
Editorial

Das Bundesgericht hat sich ein erstes Mal mit dem Joint-Venture Admeira befasst

Liebe Leserin, lieber Leser

Medienrechtlich am meisten zu reden gab im März wohl das Bundesgerichtsurteil im Admeira-Fall (2C_1024/2016). Allerdings handelt es sich dabei erst um einen Zwischenentscheid. Der Verband Schweizer Medien und neun Medienunternehmen haben mit dem Gang nach Lausanne erreicht, dass ihnen im aufsichtsrechtlichen Verfahren betreffend die gemeinsame Werbevermarktungsplattform von SRG, Swisscom und Ringier Parteilstellung zukommt. In der Sache ist noch nichts entschieden, weshalb *medialex* das Urteil auch noch nicht bespricht. Kommentiert wird diesmal dafür ein kantonales Urteil, nämlich jenes des Handelsgerichts Zürich im Zivilprozess der Crédit Suisse gegen die Internet-Zeitung Inside Paradeplatz. Es ging um einige angriffige Publikationen von Inside Paradeplatz vom Oktober 2015 über die Grossbank. Rechtsanwalt Matthias Schwaibold kritisiert weniger das Resultat als die Begründung des Urteils, das für ihn „von ungewöhnlicher Kürze und auffälliger Oberflächlichkeit“ sei und in dem die nötige Interessenabwägung praktisch nicht stattfindet.

Fortgesetzt wird im aktuellen Newsletter die vor einem Monat eröffnete Serie der Rechtsprechungsübersichten des Jahres 2017. Daniel Kämpfer und Annina Keller analysieren die Rechtsprechung des Bundes- und des Bundesverwaltungsgerichts zum Öffentlichkeitsgesetz des Bundes (BGÖ). Das Autorenteam gelangt zum Fazit, dass die Praxis der beiden Gerichte 2017 die Verwaltungsöffentlichkeit des Bundes deutlich gestärkt habe.

Den Anfang der heutigen Ausgabe des Newsletters machen die Basler Rechtsanwälte Jascha Schneider und Sebastian Kaufmann mit einer Untersuchung zu den Möglichkeiten, wie man sich dagegen wehren kann, wenn Drohnen durch Filmen, Ausspionieren o.ä. die eigene Privatsphäre stören. Sie erörtern, ab welchem Punkt ein Angriff auf die Persönlichkeit vorliegt und mit welchen Mitteln Betroffene auf solche Störungen reagieren können und dürfen.

Simon Canonica, Redaktor *medialex*



Jascha Schneider-Marfels, Dr. iur., Advokat bei Balex AG, Advokatur und Notariat, Basel.

Sebastian Kaufmann, MLaw, Advokat bei Balex AG, Advokatur und Notariat, Basel

Abschuss von zivilen Drohnen unter dem Aspekt des Persönlichkeitsschutzes

Wie weit muss man es sich gefallen lassen, von einem solchen Flugobjekt überwacht, gefilmt und ausspioniert zu werden?

Résumé Des drones civils sont à la mode. Des pilotes amateurs, des détectives privés et des paparazzis les emploient pour contrôler ou espionner un terrain ou des personnes. La doctrine dominante a conclu que dans de tels cas, une certaine prudence paraît appropriée dans la défense. Les auteures ne partagent pas cette opinion, en particulier si les drones doivent être qualifié en tant qu'atteinte à la personnalité. Dans de tel cas, il faut partir d'une atteinte immédiate et illégale à la personnalité et le concerné se trouve dans une situation de légitime défense. La capture et le tir d'un drone paraît justifié dans une telle situation parce que la défense d'une atteinte aux droits de la personnalité d'une personne par dommage ou destruction à la propriété paraît appropriée et pas du tout abusive. Le pilote du drone qui entre de manière illicite dans des sphères étranges le doit attendre et supporte le risque correspondant.

I. Einführung

Drohnen gehören heute zum Alltag.¹ Sie werden sowohl von Trägern öffentlicher Aufgaben wie namentlich der Polizei² und öffentlichen Versorgungsunternehmen³ als auch zunehmend von privaten Hobbypiloten für verschiedenste Zwecke⁴ eingesetzt. Polizeikräfte verwenden Drohnen für die Dokumentation von Schadensplätzen, Vermessungsarbeiten und zunehmend auch für taktische Zwecke ein.⁵ Private Hobbypiloten lassen Drohnen über Gärten, Seen, öffentlichen Plätzen und Strassen sowie über Siedlungen kreisen. Nicht selten werden dabei Filme

1 Eine Legaldefinition des Begriffs der Drohne existiert bis dato nicht. Das Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL) verwendet in seinem Bericht „Zivile Drohnen in der Schweiz, Eine neue Herausforderung“ vom 7. Februar 2016, Ziff. 2.5, <https://www.bazl.admin.ch/bazl/de/home/gutzuwissen/drohnen-und-flugmodelle.html> (zuletzt besucht am 27. März 2018), die folgende Definition: „Bei Drohnen handelt es sich um unbemannte, ferngesteuerte Luftfahrzeuge, die bestimmten Zwecken dienen wie etwa Bildaufnahmen, Vermessungen, Transporten, wissenschaftlichen Untersuchungen usw. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Einsatz gewerbsmässig, privat, beruflich oder wissenschaftlich erfolgt. Im Gegensatz dazu stehen Flugmodelle wie Modellflugzeuge, Modellhelikopter usw., die grundsätzlich für Freizeitaktivitäten genutzt werden. Hier steht die Ausführung des Fluges und die Freude daran im Vordergrund.“

2 Eigene Drohnen besitzen derzeit die Stadtpolizei Zürich, die Kantonspolizei St. Gallen, die Kantonspolizei Bern und – zu Testzwecken – die Kantonspolizei Basel-Stadt. Vgl. STEFAN EHRBAR, Drohnen auf der Abschussliste, Schweiz am Wochenende vom 21. Januar 2017, <https://www.schweizamwochenende.ch/nachrichten/drohnen-auf-der-abschussliste-131069285> (zuletzt besucht am 27. März 2018).

3 Bsp. Energie Wasser Luzern (EWL), vgl. dazu DANIELA GIGOR, „Drohne fotografierte mich im Pyjama“, 20 Minuten Online vom 17. Februar 2014, <http://www.20min.ch/schweiz/zentralschweiz/story/-Drohne-fotografierte-mich-im-Pyjama--24400681> (zuletzt besucht am 26. März 2018).

4 Vgl. die Übersicht bei MARKUS CHRISTEN/MICHEL GUILLAUME/MAXIMILIAN JABLONOWSKI/PETER LENHART/KURT MOLL Zivile Drohnen – Herausforderungen und Perspektiven, Stiftung für Technologiefolgen-Abschätzung, Zürich 2018, S. 81 ff.

5 EHRBAR, (Fn. 2).

erstellt und im Internet veröffentlicht. Drohnen können aber auch von Privatdetektiven zur Überwachung von Personen oder von Reportern zwecks Ausspähung von Prominenten („Paparazzi“) eingesetzt werden.

2 Fest steht: Die Nutzung ziviler Drohnen, d.h. solche, die zu nicht-militärischen Zwecken genutzt werden, hat in den letzten Jahren massiv zugenommen. Die Herstellung und der Vertrieb von Drohnen ist längst zum Milliardengeschäft geworden.⁶ Angesichts des rasant zunehmenden Verkehrs im bodennahen Luftraum hat in diesem Bereich auch das Konfliktpotential entsprechend stark zugenommen. Medien berichteten unlängst von Beinahe-Zusammenstössen zwischen Drohnen und Flugzeugen in Flughafennähe⁷ oder von irritierten Bürgern, die wegen einer Drohne einen Polizeieinsatz auslösten⁸.

3 Wie in anderen Bereichen der technischen Innovation hinken Gesetz und Rechtsprechung auch in Bezug auf Drohnen der technologisierten Realität hinterher. Sicher kann man Drohnen wie z.B. ferngesteuerte Flugzeuge ohne Kamera und bloss zum Spass am Fliegenlassen verwenden. Drohnen sind in erster Linie jedoch dazu ausgelegt, Gebiete mittels hochauflösender Videotechnik zu überwachen und zu filmen. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie weit es sich eine Privatperson gefallen lassen muss, von einem solchen Flugobjekt überwacht, gefilmt und ausspioniert zu werden. Welche Abwehrmöglichkeiten sind in solchen Situationen rechtlich erlaubt? Ist es z.B. zulässig, eine Drohne, die über dem eigenen Garten kreist und einem offenkundig beim Sonnenbaden zusieht, einzufangen oder gar abzuschliessen? Oder muss der Betroffene in der modernen Gesellschaft solche Eingriffe in seine Persönlichkeitsrechte dulden? Um diese und weitere Fragen beantworten zu können, gilt es zunächst, die rechtlichen Rahmenbedingungen näher zu analysieren.

Rechtliche Rahmenbedingungen und Grenzen eines Drohneneinsatzes

A) Luftfahrtrecht

4 Im eidgenössischen Luftfahrtrecht bestehen in Bezug auf den Einsatz von zivilen Drohnen nur verhältnismässig rudimentäre Vorschriften.⁹ Grundsätzlich ist der Einsatz einer privaten Drohne ohne weiteres, d.h. ohne Bewilligung zulässig. Bewilligungspflichtig sind lediglich Drohnen mit einem Fluggewicht von mehr als 30 Kilogramm (Art. 2a Abs. 1 LFV¹⁰). Es existieren indes auch für den Einsatz von kleinere Drohnen (Fluggewicht 0.5 kg bis 30 kg) verschiedene Verbote mit Bewilligungsvorbehalt (Art. 17 VLK).¹¹ Als Beispiele können das Fliegen in der Nähe eines Flugplatzes oder einer Menschenansammlung angeführt werden.¹² Schliesslich bleibt noch zu bemerken, dass in diesem Zusammenhang auch die Kantone unter gewissen Voraussetzungen – namentlich gestützt auf Art. 19 VLK – legiferierend tätig werden können. Von dieser Möglichkeit haben die meisten Kantone bislang keinen Gebrauch gemacht.¹³

B) Sachenrecht

5 Das Überfliegen eines privaten Grundstücks mittels einer Drohne kann den betroffenen Grundeigentümer in der Nutzung seines Grundeigentums beeinträchtigen. Umstritten ist, ab wann von einer Beeinträchtigung des Grundeigentums durch einen Drohnenflug ausgegangen werden kann bzw. muss. Dies rührt daher, dass ein Grundstück nicht nur eine horizontal abgegrenzte Fläche, sondern vielmehr einen dreidimensionalen Körper darstellt.¹⁴ Weil die vertikale Ausdehnung – im Gegensatz zur horizontalen – nach oben und unten nicht ohne weiteres

6 Bericht BAZL (Fn. 1), Ziff. 3.2. ff. ; vgl. ferner DOMINIK FELDGES, Goldgräberstimmung im Geschäft mit Drohnen, NZZ vom 23. Januar 2016, <https://www.nzz.ch/wirtschaft/unternehmen/goldgraeberstimmung-im-geschaef-mit-drohnen-1.18682159> (zuletzt besucht am 27. März 2018).

7 PHILIPP SCHNEIDER, Sind Drohnen eine Gefahr für die Luftfahrt?, SRF Online News vom 3. Oktober 2017, <https://www.srf.ch/news/schweiz/beinahe-kollision-in-zuerich-sind-drohnen-eine-gefahr-fuer-die-luftfahrt> (zuletzt besucht am 27. März 2018).

8 SABINA GALBIATI, Diese Drohne vor den Hochhausfenstern löste einen Polizeieinsatz aus, Badener Tagblatt vom 23. Dezember 2015, <https://www.badener.tagblatt.ch/aargau/baden/diese-drohne-vor-den-hochhausfenstern-loeste-einen-polizeieinsatz-aus-129939523> (zuletzt besucht am 27. März 2018).

9 Ausführlich dazu CHRISTEN/ GUILLAUME/ JABLONOWSKI/ LENHART/ MOLL (Fn. 4), S. 147 ff.

10 Verordnung über die Luftfahrt (Luftfahrverordnung, LFV) vom 14. November 1973 (SR 748.01).

11 Verordnung des UVEK über die Luftfahrzeuge besonderer Kategorie (VLK) vom 24. November 1994 (SR 748.941).

12 Vgl. Bericht BAZL (Fn. 1), Ziff. 4.3 ff.

13 Einen Überblick hierzu findet sich bei DANIEL KETTINGER, Das gerichtliche Verbot als Instrument zur Abwehr ziviler Drohnen, in: Jusletter 11. April 2016, Rz. 9 f.

14 Vgl. STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER/DAVID BRUGISSER, Sachenrechtliche Aspekte zum Einsatz von privaten Drohnen, in: Jusletter 11.

bestimmbar ist,¹⁵ richtet sich der Umfang des Eigentums diesbezüglich nach der Schranke des Interesses¹⁶ an der Eigentumsausübung.¹⁷

In Bezug auf das Überfliegen von Grundstücken durch Flugzeuge ist für die Bestimmung der geschützten Interessensphäre gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sowohl die natürliche Lage und Beschaffenheit eines Grundstücks als auch die Art und Grösse der in Frage kommenden Flugzeuge, die Flughöhe¹⁸ sowie die entsprechenden Folgen für das betroffene Grundstück relevant.¹⁹ Ob diese Faktoren – so insbesondere die Flughöhe – auch in Bezug auf Drohnen zum Zug kommen, ist noch nicht höchstrichterlich geklärt. Dennoch kann wohl davon ausgegangen werden, dass ein Drohnenflug über ein fremdes Grundstück in geringer Höhe, z.B. zehn bis zwanzig Meter über dem Boden, das schutzwürdige Interesse an der Ausübung des Grundeigentums bzw. den Anspruch auf ungestörten Besitz tangieren bzw. einschränken kann.²⁰

C) Art. 28 ZGB (Schutz der Persönlichkeit)

Zivilrechtlich gesehen kann das Erstellen bewegter Bilder mittels einer Drohne auch eine Verletzung von Art. 28 ZGB darstellen, wenn durch die Bildübertragung bzw. das Filmen in die Persönlichkeitsrechte eines Dritten eingegriffen wird. Das gilt insbesondere, wenn keine Einwilligung des Betroffenen vorliegt oder kein öffentliches Interesse besteht.²¹ Die Frage, ab wann konkret von einer Persönlichkeitsverletzung auszugehen ist, lässt sich nicht generell beantworten. Der Tatbestand ist sicherlich erfüllt, wenn eine Person durch die Überwachung auch für Dritte klar identifizierbar wird. Das ist der Fall, wenn z.B. das Gesicht erkennbar ist.²² Ebenso dürfte von einer Persönlichkeitsverletzung auszugehen sein, wenn eine Drohne eingesetzt wird, um eine Person gezielt zu überwachen oder auszuspionieren – selbst wenn die Aufnahmen ohne weitere Kenntnisse keine Identifizierung ermöglichen.

Dabei spielt es grundsätzlich keine Rolle, ob sich die Überwachung auf privatem oder öffentlichem Grund abspielt. Eine Person muss sich jedoch in der Öffentlichkeit deutlich mehr Eingriffe in ihre Privatsphäre gefallen lassen. Das gilt insbesondere für Personen der Zeitgeschichte und Amtsträger.²³

Neben Art. 28 ZGB ist zudem das Datenschutzgesetz²⁴ relevant, zumindest sobald einzelne Personen bestimmbar sind oder bestimmt werden können.²⁵ Nicht ausser Acht zu lassen ist ferner die Gefahr für die physische Integrität, welche von einer Drohne ausgehen kann: Stürzt sie auf eine Person oder kollidiert sie mit einem Menschen, kann dies eine erhebliche Schädigung der Gesundheit nach sich ziehen.²⁶

D) Strafrecht

Auch das Strafrecht schützt bis zu einem gewissen Grad vor unerwünschten Drohneneinsätzen.²⁷ Art. 179^{quater} StGB²⁸ verbietet die Verletzung des Geheim- und Privatbereichs durch Aufnahmegeräte. Strafbar macht sich, vereinfacht ausgedrückt, wer einen anderen in dessen Privatbereich ohne Einwilligung beobachtet, mit einem technischen Gerät überwacht oder filmt. Art. 179^{quater} StGB ist entsprechend dem Sinn des Strafrechts als *ultima ratio* enger

August 2014, Rz. 5 m.w.H.; VITO ROBERTO/STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Sachenrecht, 4. Aufl., Bern 2014, Rz. 303 f.

15 Vgl. CHRISTEN/GUILLAUME/JABLONOWSKI/LENHART/MOLL (Fn. 4), S. 167.

16 Art. 667 Abs. 1 ZGB; vgl. auch HEINZ REY/LORENZ STREBEL, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 5. Aufl., Basel 2015 (zit.-BSK-Bearbeiter), Art. 667, Rz. 3 f.

17 BSK-REY/STREBEL (Fn. 16), Art. 667, Rz. 6.

18 Ausführlich dazu HRUBESCH-MILLAUER/BRUGISSER (Fn. 14), Rz. 13 unter Verweis auf die bundesgerichtliche und kantonale Rechtsprechung.

19 Vgl. BGE 134 II 49, 60 f.; 131 II 137, 146 ff.

20 Gleicher Meinung HRUBESCH-MILLAUER/BRUGISSER (Fn. 14), Rz. 19; KETTINGER (Fn. 13), Rz. 13.

21 ANDREAS MEILI, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 5. Aufl., Basel 2014 (zit.-BSK-Bearbeiter), Art. 28, Rz. 19 f. m.w.H.

22 Vgl. BSK-MEILI (Fn. 21), Art. 28, Rz. 19; vgl. auch den „Google-Street-View-Entscheid“ des Bundesgerichts, BGE 138 II 346.

23 JASCHA SCHNEIDER-MARFELS, in: Oliver Staffelbach/Claudia Keller (Hrsg.), Social Media und Recht für Unternehmen, Zürich 2015, Rz. 6.74 f.

24 Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (SR 235.1).

25 Eingehend dazu ROLF H. WEBER/DOMINIC OERTLY, Datenschutzrechtliche Problemfelder von zivilen Drohneneinsätzen, in Jusletter 26. Oktober 2015.

26 Dies wirft dann wiederum haftungsrechtliche Fragen auf; siehe dazu CHRISTEN/GUILLAUME/JABLONOWSKI/LENHART/MOLL (Fn. 4), S. 152.

27 Mit Ausnahme von Art. 256 und Art. 186 StGB gibt es dagegen keine Strafnorm, die spezifisch das Grundeigentum schützt; insofern zutreffend KETTINGER (Fn. 13), Rz. 16.

28 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0).

gefasst als Art. 28 ZGB, weil er sich explizit auf den Privat- und Geheimbereich beschränkt und andere Persönlichkeitsrechte, wie namentlich das Recht am eigenen Bild, ausklammert.

- 11 Die Frage, ob mit einer Drohne hergestellte Videoaufnahmen in den strafrechtlich geschützten Bereich der Privatsphäre eingreifen oder nicht, ist komplex und nur unter Berücksichtigung des konkreten Einzelfalls zu beantworten. In der Lehre ist immerhin unbestritten, dass prinzipiell alle gegen neugierige Blicke Aussenstehender abgesicherten Räume und Örtlichkeiten den Schutz der Privatsphäre von Art. 179^{quater} StGB geniessen.²⁹ Damit gehören alle Räume und Örtlichkeiten, in denen ein Hausfriedensbruch begangen werden kann, zum Schutzbereich des Art. 179^{quater} StGB.³⁰
- 12 In Bezug auf Drohneneinsätze kommen also insbesondere eingefriedete Gärten, Höfe, Balkone, Terrassen und dergleichen in Frage, die strafrechtlich gegen unfreiwillige Beobachtungen und Bildaufzeichnungen geschützt und entsprechende Widerhandlungen folglich zu ahnden sind. Gemäss Bundesgericht ist in diesem Zusammenhang nicht entscheidend, ob für die fraglichen Tathandlungen des Beobachtens oder Aufnehmens ein physisches Hindernis überwunden werden muss. Entscheidend ist vielmehr, ob zwecks Aufnahme eine „rechtlich-moralische“ Grenze überwunden wird. Mit diesem rechtlich-moralischen Hindernis meint das Bundesgericht eine „(...) gedachte, also physisch nicht in Erscheinung tretende Grenze, die gemäss den hierzulande allgemein anerkannten Sitten und Gebräuchen ohne die Zustimmung der Betroffenen nicht überschritten wird (...).“³¹
- 13 Versucht nun – um ein Beispiel zu nennen – ein unglücklich Verliebter, mittels einer mit Kamera bestückten Drohne einen Blick auf die sich im Garten sonnende Angebetete zu erhaschen, wird diese rechtlich-moralische Grenze zweifellos überschritten. Ein solches strafrechtlich relevantes Verhalten ist, wie nachfolgend zu zeigen ist, insbesondere für die Wahl eines geeigneten Abwehrmittels von Bedeutung.

II. Drohnenabwehr

A) Abwehdrohnen, Störsender und Schussvorrichtungen

- 14 Mit der wachsenden Bedeutung von Drohnen nimmt auch das Bedürfnis der Bevölkerung zu, sich gegen derartige Flugobjekte zur Wehr setzen zu können.³² Medienberichten zufolge sollen in der Schweiz Drohnenabwehr-Drohnen³³ oder Schussvorrichtungen, welche Drohnen mittels eines Netzes vom Himmel holen,³⁴ eingesetzt werden. Im Internet können entsprechende Produkte erworben werden, so bspw. auch Störsender, welche die Funkverbindung zwischen Drohne und Pilot beeinträchtigen, obschon derartige Apparate in der Schweiz illegal sind.³⁵ Auch andere, einfachere Methoden sind denkbar, z.B. das Werfen eines Steines oder die Zuhilfenahme des Hochdruckreinigers. Dabei drängt sich aber unweigerlich die Frage auf, unter welchen Umständen und Voraussetzungen eine solche Abwehr erlaubt ist.

B) Stand der Diskussion in der Literatur

- 15 Die Literatur hat sich bislang nur zurückhaltend mit der Frage befasst, wie sich Betroffene gegen Drohnenflüge und damit einhergehenden persönlichkeitsverletzenden Filmaufnahmen zur Wehr setzen können. STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER und DAVID BRUGISSER haben in einem Aufsatz beleuchtet, was zulässig ist, wenn Drohnen das Grundeigentum oder den Besitz stören.³⁶ Sie gelangen zum Schluss, dass in solchen Fällen, d.h. unter dem Aspekt der Besitzwehr, der Drohnen-Pilot zunächst abgemahnt werden müsse. Sollte dies nicht möglich oder wirksam sein, dürfe eine Drohne eingefangen werden. Einen Abschuss halten die Autoren unter dem Aspekt von Art. 926 ZGB und unter Würdigung der Verhältnismässigkeit aber nur in Fällen wiederholter und/oder mutwilliger Störung für

29 Statt vieler GÜNTER STRATENWERTH/GUIDO JENNY/FELIX BOMMER, Strafrecht Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 7. Aufl., Bern 2010, § 12 N 54.

30 PETER VON INS/PETER-RENÉ WYDER, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht, 3. Auflage, Basel 2013, Art. 179^{quater}, Rz. 11.

31 BGE 118 IV 41, 50.

32 Vgl. Südostschweiz vom 7. Februar 2018, <https://www.suedostschweiz.ch/ereignisse/2018-02-07/so-holt-die-polizei-drohnen-vom-himmel> (zuletzt besucht am 28. März 2018).

33 In den Niederlanden werden offenbar gar Greifvögel gegen Drohnen eingesetzt; vgl. STEFAN BETSCHON, Greifvögel gegen Drohnen, NZZ vom 2. Februar 2016, <https://www.nzz.ch/digital/sicherheit-greifvoegel-gegen-drohnen-ld.4847?reduced=true> (zuletzt besucht am 29. März 2018).

34 So namentlich die Netzpistole des Churer Startups „Droptec GmbH“, www.droptec.ch (zuletzt besucht am 28. März 2018).

35 Art. 32b Abs. 1 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (SR 784.10).

36 HRUBESCH-MILLAUER/BRUGISSER (Fn.14), Rz. 1 ff.

denkbar.³⁷

Eine andere Möglichkeit, sich gegen unerwünschte Drohnenflüge zur Wehr zu setzen, besteht gemäss DANIEL KETTINGER sodann darin, ein gerichtliches Verbot gemäss Art. 258 ZPO³⁸ zu erwirken. Eine Widerhandlung gegen das gerichtliche Verbot könne unter Bezugnahme auf Art. 292 StGB mit Busse zu bestrafen werden. Auf diese Weise würde der dingliche Schutz eines Grundstücks strafrechtlich verstärkt werden.³⁹ 16

Besitzwehr, sachenrechtliche Ansprüche oder gerichtliche Verbote stellen in der Theorie sicher *mögliche* Instrumentarien dar, um unerwünschten Drohnenflügen juristisch zu begegnen.⁴⁰ Mit Ausnahme des Selbsthilferechts des Besitzers gem. Art. 926 Abs. 1 ZGB müssen aber letztlich alle vorerwähnten Ansprüche gerichtlich geltend gemacht werden. Ob dies im Einzelfall sinnvoll bzw. überhaupt praktikabel ist, erscheint zweifelhaft. In der Praxis dürften diese Rechtsbehelfe jedenfalls kaum von Bedeutung und oftmals untauglich sein.⁴¹ Erstens ist die Urheber-schaft der Störung bzw. der Drohnenpilot meistens unbekannt und die Drohne weder registriert noch mit einem Hinweis gekennzeichnet, wer sie pilotiert.⁴² Zweitens dürfte ein Bedürfnis nach unmittelbarem Schutz und pragmatischen Abwehrmassnahmen bestehen, was insbesondere beim Gang ans Gericht wohl nicht gegeben sein dürfte. Zivilprozessuale Schritte gelangen wohl bloss dann zur Anwendung, wenn die Identität des Drohnenpiloten bekannt ist und er die Rechte des Betroffenen mehrfach bzw. wiederkehrend verletzt. Zu denken ist z.B. an einen Grundstücksbesitzer, der regelmässig eine Drohne über Nachbars Garten kreisen lässt. 17

C) Angriff auf eine Person

Die bisherige Diskussion in der Literatur knüpft mit anderen Worten schwerpunktmässig am Eigentum bzw. Besitz an. Dabei wird jedoch die Kernproblematik ausgeblendet. Es trifft zwar zu, dass das Eindringen einer Drohne in den privaten Raum – also die Störung des Besitzes bzw. des Eigentums – bestimmt ärgerlich und wohl auch mit lästigen Lärmimmissionen verbunden ist. Viel entscheidender und auch einschneidender als die Störung des Eigentums ist jedoch, dass der Drohnenpilot in der Regel die Umgebung der Drohne, d.h. auch Personen filmt. Dank hochauflösender Video- undameratechnik ist er in der Lage, Objekte und Personen mit dem Zoom zu vergrössern. Auf diese Weise macht er sie identifizierbar. 18

Die Persönlichkeitsrechte, insbesondere der Anspruch auf Privatsphäre, aber auch das Recht am eigenen Bild, werden durch solches Verhalten beeinträchtigt, und zwar ungeachtet, ob sich der Vorfall im privaten oder öffentlichen Raum ereignet. Unseres Erachtens steht daher der Persönlichkeitsschutz – und nicht das Sachenrecht – klar im Vordergrund und korreliert letztlich in den meisten Fällen auch mit dem Zweck eines zivilen Drohneinsatzes: Überwachung und Filmen. Durch diesen Perspektivenwechsel erlangt die Diskussion über die zulässige Abwehr von Drohnen eine neue Dimension, denn die Verletzung der Persönlichkeitsrechte fällt deutlich mehr ins Gewicht als die sachenrechtliche Störung, die von einer Drohne ausgehen kann. Die Störung des Besitzes wandelt sich in einen Angriff gegen eine Person. 19

III. Notwehr, Notstand und erlaubte Selbsthilfe

Es stellt sich deshalb die Frage, ob sich ein Betroffener, der eine Drohne mittels Netzpistole, Gartenschlauch oder dergleichen vom Himmel holt und dabei die Drohne beschädigt oder gar zerstört, auf die Rechtfertigungsgründe der Notwehr oder des Notstands berufen kann. Beide Rechtfertigungsgründe sind sowohl im Strafrecht (Art. 15 und 17 StGB) als auch im Zivilrecht (Art. 52 OR⁴³) explizit vorgesehen.⁴⁴ Während der Notstand lediglich eine Gefahr⁴⁵ für ein Individualrechtsgut voraussetzt, verlangt die Notwehr nach Art. 15 StGB einen unmittelbaren Angriff, d.h. eine durch menschliches Verhalten drohende Verletzung rechtlicher geschützter Interessen.⁴⁶ Dabei 20

37 HRUBESCH-MILLAUER/BRUGISSER (Fn. 14), Rz. 37.

38 Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272).

39 KETTINGER (Fn. 13), Rz. 19 ff.

40 Dazu ausführlich HRUBESCH-MILLAUER/BRUGISSER (Fn. 14), Rz. 21 ff.

41 Soweit ersichtlich gl. M. CHRISTEN/ GUILLAUME/ JABLONOWSKI/ LENHART/ MOLL (Fn. 4), S. 165.

42 So auch CHRISTEN/ GUILLAUME/ JABLONOWSKI/ LENHART/ MOLL (Fn. 4), S. 161.

43 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220).

44 Zur privatrechtlichen Notwehr vgl. MARTIN A. KESSLER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, OR I, 6. Auflage, Basel 2015 (zit. BSK-Bearbeiter), Art. 52, Rz. 1 ff.

45 Vgl. GÜNTER STRATENWERTH/WOLFGANG WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar, 3. Aufl., Bern 2013, Art. 17, Rz. 2; vgl. ferner BSK-KESSLER (Fn. 44), Art. 52, Rz. 10.

46 KURT SEELMANN, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, 3. Auflage, Basel 2013 (zit. BSK-Bearbeiter), Art. 15, Rz. 4.

muss sich der Angriff gegen ein Individualrechtsgut richten, worunter eben auch die Intimsphäre als Ausprägung des Persönlichkeitsrechts gem. Art. 28 ZGB fällt⁴⁷

21 Notwehr gestattet demjenigen, dessen Rechtsgüter beeinträchtigt werden, aufgrund der blossen Missbrauchskontrolle in der Güterabwägung u.U. massivere Abwehrmöglichkeiten als der Notstand. Ferner ist in der Praxis der hier behandelten Fälle eine Notwehrsituation viel häufiger gegeben als eine Notstandslage. Vorliegend wird deshalb in erster Linie eine Drohnenabwehr unter dem Aspekt der Notwehr beleuchtet.

22 In Frage kommt zwar auch die sog. erlaubte Selbsthilfe gemäss Art. 52 Abs. 3 OR, der jedoch bei Vorliegen einer Notwehrlage ebenfalls völlig untergeordnete Bedeutung zukommt – sofern sie nicht ohnehin in der Notwehr aufgeht.⁴⁸ Erlaubte Selbsthilfe dürfte u.U. dann beansprucht werden können, wenn die Notwehrlage nicht mehr andauert, z.B. weil der unbekannte Drohnenpilot ertappt wird, den Flug abbricht, im Begriff ist zu flüchten und der Betroffene Massnahmen ergreift, um die Identität des Flüchtenden sicherzustellen.

23 Das Filmen oder Ausspähen eines Dritten mittels einer Drohne stellt einen unmittelbaren, in der Regel rechtswidrigen Angriff eines Menschen auf das Rechtsgut des Privatbereichs eines anderen dar. Somit ist von einer klassischen Notwehrlage auszugehen, die angemessen abgewehrt werden darf. Für die Frage, welche Abwehrhandlungen noch als angemessen betrachtet werden können, sind vor allem die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit⁴⁹ zu berücksichtigen.⁵⁰ Gemäss dem Prinzip der Subsidiarität muss immer das mildeste zur Verfügung stehende Mittel gewählt werden, das den Angriff *sofort beendet*.⁵¹ Dies kann aber u.U. ein sehr massives Mittel sein.

24 Juristen können sich in diesem Zusammenhang sicherlich an ihre Strafrechtsvorlesung im ersten Semester erinnern: So darf der gehbehinderte Mann die Kinder, welche von seinem Baum Kirschen stehlen, nicht einfach auf die minderjährigen Kirschendiebe mit seinem Sturmgewehr schiessen. Das Rechtsgut Leben gegen einen geringfügigen Sachwert preiszugeben, wäre unverhältnismässig. Auch der Basler Wechselstubenfall⁵² darf an dieser Stelle nicht unerwähnt bleiben. Ein Dieb erbeutete betragsmässig mehr als die Jahreseinnahmen eines Münzgeschäfts. Der bestohlene Ladenbesitzer verfolgte den Dieb und setzte ihn mit einem gezielten Schuss in die Beine ausser Gefecht. Hat das Bundesgericht damals die Gefahr für das Leben des Diebes angesichts der Höhe der Beute noch als angemessen beurteilt, dürfte dieser Fall wohl heute anders entschieden werden: Bei der Abwehr von Eigentum zulasten von Leib und Leben ist wohl tendenziell eher eine gewisse Zurückhaltung zu üben.⁵³

25 Auf der anderen Seite erleben Medienrechtler in den letzten Jahren eine regelrechte Explosion des Persönlichkeitsschutzes. Der Eingriff in die Privatsphäre und die aufgrund Social Media bzw. Internet (Internetpranger, Shitstorm, virale Videos) damit verbundenen potentiellen Auswirkungen haben zu einer – zumindest von Praktikern gefühlten – Stärkung der Persönlichkeitsrechte durch die Gerichte geführt. Insgesamt betrachtet ist somit davon auszugehen, dass den Rechtsgütern Leib, Leben und Privatsphäre heute tendenziell ein grösseres Gewicht als dem Eigentum beigemessen wird. Dieser Umstand erzeugt erhebliche Auswirkungen auf die Frage, inwieweit die Abwehr einer Drohne zulässig ist.

26 Um auf das vorgehend genannte Beispiel⁵⁴ der vom verschmähten Liebhaber im Garten heimlich mittels Drohnen gefilmten Dame zurückzukommen: Wie verhält es sich rechtlich, wenn die junge Frau die Drohne mit dem Gartenschlauch abwehrt, wodurch das Flugobjekt beschädigt wird. Hierbei stehen sich die Rechtsgüter Eigentum an der Drohne auf der einen Seite und Privat- und Geheimbereich der Betroffenen auf der anderen Seite gegenüber.

27 Grundsätzlich dürfte unbestritten sein: Wird die Drohne abgewehrt und dabei beschädigt oder gar zerstört, erfüllt dieses Verhalten zunächst den Tatbestand der unerlaubten Handlung nach Art. 41 OR in Verbindung mit Art. 641 ZGB bzw. einer Sachbeschädigung nach Art. 144 StGB. Das zusätzliche Einfangen der Drohne wäre strafrechtlich möglicherweise als Sachentziehung gemäss Art. 141 StGB zu qualifizieren. Wie verhält es sich nun auf der Rechtfertigungsebene unter dem Gesichtspunkt einer Notwehr?

Gemäss der von vorliegend vertretenen Auffassung ist bei Beschädigung oder gar Zerstörung der Drohne und damit der Preisgabe des Rechtsgutes Eigentum zugunsten des Persönlichkeitsschutzes in der Regel nicht von einem krassen Missverhältnis auszugehen. Die Abwehr eines solchen Angriffs erscheint vielmehr im Ergebnis gerechtfertigt. Gleich wäre die Situation zu beurteilen, wenn die Drohne zwar nicht zerstört, dem Drohnenbesitzer aber durch Einfangen für gewisse Zeit entzogen wird. Die Rückgabe könnte allenfalls unter Berufung auf eine Dauergefahr oder zwecks Feststellung der Identität des Piloten (Selbsthilfe) gerechtfertigt sein.

47 BSK-SEELMANN (Fn. 46), Art. 15, Rz. 5.

48 Vgl. BSK-KESSLER (Fn. 46), Art. 52, Rz. 10.

49 Vgl. RUTH ARNET/PAUL EITEL, in: Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, Art. 926, 3. Aufl., Zürich 2016, Rz. 6.

50 Vgl. BSK-SEELMANN (Fn. 46), Art. 15, Rz. 13.

51 Vgl. STRATENWERTH/ WOHLERS (Fn. 45), Art. 15, Rz. 7.

52 BGE 107 IV 12.

53 STRATENWERTH/ WOHLERS (Fn. 45), Art. 15, Rz. 7; BSK-SEELMANN (Fn. 46), Art. 15, Rz. 13.

54 Siehe oben D).

Zurück zur Notwehr: Der Grund, dass auch eine Beschädigung oder Zerstörung gerechtfertigt erscheinen, liegt wie erwähnt darin, dass bei der Notwehr an die Güterabwägung nicht allzu hohe Anforderungen gestellt werden. Verlangt ist einzig, dass die in Frage Interessen nicht in einem krassen Missverhältnis zueinanderstehen.⁵⁵ Bei einem Angriff auf die Persönlichkeit ist dies selbst dann nicht gegeben, wenn es sich um eine besonders teure Drohne handelt. Ein Eingriff in die psychische Integrität wiegt schwer und muss wie einen Angriff auf die physische Integrität nicht hingenommen werden. Der Pilot muss vielmehr damit rechnen, dass der Betroffene einen Angriff auf Art. 28 ZGB versucht, mit Gewalt abzuwehren.

Ist die Verteidigungshandlung den Umständen angemessen, fallen eine strafrechtliche Verantwortlichkeit, eine deliktische Haftung nach Art. 41 OR aber auch ein entsprechender Abwehranspruch des Drohnenbesitzers nach Art. 641 Abs. 2 ZGB⁵⁶ ausser Betracht.⁵⁷ Gar eine Putativnotwehr, also eine Notwehrlage, die eigentlich nicht vorliegt, vom Abwehrenden aber irrig angenommen wird, kann bei Unvermeidbarkeit des Irrtums zur Rechtfertigung führen.⁵⁸ Dieser Fall läge etwa dann vor, wenn die beim Sonnenbad gestörte Dame aus unserem Beispiel nur meint, dass sie von der Drohne gefilmt wird – in Tat und Wahrheit aber gar keine Kamera an der Drohne montiert ist, was nicht erkennbar war.

Was im konkreten Fall noch angemessen erscheint, d.h. der Einsatz eines Gartenschlauches oder der Gebrauch einer Drohnenabwehrwaffe, hängt letztlich immer von den konkreten Umständen ab. Es dürfen jedoch keine allzu hohen Anforderungen an die Abwehrhandlungen des Angegriffenen gestellt werden. Ein Drohnenpilot, der andere ausspäht oder filmt, muss es sich straf- und zivilrechtlich gefallen lassen, dass seine Drohne eingefangen oder abgeschossen wird und dabei Schaden nimmt.

IV. Fazit

Letztlich sind bei der Drohnenabwehr immer die konkreten Umstände entscheidend. Ganz allgemein gilt, dass bei der Drohnenabwehr im öffentlichen Raum eher Zurückhaltung zu üben ist bzw. primär mildere Mittel wie Abmahnen des Piloten etc. anzuwenden bzw. Drohnenflüge u.U. auch zu dulden sind. Überschritten wird diese Grenze jedoch auch im öffentlichen Bereich, wenn jemand regelrecht ausgespäht oder identifizierbar gefilmt wird.

Im Privatbereich ist die persönliche Integrität durch einen Drohnenangriff hingegen deutlich stärker betroffen und entsprechend können hier unverzüglich drastischere Mittel zur Abwehr ergriffen werden. Ein schnelles Handeln ist bisweilen gerade in Zeiten von Social Media gefordert, da die Gefahr besteht, dass unerwünscht aufgenommene Bilder innert Kürze im Netz veröffentlicht werden und in noch kürzerer Zeit viral gehen – ob dies die betroffene Person nun will oder nicht. Anders als die h.L. gelangen die Autoren des vorliegenden Beitrags daher zum Schluss, dass Drohnen, deren Pilot die Persönlichkeitsrechte einer anderen Person verletzt, vom Betroffenen eingefangen oder abgeschossen werden dürfen. Für den dadurch entstandenen Sachschaden haftet der Angegriffene nicht. Die zulässige Grenze der Abwehr ist jedoch dann erreicht, wenn durch eine Abwehr Leib und Leben Dritter gefährdet würde, z.B. der Abschuss über einer Menschenmenge. Ansonsten gilt: Feuer frei.

Zusammenfassung Zivile Drohnen sind im Trend. Hobbypiloten, Privatdetektive und Paparazzi verwenden sie, um Gebiete und Personen zu überwachen bzw. auszuspähen. Die h.L. gelangt zum Schluss, dass in solchen Fällen bei der Abwehr Zurückhaltung geboten erscheint. Dieser Auffassung folgen die Autoren nicht, insbesondere wenn die Drohnen als Angriff auf die Persönlichkeit zu qualifizieren sind. In solchen Fällen ist von einem unmittelbaren, rechtswidrigen Angriff auf die Persönlichkeit auszugehen, weshalb sich der Betroffene in einer Notwehrlage befindet. Das Einfangen oder Abschliessen einer Drohne erscheint einer solchen Situation gerechtfertigt, weil die Abwehr eines Angriffs auf die Persönlichkeitsrechte eines Menschen mittels Sachbeschädigung oder Zerstörung von Eigentum angemessen und alles andere als missbräuchlich erscheint. Der Drohnenpilot, der widerrechtlich in fremde Sphären eindringt, muss hiermit rechnen und trägt das entsprechende Risiko.

55 BSK-SEELMANN (Fn. 46), Art. 15, Rz. 11; vgl. auch STRATENWERTH/ WOHLERS (Fn. 45), Art. 15, Rz. 7.

56 Dazu BSK-WIEGAND (Fn. 16), Art. 641, Rz. 59.

57 TANJA DOMEJ, in: Andrea Büchler/Dominique Jakob (Hrsg.), Kurzkomentar ZGB, Basel 2012, Art. 926, Rz. 12.

58 BSK-SEELMANN (Fn. 46), Art. 15, Rz. 8.



Annina Keller*, MLaw, Juristin beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten EDÖB, Bern
annina.keller@gmx.ch

Daniel Kämpfer*, MLaw, Jurist beim Eidgenössischen Departement für auswärtige Angelegenheiten EDA, ehem. Jurist beim EDÖB, Bern
danielkae@hotmail.com

Öffentlichkeitsgesetz: Gerichte stärken das Recht auf Zugang zu Verwaltungsakten

Überblick über praxisrelevante Entscheide zum BGÖ im vergangenen Jahr¹

Résumé La jurisprudence de la loi sur le principe de transparence a clairement renforcé la publicité de l'administration de l'Etat. C'était par exemple le Tribunal administratif fédéral qui a décidé que déjà un rapport relativement lâche entre un document avec l'accomplissement d'une fonction publique suffit pour qu'il tombe dans le domaine d'application de la LTrans. Dans une autre décision, il a rappelé que le refus d'accès global aux documents avec la simple indication sur des secrets professionnels y compris ne résiste pas au principe de la transparence. Dans d'autres décisions, des fautes de beauté conceptionnelles sortent. En examinant une demande d'accès par exemple, le Tribunal administratif fédéral a pris en compte l'identité et l'intention supposé de la demanderesse, deux critères dont il faut faire abstraction selon la volonté du législateur.

Überblick

Auch im letzten Jahr haben sich das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) und das Bundesgericht (BGer) mehrfach mit dem Öffentlichkeitsgesetz² befasst. Dieser Beitrag soll einen Überblick über besonders praxisrelevante Entscheide liefern, die wichtige Grundsatzfragen beantworten. Zugleich bieten einzelne davon erneut Anlass zu kritischen Bemerkungen betreffend die Interpretation des gesetzgeberischen Konzepts durch die Gerichte.

I. Definition des amtlichen Dokuments (Art. 5 Abs. 1 BGÖ)

a. BVGer A-1865/2016 vom 14. Dezember 2016: Dokumente zur Rechnungslegung in den Bilanzen der Kernkraftwerke beim Stilllegungs- und Entsorgungsfonds für Kernanlagen (STENFO)

Streitig war die Frage, ob es sich bei Dokumenten betreffend die angewendete Rechnungslegung in den AKW-Bilanzen, welche zwei Kraftwerksbetreiberinnen auf Ersuchen der STENFO an diese übermittelt hatten, um amtliche Dokumente im Sinne des BGÖ handelt. Die STENFO hatte den Zugang verweigert und geltend gemacht, die Rechnungslegung der Kraftwerksbetreiberinnen sei nicht Gegenstand von öffentlichen Aufgaben und unterliege auch keiner staatlichen Kontrolle oder Aufsicht, weshalb es sich dabei nicht um amtliche Dokumente handle.

Gemäss BVGer ergibt die Auslegung von Art. 5 BGÖ, dass auch private Informationen im Besitz einer Behörde als amtliche Dokumente gelten und damit in den Geltungsbereich des BGÖ fallen, sofern sie eine öffentliche Aufgabe betreffen. Vorliegend seien zwar keine öffentlichen Aufgaben der STENFO ersichtlich, die unmittelbar die Rechnungslegung oder diesbezügliche Auskünfte der Kraftwerksbetreiberinnen betreffen. Da die Dokumente jedoch

* Die Autoren vertreten in diesem Beitrag ihre persönliche Meinung.

¹ Zum Überblick über die Rechtsprechung zum Öffentlichkeitsgesetz des Jahres 2016 vgl. Keller/Kämpfer, Öffentlichkeitsgesetz: Die neuere Rechtsprechung im Lichte des gesetzgeberischen Konzepts und seinen Stolpersteinen, in: Medialex 11/2016.

² Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3).

den Umgang der Kraftwerksbetreiberinnen mit ihren öffentlich-rechtlichen Ansprüchen gegen den Fonds betreffen, stünden sie dennoch in einem gewissen Zusammenhang mit deren öffentlichen Aufgaben. Weil der Geltungsbereich des BGÖ weit zu fassen sei und selbst freiwillig übermittelte Dokumente dem BGÖ unterständen, genüge auch ein relativ lockerer Zusammenhang zu einer öffentlichen Aufgabe. Im Ergebnis bejahte das BVGer einen hinreichenden Zusammenhang mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. c BGÖ und damit das Vorliegen von amtlichen Dokumenten.

Kommentar: Bereits zum wiederholten Mal stellte das BVGer klar, dass auch Informationen von Privaten als amtliche Dokumente zu qualifizieren sind, sofern sie der Legaldefinition von Art. 5 BGÖ entsprechen. Selbst wenn keine gesetzliche oder vertragliche Pflicht zur Übermittlung von Dokumenten an eine Behörde besteht, können solche Informationen von Privaten „die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betreffen“. Mit der Bestätigung und Präzisierung dieser Rechtsprechung wird der Bezug zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe nicht mehr leichtthin verneint werden können.

b. BGer 1C_394/2016 vom 27. September 2017: Wiederbeschaffungspflicht der Nuklearaufsichtsbehörde für gelöschte Daten

⁴ In diesem Urteil hatte das BGer die Frage zu beantworten, ob eine Behörde für bewusst und willentlich gelöschte Informationen oder Dokumente eine Wiederbeschaffungspflicht trifft, sofern diese nach der Löschung bzw. Vernichtung gestützt auf das BGÖ herausverlangt werden. Konkret hatte eine Umweltschutzorganisation Zugang zu Abluftdaten am Kamin des Kernkraftwerks Leibstadt (sog. EMI-Daten) der Jahre 2013/2014 verlangt. Diese Emissionsdaten waren dem Eidg. Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSI) im Rahmen seiner gesetzlichen Aufsichtstätigkeit über Kernkraftwerke von der betroffenen Kraftwerksbetreiberin übermittelt worden. Das ENSI hatte die Daten jedoch im Zeitpunkt des Zugangsverfahrens bereits gestützt auf ein internes Betriebsreglement gelöscht (nach 30-tägiger Aufbewahrung), da diese für die Aufsichtstätigkeit im Rahmen des Normalbetriebs des Kernkraftwerks nicht mehr benötigt wurden. Im Widerspruch zum vorinstanzlichen Urteil des BVGer³ bejahte das BGer eine Pflicht des ENSI zur Wiederbeschaffung der gelöschten Daten und eine daraus folgende Verpflichtung der Kraftwerksbetreiberin, diese dem ENSI nochmals zu übermitteln.

⁵ Nach dem BGer bezweckt die Übermittlung der EMI-Daten ausserhalb von Notfallsituationen das störungsfreie Funktionieren der Messsysteme am Abluftkamin, was die im Rahmen der Sicherheitsvorsorge ausgeübte aufsichtsrechtliche Kontrolltätigkeit des ENSI unterstützt. Die Datenübermittlung sei daher auch im Normalbetrieb geschäftsrelevant und falle dementsprechend unter die Vorschriften zur Aktenführung und -aufbewahrung. Die automatische Löschung der Daten nach 30 Tagen könne nicht zur Folge haben, dass die nachgesuchten EMI-Daten als nicht mehr im Besitz der Behörde im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. b BGÖ gelten würden. Die Kraftwerksbetreiberin bewahre die Daten nach der Löschung beim ENSI weiterhin stellvertretend für dieses auf. Trotz der (vorübergehenden) Datenaufgabe bzw. dem mit der Auslagerung der Datenaufbewahrung verbundene Verlust der tatsächlichen Verfügungsgewalt, bleibe das ENSI in deren Besitz gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. b BGÖ.

⁶ Zum selben Ergebnis kommt das BGer über die Anwendung der sog. Aarhus-Konvention⁴. Das BGer qualifizierte die streitigen EMI-Daten als Umweltinformationen im Sinne von Art. 2 Abs. 3 der Aarhus-Konvention. Auch nach dieser müssten sich die Dokumente im Besitz der Behörde befinden. Der entsprechende Ausnahmegrund könne jedoch nicht angerufen werden, wenn die Behörde Umweltinformationen Dritter, über welche sie berechtigtweise verfüge, aus praktischen Gründen bei diesen belasse.

⁷ Im Hinblick auf die Frage nach der Wiederbeschaffungspflicht führte das BGer schliesslich aus, es sei nicht einzusehen, weshalb das ENSI als Aufsichtsbehörde gestützt auf die entsprechenden aufsichtsrechtlichen Bestimmungen die EMI-Daten nicht ein weiteres Mal bei der Kraftwerksbetreiberin herausverlangen könne. Der Umstand, dass dies einzig zum Zweck der Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips erfolge, sei hierbei nicht relevant. Im Ergebnis seien eine Wiederbeschaffungspflicht des ENSI und eine entsprechende erneute Herausgabepflicht der Kraftwerksbetreiberin im Rahmen des Aufsichtsverhältnisses zu bejahen.

⁸ Schliesslich qualifizierte das BGer die streitgegenständlichen EMI-Daten als Personendaten im Sinne des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG; SR 235.1), welche es in Anwendung von Art. 9 Abs. 1 BGÖ grundsätzlich zu anonymisieren gelte. Da eine Anonymisierung von vornherein ausser Betracht fiel, nahm das BGer eine Interessenabwägung vor, welche aufgrund eines überwiegenden öffentlichen Interesses zugunsten der Offenlegung der verlangten Daten ausfiel. Das ENSI habe die verlangten EMI-Daten daher zunächst bei der Kraftwerksbetreiberin anzufordern und sodann der Gesuchstellerin herauszugeben.

³ BVGer A-7874/2015 vom 15. Juni 2016, siehe Keller/Kämpfer, in: Medialex 11/2016.

⁴ Übereinkommen vom 25. Juni 1998 über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten (SR 0.814.07). Diese verpflichtet die Vertragsstaaten dazu, sicherzustellen, dass die Behörden der Öffentlichkeit Informationen über die Umwelt auf Antrag zur Verfügung stellen. Die Umsetzung dieses Übereinkommens ist innerhalb der Schweiz mittels einer Anpassung des Bundesgesetzes über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG; SR 814.01) sichergestellt worden und erfolgt über die Anwendung des BGÖ (Art. 10g Abs. 2 USG).

Kommentar: Das BVerfG stellte klar, dass der absichtliche Verlust der Verfügungsgewalt das Kriterium des Besitzes nach Art. 5 BGÖ nicht entfallen lässt und die Behörde demnach nicht automatisch von der Pflicht zu dessen Herausgabe befreit. Das gegenteilige Resultat würde denn auch bedeuten, dass es im Ermessen der Behörde liegen würde, sich durch die Entledigung eines Dokumentes den Herausgabepflichten gemäss BGÖ zu entziehen. Zu begrüssen ist, dass das BVerfG die Zugänglichkeit der fraglichen EMI-Daten auch in Anwendung der Aarhus-Konvention bejahte, ein Umstand, den die Vorinstanz vermutlich übersehen hat. 9

II. Dokumente mit Geschäftsgeheimnissen (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ)

a. BVerfG A-1432/2016 vom 5. April 2017: Pauschale Verweigerung des Zugangs zu 1000-seitigem Dokument der Nuklearaufsichtsbehörde

Zu klären war die Frage, ob der Zugang zu Dokumenten des ENSI über die Betriebssicherheit eines Reaktor-druckbehälters des Kernkraftwerks Beznau im Umfang von rund 1000 Seiten zu gewähren ist. Das ENSI hatte den Zugang zu den verlangten Unterlagen unter Hinweis auf darin enthaltene Geschäftsgeheimnisse sowie Personendaten (Art. 7 Abs. 2 und Art. 9 BGÖ) vollständig verweigert. 10

Das BVerfG widersprach der Haltung des ENSI und hielt zunächst fest, dass alleine aufgrund einer Vertraulichkeitsvereinbarung zwischen dem ENSI und der mit der Erstellung der streitgegenständlichen Dokumente beauftragten privaten Unternehmung nicht automatisch auf das Vorhandensein von Geschäftsgeheimnissen geschlossen werden könne. Die pauschale Verweigerung des Zugangs zu umfangreichen Dokumenten unter Hinweis auf darin enthaltene Geschäftsgeheimnisse sowie Personendaten verletze den Grundsatz der Verhältnismässigkeit. So seien selbst im Falle besonders umfangreicher Dokumente die Informationen mit Geschäftsgeheimnischarakter von den übrigen Informationen zu trennen. Das BVerfG erinnerte daran, dass der Gesetzgeber im Rahmen des Öffentlichkeitsprinzips auch besonders aufwändige Zugangsgesuche zulassen wollte, sofern diese den Geschäftsgang der Behörde nicht geradezu lahmlegten. Im Gegenzug könnten jedoch die Kosten der Bearbeitung des Gesuches in Rechnung gestellt werden, weshalb sich eine teilweise Offenlegung der Dokumente vorliegend als zumutbar erweise. 11

Weiter prüfte das BVerfG die Voraussetzungen eines Zugangsaufschubes nach Art. 7 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 8 Abs. 2 BGÖ aufgrund eines noch ausstehenden politischen oder administrativen Entscheids des ENSI. Einen solchen Aufschub erachtete das BVerfG als legitim, da das ENSI aufgrund neuer Befunde zur Sicherheit des Reaktor-druckbehälters die Kraftwerksbetreiberin mit weiteren Untersuchungen beauftragt hatte. Diese Ergebnisse werde das ENSI sodann unter Bezugnahme auf die streitigen Dokumente neu zu beurteilen haben. Damit stehe fest, dass sich das ENSI in einem noch nicht abgeschlossenen Entscheidprozess befinde, der letztlich die Freigabe zur Wiederinbetriebnahme des betroffenen Kraftwerks ausschlaggebend beeinflusse. Die Veröffentlichung dieser Ergebnisse sei geeignet, eine öffentliche Debatte betreffend die Sicherheit von Kernkraftwerken zu entfachen bzw. die laufenden Diskussionen über eine Stilllegung entsprechender Anlagen in den Fokus der medialen Berichterstattung zu rücken. Dieses Szenario scheine vorliegend insbesondere deshalb wahrscheinlich, da die Gesuchstellerin als Umweltschutzorganisation dafür bekannt sei, Umweltthemen durch die Publikation von Dokumenten ins Bewusstsein der Öffentlichkeit zu rücken und damit öffentliche Debatten zu initiieren. Diese seien nicht nur dazu geeignet, meinungsbildend zu wirken, sondern zielten auch darauf ab, zu polarisieren und dadurch Druck auf Politik und Entscheidungsträger auszuüben. Ein Druck der Öffentlichkeit auf das ENSI und eine Störung seines internen Meinungsbildungsprozesses seien damit sehr wahrscheinlich und eine sich daraus ergebende drohende wesentliche Beeinträchtigung der geschützten Interessen des ENSI zu bejahen. 12

Kommentar: Der Entscheid ist insofern zu begrüssen, als dass er einer vollständigen Zugangsverweigerung unter bloss allgemeinem Hinweis auf Geschäftsgeheimnisse und Personendaten eine Absage erteilt. Das Gericht setzt damit ein deutliches Signal hinsichtlich der Erwartungen an eine sorgfältige und pflichtgemässe Bearbeitung eines Zugangsgesuches durch eine Behörde. Pauschale Zugangsverweigerungen mit verkürzten Begründungen vermögen selbst im Falle besonders umfangreicher Dokumente einer gerichtlichen Überprüfung nicht standzuhalten. 13

Anlässlich der Prüfung des Zugangsaufschubes äusserte sich das BVerfG auch zur Gesuchstellerin und deren vermeintlichen Absicht hinter ihrem Gesuch. Dies erweist sich aus der Perspektive des Konzeptes des Öffentlichkeitsgesetzes, welches weder einen Identitäts- noch einen Interessennachweis kennt, als unzulässig. Des Weiteren ist mit Blick auf die Zielsetzung des BGÖ unverständlich, weshalb das Gericht eine weiterführende öffentliche Debatte über die Sicherheit von Atomkraftwerken als unerwünscht erklärt. 14

b. BVerfG A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017: Dokumente des Bundesamtes für Energie

zu CO₂-Emissionen von Personenwagen

- 15 Verschiedene Grossimporteure von Personenwagen wehrten sich gegen eine vom BFE beabsichtigte Zugangsgewährung zu den Vollzugsresultaten des Jahres 2014 betreffend CO₂-Emissionsvorschriften. Sie rügten zunächst eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör, da der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) keine mündliche Schlichtungsverhandlung durchgeführt hatte und sie vom BFE vor Erlass der Verfügung nicht angehört wurden. Das BVGer verneinte eine Gehörsverletzung und machte deutlich, dass die Durchführung einer Schlichtungsverhandlung nicht zwingend sei, zumal die Betroffenen von ihrem Anhörungsrecht nach Art. 11 BGÖ Gebrauch machen konnten. Mangels direkter Anwendbarkeit der Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) auf das Schlichtungsverfahren gelte in diesem Stadium auch der dort konkretisierte Anspruch auf rechtliches Gehör nicht. Ebenso wenig bestehe ein Anspruch auf nochmalige Anhörung durch das BFE vor Erlass der Verfügung, wenn die Betroffenen bereits im Rahmen der Anhörung nach Art. 11 BGÖ umfassend zur Sache Stellung nehmen konnten.
- 16 In materieller Hinsicht beurteilte sich der Zugang zu den Vollzugsresultaten nicht nur nach den Bestimmungen des BGÖ, sondern aufgrund ihrer Qualifikation als Umweltinformationen i.S.v. Art. 7 Abs. 8 USG auch unter Berücksichtigung der Aarhus-Konvention. Das BVGer widersprach der Auffassung der Grossimporteure, dass durch die Offenlegung der Vollzugsresultate Rückschlüsse auf den Modellmix, die Preisgestaltung oder die Geschäftsstrategie möglich und damit Geschäftsgeheimnisse offenbart würden. Selbst wenn die Veröffentlichung der Vollzugsresultate gewisse Rückschlüsse zulassen sollte, sei dies für die Betroffenen aller Voraussicht nach nicht mit wesentlichen wirtschaftlichen Nachteilen verbunden, weshalb es an einem ernsthaften Schadensrisiko fehle und eine Verweigerung oder Beschränkung des Zugangs wegen Geschäftsgeheimnissen nicht gerechtfertigt sei. Aufgrund dieses Ergebnisses erübrigte sich eine Auseinandersetzung zum Verhältnis von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ und der entsprechenden Bestimmung in der Aarhus-Konvention⁵.
- 17 Da mit der Veröffentlichung der Vollzugsresultate auch die Namen der Importeure bzw. Emissionsgemeinschaften sowie deren Mitglieder bekannt gegeben werden sollten, prüfte das BVGer die Zugänglichkeit auch unter dem Blickwinkel des Schutzes von Personendaten. Da diese nicht anonymisierbar waren, nahm es eine Interessenabwägung vor und bejahte ein überwiegendes öffentliches Interesse am Zugang. Das BVGer betonte dabei die gesellschaftliche und politische Bedeutung der mit der CO₂-Gesetzgebung angestrebten Reduktion der Treibhausgasemissionen und des Klimaschutzes sowie das erhebliche Interesse der Allgemeinheit an der Offenlegung entsprechender Informationen. Demgegenüber seien auf privater Seite höchstens geringfügige oder bloss unangenehme Konsequenzen zu erwarten. Im Rahmen dieser Interessenabwägung machte das BVGer darüber hinaus die Aussage, der Konsumentenschutz sei kein Ziel des Öffentlichkeitsgesetzes und auch kein spezifisches öffentliches Interesse im Sinne von Art. 6 Abs. 2 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31).
- 18 **Kommentar:** In Bezug auf die Ausnahmebestimmung für Geschäftsgeheimnisse erweckt das Urteil den Eindruck, die Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ erfolge unabhängig von der Prüfung des Schadensrisikos. Da nach Auffassung des Gerichts im vorliegenden Fall kein ernsthaftes Schadensrisiko besteht, lässt es die Frage offen, ob die Grossimporteure ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung der Vollzugsresultate haben (objektives Geheimhaltungsinteresse) und damit ein Geschäftsgeheimnis besteht. Folgt man dieser Logik, wäre es demnach zumindest theoretisch denkbar, dass zwar ein Geschäftsgeheimnis vorliegt, die Information aber schliesslich dennoch bekannt zu geben wäre, sofern dies für den Betroffenen aller Voraussicht nach keine wesentlichen wirtschaftlichen Nachteile zur Folge hätte.

III. Dokumente mit Personendaten (Art. 7 Abs. 2 und Art. 9 Abs. 1 BGÖ)

BVGer A-4903/2016 vom 22. Mai 2017: Liste mit Personendaten der Ärztenschaft der Regionalen Ärztlichen Dienste (RAD)

- 19 Das BVGer hatte sich mit der Frage der Zugänglichkeit von Personendaten Dritter zu befassen, die eine öffentliche Tätigkeit ausüben. Verlangt worden war eine Liste der für die RAD praktizierenden Ärztinnen und Ärzte, welche im Auftrag der IV-Stellen und unter Aufsicht des Bundesamts für Sozialversicherungen (BSV) Gutachten zur Arbeitsfähigkeit von (potentiellen) IV-Bezüglern erstellen. Neben Vor- und Nachnamen verlangte der Gesuchsteller ebenfalls Daten zum Stellenantritt und dem für den jeweiligen RAD geleisteten Arbeitspensum. Das BSV erklärte sich bereit, die gewünschten Angaben zu liefern, worauf sich eine grosse Zahl an betroffenen Ärztinnen und Ärzten

⁵ Auch die Aarhus-Konvention sieht in Art. 4 Abs. 4 Bst. d eine Ausnahme für Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse vor, sofern diese rechtlich geschützt sind, um berechnigte wirtschaftliche Interessen zu schützen. Satz 2 dieser Bestimmung sieht aber vor, dass in diesem Rahmen Informationen über Emissionen, die für den Schutz der Umwelt von Bedeutung sind, bekannt zu geben sind.

zur Wehr setzte.

Zunächst hielt das BVGer fest, dass eine Anonymisierung der in den verlangten amtlichen Dokumenten enthaltenen Personendaten gemäss Art. 9 Abs. 1 BGÖ vorliegend ausser Betracht falle, da um Zugang zu spezifischen Personendaten ersucht werde. Im Rahmen der Interessenabwägung hielt es fest, dass die verlangten Personendaten weder als besonders schützenswert noch als Persönlichkeitsprofile im Sinne des DSG zu qualifizieren seien, die Privatsphäre der betroffenen Personen im Falle einer Bekanntgabe nicht wesentlich beeinträchtigt werde und dass die privaten Geheimhaltungsinteressen stark zu relativieren seien. Überdies seien im gesetzlich vorgesehenen Ärztere-gister⁶ bereits Personendaten öffentlich zugänglich. Auch bilde die IV-Gutachtertätigkeit regelmässig Anlass zu öffentlichen Diskussionen bzw. medialer Berichterstattung. Vor diesem Hintergrund bestehe ein erhebliches Interesse daran, in Bezug auf die Tätigkeit von Ärztinnen und Ärzten im Bereich der Invalidenversicherung Transparenz zu schaffen. Im Ergebnis fiel die Interessenabwägung des BVGer deutlich zugunsten einer Bekanntgabe der verlangten Personendaten aus.

Von der grundsätzlichen Pflicht zur Anhörung betroffener Personen dürfe ausnahmsweise abgesehen werden, wenn die vorläufige Interessenabwägung klar zugunsten eines Zugangs ausfalle und nicht ernsthaft damit gerechnet werden müsse, es gebe noch nicht erkannte private Interessen, die zu einem anderen Ergebnis führen könnten. Zudem müsse sich die Durchführung einer entsprechenden Anhörung als unverhältnismässig erweisen, namentlich weil sie mit zu grossem Aufwand verbunden wäre oder weil sie mit dem Zweck des Öffentlichkeitsgesetzes in einen unauflösbaren Konflikt geraten würde⁷. Da das BSV nicht mit weiteren, noch nicht erkannten Interessen rechnen musste und eine Anhörung der über 300 betroffenen Personen ausgesprochen aufwändig wäre, könne ausnahmsweise davon abgesehen werden.

Kommentar: Im Hinblick auf den ausnahmsweisen Verzicht auf eine Anhörung scheint das BVGer davon auszugehen, dass die beiden Kriterien als kumulative Voraussetzungen erfüllt sein müssen. Dies scheint wenig überzeugend. Ist eine Anhörung aufgrund einer Vielzahl betroffener Personen als unverhältnismässig zu qualifizieren, kann es nach der hier vertretenen Auffassung nicht zusätzlich darauf ankommen, ob bislang noch nicht erkannte private Geheimhaltungsinteressen zu erwarten sind. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Unverhältnismässigkeit einer Anhörung für sich alleine bereits genügt, um sie ausnahmsweise entfallen zu lassen.

IV. Dokumente aus Aufsichtsverhältnissen (Art. 7 Abs. 1 Bst. b und e BGÖ)

A. BGer 1C_129/2016 vom 14. Februar 2017: Dokumente des SECO betreffend einen Kanton-ohne Öffentlichkeitsgesetz

Im bislang einzigen höchstrichterlichen Urteil zur Anwendbarkeit der Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. e BGÖ (mögliche Beeinträchtigung der Beziehungen zwischen dem Bund und den Kantonen) stellte sich die Frage, ob Dokumente einer Bundesbehörde betreffend eine kantonale Behörde nicht zugänglich gemacht werden dürfen, weil der entsprechende Kanton selbst kein Öffentlichkeitsprinzip kennt. Konkret war Einsicht in Dokumente und Korrespondenz des SECO mit dem Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit des Kantons Graubünden (KIGA) und den Betreibern des „Designer Outlet Landquart“ im Zusammenhang mit der dortigen Sonntagsarbeit verlangt worden. Das SECO hatte den Zugang unter Hinweis auf eine mögliche Beeinträchtigung der Beziehungen zwischen Bund und dem Kanton Graubünden im Falle einer Offenlegung verweigert.

Das BGer machte deutlich, dass der Gesetzgeber im Rahmen von Art. 7 Abs. 1 Bst. e BGÖ bewusst eine eher grosszügige Abweichung vom Öffentlichkeitsprinzip zugunsten derjenigen Kantone vorsehen wollte, die selbst (noch) kein Öffentlichkeitsprinzip kennen. Da der Kanton Graubünden zum Zeitpunkt des Zugangsgesuches beim SECO das Öffentlichkeitsprinzip noch nicht eingeführt hatte, falle die Anwendung von Art. 7 Abs. 1 Bst. e BGÖ grundsätzlich in Betracht.

Gemäss BGer habe es als offenkundig zu gelten, dass die in den verlangten Dokumenten behandelte Angelegenheit der Sonntagsverkäufe im „Designer Outlet Landquart“ politisch heikel sei. Bei der eigentlichen Korrespondenz zwischen SECO und KIGA betreffend Zulässigkeit der Sonntagsarbeit sei eine Beeinträchtigung der Beziehungen zwischen dem Bund und dem Kanton Graubünden im Falle einer Offenlegung als wahrscheinlich anzunehmen. Insbesondere müsse damit gerechnet werden, dass inskünftig ähnliche Anfragen einer kantonalen Behörde an das SECO unterbleiben könnten und dadurch die Oberaufsicht durch das SECO bzw. die einheitliche Anwendung der arbeitsrechtlichen Vorschriften erschwert würden. Gemäss BGer durfte der Kanton Graubünden auch in Bezug auf eine Stellungnahme des SECO zu einem Verfügungsentwurf des KIGA im Zusammenhang mit der Sonntagsarbeit Vertraulichkeit erwarten, erweise sich das Dokument doch als geeignet, einen teilweisen Einblick

⁶ Vgl. Art. 51 ff. des Medizinalberufegesetzes (MedBG; SR 811.11).

⁷ Urteil des BGer 1C_50/2015 vom 2. Dezember 2015 E. 6.3, BGE 142 II 340 E. 4.6.

in die nicht öffentlich zugängliche Meinungsbildung im Kanton Graubünden zu ermöglichen. Die streitigen vier Dokumente wurden im Ergebnis in Anwendung der Ausnahmebestimmung gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. e BGÖ einem Zugang entzogen.

- 26 *Kommentar: Dieses Urteil vermag nach der hier vertretenen Auffassung im Ergebnis nicht vollständig zu überzeugen. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb ein auf kantonaler Ebene fehlendes Öffentlichkeitsprinzip jenes auf Bundesebene vollständig auszuhebeln vermag. Dies insbesondere deshalb, da das Aufsichtsverhältnis zwischen Bund und kantonaler Behörde durchaus ein legitimes öffentliches Interesse an der Überprüfbarkeit der Aufsichtstätigkeit des SECO mit sich bringen würde⁸.*
- 27 *Weiter ergibt sich daraus eine nur schwer zu rechtfertigende Ungleichbehandlung zwischen Kantonen mit und solchen ohne Öffentlichkeitsprinzip. Bei derselben Ausgangslage wären nämlich dieselben Dokumente grundsätzlich über das BGÖ zugänglich, sofern sie aus einem Kanton mit Öffentlichkeitsprinzip stammten. Auch wenn der Kanton Graubünden am 1. November 2016 ein Öffentlichkeitsprinzip eingeführt hat, dürfte dieses Urteil Signalwirkung auf jene Kantone haben, die heute noch immer kein solches kennen⁹. Weiter wäre anlässlich von Aufsichtsverhältnissen zwischen dem Bund und Privaten (statt Kantonen) eine solche Ungleichbehandlung zwischen verschiedenen Beaufsichtigten offensichtlich unhaltbar.*
- 28 *Unabhängig von der Frage, ob der betroffene Kanton selbst über das Öffentlichkeitsprinzip verfügt, müssten nach der hier vertretenen Auffassung zumindest die vom SECO als Bundesbehörde erstellten Dokumente grundsätzlich zugänglich sein, da der Kanton Graubünden aufgrund des Öffentlichkeitsprinzips auf Bundesebene kaum darauf vertrauen durfte, dass diese der Geheimhaltung unterliegen.*
- 29 *Die Argumentation des BGer, wonach eine Offenlegung der verlangten Dokumente die Oberaufsicht des SECO bezüglich der einheitlichen Anwendung der arbeitsrechtlichen Vorschriften zukünftig erschweren würde, erscheint wenig überzeugend, zumal das BGer jüngst eine durch die Offenlegung von Dokumenten befürchtete Beeinträchtigung der Aufsichtstätigkeit des Bundes über Private mit deutlichen Worten verneinte¹⁰.*

b. BGer 1C_428/2016 vom 27. September 2017: Meldungen von Zwischenfällen im öffentlichen Verkehr an das Bundesamt für Verkehr (BAV)

- 30 Im wohl wichtigsten Entscheid des vergangenen Jahres beurteilte das BGer die Zugänglichkeit der in der Neuen Ereignisdatenbank (NEDB) des BAV verzeichneten Gefährdungen und Störungen im öffentlichen Verkehr. Das BAV hatte den Zugang abgelehnt, da es bei einer Offenlegung dieser Informationen eine ernsthafte Beeinträchtigung seiner Aufsichtstätigkeit befürchtete. Es rechnete insbesondere mit einem Rückgang der Meldungen von Zwischenfällen durch die Transportunternehmen und einem sich daraus ergebenden Sicherheitsrisiko im öffentlichen Verkehr.
- 31 Das BGer folgte dieser Argumentation nicht. Es hielt fest, dass die Aufgabenerfüllung und Aufsichtstätigkeit des BAV als Ganzes nicht als konkrete behördliche Massnahme im Sinne der Ausnahmebestimmung gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ zu verstehen sei. Es wies darauf hin, dass hinsichtlich sicherheitsrelevanter Vorfälle eine gesetzliche Meldepflicht für die beaufsichtigten Transportunternehmen bestehe und davon auszugehen sei, dass diese beachtet werde. Sollte dies nicht der Fall sein, so beeinträchtige bereits dieses rechtswidrige Verhalten der Beaufsichtigten das Ergreifen geeigneter aufsichtsrechtlicher Massnahmen und nicht erst die Bekanntgabe von vorhandenen Informationen nach dem BGÖ. Gemäss BGer obliege es dem BAV im Rahmen seiner Aufsichtstätigkeit durch Kontrollen oder andere geeignete Massnahmen die Einhaltung der gesetzlichen Meldepflicht der Transportunternehmen zu überprüfen und entsprechende Verstösse zu sanktionieren.
- 32 Mit Blick auf die in den verlangten Informationen enthaltenen Personendaten stellte sich sodann die Frage, ob die Meldungen über Zwischenfälle im öffentlichen Verkehr nur in anonymisierter Form bekannt gegeben werden dürfen. Das BGer betonte, dass das Öffentlichkeitsprinzip durch die Schaffung von Transparenz eine wirksame Kontrolle der staatlichen Behörden und deren (Aufsichts-)Tätigkeit bezwecke. Diese Kontrolle sei erst dann in geeigneter Weise möglich, wenn offengelegt werde, bei welchen der wichtigsten Transportunternehmen es zu wie vielen und welchen Zwischenfällen auf welchen Strecken gekommen sei. Eine Unkenntlichmachung der Namen der Transportunternehmen würde in materieller Hinsicht einer wesentlichen Einschränkung des Zugangsgesuchs gleichkommen, weshalb eine Anonymisierung ausser Betracht falle und das Zugangsgesuch nach Art. 19 DSG beurteilt werden müsse.
- 33 In diesem Rahmen beschäftigte sich das BGer zunächst mit der Frage, ob sich die betroffenen Transportunternehmen als öffentlich-rechtliche Anstalten, spezialgesetzliche Aktiengesellschaften und gemischtwirtschaftliche Unternehmen überhaupt auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und den Schutz der Privatsphäre gemäss Art. 7 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 19 Abs. 1b DSG berufen können. Da aber selbst bei Vornahme einer Interessenabwägung im Sinne dieser Bestimmungen nach Ansicht des BGer das Zugangsinteresse überwiegt, liess es die

8 So auch BVGE 2013/50 E. 10.2.

9 Es sind dies die Kantone Appenzell Innerrhoden, Glarus, Luzern, Nidwalden, Obwalden, Thurgau und (je nach Betrachtungsweise) Appenzell Ausserrhoden und Schaffhausen.

10 Vgl. nachfolgend Urteil BGer 1C_428/2016 vom 27. September 2017.

Frage offen. Es merkte aber an, dass die in der NEDB enthaltenen Gefährdungen und Störungen grösstenteils im Zusammenhang mit der Wahrnehmung konzessionierter öffentlicher Aufgaben stünden, weshalb den betroffenen Transportunternehmen als juristische Personen des öffentlichen Rechts eine Grundrechtsbindung in diesem Bereich eher abzusprechen wäre. Im Ergebnis bejahte das BGer ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Offenlegung von Zwischenfällen im öffentlichen Verkehr, zumal diese Unternehmen aufgrund des Konzessionsverhältnisses und der Mitfinanzierung durch die öffentliche Hand eine gewisse Staatsnähe aufwiesen.

Kommentar: Das BGer richtete in diesem Urteil deutliche Worte an das BAV und Aufsichtsbehörden generell. Diese sind gehalten, mit den ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln sicherzustellen, dass die Beaufsichtigten ihren gesetzlichen Mitwirkungs- und Auskunftspflichten nachkommen, anstatt sich unter Hinweis auf die angeblich notwendige Vertraulichkeit zwischen Behörde und beaufsichtigter Stelle für eine Einschränkung des Zugangsrechts auszusprechen. Ein schwach ausgestaltetes Aufsichtsrecht kann demnach kein legitimer Grund für eine Einschränkung des Öffentlichkeitsprinzips sein, zumal nach dieser Rechtsprechung gerade bei Aufsichtsverhältnissen ein gewichtiges öffentliches Interesse an Transparenz besteht. 34

Abgesehen vom materiellen Ergebnis dieses Urteils sind vor allem die Erwägungen konzeptioneller Art von Interesse. So hat das BGer nun Klarheit darüber geschaffen, dass bei den Ausnahmebestimmungen nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ eine Schadensrisikoprüfung, bei Art. 7 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 19 Abs. 1 bis Bst. b DSGVO hingegen eine Interessenabwägung vorzunehmen ist. Hinsichtlich dieser Interessenabwägung äusserte sich das BGer zudem ausführlich zur viel diskutierten Frage, welche Interessen überhaupt in die Abwägung einfließen dürfen¹¹. Entgegen der in den Materialien, von der Lehre und vom BVGer vertretenen Ansicht, wonach den öffentlichen Interessen am Zugang einzig die privaten Interessen der betroffenen Person gegenüberzustellen sind¹², gelangte das BGer zum Schluss, dass auch die einer Offenlegung entgegenstehenden öffentlichen Interessen in die Güterabwägung miteinzubeziehen sind, soweit ihnen eine gewisse Erheblichkeit zukommt. Damit weicht das BGer nach der hier vertretenen Auffassung vom gesetzgeberischen Konzept des BGÖ ab, welches öffentliche Interessen an einer Zugangsverweigerung lediglich im Rahmen der Ausnahmebestimmungen von Art. 7 Abs. 1 BGÖ berücksichtigt, dessen Katalog abschliessend ist, wie das BGer zu Recht selbst festhielt. Immerhin beschränkte das BGer diesen Einbezug auf Interessen von einer „gewissen Erheblichkeit“. Doch auch diese vermeintliche Relativierung vermag nicht zu überzeugen. So muss die Frage, welche Interessen überhaupt in die Abwägung einfließen können, unabhängig davon beantwortet werden, welches Gewicht ihnen letztlich zukommt. Dass im Rahmen der Interessenabwägung von Art. 7 Abs. 2 BGÖ dem öffentlichen Interesse am Zugang einzig private Interessen gegenüberzustellen sind, ergibt sich im Übrigen ohne weiteres aus dem Wortlaut und dem Zweck der Bestimmung selbst¹³. 35

V. Gebühren (Art. 17 BGÖ)

BVGer A-3299/2016 vom 24. Mai 2017: Gebühren für Dokumentenzugang beim Staatssekretariat für Migration (SEM)

Das BVGer befasste sich für einmal mit der Frage der Rechtmässigkeit einer Gebührenrechnung für den Zugang zu amtlichen Dokumenten. Ein Journalist hatte beim SEM Einsicht in die Meldungen der Betreuungsfirmen über medizinische Einsätze in den Empfangs- und Verfahrenszentren des Bundes für Asylsuchende verlangt. Um diesem Gesuch entsprechen zu können, wertete das SEM rund 1'000 Wochenrapporte aus den Bundesasylzentren aus, um ihnen die gewünschten medizinischen Angaben entnehmen und diese in eine Tabelle übertragen zu können. Mangels Möglichkeit zum automatisierten Zusammenzug erfolgte diese Auswertung manuell. Das SEM stellte dem Gesuchsteller dafür 80 Stunden Arbeit zum reduzierten Stundenansatz für Medienschaffende von 50 Franken in Rechnung, mithin 4'000 Franken¹⁴. 36

Zunächst hielt das BVGer fest, dass der Zugang zu amtlichen Dokumenten gemäss BGÖ grundsätzlich gebührenpflichtig sei (Art. 17 Abs. 1 BGÖ). Weder die Informations- noch die Medienfreiheit vermittelten einen unmittelbaren, direkt durchsetzbaren Anspruch auf Gebührenbefreiung. Je nach den konkreten Umständen könnten jedoch die besonderen Bedürfnisse der Medien im Einzelfall einen Gebührenverzicht rechtfertigen, selbst wenn die Infor- 37

11 Diese Problematik wurde von den Autoren bereits in der letztjährigen Rechtsprechungsübersicht ausführlich besprochen (vgl. Keller/Kämpfer, in: Medialex 11/2016).

12 BBl 2003 1963, 2006 f.; Häner, in: Maurer-Lambrou/Blechte [Hrsg.], Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014, Art. 7 BGÖ Rz 55; Ehrensperger, a.a.O., Art. 19 DSGVO Rz 44; Ammann/Lang, in: Passadelis/Rosenthal/Thür [Hrsg.], Datenschutzrecht, Basel 2015, Rz 25.75; Urteil des BVGer A-4571/2015 vom 10. August 2016 E. 7.2.2.5.

13 Vgl. BVGer A-4571/2015 vom 10. August 2016 E. 7.2.2.4.

14 Gemäss Art. 15 Abs. 4 VBGÖ hat die Behörde eine allfällige Gebühr für ein Zugangsgesuch eines Medienschaffenden um mindestens 50 Prozent zu reduzieren. Sie kann auf die Reduktion verzichten, wenn das Zugangsgesuch eine besonders aufwändige Bearbeitung erfordert.

mationsbeschaffung nicht von existenzieller Bedeutung sei. Im vorliegenden Fall hielt das BVGer eine weitergehende Herabsetzung der Gebühr aufgrund des grossen Zeitaufwands aber nicht für angezeigt und wies darauf hin, dass bei besonders aufwändigen Gesuchen sogar ein Verzicht auf die Reduktion für Medienschaffende möglich sei. Im Ergebnis erachtete das BVGer die Gebühr von 4'000 Franken als vereinbar mit dem Äquivalenzprinzip¹⁵, selbst wenn sich der wirtschaftliche Wert des Zugangs für den Gesuchsteller als Medienschaffender kaum bestimmen lasse. Ausserdem stehe die Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum notwendigen Arbeitsaufwand von rund 80 Stunden und bewege sich noch in vernünftigen Grenzen.

- 38 **Kommentar:** Dieser Fall ist einer der seltenen reinen Gebührenentscheide und zeigt anschaulich das Spannungsverhältnis zwischen dem Recht der Öffentlichkeit auf Zugang zu amtlichen Dokumenten und der im Gesetz verankerten grundsätzlichen Gebührenpflicht auf. Um dem Zugangsgesuch entsprechen zu können, entstand auf Seiten der Verwaltung unbestrittenemassen ein sehr hoher Aufwand, der entsprechend den rechtlichen Vorgaben abgegolten werden darf. Einen durchschnittlichen Gesuchsteller wird hingegen die Aussicht auf eine Gebührenrechnung von 4'000 Franken wohl regelmässig von der Aufrechterhaltung seines Gesuchs abhalten. In diesem Zusammenhang kann man die Aussage des BVGer, die Gebühr bewege sich noch in vernünftigen Grenzen, durchaus in Frage stellen. Vor diesem Hintergrund und mit Blick darauf, dass das Bundesgericht in einem seiner ersten Entscheide zum BGÖ bereits eine Gebührenrechnung von 250 Franken – wenn auch bei bedeutend weniger Aufwand für die Behörde als im oben beschriebenen Fall – als zu hoch beurteilte¹⁶, wäre ein Weiterzug des Urteils erfreulich gewesen.

VI. Fazit

- 39 Durch die Rechtsprechung zum Öffentlichkeitsgesetz im letzten Jahr wurde die Verwaltungsöffentlichkeit des Bundes deutlich gestärkt. Im Hinblick auf die gesetzlichen Kriterien des *amtlichen Dokuments* stellte das BVGer klar, dass bereits ein relativ loser Zusammenhang eines Dokuments mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe genügt, um dieses unter den Geltungsbereich des Gesetzes zu fassen. Weiter hielt das BGer fest, dass die absichtliche und willentliche Löschung eines Dokuments durch die Verwaltung nicht zur Folge haben darf, dass das Dokument danach als nicht mehr im Besitz der Behörde zu qualifizieren ist. Vielmehr leitete das höchste Gericht aus diesem Verhalten eine Wiederbeschaffungspflicht ab. Was *Geschäftsgeheimnisse* Dritter anbelangt, erinnerte das BVGer die Behörden und betroffenen Privaten zum wiederholten Male daran, dass pauschale Zugangsverweigerungen unter blossem Hinweis auf darin enthaltene Geschäftsgeheimnisse vor dem Öffentlichkeitsprinzip nicht standhalten. Im Bereich von amtlichen Dokumenten aus *Aufsichtsverhältnissen* forderte das BGer die Aufsichtsbehörden des Bundes auf, sich nicht hinter der angeblich notwendigen Vertraulichkeit ihrer Aufsichtstätigkeit zu verstecken, sondern mit den zur Verfügung stehenden Mitteln die Zusammenarbeit bzw. den Informationsfluss von den Beaufsichtigten an die Aufsichtsbehörden durchzusetzen und Verstösse entsprechend zu sanktionieren. Trotz der aus Sicht des Öffentlichkeitsprinzips positiven Bilanz, schlichen sich auch im vergangenen Jahr einige konzeptionelle Schönheitsfehler in die Rechtsprechung ein. So berücksichtigt das BVGer bei der Prüfung eines Zugangsgesuches die Identität und die vermeintliche Absicht der Gesuchstellerin, beides Merkmale, die nach dem Willen des Gesetzgebers ausser Acht gelassen werden müssen. Zudem lässt das BGer auch öffentliche Geheimhaltungsinteressen in die Interessenabwägung betreffend den Zugang zu Personendaten einfließen. Ein konzeptioneller Fehlentscheid, der im Einzelfall zu einem falschen Ergebnis der Interessenabwägung führen kann.

Zusammenfassung Die Rechtsprechung zum Öffentlichkeitsgesetz hat 2017 die Verwaltungsöffentlichkeit des Bundes deutlich gestärkt. So fand z.B. das BVGer, dass bereits ein relativ loser Zusammenhang eines Dokuments mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe genügt, um dieses unter den Geltungsbereich des BGÖ fallen zu lassen. In einem andern Entscheid erinnerte es daran, dass pauschale Zugangsverweigerungen zu Dokumenten unter blossem Hinweis auf darin enthaltene Geschäftsgeheimnisse vor dem Öffentlichkeitsprinzip nicht standhalten. In einigen Entscheiden sind aber auch konzeptionelle Schönheitsfehler auszumachen. So berücksichtigt das BVGer bei der Prüfung eines Zugangsgesuches die Identität und die vermeintliche Absicht der Gesuchstellerin, beides Merkmale, die nach dem Willen des Gesetzgebers ausser Acht zu lassen wären.

15 Nach dem Äquivalenzprinzip muss die Höhe der Gebühr im Einzelfall in einem vernünftigen Verhältnis stehen zum Wert, den die staatliche Leistung für die Abgabepflichtigen hat. Die Abgabe darf im Einzelfall zum objektiven Wert der Leistung nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis stehen und muss sich in vernünftigen Grenzen bewegen. Vgl. dazu auch Kämpfer/Schwegler, Öffentlichkeitsgesetz: Bundesgericht befreit Medienschaffende von Gebühren – zu Unrecht?, in: Medialex 4/2013.

16 BGE 139 I 114 E. 4.

Handelsgerichtliche Arbeitsverweigerung

Urteil des Handelsgerichts des Kt. Zürich vom 15. März 2018 i. S. Credit Suisse AG gegen Inside Paradeplatz GmbH und Lukas Hässig (HG150249-0 U/dz)

Zusammenfassung Das Zürcher Handelsgericht schützte die Klage einer Grossbank gegen die Betreiber eines Wirtschaftsblogs teilweise. Einer von drei eingeklagten Artikeln wird als widerrechtlich im Sinne eines Verstosses gegen UWG und ZGB erkannt. Die Begründung ist von ungewöhnlicher Kürze und auffälliger Oberflächlichkeit, die nötige Interessenabwägung findet praktisch nicht statt. Zudem werden überspannte Anforderungen an den Wahrheitsbeweis gestellt. Schliesslich wird begründungslos die Löschung des gesamten Artikels angeordnet statt nur die Streichung einzelner Wörter oder Sätze, welche als rechtswidrig beurteilt wurden.

Résumé s. Le tribunal de commerce de Zurich a partiellement admis la plainte d'une grande banque contre les gestionnaires d'un blog économique en ligne. Un des trois articles contestés est considéré comme illicite au sens d'une violation de la LCD et du CC. Les considérants sont étonnement courts et d'une superficialité évidente, la pesée des intérêts n'a pratiquement pas été effectuée. De plus, les exigences relatives à la preuve de la vérité paraissent exagérées. Finalement, la cour ordonne, sans aucune explication, la radiation totale de l'article au lieu de la seule suppression des mots où des phrases considérés comme illicites.

Stichworte Persönlichkeitsverletzung, Unlauterkeit, Rechtfertigungsgründe, Urteilspublikation

Bestimmungen Art. 28 ZGB, Art. 3 UWG

Prozessgeschichte/Sachverhalt

Mit Klage vom 9. November 2015 verlangte die Klägerin, es sei festzustellen, dass die Beklagten im Artikel auf der Website www.insideparadeplatz.ch vom 9. Oktober 2015 unter dem Titel "CS wie Fifa" die Klägerin in ihrer wirtschaftlichen Stellung und in ihren Geschäftsverhältnissen in unlauterer Weise herabgesetzt haben sowie ihre Persönlichkeitsrechte widerrechtlich verletzt hätten, insbesondere durch die Gleichsetzung der Credit Suisse mit der FIFA, welche als "korrupter Verein" bezeichnet wurde; und durch die tatsachenwidrige Behauptung "die Amerikaner" hätten den Verwaltungsratspräsidenten und seine Bank "zur kriminellen Organisation" gestempelt.

Dasselbe wurde betreffend den auf der gleichen Website am 21. Oktober 2015 publizierten Bericht unter dem Titel "Tidjane Thiam raubt der CS das Herz" verlangt. Beanstandet wurden darin insbesondere die Äusserungen, der Plan, das Schweizer Geschäft zu verselbständigen und einen Teil an die Börse zu bringen, sei "fast schon ein Ganovenstück erster Güte"; und "Mit Thiam haben die Araber ihren Mann für den nächsten Reibach eingesetzt".

Und in gleicher Weise wurde ein dritter Artikel, erschienen am 26. Oktober 2015 unter dem Titel "Urs Rohner kriegt Kapital nicht zusammen", eingeklagt. Es sei tatsachenwidrig zu behaupten, Urs Rohner kriege Kapital nicht zusammen, und es habe bei der Kapitalerhöhung der Credit Suisse "nicht genug Interessierte" gegeben und tatsachenwidrig sei zudem die unvollständige Beschreibung des Bankenkonsortiums für die Bezugsrechtsemission, bei welcher die als Joint Lead Managers und Joint Bookrunners agierenden Banken Citigroup, HSBC Bank plc und Société Generale Corporate & Investment Banking nicht erwähnt wurden und stattdessen einzig kleinere, als CoLead Managers agierende Banken genannt wurden mit der Äusserung, diese gehörten nicht zu den weltweit bekannten Adressen und es handle sich um NoNames, die sich verpflichtet hätten, das Kapital der Credit Suisse zu zeichnen und weiterzuplatzieren.

Weiter verlangte die Klägerin die Löschung des ersten Artikels sowie die Veröffentlichung der den Feststellungsanspruch betreffenden Dispositiv-Ziffern des Urteils auf der Website www.insideparadeplatz.ch.

Die Inside Paradeplatz GmbH und der Autor der Texte, Lukas Hässig, beantragten Abweisung der Klage.

Aus den Erwägungen:

2. Persönlichkeitsrechtswidrigkeit und Unlauterkeit der streitgegenständlichen Artikel

2.2. Artikel 1: "CS wie Fifa" vom 9. Oktober 2015

2.2.1. Streitpunkte

Die Klägerin sieht sich durch die Berichterstattung der Beklagten in ihrer Persönlichkeit und in ihren Geschäftsverhältnissen insofern herabgesetzt, als sie auf einer Stufe wie die FIFA mit in Tat und Wahrheit gar nicht bestehenden, strafrechtlichen Vorwürfen ("kriminelle Organisation", "korrupt") konfrontiert werde (z.B. act. 1 N 20 ff., insb. N 26 f.). Die Beklagten bestreiten die Rechtswidrigkeit des Artikels unter Hinweis auf die erfolgte, wahrheitsgemässe Berichterstattung über die US-Verfahren der Klägerin (z.B. act. 46 N 5). Ausserdem sei die Klägerin von zahlreichen Schweizer Medien und einem amerikanischen Rechtsprofessor als "kriminelle Organisation" bezeichnet worden (act. 46 N 6 ff.). Von einer Gleichsetzung der FIFA mit der Klägerin könne ohnehin keine Rede sein (act. 12 N 23).

2.2.2. Rechtliches und Würdigung

a.) Persönlichkeitsverletzung / Unlauterkeit

Auf Art. 28 ZGB können sich sowohl natürliche als auch juristische Personen berufen (Art. 53 ZGB; statt vieler: CHK-AEBI-MOLLER, Art. 28 ZGB N 4). Eine Verletzung der Persönlichkeit liegt namentlich vor, wenn die Ehre einer Person beeinträchtigt wird, indem ihr berufliches, wirtschaftliches oder gesellschaftliches Ansehen geschmälert wird. Dies beurteilt sich anhand eines objektiven Durchschnittslesers (BGE 127 III 481 E. 2b/aa; BGE 143 III 297 E. 6.5). Bereits im Titel "CS wie Fifa" erfolgt ein direkter Vergleich der Klägerin mit der FIFA. Im Text wird zusätzlich behauptet, der "grosse Präsident des Weltfussballverbands" habe seine letzte Chance auf einen würdigen Abtritt im Frühling verspielt, als die US-Justiz klargemacht habe, dass sein Laden ein korrupter Verein sei. Im folgenden Satz wird behauptet, der Spitzenmann des Finanzmultis [der Klägerin] habe ein Jahr zuvor den Ball auf dem Penaltypunkt gehabt, als ebenfalls die Amerikaner ihn und seine Bank zur kriminellen Organisation gestempelt hätten. Abgesehen von den augenfälligen Sportmetaphern sind beide Sätze stilistisch ähnlich aufgebaut. Es werden Parallelen zwischen beiden Organisationen und ihren Spitzenleuten gezogen, nämlich zwischen der FIFA und der CS (wie schon im Titel) einerseits sowie Sepp Blatter und Urs Rohner andererseits. Dem Durchschnittsleser wird suggeriert, dass die Klägerin in den USA strafrechtlich als kriminelle Organisation, insbesondere wegen Korruption, zur Rechenschaft gezogen wurde. Dieser Eindruck wird durch die zusammenhanglose Schilderung der Reorganisation der Klägerin verstärkt. Hier wird mehrfach von einem "Verschleudern" finanzieller Mittel berichtet, wobei die Darstellung undurchsichtiger Geldflüsse wieder an den zuvor erhobenen Korruptionsvorwurf anzuknüpfen scheint. Damit wird das Ansehen der Klägerin beim Durchschnittsleser beeinträchtigt, wird hier doch (sogar strafrechtlich) verwerfliches Verhalten unterstellt. Folglich ist eine Persönlichkeitsverletzung der Klägerin durch den Artikel "CS wie Fifa" zu bejahen. Gleichzeitig ist der Artikel als unlauter einzustufen, setzt er doch die Geschäftsehre der Klägerin beim Durchschnittsleser herab und zeitigt so negative Auswirkungen auf deren Ansehen im Markt. Gerade auch der Geschäftszweck der Klägerin 1, das Betreiben einer Bank, wird im Artikel mit strafrechtlichen Anschuldigungen vermischt und die Klägerin wird als "kriminelle Bank" abgetan.

b.) Rechtfertigungsgründe

Die Beklagten sind für das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen beweisbelastet. Sie haben daher namentlich zu belegen, dass die Klägerin in den USA tatsächlich als kriminelle Organisation eingestuft und strafrechtlich zu Verantwortung gezogen wurde. Denn die wahrheitswidrige Berichterstattung ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts regelmässig nicht gerechtfertigt (BGE 111 II 209 E. 3c; BGE 119 II 97 E. 4a/bb; BGE 126 III 209 E. 3a; BGE 138 III 641 E. 4.1.2). Irrelevant sind in diesem Zusammenhang Aussagen von an diesem Verfahren nicht beteiligten Drittpersonen über die Klägerin. Aufgrund des staatlichen Gewaltmonopols genügen einzig Urteile und offizielle Stellungnahmen der US-Behörden zur Erbringung des Wahrheitsbeweises. Die Beklagten stützen sich vorliegend nur auf drei solche Dokumente ab (act. 47/1-3). Kein einziges dieser Dokumente erwähnt allerdings eine Verurteilung der Klägerin als kriminelle Organisation oder lässt Rückschlüsse über eine korrupte Verhaltensweise der Klägerin zu. Vielmehr bezieht sich insbesondere das "Plea Agreement" vom 19. Mai 2014, worauf die Klägerin zu Recht hinweist (act. 53 N 7), auf den strafrechtlichen Vorwurf "conspiracy" zur Beihilfe von Steuerhinterziehung gemäss US-Recht (act. 47/2 Ziff. 1). Die allfällige Erfüllung dieses Tatbestandes impliziert per se weder das Vorliegen einer kriminellen Organisation noch die Vornahme von Bestechungshandlungen. Damit erweist sich der Bericht "CS wie Fifa" der Beklagten als wahrheitswidrig und nicht gerechtfertigt. Weitere Rechtfertigungsgründe sind weder ersichtlich noch wurden sie überhaupt dargetan.

2.2.3. Zwischenfazit

Der Artikel "CS wie Fifa" verletzt die Klägerin in ihren Persönlichkeitsrechten. Ausserdem ist er als unlauter einzustufen.

2.3. Artikel 2: "Tidjane Thiam raubt der CS das Herz" vom 21. Oktober 2015 und Artikel 3: "Urs Rohner kriegt Kapital nicht zusammen" vom 26. Oktober 2015

2.3.1. Streitpunkte

Die Klägerin bringt vor, sie werde auch durch die beiden vorgenannten Berichte in unlauterer Weise in ihrer Persönlichkeit herabgesetzt. Gerade Begrifflichkeiten wie "Ganovenstück" und "Reibach" würden der Klägerin unterstellen, sie ermögliche es, ihren saudi-arabischen Aktionären, einen unverhältnismässig hohen Gewinn widerrechtlich zu erzielen (act. 21 N 71). Die Ereignisse rund um Kapitalerhöhungen im Umfeld der Klägerin seien beklagtitenseits falsch dargestellt worden, insbesondere hätten diese wie geplant durchgeführt werden können (act. 1 N 70). Von "nicht genügend Interessierten" könne also keine Rede sein (act. 21 N 76). Ausserdem hätten die Beklagten bei der Beschreibung des Bankenkonsortiums für die Bezugsrechtsemission federführende, renommierte und international bekannte Banken nicht erwähnt, was ebenfalls nicht korrekt sei (act. 21 N 78). Die Beklagten erachten die erfolgte Berichterstattung als zulässig und wahrheitsgemäss (z.B. act. 12 N 38, 40 f.).

2.3.2. Rechtliches und Würdigung

Die herrschende Lehre verlangt im Persönlichkeitsrecht, dass die Verletzung eine gewisse Intensität aufweisen muss, um als solche zu gelten (BSK-MEILI, Art. 28 ZGB N 38). Auch im Lauterkeitsrecht verlangt das Bundesgericht - nach einer verfassungskonformen Auslegung im lichte der Medienfreiheit - eine gewisse Schwere für die Bejahung der Unlauterkeit einer Äusserung (Urteil BGer 4C.167/2006 vom 16. Mai 2007 E. 6.1 .2; CHK-FERRARI HOFER I VASELLA, Art. 3 UWG N 5 m.w.H.). Diese Anforderungen sind im vorliegenden Fall mit Aussagen wie "Urs Rohner kriegt Kapital nicht zusammen" und es habe bei den Kapitalerhöhungen "nicht genug Interessierte" gegeben sowie einer in den Worten der Klägerin "unvollständigen" Beschreibung des Bankenkonsortiums nicht erfüllt. Die Aussagen mögen zwar teilweise pointiert sein, sind in einer freiheitlichen Gesellschaft allerdings als sozialadäquat zu tolerieren. Den Beklagten ist diesbezüglich beizupflichten (act. 12 N 38). Ein Journalist verfügt über ein gewisses Ermessen, Informationen und Zahlen zu verarbeiten und daraus eigene Schlussfolgerungen zu ziehen. Vereinfachungen sind solange zulässig, als sie insgesamt kein in wesentlichen Zügen falsches Bild zeichnen (BGE 123 III 354 E. 2a). Die Klägerin gestand in casu ein, dass aufgrund von "Kurschwankungen" effektiv ein geringerer Bruttoerlös erzielt wurde, als er zunächst geschätzt respektive angestrebt war (act. 21 N 74). "Der 'erwartete Bruttoerlös' aus der Aktienplatzierung bei qualifizierten Investoren wurde in der Medienmitteilung vom 21. Oktober 2015 mit 'rund CHF 1,35 Milliarden' angegeben (...). Bei der Bezifferung des Bruttoerlöses von rund CHF 1,35 Milliarden handelte es sich damit klarerweise um eine Schätzung. Dass sich der Bruttoerlös aufgrund der definitiven Bedingungen der Aktienplatzierung auf 1,32 Milliarden belief, war darauf zurückzuführen, dass der Durchschnittskurs der Namenaktien der Credit Suisse Group AG am 21. Oktober 2015 tiefer lag (...)." Die aus diesem Tatsachenfundament gezogenen, kritischen und zugespitzten Schlussfolgerungen der Beklagten erreichen damit die notwendige Schwelle nicht, um sie als Verletzungshandlungen zu werten. Die Klägerin wird beim Durchschnittsleser nicht in ihrer zivilrechtlichen oder wirtschaftlichen Ehre verletzt. Gleiches gilt hinsichtlich der Begriffe "Ganovenstück" und "Reibach", zumal sich dem Durchschnittsleser deren polemische Verwendung ohne Weiteres aus dem Kontext erschliesst. Jedenfalls wird der Klägerin nicht, wie sie dies aufführt (act. 1 N 67), unterstellt, sie wolle einen widerrechtlich hohen Gewinn erzielen.

2.3.3. Zwischenfazit

Die Artikel "Tidjane Thiam raubt der CS das Herz" vom 21. Oktober 2015 und "Urs Rohner kriegt Kapital nicht zusammen" vom 26. Oktober 2015 erweisen sich als zulässig.

2.4. Urteils publikation

Die Beklagten berichteten aktenkundig mehrfach über diesen Prozess. Eine Urteils publikation im Umfang der Klageguttheissung erweist sich vor diesem Hintergrund als verhältnismässig, zumal sich die beklagtitische Internet publikation an eine Vielzahl, namentlich nicht eruierbarer Adressaten richtete (vgl. BGE 106 II 92 E. 4a).

3. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen

Nur der Artikel "CS wie Fifa" (act. 3/6) erweist sich als persönlichkeitsverletzend und unlauter, was festzustellen ist. Entsprechend steht der Klägerin ein Beseitigungsanspruch zu, weshalb die Beklagte 1 zu verpflichten ist,

diesen Artikel auf ihrer Website zu löschen. Zudem ist dem Antrag auf Urteilspublikation insoweit stattzugeben. Die beiden übrigen Artikel sind rechtlich nicht zu beanstanden. Dies führt zur teilweisen Klageguthessung.

- 1 **Anmerkungen:** Es gibt Urteile, deren Lektüre auch erlaubt, über die Arbeitsweise des Gerichts ein Urteil zu fällen. Ungewöhnlich ist nicht, dass eine Grossbank gegen drei Artikel einer Internet-Publikation klagt, aber dass das Gericht die Parteien mit einem Entscheid von 13 Seiten (vom Urteilskopf bis zur Unterschrift des Gerichtsschreibers) abfertigt. Fehlt dann aber auch noch in der Kürze die diese allenfalls rechtfertigende, intellektuelle Würze, grenzt das an Arbeitsverweigerung. Das Gericht hatte, so will es dem unvoreingenommenen Leser scheinen, nach gescheiterten Vergleichsbemühungen die Nase voll und machte – allerdings nur entscheidmässig gesehen – kurzen Prozess: Es erklärte zwei der drei eingeklagten Artikel für rechtlich unbedenklich, einen erkannte es als widerrechtlich. Die Begründung dafür, warum eine Publikation sowohl persönlichkeitsrechtlich wie wettbewerbswidrig sei, erstreckt sich in anderen Urteilen nicht nur des Zürcher Handelsgerichts über viele, manchmal auch zu viele Seiten. Häufig wird seitens des Gerichts semantischer Goldstaub gewogen – ein Vorwurf, den man diesmal nicht erheben kann. Dass aber – wie hier – drei Seiten, eigentlich ist es sogar nur eine Seite, nicht genügen können, ist nachfolgend zu erläutern.
- 2 Die Artikel des auf Wirtschaftsthemen spezialisierten Blogs bestehen aus kurzen, häufig auch nicht besonders elegant geschriebenen Sätzen, und es werden assoziativ Personen und Vorgänge miteinander verbunden. Der jeweilige Artikeltitel ist sozusagen nur der Aufhänger für eine lockere, absatzweise Abfolge von Aussagen und Wertungen. Man kann das, wenn man will, als „Wirtschaftsboulevard“ abtun, das ändert nichts an der Aufmerksamkeit, die der Publikation namentlich in der Zürcher Finanzszene zuteil wird, und schon gar nichts daran, dass der ebenfalls eingeklagte Artikelverfasser schon häufig als erster auf grössere und kleinere Skandale und deren Protagonisten und Ursachen hingewiesen hat. Abgesehen davon ist auch schlichter Boulevard von der verfassungsmässigen Medien- und Meinungsfreiheit gedeckt.
- 3 Der fragliche Artikel verglich die (namentlich genannte) Bank mit dem Weltfussballverband und parallelisierte die Schwierigkeiten, die beide sowohl reputationsmässig wie vor allem mit Bezug auf US-amerikanische Verfahren hatten. Im einschlägigen Klageantrag wurden „insbesondere“ zwei ganz kurze Passagen als Verstösse gegen UWG und ZGB benannt. Diese machen umfangmässig vielleicht 5% des gesamten Textes aus (2 von über 70 Sätzen bzw. 2 von 36 Absätzen, oder 2 von 50 ganzen Zeilen). Aber für die Gerichte gilt gerade nicht, dass sie auf einen groben Klotz einen groben Keil setzen dürfen. Sie müssen vielmehr erklären, warum einige wenige von ganz vielen Sätzen rechtswidrig sein sollen, den Eindruck des Lesers prägen würden, worin die wettbewerbliche Herabsetzung und die persönlichkeitsrechtliche Störung liegt. Wenn 95% eines Textes nicht widerrechtlich sind, können zwar tatsächlich 5% widerrechtlich sein (gleich, wie man gemäss Gerichtspraxis schon wegen eines einzigen Wortes verurteilt werden kann), aber es muss auch bei diesen 5% eine nachvollziehbare Erklärung seitens des Gerichts erfolgen. Die besteht vorliegend indessen auch nur aus wenigen Sätzen, sie seien (die Bank und ihr VR-Präsident nachfolgend als X. und Y. anonymisiert) zitiert: „Es werden Parallelen zwischen beiden Organisationen und ihren Spitzenleuten gezogen, nämlich zwischen der FIFA und der X. (wie schon im Titel) einerseits sowie Sepp Blatter und Y. andererseits. Dem Durchschnittsleser wird suggeriert, dass die Klägerin in den USA strafrechtlich als kriminelle Organisation, insbesondere wegen Korruption, zur Rechenschaft gezogen wurde. Dieser Eindruck wird durch die zusammenhanglose Schilderung der Reorganisation der Klägerin verstärkt. Hier wird mehrfach von einem „Verschleudern“ finanzieller Mittel berichtet, wobei die Darstellung undurchsichtiger Geldflüsse wieder an den zuvor erhobenen Korruptionsvorwurf anzuknüpfen scheint. Damit wird das Ansehen der Klägerin beim Durchschnittsleser beeinträchtigt, wird ihr doch (sogar strafrechtlich) verwerfliches Verhalten unterstellt. Folglich ist eine Persönlichkeitsverletzung der Klägerin durch den Artikel „X. wie FIFA“ zu bejahen. Gleichzeitig ist der Artikel als unlauter einzustufen, setzt er doch die Geschäftsehre der Klägerin beim Durchschnittsleser herab und zeitigt so negative Auswirkungen auf deren Ansehen im Markt.“
- 4 Eine solche Begründung genügt nie und nimmer. Es werden einfach „Eindrücke“ behauptet, und aus diesen Eindrücken Folgerungen abgeleitet und auf angeblich „Suggeriertes“ abgestellt. Dabei müsste sich das Gericht damit auseinandersetzen, welche Tatsachen bzw. Tatsachenbehauptungen und welche Wertungen der Artikel enthält und wie Tatsachen und Wertungen miteinander verknüpft sind. Das ist eine eher mühsame Arbeit, aber das Gericht muss sie leisten (gleich wie die Anwälte in ihren jeweiligen Rechtsschriften solche Exegese, wenn auch mit meist entgegengesetztem Ergebnis, dem Gericht vorsetzen).
- 5 Dass der Artikel kein strahlendes Bild der klagenden Bank zeichnet und mit ihrem Führungspersonal alles andere als freundlich umspringt, tut rechtlich nichts zur Sache: Der Satz vom „korrupten Verein“ bezieht sich auf die FIFA und nicht auf die Bank. Es kann auch nicht einfach alles, was über die FIFA gesagt wird, als über die Bank gesagt bezeichnet werden, bloss weil der Artikel unter dem Titel «X. wie FIFA» steht. Daran ändert nichts, dass es im folgen-

den Satz bzw. Absatz heisst, dass «ebenfalls die Amerikaner ihn (*gemeint ist wohl Y.*) und seine Bank zur kriminellen Organisation stempelten». Dieser Satz, sowie eine viel später folgende, nicht ausdrücklich eingeklagte Passage vom «tiefen Fall zur kriminellen Bank» bezogen sich auf einen Vorgang, über den verschiedentlich berichtet worden war und der beim insoweit fachkundigen Durchschnittskonsumenten des Blogs auch als bekannt vorausgesetzt werden darf: Die Bank war in den USA wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung angeklagt und erklärte sich in einem „Plea Agreement“ zumindest schuldig der „conspiracy“. An dieses (beschränkte) Schuldeingeständnis waren noch weitere erhebliche Verpflichtungen, auch gewaltige Zahlungsverpflichtungen, geknüpft. Dass das Handelsgericht behaupten kann, die Beklagten hätten den Wahrheitsbeweis ihres strafrechtlichen Vorwurfs nur durch ein Urteil oder eine „offizielle Stellungnahme der US-Behörden“ führen können, geht sowohl an diesem im Internet publizierten „Plea Agreement“ wie vor allem der Realität des amerikanischen Rechtssystems vorbei. Warum ein förmliches Schuldeingeständnis in einem strafrechtlichen Verfahren medienrechtlich weniger als ein Urteil wiegensoll, ist unerfindlich.

So leicht darf es sich ein Gericht mit kritischen Berichten nicht machen, so leichtfertig kann man keine Interessenabwägung vornehmen, die im Urteil bei Lichte besehen fehlt. Hier wurde am falschen Ort gespart – nämlich an der nachvollziehbaren Auseinandersetzung mit dem publizierten Text und dem Gewicht, das einzelne Sätze oder Wörter für dessen Verständnis haben (sollen). 6

Dass schliesslich gemäss Ziffer 2 des Urteilsdispositivs der gesamte Artikel zu löschen ist, lässt sich ohnehin nicht rechtfertigen: Es hätte höchstens die Löschung einzelner Wörter oder Sätze angeordnet werden dürfen. Natürlich fehlt auch für diese überschüssende Anordnung jede Begründung. 7

Dr. Matthias Schwaibold, Rechtsanwalt, Zürich

1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht – Droits constitutionnel et administratif

1.3 Radio- und Fernsehrecht – Droit de la radiodiffusion

- Urteil des Bundesgerichts vom 23. Februar 2018 (2C_1024/2016)

Der Verband Schweizer Medien und neun Medienunternehmen können als Parteien am Verfahren betreffend die Beteiligung der SRG am Joint-Venture Admeira zur gemeinsamen Werbevermarktung mit Ringier und der Swisscom teilnehmen.

Zwischenbescheide, nicht konzessionierte Tätigkeiten der SRG, verwaltungsrechtliches Melde- und Verfügungsverfahren, Betroffenheit, Interessenausgleich, Konkurrenzverhältnis

Art. 92, 93 BGG, 29, 86 RTVG

[Zum Entscheid](#)

- Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 15. Dezember 2017 (b.765)

Im Rahmen eines Berichts mit dem Fokus auf die Veröffentlichung jahrelang verschwundener Bildern zu 9/11 war es nicht zwingend erforderlich, die Kritik und Vorbehalte zum Untersuchungsbericht zu 9/11 zu thematisieren.

Übriges publizistisches Angebot der SRG, Sachgerechtigkeitsgebot, Programmautonomie, Gewährung der freien Meinungsbildung

Art. 4, 25 Abs. 3 RTVG

[Zum Entscheid](#)

Literatur/Bibliographie

Ceresola, Sergio: Aktuelles zum Datenschutzrecht: Neuerungen in der EU und in der Schweiz = Actualité sur le droit de la protection des données : nouveautés dans l'UE et en Suisse, in: Expert Focus. Zürich. – Jg. 92(2018), Nr. 3, S. 177-178. Existiert auch in elektronischer Form.

Egloff, Willi: Obligatorische Kollektivverwertung und Vergütungsansprüche im schweizerischen Urheberrecht, in: Sic! Zürich. – 2018, H. 3, S. 117–133. Deutscher Text mit Zusammenfassung in Deutsch und Franz.

Meier, Dieter: Urheberrecht bei Ko-Autorschaft am Drehbuch, in: Sic! Zürich, 2018, H. 3, S. 134–140. Deutscher Text mit Zusammenfassung in Deutsch und Franz.

Schmidt-Gabain, Florian: Ein Trojanisches Pferd im Entwurf für ein neues Urheberrechtsgesetz [Ressource électronique]: kritische Auseinandersetzung mit der vom Bundesrat vorgeschlagenen Stay-down-Pflicht, in: Jusletter [Ressource électronique]. Bern, 12. März 2018.