.

III. Des faits incertains

On ne le répétera jamais assez, le progrès technologique va s'accéléralant; à témoin, la loi dite de Moore³ qui établit que tous les dix-huit mois, les ordinateurs doublent de capacité de

¹ <http://www.schneier.com>, 27 février 2009. Bruce Schneier est un spécialiste en sécurité informatique doué d'un talent d'écrivain.

² Cela dit, pour ne pas perdre de sa vivacité, le présent article conserve le ton et les tournures de l'exposé oral. S'agissant du fond, il a été complété par les derniers développements de l'actualité.

³ Ou plutôt conjecture de Moore, car il s'agit plus d'une séduisante hypothèse reposant sur des extrapolations que d'une réalité scientifiquement démontrée.

stockage, de vitesse de traitement et de puissance de travail. Conséquence, il est de plus en plus difficile de prédire de quoi le lendemain sera fait. Qui aurait imaginé, il y a seulement quelques décennies, l'émergence de ces formidables réservoirs d'informations que sont les sites webs, interconnectés par des liens et aisément repérables par des moteurs de recherches (web 1)? Personne. Personne non plus n'avait prophétisé la montée en force des réseaux sociaux, lesquels ont donné à tout un chacun la possibilité de s'épancher à la ronde, sans limites ni temporelles, ni spatiales (web 2)? Quant au futur qui nous guette, une seule chose est sûre c'est qu'il s'appellera web 3; pour le reste, on ne peut que conjecturer: ici on parle de web sémantique, là de web des choses, ailleurs de web quantique ...

Quoi qu'il en soit, cette impossibilité d'envisager les contours du lendemain prive le législateur de toute possibilité d'anticiper les évolutions pour poser, à temps, les règles destinées à parer aux nouvelles menaces. Il ne peut que réagir à la réalité du moment. Encore faut-il pouvoir l'appréhender dans toutes ses dimensions. Or le quotidien est devenu aussi complexe qu'impénétrable. Que le profane ne saisisse guère les tenants et aboutissants des services de communication qu'il utilise n'est en soi pas nouveau; mais que les experts peinent à s'entendre sur les dangers réels de la biométrie, de la géolocalisation ou encore du cloud computing, est plus inquiétant.

IV. Un droit incertain

L'incertitude sur les faits se double d'une incertitude juridique grandissante. L'avènement de la communication numérique a fragilisé le cadre juridique tendant à sauvegarder la personnalité et ses attributs (sphères privée et intime, considération sociale, nom, voix, image, etc.) – à savoir principalement les articles 28 ss du Code civil (CC), la législation sur la protection des données ainsi que les dispositions du code pénal destinées à protéger l'honneur (art. 173 ss CP) et le domaine personnel secret (art. 179 ss CP). Vague et lacunaire, ce cadre est aujourd'hui dépassé. Qui plus est, l'implémentation des normes topiques est rendue plus laborieuse par la globalité, la permanence et la volatilité qui sont les caractéristiques premières d'Internet. Enfin, l'avènement des réseaux sociaux a conduit à une privatisation de la protection de la vie privée: ce n'est plus le législateur qui donne le ton, mais les grands fournisseurs de services. Mais voyons cela de plus près.

1. Dépassé

Lorsque l'on parle d'un droit dépassé, la lenteur qui caractérise présentement les interventions de notre législateur vient d'abord à l'esprit. Qu'il soit aujourd'hui toujours en retard d'une, voire deux technologies a été dénoncé à l'envi. En cause, d'abord une procédure législative, certes soucieuse de refléter parfaitement la volonté populaire à coups d'interminables consultations des diverses parties prenantes, mais qui tire trop en longueur pour être en phase avec l'accélération du progrès technique.

En cause ensuite, cette méconnaissance des réalités dont il vient d'être question. Méconnaissance qui conduit à des tergiversations, à des revirements et finalement à l'inaction.

L'extrait suivant du message du Conseil fédéral relatif à la révision totale de la loi fédérale sur la radiodiffusion, en 2002, illustre bien ce regrettable attentisme: «Il faut en revanche renoncer à réglementer les domaines qui échappent à un traitement correct en raison de leur avenir incertain. La question de savoir si, à terme, il faudra créer des lois spécifiques pour de nouvelles applications des techniques de télécommunication, restera en suspens tant qu'on n'aura pas fait plus d'expériences⁴.» Traduction: on attend de voir ce qui se fait à l'étranger avant de s'engager.

Cela dit, il arrive que l'on ne fasse rien quand bien même d'autres pays se sont déjà jetés à l'eau. Emblématique à cet égard est sans conteste la décision du Conseil fédéral, en 2008, de renoncer à légiférer sur la question, pourtant cruciale, de la responsabilité, civile et surtout pénale, des intermédiaires techniques (fournisseurs d'accès et hébergeurs). Après moult rapports et expertises⁵, il jette soudainement l'éponge⁶: «Les études supplémentaires entreprises depuis la clôture de la procédure de consultation ont fait ressortir qu'une modification du projet qui reposerait sur cette base ne ferait que poser de nouveaux problèmes d'interprétation et, partant, que les dispositions proposées ne permettraient pas de mettre fin à l'insécurité juridique que redoutait M. Pfisterer (motion 00.3714), voici plusieurs années. Au contraire, elles ne feraient qu'engendrer de nouvelles incertitudes.»

Aujourd'hui, voilà que le Conseil fédéral se ravise; pour autant il ne choisit pas d'agir, mais simplement de réexaminer plus en détails la nécessité ou non de légiférer⁷. Reste que cela fera bientôt quinze ans que l'Union européenne exonère quasiment de toute responsabilité les fournisseurs d'accès et les hébergeurs, au motif qu'il faut créer un cadre juridique favorable à l'innovation et au développement de la société de l'information⁸...

Si le droit qui régit la protection de vie privée est dépassé, c'est aussi parce qu'il doit sa teneur à un contexte très différent de celui qui prévaut actuellement. A l'époque (fin du siècle précédent), la menace provenait d'une poignée de fauteurs de trouble en position de force. Ainsi les articles 28 ss CC ont été entre

4 FF 2003 1451.

5 Voir notamment le Rapport de la commission d'experts «Cybercriminalité», Département fédéral de justice et police, Berne, juin 2003.

6 Voir le rapport du Conseil fédéral de février 2008 sur la Responsabilité pénale des prestataires et les compétences de la Confédération en matière de poursuite des cyberinfractions, 7.

7 Rapport du Conseil fédéral du 9 octobre 2013 en réponse au postulat Amherd (11.3912), Cadre juridique pour les médias sociaux, 77: «Vu les développements récents et les signaux donnés par la justice dans le domaine du droit civil, il paraît judicieux (...) que le Conseil fédéral examine à nouveau la nécessité de réglementer la responsabilité des fournisseurs de services sur l'internet (c'est-à-dire les fournisseurs d'accès et d'hébergement ainsi que les exploitants de plateformes). Cette tâche est cependant délicate, d'autant plus qu'une jurisprudence différenciée, qu'il faudra analyser soigneusement, se développe à l'étranger. Des travaux en ce sens doivent débiter en 2013, sous la houlette du DFJP.»

8 Voir les articles 12 et 14 de la Directive 2000/31 CE sur le commerce électronique; voir aussi les précisions apportées par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt du 24 novembre 2011 (Scarlet-Sabam).

autres conçus comme garde-fous contre les dérapages de journalistes et de producteurs de notre radiodiffuseur national, la SSR, alors au bénéfice d'un monopole; de même, la loi fédérale sur la protection des données (LPD), adoptée en 1992, tendait à prévenir les abus commis par les rares détenteurs d'ordinateurs capables de traiter une foudroyante multitude de fichiers personnels (et partant d'exercer une large surveillance sur les citoyens) qu'étaient l'Etat et l'une ou l'autre grande entreprise privée. Avec l'essor d'Internet, et des réseaux sociaux en particulier, la donne a changé: le citoyen, qui était jusqu'alors perçu comme un lésé, est désormais aussi une source de menaces. Dès lors, on ne doit plus craindre quelques Big Brothers, mais autant de Little Brothers qu'il y a d'internautes.

2. Lacunaire

L'étendue de la responsabilité des intermédiaires techniques n'est qu'une des lacunes du cadre juridique topique. Nombre de questions essentielles en matière de protection des données sur Internet ne sont toujours pas réglementées: le droit à l'oubli, les failles de sécurité, l'usurpation d'identité, l'informatique en nuage ou encore le data mining, à quoi s'ajoute la responsabilité des fournisseurs de liens ou de moteurs de recherche. Et pourtant il ne s'agit pas d'innover, mais plutôt de s'inspirer, car les modèles étrangers ne manquent pas. Ainsi la Californie a adopté en 2003 déjà une législation imposant la notification des failles de sécurité aux personnes dont les données ont été malencontreusement rendues accessibles à des tiers⁹; quant à la France, elle sanctionne spécifiquement l'usurpation d'identité depuis 2011¹⁰; enfin la Slovénie a légiféré en 2004 sur le data mining, et partant fixé un cadre restrictif à la collecte de données personnelles sur Internet à des fins publicitaires¹¹.

Il est vrai qu'il n'y a pas toujours besoin de légiférer spécifiquement; nombre de normes relevant de la communication sont rédigées en un langage technologiquement neutres; dénuée de toute référence à un vecteur de communication quelconque, la disposition topique est applicable à des propos tenus oralement, à des écrits sur papier comme à des contributions postées sur un blog ou sur le mur d'un profil Facebook. Un exemple parmi d'autres: l'art. 174 du Code pénal incrimine la calomnie en usant des termes généraux «s'adresser à des tiers», «jeter des soupçons» ou encore «propager des accusations»; en conséquence, le calomniateur sera puni, qu'il s'exprime en ligne ou hors-ligne. Pas besoin donc d'édicter une norme visant spécifiquement la calomnie sur Internet. Cela dit, force est de constater que l'on se prive alors d'un signal fort: nombre

d'utilisateurs des réseaux sociaux sont persuadés que les atteintes à l'honneur en ligne n'ont pas la même gravité que celles commises dans le monde réel. La première personne condamnée en Suisse pour injure sur Facebook, une jeune femme de 19 ans qui avait insulté le responsable d'une boîte de nuit, a réalisé à ses dépens que des écrits sur des forums de discussion, de par leur permanence et leur portée n'ont rien d'anodin: «Die Beschuldigte allerdings hat sich mit den strafbaren Äusserungen in einem öffentlichen Forum auf dem Internet vernehmen lassen, in einem Medium also, das den Gegenstand der Diskussion unbestimmt vielen Benutzern für eine unbestimmt lange Dauer zugänglich macht und dessen Inhalte grundsätzlich beliebig reproduzierbar sind.¹²»

3. Vague

Les normes protégeant la vie privée – que ce soit l'art. 28 CC ou les principes applicables aux traitements posés par les art. 4 et 5 LPD – sont rédigées en des termes généraux et abstraits qui rendent leur application concrète difficile pour le juriste, et à fortiori pour le citoyen qui ne sait comment se comporter. A celui qui s'enquiert s'il peut ou non mettre la photo de fêtards éméchés sur son profil Facebook, on ne peut se contenter de brandir la LPD et répondre «oui, à condition que cela soit fait de bonne foi et qu'il y ait un intérêt public ou privé prépondérant à la communication». Des commandements aussi vagues sont inintelligibles pour la très grande majorité des Little Brothers, quotidiennement en délicatesse avec la vie privée...

V. Des remèdes de bric et de broc

1. La jurisprudence

La jurisprudence a essayé tant bien que mal d'apporter certaines précisions indispensables. En une vingtaine d'années le bilan reste toutefois maigre: le Tribunal fédéral ne s'est jusqu'à maintenant prononcé que sur quelques questions clefs relatives aux fournisseurs de liens, aux générateurs de contenus et à la surveillance sur les réseaux. Respectivement:

celui qui met un lien vers un site litigieux est pénalement responsable¹³;

ne peut être qualifiée de média, et en conséquence bénéficiaire des privilèges qui sont attachés à cette qualification, que l'entreprise qui diffuse des contenus triés et traités selon les critères professionnels du journalisme¹⁴;

9 § 1798.82 California Civil Code: «Any person or business that conducts business in California, and that owns or licenses computerized data that includes personal information, shall disclose any breach of the security of the system following discovery or notification of the breach in the security of the data to any resident.»

10 Art. 222-4 -1 du Code pénal: «Le fait d'usurper l'identité d'un tiers (...) en vue de troubler sa tranquillité ou celle d'autrui, ou de porter atteinte à son honneur ou à sa considération, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 € d'amende.»

11 Voir les art. 72 ss de la loi sur la protection des données 86/2004.

12 Tribunal de première instance de Saint-Gall, 9 mai 2011.

13 Arrêt du Tribunal fédéral, 2.5.2008, 6B 645/2007, en particulier cons. 9; lien vers un site contenant des vidéos de tortures et d'exécution d'otages de mouvements terroristes.

14 Arrêt du Tribunal fédéral, 10.10.2013, 1C_335/2013; blogueur interdit de filmer les séances d'une assemblée de commune; voir aussi arrêt du Tribunal fédéral, 4.5.2011, 5A 790/2010, refus de considérer un réseau social comme un «média périodique»; partant le recourant ne peut se prévaloir du régime plus favorable dont bénéficie les médias périodiques à l'encontre des mesures provisionnelles destinées à protéger la personnalité.

l'exploitant d'un forum de discussions est responsable (pénalement) pour les propos illicites qu'il diffuse, s'il en a connaissance et omet de les supprimer; les juges lausannois ont cependant refusé de mettre à la charge de cet intermédiaire une quelconque obligation de surveillance¹⁵;

l'exploitant d'un blog peut être contraint de supprimer les informations lésives au moyen d'une action en cessation de l'atteinte fondée sur l'art. 28 al. 1 CC¹⁶;

l'employeur n'est pas en droit de surveiller un employé par le biais d'un logiciel espion placé à son insu sur son ordinateur professionnel¹⁷.

On relèvera le caractère sporadique des interventions du Tribunal fédéral, lequel, rappelons-le, ne peut intervenir que sur saisine. Un mode d'agir peu propice à une réflexion générale sur les tenants et aboutissants des atteintes à la vie privée en ligne¹⁸.

2. La soft law

Des clarifications, plus substantielles cette fois, ont aussi été apportés par le biais de textes non contraignants, dit de soft law. On saluera à cet égard, le travail de pionnier du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PF-PDT) qui s'efforce de lever bien des incertitudes en matière d'application de la législation sur la protection des données aux informations numérisées. Dans cette perspective, il a édicté plusieurs brochures d'explications, régulièrement mises-à-jour, sur des thématiques controversées, tels la vidéosurveillance¹⁹, le commerce électronique²⁰, l'informatique en nuage²¹ ou encore la surveillance sur le lieu de travail²².

Ces textes, très circonstanciés, non seulement éclairent les praticiens, mais encore contribuent à renforcer le cadre juridique de la protection des données. Ainsi les solutions proposées par le PF-PDT en matière de surveillance par l'employeur ont été validées par le Tribunal fédéral lorsqu'il a décidé de bannir l'utilisation de logiciels espion: «La Guida dell'Incaricato federale della protezione dei dati e della trasparenza concernente la Sorveglianza dell'utilizzazione di Internet e della posta elettronica sul posto di lavoro costituisce (...) un impor-

tante aiuto interpretativo della norma in esame e si propone di assicurare uno standard minimo per la sorveglianza informatica²³.»

3. La privatisation du droit pertinent

La défaillance du législateur a conduit nombre d'organisations privées à tirer parti des lacunes pour occuper le terrain normatif et édicter des réglementations substitutives, de nature déontologique. Souvent il ne s'agit que d'un exercice symbolique (Alibiübung), tel le trop permissif Code de déontologie de l'Association suisse des prestataires de services à valeur ajoutée (2006). Quelques fois les règles de comportement proposées sont plus substantielles; c'est le cas, par exemple, de l'Initiative sectorielle de l'Association suisse des télécommunications pour une meilleure protection de la jeunesse dans les nouveaux médias (2008) qui met sur pied un contrôle des chats rooms offerts par ses membres et du Code de conduite de la Swiss Internet Industry Association, entré en vigueur 1er février 2013; ce dernier établit une procédure dite de notice and take down, permettant aux hébergeurs de supprimer les contenus illicites portés à leur connaissance. Qu'ils soient laxistes ou restrictifs, ces textes de convenance pèchent tous par un déficit démocratique: ils ont été rédigés sans la participation des parties prenantes (à commencer par les consommateurs).

Cela dit, la vraie menace provient de l'étranger, et plus particulièrement des conditions générales imposées par les opérateurs globaux qui dominent le marché de la fourniture des services internet, notamment Google, Yahoo, Facebook et Twitter. Outre qu'ils instituent des règles très libérales en matière de transmission des informations personnelles à des tiers (notamment à leurs partenaires commerciaux), ces documents contraignent les usagers à renoncer à la forte protection de la vie privée consacrée par les législations des pays européens sur la protection des données pour se soumettre au régime américain, beaucoup plus faible en la matière: ainsi, Facebook dispose à l'art. 16 al. 1 de ses conditions d'utilisation que «You will resolve any claim, cause of action or dispute (claim) you have with us arising out of or relating to this Statement or Facebook exclusively in the U.S. District Court for the Northern District of California or a state court located in San Mateo County, and you agree to submit to the personal jurisdiction of such courts for the purpose of litigating all such claims. The laws of the State of California will govern this Statement, as well as any claim that might arise between you and us, without regard to conflict of law provisions.»

Qui plus est, les conditions générales des opérateurs sont sans cesse modifiées, plus ou moins à l'insu des usagers. Google, notamment, a changé ses «Règles de confidentialité» chaque année depuis 2008 (et même à deux reprises en 2009 et en 2012)²⁴.

15 Arrêt du Tribunal fédéral, 2.5.2008, 6B 645/2007, en particulier cons. 7.3.

16 Arrêt du Tribunal fédéral, 14.1.2013, 5A_792/2011.

17 Arrêt du Tribunal fédéral, 17.1.2013, 8C_448/2012; voir aussi, toujours en matière de monitoring, les restrictions à la surveillance privée en ligne des internautes qui téléchargeaient des œuvres protégées par le droit d'auteur posées par l'arrêt dit Logistep, 8.9.2010, 1C_285/2009.

18 A ces quelques décisions s'ajoutent, l'une ou l'autre intervention ponctuelle de la Cour européenne des droits de l'Homme; dernière en date, son refus de faire retirer d'archives de presse un article pourtant jugé diffamatoire (medialex 2013, 176 ss avec un commentaire de B. Glaus sur la portée de cette limite au droit à l'oubli).

19 Aide-mémoire vidéosurveillance par des particuliers (septembre 2011).

20 Commerce électronique et protection des données (mars 2012).

21 Explications concernant l'informatique en nuage (février 2012).

22 Guide relatif à la surveillance de l'utilisation d'Internet et du courrier électronique au lieu de travail (mai 2013).

23 Arrêt du Tribunal fédéral, 17.1.2013, cons. 5.5.1.

24 La dernière modification remonte au 11 novembre 2013.

VI. Une implémentation laborieuse

La sanction des atteintes à la vie privée en ligne pâtit d'une part de la facilité avec laquelle le fauteur de troubles peut dissimuler son identité et d'autre part de l'extrême volatilité des sites qui diffusent des informations attentatoires à l'honneur ou à la vie privée. A cela s'ajoutent les entraves posées par une forme de communication inédite, la communication virale, qui démultiplie l'impact des messages lésifs et rend plus difficile leur suppression définitive.

1. Identité dissimulée

On observera tout d'abord que les possibilités de communiquer anonymement sur Internet ne manquent pas; des logiciels permettant de brouiller toute trace numérique susceptible de localiser et/ou identifier les auteurs des atteintes (à commencer par l'adresse IP) sont en effet gratuitement à disposition sur Internet. Le plus renommé d'entre eux, qui porte le nom de TOR²⁵, est produit par une organisation non commerciale américaine dont le but premier était de permettre aux cyberdissidents des Etats qui répriment la liberté d'expression de communiquer sans avoir à craindre les foudres des autorités de leurs pays. D'un logiciel destiné à promouvoir une bonne cause, TOR est devenu l'apanage des malfrats de la toile, trop heureux de s'assurer ainsi une quasi impunité en brouillant les pistes.

Ceux qui ne cachent pas leur identité se dissimulent derrière celle d'une autre personne pour porter leurs attaques. Une pratique d'autant plus courante qu'elle est facile à réaliser («un jeu d'enfants» selon le Conseil fédéral²⁶): il suffit de recueillir les identifiants que les usagers laissent «trainer» sur la toile, notamment sur cette mine d'informations personnelles que sont les réseaux sociaux. A cela s'ajoute le fait que notre pays ne punit pas spécifiquement l'usurpation d'identité, au contraire de la France²⁷ ou des Etats-Unis²⁸. Et il n'est pas prêt de le faire, car le Conseil fédéral a délibérément renoncé de légiférer en la matière, se privant ainsi de la menace claire qu'une incrimination propre peut donner²⁹.

2. Volatilité

La possibilité pour les fauteurs de troubles de faire héberger leurs informations lésives dans des pays étrangers plus laxistes est un sérieux obstacle aux actions en cessation de l'atteinte. La manœuvre est simple à l'heure des réseaux globaux: au moindre risque d'intervention du juge national, le site litigieux est mis à l'abri soit dans un pays plus permissif,

soit dans un pays où la justice est peu efficace. La banque suisse Julius Bär a fait l'amère expérience de ces paradis digitaux en 2008: atteinte dans son honneur, par la diffusion de documents compromettants depuis le site Wikileaks, alors basé aux Etats-Unis, elle avait demandé à un juge américain de réduire au silence la fameuse plateforme de «whistleblowing». En vain; le juge américain, ayant constaté que Wikileaks avait entretemps reproduit ses contenus sur une quarantaine de sites dit miroirs situés dans des pays moins regardants, a rejeté la requête: «The court has serious questions about the effectiveness of any order this court might issue, given the current state of affairs, that these matters are fully out in the public domain, in the virtual domain³⁰.»

Ce juge américain n'est pas le premier à avoir baissé les bras devant les sites miroirs; quelques années auparavant, la Cour européenne des droits de l'homme avait déjà fait de même. Les juges de Strasbourg refusaient en effet de censurer le livre écrit par le médecin personnel de feu le président Mitterrand, lequel révélait les conséquences tragiques de la longue maladie dont avait souffert son illustre patient. Sitôt après son interdiction par un tribunal parisien, le livre avait été scanné et mis sur des serveurs dans des pays étrangers où il était aisément accessible aux internautes français. D'où cet aveu d'impuissance de la Cour: «En outre, lorsque le juge civil a statué au principal, non seulement cet ouvrage avait été vendu à environ 40000 exemplaires, mais, en plus, il avait été diffusé sur Internet (...). A ce moment-là, les informations qu'il contient avaient donc, de fait, perdu l'essentiel de leur confidentialité. En conséquence, la sauvegarde du secret médical ne pouvait plus constituer un impératif prépondérant³¹.»

3. Communication virale

Dernière encombre, l'effet multiplicateur de la communication virale. Sitôt une information lésive éliminée d'un réseau social, la voilà qui resurgit sur une autre plateforme, et ainsi de suite. Réapparitions qui, à chaque fois, se font avec un retentissement considérable, les internautes ne manquant pas de créer le «buzz» aux quatre coins de la planète, à la vitesse de l'éclair.

La firme Nestlé a fait les frais de ce type de propagation aussi sournoise qu'irrésistible lorsqu'elle s'en est prise à un clip vidéo de Greenpeace, posté sur YouTube, qui vilipendait l'utilisation d'huile de palme dans la production de la barre de chocolat KitKat. Sur requête de Nestlé, YouTube l'avait pourtant bloquée, en application de ses conditions d'utilisation qui bannissent les contenus attentatoires à la personnalité³². En vain: quelques jours plus tard, le clip litigieux réapparaissait sur d'autres plateformes avec une visibilité accrue, les intern-

25 <https://www.torproject.org/>.

26 Rapport du Conseil fédéral du 9 octobre 2013 (cité en note 7), 42.

27 Art. 222-4 -1 du Code pénal (cf. note 10).

28 Plusieurs Etats fédérés, suivant l'exemple de l'Etat de New York en 2008 (S 190.25 NY Penal Law), punissent désormais de l'amende, voire d'une courte peine de détention l'usurpation d'identité commise dans le but de se procurer un avantage quelconque, qu'il soit légal ou illégal peu importe (On line Impersonation laws).

29 Rapport du Conseil fédéral du 9 octobre 2013 (cité en note 7), 44.

30 Judge Jeffrey White (US District Court for Northern California), commentant oralement sa décision négative du 29 février 2008 dans l'affaire Julius Baer v./ Wikileaks.

31 Plon c. France, 18 mai 2004.

32 Art. 7.7: «Vous vous engagez à ce que le Contenu que vous soumettez au Service ne contienne aucun élément soumis aux droits d'auteur ou à d'autres droits de propriété détenus par des tiers (y compris le droit au respect de la vie privée ou le droit à l'image)».

autes se relayant sur Twitter pour dénoncer une censure admissible et se passer les nouveaux liens pour y accéder. Dépassé par les événements, Nestlé abandonnait la partie... et YouTube de remettre le clip sur son serveur³³.

VII. Pour des réponses plus efficaces

On conclura en faisant quelques propositions destinées à remédier plus efficacement aux nouvelles menaces sur la personnalité que laisse planer Internet. Ces propositions se fondent sur les caractéristiques mêmes qui ont fait la force du web, à savoir la rapidité et le partage. Elles permettront de lever une partie des incertitudes du cadre législatif actuel; mais une partie seulement, car, à moins d'imposer un ralentissement du progrès technique (ce qui serait ridicule...), nous devons nous résigner à vivre avec un cadre normatif précaire.

1. Un cadre législatif plus adéquat

Il est aujourd'hui illusoire d'attendre des réponses efficaces du parlement; on a vu que celui-ci est de plus en plus désemparé devant des technologies dont nombre de fonctionnalités lui échappent: soit il intervient à contre temps, soit il n'intervient pas du tout. Quant aux tribunaux, ils sont réduits à donner des éléments de réponse au hasard des affaires dont ils sont saisis. Et pas question de compter sur eux pour adapter le droit existant aux nouvelles réalités. Très (trop?) respectueux de la séparation des pouvoirs, le Tribunal fédéral refuse de créer le droit; n'a-t-il pas déclaré dans une affaire mettant en cause l'hébergeur d'un blog: «Pour le surplus, il n'appartient pas à la justice, mais au législateur, de réparer les "graves conséquences" pour internet et pour les hébergeurs de blogs auxquelles pourrait conduire l'application du droit actuel³⁴.»?

Il importe dès lors de confier la tâche d'adopter les normes indispensables à la prévisibilité du droit à un organe indépendant et spécialisé. On s'assurera ainsi de réponses à la fois plus rapides et plus adéquates. Cet organe ad hoc devrait prendre la forme d'une commission de la protection des données, composée de représentants des divers parties prenantes (autorités publiques, société civile et industriels); par la voie de la co-régulation, elle adoptera, sans tarder et en meilleur connaissance de cause, les normes destinées à régir les nouveaux problèmes, au fur et à mesure que ceux-ci surgissent. La loi sur la protection des données se muerait alors en loi cadre technologiquement neutre, posant les principes généraux que devront respecter les interventions de ladite commission. Ainsi seront adoptées des normes contraignantes plus précises, permettant enfin aux usagers d'Internet de prévoir le comportement que l'on attend d'eux.

Au reste, il n'est pas question que la future commission de la protection des données se substitue au PFPDT; celui-ci continuera à jouer un rôle en vue en matière de mise en œuvre de

la législation protectrice (LPD et prescriptions réglementaires de la commission). Mieux: ce rôle devra être renforcé par l'attribution d'une compétence générale de trancher les conflits en première instance. A ce jour, le PFPDT est privé de tout pouvoir décisionnel; seul le juge civil, le cas échéant administratif, peut imposer le respect des règles de protection des données. Un détour dispendieux en temps et en énergie. Pour des résultats loin d'être toujours satisfaisants, le juge ne disposant pas des connaissances pointues du PFPDT³⁵ ...

2. Agir en réseau

Si l'on peut parer à l'absence de pertinence du cadre législatif national sur la protection de la vie privée, l'internationalité du réseau des réseaux et la disparité des législations sur le plan mondial demeureront encore longtemps un obstacle fondamental à la mise en œuvre des règles topiques. La solution idéale n'est autre que l'uniformisation planétaire des règles topiques. On en est encore loin, tant les approches culturelles sont encore différentes en matière de protection de la vie privée. Conséquence: des standards mondiaux ne sont pas pour demain³⁶.

Cela dit, il importe que les autorités nationales de protection des données usent leurs forces pour faire valoir leurs arguments face aux grands opérateurs de service qui font la pluie et le beau temps sur Internet. Certes, ces autorités partagent depuis longtemps leurs bonnes pratiques au sein de groupements internationaux, tel le Groupe 29 qui réunit les autorités des pays membres de l'Union européenne. Désormais, elles entendent lancer des actions concertées contre les grands opérateurs. Première du genre: les autorités allemandes, espagnoles, françaises, italiennes, hollandaises et britanniques ont décidé en 2013 de s'en prendre ensemble, mais chacun dans son pays, aux règles de confidentialité de Google, accusées de violer le droit communautaire de la protection des données.

Cette initiative est à saluer, car seule une démarche, résolue et à grande échelle, peut faire plier ces opérateurs internationaux. L'exemple du Préposé fédéral de la protection des données allemand qui, fort de la dizaine de millions d'abonnés qu'il représente, a réussi à imposer à Facebook l'application du droit allemand aux conflits opposant des résidents allemands à l'opérateur américain en est la preuve. La lapidaire phrase «Diese Erklärung unterliegt deutschem Recht», posée à l'art. 16 al. 3 de la version allemande des conditions d'utilisation, vaut de l'or...

35 Le Conseil fédéral lui-même a reconnu que «la possibilité de renforcer les mécanismes de contrôle à disposition du PFPDT (...) devrait être analysée» (Rapport du Conseil fédéral sur l'évaluation de la loi fédérale sur la protection des données du 9 décembre 2011, FF 2012 268).

36 Mais peut-être pour après-demain. Il est dans l'intention du Conseil de l'Europe de faire de la convention 108 un texte minimal ouvert à la ratification des pays non européens. Un premier de ces Etats a déjà fait le pas: l'Uruguay, qui a signé la convention en 2013. Son exemple pourrait prochainement être suivi par le Maroc et la Corée du Sud.

33 Pour plus de détails sur cette affaire, voir le site de Greenpeace, <http://www.greenpeace.org.uk/files/po/index.html>.

34 Arrêt du Tribunal fédéral, 14.1.2013, 5A_792/2011, cons. 6.3.

3. Education

Enfin, une meilleure protection de la vie privée passe inéluctablement par une éducation des usagers d'Internet. Eduquer pour leur faire connaître les risques encourus afin qu'ils adoptent un comportement plus prudents et laissent moins de traces sur le web. Eduquer aussi pour que tous les Little Brothers que nous sommes devenus soient plus respectueux de la vie privée des autres. Désormais ce ne sont plus les seuls journalistes qui doivent bénéficier d'un enseignement sur les limites à ne pas dépasser en communication; le citoyen lambda lui aussi doit être responsabilisé.

Après tout, les usagers de la route doivent bien connaître les règles de la loi sur la circulation routière; il n'y a pas de raison que les usagers d'Internet ignorent encore, à l'heure où la communication numérique est devenue des plus intense, les règles de comportement sur la toile.

Zusammenfassung La révolution numérique et l'avènement d'Internet, en particulier des réseaux sociaux, ont profondément affaibli la protection de la vie privée. Les normes topiques sont aujourd'hui insatisfaisantes, car imprécises et dépassées ; elles sont aussi devenues plus difficiles à mettre en œuvre en raison du grand nombre d'atteintes qui proviennent de l'étranger ou de l'anonymat de leurs auteurs. Certes quelques remèdes peuvent être apportés; reste qu'il faudra s'habituer à vivre avec moins de sécurité et de prévisibilité juridiques qu'auparavant.

Summary The digital revolution, the dawn of the Internet and in particular the arrival of social networks have greatly weakened people's protection against intrusion of their privacy. The applicable norms are currently unsatisfactory because of their vagueness and the fact that they are outdated. The enforcing of such norms has become harder due to the large number of invasions coming from abroad and the anonymity of the perpetrators. It is true that some measures can be taken to improve privacy protection, but it is safe to say that we will have to make do with less legal security and certainty than in the past.

entscheidungen décisions**Die Entscheidung | La décision**

- 14-1 **Fotomontage im Blick verletzt die Persönlichkeit** 13
Urteil des Bundesgerichts vom 29. Oktober 2013 (5A_376/2013)
ANMERKUNGEN: PETER STUDER, RA, RÜSCHLIKON
- 1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht –
Droits constitutionnel et administratif**
- 1.1 Meinungsäusserungs- und Informationsfreiheit, Medienfreiheit –
Libertés d'expression et de l'information, liberté des médias**
- 14-2 **Betrunkener Parlamentarier auf Polizeiposten gehört nicht an den TV-Pranger** . . . 18
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (5. Kammer)
«Khmel c. Russland» vom 12.12.2013 (N° 20383/04)
- 14-3 **Haftungsregeln für Medien: Förderung von Privatzensur wäre verfehlt** 18
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (2. Kammer)
«Ungváry & Irodalom Kft c. Ungarn» vom 3.12.2013 (N° 64520/10)
ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN
- 14-4 **Unsorgfältige Vorwürfe krimineller Verstrickungen gegen Staatsanwältin** 19
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (4. Kammer)
«Blaja News Sp. z o. o. c. Polen» vom 16.11.2013 (N° 59545/10)
- 14-5 **Vorwurf der Nähe zu Islamisten ist jenseits erlaubter Polemik** 19
Zulässigkeitsentscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (5. Kammer)
«Goldnadel c. Frankreich» vom 19.11.2013 (N° 27813/10)
ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN
- 14-6 **Erlaubter Zeitungsbericht über Nachbarschaftsstreit einer öffentlichen Person** . . . 20
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (2. Kammer)
«Pauliukiene & Pauliukas c. Litauen» vom 5.11.2013 (N° 18310/06)
ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN
- 14-7 **Zulässiger Fernsehbericht über Wirtschaftskriminalität** 21
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (4. Kammer)
«Ristamäki & Korvola c. Finnland» vom 29.10.2013 (N° 66456/09)
- 14-8 **Ehrverletzender Abdruck eines anonymen Briefs mit falschen Vorwürfen** 21
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (1. Kammer)
«Print Zeitungsverlag GmbH c. Österreich» vom 10.10.2013 (N° 26547/07)
ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN
- 14-9 **Commentaires anonymes sur un site d'information et responsabilité des inter-
médiaires** 22
Décision de la Cour européenne des droits de l'homme «Delfi AS c. Estonie»
(Grande Chambre) du 10 octobre 2013 (N°64569/09)
ANMERKUNGEN: AVOCAT SÉBASTIEN FANTI, SION
- 14-10 **Menschenrechtliche Anforderungen an einstweilige Publikationsverbote** 24
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (2. Kammer)
«Cumhuriyet Vakfı u.a. c. Türkei» vom 8.10.2013 (N° 28255/07)
ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN
- 14-11 **Unethische Ausstrahlung vertraulicher Filmaufnahmen am Fernsehen** 25
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (2. Kammer)
«Ricci c. Italien» vom 8.10.2013 (N° 30210/06)
- 14-12 **Kein Glorienschein, aber erlaubter Respekt für PKK-Chef Öcalan** 25
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (2. Kammer)
«Yalcinkaya u.a. c. Türkei» vom 1.10.2013 (N° 25764/09)

14-13	Ungenügender Schutz gegen heimliche Aufnahmen im Badezimmer	26
	Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (Grosse Kammer) «Söderman c. Schweden» vom 12.11.2013 (N° 5786/08)	
	ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN	
14-14	Zugangsgesuch: Gebühr muss reduziert werden	26
	Urteil des Bundesgerichts vom 19. November 2013 (1C_550/2013)	
14-15	Ne peut être qualifié de média que celui qui diffuse des contenus triés et traités selon les critères professionnels du journalisme	27
	Arrêt du Tribunal fédéral du 10 octobre 2013 (1C_335/2013)	
	1.2 Recht des Informationszugangs der Öffentlichkeit – Accès général à l'information	
14-16	Zugang zu Unterlagen über die Änderung des KVP gewährt	27
	Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. Oktober 2013 (A-5489/2012)	
	1.3 Radio- und Fernsehrecht – Droit de la radiodiffusion	
14-17	Bundesgericht verpflichtet SRG zur Ausstrahlung eines SRG-kritischen VgT-Werbespots	28
	Urteil des Bundesgerichts vom 16. November 2012 (2C_1032/2012)	
	ANMERKUNGEN: DR. IUR. THOMAS STEINER, ZÜRICH	
14-18	Wird eine Zweitwohnung mehr als 6 Monate im Jahr bewohnt, so ist die private Empfangsgebühr für Radio- und Fernsehprogramme geschuldet	29
	Urteil des Bundesgerichts vom 1. November 2013 (2C_195/2013)	
14-19	«Arena» über Grundeinkommen versties nicht gegen Sachgerechtigkeitsgebot	30
	Urteil des Bundesgerichts vom 11. Oktober 2013 (2C_321/2013)	
	ANMERKUNGEN: DR. IUR. THOMAS STEINER, ZÜRICH	
14-20	Die RSI hat die Prinzipien der Objektivität, Wahrheit und Transparenz nicht verletzt	31
	Urteil des Bundesgerichts vom 25. September 2013 (2C_182/2013)	
	1.6 Recht der kommerziellen Kommunikation – Droit de la communication commerciale	
14-21	Werbeinserate von deutschem Unternehmen verstossen gegen AlkG	33
	Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. September 2013 (A-5763/2012)	
	1.7 Weitere verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragen – Autres questions constitutionnelles ou administratives	
14-22	VgT: Als Mehrwertsteuer verrechnete Beiträge können nicht zurückgefordert werden	33
	Urteil des Bundesgerichts vom 4. Oktober 2013 (4A_349/2013)	
14-23	Zustellermässigung: Auslegung des Begriffs «abonniert»	34
	Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. Oktober 2013 (A-386/2013)	
14-24	Keine Zustellermässigung wegen überwiegender Bewerbung	34
	Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. Oktober 2013 (A-413/2013)	
14-25	Keine Zustellermässigung wegen Gewinnorientierung	35
	Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. Oktober 2013 (A-419/2013)	
14-26	L'objectif de l'aide à la presse est d'encourager la lecture régulière d'une presse diversifiée et indépendante	36
	Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 27 septembre 2013 (A-469/2013)	

3. Strafrecht – Droit pénal

3.1 Ehrenschutz (StGB/UWG) – Atteintes à l'honneur (CP/LCD)

- 14-27 **L'art. 173 ch. 3 CP, qui refuse le droit d'apporter des preuves libératoires dans les cas de diffamation, doit être interprété restrictivement.**36
Arrêt du Tribunal fédéral du 4 juin 2013 (6B_25/2013)
- 14-28 **Strafverfahren wegen Verleumdung zu Recht eingestellt.**37
Urteil des Bundesgerichts vom 28. Mai 2013 (6B_126/2013)

3.2 Weitere individuelle Rechtsgüter – Autres biens individuels

- 14-29 **Fall Nef: Bundesgericht bestätigt Verurteilung wegen Amtsgeheimnisverletzung.** . .37
Urteil des Bundesgerichts vom 13. Dezember 2013 (6B_430/2013)
- 14-30 **Das Bundesgericht tritt auf mangelhaft begründete Beschwerde nicht ein.**38
Urteil des Bundesgerichts vom 20. November 2013 (1B_391/2013)

3.4 Redaktionsgeheimnis – Secret rédactionnel

- 14-31 **Die Zeugnispflicht von Medienschaffenden gilt beim Vorliegen von schweren Straftaten nicht absolut.**38
Urteil des Bundesgerichts vom 25. September 2013 (1B_615/2012)
ANMERKUNGEN: PROF. STÉPHANE WERLY, GENÈVE/NEUCHÂTEL

4. Privatrecht – Droit privé

4.1 Persönlichkeitsschutz (ZGB/UWG) und Datenschutz – Protection de la personnalité (CC/LCD) et protection des données

- 14-32 **Entschuldigung muss im Internet veröffentlicht werden.**40
Urteil des Bundesgerichts vom 4. November 2013 (5A_309/2013)
ANMERKUNGEN: PROF. REGINA E. AEBI-MÜLLER, LUZERN
- 14-33 **Un article de presse inexact ne viole les droits de la personnalité que s'il trahit la réalité sur des points essentiels.**42
Arrêt du Tribunal fédéral du 3 octobre 2013 (5A_170/2013, 5A_174/2013)
- 14-34 **Das Bundesgericht bestätigt: Das Tessiner Tribunale di appello hat in einem Prozess wegen Persönlichkeitsverletzung sowohl Beweisregeln als auch Willkürverbot beachtet.**42
Urteil des Bundesgerichts vom 11. September 2013 (5A_115/2013)
- 14-35 **Obergericht hat Parteikosten willkürlich verlegt.**43
Urteil des Bundesgerichts vom 6. August 2013 (5A_17/2013)

6. Wettbewerbsrecht – Droit de la concurrence

6.1 Kartellrecht – Droit des cartels

- 14-36 **WEKO hat im Fall Gaba die Unschuldsvermutung nicht verletzt.**44
Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2013 (B-506/2010)

Fotomontage im Blick verletzt die Persönlichkeit

Urteil des Bundesgerichts vom 29. Oktober 2013 (5A_376/2013)

14-1

Der Umstand, dass eine konkrete Persönlichkeitsverletzung auch wettbewerbsrechtlich relevant sein kann, hindert noch nicht, dass aufgrund von Art. 28a ZGB geklagt wird. Der allgemeine Persönlichkeitsschutz und die Sonderregelung im UWG schliessen sich insoweit gegenseitig nicht aus.##Die Fotomontage bildet den Kläger für jedermann erkennbar als das ab, was er nicht ist und aufgrund seines festgestellten Auftretens nicht sein will, nämlich eine Frau oder ein als Frau verkleideter Mann. Insgesamt bezweckt die Fotomontage mit der dazugehörigen Schlagzeile lediglich ein Verlachen, Verspotten und Verhöhnern des Klägers und seines Misserfolgs. Sie ist blosser Schmähschritt und fällt nicht mehr in den Bereich des Humoristischen, geschweige denn unter den Begriff der Satire.

Im Persönlichkeitsschutz gegen Ehrverletzung kann die Veröffentlichung des Urteils eine «andere Art der Genugtuung» im Sinne von Art. 49 Abs. 2 OR bilden. Für die Feststellungsklage gilt aber, dass ihr im Grundsatz Beseitigungs- und nicht Genugtuungsfunktion zukommt. Die Gutheissung der Feststellungsbegehren alleine schliesst die Zuspicherung von Genugtuung nicht aus.

Le fait qu'une atteinte à la personnalité tombe sous le coup du droit de la concurrence n'exclut pas la possibilité d'invoquer l'art. 28a CC. Les dispositions générales de protection de la personnalité et les dispositions spéciales de la LCD ne s'excluent donc pas.##Le montage photographique litigieux représente le plaignant en tant que femme, ou du moins en tant qu'homme vêtu comme une femme, ce qui est reconnaissable pour tout un chacun. Il ne représente pas la réalité et encore moins la volonté du plaignant. Le but du montage photographique en question et des légendes y afférentes est uniquement de railler, narguer, et de se moquer du plaignant et de ses échecs.##Il ne s'agit que d'une invective qui n'est en aucune mesure comprise dans la notion d'humour et encore moins dans celle de satire. Dans le cadre de la protection contre les atteintes à l'honneur, la publication du jugement peut constituer «une autre forme de satisfaction» au sens de l'art. 49 al. 2 CO. Toutefois, l'action constatatoire a en principe pour effet de faire cesser l'atteinte et non de réparer le tort moral. Pour autant, l'octroi d'une réparation du tort moral dans le cadre d'une action constatatoire n'est pas exclue.

Stichworte Ehre; Genugtuung; Herabsetzung in den Geschäftsverhältnissen; Intimsphäre; Persönlichkeitsverletzung; Satire

Art. 49 OR; Art. 3 Abs. 1 lit. a, 9 Abs. 1 lit. c UWG; Art. 28, 28a ZGB

Sachverhalt (Zusammenfassung)

Den «Eurovision Song Contest», Ausgabe 2010, gewann die deutsche Sängerin Lena (im Urteil L.). Für die Schweiz nahm Michael von der Heide (im Urteil K.) teil und belegte den letzten Rang. Auf der Frontseite veröffentlichte der Blick (im Urteil Z.) einige Tage später eine Fotomontage der Gewinnerin Lena mit dem Kopf von der Heides. Daneben stand «Wir wollen auch eine Lena! ... aber keine mehr von der Heide». Michael von der Heide klagte gegen die Ringier AG (im Urteil B. AG). Das Bezirksgericht Zürich stellte fest, dass die Publikation auf der Titelseite von der Heides Persönlichkeit widerrechtlich verletzt und ihn in seinen Geschäftsverhältnissen herabgesetzt hat. Es verpflichtete die Ringier AG, eine Genugtuung von Fr. 5000.– an von der Heide zu zahlen. Die Berufung gegen diesen Entscheid wurde vom Obergericht des Kantons Zürich abgewiesen, weshalb die Ringier AG ans Bundesgericht gelangte.

Erwägungen

1. (...)
- 2.

Nach den Feststellungen im angefochtenen Urteil hat der Kläger geltend gemacht, die streitgegenständliche Fotomontage verletze ihn nicht nur in seiner Ehre bzw. Intimsphäre, sondern setze ihn auch in seinem geschäftlichen Bereich als Musiker in wettbewerbsrechtlich relevanter Weise herab. Beide kantonalen Gerichte haben eine Überprüfung des Sachverhalts deshalb in Anwendung von Art. 28 ZGB und von Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG für zulässig gehalten (E. II/1 6 f. des angefochtenen Urteils). Die Beklagte erneuert vor Bundesgericht ihren Einwand, es gelte der Grundsatz der Alternativität der zivilrechtlichen Ansprüche, so dass UWG und ZGB nicht einfach gleichzeitig auf einen einheitlichen Sachverhalt angewendet werden könnten. Die Ansprüche aus UWG gingen vor und schlossen Ansprüche aus ZGB aus, ausser das Spezialgesetz (UWG) regle einen Sachverhalt nicht abschliessend. Die streitgegenständliche Fotomontage sei einzig nach UWG zu beurteilen (7 ff., Ziff. 16 und 47 f. Ziff. 33 der Beschwerdeschrift).

2.1. Im Bereich des Persönlichkeitsschutzes im weiteren Sinne wird in der Tat zwischen den allgemeinen Klagen nach Art. 28a ZGB und den besonderen Klagen nach anderen Bestimmungen des ZGB (insbesondere Art. 29 ZGB) oder nach Spezialgesetzen unterschieden, wobei grundsätzlich die besonderen den allgemeinen Klagen nach Art. 28a ZGB vorgehen. Insofern sind die Art. 28 ff. ZGB subsidiärer Natur. Dabei hat das Bundesgericht immer wieder betont, dass der allgemeine Persönlichkeitsschutz nicht dazu dienen kann, einen in einem

Spezialgesetz nicht gewährten Leistungsschutz zu ermöglichen. Daraus kann aber nicht der Schluss gezogen werden, die Art. 28 ff. ZGB seien nur anwendbar, wenn kein Spezialgesetz zur Anwendung gelange. Die Ansprüche aus dem allgemeinen Persönlichkeitsschutz und jene aus der Spezialgesetzgebung können ohne weiteres nebeneinander bestehen. Entscheidend ist nur, dass mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nicht ein Leistungsschutz begründet werden kann, den der Gesetzgeber in einem spezielleren Erlass ausdrücklich oder stillschweigend ausgeschlossen hat. Der Umstand, dass eine konkrete Persönlichkeitsverletzung auch wettbewerbsrechtlich relevant sein kann, hindert noch nicht, dass aufgrund von Art. 28a ZGB geklagt wird (BGer, 31.10.1991, 5C.40/1991, E. 3b). Der allgemeine Persönlichkeitsschutz und die Sonderregelung im UWG schliessen sich insoweit gegenseitig nicht aus. Das amtlich nicht veröffentlichte Urteil 5C.40/1991 ist in der Rechtsliteratur nicht unbeachtet geblieben (z. B. Geiser, Persönlichkeitsschutz: Preszensur oder Schutz vor Medienmacht?, SJZ 1996, 73 ff., 79 bei/ in Anm. 70).

2.2. Diese Rechtslage wird teilweise verkürzt mit der Formel ausgedrückt, dass die Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb besondere Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsschutzes gemäss Art. 28 ZGB sind, dessen Klagen insoweit subsidiär, neben den spezialgesetzlichen bestehen (BGE 121 III 168 E. 3b/aa, 173) bzw. dessen Klagen subsidiär sind (BGE 138 III 337 E. 6.1, 341; BGer, 12.12.2005, 4C.224/2005, in: sic! 2006, 282). Insbesondere das zuletzt zitierte Urteil, auf das sich offenbar die Beklagte stützt, verdeutlicht mit seinen Hinweisen (vorab auf Taufer, Einbezug von Dritten im UWG, 1997, 132), dass allgemeiner und besonderer Persönlichkeitsschutz sich trotz Verschiedenheit der geschützten Rechtsgüter sachverhältnismässig überschneiden können und die Bestimmungen von ZGB und UWG im konkreten Einzelfall unter Umständen kumulativ anzuwenden sind (Müller, V/1: Lauterkeitsrecht, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. Basel 1998, 36 f.; Komm/Baudenbacher, Art. 1 UWG, N. 79; Nobel/Weber, Medienrecht, 3. Aufl. 2007, 531 f. N. 108; Hausheer/Aebi-Müller, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. Aufl., Bern 2012, 245 Rz. 14.34-14.35a; weniger klar: BaslerKomm/Meili, Art. 28 ZGB, N. 10, und CommRomand/Jeandin, Art. 28 ZGB, N. 8 f.).

2.3. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist eine kumulative Anwendung der Art. 28 ff. ZGB und des UWG im Grundsatz zulässig (vgl. die Beispiele aus der Praxis: BGer, 11.1.2006, 4C.342/2005, zusammengefasst und besprochen von Aebi-Müller in: ZBJV 2007, 323; BGer, 12.2.2008, 4A_481/2007, E. 3 und 15.12.2005, 4C.295/2005, E. 5, in: sic! 2008, 451 f. Und 2006, 424 f.). Davon abzuweichen, geben die Vorbringen der Beklagten keinen Anlass. Auf die materiellen Voraussetzungen der Ansprüche ist nachstehend einzugehen, wobei der Begründung des angefochtenen Urteils und der Beschwerde folgend vorweg die Anwendung von Art. 28 ZGB (E. 3–5) und anschliessend diejenige von Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG (E. 6) geprüft werden.

3. (...)

3.1. (...)

3.2. Ob eine Presseäußerung die Persönlichkeit verletzt, ist nicht nach dem subjektiven Empfinden des Betroffenen, sondern nach einem objektiven Massstab zu beurteilen. Für die Beurteilung des Eingriffs in die Persönlichkeit, dessen Schwere

und der Frage, welche Aussagen dem Gesamtzusammenhang eines Artikels zu entnehmen sind, muss auf den Wahrnehmungshorizont des Durchschnittslesers abgestellt werden (BGE 126 III 209 E. 3a, 213; 132 III 641 E. 3.1, 644). Insoweit ist es nicht ganz richtig, dass die kantonalen Gerichte mit Bezug auf die Homosexualität des Klägers eine gerichtsnotorische Tatsache angenommen und deswegen das von der Beklagten – auch heute (10 ff., Ziff. 17–18 der Beschwerdeschrift) – geforderte Beweisverfahren abgelehnt haben (E. II/2.1, 7 f. des angefochtenen Urteils). Denn entscheidend ist der Durchschnittsleser, dessen Eindruck und Verständnis einer Presseäußerung das Bundesgericht nicht als Tatsachenfeststellung behandelt, sondern als Rechtsfrage bzw. als ihr gleichgestellte Folgerung aus der allgemeinen Lebenserfahrung prüft (vgl. BGE 100 II 177 E. 5, 180; 107 II 1 E. 5A, 6; 129 III 426 E. 3.1.1, 435; 132 III 414 E. 4.1.2, 422; BGer, 12.2.2008, 4A_481/2007, E. 3.3, 451 und 16.05.2007, 4C.171/200, E. 6.1, in: sic! 2008, 451 und 2007, 652 f.; für den strafrechtlichen Ehrenschatz: BGE 137 IV 313 E. 2.1.3, 316; 131 IV 160, E. 3.3., 164 mit Hinweis auf die abweichende Ansicht von Senn, Der «gedankenlose» Durchschnittsleser als normative Figur?, medialex 1998, 150 ff.). Im Ergebnis durften die kantonalen Gerichte somit ohne Verletzung von Beweisvorschriften davon ausgehen, dass der Durchschnittsleser des «Z. _____» oder zumindest der nicht unerhebliche Teil der Durchschnittsleser mit Interesse an Gesangswettbewerben, Schlagern, Chansons u.Ä. die Fotomontage auch auf den Kläger als denjenigen Sänger bezogen hat, der sich in der Öffentlichkeit zu seiner Homosexualität bekennt. Der Kläger selber hat die Berechtigung dieses Schlusses mit Beiträgen veranschaulicht, die über die Jahre hinweg insbesondere im «Z. _____» veröffentlicht wurden und seine öffentlich bekannte sexuelle Orientierung gleichsam wie selbstverständlich erwähnen (act. 42/1–7).

3.3. (...)

4.

Beide kantonalen Gerichte haben in der Darstellung des Klägers auf der Frontseite des «Z. _____» insbesondere eine Ehrverletzung erkannt.

4.1. – 4.2. (...)

4.3. Die Fotomontage bildet den Kläger für jedermann erkennbar als das ab, was er nicht ist und aufgrund seines festgestellten Auftretens nicht sein will, nämlich eine Frau oder ein als Frau verkleideter Mann. Die Darstellung des Klägers als Frau wird mit dem in der Schlagzeile verwendeten weiblichen Geschlecht («keine mehr K. _____») für diejenigen noch eigens unterstrichen, die die Fotomontage auf den ersten Blick nicht begriffen haben. Fotomontage und Schlagzeile, beide für den Durchschnittsleser des «Z. _____» auch erkennbar aus aktuellem Anlass auf der Frontseite abgedruckt, geben den Kläger öffentlich der Lächerlichkeit preis. Sie verletzen seine soziale Geltung als Mann und sein berufliches Ansehen als bekannter Chansonier mit einer Männerstimme. Die Beklagte räumt denn auch ein, die Darstellung mache sich für den Durchschnittsleser erkennbar über den musikalischen Misserfolg des Klägers lustig (27) und übe spöttische Kritik am Kläger als Verlierer des Gesangswettbewerbs (31). Entgegen ihren Behauptungen (15 ff., Ziff. 19–23) kann «eine sexuell herabsetzende Konnotation» (20, Ziff. 22.2.7) der Fotomontage mit den kantonalen Gerichten nicht verneint werden. Aus der Sicht

des Durchschnittsbetrachters wird nicht bloss irgendein Männerkopf auf irgendeinen Frauenkörper, sondern der Kopf des Klägers als bekennenden Homosexuellen passgenau auf den Körper der als fesch und attraktiv abgebildeten L._____ gesetzt. Der Kläger wird damit in der Wahrnehmung des Durchschnittsbetrachters als das abgebildet, was salopp und auch abwertend unter dem Begriff «Tunte» verstanden werden kann, d. h. als Homosexueller mit affektiert femininem Gebaren bzw. als passiver, «weiblicher» Homosexueller (DUDEN, Das grosse Wörterbuch der deutschen Sprache in sechs Bänden, Bd. 6, 1981, 2643, und DUDEN, Das Herkunftswörterbuch, in: Der Duden in zwölf Bänden, Bd. 7, 5. Aufl., 2013, 857).

4.4. Die Fotomontage mit der dazugehörigen Schlagzeile verletzt den Kläger aus den dargelegten Gründen in seiner Ehre, d. h. in seinem gesellschaftlichen, aber auch in seinem beruflichen Ansehen. Es liegt – wovon das Bezirksgericht zutreffend ausgegangen ist – kein leichter Fall vor, wie er im gesellschaftlichen Umgang laufend und oft ohne böse Absicht vorkommt. Die Ehrenrührigkeit der Darstellung erreicht die geforderte Intensität der Verletzung in der Persönlichkeit (vgl. zum Ehrbegriff: BGE 129 III 715 E. 4.1, 722 f.; zur Fotomontage: Hausheer/Aebi-Müller, a. a. O., 189 Rz. 12.88a).

5.

Beide kantonalen Gerichte haben geprüft, ob sich die persönlichkeitsverletzende Presseäußerung durch ein Interesse an Satire im Besonderen oder aufgrund eines allgemeinen Informationsbedürfnisses der Öffentlichkeit rechtfertigen lasse.

5.1. (...)

5.2. Unter dem Blickwinkel der Rechtfertigungsgründe geht es zunächst um das öffentliche Interesse an Satire und Humor.

5.2.1. Satire und Karikatur im technischen Sinn, aber auch satirische Darstellungen mit den Mitteln der Ironie, des Humors und des Komischen wollen die Wirklichkeit bewusst übersteigern, entfremden, banalisieren, karikieren und der Lächerlichkeit preisgeben. Sie gelten nur als widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung, falls sie die ihrem Wesen eigenen Grenzen in unerträglichem Mass überschreiten, mögen sie auch als taktlos und unanständig empfunden werden (BGer, 29.2.2012, 5A_850/2011, E. 5.2.4, zusammengefasst in AJP, 2013, 1256 f., zitiert bei Hausheer/Aebi-Müller, a. a. O., 191 Rz. 12.99). Zu berücksichtigen ist insbesondere auch das Umfeld, in dem die Äusserung steht, macht es doch einen Unterschied, ob der Durchschnittsleser eine Meldung auf der Frontseite einer Tageszeitung oder unter der Rubrik «Sachen zum Lachen» vorfindet (zit. BGer, 29.2.2012, 5A_850/2011, E. 5.2.4, Rubrik «Namen»; BGE 137 IV 313 E. 2.2, 317, Fotomontage mit Text in einer Parteizeitung; BGE 132 II 290 E. 3.2.1, 294 f., Rubrik «Patent angemeldet»).

5.2.2. Die Tageszeitung «Z._____» will weder Satirezeitschrift noch Witzblatt sein. Ihr Durchschnittsleser erwartet auf der Frontseite in der Regel eher nichts Humoristisches. Aus seiner Sicht geht es bei der Fotomontage, verstanden als bildliche Satire, vordergründig – wie es die Beklagte zutreffend hervorhebt – darum, sich über den Misserfolg des Klägers am Gesangswettbewerb lustig zu machen (27), um spöttische Kritik (31) oder um eine blöde Fotomontage ohne Aussagekern (38). Darüber hinaus aber wird mit der Fotomontage in der Wahrnehmung des Durchschnittsbetrachters unterschwellig auf die Homosexualität des Klägers angespielt und im Text dem

Durchschnittsleser eingeredet, dass alle den Kläger als Homosexuellen, Sänger und Vertreter der Schweiz am Gesangswettbewerb nicht (mehr) wollen, ablehnen und als Letztplatzierten allenfalls sogar verachten.

5.2.3. Insgesamt bezweckt die Fotomontage mit der dazugehörigen Schlagzeile lediglich ein Verlachen, Verspotten und Verhöhnern des Klägers und seines Misserfolgs. Sie ist bloss Schmähkritik und fällt nicht mehr in den Bereich des Humoristischen, geschweige denn unter den Begriff der Satire (Senn, Aspekte der rechtlichen Beurteilung satirischer Äusserungen, in: sic! 1998, 365 ff., 366; für eine Fotomontage: Hausheer/Aebi-Müller, a. a. O., 223 Rz. 13.35a).

5.3. Es stellt sich die weitere Frage nach einem öffentlichen Interesse an der Presseäußerung. Die mit der Fotomontage und der Schlagzeile geäußerte Schmähkritik am Kläger auf der Frontseite des «Z._____» steht in keinem Verhältnis zur Bedeutung des Gesangswettbewerbs, an dem auch andere Vertreter der Schweiz in den letzten Jahren regelmässig nicht besonders erfolgreich waren (s. 9 des «Z._____» und das unzulässige neue Vorbringen auf S. 26 der Beschwerdeschrift). Die Kritik überzieht, ist unnötig verletzend und sprengt den Rahmen des Haltbaren selbst gegenüber einer Person wie dem Kläger, der als Sänger regelmässig in der Öffentlichkeit steht und auftritt. An dieser Art von Presseäußerungen besteht kein Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit (BGE 126 III 305 E. 4b/bb, 308; 138 III 641 E. 4.1.3, 644).

5.4. Die Fotomontage mit Schlagzeile auf der Frontseite des «Z._____» verletzt den Kläger aus den dargelegten Gründen widerrechtlich in seiner Persönlichkeit. Dass das Obergericht sein Ermessen in der Beurteilung der Rechtfertigungsgründe bundesrechtswidrig ausgeübt hat, kann – jedenfalls aufgrund der Vorbringen der Beklagten (32 ff., Ziff. 24–27) – nicht bejaht werden.

6.

Beide kantonalen Gerichte haben in der Presseäußerung der Beklagten auch einen Verstoss gegen Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG gesehen (E. II/7, 19 f. des angefochtenen Urteils). Die Beklagte bestreitet die Erfüllung eines UWG-Tatbestands (48 ff., Ziff. 34–35 der Beschwerdeschrift).

6.1. (...)

6.2. Nach dem Gesagten kann die Beklagte durch ihre persönlichkeitsverletzende Fotomontage mit dazugehöriger Schlagzeile (E. 4 – 5) im Grundsatz den von den kantonalen Gerichten angenommenen Tatbestand gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG erfüllen. Die Beklagte will die Teilnahme des Klägers am wirtschaftlichen Wettbewerb bestreiten, räumt aber gleichzeitig ein, dass der Kläger selbstständiger Sänger ist, singt und davon lebt (49, Ziff. 35.1 der Beschwerdeschrift), wie das auch andere Sänger schweizweit tun. Der Kläger kann damit die vom UWG gewährten Ansprüche geltend machen, wenn er durch die Presseäußerung in seinem beruflichen Ansehen oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen benachteiligt wird, wie er das behauptet hat. Die von der Beklagten auf der Frontseite des «Z._____» veröffentlichte Schmähkritik bezieht sich zwar auf einen Auftritt des Klägers an einer angeblich nicht kommerziellen, ideellen Veranstaltung. Sie steht deshalb aber nicht in völlig anderem Zusammenhang, sondern ist auf den Kläger und auf seinen Misserfolg als Sänger allgemein gerichtet und ohne weiteres geeignet, das Verhältnis zwischen Mitbe-

werben zu beeinflussen, da sie eine unnötig herabsetzende Aussage auch über die selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit des Klägers als Berufssänger enthalten hat. Ein eigentlicher Nachweis, dass der Kläger seither an Veranstaltungen nicht mehr gebucht bzw. weniger bezahlte Auftritte wahrnehmen konnte, ist für die Widerrechtlichkeit des Verhaltens entgegen der Auffassung der Beklagten nicht erforderlich.

6.3. Aus den dargelegten Gründen kann – jedenfalls mit Rücksicht auf die Vorbringen der Beklagten – nicht beanstandet werden, dass die kantonalen Gerichte die eingeklagte Presseäusserung als Verletzung von Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG gewertet haben.

7.

Gemäss Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB und Art. 9 Abs. 1 lit. c UWG kann der Kläger dem Gericht beantragen, «die Widerrechtlichkeit einer Verletzung festzustellen, wenn sich diese weiterhin störend auswirkt». Beide kantonalen Gerichte haben dem Antrag entsprochen und das Interesse des Klägers an dieser Feststellung bejaht (E. II/5, 17 f. des angefochtenen Urteils). Die Beklagte hält ihren Einwand aufrecht, dass keine «Störungswirkung» besteht oder nachgewiesen und das Feststellungsinteresse deshalb zu verneinen ist (42 f., Ziff. 28–29 der Beschwerdeschrift).

7.1. – 7.2. (...)

7.3. Die Bejahung des Feststellungsinteresses durch die kantonalen Gerichte steht mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Einklang. Der von der Beklagten verlangte Nachweis einer andauernden Störungswirkung der Presseäusserung beruht auf einer Unterscheidung zwischen Störungswirkung und Störungszustand, die die Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsschutz zeitweilig getroffen hatte (BGE 120 II 371 E. 3, 373 f.), die aber im Wettbewerbsrecht abgelehnt wurde (BGE 123 III 354 E. 1D, 358 f. und E. 1G, 361 f.) und anschliessend auch im Persönlichkeitsrecht wieder aufgegeben worden ist (BGE 127 III 481 E. 1c/aa, 485). Darauf erneut zurückzukommen, besteht heute kein Anlass.

8.

Gestützt auf Art. 28a Abs. 3 ZGB haben die kantonalen Gerichte die Beklagte zur Bezahlung einer Genugtuung von Fr. 5000.– an den Kläger verurteilt (E. II/6, 18 f. des angefochtenen Urteils). Die Beklagte wendet dagegen ein, der Kläger habe sein seelisches Leid als unmittelbare Folge der Fotomontage weder konkret noch substantiiert noch mit Beweismitteln versehen dargelegt. Entgegen der Ansicht der kantonalen Gerichte könne hierfür nicht einfach auf die allgemeine Lebenserfahrung abgestellt werden (43 ff., Ziff. 30–32 der Beschwerdeschrift).

8.1. – 8.2. (...)

8.3. Die kantonalen Gerichte sind von zutreffenden Grundsätzen ausgegangen. Sie haben die Verletzung als nachgewiesen anerkannt und aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung geschlossen, die mit der Fotomontage und der dazugehörigen Schlagzeile in der Öffentlichkeit geäusserte Schmähkritik habe dem Kläger schweren seelischen Schmerz zugefügt. Gegen diese Schlussfolgerung aus der allgemeinen Lebenserfahrung wendet die Beklagte nichts Stichhaltiges ein (Art. 106 Abs. 1 i. V. m. Art. 42 Abs. 2 BGG; BGE 135 III 397 E. 1.4, 400). Sie verharret vielmehr allgemein auf Anforderungen an ein Behaupten, Substantiieren und Beweisen des seelischen Schmer-

zes, die übertrieben sind und nicht der Praxis entsprechen (z. B. OGER ZH, 5.10.2001, E. 3.4, in: sic! 2002, 36 f.; abweichend: Schwaibold, Hohle Hände – grosse Zahlen, medialex 2006, 83 ff., 84 f. Ziff. II/1/C).

8.4. In einem Nebenpunkt macht die Beklagte geltend, der Kläger habe keinen Anspruch auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung (Art. 49 Abs. 1 OR), da ja die gerichtliche Feststellung eine andere Art der Genugtuung (Art. 49 Abs. 2 OR) sei (45, Ziff. 31.4 der Beschwerdeschrift). Es trifft zu, dass die Rechtsprechung in Verantwortlichkeitsprozessen die Feststellung der Widerrechtlichkeit als «eine andere Art der Genugtuung» vereinzelt als möglich und zulässig anerkannt hat (z. B. BGE 136 III 497 E. 2.4, 501, betreffend aArt. 429a ZGB). Im Persönlichkeitsschutz gegen Ehrverletzung hat das Bundesgericht angenommen, die Veröffentlichung des Urteils kann eine «andere Art der Genugtuung» im Sinne von Art. 49 Abs. 2 OR bilden (BGE 131 III 26 E. 12.2., 29 ff.), für die Feststellungsklage aber bisher daran festgehalten, dass ihr im Grundsatz Beseitigungs- und nicht Genugtuungsfunktion zukommt (BGE 95 II 481 E. 9, 498; 122 III 449 E. 2A, 452). Davon geht auch die Lehre aus, wonach die Gutheissung der Feststellungsbegehren alleine die Zusprechung von Genugtuung nicht ausschliesst (Meili, a. a. O., Art. 28a Abs. 2 ZGB, N. 17; Landolt, a. a. O., Vorbem. Zu Art. 47/49 OR, N. 165).

8.5. Soweit sie sich gegen die Zusprechung einer Genugtuung richtet, bleibt die Beschwerde aus den dargelegten Gründen erfolglos.

9.

Insgesamt muss die Beschwerde abgewiesen werden, soweit darauf einzutreten ist. Die Beklagte wird damit kostenpflichtig, hingegen nicht entschädigungspflichtig, zumal der Kläger nicht zur Vernehmlassung eingeladen wurde (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 1 BGG).

Anmerkungen Das Bundesgerichtsurteil befasst sich ausführlich mit einer karikaturhaltigen Frontseite des «Blick» vom 31. Mai 2010. Dreieinhalb Jahre nach deren Publikation stellt das höchste Gericht fest, die von «Blick» gestaltete Frontseite verletze den Schnulzensänger Michael von der Heide widerrechtlich in seiner Persönlichkeit (Art. 28 ZGB). Als Berufssänger werde er auch im Wettbewerb mit andern Unterhaltern beeinträchtigt (Art. 3 Abs. 1 a UWG). Das Bundesgericht bestätigte auch die Zusprache einer Genugtuung von Fr. 5000.–.

Hier interessiert der Umgang des Bundesgerichts mit der Satire im Spannungsfeld zwischen Medienfreiheit, Kunstfreiheit und Persönlichkeitsschutz. Das Gericht betont, für die Beurteilung einer Medienäusserung auf ihren Verletzungscharakter hin müsse der Wahrnehmungshorizont des Durchschnittslesers massgeblich sein – eine Rechtsfrage. Ferner sei die allgemeine Lebenserfahrung beizuziehen. Was die Satire betrifft, zitiert es den – leider nicht in die Amtliche Sammlung aufgenommenen – Entscheid «Tages-Anzeiger» gegen Hans W. Kopp aus dem Jahr 1994 (5C.294/1992), der eine Karikatur des (seither verstorbenen) TA-Zeichners Nico betraf: Nico stellte Kopp in engen Gassen dar, wie er aus dem Fenster der Wechselstube Shakarchi lehnt und Geldscheine zum Trocknen aufhängt: «Das [nämlich Geldwäsche] muss der Kopp in Neapel gelernt haben» (abgebildet in Studer/Mayr von Baldegg, Medienrecht für die Praxis, Zürich 2011,

188). Das Bundesgericht präziserte, Satire und Karikatur, selbst taktlose und unanständige, seien hinzunehmen; «nur unter ganz erschwerten Voraussetzungen könnten sie eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung sein... wenn sie die ihrem Wesen eigenen Grenzen in unerträglichem Mass überschreiten». Die Karikatur, die Kopp als Geldwäscher hinstelle – wozu weder eine Anklage noch gar ein Urteil vorlag –, sei eine persönlichkeitsverletzende Sachbehauptung.

Im Urteil Von der Heide folgt das Gericht dem «Durchschnittsleser oder zumindest dem nicht unerheblichen Teil der Durchschnittsleser mit Interesse an Gesangswettbewerben und Schlagern», hinter dem sich natürlich das Gericht verbirgt. Diese Durchschnittsleser nähmen den Kläger als Sänger wahr, der sich zu seiner Homosexualität bekennt. Zu diesem Bekenntnis liegen zahlreiche «Blick»-Zitate vor. Die Fotomontage gehe aber weiter, pflanze von der Heides Kopf auf den Körper der Lena und bilde ihn so als «Frau oder eine als Frau verkleideten Mann ab», was er «nicht ist und nicht sein will». Die Bildaussage in grossen Buchstaben bestätige das: «Wir wollen auch eine Lena [Vorname der klein abgebildeten Eurovisionssiegerin], aber keine mehr von der Heide». Das leiten die drei Richter und die Richterin aus der Kombination von Bild und Text ab. Sie gehen noch weiter: «Blick» bilde den Sänger als das ab, was «abwertend unter dem Begriff ‚Tunte‘ verstanden werden könne... als passiven, weiblichen Homosexuellen». Das ist eine kühne Interpretation: Die Montage könnte ebenso harmloser verstanden werden, eben als boshafte Bildkombination von Siegerin und Letzrangiertem, zumal beide einen ehe weichen, schnulzigen Gesangsstil gemeinsam haben. Wenn man – wie die meisten «Durchschnittsleser mit Interesse an Schlagern» – um von der Heides Homosexualität weiss, muss damit nicht die Rollenzuteilung «Tunte» gekoppelt sein.

Das Bundesgericht zitiert zweimal einen erstinstanzlichen Aargauer Entscheid, der die Jusos wegen einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung gerügt hatte: In einem «1:12» - Abstimmungsplakat hatten die Jusos den damaligen Pharma-Zar Vasella in einer erkennbaren Fotomontage nackt dargestellt, verlegen, mit Hand vor dem Geschlecht; Legende: «Abzocker, zieht Euch warm an!» Vasellas Kopf war auf den Körper eines unbedeckten anderen Mannes gesetzt. Pech gehabt: Das Bundesgericht hat nicht mitbekommen, dass das Aargauer Obergericht am 19. 7. 2012 das erstinstanzliche Urteil aufhob und Vasellas Klage abwies (ZOR.2012.48).

In einer wohlbegründeten Analyse nannte das Aargauer Obergericht den Aussagekern, Vasella müsse sich angesichts hoher Einkommen [von 20 bis 40 Millionen Franken 2009] auf Unangenehmes gefasst machen. Für die formale Einkleidung gelte, dass «niemand zur irrigen Einschätzung komme, der Abgebildete sehe so aus». Der unterschobene Männerkörper sei nicht so unansehnlich, dass die Zuordnung zum Kopf Vasellas an sich herabsetzend wirkte (anders ein deutscher Fall, wo ein Politiker mit Maden besetzt und mit Jauche verschmiert war). Die virtuelle Veränderung am Bild des Klägers lasse sich als Teil der für satirische Darstellungen typischen Verfremdungen und Verzerrungen deuten. Noch ein Zitat aus dem Aargauer Urteil: Einer satirischen Erklärung dürfe kein Inhalt unterschoben werden, den ihr der Urheber erkennbar nicht beilegen wolle (deutsches BVerfGE 86 1). Soviel zur Lesart des Bundesgerichts, «Blick» habe von der Heide als «Tunte» hinstellen wollen.

Das oberste Tribunal der Schweiz betont mit Recht, bei der Beurteilung – ob persönlichkeitsverletzend oder nicht – sei

auch das Umfeld der Äusserung zu berücksichtigen. Unter anderem erwähnt es den Fall «Patent Ochsner» als satirische Auseinandersetzung der Redaktion «Kassensturz» mit nutzlosen Instrumenten. Die Importeurin eines «Spinnenfanggeräts» bekam von der Unabhängigen Beschwerdeinstanz recht. Das Bundesgericht (BGE 132 II 290) hob den UBI-Entscheid auf: Dieser trage der «erkennbar humoristischen Komponente» der Kassensturzurubrik – «unabhängig, ob es sich beim beanstandeten Beitrag tatsächlich um eine Satire handelt» – zu wenig Rechnung und sei «zu streng».

Analog halte ich den hier kommentierten BGE von der Heide für «zu streng». Das Bundesgericht nennt «Blick» eine «Tageszeitung, die weder Satirezeitschrift noch Witzzeitschrift sein wolle». Ihr Durchschnittsleser «erwarte auf der Frontseite in der Regel eher nichts Humoristisches». Befanden sich auf der Richterbank denn keine regelmässige «Blick»-Leser? Die Boulevardzeitung hat sich immer des Humors, des Schmunzelns, des überraschenden Spotts bedient. «Was macht dr Blick hüt cheibs?» (Uebersax, «Blick zurück, Erinnerungen eines Chefredaktors», Zürich 1995). Kein Zufall, dass «Blick» den «Käfer» wieder eingeführt hat, der auch auf der Frontseite vertrackte oder freche Bemerkungen absondert. Zur Kurzmeldung am 3. 2. 2014 unter dem Frontseitentitel «Knast-Direktor [auf dem bernischen Thorberg] schuldig» motzt der «Käfer»: «Wie kommt man am schnellsten aus dem Gefängnis? Als Gefängnis-Direktor».

Auch bei der beanstandeten Frontseite am 31. 5. 2010 gab «Blick» neben der fast halbspaltigen hohen Fotomontage von der Heides eine blattmacherische Lesehilfe: Im Kleinbild die jubelnde Siegerin Lena «mit 246 Punkten» (deutsche Fahne), letzterer «mit 2 Pünktchen» (schweizer Fahne, daneben gross der Sänger von der Heide). Darf ich der satiregerechteren Bundesgerichtspraxis folgen? Die Bildmontage rund um den diesmal glücklosen Schlagersänger Michael von der Heide war wohl «taktlos und unanständig», aber vielleicht eben doch hinzunehmen (gemäss BGE «Tages-Anzeiger» c. Kopp 1994, a.a.O); andererseits wäre es ein Eingriff in die geschützte Intimsphäre gewesen, von der Heide zu «outen», wenn er nicht schon längst seine Homosexualität bekannt hätte. Auch ein gross inszenierter Unterhaltungsauftritt kann übrigens verspottet werden, ohne dass das gerade schon eine «Herabsetzung in den Geschäftsverhältnissen» laut UWG wäre.

Peter Studer, RA, Rüschiikon

1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht – Droits constitutionnel et administratif

1.1 Meinungsäusserungs- und Informationsfreiheit, Medienfreiheit – Libertés d'expression et de l'information, liberté des médias

14-2

Betrunkener Parlamentarier auf Polizeiposten gehört nicht an den TV-Pranger

Betrunkener; Fernsehen; Festgenommener; Filmaufnahme; Medienpranger; Polizei; Privatleben; public figure; Recht am eigenen Bild; Volksvertreter

Art. 8 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (5. Kammer) «Khmel c. Russland» vom 12.12.2013 (N° 20383/04)

Der des Fahrens in angetrunkenem Zustand verdächtige Regionalparlamentarier Khmel verhielt sich 2003 auf dem Polizeiposten ausgesprochen renitent. Er verweigerte die Bekanntgabe seines Namens, lehnte einen Alkoholttest ab, beschimpfte die Polizeibeamten und bewarf sie mit Schuhen. Trotz mehrfacher Aufforderung verliess er den Polizeiposten nicht. Zwecks Dokumentation seines Verhaltens kontaktierte der Polizeichef den Kameramann des Fernsehsenders ITPK. Tags darauf strahlte IRPK Aufnahmen von Khmels Ausfalligkeiten auf. Die unvoreilhaftigen Filmausschnitte wurden anschliessend von drei weiteren Fernsehsendern gezeigt. Khmels Zivilklage gegen den Polizeichef und andere Beteiligte wies die russische Justiz ab.

Der Gerichtshof kommt jedoch mit 6 zu 1 Stimmen zum Schluss, dass die russischen Behörden Khmels Menschenrecht auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK mit dem Recht am eigenen Bild) verletzt. Trotz des inakzeptablen und provokativen Verhaltens des festgenommenen Parlamentariers hätten die Polizeibeamten den Boden des Rechts nicht verlassen dürfen. Sie ermöglichten den von ihnen bestellten Fernseherschaffenden die Aufnahmen, ohne deren spätere Verwendung an irgendwelche Bedingungen zu knüpfen. Mangels Zustimmung des gegen seinen Willen aufgenommenen Parlamentariers war das behördliche Vorgehen nach russischem Recht klarerweise illegal. Die Gerichtsmehrheit betont, es gehe im vorliegenden Fall einzig um den Rechtsbruch durch die Polizei und nicht um die Rechtmässigkeit des Verhaltens der Fernseherschaffenden.

In seinem abweichenden Sondervotum betonte der russische Richter das grosse Interesse der Öffentlichkeit am weit verbreiteten Fehlverhalten gewählter Volksvertreter. Die Polizei sollte nicht daran gehindert werden, die Presse bei der Aufdeckung solcher Missstände zu unterstützen. Die Aufgabe der Polizei decke sich hier mit der Rolle der Medien als «public watchdogs».

14-3

Haftungsregeln für Medien: Förderung von Privatzensur wäre verfehlt

Abdruck von Drittbeiträgen; Ansehensschutz; Buch; chilling effect; Historiker; public figure; public watchdog; Zeitung; Zensur

Art. 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (2. Kammer) «Ungváry & Irodalom KFT c. Ungarn» vom 3.12.2013 (N° 64520/10)

In einem Buch bezeichnete der ungarische Historiker Krisztián Ungváry 2007 ein Mitglied des ungarischen Verfassungsgerichts als einstigen Informanten der Staatssicherheit und als Parteisekretär, der kommunistische Hardline-Politik befürwortet habe. Die Vorwürfe wurden auch in einer Wochenzeitung publiziert, die Auszüge aus Ungvárys Buchs abdruckte.

Die Beklagten wurden zivilrechtlich wegen Ehrverletzung belangt und mussten dem Kläger Schmerzensgeld von gesamt-haft mehr als Euro 10000.– bezahlen. Die 2. Kammer des EGMR betrachtet dies als Verstoss gegen die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK). Die Formulierungen des Historikers seien zwar übertrieben gewesen, würden aber auf Archivrecherchen beruhen und hätten eine öffentliche Person (public figure) betroffen, die sich besondere Kritik gefallen lassen müsse.

Im Falle des Historikers urteilt der Gerichtshof mit 4 gegen 3 Stimmen. Hinsichtlich des Zeitungsverlags ist er einstimmig der Ansicht, das ungarische Urteil sei unverhältnismässig. Die Wochenzeitung konnte vernünftigerweise davon ausgehen, dass die Ausführungen des bekannten Historikers zuverlässig waren. Dabei unterstreicht der EGMR, der an die Tätigkeit der Presse angelegte Haftungsmaassstab dürfe nicht dazu führen, dass die Zeitungen zur Zensur heikler Beiträge ermuntert werden. Eine solche Abschreckungswirkung (chilling effect) stehe in einem Spannungsverhältnis zur Wachhundfunktion der Medien:

«74. Publishers are understandably motivated by considerations of profitability and by holding them responsible for publications often results in proprietary interference in the editorial process. In order to enable the press to exercise its 'watchdog' function, it is important that the standards of liability of publishers for publication be such that they shall not encourage censorship of publications by the publisher. The consideration of liability-related chilling effect is of relevance in the finding of the proper standard of care.»

Anmerkungen In der Schweiz hat sich schon vor dem 2. Weltkrieg der Gedanke durchgesetzt, dass die Bestrafung von Presseleuten für den Abdruck rechtswidriger Äusserungen von Aussenstehenden das Aufdecken von Missständen erschweren könnte. Redaktionen sind kaum in der Lage, alle brisanten Beiträge auf ihren Wahrheitsgehalt zu überprüfen. Bei eigener Haftung dürften sie zur (Über-)Vorsicht neigen und selbst rechtmässige Beiträge ablehnen. Noch vor weni-

gen Monaten schien der Gerichtshof keinerlei Anstalten für ähnliche Überlegungen zu zeigen (Urteil N° 43612/10, 24.9.2013, «Belpietro c. Italien», medialex 2013, 180 f.). Vor dem Hintergrund der bisherigen Strassburger Rechtsprechung ist die prägnant formulierte Ziffer 74 des nun vorliegenden Urteils bedeutungsvoll. Sie ist umso bemerkenswerter, als dass die Ausführungen einen Fall zivilrechtlicher (und nicht etwa strafrechtlicher) Mitverantwortlichkeit betreffen. Zwar sind die Ausführungen des Gerichtshofs auf die mögliche Einmischung des Verlegers in die redaktionelle Tätigkeit gemünzt. Die vom EGMR geschilderte Zensurgefahr besteht aber auch bei einer ängstlichen Redaktion. Es bleibt abzuwarten, wie sich die Strassburger Praxis entwickeln wird. Es gäbe jedenfalls gute Gründe dafür, eine rechtliche Mitverantwortung eines Publikationsorgans (und erst recht eines technischen Transporteurs) für die Veröffentlichung von Äusserungen von Dritten besonders sorgfältig zu prüfen und nur mit Zurückhaltung zu akzeptieren. Dies wäre gerade auf dem Gebiet zivilrechtlicher Haftung (z. B. im Persönlichkeits-, aber auch etwa im Urheberrecht) wichtig.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

14-4

Unsorgfältige Vorwürfe krimineller Verstrickungen gegen Staatsanwältin

Ansehensschutz; audiatur et altera pars; Entschuldigungspflicht; Genugtuung; Recherche; Sorgfalt; Verifizierungspflicht; Zivilklage

Art. 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (4. Kammer) «Blaja News Sp. z o. o. c. Polen» vom 16.11.2013 (N° 59545/10)

Die polnische Wochenzeitschrift «Fakty i Mity» warf einer Staatsanwältin 2007 Verstrickungen mit dem Drogenhandel vor. Sie stützte sich dabei primär auf Äusserungen eines Inhaftierten, der ein eigenes Interesse an der Anschwärzung der Anklägerin hatte. Der angriffig formulierte Artikel enthielt keine Stellungnahme der Staatsanwältin, da diese das Telefon nicht abgenommen habe. Die polnische Ziviljustiz bezeichnete den Vorwurf einer wissentlichen Teilnahme der Staatsanwältin an einem Drogengeschäft ihres damaligen Gatten als gänzlich unbegründet und warf den verantwortlichen Medienschaffenden eine ungenügende Recherche vor. Ihre Anstrengungen zum Kontaktieren der angegriffenen Staatsanwältin seien völlig ungenügend gewesen. Wegen Persönlichkeitsverletzung wurde der Zeitschriftenverlag zur Bezahlung eines Schmerzensgeldes und zur Publikation einer Entschuldigung verurteilt.

Der Gerichtshof hält in seinem einstimmigen Urteil fest, die polnische Justiz habe die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) beachtet. Sie habe die massgebenden Fragen eingehend geprüft und der Zeitschrift Gelegenheit geboten, die ausreichende Tatsachengrundlage ihrer schweren Vorwürfe und die Sorgfalt ihrer Abklärungen zu beweisen.

14-5

Vorwurf der Nähe zu Islamisten ist jenseits erlaubter Polemik

Ansehensschutz; Anwalt; Ehreenschutz; Genugtuung; Islamismus; Israelkonflikt; Polemik; Politischer Gegner; Radio; Rassismusrvorwurf

Art. 10 EMRK

Zulässigkeitsentscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (5. Kammer) «Goldnadel c. Frankreich» vom 19.11.2013 (N° 27813/10)

Gilles William Goldnadel, Anwalt und Präsident der Vereinigung Frankreich – Israel, polemisierte 2005 gegen den Präsidenten des MRAP (mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples). Im Rahmen seiner alle zwei Wochen ausgestrahlten Sendung auf «Radio J – la radio juive de Paris» warf Goldnadel seinem Kontrahenten Mouloud Anouit vor, Weggefährte der Islamisten zu sein. Darüber hinaus mache Anouit bei Demonstrationen mit, an denen Todesverwünschungen gegen die Juden («mort aux juifs») skandiert werden. (Anouit hatte diese Slogans unmittelbar nach der Kundgebung verurteilt, was Goldnadel verschwieg).

Beide Vorwürfe sprengten nach Auffassung der französischen Justiz die Grenzen erlaubter politischer Polemik. Sie verneinte zwar eine Strafbarkeit Goldnadels, verpflichtete ihn aber zivilrechtlich zur Bezahlung einer Genugtuung von Euro 5000.– an Anouit sowie zur Publikation einer Medienmitteilung. Zusammen mit den Verfahrenskosten beliefen sich Goldnadels Auslagen auf über Euro 20000.–.

Goldnadels Beschwerde wegen Verletzung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) taxiert die 5. EGMR-Kammer mehrheitlich als offensichtlich unbegründet. Zentral ist für die Kammermehrheit die extreme Schwere der irreführenden Behauptungen. Das Durchschnittspublikum konnte die vorgeworfene Nähe zu Islamisten als Nähe zur gewalttätigen Fraktion der Islamisten verstehen.

Gegenüber dem Präsidenten einer gegen jede Art von Intoleranz und Rassismus kämpfenden Menschenrechtsorganisation habe der Rassismusrvorwurf eine ganz besondere Dimension. Erhöhte Zurückhaltung wäre umso nötiger gewesen, als die Polemik über das besonders wirkungsvolle Medium Radio verbreitet wurde. Obwohl Goldnadel den Anwaltsberuf ausübe, sei er als regelmässiger Radiomitarbeiter den journalistischen Pflichten nicht fremd («dans le cadre de cette fonction, il n'est pas étranger aux devoirs et responsabilités de cette profession»). Die zivilrechtliche Sanktion gegen Goldnadel respektierte den Rahmen der Verhältnismässigkeit.

Anmerkungen Der eher knapp begründete Zulässigkeitsentscheid schneidet zwei Themen an, die von allgemeiner Bedeutung sind und die Justiz künftig noch stärker beschäftigen dürften.

1. Nach der Argumentation des Gerichtshofs wiegt der Vorwurf rassistischer Gesinnung an die Adresse des Repräsen-

tanten einer anti-rassistischen Organisation schwerer als gegenüber dem Rest der Bevölkerung. Diese Überlegung scheint im vorliegenden Fall nachvollziehbar. Es fragt sich, inwiefern sie verallgemeinerungsfähig ist. Sind (überrissene und verzerrende) Vorwürfe im Rahmen polemischer Auseinandersetzungen generell gravierender, wenn sie der Funktion und dem Image einer Person widersprechen?

2. Von grosser Bedeutung ist die Frage, welche Personen den für Medienschaffenden geltenden Pflichten (aber auch Rechten) unterworfen sind. Das Berufsbild des Journalisten war schon in der Vergangenheit nie ganz scharf umrissen. Im Online-Zeitalter werden die Grenzen noch schwammiger. Ansätze für künftige Einordnungen liefert etwa die Empfehlung des Ministerkomitees des Europarats für ein neues Medienkonzept vom 21. September 2011 (skeptisch dazu McGonagle/K.E.A. de Beer, *A brave new media world revisited*, Een nog kritischer blik op het nieuwe mediabeleid van de Raad van Europa, Mediaforum 2012, 338 ff.). Sind beispielsweise regelmässige Polit-Blogger den journalistischen Berufsregeln zu unterwerfen? Solche Fragen harren noch weitgehend der verbindlichen Klärung. Der vorliegende Zulässigkeitsentscheid deutet zumindest an, dass der Gerichtshof den Begriff des professionellen Journalismus eher breit versteht.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

14-6

Erlaubter Zeitungsbericht über Nachbarschaftsstreit einer öffentlichen Person

Ansehensschutz; Behördenbericht; Nachbarschaftsstreit; public figure; Privatleben; Tageszeitung; Verifizierungspflicht; Zivilklage; Zusatzrecherche

Art. 8 und 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (2. Kammer) «Pauliukiene & Pauliukas c. Litauen» vom 5.11.2013 (N° 18310/06)

Die Tageszeitung «Respublika» berichtete 2003 über einen Nachbarschaftsstreit in der Stadt Kaunas. Dabei warf sie dem in der Stadtregierung sitzenden Vytautas Pauliukas und seiner Gattin illegale Bautätigkeit vor. Eine Zivilklage des Ehepaares gegen die Zeitung wies die litauische Justiz ab. Die Publikation bewege sich innerhalb des Rahmens zulässiger Berichterstattung über eine Angelegenheit allgemeinen Interesses.

Das Ehepaar machte in seiner Beschwerde an den EGMR geltend, Litauen habe seine Pflicht zum Schutz des Privatlebens (Art. 8 EMRK) missachtet. Die 2. EGMR-Kammer hält in ihrem einstimmigen Urteil fest, das Resultat eines dem Gerichtshof von den Klägern (gestützt auf Art. 8 EMRK) vorgelegten Rechtsstreits müsse grundsätzlich gleich ausfallen, wie wenn die Medienschaffenden sich (gestützt auf Art. 10 EMRK) in Strassburg beschwert hätten:

«51. Lastly, in cases such as the present one the Court considers that the outcome of the application should not, in principle, vary according to whether it has been lodged with the

Court under Article 10 of the Convention by the publisher who has published the offending article or under Article 8 of the Convention by the person who was the subject of that article. Indeed, as a matter of principle these rights deserve equal respect (see *Hachette Filipacchi Associés (ICI PARIS) v. France*, no. 12268/03, § 41, 23 July 2009; and *Mosley v. the United Kingdom*, no. 48009/08, § 111, 10 May 2011). Accordingly, the margin of appreciation should in principle be the same in both cases. Where the balancing exercise between those two rights has been undertaken by the national authorities in conformity with the criteria laid down in the Court's case-law, the Court would require strong reasons to substitute its view for that of the domestic courts (see *MGN Limited*, cited above, §§ 150 and 155, and *Palomo Sánchez and Others v. Spain [GC]*, nos. 28955/06, 28957/06, 28959/06 and 28964/06, § 57, ECHR 2011).»

An den Überlegungen der litauischen Ziviljustiz hat der Gerichtshof nichts zu bemängeln. Die Zeitung habe über eine öffentliche Person (Angehöriger der Stadtregierung) berichtet und sich dabei insbesondere auf offizielle Dokumente gestützt. Den Inhalt solcher amtlicher Berichte dürften Medienschaffende nach der Strassburger Rechtsprechung normalerweise ohne eigene Zusatzrecherchen wiedergeben.

Anmerkungen Das Interessanteste an diesem vordergründig wenig spektakulären Fall ist die prozessuale Konstellation. Für einmal beschwerten sich nicht Medienschaffende gegen Beschränkungen ihrer Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) durch die nationale Justiz. Die Beschwerde stammte vielmehr von der innerstaatlich abgeblitzten Klägerschaft, die sich auf die Achtung ihres Privatlebens (Art. 8 EMRK) bezieht. Diese Ausgangslage ist zwar seltener, aber keineswegs einzigartig. Der Gerichtshof hat sich schon verschiedentlich damit befasst – und wiederholt festgehalten, dass Art. 8 und Art. 10 EMRK die gleiche Beachtung verdienen: Das Ergebnis des Konflikts sollte grundsätzlich nicht davon abhängen, ob sich verurteilte Medienschaffende oder aber innerstaatlich gescheiterte Kläger an den Gerichtshof wenden. Der Gerichtshof überprüfe die Güterabwägung der nationalen Gerichte prinzipiell mit dem gleichen Massstab. In beiden Konstellationen prüft der Gerichtshof mit identischer Intensität und ersetzt er eine nach den Strassburger Kriterien durchgeführte Güterabwägung aus guten Gründen («strong reasons») durch seine eigene Sicht der Dinge.

All dies ist in der Substanz nicht neu. Beachtung verdient aber, dass der Gerichtshof implizit einen anderen Ansatz verwirft, welcher die Meinungsfreiheit wesentlich stärker gewichtet. Einen solchen Ansatz empfahlen verschiedene Nichtregierungsorganisationen (sie durften als vom EGMR-Präsidenten nach Art. 36 Abs. 2 EMRK zugelassene Drittbeteiligte ihre Bemerkungen ins Verfahren einbringen). Sie regten erstens eine engere Umschreibung des Menschenrechts auf Wahrung der Reputation an (was innerstaatlich gescheiterten Klägern den Weg nach Strassburg erschwert hätte). Zweitens forderten sie, der Gerichtshof solle die Meinungsfreiheit schützende innerstaatliche Urteile nur korrigieren, wenn die nationale Justiz klar willkürlich entschieden oder die auf dem Spiel stehenden Reputationsinteressen summarisch abgetan habe. Sonst öffne Strassburg Tür und Tor für unbegründete Beschwerden wegen angeblicher Rufschädigung.

Zu diesen Vorbringen der Open Society Justice Initiative (OSJI), der Media Legal Defence Initiative (MLDI) und des

rumänischen Helsinki-Komitees nimmt der EGMR in der Urteilsbegründung nicht ausdrücklich Stellung. Es ist aber davon auszugehen, dass er sie zur Kenntnis genommen und stillschweigend abgelehnt hat. Da der Gerichtshof die beiden Artikel 8 und 10 auf die gleiche Stufe stellt, wäre eine unterschiedliche Prüfungsdichte (bei Art. 8 geringer als bei Art. 10) in der Tat schwierig zu begründen.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

14-7

Zulässiger Fernsehbericht über Wirtschaftskriminalität

Ansehensschutz; Diffamierung; Ehrverletzung; Fernsehen; Geldstrafe; Genugtuung; Missstände; Objektivität; Wirtschaftskriminalität

Art. 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (4. Kammer) «Ristamäki & Korvola c. Finnland» vom 29.10.2013 (N° 66456/09)

In einem finnischen Fernsehprogramm wurden 2006 die behördlichen Bemühungen zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität kritisch beleuchtet. Bemängelt wurde insbesondere die mangelnde Zusammenarbeit der Steuerbehörden mit dem finnischen Kriminalamt. Exemplarisch wurde der Fall des bekannten Geschäftsmanns K.U. erwähnt, der damals wegen Wirtschaftsdelikten vor Gericht stand. Die Polizei wollte wissen, ob das Geld von K.U. in den Kauf eines Sportzentrums geflossen sei. In der Zweitausstrahlung des Beitrags am folgenden Tag wurde eine Aussage des Geschäftspartners von K.U. angefügt, wonach das Geld von einer Versicherungsgesellschaft stamme.

Auf Strafklage von K.U. verurteilte die finnische Justiz Redaktor Ristamäki und seinen Vorgesetzten Korvola wegen Ehrverletzung zu Geldstrafen (30 Tagessätze) und zur Bezahlung einer Genugtuung an K.U. (Euro 1800.-). Die beiden Journalisten hätten ihre falsche Behauptung des Kaufs eines Sportzentrums durch K.U. nicht ausreichend verifiziert. Die Verurteilung verletzt nach einstimmiger Ansicht der 4. EGMR-Kammer die Meinungsfreiheit. Der Gerichtshof betont, der Fernsehbeitrag habe anhand der Fälle von zwei einflussreichen Personen behördliche Missstände darstellen wollen. Die beiden Beispielfälle (darunter jener von K.U.) seien im Beitrag eher untergeordnet gewesen. Im Zentrum stand die Berichterstattung über die Steuerbehörden. Der Fernsehsender präsentierte die Fakten in objektiver Weise und ohne Provokation oder Übertreibung. Die finnische Justiz habe es bei ihrer Beurteilung unterlassen, die Meinungsfreiheit der beiden Medienschaffenden gegen das Recht von K.U. auf Wahrung seines Ansehens abzuwägen.

14-8

Ehrverletzender Abdruck eines anonymen Briefs mit falschen Vorwürfen

Ansehensschutz; Entschädigung; Gratiszeitung; Tatsachenbehauptung; üble Nachrede; Wiedergabe von Drittvorwürfen

Art. 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (1. Kammer) «Print Zeitungsverlag GmbH c. Österreich» vom 10.10.2013 (N° 26547/07)

Die wöchentlich in einer Auflage von 17 440 Exemplaren erscheinende Gratiszeitung «Bezirksblatt, Lokalausgabe Hall/Rum» berichtete 2006 unter der Überschrift «Anonyme Kampagne gegen M&M» über zwei Brüder (beide Anwälte), von denen sich einer als Obmann des Tourismusverbandes zur Wiederwahl stellte. Das Bezirksblatt hatte die beiden Anwälte mit dem an ungefähr 300 Adressen verschickten anonymen Schreiben konfrontiert. Obwohl der Obmann dem Journalisten ausdrücklich mitgeteilt hatte, er werde gegen eine Veröffentlichung dieses Schreibens rechtliche Schritte unternehmen, druckte der Journalist den Brief als Faksimile ab. Gestützt auf § 6 des österreichischen Mediengesetzes erhielten die Brüder von der Medieninhaberin wegen übler Nachrede (§ 111 StGB) eine Entschädigung von je Euro 2000.- zugesprochen.

Der EGMR kommt einstimmig zum Schluss, die österreichische Justiz habe die in der Strassburger Rechtsprechung entwickelten Kriterien korrekt angewandt. Die Beschränkung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) beruhe auf relevanten und ausreichenden Gründen. Zwar habe der Zeitungsbericht zu einer Debatte von öffentlichem Interesse beigetragen. Der Abdruck des anonymen Briefs – gegen den ausdrücklichen Wunsch eines der darin Angegriffenen – sei als grundloser Angriff auf den guten Ruf einzustufen. Es gab keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass das Verhalten der Brüder eine Tatsachengrundlage für die ehrenrührigen Formulierungen des Briefs bot. Der Gerichtshof teilt die Ansicht der österreichischen Justiz, dass dessen Abdruck etwas anderes ist als die Wiedergabe eines Statements einer interviewten Drittperson.

«39. The Court considers that this approach is not at variance with its case-law. It has repeatedly held that «punishment of a journalist for assisting in the dissemination of statements made by another person ... would seriously hamper the contribution of the press to discussion of matters of public interest and should not be envisaged unless there are particularly strong reasons for doing so» (see *Jersild v. Denmark*, 23 September 1994, § 35, Series A no. 298; *Thoma v. Luxembourg*, no. 38432/97, § 62, ECHR 2001-III; and *Verlagsgruppe News GmbH v. Austria*, no. 76918/01, § 31, 14 December 2006). Most of the cases concerned statements made by third persons whose identities were known. However, it is important to note that the Court's own examination of whether there had been a violation of Article 10 of the Convention involved an assessment of the news item or newspaper article as a whole in accordance with the criteria developed by its case-law. Among other crite-

ria, the Court looked into the question whether the reporting was balanced and had regard to the context in which the offensive quotations had been made (see for instance, *Jersild*, cited above, §§ 31–34). The case cited by the applicant company, which related to the publication of a letter to the editor, whose author could not be identified, indicates that journalists or editors may also quote anonymous statements (*Albert-Engelmann-Gesellschaft mbH*, no. 46389/99, § 32, 19 January 2006). However, the case also demonstrates that the final assessment of whether there has been a violation of Article 10 depends on a balancing of all relevant criteria: the Court did not share the domestic courts' view that the fact that the letter to the editor had been an anonymous one was of relevance. Its finding of a violation of Article 10 in that case was mainly based on the consideration that the offending statements contained in the anonymous letter were value judgments which had a sufficient factual basis in statements which the claimant himself had previously made (*ibid.*).

40. In the present case, as has already been noted above, there had been no allegations against C.M. and J.M. before the publication of the anonymous letter and there is no indication that their own conduct provided any factual basis for the value judgments contained in the anonymous letter, which were thus no more than a gratuitous attack on their reputation. In these circumstances, the Court accepts that there were strong reasons for considering that the publication of the anonymous letter transgressed the limits of permissible reporting.»

Anmerkungen Die Urteilsbegründung zeigt das Bemühen des Gerichtshofs, die Pflichten der Medien bei der Weitergabe von Äusserungen Dritter differenziert zu betrachten. Dies überzeugt: Kommentieren anonym auftretende Aussensiehende an sich bekannte Tatsachen mit abwertender Wortwahl und erhalten dafür ein öffentliches Forum, so ist dieses Vorgehen aus dem Hinterhalt zwar problematisch. Es hat aber sicherlich geringeres Schadenspotenzial als die ungeprüfte Verbreitung hinterhältiger Tatsachenbehauptungen.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

14-9

Commentaires anonymes sur un site d'information et responsabilité des intermédiaires

Base légale; commentaires anonymes; diffamation; liberté d'expression; responsabilité des intermédiaires

Art. 10 CEDH

Décision de la Cour européenne des droits de l'homme «Delfi AS c. Estonie» (Grande Chambre) du 10 octobre 2013 (N°64569/09)

La requérante, Delfi AS, est une société anonyme immatriculée en Estonie. Elle possède l'un des plus importants sites Internet d'informations du pays (cf. <http://www.delfi.ee> (4.2.2014)).

En janvier 2006, Delfi AS publia sur son site web un article concernant une société de ferries. Il y était question de la décision prise par cette société de modifier l'itinéraire emprunté par ses ferries pour rallier certaines îles. Cette modification avait provoqué la rupture de la glace dans certains endroits où des routes de glace auraient pu être tracées plus tard dans l'année, et retardé de plusieurs semaines l'ouverture de telles routes, moyen moins coûteux et plus rapide que les ferries pour rallier les îles. Chacun des lecteurs de cet article pouvait accéder aux messages des autres utilisateurs du site publiés sous l'article. Celui-ci avait suscité de nombreux messages extrêmement injurieux ou menaçants à l'égard de la compagnie de ferries et de son propriétaire.

En avril 2006, ce dernier engagea des poursuites contre Delfi AS. Un jugement rendu en juin 2008 lui donna gain de cause, les messages litigieux ayant été jugés diffamatoires et de nature à engager la responsabilité de la société Delfi AS. Le propriétaire de la compagnie de ferries se vit accorder EEK 5000.– à titre de dommages et intérêts (soit euro 320.– environ). La société Delfi AS fut déboutée en juin 2009 du recours qu'elle avait porté devant la Cour suprême d'Estonie. Ayant estimé que Delfi AS contrôlait la publication des messages apparaissant sur site, les juridictions estoniennes rejetèrent la thèse de l'intéressée selon laquelle ses activités de société de prestation de services Internet ou de stockage revêtaient un aspect purement technique, automatique et passif au sens de la directive de l'Union européenne 2000/31/CE sur le commerce électronique (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:178:0001:0001:FR:PDF>, (4.2.2013)).

Delfi SA a dès lors saisi la Cour, estimant que la mise en cause de sa responsabilité portait atteinte à sa liberté d'expression, puisqu'elle revenait, de facto, à la contraindre à mettre en place une politique de censure préventive de la liberté d'expression de ses utilisateurs et à l'empêcher de diffuser des informations créées par d'autres, soit les commentateurs. Son argumentation (cf. «Delfi AS c. Estonie», 64569/09, 2013, § B/1/a, n° 52 ss, 19 s.) se fondait principalement sur la directive précitée qui prévoit, entre autres, qu'un hébergeur n'a pas à contrôler de manière permanente ses sites, respectivement à rechercher des pratiques illicites et que sa responsabilité peut être limitée s'il supprime les contenus illicites dès qu'on les lui signale.

Le Gouvernement estonien arguait (cf. «Delfi AS c. Estonie», 64569/09, 2013, § B/1/b, n° 59 ss, 20 ss), quant à lui, du fait que Delfi AS avait démontré par l'adoption d'une politique sur les commentaires insultants (une note rappelait qu'ils étaient proscrits et un logiciel mettant en exergue les mots grossiers en vue d'un effacement automatique de ces commentaires, etc.) n'être pas un simple hébergeur passif, mais un hébergeur responsable.

La CEDH a rejeté le recours de Delfi AS (- ce résumé est celui figurant sur le communiqué de presse en français diffusé par le Greffier de la Cour européenne des droits de l'homme).

Cet arrêt reprend, de manière académique, les conditions de validité d'une ingérence étatique en matière de liberté d'expression (art. 10 CEDH). La première condition a trait à l'existence d'une base légale. La Cour constate que l'ingérence se fonde sur la législation estonienne, soit les dispositions du Code civil pour retenir la responsabilité de la société Delfi AS et lui

imposer une sanction. La Cour met à cet égard en exergue le fait que l'interprétation du droit interne à l'aune du droit de l'UE appartient aux juridictions nationales (The Court's role is confined to ascertaining whether the effects of such an interpretation are compatible with the Convention («Delfi AS c. Estonie», 64569/09, 2013, § B/3/b, n° 74, 24)). Le caractère proportionné de l'atteinte fait ensuite l'objet d'un examen approfondi. La Cour considère à charge de Delfi AS que le procédé de filtrage implémenté n'a pas permis de retirer rapidement les messages injurieux. Elle ajoute, singulièrement, que Delfi AS aurait dû prévoir la virulence des réactions des internautes en raison du caractère sensible de l'information publiée. Une vigilance accrue relativement aux commentaires s'imposait en conséquence. La Cour a également considéré la difficulté de poursuivre directement les auteurs des commentaires (nombreux commentaires anonymes, poursuites fastidieuses à l'encontre de nombreuses personnes physiques, etc.). Finalement, la légèreté de la sanction prononcée a joué un rôle puisque l'indemnisation est somme toute modique (euro 320.-) et que Delfi AS n'a pas été condamnée à mettre en place des mesures de protection des droits des tiers pour le futur.

Cet arrêt n'est pas définitif, puisqu'une demande de réexamen devant la Grande Chambre peut être introduite dans les trois mois (art. 44 § 2 CEDH).

Annotations Cet arrêt a généré de nombreux commentaires et une inquiétude quasi unanime (cf. Dehesdin, Commentaires sur les sites d'infos: dangereuse décision de la CEDH, in: «The Guardian», <http://www.slate.fr/life/78910/commentaires-sites-internet-decision-cedh-estonie-ferrys> (4.2.2014), selon lequel la décision obligerait les sites d'informations à retirer les commentaires de certains articles avant même qu'on les signale). Une saisine de la Grande Chambre serait de nature à dissiper certains doutes légitimes et à établir une jurisprudence claire, tant il est vrai que la motivation peut apparaître surprenante, notamment lorsqu'est évoqué le caractère prédictible de certains excès devant générer un surcroît de prudence et a fortiori un devoir accru de surveillance. La portée de l'arrêt est toutefois intrinsèquement limitée, du fait de la particularité de la législation civile estonienne, laquelle semble peu propice (Estonia had chosen to apply less restrictive civil – as opposed to criminal – liability in defamation cases (cf. «Delfi AS c. Estonie», 64569/09, 2013, § B/1/b, n° 64, 21)) à la poursuite des commentateurs qui excèdent les normes légales. Si cet arrêt n'est pas réformé ou nuancé par la Grande Chambre, cela signifiera en définitive que les commentaires anonymes vont disparaître et d'autre part que leur contrôle préventif devra être renforcé (validation avant publication). Pour les personnes mises en cause par contre, cette jurisprudence devrait permettre d'obtenir un retrait rapide de tels commentaires, sans passer par la fastidieuse identification des auteurs, souvent anonymes.

La question topique qui résulte de cet arrêt, en droit suisse, est celle de savoir si une responsabilité peut être plus facilement engagée dans le cadre de l'action en dommage et intérêts (responsabilité pour faute). S'agissant des actions défensives, comme l'a rappelé le Tribunal fédéral (BGer, 14.1.2013, 5A_792/2011), la qualité pour défendre est largement reconnue, puisqu'il suffit d'avoir joué un rôle même secondaire dans la création ou le développement de l'atteinte, pour en

répondre (Fanti, L'hébergeur d'un blog est comparable à l'éditeur d'un journal, *medialex* 2013, 78). Il n'y a donc aucune incidence. La responsabilité pour faute des intermédiaires techniques s'en trouve-t-elle étendue? À lire la motivation relative notamment à la proportionnalité de l'atteinte, on peut effectivement le penser. La Cour estime en effet que Delfi AS «aurait pu réaliser qu'il pourrait causer des réactions négatives contre l'entreprise de ferris et ses responsables, et que, considérant la réputation générale des commentaires sur le portail d'informations Delfi [AS], il y avait un risque plus élevé que la moyenne que ces commentaires négatifs aillent au-delà des limites des critiques acceptables» (cf. «Delfi AS c. Estonie», 64569/09, 2013, § B/3/d/ii, n° 86, 29). Delfi AS pouvait, selon la Cour, «savoir qu'un article allait être publié, prédire la nature des possibles commentaires qui allaient suivre et, par-dessus tout, prendre des mesures techniques ou humaines pour empêcher que des propos diffamatoires soient rendus publics» (cf. «Delfi AS c. Estonie», 64569/09, 2013, § B/3/d/ii, n° 86, 29). Les avis exprimés à la suite de l'analyse de l'arrêt tendent également à démontrer qu'une extension de responsabilité est intervenue (à titre exemplatif: <http://ip-it.philippelaw.eu/brouillon-auto-46/> (4.2.2014)) dans le cadre réglementaire et législatif européen. Il en résulterait donc immédiatement une prohibition des commentaires anonymes et une validation préalable des commentaires par les sites d'information. Toutefois, comme il a été dit la législation civile estonienne est peu satisfaisante et la sanction était modique. La décision eût donc pu s'avérer différente dans l'hypothèse où des dommages et intérêts civils conséquents pouvaient être obtenus sans difficulté. En droit suisse, la faute qui est l'une des conditions de la réparation du dommage ne semble pas pouvoir être démontrée du seul fait du caractère litigieux prédictible d'une publication. Toutefois, contrairement à ce que prévoit le code de conduite de la SIMSA (Swiss Internet Industry Association), le principe de notification et de retrait (Notice and Take Down) (Fanti, L'hébergeur d'un blog est comparable à l'éditeur d'un journal, *medialex* 2013, 80) est insuffisant pour la Cour qui relève expressément que cela n'a pas permis d'éviter une atteinte aux droits des tiers (idem pour un disclaimer).

En conclusion, même si la portée de l'arrêt eu égard aux spécificités du cas semble limitée, le principe prudentiel impose la prise de deux mesures immédiates à savoir la prohibition des commentaires anonymes (- d'autres motifs fondés sur le droit suisse militent pour la prohibition des commentaires anonymes, cf. Fanti, La fin des commentaires anonymes en ligne?, in: *medialex* 2012, 185) et la validation préalable à la publication des commentaires... dans l'attente d'une éventuelle saisine de la Grande Chambre sur laquelle nous reviendrons bien évidemment si elle devait survenir.

Avocat Sébastien Fanti, Sion

14-10

Menschenrechtliche Anforderungen an einstweilige Publikationsverbote

Ansehensschutz; chilling effect; einstweiliger Rechtsschutz; Inserat; Publikationsverbot; vorsorgliche Massnahme; Wahlkampf

Art. 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (2. Kammer) «Cumhuriyet Vakfi u.a. c. Türkei» vom 8.10.2013 (N° 28255/07)

Die türkische Tageszeitung «Cumhuriyet» veröffentlichte am 29. April 2007 während des Wahlkampfs um das Staatspräsidium auf ihrer Frontseite ein Inserat mit umstrittenen Aussagen des Präsidentschaftskandidaten Abdullah Gül (wie sie 1995 die britische Zeitung «The Guardian» in einem Interview mit Gül veröffentlicht hatte). Tags darauf erklärte sie in einem kurzen Text den Hintergrund der Eigenwerbung, die sie am 1. Mai 2007 erneut publizierte. Am 2. Mai reichte Gül gegen das seines Erachtens fiktive und rufschädigende Zitat in Ankara eine Zivilklage ein. Am 5. Mai erliess das zuständige Gericht ohne Anhörung der Zeitung eine vorsorgliche Verfügung. Im Rahmen dieser superprovisorischen Massnahme verbot es die Publikation von Abdullah Gül zugeschriebenem Material sowie jegliche Mitteilung, welche Gegenstand des vorliegenden Gerichtsverfahrens sein könnte («the publication of the material attributed to the claimant Abdullah Gül, as published on the front page of the newspaper Cumhuriyet in the issues of 29 April 2007 and 1 May 2007, as well as any news that may be subject to the [present] court proceedings»). Am 6. Juni lehnte das Zivilgericht die von «Cumhuriyet» geforderte Aufhebung des einstweiligen Publikationsverbots ab. Es blieb bestehen bis Ende März 2008 (der im August 2007 im zweiten Anlauf gewählte Abdullah Gül hatte mittlerweile seine Klage zurückgezogen).

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte überprüft dieses Verbot anhand von vier Kriterien, nämlich seines Umfangs, seiner Dauer, seiner Begründung und seiner Anfechtbarkeit. In allen Bereichen ortet er wesentliche Mängel:

Den Umfang des Verbots habe die türkische Justiz nur sehr unpräzise umschrieben. Die vage Formulierung liess die Zeitung im Ungewissen darüber, was sie über den Kandidaten Gül überhaupt noch publizieren durfte. Das Publikationsverbot konnte sogar so verstanden werden, dass die Schilderung jeglicher Aussage Güls zu Fragen der Säkularität unzulässig wäre. Eine derart unklare und missbrauchsanfällige Umschreibung war geeignet, nicht nur «Cumhuriyet» abzuschrecken, sondern alle türkischen Medien («general chilling effect»).

Die Dauer der vorsorglichen Massnahme war ebenfalls problematisch. Das einstweilige Verbot blieb während insgesamt zehn Monaten bestehen und umfasste damit gleich zwei Wahlperioden. Es behinderte nicht nur die Zeitung bei der kritischen Begleitung des Kandidaten Gül, sondern verunmöglichte ihrem Publikum eine Meinungsbildung. Der Gerichtshof bemängelte unerklärliche Verzögerungen im Verfahren und

das Fehlen einer zeitlichen Begrenzung der vorsorglichen Massnahme – selbst wenn die EMRK keine starre Zeitlimite gebiete.

«66. (...) The Court emphasises that what is required here is not the setting of strict time-limits for interim injunctions with absolute certainty, which is neither attainable nor desirable in view of the excessive rigidity it would entail. There must, nevertheless, be rules and safeguards available to ensure that an interim injunction does not extend beyond a reasonable period commensurate with its rationale and amount to an abusive practice. However, under Article 112 of the Code of Civil Procedure in force at the material time, an interim injunction would remain in place until the pronouncement or service of the judgment on the merits, unless its extension was required for the execution of the judgment.»

Ein weiteres verfahrensrechtliches Problem lag darin, dass die türkische Justiz jeglicher Begründung für ihr einstweiliges Verbot (und die spätere Weigerung, es aufzuheben) schuldig blieb. Dies erschwerte den Beschwerdeführern eine wirksame Anfechtung und beraubte auch den EGMR der Möglichkeit, die Berechtigung des Verbots inhaltlich näher zu prüfen.

Darüber hinaus konnte das Verbot erst einen Monat nach dessen Verhängung angefochten werden. Der Gerichtshof anerkennt zwar, dass in dringenden Fällen eine Anhörung des Mediums unterbleiben muss und der Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit nicht gewahrt werden kann. Dies gelte nicht nur in der Türkei, sondern auch in der Rechtsordnung vieler anderer EMRK-Vertragsstaaten. Die Nachteile dieses einseitigen Vorgehens seien dadurch zu kompensieren, dass die Gegenseite ihre Argumente rasch nach Erlass der einstweiligen Verfügung vortragen kann. Davon konnte im türkischen Verfahren keine Rede sein, was die Meinungsfreiheit aushöhle:

«73 (...) Considering the «perishable» nature of news and the specific political environment in which the impugned measure was applied, the inability of the applicants to contest the interim injunction for over thirty days placed them at a substantial disadvantage vis-à-vis their opponent and thus constituted a significant procedural shortcoming that undermined their freedom of expression disproportionately.»

Angesichts der bei einer Missachtung des Verbots drohenden Konsequenzen beurteilt der Gerichtshof die Massnahme einstimmig als unverhältnismässig. Er bejaht einen Verstoss gegen Art. 10 EMRK und verpflichtet die Türkei, den Beschwerdeführern je Euro 2500.– Genugtuung zu bezahlen.

Anmerkungen Die Begründung dieses Grundsatzurteils wirkt durchdacht und fundiert. Der Gerichtshof hat erkannt, dass die konventionskonforme Abwicklung des einstweiligen Rechtsschutzes in wohl allen EMRK-Vertragsstaaten ein wichtiges (und anspruchsvolles) Thema ist. Deshalb blieb er nicht an der Beurteilung des – im Ergebnis ziemlich offenkundigen – türkischen Einzelfalls kleben. Erstens entwickelte er einen auch für künftige Fälle nützlichen Katalog von vier Kriterien für eine konventionskonforme Ausgestaltung des einstweiligen Rechtsschutzes gegen Medienpublikationen. Zweitens bemühte sich der EGMR darum, die Angelegenheit in einem grösseren Rahmen zu sehen und konsultierte die Rechtslage in 19 anderen Mitgliedstaaten (die Schweiz gehörte nicht dazu). Er stellte fest, dass auch sie superprovisorische Verfügungen kennen, aber oft einen Zeitrahmen für

eine kurz nachher erfolgende kontradiktorische Prüfung vorzusehen. Manche nationale Rechtsordnung verlangt eine richterliche Begründung eines vorsorglichen Verbots und schreibt vor, das untersagte Verhalten sei ausreichend präzise zu formulieren. In all diesen Bereichen war das vierfach ungenügende türkische Publikationsverbot schwer defizitär. Ob das schweizerische Zivilrecht (mit seinen beschränkten Anfechtungsmöglichkeiten) den Strassburger Kriterien für konventionskonforme einstweilige Publikationsverbote zu genügen vermag, bedürfte vertiefter Prüfung. Eine Selbstverständlichkeit ist dies jedenfalls nicht.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

14-11

Unethische Ausstrahlung vertraulicher Filmaufnahmen am Fernsehen

Bedingte Strafe; Berufsethik; chilling effect; Fernmeldegeheimnis; Fernsehen; Gefängnis; Geheimnisschutz; Privatsphäre; Recht am eigenen Bild; Satire

Art. 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (2. Kammer) «Ricci c. Italien» vom 8.10.2013 (N° 30210/06)

Der italienische Privatfernsehsender «Canale 5» strahlte im Oktober 1996 das von Antonio Ricci produzierte satirische Fernsehmagazin «Striscia la notizia» aus. Moderator Ricci zeigte Filmaufnahmen eines Disputs zwischen einem Schriftsteller und dem Philosophen Gianni Vattima. Die Bilder hatte der öffentlich-rechtliche Fernsehveranstalter RAI aufgenommen, aber nicht veröffentlicht. Vattima hatte die schriftliche Zustimmung zur Ausstrahlung des Materials verweigert, weshalb RAI die Aufzeichnung als vertraulich behandelte. Dennoch konnte sich Ricci Zugang zum RAI-internen Filmmaterial verschaffen – offenbar durch Zugriff auf Frequenzen, die der RAI für die interne Kommunikation zugewiesen waren.

Mit der Ausstrahlung der Aufnahmen wollte er dem Publikum nach seiner Darstellung beweisen, dass es dem öffentlich-rechtlichen Fernsehen mehr um Unterhaltung gehe als um Unterrichtung der Öffentlichkeit. Ricci wurde zunächst wegen Missachtung von Art. 617 c des Strafgesetzbuchs (Veröffentlichung vertraulicher Gespräche) zu einer bedingten Freiheitsstrafe von vier Monaten und fünf Tagen verurteilt. Dieses Strafurteil hob das Mailänder Appellationsgericht 2004 wegen Verjährung auf. Es bestätigte aber Riccis Pflicht zur Bezahlung einer Genugtuung von Euro 30000.– an Vattima. Die Missachtung seines Rechts am eigenen Bild und seiner Privatsphäre werde durch kein bedeutendes öffentliches Interesse aufgewogen.

Die 2. Kammer des Gerichtshofs hält zunächst fest, dass selbst bei der Ausstrahlung vertraulicher Aufnahmen stets eine Güterabwägung vorzunehmen sei. Sie billigt Ricci zu, dass die Rolle des öffentlich-rechtlichen Fernsehens ein Thema von allgemeinem Interesse sei. Das Verhalten der RAI-Journalistin

eigne sich in der Tat als Beleg für den Trend, statt kultureller Information primär die Unterhaltung des Fernsehpublikums anzustreben. Diese Kritik hätte er aber auch ohne Einsatz vertraulicher Materials üben können. Es scheine Ricci weniger um die Entlarvung des wahren Gesichts des Fernsehens gegangen zu sein als darum, seine Berufskollegin anzuprangern und der Lächerlichkeit preiszugeben.

Als Medienschaffender musste Ricci wissen, dass die Veröffentlichung des internen Filmmaterials Vertraulichkeitsverpflichtungen verletzte. Er habe gegen die journalistische Berufsethik verstossen. Die Verurteilung Riccis als solche ist in den Augen des EGMR grundsätzlich im Einklang mit der Konvention.

Die verhängte Sanktion schoss aber über das Ziel hinaus, denn eine Gefängnisstrafe von vier Monaten und fünf Tagen sei unverhältnismässig streng – selbst wenn die Strafe zur Bewährung ausgesetzt und wegen Verjährung vom Kassationshof aufgehoben wurde. Sie hatte dennoch eine stark abschreckende Wirkung (chilling effect). Es fehle an ausserordentlichen Umständen für eine derart harsche Massnahme. Die Ausstrahlung des fraglichen Videos habe kein hohes Schadenspotenzial gehabt. Mit 6 gegen 1 Stimmen bejaht die 2. EGMR-Kammer einen Verstoß gegen die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK).

Der überstimmte Richter weist in seinem abweichenden Sondervotum darauf hin, dass es im vorliegenden Fall nicht um den Schutz der Reputation gehe (wo sich der EGMR wiederholt gegen Freiheitsstrafen ausgesprochen hat), sondern um den Schutz von (privaten) Geheimnissen.

14-12

Kein Glorienschein, aber erlaubter Respekt für PKK-Chef Öcalan

Briefe; Gedankenfreiheit; PKK; Straftat; Terrorismus; Verherrlichung

Art. 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (2. Kammer) «Yalcinkaya u.a. c. Türkei» vom 1.10.2013 (N° 25764/09)

In insgesamt 67 Briefen an den Prokurator der türkischen Republik bekundeten die Absender ihren Respekt für den inhaftierten Chef der verbotenen PKK, Abdullah Öcalan. Sei die Verwendung des Begriffs «sayın» (Anrede für eine geschätzte und respektierte Person) eine Straftat, so zeigten sich die Verfasser mit diesem Brief an. Vor Gericht beriefen sie sich auf ihre Gedankenfreiheit und beteuerten, sie wollten keineswegs Verbrechen oder Verbrecher glorifizieren.

Die türkische Strafjustiz verurteilte die Angeschuldigten wegen Verherrlichung einer Straftat oder eines Straftäters zu einer Gefängnisstrafe, die in eine Busse von umgerechnet etwa Fr. 850.– umgewandelt wurde.

Der Gerichtshof bezeichnet die Verurteilung einstimmig als konventionswidrig. Das fragliche Schreiben enthalte kei-

nerlei Anhaltspunkt dafür, dass die Verfasser die Gewaltakte Öcalans und der PKK unterstützen. Es sei auch keine klare und unmittelbare Gefahr ersichtlich, welche den Eingriff in die Meinungsfreiheit hätte rechtfertigen können. Die Türkei missachtete die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) und wird zur Bezahlung einer Genugtuung von je Euro 2000.– an alle Verurteilten verpflichtet.

14-13

Ungenügender Schutz gegen heimliche Aufnahmen im Badezimmer

Foto; Heimliche Aufnahme; Intimsphäre; Privatleben; Recht am eigenen Bild; Stiefvater

Art. 8 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (Grosse Kammer) «Söderman c. Schweden» vom 12.11.2013 (N° 5786/08)

Im September 2002 bemerkte eine 14jährige Schwedin, dass ihr Stiefvater im Badezimmer heimlich eine Videokamera installiert hatte. Sie war dort versteckt, wo sich die Jugendliche vor dem Duschen auszog. Unmittelbar nach der Entdeckung wurde der Film verbrannt. Erst zwei Jahre später meldete die Mutter den Vorfall der Polizei. Anschliessende Gerichtsverfahren führten zu keiner Verurteilung des Stiefvaters. Nach dem damals geltenden schwedischen Recht war sein Vorgehen nicht strafbar. Es existierte weder ein straf- noch ein zivilrechtliches Mittel zum wirksamen Schutz der verletzten Integrität des minderjährigen Opfers. Die heimliche Aufnahme verletzte die Integrität der Minderjährigen besonders schwerwiegend, da sie in vermeintlich sicherer Umgebung durch eine Person geschah, der sie vertrauen durfte und sollte.

Die Grosse Kammer des EGMR hält mit 16 gegen 1 Stimmen fest, Schweden habe seine Pflicht zum Schutz der Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK) missachtet. Die dem Opfer zur Verfügung stehenden juristischen Möglichkeiten waren nach der 2002 geltenden Rechtslage bestenfalls theoretischer Natur.

In ihrem abweichenden Sondervotum bemängelt die bulgarische Richterin, die Gerichtsmehrheit mache nicht deutlich, ob die staatliche Schutzpflicht im vorliegenden Fall den Einsatz strafrechtlicher Instrumente gebiete. Sie lasse offen, ob die konventionsrechtlich gebotene Abhilfe auch durch das Zivilrecht geschaffen werden könnte. Zudem fehle es in der Urteilsbegründung an Kriterien für die Definition des akzeptablen Schutzzumfangs.

Anmerkungen Die ausführliche Urteilsbegründung hält fest, in Schweden seien die Lücken in der Gesetzgebung bereits vor einem halben Jahrhundert erkannt worden. Eine Strafnorm gegen heimliche Filmaufnahmen in Wohnungen oder Badezimmern erliess das schwedische Parlament aber erst 2013.

Der schweizerische Gesetzgeber führte einen umfassenden strafrechtlichen Schutz des Geheim- und Privatbereichs vor unerwünschten Aufnahmen bereits 1968 ein. Beobachtungen mit Aufnahmeggeräten oder Aufnahmen auf einen Bildträger untersagt Art. 179quater StGB in einer umfassenden Formulierung. Der Tatbestand hat erhebliche Bedeutung: Die Kriminalstatistik weist seit den 1990er Jahren konstant steigende Verurteilungszunahmen aus. Dieser Trend dürfte sich im Zeitalter von Handycameras und neuen technischen Entwicklungen verstärken.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

14-14

Zugangsgesuch: Gebühr muss reduziert werden

Gebührenerhebung; öffentliches Interesse; Zugangsgesuch

Art. 17 BGÖ; Art. 3 Abs. 2 Bst. a AllgGebV; Art. 16 Abs. 1, Ziffer 2 von Anhang 1 VBGÖ

Urteil des Bundesgerichts vom 19. November 2013 (1C_550/2013)

Das Bundesgericht entscheidet, dass die Gebühr für ein Zugangsgesuch eines Redaktionsleiters, das einen Aufwand von sechs Arbeitsstunden verursacht hat, um mindestens die Hälfte reduziert werden muss.

X. ersuchte als Redaktionsleiter einer Zeitschrift beim Eidgenössischen Starkstrominspektorat (ESTI) um Zustellung einer Liste der vom ESTI im Jahr 2011 kontrollierten Elektrogeräte mit den entsprechenden Resultaten. Das ESTI stellte X. eine Liste mit dem Betreff «ESTI Marktüberwachung 2011» zu und auferlegte ihm mittels Verfügung für die Erstellung der Liste sowie die Ausstellung der Verfügung eine Gebühr in der Höhe von Fr. 700.–. X. gelangte mittels Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht, worauf dieses die Gebühr mit der Begründung, das ESTI hätte den Arbeitsaufwand für die Redaktion der angefochtenen Verfügung nicht in Rechnung stellen dürfen, auf Fr. 600.– reduzierte. Gegen diesen Entscheid erhob X. Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesverwaltungsgericht und verlangte, er sei von der Gebühr zu befreien.

Das Bundesgericht führt zuerst aus, für den Zugang zu amtlichen Dokumenten werde in der Regel eine Gebühr erhoben (Art. 17 Abs. 1 BGÖ), ausser die Bearbeitung des Gesuchs erfordere nur einen geringen Aufwand (Art. 17 Abs. 2 BGÖ). Der Stundenansatz für die Prüfung und Vorbereitung von amtlichen Dokumenten betrage grundsätzlich Fr. 100.– (Ziffer 2 von Anhang 1 der VBGÖ i. V. m. Art. 16 Abs. 1 VBGÖ). Auf eine Gebührenerhebung könne verzichtet werden, wenn an ihr ein überwiegendes öffentliches Interesse bestehe (Art. 3 Abs. 2 Bst. a AllgGebV). Den besonderen Bedürfnissen der Medien sei bei der Auslegung von Art. 3 Abs. 2 Bst. a AllgGebV Rechnung zu tragen. Grundsätzlich sei davon auszugehen, dass am Zugang der Medien zu amtlichen Dokumenten ein öffentliches Inter-

esse besteht, ohne dass die Informationsbeschaffung von geradezu existenzieller Bedeutung sein müsste. Dies könne je nach den konkreten Umständen zu einer Reduktion oder einem Verzicht auf eine Gebührenerhebung führen.

In Bezug auf den konkreten Fall ist das Bundesgericht der Ansicht, vorliegend spreche gegen die Erhebung einer normalen Gebühr, dass X. für eine Zeitschrift arbeite und seine Recherche ein Thema von öffentlichem Interesse betraf. Für die Auferlegung einer Gebühr spreche hingegen der relativ grosse Zeitaufwand von sechs Stunden für die Bearbeitung des Gesuchs und die Erstellung der Liste. Eine Würdigung der massgeblichen Umstände ergebe, dass das ESTI bzw. das Bundesverwaltungsgericht X. nicht die volle Gebühr in der Höhe von Fr. 600.– hätte auferlegen dürfen. Ob die X. auferlegte Gebühr trotz des relativ grossen Zeitaufwands für das ESTI ganz zu erlassen oder nur in der Höhe zu reduzieren sein wird, liege im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen des ESTI. Die Gebühr werde aber aufgrund der dargelegten Umstände um mindestens die Hälfte zu reduzieren sein. Demnach heisst das Bundesgericht die Beschwerde teilweise gut und weist die Sache zu neuem Entscheid an das ESTI zurück.

14-15

Ne peut être qualifié de média que celui qui diffuse des contenus triés et traités selon les critères professionnels du journalisme

Autorisation de filmer une assemblée communale; liberté d'expression; statut de média

Art. 10 CEDH; Art. 16 Cst.

Arrêt du Tribunal fédéral du 10 octobre 2013 (1C_335/2013)

A., en litige avec la commune de Cerniat, a annoncé au Syndic son intention d'enregistrer les débats de l'assemblée communale et de les diffuser sur son site internet. Le Préfet du district de la Gruyère le lui a interdit, puis, suite à son refus d'obtempérer, a fait séquestrer les enregistrements. Le recours de A. auprès de la Cour administrative du Tribunal cantonal du canton de Fribourg a été rejeté, comme l'a été son recours au Tribunal fédéral.

Le TF a rappelé que la liberté d'expression garantie par l'article 16 al. 2 Cst et 10 CEDH -comprenant la liberté d'opinion et celle de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans ingérence des autorités publiques- comportait des devoirs et pouvait être soumise à certaines conditions ou restrictions nécessaires notamment à la défense de l'ordre et à la protection des droits d'autrui dans une société démocratique (art. 10 par. 2 CEDH).

La question était de savoir si le site exploité par A. pouvait être qualifié de média, et dès lors bénéficier des garanties s'y rapportant. Le Conseil suisse de la presse a qualifié de média celui qui diffuse des contenus triés et traités selon les critères professionnels du journalisme afin d'être portés à la connaissance du public. Les médias offline (journaux, revues, agences

d'informations, station de radio et TV...) entrent dans cette définition, de même que les médias online et leurs bureaux.

Le TF a souligné que la seule exploitation d'un site internet ne suffit pas pour être qualifié de média au sens légal, et qu'en l'espèce le site web du recourant ne relevait pas du journalisme, s'agissant en réalité d'un blog destiné à défendre ses intérêts personnels.

Qui plus est, le droit à l'information n'inclut pas le droit pour un particulier de filmer sans autorisation les débats publics d'une assemblée communale.

1.2 Recht des Informationszugangs der Öffentlichkeit – Accès général à l'information

14-16

Zugang zu Unterlagen über die Änderung des KVP gewährt

Besondere Fälle; Zugangsgesuch

Art. 8 Abs. 2 BGÖ

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. Oktober 2013 (A-5489/2012)

Das Bundesverwaltungsgericht gewährt interieurusuisse Zugang zu den Unterlagen über die Allgemeinverbindlicherklärung von Änderungen des Gesamtarbeitsvertrages KVP. Es begründet diesen Entscheid damit, dass der Bundesrat in der Zwischenzeit die Änderungen für allgemein verbindlich erklärt habe und somit der Entscheid getroffen worden sei, für den diese Dokumente die Grundlage darstellen (Art. 8 Abs. 2 BGÖ).

Der Schweizerische Verband der Innendekorateure, des Möbelfachhandels und der Sattler (interieurusuisse) stellte beim SECO ein Gesuch um Einsicht in die eingereichten Unterlagen zur Änderung der Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für die vorzeitige Pensionierung im westschweizerischen Ausbaugewerbe (KVP). Gleichzeitig erhob interieurusuisse beim SECO Einsprache gegen das Gesuch um Änderung der Allgemeinverbindlicherklärung des KVP. Nachdem das SECO den Zugang verweigerte und auch der EDÖB eine ablehnende Empfehlung aussprach, erhob interieurusuisse am 17. Oktober 2012 Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht. Am 13. Dezember 2012 entschied der Bundesrat über das Gesuch zur Änderung der Allgemeinverbindlicherklärung des KVP und hiess die von interieurusuisse erhobene Einsprache gut.

Das Bundesverwaltungsgericht erwägt, dass die vorliegende Streitigkeit in den persönlichen und sachlichen Geltungsbereich des BGÖ fällt. Weiter führt das Bundesverwaltungsgericht aus, der Bundesrat sei im Laufe des Rechtsmittelverfahrens zu einem Beschluss über das Gesuch um Änderung einiger Bestimmungen der Allgemeinverbindlicherklärung des KVP gekommen. Deshalb sei im jetzigen Zeitpunkt kein besonderer Fall im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BGÖ mehr gegeben und interi-

eursuisse sei somit prinzipiell der Zugang zu den eingereichten Unterlagen zur Änderung der Allgemeinverbindlicherklärung zu gewähren. Durch den Zugang zu den Dokumenten sei auch nicht mit der Offenbarung von Berufs-, Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen zu rechnen. Was die Privatsphäre Dritter betrifft kommt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass das öffentliche Interesse an der Offenlegung der betreffenden Unterlagen höher zu gewichten sei. Gestützt auf diese Ausführungen heisst es die Beschwerde gut und gewährt interieur-suisse Zugang zu den verlangten Unterlagen.

1.3 Radio- und Fernsehrecht – Droit de la radiodiffusion

14-17

Bundesgericht verpflichtet SRG zur Ausstrahlung eines SRG-kritischen VgT-Werbespots

Gesetzliche Grundlage; Meinungsäusserungsfreiheit; öffentliche und private Interessen; Verhältnismässigkeit

Art. 16 Abs. 2, 35 Abs. 2, 36 BV; Art. 2 lit. a, k, 4, 6, 9, 10 Abs. 4 RTVG

Urteil des Bundesgerichts vom 16. November 2012
(2C_1032/2012)

Die publisuisse SA bzw. die SRG verweigerten die Ausstrahlung eines Werbespots des VgT, der die Formulierung «was das Schweizer Fernsehen totschnet» enthielt. Das Bundesgericht stellt nun fest, dass diese Verweigerung den Schutzbereich der Meinungsäusserungsfreiheit des VgT tangiert. Da diese Einschränkung weder auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage basiert noch im öffentlichen oder privaten Interesse liegt, hat die publisuisse SA bzw. die SRG die Ausstrahlung zu Unrecht verweigert und damit die Meinungsäusserungsfreiheit des VgT verletzt.

Der VgT buchte am 29. September 2011 bei der publisuisse SA, einer Tochtergesellschaft der SRG, Werbezeit für einen selbstproduzierten Spot. Dieser bestand aus einer eingeblendeten Seite, auf der das Logo des Vereins mit dem Hinweis auf dessen Internetseite und der Ergänzung «was andere Medien totschnen» zu sehen war. Am 15. November 2011 stellte der VgT der publisuisse SA eine überarbeitete Fassung des Werbespots zu, in dem die Formulierung «was andere Medien totschnen» durch die Formulierung «was das Schweizer Fernsehen totschnet» ersetzt war. Die SRG strahlte den ersten Werbespot achtzehn Mal aus. Die zweite Version erachtete sie als geschäfts- und imageschädigend im Sinne ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Art. 10 AGB). Gegen die Nichtausstrahlung des überarbeiteten Spots gelangte der VgT an die UBI. Diese wies seine Zugangsbeschwerde am 22. Juni 2012 ab. Deshalb beantragte der VgT vor Bundesgericht, der Entscheid der UBI sei aufzuheben und die SRG sei anzuweisen, den zweiten Werbespot zur Ausstrahlung entgegenzunehmen.

Das Bundesgericht führt aus, die SRG verfüge zwar nach wie vor über eine Sonderstellung in der schweizerischen Rundfunklandschaft, könne wegen der neuen Technologieformen aber nicht (mehr) als «Monopolmedium» gelten. Vorliegend stehe nicht der Zugang zu einem redaktionellen Sendefäss zur Diskussion, wo in erster Linie den grundrechtsbezogenen Interessen und der Programmautonomie der SRG Rechnung getragen werden müsse. Umstritten sei vielmehr die Frage, ob die SRG den abgeänderten Werbespot «was das Schweizer Fernsehen totschnet» gestützt auf verfassungs- und konventionsrechtliche Vorgaben hätte ausstrahlen müssen.

Das Bundesgericht erwägt weiter, dass der Werbevertrag an sich den privatrechtlichen Regeln unterliegt, die SRG/publisuisse SA in diesem Bereich jedoch auch angemessen den Vorgaben von Art. 35 Abs. 2 BV Rechnung zu tragen hat. Nach dieser Bestimmung ist an die Grundrechte gebunden und hat zu deren Verwirklichung beizutragen, wer staatliche Aufgaben wahrnimmt. Dies ist nach den Erwägungen des Bundesgerichts bei der SRG im Rahmen ihres programmrechtlichen Auftrags im privatrechtlich bewirtschafteten Werbereich der Fall, da dieser als Nebenaktivität der Finanzierung ihrer Programme dient. Die SRG sei als privilegierter Konzessionär des Bundes im Werbereich nicht gleich frei wie Private. Bei der Auswahl der zugelassenen Werbesendungen könne sich die SRG nicht in gleicher Weise wie bei redaktionellen Sendungen auf ihre Programmautonomie (Art. 6 RTVG) berufen. Denn in diesem Bereich müsse sie grundrechtsgebunden handeln, auch wenn der konkret abgeschlossene Werbevertrag privatrechtlicher Natur sei. Deshalb ist sie nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht nur an das Willkürverbot und den Grundsatz der Rechtsgleichheit gebunden, sondern muss generell auch dem besonderen ideellen Gehalt der Freiheitsrechte Rechnung tragen. Wer staatliche Aufgaben wahrnehme, sei bei privatrechtlichen Nebennutzungen zu einer neutralen, sachlichen Haltung verpflichtet und müsse in diesem Rahmen auch eine gewisse Kritik gegen sich selbst zulassen. Der Werbespot des VgT falle in den Schutzbereich der Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 Abs. 2 BV). Danach hat jede Person das Recht, ihre Meinung frei zu bilden, sie ungehindert zu äussern und entsprechend zu verbreiten. Einschränkungen sind jedoch im Rahmen von Art. 36 BV zulässig. Zwar bestehe deshalb kein Anspruch auf beliebig viel Werbung, eine kapazitätsbezogene Begrenzung sei naturgemäss nötig und zulässig. Diese müsse jedoch grundrechtskonform erfolgen. Für die Zulassung zur Werbung gelten verfassungsrechtlich vorrangig die Rechtsgleichheit sowie die Wirtschafts- und Meinungsfreiheit der Personen, die ihr Anliegen (gegen Bezahlung) verbreiten wollen, falls sie ihrerseits dabei nicht widerrechtlich handeln.

Nach den Ausführungen des Bundesgerichts konnte die SRG die Ausstrahlung des abgeänderten Spots somit nur verweigern, soweit eine gesetzliche Grundlage hierfür bestand, ihr Handeln im öffentlichen Interesse lag und die Massnahme als verhältnismässig gelten konnte. Bei den AGB der publisuisse SA handle es sich nicht um eine gesetzliche Grundlage im Sinne von Art. 36 BV. Eine andere gesetzliche Grundlage oder ein anderes überwiegendes Interesse sei nicht ersichtlich und werde von der SRG nicht dargetan. Ein entsprechender Eingriff in die Meinungsäusserungsfreiheit wäre auch zulässig gewesen, so das Bundesgericht weiter, wenn die Werbung die Menschen-

würde missachtet, diskriminierend erscheint, zu Rassenhass beiträgt, die öffentliche Sittlichkeit gefährdet oder Gewalt verherrlicht oder verharmlost (vgl. Art. 2 lit. a i. V. m. lit. k und Art. 4 RTVG). Zudem gelten Werbungen als unzulässig, welche den Vorgaben von Art. 9 ff. RTVG nicht genügen, insbesondere solche, welche religiöse oder politische Überzeugungen herabmindern, irreführend oder unlauter sind oder zu einem Verhalten anregen, welches die Gesundheit, die Umwelt oder die persönliche Sicherheit gefährdet (Art. 10 Abs. 4 RTVG). Der umstrittene Spot fällt nach Ansicht des Bundesgerichts unter keine dieser Kategorien. Die blossе Befürchtung, die umstrittene Werbung könnte dem Ruf der SRG potentiell abträglich sein, stelle kein hinreichendes Interesse dar, die Ausstrahlung in der gewünschten Form zu verweigern. Die Weigerung, die Werbung in der gewünschten Form auszustrahlen, um unliebsame Kritik an der eigenen Programmgestaltung zu vermeiden, rechtfertigt sich weder im öffentlichen noch im privaten Interesse. Die SRG und die publisuisse SA wären mangels einer gesetzlichen Grundlage bzw. eines überwiegenden öffentlichen Interesses und der gebotenen Verhältnismässigkeit deshalb gehalten gewesen, den Spot in der vom VgT gewünschten Fassung anzunehmen. Das Bundesgericht hebt deshalb den Entscheid der UBI vom 22. Juni 2012 auf und stellt fest, dass die Zugangsverweigerung zum Werbefernsehen für den Spot vom 15. November 2011 verfassungsmässige Rechte des VgT verletzt hat.

Anmerkungen Das Bundesgericht stellt in seinem Urteil die Werbezeit auf Sendern der SRG einer Sache im Gemeingebrauch gleich. Es wendet die Rechtsprechung (s. BGE 138 I 274) zum bedingten Anspruch auf Aushang von Werbeplakaten in den Bahnhöfen der SBB (gesteigerter Gemeingebrauch) auf die Beurteilung eines Anspruchs auf TV-Werbezeit an. Gleich wie das Benützungsglement der SBB seien auch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der SRG bzw. der publisuisse SA keine genügende gesetzliche Grundlage zur Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit derjenigen, die öffentlichen Grund bzw. Werbezeit der SRG zur Verbreitung von Werbebotschaften beanspruchen (E. 4.1). Dieser Ansatz überzeugt nicht.

Gemäss ständiger Praxis besteht gestützt auf die Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 BV; Art. 10 EMRK) alleine kein Anspruch auf Zugang zum Programm. Vielmehr setzt das Bundesgericht jeweils zusätzlich ein Element der Diskriminierung (Art. 8 Abs. 1 und 2 BV; Art. 14 EMRK) voraus. So haben politische Parteien und ihre Kandidaten im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen ausnahmsweise Anspruch auf *diskriminierungsfreien* Zugang zum Programm. Allfällige Ungleichbehandlungen müssen sich auf sachliche Gründe stützen (BGE 119 Ib 241 E. 4, 249; 119 Ib 250 E. 3b, 252; 136 I 167 E. 3.3.4, 174; s.a. Steiner, in: medialex 2012, 39). Dies muss für den Zugang zum Werbeteil gleichermaßen gelten.

Das Gericht ist jedoch der Auffassung, die SRG könne sich in Bezug auf den Werbeteil «nicht in gleicher Weise auf ihre Programmautonomie berufen, da sie in diesem Bereich grundrechtsgebunden handeln» müsse (E. 3.2.2). Diese Begründung findet weder in der Verfassung (Art. 93 Abs. 3 BV) noch im Gesetz (Art. 6 RTVG) eine Grundlage. Vielmehr muss zum Schutz der institutionellen Voraussetzungen der «Unabhängigkeit von Radio und Fernsehen» und der «Autonomie in der Programmgestaltung» (Art. 93 Abs. 3 BV) gewährleistet sein, dass die SRG auch im Bereich der Finanzierung

durch Werbung staatsfrei und (privat-)autonom handeln kann. Es gilt zu betonen, dass der Verfassungsauftrag (Art. 93 Abs. 2 BV) die SRG nicht zur Trägerin einer «staatlichen Aufgabe» macht, auch nicht im Bereich des Werbefernsehens. Hätte der Gesetzgeber gewollt, wie es das Bundesgericht hier voraussetzt, dass sich der Anspruch auf Zugang zum Werbeteil nach den Grundsätzen des bedingten Anspruchs auf gesteigerten Gemeingebrauch öffentlicher Sachen beurteilt, hätte er dies bei der Schaffung der Möglichkeit der Zugangsbeschwerde (Art. 94 Abs. 1 i. V. m. Art. 91 Abs. 3 Bst. b RTVG) klarstellen können. Stattdessen hat er aber für beide Fälle gleichermaßen auf die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EGMR verwiesen (BBl 2003 1741). Grundsätzlich gilt daher auch für den Werbeteil, dass nur in seltenen Ausnahmefällen und nur im Sinne einer Gleichbehandlung von Interessengruppen ein Anspruch auf Zugang besteht. Eine Ausnahme gilt für Fälle, bei denen ein Vertragsstaat seine «positiven Verpflichtungen» aus Art. 10 EMRK durch zu weit gefasste Werbeverbote (insb. für politische Werbung) verletzt hat (s. *Verein gegen Tierfabriken c. Schweiz*, 24699/94, 2001; *Animal Defenders International c. Vereinigtes Königreich*, 48876/08, 2013). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor.

Dr. iur. Thomas Steiner, Zürich

14-18

Wird eine Zweitwohnung mehr als 6 Monate im Jahr bewohnt, so ist die private Empfangsgebühr für Radio- und Fernsehprogramme geschuldet

Billag; Haushalt; private Empfangsgebühr für Radio- und Fernsehprogramme

Art. 68 Abs. 1, 2, 3 RTVG; Art. 55 Abs. 1 a RTVG; Art. 41 Abs. 1, 2, Art. 42 Abs. 1 a RTVV

Urteil des Bundesgerichts vom 1. November 2013
(2C_195/2013)

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei einem privaten Empfang von Radio- und Fernsehprogrammen eine Gebühr pro Haushalt zu entrichten. Der Begriff «Haushalt» schliesst die Person, die der Gebührenerhebungsstelle die Empfangsgeräte meldet, ihre Familienmitglieder, die mit ihr zusammenleben, und ihre Gäste ein. Die geschuldete Gebühr deckt alle Empfangsgeräte, auch diejenigen in einer Zweitwohnung, solange sie nicht an Dritte vermietet wurde oder über 6 Monate im Jahr bewohnt ist. In diesen zwei Fällen ist eine weitere Empfangsgebühr zu entrichten.

A. lebt mit seiner Ehefrau und seinen zwei Söhnen im Kanton Tessin. Dort entrichtet er die private Empfangsgebühr für Radio- und Fernsehprogramme. Seit 2004 besitzt er zudem einen Fernseher in seiner Zweitwohnung in Zürich, wo er sich während 4 Tagen pro Woche für berufliche Zwecke aufhält. Mit Verfügung vom 9. Februar 2010 entschied die vom Bund

beauftragte Behörde Billag SA zu Lasten des Beschwerdeführers, dieser habe rückwirkend seit 1. April 2005 die Empfangsgebühren für Radio und Fernsehen auch für die Zürcher Wohnung zu zahlen. Die Verfügung wurde sowohl vom BAKOM am 17. Oktober 2011 als auch vom Bundesverwaltungsgericht mit Entscheid vom 28. Januar 2013 bestätigt mit der Begründung, die Empfangsgebühren seien bei Benutzung der Dienstleistung auch in einer Zweitwohnung zu entrichten, wenn Letztere an Dritte vermietet oder über sechs Monate pro Jahr bewohnt werde. In solchen Fällen sei die Zweitwohnung als selbständiger Haushalt zu betrachten, so dass die Pflicht zur Zahlung der Empfangsgebühr auch für die Zweitwohnung gelte. A. zog den Entscheid ans Bundesgericht weiter. Er macht eine Verletzung von Bundesrecht geltend und beantragt die Bezahlung einer einzigen Empfangsgebühr für Haupt- und Zweitwohnung. Im Wesentlichen macht er eine falsche Auslegung des Begriffes «Haushalt» geltend.

Das Bundesgericht bestätigt den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts. Dieser entspricht in seiner Gesamtheit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Ab dem 1. April 2007 ist das neue Bundesgesetz über das Radio und Fernsehen vom 26. März 2006 (RTVG; 784.40) und die entsprechende Verordnung vom 9. März 2007 (RTVV; 784.401) in Kraft getreten. Die strittige Empfangsgebühr wurde im konkreten Fall rückwirkend ab dem 1. April 2005 verlangt, weswegen der Sachverhalt unter Anwendung der alten sowie der neuen Gesetzgebung zu bewerten war. Die Praxis zur alten Gesetzgebung ist auch im Rahmen des revidierten RTVG anzuwenden. Wer ein zum Empfang von Radio- und Fernsehprogrammen geeignetes Gerät zum Betrieb bereithält oder betreibt, muss eine Empfangsgebühr bezahlen und dies der Gebührenerhebungsstelle vorgängig melden (Art. 55 Abs. 1 aRTVG i. V. m. Art. 41 Abs. 1 und 2 aRTVV bzw. Art. 68 Abs. 1 und 3 RTVG). Die Empfangsgebühr ist eine Steuer (Regalien), deren Entrichtung eine bestimmte dem Bund unterworfenen Monopoltätigkeit ermöglicht. Ihr entspricht deshalb keine direkte Gegenleistung in Form von Empfang von Radio- und Fernsehprogrammen. Vielmehr ist sie von der konkreten Benutzungsmodalität von Radio- und Fernsehgeräten und den erhaltenen Programmen unabhängig. Die Empfangsgebühr ist folglich auch dann geschuldet, wenn der Besitzer die Empfangsgeräte nicht verwendet; die Entrichtungspflicht ist bereits begründet, wenn ein Gerät zur Verwendung bereit steht. Allein der Besitz eines Radios oder Fernsehgeräts begründet also die Pflicht zur Entrichtung der Empfangsgebühr (Art. 41 Abs. 1 aRTVG bzw. Art. 68 Abs. 1 RTVG) und nicht nur dessen Inbetriebnahme. Hinsichtlich des privaten Empfangs ist lediglich eine Gebühr pro Haushalt geschuldet (Art. 42 Abs. 1 aRTVV bzw. Art. 68 Abs. 2 RTVG). Der Begriff «Haushalt» schliesst die Person, die der Gebührenerhebungsstelle die Empfangsgeräte meldet, ihre Familienmitglieder, die mit ihr zusammenleben, und ihre Gäste ein. Die geschuldete Gebühr deckt alle Empfangsgeräte, auch diejenigen in einer Zweitwohnung, solange sie nicht an Dritte vermietet wird oder mehr als 6 Monate im Jahr bewohnt ist. In diesen zwei Fällen ist eine weitere Empfangsgebühr zu entrichten. Dies gilt nicht nur für Studenten- oder für Ferienwohnungen, sondern auch, wie im vorliegenden Fall, für Wochenaufenthalter, also für Personen, die sich während der Woche für berufliche Zwecke an einem anderen Ort aufhalten.

Der Beschwerdeführer teilt im Tessin einen Haushalt mit seiner Familie. Er übernachtet aber über das ganze Jahr hinweg während vier Tagen in der Woche in seiner Wohnung in Zürich. Er wohnt also über 6 Monate lang in einer anderen Wohnung und hat daher einen neuen Haushalt im Sinne des RTVG begründet. Er ist deshalb verpflichtet, eine zusätzliche Empfangsgebühr zu bezahlen.

14-19

«Arena» über Grundeinkommen verstiesst nicht gegen Sachgerechtigkeitsgebot

Sachgerechtigkeitsgebot

Art. 4 Abs. 2 RTVG

Urteil des Bundesgerichts vom 11. Oktober 2013
(2C_321/2013)

Die UBI kam in ihrem Entscheid zum Ergebnis, die «Arena» über die Volksinitiative «Für ein bedingungsloses Grundeinkommen» habe gegen das Sachgerechtigkeitsgebot verstossen. Eine dagegen erhobene Beschwerde heisst das Bundesgericht gut. Es könne keine Rede davon sein, so das Bundesgericht, dass in der streitigen Sendung in manipulativer Weise zentrale Aspekte verschwiegen worden wären. Der blosser Umstand, dass bestimmte, hier frauenspezifische aber auch andere Aspekte auch stärker hätten betont werden können, verletze Art. 4 Abs. 2 RTVG nicht.

Die eidgenössische Volksinitiative «Für ein bedingungsloses Grundeinkommen» war am 27. April 2012 Thema in der Diskussionssendung «Arena». X. gelangte an die UBI und rügte, in der Sendung sei die Situation der Frauen nicht sachgerecht dargestellt worden. Die UBI hiess die Beschwerde gut. Sie begründete ihren Entscheid damit, die Frauen seien in der Diskussion klar in der Minderheit gewesen, was aber nicht zwangsläufig zur Folge habe, dass ein Thema unvollständig dargestellt werde. In der Diskussion sei aber weitgehend ausgeklammert worden, welche Auswirkungen die Initiative auf Personen habe, die nicht oder nur teilweise erwerbstätig seien und vor allem unbezahlte Arbeit leisteten. Solche Tätigkeiten würden meistens und primär von Frauen geleistet. Angesichts der Bedeutung von unbezahlter Arbeit stelle dieser Gesichtspunkt kein Nebenpunkt dar, sondern sei ein zentraler Aspekt der Initiative. Die weitgehende Auslassung dieses Aspekts habe die Meinungsbildung des Publikums wesentlich beeinträchtigt. Gegen diesen Entscheid erhob die SRG Beschwerde ans Bundesgericht.

Das Bundesgericht erwägt zuerst allgemein, dass die Anforderungen an die Sachgerechtigkeit auf Informationssendungen zugeschnitten seien. Die im Bundesgerichtsurteil vom 12. April 2013 («Botox») genannten Kriterien liessen sich nicht ohne weiteres auf eine Diskussionssendung wie die «Arena» übertragen. Die «Arena» zeichne sich dadurch aus, dass nicht die Redaktion von ihr aufbereitete Informationen vermittele, sondern die eingeladenen Gäste ihre Positionen und Meinun-

gen zu einem politischen Thema darlegen. Die Sachgerechtigkeit im Sinne von Art. 4 Abs. 2 RTVG könne nicht von den Voten der einzelnen Diskussionsteilnehmer verlangt werden. Sie muss sich nach Ansicht des Bundesgerichts darin äussern, dass für das Publikum aus der Sendung insgesamt in nicht manipulativer Weise erkennbar ist, welches die verschiedenen zum Thema vertretenen Meinungen sind. Das Sachgerechtigkeitsgebot sei aber nicht schon dann verletzt, wenn in der Diskussion gewisse Aspekte eines Themas nicht behandelt werden. Die Moderation könne und solle den Diskussionsteilnehmern nicht vorschreiben, was sie zu äussern haben. Die Redaktion könne mit der Themenwahl und Fragestellung Einfluss auf den Verlauf der Diskussion nehmen, aber sie solle auch Raum für spontane Entwicklungen der Diskussion belassen. Für das Bundesgericht sind zudem der Umfang und die Komplexität einer Materie in Relation zur Dauer der Sendung zu berücksichtigen. Bei der diskutierten Volksinitiative handle es sich um eine komplexe Initiative. Es liege deshalb auf der Hand, dass in einer Sendung von rund fünf Viertelstunden nicht alle Aspekte, die mit einem solchen Thema verbunden sind, behandelt oder gar vertieft werden können. Würde allein darin, dass in einer solchen Sendung nicht alle wesentlichen Aspekte eines Themas behandelt werden, ein Verstoß gegen das Sachgerechtigkeitsgebot erblickt, wäre eine Diskussionssendung im Stil der «Arena» überhaupt nicht mehr möglich, was offensichtlich nicht der Sinn von Art. 4 Abs. 2 RTVG sein könne. Das Sachgerechtigkeitsgebot ist gemäss dem Bundesgericht dann verletzt, wenn in der Sendung nicht zum Ausdruck kommt, dass und inwiefern die Meinungen zur Initiative kontrovers sind oder wenn in manipulativer Weise zentrale Aspekte der Initianten oder der Gegenmeinung unterdrückt werden. Wenn hingegen nicht alle Aspekte diskutiert werden, die von bestimmten Bevölkerungskreisen als wichtig erachtet werden, liegt keine Verletzung von Art. 4 Abs. 2 RTVG vor.

Weiter prüft das Bundesgericht, ob die von der UBI beanstandeten Aspekte zur Folge haben, dass die streitige Sendung das Sachgerechtigkeitsgebot verletzt hat. Aus dem Initiativtext gehe klar hervor, was auch von der UBI festgestellt werde, nämlich dass das bedingungslose Grundeinkommen der ganzen Bevölkerung zusteht, also Männern, Frauen und Kindern, ob erwerbstätig oder nicht. Damit sei für das Publikum klar geworden, dass auch nicht oder teilweise erwerbstätige Personen ein solches Grundeinkommen erhalten sollen. Die Auswirkungen der Initiative auf die unbezahlte Arbeit seien somit klar dargelegt, weshalb der von der UBI erhobene Vorwurf der fehlenden Transparenz unbegründet sei. Entgegen der Ansicht der UBI sei die Initiative auch nicht geschlechterspezifisch. Gewiss möge bedauert werden, dass die Hauptbeteiligten der Diskussion ausschliesslich Männer waren. Dies allein sei aber für eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots nicht ausreichend. Der Sendung könne deshalb nicht vorgeworfen werden, sie habe in manipulativer Weise wesentliche Fakten verschwiegen, sondern höchstens, sie hätte dieses Thema vertiefen können. Die Auswahl und Gewichtung der Themen liege jedoch in der Programmautonomie der Veranstalter. Es sei schlicht unmöglich, alle Fragen in einer politisch kontroversen Diskussionssendung von fünf Viertelstunden erschöpfend abzuhandeln. Aus diesen Gründen hiess das Bundesgericht die gegen den UBI-Entscheid erhobene Beschwerde gut und stellte fest, dass die «Arena» vom

27. April 2012 nicht gegen das Sachgerechtigkeitsgebot verstossen hat.

Anmerkungen Die UBI hiess die Programmbeschwerde noch einstimmig gut (UBI, 19.10.2012, b.656). Das Bundesgericht sendet nun eine klare Botschaft zurück an die UBI: Bei Diskussionssendungen ist das Sachgerechtigkeitsgebot (Art. 4 Abs. 2 RTVG) nur dann verletzt, wenn nicht zum Ausdruck kommt, dass und inwiefern die von den Diskussionsteilnehmern zum Thema geäusserten Meinungen umstritten sind und wenn Gegenmeinungen oder zentrale Aspekte des Themas in *manipulativer Weise* unterdrückt werden. Soweit die UBI, wie im vorliegenden Verfahren, eine umfassende Antwort auf sämtliche Aspekte des Themas (der Volksinitiative) verlangt, erscheine dies «als offensichtliche Übersteigerung des Sachgerechtigkeitsgebots» (E. 5.2.3). Für Diskussionssendungen gibt das Bundesgericht eine klare Leitlinie vor: Die Moderatorin muss im Sinne der journalistischen Sorgfalt soweit Einfluss auf den Verlauf der Diskussion nehmen, dass für das Publikum aus der Sendung insgesamt erkennbar wird, welches die verschiedenen von den Teilnehmern zum Thema vertretenen Meinungen sind. Gleichzeitig soll und darf die Moderatorin der Diskussion auch Raum für spontane Entwicklung lassen. Die Diskussionsteilnehmer setzen mit ihren Voten die Schwerpunkte der Diskussion.

Dr. iur. Thomas Steiner, Zürich

14-20

Die RSI hat die Prinzipien der Objektivität, Wahrheit und Transparenz nicht verletzt

Bildung einer selbständigen Meinung durch den Zuschauer; Darstellung des Gesichtspunkts der Betroffenen; journalistische Sorgfalt; Objektivitätsprinzip; Pressefreiheit; Transparenz; Unschuldsvermutung; Wahrheitsprinzip

Art. 17, 93 Abs. 2 BV; Art. 4 Abs. 2 RTVG

Urteil des Bundesgerichts vom 25. September 2013
(2C_182/2013)

Nach dem Bundesgericht wurde die Reportage «La multinazionale delle vittime» im Rahmen des Strafverfahrens gegen das Unternehmen Eternit in Turin gesetzeskonform veröffentlicht. Insbesondere wurden die Prinzipien der Objektivität, der Wahrheit und Transparenz sowie der journalistischen Sorgfalt beachtet.

Am 8. September 2011 sendete die *Televisione svizzera di lingua italiana* (RSI) im Rahmen der Sendung Falò die Reportage «La multinazionale delle vittime» (das multinationale Unternehmen der Opfer). Die Reportage berichtete über die gewerbliche Nutzung von Asbest und die damit verbundenen Risiken sowie über das in Turin laufende Strafverfahren gegen das Unternehmen Eternit. Nach einem gescheiterten Mediationsversuch hatte S., der im Strafverfahren in Turin angeklagt

war, bei der unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen Beschwerde gegen die Reportage der RSI eingereicht. Sie wurde am 19. Oktober 2012 mit der Begründung abgewiesen, der fragliche Bericht habe die Prinzipien der Objektivität, der Wahrheit, der Transparenz und der journalistischen Sorgfalt beachtet. Insbesondere wies die schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) zu Recht darauf hin, dass die Sendung wegen der Gefährlichkeit von Asbest zur Information der Zuschauer notwendig gewesen sei. Das wichtige Thema sei während eines hängigen Gerichtsverfahrens in Italien für einen informierten Personenkreis publiziert worden. Auch wenn die Berichterstattung kurz gewesen sei, sei fundiert recherchiert worden. Die Fakten seien wahrheitsgetreu wiedergegeben und die freie Meinungsbildung der Öffentlichkeit sei nicht beeinflusst worden. Die Sendung habe zweifellos den Gesichtspunkt der Opfer privilegiert. Dies sei jedoch mehrmals betont worden, weshalb sich das Publikum dessen bewusst gewesen sei. Die Sendung habe zudem, obwohl sich die Angeschuldigten dazu nicht geäußert haben, dem Gesichtspunkt des Beschwerdeführers (des Angeklagten S.) Rechnung getragen. Ferner habe der Moderator im Verlauf der Sendung mehrmals betont, dass das Gerichtsverfahren in Turin noch hängig sei und ein endgültiges Urteil noch ausstehe. Die Bilder des Beschwerdeführers seien den gesetzlichen Normen entsprechend gezeigt worden. Der Angeschuldigte S. zog den Entscheid der unabhängigen Behörde ans Bundesgericht weiter. Im Wesentlichen beantragt er dessen Nichtigkeitsklärung und klagt auf Feststellung der Verletzung des Objektivitätsprinzips nach Art. 4 Abs. 2 RTVG.

Gegen den Entscheid der Vorinstanz macht der Beschwerdeführer gestützt auf Art. 4 Abs. 2 RTVG geltend, dass die Zuschauer nicht über genügend Vorwissen zum Strafverfahren in Turin verfügten, worauf die Reportage seiner Meinung nach einzig und allein beruhte. Das Bundesgericht bestätigt den Entscheid der Vorinstanz und weist die entsprechende Rüge des Beschwerdeführers mit der Begründung ab, dass sie auf einer falschen Tatsachendarstellung basiere. Zwar habe das Strafverfahren in Turin Anlass gegeben, den Bericht zu senden. Der Bericht habe jedoch verschiedene Aspekte dargelegt. Die Reportage habe zwar auf das Strafverfahren in Turin hingewiesen, habe aber auch die allgemeine Geschichte der gewerblichen Nutzung von Asbest dargestellt sowie die betroffenen Opfer in Italien und in der Welt gezeigt. Die gleichen Themen seien im Übrigen auch bereits in früheren Sendungen gezeigt worden. Demnach könne der Rüge, dass die Zuschauer kein genügendes Vorwissen gehabt hätten, nicht gefolgt werden. Der Beschwerdeführer macht ferner geltend, dass in der Sendung bloss der Gesichtspunkt der Opfer berücksichtigt worden sei. Diese Einseitigkeit könne nicht nur damit erklärt werden, dass er seine Mitwirkung an der Sendung verweigert habe. Der Beschwerdeführer führt weiter aus, dass aus diesem Grund der Journalist Argumente für den Angeschuldigten hätte einbringen müssen. Er beanstandet schliesslich die verwendete Musik zur Begleitung der Bilder und weitere angewandten Techniken sowie die Art und Weise, wie seine philanthropischen Tätigkeiten dargelegt worden seien. Auch hinsichtlich dieser Rügen bestätigt das Bundesgericht den Entscheid der Vorinstanz. Die Sendung habe das Thema aus dem Blickwinkel der Opfer dargelegt, was klar und transparent in der Reportage angekündigt worden sei. Es sei ferner betont worden, dass das

Strafverfahren in Turin hängig und noch keine definitive Entscheidung gefällt worden sei. Zudem sei hervorgehoben worden, dass die Meinungen der Opfer nicht von absoluter Natur seien. Durch diese Hinweise in der Sendung sei gewährleistet worden, dass sich die Zuschauer eine unabhängige Meinung bilden konnten. Es seien ferner auch andere Gesichtspunkte herangezogen und festgehalten worden, dass die Verantwortung auf verschiedenen Ebenen zu suchen sei. Betreffend die Einseitigkeit der Sendung hat das Bundesgericht bekräftigt, dass es dem Journalisten lediglich obliege, den Gesichtspunkt nicht mitwirkender Betroffener genügend darzulegen, nicht aber, deren Standpunkt zu verteidigen. Vorliegend sei in der Sendung darauf hingewiesen worden, dass dem Beschwerdeführer die Möglichkeit zur Stellungnahme gegeben worden sei und dass er und seine Verteidigung jeglichen Kommentar verweigert hätten. Die Zuschauer konnten sich dennoch aufgrund eines früheren Interviews mit dem Verteidiger des Beschwerdeführers zu seinen Gesichtspunkten eine eigene Meinung bilden. Der Moderator habe zudem mehrmals unterstrichen, dass die Unschuldsvermutung zu Gunsten des Beschwerdeführers noch gelte. Das Bundesgericht weist schliesslich auch die weiteren Rügen ab. Die Nutzung von Bildern und Musik, wie von der Vorinstanz festgehalten, sei angemessen gewesen und habe nicht dazu beigetragen, die Verantwortung des Beschwerdeführers zu verstärken oder die Zuschauer zu manipulieren. Insbesondere sei die beanstandete Musik, welche die Bilder des Beschwerdeführers begleitet hatte, auch in anderen Teilen der Reportage verwendet worden. Zudem habe die Musik nicht unbedingt eine negative Kennzeichnung. Grundsätzlich würden sich Bilder und Musik mit einer emotionalen Dimension an die dramatische Lage des behandelten Themas anpassen und hätten an sich keinen manipulativen Effekt besessen, weshalb sie zulässig gewesen seien. Die philanthropische Tätigkeit des Beschwerdeführers sei zwar auf kritische Art und Weise beleuchtet worden, was jedoch als Kritik erkennbar gewesen sei. Zudem seien zu dieser Tätigkeit verschiedene Informationen geliefert worden, was eine unabhängige Meinung gemäss Art. 4 Abs. 2 RTVG ermöglicht habe. Zusammenfassend hält das Bundesgericht fest, dass die fragliche Sendung – wenn auch nicht in allen Punkten ausgeglichen – im Sinne eines Gesamteindrucks die Voraussetzungen nach Art. 4 Abs. 2 RTVG beachtet und deshalb kein Bundesrecht verletzt hat. Es weist die Beschwerde demnach ab.

1.6 Recht der kommerziellen Kommunikation – Droit de la communication commerciale

14-21

Werbeinserate von deutschem Unternehmen verstossen gegen AlkG

Anwendungsbereich des AlkG; Territorialitätsprinzip; Verhältnismässigkeit; Wirtschaftsfreiheit

Art. 42b Abs. 2, 4 AlkG

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. September 2013 (A-5763/2012)

Werbeinserate verstossen auch dann gegen das AlkG, wenn sie Produkte bewerben, die im Ausland verkauft werden. Entscheidend ist, dass sich die Werbung an Schweizer Kunden richtet und sich damit in der Schweiz auswirkt. Zu diesem Schluss kommt das Bundesverwaltungsgericht und weist deshalb eine gegen die Anwendung des AlkG gerichtete Beschwerde ab.

Die X. betreibt in Deutschland eine Einzelhandelskette, wobei sie auch Spirituosen im Sortiment führt. Ihr Filialnetz umfasst einzelne Geschäfte nahe der Schweizer Grenze, weshalb Werbeprospekte, welche Inserate für das gesamte Produktsortiment enthalten, auch in schweizerische Haushalte im grenznahen Gebiet verteilt werden. Nachdem man sich nicht einigen konnte, erliess die Eidgenössische Alkoholverwaltung (EAV) eine Verfügung die festhielt, dass die in zwei Werbeprospekten publizierte Spirituosenwerbung Art. 42b Abs. 2 und 4 AlkG verletzt. Gegen diese Verfügung gelangt X. ans Bundesverwaltungsgericht und verlangt ihre Aufhebung. Sie macht einerseits geltend, die in der Schweiz verteilten Prospekte würden nicht unter die Werbebeschränkungen des schweizerischen AlkG fallen. Zudem stelle ein Werbeverbot einen unzulässigen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit dar und verletze den Verhältnismässigkeitsgrundsatz.

Vorliegend war hauptsächlich strittig, ob die umstrittene Spirituosenwerbung von X. überhaupt in den Anwendungsbereich des schweizerischen AlkG fällt. Das Bundesgericht führt aus, dass sich das AlkG selber nicht zu territorialen Fragen äussere. Das öffentliche Recht kenne das sogenannte Territorialitätsprinzip. Demnach gelte das öffentlich Recht nur für Sachverhalte, die sich im räumlichen Herrschaftsgebiet des jeweiligen rechtssetzenden Gemeinwesens ereignen. Unter Umständen könne aber unklar sein, welchem Gemeinwesen ein Sachverhalt zuzuordnen sei. Vorliegend sei zu klären, ob der Sachverhalt der Schweiz zuzuordnen ist. Zu dieser Frage führt das Bundesverwaltungsgericht aus, es sei unbestritten, dass X. ihre Werbeprospekte nicht nur in Deutschland, sondern auch in mehrere tausend Haushalte im grenznahen Gebiet der Schweiz verteilt habe. Die Werbung richte sich somit an schweizerische Konsumenten und wirke sich auch in der Schweiz aus. Demnach rechtfertige es sich, den «Ort der Auswirkung einer

Tätigkeit» als relevantes Anknüpfungskriterium festzulegen. Dieser befinde sich auf schweizerischem Territorium, weshalb Schweizer Recht und damit auch die Werberestriktionen des AlkG zur Anwendung gelangen. Eine Anknüpfung an den Ort der Auswirkung der Werbung korreliere mit Ziel und Zweck von Art. 42b AlkG, so das Bundesverwaltungsgericht weiter. Die Alkoholgesetzgebung wolle in erster Linie mässigend auf den Alkoholkonsum einwirken, weshalb Werberestriktionen möglichst umfassend angewandt werden müssten. Nach Sinn und Zweck der Norm müssten die Werberestriktionen also für sämtliche Werbemittel geltend, die sich gezielt an Schweizer Kunden richten. Die Gesundheit der schweizerischen Bevölkerung sei durch in der Schweiz beworbene und im Ausland erhältliche Produkte gleich gefährdet, wie wenn das Produkt in der Schweiz gekauft würde. Als Folge dieser Ausführungen kommt das Bundesverwaltungsgericht zusammenfassend zum Ergebnis, dass das AlkG und damit dessen Art. 42b auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar ist. Da die X. in ihren Werbeproschüren preisvergleichende Angaben bei Spirituosen gemacht habe und gebranntes Wasser als Werbeobjekt gedient habe, hätten diese Inserate Art. 42b Abs. 2 und 4 AlkG verletzt. Da das Bundesverwaltungsgericht auch einen rechtswidrigen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit und eine Verhältnismässigkeitsverletzung verneint, kommt es zum Schluss, dass die X. mit ihren Inseraten gegen Art. 42b Abs. 2 und 4 AlkG verstossen hat. Es weist deshalb die gegen die Verfügung der EAV erhobene Beschwerde ab.

1.7 Weitere verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragen – Autres questions constitutionnelles ou administratives

14-22

VgT: Als Mehrwertsteuer verrechnete Beiträge können nicht zurückgefordert werden

Rechtliches Gehör; Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung; Streitwert

Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 74 Abs. 1 lit. b, Abs. 2 lit. a BGG; Art. 53 ZPO

Urteil des Bundesgerichts vom 4. Oktober 2013 (4A_349/2013)

Das Bundesgericht tritt auf eine Beschwerde in Zivilsachen des VgT nicht ein und weist die eventualiter erhobene subsidiäre Verfassungsbeschwerde ab. Der VgT hat sich mit diesen beiden Rechtsmitteln gegen ein Urteil des Obergerichts Zürich gewehrt, in dem ihm die Rückerstattung von als Mehrwertsteuer verrechneten Beiträgen verwehrt wurde.

Der VgT gab bei der Y. AG Inserate in Auftrag, die in verschiedenen Zeitschriften erschienen. Die Rechnungen für die Inserate bezahlte der VgT vorbehaltlos. Später forderte er die

für die Mehrwertsteuer verrechneten Beiträge in der Höhe von gesamthaft Fr. 1795.50 zurück und klagte diesen Betrag beim Bezirksgericht Zürich ein. Sowohl das Bezirksgericht Zürich als auch das Obergericht wiesen die Klage ab, weshalb der VgT mit Beschwerde in Zivilsachen und eventuell mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde ans Bundesgericht gelangte.

Das Bundesgericht tritt auf die Beschwerde in Zivilsachen nicht ein, weil die Streitwertgrenze von Fr. 30000.– nicht erreicht wird (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG) und sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG). Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde weist das Bundesgericht ab, weil es keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 53 ZPO, Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK) erkennen konnte.

14-23

Zustellermässigung: Auslegung des Begriffs «abonniert»

Abonniert; Tages- und Wochenzeitungen; Zustellermässigung

Art. 16 Abs. 4 Bst. a, 36 Abs. 1 Bst. a VPG

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. Oktober 2013 (A-386/2013)

Das BAKOM will Tages- und Wochenzeitungen nur dann Zustellermässigung gewähren, wenn mindestens 75 % der Gesamtauflage im Abonnementsverhältnis verteilt werden. Diese Auslegung des Begriffs «abonniert» korrigiert das Bundesverwaltungsgericht. Es ist kein bestimmter Anteil von Abonnementsverträgen im Verhältnis zur Gesamtauflage erforderlich, um Zustellermässigung zu erhalten.

Die Fridolin Druck und Medien Walter Feldmann AG (Fridolin AG) hat beim BAKOM für ihre Zeitung «Fridolin, Die Regionalzeitung mit Amtsblatt im Wirtschaftsraum Glarus» (FRIDOLIN) ein Gesuch um Zustellermässigung eingereicht. Mit Verfügung vom 13. Dezember 2012 wies das BAKOM dieses Gesuch ab. Als Begründung führte es an, gemäss Art. 36 Abs. 1 Bst. a VPG seien Tages- und Wochenzeitungen förderungsberechtigt, wenn sie abonniert sind. Dabei sei ausreichend, wenn die Zeitung zu mindestens 75 % an eine zahlende Leserschaft im Abonnementsverhältnis verteilt werde. Diese Voraussetzung sei bei der Zeitung FRIDOLIN nicht erfüllt, da der Anteil entgeltlicher Abonnementsverhältnisse im Verhältnis zur Gesamtauflage bloss ca. 8 % betrage. Die Fridolin AG verlangte vor Bundesverwaltungsgericht die Aufhebung dieser Verfügung des BAKOM und die Gutheissung des Gesuchs um Presseförderung. Sie vertritt die Ansicht, dass für abonnierte Zeitungsexemplare von Regional- und Wochenzeitungen Zustellermässigungen zu gewähren seien. Dabei sei irrelevant, welcher Anteil der Auflage im Abonnementsverhältnis verteilt werde. Die Zeitung FRIDOLIN vertreibe rund 2300 Exemplare im Abonnementsverhältnis, für diese stünde ihr eine Ermässigung zu.

Gemäss Art. 16 Abs. 4 Bst. a PG werden Ermässigungen gewährt für die Zustellung von Tages- und Wochenzeitungen der Regional- und Lokalpresse. Der Bundesrat hat in Art. 36 VPG weitere Kriterien für die Gewährung einer solchen Zustellermässigung vorgesehen. Unter anderem hat er in Art. 36 Abs. 1 Bst. a VPG festgelegt, dass nur Tages- und Wochenzeitungen eine Zustellermässigung erhalten, die abonniert sind. Das Bundesverwaltungsgericht prüft deshalb, ob das BAKOM der Zeitung FRIDOLIN mit der Begründung eine Zustellermässigung verweigern durfte, dass die Zeitung «nicht als abonniert» gelte. Zur Klärung dieser Frage war der Begriff «abonniert» auszulegen. Das Bundesverwaltungsgericht weist darauf hin, dass weder das Postgesetz noch die Postverordnung definieren, was unter «abonniert» im Sinne der Postgesetzgebung zu verstehen ist. Es stützt deshalb auf die Auslegung ab, welche das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil A-469/2013 vom 27. September 2013 (vgl. Zusammenfassung in dieser Ausgabe) vorgenommen hat. Dabei kommt das Bundesverwaltungsgericht zusammenfassend zum Schluss, dass Art. 16 Abs. 4 Bst. a PG i. V. m. Art. 36 Abs. 1 Bst. a VPG mit dem Begriff «abonniert» von einem Abonnementsverhältnis im engeren Sinne ausgeht, das den Abschluss eines entgeltlichen Abonnementsvertrags zwischen einer Zeitung und ihren jeweiligen Empfängern voraussetzt. Hierbei richtet sich der Begriff «abonniert» nicht an die Gesamtauflage beziehungsweise es ist kein bestimmter Prozentsatz an Abonnementsverträgen im Verhältnis zur Gesamtauflage erforderlich.

Nach dem Gesagten kommt das Bundesverwaltungsgericht zum Ergebnis, dass die 2347 Exemplare der Zeitung FRIDOLIN, welche im Abonnementsverhältnis vertrieben werden, alle Anspruchsvoraussetzungen für die Zustellermässigung gemäss Art. 16 Abs. 4 Bst. a PG i. V. m. Art. 36 Abs. 1 VPG erfüllen. Es heisst die erhobene Beschwerde deshalb gut und hebt die Verfügung des BAKOM vom 13. Dezember 2012 auf.

14-24

Keine Zustellermässigung wegen überwiegender Bewerbung

Überwiegende Bewerbung von Produkten und Dienstleistungen; Zustellermässigung

Art. 36 Abs. 3 Bst. f VPG

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. Oktober 2013 (A-413/2013)

Das Bundesverwaltungsgericht gewährt der Zeitschrift «perspective» des Vereins Swissavant keine Zustellermässigung, da diese überwiegend der Bewerbung von Produkten und Dienstleistungen diene und damit die Voraussetzung von Art. 36 Abs. 3 Bst. f VPG nicht erfülle.

Der Verein Swissavant stellte ein Gesuch um Zustellermässigung gemäss Art. 16 Abs. 4 Bst. b PG für seine Zeitschrift «perspective». Das BAKOM wies dieses Gesuch mit der Begründung ab, die Prüfung der beiden Belegexemplare habe erge-

ben, dass die Artikel mehrheitlich der Bewerbung von Produkten in den Bereichen Handwerk und Haushalt dienen, weshalb die Zeitschrift die Voraussetzung gemäss Art. 36 Abs. 3 Bst. f VPG nicht erfülle und deshalb nicht förderungswürdig sei. Der Verein Swissavant gelangte gegen diesen Entscheid ans Bundesverwaltungsgericht und verlangte die Gutheissung des Gesuchs um Presseförderung.

Das Bundesverwaltungsgericht prüft in seinem Entscheid, ob die Zeitschrift «perspective» überwiegend Geschäftszwecken oder der Bewerbung von Produkten und Dienstleistungen dient. Es führt dazu aus, entscheidend dafür, ob die Voraussetzung von Art. 36 Abs. 3 Bst. f VPG erfüllt ist, sei der Gesamteindruck der Zeitung oder Zeitschrift. Dabei könnten etwa die Aufmachung des Produkts, der Gesellschaftszweck des Herausgebers, seine Beziehungen zu den Inserenten, das mit der Publikation angesprochene Publikum, das redaktionelle Konzept (Selbstverständnis der Zeitschrift) und die zur Verfügung stehenden Mittel berücksichtigt werden. Als Indiz könne allenfalls auch der Verkaufs- bzw. Abonnementspreis von Bedeutung sein, da das Publikum kaum dazu bereit sei, einen höheren Preis für eine Publikation zu bezahlen, die überwiegend oder hauptsächlich Reklamezwecke verfolgt. Auf die Zeitschrift «perspective» bezogen führt das Bundesverwaltungsgericht aus, die Durchsicht des Belegexemplars zeige, dass dieses einerseits Textbeiträge und andererseits Inserate mit Werbung beinhalte. Diese beiden Kategorien liessen sich zwar optisch unterscheiden. Allerdings würden sich neben den Werbeinseraten auch die Textbeiträge mit Produkten aus der Branche Handwerk und Haushalt befassen. In den erwähnten Beiträgen werde jeweils ein Produkt eines bestimmten Unternehmens vorgestellt. In inhaltlicher Hinsicht würden die Produkte und deren besondere Merkmale umschrieben und vereinzelt gar angepriesen. Die Beschreibungen würden allesamt positiv und unkritisch ausfallen und teilweise auch zum Kauf anregen. Eine kritische Auseinandersetzung, etwa durch Auflistung von möglichen Schwachpunkten oder Nachteilen oder mittels Vergleich mit anderen Produkten, liessen die Beiträge vermissen. Das Bundesverwaltungsgericht hält deshalb zusammenfassend fest, dass nicht nur in den eindeutigen Werbeinseraten, sondern auch in den (redaktionellen) Textbeiträgen Dienstleistungen und Produkte umschrieben werden. Dabei könne ein gewisser Werbecharakter nicht verleugnet werden. Zudem würde die «perspective» als offizielles Organ des Vereins Swissavant ihren Mitgliedern kostenlos zugestellt. Von den 40 Seiten der September-Ausgabe würden somit 23 1/3 Seiten formell auf redaktionelle Beiträge entfallen. Doch seien deren elf Seiten, und damit beinahe die Hälfte der redaktionellen Beiträge, im Wesentlichen der weiteren Bewerbung von Produkten und Dienstleistungen zuzurechnen. Gesamthaft betrachtet dienen somit über 70 % des Zeitschriftenumfangs Werbezwecken, weshalb sehr wohl von «überwiegender Werbung» im Sinne von Art. 36 Abs. 3 Bst. f VPG zu sprechen sei. Das Bundesverwaltungsgericht kommt zusammenfassend zum Schluss, dass die Zeitschrift «perspective» die Voraussetzungen von Art. 36 Abs. 3 Bst. f VPG nicht zu erfüllen vermag und demnach dem Verein Swissavant keine Zustellermässigung zu gewähren ist. Es weist deshalb seine Beschwerde ab.

14-25

Keine Zustellermässigung wegen Gewinnorientierung

Nichtgewinnorientierung; Zustellermässigung

Art. 36 Abs. 3 Bst. c VPG

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. Oktober 2013 (A-419/2013)

Da die Bachofner Consulting GmbH keinen nichtgewinnorientierten Zweck verfolgt, wird der von ihr herausgegebenen Zeitung «Bautenschutz» gemäss Art. 36 Abs. 3 Bst. c VPG keine Zustellermässigung gewährt.

Die Bachofner Consulting GmbH beantragte beim BAKOM eine Zustellermässigung für ihre Zeitschrift «Bautenschutz». Das BAKOM wies das Gesuch mit der Begründung ab, Zeitungen und Zeitschriften der Mitgliedschafts- und Stiftungspresse seien nur dann förderungsberechtigt, wenn sie von Organisationen versandt würden, die nicht gewinnorientiert seien. Die Bachofner Consulting GmbH habe es unterlassen, einen Nachweis der Nichtgewinnorientierung einzureichen. Dagegen gelangte die Bachofner Consulting GmbH und der VBK Schweizerischer Verband Bautenschutz, Kunststofftechnik am Bau mittels Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht. Sie machten geltend, die Zeitschrift «Bautenschutz» sei das offizielle Organ des VBK, der seinen Statuten zufolge nicht gewinnorientiert sei. Da der VBK aber nicht über die personellen Ressourcen verfüge, die Zeitschrift selber herzustellen, sei die Bachofner Consulting GmbH mit den entsprechenden Arbeiten beauftragt worden. Die Verfügung des BAKOM sei deshalb aufzuheben und der Zeitschrift «Bautenschutz» sei die Zustellermässigung zu gewähren.

Das Bundesverwaltungsgericht führt aus, von Art. 36 Abs. 3 Bst. c VPG würden alle Organisationen erfasst, unabhängig von ihrer Rechtsform. Die Organisation müsse einen Nachweis über ihre Nichtgewinnorientierung erbringen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sei es erforderlich, dass zwischen der Organisation und ihren Mitgliedern, das heisst den Empfängern des Presseerzeugnisses, ein mitgliedschaftsrechtliches Verhältnis bestehe, wobei dieses nach geänderter, neuerer Rechtsprechung auch indirekter Art sein könne. Somit sei es zulässig, dass eine Organisation die an ihre Mitglieder gerichtete Publikation nicht selber herausgibt, sondern durch eine dritte Gesellschaft herausgeben lässt. In diesem Fall dürfe aber die herausgebende (dritte) Gesellschaft keinen gewinnorientierten Zweck verfolgen, sondern müsse vielmehr das Ziel haben, eine Zeitung oder Zeitschrift zuhanden der Mitglieder der Organisation zu publizieren, welche sie geschaffen haben und deshalb auch die Kontrolle über sie behalten. Die Bachofner Consulting GmbH verfolge gemäss Handelsregister einen Zweck, aus dem eine Nichtgewinnorientierung in keiner Weise hervorgehe. Wie das BAKOM zu Recht festgestellt habe, sei ebenso wenig auf einen eindeutig idealen, gemeinnützigen oder nicht wirtschaftlichen Zweck zu schliessen. Dass die Bachofner Consulting GmbH die Zeitschrift knapp kostentragend herausgebe, bedeute nicht, dass sie keinen wirtschaftlichen Zweck verfolge. Deshalb kam

das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, das Kriterium der Nichtgewinnorientierung gemäss Art. 36 Abs. 3 Bst. c VPG sei vorliegend nicht erfüllt. Angesichts der Rechtsprechung des Bundesgerichts ändere daran nichts, dass dem VBK die Oberherrschaft für die Herausgabe der jeweiligen Zeitschrift zukomme und er seinen Statuten zufolge nicht gewinnorientiert sei. Das Bundesverwaltungsgericht gewährt deshalb der Zeitschrift «Bautenschutz» keine Zustellermässigung und wies die Beschwerde der Bachofner Consulting GmbH und des VBK ab.

14-26

L'objectif de l'aide à la presse est d'encourager la lecture régulière d'une presse diversifiée et indépendante

Aide à la presse; conditions d'application; notion d'abonnement

Art. 16 LPO; Art. 36 OPO

Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 27 septembre 2013 (A-469/2013)

L'OFCOM a rejeté la demande du journal satirique A. d'aide à la presse sous forme d'un rabais de distribution, accordé aux publications expédiées en vertu d'un abonnement (art. 16 al. 4 let. a LPO et 36 al. 1 let. a OPO), au motif que moins de 75 % de son tirage était destiné à ses abonnés. L'objectif de l'aide à la presse est d'encourager la lecture régulière d'une presse diversifiée et indépendante. A la lumière de ce principe, le TFA a considéré qu'il serait contre-productif d'exiger d'un petit journal qu'il atteigne un niveau d'abonnés si élevé pour être soutenu, et a admis le recours de A.

A. est une Sàrl dont le but est la rédaction, la publication et l'édition d'un journal satirique.

L'Office fédéral de la communication (OFCOM) a rejeté sa demande d'aide à la presse sous forme d'un rabais de distribution, au motif que moins de 75 % de son tirage était destiné à ses abonnés.

Le TAF a admis le recours de A.

Des rabais sont accordés pour la distribution des quotidiens et hebdomadaires de la presse locale et régionale (art. 16 al. 4 let. a Loi sur la poste, LPO) et pour les journaux et périodiques que les associations à but non lucratif adressent à leurs abonnés, à leurs membres ou à leurs donateurs et qui sont distribués normalement (let. b).

La réduction n'est accordée qu'aux publications expédiées en vertu d'un abonnement. Cette condition figure tant à l'art. 36 al. 1 let. a OPO qu'à l'art. 16 al. 4 let. a LPO.

Est déterminante pour l'issue du présent litige l'interprétation donnée à la notion d'abonnement.

L'analyse historique ne démontre pas de volonté du législateur de subordonner l'aide à la condition qu'un certain pourcentage d'abonnés soit atteint par rapport au tirage total. La condition de l'abonnement participe simplement à la définition du type de presse que le législateur souhaite soutenir dans

l'intérêt de la démocratie et de l'Etat, à savoir une presse diversifiée et indépendante.

Du point de vue téléologique, l'objectif des rabais à la presse est de faciliter les abonnements et la lecture régulière de la presse d'intérêt public. Des rabais sont octroyés à celle qui est disponible en abonnement, afin de favoriser leur souscription à un prix abordable et assurer ainsi une lecture régulière. Le TAF considère qu'il serait contre-productif d'exiger d'un petit journal ou périodique qu'il atteigne un niveau d'abonnés si élevé (75 % du tirage) pour être soutenu. L'interprétation systématique de la loi donne un résultat identique.

Partant, les autres conditions n'étant pas contestées, le journal en cause doit bénéficier de l'aide à la presse.

3. Strafrecht – Droit pénal

3.1 Ehrenschutz (StGB/UWG) – Atteintes à l'honneur (CP/LCD)

14-27

L'art. 173 ch. 3 CP, qui refuse le droit d'apporter des preuves libératoires dans les cas de diffamation, doit être interprété restrictivement

Diffamation; preuve libératoire; notion de personnage public

Art. 173 ch. 2, 3 CP

Arrêt du Tribunal fédéral du 4 juin 2013 (6B_25/2013)

Un journaliste a divulgué des informations sur la situation judiciaire et la vie privée d'A., sans que le statut social ou public de celui-ci ne le justifie. Néanmoins, faute de dessein de nuire clairement établi, le journaliste a été autorisé à apporter la preuve de sa bonne foi, conformément à l'art. 173 ch. 2 CP.

Dans un article paru dans «L'Illustré», X., journaliste, a notamment écrit que A., qui était apparu dans «Le Matin» pour sa participation au bal d'investiture de Barack Obama, était sous le coup d'une plainte pénale pour menace, extorsion et chantage; que Z. s'apprêtait à l'attaquer pour abus de confiance; que son casier judiciaire était chargé, livrant des détails à ce sujet, ayant, pour certains, trait à sa vie privée.

Sur appel d'A. contre la décision du Juge du district de Martigny acquittant X., le Tribunal cantonal valaisan a reconnu celui-ci coupable de diffamation, au sens de l'art. 173 CP.

L'art. 173 ch. 2 CP dispose que l'inculpé n'encourra aucune peine s'il prouve que les allégations qu'il a articulées ou propagées sont conformes à la vérité ou qu'il avait des raisons sérieuses de les tenir de bonne foi pour vraies. Aux termes de l'art. 173 ch. 3 CP, l'inculpé ne sera pas admis à faire ces preuves, et sera punissable, si ses allégations ont été articulées ou propagées sans égard à l'intérêt public ou sans autre motif suffisant, et principalement dans le dessein de dire du mal d'autrui, notamment lorsqu'elles ont trait à la vie privée ou à la vie de famille. Il s'agit de conditions cumulatives.

Exception faite du régime particulier découlant de l'art. 28 al. 4 CP, le journaliste ne bénéficie d'aucun privilège en cas d'atteinte à l'honneur par voie de presse.

La simple apparition dans un quotidien à propos d'un événement particulier ne suffit pas à qualifier A. de personnage public et à justifier que les lecteurs soient informés de ses antécédents pénaux et des procédures judiciaires à son encontre.

De plus, X. a délibérément occulté le contexte d'inimitié entre A. et Z. Cette présentation tronquée des faits dénoterait un dessein de nuire à A; toutefois, le TF a relevé que c'était à tort que la cour cantonale avait retenu que X. disposait, au moment de la rédaction de l'article, d'informations qu'il avait volontairement tuées pour nuire à l'image d'A.

Dès lors, faute de dessein de dire du mal d'A., il manquait une des conditions cumulatives pour pouvoir nier à X. son droit à apporter les preuves libératoires.

14-28

Strafverfahren wegen Verleumdung zu Recht eingestellt

Drohung; Einstellungsverfügung; in dubio pro duriore; Üble Nachrede; Verleumdung

Art. 173 Abs. 2, 3 StGB

Urteil des Bundesgerichts vom 28. Mai 2013 (6B_126/2013)

Y. gab öffentlich bekannt, der National- und Ständeratskandidat X. habe gedroht, ihn umzubringen. X. zeigte Y. deshalb wegen Verleumdung, evtl. übler Nachrede an. Das Strafverfahren wurde eingestellt. Diese Einstellung wird nun vom Bundesgericht bestätigt. Auch das Bundesgericht ist der Ansicht, dass die vorinstanzliche Anklagekammer St. Gallen korrekt gehandelt hat, als sie Y. zum Entlastungsbeweis zulies und diesen als erbracht erachtete.

Anlässlich eines geschäftlichen Telefonats soll X. dem Y. gedroht haben, ihn umzubringen. Y. informierte seinen Vorgesetzten und den Gemeindepräsidenten, zeigte X. aber nicht an. Im Jahr 2011 kandidierte X. für den National- und Ständerat. Während des Wahlkampfes schrieb Y. auf seinem Facebook-Profil «Wer X. kennt, wählt X. nicht». Später wurde Y. in der Online-Ausgabe einer Zeitung wie folgt zitiert: «X. hat (...) gedroht, mich umzubringen». Auch eine gedruckte Zeitung publizierte diese Äusserung. X. zeigte Y. deshalb wegen Verleumdung, evtl. übler Nachrede an. Das Untersuchungsamt Uznach stellte das Strafverfahren gegen Y. ein. Die Anklagekammer wies eine von X. erhobene Beschwerde gegen die Einstellungsverfügung ab, worauf X. mit Beschwerde in Strafsachen ans Bundesgericht gelangte.

Zunächst macht X. Verletzungen des rechtlichen Gehörs und des Willkürverbots geltend, die das Bundesgericht allerdings nicht als gegeben ansieht. Danach bringt X. vor, es lägen keine Einstellungsgründe vor, weshalb die Anklagekammer gegen den Grundsatz «in dubio pro duriore» verstossen

habe. Die Anklagekammer hat Y. zum Entlastungsbeweis (Art. 173 Abs. 3 StGB) zugelassen, da sie es als erstellt erachtete, dass Y. lediglich die Wahl von X. verhindern, ihn jedoch nicht persönlich verletzen wollte. X. macht hingegen geltend, Y. habe aus rein persönlichen Rachemotiven gehandelt, weshalb er nicht zum Entlastungsbeweis zuzulassen sei. Das Bundesgericht führt aus, weil die Anklagekammer willkürfrei festgestellt habe, dass Y. den X. nicht persönlich angreifen wollte, sei es an diese Feststellung gebunden. Zudem stelle die Kandidatur von X. für den National- und Ständerat eine begründete Veranlassung dar, um die Öffentlichkeit über die fragliche Drohung zu informieren, weshalb Y. im öffentlichen Interesse gehandelt habe. Das Bundesgericht kommt deshalb zum Schluss, die Anklagekammer habe nicht gegen Bundesrecht verstossen, als sie Y. zum Entlastungsbeweis zulies.

Die Anklagekammer erachtete den Wahrheitsbeweis (Art. 173 Abs. 2 StGB) gestützt auf die glaubhaften Aussagen des Vorgesetzten von Y. und des Gemeindepräsidenten als erbracht. X. macht hingegen geltend, der Wahrheitsbeweis könne vorliegend nur erbracht werden, wenn er wegen Drohung verurteilt worden wäre. Das Bundesgericht führt dazu aus, Drohung sei ein Antragsdelikt, weshalb ein innert drei Monaten gestellter Strafantrag eine Prozessvoraussetzung sei. Weil Y. gegen X. keinen Strafantrag stellte, könne das Strafverfahren wegen Drohung nicht mehr durchgeführt werden. Y. müsse daher den Wahrheitsbeweis auf andere Weise als durch eine Verurteilung erbringen können. Daher kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass die Anklagekammer Y. zu Recht zum Entlastungsbeweis zugelassen und diesen als erbracht erachtet hat. Deshalb sei davon auszugehen, dass Y. im Fall einer Anklage freigesprochen würde, weshalb die Einstellung der Untersuchung vor dem Bundesrecht standhält. Folglich weist das Bundesgericht die Beschwerde ab.

3.2 Weitere individuelle Rechtsgüter – Autres biens individuels

14-29

Fall Nef: Bundesgericht bestätigt Verurteilung wegen Amtsgeheimnisverletzung

Amtsgeheimnisverletzung; Beweiswürdigung

Art. 320 Ziff. 1 Abs. 1 StGB

Urteil des Bundesgerichts vom 13. Dezember 2013 (6B_430/2013)

Ein ehemaliger Polizist wurde wegen Amtsgeheimnisverletzung verurteilt, weil er einem Journalisten Dokumente über das Strafverfahren gegen den ehemaligen Armeechef Roland Nef habe zukommen lassen. Weil die Beweiswürdigung des Obergerichts nicht zu beanstanden war, weist das Bundesgericht eine Beschwerde des Polizisten ab.

Das Obergericht des Kantons Zürich sprach X. wegen Amtsgeheimnisverletzung (Art. 320 Ziff. 1 Abs. 1 StGB) schuldig. Ihm wird zur Last gelegt, er habe in der Zeit zwischen 16. April 2008 und 26. Juni 2008 Kopien und Informationen aus dem laufenden Strafverfahren gegen den ehemaligen Armeechef Roland Nef dem Journalisten B. zugänglich gemacht. Gegen diesen Entscheid gelangt X. ans Bundesgericht und beantragt einen Freispruch.

Das Bundesgericht führt aus, die vorinstanzlichen Feststellungen, dass X. dem Journalisten die Dokumente zukommen liess, seien nicht willkürlich. Was X. gegen die Beweiswürdigung des Obergerichts vorbringe, sei unbegründet. X. macht geltend, es sei möglich, dass nicht alle Zugriffe auf die betreffenden Dokumente im Informationssystem Polis registriert wurden und weitere Personen, die bis anhin unbekannt geblieben sind, diese Dokumente aufgerufen haben könnten und damit als Täter in Frage kämen. Dem hält das Bundesgericht die Aussage eines fachmännischen Zeugen entgegen, mit der sich X. nicht auseinandergesetzt habe. Dieser Zeuge bejahte die Fragen, ob jeder Zugriff auf das System unweigerlich registriert werde und ob nicht registrierte Zugriffe auszuschliessen seien. Weiter macht X. geltend, die Würdigung der Zeugenaussage des Journalisten B. leide an einem unauflösbaren inneren Widerspruch und sei willkürlich. Das Bundesgericht führt dazu aus, das Obergericht weise im Rahmen seiner Beweiswürdigung nur am Rande und ergänzend auf die Zeugenaussagen des Journalisten hin. Die diesbezüglichen Aussagen seien für die Beweiswürdigung offensichtlich unwesentlich. Aus den genannten Gründen kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass die Beschwerde abzuweisen ist.

14-30

Das Bundesgericht tritt auf mangelhaft begründete Beschwerde nicht ein

Begründungsanforderungen; Drohung; Gewalt gegen Beamte; Nichteintreten

Art. 42 Abs. 2 BGG

Urteil des Bundesgerichts vom 20. November 2013
(1B_391/2013)

X. äusserte telefonisch und per E-Mail Drohungen gegen Kantonspolizei und Staatsanwaltschaft, weshalb sie in Untersuchungshaft versetzt wurde. Weil ihre Beschwerde gegen die Untersuchungshaft nicht genügend begründet war, tritt das Bundesgericht nicht darauf ein.

X. sandte zwei E-Mails an die Kantonspolizei Zürich. Darin schreibt sie: «Wenn Z. (ein Beamter der Kantonspolizei) am kommenden Freitag wieder falsch protokolliert muss ich mir ernsthaft überlegen das was Sie mir unterstellen zu sein: eine Mörderin, auch zu werden». Darauf wurde gegen X. eine Strafunteruchung wegen Gewalt und Drohung gegen Beamte eröffnet und sie wurde in Untersuchungshaft versetzt. Nachdem X. aus der U-Haft entlassen wurde, rief sie bei der Staatsanwalt-

schaft Zürich an und äusserte dabei unter Bezugnahme auf den «Fall Kneubühler», man brauche sich nicht zu wundern, wenn sie die Nächste sei, die Amok laufe. Daraufhin wurde X. erneut in Untersuchungshaft versetzt. Mit Beschwerde in Strafsachen gelangte X. ans Bundesgericht und beantragte, aus der Haft entlassen zu werden.

Das Bundesgericht führt aus, nach Art. 42 Abs. 2 BGG müsse in der Begründung der Beschwerde in gedrängter Form dargelegt werden, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt. Dies setze voraus, dass sich X. wenigstens kurz mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheids auseinandersetzt. Dies habe X. nicht getan. Insbesondere widerlege sie weder, dass sie dringend verdächtig ist, wiederholt massive, ernsthafte Drohungen gegen verschiedene Polizeibeamte ausgestossen zu haben, noch dass die Gefahr naheliegt, dass sie solche Drohungen in Freiheit wiederholen würde. Die Beschwerde erschöpfe sich vielmehr in einer allgemeinen Polemik. Aus diesem Grund genüge die Beschwerdeschrift den Begründungsanforderungen nicht, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten sei.

3.4 Redaktionsgeheimnis – Secret rédactionnel

14-31

Die Zeugnispflicht von Medienschaffenden gilt beim Vorliegen von schweren Straftaten nicht absolut

Ermittlung des Sachverhaltes; Quellenschutz; Verhältnismässigkeitsprinzip; Zeugnispflicht von Medienschaffenden

Art. 10 EMRK; Art. 17 Abs. 3 BV; Art. 28a, 292 StGB; Art. 172 StPO

Urteil des Bundesgerichts vom 25. September 2013
(1B_615/2012)

Das Bundesgericht hiess die Beschwerde eines Journalisten gegen seine Zeugnispflicht gut. Der Beschwerdeführer verweigerte im Rahmen eines Strafverfahrens seine Pflicht, als Zeuge auszusagen, bezüglich der Identität der Quelle eines Zeitungsartikels gemäss Art. 172 Abs. 1 StPO zu Recht. Die Zeugnispflicht gilt beim Vorliegen von schweren Straftaten nicht absolut. Vielmehr ist eine Interessenabwägung nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip vorzunehmen.

Am 7. Juli 2011 wurde B. in seiner Wohnung in Bellinzona tot aufgefunden. Der vertretende Jugendstaatsanwalt eröffnete ein Strafverfahren wegen Mord in der Hauptsache und vorsätzlicher Tötung als subsidiäre Straftat gegen den minderjährigen Sohn der Ehefrau des Opfers. Im Rahmen des Strafverfahrens gegen einen anderen mitbeschuldigten Erwachsenen hörte der Staatsanwalt am 9. Mai 2012 einen Journalisten als Zeuge im Bezug auf einen von ihm verfassten Zeitungsartikel an, wonach der Tötungsplan des Opfers in einem ande-

ren Ort als dessen Wohnung sowie die Flucht ins Ausland des beschuldigten Minderjährigen vorgesehen war. Der Journalist machte zwecks Quellenschutz von seinem Recht auf Quellenschutz im Sinne des Art. 172 Abs. 1 StPO Gebrauch. Daraufhin eröffnete der Staatsanwalt gestützt auf Art. 172 Abs. 2 Bst. b StPO gegen ihn ein Strafverfahren wegen Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen gemäss Art. 292 StGB. Der Journalist hat am 4. September 2012 die Verfügung bei *la Corte dei reclusi penali del Tribunale d'appello del Cantone Ticino* (CRP) angefochten. Das Gericht trat auf die Beschwerde gegen die Eröffnung eines Strafverfahrens gemäss Art. 292 StGB wegen Unzuständigkeit nicht ein, hiess die Beschwerde teilweise gut bezüglich der verhängten Disziplinarbusse und bestätigte die Pflicht des Beschwerdeführers, auszusagen, mit Bedingung des Geheimnisschutzes über seine Einvernahme. Der Beschwerdeführer zog den Entscheid ans Bundesgericht weiter.

Die Vorinstanz wendete die Einrede gemäss Art. 172 Abs. 2 Bst. b Ziff. 1 StPO an, wonach medienschaffende Personen verpflichtet sind, die Identität ihrer Quellen im Rahmen von bestimmten Strafverfahren anzugeben. Nach dem streitigen Zeitungsartikel hatte das Opfer einen Tag vor der Tötung eine Lebensversicherungspolice zu Gunsten der Ehefrau unterzeichnet. Zudem war die Tötung an einem anderen Ort als den Wohnort des Opfers und die Flucht ins Ausland des Minderjährigen vorgesehen. Der Journalist schloss die direkte oder indirekte Beteiligung der Quelle an der Straftat aus und machte im Rahmen der Beschwerde geltend, dass sein Zeugnis über die Identität seiner Quelle gerade nach der erstinstanzlichen Prozessverhandlung überflüssig und nicht mehr aktuell wäre. Das Bundesgericht bekräftigte diese Behauptung und fügte hinzu, dass die Vorinstanz die Relevanz der Zeugnisaussage nur oberflächlich ohne detaillierte Begründungen bejaht hätte. Als der Zeitungsartikel veröffentlicht wurde, waren der minderjährige Täter und die anderen Mitbeschuldigten bereits verhaftet und gegen sie war ferner das Strafverfahren schon eröffnet worden. Ausserdem konnte das Vorliegen einer Lebensversicherungspolice den strafrechtlichen Akten entnommen werden. Insofern waren der Name der Quelle zur Sachverhaltsabklärung und zur Frage nach einer allfälligen Beteiligung Dritter sowie der Mangel an anderen Lösungswegen, wie von der CRP ausgeführt, nicht ausschlaggebend. Aus dem angefochtenen Entscheid der Vorinstanz geht auch nicht hervor, dass die involvierten Täter bezüglich dem Tötungsplan an einem anderen Ort einvernommen wurden. Das Bundesgericht führte weiter aus, dass die Vorinstanz den Verhältnismässigkeitsgrundsatz lediglich erwähnte, ohne dessen Beachtung im konkreten Fall zu prüfen, wie es die Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs vorsieht. Der Ausnahmekatalog gemäss Art. 172 Abs. 2 Bst. b StPO, welcher dem Art. 28a StGB und dem vorbe-stehenden aArt. 27bis StGB entspricht, sei zwar restriktiv anzuwenden, was jedoch nicht bedeute, dass die Zeugnisverweigerungspflicht in jedem Fall Anwendung finde. Das Redaktionsgeheimnis sei in Art. 17 Abs. 3 BV sowie in Art. 10 Nr. 1 EMRK verankert. Sei eine Einschränkung vorgesehen, so sei eine Verhältnismässigkeitsprüfung vorzunehmen. Im konkreten Fall hätte die streitige Zeugnisaussage, nachdem die Verhaftung sowie die erstinstanzliche und sogar die Beschwerdeverhandlung bereits erfolgt waren, nur eine beschränkte Relevanz. Nach der Rechtsprechung ist diesbezüglich eine indi-

rekte Sachverhaltsabklärung unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit nicht genügend. Die Zeugenaussage muss vielmehr zur Sachverhaltsermittlung erforderlich sein. Es besteht somit keine Aussagepflicht, wenn andere geeignete Beweismittel angewendet werden können. Dem angefochtenen Entscheid sei nicht zu entnehmen, dass der verhaftete Minderjährige zu den mutmasslichen Plänen der Tötung des Opfer an einem anderen Ort und zur Flucht ins Ausland befragt wurde. Die Vorinstanz habe die Herausgabe des Verhandlungsprotokolls zur Überprüfung auch nicht verlangt.

Zusammenfassend hielt das Bundesgericht fest, dass der Sachverhalt auch ohne die streitige Aussage ermittelt werden konnte. Das Verhältnismässigkeitsprinzip sieht die Abwägung zwischen entgegengesetzten Interessen vor. Die Aussage über die Identität einer Quelle ist nur dann gerechtfertigt, wenn das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung gegenüber dem Privatinteresse des Journalisten zur Geheimhaltung der Quelle überwiegt. Nach der Botschaft des Bundesrates vom 17. Juni 1996 zum aArt. 27bis StGB hat das blosse Vorliegen einer schweren Straftat nicht bedingungslos die absolute Zeugnis-pflicht zur Folge. Letztere kann lediglich verlangt werden, wenn sie zur Sachverhaltsermittlung unerlässlich ist, was vorliegend nicht gegeben ist.

Annotations Dans notre pays, le secret rédactionnel a longtemps été source de conflits entre la justice, désireuse d'assurer une poursuite pénale efficace, et les journalistes, retranchés derrière un principe cardinal du droit à l'information, déjà reconnu par leur déontologie. Le 27 mars 1996, dans le leading case en la matière (arrêt Goodwin contre Royaume-Uni), la Cour européenne des droits de l'homme a expressément reconnu que la protection des sources faisait partie intégrante de la liberté d'expression. La Suisse allait suivre peu de temps après, tout d'abord au niveau légal (art. 28a CP), puis dans son texte fondamental (art. 17 al. 3 Cst.). Lorsqu'il s'est agi d'unifier la procédure pénale, une disposition sur le sujet a expressément été élaborée (art. 172 CPP). La faculté de celer des informations n'est pas absolue. Outre des conditions drastiques (caractère professionnel / publication d'informations / partie rédactionnelle / média périodique), des exceptions sont prévues par la loi: la prévention d'une atteinte ou, comme dans le cas d'espèce, la découverte de la vérité en cas de crime grave. A cet égard, le législateur helvétique, essentiellement pour une question de sécurité juridique, a souhaité effectuer abstraitement une balance des intérêts en présence, ce qui conduit inévitablement à une prépondérance de l'intérêt des autorités de poursuite, ne laissant dès lors au juge qu'une faible marge de manœuvre. Les articles 28ac CP et 172 alinéa 2 CPP établissent ainsi une liste limitative de vingt-cinq infractions considérées comme graves, parmi lesquelles prennent place les homicides.

In casu, le journaliste avait eu vent d'un plan, élaboré par celui qui n'était alors qu'un suspect, pour tuer la victime et prendre la fuite. Le procureur en charge du dossier l'avait entendu et lui avait demandé de lui révéler sa source, requête à laquelle le professionnel des médias n'a jamais accédé, arguant du fait qu'en fin de compte, son témoignage n'apporterait aucun élément nécessaire à l'enquête. Cet arrêt, qui ne manquera pas d'ailleurs de susciter un soulagement certain dans les rangs des médias, doit être salué dans son argumentation. En effet, il confirme la jurisprudence rendue en 2006

(ATF 132 I 181) lorsque, saisi pour la première fois de la question, le Tribunal fédéral a fait sien la manière d'opérer de l'organe alsacien (examen de la proportionnalité), dans une affaire où il s'agissait pourtant de l'élucidation d'un meurtre. Présentement, le rappel de certains principes n'est pas vain. Le fait qu'une infraction figure dans le catalogue légal ne suffit pas pour forcer un journaliste à mentionner le nom de sa source et à divulguer les informations obtenues: un soupçon sérieux relatif à un crime grave doit exister. De plus, la déposition de l'homme des médias doit constituer l'unique solution pour élucider l'infraction ou appréhender le mis en cause. En conséquence, le concours du journaliste doit constituer le dernier recours. Cette exigence résulte du principe de proportionnalité, qui commande une balance des intérêts opposés, dans laquelle il faut notamment prendre en considération les circonstances du délit présumé, l'avancement de l'enquête et la valeur probante de la déposition.

En l'occurrence, un témoignage est indispensable s'il sert à prouver que le suspect est effectivement à l'origine de l'infraction ou, si l'auteur est inconnu, s'il permet de l'identifier et de découvrir sa cachette. Ce n'est pas le cas si le juge possède un autre moyen de preuve valable à disposition, tel un document ou un autre témoin. Il en va de même si la déposition concerne des détails ou un aspect accessoire de l'acte délictueux (comme la réputation de l'auteur), ou si le contenu de l'entretien entre un journaliste et l'auteur d'un homicide peut jouer un rôle pour la fixation de la peine ou pour la qualification de l'acte en tant que meurtre passionnel, homicide ou assassinat.

Dans le cas concret, les magistrats de Lausanne ont estimé que le témoignage du journaliste n'était pas nécessaire pour élucider l'infraction. En effet, l'auteur du crime était derrière les verrous; les procès de première instance et en appel avaient déjà été rendus. L'homme des médias ne pouvait en conséquence qu'apporter des informations de moindre importance. Sous l'angle de la proportionnalité, ces indications indirectes ne suffisaient donc pas. Finalement, sur la manière de procéder, il ne s'agit ni plus ni moins qu'une interprétation en conformité avec celle effectuée par les instances strasbourgeoises.

Prof. Stéphane Werly, Genève/Neuchâtel

4. Privatrecht – Droit privé

4.1 Persönlichkeitsschutz (ZGB/UWG) und Datenschutz – Protection de la personnalité (CC/LCD) et protection des données

14-32

Entschuldigung muss im Internet veröffentlicht werden

Genugtuung; Persönlichkeitsverletzung; Unterlassungsurteil

Art. 49 OR; Art. 317 ZPO

Urteil des Bundesgerichts vom 4. November 2013
(5A_309/2013)

Der Prominente Y. hat die Persönlichkeit seiner Ex-Geliebten X. verletzt, weshalb diese die Unterlassung zukünftiger persönlichkeitsverletzender Aussagen und die Veröffentlichung einer Entschuldigung verlangt. Das Bundesgericht kommt zum Schluss, es bestehe keine Wiederholungsgefahr, weshalb das Obergericht zu Recht kein Unterlassungsurteil erlassen habe. Hingegen habe das Obergericht fälschlicherweise die Veröffentlichung der Entschuldigung verneint, weshalb das Bundesgericht deren Veröffentlichung befahl.

X. und Y. waren von Mai 2008 bis August 2009 ein Paar. Im Oktober 2009 erstattete X. Strafanzeige gegen Y., unter anderem wegen Körperverletzung. Y. veröffentlichte unter einer Internetadresse und auf zwei Facebook-Profilen seine Darstellung, wonach die Vorwürfe unwahr und mittels Fotografien schlüssig widerlegbar seien. Das Ganze sei ein billiger Rachefeldzug einer Ex-Geliebten. X. klagte gegen Y. beim Bezirksgericht Meilen. Dieses verbot Y., die gemachten Äusserungen zu wiederholen. Zudem befahl es ihm, einen Entschuldigungstext auf der betreffenden Internetseite und den Facebook-Profilen zu veröffentlichen. Y. verlangte beim Obergericht des Kantons Zürich die Aufhebung des Urteils des Bezirksgerichts Meilen. Dieses wies die Klage ab, soweit sie noch zu beurteilen war. Mit Beschwerde in Zivilsachen gelangte X. ans Bundesgericht und verlangte die Unterlassung weiterer persönlichkeitsverletzender Aussagen und die Feststellung der Widerrechtlichkeit und die Veröffentlichung einer Entschuldigung.

Ausgangspunkt für die bundesgerichtliche Beurteilung war die Erkenntnis des Obergerichts, dass Y. durch seine anerkanntermassen falschen Behauptungen X. in ihrer Persönlichkeit verletzt hat. Umstritten sind die Rechtsfolgen, die sich daraus ergeben. Das Obergericht ist zum Schluss gelangt, dass heute eine Wiederholungsgefahr zu verneinen sei. X. beharrt darauf, dass weiterhin die Gefahr bestehe, dass Y. ihre Persönlichkeit verletze. Das Bundesgericht führt dazu aus, das Obergericht stehe einer solchen Prognose näher als das Bundesgericht. Das Bundesgericht interveniere deshalb nur, wenn der Prognoseentscheid auf sachfremden Annahmen und Überlegungen beruhe. Dies sei vorliegend nicht der Fall. Das Obergericht habe in sorgfältiger Abwägung aufgezeigt, weshalb nicht

damit zu rechnen sei, dass Y. seine verletzenden Aussagen wiederholt. Deshalb sei der Entscheid, kein Unterlassungsurteil zu fällen, nicht zu beanstanden. Das Bundesgericht führt weiter aus, der Anspruch auf Unterlassung könne im Laufe der Zeit verblassen. Ob ein Anspruch auf ein Unterlassungsurteil bestehe, entscheide sich dabei sinnvollerweise aufgrund der Situation im Urteilszeitpunkt und nicht bei Einreichung der Klage. Dies gelte auch dann, wenn das Gericht auf Berufung hin entscheidet und dabei den Sachverhalt unter Vorbehalt unzulässiger Noven (Art. 317 ZPO) frei überprüfen kann. Dass Y. damit die Möglichkeit habe, durch einen prozesstaktisch motivierten Weiterzug ein Unterlassungsurteil zu verhindern, sei in Kauf zu nehmen.

Weiter hat das Bundesgericht zu prüfen, ob X. Anspruch darauf hat, dass Y. das begangene Unrecht eingesteht und sich dafür bei ihr entschuldigt. Das Obergericht hat diesen Anspruch mit dem Argument verneint, die Öffentlichkeit sei bereits aufgrund laufender und abgeschlossener Strafverfahren über die Persönlichkeitsverletzung im Bild. Diese Ansicht bezeichnet das Bundesgericht als verfehlt. Der Anspruch auf Genugtuung bestehe losgelöst davon, ob der Täter für sein Verhalten auch strafrechtlich belangt worden sei. Ein Strafverfahren und die damit verbundene Publizität könne höchstens in Ausnahmefällen die nach Art. 49 OR geschuldete Genugtuung ersetzen. Eine solche Ausnahme sei vorliegend keinesfalls gegeben. Denn Y. sei strafrechtlich nie dafür belangt worden, dass er X. als Lügnerin hingestellt habe. Ebenso könne dem Obergericht nicht gefolgt werden, wenn es argumentiere, im Verhältnis zum Entschuldigungsschreiben von X. verschaffe die verlangte Publikation Y. keine zusätzliche Genugtuung. Bei dieser Argumentation übersehe das Obergericht, dass es für den Anspruch auf Genugtuung nach Art. 49 Abs. 2 OR grundsätzlich nicht darauf ankommt, ob und gegebenenfalls wer von der verlangten Veröffentlichung Kenntnis nehmen kann, noch darauf, dass die Adressaten der Publikation die verletzte Person tatsächlich auf Anhieb erkennen können. Auch die Publikation eines Urteils falle nur dann in Betracht, wenn die bei einer unbekanntem Zahl von Dritten geschaffenen unrichtigen Vorstellungen nicht anders beseitigt werden können. Im Anwendungsbereich von Art. 49 OR gehe es hingegen darum, dass der Täter in einer dem Opfer entsprechenden Form Sühne leistet. Somit steht für das Bundesgericht fest, dass weder das Entschuldigungsschreiben von Y. noch die abgeschlossenen und laufenden Strafverfahren geeignet sind, X. Genugtuung zu verschaffen. Diese Aufgabe verbleibe somit beim Richter, weshalb X. Anspruch darauf habe, dass Dritte in gebührender Form Kenntnis vom begangenen Unrecht und der Entschuldigung von Y. erhalten. Das Bundesgericht entscheidet deshalb, dass Y. den nachfolgenden Text auf seiner Internetseite und auf den beiden Facebook-Profilen veröffentlichen muss: *«Y. und die Z. AG haben mit dem Beitrag ›Fotobeweis entlastet Y.‹ bzw. ›Photographic evidence exposes X. as Liar› Frau X. in ihrer Persönlichkeit verletzt und das Bild von Frau X. rechtswidrig veröffentlicht. Y. hat Frau X. in einem Schreiben erklärt, er bedauere, sie in ihrer Persönlichkeit verletzt zu haben. Er hat sich in diesem Schreiben bei ihr entschuldigt.»* Da die beiden Facebook-Profilen inzwischen gelöscht sind, weist das Bundesgericht die Sache ans Bezirksgericht zurück, damit dieses über die Modalitäten der Publikation befundet.

Anmerkungen Der vorliegende Entscheid ist nicht «weltbewegend», trägt aber zur weiteren Klärung des Unterlassungsanspruchs (Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) und des Anspruchs auf eine andere Art der Genugtuung (Art. 28a Abs. 3 ZGB i. V. m. Art. 49 Abs. 2 OR) bei.

Das Unterlassungsurteil stellt, wie Lehre und Rechtsprechung regelmässig betonen, seinerseits einen Eingriff in die Persönlichkeit des Angreifers dar, indem es diesem ein bestimmtes Verhalten bzw. bestimmte Äusserungen untersagt. Der Unterlassungsklage ist daher nur stattzugeben, wenn eine Persönlichkeitsverletzung oder deren Wiederholung ernsthaft zu befürchten ist. Zu Recht hält das Bundesgericht diesbezüglich fest, dass eine solche Prognose letztlich den Sachverhalt beschlägt und sich dieser zwischen Klageeinreichung und Urteil verändern kann. Anders als das Feststellungsurteil, welches ein in der Vergangenheit liegendes Verhalten beurteilt, wirkt das Unterlassungsurteil in die Zukunft. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, dass für die Beurteilung der Verletzungs- bzw. Wiederholungsgefahr die Situation im Urteilszeitpunkt ausschlaggebend sein muss. Immerhin kann in Sachlagen, in denen die Verletzungsgefahr erst während des Verfahrens verblasst, die drohende Gefahr bei Klageeinreichung zu einer Kostenverlegung zu Ungunsten des Beklagten führen (so implizit E. 5.3.2).

Bekanntlich sind die Schweizer Gerichte im Zusammenhang mit Verletzungen der Ehre und der Privatsphäre sehr zurückhaltend mit der Zusprache von Genugtuungssummen. Bei persönlichkeitsverletzenden Publikationen in Zeitungen und Zeitschriften gilt regelmässig bereits die Verpflichtung zur Publikation eines Feststellungsurteils als hinreichende Form der Genugtuung (vgl. etwa BGE 131 III 26). Für die vorliegende Sachlage einer Persönlichkeitsverletzung durch Verbreiten ehrverletzender Aussagen auf verschiedenen Webseiten stand eine Urteilspublikation in Printmedien zum Vorneherein nicht zur Diskussion. Das Zürcher Obergericht hatte es allerdings auch abgelehnt, den Beklagten zur Veröffentlichung einer Entschuldigung zu verpflichten. Insofern gibt das Bundesgericht der Klägerin Recht und präzisiert gleichzeitig die erwähnte Rechtsprechung zur Urteilspublikation. Denn vorliegend ging es nicht primär um ein Feststellungsurteil, dessen Publikation gleichzeitig eine gewisse Genugtuungswirkung entfalten kann (i.S.v. Art. 49 Abs. 1 OR 2. Halbsatz). Vielmehr verlangte die Klägerin angesichts der Schwere der Persönlichkeitsverletzung gewissermassen direkt (nämlich gestützt auf Art. 49 Abs. 2 OR) eine «andere Art der Genugtuung». Und in diesem Kontext geht es nicht um die Bekanntmachung der Verletzung und eines gerichtlichen Urteils sondern darum, «dass der Täter in einer dem Opfer entsprechenden Form Sühne leistet» (E. 6.3.3). Der Anspruch darauf war daher weder durch die Medienberichterstattung über den Konflikt der Parteien noch durch die Strafverfahren gegen den Beklagten untergegangen. Es ist daher zu begrüssen, dass das Bundesgericht den Anspruch auf Publikation einer Entschuldigung bejaht.

Prof. Regina E. Aebi-Müller, Luzern

14-33

Un article de presse inexact ne viole les droits de la personnalité que s'il trahit la réalité sur des points essentiels

Différence entre affirmation et soupçon; personnalité publique; protection de la personnalité

Art. 28 CC

Arrêt du Tribunal fédéral du 3 octobre 2013 (5A_170/2013, 5A_174/2013)

Dans le cadre d'une affaire successorale d'importance, Me B., avocat de la fille du défunt, a actionné le journal C., qui l'avait mis en cause dans plusieurs articles. Le TF a admis que l'un des articles portait une atteinte illicite à son personnalité, en laissant apparaître comme établies les graves accusations d'une partie adverse à son encontre. Il l'a en revanche débouté pour ce qui avait trait à une inexactitude de traduction n'ayant pas de conséquence essentielle sur le contenu d'un article ou pour la divulgation de son identité, Me B. étant un personnage public.

Le premier article était intitulé «B. inculpé de tentative d'extorsion» et sous-titré «L'avocat aurait fait pression sur un confrère italien dans le cadre de la succession X.» et «Le Parquet de Milan ouvre une procédure pénale à l'encontre de l'ex-conseil de D.X.».

La journaliste précisait avoir essayé, en vain, de joindre Me B. pour entendre sa version des faits.

Dans un autre article quelques mois plus tard, il était indiqué «Maître B. est mis en cause en Italie pour tentative d'extorsion», puis «HÉRITAGE X. (...) une nouvelle plainte touche son ancien avocat genevois B., déjà inculpé de tentative d'extorsion». L'article ajoutait: «Me F. décrit comment B. a tenté de le faire chanter pour obtenir de sa part des fausses déclarations concernant l'héritage X.»; s'ensuit notamment une description détaillée des allégations de F.

B. s'est plaint par écrit à la journaliste, soulignant la fausseté de l'article. Il relevait qu'«incolpato» signifiait en italien «faisant l'objet d'une plainte» et non «inculpé», qui signifie qu'un magistrat a retenu l'existence de charges suffisantes».

Deux autres articles sont parus par la suite.

B. a introduit une action en protection de la personnalité contre la société propriétaire du journal C.; le Tribunal de première instance genevois l'a débouté des fins de sa demande; statuant sur appel, la Cour de justice a annulé le jugement de première instance, faisant partiellement droit aux prétentions de B.

Les deux parties ont respectivement saisi le TF par la voie du recours en matière civile au Tribunal fédéral.

La publication de faits inexacts est sauf exception illicite en elle-même; chaque inexactitude, imprécision, raccourci ou généralisation ne fait cependant pas à elle seule d'un compte-rendu une fausseté dans son ensemble. Un article de presse inexact n'est globalement faux et ne viole les droits de la personnalité que s'il trahit la réalité sur des points essentiels et montre la personne concernée sous un angle si erroné ou en

présente une image si faussée qu'elle s'en trouve rabaissée de manière sensible dans la considération de ses semblables.

Lorsque la presse relate qu'une personne est soupçonnée d'un fait, la formulation employée doit le laisser apparaître clairement.

Dans le premier article, l'inexactitude de la traduction litigieuse n'est pas suffisante pour conclure au caractère erroné de l'article incriminé, qui s'adresse à un public non expert en matière juridique. Le lecteur moyen retient simplement que le demandeur est visé par une enquête pénale pour tentative d'extorsion. Ces éléments de fait, exacts, ressortent au demeurant du procès-verbal d'audition de l'intéressé établi par le procureur milanais. La divulgation de son identité n'est en outre pas un acharnement allant au-delà de ce qu'autorise le devoir d'information de la presse, l'intéressé ne contestant pas la notoriété dont il fait l'objet, ni le contexte particulier de l'affaire. Qui plus est, la journaliste a employé le conditionnel et tenté de recueillir sa version des faits. Cet article ne porte donc pas une atteinte illicite à sa personnalité au sens de l'article 28 CC.

L'essentiel du second article incriminé se fonde sur la plainte pénale déposée par Me F. contre B. et sur les faits qui y sont allégués. Or la technique rédactionnelle choisie par la journaliste, qui synthétise cette plainte, ajoutée à l'emploi de l'indicatif, ont pour conséquence que la publication paraît tenir pour établis les faits allégués par l'avocat milanais, ce qui n'était pas le cas. La journaliste n'a pas fait preuve de la retenue nécessaire en les relatant. Il s'ensuit que l'article incriminé porte atteinte à la personnalité du demandeur.

Pour ce qui est des deux articles suivants, également attaqués par le demandeur, le TF a constaté qu'ils ne portaient pas une atteinte illicite à la personnalité du demandeur, selon un raisonnement et pour des motifs sensiblement identiques à ceux appliqués au premier article.

Seule l'illicéité du premier article est constatée, et le recours de X. partiellement admis.

14-34

Das Bundesgericht bestätigt: Das Tessiner Tribunale di appello hat in einem Prozess wegen Persönlichkeitsverletzung sowohl Beweisregeln als auch Willkürverbot beachtet

Beweis; Indiz; Persönlichkeitsverletzung; Willkürverbot

Art. 9 BV; Art. 8, 28 Abs. 1, 28a ZGB; Art. 112 aCPC/TI

Urteil des Bundesgerichts vom 11. September 2013 (5A_115/2013)

Am 28. Dezember 2012 hat das *Tribunale d'appello/TI A.* wegen einer Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 1 und 28a ZGB verurteilt. Gegen diesen Entscheid erhebt A. Beschwerde ans Bundesgericht. Er beantragt die Gutheissung der Beschwerde hinsichtlich der Feststellung, dass er eine verletzte Aussage gegenüber B. veröffentlichte. Das Bundesgericht

weist die Beschwerde ab, sofern es darauf eintritt. Es stellt weder eine Verletzung von Art. 8 ZGB noch von Art. 9 BV fest.

Am 2. Juni 2006 haben B. und fünf weitere betroffene Vereine beim Amtsrichter des Distrikts Lugano Klage eingereicht. Gestützt auf Art. 28 ff. ZGB beantragten sie, dass der Beklagte A. die Aussage «B. ist vom Schweizerischen Universitätssystem nicht anerkannt, die Diplome haben in der Schweiz keine legale Bedeutung und sind mit den italienischen Titeln nicht gleichwertig» von jeglichen Webseiten und allen übrigen Medien zu entfernen habe. Subsidiär klagten sie auf Feststellung einer Persönlichkeitsverletzung durch die veröffentlichte Aussage. Mit Entscheid in der Hauptsache vom 5. November 2009 hiess der Amtsrichter die Klage teilweise gut. So wurde A. zur Löschung der strittigen Aussage aus jeglichen öffentlichen Medien verpflichtet. Gegen diesen Entscheid erhob A. beim *il Tribunale di appello/TI* Beschwerde. Gegen dessen Entscheid vom 28. Dezember 2012 gelangt A. ans Bundesgericht.

Der Beschwerdeführer A. bringt als Hauptargument vor, nicht Autor der erwähnten Aussage zu sein. Die Vorinstanz habe es als genügend betrachtet, dass er wahrscheinlich Verfasser des Textes gewesen sei. A. rügt eine falsche Anwendung von Art. 8 ZGB, da sie ihn nicht aufgrund von Beweisen, sondern bloss aufgrund von Indizien verurteilt habe. Das Bundesgericht führt aus, die Rüge stütze sich auf einem falschen Verständnis der genannten Begriffe. In der Tat regle Art. 8 ZGB unter anderem den verlangten Beweisgrad, während es vorliegend um die Art der Beweise (direkte, indirekte Beweise oder Beweise gestützt auf Indizien) ginge. Die freie Beweiswürdigung, die A. rügt, sei nach Art. 9 BV zu überprüfen. Vorliegend sei unbestritten, dass die Vorinstanz den strittigen Sachverhalt aufgrund eines Bündels von Indizien, welche als einzelne Elemente nicht zur Feststellung des Sachverhaltes geeignet wären, eruiert hat. Die Rüge der Verletzung von Art. 8 ZGB erachtet das Bundesgericht deshalb als unbegründet.

A. macht ferner geltend, es liege Willkür nach Art. 9 BV vor. Nach dem Bundesgericht berücksichtigte die Vorinstanz aber verschiedene Tatsachen als konvergente Indizien zur Bejahung der Verantwortung von A. Insbesondere habe sie sich auf einer Zeugenaussage zu einigen «Nicknames» bezogen. Im Gegensatz zum Amtsrichter beurteilte die Vorinstanz die Pseudonyme lediglich als Indizien. Das Bundesgericht führt weiter aus, dass die Vorinstanz die Zeugenaussagen nur mit Vorbehalt berücksichtigt habe. Auch habe sie die Vorsicht des Zeugen hinsichtlich der Glaubhaftigkeit der Aussage unterstrichen – dies habe der Amtsrichter unterlassen. Insofern sei diese Rüge nach Art. 75 Abs. 1 BGG unzulässig, denn sie richtet sich gegen die Erwägungen des Amtsrichters, denen die Vorinstanz nicht folgte.

A. macht die Verletzung des Willkürverbotes auch im Bezug auf das Strafverfahren geltend, in welchem er freigesprochen wurde. Die Vorinstanz hätte die Beweiswürdigung unabhängig von den ergangenen Strafsentscheiden durchführen müssen. Diese Rüge sei unzulässig, erwägt das Bundesgericht, weil sie nach dem damals noch geltenden Art. 112 des alten Tessiner *Codice di procedura civile* (CPC/TI) nicht fristgemäss eingereicht wurde. Sie wäre aber auch materiellrechtlich nicht zu berücksichtigen gewesen, denn der Zivilrichter sei in seinem Entscheid immer unabhängig, wenn der Strafrichter die Täterschaft, wie im vorliegenden Fall, wegen Mangel an Beweisen

freigesprochen hat. Dass der erstinstanzliche strafrechtliche Entscheid kassiert wurde, sei vorliegend deshalb nicht massgebend. Der Beschwerdeführer klagt ferner, dass die Vorinstanz das Willkürverbot mit begrenzter Kognition geprüft habe. Diese Argumentation überzeugt das Bundesgericht nicht. Die strafrechtliche Rekursinstanz *Corte di cassazione e revisione penale* legt den Sachverhalt endgültig kognitionsunabhängig fest. Ist die Kognition auf dem Willkürverbot begrenzt, so ist die Beweiswürdigung im Rahmen des erstinstanzlichen Strafsentscheids bestätigt.

A. legt zum Schluss noch die von der Vorinstanz nicht berücksichtigten Fakten zu seiner Verteidigung dar. Insbesondere verweist er auf die E-Mail-Korrespondenz, welche nicht vom scheinbaren Urheber stammen könne, und auf die seiner Meinung nach ungerechterweise verwendeten Pseudonyme. Gemäss Bundesgericht scheint diese Begründung insofern haltbar, als dass Dritte zur Schädigung von A. in unerlaubter Weise Pseudonyme zur Veröffentlichung der strittigen Aussagen hätten verwenden können. Dieses Argument könne die Täterschaft von A. wegen Mangel an Gewissheit nicht ausschliessen. Die Gegenargumente der Vorinstanz verletzen deshalb das Willkürverbot auch nach einer Berücksichtigung aller Umstände nicht. In der Tat habe sich die Vorinstanz auf zwei Strafsentscheide gestützt und zudem erwähnt, wie sich B. und der Beschwerdeführer A. auf den Internetseiten, auf denen die verletzte Aussage erschienen ist, gegenseitig kritisierten. Aus all diesen Gründen weist das Bundesgericht die Beschwerde, soweit es darauf eintritt, ab.

14-35

Obergericht hat Parteikosten willkürlich verlegt

Beschleunigungsgebot; Genugtuung; Gerichtskosten; Parteikosten; Persönlichkeitsverletzung; Schadenersatz; Willkür

§ 120 Abs. 3 aZPO/LU

Urteil des Bundesgerichts vom 6. August 2013
(5A_17/2013)

Das Obergericht stellte zwar eine Verletzung des Beschleunigungsgebots durch das vorinstanzliche Amtsgericht fest, wies aber die Beschwerde trotzdem vollumfänglich ab und auferlegte den Beschwerdeführern die vollen Parteikosten. Dieses Urteil wird nun vom Bundesgericht korrigiert. Es heisst die Beschwerde gegen das obergerichtliche Urteil gut und stellt fest, dass in dem Umfang, in welchem das Obergericht eine Verletzung des Beschleunigungsgebots festgestellt hat und die Beschwerde damit begründet war, die Parteikosten vom Kanton getragen werden müssen.

Im Vorfeld der Grossratswahlen 2003 im Kanton Luzern veröffentlichte die Zeitung R. einen Artikel von Y. mit dem Titel «Kandidaten via Inserat gesucht». In diesem Beitrag war u.a. die Rede, dass X.s Stiftung Q. auf ihrer Homepage mit S.s

damaligem Stadtpräsidenten W. für parteilose Politik warb. Der Rechtskonsultent Z. der Stadt S. bezeichnete dieses Vorgehen als unlauter, weil das Bild des Stadtpräsidenten für eigene Interessen verwendet worden sei. In der Folge klagten X. und die Stiftung Q. vor dem Amtsgericht Luzern-Stadt. Sie beantragten es sei festzustellen, dass die Zeitung R., Y., Z. und die Stadt S. ihre Persönlichkeit verletzt hätten, weshalb sie zur Leistung von Schadenersatz und Genugtuung zu verpflichten seien. Das Amtsgericht wies die Klage ab, worauf X. und die Stiftung Q. ans Obergericht Luzern gelangten. Dieses stellte fest, das Amtsgericht habe das Beschleunigungsgebot verletzt. Im Übrigen wies es die Klage ab. Es verurteilte X. und die Stiftung Q., alle Prozesskosten je hälftig zu tragen. X. und die Stiftung Q. erhoben gegen dieses Urteil Beschwerde ans Bundesgericht.

Neben verschiedenen Vorbringungen, die das Bundesgericht allesamt abweist, wehren sich die Beschwerdeführer hauptsächlich gegen die Kostenverlegung. Das Obergericht hatte ihnen für die beiden kantonalen Verfahren Gerichtskosten von total Fr. 3000.– auferlegt und sie verurteilt, die Beschwerdegegner für diese Verfahren mit insgesamt Fr. 20722.80 zu entschädigen. Die Beschwerdeführer bringen dagegen unter anderem sinngemäss vor, es fehle an einer Gesetzesgrundlage für die Kostenbeschwerde, weswegen der Entscheid über die Höhe der Parteientschädigung ungenügend begründet, das rechtliche Gehör verletzt und das Obergericht zu Unrecht von einem Verfahren ohne Streitwert ausgegangen sei. Alle diese Rügen werden vom Bundesgericht für unbegründet befunden. Die Beschwerdeführer machen weiter geltend, die obergerichtliche Feststellung, dass das Amtsgericht das Beschleunigungsgebot verletzt hat, sei in Bezug auf die Kostenverlegung ohne jede Konsequenz geblieben. Dazu führt das Bundesgericht aus, nach seiner Rechtsprechung sei das Rechtsmittel desjenigen, der eine Verletzung des Beschleunigungsgebots rügt, im entsprechenden Umfang gutzuheissen, wenn die Rechtsmittelinstanz eine Rechtsverzögerung feststellt. Nach dem Unterliegerprinzip müsse sich ein solcher Prozessgewinn in aller Regel in der Liquidation der Gerichts- und Parteikosten des Rechtsmittelverfahrens zugunsten der obsiegenden Partei auswirken. Wolle das Gericht hingegen die obsiegende Partei in dieser Hinsicht gänzlich leer ausgehen lassen, so müsse es die Gründe für diese Abweichung vom Normalfall klar und deutlich offenlegen. Dieser Rechtsprechung trage das Obergericht nur zum Teil Rechnung, so das Bundesgericht. Obwohl das Obergericht eine Verletzung des Beschleunigungsgebots festgestellt habe, habe es die Appellation der Beschwerdeführer als «insgesamt unbegründet» abgewiesen, anstatt sie teilweise gutzuheissen. Zudem sei es zum Schluss gekommen, «bei diesem Ausgang des Verfahrens» hätten die Beschwerdeführer die Kosten des Appellationsverfahrens zu tragen. Immerhin habe das Obergericht der Feststellung der Rechtsverzögerung mit einer Reduktion der Gerichtskosten Rechnung getragen. Diesbezüglich hält der Entscheid nach Ansicht des Bundesgerichts zumindest im Ergebnis vor Bundesrecht stand. Das Gegenteil ist nach den Ausführungen des Bundesgerichts allerdings der Fall, was die Regelung der Parteikosten angeht: «Nachdem weder die Beschwerdeführer noch die Beschwerdegegner, sondern vielmehr das (damalige) Amtsgericht Luzern-Stadt die Verletzung des Beschleunigungsgebots zu verantworten hat, ist es grundsätz-

lich der Staat Luzern, der für die Parteikosten der Beschwerdeführer in demjenigen Umfang aufkommen muss, in welchem die Appellation begründet und das Rechtsmittel gutzuheissen war, und der den Beschwerdeführern in demselben Umfang auch gegenüber den Beschwerdegegnern keine Entschädigungspflicht auferlegen darf». Die Beschwerdeführer hätten in diesem Zusammenhang zu Recht die verfassungswidrige «Nichtanwendung» von § 120 Abs. 3 aZPO/LU gerügt, wonach der Staat in der Regel die Prozesskosten trägt, die weder eine Partei noch Dritte verursacht haben. Damit sei das Obergericht in Willkür verfallen, weshalb die Sache in teilweiser Gutheissung der Appellation ans Obergericht zurückzuweisen sei. Dieses habe im beschriebenen Sinne neu über die Liquidation der Parteikosten zu befinden.

6. Wettbewerbsrecht – Droit de la concurrence

6.1 Kartellrecht – Droit des cartels

14-36

WEKO hat im Fall Gaba die Unschuldsvermutung nicht verletzt

Garantie auf eine verfassungsmässige Entscheidinstanz; Unschuldsvermutung; Vorverurteilung

Art. 6 Ziff. 2 EMRK; Art. 14 Abs. 2 UNO-Pakt II; Art. 8, 29 Abs. 1, 30 Abs. 1, 32 Abs. 1 BV; Art. 5 Abs. 1, 4, 49a Abs. 1 KG

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2013 (B-506/2010)

Die WEKO stellte fest, dass Gaba International AG (Gaba) eine unzulässige Gebietsabrede vorgenommen hat. Gegen diese Verfügung gelangt Gaba ans Bundesverwaltungsgericht und machte dabei unter anderem geltend, sie sei vorverurteilt worden, weshalb die Unschuldsvermutung verletzt sei. Das Bundesverwaltungsgericht weist die diesbezüglichen Rügen ab, da es weder eine Verletzung der Unschuldsvermutung noch der Garantie auf eine verfassungsmässige Entscheidinstanz erkennen kann.

Die Denner AG reichte beim Sekretariat der WEKO eine Anzeige gegen Gaba ein. In der anschliessenden Untersuchung stellte die WEKO fest, dass ein Lizenzvertrag zwischen Gaba und Gebro Pharma GmbH eine unzulässige Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG enthielt. Sie belastete deshalb Gaba gemäss Art. 49a Abs. 1 KG mit einem Betrag von Fr. 4820580.– und Gebro Pharma GmbH mit Fr. 10000.–. Gegen diesen Entscheid erhebt Gaba Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Darin macht sie neben einer Vielzahl anderer Rügen auch geltend, sie sei in mehrfacher Hinsicht durch eine Medienkampagne vorverurteilt worden. Eine Vorverurteilung sei auch aufgrund von öffentlichen Äusserungen der WEKO erfolgt. Zudem hätten Medien vor der Eröffnung der Verfügung der Parteien von deren Inhalt

erfahren, was eine Verletzung der strafrechtlichen Unschuldsvermutung darstelle.

Das Bundesverwaltungsgericht führt zu den Rügen bezüglich Unschuldsvermutung aus, Gaba vermische den Grundsatz der Unschuldsvermutung mit dem Anspruch auf Beurteilung durch eine unbefangene Erstinstanz. Unter den ersteren Grundsatz falle die Frage, ob durch die Medienkampagne der Denner AG und durch die öffentlichen Äusserungen von Mitgliedern der WEKO eine Vorverurteilung stattgefunden habe. Hinsichtlich des zweiten Grundsatzes müsse geprüft werden, ob sich aus der Medienkampagne eine Befangenheit der WEKO ergeben habe. Die strafrechtliche Unschuldsvermutung ergibt sich nach den Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts aus Art. 6 Ziff. 2 EMRK, Art. 14 Abs. 2 UNO-Pakt II und Art. 32 Abs. 1 BV. Sie komme allerdings nur in Verfahren mit Strafcharakter zur Anwendung, wobei das Bundesgericht in Anlehnung an die europäische, höchstrichterliche Rechtsprechung festgestellt habe, dass Massnahmen nach Art. 49a KG über einen «strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Charakter» verfügen. Die entsprechenden Garantien von Art. 6 EMRK und Art. 32 BV seien demnach im Kartellrecht grundsätzlich anwendbar. Hinsichtlich der Garantie der verfassungsmässigen, unabhängigen und unparteiischen Entscheidungsinstanz i.S.v. Art. 29 Abs. 1 i. V.m. Art. 8 und 30 Abs. 1 BV führt das Bundesverwaltungsgericht aus, dass nach höchstrichterlicher Rechtsprechung eine Medienkampagne und politische Interventionen für sich alleine nicht genügen, um eine Befangenheit der entscheidenden Behörden zu begründen. Vielmehr müssen im konkreten Fall objektive Anzeichen für die Beeinflussung der urteilenden Instanz vorliegen.

In der Folge setzt sich das Bundesverwaltungsgericht mit den konkreten Rügen von Gaba auseinander. Einerseits rügt Gaba, die WEKO habe durch eine Werbe- sowie Medienkampagne der Denner AG unter starkem medialen und politischen Druck gestanden, Gaba zu verurteilen. Damit habe die WEKO die Unschuldsvermutung verletzt. Das Bundesverwaltungsgericht erwägt diesbezüglich, die WEKO könne nicht dadurch die Unschuldsvermutung verletzen, dass die Denner AG gegen Gaba eine Medienkampagne gefahren hat. Gaba stünden mehrere Möglichkeiten zur Verfügung, um gegen die Werbung vorzugehen, beispielsweise nach UWG oder mittels Beschwerde bei der Lauterkeitskommission. Falls Gaba mit diesen Vorbringungen geltend machen wolle, so das Bundesverwaltungsgericht weiter, dass die WEKO durch die Werbe- und Medienkampagne in ihrer Entscheidungsfindung befangen gewesen sei, würden dafür die objektiven Anzeichen fehlen. Andererseits macht Gaba geltend, die Unschuldsvermutung sei verletzt worden, weil die WEKO gegenüber den Medien eine baldige Entscheidung angekündigt habe und der Präsident der WEKO am Tag der Eröffnung der Verfügung den Fall im «Kassensturz» diskutiert habe. Dazu führt das Bundesverwaltungsgericht aus, die WEKO und ihr Sekretariat hätten die gesetzliche Pflicht, die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit zu informieren. In den Medien sei das Verfahren und der Verfahrensstand nicht kommentiert worden, sondern die WEKO habe einzig Auskunft darüber gegeben, dass bald ein Entscheid zu erwarten sei. Auch im «Kassensturz» seien keine Informationen preisgegeben worden, welche nicht in der angefochtenen Verfügung vorhanden sind. Demnach erblickt das Bundesverwaltungsgericht auch in Be-

zug auf die Zeitungsartikel und das Interview im «Kassensturz» keine Verletzung der Unschuldsvermutung und der Garantie auf eine verfassungsmässige Entscheidungsinstanz. Zusammenfassend kommt das Bundesverwaltungsgericht somit zum Schluss, dass im Verfahren vor der WEKO weder die Unschuldsvermutung noch die Garantie auf eine verfassungsmässige Entscheidungsinstanz verletzt wurde. Im Übrigen weist das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde von Gaba auch in allen anderen Punkten ab und bestätigte den Entscheid der WEKO.

Aufsätze/Etudes

Saxer Urs, Rechtsgrundsätze staatlicher Öffentlichkeitskommunikation in Krisen, in: Ehrenzeller Bernhard (Hrsg.), Krisenkommunikation des Staates, in: Institut für Rechtswissenschaften und Rechtspraxis, St. Gallen 2013, S. 17–42.

Bücher/Livres

De Werra Jacques et al., Propriété intellectuelle: loi sur le droit d'auteur, loi sur la protection des marques, loi sur les designs, loi sur les brevets, droit international privé (art. 109–111 et 122 LDIP, art. 5 ch. 3, 6 ch. 1 et 22 ch. 4 CL), droit de la concurrence (art. 3 al. 2 LCart): commentaire, Basel 2013.

Zeitschriften/Revue

Baeriswyl Bruno, Entwicklungen im Datenschutzrecht, in: Schweizerische Juristen-Zeitung, Zürich 19/2013, S. 444–446.

Beranek Zanon Nicole, Zivilrechtliche Haftung von Filehostern bei Urheberrechtsverletzungen nach Schweizer Recht, in: Jusletter, 2. Dezember 2013.

Bhend Julia, Die Bedeutung des Street View-Urteils für die Veröffentlichung von Bildern im Internet: Diskussionsbeitrag zum Bundesgerichtsentscheid vom 31. Mai 2012, in: Sic !, Zürich 11/2012, S. 700–703.

Brändli Sandra / Tamò Aurelia, Mainstream: Streaming als Nutzungsform der Gegenwart und der Zukunft, in: sic!, Zürich 2013, S. 651–662.

Brun Delphine, Limites de la liberté de la presse selon les articles 10§2 CEDH et 293 CPS : un «mal» nécessaire justifié par le secret de l'enquête et des délibérations ?, in: Jusletter, 25. November 2013.

Freiburghaus Dieter, «Live-stream» am Bundesgericht – mehr Transparenz oder erster Schritt zum «Court-TV»? , in: Justiz 4/2013.

Hofstetter Judith, Die Publikumsöffentlichkeit im erstinstanzlichen Summarverfahren, in: Justiz 4/2013.

Kulesza Joanna, Delfi v. Estonia before the ECHR: editorial liability for Internet service providers?, in: Jusletter, 2. Dezember 2013.

Moeckli Daniel, Politische Werbung auf öffentlichem Grund, in: Recht 6/2013, S. 263.

Probst Thomas, Die unbestimmte «Bestimmbarkeit» der von Daten betroffenen Person im Datenschutzrecht: Personendaten und anonymisierte Einzeldaten in der globalisierten Informationsgesellschaft: quo vaditis?, in: AJP, Zürich 10/2013, S. 1423–1436.

Rudaz Carole, De l'utilité de l'investigation secrète dans la lutte contre le «grooming», in: Jusletter, 2. Dezember 2013.

Studer Peter, Das Öffentlichkeitsgesetz (BGÖ) ist heute ein Werkzeug für investigative Journalisten, in: Jusletter, 2. Dezember 2013.

Thiele Clemens, Scripted Reality: Alte Persönlichkeitsrechte gegen neue Fernsehformate, in: Jusletter, 2. Dezember 2013.

Vischer Frank, Das «Droit moral de l'auteur» aus rechtsvergleichender und kollisionsrechtlicher Sicht, in: Recht und Kunst, in: Recht im Wandel: ausgewählte Schriften von Frank Vischer zu seinem 90. Geburtstag, Zürich 2013, S. 498–516.

Vischer Frank, Monopol und Freiheit in Wissenschaft und Kunst: zum Grundproblem des Urheberrechts, in: Recht im Wandel: ausgewählte Schriften von Frank Vischer zu seinem 90. Geburtstag, Zürich 2013, S. 481–497.

Weber Rolf, EU-Grünbuch über den Online-Vertrieb von audiovisuellen Werken, in: Sic !, Zürich 11/2012, S. 751–754.