



Prof. Dr. Urs Saxer, LL. M.,
 Professor an der Universität Zürich,
 Partner der Anwaltskanzlei Stein-
 brüchel Hüsey in Zürich, Präsident
 der Stiftung *medialex*

Professeur à l'Université de Zurich,
 associé du cabinet d'avocats Stein-
 brüchel Hüsey à Zurich, Président de
 la fondation *medialex*

Editorial

Liebe Leserinnen und Leser,

im dreundzwanzigsten Jahrgang halten Sie in der Form des vierten Jahrbuchs wohl zum letzten Mal *medialex* als blaues Print-Produkt mit dem unverkennbaren Design und Layout sowie mit einer Karikatur in Händen. Ein grosser Dank gebührt in diesem Zusammenhang erneut der Gottlieb und Hans Vogt-Stiftung, welche *medialex* auch in diesem Jahr mit einem sehr namhaften Betrag unterstützt und damit die nochmalige Herausgabe dieses Jahrbuchs ermöglicht hat.

Schon früh hat sich *medialex* mit der digitalen Revolution und deren Folgen für die Regulierung der Medien beschäftigt. Bereits das Heft 1/1998 enthielt Beiträge zur Konvergenz und zu Radio- und Fernsehprogrammen im Internet. Im Jahrbuch 2018 beschäftigen sich Abhandlungen unter anderem mit dem Online-Angebot der SRG, den Verfassungsgrundlagen von Online-Regulierungen, aber auch mit Drohnen und dem Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen.

Untersuchungen und Analysen, eine einlässliche Berichterstattung über wichtige Gerichtsurteile sowie kürzere, aktualitätsbezogene Artikel haben *medialex* ebenso ausgezeichnet wie die Verbindung eher theoretischer Abhandlungen mit praxisbezogenen Beiträgen. Dies spiegelt sich auch in der Autorenschaft: Alles, was im schweizerischen Medienrecht Rang und Namen hat, hat in *medialex* publiziert – aus der akademischen Welt ebenso wie aus der Welt der medienrechtlichen Praxis, gelegentlich auch Medienschaffende sowie ausländische Autorinnen und Autoren. Dabei ist es über die Jahre hinweg gelungen, ein hohes Niveau inhaltlich relevanter Beiträge über Grundfragen ebenso wie über jeweils gegenwärtige Probleme sicherzustellen.

Die Community der mit dem traditionellen Medienrecht Befassten ist allerdings in den letzten Jahren kleiner geworden. Die Krise der Medienbranche reflektierte sich unter anderem in abnehmenden Abonnentenzahlen. Es ist nicht so, dass das Medienrecht im Vergleich zu früher weniger wichtig wäre. Aber die Probleme haben sich teilweise verschoben. Die sehr grossen Spuren der digitalen Revolution im Medienbereich zeigen sich überall, in den finanziellen Bremsspuren, den Themen, den Akteuren, den Regulierungen, den Urteilen und eben mit Bezug auf *medialex*. Der Zeitschrift ging es lange auch darum

Éditorial

Chers lecteurs, chères lectrices,

Vous tenez entre vos mains, pour la dernière fois après vingt-quatre ans, le quatrième recueil annuel de *medialex* dans cette configuration, sous la forme d'un document imprimé bleu, au design et à la mise en page reconnaissables, et illustré par une caricature. Dans ce contexte, nous tenons à remercier une fois de plus la Fondation Gottlieb und Hans Vogt, qui a soutenu, cette année encore, *medialex*, par une contribution très importante, rendant ainsi possible une nouvelle publication de ce recueil.

Depuis ses débuts, *medialex* a traité de la révolution numérique et de ses conséquences sur la régulation des médias. Le numéro 1/1998 contenait déjà des articles au sujet de la convergence des programmes de radio et de télévision sur internet. Les contributions qui figurent dans le recueil annuel de 2018 traitent, entre autres, des services en ligne de la SSR, des bases constitutionnelles des réglementations en ligne mais également des drones ainsi que du motif justificatif de la sauvegarde des intérêts légitimes.

Medialex s'est distingué par ses recherches et analyses, ses couvertures médiatiques détaillées des décisions judiciaires importantes, de même que par ses courts articles sur l'actualité et par ses contributions tant pratiques que théoriques. En résumé, tout ce qui a trait, de près ou de loin, au droit des médias, a été publié dans *medialex*, tant concernant le monde académique que celui de la pratique, parfois également provenant des professionnels des médias ainsi que des auteurs étrangers. Au fil des années, un nombre élevé de contributions pertinentes a été assuré, traitant autant de questions fondamentales que de problématiques actuelles.

La communauté des personnes concernées par le droit des médias traditionnel s'est toutefois réduite ces dernières années. La crise de ce secteur s'est traduite, entre autres, par une baisse du nombre d'abonnements. Le droit des médias n'en demeure pas moins important que par le passé. Cependant, les problématiques ont en partie changé. Les conséquences de la révolution numérique dans le secteur des médias se retrouvent partout; dans le domaine financier, les thèmes traités, les acteurs concernés, les réglementations, les jugements et même en ce qui concerne *medialex*.

gut, weil sie einen jährlichen namhaften Beitrag des BAKOM erhielt. Dieser war existenzsichernd, weil in einem Land wie der Schweiz der Markt für eine rein abonnementsfinanzierte, allein dem Medienrecht gewidmeten Zeitschrift zu klein ist. Der Wegfall dieses Beitrags konnte mit Sponsorengeldern nicht kompensiert werden: Medienunternehmungen überlegen es sich derzeit angesichts ihrer teilweise angestregten Finanzlage mehrfach, wo sie Sponsorenbeiträge wie investieren wollen. *medialex* hat da keine Priorität, obschon ja eigentlich das Medienrecht zu den Rahmenbedingungen des wirtschaftlichen und publizistischen Handelns von Medienunternehmungen zählt. Es nützte auch nichts, dass die Vertriebskosten durch die Versendung von Newslettern anstelle der Lieferung mehrerer Hefte über das Jahr hinweg gesenkt wurden. Der Stämpfli Verlag, seit der ersten *medialex*-Nummer der zentrale Partner von Herausgeberschaft und Redaktion und verantwortlich für Druck und Vertrieb, ist nicht bereit, weiterhin ein jährliches Defizit in einem fünfstelligen Bereich zu tragen. Die Finanzierung von *medialex* nachhaltig in einer Weise sicherzustellen, dass kein Defizit mehr entsteht, ist dem Stiftungsrat leider nicht gelungen. Daher wird der Newsletter und Jahresband per Ende dieses Jahres eingestellt. Die Stiftung *medialex* bedauert dies und dankt dem Stämpfli Verlag für die jahrelange, sehr gute Zusammenarbeit. Die Gelegenheit ist ferner wahrzunehmen, um all denjenigen zu danken, welche in dieser oder jener Art in uneigennütziger Weise zu *medialex* beigetragen haben. Dazu gehören insbesondere auch die Autorinnen und Autoren und die Mitglieder der Redaktion der Zeitschrift. In den Dank einzuschliessen sind natürlich auch Sie als Leserinnen und Leser, welche *medialex* zum Teil jahrelang abonniert haben.

Ist dies das Ende? Der Wegfall der Zeitschrift *medialex* wird spürbar sein, weil keine andere medienrechtliche Fachpublikation existiert. Es steht zu befürchten, dass medien- und mediennahe rechtliche Problemstellungen nicht mehr in gleicher Weise von häufig praxiserprobten spezialisierten Autorinnen und Autoren bearbeitet werden, deren Beiträge bis jetzt auch von den Gerichten und Behörden zur Kenntnis genommen worden sind. Der Stiftungsrat, die Herausgeber und die Redaktion möchten vermeiden, dass es zu einer entsprechenden Lücke kommt. Daher werden derzeit Alternativen geprüft. Dazu zählt das Konzept einer Open-Access-Zeitschrift mit einer grösseren thematischen Breite, welche mediennahe Probleme der Digitalisierung, des Social Media und generell Intermediäre einschliesst. Mit einem solchen Konzept, welches im Bereich der Wissenschaft immer wichtiger wird, würde *medialex* mit der Zeit Schritt halten und sich die Vorteile der digitalen Welt zunutze machen. Bis Mitte 2019 sollte der Entscheid gefallen sein, ob es eine Weiterführung von *medialex* in einer neuen Form geben wird. Sie werden also möglicherweise von uns hören – als künftige Nutzerinnen und Nutzer oder als Autorinnen und Autoren. Wir freuen uns auf ein neues «*medialex.ch*».

Urs Saxer

Durant de nombreuses années, la revue maintenait le cap car elle bénéficiait d'une contribution annuelle importante de la part de l'OFCOM. Il s'agissait d'un apport vital car, dans un pays comme la Suisse, le marché demeure trop restreint pour permettre à une revue uniquement financée par ses abonnements et consacrée exclusivement au droit des médias, de subsister.

La perte de cette contribution n'a pas pu être compensée par les apports de fonds des sponsors. Au vu de leur situation financière parfois compliquée, les médias envisagent actuellement le soutien des sponsors. Dans ce contexte, *medialex* ne bénéficie pas de la priorité, bien que le droit des médias constitue le cadre de l'activité économique et journalistique des médias. La réduction des coûts de distribution par l'envoi d'une newsletter à la place de plusieurs numéros était par ailleurs inutile. La maison d'édition Stämpfli, qui endosse le rôle, depuis le premier numéro de *medialex*, de partenaire central du comité éditorial et qui est responsable de l'impression et des ventes du recueil, n'est plus prête à assumer un déficit annuel à cinq chiffres. Malheureusement, le conseil de fondation n'a pas réussi à financer *medialex* de manière durable, afin d'éviter tout déficit supplémentaire. Par conséquent, la newsletter ainsi que le recueil annuel cesseront d'être publiés à la fin de l'année. La fondation *medialex* le regrette et remercie la maison d'édition Stämpfli pour ces nombreuses années d'excellente collaboration. Nous profitons également de cette occasion pour remercier tous ceux qui ont contribué à *medialex* d'une manière ou d'une autre. Nous pensons notamment à tous les auteurs et membres de la rédaction de cette revue ainsi qu'à vous, chères lectrices et chers lecteurs, dont certains sont abonnés à *medialex* depuis des années.

Est-ce la fin ? L'arrêt de la publication de la revue *medialex* ne passera pas inaperçu à mesure qu'il s'agissait de l'unique revue spécialisée en matière de droit des médias. Il est à craindre que les problèmes juridiques auxquels les médias seront confrontés ne soient plus traités de la même manière, à savoir, par des auteurs spécialisés, dont les contributions ont jusqu'à présent été prises en considération par les tribunaux et les autorités. Le Conseil de fondation, les éditeurs ainsi que le comité de rédaction souhaitent éviter une telle lacune. Par conséquent, des solutions alternatives sont actuellement étudiées. Une d'entre elles consisterait en une revue « libre accès », comprenant un vaste choix de thèmes, dont ceux liés à la digitalisation, aux réseaux sociaux et aux intermédiaires de manière générale. Avec un tel concept, qui prend de plus en plus d'ampleur dans le domaine scientifique, *medialex* évoluerait en accord avec son temps et tirerait profit de l'ère numérique. La décision de faire perdurer *medialex* sous une nouvelle forme devrait être prise en milieu d'année 2019. Vous entendrez donc sans doute encore parler de nous, en tant que futur utilisateur ou en tant qu'auteur. Nous attendons avec impatience un nouveau «*medialex.ch*».

Urs Saxer

**im brennpunkt und
untersuchungen**

**en point de mire et
études**

A. Elektronische Medien im Wandel

Der rasante Wandel im Bereich der elektronischen Medien war 2018 mehr denn je im Fokus der medienpolitischen und damit auch der medienrechtlichen Diskussion. Im ersten Quartal bot vor allem die No-Billag-Initiative Gesprächsstoff, die Volk und Stände am 4. März 2018 mit einem Nein-Anteil von 71,6 % am Ende doch deutlich verworfen haben. Im Vorfeld der Abstimmung hatte sich Professor Urs Saxer in einem Brennpunkt mit den möglichen Folgen einer allfälligen Annahme des Volksbegehrens befasst. Ebenfalls um das Schweizer Radio und Fernsehen geht es in der Untersuchung von Dr. Julian-Iwan Beriger, der sich mit den Besonderheiten des Online-Angebotes von SRF, des sogenannten üpA (übriges publizistisches Angebot) auseinandersetzt. Dieses untersteht seit Mitte 2016 der Aufsichtspraxis der UBI. Viel Aufmerksamkeit erhielt der Entwurf für ein Bundesgesetz über die elektronischen Medien, den der Bundesrat im Sommer in die Vernehmlassung schickte. Es soll dereinst das Radio- und Fernsehgesetz ersetzen. Rechtsanwältin Mirjam Teitler stellt im ersten Beitrag dazu die Bundeskompetenz im Online-Bereich infrage, Rechtsanwalt Oliver Sidler stellt im zweiten Beitrag zum geplanten Mediengesetz die Vorlage in ihren groben Zügen vor und wagt eine erste Einschätzung.



Bild: zVg

Urs Saxer, Prof. Dr. iur., LL. M. (Columbia Law School N. Y.), Titularprofessor an der Universität Zürich für Völkerrecht, Staatsrecht, Verwaltungsrecht und Medienrecht, Partner bei Steinbrüchel Hüsey

No-Billag-Initiative – Ein Lausbubenstreich?

Eine Exegese des Wortlauts der umstrittenen Vorlage*

Résumé L'auteur analyse le texte de l'initiative « No Billag », soumise au vote le 4 mars. Il constate que l'initiative apporte plusieurs dispositions à l'art. 93 Cst. qui pourraient être également établies au niveau législatif. Le service public n'apparaît plus dans le texte de la proposition dont l'objet principal porte sur l'exclusion du financement de la radio-diffusion par des redevances ou subventions de l'Etat. Il expose le fait que l'initiative sera plus difficile à transposer que ce que le texte ne laisse paraître, difficulté également valable pour les dispositions transitoires. L'initiative présente cependant l'avantage de la mise en place d'un débat de fond quant à la constitution des médias.

Einleitung

1 Vor einigen Jahren konnte man nahezu unangefochten die Feststellung treffen, der mediale Service public sei ein Konzept ohne (relevante) Gegner. *Tempora mutantur*. Im medienpolitischen Brennpunkt steht nunmehr die bevorstehende No-Billag-Abstimmung. Auffällig ist, dass sich die Diskussion an der SRG und dort an den deutschsprachigen Fernsehprogrammen festbeisst. Die werbefreien SRG-Radioprogramme und die gebührenmitfinanzierten Angebote privater Rundfunkveranstalter – sie bleiben zu Unrecht *out of focus*.

Politische Konzessionen im Vorfeld

2 Die Initiative hat schon vor dem alles entscheidenden Volksverdikt bemerkenswert viel bewegt: Die Abgabe für Radio und Fernsehen wird nach unten auf symbolträchtige 1 CHF pro Tag angepasst, und die im Entwurf veröffentlichte neue SRG-Konzession enthält zusätzliche Beschränkungen – alles politische Konzessionen an potenzielle No-Billag-Befürworter. Dies sind späte Reaktionen auf ein Volksbegehren, deren Urheber vor allem studentischen Kreisen um den Jungfreisinn, also eher der politischen Peripherie, entstammen. Die Initiative – ein Lausbubenstreich? So wurde sie wohl vom politischen System und von einem politisch eher instinktiv agierenden Bundesrat aufgenommen, und dies erklärt das Fehlen eines Gegenvorschlags und damit einer Wahlmöglichkeit der Stimmberechtigten. Wenn man sich allerdings die Breite der Befürworterseite, welche unter anderem den Schweizerischen Gewerbeverband und weitere wichtige Verbände einschliesst, vergegenwärtigt, wird klar, dass aus dem Lausbubenstreich bitterer Ernst geworden ist: Die No-Billag-Initiative hat, so scheint es derzeit, Brexit-Potenzial. Vorbote war der äusserst knappe Ausgang der RTVG-Revision zur Neufinanzierung des Service publics in der Form einer Abgabe, welche auch Unternehmungen belasten wird. Für viele, nicht nur Rechtskonservative, ist die Versuchung gross, der Medienpolitik von Regierung und Parlament sowie der SRG einen Denkmittel zu verpassen. Zudem scheinen sich immer mehr, vor allem jüngere Leute, daran gewöhnt zu haben, dass Medieninhalte gratis zu haben sind und auch zu sein haben. Damit wird allerdings das Risiko einer Reise ins Ungewisse in Kauf genommen, deren Folgen derzeit nicht absehbar sind, handelte es sich doch um eine zumindest in Europa präzedenzlose Entscheidung für ein inhaltlich und finanziell rein marktgesteuertes Mediensystem ohne gesetzlich reguliertem, gemeinwohlorientiertem Angebot. Ein Marktversagen im Medienbereich soll es offensichtlich nicht geben: Die unsichtbare Hand der Marktkräfte wird es schon richten – so der Glaube.

* «Die No Billag-Initiative wurde am 4. März 2018, rund einen Monat nach Erscheinen dieses Brennpunktes, mit 71,6% Nein-Stimmen abgelehnt. Je näher der Abstimmungstermin rückte, desto stärker legte das Nein-Lager zu, was zu Beginn des Abstimmungskampfes nicht unbedingt zu erwarten war. Auch nach dieser Abstimmung bleibt die verfassungsrechtliche Regelung der Medienpolitik und insbesondere des Service publics aber ein Thema.»

Naiver Glaube an Plan B

3 Viele glauben auch an einen Plan B: «So schlimm wird es wohl nicht kommen.» Auch dieser Glaube ist naiv. Er hat keine Basis im Initiativtext, im Gegenteil, es sei denn, man nehme in Kauf, die Verfassungsbestimmungen unvollständig in Gesetzesnormen zu gessen oder zu umgehen. Der Vergleich mit der Masseneinwanderungsinitiative taugt hierbei nicht. Bei deren Umsetzung ging es darum, die neuen Verfassungsbestimmungen mit internationalen Verpflichtungen, welche teilweise Verfassungsrang geniessen, völkerrechts- und verfassungskonform zu koordinieren. Eine solche Konstellation liegt bei No Billag nicht vor. Im Übrigen ist es auch rechtsstaatlich höchst bedenklich, eine Initiative mit Hinweis auf eine mögliche gesetzgeberische Nicht- oder Teilumsetzung schmackhaft zu machen. Das Parlament ist keine Reparaturstätte zu wenig durchdachter, unprofessionell formulierter Initiativen.

Der Text ist massgebend

4 Massgebend für die juristische Beurteilung einer Initiative ist ausschliesslich deren Text, dies in Übereinstimmung mit der geltenden Methodik der Verfassungsinterpretation. Nun, der No-Billag-Initiativtext ist weitgehend eine amputierte Fassung des geltenden Art. 93 BV, ergänzt um Vorschriften, die es auf Verfassungsstufe nicht braucht, weil sie ohne Weiteres auf der Stufe des formellen Gesetzes erlassen werden könnten. So bleibt der erste Absatz gleich. Die Gesetzgebungszuständigkeit über Radio und Fernsehen sowie «über andere Formen der öffentlichen fernmeldetechnischen Verbreitung von Darbietungen und Informationen» bleibt Bundessache. Damit wird freilich die Chance einer Klärung, wie weit die Zuständigkeiten des Bundes im Medienbereich gehen, vertan. Erstreckt sich diese Zuständigkeit auf den ganzen medialen Online-Bereich, also unter Einschluss der Online-Auftritte der privaten Medienunternehmen, aber auch von Verbänden, politischen Parteien und Unternehmungen, oder nicht? Die Ungewissheit bleibt bestehen. Überhaupt: Von Auswirkungen der digitalen Revolution auf den Medienbereich ist im Initiativtext nichts zu spüren. Dieser bleibt vordigitalem Denken verhaftet. Nichts ändert sich freilich an der grundsätzlich umfassenden Kompetenz des Bundes im eigentlichen Rundfunkbereich.

Gebühren- und Subventionsverbot

5 Der Service public taucht im Verfassungstext nicht mehr auf, und die Rundfunkfinanzierung mittels Subventionen oder Empfangsgebühren wird auf Verfassungsstufe ausdrücklich ausgeschlossen. Dies ist das Kernstück der Vorlage – «No Billag». Auch wenn die Terminologie dem alten RTVG entnommen ist, wenn von Empfangsgebühren die Rede ist, ist wohl klar, dass vom Verbot auch funktionell analoge Abgaben oder Gebühren erfasst werden. Angesichts einer ausschliesslichen Bundeskompetenz muss wohl auch die von einzelnen Repräsentanten des politischen Systems ins Spiel gebrachte Option scheitern, dass die Kantone inskünftig die Rundfunkfinanzierung auf ihrer Ebene regeln, auch wenn gemäss dem Wortlaut

nur Subventionen und Empfangsgebühren des Bundes untersagt werden. Könnte aber der Bund auf dem Gesetzesweg, gestützt auf seine ausschliessliche Kompetenz, die Kantone ermächtigen, Gebühren für Radio und Fernsehen zu erheben? Der Initiativwortlaut untersagt, dass vom Bund beauftragte Dritte Empfangsgebühren erheben. Die Initianten dachten hierbei sicherlich an Unternehmungen, wie die Billag AG oder die Serafe AG, kaum aber an Kantone. Wenn nun einzelne Kantone, gestützt auf eine vertikale Delegation, nicht für den Bund, sondern gesetzlich auf kantonaler Ebene eine Rundfunkabgabe beschliessen, so wäre dies möglicherweise nicht verboten. Wie sinnvoll dies ist, ist allerdings eine andere Frage. Immerhin: eine Zürcher Abgabe für TeleZüri und Radio 24?

6 Das Verbot von Empfangsgebühren wird ergänzt durch ein Verbot, «Radio- und Fernsehstationen» zu «subventionieren». Gemeint sind damit wohl generell finanzielle Beiträge, also Finanzhilfen, Abgeltungen und ähnliche Beiträge. Geldwerte sonstige Vorrechte, wie Verbreitungsprivilegien, Steuervorteile etc., werden davon nicht tangiert. Unklar ist, was unter Radio- und Fernsehstationen zu verstehen ist: Medienunternehmen? Programmveranstalter? Es handelt sich auf jeden Fall nicht um ein allgemeines Verbot finanzieller Bundesbeiträge an Rundfunkaktivitäten. Daher ist es wohl zulässig, bestimmte Sendungen, Sendereihen und sich an Minderheiten richtende Inhalte finanziell zu unterstützen, vielleicht sogar ein Programm oder eine Plattform auf Rätoromanisch. Nicht verfassungswürdig ist es, vorzusehen, dass der Bund Zahlungen zur Ausstrahlung von dringlichen amtlichen Mitteilungen leisten kann, denn es läge ein Leistungs-/Gegenleistungsverhältnis, nicht einmal ein Abgeltungsverhältnis vor, das auch auf Gesetzes-, wahrscheinlich sogar auf Verordnungsstufe geregelt werden kann.

Leistungsauftrag verschwindet

7 Der Leistungsauftrag soll in der neuen Verfassungsbestimmung ebenso wenig mehr Erwähnung finden wie die unabhängige Beschwerdeinstanz oder das Gebot der Rücksichtnahme des Rundfunks gegenüber den übrigen Medien, also insbesondere der Presse. Ist damit ein qualifiziertes Schweigen beabsichtigt? Wenig deutet darauf hin. Die Initianten haben immer wieder hervorgehoben, es gehe um die Finanzierung, nicht um die Existenz des Service publics. Alle diese Anliegen könnten, gestützt auf die allgemeine Rundfunkzuständigkeit gemäss dem ersten Absatz, auf der Stufe des formellen Gesetzes geregelt werden. Es bleibt indessen das praktische Problem, wie ein Service public unter den Verfassungsvorgaben von No Billag noch zu finanzieren ist. Dazu trägt auch die Vorschrift bei, dass der Bund regelmässig Konzessionen für Radio und Fernsehen versteigert. Dies führt zu einer potenziellen Verteuerung von Rundfunkaktivitäten, insbesondere der Privaten, und mindert angesichts ungewisser, sich verteuender Rahmenbedingungen deren Investitionsbereitschaft. Die Konzession als Handlungsform des Verwaltungsstaates hat im Medienbereich allerdings immer geringere Bedeutung, da sich als Folge der Digitalisierung die Übertragungs- und Verbreitungskapazitäten vervielfacht haben und daher die Bewirtschaftung von Knappheit immer weniger erforderlich ist. Auch dies verrät vordigitales Denken.

Tückische Übergangsbestimmungen

8 Die Übergangsbestimmungen haben es in sich. Der erste Absatz ist auf den ersten Blick schwer verständlich: «Werden die gesetzlichen Bestimmungen nach dem 1. Januar 2018 in Kraft gesetzt, so erlässt der Bundesrat bis zum 1. Januar 2018 die erforderlichen Ausführungsbestimmungen.» Offensichtlich meinen die Initianten, dass der Bundesrat Ausführungsbestimmungen bzw. eine provisorische Regelung bis Ende 2017 zu erlassen hat, falls die Umsetzung durch das Parlament auf dem Weg des formellen Gesetzes später erfolgt. Falls die Annahme der Initiative im Jahr 2018 erfolgt, hat der Bundesrat gemäss dem Absatz 2 die provisorische Regelung auf Beginn 2019 zu erlassen. Dies bezieht sich auf die sog. «erforderlichen Ausführungsbestimmungen». Was ist darunter zu verstehen? Die Abschaffung der SRG? Die Abschaffung der Gebühren bzw. der Abgabe ist damit wahrscheinlich nicht gemeint, weil gemäss dem Absatz 3 die Konzessionen mit Gebührenanteil erst mit Inkrafttreten der gesetzlichen Bestimmungen, also nicht mit Erlass der Ausführungsbestimmungen, entschädigungslos aufgehoben werden. Warum allerdings diese Konzessionen aufgehoben werden und nicht einfach ohne Gebührenanteil weitergelten, ist nicht wirklich einzusehen. Auch bei den Übergangsbestimmungen stellen sich mithin Fragen von erheblicher Komplexität.

Medienverfassung ist revisionsbedürftig

9 Die Revisionsbedürftigkeit unserer Medienverfassung ist Folge der – auch von der SRG genutzten – technologischen Entwicklung, angesichts derer der geltende Art. 93 der Verfassung an Grenzen gestossen ist, ja, diese teilweise überschritten werden. Ein Vorteil von «No Billag» ist, dass nunmehr mit ungeahnter Heftigkeit eine Grundsatzdiskussion in der Form einer Verfassungsdiskussion geführt wird. Die Vorlage selber ist kein zukunftsträchtiges Konzept. Bei *medialex* bleiben wir thematisch dran.

Zusammenfassung Der Autor nimmt den Wortlaut der No-Billag-Initiative, über die am 4. März 2018 abgestimmt wird, unter die Lupe. Er hält fest, dass die Initiative den Art. 93 BV um Vorschriften ergänze, die auch auf Gesetzesstufe erlassen werden könnten. Der Service public tauche im Text der Vorlage nicht mehr auf, deren Kernpunkt sei, dass die Rundfunkfinanzierung durch Gebühren oder Subventionen des Bundes ausgeschlossen werde. Ganz so einfach, wie der Text klinge, liesse sich die Initiative aber nicht umsetzen, und auch die Übergangsbestimmungen hätten es in sich. Ein Vorteil der Initiative aber sei, dass nun über die durchaus revisionsbedürftige Medienverfassung eine Grundsatzdiskussion stattfindet.



Bild: zVg

Julian-Ivan Beriger, Dr. iur., Postdoc/Habilitand, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich/Zentrum für Demokratie Aarau (ZDA)
julian.beriger@uzh.ch

Besonderheiten des Online-Angebots im üpA der SRG in der aktuellen Aufsichtspraxis der UBI

Zwischen komplementärer Ausgestaltung und digitalem Wandel

Résumé Depuis le 1^{er} juillet 2016, l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision (AIEP) traite aussi des plaintes contre les autres services journalistiques de la SSR. En pratique, les offres en ligne jouent un rôle majeur. Selon l'art. 25 al. 3 let. b LRTV, les offres en ligne de la SSR sont conçues de façon complémentaire, ce qui se reflète dans la pratique actuelle de l'AIEP. L'analyse des décisions récentes de l'AIEP permet de déterminer les caractéristiques des autres services journalistiques de la SSR, comme leur conception hétérogène, la nature dynamique et l'impact limité sur l'audience. Dans le contexte de transformation digitale, la conception complémentaire des offres en ligne n'apparaît plus comme étant au goût du jour.

I. Einführung

1 Nach einer Teilrevision¹ des RTVG² ist die UBI seit dem 1. Juli 2016 anstelle des BAKOM für die Aufsicht über das übrige publizistische Angebot (üpA) und damit auch das Online-Angebot der SRG zuständig.³ Inzwischen sind erste Entscheide der UBI zum üpA und insbesondere dem Online-Angebot der

SRG ergangen.⁴ Im vorliegenden Beitrag werden anhand dieser ersten Aufsichtspraxis Besonderheiten im Umgang mit dem Online-Angebot der SRG untersucht.

2 Als Erstes wird auf die komplementäre Ausgestaltung (II.) und Einbettung des Online-Angebots der SRG in die Aufsichtstätigkeit der UBI (III.) eingegangen. Danach werden anhand der aktuellen Aufsichtspraxis der UBI Besonderheiten im Umgang mit dem Online-Angebot der SRG aufgezeigt (IV.). Zum Schluss erfolgt eine Würdigung der Ergebnisse (V.).

II. Komplementäre Ausgestaltung

1. Teil des üpA der SRG

3 Nach Art. 24 Abs. 1 RTVG erfüllt die SRG (neben den regionalen und lokalen Konzessionären) den verfassungsrechtlichen Service-public-Auftrag in Art. 93 Abs. 2 BV⁵ derzeit primär dadurch, dass sie Radio- und TV-Programme nach den Vorgaben in Art. 93 Abs. 2 BV veranstaltet (Programmauftrag).⁶ Ebenfalls zum gebührenfinanzierten konzessionierten

1 Bundesgesetz über Radio und Fernsehen (RTVG), Änderung vom 26.9.2014, AS 2016, 2131 ff., angenommen in der Volksabstimmung vom 14.6.2015.

2 Bundesgesetz über Radio und Fernsehen (RTVG) vom 24.3.2006, SR/RS 784.40.

3 Davor nahm das Bundesverwaltungsgericht die Zuständigkeit des BAKOM an, da dieses im Bereich der Konzessionsaufsicht über eine Auffangkompetenz verfügt (Art. 86 Abs. 1 RTVG). Damit war die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde über den Inhalt des üpA nicht gewahrt. Dazu das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6603/2010 vom 21.4.2011, E. 2.2, 2.3 und die Kritik dazu in der Lehre GRABER, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21.4.2011 (A-6603/2010), medialex 2011, 156 f.; GRABER/KEREKES, Medienfreiheit im Internet kleingeschrieben, sic! 2012, 13 ff.

4 Zum Online-Angebot UBI-Entscheide b.750 vom 21.4.2017, b.747 und b.749 vom 12.5.2017, b.755 vom 31.8.2017 und b.773 vom 28.12.2017. Entscheid b.750a vom 21.4.2017 betraf einen Teletext-Eintrag. Alle Entscheide der UBI sind abrufbar unter [www.ubi.admin.ch/de/entscheide/datenbank/\(3.4.2018\)](http://www.ubi.admin.ch/de/entscheide/datenbank/(3.4.2018)).

5 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, SR/RS 101.

6 Der Begriff Service public bezeichnet nach Auffassung des Bundesrats im Medienbereich «eine politisch definierte und durch Leistungsaufträge gesicherte Grundversorgung mit Medienangeboten, welche für alle Bevölkerungsschichten und Regionen des Landes nach gleichen Grundsätzen in guter Qualität und zu angemessenen Preisen zur Verfügung stehen sollen». Bericht des Bundesrats zur Überprüfung der Definition und der Leistungen des Service publics der SRG unter Berücksichtigung der privaten elektronischen Medien vom 17.6.2016 in Erfüllung des Postulats 14.3298 der Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen des Ständerats (im Folgenden: Bericht BR 17.6.2016), 6. Der sich aus

Angebot der SRG gehören die Inhalte im üpA und damit auch das Online-Angebot (Art. 25 Abs. 3 Bst. b RTVG).⁷

4 Der Umfang des üpA wird nach Art. 25 Abs. 3 Bst. b RTVG durch die SRG-Konzession vom 28. November 2017⁸ bzw. die neue SRG-Konzession vom 29. August 2018⁹ bestimmt. Derzeit besteht das üpA der SRG nach Art. 12 Abs. 1 KonzSRG aus (1.) dem Online-Angebot (Art. 13 KonzSRG), (2.) dem Teletext, (3.) programmassozierten Informationen (Tonkanäle, Untertitelung, Steuersignale etc.), (4.) dem publizistischen Angebot für das Ausland nach Art. 28 RTVG i. V. m. Art. 14 KonzSRG und (5.) Begleitmaterialien zu einzelnen Sendungen.¹⁰

5 Die grösste praktische Bedeutung kommt dem Online-Angebot der SRG zu, was auch die seit dem 1. Juli 2016 von der UBI behandelten Beanstandungen zum üpA zeigen.¹¹ Das Online-Angebot im üpA der SRG umfasst derzeit den Betrieb je einer Website pro Sprachregion (srf.ch, rts.ch, rsi.ch und rtr.ch) sowie swissinfo.ch und Seiten auf Social-Media Plattformen, wie YouTube, Twitter und Facebook.¹²

6 Vom Online-Angebot im üpA sind die übrigen Online-Aktivitäten der SRG, wie z. B. die Verbreitung von Programmen über das Internet (Streaming) nach Art. 9 KonzSRG oder deren Zugänglichmachung nach Art. 10 KonzSRG abzugrenzen.¹³

2. Notwendigkeit und Gebot der Rücksichtnahme

7 Da das üpA und damit auch das Online-Angebot der SRG gebührenfinanziert sind, wird in Art. 25 Abs. 3 Bst. b RTVG gefordert, dass es zur Erfüllung des Programmauftrags notwendig ist. Die Notwendigkeit besteht zum einen in der Ergänzung und Vertiefung von Programmen und zum anderen in der Erhaltung der Markenstärke der SRG im Vergleich zu anderen Rundfunkanbietern.¹⁴ Aus dem Notwendigkeitskriterium wurde

vor der Änderung der SRG-Konzession im Jahre 2013¹⁵ ein zeitlicher und thematischer Bezug zu konkreten Sendungen abgeleitet.¹⁶

8 Die Forderung nach einer gesetzgeberischen Einschränkung des Online-Angebots der SRG ergibt sich aus dem Gebot der Rücksichtnahme auf die Stellung und die Aufgabe anderer Medien, vor allem der Presse in Art. 93 Abs. 4 BV.¹⁷ Das Online-Angebot der SRG steht in direkter Konkurrenz zu demjenigen privater Presseverlage, jedoch wird Ersteres gebührenfinanziert, dasjenige der Presseverlage hingegen nicht, woraus sich Wettbewerbsverzerrungen ergeben.¹⁸

9 Vor diesem Hintergrund statuiert Art. 13 KonzSRG (Art. 18 Abs. 2 N-KonzSRG) Anforderungen an die Ausgestaltung des Online-Angebots der SRG, die verhindern sollen, dass dieses wie eine Online-Zeitung angeboten wird.¹⁹ Entsprechend bilden Audio und audiovisuelle Inhalte nach Art. 13 Abs. 1 KonzSRG (Art. 18 Abs. 2 Bst. a N-KonzSRG) den Schwerpunkt. Es wird zwischen Online-Inhalten mit und solchen ohne Sendungsbezug unterschieden. Bei Inhalten mit Sendungsbezug muss dieser klar ausgewiesen werden (Art. 13 Abs. 2 KonzSRG/ Art. 18 Abs. 2 Bst. b N-KonzSRG).²⁰ Online-Inhalte ohne Sendungsbezug haben strengeren Anforderungen zu genügen (Begrenzung des Umfangs, Verknüpfung mit Audio und audiovisuellen Inhalten).²¹

Art. 93 Abs. 2 BV ergebende Leistungsauftrag ist offen formuliert und dynamisch ausgestaltet, sodass er an die gesellschaftlichen und technischen Entwicklungen angepasst werden kann und muss. DUMERMUTH, Die Revision des Radio- und Fernsehgesetzes und das duale System, ZSR I 2006, 244 ff.; Bericht BR 17.6.2016, 8 f.

7 SAXER, SRG ohne Grenzen? Rundfunkfremde Aktivitäten der SRG unter dem neuen RTVG, ZSR 2006 I, 319 f.; DUMERMUTH (Fn. 6), 249 f.
 8 SRG-Konzession vom 28.11.2017, konsolidierte Fassung, Stand: 1.10.2017 (im Folgenden: KonzSRG), www.bakom.admin.ch (3.4.2018).
 9 SRG-Konzession (2019–2022) vom 29. August 2018, die am 1. Januar 2019 in Kraft treten wird (im Folgenden: N-KonzSRG), www.bakom.admin.ch (14.11.2018).
 10 In der N-KonzSRG ist der Umfang des üpA in Art. 18 Abs. 1 geregelt. Neu werden auch der Dienst «Hybrid Broadcast Broadband Television» (Bst. c) und ein multimediales Angebot für die italienische Sprachregion (Bst. d) vorgesehen.
 11 UBI-Entscheide b.750 vom 21.4.2017, b.747 und b. 749 vom 12.5.2017, b.755 vom 31.8.2017 und b.773 vom 28.12.2017. Dazu unten IV.
 12 Vgl. das Angebot der SRG auf www.srgssr.ch/de/unser-angebot/ (3.4.2018).
 13 Zu den Erscheinungsformen des Online-Rundfunks: KELLERMÜLLER, Das neue RTVG und die Online-Medien, in: ZSR 2006 I, 360 ff.
 14 BBI 2003, 1604, 1690; DUMERMUTH (Fn. 6), 249 f. Die Ergänzung- und Vertiefungsfunktion des Online-Angebots der SRG betonen

SAXER, Die Online-Aktivitäten der SRG und ihre rechtlichen Grenzen, sic! 2011, 700; KELLERMÜLLER (Fn. 13), 379 f.; GRABER/ZURKINDEN, SRG-Gebühren: Ein zulässiger Hebel ins Internet?, medialex 2005, 222; HETTICH/SHELKER, Medien im digitalen Zeitalter – Neugestaltung des Programmauftrags aus ökonomischer und rechtlicher Sicht, Zürich/St. Gallen 2016, 50 f., 115.

15 Änderung der SRG-Konzession vom 1.5.2013, BBI 2013, 3291 f.
 16 Erläuterungen des UVEK zur neuen Konzession SRG SSR vom 28.11.2007, Art. 13, 6. Der Sendungsbezug vermochte das Online-Angebot der SRG angesichts der thematischen Breite des Sendungsangebots inhaltlich nicht wirksam zu begrenzen. SAXER (Fn. 14), 701; SAXER (Fn. 7), 320 f.
 17 SAXER (Fn. 14), 701 f.; KELLERMÜLLER (Fn. 13), 380; HETTICH/SHELKER (Fn. 14), 105 f.; GRABER/ZURKINDEN (Fn. 14), 222 f.; BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 93 BV, N 16.
 18 GRABER/ZURKINDEN (Fn. 14), 214 f.; HETTICH/SHELKER (Fn. 14), 117 f.; SAXER (Fn. 14), 693 f. Die politische Debatte vor dem Hintergrund der am 4.3.2018 mit grosser Mehrheit abgelehnten «No Billag»-Initiative machte ebenfalls deutlich, dass bei der Ausgestaltung des Online-Angebots der SRG Reformbedarf besteht. So versprach SRG-Generaldirektor Gilles Marchand, keine Online-Inhalte ohne Sendungsbezug mehr zu erlauben und die Unterscheidbarkeit der SRG-Angebote von privaten Online-Printmedien zu verstärken. Dazu das Radio-Interview «Der Plan R für die SRG» in der Sendung «Tagesgespräch» vom 5.3.2018 auf www.srf.ch/sendungen/tagesgesprach/gilles-marchand-der-plan-r-fuer-die-srg (3.4.2018).
 19 Erläuterungen des BAKOM zur Änderung der SRG-Konzession vom 20.12.2012 (im Folgenden: Erl. BAKOM), Art. 13, 2.
 20 Ein zeitlich direkter Bezug zu einer Sendung liegt vor, wenn die Inhalte nicht früher als 30 Minuten vor der Ausstrahlung der Sendung im Internet publiziert werden. Der Sendungsbezug wird durch Nennung der Sendung, Einbettung der On-demand-Sendung im Textbeitrag oder einer Verlinkung hergestellt. Erl. BAKOM, Art. 13, 2.
 21 So sind Textbeiträge in den Sparten News, Sport und Regionales/Lokales auf höchstens 1'000 Zeichen beschränkt (Art. 13 Abs. 3 KonzSRG/Art. 18 Abs. 2 Bst. c N-KonzSRG). Ausserdem müssen nach Art. 13 Abs. 4 KonzSRG (Art. 18 Abs. 2 Bst. d N-KonzSRG)

III. Einbettung in die Aufsichtstätigkeit der UBI

- 10** Das üpA wurde durch den Begriff der redaktionellen Publikation in Art. 2 Bst. c^{bis} RTVG in das bestehende Beschwerdesystem der UBI (und davor der Ombudsstellen) integriert.²² Redaktionelle Publikationen umfassen nicht nur redaktionelle Sendungen, sondern auch redaktionsgenerierte Beiträge im üpA der SRG.
- 11** Nicht erfasst werden nutzergenerierte Beiträge, wie z. B. Einträge in Blogs, Foren oder Kommentarspalten, die analog zu Printmedien lediglich den allgemeinen Schranken des Strafrechts und Zivilrechts unterliegen. Die SRG überprüft die Einhaltung der programmrechtlichen Vorschriften bei nutzergenerierten Beiträgen im Rahmen einer Selbstkontrolle anhand von internen Richtlinien («Netiquette»)²³.
- 12** Die bestehenden Regelungen zur Beschwerde an die UBI (und davor an die Ombudsstellen) wurden auf die redaktionsgenerierten Beiträge im üpA der SRG erweitert (Art. 91 ff. RTVG). Die UBI ist weiterhin zuständig für die Behandlung von Beschwerden (1.) über den Inhalt redaktioneller Publikationen («Programmbeschwerde») und (2.) den verweigerten Zugang zu Programmen oder zum üpA der SRG (Art. 83 Abs. 1 Bst. a RTVG).²⁴
- 13** Verfahrensrechtliche Besonderheiten bestehen bei der Umschreibung des Anfechtungsobjekts in Art. 92 Abs. 5 RTVG (Dokumentationspflicht), Aufbewahrung von Beiträgen im üpA (Art. 20 Abs. 2 RTVG i. V. m. Art. 28 RTVV)²⁵ und der Zugangsbeschwerde, die nur betreffend den redaktionsgenerierten Teil des üpA erhoben werden kann (Art. 91 Abs. 3 Bst. b RTVG).²⁶
- 14** Redaktionsgenerierte Beiträge im üpA und damit auch das Online-Angebot der SRG müssen nach Art. 5a RTVG und Art. 12 Abs. 2 KonzSRG grundsätzlich den für Programme aufgestellten inhaltlichen Anforderungen in Art. 4 und 5 RTVG genügen, da sie gebührenfinanziert sind.

IV. Besonderheiten in der Aufsichtspraxis der UBI

1. Sachgerechtigkeitsgebot

A. Anwendbarkeit und Inhalt

- 15** Das Sachgerechtigkeitsgebot in Art. 4 Abs. 2 RTVG kommt kraft Art. 5a RTVG analog zur Rechtslage bei Sendungen auf Online-Angebote mit Informationsgehalt zur Anwendung.²⁷

75 Prozent der Textbeiträge, die nicht älter als 30 Tage sind, mit Audio oder audiovisuellen Inhalten verknüpft werden. Erl. BAKOM, Art. 13, 2.

²² BBl 2013, 5017; RIEDER, Beschwerdemöglichkeit gegen Online-Inhalte der SRG, medialex 2016, 34.

²³ BBl 2013, 5017; UBI-Entscheid b.750 vom 21.4.2017, E. 1.1, 1.2.

²⁴ BBl 2013, 5017.

²⁵ Radio- und Fernsehverordnung (RTVV) vom 9.3.2007, SR/RS 784.401.

²⁶ Zu den Besonderheiten BBl 2013, 5017 f.; RIEDER (Fn. 22), 34.

²⁷ Zur Anwendbarkeit des Sachgerechtigkeitsgebots bei Sendungen BARRELET/WERLY, *Droit de la communication*, 2e éd., Bern 2011, N 894; MASMEJAN, Art. 4 LRTV, in: DERS./COTTIER/CAPT (Hrsg.), *Loi sur la radio-télévision, Commentaire*, Bern 2014, N 34 f.

- 16** Nach ständiger Praxis des BGer und der UBI wird aus dem Sachgerechtigkeitsgebot abgeleitet, dass Tatsachen und Ereignisse sachgerecht dargestellt werden, sodass sich ein durchschnittliches Publikum aufgrund der in der Sendung oder im Beitrag angeführten Fakten und Ansichten ein möglichst zuverlässiges Bild über einen Sachverhalt machen und sich frei eine eigene Meinung bilden kann.²⁸ Aus dem Sachgerechtigkeitsgebot in Art. 4 Abs. 2 RTVG werden zentrale journalistische Sorgfaltspflichten abgeleitet.²⁹

B. Berücksichtigung der geringeren Publikumswirkung

- 17** Im UBI-Entscheid b.747 vom 12. Mai 2017 («Putin macht den Cowboy») setzte sich die UBI erstmals mit der Frage auseinander, inwiefern die für Radio- und TV-Sendungen entwickelte Praxis zum Sachgerechtigkeitsgebot auf redaktionelle Beiträge im üpA mit Informationsgehalt, wie vorliegend einem Video auf der Facebook-Seite von SRF-News, übertragen werden kann.³⁰
- 18** Im Grundsatz bejahte die UBI die Anwendbarkeit der bisherigen Praxis, jedoch sei den Besonderheiten von Inhalten aus dem üpA Rechnung zu tragen. Diese weisen im Gegensatz zu Radio- und TV-Sendungen keinen Programmcharakter auf, da sie individuell abgerufen und nicht einseitig verbreitet werden.³¹ Die besondere Wirkung audiovisueller Medien auf den demokratischen und gesellschaftlichen Meinungsbildungsprozess³² sei deshalb im Falle von Online- und sonstigen Inhalten im üpA zu relativieren.³³
- 19** In gewissen Fallkonstellationen können demnach, gestützt auf die geringere Publikumswirkung von Inhalten im üpA, Verletzungen des Sachgerechtigkeitsgebots geheilt werden. Bestehen allerdings wie im vorliegenden Fall gravierende Mängel im Lichte des Sachgerechtigkeitsgebots, vermag die geringere Publikumswirkung von Online-Inhalten diese nur zu relativieren,

²⁸ Z. B. BGE 131 II 256; BGE 134 I 6 f.; BGE 137 I 344 und in der Praxis der UBI zu Sendungen z. B. die aktuellen Entscheide b.764 vom 3.11.2017, E. 4.1; b.751 vom 31.8.2017, E. 3.1 und b.745 vom 9.12.2016, E. 7 sowie zum Online-Angebot die Entscheide b.755 vom 31.8.2017, E. 5.3 und b.747 vom 12.5.2017, E. 6.1. Zum Inhalt des Sachgerechtigkeitsgebots bei Sendungen BARRELET/WERLY (Fn. 27), N 895; MASMEJAN (Fn. 27), N 37 f.

²⁹ Dazu STUDER/MAYR VON BALDEGG, *Medienrecht für die Praxis: vom Recherchieren bis zum Prozessieren: rechtliche und ethische Normen für Medienschaffende*, 4. Aufl., Zürich 2011, 216 ff.

³⁰ Die UBI nahm ein öffentliches Interesse an der Behandlung der Frage i. S. v. Art. 96 Abs. 1 RTVG an. UBI-Entscheid b.747 vom 12.5.2017, E. 4.

³¹ Nutzer können sich das Online-Video auf der Facebook-Seite von SRF-News nochmals ansehen, sich dazu in Ruhe Gedanken machen und daneben noch andere Quellen konsultieren. UBI-Entscheid b.747 vom 12.5.2017, E. 6.3.

³² Das BGer nimmt, gestützt auf die unmittelbare Wirkung und einseitige Verbreitung von Inhalten mittels Radio und TV, eine grössere Publikumswirkung an. BGE 123 II 415; BGE 133 II 147 f. und betreffend die politische Meinungsbildung BGE 98 Ia 82. Den besonderen Einfluss («particular influence») von Radio und TV betonte auch der EGMR, gestützt auf die zeitliche Ansetzung von Sendungen, im Urteil *Animal Defenders International gg. Vereinigtes Königreich*, Nr. 48876/08, Urteil [GK] vom 22.4.2013, § 119. Zur besonderen Wirkung elektronischer Massenmedien HETTICH/SHELKER (Fn. 14), 101 ff.

³³ UBI-Entscheid b.747 vom 12.5.2017, E. 6.3.

nicht aber zu kompensieren.³⁴ Das Video «Putin macht den Cowboy» auf der Facebook-Seite von SRF-News verletzte das Sachgerechtigkeitsgebot, da der eingeblendete Text zur Rolle Russlands im Syrien-Konflikt sowie dem aussenpolitischen Kurs Russlands im Verhältnis zu den USA in keinem sachlichen Zusammenhang zur Auswilderungsaktion der Przewalski-Pferde gestanden und diese in unsachlicher Weise abgewertet habe.³⁵

20 Im nur wenige Monate später erschienenen UBI-Entscheid b.755 vom 31. August 2017 («Verurteilt wegen einer Ohrfeige») wurde dieser Ansatz betreffend Online-Textbeiträge ohne Sendungsbezug nicht bestätigt. Die bisherige Praxis zu den sich aus Art. 4 Abs. 2 RTVG ergebenden journalistischen Sorgfaltspflichten wurde in diesem Fall umfassend auf einen Online-Artikel auf der Website von RSI angewandt, ohne die geringere Publikumswirkung zu berücksichtigen.³⁶ Demnach muss die Verletzung der journalistischen Sorgfaltspflichten von einer gewissen Schwere sein, sodass das Publikum regelrecht «manipuliert» wird.³⁷ Fehler in Nebenpunkten und redaktionelle Unvollkommenheiten, welche nicht geeignet sind, den Gesamteindruck des Beitrags wesentlich zu beeinflussen, bewirken keine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots.³⁸

21 Der (unter 1'000 Zeichen umfassende) Online-Artikel auf der Website von RSI verletzte das Sachgerechtigkeitsgebot in Art. 4 Abs. 2 RTVG nicht, da dem Journalisten Bagatellfehler (falsche Angabe des Alters des Opfers und des Tatorts sowie fehlende Bezeichnung des Urteils als erstinstanzlich) unterlaufen waren, die den Gesamteindruck des Inhalts nicht zu beeinträchtigen vermochten.³⁹ Die im Vergleich zu einem Online-Video noch geringere Publikumswirkung des Online-Artikels von RSI wurde allerdings nicht in die Interessenabwägung einbezogen. Dies, obwohl der Umfang der journalistischen Sorgfaltspflichten nach der bisherigen Praxis bei Sendungen von den konkreten Umständen, dem Charakter des Sendefässes sowie vom Vorwissen des Publikums abhängt.⁴⁰

2. Vielfaltsgebot

A. Anwendbarkeit

22 Das Vielfaltsgebot in Art. 4 Abs. 4 RTVG kommt beim üpA und damit auch den Online-Inhalten der SRG nach Art. 5a RTVG nur auf redaktionsgenerierte Inhalte in Wahl- und Abstimmungs dossiers zur Anwendung.⁴¹ Dies lässt sich auf die

besondere Wirkung dieser Inhalte auf die politische Meinungsbildung zurückführen, wie sie schon bei Sendungen angenommen wurde.⁴²

23 Im Sendungsbereich richtet sich das Vielfaltsgebot an Programme von konzessionierten Veranstaltern insgesamt und – ausser im Wahl- und Abstimmungsbereich – nicht an einzelne Sendungen.⁴³ Die Einhaltung des Vielfaltsgebots wird deshalb regelmässig im Rahmen einer Zeitraumbeschwerde in Bezug auf mehrere Sendungen über einen Zeitraum von maximal drei Monaten hinweg (Art. 92 Abs. 3 RTVG) überprüft.⁴⁴ Die Zeitraumbeschwerde betreffend Inhalte im üpA ist entsprechend auf redaktionsgenerierte Inhalte in Wahl- und Abstimmungsdossiers beschränkt (Art. 92 Abs. 4 RTVG).⁴⁵

24 Im UBI-Entscheid b.773 vom 28. Dezember 2017 («Berichterstattung über Russland») trat die UBI auf eine Zeitraumbeschwerde gegen die Berichterstattung über Russland von SRF News Online im Zeitraum vom 29. April 2017 bis 12. Juli 2017, gestützt auf Art. 92 Abs. 4 RTVG, nicht ein, da die beanstandeten Online-Beiträge zu Russland nicht ein Wahl- oder Abstimmungsdossier betrafen.⁴⁶

B. Heterogene Natur der Inhalte im üpA

25 In den UBI-Entscheiden b.750 und b.750a vom 21. April 2017 («Schiesserei im Islamzentrum in Zürich») wurde die heterogene Natur von Beiträgen im üpA angesprochen, welche ein Hindernis bei der Überprüfung der Einhaltung des Vielfaltsgebots sein kann.⁴⁷

26 Im betreffenden Fall rügte der Beschwerdeführer (allerdings nicht im Rahmen einer Zeitraumbeschwerde) die Praxis von SRF bei der Erwähnung der Nationalität von Personen im Zusammenhang mit Gewalttaten in verschiedenen (über einen bestimmten Zeitraum hinweg erschienenen) Beiträgen auf der Website von SRF-News sowie einem Teletext-Eintrag. Nach Auffassung der UBI sei eine grundsätzliche (programmrechtliche) Überprüfung anhand der beanstandeten Beiträge, die sich auf Einzelfälle in verschiedenen Publikationen beziehen, nicht möglich.⁴⁸

27 Bei Inhalten im üpA besteht demnach – anders als bei Programmen – kein zusammenhängendes inhaltliches Konzept, sodass die Darstellung der Vielfalt der Ereignisse und Ansichten ausserhalb von Wahl- und Abstimmungsdossiers nur schwer möglich wäre.

34 UBI-Entscheid b.747 vom 12.5.2017, E. 7.4.
 35 UBI-Entscheid b.747 vom 12.5.2017, E. 7.1 und 7.4.
 36 UBI-Entscheid b.755 vom 31.8.2017, E. 3 ff.
 37 Zum Begriff der «Manipulation» z. B. BGE 137 I 344; BGE 131 II 257; BGE 134 I 6; STUDER/MAYR VON BALDEGG (Fn. 29), 216; MASMEJAN (Fn. 27), N 39.
 38 Z. B. BGE 131 II 263; BGE 114 Ib 207; UBI-Entscheid b.755 vom 31.8.2017, E. 5.3; BARRELET/WERLY (Fn. 27), N 895; MASMEJAN (Fn. 27), N 41.
 39 UBI-Entscheid b.755 vom 31.8.2017, E. 6.6.
 40 So das BGer in BGE 131 II 257; BGE 137 I 345; BGE 134 I 6 f. und die UBI z. B. in den Entscheiden b.758 vom 3.11.2017, E. 7; b.764 vom 3.11.2017, E. 4.1. und b.751 vom 31.8.2017, E. 3.1. MASMEJAN (Fn. 27), N 43.
 41 Diese umfassen Inhalte im üpA, welche in einem gesonderten Dossier zum bevorstehenden Urnengang oder in gleichwertigen

Informationsgefässen zusammengestellt und veröffentlicht werden. BBl 2013, 5016.
 42 Dazu bereits BGE 98 Ia 82 und z. B. der aktuelle UBI-Entscheid b.764 vom 3.11.2017, E. 4.2 und 4.3; MASMEJAN (Fn. 27), N 72 f.
 43 Z. B. UBI-Entscheide b.698 vom 5.6.2015, E. 7 und b.733 vom 17.6.2016, E. 7.2; MASMEJAN (Fn. 27), N 69.
 44 MASMEJAN (Fn. 27), N 69.
 45 BBl 2013, 5017.
 46 UBI-Entscheid b.773 vom 28.12.2017, E. 2.
 47 Nach RIEDER (Fn. 22), 35 bestehe bei Inhalten im üpA angesichts der Heterogenität derselben keine grundsätzliche Verpflichtung, die Vielfalt der Ereignisse und Ansichten angemessen zum Ausdruck zu bringen.
 48 UBI-Entscheide b.750 (Online-Beiträge) und b.750a (Teletext-Eintrag) vom 21.4.2017, E. 4.3.

3. Überprüfung gemeinsam mit Sendungen

28 Bereits vor dem 1. Juli 2016 gingen bei der UBI Beanstandungen ein, welche sich nicht nur gegen Radio- und TV-Sendungen, sondern auch die mit ihnen zusammenhängenden Online-Beiträge richteten.⁴⁹ Die UBI ging jeweils so vor, dass sie beide Beanstandungen in einem Entscheid behandelte und sich bezüglich der Online-Beiträge mit Verweis auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. April 2011 (A-6603/2010) für unzuständig erklärte, so z. B. betreffend ein Video auf der Website von SRF zum Abstimmungsdossier über die Erbschaftssteuer⁵⁰ oder den Online-Beitrag «Seniorin geriet bei Wundermittel-Kauf in Lebensgefahr» auf der Website von Radio SRF.⁵¹

29 Seit dem Übergang der Aufsichtszuständigkeit im Bereich des üpA an die UBI wurde die Praxis der gemeinsamen Überprüfung im UBI-Entscheid b.749 vom 12. Mai 2017 fortgesetzt, wo die Behandlung einer Beanstandung gegen einen TV-Sendungsbeitrag und den damit zusammenhängenden Online-Artikel auf der Website der Sendung «Kassensturz» in einem einzigen Entscheid erfolgte.⁵² Es wurde nicht zwischen Sendungsbeitrag und Webpublikation unterschieden, sodass lediglich die Rede von den «Kassensturz-Beiträgen» war.⁵³

30 Demgegenüber wurden bei der Beanstandung eines Teletext-Eintrags und verschiedenen Online-Beiträgen auf der Website von SRF News betreffend die Praxis der Erwähnung der Nationalität von Personen im Zusammenhang mit Gewalttaten separate Entscheide erlassen.⁵⁴

4. Dynamische Ausgestaltung

31 Angesichts der Kurzlebigkeit und Möglichkeit zur Anpassung von Online-Inhalten stellen sich zwei Fragen, und zwar erstens, welche Version eines Beitrags im Falle einer Beanstandung «gilt» und zweitens, welchen Einfluss eine schnelle Entfernung des Beitrags auf das Beanstandungsverfahren vor der UBI hat.

32 Zur ersten Frage enthält die RTVV seit dem 25. Mai 2016⁵⁵ in Art. 28 Abs. 4 eine Bestimmung, wonach nur Beiträge im üpA der Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflicht unterliegen, die unverändert mindestens 24 Stunden publiziert waren. Weiterhin muss die Beanstandung von Online- und sonstigen Beiträgen im üpA nach Art. 92 Abs. 5 RTVG dokumentiert, d. h. die beanstandete Version des Inhalts allenfalls ausgedruckt werden.⁵⁶

49 Z. B. UBI-Entscheide b.713 vom 26.10.2015 und b.701/702 vom 13.3.2015.

50 UBI-Entscheid b.713 vom 26.10.2015, E. 2.5.

51 UBI-Entscheid b.701/702 vom 13.3.2015, E. 4.

52 UBI-Entscheid b.749 vom 12.5.2017.

53 UBI-Entscheid b.749 vom 12.5.2017, E. 3.1, 3.2.

54 Dazu die inhaltlich identischen UBI-Entscheide b.750 und b.750a vom 21.4.2017.

55 Änderung der RTVV vom 25.5.2016, AS 2016, 2151 ff.

56 BBl 2013, 5018.

33 Die zweite Frage stellte sich auch schon bei Sendungen in Radio⁵⁷ und TV,⁵⁸ jetzt aber auch im Zusammenhang mit Online-Beiträgen.⁵⁹ Die UBI setzt bei den Online-Inhalten im üpA der SRG ihre Praxis fort, wonach eine schnelle Reaktion der betreffenden Redaktion (interne Aufarbeitung, Löschung der Inhalte, Möglichkeit einer Gegendarstellung) nichts an der Rechtswidrigkeit der Beiträge ändert, sich ein Massnahmeverfahren nach Art. 89 Abs. 1 RTVG aufgrund der festgestellten Rechtsverletzung aber erübrigt.⁶⁰

V. Würdigung

34 Eine Untersuchung der bisherigen Aufsichtspraxis der UBI zum üpA erlaubt es, einige Besonderheiten von Online- und anderen Inhalten im üpA der SRG herauszudestillieren, und zwar (1.) die heterogene Ausgestaltung,⁶¹ (2.) dynamische Natur⁶² und (3.) geringere Publikumswirkung.⁶³ Während die ersten beiden Eigenschaften auf sämtliche Inhalte des üpA zutreffen, ist dies bei der geringeren Publikumswirkung für Online-Angebote vor dem Hintergrund der Digitalisierung diskutabel.⁶⁴

35 Die Mediennutzung, insbesondere der jüngeren Generation, verlagert sich zunehmend ins Internet.⁶⁵ Aus diesem Grund kommt auch dem Online-Angebot der SRG als Bestandteil ihres Service-public-Auftrags eine immer grössere Bedeutung zu.⁶⁶ Die dem Entscheid b.747 vom 12. Mai 2017 «Putin macht den Cowboy» zugrunde liegende Annahme, dass Online-Inhalten ein geringerer Einfluss auf die Meinungsbildung

57 UBI-Entscheid b.724 vom 11.12.2015, E. 7, betreffend die rasche Löschung eines Beitrags des Lokalradios «Radio Top» zum Winterthurer Strassenfest «Veganmania» aus dem Online-Archiv.

58 UBI-Entscheid b.599 vom 19.6.2009, E. 5, betreffend zwei Beiträge des Nachrichtenmagazins «10 vor 10», die vom Schweizer Fernsehen durch ein Korrigendum auf seiner Website, dem Verlesen dieses Korrigendums in einer nachfolgenden Sendung sowie einem Folgebeitrag berichtigt wurden.

59 UBI-Entscheid b.747 vom 12.5.2017 («Putin macht den Cowboy»), E. 8. SRF News hat im Rahmen des Beanstandungsverfahrens vor der Ombudsstelle eine interne Analyse vorgenommen und das Video von ihrem Facebook-Account entfernt.

60 UBI-Entscheide b.724 vom 11.12.2015, E. 7; b.599 vom 19.6.2009, E. 5 und b.747 vom 12.5.2017, E. 8.

61 Dazu oben IV.2.B.

62 Dazu oben IV.4.

63 Dazu oben IV.1.B.

64 Kritisch gegenüber einer geringeren Publikumswirkung SAXER/BRUNNER, Der Service public, die digitale Revolution und die Medienverfassung, AJP 2018, 33; HETTICH/SHELKER (Fn. 14), 35 f.; KELLERMÜLLER (Fn. 13), 365 f. Ansätze zur Berücksichtigung «neuer Technologieformen» finden sich in BGE 136 I 173.

65 Nach Angaben des Bundesamts für Statistik (Tabelle vom 13.7.2017, BFS-Nr. je-d-16.03.01.03.01) ist der tägliche Fernsehkonsum der 15- bis 29-Jährigen von 1995 bis 2016 in allen Sprachregionen der Schweiz stark zurückgegangen. Gleichzeitig gehen grosse Teile der Bevölkerung Online-Aktivitäten, wie Nachrichten oder Zeitungen im Internet lesen, nach (Tabelle vom 12.2.2018, BFS-Nr. su-d-16.04-omnibus-2017-03). Sämtliche Tabellen sind abrufbar von www.bfs.admin.ch (3.4.2018).

66 Bericht BR 17.6.2016, 88; SAXER/BRUNNER (Fn. 64), 38.

der Nutzer zukomme,⁶⁷ lässt sich im digitalen Zeitalter nur schwer aufrechterhalten.

36 Die fortschreitende Konvergenz der Medienformen erschwert die Zuordnung von Inhalten zu einzelnen Medien (Internet, Radio, TV, Presse).⁶⁸ Weiterhin ist es wenig überzeugend, zur Beurteilung der Publikumswirkung eines Mediums auf formelle Kriterien (zeitliche Ansetzung, einseitige Ausstrahlung, individueller Abruf) und nicht dessen Inhalt abzustellen.⁶⁹ Online-Inhalte sind für die junge Generation angesichts der veränderten Mediennutzung teilweise die primäre Informationsquelle, weshalb deren Einfluss auf die Meinungsbildung entsprechend gross ist.⁷⁰ Die veränderte Rolle von Online-Inhalten in einer digitalen Gesellschaft macht deutlich, dass die Einordnung des Online-Angebots der SRG im komplementär ausgestalteten üpA (Art. 25 Abs. 3 Bst. b RTVG) nicht mehr zeitgemäss ist.

37 Vor diesem Hintergrund sind die Bestrebungen des Bundesrats zu begrüssen, den Leistungsauftrag in Art. 93 Abs. 2 BV im geplanten Gesetz über elektronische Medien (GeM)⁷¹ vektorneutral (gattungsunabhängig) auszugestalten.⁷² Damit könnte dem Online-Angebot der SRG und neu auch demjenigen der regionalen und lokalen Konzessionäre⁷³ eine vollwertige Stellung eingeräumt werden.⁷⁴ Dabei sind allerdings v. a. im Online-Pressebereich die verfassungsrechtlichen Schranken, wie das Gebot der Rücksichtnahme auf die Stellung und die Aufgabe anderer Medien in Art. 93 Abs. 4 BV und die fehlende Verfassungsgrundlage für eine direkte staatliche Presseförderung zu beachten.⁷⁵

Zusammenfassung Seit dem 1. Juli 2016 behandelt die UBI auch Beanstandungen gegen das übrige publizistische Angebot (üpA) der SRG. Die grösste praktische Bedeutung kommt dabei dem Online-Angebot zu. Nach Art. 25 Abs. 3 Bst. b RTVG ist das Online-Angebot im üpA der SRG im Verhältnis zu Radio- und TV-Programmen in komplementärer Weise ausgestaltet, was sich in der Aufsichtspraxis der UBI widerspiegelt. Eine Analyse der aktuellen Entscheide erlaubt es, einige Besonderheiten des üpA herauszudestillieren, und zwar dessen heterogene Ausgestaltung, deren dynamische Natur und die geringere Publikumswirkung. Die komplementäre Ausgestaltung des Online-Angebots der SRG erscheint vor dem Hintergrund des digitalen Wandels nicht mehr zeitgemäss.

67 Dazu oben IV.1.B.

68 HETTICH/SCHELKER (Fn. 14), 117 f.; SAXER (Fn. 14), 696.

69 SAXER/BRUNNER (Fn. 64), 38; HETTICH, Regulierung von audiovisuellen Abrufdiensten (Video on demand) – Nur eine Frage des Nachvollzugs der neuen europäischen Richtlinie 2007/65/EG?, ZBl 2009, 364.

70 SAXER/BRUNNER (Fn. 64), 33.

71 www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/das-bakom/organisation/rechtliche-grundlagen/bundesgesetze/zukuenftiges-gesetzueber-elektronische-medien.html (16.10.2018). Die Vernehmlassung zum neuen Gesetz dauerte vom 21.6. bis 15.10.2018, wobei die Reaktionen der Vernehmlassungsadressaten überwiegend kritisch sind <https://medienwoche.ch/2018/10/14/entwurf-medien-gesetz-bundesrat-erntet-kritik-von-allen-seiten/> (16.10.2018).

72 Zur gattungsunabhängigen Konzeption des Service publics SAXER/BRUNNER (Fn. 64), 38.

73 Diese durften ihr Online-Angebot im Gegensatz zur SRG bislang nur sehr begrenzt mit Empfangsgebühren finanzieren, da eine gesetzliche Grundlage zur Erteilung von entsprechenden Leistungsaufträgen fehlte. Dazu Bericht BR 17.6.2016, 113.

74 Die Möglichkeit der gesetzgeberischen Ausweitung des Leistungsauftrags in Art. 93 Abs. 2 BV bejahen DUMERMUTH, Die Zuständigkeit des Bundes im Bereich der elektronischen Medien nach Art. 93 BV, ZBl 2016, 344, 364 f.; BIAGGINI, (Fn. 17), Art. 93 BV, N 11; BaslerKomm/ZELLER/DUMERMUTH, Art. 93 BV, N 29; St. GallerKomm/GRABER/STEINER, Art. 93 BV, N 12. A.m. SAXER (Fn. 14), 698; HETTICH/SCHELKER (Fn. 14), 112 ff., die eine Verfassungsänderung fordern.

75 Zulässig ist – wenn auch nur in beschränktem Umfang – die indirekte staatliche Presseförderung. BIAGGINI, (Fn. 17), Art. 93 BV, N 16; DUMERMUTH (Fn. 74), 337 f.; HETTICH/SCHELKER (Fn. 14), 48.



Bild: zVg

Mirjam Teitler, Dr. iur, Rechtsanwältin, Rechtskonsultantin des Verbandes Schweizer Medien

Keine Verfassungsgrundlage für eine Bundeskompetenz im Online-Bereich

Ein neues gattungsumfassendes Mediengesetz ist in aller Munde. Aber dem Bund fehlt die Kompetenz, für Internetmedien Fördermassnahmen oder Inhaltsvorgaben zu erlassen. Der Verfassungsgeber hat den Radio- und Fernsehartikel bewusst sehr eng definiert.

Résumé Une nouvelle loi des médias est sur toutes les lèvres. Le DETEC a demandé à l'OFCOM de rédiger un projet dont la régulation des activités en ligne des médias sur Internet semble être la clé de voûte. Mais la Confédération en détient-elle la compétence constitutionnelle? L'analyse de l'auteur montre que les conditions constitutionnelles pour édicter une telle loi ne sont actuellement pas réunies. La Confédération n'est pas compétente pour édicter d'édicter des mesures de promotion ou des directives de contenu en matière de média en ligne; en effet, le constituant a sciemment défini l'article relatif à la radio et la télévision de manière très restrictive. De surcroît, la nécessité d'une nouvelle réglementation est remise en cause. Une démocratie efficiente a surtout besoin d'une presse libre bien encadrée, une absence de censure et une neutralité en ligne. Ces paramètres sont aujourd'hui déjà régis dans des lois spéciales ou peuvent encore être régis dans le cadre de ces lois si cela se révélait nécessaires.

1. Einführung und Ausgangslage

1 Die Digitalisierung führte zu einschneidenden Veränderungen in der Medienlandschaft. Diese Umwälzung hat auch zu einer gesellschaftlichen und politischen Diskussion über die Notwendigkeit und die Ausgestaltung einer allfälligen Medienregulierung geführt. Das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) hat den Diskurs lanciert und das BAKOM mit der Redaktion eines Entwurfs beauftragt. Wie es scheint, wird ein Brennpunkt dieses Gesetzes die Regulierung des Online-Bereiches der Medien im Internet sein. Dabei stellt sich die Frage, ob der Bund dazu überhaupt die verfassungsmässige Kompetenz hat. In der spärlichen Lehre dazu ist diese Frage strittig. Unbestritten ist, dass

der Bund eine ausschliessliche, umfassende und ursprüngliche Kompetenz zur Rechtsetzung im Rundfunkbereich hat. Im Folgenden wird geklärt, ob der Bund im Rahmen der aktuellen Verfassung auch eine Rechtsetzungskompetenz im Online-Bereich hat.

2. Historischer Hintergrund und aktuelle Einordnung

2 Das Internet ist eine fundamentale Innovation. Es ist nicht einfach ein Kanal oder eine fernmeldetechnische Verbreitungsform, sondern ein Medium aufgrund gigantischer Computer-Vernetzung, das Interaktion, ubiquitäre Verbreitung und zielgruppenspezifische und personalisierte Adressierung erlaubt. Das Internet ist die grösste Entwicklung in der Medien-geschichte der letzten Jahrzehnte. Es kann nicht als unabhängige Einheit oder spezielles Geschäft definiert werden. Es ist vielmehr eine weltweite Vernetzung von Millionen von Computern. In den 1980er Jahren, als der Rundfunkartikel redigiert wurde, war in keiner Weise voraussehbar, dass sich durch die Vernetzung einzelner Computer, vor allem zu wissenschaftlichen und militärischen Zwecken in der USA, wenige Jahrzehnte später das revolutionärste interaktive Medium der Geschichte entwickeln würde.¹ Diese Entwicklung konnte der Verfassungsgeber, also das Stimmvolk, nicht in seinen wildesten Träumen voraussehen, und somit auch nicht in die Regelung über Rundfunk und Radio einbezogen haben wollen. Das Stimmvolk kannte als Rundfunk nur die Benutzeroberfläche von Radio

1 GORMAN LYN, MCLEAN DAVID, *Media and Society in the Twentieth Century*, Oxford, 2003, S. 193f.; BLEICHER JOAN KRISTIN, *Poetik des Internets*, Münster, 2009, S. 55 ff.

und Fernsehen und konnte sich unter «anderen fernmeldetechnischen Verbreitungsformen» auch nur kleinere Entwicklungen, die mit der Rundfunkverbreitung zusammenhingen, vorstellen. Erst Ende der 90er Jahre wurde das Internet zum Massenmedium, einige Jahre später begann die breite Kommerzialisierung im Internet und erst Anfang des 21. Jhd. revolutionierte das Internet die Massenkommunikation gänzlich durch die mobilen Endgeräte.² Auch wenn wir uns selber an die Anfänge des Internets mit den Telefonmodems mit ihren Einwählsystemen und der langsamen Datenübertragung erinnern, ist klar, dass sich in den 80er Jahren das Stimmvolk die heutige Entwicklung nicht vorstellen konnte und diese daher auch nicht regeln wollte. Vielmehr war der Volkswille, die Regelung auf den Rundfunkbereich zu beschränken. Für die übrigen Medien sollte auch fortan die Medienfreiheit gelten.

3 Der historische Verfassungsgeber hat einerseits Radio und TV wie auch «andere Formen», also weitere elektronische Medien in Abs. 1 der Verfassungsnorm (Art. 93 BV) einbezogen, dagegen wurden Letztere bei den Absätzen betreffend Leistungsauftrag (Abs. 2, 3 und 5) bewusst nicht einbezogen. Die Botschaft des Bundesrates zum Verfassungsartikel aus dem Jahr 1981 verstand die Kompetenzen wie folgt:

«Es ist zu unterscheiden zwischen Radio und Fernsehen einerseits und anderen Formen der öffentlichen fernmeldetechnischen Verbreitung andererseits. Während Absatz 1 sowohl Radio und Fernsehen als auch die anderen Formen umfasst, beziehen sich die besonderen Vorschriften der Absätze 2–4 nur auf Radio und Fernsehen.»³

4 Trotz einer bedingten Voraussehbarkeit der Entwicklungen unter Experten im Bereich der elektronischen Medien hat sich der Bundesrat bewusst entschieden, ausschliesslich einen Radio- und Fernsehartikel und keine Gesamtmedienkonzeption zu verfassen. «Andere Formen» gemäss Abs. 1 Art. 93 BV sind klar nur solche im Zusammenhang mit der Radio- und Fernsehverbreitung, wie es etwa der Teletext ist. Weiter heisst es nämlich in der bundesrätlichen Botschaft von 1981:

«Der entstehenden Medien-Gesamtkonzeption kommt für die künftige Kommunikations- und Medienpolitik des Bundes grosse Bedeutung zu; deshalb drängt sich die Frage auf, ob es nicht geboten sei, die Vorschläge der Expertenkommission abzuwarten. Radio und Fernsehen könnten so in einem eigentlichen Medienartikel der Bundesverfassung geregelt werden. Nun geben aber die bisherigen Arbeiten der Expertenkommission zu erkennen, dass es keineswegs nur um die Alternative geht, zwischen einem gesonderten Artikel für Radio und Fernsehen und einem Medienartikel zu wählen. Im Hinblick auf eine «Gesamtlösung» sind auch andere verfassungsrechtliche Regelungen denkbar. Das und die eindeutigen Vernehmlassungsergebnisse [die Parteien und Verbände sagten bewusst nur zum Radio und Fernsehartikel ja], vor allem aber auch die Dringlichkeit, endlich zu einer ausreichenden Verfassungsgrundlage zu gelangen, veranlassten

den Bundesrat, die Schaffung eines gesonderten Verfassungsartikels für Radio und Fernsehen voranzutreiben.»⁴

5 Überdies ist unbestritten, dass das Internet in seiner heutigen Form, bei der sich die gesamte Presse wie auch nicht voraussehbare Medienformen vor allem elektronisch verbreiten, in keiner Weise voraussehbar war. Vielmehr haben sich die äusseren Umstände so umfassend verändert, dass vor einem neuen Gesetz dafür eine entsprechende Verfassungsgrundlage geschaffen werden muss.

6 Eine weitgehende Regulierung der elektronischen Medien im Internet oder der Gebühreneinsatz für Internetauftritte rechtfertigt sich nicht, weil die historische Grundlage, die Frequenzknappheit und die enormen Produktionskosten im Internet weggefallen sind.⁵ Der technische Fortschritt würde – wenn schon – viel mehr für eine Deregulierung im Fernseh- und Radiobereich sprechen, da heute jedermann im Internet ohne Konzession und ohne grossen Aufwand Fernsehen, Radio oder andere Medieninhalte produzieren und verbreiten kann.

7 Fest steht, dass der Gesetzgeber gerade keine Presseregulierung wollte – und zwar weder für die klassische Presse noch für die netzgebundenen Formen ohne Programm i.S.v. Art. 2 lit. a RTVG. Deshalb ist eine solche bewusst nicht in der Bundesverfassung vorgesehen (qualifiziertes Schweigen). Viele Projekte, die allenfalls von einem neuen Mediengesetz erfasst werden könnten, sind presseähnlich und daher klar von Art. 93 BV nicht erfasst. 1984 war nicht voraussehbar, dass sich langfristig der gesamte Pressebereich ins Internet verschieben wird so wie ein gänzlich neues Medium entstehen würde. Klar geht aus den historischen Dokumenten jedoch hervor, dass mit «anderen Formen» nur Formen von rundfunkähnlichen Programmen, wie z. B. Teletext oder Video on Demand⁶, erfasst sind, nicht dagegen die Presse oder Internetmedien, deren Freiheiten durch die Grundrechte und den Fernsehartikel⁷ geschützt werden.

8 Daher sind im Radio und Fernsehgesetz (RTVG), das die Konkretisierung des Radio- und Fernsehverfassungsartikels ist, nur Sachverhalte geregelt, die Rundfunkprogrammen zuzuordnen sind. Ist dies nicht der Fall, wie beim Internet, so sind die technischen Belange im FMG geregelt (Art. 1 Abs. 1 letzter Satz RTVG und Art. 2 Abs. 1 FMG), während die (publizistischen) Inhalte gerade nicht reguliert, sondern von der Medien- und Meinungsäusserungsfreiheit geprägt sind:

Art. 1 Abs. 1 RTVG:

«Dieses Gesetz regelt die Veranstaltung, die Aufbereitung, die Übertragung und den Empfang von Radio- und Fernsehprogrammen. Soweit in diesem Gesetz nichts anderes vorgesehen ist, richtet sich die fernmeldetechnische Übertragung von Programmen nach dem Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG).»

4 BBI, 1981, 920. Der oben zitierte Text ist in Kapitel 132.3 der Botschaft unter dem Titel «Medienartikel oder Verfassungsartikel über Radio und Fernsehen?» verfasst und wird klar mit dahingehend beantwortet, dass man nur einen Radio- und Fernsehartikel verfassen will.

5 HETTICH, PETER; SCHELKER, MARK: Medien im digitalen Zeitalter, St. Gallen, 2016, S. 29.

6 HETTICH, PETER: Video on Demand, ZBI 2009, S. 349 ff., 355.

7 Art. 93 Abs. 3: Gebot der Rücksichtnahme auf die private Presse.

2 GORMAN LYN, MCLEAN DAVID, Media and Society in the Twentieth Century, S. 195 ff.

3 BBI, 1981, 941.

- 9 Der Gesetzgeber unterstellte dem RTVG nur, was unter dessen Programmbegriff fällt:

Art. 2 lit. a RTVG:

«Programm: Folge von Sendungen, die kontinuierlich angeboten, zeitlich angesetzt und fernmeldetechnisch übertragen werden sowie für die Allgemeinheit bestimmt sind.»

- 10 Mit dieser Formulierung hat sich der Gesetzgeber für eine Liberalisierung der Regulierungsdichte entschieden, denn das stärkere Regulierungsregime des RTVG findet nun lediglich noch mit Bezug auf die Programme statt; im Zweifel ist in Grenzfällen eher von einer Fernmelde-Dienstleistung auszugehen. So fällt beispielsweise «Teleblocher», eine einzelne im Internet vertriebene audio-visuelle Publikation, die der Laie wohl als Sendung bezeichnen würde, nicht unter den Programmbegriff des RTVG, weil das Format nicht in ein Programm, also eine Folge von Sendungen, eingebettet ist:

«Massgeblich ist somit der Begriff des Programms; darunter ist eine Folge von Sendungen zu verstehen, die kontinuierlich angeboten, zeitlich angesetzt und fernmeldetechnisch übertragen werden sowie für die Allgemeinheit bestimmt sind (Art. 2 lit. a RTVG); eine Sendung ist ein formal und inhaltlich in sich geschlossener Teil eines Programms (Art. 2 lit. b RTVG). Der Programmbegriff setzt voraus, dass es sich um ein kontinuierliches Angebot handelt; ausgeklammert vom Geltungsbereich des RTVG sind demgemäss solche Inhalte, die Anbieter nur sporadisch an die Öffentlichkeit richten, weil entsprechende Angebote keine Publikumsbindung zu entfalten vermögen. Das Kriterium der zeitlichen Ansetzung bedeutet, dass das Publikum keinen Einfluss auf Ausstrahlungszeitpunkt und Reihenfolge des Sendungsangebots haben darf, die vom Veranstalter programmiert werden. Mit anderen Worten hat der Zuschauer lediglich die Möglichkeit, ein laufendes Programm ein- oder auszuschalten.»⁸

- 11 Überdies ist zwischen der Gesetzgebungskompetenz und der eigentlichen Regulierung bzw. den Eingriffsmitteln zu unterscheiden: Inhaltliche Vorgaben, damit verbundene Förderungsmassnahmen und Konzessionierungen sind nur für Radio und Fernsehen möglich (Art. 93 Abs. 2, 3 und 5) – nicht dagegen für andere Formen elektronischer Medien⁹. Dies bedeutet, dass der Bund auf keinen Fall die Kompetenz hat, Inhaltsvorgaben oder Förderungsmassnahmen im Online-Bereich zu erlassen.

8 WEBER, ROLF, Handkommentar zum RTVG, Bern 2008, Art. 1, N. 12 ff.

9 GRABER, CHRISTOPH; STEINER THOMAS: BV93, St. Galler Kommentar zu Art. 93, N 6; SAXER URS: Die Online-Aktivitäten der SRG und ihre rechtlichen Grenzen, sic! 2011, S. 639 ff., S. 698; HETTICH, PETER; SCHELKER, MARK: Medien im digitalen Zeitalter, St. Gallen, 2016, S. 45 ff.

3. Standpunkt Dumermuth

- 12 Gemäss Martin Dumermuth¹⁰, dem früheren Chef des BAKOM und heutigen Vorsteher des Bundesamtes für Justiz, ergibt sich aus dem Radio- und Fernsehartikel (Art. 93 BV) eine umfassende Zuständigkeit für Online-Normierungen. Begründet wird dies damit, dass nach dem Verfassungswortlaut auch die Regelung sogenannt «anderer Formen der fernmeldetechnischen Verbreitung von Darbietungen und Informationen» eine Bundeszuständigkeit sei, so auch das Internet. Ziel des Verfassungsartikels sei damals (1984) gewesen, eine Norm zu schaffen, die künftige Entwicklungen erfassen könne. Der Tatbestand sei bewusst offen formuliert worden.

- 13 Gemäss Dumermuth haben technische Anknüpfungspunkte an Bedeutung für die rechtliche Anknüpfung verloren. Er geht von einer funktionalen Ausrichtung der Verfassungsbestimmung aus. Daraus folgert Dumermuth, ob etwas unter die Regelung von Art. 93 Abs. 1 BV falle, hänge davon ab, ob der Übertragungsdienst eine entsprechende staats- und gesellschaftspolitische Funktion erfülle.

- 14 Dumermuth leitet, gestützt auf ein sehr weites Verständnis der anderen Verbreitungsformen, eine umfassende Handlungsmöglichkeit des Gesetzgebers ab. Zu den denkbaren Instrumenten zählen: Leistungsaufträge, Fördermassnahmen im Online-Bereich, die Definition von inhaltlichen Mindeststandards für subventionierte Medien [Inhaltskontrolle der Medien!], Regelungen der Verbreitungs- bzw. Übertragungsebene, «sofern es um die Verwirklichung von medienpolitischen Zielen geht – etwa um die Sicherung kommunikativer Chancengerechtigkeit», aber auch Zugangsrechte zu Netzen, Regelungen medienpezifischer Fragen der Netzneutralität oder Regelungen über «Kommunikationsmittel», die der eigentlichen Mediennutzung vor- oder nachgelagert sind, wie Plattformen, die in der Distributionskette zwischen Anbietern und den Rezipienten von Inhalten stehen und selbstverständlich auch die Erhebung von Abgaben zur Finanzierung von medialen Leistungen in Erfüllung von Leistungsaufträgen.

- 15 Er weist zwar darauf hin, dass grundsätzlich die Gehalte der Medien- und Meinungsfreiheit, aber auch der Wirtschaftsfreiheit zu beachten sind, sieht aber gerade auch in diesen Grundrechten eine Grundlage für einen Handlungsauftrag des Bundes. Er weist darauf hin, dass die Sicherung der staats- und demokratiepolitischen Funktion der gesamten Medien auch eine Aufgabe des Gesetzgebers sei. Dumermuth vertritt die Auffassung, dass ein restriktives Verständnis des Leistungsauftrags zur Folge habe, dass sonst keine Massnahmen zur Sicherung der Meinungsvielfalt und der kommunikativen Chancengleichheit möglich seien. Der Leistungsauftrag stelle zu einem erheblichen Teil auch die Konkretisierung einer objektiv-rechtlichen Grundrechtsdimension dar.

- 16 Zusammenfassend hält Dumermuth zwar fest, dass zum Entstehungszeitpunkt der Verfassungsnorm (1984) das Internet noch nicht existiert habe. Er tritt aber für eine extensive Auslegung der «anderen Formen der fernmeldetechnischen Verbreitungen» ein und leitet daraus eine Bundeskompetenz im Be-

10 DUMERMUTH, MARTIN: Die Zuständigkeit des Bundes im Bereich der elektronischen Medien nach Art. 93 BV, ZBI 117/2016, S. 335.

reich Online-Medien ab. Überdies befürwortet er auch den Ausbau des staatlichen Leistungsauftrags auf den Online-Bereich.

4. Zwischenfazit

17 Wie oben erwähnt, beruft sich Dumermuth neben dem Rundfunkartikel auf die Medien- und Wirtschaftsfreiheit. Diese Grundrechte schaffen aber auf Verfassungsstufe gerade einen publizistischen und wirtschaftlichen Freiraum für die Medien, aufgrund dessen mediale Eigenständigkeit und Selbstverantwortung die Regel, staatliche Interventionen demgegenüber die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme darstellen.¹¹ Aus dem rundfunkspezifischen Verfassungsartikel und aus Freiheitsrechten, welche die Medienfreiheit verbriefen, eine Rechtfertigung für eine allgemeine Regelungszuständigkeit in der Medienpolitik herzuleiten, ist gewagt und juristisch falsch. Grundrechte sind Abwehrrechte, die den Staat in Schranken weisen und grundsätzlich Interventionen im geschützten Freiheitsbereich untersagen.

5. Standpunkt Saxer

18 Urs Saxer stellt sich in seinem Aufsatz zur Online-Zuständigkeit des Bundes¹² auf den Standpunkt, dass mit der gültigen Verfassung (Art. 93 BV) den Entwicklungen im Bereich elektronische Medien auf Gesetzesebene nicht ohne Weiteres gefolgt werden kann, sondern dass es vorab einer Anpassung der Verfassung bedürfe oder allenfalls einer dringlichen Gesetzgebung.¹³

19 Saxer stellt fest, dass der Bundesgesetzgeber im Rundfunkbereich eine umfassende Gesetzgebungskompetenz habe. Dagegen fehlen dem Bund im Pressebereich solche Kompetenzen. Dies bedeutet, dass er der Presse keinen Leistungsauftrag formulieren und keine inhaltlichen Vorgaben erlassen darf. Die heutige Verfassung trenne klar zwischen Print und Rundfunk. Derartige Unterscheidungen werden allerdings in Zeiten der Konvergenz zunehmend obsolet: Rundfunk, Print und Online greifen ineinander über. Daher passe der altväterisch wirkende Rundfunkartikel mit seinen eher paternalistischen Anliegen im Leistungsauftrag immer weniger in die sich rapide ändernde Medienlandschaft und beginne möglicherweise, auch dysfunktional zu wirken. Vermag nun aber ein aktualisiertes Verständnis des Rundfunkartikels diese neuen Entwicklungen auch kompetenzmässig über die Gattungsgrenzen hinweg aufzufangen, insbesondere im Online-Bereich? Im Ergebnis bezweifelt dies Saxer. An der Rechtslage hat sich – trotz der faktischen Konvergenz – nichts geändert, obschon sich der historische Hintergrund, mit den früher sehr begrenzten Frequenzen sowie dem einst gänzlichen Monopol der SRG im Rundfunkbereich, verändert habe.

20 Saxer prüft im genannten Aufsatz, ob die heutigen medialen Online-Aktivitäten unter den Begriff «*fernmeldetechnische Verbreitung von Darbietung und Informationen*» fallen und dem Bund daher eine implizite Regelungskompetenz zustehe und argumentiert wie folgt:

- Marginale: In der Marginale der Verfassungsnorm sind nur Radio und Fernsehen erwähnt. Daher beziehe sich der auf die Marginale folgende Artikel selbstverständlich nur auf diese Verbreitungsformen. Insbesondere auch, weil ein Medium, wie das Internet, zu Zeiten der Redaktion des Verfassungsartikels gar nicht im Visier des Gesetzgebers gewesen sei. Vielmehr seien das höchste Mass an Vorstellung, was unter «*anderen Verbreitungsformen*» zu verstehen sei, Formen wie etwa der Teletext – der sich nicht durchgesetzt habe – gewesen.
- Begriffliche Unklarheiten: Nicht klar ist, wie die Begriffe «*Information und Darbietung*» auszulegen seien, beispielsweise, ob nur rundfunkähnliche oder auch presseähnliche Erzeugnisse oder sogar auch Informationsportale von Stiftungen, Unternehmen und staatlichen Organen unter den Begriff fallen.
- Ebenso fehlt es diversen Internet-Portalen an einer programmässigen Ausgestaltung.

21 Teils sind die Portale interaktiv ausgestaltet, was eine klare Trennung von Programmveranstalter und Empfänger verunmöglicht, wobei aber der Programmveranstalter Adressat des Leistungsauftrags ist und Autorität über den Programminhalt haben muss.

22 Bei Social-Media-Plattformen ist der Inhalt User-Generated-Content, der nicht von einem Gatekeeper verwaltet wird und daher nicht unter Art. 93 BV falle. Dennoch führt der Bundesrat in seinem Social-Media-Bericht aus: «Für die öffentliche Kommunikation auf Social-Media-Plattformen kann sich der Bund auf Art. 93 Abs. 1 BV stützen. Diese Verfassungsbestimmung bezeichnet die Gesetzgebung über die öffentliche fernmeldetechnische Verbreitung von Darbietungen und Informationen als Sache des Bundes. Diesen Plattformen kann der Bund inhaltliche Vorschriften machen. Leistungsaufträge fliessen zwar für sie – anders als für Radio und Fernsehen – nicht unmittelbar aus der Verfassung (Art. 93 Abs. 2 BV). Dem Bund stehe es aber frei, den anderen Formen öffentliche fernmeldetechnische Verbreitung von Darbietungen und Informationen auf dem Wege der Gesetzgebung inhaltliche Vorgaben zu machen.»¹⁴ Diese Äusserungen des Bundes in seinem Social-Media-Bericht sind strikt abzulehnen, da sich der Bund hier eine Kompetenz anmasst, ohne entsprechende demokratische Legitimation.

23 Kein Geltungsbereich des Leistungsauftrags für mediale Online-Angebote: Der klare Wortlaut des verfassungsmässigen Leistungsauftrags (Art. 93 Abs. 2 BV) limitiert den Anwendungsbereich der inhaltlichen Vorgaben eindeutig auf den Rundfunkbereich.

11 HETTICH, PETER; SCHELKER, MARK: Medien im digitalen Zeitalter, St. Gallen, 2016, S. 47f.

12 SAXER, URS: Die Online-Zuständigkeit des Bundes; AJP 2017, S. 334–350.

13 SAXER, URS: Medienförderung ohne Verfassungsgrundlage, NZZ vom 30. Juli 2017.

14 Rechtliche Basis für Social Media – Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Amherd 11.3912 vom 29.9.2011, vom 9.10.2013, 73; <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-50504.html> (Abruf 3.12.2016).

24 Zusammenfassend fehlen gemäss Saxer heute klar die verfassungsmässigen Grundlagen für eine umfassende Steuerung aller Medien. Die heutige Verfassung bietet nur Raum für die Regelung des Rundfunkbereichs, zu welchem das heutige Internet nicht gezählt werden kann. Schliesslich waren die heutigen Entwicklungen zur Zeit des Erlasses des Radio- und Fernsehartikels nicht vorhersehbar.

6. Fazit

25 Die Regierung sowie Exponenten aus Politik und Öffentlichkeit plädieren im Medienbereich für eine regulatorische Gesamtlösung, die über den linearen Rundfunkbereich hinausgehen soll. Aufgrund der heutigen Medienkonvergenz ist dieses Ansinnen nachvollziehbar. Die obige Analyse zeigt aber, dass heute die verfassungsmässigen Voraussetzungen für den Erlass eines gattungsumfassenden Mediengesetzes nicht gegeben sind. Dumermuth kann nur aufgrund einer sehr extensiven Auslegung der Verfassung solche Massnahmen konstruieren. Seine These ist daher verfassungsrechtlich mehr als problematisch. Immerhin anerkannte auch der Bundesrat nach der RTVG-Abstimmung, dass vor einer weiteren Regulierung eine umfassende Service-public-Debatte erforderlich sei.

26 Überdies ist sehr umstritten, ob es überhaupt eine neue Regulierung braucht. Grundsätzlich benötigt die funktionierende Demokratie vor allem eine freie Presse mit guten Rahmenbedingungen, beispielsweise zuverlässige und erschwingliche Zustellungsmöglichkeiten, keine Zensur und im Online-Bereich Netzneutralität. Diese Parameter sind aber schon heute in den entsprechenden Spezialgesetzen geregelt oder können in diesen – falls es notwendig werden sollte – zusätzlich geregelt werden.¹⁵ Dafür braucht es kein Mediengesetz.

27 Es ist juristisch unbestritten, dass der Bund keine pressepolitischen Kompetenzen besitzt und ebenso unbestritten ist, dass presseähnliche Informationen und Darbietungen nicht dem Rundfunk-, sondern dem Pressebereich zuzuordnen sind, auch wenn sie im Netz abrufbar sind. Hätte der Bund die Presse tatsächlich regulieren wollen, wäre ihm dies bei der Einführung des Rundfunkartikels oder auch in einem späteren Zeit-

punkt freigestanden. Bis heute war dies dem Souverän als Verfassungsgeber aber kein Bedürfnis. Dies zeigt sich auch in der Tatsache, dass sämtliche Normen des RTVG an den Programmbegriff, wie es ihn nur im linearen Rundfunk gibt, anknüpfen. Das RTVG, das eine Konkretisierung des verfassungsmässigen Leistungsauftrags ist, enthält keinerlei Normierung von Medien ohne Programm, wie dies im Internet üblich ist. Neben den eher rechtsdogmatischen Fragen würde es unserem direkt-demokratischen Staatsverständnis widersprechen, wenn so massive medienpolitische Umwälzungen ohne Befragung des Souveräns durchgesetzt würden. Schliesslich konnte sich die Schweizer Bevölkerung letztmals 1984 im vordigitalen Zeitalter zu einem medienpolitischen Grundsatz äussern. Die 2015 nur sehr knapp angenommene RTVG-Gebühren-Abstimmung und die heftig geführte No-Billag-Debatte lassen dagegen erahnen, dass Volk und Stände das Bedürfnis nach einem medienpolitischen Grundsatzentscheid haben.

Zusammenfassung Ein neues gattungsumfassendes Mediengesetz ist in aller Munde. Das UVEK hat das BAKOM mit der Redaktion eines Entwurfs beauftragt, in dessen Brennpunkt die Regulierung des Online-Bereiches der Medien im Internet zu stehen scheint. Doch hat der Bund dazu überhaupt die verfassungsmässige Kompetenz? Die Analyse der Autorin zeigt, dass heute die verfassungsmässigen Voraussetzungen für den Erlass eines solchen Gesetzes nicht gegeben sind. Dem Bund fehlt die Kompetenz, für Internetmedien Fördermassnahmen oder Inhaltsvorgaben zu erlassen, denn der Verfassungsgeber hat den Radio- und Fernsehartikel bewusst sehr eng definiert. Überdies ist umstritten, ob es eine neue Regulierung braucht. Die funktionierende Demokratie benötigt vor allem eine freie Presse mit guten Rahmenbedingungen, keine Zensur und im Online-Bereich Netzneutralität. Diese Parameter sind aber schon heute in den entsprechenden Spezialgesetzen geregelt oder können in diesen, falls es notwendig werden sollte, zusätzlich geregelt werden.

15 So z. B. im Post- und Fernmeldegesetz sowie im RTVG.



Bild: ZVG

Oliver Sidler, Dr. iur., Rechtsanwalt, Zug

Das neue Bundesgesetz über elektronische Medien

Ein Überblick über das Gesetzesvorhaben und eine erste Einschätzung

Résumé La loi sur la radio et la télévision doit être remplacée par une loi fédérale sur les médias électroniques. Le projet envoyé en consultation par le Conseil fédéral prévoit une réglementation extensive du mandat de service public de la SSR. C'est une commission qui sera désormais compétente pour l'octroi de la concession SSR ainsi que pour la conclusion des mandats de prestations et la répartition des subventions. Il n'est pas prévu de règlement en fonction de la technologie utilisée (distinction entre la diffusion terrestre par voie hertzienne et la diffusion sur des lignes). Des médias électroniques qui ne proposent plus uniquement d'offres en lien avec la radio et la télévision, mais également à la demande, reçoivent désormais un soutien financier. Le domaine d'application de la nouvelle loi a donc changé quelque peu par rapport la loi sur la radio et la télévision.

I. Überblick

- 1 Mit Spannung wurde es erwartet, das neue Mediengesetz, das sich nun «Bundesgesetz über elektronische Medien» nennt. Die Erwartungen waren gross, vielleicht zu gross.
- 2 Was ist neu gegenüber dem geltenden Radio- und Fernsehgesetz? Ausführlicher geregelt wird der Service-public-Auftrag der SRG. Neu soll eine Kommission für die Erteilung der SRG-Konzession sowie für den Abschluss von Leistungsvereinbarungen und die Erteilung von Förderbeträgen zuständig sein. Verzichtet wird auf technologieabhängige Regulierung (Unterscheidung nach drahtlos-terrestrischer Verbreitung und Verbreitung über Leitungen). Finanziell unterstützt werden neu elektronische Medien, welche nicht wie bisher nur linear im Sinne von Radio und Fernsehen, sondern auch auf Abruf angeboten werden. Der Geltungsbereich des neuen Gesetzes hat gegenüber dem Radio- und Fernsehgesetz einige Veränderungen erfahren. Ich werfe somit zunächst einen Blick auf den Geltungsbereich und die Zweckbestimmung des neuen Gesetzes.

II. Geltungsbereich und Zweckbestimmung

- 3 Mit der Bezeichnung im Gesetzestitel («elektronische Medien») sind Medienangebote gemeint, die fernmeldetechnisch übertragen werden und für die Allgemeinheit bestimmt sind. Damit lehnt sich das Gesetz an Art. 93 BV an, in dem es den Begriff der «elektronischen Medien», der traditionell für Radio und Fernsehen gebraucht wird, verwendet. Erweitert wird der Begriff dahingehend, dass nicht nur zeitlich angesetzte Angebote, sondern auch Angebote, die nicht zeitlich angesetzt sind, darunterfallen.
- 4 Unter das Gesetz fallen Medienangebote der SRG, Medienangebote, die Gegenstand einer Leistungsvereinbarung sind sowie schweizerische Fernsehprogramme. Als Medienangebote gelten elektronische Medien, die fernmeldetechnisch übertragen werden und für die Allgemeinheit bestimmt sind. Die Definition der elektronischen Medien ist im Zweckartikel (Art. 1 Abs. 2) wohl eher atypisch an dieser Stelle aufgeführt. Radioprogramme werden nicht mehr separat aufgeführt und werden vom Gesetz auch nicht weiter erfasst, sofern diese nicht Leistungsvereinbarungen abschliessen. Reine Audioangebote fallen somit nur unter das Gesetz, wenn sie Gegenstand von Leistungsvereinbarungen sind. Audiovisuelle Angebote, seien sie linear oder nicht linear verbreitet, werden auch ohne Leistungsvereinbarungen vom Gesetz erfasst, sofern diese Angebote nach dem geltenden internationalen Recht der schweizerischen Rechtshoheit unterliegen (Art. 2 Abs. 2 E-BGeM). Das sind audiovisuelle Angebote, die linear ausgestrahlt werden (Fernsehprogramme), wenn die Niederlassung des Veranstalters in der Schweiz ist, Frequenzen oder Satellitenkapazitäten, die vom schweizerischen Regulator zugeteilt werden, genutzt werden oder aber eine Aufwärtsverbindung zu einem Satelliten genutzt wird, die sich in der Schweiz befindet (vgl. Art. 5 EGÜF).
- 5 Elektronische Medienangebote werden vom neuen Gesetz erfasst, wenn sie von einer Organisation, welche die Auswahl, den Inhalt und die Gestaltung des Medienangebots bestimmt, angeboten werden. Das Gesetz geht bei der Verwendung des Begriffes «Medien» davon aus, dass diese immer von einer Or-

ganisation angeboten werden. Der Medienbegriff, wie er sonst im Recht, z. B. im Strafrecht, verwendet wird, kennt keine diesbezügliche Einschränkung. Die Verwendung des Begriffs «Medien» im Schweizer Recht bedarf noch einiger Klärung.

III. Mindestanforderungen

6 Die Mindestanforderungen («Programmbestimmungen» gemäss geltendem Recht) an die Medienangebote sind nun von allen Anbietern zu erfüllen. Die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen und vorgängig die Ombudsstellen werden somit künftig nicht nur das SRG-Online-Angebot, sondern sämtliche Online-Medienbeiträge, die vom Gesetz erfasst werden, auf Beanstandung hin auf ihre Übereinstimmung mit den Mindestanforderungen zu überprüfen haben. Erweitert wird der Katalog der Mindestanforderungen um Medienbeiträge, die diskriminieren, zum Hass gegen bestimmte Gruppierungen oder Angehörige einer Gruppierung aufrufen. Diese Bestimmung geht über den Geltungsbereich der Strafbestimmung von Art. 261^{bis} StGB (Rassendiskriminierung) hinaus. Auch die Jugendschutzbestimmungen werden gegenüber dem geltenden Recht erweitert und neu auf nicht linear gesendete Medienangebote angewendet.

IV. Finanzierung

7 Finanziert wird das System der elektronischen Medien weiterhin privat- und öffentlich-rechtlich.

8 Die Bestimmungen zur privatrechtlichen Finanzierung – Werbung und Sponsoring – entsprechen zum grössten Teil der bisherigen Regelung. Die zeitliche Begrenzung sowie die zeitliche Ansetzung von Werbung werden nur in Bezug auf lineare Medienangebote beschränkt. In den Radioprogrammen und in den nicht linearen Medienangeboten der SRG ist Werbung verboten. Wie bisher ist Eigenwerbung möglich. Dem Bundesrat wird die Kompetenz gegeben, weitere Einschränkungen in Bezug auf die Werbung und das Sponsoring in den Medienangeboten der SRG vorzunehmen, wobei er dabei insbesondere die Entwicklung des Werbemarktes und die Interessen der anderen Medienunternehmen berücksichtigen muss.

9 Neben der SRG werden Medienangebote mit Leistungsvereinbarungen, insbesondere mit regionalen Informationsleistungen oder Medienangebote für bestimmte Bevölkerungsgruppen sowie partizipative Medienangebote, gefördert. Dabei wird kein Unterschied zwischen linearen und nicht linearen Angeboten, d. h. zwischen Radio und Fernsehen sowie audiovisuellen Online-Angeboten, gemacht. Neu hat der Bundesrat die Kompetenz, bei der Festlegung der Höhe der Abgabe (Gebühren) an die SRG einen Maximalbetrag für die kommerziellen Einnahmen festzulegen. Auch bei der Verwendung des Abgabeanteils möchte der Bundesrat mitreden, indem er einerseits den Anteil der Abgabe für die Information, als auch die besten Co-Produktionen in den Bereichen Unterhaltung und Sport mit anderen schweizerischen Medienanbietern festlegen kann.

V. Leistungsauftrag und Leistungsvereinbarungen

10 Quasi als Antwort auf die medienpolitische Debatte, die zur No-Billag-Initiative geführt wurde, regelt das neue Gesetz den Leistungsauftrag der SRG detailliert und umfassend. Die Anweisungen lesen sich stellenweise wie ein Programmhandbuch. Interessant wird sein, wie sich in der Praxis Service-public-Unterhaltung von kommerziellen Angeboten zu unterscheiden vermag. Oder die Aufzählung zur Sportberichterstattung, die so umfassend ist, dass sie auch weggelassen hätte werden können. Der Leistungsauftrag der SRG bietet viel Stoff für die parlamentarische Debatte. Im Übrigen enthält der Auftrag an die SRG die bereits in letzter Zeit vorgetragenen Bedürfnisse, wie beispielsweise die Zusammenarbeit mit Dritten, Zurverfügungstellen von Inhalten und Zugang zum Archiv etc.

11 Die neuen Leistungsvereinbarungen mit anderen Medienanbietern lehnen sich an das heute geltende Gebührensplitting an, sind aber nicht so starr geregelt. So werden beispielsweise die geografischen Versorgungsgebiete nicht mehr vorgegeben; der Bundesrat definiert aber weiterhin Gebiete, für die eine Leistungsvereinbarung abgeschlossen werden kann. Gefördert werden nicht wie bisher lokale und regionale Radio- und Fernsehveranstalter mit umfassenden lokalen oder regionalen Informationen, sondern allgemein Medienangebote (linear oder nicht linear), die einen besonderen Beitrag zur demokratischen Meinungs- und Willensbildung, zur kulturellen Teilhabe und zur gesellschaftlichen Integration, bezogen auf den lokalen, regionalen oder sprachregionalen Raum, anbieten. Gefördert werden sollen Generalistenangebote für ein breites Publikum, Angebote für spezifische Interessen gesellschaftlicher oder kultureller Gruppen als auch partizipative Medienangebote für gesellschaftliche oder kulturelle Gruppen mit Einbezug des Publikums in Produktion und Inhalt.

VI. Neue Behördenzuständigkeit

12 Die Zuständigkeiten der Behörden sollen ebenfalls neu geregelt werden: Eine neu geschaffene Kommission für elektronische Medien (KOMEM), welche aus fünf bis sieben unabhängigen Sachverständigen bestehen soll, erteilt künftig die SRG-Konzession, schliesst Leistungsvereinbarungen mit Medienanbietern ab, erteilt Förderbeiträge an andere Medien und ist auch zuständig für die indirekte Medienförderung (Unterstützung von Nachrichtenagenturen, Selbstregulierungsorganisationen der elektronischen Medien und Weiterbildung etc.). Aufgeführt wird im Begleitbericht exemplarisch der Presserat als möglicher Empfänger von Förderbeiträgen. Eine breitere finanzielle Abstützung dieser wichtigen Institution ist zu begrüssen. Das Geld aus dem Gebührentopf müsste wohl auf die Förderung des schweizerischen Journalismus und der Selbstregulierungsorganisation im Bereich der elektronischen Medien beschränkt werden.

13 Dem Bundesamt für Kommunikation, welchem bisher diese Aufgaben, soweit sie bereits im alten Gesetz enthalten waren, vorbehalten waren, bleibt die allgemeine Aufsicht über die Einhaltung des Gesetzes. Die Prüfung des Inhalts von Medienbeiträgen (die heutige Programmaufsicht) bleibt weiterhin bei der unabhängigen Beschwerdeinstanz bestehen. Die diesbezüg-

lichen Regelungen als auch die vorangelaagerten Ombudsstellen (neu sollen diese auf die vier Sprachräume zusammengelegt werden) bleiben gleich.

VII. Ausblick

- 14 Der Gesetzesentwurf kommt schwerfällig daher, und die Auseinandersetzung mit dem Begrifflichen bereitet dem Leser anfänglich Mühe.
- 15 Die Erwartungen an das neue Gesetz waren hoch. Erfüllt werden konnten sie nicht, denn der Verfassungsauftrag von Art. 93 BV lässt keine umfassende Regelung sowohl von Radio und Fernsehen als auch sämtlichen Online-Angeboten zu. Immerhin sind die audiovisuellen Inhalte, die fernmeldetechnisch verbreitet werden, vom Verfassungsartikel erfasst. Dazu gehören die nun neu zu regulierenden nicht linearen Medienangebote. Zu Recht geht der Entwurf davon aus, dass der Verbreitungskanal, d. h. die technische Seite der Verbreitung, nicht als taugliches Abgrenzungskriterium für die Regulierung genügen darf. Der Entwurf ist somit richtigerweise technologieneutral ausgestaltet.
- 16 Lohnt sich nun der ganze Aufwand? Braucht es ein neues Gesetz, nur um audiovisuelle Angebote, die nicht linear online angeboten werden, zu fördern? Braucht es eine neue Kommission, welche Fördererbeiträge verteilt und Leistungsvereinbarungen mit den Anbietern abschliesst? Vielleicht hätte eine sanfte Revision des Radio- und Fernsehgesetzes genügt, um die Anliegen der No-Billag-Debatte und den Umfang des von der SRG zu erbringenden Service-public-Angebots regeln zu können. Der vorliegende Gesetzesentwurf enthält zur Förderung von elektronischen Online-Angeboten interessante Gedanken. Diese machen aber nur dann Sinn, wenn Online-Angebote, die nicht als elektronische Medien gelten, mit eingeschlossen werden. Dazu fehlt aber zurzeit die Verfassungsgrundlage. Wäre es nicht an der Zeit, diese zu schaffen und dann ein schlankes Gesetz zur Medienregulierung auszuarbeiten?

Zusammenfassung Das Radio- und Fernsehgesetz soll durch ein Bundesgesetz über elektronische Medien abgelöst werden. Der vom Bundesrat in die Vernehmlassung geschickte Entwurf sieht eine ausführliche Regelung des Service-public-Auftrags der SRG vor. Neu soll eine Kommission für die Erteilung der SRG-Konzession sowie für den Abschluss von Leistungsvereinbarungen und die Erteilung von Förderbeträgen zuständig sein. Verzichtet wird auf technologieabhängige Regulierung (Unterscheidung nach drahtlos-terrestrischer Verbreitung und Verbreitung über Leitungen). Finanziell unterstützt werden neu elektronische Medien, welche nicht wie bisher nur linear im Sinne von Radio und Fernsehen, sondern auch auf Abruf angeboten werden. Der Geltungsbereich des neuen Gesetzes hat gegenüber dem Radio- und Fernsehgesetz einige Veränderungen erfahren.

B. Brisantes aus dem Medienzivil- und -strafrecht

Trotz ständiger Umwälzungen in der Medienlandschaft verliert das klassische Presserecht nicht an Brisanz. Der emeritierte Freiburger Professor Franz Riklin befasst sich im ersten Beitrag mit einem Problem, das sich etwa im Zuge von verdeckten Recherchen stellt. Regelmässig stehen Medienschaffende vor der Frage, ob und wie weit sie zur Wahrung berechtigter Interessen Straffreiheit beanspruchen können. Brandaktuell ist das Thema des Brennpunktes der Rechtsanwälte Jascha Schneider-Marfels und Sebastian Kaufmann: Muss ich mir bieten lassen, dass Drohnen über mir schweben und allenfalls mich oder meine Liegenschaft ausspähen? Wann ist der Punkt erreicht, wo ich die Flugobjekte einfangen oder gar abschiessen darf? Prof. Guido Keel und MLaw Alex Dutler stellen im dritten Beitrag ihre umfang- und aufschlussreiche Untersuchung über die Medienberichterstattung zur Verhaftung im Tötungsfall von Rapperswil vor. Die Analyse von über 400 Print- und Online-Publikationen zeigt, dass die Medien oft vorverurteilend berichtet haben. Den Abschluss bildet der Beitrag von Rechtsanwalt Simon Canonica zu den Herausforderungen, vor welche Medienpublikationen bei einem Verschwinden zuverlässiger Nachrichtenagenturen, wie z. B. der SDA, gestellt würden.



Bild: zVg

Franz Riklin, Dr. iur., emeritierter Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Freiburg, Konsulent bei Delnon Rechtsanwälte, Zürich

Straffreiheit bei Wahrung berechtigter Interessen

Ein Rechtfertigungsgrund in schwierigem Umfeld

Résumé Un journaliste qui s'est fait passer pour un réfugié pour faire des recherches de manière cachée dans un centre d'enregistrement pour demandeurs d'asile est récemment resté impuni pour sauvegarde d'intérêts légitimes bien qu'il a violé une disposition pénale. Dans une précédente affaire similaire, le Tribunal fédéral a rendu une décision contraire avec une argumentation problématique. L'article traite des raisons pour lesquelles des règles qui peuvent permettre d'exempter de peine au cas par cas s'appliquent relativement rarement et favorisent des décisions hétérogènes. L'auteur se demande également si la justification de la sauvegarde d'intérêts légitimes devrait être activée de manière plus forte.

gen die Asylantenrolle und dokumentierte seine Wahrnehmungen mit Videoaufnahmen, die ein anderer Asylbewerber erstellt hatte. Damit belieferte er die «SonntagsZeitung», die den Vorfall publik machte. Die gewonnenen Erkenntnisse führten zu einer Administrativuntersuchung, in der allerdings keine Beweise für unzulässige körperliche Gewalt gefunden wurden und die das Personal weitgehend entlastete. Obwohl der Journalist gegen das Asylgesetz verstossen hatte, indem er durch unwahre Angaben einen geldwerten Vorteil erschlich (Kost und Logis während fünf Tagen), stellte die Staatsanwaltschaft Kreuzlingen das Verfahren, *gestützt auf den Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen*, ein. Die Verfahrenskosten wurden dem Staat auferlegt. Auf eine Parteientschädigung hatte der Journalist verzichtet.

Einleitung

1 Die Wahrung berechtigter Interessen ist ein nicht kodifizierter, aber gewohnheitsrechtlich anerkannter Rechtfertigungsgrund, der in verschiedensten strafrechtsrelevanten Konstellationen in Erwägung gezogen werden kann.

Fall Kreuzlingen

2 Im Oktober 2016 machte dieser Rechtfertigungsgrund in einem Medienfall Schlagzeilen. Ein in Deutschland eingebürgerter Undercover-Reporter stellte mit falschen Angaben und falschem Namen in einer Empfangsstation für Asylbewerber in Kreuzlingen zum Schein ein Asylgesuch, weil er vor Ort über Missstände recherchieren wollte. Das machte er seit zwei Jahren auch in anderen Flüchtlingsheimen Europas. 2016 veröffentlichte er ein Buch über seine Erfahrungen. In Bezug auf Kreuzlingen seien ihm von verschiedener Seite Verdachtsmomente über schwerwiegende Missstände zugetragen worden, u. a. von Amnesty International. Er spielte während fünf Ta-

Fall Tessin

3 Für den unbefangenen Leser erscheint der gut begründete Kreuzlinger Entscheid richtig und nachvollziehbar. Stutzig wird man jedoch bei der Lektüre eines in italienischer Sprache abgefassten gegenteiligen Bundesgerichtsentscheids aus dem Jahre 2001 über einen ähnlichen Fall (BGE 127 IV 166 ff., französischsprachige Zusammenfassung und deutschsprachiger Kommentar in *medialex* 2001, S. 174 f.). Ein italienischer Journalist liess sich zu Recherchezwecken unter dem Namen eines Kosovo-Albaners zusammen mit wahren Flüchtlingen durch ein Loch im Zaun an der Grenze zu Italien in unser Land einschleusen. Er wollte aus erster Hand über das Schicksal dieser Personen berichten. Er war in der Folge in einer Flüchtlingsunterkunft, wurde festgenommen und danach nach Italien überstellt. Er publizierte seine Feststellungen in einem Zeitungsartikel, worin von Käfigwagen, Zellen mit Klo-Geruch, Fusstritten und Apartheid-Szenen die Rede gewesen sein soll. Gegenstand des gegen ihn eingeleiteten Strafverfahrens war einzig der Vorwurf, die Grenze illegal überschritten zu haben. Das Bundesgericht schützte die Verurteilung der Vorinstanz, die als Strafe

eine Busse von 250 CHF verhängt hatte und *verneinte die Anwendbarkeit des Rechtfertigungsgrundes der Wahrung berechtigter Interessen*.

- 4 Wie sind so unterschiedliche Entscheide möglich? Als Antwort ist etwas weiter auszuholen.

Zum Umfeld des Rechtfertigungsgrundes

- 5 Im Strafrecht gilt das Legalitätsprinzip, das zu Recht streng gehandhabt wird. Strafbar ist ein Verhalten nur, wenn es gesetzlich vorgesehen ist, bevor die Tat begangen wurde. Ganz anders sieht es bei Regelungen aus, die es ermöglichen, eine nicht gewollte Strenge des Gesetzes zu vermeiden und jemanden, der an sich einen Straftatbestand erfüllt, nicht zu bestrafen. Erwähnt seien Rechtfertigungsgründe, wie die Wahrung berechtigter Interessen, ferner der zur Strafflosigkeit führende Wahrheits- oder Gutglaubensbeweis im Ehrverletzungsrecht und schliesslich Strafbefreiungsgründe nach den Art. 52–54 StGB und Art. 8 Abs. 1 StPO bei fehlendem Strafbedürfnis, bei Wiedergutmachung sowie bei Betroffenheit des Täters durch seine Tat. Im StGB und im Nebenstrafrecht findet man noch weitere Strafbefreiungsgründe und in der StPO weitere Fälle des Opportunitätsprinzips (Art. 8 Abs. 2 und 3 StPO).

Gründe für spärliche und uneinheitliche Entscheidungen

- 6 Dass viele der geschilderten Regelungen und auch der Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen ziemlich selten zur Anwendung gelangen und uneinheitliche Entscheidungen begünstigen, hat drei Gründe.
- 7 1. Zahlreiche dieser Normen sind mit *einschränkenden Klauseln* versehen. Sie sind Folge der (z.T. übertriebenen) Angst, es könnten die Grenzen des strafbaren Verhaltens aufgelöst werden. Beim rechtfertigenden Notstand z. B. wird gefordert, dass der Täter höherwertige Interessen wahrt (Art. 17 StGB), bei den Entlastungsbeweisen im Ehrverletzungsrecht wird der Ehrverletzer nur bestraft, wenn er «ohne Wahrung öffentlicher Interessen oder sonstwie ohne begründete Veranlassung» gehandelt hat (Art. 173 Ziff. 3 StGB), beim Strafbefreiungsgrund des fehlenden Strafbedürfnisses müssen sowohl Schuld als auch Tatfolgen geringfügig sein (Art. 52 StGB), bei der Wiedergutmachung kommt es nur zur Strafbefreiung, wenn u. a. das Interesse der Öffentlichkeit und des Geschädigten an der Strafverfolgung gering sind (Art. 53 StGB), und bei der Betroffenheit des Täters durch seine Tat muss dieser durch die unmittelbaren Folgen seiner Tat so schwer betroffen sein, dass eine Strafe unangemessen wäre (Art. 54 StGB). Nicht zu vergessen ist schliesslich der nach langen Diskussionen revidierte Art. 293 StGB betr. Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen, wonach laut Abs. 3 die Strafbarkeit entfällt, «wenn der Veröffentlichung kein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse entgegengestanden hat». Beim Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen ergeben sich Einschränkungen mangels Kodifikation nicht aus dem Gesetz, jedoch aus der diesbezüglich besonders strengen Rechtsprechung des Bundesgerichts. Danach muss die Tat erstens ein zur

Erreichung des berechtigten Zieles notwendiges und angemessenes Mittel sein, zweitens diesbezüglich den einzig möglichen Weg darstellen und drittens offenkundig weniger schwer wiegen als die Interessen, die der Täter zu wahren sucht (BGE 113 IV 7, 117 IV 178, 120 IV 213, 127 IV 135, 129 IV 15, 134 IV 226).

- 8 Am «einzig möglichen Weg», um das berechnete Interesse der Öffentlichkeit an der Information über eventuelle Missstände wahrzunehmen, schieden sich bei den zwei geschilderten Entscheiden die Geister. Laut Bundesgericht war diese Voraussetzung nicht erfüllt, weil die Möglichkeit bestanden habe, die Betroffenen nach ihrer Rückführung nach Italien über ihre Erlebnisse zu befragen. Die «NZZ» konterte damals, es sei schlicht naiv, zu glauben, dass auf diesem alternativen Weg auch nur annähernd gleichwertige Informationen hätten beschafft werden können (NZZ vom 5. Juli 2001 S. 61). Die Thurgauer Staatsanwaltschaft hielt dagegen fest, Journalisten müssten sich für ihre Berichterstattung auf den Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen stützen können. Es könne ihnen nicht entgegengehalten werden, dass die alternative Möglichkeit bestanden hätte, vorgängig die Strafverfolgungsbehörden zu informieren oder die Missstände bei einer Aufsichtsbehörde anzuzeigen. Insoweit hätten Journalisten eine besondere Stellung, die sich namentlich aus der Medienfreiheit gemäss Art. 17 BV ergebe. Dabei sei irrelevant, ob sich der Anfangsverdacht über die Missstände bewahrheitet habe oder nicht. Im Ergebnis wird beim Kriterium des «einzig möglichen Weges» übersehen, dass es auch um die geeignetste Möglichkeit von mehreren infrage kommenden Varianten gehen kann.

- 9 2. Bei zahlreichen dieser Regelungen spielt ein weites Ermessen eine grosse Rolle (höherwertige oder berechnete Interessen, Wahrung öffentlicher Interessen, geringfügige Schuld, geringfügige Tatfolgen, geringes Interesse der Öffentlichkeit und des Geschädigten an der Strafverfolgung, fehlendes überwiegendes öffentliches oder privates Interesse, Unangemessenheit einer Strafe wegen schwerer Betroffenheit etc.), was oft zu Zweifelsfragen und zu uneinheitlichen Entscheiden, wie in den geschilderten Asylantenfällen, führt.

- 10 3. Ein grosser Feind für viele dieser Regelungen ist das auf Effizienz getrimmte Strafbefehlsverfahren (Art. 352–356 StPO), das eine ganz zentrale Bedeutung erlangt hat. Von 100 rechtskräftigen Verurteilungen beruhen über 95 % auf unangefochtenen oder durch Rückzug der Einsprache erledigten staatsanwaltlichen Strafbefehlen. Der Staatsanwalt als Richter! Über 90 % aller Betroffenen erhebt keine Einsprache, was nicht pauschal als Eingeständnis eines Fehlers interpretiert werden darf. Oft sind andere Gründe massgebend, wie die Scheu, zu opponieren, die Furcht vor einer öffentlichen Gerichtsverhandlung, Sprachunkundigkeit, Leseschwierigkeiten, intellektuelle Defizite oder Kostengründe. Vor allem wenn die verhängte Strafe niedrig ist, lädt dies Betroffene ein, bloss die Faust im Sack zu machen, statt mühsam den Rechtsweg zu beschreiten. Auch helfen der Staatsanwaltschaft die lockeren Verfahrensregeln. Weil nicht vorgeschrieben ist, dass und wann die beschuldigte Person von ihr selber befragt werden muss, beruhen viele Strafbefehle ausschliesslich auf Polizeiakten. Zudem ist die Begründungspflicht stark eingeschränkt. Eine kurze Begründung ist nur in Sonderfällen obligatorisch. Deshalb ist es für die Staatsanwaltschaft oft weniger zeitaufwendig, einen Strafbefehl

fehl zu erlassen, als sich mit Regeln, welche die Strafflosigkeit vorsehen, und deren Schranken herumzuschlagen oder – wie im Fall Kreuzlingen – in einem siebenseitigen Einstellungsentcheid minutiös zu begründen, dass die Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes der Wahrung berechtigter Interessen erfüllt sind.

Besserung im Fall einer Kodifikation?

11 Würde sich im Fall einer Kodifikation des Rechtfertigungsgrundes der Wahrung berechtigter Interessen an der Situation etwas ändern? Kaum. Dann würde sich dem Gesetzgeber die Frage stellen, ob der entsprechende Gesetzestext wie in anderen Fällen mit einer einschränkenden Klausel zu versehen wäre. Derzeit spricht man z. B. nur von Wahrung berechtigter Interessen und nicht von Wahrung höherwertiger Interessen. Auch wenn das nicht geschehen würde, könnten Schranken durch die Rechtsprechung eingeführt werden, wie das das Bundesgericht beim Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen schon getan hat. Besonders drastisch ist diesbezüglich das Beispiel des Art. 52 StGB, wonach eine Strafbefreiung zu erfolgen hat, wenn Schuld und Tatfolgen geringfügig sind. Kaum legifertiert, befürchtete man, mit dem so formulierten Strafbefreiungsgrund könnte es den meisten Bagatelldelikten an den Kragen gehen. Man sah auch, dass bei verschiedenen Strafnormen leichte oder gar besonders leichte Fälle ausgeschieden, aber immerhin pönalisiert werden, ganz zu schweigen von den Hunderten von Bestimmungen, die Ordnungsbussen vorsehen (z. B. bei zu langem Parkieren in der blauen Zone). Deshalb gilt nach herrschender Meinung bei Art. 52 StGB die nicht kodifizierte Einschränkung, dass sich das Verhalten des Täters auch bei Bagatelldelikten im Quervergleich zu typischen unter dieselbe Gesetzesbestimmung fallenden artgleichen Übertretungen qualitativ unterscheiden und insgesamt – vom Verschulden wie den Tatfolgen her – deutlich weniger schwer wiegen müsse. Dies reduziert den Anwendungsbereich dieser an sich weit gefassten Bestimmung ganz enorm.

12 Eine Kodifikation des Rechtfertigungsgrundes der Wahrung berechtigter Interessen hätte den einzigen Vorteil, dass den Strafbehörden die Existenz dieses Rechtfertigungsgrundes in Erinnerung gerufen würde.

Schlussbemerkungen

13 Im Ergebnis fristet dieser Rechtfertigungsgrund heute ein Schattendasein. Er erlebte schon bessere Zeiten. Vor der Revision von Art. 173 StGB betr. üble Nachrede im Jahre 1951, als der Gutgläubensbeweis eingeführt wurde, liess das Bundesgericht über den damaligen Wortlaut der Norm hinaus ausser dem Wahrheitsbeweis auch die gutgläubige Wahrung berechtigter Interessen, gestützt auf diesen Rechtfertigungsgrund, zu (vgl. z. B. BGE 69 IV 114, 116 f., 70 IV 26 f.). Um ihn wieder stärker zu aktivieren, ist Betroffenen zu raten, diesen Rechtfertigungsgrund *in geeigneten Fällen* ausdrücklich geltend zu machen, auf ihm zu beharren und sich auch nicht von einem allfälligen Strafbefehl einschüchtern zu lassen. Ohne den Verdienst der Staatsanwaltschaft Kreuzlingen für den eingangs er-

wähnten sachgerechten Entscheid schmälern zu wollen, ist wahrscheinlich, dass sich der Journalist dank seiner Erfahrungen mit gleichen Recherchen im Ausland über die Rechtslage auskannte und selber explizit oder sinngemäss den Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen ins Spiel brachte und so die Staatsanwaltschaft zwang, dazu Stellung zu nehmen.

Zusammenfassung Ein Journalist, der sich als Flüchtling ausgab, um verdeckt über Zustände in einer Empfangsstation für Asylbewerber zu recherchieren, blieb kürzlich trotz Verstosses gegen eine Strafnorm wegen Wahrung berechtigter Interessen straflos. In einem früheren vergleichbaren Fall hat das Bundesgericht mit einer problematischen Begründung gegenteilig entschieden. Der Beitrag befasst sich mit den Gründen, die dazu führen, dass Regelungen, die es im Einzelfall ermöglichen, von einer Bestrafung abzusehen, ziemlich selten zur Anwendung gelangen und uneinheitliche Entscheidungen begünstigen. Gefragt wird ferner, ob der Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen stärker aktiviert werden könnte.



Bild: zVg



Bild: zVg

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 Les drones civils sont à la mode. Des pilotes amateurs, des détectives privés et des paparazzis les utilisent pour contrôler ou espionner un terrain ou des personnes. La doctrine dominante arrive à la conclusion que, dans de tels cas, une certaine prudence de la défense paraît appropriée. Les auteurs ne partagent pas cette opinion, en particulier si les drones doivent être qualifiés en tant qu'atteinte à la personnalité. Dans de tels cas, il faut partir d'une atteinte immédiate et illégale à la personnalité, ce qui place la personne concernée en situation de légitime défense. Capturer un drone, ou tirer dessus, semble une action justifiée dans une telle situation dans la mesure où la défense d'une atteinte aux droits de la personnalité d'une personne par dégradation ou destruction de la propriété paraît appropriée et tout sauf abusive. Le pilote du drone qui entre de manière illicite dans des sphères étrangères doit s'y attendre et en assumer le risque correspondant.

I. Einführung

1 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.⁵ Private Hobbypiloten lassen Drohnen über Gärten, Seen, öffentlichen Plätzen und Strassen sowie über Siedlungen kreisen. Nicht selten werden dabei Filme 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

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 gewerbmässig, 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).

Vertrieb von Drohnen ist längst zum Milliardengeschäft geworden.⁶ Angesichts des rasant zunehmenden Verkehrs im bodennahen Luftraum hat in diesem Bereich auch das Konfliktpotenzial 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 auslösten.⁸

3 Wie in anderen Bereichen der technischen Innovation hinken Gesetz und Rechtsprechung auch in Bezug auf Drohnen der technologisierten Realität hinterher. Sicher kann man Drohen, 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 zuseht, 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.

II. 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 kg (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 Bewilligungsvorbe-

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

6 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 infrage 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. 10 bis 20 Meter über dem Boden, das schutzwürdige Interesse an der Ausübung des Grundeigentums bzw. den Anspruch auf ungestörten Besitz tangieren bzw. einschränken kann.²⁰

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-geschaeft-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.badenertagblatt.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. 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.

C) Art. 28 ZGB (Schutz der Persönlichkeit)

7 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 auszuspiionieren – selbst wenn die Aufnahmen ohne weitere Kenntnisse keine Identifizierung ermöglichen.

8 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

9 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

10 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 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 infrage, 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.

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; insoweit zutreffend KETTINGER (Fn. 13), Rz. 16.

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

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, Strafgesetzbuch II, 3. Auflage, Basel 2013, Art. 179^{quater}, Rz. 11.

31 BGE 118 IV 41, 50.

III. Drohnenabwehr

A) Drohnenabwehr, 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 denkbar.³⁷

16 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 sein. Auf diese Weise würde der dingliche Schutz eines Grundstücks strafrechtlich verstärkt werden.³⁹

17 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 Urhebererschaft 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.

C) Angriff auf eine Person

18 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- und Kamertechnik ist er in der Lage, Objekte und Personen mit dem Zoom zu vergrössern. Auf diese Weise macht er sie identifizierbar.

19 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 Drohneneinsatzes: 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.

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 Start-ups «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.

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.

IV. Notwehr, Notstand und erlaubte Selbsthilfe

20 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 muss sich der Angriff gegen ein Individualrechtsgut richten, worunter eben auch die Intimsphäre als Ausprägung des Persönlichkeitsrechts gem. Art. 28 ZGB fällt.⁴⁷

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 Infrage 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 auf die minderjährigen Kinder, welche von seinem Baum Kirschen stehlen, nicht einfach 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 potenziellen 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 Drohne 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?

28 Gemäss der vorliegend vertretenen Auffassung ist bei Beschädigung oder gar Zerstörung der Drohne und damit der Preisgabe des Rechtsgutes Eigentum zugunsten des Persönlich-

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.

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. 6), Art. 15, Rz. 13.

54 Siehe oben.

keitsschutzes 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.

29 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 infrage stehenden 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.

30 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.

31 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.

V. Fazit

32 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 öffentli-

chen Bereich, wenn jemand regelrecht ausgespäht oder identifizierbar gefilmt wird.

33 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 herrschende Lehre 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. Hobby-piloten, Privatdetektive und Paparazzi verwenden sie, um Gebiete und Personen zu überwachen bzw. auszuspähen. Die herrschende Lehre 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.



Bild: zVg



Bild: zVg

Alex Dutler, MLaw, Auditor am Bezirksgericht Bülach

Guido Keel, Prof. Dr., Institutsleiter am IAM Institut für angewandte Medienwissenschaft der ZHAW

Die Unschuldsvermutung in der Berichterstattung über die Verhaftung im Fall «Rapperswil»

Eine Analyse von 413 Beiträgen in Print- und Online-Medien sowie auf Social-Media-Kanälen von Medienunternehmen

Résumé Dans leur présentation, les journalistes doivent faire la part entre la protection de la sphère privée des personnes impliquées et l'intérêt public des informations. Cette distinction vaut tout particulièrement pour les textes concernant un crime de violence extrême. En partant de l'homicide fortement médiatisé de Rapperswil, ce texte analyse la manière dont les journalistes et les médias suisses ont traité le principe constitutionnel de présomption d'innocence immédiatement après l'arrestation du prévenu. L'analyse de 413 textes de la presse écrite et de médias en ligne ainsi que sur les réseaux sociaux d'entreprises médiatiques montre que, indépendamment du type de média, les articles préjugeaient du prévenu et l'identifiaient clairement. Il s'agit d'un manque de connaissance manifeste des journalistes en matière de protection des prévenus dans les crimes de violence.

I. Einführung

- Die Berichterstattung über extreme Gewaltverbrechen stellt eine journalistische Ausnahmesituation dar. Aus juristischer und medienethischer Sicht gilt es zwischen den entgegengesetzten Interessen der Öffentlichkeit, der Strafverfolgungsbehörden, der Opfer und der Tatverdächtigen abzuwägen.
- Besonders in der frühen Phase des Strafverfahrens, etwa kurz nach einer Festnahme, wird dieser Widerspruch augenscheinlich: Die Behörden haben sich aus ermittlungstaktischen und verfahrensrechtlichen Gründen oft bedeckt zu halten. Die Berichterstattung fokussiert sich auf den Tatverdächtigen, denn die Öffentlichkeit will das scheinbar Unfassbare sofort verstehen und dürstet nach detaillierten Informationen: Medien sehen sich immer stärker in der Pflicht, dieses Bedürfnis mit Push-Nachrichten, Tweets und Livetickern praktisch in Echtzeit zu befriedigen. Journalistische und rechtliche Grenzen verschwimmen im Rausch der Geschwindigkeit und des überwältigenden

Leserinteresses. Obwohl der Beschuldigte sich noch nicht vor einem Gericht zu verantworten hatte, werden er und seine Angehörigen unverhofft ins mediale Rampenlicht gezerrt.

II. Kritik an der Kriminalitätsberichterstattung

- Im Zeitalter der kollabierenden journalistischen Geschäftsmodelle stellt sich vermehrt die Frage, inwiefern die Medien ihre klassische Rolle als «vierte Gewalt» noch wahrnehmen können. Unter dem steigenden ökonomischen Druck besteht die Gefahr, dass Kriminalität zunehmend unreflektiert, vorverurteilend und als emotionalisiertes Infotainment in Form eines dramatisierten Kampfes zwischen «Gut» und «Böse» behandelt wird.¹
- WETTLER formuliert diesbezüglich dezidiert, dass «sich die Medienschaffenden aus ihrer staatstragenden Verantwortung verabschiedet» hätten und förmlich elektrisiert würden, sobald Verbrechen im Spiel sind.²
- Auch aus der Sicht von SPRECHER, selbst jahrzehntelang als Gerichtsreporterin tätig, geht der Trend der Kriminalitätsberichterstattung hin zum Boulevard. Sie beschreibt zudem eine hohe Fluktuation unter den zuständigen Journalisten, da diese in der Redaktionshierarchie «sogar unter dem Gastrotechniker» stünden. Folglich werde das Feld zu einem grossen Teil von Berufsanfängern bewirtschaftet, die über wenig Erfahrung und juristisches Wissen verfügen.³
- Obwohl die Unschuldsvermutung als grundlegendes rechtsstaatliches Prinzip in sämtlichen (auch) für Medienschaffende massgeblichen Bestimmungen von EMRK und Bundesverfassung bis hin zur Erklärung der Rechte und Pflichten der Journalisten und Journalistinnen verankert ist, wird sie von

1 KUNZ, 658 ff.

2 WETTLER, 117 ff.

3 SPRECHER, 84 f.

der skizzierten Dynamik in besonderem Masse betroffen. Im hart geführten Kampf um Aufmerksamkeit werden bei spektakulären Verbrechen zur Befriedigung und Steigerung des Leserinteresses z.T. vorverurteilende Medienkampagnen gefahren, welche gemäss JÄGER «die Intensität einer psychischen Lynchjustiz» annehmen können.⁴ Selbst Journalisten weisen mittlerweile darauf hin, dass der Grundsatz durch Schweizer Medien oft verletzt wird.⁵

7 Dies ist insbesondere deshalb bedenklich, weil die Unschuldsvermutung auch dem Schutz der richterlichen Objektivität vor medialer Beeinflussung dient. Insbesondere soll verhindert werden, dass Medien durch vorverurteilende Berichterstattung öffentlichen Druck auf das Gericht herbeiführen, den Beschuldigten zu verurteilen und mit einer scharfen Strafzumessung zu sanktionieren. Es wird kontrovers diskutiert, ob sich Richter durch solche Erwartungshaltungen tatsächlich beeinflussen lassen.⁶ Die Möglichkeit lässt sich aber zumindest nicht gänzlich ausschliessen.

8 Schliesslich bleibt darauf hinzuweisen, dass das Gericht eine überdurchschnittliche Belastung des Beschuldigten durch vorverurteilende Medienberichterstattung im Rahmen von Art. 47 StGB als eine Art «reparatorischen Anspruch» strafmindernd berücksichtigen kann, auch wenn in der Praxis nur zurückhaltend von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht wird.⁷

III. Der Fall «Rupperswil»

9 In der Aargauer Gemeinde Rupperswil wurden Polizei und Feuerwehr am Morgen des 21. Dezembers 2015 über den Brand eines Einfamilienhauses informiert. Die ausgerückten Atemschutztrupps durchsuchten das Gebäude und stiessen auf vier Todesopfer. Nach Abschluss der Löscharbeiten nahmen die Behörden umfassende Ermittlungen auf, um die Hintergründe des Vorfalls zu klären.⁸

10 Am folgenden Tag gab die Staatsanwaltschaft Lenzburg-Aarau bekannt, dass sie ein Verfahren wegen mehrfacher vorsätzlicher Tötung eröffnet habe. Alle Opfer wiesen Stich- oder Schnittverletzungen auf und konnten aufgrund von Verbrennungen noch nicht identifiziert werden. Ermittlungen der Aargauer Kantonspolizei ergaben, dass das Feuer absichtlich gelegt worden war.⁹ Am 18. Februar 2016 informierten die Strafverfolgungsbehörden anlässlich einer Medienkonferenz erstmals ausführlich über die Ermittlungen. Sie gaben bekannt, dass die Spurensicherung am Tatort DNA und Fingerabdrücke eines mutmasslichen Täters sicherstellte, die jedoch nicht iden-

tifiziert werden konnten, da die Datenbank-Abgleiche der Spuren keine Treffer ergeben hatten.

11 Nach Wochen ohne weitere Informationen zu neuen Ermittlungsergebnissen stieg der öffentliche Druck. Medien, Experten und Politiker verfolgten verschiedene Tattheorien – vom Ritualmord¹⁰ bis zu «offensichtlich ausländischen Straftätern».¹¹

12 Am 12. Mai 2016 nahm die Polizei in Aarau einen Tatverdächtigen fest.¹²

1. Medienkonferenz

13 Am 13. Mai 2016 informierten Staatsanwaltschaft und Polizei anlässlich einer Medienkonferenz über den Ermittlungserfolg. Dem grossen und anhaltenden öffentlichen Interesse am Fall «Rupperswil» entsprechend war der Andrang von Journalisten ausserordentlich hoch. Viele Medien berichteten via Social Media, Liveticker oder Direktübertragung in Echtzeit über die neuen Entwicklungen.¹³

14 Nach einer kurzen Einleitung vermeldeten die Behördenvertreter die Festnahme. Beim Beschuldigten handelte es sich um einen 33-jährigen Schweizer ohne Migrationshintergrund mit Wohnsitz in Rupperswil. Er sei ledig, Student, habe keine Vorstrafen und keinen persönlichen Bezug zu den Opfern. Sexuelle und finanzielle Motive seien ausschlaggebend für seine Tat gewesen.

15 Während der 23-minütigen Medienkonferenz bezeichneten die Redner den Tatverdächtigen insgesamt 41-mal als «Täter». Nie verwendeten sie relativierende Formulierungen, wie «Beschuldigter», «mutmasslicher Täter» oder «Tatverdächtiger». Die anwesenden Journalisten übernahmen die Bezeichnung «Täter» in der anschliessenden Fragerunde mehrheitlich.

16 Auch inhaltlich liessen die Aussagen der Behördenvertreter kaum Spielraum für Zweifel an der feststehenden Täterschaft. Mehrfach wiesen sie darauf hin, dass der Beschuldigte ein Geständnis abgelegt und weitere Taten geplant habe. Der Oberstaatsanwalt vermeldete: «Die Zeit dieser Unsicherheit ist vorbei. Der Täter ist gefasst.» Und der Leiter der Kriminalpolizei betonte: «Zwei Stunden nach der Festnahme konnte der Täter mittels Fingerabdruck eindeutig mit der Tat in Verbindung gebracht werden und nur wenige Stunden später hatten wir auch den DNA-Hit.»

17 In zwei Passagen deuteten Redner an, dass sich «der Täter» noch vor Gericht zu verantworten habe. Philipp Umbricht sagte: «Mit der Ermittlung des Täters und seinem gestrigen Geständnis ist die Arbeit [...] noch lange nicht beendet. Es wird nun dazu kommen, dass wir die Akten gerichtsfest erstellen müssen.» Der Aargauer Regierungsrat Urs Hofmann betonte in seiner Dankesansprache: «Es wird jetzt die Aufgabe sein, den gefassten Täter, auch was die Gerichtsverfahren betrifft, in ei-

4 JÄGER, N 122.
 5 CUENI, Infosperber, Vorverurteilung; STADLER, NZZ, Lügen; ZELLER, 104 f.
 6 Zustimmend: BSK StPO-BOOG, Art. 56 N 60; MICHIG, 37; JÄGER, N 745; JOSITSCH, Medienarbeit, ZStrR 2004, 124 f.; NOBEL/WEBER, § 14 N 36; ZELLER, 103; BGE 116 IV 31, E. 5aa; BGE 116 Ia 22, E. 7; Ablehnend: RIKLIN, Graubereich, medialex 2006, 29; WIPRÄCHTIGER, 43 f.
 7 BEUTLER, N 1096; GLASL/MÜLLER, ZSR 2013 I, 104; JÄGER, N 761; STUDER/MAYR VON BALDEGG, 150; ZELLER 393 f.; BGE 128 IV 97, E. 3b/aa.
 8 HUBER/JURINAK, TA, Brand.
 9 HOHLER/HUBER, TA, Opfer.

10 DONGHI, Blick, Ritualmord.
 11 KNELLWOLF, TA, Spekulationen.
 12 HARTMANN/ZIMMERMANN, AZ, Verhaftung.
 13 Sämtliche Ausführungen zur Pressekonferenz stützen sich auf die Übertragung von «TeleZüri», abrufbar unter www.youtube.com/watch?v=TO1YEHxRbtg [Stand: 25.05.2017].

ner korrekten und konsequenten Art und Weise weiter zu behandeln.»

18 Während der gesamten Medienkonferenz gab es keinerlei explizite Hinweise darauf, dass für den Tatverdächtigen bis zu einer rechtskräftigen Verurteilung die Unschuldsvermutung gelte.

19 Die Tat in Rupperswil und die erfolglose Suche nach der Täterschaft haben in der Region (und darüber hinaus) zweifellos Ängste ausgelöst. Somit scheint die Orientierung über die Festnahme bereits zur Stärkung des erschütterten Sicherheitsgefühls im Sinne einer Beruhigung der Bevölkerung erforderlich gewesen zu sein.¹⁴ Weiter verbreiteten verschiedene Medien während der Ermittlungsphase falsche Theorien und Spekulationen über eine mögliche Täterschaft.¹⁵ Eine solche Konstellation macht die Richtigstellung von Gerüchten zum Schutz der betroffenen Personen erforderlich.¹⁶ Zudem handelte es sich um ein gravierendes Kapitalverbrechen mit einer besonders aufsehenerregenden Form der Tatbegehung. Folglich lässt sich die Erforderlichkeit der Orientierung, auch wegen der besonderen Bedeutung des Straffalls, bejahen.¹⁷

20 Aufgrund der diversen öffentlichen Interessen dürfte die Medienorientierung im Fall Rupperswil also geeignet und notwendig – und somit als Ausnahme vom Grundsatz der Nichtöffentlichkeit des Vorverfahrens auch gerechtfertigt – gewesen sein.

2. Unschuldsvermutung und Geständnis

21 Vorliegend stellt sich die Frage, inwiefern ein Verdächtiger die Unschuldsvermutung obsolet werden lässt, indem er ein Geständnis ablegt. In solchen Fällen ist es zwar zulässig, über das Geständnis zu berichten, allerdings nur solange im Gesamtzusammenhang nicht der Eindruck einer bereits feststehenden Verurteilung entsteht.¹⁸ Aufgrund der Gefahr von Falschgeständnissen (z. B. wegen psychischer Erkrankungen, Geltungsdrang oder zum Schutz des wahren Täters) sowie der Möglichkeit des Widerrufs eines Geständnisses ist die Unschuldsvermutung bis zur rechtskräftigen Verurteilung des Geständigen somit weiterhin konsequent zu respektieren.¹⁹ Um Missverständnisse zu vermeiden, wäre im Zusammenhang mit dem Geständnis ein expliziter Hinweis auf die Unschuldsvermutung wünschenswert.²⁰ Ohne eine solche Einschränkung erscheint die Beweiskraft des Geständnisses vermeintlich über alle Zweifel erhaben.²¹

22 Naheliegender ist die Vermutung, dass dadurch zumindest einige der adressierten Journalisten der Unschuldsvermutung bewusst oder unbewusst einen verminderten Stellenwert beige-

messen haben. Die Selbstbezeichnung des Tatverdächtigen wirft die Frage auf, ob man ihm wirklich noch alle Privilegien zukommen lassen muss, welche ihm gerade aufgrund seiner potenziellen Unschuld zustehen.²² Angesichts der Schwere des Falls und der umfassenden Beweislage mag ein Beharren auf der Unschuldsvermutung auch spitzfindig oder gar zynisch erscheinen. Doch als fundamentaler Rechtsgrundsatz hat diese normative Charakter und gilt somit selbst bei allerhöchstem Verdachtsgrad.²³ Die Verfahrensleitung musste sich bei mündlichen Ausführungen über eine derart erschütternde Tat und den einhergehenden Emotionen der Gefahr von missverständlichen Formulierungen und verfrühten Schuldzuweisungen bewusst sein.

3. Persönlichkeitsschutz

23 Gemäss Art. 74 Abs. 3 StPO sind bei der Orientierung der Öffentlichkeit über hängige Verfahren auch die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen zu beachten. In erster Linie zielt die Bestimmung auf die Verhinderung von Persönlichkeitsverletzungen im Sinne von Art. 28 ZGB ab. Für solche ist es erforderlich, dass sich der Angriff gegen eine bestimmte oder bestimmbare Person richtet, diese also zumindest für ihr weiteres soziales Umfeld erkennbar ist.²⁴ Art. 74 Abs. 3 StPO trägt zudem auch dem Umstand Rechnung, dass bereits die Identifizierung des Tatverdächtigen einem Schuldvorwurf und damit einer Verletzung der Unschuldsvermutung gleichkommen kann. Beiden Gefahren lässt sich durch ausreichende Anonymisierung begegnen.

24 Entsprechende Bemühungen waren an der Medienkonferenz deutlich erkennbar: Die Behördenvertreter beschränkten sich hinsichtlich persönlicher Informationen zum Tatverdächtigen auf die Angaben, dass dieser 33 Jahre alt, ledig, Schweizer Bürger ohne Migrationshintergrund, Student ohne Vorstrafen und in Rupperswil wohnhaft sei. Weiterführende Fragen der Medienschaffenden wiesen sie konsequent zurück.

25 Doch auch mehrere nicht identifizierbare Einzelinformationen können den Betroffenen in Kombination erkennbar machen. Rupperswil ist eine Gemeinde mit 5398 Einwohnern, davon 4244 Schweizer Bürger.²⁵ Im Kanton Aargau betrug der Bevölkerungsanteil der 33-jährigen Männer unter den Schweizern zum Tatzeitpunkt 0,57 Prozent,²⁶ was in Rupperswil 24 Personen entspräche. Dass der Tatverdächtige Student war, erscheint für sein Alter eher ungewöhnlich und lässt mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Mehrheit der verbleibenden Personen ausscheiden. Somit ist es zumindest denkbar, dass die örtliche Bevölkerung den Beschuldigten aufgrund der abgegebenen In-

14 JÄGER, N 549.

15 Vorne, 3.

16 BSK StPO-SAXER, Art. 74 N 13.

17 JÄGER, N 562.

18 ZELLER, 322 f.

19 GLASL/MÜLLER, ZSR 2013 I, 103; SCHÖBER, ZStR 2015, 325; NOBEL/WEBER, § 14 N 18; TOPHINKE, 149; a.A. BSK StGB-RIKLIN, Art. 173 N 43.

20 ZELLER, 322 f.

21 BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 160 N 1.

22 Siehe zu dieser Problematik eine Twitter-Diskussion unter Journalisten zum vorliegenden Fall: [www.twitter.com/mbinswanger/status/731423369212645376](https://twitter.com/mbinswanger/status/731423369212645376) [Stand: 10.03.2017].

23 BSK StPO-TOPHINKE, Art. 10 N 26.

24 BSK ZGB-MEILI, Art. 28 N 39.

25 www.ag.ch/media/kanton_aargau/dfr/dokumente_3/statistik/publikationen/statistikthemen/bevoelkerung_1/Bevoelkerungstatistik_2016_2HJ.pdf [Stand: 26.4.2017].

26 www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung.html [Stand: 26.4.2017].

formationen identifizieren konnte. Die Behördenvertreter bemühten sich anlässlich der Medienkonferenz durch Anonymisierung zwar um den Persönlichkeitsschutz des Tatverdächtigen, könnten ihn aber dennoch für gewisse Kreise ausserhalb seines engeren sozialen Umfelds identifizierbar gemacht haben.

4. Erste Medienberichterstattung

- 26 Bereits direkt aus der Medienkonferenz wurde die Nachricht über die Festnahme via Social Media fast in Echtzeit verbreitet. Mehrfach wurde dabei die eröffnende Aussage des Leitenden Oberstaatsanwalts Philipp Umbricht paraphrasiert: «Der Täter ist gefasst.»²⁷ Verschiedene Medien berichteten mittels Liveticker. Meist wurden darin die Formulierungen der Behördenvertreter übernommen und der Tatverdächtige als «Täter» bezeichnet.²⁸
- 27 Erste einordnende Online-Artikel gingen bereits wenige Stunden später ohne Vorbehalt zur Bezeichnung «Mörder» über.²⁹ Eine Praxis, die in den folgenden Tagen flächendeckend auf allen Kanälen zu beobachten war.³⁰ Dies galt auch für gemeinhin als zurückhaltend geltende Titel, wie die Print-Ausgabe der *NZZ*.³¹
- 28 Punktuell wurde der Beschuldigte mit herabwürdigenden Bezeichnungen entmenschlicht. So nannte ihn der *Blick* konsequent «Bestie von Rupperswil»³² und gelegentlich auch «Killer»³³ oder «Monster».³⁴ Auch Medien jenseits des Boulevards griffen auf Formulierungen wie «Barbar» oder «Scheusal» zurück.³⁵ Auf *aargauerzeitung.ch* wurde ein Artikel mit einem Screenshot von Facebook-Kommentaren bebildert, in welchen der Beschuldigte als «Psychopath» und «Schwein» titulierte wurde.³⁶
- 29 Es wurden diverse Ferndiagnosen von vermeintlichen und echten Experten publiziert, die dem Tatverdächtigen krankheitswertige psychiatrische Störungen attestierten.³⁷ Exemplarisch etwa auf *watson.ch*: «Natürlich ist er pädophil.»³⁸
- 30 Nach Recherchen zur Identität des Tatverdächtigen gingen viele Medien dazu über, ihn mit echtem Vornamen und abgekürztem Nachnamensinitial als «Thomas N.» zu bezeichnen.³⁹

- 31 Auch mehr⁴⁰ oder minder⁴¹ unkenntlich gemachte Bilder des Beschuldigten wurden vielerorts publiziert. Die Titel der *Blick*-Gruppe zeigten ihn generell unverpixelt⁴² und nahmen gar eine pseudowissenschaftliche «physiognomische Analyse» vor. Diese enthielt folgende zynische Aussage: «Das Aussenohr von Thomas N. lässt im oberen Drittel auf eine ausgeprägte Sexualität schliessen.»⁴³
- 32 Die Fülle an weiteren identifizierenden Details in der Berichterstattung ist kaum überblickbar. So vermeldete z. B. der *Tages-Anzeiger* in einem einzigen Artikel, dass der Beschuldigte anscheinend Medizin studierte. Dass er wenige hundert Meter vom Tatort entfernt mit seiner Mutter wohnte und einen älteren Bruder habe, der weggezogen sei. Sein Vater, ein höherer kantonaler Beamter, sei 2011 verstorben und liege wenige Schritte neben den Opfern der Tat begraben. Zudem wurde ausgeführt, bei welchen Fussballclubs der Tatverdächtige wann in welcher Funktion tätig gewesen sei und an welcher Schule er in welchem Jahr eine Maturarbeit über Osama Bin Laden verfasst habe. Schliesslich, dass er zwei Huskys besitze, mit denen er oft im Dorf unterwegs gewesen sei. Dabei habe er stets Kopfhörer und eine Kopfbedeckung getragen.⁴⁴ Andere Artikel nannten z. B. eine ehemalige Nachbarin namentlich und bildeten das Wohnhaus des Beschuldigten ab,⁴⁵ zeichneten es auf einer Karte ein,⁴⁶ visualisierten den Weg zum Tatort mit einem Video⁴⁷ oder publizierten gleich die Adresse.⁴⁸
- 33 Bereits dieser erste grobe Überblick zur Medienberichterstattung verdeutlicht die schiere Masse an potenziellen Verstössen gegen Unschuldsvermutung und Persönlichkeitsschutz.

IV. Analyse der Medienberichterstattung

- 34 Der Streifzug durch die Berichterstattung zur Festnahme im Fall «Rupperswil» hat eine Reihe an Einzelphänomenen aufgezeigt.⁴⁹ Diese Beobachtungen sollen nun durch eine systematische Untersuchung der publizierten Beiträge vertieft werden.

1. Untersuchungsgegenstand

- 35 Aus forschungsökonomischen Gründen war der Umfang des Untersuchungsmaterials einzugrenzen. Zu diesem Zweck wurden nur Print-Artikel, Online-Artikel und Social-Media-Beiträge von deutschsprachigen Schweizer Medien berücksichtigt, die den Suchbegriff «Rupperswil» enthielten und den Tatverdächtigen direkt thematisierten.

27 www.twitter.com/AargauerZeitung/status/731111041715847168 [Stand: 22.4.2017]; www://twitter.com/Blickch/status/731108055765651456 [Stand: 22.4.2017].

28 VON WYL/WOZNY, 20min, Liveticker.

29 SCHERRER, AZ, Student; ELLNER, NZZ, Vierfachmörder.

30 SCHERRER, BZ, Mörder; www.facebook.com/1194949830529869 [Stand: 22.4.2017].

31 GYR, NZZ, Kaltblütigkeit.

32 DONGHI/BATTAGLIA/BISCHOFF, Blick, Bestie; DAMMANN, Blick, Fall; GAMP, Blick, Tat.

33 BATTAGLIA, Blick, Killer.

34 BATTAGLIA, Blick, Monster.

35 BLUM, ZoT, Fünfzigernoten.

36 ZEHNDER, AZ, Lob.

37 Blick, Diagnose; WILD, Watson, Psychiater.

38 THIRIET, Watson, Serientäter.

39 DONGHI, Blick, Schlinge; KNELLWOLF/STREBEL, TA, Ermittler; ROTH/STERN/WILD, Watson, Thomas; VONARBURG, AZ, Verein.

40 HIRSCHBERG, 20min, Freunde; www.facebook.com/azAargauerZeitung/posts/1195234277168091 [Stand: 22.4.2017].

41 ENDRES/WERTHEIMER/HOHLER/RAFI, SoZ, Mörder.

42 DONGHI, Blick, Schlinge, DONGHI/BATTAGLIA/BISCHOFF, Blick, Bestie.

43 DONGHI, Blick, Profil.

44 KNELLWOLF, TA, Mörder.

45 AZ, Täter.

46 KRAUSHAAR/SERAFINI/RIKLIN, SaS, Täter.

47 TA, Weg.

48 DONGHI et al., SoBli, Tatort.

49 Vorne, 3.4.

- 36 Weiter wurde die Auswahl der Print-Artikel auf jene Beiträge beschränkt, welche in der Schweizer Mediendatenbank verzeichnet sind.⁵⁰ Die Auswahl der Online-Artikel umfasste die acht trafficstärksten News-Seiten.⁵¹ Analog wurden nur Social-Media-Beiträge auf den offiziellen Twitter- und Facebook-Kanälen dieser News-Seiten untersucht.⁵²
- 37 Für Print-Artikel wurde das Zeitfenster vom 14. bis 20. Mai 2016 berücksichtigt. Für online publizierte Beiträge jenes vom 13. bis 19. Mai 2016 (Uhrzeit ab Beginn der Medienkonferenz).
- 38 Diese Eingrenzung ergab eine Datenbasis von 413 Medienbeiträgen, davon 191 Print-Artikel, 139 Online-Artikel und 83 Social-Media-Beiträge.

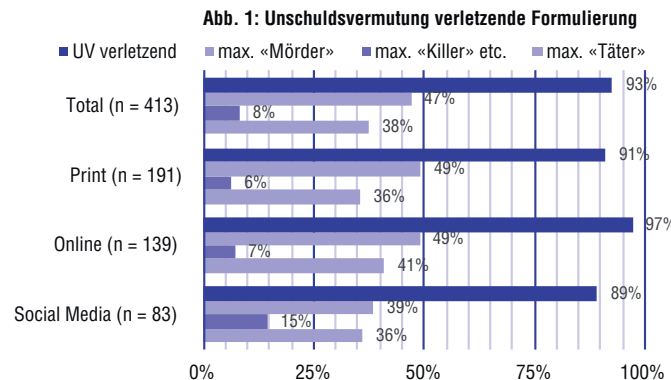
2. Methode

- 39 Alle Medienbeiträge wurden in Bezug auf elf Eigenschaften inhaltlich analysiert. Beispielhaft kann die Kategorie «Formulierung, welche die Unschuldsvermutung verletzt» angeführt werden. Dieser wurde ein Wert zwischen 0 (für «Beitrag enthält keine verletzende Formulierung») und 3 (für «Beitrag enthält die einschränkungslose Formulierung «Mörder») zugewiesen, wobei immer die schwerste Verletzung des ganzen Artikels massgebend war. Berücksichtigt wurde der gesamte Umfang des Beitrags inklusive Titel, Untertitel, Lead und sonstigen Textelementen sowie zugehörige Bilder und Bildlegenden.
- 40 Online-Artikel stellten aufgrund von eingebetteten Bildstrecken und Videos einen Sonderfall dar. Diese wurden «wie geladen» codiert. Das heisst, dass automatisch erscheinende Titelbilder und dazugehörige Bildlegenden dieser Elemente analog einem Bild in der Zeitung behandelt wurden. Alle weiteren Inhalte (z. B. das zweite Bild der Bildstrecke), die der Leser durch Mausclick manuell abrufen muss, wurden ausgeklammert. Dies war zur Wahrung der Vergleichbarkeit zwischen Print- und Online-Artikeln notwendig.
- 41 Um den Einfluss der oft eingesetzten und z.T. sehr umfangreichen Bildstrecken dennoch zu untersuchen, wurde deren Inhalt in einem zweiten Datensatz mitberücksichtigt. Dieser diente ausschliesslich zum Vergleich der Werte, welche die Online-Artikel mit und ohne Berücksichtigung der Bildstrecken erzielten.
- 42 Die gesamte Codier-Arbeit wurde von einem Codierer übernommen, was das Problem der Intercoder-Reliabilität löste. Auf einen Reliabilitätstest zur Ermittlung der Intracoder-Reliabilität wurde angesichts des eher grundsätzlich gehaltenen Code-Buchs, das sich oft auf manifeste Textinhalte bezieht, verzichtet.

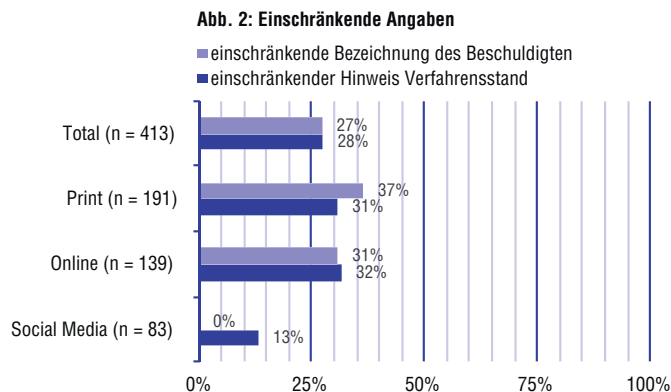
50 www.smd.ch [Stand: 01.03.2017].
 51 Dies sind www.20min.ch, www.blick.ch, www.bluewin.ch, www.srf.ch, www.tagesanzeiger.ch, www.watson.ch, www.nzz.ch, www.aargauerzeitung.ch. Auswahl nach Anzahl monatlicher Page Impressions zum Zeitpunkt der Medienkonferenz (Mai 2016) gemäss Statistik von www.netreport.net-matrix.ch [Stand: 01.03.2017].
 52 Stand der Online-Artikel und Social-Media-Beiträge am 01.03.2017. So hat z. B. Watson auf die vorliegende Untersuchung reagiert und nachträglich einige Bildstrecken entschärft.

3. Ergebnisse

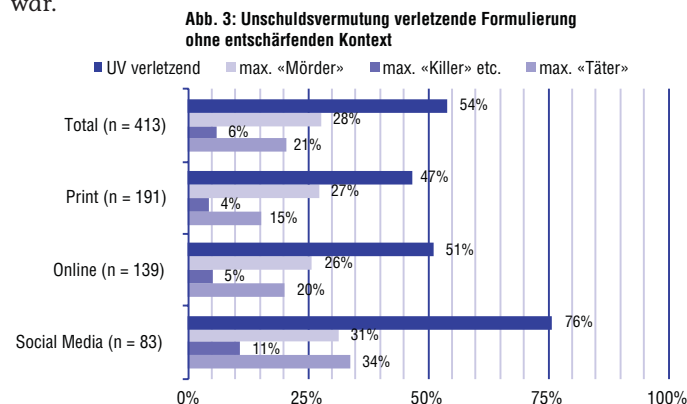
43 In 47 % (n = 194) der Beiträge wurde der Beschuldigte als «Mörder» bezeichnet, in 8 % (n = 34) maximal als «Killer» oder ähnliche Umschreibungen und in 38 % (n = 155) maximal als «Täter». Gesamthaft enthielten somit 93 % (n = 383) der Beiträge im Zusammenhang mit dem Tatverdächtigen mindestens eine Formulierung, welche die Unschuldsvermutung verletzte.



44 27 % (n = 113) aller Beiträge enthielten im Zusammenhang mit dem Tatverdächtigen mindestens eine einschränkende Formulierung, welche die mögliche Unschuld verdeutlichte – z. B. «mutmasslicher Täter» oder «Beschuldigter». In 28 % (n = 114) der Beiträge fand sich mindestens ein einschränkender Hinweis auf den Verfahrensstand, z. B. das Anrecht des Tatverdächtigen auf einen fairen Prozess oder die anstehende Abklärung seiner Schuldfähigkeit.

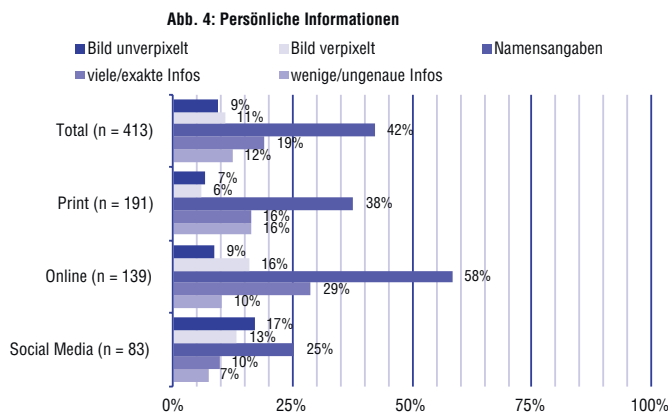


45 54 % (n = 223) aller Beiträge verwendeten im Zusammenhang mit dem Tatverdächtigen mindestens eine Formulierung, welche die Unschuldsvermutung verletzte – ohne dass als entschärfender Kontext mindestens eine einschränkende Bezeichnung oder ein einschränkender Hinweis auf den Verfahrensstand vorhanden war.

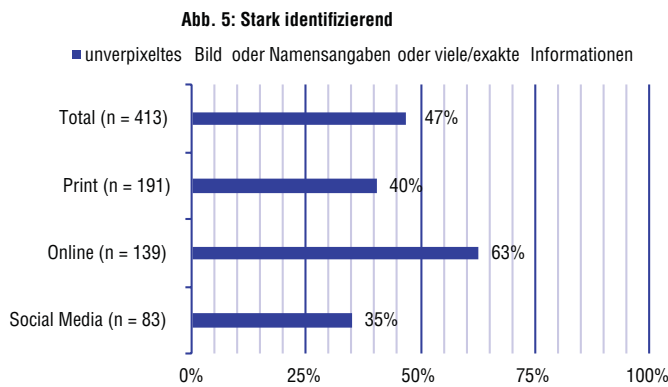


46 Der *volle Name* des Beschuldigten wurde in den untersuchten Publikationen nie genannt. 41% (n = 169) der Beiträge nannten *Vorname und Nachnamensinitial*, 1% (n = 5) seine *Initialen*. Dazu ist anzufügen, dass die Publikation von echtem Vornamen und erstem Buchstaben des Nachnamens im Suchmaschinen-Zeitalter die problemlose Identifizierung des Beschuldigten ermöglicht. So verwies vorliegend bereits einer der ersten Treffer einer Google-Suche nach Vorname und Nachnamensinitial auf einen Forumseintrag, welcher den vollen Namen des Beschuldigten sowie seine Wohnadresse enthielt.

47 9% der Beiträge (n = 39) zeigten ein *unverpixelt*es Bild des Beschuldigten, 11% (n = 44) ein *verpixelt*es. 19% (n = 79) enthielten *viele oder exakte weitere Informationen, welche seine Identifizierung ermöglichten*, 12% (n = 51) *wenige oder ungenaue weitere Informationen*. Bei der Unterscheidung zwischen *viele oder exakte weitere Informationen* und *wenige oder ungenaue weitere Informationen* wurde darauf abgestellt, ob die in einem Artikel vorhandenen Informationen es dem Codierer ermöglichten, den Beschuldigten anhand einer Internetrecherche zu identifizieren. Dies war z.B. bei Fotos seines Wohnhauses mittels Google Street-View der Fall. Ebenso bei der Information, in welchem Fussballclub der Beschuldigte als Trainer tätig war.

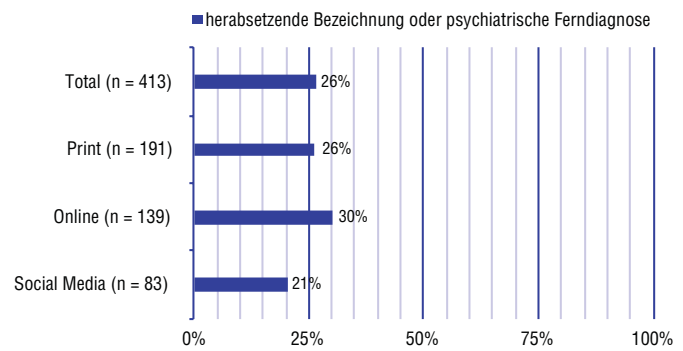


48 In der Summe waren 47% (n = 193) der Beiträge insofern stark identifizierend, als sie eines oder mehrere Elemente der Kategorien *unverpixelt*es Bild des Beschuldigten, *Namensangaben* oder *viele/exakte weitere Informationen* enthielten.



49 26% (n = 109) aller Beiträge enthielten in Bezug auf den Tatverdächtigen mindestens eine *herabsetzende Bezeichnung*, wie «Bestie», «Monster», oder attestierten ihm via Ferndiagnose gesellschaftlich besonders negativ konnotierte *krankheitswertige psychiatrische Störungen*, wie Pädophilie oder Sadismus.

Abb. 6: Herabsetzungen



4. Ergebnisse nach Medientypen

50 *Print, Online und Social Media:* Die drei Gruppen unterschieden sich nicht signifikant bezüglich der Häufigkeit, in welcher die Beiträge mit mindestens einer *Formulierung die Unschuldsvermutung verletzen*.

51 Beim entschärfenden Kontext liess sich eine signifikante Differenz feststellen: So enthielten 37% der Print-Artikel, 31% der Online-Artikel und 0% der Social-Media-Beiträge mindestens eine *einschränkende Bezeichnung, welche die mögliche Unschuld des Tatverdächtigen verdeutlichte* (Cramérs V < 0,001). Auch *einschränkende Hinweise auf den Verfahrensstand* liessen sich in Print- (31%) und Online-Artikeln (32%) signifikant häufiger finden als in den Social-Media-Beiträgen (13%), (Cramérs V = 0,005).

52 In der Folge ergab dies für Social Media mit 76% eine signifikant höhere Quote an Beiträgen, welche *die Unschuldsvermutung ohne entschärfenden Kontext verletzen*: Print (47%), Online (51%), (Cramérs V < 0,001).

53 Online-Artikel waren signifikant öfter *stark identifizierend* (63%) als Print-Artikel (40%) und Social-Media-Beiträge (35%), (Cramérs V < 0,001). Dies ist auf häufigere *Namensangaben* (Print 38%, Online 58%, Social Media 25%) und Beiträge mit *vielen oder exakten persönliche Informationen* (Print 16%, Online 29%, Social Media 10%) zurückzuführen.

54 In Bezug auf *herabsetzende Bezeichnungen und psychiatrische Ferndiagnosen* waren zwischen Print, Online und Social Media keine signifikanten Unterschiede vorhanden.

55 *Bezug zur Medienkonferenz:* Beiträge, die durch Wort oder Bild direkten Bezug auf die Medienkonferenz zur Festnahme des Tatverdächtigen nahmen, enthielten zu 97% mindestens eine *Formulierung, welche die Unschuldsvermutung verletzte*. Dieser Wert ist signifikant höher als in der Gruppe der Beiträge ohne Bezug zur Medienkonferenz (89%), (Cramérs V = 0,003). Bei *Verletzungen der Unschuldsvermutung ohne entschärfenden Kontext* war zwischen den beiden Gruppen keine signifikante Differenz mehr feststellbar.

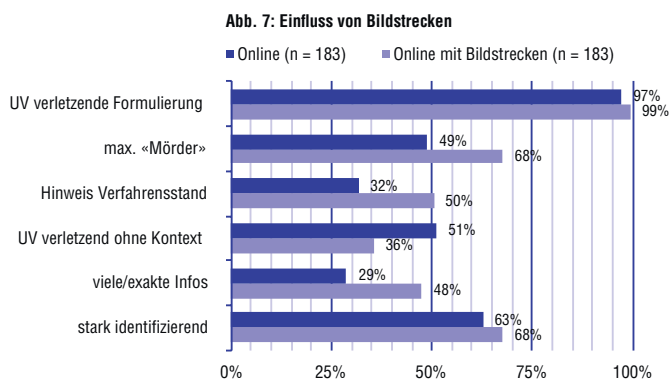
56 *Einfluss von Bildstrecken auf Online-Artikel:* Wie in der Methodenbeschreibung ausgeführt, wurden Online-Artikel zur Wahrung der Vergleichbarkeit mit Print-Artikeln «wie geladen» codiert – d. h., es wurde nur das erste Bild von allfälligen Bildstrecken berücksichtigt. Die Werte der Artikel inklusive gesamter Bildstrecken wurden separat erhoben. Ein Vergleich der reinen Online-Artikel mit den Artikeln inkl. Bildstrecken zeigte

einige nennenswerte Auswirkungen von Bildstrecken auf Online-Artikel.

57 Beide Gruppen hatten eine hohe Quote an Artikeln mit mindestens einer Formulierung, welche die Unschuldsvermutung verletzte (Online 97%, Online mit Bildstrecken 99%). Der Unterschied war nicht signifikant. Eine Auffälligkeit zeigte sich bei der Schwere der Verletzungen: Unter Berücksichtigung der gesamten Bildstrecken stieg der Anteil der Online-Artikel, die den Tatverdächtigen als «Mörder» bezeichneten, von 49% auf 68%.

58 Der Wert für *einschränkende Hinweise auf den Verfahrensstand* stieg durch Berücksichtigung der Bildstrecken von 32% auf 50%. Dies führte zu einer signifikant niedrigeren Quote an Artikeln, welche die Unschuldsvermutung *ohne einschränkenden Kontext* verletzten. (Online 51%, Online mit Bildstrecken 36%; Cramérs $V = 0,008$).

59 Die beiden Gruppen unterschieden sich bezüglich der *starken Identifizierung des Tatverdächtigen* durch *unverpixeltes Bild*, *Namensangaben* oder *viele/exakte persönliche Informationen* nicht signifikant. In letzterer Kategorie war jedoch ein deutlicher Anstieg von 29% (Online) auf 48% (Online mit Bildstrecken) zu beobachten.



V. Diskussion der Resultate

60 Im Fall *Proksch* vertrat das BGer die Ansicht, dass bei der Medienberichterstattung «an jeder Stelle, wo der Verdacht einer Straftat erwähnt wird, nur eine Formulierung zulässig sein kann, die hinreichend deutlich macht, dass es sich einstweilen nur um einen Verdacht handelt.»⁵³ Nach diesem Massstab verletzen 93% der untersuchten Beiträge die Unschuldsvermutung. Dies verdeutlicht bereits, dass die bundesgerichtliche Formel in der heutigen Medienrealität kaum mehr Beachtung findet.

61 47% der Beiträge bezeichneten den Beschuldigten kurz nach seiner Festnahme bereits als «Mörder». Dies lässt darauf schliessen, dass ein substanzieller Teil der Schweizer Journalisten ab einer gewissen subjektiven Sicherheit bezüglich der Täterschaft (hier aufgrund der belastenden Beweislage) jegliche sprachliche Zurückhaltung ablegt.

62 Nur 27% der Beiträge enthielten einschränkende Bezeichnungen, wie «mutmasslicher Täter», lediglich 28% Hinweise

auf den Verfahrensstand. Im emotional aufgeladenen Klima der Berichterstattung über ein extremes Gewaltverbrechen achtet folglich nur eine Minderheit der Medienschaffenden darauf, einem möglichen Freispruch Rechnung zu tragen. Die Mehrheit wirft die Unschuldsvermutung komplett über Bord.

63 In Abweichung von der *Proksch*-Formel soll gemäss aktuellem Konsens der Lehre nicht die einzelne Formulierung, sondern der Gesamtzusammenhang des Artikels für eine Verletzung der Unschuldsvermutung massgeblich sein.⁵⁴ Selbst bei grosszügiger Beurteilung, wonach bereits eine einzige einschränkende Bezeichnung oder ein Hinweis auf den Verfahrensstand mehrere verletzend Formulierungen heilt,⁵⁵ blieb das Bild eindeutig: 54% der Beiträge verletzen die Unschuldsvermutung ohne jeglichen relativierenden Kontext. 28% bezeichneten den Beschuldigten dabei als «Mörder».

64 Bemerkenswerte 26% der Beiträge enthielten herabsetzende Bezeichnungen des Tatverdächtigen (z. B. «Bestie», «Monster» etc.) oder besonders negative psychiatrische Ferndiagnosen (z. B. «pädophiler Triebtäter»), was auf eine emotionale Betroffenheit der Medienschaffenden hinweist.

65 Das grosse Ausmass der Verletzungen sowie eine Reihe von Interviews, welche nach Abschluss der Untersuchung mit an der Berichterstattung beteiligten Journalisten geführt wurden, lässt darauf schliessen, dass sich die Medienschaffenden der Unschuldsvermutung entweder nicht bewusst sind oder sie gezielt ignorieren. Letzteres z. B. aufgrund einer Art Bestrafungswille, Überlegungen zur Textattraktivität – oder weil die Gefahr rechtlicher Konsequenzen gering ist.

66 Überraschend ist die Erkenntnis, dass die moderneren Kanäle Online und Social Media nicht signifikant häufiger als Print-Artikel Formulierungen verwendeten, welche die Unschuldsvermutung verletzen. Dies widerspricht dem Vorurteil, dass die charakteristische Schnelligkeit dieser Beitragsformen zum Verfall journalistischer Sitten führe.

67 Als Problem hat sich für die knapp formulierten Social-Media-Beiträge jedoch herauskristallisiert, dass keinerlei einschränkende Bezeichnungen des Beschuldigten und nur wenige Hinweise auf den Verfahrensstand zu verzeichnen waren. Dies führte im Vergleich mit Print- (47%) und Online-Artikeln (51%) dazu, dass Social Media mit 76% den deutlich höchsten Wert an kontextlosen Vorverurteilungen aufwies.

68 97% der Beiträge mit direktem Bezug auf die Medienkonferenz zur Festnahme des Tatverdächtigen enthielten Formulierungen, welche die Unschuldsvermutung verletzen. Bei Beiträgen ohne Bezug zur Medienkonferenz lag der Wert mit 89% signifikant niedriger. Dies stützt die Vermutung, dass die offensive Kommunikation der Behörden zumindest ein Mitauslöser für die Verletzungen darstellte.⁵⁶ Zur Überprüfung wäre eine Wiederholung der Untersuchung in einem ähnlich gela-

⁵⁴ GLASL/MÜLLER, ZSR 2013 I, 98.

⁵⁵ Siehe z. B. HÄGLER, BZ, Mord. Dort wird der Beschuldigte neunmal als «Mörder» und zehnmal als «Täter» bezeichnet, bevor die Aussage «es gilt nun, die Anklage vorzubereiten und die Akten gerichtsfest zu machen» einen einschränkenden Kontext gibt, welcher die Unschuldsvermutung nach diesem Verständnis wiederherstellt.

⁵⁶ So etwa die konsequente Bezeichnung des Tatverdächtigen als «Täter». Siehe vorne, 3.1.

⁵³ BGE 116 IV 31, E. 5b.

gerten Fall mit zurückhaltenderer Behördenkommunikation wünschenswert.

69 47% der Beiträge haben den Tatverdächtigen auch für Personen ausserhalb seines engeren sozialen Umfelds identifizierbar gemacht. Dieser Wert erscheint im Hinblick auf den Persönlichkeitsschutz kritisch hoch. Hauptursache waren nicht unverpixelte Fotos des Beschuldigten (in 9% der Beiträge), sondern einerseits die stark verbreiteten Namensangaben (in 42% der Beiträge)⁵⁷ und eine hohe Fülle an exakten persönlichen Informationen (in 19% der Beiträge). Bereits eine Änderung der Namenspraxis – z. B. die Verwendung eines Pseudonyms statt realem Vornamen und Nachnamensinitial – würde die Problematik folglich entschärfen und wäre ohne Beeinträchtigung der Berichterstattung umsetzbar.

70 Die Jagd nach Details aus dem Privatleben des Beschuldigten hat sich in Online-Artikeln am heftigsten manifestiert. 29% dieser Beiträge machten ihn z. B. mit Informationen über seine Hunde, seine Familie oder seinen Fussballclub identifizierbar. In Print-Beiträgen war dies mit 16% seltener der Fall. Entsprechend dürfte diese Gefahr mit der wachsenden Bedeutung der Online-Medien künftig weiter zunehmen.

71 Die umfangreichen Bildstrecken in Online-Artikeln sind in diesem Zusammenhang besonders hervorzuheben. Diese (vorproduzierten) Elemente wurden routinemässig in viele Artikel zum Thema eingefügt und zeigten z. B. das Wohnhaus des Tatverdächtigen. Diese Praxis neutralisierte regelmässig sämtliche Bemühungen um Persönlichkeitsschutz im Textteil. Mit Blick auf Verletzungen der Unschuldsvermutung führte sie zur häufigeren Verwendung des Prädikats «Mörder», sorgte aber umgekehrt auch für mehr einschränkende Bezeichnungen und Hinweise zum Verfahrensstand.

72 Zusammenfassend lassen sich folgende Erkenntnisse festhalten:

1. Die Unschuldsvermutung wurde in weiten Teilen der Berichterstattung über den Tatverdächtigen missachtet. Selbst bei grosszügigem Masstab verletzen 54% der Beiträge den Grundsatz.

2. Beiträge mit direktem Bezug zur Medienkonferenz enthielten im Vergleich mit Beiträgen ohne direkten Bezug signifikant öfter Formulierungen, welche die Unschuldsvermutung verletzen. Dies deutet auf einen negativen Einfluss des Kommunikationsverhaltens der Behörden hin.

3. Mit Blick auf den Persönlichkeitsschutz waren 47% der Beiträge insofern problematisch, als sie den Beschuldigten identifizierbar machten.

4. Print-, Online- und Social-Media-Beiträge enthielten eine ähnliche (hohe) Quote an Formulierungen, welche die Unschuldsvermutung verletzen. Social-Media-Beiträge liessen oft einschränkenden Kontext vermissen. Online-Artikel machten den Beschuldigten besonders häufig identifizierbar. Bildstrecken verschärften diese Gefahr.

⁵⁷ Auch abgekürzte Namensangaben ermöglichen im Google-Zeitalter die Identifizierung und sind deshalb entgegen der Richtlinien des Schweizer Presserats problematisch. Siehe vorne, 5.3.

VI. Fazit und Ausblick

73 Aufgrund der rasanten technologischen Entwicklung sind die klassischen Geschäftsmodelle des Journalismus mit existenziellen Herausforderungen konfrontiert. Der daraus resultierende ökonomische Druck zwingt viele Medien, den verschärften Konkurrenzkampf mit härteren Bandagen zu bestreiten. Die Kriminalitätsberichterstattung ist aufgrund ihres grossen Aufmerksamkeitspotenzials stark von dieser Dynamik betroffen. Der Zwang zur Steigerung und Befriedigung des Leserinteresses kann Journalisten während längerer Strafverfahren dazu verleiten, die Unschuldsvermutung zu missachten.

74 Der klassische Print-Kanal und die moderneren Online- und Social-Media-Kanäle unterschieden sich in der Untersuchung nicht signifikant bezüglich der Verwendung problematischer Formulierungen. Jedoch fielen die knapp gehaltenen Social-Media-Beiträge im Bereich der relativierenden Angaben ab, womit die Unschuldsvermutung auf diesem Kanal häufiger ohne Kontext verletzt wurde. Online-Artikel berichteten im Vergleich mit den anderen Kanälen häufiger identifizierend, was durch den Einsatz von Bildstrecken zusätzlich verschärft wurde.

75 Die vorliegende Untersuchung zeigt an einem sehr prominenten Fall, wie Journalisten – und auch Behörden – mit der Unschuldsvermutung und dem Gebot der Nicht-Identifizierung von Verdächtigen umgegangen sind. Auch wenn sich aus diesem Fall nicht zwingend Schlüsse für die Kriminalitätsberichterstattung generell ziehen lassen – das Geständnis des Beschuldigten dürfte das Ausmass der Problematik vorliegend erheblich verschärft haben –, weisen die Resultate auf einen eklatanten Missstand hin. Neben dem gestiegenen wirtschaftlichen Druck, dem Medienschaffende ausgesetzt sind, legt die Untersuchung der Berichterstattung sowie die damit einhergehenden Interviews mit beteiligten Journalisten als Erklärungsansätze für die beobachteten Phänomene hauptsächlich die offensive Kommunikation der Strafbehörden und mangelnde Rechtskenntnisse der beteiligten Journalisten nahe.

76 Konstitutiv für die gesamte beschriebene Problematik dürfte auch das schwach ausgeprägte Schutzinstrumentarium gegen mediale Vorverurteilungen sein. Nur ein kleiner Teil der Betroffenen ist gewillt, sich angesichts der Prozessrisiken und der Belastung durch das eigentliche Strafverfahren auch noch gegen ein ressourcenreiches Medienhaus an einer zweiten Rechtsfront zu exponieren. Mangels drohender Konsequenzen besteht für Journalisten somit auch wenig direkter Anreiz, sich vertieft mit der Unschuldsvermutung auseinanderzusetzen.

77 Um diesen Missstand zu beheben, liesse sich nun natürlich die Einführung griffigerer Rechtsbehelfe für medial vorverurteilte Beschuldigte fordern. Denkbar wäre etwa die Kombination eines eigenständigen Straftatbestands mit einem zivilrechtlich leichter durchsetzbaren finanziellen Anspruch nach österreichischem Vorbild.

78 Doch dieser Beitrag soll nicht fatalistisch mit dem Ruf nach Einschränkung der Medienfreiheit enden. Vielmehr sei (erneut) an die journalistische Eigenverantwortung appelliert: Die Beachtung der Unschuldsvermutung bedeutet den Verzicht auf einige knackige Zeilen, doch sie ist einer der nötigen Schritte auf dem Weg zurück zur staatstragenden Verantwortung.

Literaturverzeichnis

- BEUTLER VERA, Für den mutmasslichen Täter gilt die Unschuldsvermutung, Die Medien und ihr Verhältnis zur Unschuldsvermutung in der Schweiz und England, Zürich/Basel/Genf 2013
- BELSER EVA MARIA/ÉPINEY ASTRID/WALDMANN BERNHARD (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK BV-BEARBEITERIN, Art. x N y)
- BRANDWOOD JOANNE ARMSTRONG, You Say «Fair Trial» and I Say «Free Press»: British and American Approaches to Protecting Defendants' Rights in High Profile Trials, NYU Law 2000, 1412–1451
- DONATSCH ANDREAS, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013
- DONATSCH ANDREAS/HANSJAKOB THOMAS/LIEBER VIKTOR (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2014 (zit. StPO 2014-BEARBEITERIN, Art. x N y)
- GEIS THOMAS, Persönlichkeitsschutz: Pressezensur oder Schutz vor Medienmacht?, SJZ 1996, 73–84
- GLASL DANIEL/MÜLLER LUCIEN, Die Unschuldsvermutung in der Medienberichterstattung, Präzisierungen zu Stellenwert, Inhalt und Anwendungsbereich, ZSR 2013 I, 85–108
- GUDJONSSON GISLI, Memory distrust syndrome, confabulation and false confession, Cortex 2017, 156–165
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK ZGB-BEARBEITERIN, Art. x N y)
- JÄGER ROLF, Strafuntersuchung und Medien im Spannungsfeld der Interessen, Zürich/St. Gallen 2010
- JOSITSCH DANIEL, Grundriss des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013 (zit. JOSITSCH, Grundriss)
- JOSITSCH DANIEL, Medienarbeit als Bestandteil der Strafverteidigung, ZStrR 2004, 115–139 (zit. JOSITSCH, Medienarbeit)
- KÖSTER ROLF-JÜRGEN, Die Rechtsvermutung der Unschuld, historische und dogmatische Grundlagen, Diss. Universität Bonn, 1979
- KUNZ KARL-LUDWIG, Medienkriminalität, in: FS Riklin, Zur Emeritierung und zugleich dem 67. Geburtstag am 8. September 2007, Zürich/Basel/Genf 2007, 655–665
- KRUSE JAN, Qualitative Interviewforschung, Ein integrativer Ansatz, 2. Aufl., Weinheim/Basel 2015
- MICHLIG MATTHIAS, Öffentlichkeitskommunikation der Strafbehörden unter dem Aspekt der Amtsgeheimnisverletzung (Art. 320 StGB), Zürich 2013
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz: im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung (StPO) Jugendstrafprozessordnung (JStPO), 2. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK StPO-BEARBEITERIN, Art. x N y)
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111–392 StGB, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK StGB-BEARBEITERIN, Art. x N y)
- NOBEL PETER/WEBER ROLF H., Medienrecht, 3. Aufl., Bern 2007
- RIKLIN FRANZ, Schutz der Unschuldsvermutung, Medien im Graubereich, medialex 2006, 28–34 (zit. RIKLIN, Graubereich)
- RIKLIN FRANZ, Der Fall «Lucie»: Dem Presserat kann nicht gefolgt werden, medialex 2009, 127–128 (zit. RIKLIN, Lucie)
- RUCKSTUHL NIKLAUS/DITTMANN VOLKER/ARNOLD JÖRG, Strafprozessrecht unter Einschluss der forensischen Psychiatrie und Rechtsmedizin sowie des kriminaltechnischen und naturwissenschaftlichen Gutachtens, Zürich/Basel/Genf 2011
- SAXER URS, Justizkommunikation im Rechtsstaat, in: Heer/Urwyler (Hrsg.), Justiz und Öffentlichkeit, Bern 2007, 49–63
- SCHOBER FABIENNE, Der Anspruch der Öffentlichkeit auf Informationen während des Vorverfahrens, ZStrR 2015, 318–338
- SCHMOHL DENISE, Der Schutz des Redaktionsgeheimnisses in der Schweiz, Eine strafrechtliche Betrachtung unter Berücksichtigung der europäischen und verfassungsrechtlichen Grundlagen, Zürich/Basel/Genf 2013
- SPRECHER MARGRIT, Die Gerichtsberichterstattung, in: Heer/Urwyler (Hrsg.), Justiz und Öffentlichkeit, Bern 2007, 79–88
- STREBEL ELISABETH, Grenzen medialer Öffentlichkeitsarbeit der Staatsanwaltschaft, Zum Schutz der Persönlichkeitsrechte der beschuldigten Person im Vorverfahren, Bern 2011
- STUCKENBERG CARL-FRIEDRICH, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, Berlin/New York 1998
- STUDER PETER/MAYR VON BALDEGG RUDOLF, Medienrecht für die Praxis, 4. Aufl., Zürich 2011
- TANOOS ARIANA, Shielding the Presumption of Innocence from Pretrial Media Coverage, ILR 2017, 997–1022
- TOPHINKE ESTHER, Das Grundrecht der Unschuldsvermutung, Aus historischer Sicht und im Lichte der Praxis des schweizerischen Bundesgerichts, der EMRK-Organe und des UNO-Menschenrechtsausschusses, Bern 2000
- TRECHSEL STEFAN, Struktur und Funktion der Vermutung der Schuldlosigkeit, Ein Beitrag zur Auslegung von Art. 6 Ziff. 2 EMRK, SJZ 1981, 335–340
- WERLY STÉPHANE, La protection du secret rédactionnel, Genf/Zürich/Basel 2005
- WETTLER PETER MARTIN, Medienkriminalität, in: Heer/Urwyler (Hrsg.), Justiz und Öffentlichkeit, Bern 2007, 117–123
- Justizkritik, Medienberichte über hängige Gerichtsverfahren im Lichte der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichtes und der EMRK-Organe, Bern/Stuttgart/Wien 1998
- ZELLER FRANZ, Zwischen Vorverurteilung und WIPRÄCHTIGER HANS, Justiz und Medien – Erwartungen des Richters, in: Heer/Urwyler (Hrsg.), Justiz und Öffentlichkeit, Bern 2007, 39–47

Medienverzeichnis

- ASCHWANDEN ERICH, Das Gesicht des Täters zu DNA und Fingerabdrücken fehlt noch, www.nzz.ch/ld.5495 [Stand: 22.04.2017] (zit. ASCHWANDEN, NZZ, Gesicht)
- BATTAGLIA GABRIELA, Diese Frau verteidigt den Vierfach-Killer, Blick 17.05.2016, 3 (zit. BATTAGLIA, Blick, Killer)
- BATTAGLIA GABRIELA, Kann Renate Senn das Mandat ablehnen?, www.blick.ch/id5044451.html [Stand: 22.04.2017] (zit. BATTAGLIA, Blick, Monster)

- BLUM KURT, Für alle zwei neue Fünzigernoten, Zofinger Tagblatt 17.05.2016, 22 (zit. BLUM, ZoT, Fünzigernoten)
- BLEES JULIA, Unschuldsvermutung und Presseberichterstattung in den USA, www.amlaw.us/blees-unschuldsvermutung-presse.shtml [Stand: 12.05.2017] (zit. BLEES, Amlaw, Unschuldsvermutung)
- BÜCHI JACQUELINE, Gejagt, geschnappt, vorverurteilt: Das Trauerspiel Rupperswil in 5 Akten, www.watson.ch/!214365690 [Stand: 11.05.2017] (zit. BÜCHI, Watson, Trauerspiel)
- BÜCHI JACQUELINE, Rupperswil: Welche Strafe droht dem Täter?, www.20min.ch/schweiz/news/story/26276727 [Stand: 22.04.2017] (zit. BÜCHI, 20min, Strafe)
- CHAPMAN MATTHIAS, Diese Anwältin verteidigt den Rupperswiler Täter, www.tagesanzeiger.ch/12805568 [Stand: 22.04.2017] (zit. CHAPMAN, TA, Anwältin)
- CUENI PHILIPP, Das journalistische Problem der Vorverurteilung, www.infosperber.ch/FreiheitRecht/Das-journalistische-Problem-der-Vorverurteilung [Stand: 07.04.2017] (zit. CUENI, Infosperber, Vorverurteilung)
- DAMMANN VIKTOR, «Ich habe noch nie so einen krassen Fall erlebt», www.blick.ch/id5029977.html [Stand: 22.04.2017] (zit. DAMMANN, Blick, Fall)
- DONGHI RALPH, War Rupperswil ein Ritual-Mord?, www.blick.ch/4992436 [Stand: 22.04.2017] (zit. DONGHI, Blick, Ritualmord)
- DONGHI RALPH, Das Gesicht des Bösen, Blick 18.05.2016, 2 (zit. DONGHI, Blick, Gesicht)
- DONGHI RALPH, Der Horror im Profil, www.blick.ch/5046787 [Stand: 01.03.2017] (zit. DONGHI, Blick, Profil)
- DONGHI RALPH, So zog sich die Schlinge um Thomas N. zu, www.blick.ch/id5051077.html [Stand: 01.03.2017] (zit. DONGHI, Blick, Schlinge)
- DONGHI RALPH et. al, Er spazierte jeden Tag am Tatort vorbei, Sonntagsblick 15.05.16, 2–3 (zit. DONGHI et al., SoBli, Tatort)
- DONGHI RALPH/BATTAGLIA GABRIELA/BISCHOFF CHRISTIAN, Das passiert mit der Bestie von Rupperswil, Blick 17.05.2016, 2 (zit. DONGHI/BATTAGLIA/BISCHOFF, Blick, Bestie)
- ENDRES FIONA/WERTHEIMER PIA/HOHLER STEFAN/RAFI REZA, Das seltsame Leben des Mörders von Rupperswil, SonntagsZeitung 15.05.16, 1 (zit. ENDRES/WERTHEIMER/HOHLER/RAFI, SoZ, Mörder)
- ELLNER SUSANNA, Vierfachmörder im Fall Rupperswil verhaftet, www.nzz.ch/ld.82453 [Stand: 22.04.2017] (zit. ELLNER, NZZ, Vierfachmörder)
- FUMAGALLI ANTONIO, Mörder trainierte Fussball-Junioren, Basellandschaftliche Zeitung 14.05.2016, 3 (zit. FUMAGALLI, BZ, Fussball-Junioren)
- FUMAGALLI ANTONIO/HÄGLER FABIAN, Nichts weist auf frühere sexuelle Übergriffe hin, Aargauer Zeitung 17.05.2016, 1 (zit. FUMAGALLI/HÄGLER, AZ, Übergriffe)
- GAMP ROLAND, «Ich hätte ihm eine so schreckliche Tat nie zuge-
traut», www.blick.ch/id5030766.html [Stand: 22.04.2017] (zit. GAMP, Blick, Tat)
- GYR MARCEL, «Enorme Kaltblütigkeit», Neue Zürcher Zeitung 14.05.2016, 28 (zit. GYR, NZZ, Kaltblütigkeit)
- GYR MARCEL, Späteres Opfer hebt zweimal Bargeld ab, www.nzz.ch/1.18667941 [Stand: 22.04.2017] (zit. GYR, NZZ, Bargeld)
- HÄGLER FABIAN, Er plante schon den nächsten Mord, Basellandschaftliche Zeitung 14.05.2016, 2 (zit. HÄGLER, BZ, Mord)
- HÄGLER FABIAN, Renate Senn – diese Frau verteidigt den Mörder von Rupperswil, www.aargauerzeitung.ch/aargau/-130273215 [Stand: 22.04.2017] (zit. HÄGLER, AZ, Senn)
- HARTMANN SILVAN/ZIMMERMANN PHILIPP, Verhaftung im Starbucks: Die Polizei wartete, bis er seinen Kaffee ausgetrunken hatte, www.aargauerzeitung.ch/aargau/-130275481 [Stand: 22.04.2017] (zit. HARTMANN/ZIMMERMANN, AZ, Verhaftung)
- HASLER THOMAS, Der Presserat verspielt seine Glaubwürdigkeit, Tages-Anzeiger 25.06.2009, 7 (zit. HASLER, TA, Presserat)
- HIRSCHBERG ANNETTE, «Ich habe ihn nie mit Freunden gesehen», www.20min.ch/schweiz/news/story/10132058 [Stand: 22.04.2017] (zit. HIRSCHBERG, 20min, Freunde)
- HOHLER STEFAN/HUBER TINA, Rupperswil: Opfer erstochen, Brand gelegt, www.tagesanzeiger.ch/29507077 [Stand: 22.04.2017] (zit. HOHLER/HUBER, TA, Opfer)
- HUBER TINA/JURINAK IRENA, Mysteriöser Brand in Rupperswil – war es ein Familiendrama?, www.tagesanzeiger.ch/23738085 [Stand: 22.04.2017] (zit. HUBER/JURINAK, TA, Brand)
- KNELLWOLF THOMAS, Ex-Mann, Ausländer, Okkultisten: Wer alles verdächtigt wurde, www.tagesanzeiger.ch/17569986 [Stand: 22.04.2017] (zit. KNELLWOLF, TA, Spekulationen)
- KNELLWOLF THOMAS, Mörder ohne Eigenschaften, Tages-Anzeiger 17.05.2016, 4 (zit. KNELLWOLF, TA, Mörder)
- KNELLWOLF THOMAS, Mörder ohne Eigenschaften, Der Bund 17.05.2016, 11 (zit. KNELLWOLF, Bund, Mörder)
- KNELLWOLF THOMAS/LOSER PHILIPP, Vierfachmord von Rupperswil befeuert Diskussion um DNA-Tests, www.tagesanzeiger.ch/14585639 [Stand: 22.04.2017] (zit. KNELLWOLF/LOSER, TA, Diskussionen)
- KNELLWOLF THOMAS/STREBEL DOMINIQUE, So jagten die Ermittler Thomas N., Tages-Anzeiger 18.05.16, 3 (zit. KNELLWOLF/STREBEL, TA, Ermittler)
- KOVIC MARKO/SELE MARC, Der Umbruch der Schweizer Zeitungslandschaft in fünf Grafiken, blog.tagesanzeiger.ch/datenblog/index.php/5999 [Stand: 19.04.2017] (zit. KOVIC/SELE, TA, Umbruch)
- KRAUSHAAR BEAT/SERAFINI SARAH/RIKLIN FABIENNE, Täter spazierte jeden Tag am Fahndungsplakat vorbei, Schweiz am Sonntag 15.05.16, 3 (zit. KRAUSHAAR/SERAFINI/RIKLIN, SaS, Täter)
- LEHMANN FLORIAN, Polizei sucht Täter mit Flugblatt, www.tagesanzeiger.ch/16751073 [Stand: 22.04.2017] (zit. LEHMANN, TA, Flugblatt)
- N. N., Der Vierfachmörder ist gefasst, Basler Zeitung 14.05.2016, 22 (zit. BaZ, Vierfachmörder)
- N. N., Vierfachmörder ist geständig, St. Galler Tagblatt 14.05.2016, 1 (zit. Tagblatt, Vierfachmörder)
- N. N., So krank ist die Bestie von Rupperswil, Blick 14.05.2016, 5 (zit. Blick, Diagnose)
- N. N., «Ich habe 15 Jahre neben dem Täter gewohnt», www.aargauerzeitung.ch/aargau/-130275331 [Stand: 22.04.2017] (zit. AZ, Täter)
- N. N., Der Weg des Grauens, www.tagesanzeiger.ch/29637008 [Stand: 22.04.2017] (zit. TA, Weg)
- ROTH RAFAELA/STERN WILLIAM/WILD DARIA, Das sagen die Rupperswiler über den Täter: «Thomas war ein beliebter Trainer»,

- www.watson.ch/!309483562 [Stand: 22.04.2017] (zit. ROTH/STERN/WILD, Watson, Thomas)
- SCHERRER LUKAS, Ein Student war der Mörder: Sein Motiv waren Sex und Geld, www.aargauerzeitung.ch/aargau/-130267907 [Stand: 22.04.2017] (zit. SCHERRER, AZ, Student)
- SCHERRER LUKAS, Was dem Mörder droht, hängt von Details ab, Basellandschaftliche Zeitung 14.05.2016, 3 (zit. SCHERRER, BZ, Mörder)
- STADLER RAINER, Sex, Lügen und Männer, www.nzz.ch/1.10681975 [Stand: 22.04.2017] (zit. STADLER, NZZ, Lügen)
- TELESCA STEFANIA, Der Unbekannte aus der Nachbarschaft, Tages-Anzeiger 14.05.2016, 3 (zit. TELESCA, TA, Nachbarschaft)
- THIRIET MAURICE, «Es ist gut möglich, dass es sich um einen Serientäter handelt», www.watson.ch/!798012667 [Stand: 22.04.2017] (zit. THIRIET, Watson, Serientäter)
- VONARBURG FABIO, Verein von Thomas N. schockiert: «Er hatte unser vollstes Vertrauen», www.aargauerzeitung.ch/aargau/-130271204 [Stand: 01.03.2017] (zit. VONARBURG, AZ, Verein)
- VONARBURG FABIO, Verein von Thomas N. schockiert: «Er hatte unser vollstes Vertrauen», <http://www.watson.ch/!463965420> [Stand: 01.03.2017] (zit. VONARBURG, Watson, Verein)
- VON WYL HANNES/WOZNY NADINE, Schweizer Student (33) ermordete die Familie S., www.20min.ch/schweiz/zuerich/story/-11001886 [Stand: 22.04.2017] (zit. VON WYL/WOZNY, 20min, Liveticker)
- WILD DARIA, Psychiater zum Fall Rapperswil: «Dass der Täter noch ein sexuelles Bedürfnis befriedigte, ist abgebrüht», www.watson.ch/!636233347 [Stand: 22.04.2017] (zit. WILD, Watson, Psychiater)
- ZEHNDER CHRISTOPH, Volk bedankt sich für Aufklärung: Aargauer Polizei wird mit Lob überschüttet, www.aargauerzeitung.ch/aargau/kanton-aargau/-130271417 [Stand: 22.04.2017] (zit. ZEHNDER, AZ, Lob)

Zusammenfassung Journalisten müssen in ihrer Berichterstattung zwischen dem Schutz der Privatsphäre der Beteiligten und dem öffentlichen Interesse an Information abwägen. Dies gilt in besonderem Ausmass bei der Berichterstattung über extreme Gewaltverbrechen. Anhand des stark beachteten Tötungsdelikts in Rapperswil untersucht dieser Beitrag, wie Schweizer Medien(schaffende) unmittelbar nach der Verhaftung des Beschuldigten mit dem rechtstaatlichen Grundprinzip der Unschuldsvermutung umgegangen sind. Die Analyse von 413 Beiträgen in Print- und Online-Medien sowie auf Social-Media-Kanälen von Medienunternehmen zeigt, dass unabhängig vom Medientyp oft vorverurteilend und identifizierend berichtet wurde, was auf ein mangelhaftes Bewusstsein der Medienschaffenden hindeutet, wenn es um den Schutz der Beschuldigten bei Gewaltverbrechen geht.



Bild: zVg

Simon Canonica, lic. iur., Rechtsanwalt, war während 20 Jahren Rechtskonsulent der Redaktionen der Tamedia AG

Redaktionen dürfen sich auf Inhalte anerkannter Agenturen in der Regel verlassen

Ein Verschwinden von zuverlässigen Nachrichtenagenturen würde Medienpublikationen auch in rechtlicher Hinsicht vor neue Herausforderungen stellen

Résumé Les médias locaux et régionaux en particulier, peuvent à peine fonctionner sans les contenus des agences de presse. Aussi d'un point de vue juridique, ils ont tout intérêt à se fier aux contenus d'agences de presse sérieuses comme l'Agence télégraphique suisse (ATS). Se baser sur des sources quelconques présente des risques juridiques considérables. Les rédactions ne peuvent pas se baser sur des informations privées sans les réexaminer, mais elles le peuvent généralement sur des contenus d'agences reconnues. En cas de publication d'un reproche erroné basé sur l'information d'une agence, cela ne prive pas le média de l'obligation de rectification ou de suppression de l'information, mais ils sont généralement protégés contre des demandes de dommage-intérêts ruineux, et les journalistes peuvent à peine craindre des conséquences pénales.

I. Einleitung

- Die Wirren um den Stellenabbau bei der Schweizerischen Depeschenagentur (SDA) hat eine Diskussion darüber in Gang gesetzt, ob und wie sehr seriöse Nachrichtenagenturen für die Qualität des Journalismus in der Schweiz unentbehrlich sind. Ein Verschwinden von zuverlässigen Agenturen würde Medienpublikationen, insbesondere kleinere, regionale, nicht nur qualitativ beeinträchtigen, sondern auch in rechtlicher Hinsicht vor neue Herausforderungen stellen.
- Informationen in Zeitungen und auf Online-Portalen bestehen zu einem beträchtlichen Teil aus Agenturmeldungen oder fussen zumindest darauf. Würde die SDA schliessen, müssten sich diese Medien nicht nur fragen, woher sie in Zukunft jene Teile der Information beziehen würden, die sie mangels genügend eigener Mittel nicht selber recherchieren können, sondern auch, wer die Zuverlässigkeit des Inhalts von Meldungen aus dritter Hand garantiert. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, haften Medien grundsätzlich für die Wahrheit der

publizierten Inhalte, doch kann es rechtlich ausschlaggebend sein, auf welche Quellen sich Redaktionen stützen.

II. Informationsauftrag der Medien deckt unwahre Darstellungen nicht

- Wird das gesellschaftliche Ansehen einer Person durch eine Medienberichterstattung spürbar geschmälert, liegt in der Regel eine Persönlichkeitsverletzung, häufig auch eine strafrechtliche Ehrverletzung, vor. Eine solche kann jedoch durch den Informationsauftrag der Medien, der als überwiegendes öffentliches Interesse gilt, gerechtfertigt sein. Diese Einschränkung gilt jedenfalls zivilrechtlich nur für wahre Darstellungen. «Werden Unwahrheiten publiziert, kann sich das Presseunternehmen gegebenenfalls nicht darauf berufen, diese seien ihm zugetragen worden und es habe lediglich die Behauptung eines Dritten originalgetreu wiedergegeben.» (BGE 132 III 645)

III. Ausnahme für «privilegierte Quellen»

- Nun ist es aber rechtlich nicht dasselbe, ob ein Zeitungsbericht sich auf eine Stammtischbehauptung, einen wilden Tweet oder aber auf eine seriöse Agenturmeldung oder gar eine Behördeninformation stützt. Die deutsche Lehre und Rechtsprechung, die tendenziell mehr als die hiesige zum Kategorisieren neigt, bevorzugt anerkannte Nachrichtenagenturen und Behörden als sogenannte «privilegierte Quellen». Erhält eine Zeitung von einer solcherart privilegierten Quelle Informationen, darf sie sich auf deren inhaltliche Richtigkeit verlassen (BROST, Privilegierte Quellen im Medienrecht – zwischen Aktualitätsdruck und Persönlichkeitsschutz, in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, ZUM, 11/2017, S. 816f.). Die journalistischen Sorgfaltspflichten erfahren hier eine Lockerung.
- In der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung fehlt es an einer ausdrücklichen Privilegierung bestimmter Infor-

Simon Canonica Redaktionen dürfen sich auf Inhalte anerkannter Agenturen in der Regel verlassen

mationsquellen für den Nachweis der Wahrheit. Das heisst allerdings nicht, dass bei uns nicht vergleichbare Massstäbe anwendbar sind. So hat das Bundesgericht vor 15 Jahren in einem obiter dictum festgehalten, dass eine Ausnahme vom Prinzip, dass die Verbreitung tatsächlicher Verbreitung nicht gerechtfertigt sei, denkbar sei, wenn «über eine Pressemitteilung einer Polizeibehörde berichtet, die Quelle angegeben und der Bericht selber nicht kommentiert wird» (BGE 129 III 213, bestätigt im unveröffentlichten BGer 5A_92/2010, besprochen in *medialex* 3/2011, S. 177). Noch etwas weiter ging ein Entscheid des Obergerichts Zürich aus dem Jahr 1989, das eine Klage gegen eine Meldung des Zürcher Oberländers mit dem Titel «Präsident der Transkei ist gefürchtet wie Idi Amin» zu beurteilen hatte. Das Obergericht stellte sich hinter die Zeitung, unter anderem deshalb, weil eine solche überfordert wäre, wenn sie Meldungen anerkannter Agenturen nachrecherchieren müsste. Den Redaktoren sei nur die Vergewisserung zuzumuten, dass eine solche Meldung mit dem Allgemeinwissen über eine Region oder Thematik übereinstimme und nicht gerade unwahrscheinlich anmute (STUDER/MAYR VON BALDEGG, *Medienrecht für die Praxis*, Saldo-Ratgeber, 4. Aufl. 2011, S. 71 ff. und SJZ 1989, S. 359 ff.). Neben diesen Zivilurteilen ist ein Urteil des Bezirksgerichts Zürich in einem Strafverfahren bekannt, das einen «Blick»-Artikel betraf, der über die Verhaftung eines Einbrechers berichtete, der im konkreten Fall aber lediglich wegen Hehlerei bestraft worden war. Darin wird festgehalten, der Journalist habe seine Information einer Medienmitteilung der Kantonspolizei und einer Meldung der Nachrichtenagentur AP entnommen und diese Texte als Arbeitspapier verwendet und seinen eigenen Text sogar kürzer gefasst. Der Journalist habe sich somit auf zwei Meldungen von gesicherter Herkunft und seriösem Anschein gestützt. Er wurde vom Vorwurf der üblen Nachrede freigesprochen («Freispruch für Blick-Journalisten», NZZ vom 11. Februar 2002).

6 Was es braucht, um als anerkannte, seriöse Agentur zu gelten, erläutern die zitierten Entscheide nicht. Soweit ersichtlich, äussert sich die Praxis auch sonst nicht dazu. Medien dürfen wohl Agenturen vertrauen, mit denen sie und andere Publikationen regelmässig und ohne nennenswerte rechtliche Probleme zusammenarbeiten und die sowohl politisch als auch wirtschaftlich unabhängig sind. Die SDA zählt zweifellos dazu.

IV. Begrenzte Verifizierungspflicht

7 Nicht nur nach der deutschen Dogmatik also, sondern auch gemäss der schweizerischen Praxis sind Medien prinzipiell davon befreit, Agenturmeldungen und Behördenmitteilungen zu verifizieren. Völlig unbesehen dürfen sie solche Nachrichten allerdings nicht übernehmen.

1. Schweizerische Gerichtspraxis

8 Die besprochenen schweizerischen Urteile nennen drei Voraussetzungen, die von einer Verifizierungspflicht befreien.

A. Hinweis auf die Quelle

9 Erforderlich ist vorerst – das machen die in N 5 erwähnten Entscheide klar – der Hinweis auf die Quelle. Würde ein Blatt eine Agenturmeldung als eigene Recherche ausgeben, ginge es der privilegierten Rechtsposition wohl verlustig.

B. Faktencheck in Ausnahmefällen

10 Verlangt werden muss und kann auch, dass die Redaktion einen Faktencheck vornimmt, wenn sich ein solcher aufgrund der Umstände aufdrängt, wenn eine Meldung also einen erkennbar falschen oder mindestens unwahrscheinlichen Inhalt aufweist oder einen, der dem bekannten Wissen widerspricht oder schlecht zum bisherigen Verlauf eines Vorgangs passt. Dies scheint auch die im Urteil des Zürcher Obergerichts von 1989 vertretene Auffassung zu sein (vgl. N 5). Im Zeitalter des Internets ist heute wohl auch einer kleinen Redaktion zuzumuten, dass sie zumindest in öffentlich zugänglichen Quellen nachrecherchiert, wenn Zweifel an der Richtigkeit einer Behörden- oder Agenturmeldung aufkommen.

11 Erst recht gilt dies, wenn bereits vorhandene Informationen von jenen einer Agenturmeldung abweichen oder mehrere seriöse Quellen einander widersprechen. Durchaus auf hiesige Verhältnisse übertragen lässt sich die (allerdings etwas unkonkrete) Formulierung des deutschen Bundesverfassungsgerichts, das ausführte, das Mass der Erkundigungspflicht sei abhängig von den Umständen des Einzelfalls, u. a. von der Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeit des Betroffenen (BROST, a. a. O., S. 817 und dortige Rechtsprechungshinweise). In diese Überlegung einbetten lässt sich auch die Erwägung des Bezirksgerichts Zürich, das die im konkreten Fall gewährte Privilegierung auch mit dem lokalen bzw. regionalen Charakter der eingeklagten Zeitung begründete (vgl. N 5). Dabei wird wohl einer grösseren Publikation im Zweifelsfall mehr Nachrecherche zugemutet werden können als einer Lokalzeitung bzw. -plattform oder einem Lokalsender.

C. Kommentierungsverbot?

12 Weniger überzeugend erscheint mir die vom Bundesgericht ohne weitere Begründung erhobene Forderung, die Meldung dürfe nicht kommentiert werden (vgl. N 5). Das würde bedeuten, dass es verboten wäre, eine Meldung zu kommentieren, die nicht das Resultat eigener Recherche ist. Es gilt zu bedenken, dass auch eine Agenturmeldung brisant sein und nach einer Einordnung rufen kann. Entscheidender scheint mir, dass ein allfälliger Kommentar zu einer Agenturmeldung mit potenziell persönlichkeitsverletzendem Inhalt sich besonders sorgfältig an die oben erläuterten (siehe N 9 ff.) und die rechercheunabhängigen Anforderungen einer Publikation, wie die Unschuldsumutung, hält, von denen weiter unten (siehe N 15 ff.) die Rede ist.

2. Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)

13 Nach der Rechtsprechung des EGMR haben Agenturmeldungen und Behördeninformationen eine erhöhte Verlässlichkeit. Der Gerichtshof stellt je nach Quelle unterschiedliche Anforderungen an die Verifizierungspflicht. Besonders privilegiert

Simon Canonica Redaktionen dürfen sich auf Inhalte anerkannter Agenturen in der Regel verlassen

hängigen Inhalte, wie Namensnennung, Unschuldsvormutung, Wertungen, angeht, tragen die publizierenden Medien die Verantwortung weitgehend selber.

VI. Unterschiedliche Rechtsfolgen je nach Verfahren

21 Kommt es zur Publikation einer unwahren herabsetzenden Darstellung infolge Übernahme einer Agenturmeldung oder sogar einer Behördenmitteilung, können die rechtlichen Folgen, je nachdem, was für Ziele Betroffene verfolgen, verschieden ausfallen. Es sei an dieser Stelle aber nur rudimentär auf die wichtigsten Unterschiede hingewiesen:

1. Zivilverfahren

A. Gegendarstellung

22 Wird eine Gegendarstellung verlangt, kommt das Medium kaum um deren Publikation herum, denn eine solche kann nur abgelehnt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist (Art. 28h Abs. 2 ZGB).

B. Berichtigung, Unterlassung, Beseitigung

23 Fordert der Betroffene, gestützt auf Art. 28a Abs. 1 und 2 ZGB, eine Berichtigung, Unterlassung oder eine Löschung, kann das Medium zur Vornahme einer solchen verpflichtet werden, soweit ihm der Wahrheitsbeweis nicht gelingt, auch wenn es sich auf eine Agenturmeldung oder gar eine Behördenmitteilung gestützt hat.

C. Schadensersatz, Genugtuung

24 Begehrt ein Betroffener Schadensersatz, sieht es aber anders aus, denn dieser Anspruch erfordert ein Verschulden des publizierenden Mediums. Hier wird die Berufung auf privilegierte Quellen bei der Abwehr der Ansprüche helfen: Verlässt sich eine Zeitung oder ein Sender auf den Inhalt einer Agenturmeldung oder gar einer Behördenmitteilung und erfüllt die Publikation die oben erläuterten Anforderungen, handelt sie weder fahrlässig noch absichtlich und wird damit nicht haftpflichtig (Art. 41 OR). Dies gilt auch für Genugtuungsansprüche, die gemäss herrschender Lehre und Praxis ein Verschulden des Anspruchsgegners voraussetzen (u. a. BGE 126 III 166 ff. und SCHWAIBOLD, Hohle Hände – grosse Zahlen, *medialex* 2/2006, S. 83 ff.).

2. Strafverfahren

A. Art. 28 Abs. 4 StGB

25 Strafrechtlich sind Behördenmitteilungen ausdrücklich privilegiert. Art. 28 Abs. 4 StG erklärt die wahrheitsgetreue Berichterstattung über öffentliche Verhandlungen und amtliche Mitteilungen einer Behörde für straflos.

B. Ehrverletzungsverfahren

26 Strengt ein Betroffener ein Strafverfahren wegen Ehrverletzung an – zu denken ist da vor allem an den Tatbestand der üblen Nachrede –, kann bei korrekter Übernahme einer Agenturmeldung vom verantwortlichen Journalisten oder von der verantwortlichen Journalistin, wenn nicht der Wahrheits-, so jedenfalls der Gutgläubensbeweis nach Art. 173 Ziff. 2 StGB geführt werden, womit er oder sie einer Verurteilung entgeht, wie dies im geschilderten Freispruch für den «Blick»-Journalisten der Fall war (siehe vorne N 5).

VII. Fazit

27 Warum also besteht für Medien auch in rechtlicher Hinsicht ein grosses Interesse daran, dass Nachrichtenagenturen wie die SDA auf dem aktuellen Qualitätsstandard erhalten bleiben? Ohne Inhalte von Nachrichtenagenturen kommen Medien kaum aus, lokale und regionale noch weniger als nationale. Die personellen bzw. finanziellen Ressourcen, Meldungen von Agenturen nachzurecherchieren, fehlen vielerorts. Auf beliebige Quellen auszuweichen, wäre nicht nur unter dem Aspekt der Glaubwürdigkeit problematisch, sondern auch rechtlich riskant, weil das rechtlich mindestens teilweise geschützte Vertrauen in seriöse, anerkannte Agenturen für irgendwelche Internetseiten, Online-Portale oder private Auskünfte nicht gilt und deshalb die ungeprüfte Übernahme persönlichkeitsverletzender unwahrer Darstellungen je nach Dimension des Falles ein Medienunternehmen in Schieflage bringen könnte. Zwar schützen im Ausnahmefall einer unwahren Berichterstattung auch Agenturen als Quellen nicht vor einer allfälligen Publikation einer Berichtigung oder Gegendarstellung oder vor einer Löschung. Doch solche Massnahmen sind für ein Medium kein Weltuntergang, sie fallen auch finanziell kaum ins Gewicht. Wichtiger und entscheidender ist, dass ruinöse Schadensersatzzahlungen oder strafrechtliche Verurteilungen von Medienschaffenden wegen Ehrverletzungen bei korrekter Verwendung von Meldungen seriöser Agenturen in aller Regel abgewendet werden können.

Zusammenfassung Ohne Inhalte von Nachrichtenagenturen, wie der SDA, kommen Medien kaum aus, lokale und regionale noch weniger als nationale. Auf beliebige Quellen auszuweichen, wäre auch aus rechtlicher Sicht riskant. Im Gegensatz zu privaten Informationsquellen dürfen sich Medien auf Inhalte anerkannter Agenturen in der Regel verlassen. Wird, gestützt auf eine Agenturmeldung, ein falscher Vorwurf publiziert, schützt dies das Medium zwar nicht davor, die Meldung berichtigen oder löschen zu müssen, jedoch ziemlich zuverlässig vor ruinösen Schadensersatzforderungen und Medienschaffende vor strafrechtlichen Konsequenzen.

C. Urheber-, Datenschutz- und Markenrechtsfragen

Das viel diskutierte Mediengesetz ist nicht das einzige aktuelle Gesetzesvorhaben auf Bundesebene. Seit mehreren Jahren läuft die Revision des Urheberrechtsgesetzes, das sich derzeit in der parlamentarischen Beratung befindet. Medienwissenschaftler Christoph Schütz stellt den aktuellen Stand der Revision dar, besonders den Lichtbildschutz, der neu im URG Eingang finden soll. Rechtsanwältin Mirjam Teitler wirft sodann einen Blick über die Grenze und lotet aus, was die Mitte 2018 in Kraft getretene Datenschutzverordnung der EU (DSGVO) für Ziele verfolgt und was sie für die Schweiz bedeutet. Rechtsanwalt Nicolas Guyot schliesslich nimmt sich der geografischen Marke an. Sie ist für ihn ein neues juristisches Instrument, das es erlaubt, geografische Angaben als Wortmarke zu registrieren, um deren Schutz im Ausland zu vereinfachen.



Bild: ZVG

Christoph Schütz, Medienwissenschaftler, Fotograf und Verleger, Koordinator der Arbeitsgruppe Lichtbildschutz (www.fotografie-urheberrecht.ch)

Der Lichtbildschutz beseitigt die Rechtsunsicherheit im Umgang mit Fotografien

Ein Blick auf den aktuellen Stand der laufenden Revision des Urheberrechtsgesetzes

Résumé La révision en cours de la loi sur le droit d'auteur, actuellement débattue devant les chambres fédérales, devrait permettre de remédier au flou juridique concernant l'utilisation des photographies. L'auteur, partisan de la mise en œuvre prévue de la protection de la photo, explique en détails ce que cette nouveauté apporterait et contrecarre les arguments de ses opposants.

I. Einleitung

1 Der Bundesrat hat mit seiner am 22. November 2017 veröffentlichten Botschaft zur URG-Revision¹ seinen bereits im Entwurf von 2015 geäusserten Willen bekräftigt: Der Rechtsunsicherheit beim Umgang mit Fotografien soll ein Ende gesetzt werden, der Lichtbildschutz soll künftig auch in der Schweiz gelten. Der zwischen Nutzern und Urhebern zäh verhandelte, aber schliesslich im März 2017 erzielte Kompromiss der AGUR12-II steht vor der Debatte in den eidgenössischen Räten, zwei Kommissionen des Nationalrates haben sich bereits mit dem Geschäft befasst. Die Hoffnung ist intakt, dass die Politik dieses auf ein Minimum reduzierte Paket an Verbesserungen im Urheberrecht gutheissen wird. Die Materie ist – nicht nur im Bereich Fotografie – komplex, deshalb soll möglichst grosse Klarheit geschaffen werden, welche konkreten Änderungen sich durch die URG-Revision für die Praxis ergeben. Dieser Artikel versucht dies für den Bereich Fotografie aufzuzeigen.

II. Werkschutz oder Leistungsschutz?

2 Die Botschaft des Bundesrates schlägt die Verankerung des Lichtbildschutzes in Art. 2 URG vor:

Art. 2 Abs. 3^{bis}

3^{bis} Fotografische Wiedergaben und mit einem der Fotografie ähnlichen Verfahren hergestellte Wiedergaben dreidimensionaler Objekte gelten als Werke, auch wenn sie keinen individuellen Charakter haben.

3 Die um rund die Hälfte kürzere Schutzdauer als bei individuell gestalteten Fotografien soll wie folgt geregelt werden:

Art. 29 Abs. 2 Bst. a^{bis} und Abs. 4

2 Der Schutz erlischt:

a^{bis} 50 Jahre nach der Herstellung für fotografische Wiedergaben und mit einem der Fotografie ähnlichen Verfahren hergestellte Wiedergaben dreidimensionaler Objekte, wenn die Wiedergaben keinen individuellen Charakter haben;

4 Auf fotografische Wiedergaben und mit einem der Fotografie ähnlichen Verfahren hergestellte Wiedergaben dreidimensionaler Objekte sind die Artikel 30 und 31 nicht anwendbar, wenn die Wiedergaben keinen individuellen Charakter haben.

4 Die im Kompromiss der AGUR12-II enthaltene Variante schlug den Lichtbildschutz als reines Leistungsschutzrecht wie in den Nachbarländern vor, jedoch ausgestattet mit den Rechtstiteln des Werkschutzes:

5 Die reduzierte Schutzfrist wird in Artikel 39 geregelt:

Art. 34 a) Schutz von Fotografien ohne individuellen Charakter

1 Weisen Fotografien, sowie ähnlich wie Fotografien hergestellte Erzeugnisse keinen individuellen Charakter auf, so gelten die Art. 9–28 sinngemäss. Nachahmungen solcher Fotografien sind erlaubt.

Art. 39

1^{er} Im Fall von Fotografien und ähnlich hergestellten Erzeugnissen ohne individuellen Charakter (Art. 34a) beginnt der Schutz mit der Veröffentlichung oder mit der Herstellung, wenn keine Veröffentlichung erfolgt, der Schutz der Sendung mit deren Ausstrahlung; er erlischt nach 50 Jahren.

6 Grundsätzlich verfolgen beide Vorschläge dieselbe Stossrichtung: Jede von einem Menschen geschaffene Fotografie erhält Schutz vor unerlaubter Verwendung: Individuell gestaltete Fotografien sind bis 70 Jahre nach dem Tod des Autors geschützt, nicht individuell gestaltete nur rund halb so lang.

1 <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/ejpd/aktuell/news/2017/2017-11-22/bot-d.pdf>

7 Im Detail unterscheiden sich die beiden Varianten in drei Punkten:

A. Schutzdauer

8 Die Schutzdauer des nun vorgeschlagenen Art. 29 Abs. 2 Bst. a^{bis} und Abs. 4 ist potenziell kürzer, da diese 50 Jahre *ab Herstellung* beträgt. Vorgesehen gemäss Kompromiss der AGUR12-II waren 50 Jahre *ab der ersten Publikation* oder der Herstellung, falls keine Publikation erfolgt ist.

9 Diese um potenziell knapp 50 Jahre kürzere Schutzfrist mag die Autoren auf den ersten Blick schmerzen, zudem unterscheidet sie sich zur Regelung in Deutschland. In der Praxis eines durchschnittlichen Fotografenlebens erscheint aber auch diese Schutzfrist ausreichend, weil so die Verwertungshoheit über das eigene Schaffen 50 Jahre lang gegeben ist. Negativ auswirken würde sich dieser Unterschied höchstens, wenn z. B. ein 80-jähriger Fotograf seine bisher nie publizierten, nicht individuell gestalteten Fotografien, die er als 25-Jähriger gemacht hat, erstmals veröffentlicht, für diese Bilder wäre der Schutz mit der vorgeschlagenen Lösung in Art. 29 Abs. 2 Bst. a^{bis} und Abs. 4 abgelaufen.

B. Zweidimensionale Objekte

10 Nach dem Willen des Bundesrates sollen Fotografien von zweidimensionalen Objekten in der Schweiz (im Unterschied z. B. zu Deutschland) ungeschützt bleiben. Konkret bedeutet dies, dass reine, durch fotografische oder ähnliche Verfahren hergestellte Bildreproduktionen schutzlos bleiben und also auch weiter kopiert werden können. Für auf Reproduktionen spezialisierte Fotostudios ist dies unerfreulich, weil so ihre zum Teil technisch und damit auch finanziell sehr aufwändige Arbeit von jedermann weiterhin ohne Erlaubnis und Entschädigung kopiert und vermarktet werden darf. Beim Gesetzgeber dürfte jedoch das Argument überwogen haben, dass das reine Duplizieren durch einen technischen Vorgang, also z. B. das Fotokopieren oder Einscannen eines Bildes, keinen Werkschutz nach sich ziehen soll. Wie die Gerichte in Deutschland diesen Spagat zwischen sinnvollem Leistungsschutz und dem Zugang zu einem gemeinfreien Werk meistern, lässt sich hier nachverfolgen: <https://www.heise.de/foto/meldung/Wikimedia-will-Streitueber-Gemaelde-Fotos-vor-den-BGH-bringen-3740595.html>

C. Nachahmungsfreiheit

11 Bezüglich der Nachahmungsfreiheit von geschützten Fotografien enthielt der Vorschlag des AGUR12-II-Kompromisses explizit einen Hinweis darauf, dass nicht individuell gestaltete Fotografien nachgeahmt werden dürfen. Damit sollte vermieden werden, dass über den Lichtbildschutz ein Abbildungsmonopol, z. B. eines Gebäudes, erreicht werden könnte.

12 Die nun gewählte Lösung in Art. 2 Abs. 3^{bis} verbietet grundsätzlich Nachahmungen. Es existieren divergierende Ansichten, ob der Begriff der «Nachahmung» eine gestalterische Individualität des zuerst erstellten Werks impliziert und damit eine nicht individuell gestaltete Fotografie aus juristisch-terminologischen Gründen gar nicht «nachgeahmt» werden kann oder ob hier tatsächlich Auslegungsprobleme lauern: Legt man den Begriff «Nachahmung» umgangssprachlich aus, lässt sich nämlich auch eine nicht individuell gestaltete Fotografie sehr wohl nachahmen, nämlich indem man dasselbe Objekt (z. B.

das Berner Münster) vom selben Ort aus, zur selben Zeit und bei blauem Himmel mit denselben Kameraeinstellungen «nachfotografiert». Ein über Art. 2 Abs. 3^{bis} verliehener, indirekter Objektschutz wäre sicher in niemandem Interesse, es wäre deshalb wünschbar, wenn in den Erläuterungen zu Art. 2 Abs. 3^{bis} der gesetzgeberische Wille noch ausdefiniert würde.

III. Lichtbildschutz – Und jetzt?

13 Wer sich eine Homepage eines Fotografen oder einer Bildagentur ansieht, trifft früher oder später auf einen Hinweis wie «Alle Fotografien sind urheberrechtlich geschützt». Dass diese flächendeckend in der Schweiz vertretene Meinung nicht der aktuell gültigen gesetzlichen Grundlage entspricht, haben einige Fotografinnen und Fotografen spätestens dann schmerzhaft erfahren müssen, wenn sie vor Gericht abgeblitzt sind: Gisela Blau mit ihrem Meili-Bild (BGE 130 III 714), der Pressefotograf mit seinem Hayek-Bild (Urteil des Handelsgerichts des Kt. Aargau vom 29. August 2012, HOR 2011.22), die Vereinigung der Strassenverkehrsämter gleich mit Hunderten von Bildern (Urteil des Handelsgerichts des Kt. Bern vom 17. Juni 2015, HG 15 39). Diese Urteile² sind nicht nur selten, ihr Verdikt steht insbesondere im krassen Gegensatz zu den Standards im professionellen Bildermarkt einerseits, aber ebenso zu dem, was Herr und Frau Normalverbraucher eben selber auch als «normal» betrachten: nämlich, dass vor der Verwendung einer Fotografie der Autor um Erlaubnis gefragt und die Nutzungsbedingungen ausgehandelt werden. Diese Norm funktioniert denn auch in der Schweiz in den allermeisten Fällen von Bildnutzungen: Vor der Publikation einer Fotografie werden mit dem Rechteinhaber die Nutzungsbedingungen vereinbart, dies unabhängig davon, ob die Fotografie nun sogenannte individuell gestaltet ist oder nicht und damit auch geschützt wäre oder nicht. Diese etablierte Praxis ist denn auch der Grund dafür, dass in all diesen Fällen von Bildnutzungen der neu einzuführende Lichtbildschutz absolut keine Wirkung entfalten wird: Alles wird wie bisher funktionieren, aber Fotografen wie Nutzer erhalten Rechtssicherheit. Diese bereits nach der Logik des Lichtbildschutzes funktionierende Praxis ist wohl auch ein Grund, wieso es der Lichtbildschutz in den AGUR12-II-Kompromiss geschafft hat und er auch von Nutzern wie *Schweizer Medien* oder dem *Schweizer Buchhändler- und Verlegerverband* (SBVV) unterstützt wird.

14 Verbleiben die einzelnen Bildnutzungen, die ohne Erlaubnis und entsprechend auch ohne Entschädigung erfolgen. Unter dem aktuellen Recht sind diese Nutzungen vielleicht legal oder vielleicht auch illegal, aufgrund des schwammigen Schutzkriteriums «gestalterische Individualität» kann dies niemand so genau voraussagen. Die Behauptungen der geschädigten Fotografen, man würde gegen Urheberrecht verstossen, kontern die oft durch Anwälte vertretenen Nutzer in der Regel mit Verweis auf die Schutzlücke im schweizerischen URG: «... es ist zweifelhaft, ob die verwendete Fotografie den Schutzvoraussetzungen von Art. 2 URG zu genügen mag, deshalb ...». Lenkt der Nutzer nicht

2 Abrufbar auf http://fotografie-urheberrecht.com/urteile_deutsch.html

doch noch ein und bezahlt das Bildhonorar, ist die Sache in den meisten Fällen zuungunsten der Fotografen erledigt, weil diese in der Regel weder willens noch ökonomisch in der Lage sind, für ein Bildhonorar von vielleicht 250 Franken einen langwierigen Prozess mit sehr ungewissem Ausgang auf sich zu nehmen. Genau an diesem Punkt, aber eben nur in diesen seltenen Fällen, wird künftig der Lichtbildschutz seine direkte Wirkung entfalten: Die Unsicherheit, ob eine Fotografie urheberrechtlich geschützt ist oder nicht, besteht künftig nicht mehr: Die Nutzer wissen, dass in jedem Fall ein Rechte-Clearing angezeigt ist und insbesondere, dass sie die bisherige Schutzlücke nicht mehr zur Abschreckung vor einer Rechtsdurchsetzung beziehen können. Neben dieser unmittelbaren Wirkung auf vor Gericht ausgefochtene Urheberrechtsstreitigkeiten kann auch eine indirekte auf das allgemeine Nutzerverhalten erhofft werden: Weil klar ist, dass alle Fotografien (von dreidimensionalen Objekten ...) geschützt sind, sinkt auch die Versuchung für unerlaubte Nutzungen.

15 Mit dem Lichtbildschutz will der Bundesrat also lediglich im Gesetz nachvollziehen, was sich in der Praxis des Bildermarktes schon lange etabliert hat. Auf den ersten Blick erstaunt deshalb, dass aus drei unterschiedlichen Richtungen der Lichtbildschutz mehr oder weniger frontal angegriffen wird.

IV. Die «Digitale Allmend» wünscht den Lichtbildschutz ins Pfefferland

16 Am lautesten tönt es von der «Digitalen Allmend», die die Auswirkungen des Lichtbildschutzes auf die Praxis ganz anders beurteilt: Es drohe eine massive Abmahnwelle aus Deutschland, viele Bilder müssten aus dem Internet verschwinden, die Kulturschätze der Online-Bibliothek der ETH Zürich ebenso etc. Man kann es der «Digitalen Allmend», die seit Jahren für eine generelle und weltweite Abschaffung des Urheberrechts wirbt, nicht übel nehmen, wenn sie konsequenterweise nun auch den Lichtbildschutz ins Pfefferland wünscht. Ihre über die Medien verbreiteten Argumente³ halten einer Überprüfung jedoch nicht stand: Eine Abmahnindustrie nach deutschem Muster (die sich nun ausser den abkassierenden Anwaltspraxen auch hierzulande niemand wünschen kann) ist gemäss der Auskunft diverser Urheberrechtsspezialisten bei uns nicht zu befürchten: Im Gegensatz zu Deutschland können einem Nutzer, der eine Fotografie ohne Rechte-Clearing verwendet hat, keine vorprozessualen Gebühren in Rechnung gestellt werden. Entschliesst sich der Rechteinhaber aber zu einem Gerichtsverfahren, wird er kein Interesse mehr haben, übertossene Forderungen zu stellen, weil er sonst riskiert, den Grossteil der Gerichts- und Parteikosten bezahlen zu müssen. Unbegründet ist auch die Angst von Andreas Von Gunten («Digitale Allmend»), dass «viele von dem, was heute im Internet verfügbar ist»⁴ verschwinden würde: In der Botschaft des Bundesrates ist mit Art. 80 explizit geregelt, dass alle Fotografien, die vor Inkrafttreten des

Lichtbildschutzes im Internet zur Verfügung stehen, weiterhin auf den entsprechenden Seiten bleiben dürfen:

Art. 80 Abs. 2:

Für das Zugänglichmachen von Fotografien ohne individuellen Charakter bedeutet dies, dass diese Verwendung weiterhin erlaubt ist, sofern sie unter altem Recht begonnen wurde.

17 Unzutreffend ist schliesslich auch die Behauptung von Andreas Von Gunten, dass Kulturschätze der Online-Bilderbibliothek der ETH in Archive verbannt würden.⁵ Die URG-Revision sieht hierfür sogar eine Ausweitung der Katalogfreiheit vor, die es der ETH-Bibliothek ermöglicht, ihre bisherigen und künftigen Bestände auch weiterhin im Internet zu präsentieren:

Art. 24e Bestandesverzeichnisse

1 Öffentliche sowie öffentlich zugängliche (...), Sammlungen und Archive dürfen in den Verzeichnissen, die der Erschliessung und Vermittlung ihrer Bestände dienen, kurze Auszüge aus den sich in ihren Beständen befindlichen Werken oder Werkexemplaren wiedergeben (...)

V. Die sonderbaren Argumente von Vertretern des Kunsthandels

18 In einem Kommentar in der NZZ⁶ haben sich Florian Schmidt-Gabain und in einer Radiosendung auf SRF2⁷ Sandra Sykora ebenfalls sehr negativ zum Lichtbildschutz geäussert. Beide arbeiten für den privaten Kunsthandel, ihre Kritik äussern sie jedoch im Namen der Museumsverbände VMS und ICOM. Gerade die Museen müssten jedoch ein vitales Interesse daran haben, dass die URG-Revision, wie vom Bundesrat vorgeschlagen, durchs Parlament kommt: Sie könnten verwaiste Werke neu nutzen (Art. 22b), die Katalogfreiheit würde ausgebaut (Art. 24e) und die Wissenschaftsschranke (Art. 24e) würde die Forschung an Kunstwerken erleichtern. Profitieren würden die Museen ebenso vom Lichtbildschutz, weil z. B. die von den Museen hergestellten Fotografien von Sammlungsgegenständen in der Regel nicht individuell gestaltet, damit ungeschützt und bisher von jedermann frei verwendet werden können; mit dem Lichtbildschutz würden die Museen die Verwertungshoheit über solche Fotografien behalten. Doch Sandra Sykora bekämpft den Lichtbildschutz u. a. mit folgendem Argument: «Wenn sie ein Objekt haben und das abfotografieren, das niemals urheberrechtlich geschützt war, kriegen Sie durch die Fotografie ein neues Urheberrecht auf ein z. B. mittelalterliches Gemälde oder ein mittelalterliches Objekt; damit können Sie im Prinzip die Gemeinfreiheit dieser Objekte komplett aushebeln.» Diese Behauptung ist falsch, weil eine Fotografie nie ein Urheberrecht am fotografierten Gegenstand schafft, entsprechend bleiben gemeinfreie Bilder immer gemeinfrei. Unzutreffend auch Florian Schmidt-Gabain: «Fotografien von Kunstwerken wären *unisono* urheberrechtlich geschützt.» In der Botschaft zur Vorlage ist zu lesen,

3 Artikel Aargauer Zeitung, aktualisiert am 7.12.2017: <https://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/neues-foto-gesetz-es-droht-eine-anklagewelle-aus-deutschland-131931925>

4 Siehe Fussnote 3.

5 Siehe Fussnote 3.

6 http://www.fotografie-urheberrecht.com/Artikel_NZZ_Replik_2018.pdf

7 http://www.fotografie-urheberrecht.com/SRF2_27_02_2018.mp3

dass reine Reproduktionen von zweidimensionalen Vorlagen eben gerade nicht geschützt werden sollen.⁸ Fotografien z. B. von Skulpturen würden also geschützt, Fotografien von Bildern, aus denen (den Fotografien) keine Dreidimensionalität ablesbar ist, jedoch nicht. Zugegeben: Wo genau die Grenze zwischen einem zweidimensionalen und einem dreidimensionalen Objekt zu ziehen ist, wird wohl ein Gericht in einem Grundsatzentscheid zu regeln haben.

19 Bleibt zu hoffen, dass die Museen ihre Position nochmals überdenken, anstatt die gesamte Vorlage mit dieser dürftig fundierten Kritik am Lichtbildschutz zu gefährden.

VI. Die Kritik der Dogmatiker

20 Die anfängliche Zurückhaltung vieler Juristen gegenüber der Einführung des Lichtbildschutzes in der Schweiz hat – je länger dieser im Gespräch und damit keine Unbekannte mehr ist – an Zustimmung gewonnen, das entscheidende Argument hierfür ist der Gewinn an Rechtssicherheit. Auf der Homepage der Arbeitsgruppe Lichtbildschutz findet man mittlerweile eine beeindruckende Zahl von JuristInnen und ExpertInnen, die sich in Kurzstellungnahmen⁹ zum Lichtbildschutz äussern. Dennoch gibt es auch Juristen, die die gesetzeslogische Verankerung in Art. 2 mit «Systembruch» oder «Katastrophe» betiteln. In der Tat ist die Verortung des Lichtbildschutzes in Art. 2 störend; dass man dort schon früher für Computerprogramme ebenfalls eine Ausnahme geschaffen hat, ist keine überzeugende Rechtfertigung. Würde man den Lichtbildschutz in den verwandten Schutzrechten verankern, wäre zwar auch ein Systembruch zu beklagen, allerdings ein weniger gravierender. Man muss sich eingestehen, dass die Gesetzesstruktur für die Fotografie einfach keinen sinnvollen Platz vorgesehen hat. Da der Sinn und Zweck von Gesetzen jedoch nicht in der Aufrechterhaltung ihrer inneren Logik besteht, sondern darin, die Probleme des Alltags in den Griff zu kriegen, muss mit der Implementierung des Lichtbildschutzes wohl oder übel ein bisschen Systemwidrigkeit in Kauf genommen werden. Die acht EU-Staaten, die den Lichtbildschutz schon lange und mit Erfolg praktizieren,¹⁰ sind daran ebenfalls nicht zugrunde gegangen.

VII. Vergütungen

21 Ob und wie sich die Einführung des Lichtbildschutzes auf die gesetzlichen Vergütungen, z. B. die Leerträgervergütung, auswirken wird, wird sich erst in den paritätischen Tarifverhandlungen zwischen Nutzern und Verwertungsgesellschaften zeigen. Da schon heute die Fotografien in den Verteilungsregeln der Verwertungsgesellschaften enthalten sind, braucht es hier keine grundsätzliche Änderung. Diese Vergütungen richten sich nach dem vom Nutzer erzielten Ertrag der Werke.

Da die meisten der nicht individuell gestalteten Fotografien jedoch gar nicht auf eine Vermarktung ausgerichtet sind, ist hier trotz der quantitativen Zunahme an geschützten Fotografien nicht mit einer substanziellen Veränderung zu rechnen. Vordringliches Ziel des Lichtbildschutzes und Motivation für dessen Einführung war und bleibt die Rechtssicherheit.

VIII. Fazit

22 Die Arbeit an der URG-Revision dauert nun schon sechs Jahre, es ist ein wichtiges Geschäft mit vielen Akteuren in einem sich stetig wandelnden technologischen Umfeld. Im zweiten Anlauf hat sich die AGUR12-II zu einem Kompromiss zusammengerauft. Auf dessen Grundlage hat das IGE jenen Vorschlag ausgearbeitet, den der Bundesrat nun den Räten zur Annahme empfiehlt. Die Hoffnung ist intakt, dass die Parlamentarier diesen Kompromiss als solchen akzeptieren und sich nicht von Lobbyisten zu Vorstössen drängen lassen, die die ganze Vorlage auf der Zielgerade noch scheitern lassen.

Zusammenfassung Mit der laufenden Revision des Urheberrechtsgesetzes, die vor der Beratung in den eidgenössischen Räten steht, soll die herrschende Rechtsunsicherheit beim Umgang mit Fotografien beseitigt werden. Der Autor, Befürworter der geplanten Einführung des Lichtbildschutzes, erklärt, was dieser im Detail bringt und setzt sich mit den Argumenten der Gegner dieses Instruments auseinander.

8 Siehe Fussnote 1, Seite 29.

9 http://fotografie-urheberrecht.com/Juristen_fuer_Lichtbildschutz.html

10 Deutschland, Österreich, Italien, Dänemark, Schweden, Norwegen, Tschechien und Estland.



Bild: zVg

Mirjam Teitler, Dr. iur, Rechtsanwältin in Zürich, Leiterin des Rechtsdienstes des Verbands Schweizer Medien (VSM)

Media-Content-Finanzierung in Zeiten der DSGVO

Überblick über die Ziele der EU-Verordnung und deren Bedeutung für die Schweiz

Résumé En mai de cette année, le RGPD, le Règlement général sur la protection des données de l'UE, est entré en vigueur. Ce règlement n'est pas directement applicable en Suisse, mais un traitement responsable des données est tout de même également nécessaire dans ce pays et est considéré comme droit applicable par les principes de la protection des données. Dans son exposé, l'auteure explique ce que le RGPD signifie pour la Suisse et détaille les pierres angulaires des nouvelles dispositions européennes. En outre, elle renvoie à d'autres projets de législation au sein de l'UE et en Suisse.

1. Die DSGVO ist kein Landesrecht

1 Seit dem 25. Mai dieses Jahres (2018) gelten für die Erhebung und Verarbeitung von personenbezogenen Daten von Mediennutzern in der EU die Bestimmungen der EU-Datenschutzgrundverordnung (DSGVO). Die DSGVO ist in der Schweiz aber nicht direkt anwendbar. Sie kommt für schweizerische Anbieter nur dann unmittelbar zur Anwendung, wenn sie sich mit ihren Produkten und Dienstleistungen direkt an EU-Endkunden richtet.

2 Neben dem Schaffen eines einheitlichen Wirtschafts- und Rechtsraums ist eines ihrer Ziele, die Kontrollmöglichkeiten der betroffenen Personen (Nutzer) zu erhöhen (Art. 13–22 DSGVO). Die EU-Bürger sollen insbesondere vor unerwünschtem oder unerkanntem Targeting geschützt werden, wobei Targeting im Sinne der DSGVO wie folgt definiert wird: «Werbung, die auf der Beobachtung des Verhaltens von Personen über einen Zeitraum hinweg basiert.» Werbung auf Basis von Behavioural Targeting versucht, die Charakteristika dieses Verhaltens durch die Handlungen der Nutzer (wiederholte Besuche von Websites, Interaktionen, Schlüsselwörter, Produktion von Online-Inhalten usw.) zu untersuchen, um ein konkretes Profil zu erstellen und den betroffenen Personen dann Werbung zu senden,

die auf ihre aus den Daten abgeleiteten Interessen zugeschnitten ist.»¹

3 Obschon die DSGVO kein Landesrecht ist, ist der verantwortungsvolle Umgang mit Daten selbstverständlich auch in der Schweiz geboten und weitgehend durch die Grundsätze des aktuellen Datenschutzes (Art. 4, Art. 5 und Art. 7 DSG) bereits bestehendes Recht. Überdies werden durch gewisse Media-Sites, so z. B. die NZZ, auch deutsche User direkt beworben. In diesen Fällen ist die DSGVO direkt verbindlich.

2. Rechtfertigungsgründe für Direktwerbung in der DSGVO

4 Medien finanzieren sich traditionsgemäss primär durch Werbung und nur sekundär durch Abonnemente. Im Internetzeitalter bedeutet dies personalisierte Werbung für jeden Besucher der Site. Gerade im Internet hat sich die sog. Gratismentalität durchgesetzt und es ist für die Publisher schwierig, die Nutzer hinter Paywalls an sich zu binden. Bekanntermassen «there is no such thing as a free lunch». Daten sind die neue Währung beim Medienkonsum. Heute ist dies auch den Usern bekannt. Es liegt daher auf der Hand, dass die Geschäftsmodelle der Publisher auch nach dem 25. Mai 2018 weiterhin erlaubt sein müssen. Es stellt sich aber die Frage, welche Rechtfertigungsgründe die DSGVO für die Direktwerbung kennt.

5 Der Datenschutz bewegt sich im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlichen und weiteren Interessen Dritter, z. B. der Sicherheit oder dem Gesundheitsschutz und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung eng verknüpft – als ihr genuiner Ausdruck – ist das Einverständnis der Betroffenen in die Da-

¹ Opinion 2/2010 on online behavioural advertising der EU-Kommission vom 22.06.2010: http://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2010/wp171_en.pdf.

tenerhebung durch Dritte. Wenn sich die Erhebung und Verarbeitung von personenbezogenen Daten auf den Rechtfertigungsgrund der Einwilligung stützt, so ist diese gemäss den Kriterien der DSGVO gültig einzuholen und reproduzierbar zu archivieren.

6 Einwilligungen sind gemäss DSGVO nur dann gültig, wenn sie nach angemessener Information der Betroffenen erteilt wurden und in Bezug auf einen oder mehrere Verarbeitungszwecke ausreichend bestimmt sind. Ausserdem müssen Einwilligungen so ausgestaltet sein, dass der Betroffene sie jederzeit widerrufen kann.²

7 Der Wortlaut der DSGVO und auch die konkretisierenden Empfehlungen der Aufsichtsbehörden in den EU-Staaten sind nicht hinreichend klar, um die Anforderungen an eine gültige Einwilligung zweifelsfrei zu bestimmen. IAB³ Europe erarbeitet mit anderen Beteiligten aus der Online-Medienindustrie ein Transparency and Consent Framework. Dieses kann als Orientierungshilfe im Einzelfall dienen. Der aktuelle Stand ist jeweils im Internet abrufbar.⁴

8 Es ist fraglich, ob die Einwilligung die Anforderungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung wirklich erfüllen kann oder ob sich Nutzer nicht in einer Illusion von Kontrolle wiegen oder freiwillig bzw. leichtfertig auf ihre Kontrollmöglichkeiten verzichten. Immerhin lesen die wenigsten Nutzer seitenlange Datenschutzerklärungen und Allgemeine Geschäftsbedingungen. Tatsächlich setzten wir eher gedankenlos Häkchen. Die Einwilligung verkommt somit zu einem «mechanischen Prozeduralismus».⁵

3. Datenverarbeitung aufgrund berechtigter Interessen der Publisher

9 Es ist im Einzelfall jedenfalls schwierig, für sämtliche Werbeaktivitäten auf einer Publisher-Site im technisch-dynamischen Umfeld umfassende Einwilligungen einzuholen. Es stellt sich daher die Frage, ob die Publisher nicht ein berechtigtes Interesse an der Datenverarbeitung geltend machen können: Art. 6 Abs. 1 lit. f der DSGVO erlaubt die Datenverarbeitung, wenn diese zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist und sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen.⁶

10 Publisher, die Daten erheben und Cookies speichern, können sich auf die Meinungsäusserungsfreiheit und ihre Funk-

tion innerhalb einer demokratisch-freiheitlichen Gesellschaft berufen, und zwar sowohl für die redaktionellen als auch die kommerziellen Äusserungen. Schliesslich bedingt der eine Inhalt den anderen.

11 Nur schweizerische, national, regional und lokal verankerte Medien sind imstande, die Gesellschaft über Politik, Kultur und Wirtschaft angemessen und mit dem inländischen Fokus zu informieren. Medieninhalte sind für eine demokratische Gesellschaft – besonders für eine direkte Demokratie, wie sie die Schweiz kennt – unabdingbar und grundsätzlich von der Verfassung sowie von internationalen Menschenrechtsgarantien besonders geschützt. Diese verfassungsmässige Verbriefung entbindet aber nicht von der Beurteilung des Einzelfalls.

4. Einwilligung und berechtigte Interessen als gleichrangige Rechtfertigungsgründe

12 Vielmehr ist im Einzelfall das berechtigte Interesse zu identifizieren und zu prüfen, ob die Datenbearbeitung zur Wahrnehmung dieses Interesses erforderlich ist und ob das berechtigte Interesse die Datenschutzinteressen der betroffenen Person überwiegt.⁷

13 Die beiden Rechtfertigungsgründe, Einwilligung und berechtigte Interessen, stehen Publishern gleichrangig nebeneinander zur Verfügung. Die Einwilligung wiegt nicht schwerer als andere gesetzliche Rechtfertigungsgründe für die Datenerhebung. Publisher sind also nicht gezwungen, die Befugnis zur Datenbearbeitung auf eine Einwilligung zu stützen. Vielmehr ist es möglich – wenn ein berechtigtes Interesse vorliegt – sogar bei formal unwirksamer Einwilligung, im Falle eines Widerrufs der Einwilligung oder einer verweigerten Einwilligung Daten aufgrund eines berechtigten Interesses dennoch zu erheben.⁸

5. Erneuerung der ePrivacy-Richtlinie geplant

14 Neben der DSGVO plant die EU-Kommission überdies einen Vorschlag zur Erneuerung der ePrivacy-Richtlinie auszuarbeiten und der Öffentlichkeit 2019 vorzulegen. Die Kommission ist bei dieser Revision gut beraten, wenn sie die sich entgegenstehenden Interessen sorgfältig abwägt und den Kommunikationsfreiheiten ihren notwendigen und in der Demokratie gebotenen Raum lässt. Fest steht bereits heute, dass das gesamte revidierte Daten- und Privacy-Recht für die Publisher und Unternehmen einen erheblichen Mehraufwand bringt.

6. Totalrevision des Datenschutzes in der Schweiz

15 In der Schweiz ist sodann eine Totalrevision des Datenschutzes im Gange, um unseren heutigen Datenschutz der Di-

2 Vgl. Gemeinsame Branchenempfehlung von IAB, VSM UND LSA zur DSGVO (nachfolgend «Branchenempfehlung»), Ziff. 5. <http://www.schweizermedien.ch/artikel/medienmitteilung/2018/vsm-iab-und-lsa-bieten-mitgliedern-branchenempfehlung-zur-dsgvo>.

3 Die IAB (Interactive Advertising Bureau) Switzerland Association ist die Vertreterin der digitalen Werbebranche in der Schweiz, und ist Mitglied der IAB Europe: <https://www.iab-switzerland.ch>.

4 IAB Europe. <http://advertisingconsent.eu>.

5 Dr. WINFRIED VEIL, NVwZ 2018, S. 687 ff., S. 689.

6 EU-Datenschutz-Grundverordnung (EU-DSGVO). Erwägungsgründe zur DSGVO, Erwägungsgrund 47: <https://www.datenschutz-grundverordnung.eu/grundverordnung/erwaegungsgrund-047/>.

7 Vgl. Branchenempfehlung Ziff. 3.

8 Dr. NILS LEPPERHOF/THOMAS MÜTHLEIN, Leitfaden zur DSGVO, Frechen 2017, S. 120.

gitalisierung und dem europäischen Stand anzupassen. Die zuständige Kommission des Nationalrats hat allerdings beschlossen, sich bei der Revision des Datenschutzgesetzes mehr Zeit zu lassen. Die Vorlage wurde zweigeteilt. Vorab soll nur revidiert werden, was das Schengener Abkommen dringlich erfordert. Für die restliche Revision, welche die private Werbeindustrie betrifft, lässt sich das Parlament mehr Zeit. Der Abschluss der Totalrevision ist frühestens Mitte nächsten Jahres zu erwarten.

Zusammenfassung Im Mai dieses Jahres ist die DSGVO, die Datenschutzverordnung der EU, in Kraft getreten. Sie ist in der Schweiz nicht direkt anwendbar, doch der verantwortungsvolle Umgang mit Daten ist auch hierzulande ge-

boten und durch die Grundätze des Datenschutzes geltendes Recht. Die Autorin geht im vorliegenden Brennpunkt auf die Bedeutung der DSGVO für die Schweiz ein und erläutert Eckpfeiler der neuen EU-Bestimmungen. Des Weiteren verweist sie auf weitere Rechtsetzungsprojekte in der EU und der Schweiz.



Bild: ZVG

Nicolas Guyot* est conseiller au sein du service juridique Droits de propriété industrielle de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (IPI). Il a auparavant exercé comme avocat dans une étude commerciale de l'arc lémanique. Il tient un blog juridique (ip-marques.ch).

La marque géographique comme instrument de protection des indications géographiques dans le système des noms de domaine Internet

Résumé Les indications géographiques sont protégées en Suisse selon un système spécifique qui n'est pas reconnu partout dans le monde. La marque géographique est un nouvel instrument juridique qui permet l'enregistrement de ces indications en tant que marque verbale dans le but de faciliter leur protection à l'étranger. Cette contribution examine l'opportunité d'une utilisation jusqu'ici non décrite de ce nouvel instrument, à savoir dans les mécanismes extrajudiciaires de règlement des litiges pour les noms de domaine Internet. Ces systèmes ayant été conçus avant tout pour les titulaires de marques, les bénéficiaires d'indications géographiques peinent à y faire valoir leurs droits. La marque géographique permet d'augmenter leurs chances de succès.

phique peuvent utiliser le système international des marques institué par l'Arrangement de Madrid² pour étendre la protection de leur titre à l'étranger.³

3 Cette contribution propose d'examiner une utilisation de la marque géographique dans le système des noms de domaine d'Internet (Domain Name System ou DNS). Les mécanismes de protection et de résolution extrajudiciaire de litiges qui peuvent être utilisés dans le DNS ont été conçus pour les titulaires de marques,⁴ si bien que les bénéficiaires d'indications géographiques peinent à y faire valoir leurs droits. La marque géographique est susceptible d'augmenter leurs chances de succès.

4 La protection des noms géographiques dans le DNS a donné lieu à plusieurs arrêts et décisions en Suisse et ailleurs.⁵ Ces affaires portaient toutefois sur le droit au nom des collec-

I. Introduction

1 Le monde se divise en deux catégories: ceux qui considèrent qu'une indication géographique (IG) doit être protégée par un système spécifique instituant un droit collectif et ceux qui ne connaissent et ne veulent reconnaître une protection que par le droit traditionnel des marques.¹

2 La Suisse, qui appartient à la première catégorie, a récemment introduit un nouvel instrument juridique, la marque géographique, dont le but est de faciliter la protection des IG dans des juridictions appartenant à la deuxième catégorie. Les bénéficiaires d'une IG transposée dans une marque géogra-

2 Arrangement de Madrid du 14 avril 1891 concernant l'enregistrement international des marques de fabrique ou de commerce et son Protocole du 27 juin 1989. Le système de Madrid permet de demander une protection dans un maximum de 117 pays en déposant une seule demande internationale et en payant une seule série de taxes.

3 Message du Conseil fédéral du 18 novembre 2009 relatif à la modification de la loi sur la protection des marques et à la loi fédérale sur la protection des armoiries de la Suisse et autres signes publics (Projet «Swissness»), FF 2009 7711, p. 7738.

4 Sur l'historique des mécanismes de protection, voir : JESSICA LITMAN, The DNS war: Trademarks and the Internet Domain Name System, the Journal of Small & Emerging Business Law, vol. 4, issue 1, 2000, p. 149-165; HEATHER ANN FORREST, Protection of geographic names in international law and domain name system policy, Kluwer Law International, 2^{ème} éd., 2017.

5 ATF 126 III 239 («bernoberland.ch»); ATF 128 III 353 («montana.ch»); ATF 128 III 401 («luzern.ch»); Tribunal cantonal des Grisons, arrêt ZFE 08 3 du 04.05.2009 («stmortiz.com») In: sic! 2010, 34; LG Berlin, arrêt Az. 16 O 101/00 du 10.08.2000; CA Paris, arrêt RG n°15/24810 du 22.09.2017 («france.com»). Dans le cadre des procédures UDRP, notamment: décision D2001-1500 du 06.03.2002 («heidelberg.net»); décision D2002-754 du 27.11.2002 («new zealand.com»); décision D2004-0158 du 14.04.2004 («stmortiz.com»); décision DCH2006-003 du 24.05.2006 («suisse.ch»); décision D2007-1318 du 29.10.2007 («zermatt.com»).

* L'auteur remercie Stéphane Bondallaz pour sa relecture attentive et pour ses suggestions pertinentes. Il est seul responsable des opinions exprimées ici en son nom propre.

1 Pour une explication des divergences entre les conceptions européenne et américaine du système de protection des indications géographiques, voir: MARIA CECILIA MANCINI/FILIPPO ARFINI/MARIO VENEZIANI/ERIK THÉVENOD MOTTET, Indications géographiques et négociations commerciales transatlantiques : Différences de perspective entre l'Union européenne et les États-Unis, EuroChoices, volume 16, édition 2, août 2017, pages 34-40.

tivités publiques. Compte tenu du fait qu'il n'est pas possible d'obtenir une marque géographique sur la base d'un droit au nom au sens de l'art. 29 CC, la protection de cette catégorie de termes géographiques n'est pas abordée dans cette contribution.

II. La protection des indications géographiques en droit suisse

1. Le concept d'indications géographiques et d'appellations d'origine

5 Un nom géographique apposé sur un produit incite normalement le consommateur à penser que le produit provient de ce lieu.⁶ Dans certains cas, le produit jouit d'une qualité particulière attribuable exclusivement ou essentiellement au milieu géographique dans lequel il a été obtenu (par exemple, «Gruyère» ou «Gorgonzola» pour des fromages ou «Champagne» pour du vin). Ce lien particulier entre la qualité d'un produit et sa provenance géographique revêt une valeur considérable sur le marché.⁷ Sa protection constitue donc un aspect crucial pour les producteurs car elle leur permet d'en tirer un avantage compétitif par rapport à des concurrents dont les produits ne possèdent pas les mêmes qualités.

6 En Suisse et dans l'Union européenne notamment, ces dénominations peuvent être enregistrées en tant qu'appellations d'origine (AO) ou d'IG. La protection ainsi conférée réserve l'utilisation de la dénomination enregistrée aux producteurs qui remplissent les conditions définies dans un cahier de charges faisant partie de l'enregistrement. Contrairement à une marque qui permet la monopolisation d'un signe par une seule personne, l'AO et l'IG sont des dénominations collectives. Elles appartiennent au domaine public, mais les conditions de leur utilisation sont réglementées. Dans les pays du nouveau monde, pour protéger une IG, il faut en principe passer par l'enregistrement d'une marque.

2. La marque géographique

7 En Suisse, jusqu'en 2016, un signe constitué exclusivement d'une AO ou d'une IG ne pouvait pas constituer une marque verbale.⁸ En effet, une marque doit permettre au consommateur d'attribuer un produit ou un service à une entreprise déterminée. Or, de telles indications ne sont pas perçues comme un renvoi à une entreprise, mais précisément à un lieu.

8 L'art 27a de la loi sur la protection des marques et des indications de provenance (LPM) permet depuis le 1^{er} janvier 2017 l'enregistrement d'une AO ou d'une IG en tant que marque géographique. Cette dernière ne peut toutefois être enregistrée que sur la base d'un titre ou d'un droit préexistant. Peuvent constituer une telle base une IG ou une AO enregistrée conformément à l'art. 16 de la loi sur l'agriculture (LAgr) ou à l'art. 50a LPM, une appellation d'origine contrôlée (AOC) protégée conformément à l'art. 63 LAgr ou une appellation viticole étrangère conforme aux exigences de l'art. 63 LAgr ou encore une indication faisant l'objet d'une ordonnance de branche édictée en vertu de l'art. 50, al. 2, LPM ou d'une réglementation étrangère équivalente (art. 27a LPM).⁹

III. Les noms de domaine et le DNS

1. Le système

9 Un nom de domaine a d'abord pour fonction l'identification d'un élément, tel qu'un site Web, sur le réseau Internet. Cette identification se fait par le biais d'une adresse formée d'une suite de chiffres (adresse du protocole Internet). Le DNS a pour but de convertir un nom de domaine en une adresse de protocole Internet et inversement.¹⁰

10 Organisé de manière hiérarchique, le DNS se décompose en plusieurs niveaux constituant chacun un sous-domaine du domaine supérieur. Les domaines les plus élevés sont les domaines de premier niveau (ou Top Level Domain [TLD], par exemple «.com»), qui se divisent en sous-domaines que l'on qualifie de domaines de deuxième niveau (Second Level Domain [SLD]).

11 Les domaines de pays de premier niveau (country code Top Level Domain [ccTLD], par exemple les domaines «.ch» ou «.fr»), identifient un pays ou une zone géographique. Ils ont été très tôt distingués des domaines génériques de premier niveau (generic Top Level Domain [gTLD], par exemple les domaines «.com», «.bike» ou «.삼성» [«Samsung» en alphabet coréen]) dont la désignation identifie une communauté, un signe distinctif, un secteur d'activités ou un cercle d'intérêts particuliers.¹¹

12 C'est la société pour l'attribution des noms de domaine et des numéros sur Internet (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers ou ICANN), une société à but non lucratif organisée selon le droit californien, qui décide, pour le monde entier, de la création de nouveaux TLD ainsi que les modalités de leur délégation.

6 ATF 135 III 416, consid. 2.2.

7 Voir IPR HELPDESK, The value of geographical indications for businesses, September 2016 (disponible sous https://www.iprhelpdesk.eu/sites/default/files/newsdocuments/Fact-Sheet-Geographical_Indications_0.pdf, visité le 02.09.2018).

8 ATF 135 III 416; TAF B-6503/2014, consid. 3.3. Il est toutefois possible d'enregistrer comme marque un signe composé d'une indication de provenance et d'un élément qui confère au signe dans son ensemble un caractère distinctif (voir par exemple: TAF B-7489/2006, consid. 9.2).

9 Sur la marque géographique et les conditions de dépôt et d'utilisation, voir: Message du Conseil fédéral du 18 novembre 2009 relatif à la modification de la loi sur la protection des marques et à la loi fédérale sur la protection des armoiries de la Suisse et autres signes publics (Projet «Swissness»), FF 2009 7711, p. 7753-7757; BARBARA ABEGG, The Geographical Trade Mark: A Swiss Innovation Worth Copying, ICC 49, 2018, p. 565-590.

10 Voir: OFFICE FÉDÉRAL DE LA COMMUNICATION (OFCOM), Rapport explicatif du 05.11.2014 relatif à l'ordonnance sur les domaines Internet (ODI), p. 7-8.

11 JON POSTEL/JOYCE REYNOLDS, Request for Comments (RFC): 920, University of Southern California, Information Sciences Institut, 1984.

2. Les domaines de pays de premier niveau

13 Les ccTLD sont considérés comme des attributs de la souveraineté nationale et sont par conséquent délégués aux registres nationaux à des conditions particulières.¹² Les États sont, du point de vue du droit, souverains sur leur ccTLD,¹³ autant du point de vue des règles d'attribution que concernant l'adoption d'une procédure de règlement extrajudiciaire des litiges.

14 Dans le cas de la Suisse, l'art. 45, al. 2 de l'ordonnance sur les domaines Internet (ODI) impose à l'opérateur de registre qui gère le domaine «.ch» d'instituer un service de règlement des différends. La fondation SWITCH, à laquelle l'OFCOM a délégué la fonction de registre pour le domaine «.ch», a établi une procédure de règlement des différends qui prévoit la possibilité d'invoquer une AO ou une IG contre un nom de domaine.¹⁴ Dans le domaine du «.ch», la marque géographique n'offre dès lors pas un avantage significatif.

3. Les domaines génériques de premier niveau

15 L'ICANN délègue les gTLD à des registres sur la base d'un contrat standardisé («Contrat de Registre») et leur fixe par ce biais les règles et principes directeurs de gestion.¹⁵ Ensuite, les registres, directement ou par le biais de registraires, revendent des noms de domaine de deuxième niveau aux utilisateurs qui en font la demande.

16 Jusqu'en 2013, le DNS comptait 22 gTLD.¹⁶ En 2012, l'ICANN a lancé un programme de création de nouveaux gTLD permettant à des personnes morales de se porter candidates à la création et à la gestion de gTLD de leur choix. La délégation de ces nouveaux gTLD a été effectuée selon le Guide du candidat pour les nouveaux gTLD («Applicant Guidebook 2012»). Dans ce contexte, la Confédération suisse a déposé sa candidature pour le domaine «.swiss», qu'elle a obtenu en 2014.¹⁷ Depuis le mois d'octobre 2013, plus de 1200 nouveaux gTLD ont été attribués.¹⁸

17 Le Contrat de Registre laisse une marge de manœuvre, notamment en ce qui concerne les règles d'attribution au deuxième niveau. Cela étant, peu de registres ont adopté des règles protectrices pour les noms géographiques, les conditions de sélection préalables mises par les registres à l'enregistrement étant généralement très limitées.¹⁹ Le principe est de traiter les enregistrements de noms de domaine par ordre d'arrivée. Sachant qu'au total, les nouveaux gTLD ont donné lieu jusqu'à présent à plus de 24 millions d'enregistrements au deuxième niveau,²⁰ le potentiel de conflits avec un nom géographique protégé est important.

18 Le domaine «.swiss» constitue à cet égard une exception dans la mesure où une dénomination géographique ne peut être attribuée dans ce domaine que si le requérant dispose d'un droit ou d'un intérêt légitime ou qu'il apparaît aux yeux du public comme disposant d'un droit ou d'un intérêt légitime sur cette dénomination ou alors s'il est autorisé par la ou les collectivités publiques ou autres organisations concernées à l'utiliser (art. 53, al. 1, let. e, chif. 3, ODI).²¹

IV. Les Principes directeurs régissant le règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine (Principes UDRP)

19 Une fois qu'un nom de domaine a été enregistré, tout litige y relatif doit en principe être porté devant un tribunal. Cependant, compte tenu de la nature universelle de l'Internet, le règlement judiciaire devant les cours nationales se prête mal à

12 Les premiers ccTLD ont été délégués sans contraintes, notamment quant à la manière d'exploiter le domaine. Même si les critères de délégation ont été quelque peu développés et clarifiés depuis lors, la situation dans les ccTLD continue de manquer d'uniformité. Sur les plus de 250 domaines ccTLD, certains sont sous contrat avec l'ICANN, d'autres ont signé des accords-cadres et certains n'ont pas encore conclu d'accord officiel avec elle ou ne souhaite pas en conclure. Les relations entre registre et gouvernement, de même qu'entre le registre et l'ICANN varient d'un cas à l'autre. Voir: PETER K. YU, *the Origins of ccTLD policy-making*, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, vol. 12, issue 2, 2004, p. 387–408.

13 STÉPHANE BONDALLAZ, *Les nouvelles règles suisses en matière de noms de domaine Internet*, *sic! 4*, 2015, p. 266–279, p. 268. Pour un aperçu de la situation actuelle des indications géographiques, des noms de pays et autres noms géographiques dans 86 ccTLD, voir: ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, *Enquête sur la situation actuelle des indications géographiques, des noms de pays et autres noms géographiques dans le système des noms de domaines (DNS)*, document SCT/39/7 du 12 mars 2018, p. 19 ss.

14 SWITCH, *Dispositions relatives à la procédure de règlement des différends pour les noms de domaine.ch et .li*, 01.03.2004 (disponible sous: https://www.nic.ch/fr/terms/disputes/rules_v1/, visité le 02.09.2018). Une demande fondée sur ces dispositions peut être déposée pour une infraction à un droit attaché à un signe distinctif (art. 12). Selon la définition donnée à l'art. 1.1 de ces dispositions, un tel droit peut découler notamment, mais pas exclusivement, du droit relatif à une indication géographique.

15 Un modèle de Contrat de Registre figure dans l'Applicant Guidebook 2012. La version approuvée par l'ICANN du 31.07.2017 peut être téléchargée sous: <https://newgtlds.icann.org/sites/default/files/agreements/agreement-approved-31jul17-fr.pdf>

16 Aux cinq gTLD initiaux («.gov», «.edu», «.com», «.mil», «.org») créés en 1984, se sont progressivement ajoutés, jusqu'en 2011, dix-sept autres domaines: Le domaine «.net» a été ajouté à la première mise en œuvre de ces domaines. En 1998, «.int» a été ajouté. De 2000 à 2002, «.aero», «.biz», «.coop», «.info», «.museum», «.name» et «.pro» ont été approuvés. Par la suite, les gTLD parrainés, soit «.asia», «.cat», «.jobs», «.mobi», «.tel» et «.travel» ont été approuvés en 2003 et 2004. Enfin, «.xxx» et «.post» ont été respectivement approuvés en 2011 et 2012.

17 STÉPHANE BONDALLAZ, *Les nouvelles règles suisses en matière de noms de domaine Internet*, *sic! 4*, 2015, p. 266–279.

18 Liste des chaînes de caractères délégués au premier niveau en tant que nouveau gTLD: <https://newgtlds.icann.org/en/program-status/delegated-strings> (visité le 02.09.2018).

19 Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, *Enquête sur la situation actuelle des indications géographiques, des noms de pays et autres noms géographiques dans le système des noms de domaines (DNS)*, document SCT/39/7 du 12 mars 2018, p. 5.

20 Statistiques d'attribution de SLD sous les nouveaux gTLD: <https://ntldstats.com/>, visité le 02.09.2018.

21 Voir: STÉPHANE BONDALLAZ, *Les nouvelles règles suisses en matière de noms de domaine Internet*, *sic! 4*, 2015, p. 266–279.

ce type de litiges, notamment au regard de la reconnaissance et de l'exécution des décisions à l'étranger.

20 Sur la base des recommandations faites par l'Organisation Mondiale de la Propriété intellectuelle (OMPI), l'ICANN a adopté en 1999 un mécanisme alternatif de règlement des litiges intitulé Principes directeurs régissant le règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine («Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy» ou «UDRP»).²² Cette politique permet la résolution extrajudiciaire de conflits entre titulaires de marques et détenteurs de noms de domaine d'une manière rapide,²³ peu coûteuse²⁴ et souvent efficace (pour les titulaires de marques).

1. Le fonctionnement

21 Les Principes UDRP²⁵ sont intégrés par référencement dans tous les contrats d'enregistrement d'un nom de domaine sous un gTLD. Ainsi, le titulaire d'un nom de domaine doit se soumettre à une procédure administrative selon ces principes et en accepter l'issue. La déconnexion d'un système légal ou d'une juridiction déterminée et sa nature géographiquement délocalisée contribuent également à l'efficacité du mécanisme.

22 Toute personne ou entreprise, partout dans le monde, peut déposer une plainte écrite au sujet d'un nom de domaine enregistré dans les gTLD devant le Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI à Genève ou l'un des quatre autres centres accrédités par l'ICANN²⁶ (art. 3, Principes UDRP). Suite au dépôt de la plainte, la partie adverse, détenteur du nom de domaine contesté, est invitée à présenter une réponse dans les vingt jours. Une commission formée d'un ou de trois experts est ensuite instituée, laquelle statue sur la plainte. La commission peut rejeter la plainte ou lui donner suite et ordonner le

transfert ou la radiation du nom de domaine. Elle ne peut pas allouer de dépens, ni se prononcer sur un éventuel dommage. La décision de la commission est exécutée par le registraire dix jours après sa notification (art. 4.K, Principes UDRP). Chacune des parties peut saisir un tribunal civil en cas de désaccord avec la décision. Il ne s'agit pas d'un recours et le tribunal n'est pas lié par la décision UDRP.

2. Les conditions

23 En vertu du paragraphe 4.a) des Principes UDRP, la procédure n'est applicable qu'en ce qui concerne un litige relatif à une accusation d'enregistrement abusif d'un nom de domaine sur la base des conditions suivantes:

condition 1. le nom de domaine enregistré par le détenteur est identique ou semblable au point de prêter à confusion à une marque de produits ou de services sur laquelle la personne (physique ou morale) qui dépose la plainte a des droits;²⁷ et

condition 2. le détenteur du nom de domaine n'a aucun droit sur le nom de domaine ni aucun intérêt légitime qui s'y attache; et

condition 3. le nom de domaine a été enregistré et est utilisé de mauvaise foi.

24 Le paragraphe 4.b) des Principes UDRP précise de manière non exhaustive les circonstances qui peuvent constituer un enregistrement ou une utilisation de mauvaise foi:

i) les faits montrent que le nom de domaine a été enregistré ou acquis essentiellement aux fins de vendre, de louer ou de céder d'une autre manière l'enregistrement de ce nom de domaine au plaignant qui est le propriétaire de la marque, ou à un concurrent de celui-ci, à titre onéreux et pour un prix excédant le montant des frais que le détenteur du nom de domaine a déboursés en rapport direct avec ce nom de domaine; ou

ii) le nom de domaine a été enregistré en vue d'empêcher le propriétaire de la marque de produits ou de services de reprendre sa marque sous forme de nom de domaine, et le détenteur du nom de domaine est coutumier d'une telle pratique; ou

iii) le nom de domaine a été enregistré essentiellement en vue de perturber les opérations commerciales d'un concurrent; ou

iv) en utilisant le nom de domaine, le détenteur du nom de domaine a sciemment tenté d'attirer, à des fins lucratives, les utilisateurs de l'Internet sur un site web ou un autre espace en ligne lui appartenant, en créant une probabilité de confusion avec la marque du requérant en ce qui concerne la source, le commanditaire, l'affiliation ou l'approbation du site ou espace web du détenteur ou d'un produit ou d'un service qui y est proposé.

25 L'examen par l'expert de l'identité ou de la similarité consiste à comparer le nom de domaine (alphanumérique) et les éléments textuels de la marque. Dans la mesure où les éléments figuratifs ne peuvent pas être représentés dans les noms

²² D'autres mécanismes de défense ont été créés dans le cadre du programme des nouveaux gTLD. Ils ne sont pas abordés ici. Le système de suspension uniforme rapide (URS) est un mécanisme destiné aux violations manifestes d'un droit à la marque qui permet d'obtenir rapidement la suspension d'un nom de domaine. La procédure de résolution des litiges après délégation (PDDRP) permet à un titulaire de marque d'attaquer un registre qui agirait systématiquement en violation de ses obligations.

²³ Selon le guide du Centre de d'arbitrage et de médiation de l'OMPI, de manière générale, la procédure administrative dure environ 60 jours à compter de la date à laquelle il reçoit la plainte (<http://www.wipo.int/amc/fr/domains/guide/index.html>, visité le 02.09.2018).

²⁴ Pour un litige portant sur un à cinq noms de domaine porté devant le Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI, la taxe s'élève à \$ 1500 si le litige doit être tranché par un expert unique et à \$ 4000 dollars si le litige doit être tranché par une commission administrative composée de trois experts (<http://www.wipo.int/amc/fr/domains/fees/index.html>, visité le 02.09.2018).

²⁵ Les Principes directeurs pour un règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine sont disponibles sous <https://www.icann.org/resources/pages/policy-2012-02-25-fr>, visité le 02.09.2018.

²⁶ Le Centre asiatique de règlement des litiges concernant les noms de domaine (ADNDRC) qui dispose d'antennes à Beijing, Kuala Lumpur, Hong Kong et Séoul, le Forum National d'Arbitrage (NAF) aux États-Unis, le Centre du tribunal d'arbitrage tchèque pour des litiges d'Internet et le Centre arabe pour la résolution de litige concernant les noms de domaine (ACDR).

²⁷ Peu importe la ou les juridictions dans lesquelles la marque est enregistrée. Peu importe également la date de dépôt/priorité, la date d'enregistrement. Ces facteurs peuvent toutefois influencer sur la décision de l'expert en vertu des deuxième et troisième conditions.

de domaine, ces éléments sont largement ignorés dans le cadre de l'examen de la première condition. La nature de ce(s) terme(s) supplémentaire(s) peut néanmoins avoir une incidence dans l'examen des deuxième et troisième conditions.²⁸

26 Toutefois, lorsque les éléments figuratifs prédominent largement sur les éléments textuels de la marque, ou lorsque le caractère distinctif de la marque est exclusivement déduit des éléments figuratifs, la commission d'experts peut conclure que l'enregistrement de la marque du plaignant n'est pas suffisant en soi pour fonder la qualité pour agir en vertu des Principes UDRP.²⁹

27 Sous la première condition, il n'est pas déterminant de savoir pour quels produits ou services la marque est enregistrée. Or, selon le principe de spécialité qui régit le droit des marques, une marque n'est protégée qu'en lien avec certains produits déterminés. C'est dans l'examen de la troisième condition que le principe de spécialité est, indirectement, pris en considération. Dans l'examen de la similarité sous la première condition, la signification du domaine de premier niveau n'est pas prise en compte, mais peut avoir une incidence dans l'examen des deuxième et troisième conditions.³⁰

3. La protection des AO et des IG par le biais des Principes UDRP

28 Le système des UDRP est conçu pour la défense des droits de marques. D'une part, le champ d'application des Principes UDRP est limité aux marques. D'autre part, les experts examinent les trois conditions mentionnées ci-avant selon une logique déduite du droit des marques, laquelle s'adapte mal aux désignations géographiques. Ainsi, la défense d'une AO ou d'une IG dans ce système ne peut fonctionner que si la désignation est enregistrée comme marque (ou comme élément d'une marque) et que l'expert considère qu'elle fonctionne comme une marque (c'est-à-dire comme un terme qui n'est pas descriptif par rapport à la provenance des produits). Ce deuxième critère est critiquable et ne ressort pas tel quel des Principes UDRP, mais de la pratique des experts. Nous pensons qu'il est possible de faire évoluer cette pratique, notamment par le biais de plaintes fondées sur une marque géographique.

29 Selon la jurisprudence du Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI, un terme géographique enregistré en tant que marque de commerce permet en principe de remplir la première condition. Tel n'est pas le cas d'une indication enregistrée

selon un système *sui generis* ou par une réglementation spécifique. Dans l'affaire «champagne.co»,³¹ le Comité interprofessionnel du vin de Champagne (CIVC), qui ne détenait pas de marque enregistrée de son AO, avait argumenté détenir une marque non enregistrée fondée sur le droit britannique. L'expert a rejeté cet argument au motif que pour constituer une telle marque, le terme géographique doit avoir acquis un sens secondaire, non géographique, qui le rende distinctif, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

30 Bien qu'enregistré en tant que marque, un terme géographique utilisé uniquement dans son sens géographique ordinaire reste difficile à défendre. Dans l'affaire «gorgonzola.city»,³² le plaignant, représentant les bénéficiaires de l'AO Gorgonzola, se prévalait d'une marque combinée permettant de remplir la première condition. En revanche, la condition de l'absence d'intérêt légitime du titulaire du nom de domaine (condition 2) n'était pas remplie. En se fondant sur le contenu des pages accessibles sous ce nom de domaine, l'expert a considéré que le titulaire utilisait ce nom de domaine en référence à la ville de Gorgonzola uniquement, sans référence au fromage. Pour l'expert, la société américaine, détenteur du nom de domaine litigieux, fournissait de bonne foi des renseignements sur la ville et rien ne permettait de conclure que celle-ci aurait cherché à profiter indûment de la renommée du fromage Gorgonzola. La justification sous-jacente au refus de cette plainte repose sur le principe de spécialité, c'est-à-dire qu'il n'y a pas eu un usage illicite de l'AO, car l'utilisation contestée ne se référait pas au fromage. Dans le cas d'espèce, l'extension «.city», qui évoque davantage les aspects touristiques, informatifs ou culturels de la ville que son fromage, constitue à notre avis un argument en faveur du détenteur du nom de domaine.

31 Dans d'autres affaires en revanche, la motivation du rejet de la plainte est moins convaincante. Dans l'affaire «parmaham.com»,³³ par exemple, le Consorzio del Prosciutto di Parma détenait une marque de certification enregistrée aux États-Unis sur cette AO. La première condition a été considérée comme remplie. En revanche, la troisième condition, relative à l'usage ou l'enregistrement de mauvaise foi du nom de domaine, n'était pas remplie selon l'expert. Celui-ci a constaté que les termes «Parma Ham» se comprenaient dans le sens de «viande de Parme». Ces termes étant directement descriptifs, il a considéré que «les consommateurs n'ont aucune raison de savoir que «PARMA HAM» est une marque». En conséquence, le détenteur du nom de domaine litigieux n'aurait fait preuve d'aucune mauvaise foi en enregistrant un nom de domaine comportant des termes «libres d'usage».

32 On retrouve un raisonnement similaire dans la décision récente «rioja.com». ³⁴ L'expert a reproché au plaignant de ne pas distinguer la réputation du Rioja en tant que vin ayant cer-

28 WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Third Edition, («WIPO Jurisprudential Overview 3.0»), 2017 (disponible sous <http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/overview3.0/>, visité le 02.09.2018).

29 Ibid. Voir par exemple le cas «britishmeat.com» (décision D2003-0645 du 27.10.2003) dans lequel l'expert a considéré que les termes «British meat», bien que protégés par une marque figurative du plaignant, sont les termes normalement utilisés pour décrire une viande provenant de Grande-Bretagne. Par conséquent, le nom de domaine attaqué n'allait pas être perçu par les utilisateurs comme un renvoi au site du plaignant. Des considérations similaires avaient été formulées à propos du nom de domaine «cream.com».

30 Ibid.

31 Décision DCO2011-0026 du 21.06.2011. Le domaine .co est le domaine de pays de premier niveau réservé à la Colombie. Il s'agit d'un ccTLD ouvert et la Colombie a choisi de soumettre son domaine de pays à la procédure UDRP ou à une procédure gouvernée par les mêmes règles.

32 Décision D2017-0253 du 12.04.2017.

33 Décision D2000-0629 du 18.09.2000.

34 Décision D2018-0168 du 04.05.2018.

taines caractéristiques dues à sa provenance géographique de la réputation de la marque qui y est associée. L'expert a rejeté la plainte au motif que le détenteur du nom de domaine litigieux l'utilisait pour faire référence au vin Rioja, et pas à la marque du plaignant.

33 Ces décisions mettent en lumière la difficulté à défendre une AO ou une IG au moyen des Principes UDRP. C'est véritablement le concept d'une protection pour une indication géographique qui pose problème. Les experts considèrent que l'utilisation d'un terme géographique, même protégé en tant qu'AO ou IG, pour décrire la provenance géographique constitue une utilisation de bonne foi. Or, l'AO ou l'IG vise précisément à ne permettre un tel usage que par les bénéficiaires qui remplissent les conditions d'usage de l'indication. Cette dernière n'est pas libre d'usage.

34 Les plaintes déposées contre les noms de domaines «henriez.com»³⁵ et «châteaumargaux.com» ont été admises.³⁶ À la différence des cas précédents, les experts ont fait passer la signification géographique de ces désignations au second plan et ont vu dans ces IG avant tout une marque.

V. La chambre de compensation pour marques déposées (Trademark Clearinghouse)

35 Établie en 2013, la Trademark Clearinghouse (TMCH) a été instituée dans le cadre du programme des nouveaux gTLD.³⁷ La TMCH n'est pas un mécanisme de protection des droits à proprement parler, mais simplement une base de données centralisée dans laquelle les titulaires peuvent faire inscrire leurs marques.

36 L'enregistrement d'une marque dans la TMCH³⁸ permet à son titulaire de bénéficier d'une priorité temporaire d'enregistrement d'un nom de domaine correspondant à sa marque durant les périodes d'attribution privilégiée qui précèdent l'ouverture d'un domaine («sunrise period»). Les Contrats de Registre obligent les registres à prévoir une période d'enregistrement privilégiée lors de l'ouverture d'un gTLD et de faire bénéficier les titulaires de marques enregistrées dans la TMCH de cette possibilité.³⁹ Par ailleurs, le système de la TMCH notifie une alerte au déposant d'une demande de nom de domaine lorsque ce nom correspond à une marque enregistrée dans la TMCH («trademark claims services»). Le titulaire de la marque est également informé du dépôt de la demande et de son retrait ou de son maintien. Aussi bien la priorité dans la période d'attribution privilégiée que les services de «trademark claims» fonctionnent sur la base d'une identité complète entre la marque et le nom de domaine.

35 Décision D2001-0680 du 06.07.2001.

36 Décision D2001-1147 du 02.12.2001.

37 ICANN, Applicant Guidebook 2012, Module 5, Trademark Clearinghouse, 04.06.2012.

38 L'ICANN a accrédité plusieurs agents de par le monde auprès desquels une marque peut être déposée pour un enregistrement dans la TMCH. Cet enregistrement est relativement onéreux (environ CHF 200 par année).

39 OFFICE FÉDÉRAL DE LA COMMUNICATION (OFCOM), Rapport explicatif du 05.11.2014 relatif à l'ordonnance sur les domaines Internet (ODI), p. 37.

37 L'enregistrement dans la TMCH est ouvert aux marques verbales enregistrées au niveau national ou régional ou reconnues par un tribunal. Une marque enregistrée par une collectivité publique n'est pas acceptée dans la TMCH.⁴⁰ La base de données de la TMCH n'est pas accessible publiquement si bien qu'il est difficile de savoir si elle contient des marques contenant ou constituées d'AO ou d'IG.

VI. L'utilité de la marque géographique dans le DNS

1. Invocation dans une procédure selon les Principes UDRP

38 Comme mentionné, dans le contexte des domaines «.ch» et «.swiss», une marque géographique n'apporterait pas, à notre avis, une protection supplémentaire. Elle a été conçue pour la protection à l'étranger et, dans le contexte du DNS, c'est dans les gTLD et les ccTLD pour lesquels le pays a choisi d'appliquer les Principes UDRP qu'elle peut avoir une plus-value.

39 La marque géographique permettra de remplir la première condition des Principes UDRP (présence d'une marque identique ou semblable au point de prêter à confusion avec le nom de domaine).⁴¹ Dans l'affaire «rioja.com», l'expert rappelle qu'un terme géographique, même utilisé dans sa signification géographique, peut fonder une action sous la première condition pour autant qu'il soit enregistré comme marque. Il n'y a pas de discrimination quant aux types de marques selon les Principes UDRP. La marque de certification y est acceptée, il n'y a donc aucune raison de refuser la marque géographique. Dans les affaires précitées «rioja.com» et «gorgonzola.city», la première condition a été admise en lien avec des marques combinées, constituées d'une IG et d'un élément distinctif. Une marque géographique n'est donc pas la condition *sine qua non* pour défendre une IG selon les Principes UDRP, mais elle permettrait d'augmenter les chances de succès sous la première condition déjà.

40 On peut imaginer que certaines AO ou IG suisses se rapportent à des lieux ou des noms qui ne sont pas ou peu connus à l'étranger. Ces noms pourraient vraisemblablement obtenir une protection, par exemple aux États-Unis, sous forme d'une marque ordinaire, laquelle pourrait sans difficulté être invoquée dans le cadre d'une procédure UDRP. Dans ce cas, l'avantage de la marque géographique est purement procédural et financier, dans la mesure où il est plus simple pour une entité suisse de déposer une marque en Suisse qu'aux États-Unis ou en Australie.

41 La deuxième condition, relative à l'absence d'intérêt légitime du détenteur du nom de domaine, devrait à notre avis aussi pouvoir être remplie au moyen d'une marque géogra-

40 Trademark Clearinghouse Guidelines, novembre 2013, v.1.2, § 2.2.1 (disponible sous: <http://www.trademark-clearinghouse.com/sites/default/files/files/downloads/TMCH%20guidelines%20v1.2%20comm.pdf>, visité le 02.09.2018).

41 Du même avis: HEATHER ANN FORREST, Protection of geographic names in international law and domain name system policy, Kluwer Law International, 2^{ème} éd., 2017, p. 125 et p. 183.

phique. Elle l'a été dans l'affaire «PARMA HAM» dont la plainte reposait sur une marque de certification américaine.

42 La portée de la marque géographique quant à la troisième condition reste la plus incertaine. De notre point de vue, la ligne de jurisprudence actuelle est susceptible d'évoluer. La décision «gorgonzola.city» va à cet égard dans la bonne direction dans la mesure où l'expert n'a pas rejeté la plainte au simple motif que l'indication était utilisée dans un sens géographique et qu'une telle utilisation est libre pour tout le monde. Il a, au contraire, pris en compte l'utilisation concrète du nom de domaine et examiné s'il était utilisé en lien avec du fromage, objet de la protection de l'AO. Il a donc examiné si, en vertu du principe de spécialité, l'AO était violée, autrement dit si le détenteur du nom de domaine profitait ou cherchait à profiter indûment de la réputation attachée à l'AO. On peut espérer que si le détenteur du nom de domaine faisait usage de ce nom en lien avec du fromage, la plainte aurait été acceptée. Le texte des Principes UDRP n'empêcherait en effet pas de reconnaître un enregistrement ou un usage de mauvaise foi d'un nom de domaine constitué d'une IG ou d'une AO. Le paragraphe 4b (iii) des Principes UDRP considère précisément comme un usage de mauvaise foi l'utilisation d'un nom de domaine avec l'intention d'attirer, à des fins lucratives, les utilisateurs de l'Internet sur son site web en créant une confusion avec la marque (géographique) du requérant en ce qui concerne la source du site web ou d'un produit qui y est proposé. Dans de telles affaires, une marque géographique ne peut que renforcer l'argumentation des bénéficiaires de l'AO ou de l'IG pour démontrer qu'une indication utilisée dans son sens géographique et descriptif de la provenance des produits peut être faite avec l'intention de s'approprier indûment la réputation attachée à l'indication protégée et donc de mauvaise foi.

43 Dans les cas où l'IG ou l'AO renvoie à des lieux peu connus en dehors de l'Europe, l'obstacle de la mauvaise foi serait moindre et on peut s'attendre, dans une procédure fondée sur une marque géographique, à un examen semblable à celui fait dans le cas de l'affaire «henniez.com». En lien avec ce type d'indications, la marque géographique devrait constituer un instrument efficace dans une procédure conduite selon les Principes UDRP.

2. Enregistrement dans la TMCH

44 Contrairement aux Principes UDRP, dans lesquels des marques combinées peuvent être invoquées, on ne peut enregistrer que des marques verbales dans la TMCH. La marque géographique présente donc ici un intérêt incontestable, car elle permet précisément d'obtenir une marque verbale correspondant exactement à l'AO ou l'IG. Pour les producteurs orientés vers l'exportation, l'inscription d'une marque géographique dans la TMCH offre l'avantage de l'enregistrement privilégié et du contrôle des enregistrements par des tiers non autorisés de noms de domaine correspondant à l'AO ou l'IG protégée.

VII. Conclusion

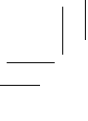
45 En permettant d'enregistrer en tant que marque verbale une indication géographique ou une appellation d'origine, la marque géographique permet à ses bénéficiaires d'accéder aux mécanismes de défense extrajudiciaire prévus pour les noms de domaine générique d'Internet.

46 Ces mécanismes ont été toutefois créés pour défendre des droits déduits de marques ordinaires et la jurisprudence rendue par les experts nommés dans ces procédures peine souvent à prendre en compte le caractère particulier des indications géographiques par rapport aux marques ordinaires. L'accès aux mécanismes de défense est certes fondamental, mais il ne signifie pas encore une protection pleine et entière, à l'égal des marques, pour les indications géographiques dans le système des noms de domaine Internet.

47 L'amélioration de cette protection n'interviendra que par l'effort conjugué des utilisateurs, qui peuvent agir et faire évoluer la jurisprudence, et des institutions qui peuvent créer des nouveaux instruments de protection. A cet égard, la Suisse travaille activement au sein du Comité permanent du droit des marques, des dessins et modèles industriels et des indications géographiques de l'OMPI où elle a notamment déposé avec d'autres pays une proposition visant à améliorer la protection des indications géographiques et des noms de pays dans le DNS.⁴² La création de la marque géographique s'inscrit également dans cette démarche. Il revient maintenant aux bénéficiaires d'en faire usage.

Zusammenfassung Im schweizerischen Recht sind die geografischen Angaben nach einem spezifischen System, das nicht überall auf der Welt anerkannt ist, geschützt. Die geografische Marke ist ein neues juristisches Instrument, das die Registrierung geografischer Angaben als Wortmarke erlaubt, um deren Schutz im Ausland zu vereinfachen. Dieser Beitrag prüft die Zweckmässigkeit einer bis anhin nicht beschriebenen Verwendung dieses neuen Instruments, insbesondere im Rahmen von aussergerichtlichen Verfahren zur Beilegung von Streitsachen im Bereich der Domain-Namen im Internet. Letztere wurden in erster Linie für Markeninhaber geschaffen, sodass Begünstigte von geografischen Angaben sich schwertun, ihre Rechte geltend zu machen. Die geografische Marke erhöht ihre diesbezüglichen Erfolgchancen.

42 Proposition des délégations de l'Allemagne, de la Bulgarie, de l'Espagne, de la France, de la Hongrie, de l'Italie, de la Pologne, du Portugal, de la République de Moldova, de la République tchèque, de la Roumanie et de la Suisse, document SCT/31/8/Rev.7.



rechtsprechungs-
übersicht

chronique de
jurisprudence



Bild: zVg

Franz Zeller, Titularprofessor an der Universität Bern und Lehrbeauftragter für Medien- und Kommunikationsrecht an der Universität Basel

Journalistische Sorgfaltspflicht beschäftigt die Justiz immer öfter

Entscheidungsübersicht Verfassungsrecht und EMRK: Medienrelevante Rechtsprechung 2017

Résumé Les diverses facettes de la libre communication ont occupé la justice également pendant l'année 2017. Les exigences de diligence journalistique en matière de publications qui affectent la réputation ont été un thème central de la jurisprudence. Dans plusieurs décisions concernant ce sujet, la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg a dû déterminer dans quelle mesure des journalistes peuvent baser sur des déclarations des autorités faites dans des documents internes. La jurisprudence a été tout aussi abondante dans le domaine de l'accès à des documents officiels de l'administration et la justice.

und (in geringerem Mass) der Wirtschaftsfreiheit haben die Gerichte immer wieder beschäftigt.

Überblick

1 Die Rechtsprechung zu verfassungs- und menschenrechtlichen Aspekten freier Kommunikation war auch im Berichtsjahr 2017 facettenreich. Die Schwerpunkte haben sich gegenüber dem Vorjahr aber etwas verlagert. 2016 hatte es mehrere Urteile gegen Medienschaffende gegeben, die im Rahmen der Recherche zu weit gegangen waren (und rechtliche Grenzen überschritten hatten). 2017 waren hingegen eher unzureichende Recherchen ein Thema: Verschiedene Verurteilungen wegen ehrverletzender Publikationen hatten (auch) damit zu tun, dass die Vorwürfe nicht ausreichend verifiziert worden waren.

I. Medien-, Meinungs- und Wirtschaftsfreiheit (Art. 16, 17 und 27 BV; Art. 10 EMRK)

1. Allgemeines

2 Die Abwehrfunktion der kommunikationsbezogenen Freiheitsrechte steht in der Gerichtspraxis nach wie vor im Vordergrund. Hoheitliche Beschränkungen der Meinungs-, Medien-

2. Staatliche Eingriffe in grundrechtlich geschützte Kommunikation

A. Geltungsbereich: Welche Freiheitsrechte sind betroffen?

3 Der Ausschluss eines Users von der Kommentarfunktion der Facebook-Seite «policevd» der Kantonspolizei Waadt ist gemäss BGer-Urteil 1C_564/2016 (Facebook-Kommentar) vom 2.3.2017 an der Meinungsfreiheit (Art. 16 BV) und dem Gebot der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) zu messen (vgl. zu diesem Fall auch hinten N 101).

4 **Kommentar:** Auch im Berichtsjahr war vereinzelt festzustellen, dass das Bundesgericht die Beiträge von Aussenstehenden auf öffentlichen Online-Plattformen unter dem allgemeinen Grundrecht der Meinungsfreiheit prüfte und nicht unter dem spezielleren Blickwinkel der Medienfreiheit (Art. 17 BV). Es tat dies quasi am Rande und ohne vertiefte Ausführungen. Aufgrund des Wortlauts der Verfassungsnormen (auch Online-Publikationen fallen unter den Medienbegriff) und der altrechtlichen Gerichtspraxis zur Pressefreiheit versteht sich diese Einordnung allerdings nicht von selbst. Im Ergebnis scheint sie sinnvoll, weil sie die Konturen der Medienfreiheit schärft. Dies gilt gerade für die Situation des abgewiesenen User-Kommentars oder Leserbriefs, in der die Anliegen des Medieninhabers (Medienfreiheit) und der externen Drittperson (Meinungsfreiheit) aufeinanderprallen.

5 Das Gebot einer transparenten Verwaltung dient gemäss BGer-Urteil 1C_129/2016 (SRG + A. c. SECO – «Designer Outlet Landquart») vom 14.2.2017, E. 2 dazu, die Informationsfreiheit zu verwirklichen (Art. 16 BV). Verlangt eine Medienvertreterin die Herausgabe behördlicher Informationen, um sie später zu verbreiten, so diene dies «zumindest indirekt auch

der Verwirklichung der Medienfreiheit (Art. 17 BV)». Aus der Medienfreiheit könne die betroffene SRG-Journalistin aber keinen Anspruch auf Zugang zu Informationen herleiten, der über das Öffentlichkeitsgesetz (BGÖ) hinausgeht.

B. Eingriff: Staatliche Schmälerung des grundrechtlichen Freiraums?

6 Das Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2016.56 (Wahlfälschung) vom 3.4.2017 betraf einen Schuldspruch wegen Wahlfälschung (Art. 282 StGB) durch einen Fernsehjournalisten, welcher doppelt abgestimmt hatte. Das Bundesstrafgericht war in E. 2.5.2/d der Ansicht, der verurteilte Journalist könne sich gar nicht auf die Medienfreiheit (Art. 17 BV und Art. 10 EMRK) berufen, denn sein (illegales) Vorgehen sei zu Zwecken des letztlich auf RTS 1 ausgestrahlten Beitrags völlig nutzlos gewesen («totalement inefficace et inutile»).

7 *Kommentar:* Die Auffassung des Bundesstrafgerichts überzeugt nicht. Ob die fragwürdige Recherchemethode für das journalistische Endergebnis nützlich war, ist nicht eine Frage des Geltungsbereichs der Medienfreiheit. Dieser ist nach der hier vertretenen Auffassung tangiert, sobald es plausibel ist, dass eine journalistische Verwendung des Rechercheergebnisses beabsichtigt war. Massgebend muss hier das Ziel des recherchierenden Medienschaffenden sein, nicht das letztlich erreichte journalistische Resultat. Der Schuldspruch schmälerte m.E. die Medienfreiheit und musste den Voraussetzungen für die Beschränkung von Grundrechten genügen, d.h. auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, einem öffentlichen Interesse dienen und verhältnismässig sein (Art. 36 BV bzw. Art. 10 Abs. 2 EMRK). In der Sache bejahte das Bundesstrafgericht, dass die Vorinstanz diese Voraussetzungen respektiert hatte. Das Bundesgericht gab dem Journalisten letztlich aus anderen Gründen recht (vgl. dazu hinten N 62 f.).

C. Grundrechtsberechtigung: Befugnis zur Beschwerde gegen einen Eingriff

8 Auch 2017 kam es vor, dass die Justiz an sich problematische Grundrechtseingriffe nicht überprüfte, weil die Beschwerdebefugnis fehlte. An dieser prozessualen Hürde scheiterte z.B. der Untersuchungshäftling Erwin Sperisen im BGer-Urteil 1B_207/2017 (TV-Interview in U-Haft) vom 20.9.2017. Das Schweizer Fernsehen RTS hatte im März 2017 bei den Genfer Behörden vergeblich um die Bewilligung für ein gefilmtes Interview mit dem inhaftierten Sperisen ersucht. Sperisen unterstützte dieses Ansinnen unter Berufung auf seine Meinungsfreiheit (Art. 16 BV). Die kantonalen Behörden erlaubten zwar eine telefonische oder schriftliche Unterhaltung, verweigerten den Beteiligten aber eine gefilmte Konversation. Auf Sperisens Beschwerde trat das Bundesgericht nicht ein, denn RTS habe den kantonalen Entscheid akzeptiert und implizit auf das Film-Interview verzichtet. Eine Gutheissung der Beschwerde hätte Sperisen damit keinerlei Nutzen gebracht. Mangels eines rechtlich geschützten Interesses (Art. 81 Abs. 1 lit. b Bundesgerichtsgesetz, BGG) fehle ihm auch die Legitimation für eine Beschwerde zugunsten von RTS («Drittbeschwerde pro Adressat»).

9 *Kommentar:* Die knappe Begründung des bundesgerichtlichen Nichteintretensentscheids lässt die geneigte Leserschaft etwas ratlos

zurück. Das Bundesgericht scheint aus dem Verzicht von RTS auf eine Beschwerde abzuleiten, dass die Fernsehverantwortlichen im Falle einer später erteilten Erlaubnis nicht mehr an einem Film-Interview interessiert wären. Worauf sich diese Annahme stützt, ist schleierhaft. Das Schicksal der Beschwerde ist unbefriedigend, weil die Gerichtspraxis zu (Fernseh-)Interviews in Gefängnissen noch spärlich ist. In den beiden bislang beurteilten Fällen war die prozessuale Ausgangslage anders gewesen: Beschwerde gegen die Ablehnung eines Fernseh-Interviews hatte damals nicht der Inhaftierte geführt, sondern die SRG bzw. der betroffene SRF-Journalist (Strafanstalt Hindelbank: EGMR-Urteil N° 36662/04 «SRG c. Schweiz» vom 21. Juni 2012; Strafanstalt Pöschwies: BGE 137 I 8).

3. Gesetzliche Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV bzw. Art. 10 Abs. 2 EMRK)

A. Ausreichende Bestimmtheit der beschränkenden Rechtsnorm

10 Schwerwiegende Beschränkungen eines Grundrechts benötigen nach schweizerischem Verfassungsrecht eine klare und ausdrückliche Grundlage in einem formellen Gesetz (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV). Als schweren Eingriff bezeichnet bspw. BGE 143 I 194 (Mordprozess im Kanton Zürich), E. 3.3 S. 201, den Ausschluss akkreditierter Gerichtsberichterstatter von der gesamten Berufungsverhandlung und der Urteilsöffnung in einem Strafprozess. Nach Auffassung des Bundesgerichts bildete Art. 70 StPO eine hinreichende gesetzliche Grundlage für den Ausschluss der Öffentlichkeit – dies allerdings nur, falls das Gericht bei Verzicht auf mündliche Urteilsverkündung in anderer geeigneter Weise über den Ausgang des Verfahrens orientiere (E. 3.4). Das Vorgehen der Zürcher Justiz scheiterte letztlich nicht am Erfordernis der gesetzlichen Grundlage, sondern an der Verhältnismässigkeit (Einzelheiten im *medialex* Jahrbuch 2017, S. 134 ff.: Verfassungswidriger Ausschluss der Medien von einem Mordprozess).

B. Ausreichende Normstufe (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV)

11 Im Berichtsjahr gab es dazu keine erwähnenswerten Entscheide.

C. Polizeiliche Generalklausel (Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV)

12 Die polizeiliche Generalklausel ermöglicht ausnahmsweise Beschränkungen von Freiheitsrechten, wenn eine gesetzliche Grundlage für den behördlichen Eingriff fehlt. Im Zusammenhang mit freier Kommunikation gab es dazu 2017 keine Rechtsprechung. Allgemeine Ausführungen zur gesetzlichen Grundlage für die Tätigkeit der Polizei finden sich in BGE 143 I 310 (Löschung von Bildaufnahmen verdeckter Ermittler), E. 3.3.1 S. 315 f.

4. Berechtigter Eingriffszweck (Art. 36 Abs. 2 BV bzw. Art. 10 Abs. 2 EMRK)

13 Massnahmen gegen die freie Kommunikation schützen sowohl öffentliche Interessen als auch individuelle Rechtsgüter. Art. 10 Abs. 2 EMRK listet die zulässigen Eingriffsziele einzeln auf. Auch 2017 hatte die Justiz kaum je Probleme, Eingriffe in

die Meinungs-, Medien- oder Wirtschaftsfreiheit einem berechtigten Eingriffszweck zuzuordnen. Der in der Praxis wichtigste Beschränkungszweck ist und bleibt der **Schutz des guten Rufs**. Es gilt, eine Balance zwischen Ansehensschutz und Medienfreiheit zu finden. Dies geschieht in der Schweiz weniger durch unmittelbaren Rückgriff auf Verfassungsrecht als im Rahmen der Gesetzesanwendung. Im Vordergrund stehen dabei die gesetzlichen Instrumente des strafrechtlichen Ehrenschatzes (Art. 173 ff. StGB) und des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes (Art. 28 ZGB). Für die entsprechende Judikatur im Berichtsjahr sei auf die Rechtsprechungsübersichten von MIRIAM MAZOU zum **Straf- und Strafverfahrensrecht** (*medialex* Newsletter 4/2018 bzw. nachfolgend S. 91) und von CHRISTIANA FOUNTOLAKIS/JULIEN FRANCEY zum **Zivil- und Zivilverfahrensrecht** (*medialex* Newsletter 6/2018 bzw. nachfolgend S. 94) verwiesen.

5. Eingriffe zum Schutz privater Interessen

A. Ansehensschutz: Vertretbare und exzessive Werturteile

14 Bei Ehrverletzungen ist nach etablierter Rechtsprechung sorgfältig zu unterscheiden zwischen Werturteilen und Tatsachenbehauptungen, die sich am Massstab der Wahrheit messen lassen. Diese Abgrenzung spielte eine Rolle im **BGer-Urteil 6B_119/2017 (NSDAP-Vergleich)** vom 12.12.2017. Es bestätigte die Verurteilung eines Bloggers wegen Verleumdung (Art. 174 StGB). Im Vorfeld städtischer Wahlen hatte er 2014 die Methoden der örtlichen SP mit jenen von Adolf Hitlers NSDAP gleichgesetzt. Ein solcher Vorwurf sprengte nach Auffassung des Gerichts klarerweise die weit gesteckten Grenzen der Meinungsfreiheit. Es handle sich nicht bloss um ein (exzessives) Werturteil, sondern um eine (bewusst) falsche Tatsachenbehauptung.

15 Verletzt wurde Art. 10 EMRK durch die Verurteilung einer serbischen Journalistin (**EGMR-Urteil «Milisavljevic c. Serbien»** N° 50123/06 vom 4.4.2017). Sie hatte geschrieben, eine bestimmte Menschenrechtsaktivistin sei als Hexe und Prostituierte bezeichnet worden. Die Medienschaffende hatte diese von Dritten geäußerten Beleidigungen zwar nicht in Anführungszeichen gesetzt. Dennoch war für den EGMR klar, dass die Journalistin keine eigene Wertung zum Ausdruck gebracht hatte.

B. Ansehensschutz: (Journalistische) Sorgfalt bei rufschädigenden Vorwürfen

a) Nachweis der Wahrheit oder des guten Glaubens

16 Das BGer-Urteil 6B_43/2017 (Rassismusvorwurf) vom 23.6.2017 bestätigte die Einstellung des Strafverfahrens gegen einen Blogger, der im Umfeld des St. Galler Regierungsrats-Wahlkampfes scharfe Kritik geübt hatte. Er bezeichnete den Obmann einer Dorfpartei als «bekennender Rassist» und «Nazi-Sympathisant». Angesichts der Online-Aktivitäten des Obmanns durfte der Blogger in guten Treuen davon ausgehen, dass seine Vorwürfe zuträfen. Wichtig war, dass der Blogger dem Obmann kein strafbares Verhalten (z. B. eine Verletzung von Art. 261^{bis} StGB) vorgeworfen hatte. Für den Gutgläubensbeweis (Art. 173 Ziff. 2 StGB) musste der Blogger deshalb kein rechtskräftiges Strafurteil gegen den kritisierten Obmann vorlegen.

17 Das **BGer-Urteil 6B_559/2017 (Mietnomaden)** vom 29.9.2017 betraf den Zeitungsartikel «Alle kannten die Schwindler – nur er nicht». Der Journalist einer Tageszeitung warf «Mietnomaden» vor, sie hätten in einer Wohnung Schaden hinterlassen und Mietzinsen nicht bezahlt. Die Staatsanwaltschaft stellte ein Strafverfahren wegen übler Nachrede (Art. 173 StGB) ein, was das Aargauer Obergericht bestätigte. Gestützt auf ein Urteil des zuständigen Zivilgerichts in der Mietsache wäre der Journalist höchstwahrscheinlich in der Lage, den Wahrheitsbeweis für den Vorwurf der schuldig gebliebenen Mietzinsen zu erbringen. Für den Vorwurf der enormen Sanierungskosten habe er sich auf Informationen der Vorvermieterin gestützt, die er in guten Treuen als wahr einstufen durfte. Das Obergericht urteilte, der Journalist habe ernsthafte Gründe gehabt, den Begriff «Mietnomaden» als zutreffend zu erachten. Aller Voraussicht nach würde er freigesprochen. Auf eine Beschwerde gegen den obergerichtlichen Entscheid trat das Bundesgericht nicht ein. Die ungenügend begründete Beschwerdeschrift vermochte nicht zu belegen, dass sich die Einstellung des Strafverfahrens auf eine Zivilforderung (z. B. auf Genugtuung) auswirken kann.

18 Das **BGer-Urteil 6B_722/2017 (Manipulierter Polizeirapport)** vom 28.8.2017 betraf u. a. die Sorgfaltspflicht eines Automobilisten, der einem Polizisten auf Flugblättern vorgeworfen hatte, er habe einen Polizei-Rapport manipuliert. Nach Auffassung der Zuger Strafjustiz konnte er den Gutgläubensbeweis für seinen falschen Vorwurf nicht erbringen. So habe er es unterlassen, den erwähnten Rapport beim Strassenverkehrsamt einzusehen und damit seine Informations- und Sorgfaltspflicht zur Abklärung des Sachverhalts verletzt. Das Bundesgericht bestätigte den Schuldspruch wegen übler Nachrede (Art. 173 StGB).

19 Im **Zulässigkeitsentscheid «Zakharov c. Russland» (Kritik an Kohleunternehmen)** N° 13114/05 vom 23.5.2017 warf der EGMR einem Politiker vor, unbelegte Tatsachenbehauptungen mangelhaft abgeklärt zu haben. Der Kandidat hatte in einer Live-Diskussion am Fernsehen unzutreffende Behauptungen über ein Unternehmen (teuerste Kohlepreise in Nordwest-Russland) aufgestellt und diese zwei Tage später wiederholt. Er hatte es unterlassen, seine Vorwürfe zu überprüfen, obwohl dies gemäss EGMR anhand öffentlich zugänglicher Statistiken leicht möglich gewesen wäre. Seine Beschwerde gegen das Urteil der russischen Ziviljustiz wies der EGMR als offensichtlich unbegründet zurück.

20 Komplexer war die Ausgangslage beim **EGMR-Urteil «Frisk & Jensen c. Dänemark» (Krebsbehandlungen)** N° 19657/12 vom 5.12.2017. Der Gerichtshof bestätigte die Schuldsprüche gegen zwei Programmschaffende des öffentlich-rechtlichen Veranstalters Danmarks Radio. Sie hatten 2008 in einer Fernsehdokumentation über Krebsbehandlungen scharfe Kritik an den Vorgängen im Unispital Kopenhagen geübt. Der zur Primetime ausgestrahlte Fernsehbeitrag erweckte den unzutreffenden Eindruck, ein Facharzt habe aus eigensüchtigen Motiven fatale Fehlbehandlungen mit dem nicht zugelassenen Medikament Vinorelbine vorgenommen. Der EGMR räumte zwar ein, dass die verurteilten Medienleute während rund eines Jahres sorgfältig recherchiert hatten. Aufgrund ihrer Recherchen hätten sie aber realisieren müssen, dass ihre Vorwürfe falsch sind. So unterschlugen sie dem Publikum ein relevantes

Memorandum über die Wirksamkeit des Medikaments. Angesichts der gravierenden Folgen ihrer Publikation war es nicht unverhältnismässig, die Programmschaffenden strafrechtlich zu verurteilen.

21 Ungenügend abgeklärt waren die Vorwürfe, die ein isländischer Fernsehjournalist über ein angeblich illegales Darlehensgeschäft durch drei Geschäftsleute mit einer Offshore-Firma in Panama erhoben hatte. Das **EGMR-Urteil «Halldorsson c. Island» (Darlehensgeschäft)** N° 44322/13 vom 4.7.2017 bezeichnete den Schuldspruch wegen Ehrverletzung als konventionskonform. Halldorsson habe weder Dokumente zur Untermauerung seiner Vorwürfe vorgelegt noch habe er den angegriffenen Geschäftsmann A. mit den Vorwürfen konfrontiert. Der Hinweis des Journalisten auf den Schutz seiner Informationsquellen vermochte den EGMR nicht zu überzeugen (vgl. zu diesem Aspekt hinten N 67f.).

b) Sorgfalt bei der Wiedergabe ehrverletzender Vorwürfe von Dritten (z.B. Behörden)

22 Eine Verletzung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) bejahte das **EGMR-Urteil «Olafsson c. Island» (Kindsmisbrauch)** N° 58493/13 vom 16.3.2017. Die Online-Medienseite Pressan hatte einen kandidierenden Politiker, gestützt auf Aussagen seiner Schwester, des Kindsmisbrauchs beschuldigt und wurde durch die isländische Ziviljustiz verurteilt. Der Gerichtshof hielt fest, dass die Tatsachengrundlage umso belastbarer sein muss, je gravierender die publizierten Vorwürfe sind. Vorliegend habe der Journalist die schweren Vorwürfe ausreichend verifiziert. Er überprüfte die Glaubwürdigkeit der Anschuldigungen durch Befragung mehrerer relevanter Personen aus dem Umfeld der Schwester. Er wandte sich auch (letztlich erfolglos) an die Kinderschutzbehörde. Zudem gab er dem angegriffenen Politiker Gelegenheit, sich zu den Vorwürfen zu äussern. Der Gerichtshof erinnerte daran, dass eine Bestrafung von Medienschaffenden für die Publikation allgemein interessierender **Vorwürfe interviewter Personen** nur aus besonders zwingenden Gründen in Betracht kommt. Vorliegend habe der Journalist in gutem Glauben gehandelt. Wesentlich war für den EGMR auch, dass der Politiker auf eine Verleumdungsklage gegen seine Schwestern verzichtet hatte.

23 Um die *Verbreitung von Beschuldigungen Dritter* ging es auch im **EGMR-Urteil «Novaya Gazeta & Milashina c. Russland» (U-Boot Kursk)** N° 45083/06 vom 3.10.2017. Die Journalistin hatte in einem Artikel über die Untersuchung zum Untergang des U-Boots «Kursk» die Behauptung des Amtsmisbrauchs publiziert, die ein Angehöriger und dessen Anwalt geäußert hatten. Besonders zwingende Gründe für eine Bestrafung der Journalistin vermochte der EGMR nicht zu erkennen. Sie habe die journalistischen Sorgfaltspflichten respektiert.

24 Der Strassburger Gerichtshof hatte sich mehrfach mit der Frage zu befassen, inwiefern sich Medienschaffende auf **Äusserungen von Behörden in internen Dokumenten** abstützen können.

25 Im **EGMR-Urteil «Fuchsmann c. Deutschland» (New York Times)** N° 71233/13 vom 19.10.2017 hielt die 5. Kammer fest, die Presse dürfe sich bei Publikationen über Themen von berechtigtem öffentlichem Interesse üblicherweise ohne weitere Nachforschungen auf den Inhalt offiziell veröffentlichter Berichte verlassen. Beim fraglichen Zeitungsbericht über die Ver-

bindungen des Medienunternehmers Fuchsmann zur russischen organisierten Kriminalität war die Situation allerdings komplexer. Die Vorwürfe beruhten hauptsächlich auf einem internen Bericht des US-amerikanischen FBI. Es handelte sich weder um ein offiziell publiziertes Dokument noch um eine amtliche Medienmitteilung. Der Journalist war daher verpflichtet, die Berichte auf ihren Wahrheitsgehalt zu überprüfen. Im vorliegenden Fall war dies geschehen. Der Journalist stützte sich auf Angaben anderer Strafverfolgungsbehörden und auf bestimmte Äusserungen des Medienunternehmers selbst. Die erforderliche journalistische Sorgfalt wurde gewahrt. Der EGMR urteilte einstimmig, dass die deutsche Ziviljustiz nicht verpflichtet war, gegen den Zeitungsartikel auf der Website der «New York Times» einzuschreiten. Fuchsmanns Anspruch auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK) wurde respektiert.

26 Auch beim **EGMR-Urteil «Verlagsgruppe Droemer Knaur GmbH c. Deutschland» (Buch «Mafia»)** N° 35030/13 vom 19.10.2017 standen interne amtliche Berichte im Zentrum. Dort wurden allerdings nach Auffassung der deutschen Ziviljustiz die journalistischen Sorgfaltspflichten missachtet. Das Verlagshaus, welches 2008 das Buch «Mafia» der renommierten Autorin Petra Reski veröffentlicht hatte, wurde zu einer Entschädigung von 10000 Euro verurteilt. Auf zwei von insgesamt 352 Seiten befasste sich das Buch mit dem Betreiber eines italienischen Restaurants in Erfurt, der als Mitglied der «Ndrangheta» in einen Mord verwickelt sein soll.

27 Die Autorin hatte ihre Vorwürfe auf zwei interne Berichte des Bundeskriminalamts gestützt. Das von der Autorin recherchierte Material vermochte trotz der Dokumente aus dem Bundeskriminalamt nicht zu belegen, dass die Mafia-Mitgliedschaft sehr wahrscheinlich ist. Der Gerichtshof teilte die Auffassung der deutschen Ziviljustiz, dass *zwischen publizierten und internen Behördenberichten differenziert werden muss* (§ 49). Auf veröffentlichte amtliche Berichte dürften Medienleute ohne zusätzliche Recherchen abstellen. Interne Behördenberichte hingegen können laut EGMR zwar eine wichtige Informationsquelle darstellen, entbinden die Journalisten aber nicht von genügender Verifizierung. Zwar ging es laut EGMR um ein Thema von grossem öffentlichem Interesse, doch habe die Autorin die Vorwürfe überspitzt formuliert. Zudem hörte die Autorin den verdächtigten Restaurateur nicht an und machte nicht deutlich, dass die Morduntersuchung in der Zwischenzeit eingestellt worden war. Gerade bei Vorwürfen eines strafbaren Verhaltens verbiete es die Unschuldsvermutung, die amtlichen Vorwürfe zu übertreiben. Die einseitige Schilderung im Buch sei vorverurteilend. Die Mehrheit der 5. EGMR-Kammer verneinte einen Verstoss gegen die Meinungsfreiheit. Die georgische Richterin Tsotsoria bezeichnete das Urteil in ihrer abweichenden Minderheitsmeinung als beunruhigende Abkehr von der bisherigen Strassburger Rechtsprechung.

28 **Kommentar:** Die gleichentags beurteilten Fälle «Fuchsmann (New York Times)» und «Verlagsgruppe Droemer Knaur (Buch «Mafia»)» befassen sich mit der Wiedergabe ehrenrühriger Vorwürfe aus internen amtlichen Dokumenten. Die beiden Urteilsbegründungen des EGMR zeigen anschaulich, wie weit das Erfordernis journalistischer Nachforschungen reicht und wo die Grenzen zulässiger Übertreibung liegen. Wie zuvor die deutsche Ziviljustiz hat auch die 5. EGMR-Kammer die beiden Fälle unterschiedlich beurteilt. Die da-

für angeführten Argumente sind nachvollziehbar. Es erscheint übrigens fraglich, ob die Mehrheit im Fall des Buchs «Mafia» tatsächlich von der bisherigen EGMR-Praxis abgewichen ist (wie die Gerichtsminderheit behauptet). Die «dissenting opinion» von RichterIn Tsotsoria erwähnt als Beleg für die bisherige Rechtsprechung einzig das EGMR-Urteil «Koniuszewski c. Polen» N° 619/12 vom 14.6.2016, § 58. Dieses Urteil hatte aber kein internes Dokument betroffen, sondern einen offiziell publizierten Bericht der Konsumentenschutzbehörde (vgl. die Entscheidübersicht Verfassungsrecht und EMRK 2016, *medialex-Jahrbuch 2017*, S. 83 N 42).

29 Der Gerichtshof differenziert zwischen veröffentlichten und internen amtlichen Berichten. Diese Unterscheidung findet sich letztlich auch im schweizerischen Recht: Art. 28 Abs. 4 StGB erklärt allein die Berichterstattung über amtliche Mitteilungen einer Behörde als straflos. Interne Berichte gehören nicht dazu. Vielmehr droht schweizerischen Medienleuten ein Schuldspruch wegen Veröffentlichung amtlicher geheimer Dokumente, falls die Publikation ein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse missachtet (Art. 293 StGB). Der revidierte Art. 293 StGB verlangt eine Güterabwägung, bei der sich die schweizerische Strafjustiz nicht zuletzt an der Strassburger Praxis orientieren wird. Vor diesem Hintergrund ist es bedeutsam, dass der Gerichtshof die Ausbreitung interner amtlicher Berichte in den Medien nicht grundsätzlich ablehnt. Vielmehr anerkennt der EGMR deren Nutzen ausdrücklich: « (...) the Court recognises the importance of internal documents for journalistic research» (§48).

30 Im EGMR-Urteil «Medzlis Islamske Zajednice Brcko u. a. c. Bosnien-Herzegowina» (NGO-Sorgfaltspflicht) N° 17224/11 vom 27.6.2017 akzeptierte die Grosse Kammer die Verurteilung von vier Nichtregierungsorganisationen (Non-governmental organizations – NGO). Sie hatten die Kandidatin für den Direktorenposten bei einem multiethnischen Radiosender in einem Schreiben an die Bezirksbehörden diskreditiert. Die Behauptungen waren unwahr und beruhten nicht auf einer ausreichenden Faktenbasis, denn die Organisationen hatte die gebotenen Schritte zur Abklärung ihrer Vorwürfe unterlassen. Die Gerichtsmehrheit war der Ansicht, die Verantwortlichen einer Nichtregierungsorganisation müssten ehrenrührige Behauptungen ähnlich sorgfältig verifizieren wie professionelle Medienschaffende (§ 87). In ihrer *dissenting opinion* wandten sich vier EGMR-Richter dagegen, dass ein privates Schreiben einer NGO am selben strengen Massstab gemessen wird wie eine Presseveröffentlichung. Nach Ansicht der EGMR-Minderheit ist es nicht sinnvoll, die für journalistische Publikationen entwickelten Erfordernisse auf solche Schreiben von NGO anzuwenden. Eine Pflicht zur Verifizierung der Vorwürfe müsste die von ihnen orientierten Behörden treffen, nicht aber die bloss auf ihnen möglichen Missstand hinweisenden Organisationen.

31 **Kommentar:** Das Urteil der Grossen Kammer ist v.a. wegen des angewandten Sorgfaltsmassstabs von Interesse. Die Mehrheit wendet die Sorgfaltskriterien, die der EGMR für rufschädigende Vorwürfe durch Journalisten entwickelt hat, nun auch auf Nonprofit-Organisationen an. Die EGMR-Mehrheit begründet dies mit der Funktion dieser Organisationen als «public watchdogs», deren Berichte über das Fehlverhalten von Beamten ähnlich jenen der Presse eine grössere Wirkung erzielen als die Vorwürfe von Einzelpersonen. Meist hätten die NGO auch mehr Ressourcen, um angebliche Missstände zu verifizieren. Die Mehrheit begründet ihren Entscheid auch mit dem

Verhaltenskodex für Nichtregierungsorganisationen (*Code of Ethics and Conduct for NGO*, World Association of Non-Governmental Organizations [WANGO], 2004). Dieser Kodex hält fest, NGO sollten verlässliche und in den richtigen Kontext eingebettete Informationen («accurate and presented with proper context») liefern. Vor diesem Hintergrund ist vertretbar, dass der EGMR solche Organisationen im Grundsatz zu einer ähnlichen Sorgfalt verpflichtet wie die Massenmedien.

C. Ansehensschutz bei Satire, Sarkasmus, Ironie und Humor

32 Im BGer-Urteil 5A_267/2017 (A. c. *Journal satirique B. Sàrl*) vom 14.12.2017 gibt die II. Zivilabteilung einer Satirezeitschrift recht, die einen Geschäftsmann sinngemäss als Gauner bezeichnet hatte (vgl. dazu die Besprechung von CHRISTINA FOUNTOLAKIS/JULIEN FRANCEY, *medialex Newsletter 6/2018 N 11 ff.* bzw. nachfolgend S. 94). Auch die Strassburger Rechtsprechung hat den grossen Freiraum für satirische und sarkastische Publikationen im Berichtsjahr verschiedentlich bestätigt.

33 Das EGMR-Urteil «Redaktsiya Gazety Zemlyaki c. Russland» N° 16224/05 vom 21.11.2017 bezeichnete die Sanktion gegen eine Lokalzeitung als konventionswidrig. Sie hatte den Chef einer Bezirksverwaltung kritisiert. Der Beitrag zog Vergleiche mit einer Fabel, in der ein Affe einen Kredit aufnimmt und bildete den Verwaltungschef mit Turban und Bart ab (wegen seiner Aussage zur Abfallentsorgung, man könne alles in die Luft jagen oder verbrennen). Dabei handelte es sich laut EGMR um zulässige sarkastische Werturteile, die auf einer ausreichenden Faktenbasis beruhten (dubiose Darlehensgeschäfte und Vorschläge zur Abfallentsorgung).

34 Der EGMR-Zulässigkeitsentscheid «Haupt c. Österreich» N° 55537/10 vom 2.5.2017 betraf einen 2013 ausgestrahlten Beitrag in der Comedy-Fernsehsendung «Das letzte der Woche» über den früheren FPÖ-Vorsitzenden und Vizekanzler Herbert Haupt. Dieser hatte die Patenschaft für ein Nilpferdbaby im Wiener Zoo übernommen. Der satirische Beitrag hielt u. a. fest, es gebe viele Ähnlichkeiten zwischen dem FPÖ-Vorsitzenden Haupt und dem Nilpferdbaby, denn beide seien für gewöhnlich von einer Menge brauner Ratten umgeben. Haupts Strafklage wegen Verleumdung wies die österreichische Justiz letztlich ab, zumal sich Haupt nicht von rechtsextremen und neonazistischen Äusserungen hochrangiger FPÖ-Politiker distanziert hatte. Für den EGMR war offensichtlich, dass Haupts Anspruch auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK) nicht verletzt wurde. Als bekannter Politiker müsse Haupt solche Provokationen tolerieren. Aufgrund verschiedener Äusserungen von FPÖ-Politikern gebe es eine ausreichende Tatsachengrundlage für die Anspielung auf braune Ratten im Umfeld der Partei.

D. Schutz privater Interessen bei Vorwürfen strafbaren Verhaltens

a) Unschuldsvermutung, Ansehensschutz und Recht auf einen fairen Prozess

35 Im BGer-Urteil 6B_800/2016 (X. c. *Staatsanwaltschaft Basel-Stadt*) vom 25.5.2017 beurteilte die Strafrechtliche Abteilung die Folgen von Medienberichten über einen Mordprozess. Der verurteilte Mann machte geltend, die unkritische, tendenziöse und einseitige Medienberichterstattung habe die Unschuldsvermutung missachtet. Er kritisierte, dass das Gericht

die mediale Vorverurteilung weder unter dem Gesichtspunkt der Fairness des Verfahrens noch bei der Strafzumessung berücksichtigt habe (in BGE 143 IV 397 nicht publizierte E. 1).

36 In einem ersten Schritt verneinte das Bundesgericht eine Verletzung der *Garantie eines fairen Strafverfahrens*: Gemäss Urteilsbegründung ist eine «intensive, mitunter gar reisserische mediale Berichterstattung, welche oftmals mehr auf Befriedigung vermeintlicher Sensationsgelüste ausgerichtet als um eine ausgewogene, auf Fakten beruhende Information bemüht ist», bei schweren Straftaten heute eine übliche Begleiterscheinung. Der Anschein der Befangenheit setze konkrete Anzeichen einer möglichen Beeinflussung voraus. Von Richterinnen und Richtern sei zu erwarten, dass sie zwischen der medialen, mitunter reisserischen Darstellung eines Falles und dessen strafrechtlicher Beurteilung aufgrund der Akten unterscheiden und dass sie mit der nötigen Professionalität unvoreingenommen urteilen können. Im vorliegenden Fall sei auch nicht erkennbar, dass eine eigentliche Medienkampagne gegen den Angeklagten geführt worden wäre, von der sich das kantonale Gericht explizit hätte distanzieren müssen (E. 1.3).

37 Auch eine *Strafminderung wegen vorverurteilender Medienberichterstattung* war in diesem Fall nicht geboten. Krasse journalistische Übertreibungen vermochte das Bundesgericht nicht zu erkennen. Dass einzelne Medienberichte reisserisch aufgemacht waren und nicht auf die Unschuldsvermutung hinwiesen, belege keine überdurchschnittlich hohe Belastung des Beschuldigten. Er musste aufgrund der Schwere des angeklagten Delikts mit einem besonderen Medieninteresse rechnen (E. 1.3).

38 Eine Entschädigung wegen Belastung durch Medienberichte verweigerte das **BGer-Urteil 6B_118/2016 (Genugtuung nach Freispruch)** vom 20.3.2017 E. 6.2.2 einem Beschuldigten, den das Bundesstrafgericht 2015 freigesprochenen hatte. Der Freigesprochene hatte vom Staat 10 000 Franken Entschädigung verlangt, u. a. wegen der Dauer des Strafverfahrens und der zahlreichen Verhöre, aber auch wegen seiner Darstellung in den Medien. Sein Name war in zwei italienischsprachigen Medienberichten erwähnt worden; ein französischsprachiger Medienbeitrag nannte seine Initialen. Gesamthaft fand der Fall aber wenig Nachhall in den nationalen Medien. Laut Bundesgericht konnte der Freigesprochene nicht nachweisen, dass die Medienberichte seinen Ruf stark beschmutzt und damit einen besonderen Eingriff in seine Persönlichkeitsrechte bewirkt hatten. Sie fielen daher für die Berechnung der Entschädigung (welche letztlich 1500 Franken betrug) nicht ins Gewicht.

39 *Kommentar:* Die beiden Urteile bestätigen, dass sowohl verurteilte als auch freigesprochene Tatverdächtige ein gewisses Mass an Medienpublizität hinnehmen müssen. Bei lediglich durchschnittlicher publizistischer Belastung können sie nicht damit rechnen, dass die Behörden reagieren (z. B. durch eine Strafminderung oder durch das Ausrichten einer finanziellen Entschädigung). Denkbar bleiben zwar rechtliche Schritte gegen die verantwortlichen Medienhäuser und deren Journalisten (z. B. Klagen wegen Persönlichkeitsverletzung). Dieser Weg dürfte den meisten Betroffenen aber zu beschwerlich sein.

40 Im EGMR-Urteil «Axel Springer SE & RTL Television GmbH c. Deutschland» (Fotos eines Angeklagten) N° 51405/12 vom 21.9.2017 verwarf der Gerichtshof das Argument von Medienseite, ein Angeklagter könne sich wegen sei-

nes Mordgeständnisses nicht mehr auf die Unschuldsvermutung berufen. Ein Geständnis allein hebt laut EGMR gerade bei einer psychisch angeschlagenen Person den Schutz der Unschuldsvermutung nicht auf. (Vgl. zu diesem Fall auch hinten N 50 f.)

41 Vor dem Hintergrund des zivilrechtlichen Persönlichkeitschutzes erinnert das Grundsatzurteil **BGE 143 III 297 (Hirschmann II)**, E. 6.4.2. S. 309, daran, dass die Beachtung der Unschuldsvermutung kein Freipass für Medienberichte über angeblich begangene Straftaten sein darf. Massgebend sei nicht allein, ob journalistische Publikationen den Stand des Verfahrens zutreffend wiedergeben und ob sie einen Gesamteindruck hinterlassen, welcher mit der Unschuldsvermutung vereinbar ist. Darüber hinaus habe die Presse zu respektieren, dass sich Tatverdächtige keine dauernde Beobachtung gefallen lassen müssen. Nach den Worten der II. zivilrechtlichen Abteilung haben sie ein legitimes Diskretionsbedürfnis und können sich auf die «informationelle Privatheit» in einem weiten Sinne berufen. Hinsichtlich der Berichterstattung über den Prominenten Hirschmann hielt das Gericht fest, die Beteiligung an der Medienkampagne komme einer übermässigen Einmischung in die Individualität des Beschuldigten gleich. Sie bedeute eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung, die sich auch durch ein öffentliches Informationsinteresse nicht rechtfertigen lasse (E. 6). Zu diesem Grundsatzurteil vgl. die Besprechung von **BETTINA BACHER**, Persönlichkeitsverletzung durch eine Medienkampagne – Kommentar zu BGE 143 III 297 (Hirschmann II), *suigeneris* 2017, S. 245 ff.

42 Vorwürfe eines strafbaren Verhaltens lösen in der Schweiz nach wie vor viele Strafanträge wegen übler Nachrede (Art. 173 StGB) aus. Auch in der **Strassburger Rechtsprechung** spielen (journalistische) Behauptungen eines Rechtsverstosses noch stets eine wichtige Rolle.

43 Um die erforderliche Sorgfalt bei Berichten über hängige Straffälle ging es im **EGMR-Urteil «Traustason ua c. Island» (Polizeiliche Ermittlungen)** N° 44081/13 vom 4.5.2017. Zeitungsjournalisten hatten berichtet, gegen das Vorstandsmitglied einer insolventen Bank (einen Wirtschaftsprofessor) würden polizeiliche Ermittlungen geführt. Die Polizei hatte aber lediglich eine Beschwerde überprüft und auf förmliche Ermittlungen gegen den Wirtschaftsprofessor verzichtet. Die isländische Strafjustiz verurteilte die Journalisten wegen übler Nachrede. Diese Beschränkung der Meinungsfreiheit ging dem EGMR zu weit. In einem an die breite Öffentlichkeit gerichteten Zeitungsbericht seien rechtstechnische Ungenauigkeiten (fehlende Unterscheidung zwischen Ermittlung und Überprüfung) hinzunehmen: «As the Court has previously found, a journalist cannot be required in a publication disseminated to a general audience fully to reflect the conceptual and practical details of law enforcement or judicial proceedings (...)». Für den EGMR war zentral, dass der Medienbericht nicht behauptete, der Professor sei angeklagt oder schuldig, stehe vor Gericht oder sei verurteilt.

44 In seinem zustimmenden Sondervotum (Concurring opinion) hielt Richter Koskelo fest, von professionellen Medienleuten wäre es eigentlich nicht zu viel verlangt, dass sie die grundlegenden Begriffe von Strafverfahren kennen. Er stimme aber der Gerichtsmehrheit zu, dass formale *Ungenauigkeiten beim Gebrauch juristischer Terminologie* keine Verurteilung der Journa-

listen rechtfertigen. Skeptischer war Koskelo allerdings hinsichtlich des Umstandes, dass die Medienschaffenden keinen ernsthaften Versuch unternommen hatten, den Professor vor der Publikation für eine Stellungnahme zu erreichen. Umso wichtiger sei es, wie ein Medium im Anschluss an den ersten Bericht über ein hängiges Verfahren berichte.

b) Berichterstattung nach abgeschlossenen Strafverfahren

45 Im BGer-Urteil 6B_541/2017 (Kessler c. Oberstaatsanwaltschaft ZH) vom 20.12.2017 ordnete das Bundesgericht die Eröffnung einer Strafuntersuchung gegen namentlich nicht bekannte Journalisten an, die 2016 auf dem «NZZ»-Online-Portal Links auf zwei Artikel aus dem Jahr 2001 gesetzt hatten («Erneutes Strafverfahren gegen Erwin Kessler» bzw. «Neun Monate Gefängnis für Tierschützer Erwin Kessler»). Die Darstellung als Ganzes war nach Auffassung des Bundesgerichts geeignet, bei der Leserschaft den falschen Eindruck zu erwecken, Tierschützer Kessler sei rechtskräftig verurteilt worden. Klicke der Durchschnittsadressat auf den Link zum Artikel vom 8. Dezember 2001, lese er zwar, dass Kessler angekündigt hatte, das Urteil anzufechten. Der Umstand, dass die «NZZ»-Publikation trotz angekündigter Anfechtung den über 15 Jahre zurückliegenden erstinstanzlichen Schuldspruch thematisiere, suggeriere dem Durchschnittsadressaten eine Relevanz der damaligen Verurteilung. Tatsächlich sei Kessler in diesem Verfahren letztlich rechtskräftig freigesprochen worden. Bei namentlich genannten Beschuldigten sei es «im Sinne einer ausgewogenen und umfassenden Berichterstattung erforderlich, über einen ergangenen Freispruch zu informieren.» Der Verzicht auf im Kontext wesentliche Tatsachen sei geeignet, «beim Durchschnittsleser bestimmte ehrverletzende Schlussfolgerungen hervorzurufen.» Das Bundesgericht wies die Sache zur Eröffnung einer Strafuntersuchung an die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat zurück.

46 *Kommentar:* Hinsichtlich der Berichterstattung über spätere Freisprüche nähern sich die rechtlichen Anforderungen wenigstens ansatzweise den medienethischen Prinzipien an. Die journalistischen Berufsregeln verlangen, dass Umfang und Platzierung von Berichten über einen Freispruch «in angemessenem Verhältnis zu vorangegangenen Beiträgen stehen» müssen (Richtlinie 7.6 des Presserates zur Erklärung der Rechte und Pflichten der Journalistinnen und Journalisten). Die strafrechtlichen Anforderungen gehen natürlich nicht so weit. Führt der fehlende Hinweis auf einen Freispruch allerdings dazu, dass die Leserschaft irrtümlicherweise von einem strafrechtlichen Schuldspruch ausgeht, so ist dies als Ehrverletzung zu verfolgen.

47 Ebenfalls um Publikationen nach abgeschlossenem Strafverfahren ging es im EGMR-Urteil «Egill Einarsson c. Island» (Vergewaltigungsvorwurf auf Instagram) N° 25703/15 vom 7.11.2017. Die isländischen Behörden hatten ein Sexualstrafverfahren gegen den prominenten Publizisten Einarsson mangels Beweisen eingestellt. Wenige Tage später wurde Einarsson auf der Plattform Instagram mit einer verfremdeten Fotografie gezeigt und vulgär beschimpft («Fuck you rapist bastard»). Die isländische Justiz lehnte eine Bestrafung von Einarssons Kritiker ab, denn seine Publikation (verfremdetes Foto mit Begleittext) sei ein Werturteil und keine Tatsachenbehauptung gewesen. Die 2. Kammer des EGMR war mehrheitlich (5 gegen

2 Stimmen) anderer Meinung und bejahte eine Verletzung von Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privatlebens). Die isländische Justiz habe nicht ausreichend berücksichtigt, dass der Vergewaltigungsvorwurf knapp eine Woche nach dem Einstellungsbeschluss publiziert worden war. Selbst wenn man den Kommentar als Werturteil betrachte (was der EGMR stark bezweifelte), müsste er auf einer ausreichenden Tatsachengrundlage beruhen. Auch Prominente müssen es laut EGMR nicht hinnehmen, dass sie ohne Faktenbasis einer Straftat bezichtigt werden. In zwei «dissenting opinions» hielten Richter Lemmens und Richterin Mourou-Vikström fest, die EGMR-Mehrheit habe den Kontext des Instagram-Posts nicht ausreichend berücksichtigt. Der Kommentator habe primär auf umstrittene und provokative Statements von Einarsson reagiert und nicht auf die Einstellung des Strafverfahrens.

48 *Kommentar:* Der Publizist und Schauspieler Einarsson war nicht nur auf Instagram als Vergewaltiger gebrandmarkt worden, sondern auch auf Facebook. Einen entsprechenden Kommentar hatte Facebook auf Aufforderung Einarssons gelöscht. Die isländische Justiz bezeichnete den Kommentar auf Klage Einarssons als rechtswidrig («null and void»). Sie lehnte es aber ab, die Verfasserin des ehrverletzenden Kommentars zur Bezahlung einer Genugtuung und zur Übernahme von Einarssons Prozesskosten zu verurteilen. Dieses Vorgehen akzeptierte das EGMR-Urteil «Einarsson c. Island (Nr. 2)» N° 31221/15 vom 17.7.2018. Die isländische Justiz habe das bisherige Verhalten von Einarsson und seine oft provokativen Kommentare berücksichtigt, welche als Aufruf zu sexueller Gewalt interpretiert werden konnten. Zudem habe es sich um einen von hunderten (oder tausenden) Facebook-Kommentaren gehandelt. Für den EGMR genügte es, dass die Widerrechtlichkeit des Kommentars gerichtlich festgestellt wurde. Dies wahrte Einarssons Anspruch auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK). In einer Gesamtbetrachtung zeigen die beiden EGMR-Urteile zu den Beschwerden Einarssons, dass der Gerichtshof differenziert und mit Augenmass vorgeht. Prominente dürfen sich gegen beleidigende Vorwürfe strafbarer Handlungen wehren. Die Sanktionen für solche oft unbedachten Äusserungen auf Social-Media-Plattformen sollen aber moderat bleiben.

E. Schutz der geschäftlichen Reputation von Wirtschaftsunternehmen

49 Die Wahrung der Reputation von Unternehmen ist im Grundsatz ein berechtigtes Ziel, zu dessen Zweck die freie Kommunikation eingeschränkt werden darf. Der EGMR-Zulässigkeitsentscheid «Zakharov c. Russland» (Kritik an Kohleunternehmen) N° 13114/05 vom 23.5.2017 erinnerte daran, dass der Schutz der wirtschaftlichen Reputation nicht nur dem kritisierten Unternehmen und seinen Aktionären dient, sondern auch den Angestellten und volkswirtschaftlichen Interessen («the wider economic good»). Der Gerichtshof akzeptiert das Einschreiten der russischen Ziviljustiz gegen einen Politiker, der im Fernsehen unwahre Vorwürfe gegen ein Unternehmen geäußert hatte, zumal die Sanktion moderat war und keine Genugtuung zugesprochen wurde (vgl. zu diesem Fall auch vorne N 19).

F. Schutz der Privatsphäre vor Blossstellung (z. B. durch Abbildung)

a) Recht am eigenen Bild

50 Der EGMR hat seine umfangreiche Judikatur zum Recht am eigenen Bild im Berichtsjahr ergänzt. So verneinte er eine Verletzung der Medienfreiheit (Art. 10 EMRK) im EGMR-Urteil «Axel Springer SE & RTL Television GmbH c. Deutschland» N° 51405/12 vom 21.9.2017. Der Gerichtshof akzeptierte die Anordnung des Gerichtsvorsitzenden in einem Mordprozess. Der Vorsitzende hatte verlangt, dass die Medien im Gerichtssaal aufgenommene *Fotos des Angeklagten* S. nur publizieren, wenn der Angeklagte darauf nicht identifizierbar ist (z. B. durch Verpixelung der Bilder). Der wegen Ermordung seiner Eltern Angeklagte litt an einer Persönlichkeitsstörung und war keine öffentliche Person («public figure»). Seine Persönlichkeitsrechte, der Schutz der Unschuldsvermutung und das Interesse an der Wahrung eines intakten Verfahrens überwogen das Interesse der Allgemeinheit, Kenntnis von seiner Identität und seinem Aussehen zu erhalten. Darüber hinaus könnten die Fotos den Angeklagten in einer schweren Zwangslage zeigen und ihn in einer Situation verminderter Selbstbeherrschung entblößen.

51 *Kommentar:* Der Fall weckt Erinnerungen an ein Bundesgerichtsurteil vom 14. Juli 2011 (BGE 137 I 209 – Auflage für den Zugang zur Hauptverhandlung; «Blick»-Reporter). Das oberste Gericht stützte damals die Auflage eines Vorsitzenden am Bezirksgericht Zürich. Zur Wahrung der Anonymität von Prozessbeteiligten hatte er den Medien untersagt, persönliche Daten (wie Name oder Wohnort) oder Bilder zu publizieren. Dies galt nicht nur für innerhalb, sondern auch für ausserhalb des Gerichtsgebäudes aufgenommene Fotos. Da die Tatbeteiligten keine Personen der Zeitgeschichte waren, verlangte der Vorsitzende von den betroffenen Medienvertretern laut Bundesgericht bloss etwas, wozu sie «mit Blick auf den Schutz der Persönlichkeit der Verfahrensparteien ohnehin gehalten» waren (BGE 137 I 209 E. 4.4 S. 213). Der EGMR lässt sich in dieser Hinsicht von ähnlichen Überlegungen leiten wie das Bundesgericht – auch wenn das richterliche Verbot im deutschen Mordprozess deutlich weniger weit ging als im Zürcher Strafprozess um häusliche Gewalt.

52 Im EGMR-Urteil «Bogomolova c. Russland» N° 13812/09 vom 20.6.2017 beanstandete der Gerichtshof die Publikation des *Fotos eines Sechsjährigen* auf dem Umschlag einer amtlichen Broschüre zur Adoption (was den falschen Eindruck wecken konnte, das abgebildete Kind sei Waise). Die erziehungsberechtigte Mutter hatte lediglich eine Zustimmung zur Aufnahme des Bildes gegeben, nicht aber zu dessen Veröffentlichung. Das unterbliebene Einschreiten der russischen Justiz gegen diese Publikation verletzte den konventionsrechtlichen Anspruch auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK).

53 Das EGMR-Urteil «Tarkan c. Türkei» N° 63903/10 vom 21.11.2017 betraf zwei nationale Tageszeitungen. Sie hatten in einem Artikel das Foto einer angeblich von der PKK entsandten *Selbstmordattentäterin* abgedruckt (was u. a. zu Morddrohungen ihr gegenüber führte). Vergeblich klagte sie vor der türkischen Justiz gegen die Medieninhaber. Der EGMR stellte eine Verletzung des Art. 8 EMRK fest, da die nationalen Gerichte eine ordnungsgemässe Güterabwägung unterlassen hatten.

b) Weitere Aspekte der Privatsphäre

54 Das EGMR-Urteil «Rubio Dosamantes c. Spanien» (Gerüchte über Prominente) N° 20996/10 vom 21.2.2017 betraf Äusserungen über eine in Spanien unter dem Künstlernamen Paulina Rubio bekannte mexikanische Popsängerin. Ihr Ex-Manager gab im Fernsehen Einzelheiten aus ihrem Privatleben preis (u. a. zum angeblichen Drogenkonsum ihres Ex-Freundes und zu ihrer sexuellen Orientierung). Die Sängerin klagte vor der spanischen Ziviljustiz vergeblich gegen den früheren Manager und verschiedene Fernsehverantwortliche. Der EGMR bejahte einstimmig eine Verletzung von Art. 8 EMRK: Die Sängerin war zwar eine Person der Öffentlichkeit und es kursierten bereits Anspielungen über ihr Privatleben im Internet. Dies rechtfertigte aber nach Auffassung des EGMR keine Ausstrahlung von Interviews über ihre Beziehungen und ihre Sexualität, die lediglich ungeprüfte Gerüchte wiederholten. Aus Rubios Berühmtheit flosse kein legitimes Interesse der Allgemeinheit, intime Einzelheiten aus ihrem Privatleben zu erfahren.

6. Eingriffe zum Schutz von Interessen der Allgemeinheit

A. Schutz staatlicher Geheimnisse

55 Im EGMR-Urteil «Y c. Schweiz» (Illustriert: «Abuseur d' enfants») N° 22998/13 vom 6.6.2017 befasste sich der Gerichtshof erneut mit dem schweizerischen Verbot der Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen (Art. 293 StGB). Einstimmig bestätigte er die Verurteilung eines Westschweizer Journalisten zu einer Busse von 5000 Franken nach einem Bericht in der Zeitschrift «L' Illustré». Er hatte Auszüge aus Dokumenten einer gerichtlichen Untersuchung über sexuelle Handlungen mit Kindern veröffentlicht. Die Informationen waren dem Journalisten vom Vater eines mutmasslichen Opfers zugespielt worden. Deren Publikation war nach Ansicht des EGMR durch kein überwiegendes öffentliches Interesse gedeckt. Die detaillierten Schilderungen waren nicht nur geeignet, den späteren Strafprozess gegen den beschuldigten Immobilienhändler zu beeinflussen. Der Gerichtshof betonte, dass die sensationalistisch präsentierte Publikation die Rechte des Tatverdächtigen, aber auch die Rechte der minderjährigen Opfer (§ 83 ff.) beeinträchtigte. Die ausführliche Beschreibung der Verletzungen ihrer sexuellen Integrität tangierte ihre Intimsphäre. (Der Fall ist auch dargestellt in der Rechtsprechungsübersicht zum Straf- und Strafverfahrensrecht von MIRIAM MAZOU, *medialex* Newsletter 4/2018, N 7 bzw. nachfolgend S. 91).

56 Das EGMR-Urteil «Giesbert u. a. c. Frankreich» (Affäre Bettencourt) N° 68974/11, 2395/12 et 76324/13 vom 1.6.2017 akzeptierte die Verurteilung von Medienschaffenden wegen der Veröffentlichung von Auszügen aus Vernehmungsprotokollen in einer Strafsache. Dies ist nach französischem Recht untersagt und schmälerte die Medienfreiheit (Art. 10 EMRK) nicht übermässig. Laut EGMR war die Publikation in der Wochenzeitschrift «Le Point» zwei Monate vor Verhandlungsbeginn dazu geeignet, den ordnungsgemässen Prozessverlauf zu behindern und mögliche Zeugen zu beeinflussen. Zudem hätten die Journalisten den wesentlichen Informationsgehalt auch ohne das Zitieren der geheimen Protokolle vermitteln können.

- 57** *Kommentar:* Das Urteil der 5. Kammer zur Darstellung der «Affäre Bettencourt» (L'Oréal-Hauptaktionärin) in der französischen Zeitschrift «Le Point» erging wenige Tage vor dem Urteil der 3. Kammer zur Story «Abuseur d' enfants» in der schweizerischen Zeitschrift «L'Illustré». Das Ergebnis der beiden Fälle ist identisch (einstimmige Abweisung der Beschwerden der Medienschaffenden). Die angewandte Methode ist es ebenfalls (Prüfung der Verhältnismässigkeit des Eingriffs in die Meinungsfreiheit anhand der Kriterien, welche die Grosse Kammer im richtungsweisenden Urteil «Bédat c. Schweiz» vom 29.3.2016 dargelegt hatte). Unterschiedlich ausgeprägt war allerdings die Gefahr, dass die jeweilige Publikation den ordnungsgemässen Ablauf des fraglichen Strafverfahrens beeinflussen konnte. Beim «Le Point»-Artikel war diese Gefahr angesichts der relativ kurzen Zeit bis zum Verhandlungsbeginn erheblich, beim «L' Illustré»-Text war sie eher gering. Einen starken Schutz benötigten dort weniger das Verfahren als die daran Beteiligten. Der EGMR untermauert im Falle «Y c. Schweiz» seine Haltung, dass gerade Jugendliche wegen ihrer erhöhten Verletzlichkeit besonders gut abzuschirmen sind. Zwar strebte vermutlich auch der Journalist danach, mit seiner Enthüllung einen Beitrag zum Schutz der jugendlichen Opfer zu leisten. Die textliche Umsetzung dieses Vorhabens stand diesem Anliegen wegen der entblösenden Schilderung von Einzelheiten jedoch diametral entgegen. Es lässt sich darüber streiten, ob Art. 293 StGB das geeignete Mittel ist, um Jugendliche vor überbordender Berichterstattung zu schützen. Benützt die schweizerische Strafjustiz aber dieses Mittel (auch) zum Jugendschutz, so kann sie mit der Unterstützung des EGMR rechnen.
- 58** Die Publikation vertraulicher amtlicher Angaben in den Medien kann dazu führen, dass die Informationsquellen wegen **Amtsgeheimnisverletzung (Art. 320 StGB)** vor Gericht gestellt werden. Vorausgesetzt ist allerdings, dass sich der Informant überhaupt ermitteln lässt. Dies wird schwierig, wenn sich der publizierende Journalist auf den Quellenschutz beruft. Ein Beispiel für diese Konstellation liefert der Sachverhalt von **BGer-Urteil 6B_1415/2016 vom 31.5.2017 (X. c. Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich)**. «Weltwoche»-Journalist Engeler hatte Strafanzeige gegen Unbekannt wegen Verletzung des Fernmeldegeheimnisses und des Amtsgeheimnisses eingereicht. Hintergrund waren Engeler's Recherchen zum «Fall Hildebrand». Engeler's Telefonkontakte mit Christoph Blocher und wörtliche Zitate aus seinem E-Mail- und Telefonverkehr mit einem anderen Gesprächspartner waren 2016 im «Tages-Anzeiger» publiziert worden. Die Staatsanwaltschaft ersuchte den «Tages-Anzeiger»-Journalisten um Nennung seiner Informanten, doch beharrte dieser auf seinem Recht, die Quellen seines Zeitungsberichts zu schützen. Die Zürcher Staatsanwaltschaft hielt fest, es fehle an einem wichtigen Ermittlungsansatz, nachdem sich der Zeitungsjournalist auf den Quellenschutz berufen hatte. Eine vernünftige Eingrenzung des potenziellen Täterkreises und des Zeitraums der Informationsweitergabe sei unmöglich. Da sich nicht rechtsgenügend klären lasse, ob der Medienbericht auf strafbaren Indiskretionen beruhe, verzichtete die Staatsanwaltschaft auf weitere Untersuchungshandlungen und stellte das Verfahren ein. Engeler's Beschwerde gegen die Verfahrenseinstellung wies das Bundesgericht ab, weil sie den gesetzlichen Begründungsanforderungen nicht genüge.
- B. Massnahmen gegen Aufrufe zu Diskriminierung, Hass und Gewalt**
- 59** Beschränkungen der Meinungsfreiheit zum Kampf gegen Diskriminierung stützen sich in der Schweiz primär auf Art. 261^{bis} StGB. Im **BGE 143 IV 193** bestätigte die Strafrechtliche Abteilung nach öffentlicher Urteilsberatung mehrheitlich den Schuldspruch wegen der Schlagzeile **«Kosovaren schlitzzen Schweizer auf!»**. Sie war 2011 zwecks Unterstützung der Volksinitiative «Masseneinwanderung stoppen» als Inserat in einzelnen Zeitungen und auch auf Webseiten der SVP publiziert worden (verschiedene Verlagshäuser hatten den Abdruck abgelehnt). Die bernische Strafjustiz verurteilte den damaligen Generalsekretär der SVP und dessen Stellvertreterin wegen Verletzung von Art. 261^{bis} Abs. 1 StGB (Herabsetzung in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise sowie Aufruf zu Hass oder Diskriminierung) zu bedingt vollziehbaren Geldstrafen (45 Tagessätze). Das Bundesgericht räumte zwar ein, dass die Meinungsfreiheit im politischen Meinungskampf gewisse Vereinfachungen und schockierende Äusserungen zulässt. Der unbefangene Durchschnittsleser verstehe die Schlagzeile des Inserats aber als pauschale Behauptung, Kosovaren seien generell besonders gewalttätig und kriminell. Es handle sich um eine pauschale Verunglimpfung aller Ausländer mit kosovarischen Wurzeln. Wer sich so äussere, könne sich nicht mit dem Argument entlasten, die Verunglimpfung beruhe auf einer wahrheitsgemässen, wenn auch singulären Tatsache (Vorfall in Interlaken). Das Inserat vermittele die Botschaft, Kosovaren sollten kein Recht auf Anwesenheit in der Schweiz haben. Dies schaffe, verschärfe oder unterstütze zumindest ein feindseliges Klima gegenüber den Kosovaren. «Aufrufen» im Sinne von Art. 261^{bis} Abs. 1 StGB bedeute auch «Aufreizen».
- 60** Auch der EGMR hatte sich im Berichtsjahr mehrmals mit Äusserungen zu befassen, die zu Hass, Gewalt, Intoleranz oder Diskriminierung aufriefen. So akzeptierte der **EGMR-Zulässigkeitsentscheid «Belkacem c. Belgien»**, N° 34367/14 vom 27.6.2017 die Verurteilung des Leiters der 2012 aufgelösten Organisation «Sharia4Belgium». Fouad Belkacem war im Anschluss an extremistische Aussagen in YouTube-Videos (u. a. hasserfüllte Aufrufe zum gewaltsamen Kampf gegen Ungläubige) wegen Aufrufs zu religiöser Diskriminierung und zu Hass zu einer bedingten Haftstrafe von eineinhalb Jahren und einer Geldstrafe verurteilt worden. Der EGMR entschied einstimmig, dass der Ruf nach einer gewaltsamen Einführung der Scharia als Hassrede einzustufen ist. Fouad Belkacem wolle sein Recht auf freie Meinungsäusserung zu Zwecken nutzen, die offensichtlich gegen den Geist der EMRK gerichtet seien. Die vehementen Rundumschläge seien unvereinbar mit den konventionsrechtlichen Werten der Toleranz, des gesellschaftlichen Friedens und der Nichtdiskriminierung. Gemäss **Art. 17 EMRK** könne er sich daher nicht auf den Schutz der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) berufen. Diese Missbrauchsklausel komme zwar nur ausnahmsweise zum Tragen. Ein solcher Extremfall liege hier aber vor.
- C. Massnahmen zum Schutz von Sittlichkeit und Moral**
- 61** Im Berichtsjahr gab es keine nennenswerte Rechtsprechung zu entsprechenden Massnahmen gegen die Medien.

D. Weitere Vorschriften zum Schutz allgemeiner Interessen

62 Um den Tatbestand der Wahlfälschung (Art. 282 StGB) ging es im Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2016.56 vom 3.4.2017. Ein SRG-Fernsehjournalist hatte die Unterlagen für eine eidgenössische Abstimmung doppelt erhalten (zunächst als Auslandschweizer, dann als Neuzuzüger in Genf). Er stimmte am 3. März 2015 zweimal elektronisch ab. Damit wollte er eine Schwachstelle im Informatiksystem offenlegen. Wenige Stunden nach der doppelten Stimmabgabe konfrontierte der Journalist die Genfer Staatskanzlei mit seinen Erfahrungen. Am 8. März 2015 strahlte RTS1 seinen rund zweiminütigen Beitrag aus. Das Bundesstrafgericht wertete das Vorgehen als Wahlfälschung und sprach eine bedingte Geldstrafe von zwei Tagessätzen aus. Das Verhalten erfülle den Tatbestand von Art. 282 StGB und lasse sich nicht durch den Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen rechtfertigen. Das strafbare Vorgehen war nach Auffassung des Bundesstrafgerichts zu Zwecken der journalistischen Recherche nicht sachdienlich. Der ausgestrahlte TV-Bericht habe letztlich einzig auf den Erklärungen der angefragten Behörden beruht, nicht aber auf der völlig nutzlosen doppelten Stimmabgabe.

63 *Kommentar:* Im BGer-Urteil 6B_604/2017 vom 18. April 2018 hat das Bundesgericht die Beschwerde des verurteilten Journalisten gutgeheissen. Nach Auffassung des Bundesgerichts verfolgte das Vorgehen des Journalisten nicht den Zweck, das Ergebnis der Abstimmung zu fälschen. Es erfüllte daher den Tatbestand von Art. 282 gar nicht und war legal. Da kein Straftatbestand verletzt war, brauchte das Bundesgericht das vom Bundesstrafgericht verworfene Argument gar nicht erst zu prüfen, die Medienfreiheit habe den Rechtsbruch gerechtfertigt. Das Bundesgericht beschritt gewissermassen den direkten Weg zum Freispruch und nicht den Umweg über die ausnahmsweise Rechtfertigung verbotenen Verhaltens. Da auch das Bundesgericht den aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen restriktiv anwendet, wäre dieser zweite Weg zum Freispruch für den SRG-Journalisten wohl auch in Lausanne steinig gewesen.

7. Redaktionsgeheimnis/Quellenschutz (Art. 17 Abs. 3 BV und Art. 10 EMRK)

64 BGE 143 IV 214 (Staatsanwaltschaft Kanton Uri) befasste sich mit den Grenzen des journalistischen Zeugnisverweigerungsrechts bei Strafverfahren wegen Tötungsdelikten. Zwecks Aufklärung eines versuchten Mordes erlauben die gesetzlichen Vorschriften eine ausnahmsweise Durchbrechung des Quellenschutzes (Katalogtat nach Art. 28a Abs. 2 lit. b StGB bzw. Art. 172 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 StPO). Das Bundesgericht verwarf den Einwand des Rechtsanwalts von Fernsehen SRF, wonach bei einem blossen Mordkomplott keine Katalogtat vorliege. Gleichzeitig bestätigte es seine Rechtsprechung, wonach auch bei Tötungsdelikten (Art. 111–113 StGB) sorgfältig zu prüfen ist, ob eine Aufhebung des Redaktionsgeheimnisses verhältnismässig ist. Im konkreten Fall bezeichnete das Gericht die Pflicht zur Herausgabe von Fernseh-Interviews als unverhältnismässig. Diese Interviews sollten nach Auffassung des

Beschuldigten belegen, dass in Tat und Wahrheit ein Komplott vorlag. Laut Bundesgericht war aber diese Komplotttheorie klar zu verwerfen und die Interviews seien für die Beweiswürdigung nicht relevant. Das Urner Obergericht durfte daher in antizipierter Beweiswürdigung auf den Beizug der Fernseh-Interviews verzichten (BGE 143 IV 214 E. 16.5.2 S. 227).

65 Darüber hinaus kritisierte das Bundesgericht, die von SRF herausgegebenen Unterlagen seien offensichtlich unvollständig. Die selektive Herausgabe von Unterlagen an das Obergericht und die «selektive, den Sinn verändernde Einschwärzung einzelner Unterlagen» durch SRF erscheine «wenig verständlich» (BGE 143 IV 214 E. 16.4 S. 226). Rechtliche Folgen für SRF hatte diese Feststellung des Bundesgerichts keine.

66 Im EGMR-Urteil «Becker c. Norwegen» (Börsenmanipulation) N° 21272/12 vom 5.10.2017 urteilte der Gerichtshof zugunsten einer Journalistin, die in einem Strafprozess gegen ihren Informanten beharrlich die Zeugenaussage verweigert hatte. Sie wurde von den norwegischen Gerichten wegen Behinderung eines ordnungsgemässen Gerichtsverfahrens gebüsst. Die Journalistin hatte aufgrund eines ihr zugespielten Schreibens über den möglichen Zusammenbruch einer Ölfirma geschrieben, was den Aktienkurs einbrechen liess. Dem Informanten wurde anschliessend vorgeworfen, er habe die Journalistin für die Manipulation des Finanzmarktes benutzt. Die norwegische Justiz beharrte auf der Zeugenaussage der Journalistin: Entgegen ihrer Auffassung gebe es gar keine Quelle mehr zu schützen, da sich der Informant mittlerweile selber zu erkennen gegeben habe. Nach Ansicht des EGMR vermochte dieser Umstand den Quellenschutz aber nicht automatisch zu beseitigen. Helfen Medienschaffende offenkundig bei der Identifizierung anonymisierter Quellen, so drohe grundsätzlich eine Abschreckungswirkung («chilling effect») für mögliche künftige Informanten. Selbst wenn eine Mitwirkung der Journalistin im vorliegenden Fall das Prinzip des Quellenschutzes in der öffentlichen Wahrnehmung nicht wirklich beeinträchtigt hätte, fehle es an zwingenden Gründen für eine Aussagepflicht. In diesem Zusammenhang spielte für den EGMR eine Rolle, dass ihre Weigerung die gerichtliche Wahrheitsfindung nicht behindert hatte.

67 Im EGMR-Urteil «Halldorsson c. Island» (Darlehensgeschäft) N° 44322/13 vom 4.7.2017 (Sachverhalt vorne N 21) verwarf der Gerichtshof das Argument eines TV-Journalisten, die isländische Justiz habe in einem Ehrverletzungsprozess dem Quellenschutz keine Beachtung geschenkt. Laut EGMR hatten die isländischen Gerichte den Journalisten zu keinem Zeitpunkt aufgefordert, die Identität seiner vertraulichen Quellen offenzulegen. Der blosser Verweis auf den Quellenschutz enthebe einen beschuldigten Journalisten nicht der Verpflichtung, die Wahrheit gravierender Vorwürfe nachzuweisen oder zumindest eine hinreichende Tatsachengrundlage für die Behauptungen darzutun. Dieser Pflicht könne er auch ohne Enthüllung seiner Informationsquellen nachkommen.

68 *Kommentar:* Eine ähnliche Konstellation wie bei dieser isländischen Angelegenheit hatte das Bezirksgericht Zürich zu beurteilen. In seinem Urteil vom 30. September 2016 bestrafte es einen «Weltwoche»-Redaktor wegen übler Nachrede. Nach den Worten des Bezirksgerichts können sich Journalisten dem Beweislastrisiko bei ehrverletzenden Vorwürfen nicht unter Hinweis auf schützens-

werte Informationsquellen entziehen. Diese Auffassung wird durch das neue Urteil aus Strassburg gestützt. Dass der blosser Hinweis auf Informanten, die anonym bleiben wollen, im Ehrverletzungsprozess noch keine Entlastung zu begründen vermag, leuchtet ein. In bestimmten Fällen kann es allerdings m.E. angezeigt sein, dass die Strafjustiz dem beschuldigten Journalisten andere Wege zum Führen des Entlastungsbeweises eröffnet, welche keine Enthüllung anonymisierter Quellen bedingen (vgl. die Zusammenfassung der Urteilsbegründung in *medialex Jahrbuch 2017*, S. 166 ff. und die Bemerkungen des Schreibenden, S. 169 f., N 7 f.)

8. Staatliche Pflicht zum Schutz freier Kommunikation (Art. 10 EMRK)

69 In bestimmten Konstellationen trifft den Staat die Pflicht, die freie Kommunikation durch aktive Vorkehren zu sichern («obligations positives» – staatliche Schutz- und Gewährleistungspflichten). Dazu gehören zum Beispiel wirkungsvolle Massnahmen gegen die Versuche von Privatpersonen, die Medienfreiheit zu beschränken.

70 Im BGer-Urteil 6B_153/2017 (Nötigungsversuch gegen Journalistin) vom 28.11.2017 bejahte das Bundesgericht die Verurteilung eines Politikers, der sich 2001 anlässlich einer Sendung des Westschweizer Fernsehens unfair behandelt und zu Unrecht angegriffen fühlte. Kurz nach der Sendung sandte er der Moderatorin einen Zahlungsbefehl für die Summe von 1 Mio. Franken. Nach dem Rechtsvorschlag der Moderatorin unternahm er 13 Jahre lang nichts. 2014 verlangte er in einem neuen Zahlungsbefehl die Summe von 825 000 Franken als Genugtuung für die angeblich persönlichkeitsverletzende Behandlung. Die Journalistin reagierte mit einer Strafklage. Die Genfer Strafjustiz verurteilte den Politiker wegen versuchter Nötigung (Art. 181 StGB) zu einer Geldstrafe. Der nach 13-jähriger Untätigkeit für eine völlig überrissene Summe zugesandte Zahlungsbefehl war auch nach Auffassung des Bundesgerichts rechtsmissbräuchlich. Der Politiker handelte in der Absicht, der Journalistin Schaden zuzufügen und die verlangte Summe zu ergattern, ohne den rechtlich vorgesehenen Weg zu beschreiten.

71 **Kommentar:** Das bundesgerichtliche Urteil ist gerade aus menschenrechtlicher Sicht zu begrüssen. Gegen Medienschaffende gerichtete Zahlungsbefehle für astronomische Geldbeträge haben ein beträchtliches Einschüchterungspotenzial – einen «chilling effect», der aus Blickwinkel der Medienfreiheit besonders problematisch ist. Diese Einschüchterung ist nicht nur eine denkbare Nebenwirkung, sondern geradezu das Ziel derartiger privater Drohgebärden. Die vom Bundesgericht bestätigte Verurteilung des Westschweizer Politikers leistet einen (wenn auch kleinen) Beitrag dazu, solchen Auswüchsen einen Riegel vorzuschieben.

II. Informationszugang für Medien und Allgemeinheit (Art. 17 und 16 Abs. 3 BV; Art. 10 EMRK)

1. Informationszugang gestützt auf die Bundesverfassung und die EMRK

72 Im BGer-Urteil 1C_447/2016, 1C_448/2016, 1C_449/2016 (Steuerregister Saanen) vom 31.8.2017 verpflichtete das Bundesgericht die bernischen Behörden zur Auskunft über die Steuerfaktoren sehr wohlhabender Personen aus der Gemeinde Saanen (mit dem Dorf Gstaad). Eine Privatperson wollte mit ihrem auf die Informations- und Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 BV und Art. 10 EMRK) abgestützten Gesuch herausfinden, wie viel die finanzkräftigen Einwohner an den Staatshaushalt beitragen. Das bernische Verwaltungsgericht bejahte den Anspruch auf Auskünfte über das steuerbare Einkommen und Vermögen, wogegen sich die wohlhabenden Personen vergeblich beim Bundesgericht beschwerten. Es bejahte zwar einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Steuerpflichtigen (und liess offen, ob daneben auch eine Beschränkung ihrer Privatsphäre vorliegt). Die amtliche Auskunft respektiere die Voraussetzungen für einen rechtmässigen Grundrechtseingriff (Art. 36 BV bzw. Art. 8 Abs. 2 EMRK): Das damals geltende bernische Gesetzesrecht statuierte laut Bundesgericht die vorbehaltlose und uneingeschränkte Öffentlichkeit des Steuerregisters. Die damals massgebende (und seither geänderte) Interessengewichtung des kantonalen Gesetzgebers lasse grundsätzlich keinen Raum für eine Güterabwägung im Einzelfall.

73 Soweit sich die kantonale Vorinstanz dennoch zu den vorgebrachten Geheimhaltungsinteressen geäussert habe, seien ihre Überlegungen nicht zu beanstanden: Das Bundesgericht vermochte keine spezifischen privaten Interessen der betroffenen Steuerpflichtigen zu erkennen, welche das gewichtige öffentliche Interesse an Transparenz im Steuerbereich und an Stärkung der Steuermoral überwogen.

74 Im EGMR-Urteil «Satakunnan Markkinapörssi Oy & Satamedia Oy c. Finnland» (Massenpublikation von Steuerdaten) N° 931/1327 vom 27.6.2017 akzeptierte die Mehrheit der Grossen Kammer das Vorgehen der finnischen Datenschutzbehörde. Sie war 2003 gegen zwei Unternehmen (eine Zeitung und einen SMS-Dienst) vorgegangen, welche grosse Mengen von Steuerdaten publiziert hatten. Die Massenveröffentlichung der persönlichen Steuerdaten wurde verboten, obwohl Interessierte die fraglichen Angaben bei den lokalen Steuerbehörden erfragen können (unter spezifischen Bedingungen, wie etwa dem Nachweis, dass sie zu journalistischen Zwecken verwendet und nicht in Listenform veröffentlicht werden). Dies rechtfertige es nicht, dass private Unternehmen die gemeinfreien Daten uneingeschränkt veröffentlichen. Die Firmen hatten Personen angestellt, welche die Steuerangaben bei den lokalen Behörden beschafften. Auf diese Weise machten die Publikationen die Steuerdaten von 1,2 Millionen Menschen in einem Umfang zugänglich, die der finnische Gesetzgeber nicht vorgesehen hatte. Die Mehrheit des Gerichtshofs verneinte eine Verletzung von Art. 10 EMRK (15:2 Stimmen). Sie unterstrich, dass massenhaft Rohdaten in unveränderter Form und ohne jede analytische Aufbereitung publiziert wurden. Die Mehrheit der betroffenen

Steuerzahler war weder prominent noch reich, sondern erzielte ein bescheidenes Einkommen. Die flächendeckende Publikation ihrer Daten befriedigte die Gier nach Informationen über das Privatleben anderer und diente damit der Sensationslust und dem Voyeurismus. Die Veröffentlichung leistete weder einen Beitrag zu einer Debatte von berechtigtem öffentlichem Interesse noch verwirklichte sie eine ausschliesslich journalistische Zielsetzung. Die Ausnahme des finnischen Datenschutzgesetzes für Datenbearbeitungen zu rein journalistischen Zwecken griff daher nicht.

75 **Kommentar:** Das Verbot der Massenpublikation finnischer Steuerdaten tangiert grundsätzliche Fragen im Spannungsfeld des Anspruchs auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK) auf der einen und der Meinungs- bzw. Informationsfreiheit (Art. 10 EMRK) auf der anderen Seite. Es ist wichtig, die Schlussfolgerungen des Strassburger Leitentscheids nicht aus ihrem spezifischen Kontext zu isolieren. Es ging um ein kommerzielles Angebot durch private Unternehmen, welche die gesetzlichen Sicherungen gegen eine übermässige Publizität persönlicher Steuerdaten zu umgehen wussten. Die Überlegungen des Gerichtshofs lassen sich nicht unbesehen auf die Publikation von Daten im herkömmlichen Informationsjournalismus übertragen, welcher die Öffentlichkeit über politisch, gesellschaftlich oder wirtschaftlich relevante Fragen aufklären will.

2. Informationszugang gestützt auf das BGÖ

76 Auf eidgenössischer Ebene wird der Zugang zu Verwaltungsinformationen durch das Bundesgesetz über den Öffentlichkeitsgrundsatz der Verwaltung (BGÖ) konkretisiert. Zur **Anwendung des BGÖ** haben das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht auch im Berichtsjahr mehrere richtungsweisende Entscheide gefällt. Eine ausführliche Erörterung der Gerichtspraxis findet sich im Überblick über praxisrelevante Entscheide zum BGÖ im Jahr 2017 von ANNINA KELLER/DANIEL KÄMPFER, *medialex* Newsletter 3/2018 bzw. nachfolgend S. 79.

77 An dieser Stelle herausgegriffen sei **BGE 144 II 91 (Greenpeace)**. Darin bejahte das Bundesgericht den Anspruch auf Zugang zu Abluftdaten am Kamin des Kernkraftwerks Leibstadt. Solche Emissionsdaten fallen nicht allein unter das BGÖ, sondern auch unter die von der Schweiz ratifizierte **Aarhus-Konvention** (SR 0.814.07). Sie regelt u. a. den Zugang zu Informationen in Umweltangelegenheiten. Das Bundesgericht verwies auf ein gewisses Spannungsverhältnis zwischen der nach Landesrecht (Art. 9 Abs. 2 Satz 1 BGÖ i. V. mit Art. 19 Abs. 1^{bis} DSG) verlangten Güterabwägung auf der einen und den Vorschriften der Konvention auf der anderen Seite. Anders als das BGÖ ermöglicht die Aarhus-Konvention eine Ausnahme vom Grundsatz der Informationsherausgabe nur für die Daten von natürlichen, nicht aber von **juristischen Personen**. Das Bundesgericht verzichtete auf eine vertiefte Prüfung der schwierigen Thematik, denn auch die Güterabwägung nach schweizerischem Recht führte zu dem Ergebnis, dass die Daten herauszugeben sind (E. 4.6).

3. Informationszugang gestützt auf kantonales Recht

78 Das **BGer-Urteil 1C_509/2016 (Abfallanlage)** vom 9.2.2017 betraf die Einsicht in bestimmte Baubewilligungen (inkl. Umweltverträglichkeitsprüfungen) für eine Abfallanlage in der Gemeinde Oberglatt. Das kantonale Verwaltungsgericht hatte den Einsichtsanspruch bejaht. Im Kanton Zürich gilt das Öffentlichkeitsprinzip (Art. 17 KV/ZH, auf Gesetzesstufe präzisiert durch das IDG/ZH). Zwei betroffene Firmen argumentierten vergeblich, die Herausgabe der Dokumente missachte ihren Anspruch auf Schutz vor Missbrauch personenbezogener Daten (Art. 13 Abs. 2 BV), ihr Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und ihre Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV). Den von den Firmen behaupteten Verstoss gegen das Fabrikationsgeheimnis vermochte das Bundesgericht nicht zu erkennen. Dass die Offenlegung von Stoffbezeichnungen zum Verlust eines Wettbewerbsvorteils führen könnte, schein lediglich entfernt möglich zu sein. Das private Interesse der Firmen wiege weniger schwer als das gewichtige Interesse der Öffentlichkeit an Informationen über den Umgang mit Schadstoffen oder anderen gefährlichen Chemikalien, die bei der Abfallbehandlung freigesetzt werden.

79 Im **BGer-Urteil 1C_155/2017 (Gemeinderatsprotokolle)** vom 17.7.2017 wies das Bundesgericht ein zu Unrecht abgelehntes Gesuch um Einsicht in 38 Sitzungsprotokolle an den Gemeinderat Steinhausen/ZG zurück. Dieser müsse den Bearbeitungsaufwand für die Durchsicht der fraglichen Dokumente abschätzen und darlegen, wie viele Arbeitsstunden für die Behandlung des umfangreichen Zugangsgesuchs ungefähr erforderlich sind.

4. Anspruch auf rechtsgleiche und willkürfreie amtliche Information (Art. 8 und 9 BV)

80 Zum Anspruch auf rechtsgleiche und willkürfreie Behördeninformationen gab es im Jahr 2017 soweit ersichtlich keine erwähnenswerte Rechtsprechung.

5. Gerichtsöffentlichkeit (Art. 30 Abs. 3 BV; Art. 6 EMRK)

A. Öffentlichkeit der Verhandlung

81 Eine Verletzung des verfassungsrechtlichen Grundsatzes öffentlicher Gerichtsverhandlung und auch der öffentlichen Urteilsbekanntgabe bejahte **BGE 143 I 194 (Mordprozess im Kanton Zürich)**.

82 **Kommentar:** Für Einzelheiten zu diesem wichtigen Urteil sei auf die Bemerkungen des Schreibenden verwiesen: *Verfassungswidriger Ausschluss der Medien von einem Strafprozess, medialex-Jahrbuch 2017, S. 134 ff.*

B. Öffentliche Bekanntgabe des Entscheids

83 Im **BVGer-Urteil A-6755/2016 vom 23.10.2017 (A. u. a. c. H. & Bundesamt für Energie)** lehnte das Bundesverwal-

tungsgericht den Antrag einer Prozesspartei ab, auf die Publikation des fraglichen Entscheids sei zu verzichten. Das Informationsreglement für das Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 (SR 173.320.4) sieht laut BVGer keinen gänzlichen Verzicht auf die Veröffentlichung materieller Entscheide vor. Die Publikation erfolgt grundsätzlich in anonymisierter Form. Ein ausnahmsweiser Verzicht auf die Veröffentlichung kommt laut BVGer einzig in Betracht, wenn «erstellte und überwiegende öffentliche oder substantiiert dargelegte und überwiegende private Interessen» gegen die Publikation sprechen. Dies war im fraglichen Fall nicht gegeben. (E. 10)

84 Auch das **Bundesstrafgericht** gewährt den Zugang zu seinen Urteilen. Im **BStGer-Urteil GS 2017.02 vom 16.11.2017** hiess das Generalsekretariat die Beschwerde eines Medienhauses teilweise gut. Der Zugang zu nicht anonymisierten Entscheiden der erstinstanzlich urteilenden Strafkammer sei zu gewähren. Dies gebiete Art. 69 Abs. 1 und 2 der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO). Was für die Strafkammer als erstinstanzliches Strafgericht in Bundesstrafsachen gelte, treffe jedoch für die Beschwerdekammer nicht zu. Deren Verfahren sind gemäss Art. 69 Abs. 3 Bst. c StPO im Grundsatz nicht öffentlich. Die Beschwerdekammer (welche u. a. Entscheide der Zwangsmassnahmengerichte zur Haftanordnung beurteilt) entscheide nicht über eine strafrechtliche Anklage. Einen Anspruch auf nicht anonymisierte Einsicht bejahte das Generalsekretariat nur für Entscheide der Beschwerdekammer, welche das Strafverfahren abschliessen (z. B. Einstellungsverfügungen).

85 Hinsichtlich der Urteile der Beschwerdekammer wies das **Bundesgericht** die Beschwerde des Medienhauses am 23.4.2018 ab (Urteil 1C_698/2017). Die Begrenzung der Informationsfreiheit (Art. 16 BV) und der Gerichtsöffentlichkeit (Art. 30 Abs. 3 BV) finde in Art. 63 des Bundesgesetzes über die Organisation der Strafbehörden des Bundes (StBOG, SR 173.71) eine genügende formellgesetzliche Grundlage. Dass die Veröffentlichung der Entscheide der Beschwerdekammer grundsätzlich in anonymisierter Form zu erfolgen hat, dient laut Bundesgericht dem Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV).

III. Anspruch auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 13 BV, Art. 8 EMRK)

86 Wie im Bereich der freien Kommunikation (Art. 10 EMRK) existieren auch hinsichtlich des Privat- und Familienlebens sowie des Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs (Art. 8 EMRK) positive Schutzpflichten des Staates. Dies führt in vielen Konstellationen dazu, dass die Kommunikationsfreiheit eingeschränkt wird: Die Garantien von Art. 8 und Art. 10 EMRK prallen aufeinander. Diese Grundrechtskollision beschäftigte den Gerichtshof auch 2017 häufig (vgl. dazu die Darstellung der Rechtsprechung vorne unter N 14 ff.).

IV. Radio, Fernsehen und andere Formen (Art. 93 BV; Art. 10 EMRK)

1. Redaktioneller Inhalt von Radio- und Fernsehprogrammen

A. Bundesgerichtspraxis

87 Die inhaltlichen Anforderungen an Radio- und Fernsehsendungen werden durch die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) geprüft (vgl. die Übersicht über die UBI-Rechtsprechung im Jahr 2017 von OLIVER SIDLER; *medialex* Newsletter 5/2018 bzw. nachfolgend S. 86). Seit Mitte 2016 beurteilt die UBI auch Beschwerden gegen das **übrige publizistische Angebot der SRG**. Sie hat 2017 erste Entscheide zu Online-Beiträgen gefällt. Das Bundesgericht hatte sich bislang aber erst mit Beschwerden gegen herkömmliche Rundfunksendungen zu befassen. Im Berichtsjahr war die höchstrichterliche Praxis spärlich. Neben einem Nichteintretensentscheid wegen unzureichender Begründung (BGer-Urteil 2C_137/2017 vom 8.2.2017 zur Sendung «Schawinski» von Fernsehen SRF mit dem Schriftsteller Lukas Bärfuss) fällte das Bundesgericht bloss ein Urteil zur Programmaufsicht.

88 Im **BGer-Urteil 2C_406/2017 (Rundschau: Eskalation in Vals)** vom 27.11.2017 stützte das Bundesgericht einen Entscheid der UBI. Sie hatte die Beschwerde des kritisierten Investors Stoffel gegen einen Beitrag in der SRF-Politsendung «Rundschau» («Eskalation in Vals») abgewiesen. Im Zentrum standen Abmachungen im Vorfeld eines Interviews mit Stoffel, welche SRF nicht einhielt. Für das Bundesgericht handelte es sich um einen Grenzfall: Es kritisierte die absprachewidrige Fragestellung des «Rundschau»-Journalisten als medienethisch äusserst fragwürdig. Nicht jede Verletzung der Medienethik verstosse allerdings gegen das Programmrecht. Das programmrechtliche Aufsichtsverfahren diene nicht allgemein der Einhaltung der Regeln eines fairen Journalismus (E. 3.2.7), sondern schütze die Meinungsbildung der Zuschauerinnen und Zuschauer. Im vorliegenden Fall habe der interviewte Investor auf die überraschende Fragestellung adäquat reagiert und konnte sich das Publikum letztlich doch eine eigene Meinung bilden.

89 Das Bundesgericht bekräftigte seine Praxis, wonach programmrechtliche Vorschriften (Art. 4 und 5 RTVG) nicht so streng anzuwenden sind, dass der journalistische Freiraum zu sehr beengt wird. Die Aufsichtstätigkeit dürfe die in Art. 17 Abs. 1 und Art. 93 Abs. 3 BV garantierte Autonomie der Fernsehleute nicht beeinträchtigen. Auch ein suboptimaler Beitrag sei daher hinzunehmen (E. 4).

90 **Kommentar:** Das Urteil illustriert das Zusammenspiel zwischen medienethischen Grundsätzen und Programmaufsicht. Verstösse gegen die Medienethik sind unter dem Blickwinkel des Programmrechts nur unzulässig, wenn sie gleichzeitig die ausreichende Meinungsbildung des Publikums vereiteln. Mit anderen Worten, begründet nicht jede Verletzung journalistischer Berufsregeln durch Programmschaffende eine Verletzung des RTVG. Grund dafür ist die Tatsache, dass die Informationsgrundsätze in Art. 4 RTVG die freie Meinungsbildung des Publikums schützen. Kann es sich trotz medienethischer Unzulänglichkeiten ein eigenes Bild über das Sendungsthema machen, so ist das Programmrecht respektiert.

91 BGer-Urteil 1C_129/2016 (SRG + A. c. SECO – «Designer Outlet Landquart») vom 14.2.2017 E. 2.2.3 hielt fest, der verfassungsrechtliche Grundsatz der Programmautonomie (Art. 93 Abs. 3 BV) könne primär von Programmveranstaltern angerufen werden. Einzelnen Medienschaffenden vermittele die Programmautonomie hingegen keine über die Medienfreiheit (Art. 17 BV) hinausgehenden Rechte.

B. Rechtsprechung des EGMR

92 Im EGMR-Urteil «MAC TV s.r.o. c. Slowakei» (Kritik an verunfalltem Präsidenten) N° 13466/12 vom 28.11.2017 beanstandete der Gerichtshof die von der Aufsichtsbehörde (Rundfunkrat) ausgesprochene Geldstrafe gegen einen slowakischen Fernsehsender. Dieser hatte nach dem tödlichen Flugzeugabsturz des polnischen Präsidenten Lech Kaczynski einen sarkastischen Kommentar ausgestrahlt, der kein Bedauern über den Tod des extrem konservativen Präsidenten zeigte («Entschuldigung, aber die Polen tun mir nicht leid. Ich beneide sie»). Nach Auffassung des Rundfunkrats und danach des Obersten Gerichtshofs entehrte dies den verstorbenen Präsidenten und verletzte die im Rundfunkgesetz statuierte Pflicht, die *Menschenwürde* zu achten. Der EGMR hielt jedoch fest, es habe sich nicht um einen grundlosen persönlichen Angriff gehandelt. Die sarkastische Attacke auf die politische Ideologie Kaczynskis habe den erlaubten Rahmen stilistischer Übertreibung nicht gesprengt.

93 Der EGMR-Zulässigkeitsentscheid «Scozzafava u. c. Italien» (RAI-Informationssendungen) N° 20014/13 vom 25.4.2017 betraf eine Beschwerde italienischer Fernsehzuschauer gegen die Medienkommission des Parlaments. Diese sahen sich in ihrem Recht auf Empfang von Information verletzt, denn die Kommission habe der RAI entgegen der gesetzlichen Vorgaben nicht aufgetragen, bestimmte politische Informationssendungen («tribune politique») auszustrahlen. Der EGMR bezeichnete die Beschwerden als unzulässig, da den Zuschauern die von Art. 34 EMRK verlangte Opfereigenschaft fehle. Die EMRK kenne keine «actio popularis».

2. Weitere Aspekte

94 Das BVGer-Urteil A-7471/2016 (SRG c. BAKOM) vom 5.5.2017 E. 3.4.4 befasste sich mit Eigenwerbung im Radioprogramm der SRG. Die Abgrenzung von Eigenwerbung und Programmhinweisen ohne Werbequalität in der Radio- und Fernsehverordnung (RTVV) respektiere sowohl den Rahmen der gesetzlichen Vorgaben als auch die Vorschriften des *europäischen Übereinkommens über grenzüberschreitendes Fernsehen (EÜGF)*. Das EÜGF erfasse ohnehin keine Radioprogramme. Darüber hinaus hindern die EÜGF-Minimalvorschriften die Vertragsparteien nicht daran, für die Veranstalter in ihrem Land strengere oder ausführlichere Bestimmungen zu erlassen (Art. 28 EÜGF).

V. Verfassungsrechtliche Aspekte der Online-Kommunikation (Art. 16, 17 und 27 BV; Art. 10 EMRK)

1. Recht auf Zugang zu Online-Informationen

95 Im EGMR-Urteil «Jankovskis c. Litauen» N° 21575/08 vom 17.1.2017 beanstandete der EGMR erneut den verweigeren Internetzugang im Gefängnis. Ein Gefangener hatte vergeblich um die Nutzung des Internets ersucht, damit er sich über die Möglichkeit eines Rechtsstudiums orientieren könne. Die Gefängnisbehörden und anschliessend die Verwaltungsjustiz lehnten dies ab. Die von ihnen vorgebrachten Sicherheitsbedenken vermochten den EGMR nicht zu überzeugen. Nach Auffassung des Gerichtshofs hätten sie erwägen müssen, ob nicht ein begrenzter oder kontrollierter Zugang zu dieser staatlichen Website möglich gewesen wäre. Sie hätte auch prüfen müssen, ob das fragliche Informationsangebot für die Ausbildung des Gefangenen nötig war.

96 *Kommentar:* Dieses Urteil festigt den Leitentscheid «Kalda c. Estland» N° 17429/10 vom 19.1.2016 (vgl. die Zusammenfassung im *medialex Jahrbuch 2017*, S. 93). *Sicherheitstechnische und wirtschaftliche Überlegungen sind zwar wichtig, doch vermag ein pauschaler Hinweis darauf grundsätzlich nicht zu genügen. Von den zuständigen Behörden ist vielmehr eine detaillierte Analyse der auf dem Spiel stehenden Risiken verlangt.*

2. Verantwortlichkeit für rechtswidrige Äusserungen

97 Zur zivilrechtlichen Verantwortung des *Verfassers* ehrverletzender Vorwürfe gegen einen Prominenten äusserte sich das EGMR-Urteil «Egill Einarsson c. Island» (*Vergewaltigungsvorwurf auf Instagram*) N° 25703/15 vom 7.11.2017. Ausführlich dazu vorne N 47 f.

98 Zur Verantwortlichkeit für *rechtswidrige Äusserungen Dritter* (anonyme Verfasser) hat der Gerichtshof im Berichtsjahr zwei weitere Entscheide gefällt. Um die zivilrechtliche Haftung für beleidigende und vulgäre anonyme Kommentare auf dem Blog einer kleinen Nonprofit-Organisation ging es im EGMR-Zulässigkeitsentscheid «Pihl c. Schweden» N° 74742/14 vom 7.2.2017. Die Blog-Betreiberin löschte die Kommentare, womit sich die verunglimpfte Privatperson nicht begnügte. Ihre Klage scheiterte aber bei der schwedischen Ziviljustiz. Der Gerichtshof bezeichnete eine Beschwerde wegen Missachtung des Anspruchs auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK) als offensichtlich unbegründet. Für den EGMR war u. a. massgebend, dass die unwahren Kommentare weder als Hassrede noch als Aufruf zur Gewalt einzustufen waren.

99 Ebenfalls verneint wurde eine Haftung des Plattform-Betreibers Google für beleidigende Kommentare auf dem «London Muslim»-Blog: EGMR-Zulässigkeitsentscheid «Tamiz c. Vereinigtes Königreich» N° 3877/14 vom 19.9.2017.

100 *Kommentar:* Für eine Zusammenfassung und Besprechung dieser beiden Fälle vgl. die *Rechtsprechungsübersicht zum Zivil- und Zivilprozessrecht* von CHRISTINA FOUNTOLAKIS/JULIEN FRANCEY, me-

*dialex Newsletter 6/2018, N 48 ff. bzw. nachfolgend S. 94. Die beiden Unzulässigkeitsentscheide untermauern das EGMR-Urteil «Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete & Index.hu Zrt c. Ungarn» N° 22947/13 vom 2.2.2016 (vgl. *Entscheidübersicht Verfassungsrecht und EMRK 2016, medialex Jahrbuch 2017, S. 93 f. N 124 f.*). Die bisherige Rechtsprechung ist auf zivilrechtliche Massnahmen gegen rechtswidrige Online-Äusserungen fokussiert. Kaum ein Thema waren hingegen strafrechtliche Schritte gegen die Betreiber von Plattformen, Blogs oder Newssites.*

3. Weitere Aspekte

101 Das BGer-Urteil 1C_564/2016 (Facebook-Kommentar) vom 2.3.2017 betraf die temporäre Blockade eines Users von der Facebook-Seite der Waadtländer Kantonspolizei. Die Zuständigen hatten ihn Ende Juni 2016 wegen beleidigender und deplatzierte Kommentare gesperrt. Er suchte das Gespräch und beschwerte sich im September beim Kantonsgericht Waadt. Am 4. Oktober 2016 teilte ihm der Kommandant der Kantonspolizei mit, er sei wieder zum Kommentieren zugelassen (wobei die Sperrung keine anfechtbare Verfügung gewesen sei, denn massgebend seien einzig und allein die privaten Regeln von Facebook). Das Kantonsgericht bezeichnete die Beschwerde mit Entscheidung vom 26. Oktober als gegenstandslos. Dagegen beschwerte sich der User vergeblich beim Bundesgericht. Es verneinte ein aktuelles Interesse an der Behandlung der Beschwerde, da die Behörden den User in der Zwischenzeit wieder zur Kommentarfunktion zugelassen hatten. Zwar sei nicht ausgeschlossen, dass ihn die Kantonspolizei nach ungehörigen Kommentaren künftig erneut (und nun definitiv) sperre. Diesfalls könnte er sich aber wegen Verletzung seiner Informationsfreiheit, der Rechtsgleichheit und des kantonalen Rechts beschweren (E. 3).

102 *Kommentar: Der Sachverhalt dieses Gerichtsfalls weckt Appetit auf eine nahrhafte Begründung, denn er dreht sich um eine praktisch relevante und juristisch interessante Thematik. Aus formaljuristischen Gründen hat das Bundesgericht bloss ein dünnes Süppchen serviert. Zurück bleibt ein bitterer Nachgeschmack. Es ist denkbar, dass der fragliche User ohne ausreichende Gründe von einer behördlichen Facebook-Seite verbannt worden war – während mehr als drei Monaten und letztlich ohne gerichtliche Überprüfbarkeit. Dies wirft grundrechtliche Fragen auf. Entgegen der Auffassung des Polizeikommandanten geht es in einem solchen Fall nicht nur um die privaten Regeln von Facebook. Wenigstens dies hat das Bundesgericht zwischen den Zeilen verdeutlicht.*

Zusammenfassung Auch im Berichtsjahr 2017 beschäftigte sich die Justiz mit verschiedenen Facetten freier Kommunikation. Ein Schwerpunkt der Rechtsprechung lag bei den Anforderungen an die journalistische Sorgfalt bei Publikationen, welche den guten Ruf tangieren. In mehreren Entscheidungen zu diesem Thema hatte sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte damit zu befassen, inwiefern sich Medienschaffende auf Äusserungen von Behörden in internen Dokumenten abstützen können. Ebenfalls reichhaltig war die Praxis im Bereich des Zugangs zu amtlichen Dokumenten im Bereich Verwaltung und Justiz.



Bild: zVg



Bild: zVg

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 la transparence a clairement renforcé en 2017 la transparence dans l'administration de l'Etat. Ainsi, le Tribunal administratif fédéral a estimé qu'un rapport relativement inconsistant entre un document et l'exécution d'une mission publique suffit pour que ce document tombe dans le domaine d'application de la LTrans. Dans une autre décision, il a été rappelé que le refus global d'accès à des documents au seul motif qu'ils contiennent des secrets professionnels ne satisfait pas au principe de la transparence. Dans d'autres décisions, les erreurs conceptuelles n'existent pas. Lors de l'examen d'une demande d'accès par exemple, le Tribunal administratif fédéral prend en compte l'identité et l'intention supposée de la demanderesse, deux critères dont il faut faire abstraction selon la volonté du législateur.

Überblick

1 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 be-

treffend 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)

2 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.

3 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 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 unterstünden, genüge auch

* 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).

ein relativ lockerer Zusammenhang zu einer öffentlichen Aufgabe. Im Ergebnis bejahte das BVerfG einen hinreichenden Zusammenhang mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. c BGG und damit das Vorliegen von amtlichen Dokumenten.

Kommentar: Bereits zum wiederholten Mal stellte das BVerfG klar, dass auch Informationen von Privaten als amtliche Dokumente zu qualifizieren sind, sofern sie der Legaldefinition von Art. 5 BGG 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 leichthin verneint werden können.

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

4 In diesem Urteil hatte das BVerfG 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 BGG, 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 BVerfG³ bejahte das BVerfG 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 BVerfG 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 BGG 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 verbundenen Verlust der tatsächlichen Verfügungsgewalt, bleibe das ENSI in deren Besitz gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. b BGG.

6 Zum selben Ergebnis kommt das BVerfG über die Anwendung der sog. Aarhus-Konvention⁴. Das BVerfG 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 berechtigterweise verfüge, aus praktischen Gründen bei diesen belasse.

7 Im Hinblick auf die Frage nach der Wiederbeschaffungspflicht führte das BVerfG 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 BVerfG 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 BGG grundsätzlich zu anonymisieren gelte. Da eine Anonymisierung von vornherein ausser Betracht fiel, nahm das BVerfG 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.

9 **Kommentar:** Das BVerfG stellte klar, dass der absichtliche Verlust der Verfügungsgewalt das Kriterium des Besitzes nach Art. 5 BGG 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 BGG 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.

3 BVerfG 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). Dieses 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 BGG (Art. 10g Abs. 2 USG).

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

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

10 Zu klären war die Frage, ob der Zugang zu Dokumenten des ENSI über die Betriebssicherheit eines Reaktordruckbehälters 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.

11 Das BVGer 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 BVGer erinnerte daran, dass der Gesetzgeber im Rahmen des Öffentlichkeitsprinzips auch besonders aufwendige Zugangsgesuche zu lassen 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.

12 Weiter prüfte das BVGer 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 BVGer als legitim, da das ENSI aufgrund neuer Befunde zur Sicherheit des Reaktordruckbehälters 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 schein 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.

13 *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.

14 Anlässlich der Prüfung des Zugangsaufschubes äusserte sich das BVGer auch zur Gesuchstellerin und deren vermeintlicher 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.

b. BVGer 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 we-

sentlichen 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 Ärzteschaft der Regionalen Ärztlichen Dienste (RAD)

19 Das BVGer hatte sich mit der Frage der Zugänglichkeit von Personendaten Dritter zu befassen, die eine öffentliche Tä-

tigkeit 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 (potenziellen) 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 zur Wehr setzte.

20 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 Ärzteregeister⁶ 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.

21 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 gäbe 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 würde.⁷ Da das BSV nicht mit weiteren, noch nicht erkannten Interessen rechnen musste und eine Anhörung der über 300 betroffenen Personen ausgesprochen aufwendig wäre, könne ausnahmsweise davon abgesehen werden.

22 **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.

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 berechnete 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.

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.

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 eines Kantons ohne Öffentlichkeitsgesetz

23 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 Outlets 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.

24 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.

25 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 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 kantonalen Ebene fehlendes Öffentlichkeitsprinzip jenes auf Bundesebene vollständig auszuhebeln vermag. Dies insbesondere deshalb, da das Aufsichtsverhältnis zwischen Bund und kantonalen Behörde durchaus ein legitimes öffentliches In-

teresse an der Überprüfbarkeit der Aufsichtstätigkeit des SECO mit sich bringen würde.⁸

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 kennen.⁹ 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 verneinte.¹⁰

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 Nationalen 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

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.

sein, so beeinträchtigt 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 DSGVO 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. 1^{bis} DSGVO berufen können. Da aber selbst bei Vornahme einer Interessenabwägung im Sinne dieser Bestimmungen nach Ansicht des BGER das Zugangsinteresse überwiegt, liess es die 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.

34 **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.

35 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 dürfen.¹¹ 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 sind,¹² 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 selbst.¹³

V. Gebühren (Art. 17 BGÖ)

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

36 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 1000 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 re-

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/Blechta [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.

duzierten Stundenansatz für Medienschaffende von 50 Franken in Rechnung, mithin 4000 Franken.¹⁴

37 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 Informationsbeschaffung 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 aufwendigen Gesuchen sogar ein Verzicht auf die Reduktion für Medienschaffende möglich sei. Im Ergebnis erachtete das BVGer die Gebühr von 4000 Franken als vereinbar mit dem Äquivalenzprinzip,¹⁵ 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 aufseiten der Verwaltung unbestrittenermassen ein sehr hoher Aufwand, der entsprechend den rechtlichen Vorgaben abgegolten werden darf. Einen durchschnittlichen Gesuchsteller wird hingegen die Aussicht auf eine Gebührenrechnung von 4000 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 infrage 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 beurteilte,¹⁶ 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 BVGer 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 BVGer 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 berücksichtigte 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 BVGer 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 anderen 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.

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.

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.



Bild: zVg

Oliver Sidler, Dr. iur., Rechtsanwalt, Zug

Verschörungstheorien und der faire Umgang mit Gästen

Rechtsprechungsübersicht 2017 der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen

Résumé En 2017, l'offre en ligne de la SSR, diverses émissions-débats ainsi qu'une plainte pour refus d'accès ont largement occupé l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision. L'émission « Arena » du 24 février 2017 sur le thème « La lutte de Trump contre les médias » a suscité une avalanche de protestations. Le différend émotionnel entre l'animateur et un invité a notamment été critiqué. La question s'est alors posée de savoir si l'ensemble de cette émission-débat permettait au public de se faire sa propre opinion.

entscheiden vermochte die UBI auch kein öffentliches Interesse an der Beurteilung sehen. Dieses liegt dann vor, wenn der Gegenstand einer Sendung neue rechtliche Fragen aufwirft oder Aspekte betrifft, die von grundlegender Tragweite für die Programmgestaltung sind oder wenn eine Beschwerde gegen eine Sendung primär Bestimmungen berührt, zu welchen noch keine umfassende oder etablierte Rechtsprechung besteht (b.564 und b.704/705). Die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer rügten in der Regel Verletzungen des Sachgerechtigkeitsgebots von Art. 4 Abs. 2 RTVG oder des Vielfaltsgebots gemäss Art. 4 Abs. 4 RTVG, zu welchen bereits eine umfassende Rechtsprechung besteht (b.761, b.754, b.752).

I. Überblick

1 Die unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen erledigte 2017 16 Beschwerdeverfahren (2016:28). Acht Beschwerdeverfahren konnten materiell-rechtlich beurteilt werden (2016:24), auf acht Beschwerden wurde nicht eingetreten. (2016:4). Gutgeheissen wurden zwei Beschwerden; bei sechs Beschwerden wurde keine Verletzung des programmrechtlichen Sachgerechtigkeitsgebots von Art. 4 Abs. 2 RTVG oder Vielfaltsgebots von Art. 4 Abs. 4 RTVG festgestellt. Im Folgenden wird eine Auswahl der im Jahr 2017 abgeschlossenen Verfahren vorgestellt.

II. Nichteintretensentscheide

2 Die Nichteintretensentscheide betrafen allesamt das Deutschschweizer Fernsehen. Nicht eingetreten wurde auf Betroffenheitsbeschwerden, bei denen keine enge Beziehung zum Gegenstand einer Sendung nachgewiesen werden konnte. Auf die Aufforderung der UBI, mindestens 20 Unterschriften und die notwendigen Angaben von den die Beschwerde unterstützenden und legitimierten Personen nachzureichen, gingen die Beschwerdeführer in der Regel nicht ein. In den Nichteintretens-

3 Im Entscheid b. 748 verwies die UBI den Beschwerdeführer, dessen Ansicht nach, Fernsehen SRF generell einseitig und tendenziös über den Konflikt in Syrien berichtete, auf die Möglichkeit der Einreichung einer Zeitraumbeschwerde. Nicht eingetreten ist die UBI auf die Beanstandung der Witwe eines in der Zwischenzeit verstorbenen und im «Kassensturz» von Fernsehen SRF nicht namentlich erwähnten Geschäftsführers einer Firma in Bezug auf die unzulässige fristlose Kündigung einer Schneiderin, da die Beschwerdeführerin selber keinen Bezug zum im Filmbericht dargestellten Unternehmen aufwies und auch der verstorbene Ehemann, damals Geschäftsführer, nicht konkret genannt wurde (b.749). Schliesslich verneinte die UBI ihre Zuständigkeit zur Prüfung von Einträgen in Foren auf SRF-News und die von Beschwerdeführern gerügte Ungleichbehandlung von Kommentaren aufgrund der politischen Ausrichtung sowie der Zensur von Kommentaren und damit die Handhabung der Nettiquette. Die Beschwerdeführer wurden zu Recht an das BAKOM als allgemeines Aufsichtsorgan verwiesen (b.750).

III. Verfahren zum Online-Angebot der SRG

1. Putin-Video beanstandet

4 Als unsachlich und tendenziös rügte eine Beschwerdeführerin ein auf der Facebook-Seite von SRF-News am 5. Oktober 2016 veröffentlichtes, rund 30 Sekunden dauerndes Video mit dem Titel «Putin macht den Cowboy». Mit dieser Eingabe hatte die unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen zum ersten Mal eine Beschwerde gegen einen Online-Inhalt der SRG zu behandeln. Seit dem 1. Juli 2016 ist die UBI auch für die Behandlung von Beschwerden gegen Inhalte des übrigen publizistischen Angebots der schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) zuständig (Art. 83 Abs. 1 Bst. a RTVG). Auch wenn das beanstandete Video nicht direkt auf der Website von SRF aufgeschaltet war, dürfte doch die Zuständigkeit der UBI zur Beurteilung des Inhalts auf der Facebook-Seite von SRF zuständig sein. Das Radio- und Fernsehgesetz schränkt das übrige publizistische Angebot der SRG nicht auf ein bestimmtes Medium oder eine bestimmte Technik ein. Gemäss Art. 12 der Konzession SRG (Konzession SRG vom 28. November 2007, BBl 2017, 5821) umfasst das übrige publizistische Angebot i. S. v. Art. 25 Abs. 3 Bst. b RTVG die Online-Angebote nach Art. 13 der Konzession, den Teletext, programmassoziierte Informationen, das publizistische Angebot für das Ausland i. S. v. Art. 28 Abs. 1 RTVG und Begleitmaterialien zu einzelnen Sendungen. Offen ist, auf welchen Online-Plattformen die Inhalte publiziert werden (vgl. zum Ganzen auch Julian-Ivan Beriger, Besonderheiten des Online-Angebots im üpA der SRG in der aktuellen Aufsichtspraxis der UBI, erschienen im «medialex»-Newsletter 4/18).

5 Das Video zeigte den russischen Präsidenten bei einer Auswilderungsaktion von Przewalski-Pferde im Süd-Ural. Untermalt wurden die Bilder mit Westernmusik und ergänzt mit einem eingeblendeten Text mit folgendem Inhalt: «Bei romantischer Kulisse in bester Westernmanier, macht Präsident Putin auf das Verschwinden wilder Pferde aufmerksam. Diese demonstrierte Tierliebe ist aber auch eine Provokation. Denn: Zwischen der USA und Russland herrscht mehr und mehr politische Eiszeit. Darunter leidet die Zivilbevölkerung in Syrien. Friedensgespräche sind derzeit undenkbar. Putins Pferdelelie: Für die syrische Bevölkerung wohl eher blanker Hohn.»

6 **Kommentar:** Die UBI kam zu Recht zum Schluss, dass der eingeblendete Text sachlich in keinem Zusammenhang zu den Aufnahmen und den Aussagen zur Syrienpolitik des russischen Präsidenten stand. Dem Originalvideo unterlegt war denn auch ein ganz anderer Text. Das Publikum konnte somit nicht zwischen Fakten und Kommentaren im Sinne des Transparenzgebots unterscheiden. Auch die Tatsache, dass das Video nicht linear im Fernsehen mit grösserer Breitenwirkung ausgestrahlt, sondern auf der Facebook-Seite von SRF-News abrufbar war, vermochte die gravierenden Mängel nicht zu relativieren. Das beanstandete Video wurde bereits im Rahmen des Beanstandungsverfahrens vor der Ombudsstelle nach einer internen Analyse entfernt.

2. Zusammenfassung früherer Ereignisse (9/11)

7 In einem Online-Artikel vom 31. März 2017 ging es um die Veröffentlichung von Fotos der US-Bundespolizei FBI zum Anschlag auf das Pentagon. Geltend gemacht wurde in der Be-

schwerde, dass der zweite Teil des Artikels, in welchem die Ereignisse vom 11. September 2001 kurz zusammengefasst worden seien, nicht mehr dem neuesten Erkenntnissstand entspreche. Die UBI war der Meinung, dass es nicht zwingend erforderlich ist, die bestehenden Zweifel an einer offiziellen Version zu den Terroranschlägen von 9/11 im Rahmen des beanstandeten Artikels zu erwähnen, zumal das eigentliche Thema die Veröffentlichung von Bildern ist, die sechs Jahre lang verschwunden waren. Die Beschwerde wurde einstimmig abgewiesen (b.765).

3. Vorfall an Karneval in Bellinzona

8 Einstimmig abgewiesen wurde auch eine Beschwerde gegen einen Online-Artikel von Radio Televisione della Svizzera Italiana zu einem gewalttätigen Vorfall während des Karnevals von Bellinzona und dem dazu ergangenen erstinstanzlichen Strafgerichtsurteil. Gemäss UBI waren die wesentlichen Fakten korrekt dargestellt, auch wenn einige Mängel, die aber Nebenpunkte betrafen, vorhanden waren (b.769).

IV. Beurteilung einer Zugangsbeschwerde

9 Eine «Arena»-Sendung von Fernsehen SRF, die «Abstimmung-Arena» zur Energiestrategie vom 28. April 2017, beschäftigte die UBI im Entscheid b.763 vom 3. November 2017. Dabei hatte sie sowohl eine Zugangsbeschwerde als auch eine Popularbeschwerde zu beurteilen. Fernsehen SRF lädt gemäss dem regelmässigen Konzept der Sendung je zwei Personen von Befürworter- und Gegenseite ein. In der zweiten Reihe nahmen Vertreter der Wirtschaft jeweils den Pro- und Contra-Standpunkt ein. Der Beschwerdeführer wehrte sich vergeblich für eine Teilnahme an der Sendung, damit auch der Standpunkt des Umweltschutzes dargelegt werden könne. Als Kampagnenleiter nahm er eine zentrale Rolle im Umweltkomitee gegen das Energiegesetz ein. Die unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen bestätigte in ihrem Entscheid die ablehnende Haltung von Fernsehen SRF, weder den Beschwerdeführer noch andere Persönlichkeiten von Umweltverbänden an der Sendung teilnehmen zu lassen. Begründet wird dies im Wesentlichen damit, dass die Redaktion sich entschieden habe, keinen Vertreter von der Umweltseite einzuladen, weder von den Befürwortern noch von den Gegnern. «Der Umstand, dass das Begehren des Beschwerdeführers, als Vertreter des Umweltkomitees die Nein-Seite zu repräsentieren, von der Redaktion abgewiesen worden ist, stellt denn auch keine Diskriminierung dar, umso weniger, als sich die Umweltverbände in der Tendenz eher für die Vorlage ausgesprochen haben. Die entsprechende Verweigerung des Zugangs zur «Abstimmung-Arena» ist daher nicht rechtswidrig. Ob Umweltfragen zugunsten von wirtschaftlichen Aspekten in unzulässiger Weise vernachlässigt wurden, weil sich zwei Vertreter der Wirtschaft in der zweiten Reihe gegenüberstanden, fällt in die nachfolgende programmrechtliche Beurteilung und ist nicht im Rahmen der Zugangsbeschwerde zu prüfen.»

10 **Kommentar:** Diese Argumentation ist nicht ganz nachvollziehbar. Gemäss bundesgerichtlicher Praxis ergibt sich ein Rechtsanspruch auf Zugang zum redaktionellen Teil des Programms ausnahmsweise allenfalls dann, «wenn ein Veranstalter gewissen Parteien, Personen

und Gruppierungen direkt oder indirekt Zugang zum Programm gewährt, vergleichbaren Parteien, Personen oder Gruppierungen einen solchen jedoch ohne sachlichen Grund verwehrt, sie damit rechtsungleich behandelt bzw. diskriminiert (BGE 139 I 306, 310). Im Rahmen der Prüfung der Zugangsbeschwerde darf meines Erachtens kein Unterschied gemacht werden, welche Teilnehmenden an einer Diskussion als Hauptakteure im Vordergrund sind und welche – wie in der Sendung «Arena» – nur in der zweiten Reihe, aber immerhin explizit zur Teilnahme an der Diskussion eingeladen, zu Wort kommen. Die Auswahl der Diskussionsteilnehmer kann zwar unter programmrechtlichen Gesichtspunkten geprüft werden, muss von der unabhängigen Beschwerdeinstanz bei Vorliegen einer Zugangsbeschwerde jedoch im Rahmen dieser behandelt werden.

11 Im Rahmen der Prüfung des Vielfaltsgebots nach Art. 4 Abs. 4 RTVG kommt die UBI nochmals auf die Zusammensetzung der Diskussionsrunde zurück und erwähnte im Wesentlichen die Argumente von Fernsehen SRF in Bezug auf die von der Redaktion gewünschten Gäste. Diese Erwägungen bezogen sich aber in erster Linie auf die Diskussionsteilnehmer, die in der ersten Reihe der «Arena»-Sendung stehen. Insgesamt kommt die UBI zum Schluss, dass unter dem Gesichtspunkt des Vielfaltsgebots die Argumente beider Lager in ausgewogener Weise zum Ausdruck gekommen sind. Zur Vernachlässigung des Umweltaspekts meint die UBI, dass dies allenfalls einen Mangel in einem Nebenpunkt darstellt, der nicht geeignet sei, eine Programmrechtsverletzung zu begründen.

12 **Kommentar:** Trotzdem hätte, aus meiner Sicht, die Zusammensetzung der Diskussionsrunde, auch der hinteren Reihe, im Rahmen der Zugangsbeschwerde ausführlicher behandelt werden sollen.

V. Verschwörungstheorien und Verschwörungstheoretiker

13 Verschwörungstheorien und Verschwörungstheoretiker beschäftigten die unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen im Berichtsjahr stark. Im Beschwerdeverfahren b.751 hatte sich die UBI mit der Sendung des Wissenschaftsmagazins «Einstein» vom 26. Januar 2017 zu beschäftigen. In einer Popularbeschwerde wurde unter anderem beanstandet, dass mit Daniele Ganser ein anerkannter Historiker und Forscher als Verschwörungstheoretiker bezeichnet und überdies mit Naziverbrechen in Verbindung gesetzt worden sei. Die Sendung befasste sich in verschiedenen Themenblöcken mit Aspekten über das Entstehen, Funktionieren, das Verbreiten und die Macht von Verschwörungstheorien. Dabei ging es auch um die Kritik von Daniele Ganser an der offiziellen Version zu den Terroranschlägen von 9/11 und insbesondere zum Einsturz des WTC-7. Als «Verschwörungstheoretiker» wurde Ganser von der Redaktion und somit im Rahmen der Moderation nie genannt, jedoch wurde er als solcher von einem interviewten Experten bezeichnet. Zum Vorwurf, Daniele Ganser verbreite Verschwörungstheorien, hätte dieser in der Sendung Stellung nehmen können. Darauf wies auch bereits zu Beginn des entsprechenden Beitragsteils die Moderatorin hin und erwähnte, dass Ganser ein Interview abgelehnt hätte. Nach der Ausstrahlung der Aussagen des Experten wurde die schriftliche Antwort von Daniele Ganser eingeblendet und vorgelesen. Aus rundfunkrecht-

licher Sicht kam die UBI zum Schluss, dass sich das Publikum zum Thema anhand der gezeigten aktuellen und historischen Beispiele eine eigene Meinung bilden konnte, was auch für den von den Beanstandern schwergewichtig beanstandeten Teil über die Kritik an Daniele Ganser betrifft. Das Publikum habe aufgrund der transparenten Gestaltung zwischen Fakten und persönlichen Ansichten unterscheiden können und umstrittene Aussagen seien als solche erkennbar gewesen. Der Betroffene konnte auch angemessene Stellung nehmen. Dem Vorwurf, Ganser sei mit Naziverbrechen oder Antisemitismus in Verbindung gesetzt worden, konnte die UBI nicht folgen.

14 **Kommentar:** Der Sichtweise der unabhängigen Beschwerdeinstanz ist vollumfänglich beizupflichten. Der Beitrag im Wissenschaftsmagazin «Einstein» war professionell und nicht einseitig aufgebaut. Die Stellungnahme von Daniele Ganser wurde adäquat wiedergegeben, sodass sich das Publikum eine eigene Meinung bilden konnte.

VI. Vom fairen Umgang mit Gästen

1. Daniele Ganser als Gast in der «Arena»-Sendung «Trumps Krieg gegen die Medien»

15 Zu einer wahren Flut von Beanstandungen führte die Sendung «Arena» vom 24. Februar 2017 zum Thema «Trumps Krieg gegen die Medien». Bei der Ombudsstelle SRG Deutschschweiz gingen rund 500 Beanstandungen gegen diese Sendung ein. Die unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen behandelte insgesamt sechs Beschwerden (b.753/756/757/758/759/760) und fasste ihre Entscheidung zu dieser Sendung am 3. November 2017. Von den Beschwerdeführern, unter denen sich auch Daniele Ganser befand, wurde vor allem der Umgang mit dem Gast Daniele Ganser, dessen Arbeit in abwertender und unzutreffender Weise dargestellt worden sei, gerügt. Er sei bereits als «umstrittener Publizist» vorgestellt und die Bewertung von dessen Arbeit als «Verschwörungstheorien» dargestellt worden. Insgesamt sei die Sendung sehr einseitig und in keiner Weise ausgewogen gewesen. Die Hauptkritik zielte vor allem gegen den Umgang des Moderators mit seinem Gast Daniele Ganser mit dem Höhepunkt der Auseinandersetzung, als die Reaktion des Publizisten auf die Sendung «Einstein» von Fernsehen SRF vom 26. Januar 2017 (siehe dazu oben) zur Sprache kam. Der Moderator erwähnte dazu einen Tweet von Daniele Ganser, in welchem dieser ausgeführt hatte, dass für SRG kritische Forschung zu den Terroranschlägen um 9/11 eine Verschwörungstheorie darstelle und dass diffamiert statt aufgeklärt worden sei. Fast gleichzeitig habe Ganser der Redaktion von «Einstein» eine E-Mail geschrieben und den Teil zu 9/11 als «fair und sachlich» bezeichnet. Daraufhin intervenierte Ganser in der Sendung «Arena» sofort und machte den Moderator darauf aufmerksam, dass der zweite wichtige Textteil der E-Mail weggeschnitten worden sei («der Mix mit Klimälüge und Protokolle hingegen fand ich schlecht»). Und nun entbrannte eine längere Diskussion um den verkürzten Text dieser E-Mail, welche anschliessend vollständig vorgelesen wurde. Gegen Schluss der Sendung ging der Moderator noch einmal auf diese Kontroverse ein.

16 Die unabhängige Beschwerdeinstanz kommt zum Schluss, dass der Umgang des Moderators mit Daniele Ganser im Lichte von wichtigen journalistischen Sorgfaltspflichten, wie dem Fairnessprinzip oder der Unvoreingenommenheit, problematisch war. Dies allein könne aber noch nicht eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots hervorrufen. Die UBI ist der Ansicht, dass der problematische Umgang des Moderators und der Redaktion mit Daniele Ganser für das Fernsehpublikum transparent war: «Die beanstandete Diskussionssendung wollte gemäss Anmoderation die Glaubwürdigkeit der klassischen Medien thematisieren, zu denen auch die Beschwerdegegnerin zählt. Mit der wiederholten Kritik des Moderators an Daniele Ganser und an dessen Ansichten, die in keinem direkten Zusammenhang mit dem angekündigten Thema stand, wurde aber stattdessen in substantieller Weise die Glaubwürdigkeit einer der beiden Vertreter der medienkritischen Seite infrage gestellt. Diese Problematik wurde durch die wiederholten energischen Erwidern von Daniele Ganser für das Publikum jedoch ersichtlich, sodass es sich dazu eine eigene Meinung bilden konnte. Der mediengewandte Publizist legte nicht nur seinen Standpunkt zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen – umstrittene bzw. widersprüchliche Aussagen, Verschwörungstheoretiker – und zu den verwendeten problematischen Mitteln – verkürzte E-Mail – unmissverständlich dar, sondern kritisierte die Sendung an einer Stelle auch in genereller Weise, indem er deren Informationsgehalt infrage stellte und bemerkte, dass es in dieser darum gehe, jemanden (ihn) zu diffamieren und in die Pfanne zu hauen.» Die UBI kommt dann zum Schluss, dass die Diskussion in der «Arena» insgesamt verdeutlichte, dass das Thema der Glaubwürdigkeit der Medien mit den zahlreichen damit verbundenen Aspekten äusserst umstritten und emotional aufgeladen war, aber trotz der erwähnten Mängel sich das Publikum eine eigene Meinung zum Inhalt der beanstandeten Sendung bilden konnte.

17 **Kommentar:** Die Auseinandersetzungen zwischen dem Moderator und seinem Gast Daniele Ganser, welche zwar nur einen kleinen Teil der Sendezeit ausmachten, vermochten meines Erachtens den Gesamteindruck der Sendung massgeblich zu beeinflussen. Das Publikum erhielt den Eindruck, dass es den Sendungsmachern darum ging, Daniele Ganser als unglaubwürdig darzustellen. Die Auseinandersetzung um eine E-Mail in Bezug auf die Sendung «Einstein» verstärkte diesen Eindruck und verwirrte das Publikum, da die Visionierung dieser Sendung vom 26. Januar 2017 nicht vorausgesetzt werden konnte. Dem grösstenteils emotionalen, verbalen Disput zwischen dem Moderator und Daniele Ganser konnte das Publikum nicht folgen. Das beeinflusste nachhaltig den Gesamteindruck der Sendung mit dem Gast, der nicht fair behandelt wurde. Auch wenn sich Daniele Ganser schlagfertig und mediengewandt wehren konnte, wurde vonseiten der Moderation nur darauf hingearbeitet, seine Glaubwürdigkeit herabzusetzen. Wie sich so das Publikum eine eigene Meinung zum Thema der gesamten Diskussionssendung machen konnte, ist fraglich.

18 Die UBI wies die Beschwerden mit 4:4 Stimmen und dem Stichentscheid der Vizepräsidentin ab (der Präsident der UBI war als damaliger Gast in der Sendung «Arena» im Ausstand).

2. Talk-Sendung «Schawinski mit Nationalrat Andreas Glarner

19 Der journalistische Umgang mit einem Gast in einer Sendung war auch Thema des Beschwerdeverfahrens b.762. In der Talk-Sendung «Schawinski» vom 27. Februar 2017 war der Aargauer Nationalrat Andreas Glarner Gast. In einer Popularbeschwerde wurde geltend gemacht, der Moderator habe mit falschen Aussagen, einseitiger Betrachtungsweise und Beleidigungen Andreas Glarner an den Pranger gestellt. Einziges Ziel der Sendung sei gewesen, den Gast zu demontieren und ihn blosszustellen. Die UBI weist in ihrem Entscheid darauf hin, dass der Moderator bekannt dafür sei, seine Gäste mit direkten, teilweise provokativen Fragen und zugespitzten Aussagen zu konfrontieren. Dies sei nicht zu beanstanden, da die Medien- und Rundfunkfreiheit sowie die Programmautonomie Medienschaffenden bei der Fragestellung sowie der Art und Weise der Gesprächsführung einen weiten Spielraum einräume. Weiter sei auch in Bezug auf den Gast, den SVP-Nationalrat Andreas Glarner, ein gewisses Vorwissen des Publikums vorausgesetzt. Insbesondere dessen harte Haltung in der Ausländer- und Asylpolitik sei bekannt. Die UBI kommt zum Schluss, dass das kontroverse Gespräch in der beanstandeten Sendung einem verbalen Schlagabtausch gleichkam, bei welchem sich die beiden Protagonisten auf Augenhöhe begegneten. Zu allen Vorwürfen des Moderators konnte der Gast Stellung nehmen. Damit sei auch transparent geworden, dass die den Gast betreffenden kritischen Aussagen des Moderators umstritten sind.

20 **Kommentar:** Der Beurteilung der UBI ist zuzustimmen. Vergleicht man diese Sendung mit der oben erwähnten «Arena»-Sendung unter dem Gesichtspunkt der fairen Behandlung von Gästen, so werden die Unterschiede sofort klar: In der «Schawinski»-Sendung ging es nur um die Person von Andreas Glarner; die harten Fragen konnten vom Gast ohne Probleme beantwortet werden und auf Vorwürfe wurde gekontert. Die Anforderungen an die journalistische Fairness bei der Behandlung von Gästen sind anders als in einer Diskussionssendung wie der «Arena», bei der nicht eine Person im Zentrum der Diskussion steht. Zum Fairnessprinzip gehört auch die Gleichbehandlung und der Respekt der an einer Diskussion teilnehmenden Gäste.

21 In der Sendung «Schawinski» sprach der Moderator auch das Privatleben seines Gastes an und erwähnte dabei dessen Scheidung sowie die Beziehung mit einer neuen Partnerin. Dies war bereits öffentlich bekannt und die UBI ist der Ansicht, dass der Moderator seine diesbezüglichen Aussagen wohl etwas anders und zurückhaltender hätte formulieren können. Insgesamt erfolgte jedoch der hart und vielfach provokativ geführte Gesprächsstil mit der rundfunkrechtlich gebotenen Achtung der Menschenwürde. Die Beanstandung wurde einstimmig abgewiesen.

3. Generalsekretär der Lia Rumantscha im rätoromanischen Radio

22 Im Verfahren b.766 war erstmals seit 2002 ein rätoromanischer Beitrag Gegenstand einer Beschwerde. Der Fall weist Parallelen zur soeben erwähnten «Schawinski»-Sendung mit Andreas Glarner auf. In einer Talksendung von Radio Rumantsch vom 20. Mai 2017 war der ehemalige Generalsekre-

tär der Lia Rumantscha Gast, dessen Wirken durch Fragen der Moderatorin und durch die eingespielten Aussagen von drei Personen kritisch hinterfragt wurde. Der mediengewandte Gast konnte sich zu allen Kritikpunkten äussern und nach Meinung der UBI war es den Zuhörenden möglich, sich eine eigene Meinung zu bilden. Auch die Thematisierung von privaten Angelegenheiten stellte keine Missachtung der Menschenwürde dar, da dies nicht in respektloser Weise geschah und die Initiative zudem mehrheitlich vom Gast selber ausgegangen sei. Die UBI bemerkte aber, dass das Publikum zu Beginn der Sendung auf den kritischen Fokus, welcher sonst in diesem Sendegefäss nicht üblich ist, hätte hingewiesen werden sollen.

VII. Sensible Zeit vor dem Urnengang

23 In der Informationssendung «HeuteMorgen» vom 2. Mai 2017 bildete ein Beitrag im Zusammenhang mit der bevorstehenden eidgenössischen Volksabstimmung vom 21. Mai 2017 über das Energiegesetz Gegenstand einer Beschwerde. Der Beschwerdeführer, der im Namen der SVP und des überparteilichen Komitees gegen das Energiegesetz die Eingabe an die UBI verfasste, war der Meinung, dass im Beitrag Zahlen zu den Kosten der Energiewende und zu den Kosten des Energiegesetzes vermischt worden seien. Die Berichterstattung sei insgesamt parteiisch gewesen, was im Hinblick auf die bevorstehende Volksabstimmung unhaltbar sei. Mit 6:3 Stimmen hiess die UBI die Beschwerde gut. Kritisiert wurde u. a. die tatsachenwidrige Aussage der Redaktorin, dass das Parlament die Lenkungsabgabe «bereits versenkt» habe, was nicht den Tatsachen entsprach. Weiter bemängelte die UBI die im Beitrag genannten Kostenberechnungen, die auf unterschiedlichen Bezugsgrössen beruhten, was für die Zuhörerschaft nicht erkennbar war. Im Gespräch wurde dies nicht ausgeführt. Ein entsprechendes Vorwissen zur Energiestrategie 2050, zum Energiegesetz und zu den Zusammenhängen konnte beim Publikum trotz des Abstimmungskampfes nicht vorausgesetzt werden. Zusätzlich beeinträchtigten nach Ansicht der UBI unzutreffende und nicht präzise Formulierungen im Beitrag die Meinungsbildung der Zuhörenden. So war beispielsweise im Interview regelmässig von den Kosten der «Energiewende» und nicht von den Kosten des «Energiegesetzes» die Rede, um welche es gemäss Anmoderation offensichtlich primär ging. Der eigentliche Titel der Abstimmungsvorlagen blieb im ganzen Beitrag unerwähnt, meint die UBI.

Zusammenfassung Das Online-Angebot der SRG, verschiedene Diskussionssendungen und eine Zugangsbeschwerde beschäftigten die unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen im Jahre 2017 massgeblich. Zu einer wahren Flut von Beanstandungen führte die Sendung «Arena» vom 24. Februar 2017 zum Thema «Trumps Krieg gegen die Medien». Umstritten war dabei insbesondere der emotionale, verbale Disput zwischen dem Moderator und einem Gast und die Frage, ob sich so das Publikum eine eigene Meinung zum Thema der gesamten Diskussionssendung machen konnte.



Bild: Sébastien Monachon

Miriam Mazou, avocate pénaliste à Lausanne

Diffamation en focus de la jurisprudence fédérale

Aperçu de la jurisprudence fédérale et internationale rendue durant l'année 2017 en matière de droit pénal et de procédure pénale en lien avec les médias

Résumé Le Tribunal fédéral suisse a estimé que la possession d'ordinateurs utilisés pour administrer des serveurs d'un site internet destiné à critiquer une personne déterminée et contenant des propos diffamatoires fait du possesseur de ces ordinateurs un coauteur de diffamation. De même, notre Haute Cour a jugé que donner son feu vert à l'envoi d'une lettre ouverte diffamatoire fait de l'intéressé un auteur de l'infraction de diffamation. Les juges de Mont-Repos se sont encore prononcés en faveur de l'ouverture d'une enquête pénale contre l'auteur de propos, diffusés à la radio, faisant apparaître quelqu'un comme un être belliqueux. En matière procédurale, le Tribunal fédéral a estimé que l'exposition médiatique, dans la presse locale, d'un prévenu par la suite acquitté ne donne pas droit à une indemnisation particulière. Enfin, les juges fédéraux ont souligné que les enquêteurs suisses peuvent effectuer des recherches en ligne sur Facebook. La Cour européenne des droits de l'homme a quant à elle jugé que la condamnation d'un journaliste pour violation du secret de fonction ne viole pas la liberté d'expression.

Introduction

1 La présente chronique répertorie, comme l'année dernière, une sélection d'arrêts rendus au cours de l'année écoulée en matière de droit pénal et de procédure pénale, en lien avec les médias. Il sera fait état cette année de décisions rendues par le Tribunal fédéral suisse et par la Cour européenne des droits de l'Homme. Pour 2017, il sera fait état de trois arrêts du Tribunal fédéral en matière de diffamation. Nous mentionnerons également deux décisions rendues en matière de procédure et un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme concernant la liberté d'expression.

Diffamation sur Internet: la possession d'ordinateurs fait de l'intéressé un coauteur (TF 6B_673/2016 du 29 décembre 2017 c. 5.1 à 5.4)

2 La possession, dans ses locaux professionnels, d'ordinateurs utilisés à des tâches d'administration des serveurs d'un site Internet destiné à critiquer les activités d'une personne déterminée par des auteurs anonymes et comprenant notamment des propos pénalement répréhensibles constitue une contribution essentielle à l'infraction de diffamation. L'administration des serveurs comprenait la possibilité de mettre des informations à la disposition des internautes, de modifier ces informations et d'en ajouter de nouvelles, alors que les internautes consultant les informations ne pouvaient pas eux-mêmes opérer des modifications ou adjonctions. Dans la mesure où l'intéressé ne s'est pas lui-même chargé de l'administration des sites, il a toléré l'accomplissement des activités correspondantes par d'autres personnes, dans ses propres locaux et avec son propre matériel informatique. Le double rôle de l'intéressé, dans la conception et dans l'exécution du délit, est celui d'un coauteur. Il peut ainsi être considéré comme coauteur du délit de diffamation (art. 173 ch. 1 CP).

Diffamation par voie de radio: faire apparaître quelqu'un comme belliqueux suffit à l'ouverture d'une enquête pénale (TF 1C_63/2017 du 22 mai 2017 c. 3.4.4)

3 Des affirmations faites à l'occasion d'une émission radio doivent être appréciées en se fondant sur l'impression qu'elles provoquent chez un auditeur moyen, ayant des connaissances moyennes et du bon sens. Le fait d'affirmer à la radio qu'au cours de sa vie, une personne a malheureusement été en conflit avec beaucoup de personnes laisse entendre que l'intéressé a un caractère provoquant de nombreux conflits, que tel est le cas depuis longtemps et que cela est à déplorer. De tels propos

suffisent à l'ouverture d'une enquête pénale pour diffamation (art. 173 CP).

Diffamation par lettre ouverte: des propos inutiles au débat politique (TF 6B_683/2016 du 14 mars 2017)

4 Une lettre ouverte qui mentionne qu'un élu met en danger des emplois par égoïsme en s'opposant au changement du statut d'une parcelle n'apporte aucun élément au débat politique et ne doit donc pas être considéré avec la retenue généralement applicable aux propos tenus dans un tel cadre. Le fait d'avoir donné son accord, qui était nécessaire à l'envoi de la lettre ouverte incriminée, laquelle contenait une telle affirmation, suffit pour reconnaître à l'intéressé la qualité d'auteur, au sens de l'art. 28 al. 1 CP, d'atteinte à l'honneur. La condamnation de l'intéressé pour diffamation (art. 173 ch. 1 CP) est donc confirmée.

L'exposition médiatique locale ne donne pas droit à une indemnité en faveur du prévenu acquitté (TF 6B_118/2016 du 20 mars 2017 c. 6.2.2)

5 La publication du nom d'un prévenu, par la suite acquitté, dans deux articles en italien dans la presse tessinoise de portée locale (alors que l'intéressé n'est pas de ce canton), et la mention de l'intéressé, par ses initiales, dans un troisième article en français, n'ont pas gravement sali sa réputation au point de constituer une atteinte particulière à sa personnalité au sens de l'art. 429 al. 1 let. c CPP. Par conséquent, aucune indemnité en réparation du tort moral au sens de la disposition légale précitée n'est due de ce chef. Le simple fait que les articles de presse tessinois se retrouveraient sur internet et que celui mentionnant ses initiales permettrait à son entourage professionnel et privé de l'identifier ne suffit pas à démontrer que la teneur et la portée des articles en question constitueraient une atteinte particulière à la personnalité du prévenu acquitté.

Les enquêteurs suisses peuvent effectuer une recherche en ligne sur Facebook (ATF 143 IV 270, JdT 2017 IV 384)

6 Un prévenu détenu tente de faire sortir des informations. Il écrit les codes d'accès de son compte Facebook sur un papier dans le but de le faire parvenir à une personne tierce, hors de l'établissement. Le Ministère public intercepte ce papier. Grâce à celui-ci, il accède au contenu du compte Facebook du prévenu et fait saisir des éléments issus de discussions y figurant. Une telle administration des preuves n'est pas basée sur la surveillance de correspondance par télécommunication au sens des articles 269 à 270 CPP, mais sur la base de la perquisition d'un document privé pour éviter un danger de collusion. La perquisition et les recherches subséquentes sont justifiées compte tenu du risque de collusion et du risque de destruction des preuves. Il s'agit donc d'un cas de péril en la demeure au sens des articles 263 al. 3 et 265 al. 4 CPP permettant la saisie provisoire

de documents dans le dossier d'instruction avant que le détenu puisse requérir la mise sous scellés. L'utilisation d'internet, par exemple de réseaux sociaux, appartient en principe à chacun, y compris aux autorités pénales, s'agissant d'investigations en ligne (cf. art. 139 al. 1^{er} en lien avec les art. 306 al. 1–2 et 312 al. 1^{er} CPP). En l'espèce, la recherche internet repose sur une perquisition, autorisée par la loi, d'un document privé sous forme écrite, lequel a été saisi et perquisitionné afin de parer au danger de collusion. Les données d'accès remises par le recourant auraient également pu être utilisées pour les investigations en ligne, si elles avaient été communiquées au cours d'un interrogatoire (art. 157 ss CPP) par le recourant lui-même ou par une personne à qui elles auraient été confiées. L'utilisation d'un service Internet dérivé offert par une entreprise étrangère, par le biais d'un accès Internet de Suisse, n'est pas considéré comme une utilisation à l'étranger. De même, le fait que les données soient présentes sur des serveurs gérés à l'étranger n'empêche pas que les enquêteurs suisses puissent effectuer une recherche en ligne depuis la Suisse. Une telle recherche n'est pas constitutive d'un acte d'instruction inadmissible sur un territoire étranger.

La condamnation d'un journaliste pour violation du secret de l'instruction n'est pas contraire à la liberté d'expression (CEDH, requête N° 22998/13, arrêt du 6 juin 2017, affaire Y c/ Suisse)

7 L'amende de CHF 5'000.00 infligée à un journaliste, pour violation du secret d'une instruction pénale (art. 293 CP), ne constitue pas une violation de la liberté d'expression consacrée par l'article 10 CEDH. Le requérant, journaliste de profession, avait publié en 2009 un article comprenant des documents protégés par le secret de l'instruction concernant une procédure pénale dirigée contre un régisseur immobilier pour pédophilie. Le code de procédure pénale vaudois en vigueur à l'époque prévoyait en effet que toute enquête pénale demeurerait secrète jusqu'à sa clôture (art. 184 aCPP-VD). Le journaliste avait reçu les documents par le père d'une des victimes. L'article de presse décrivait de manière détaillée des atteintes à l'intégrité sexuelle subies par les victimes mineures et reproduisait des extraits du dossier de l'instruction. Il contenait de plus certains éléments permettant d'identifier des victimes. La Cour a notamment considéré que les détails cités dans l'article n'étaient pas nécessaires pour atteindre les buts allégués, que leur publication n'était pas justifiée par un intérêt public, et constituait plutôt une tendance au sensationnalisme. Pour la Cour, la contribution de l'article au débat public était très limitée et il existait un risque d'influence sur la procédure pénale. Enfin, le type d'informations publiées appelait un haut degré de protection sous l'angle de l'article 8 CEDH. La Cour a retenu que les juridictions nationales suisses avaient soigneusement mis en balance les droits concurrents et tenu compte des intérêts légitimes des deux victimes mineures présumées et a conclu à une non-violation de l'article 10 CEDH.

Zusammenfassung Das Bundesgericht hat im vergangenen Jahr geurteilt, dass der Besitz von Computern, welche zum Verwalten eines Servers einer Internetseite verwendet werden, über die eine erkennbare Person kritisiert wird und die ehrverletzende Äusserungen beinhaltet, aus dem Besitzer dieser Computer einen Mittäter der üblen Nachrede macht. Ebenfalls hat Lausanne entschieden, dass das Erteilen des grünen Lichts für den Versand eines ehrverletzenden offenen Briefes aus dem Beteiligten einen Mittäter macht. Die Richter von Mont-Repos haben sich weiter für die Eröffnung einer strafrechtlichen Untersuchung gegen den Autor von Äusserungen, welche im Radio ausgestrahlt wurden und jemanden als ein kampflustiges Wesen darstellten, ausgesprochen. Auf der verfahrensrechtlichen Seite hat das Bundesgericht entschieden, dass eine mediale Hervorhebung in der lokalen Presse eines Beschuldigten, welcher danach freigesprochen wurde, keinen Anspruch auf eine besondere Entschädigung begründet. Schliesslich haben die Bundesrichter betont, dass die Schweizer Ermittler Online-Recherchen auf Facebook machen dürfen. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) seinerseits hat entschieden, dass die Verurteilung eines Journalisten wegen Amtsgeheimnisverletzung die Meinungsfreiheit nicht verletze.



Bild: zVg



Bild: zVg

Christiana Fountoulakis, professeure ordinaire, Chaire de droit civil I, Université de Fribourg

Julien Francey, docteur en droit, avocat

D'un médecin sado-maso, d'un escroc, d'un crétin et d'autres personnages

Aperçu de la jurisprudence fédérale, cantonale et internationale rendue durant l'année 2017 en matière de droit civil et de procédure civile en lien avec les médias

Zusammenfassung Das Bundesgericht hat sich 2017 in einem viel beachteten Entscheid ein weiteres Mal zur Medienberichterstattung in der Affäre «Hirschmann» geäußert, die es als widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung qualifiziert. Es äussert sich auch zum Recht des Verletzten auf Gewinnherausgabe. In zwei weiteren Fällen des Bundesgerichts geht es zum einen um die Rechtswidrigkeit gemischter Werturteile in satirischen Blättern und zum anderen um eine prozessuale Frage im Zusammenhang mit dem Vorbringen neuer Tatsachen. Aus der kantonalen Rechtsprechung ist ein Urteil des Appellationsgerichts Basel zu erwähnen, das sich der Ansicht anschliesst, die Prozesskosten einer vorsorglichen Massnahme seien im Falle von deren Gutheissung vorläufig dem Gesuchsteller aufzuerlegen. Das Handelsgericht Zürich hat im Berichtszeitraum gleich zwei Entscheide gefällt, die vorliegend von Interesse sind: Im einen Fall hatte es zu beurteilen, ob die Medienberichterstattung des «Blick» im Zusammenhang mit einem wegen Sexualdelikten in erster Instanz verurteilten Arzt persönlichkeitsverletzend war. Im zweiten Fall ging es um Beweislast und Beweismass im Zusammenhang mit einem Gesuch um vorsorgliche Massnahmen gegen periodische Medien. Relevant sind schliesslich ein Entscheid des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) sowie ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR). Der EuGH präzisiert seine Zuständigkeitsrechtsprechung bei Persönlichkeitsverletzungen durch Online-Medien in Anwendung von Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-Verordnung und entwickelt diese weiter. Der EGMR befasst sich einmal mehr mit der Haftung eines Internet-Providers.

I. Introduction

1 La chronique présente et discute les arrêts rendus par le Tribunal fédéral au cours de l'année précédente. Elle tient également compte d'une sélection d'arrêts cantonaux et internationaux, notamment de ceux rendus par la Cour de la Justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme, lorsqu'ils concernent aussi le droit suisse et revêtent un intérêt général.

II. Une campagne médiatique peut constituer une atteinte illicite aux droits de la personnalité et donner lieu à une action en remise du gain (ATF 143 III 297)

2 Le groupe Tamedia ainsi que le journal «20 Minuten» ont largement couvert l'instruction pénale ouverte contre Carl Hirschmann. Celui-ci a estimé qu'il faisait l'objet d'une campagne médiatique illicite et a exigé le retrait de plusieurs articles ainsi que le versement d'un tort moral. Suite au rejet de sa demande par le Tribunal de commerce du canton de Berne, Hirschmann a saisi le Tribunal fédéral qui a rendu un long arrêt.

3 Les juges fédéraux ont reproché au Tribunal de commerce d'avoir uniquement examiné la licéité des articles au regard de leur véracité et du droit à l'honneur, sans toutefois se pencher sur leur compatibilité avec le droit au respect de la vie privée. En effet, une information véridique peut constituer une atteinte si le reportage n'est pas objectif ou diffuse des faits inutilement rabaissants. En outre, tout article qui révèle un fait appartenant au domaine privé ou secret enfreint le droit au respect de la vie privée. Chacun possède ainsi un certain droit à décider quelle information il souhaite partager et avec qui. Il est certes vrai que le demandeur devait accepter une plus

grande intrusion dans sa vie privée en raison de son statut de personnalité de boulevard. Cependant, la campagne médiatique dont il a fait l'objet a largement dépassé ce qu'il devait tolérer; les médias ont couvert l'affaire de manière très intense durant une année en dévoilant toute sorte d'informations sur Hirschmann qui n'avaient aucun lien avec la procédure pénale et qui le ridiculisaient auprès du lecteur moyen. Il avait ainsi totalement perdu la maîtrise de ses informations personnelles. Le fait que plusieurs médias autres que ceux du groupe Tamedia et le « 20 Minuten » aient contribué à la campagne ne change rien à ce constat: toute personne qui contribue à l'atteinte peut être recherchée peu importe son degré de participation (cf. art. 28 al. 1 CC).

4 Le Tribunal fédéral a ensuite examiné si le simple besoin de divertissement du lectorat constituait un motif justificatif qui permettait de lever l'illicéité de l'atteinte. Contrairement à la doctrine qui nie tout intérêt public à de la simple distraction, il a estimé que le divertissement correspond à un motif justificatif invocable par les médias. Toutefois, ce dernier est faible: lorsqu'il s'agit uniquement de divertir le public, une atteinte ne sera généralement pas justifiée. En revanche, si la distraction vise également un but d'information, compris comme la discussion de faits nouveaux relevant de l'intérêt commun, ce motif justificatif peut s'avérer prépondérant. En l'espèce, les articles n'avaient pas pour but principal de rapporter le déroulement de la procédure pénale impliquant le demandeur, mais bien plus de raconter d'anciens épisodes d'importance secondaire de sa vie privée. Pour le Tribunal fédéral, les médias ne poursuivaient donc pas un but d'information; il s'agissait surtout de raconter des faits à sensation qui ne pèsent pas lourds dans la mise en balance des intérêts en présence. Par conséquent, le besoin de divertissement du lectorat ne primait pas les droits de la personnalité d'Hirschmann.

5 Le Tribunal fédéral a ensuite abordé l'action en remise du gain (art. 423 CO, applicable de par le renvoi de l'art. 28a al. 3 CC). En raison de la difficulté d'évaluer le gain consécutif à une atteinte par voie de presse, le Tribunal fédéral a rappelé que la victime dispose d'un allègement du fardeau de la preuve qui vise aussi bien l'existence du gain que son montant (application analogique de l'art. 42 al. 2 CO). Dans l'arrêt Schnyder (ATF 133 III 153), le Tribunal fédéral avait précisé qu'un article illicite peut non seulement augmenter les ventes du média, mais aussi participer à la conservation de ses sources de revenus. Le maintien des recettes d'un média est alors considéré comme un gain, pour autant qu'il soit en relation de causalité avec l'atteinte.

6 Pour évaluer le gain obtenu par un média, le juge doit notamment se fonder sur le nombre d'abonnés et de tirages, sur le chiffre d'affaires, sur la grandeur du reportage et sur son caractère ponctuel ou répétitif. S'il s'agit d'une série de reportages, voire d'une campagne médiatique, les articles ultérieurs n'ont pas besoin d'être constitutifs d'une atteinte illicite indépendante; ils peuvent également servir à maintenir un certain souvenir des précédents articles illicites.

7 L'application de l'art. 42 al. 2 CO ne dispense pas la victime d'alléguer et de prouver les faits nécessaires à l'établissement du gain. A cet égard, il convient de relever que les différentes informations pertinentes se trouvent généralement en possession du média qui peut refuser de collaborer. C'est pour-

quoi, le Tribunal fédéral a décidé d'octroyer au lésé une prétention accessoire sous forme d'action en reddition de compte basée sur l'art. 2 CC. Cette action échelonnée (*Stufenklage*) permet ainsi à la victime de contraindre le média à lui fournir les renseignements utiles pour étayer le montant du gain qui sera exigé dans l'action principale tendant à la remise du gain.

8 Dans le cas présent, la juridiction précédente avait rejeté l'action en reddition de compte au motif que le lésé aurait déjà dû motiver comment évaluer concrètement le gain réalisé par les médias. Pour le Tribunal fédéral, ce raisonnement revient à imposer le même degré de motivation et d'allégation pour l'action échelonnée (reddition de compte) que pour l'action principale (remise du gain). Or, l'action en reddition de compte a précisément pour but d'obtenir les informations nécessaires pour évaluer le gain qui sera ensuite réclamé lors de l'action principale. Il n'est donc pas possible au stade de l'action échelonnée de déjà disposer des informations qui permettront d'évaluer le gain. Partant, le recours est également admis sur ce point.

9 Enfin, le Tribunal fédéral s'est penché sur le tort moral réclamé par le lésé. Le Tribunal de commerce bernois avait considéré que la seule audition du demandeur pour démontrer l'intensité de l'atteinte psychique et la causalité ne suffisait pas à satisfaire les exigences imposées par l'art. 8 CC; Hirschmann aurait également dû proposer d'autres moyens de preuve à l'appui de sa prétention. Le Tribunal fédéral a rejeté cette argumentation. En effet, l'art. 168 al. 1 lit. f CPC prévoit explicitement l'audition des parties comme moyen de preuve. En outre, le CPC n'établit aucune priorité des moyens de preuve. L'instance précédente ne pouvait donc pas nier d'emblée toute crédibilité à l'audition du demandeur sans l'avoir au préalable interrogé pour se forger sa propre conviction.

10 *Cet arrêt important en droit des médias a fait l'objet de nombreux commentaires, dont ceux de Matthias Schwaibold, Ein Schrecken ohne Ende, medialex 2017, p. 23 ss et de Daniel Glasl, Medienkampagne und Gewinnabschöpfung – Kein Schrecken ohne Ende, medialex 2017, p. 29 s.*

III. «Escroc» dans un article d'une revue satirique ne porte pas atteinte à l'honneur (TF, 14.12.2017, 5A_267/2017, statuant sur le recours interjeté contre l'arrêt de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois du 2.3.2017, PT13.03115)

11 Dans son arrêt non publié du 14 décembre 2017, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de confirmer sa jurisprudence en matière d'atteinte à l'honneur provoquée par un jugement de valeur mixte (*gemischtes Werturteil*). L'affaire concernait une publication dans un journal satirique qui racontait, avec suffisance et un humour mordant, les tripatouillages d'un certain Monsieur X. Ce X, cuisinier de formation, se serait décoré de titres faux et aurait été directeur d'une holding mise en faillite qui offrait des « services juridiques low-cost, des conseils en investissements et en affaires ». Avec une deuxième société, il aurait tenté de vendre des maisons sur des terrains qui ne lui appartenaient pas. Une association dont il aurait été directeur et

chef du service juridique aurait été menée à la ruine peu après. Le récit utilisait ponctuellement des mots comme « aigrefin », « ce valeureux directeur », « l'arnaque », « entourlouper » ou encore « l'escroc ». L'article avait également été publié sur le site internet dudit journal.

12 Une requête de mesures superprovisionnelles visant à interdire la mise en ligne de certaines pages de l'article a été rejetée. Sur requête provisionnelle, le même tribunal a ordonné le retrait de l'article dans son intégralité puis a admis l'action au fond introduite par X. En plus de l'interdiction de diffuser l'article litigieux, le journal a été condamné à publier un communiqué pour informer le lecteur du caractère illicite de l'atteinte. La Cour d'appel vaudoise, saisie par le journal, a vu l'affaire d'un autre angle et a levé l'ordonnance de l'instance précédente, en estimant notamment que l'utilisation du mot « escroc » était admissible en l'espèce. Monsieur X a alors recouru devant le Tribunal fédéral.

13 Ce dernier a rappelé que, dans la mesure où des opinions, commentaires et jugements constituent aussi des affirmations de fait (*gemischtes Werturteil*), le noyau de fait de l'opinion (*Sachbehauptungskern*) s'analyse selon les mêmes principes développés en relation avec les allégations de fait: Si le fait sur lequel le jugement de valeur se base est faux, le jugement de valeur est illicite. Si le fait est exact (et, doit-on encore ajouter, en rapport avec l'activité ou la fonction publique de la personne concernée), il ne peut y avoir illicéité que lorsque le jugement de valeur dénigre la personne concernée de manière inadmissible.

14 En l'occurrence et d'après les constatations de la Cour d'appel, les faits sur lesquels se fondait l'article n'étaient pas faux et le recourant n'a pas su démontrer devant le Tribunal fédéral que la constatation des faits par l'instance précédente était arbitraire. Il ne restait donc qu'à examiner l'autre point litigieux, à savoir l'utilisation du mot « escroc ». Le Tribunal fédéral a rappelé que, pour juger le caractère inutilement blessant d'un mot utilisé dans une publication, il fallait se mettre dans la position du « lecteur moyen » de l'article. En l'espèce, « escroc » était utilisé aux côtés des expressions « aigrefin » (*Hochstapler*) et « arnaqueur » (*Schwindler*). « Escroc » ne laissait donc pas penser que des procédures pénales auraient été introduites à l'encontre du recourant pour délit contre le patrimoine, mais il évoquait plutôt auprès du lecteur « le sens courant d'une personne qui ... tire quelque chose de quelqu'un par fourberie » (pour le lecteur germanophone: « escroc » dans le sens de « *Gauner* » et non pas de « *wegen Betrugsdelikts Verurteilter* »). L'article avait par ailleurs été publié dans une revue au contenu et à la teneur notoirement satiriques; il y avait donc lieu d'accepter « une certaine vivacité de ton, y compris l'absence de goût et de tact, ainsi que les allégations de faits qui blessent l'honneur pour autant que le public ne les ait pas prises à la lettre, ce que l'on peut admettre en l'espèce, la revue ayant pour vocation manifeste de présenter des faits de société sur un ton mordant et satirique ».

15 *Le Tribunal fédéral n'a pas toujours été aussi clément dans sa jurisprudence sur les contenus satiriques. La direction prise dans cet arrêt doit être saluée: on admettra que les médias ne doivent pas être muselés. Pourtant, l'arrêt montre l'importance qu'il faut donner aux faits et aux moyens de preuve. A cet égard, la question de savoir si*

les faits relatés dans un article satirique sont vrais – ce qui rend la publication a priori licite – s'apprécie selon les éléments connus au moment de la parution de la publication et non selon les circonstances qui se sont déroulées ultérieurement. Le simple soupçon, pourvu qu'il s'appuie sur des informations « vérifiées par le média » (cons. 3) suffit donc, et des faits qui se déroulent après la publication de l'article (en l'espèce le prononcé d'acquiescement) ne rendent pas rétroactivement illicite ce dernier. Le dégât est donc vite fait. Par ailleurs, la fin de l'article litigieux (ne pas savoir comment payer l'hôtel loué pour la fête de son partenariat enregistré), bien qu'il soit réussi d'un point de vue stylistique, porte sur des faits intimes et ne répond dès lors pas à un intérêt public prépondérant. Le recourant n'a pourtant pas invoqué l'illicéité de cette partie de l'article.

IV. Le recours devant le Tribunal fédéral contre le refus de l'instance cantonale d'ordonner des mesures provisionnelles contre un média ne peut pas être motivé par des faits nouveaux (TF, 06.06.2017, 5A_773/2016)

16 Une maison d'édition publie sur son site internet deux articles sur A., en indiquant son nom complet. A. est le seul membre du conseil d'administration d'une société anonyme nommée E. Les articles en ligne font le récit de la faillite d'une société pour laquelle l'E. SA a servi d'intermédiaire de vente d'actions par téléphone à des tiers. Il est dit, dans ces publications en ligne, que les intermédiaires auraient gagné « des millions » et que la faillite aurait causé des pertes de plusieurs millions à environ 1500 investisseurs.

17 Par requête de mesures provisionnelles, A. demande que son nom soit effacé desdits articles. Tant la première que la deuxième instance cantonale refusent la demande. A. interjette recours devant le Tribunal fédéral.

18 Le recours contre une décision portant sur des mesures provisionnelles ne permet que d'invoquer la violation de droits constitutionnels (art. 98 LTF), dont l'interdiction de l'arbitraire (*Willkürverbot*) fait partie. Les griefs doivent être motivés et doivent démontrer en détail de quelle manière la décision de l'instance cantonale aurait été arbitraire.

19 En l'occurrence, A. se plaint d'une fausse application de l'art. 266 CPC, qui règle les conditions d'une mesure provisionnelle contre un média. Entre autres, A. fait valoir qu'en relation avec les acheteurs d'actions de la société tombée en faillite, l'un des articles litigieux parle de « victimes », ce qui ferait apparaître A. comme un criminel (« *in den Dunstkreis eines Straftäters gestellt* »). Ce grief n'a toutefois pas été invoqué devant les instances cantonales et n'est donc pas admis devant le Tribunal fédéral (cf. art. 99 al. 1 LTF). L'instance précédente n'est pas non plus tombée dans l'arbitraire en refusant d'admettre un préjudice « particulièrement grave » au sens de l'art. 266 let. a CPC ; en niant la vraisemblance d'un préjudice particulièrement grave sur la base de la simple allégation du recourant, selon laquelle des connaissances lui auraient demandé s'il avait commis un crime, l'instance précédente n'a pas dépassé son pouvoir d'appréciation. Pour ces raisons, le recours est rejeté.

20 *Entre autres, le Tribunal fédéral rejette la requête de mesures provisionnelles en considérant que le fait que l'un des articles parlait*

de «victimes» n'avait pas été invoqué lors de la procédure antérieure; il était dès lors un fait nouveau tel qu'il est proscrié par l'art. 99 al. 1 LTF (Seine Hinweise auf die fraglichen Textstellen sind im bundesgerichtlichen Verfahren neu. Neue Tatsachen dürfen im bundesgerichtlichen Verfahren aber nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG)», E. 3.1 in fine). *Pourtant, en évoquant la teneur de l'article litigieux, le requérant n'a pas présenté un fait nouveau car le contenu de l'article était déjà connu devant les instances précédentes. Le requérant a uniquement offert une motivation juridique pour admettre une violation de l'interdiction de l'arbitraire. En effet, les instances cantonales appliquent le droit d'office (cf. art. 57 CPC); en l'occurrence, elles devaient juger si, sur la base des articles que le requérant leur avait fournis en tant que moyen de preuve, l'on pouvait admettre une atteinte (à la personnalité) au sens de l'art. 266 lit. a CPC. Le requérant était dès lors légitimé à invoquer que l'instance cantonale précédente était tombée dans l'arbitraire en n'examinant pas l'illicéité du passage qui parlait de «victimes». Son recours n'aurait donc dû échouer qu'au regard du Rügeprinzip qui exige des griefs clairement motivés, mais pas en raison de l'art. 99 al. 1 LTF.*

V. En cas d'admission d'une mesure provisionnelle, les frais et dépens doivent être mis à la charge du requérant qui a obtenu gain de cause, sauf s'il ouvre action au fond (Arrêt de la Cour d'appel de Bâle-Ville du 23 juin 2017, BJM 2018 122)

- 21 Au titre de mesures superprovisionnelles, le Tribunal civil de Bâle-Ville a interdit à un média de publier un reportage. Par la suite, le tribunal a rejeté les mesures provisionnelles et a levé l'interdiction ordonnée à titre superprovisionnelle. Dans son jugement, il a réparti les frais des mesures provisionnelles et superprovisionnelles par moitié et a disposé que chaque partie supporte ses propres dépens. Soutenant que la répartition des frais était contraire au droit, l'entreprise de médias a recouru contre le jugement de mesures provisionnelles.
- 22 Lorsque la procédure principale est pendante et que des mesures provisionnelles sont requises, la doctrine retient que le juge doit renvoyer la question des frais des mesures provisionnelles à la décision finale (cf. 104 al. 3 CPC). Les frais des mesures provisionnelles sont alors répartis selon le sort de la cause. Par contre, si la procédure principale n'est pas encore pendante, le juge doit statuer sur les frais lors de la procédure de mesures provisionnelles afin d'éviter que cette question reste sans réponse si le requérant n'ouvre pas action au fond dans le délai imparti.
- 23 La répartition des frais en cas d'admission de mesures provisionnelles lorsque la procédure principale n'est pas encore pendante est controversée. Un premier courant doctrinal estime que la partie succombante doit supporter les frais conformément au principe général de l'art. 106 al. 1 CPC. Cette solution est suivie par les tribunaux des cantons d'Argovie, de Bâle-Campagne, de Soleure et de St-Gall. En revanche, une autre partie de la doctrine et les tribunaux zurichois font supporter (provisoirement) les frais au requérant bien qu'il ait obtenu gain de cause. Si ce dernier n'ouvre pas action au fond, la ré-

partition prévue dans la décision de mesures provisionnelles devient définitive. Par contre, si le requérant dépose sa demande dans le délai imparti par le juge des mesures provisionnelles, la question des frais et dépens est renvoyée à la décision finale.

- 24 En l'espèce, l'*Appellationsgericht* a décidé d'uniformiser sa pratique et a opté pour la seconde solution, à savoir mettre les frais et dépens à charge du requérant qui a obtenu gain de cause sauf s'il ouvre action pour valider les mesures provisionnelles. Pour la Cour d'appel, il ne se justifie pas de traiter différemment la répartition des frais selon que la procédure principale est déjà pendante ou non; dans les deux cas, il convient de renvoyer la répartition des frais à la décision finale, à moins que le requérant décide de ne pas agir au fond. En outre, si la partie succombante devait supporter les frais des mesures provisionnelles et que la partie requérante ne déposait pas action au fond, la partie succombante devrait ouvrir une action indépendante au sens de l'art. 264 al. 2 CPC afin de récupérer les frais de la procédure sommaire. Imposer une telle démarche à une partie qui succombe sur la base de la seule vraisemblance et qui n'a pas l'occasion de faire trancher le litige au fond en raison du comportement du requérant ne serait pas équitable. Par conséquent, il se justifie de faire peser temporairement les coûts des mesures provisionnelles au requérant en application de l'art. 107 al. 1 lit. f CPC. Il n'est possible de déroger à ce principe qu'en cas de circonstances particulières.

- 25 Ce résultat rejoint la solution appliquée par le Tribunal fédéral en cas de preuve à futur (art. 158 CPC). En effet, si la procédure principale n'est pas encore pendante et que la preuve à futur est admise, il appartient au requérant de supporter les frais de cette procédure, quand bien même la partie adverse accepte la preuve à futur (ATF 140 III 30).
- 26 En répartissant les frais judiciaires des mesures superprovisionnelles et provisionnelles par moitié et en disposant que chaque partie supporte ses propres dépens, le juge de première instance a donc violé le droit.

- 27 *L'arrêt bâlois compare les solutions d'autres tribunaux alémaniques, mais n'examine pas la pratique des tribunaux romands. Ceux-ci semblent mettre les frais des mesures provisionnelles à charge de la partie succombante quand bien même la problématique n'a pas fait l'objet d'une analyse approfondie à notre connaissance (cf. par exemple Cour de Justice de Genève, 06.10.17, ACJC/1291/2017; Tribunal cantonal vaudois, 14.03.2017, MP/2017/1; Tribunal cantonal fribourgeois, 11.08.2017, 101 2017 140. Voir toutefois en matière d'inscription provisoire d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs: Tribunal cantonal valaisan, 09.09.15, publié in : RVJ 2016 p. 133).*

VI. La couverture d'un procès pénal avec un titre à sensation, une histoire scabreuse et imprécise ainsi qu'un portrait du condamné est licite (Arrêt du Handelsgericht Zurich du 20.11.2017, ZR 117/2018, p. 74)

- 28 Le 14 septembre 2017, un journal à scandale publie un article en ligne portant le titre «*Sado-Maso-Arzt wegen Vergewaltigung verurteilt / Er drohte dem Opfer mit Mord*» («Un médecin

sado-maso condamné pour viol / Il a menacé la victime de meurtre»). L'article fait le récit d'un procès pénal portant sur des délits sexuels et donne des détails sur l'évènement qui a conduit à la condamnation du demandeur à trois ans derrière les barreaux par le tribunal de district zurichois. L'article en ligne est accompagné de la photographie du demandeur, une barre noire couvrant cependant ses yeux. L'article mentionne le prénom du demandeur, la première lettre de son nom de famille, son âge ainsi que l'information «médecin spécialisé dans une clinique de [...] (omis dans l'arrêt)».

29 Le 18 septembre 2017, le demandeur dépose une requête de mesures provisionnelles concluant, pour l'essentiel, que l'article et la photo soient supprimés. Le juge unique du tribunal commercial de Zurich rend un long arrêt, dans lequel il refuse, après avoir procédé à une pesée des intérêts détaillée, la requête.

30 Le juge considère que la couverture médiatique d'un procès pénal ou civil demande une prise en considération des intérêts en cause dans chaque cas concret. Alors qu'un article publié par un média peut causer de sérieux préjudices à la personne concernée, il ne faut pas perdre de vue que les médias ont l'importante fonction de «jeter un pont» entre la justice et le public, ce qui correspond à un grand intérêt public. La question est moins celle de savoir si une couverture médiatique d'une procédure judiciaire est permise, mais plutôt si elle respecte suffisamment la personnalité de la personne concernée.

31 Selon le juge unique, la présente couverture médiatique constitue une atteinte grave à la personnalité du requérant, dans la mesure où elle lui reproche d'avoir commis et d'avoir été condamné pour des délits sévères (viol, contrainte sexuelle, séquestration) ainsi que du fait que la photo permet au milieu privé et professionnel du requérant de l'identifier. Pourtant, il existe un intérêt public «clairement prépondérant» à apprendre l'âge et la profession du requérant, afin de se rendre compte que de tels délits peuvent également être commis par des personnes exerçant une profession de renommée, tel un médecin.

32 Le média n'a certes pas le droit d'humilier une personne («de la clouer au pilori»); mais afin de juger si tel est le cas, il faut, selon le juge, tenir compte de la nature du média, qui, en l'occurrence, est une feuille boulevardière, caractérisé par des titres à sensation et des photos scabreuses. Le média aurait dépassé les limites s'il avait révélé le nom (complet) du requérant, publié une photo qui l'aurait rendu identifiable par des tiers inconnus, ou indiqué son adresse privée ou professionnelle. Mais comme le journal n'avait rien publié de tout cela, on ne pouvait pas, selon le juge, admettre que l'article était illicite. Certes, l'auteur de l'article avait manqué de diligence en ne mentionnant pas qu'il ne s'agissait que de la condamnation par la première instance et que le requérant avait déclaré au moment du prononcé du jugement même qu'il allait recourir contre ce jugement; mais le principe de la proportionnalité ne serait pas respecté si on demandait au média de retirer l'article dans son intégralité. Le requérant aurait d'ailleurs pu faire usage de son droit de réponse (!). Pour toutes ces raisons, le Tribunal de commerce retient que le média n'a pas enfreint le droit. Néanmoins, le principe de «fairness» exigerait, selon le juge, que le journal supprime lui-même l'article litigieux.

33 Actuellement, la photographie et l'article litigieux se trouvent encore sur Internet. A la fin de la publication, le «Blick» a cependant rajouté que «[l]e médecin persiste à contester les faits. Malgré sa condamnation, la présomption d'innocence demeure. En effet, le jugement n'est pas encore entré en force en raison d'un recours du médecin» (traduction par les auteurs). Indépendamment de cet ajout, le texte – qui n'épargne aucun détail intime – et l'image du requérant restent problématiques. Dans la version online de l'article, la photographie est en outre extraordinairement grande et occupe presque l'entier d'une page A4. Certes, aucune jurisprudence n'impose de supprimer systématiquement une telle image, utilisée de surcroît pour illustrer des faits aussi piquants. En revanche, l'image en lien avec la profession du requérant, son âge, son prénom et la première lettre de son nom de famille le rendent manifestement reconnaissable pour son entourage (privé et professionnel). A notre avis, cette identification n'était pas nécessaire pour poursuivre l'intérêt public «clairement prépondérant» (selon l'expression utilisée par le juge) visant à dénoncer les infractions commises par des personnes exerçant des professions de renommée.

34 Bien que l'article s'inscrive dans les limites du droit, le juge unique a convié le «Blick» à retirer volontairement son reportage en se basant sur le principe de «fairness». Ce raisonnement contradictoire surprend, surtout que les parties ne se trouvaient pas en procédure de conciliation et que le juge a longuement pondéré les intérêts en présence. En outre, on ne voit pas quel est le fondement juridique du principe de «fairness»; soit l'article est illicite et il convient de le retirer, soit l'article respecte les droits de la personnalité du requérant et le «Blick» peut continuer à le diffuser.

35 La critique de cet arrêt publié dans le recueil de jurisprudence du canton de Zurich ne s'arrête pas là: le juge unique a également méconnu le droit en estimant que le requérant aurait pu utiliser son droit de réponse pour se défendre contre l'article du «Blick», ce qui excluait les mesures provisionnelles. Premièrement, l'art. 28g al. 2 CC prévoit explicitement qu'«il n'y a pas de droit de réponse en cas de reproduction fidèle des débats publics d'une autorité auxquels la personne touchée a participé». Or, les audiences d'un tribunal pénal sont généralement publiques (cf. art. 69 CPP) et il n'est pas contesté que le requérant a participé aux débats qui ont été reproduits fidèlement par le «Blick». Dès lors, le droit de réponse n'était pas ouvert en l'espèce. Secondement, le droit de réponse n'exclut pas les actions en protection de la personnalité au sens de l'art. 28a CC, y compris les mesures provisionnelles en la matière. Au contraire, il s'agit d'un moyen cumulatif à disposition de la victime (et seule est controversée la question de savoir s'il est possible de requérir par voie de mesures provisionnelles la publication d'un rectificatif au sens de l'art. 28a al. 2 CC si les conditions du droit de réponse sont remplies [STEINAUER/FOUNTOLAKIS, *Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte*, Berne 2014, n° 637 s.], ce qui ne concerne toutefois pas le cas d'espèce).

VII. En cas de mesures provisionnelles contre un média, la victime doit rendre vraisemblable le préjudice particulièrement grave et le média la justification de l'atteinte (Arrêt du Handelsgericht Zurich du 29 juin 2017, ZR 116/2017 p. 226 ss.)

36 Dans cet arrêt très didactique, le Tribunal de commerce de Zurich a passé en revue les conditions pour ordonner des mesures provisionnelles contre un média à caractère périodique (art. 266 CPC en lien avec l'art. 261 CPC). A cette fin, il a commencé par rappeler qu'une mesure provisionnelle peut également être dirigée contre un média si l'atteinte est actuelle et non seulement imminente, comme le prévoit pourtant le texte légal.

37 Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. TF, 23.02.12, 5A_641/2011 consid. 7.1), les conditions de l'existence d'un préjudice particulièrement grave (art. 266 lit. a *in fine* CPC) et de l'absence manifeste de justification de l'atteinte (art. 266 lit. b CPC) doivent être démontrées avec une quasi-certitude. En se basant sur les critiques de la doctrine, le Tribunal de commerce s'est cependant distancié de cette jurisprudence fédérale et a retenu qu'il suffisait de rendre ces deux éléments vraisemblables. Cette pratique rejoint celle des tribunaux cantonaux zurichois et zougais. Le fardeau de la preuve revient à la victime. Par contre, l'entreprise de médias doit rendre vraisemblable la justification de l'atteinte afin d'éviter que la victime ne doive prouver un fait négatif, à savoir que la violation n'est manifestement pas justifiée.

38 S'agissant de l'atteinte, le Tribunal de commerce a constaté que le média avait rédigé un article sur l'existence d'une procédure judiciaire ouverte aux USA contre le requérant. Dans son article, le média avait notamment utilisé les termes suivants: « escroquerie massive », « l'accusé », « l'inculpation », « présomption d'innocence » ou encore « l'acte d'accusation ». Ces éléments suggèrent auprès du lecteur moyen l'existence d'une procédure pénale, même si le média avait précisé, à un seul endroit, qu'il s'agissait d'une procédure civile. En donnant l'impression que le requérant faisait l'objet d'une procédure pénale aux USA alors qu'en réalité, seule une procédure civile avait été ouverte à son encontre, le média a diffusé des faits erronés qui portaient atteinte à son honneur. En outre, le nom du requérant était explicitement cité dans l'article sans que le média n'ait expliqué pourquoi l'intérêt public requérait sa révélation.

39 Les autres conditions des mesures provisionnelles contre un média (urgence, préjudice particulièrement grave et proportionnalité) étant remplies, le Tribunal de commerce a ordonné à l'entreprise de médias de retirer son article de son site Internet et lui a imposé de contacter Google pour qu'il supprime l'article litigieux de ses serveurs.

VIII. Compétence judiciaire en application de «Bruxelles Ia»: Le centre des intérêts d'une personne morale se trouve dans l'Etat membre dans lequel elle exerce l'essentiel de son activité économique – Les actions défensives doivent être intentées devant les tribunaux de l'Etat membre dans lequel la personne lésée a son centre des intérêts (CJUE, 17.10.2017, Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan c. Svensk Handel AB, C-194/16)

40 Bolagsupplysningen, une société de droit estonien, et Mme Ilsjan, une employée de celle-ci, ont introduit un recours contre Svensk Handel, société de droit suédois, devant un tribunal de première instance en Estonie. Les requérantes ont demandé à cette juridiction d'imposer l'obligation à Svensk Handel de rectifier les données inexactes publiées sur son site Internet à propos de Bolagsupplysningen et de supprimer les commentaires y figurant, de verser à Bolagsupplysningen des dommages-intérêts d'un montant d'environ 56'600 € et de payer à Mme Ilsjan une juste réparation pour le préjudice moral. Les requérantes reprochent à Svensk Handel d'avoir inscrit, sur son site Internet, Bolagsupplysningen sur une liste « noire » en indiquant que cette société commet des actes de fraude et de tromperie. Sur le forum de discussion dudit site, il y aurait environ 1000 commentaires, parmi lesquels des appels directs à la violence à l'encontre de Bolagsupplysningen et de ses employés, dont Mme Ilsjan.

41 Le tribunal estonien a considéré que le recours était irrecevable faute de compétence internationale. L'appel des requérantes contre cet arrêt a été rejeté en deuxième instance. La Cour suprême a disjoint les demandes de Bolagsupplysningen et de Mme Ilsjan, estimant que, pour cette dernière, l'affaire doit être renvoyée devant la première instance.

42 S'agissant de la requête introduite par Bolagsupplysningen, la Cour suprême a estimé qu'elle relevait de la compétence des juridictions estoniennes pour la partie du dommage survenue en Estonie. Elle s'est toutefois demandée si Bolagsupplysningen aurait également pu s'adresser aux juridictions estoniennes pour exiger la réparation de la totalité du préjudice subi ou pour requérir la rectification des données inexactes et la suppression des commentaires. Enfin, la Cour suprême s'est interrogée sur les critères qui permettent de déterminer où se situe le centre des intérêts d'une personne morale en application du Règlement n° 1215/2012 (« Bruxelles Ia »). Dans ces conditions, la Cour suprême a suspendu la procédure et a posé ces questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE).

43 La Grande Chambre de la CJUE rappelle d'abord les bases légales: Selon l'art. 7 point 2 Bruxelles Ia, en matière délictuelle ou quasi-délictuelle, une personne domiciliée sur le territoire d'un Etat membre peut être atraite, dans un autre Etat membre, devant la juridiction du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire. Selon la jurisprudence constante de la Cour, l'expression « lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire » vise à la fois le lieu de l'évènement causal et celui de la matérialisation du dommage. En l'occurrence, il se pose la question de savoir si les tribunaux estoniens sont compétents au titre du lieu de la matérialisation

du dommage allégué. Selon l'arrêt *Shevill* (arrêt du 7.3.1995, C-68/93), une personne physique peut intenter contre l'éditeur d'un média une action en dommages-intérêts devant les juridictions de chaque Etat membre dans lequel la publication a été diffusée et où la victime prétend avoir subi une atteinte à sa réputation, mais seul le dommage causé dans cet Etat membre peut faire l'objet de cette action. Pourtant, dans le contexte spécifique d'Internet, une personne physique qui s'estime lésée par de contenus mis en ligne doit avoir la faculté de déposer une action en responsabilité devant les juridictions de l'Etat membre dans lequel se trouve le centre de ses intérêts, afin d'y exiger l'intégralité du dommage causé (arrêt *eDate Advertising*, 25.10.2011, C-509/09 et C-161/10).

44 La Cour précise ensuite que ces règles doivent valoir indépendamment de la nature matérielle ou immatérielle du dommage prétendument subi. En effet, si la nature du dommage peut avoir, en fonction du droit applicable, une influence sur le caractère réparable du préjudice allégué, elle est sans incidence sur la détermination du centre des intérêts d'une personne. S'agissant de l'identification dudit centre, la Cour rappelle que ce critère concrétise le lieu où le dommage se matérialise le plus significativement. Pour une personne physique, il correspond en général à l'Etat membre de sa résidence habituelle. Il peut toutefois se trouver ailleurs, dans la mesure où d'autres indices, tel que l'exercice d'une activité professionnelle, peuvent établir un lien particulièrement étroit avec cet Etat (arrêt *eDate Advertising*).

45 Quant à la question de savoir quel est le centre des intérêts d'une personne morale, la Cour estime que celui-ci doit traduire le lieu où la réputation de la personne morale est la plus implantée; il doit donc être déterminé en fonction du lieu où la personne morale exerce l'essentiel de son activité économique. Ce lieu peut coïncider avec le lieu de son siège statutaire; c'est le cas lorsque la personne morale exerce, dans l'Etat membre où ce siège est situé, l'ensemble ou l'essentiel de ses activités et que la réputation dont elle y jouit est, par conséquent, plus importante que dans tout autre Etat. La localisation dudit siège n'est toutefois pas, en soi, un critère décisif.

46 Finalement, la Cour se prononce sur la question de savoir si la personne lésée dans sa personnalité par la publication en ligne de données inexacts ou diffamatoires peut, devant les juridictions de chaque Etat membre où les informations sont accessibles, demander la rectification ou la suppression de ces données. Elle répond par la négative. La jurisprudence développée dans l'arrêt *Shevill*, selon laquelle la victime peut introduire action dans chaque Etat membre où le contenu est accessible pour réclamer le dommage causé sur le territoire de cet Etat, ne peut pas s'appliquer à la demande en rectification ou suppression du contenu illicite. En effet, la publication en ligne est de nature ubiquitaire et les demandes en modification ou en suppression sont chacune indivisibles. Ces demandes ne peuvent donc être portées que devant une juridiction compétente pour connaître de l'intégralité d'une demande de réparation du dommage (arrêt *eDate Advertising*) et non devant une juridiction qui n'a pas une telle compétence.

47 Il s'agit d'un arrêt important qui précise la compétence judiciaire en matière de violation des droits de la personnalité par un média sur le plan européen. Les arrêts *Shevill* et *eDate Advertising*

traitaient uniquement la question de la compétence judiciaire concernant les dommages matériels résultant d'une atteinte à la personnalité par un média (dommages-intérêts, réparation du tort moral, etc.; « actions réparatrices ») en établissant deux règles: la personne lésée peut saisir les tribunaux de tous les Etats membres dans lesquels le contenu litigieux est ou a été accessible afin de réclamer le dommage qui s'est produit dans cet Etat; ou bien la personne peut demander l'ensemble du dommage subi devant les tribunaux de l'Etat membre dans lequel elle a son centre des intérêts. Ces deux arrêts ne concernaient que des atteintes subies par une personne physique. L'arrêt *Bolagsupplysningen* apporte des clarifications bienvenues sur la compétence judiciaire en lien avec la rectification ou la suppression de données portant atteinte à la personnalité sur Internet (« actions défensives »). Il est ainsi précisé qu'une telle demande doit être intentée devant les tribunaux de l'Etat membre dans lequel la victime a son centre des intérêts. La « théorie de la mosaïque » développée dans l'arrêt *Shevill* ne s'applique donc pas aux actions défensives. Cette jurisprudence est judicieuse; eu égard à l'universalité d'Internet, si l'on avait appliqué la jurisprudence *Shevill*, une personne domiciliée dans l'Union européenne aurait pu demander devant n'importe quel tribunal de l'UE de rectifier ou supprimer le contenu litigieux, avec effet global. Finalement, l'arrêt *Bolagsupplysningen* clarifie une autre question controversée, à savoir si les principes développés en application de « Bruxelles Ia » en matière d'atteinte à la personnalité valent également pour une personne morale. La Cour répond par l'affirmative, ce qui nous paraît tout à fait justifié: dans la mesure où une personne morale est protégée elle aussi dans sa personnalité (ce qui semble être le cas dans toutes les juridictions de l'UE), elle doit jouir de la même protection juridique sur le plan procédural également. Notons encore que les précisions apportées dans l'arrêt *Bolagsupplysningen* devraient être reprises lors de l'application de la Convention de Lugano. Elles sont donc d'intérêt immédiat pour la Suisse aussi.

IX. La CourEDH ne retient pas la responsabilité de deux hébergeurs de blogs qui ont permis la diffusion de commentaires illicites par des internautes anonymes (CourEDH, 07.02.17, *Pihl c. Suède*, n° 74742/14 et CourEDH, 19.09.17, *Tamiz c. Royaume-Uni*, n° 3877/14).

48 Dans deux affaires de 2017, la CourEDH s'est penchée sur la responsabilité de l'hébergeur pour la diffusion de commentaires diffamatoires publiés par des tiers. Les faits à la base de ces arrêts étaient semblables: certains internautes avaient publié anonymement sur un blog des commentaires diffamatoires; M. Pihl avait été accusé d'être un nazi, alors que M. Tamiz, politicien londonien, avait notamment été traité de crétin et de trafiquant de drogue notoire. Les victimes ont alors recherché l'hébergeur du blog en estimant qu'il aurait dû empêcher la publication des commentaires illicites. Dans l'affaire *Pihl*, l'hébergeur du blog était une petite association à but non lucratif, alors que dans le cas *Tamiz*, il s'agissait de Google avec son service *blogspot.com*.

49 A chaque fois, les juridictions nationales ont considéré que l'hébergeur du blog n'avait pas violé les droits des victimes en participant à l'atteinte. Celles-ci ont alors saisi la CourEDH en estimant que les Etats avaient manqué à leur obligation po-

sitive de protéger leur droit au respect de la vie privée qui englobe le droit à l'honneur.

50 Lorsque plusieurs libertés fondamentales s'opposent, comme en l'espèce le droit au respect de la vie privée et la liberté d'expression des hébergeurs de blogs, il convient de les mettre en balance. Pour procéder à cette délicate pesée des intérêts, la Cour a repris les quatre critères déjà développés dans l'affaire *Delfi* relative à la responsabilité des hébergeurs de blogs (*Delfi AS c. Estonie*, n° 64569/09, par. 142 s.): (i) le contexte des commentaires, (ii) les mesures prises par l'hébergeur pour éviter l'atteinte, (iii) la possibilité de rechercher le véritable auteur de la publication et (iv) les conséquences d'une condamnation pour l'hébergeur.

51 Dans l'affaire Pihl, la Cour a constaté que l'hébergeur avait retiré le commentaire un jour après en avoir été informé par la victime. De son côté, M. Tamiz a utilisé la fonction « signaler un contenu abusif » mis en place par Google pour dénoncer les commentaires litigieux. Google avait alors indiqué qu'il ne supprimerait pas lui-même les contenus car il appartenait à la personne responsable du blog d'apprécier le bien-fondé de la requête. Celle-ci avait ensuite retiré les commentaires signalés trois jours après la notification de Google.

52 En ce qui concerne le contexte des commentaires, la Cour a noté que l'association à but non lucratif n'avait pas elle-même écrit l'article et ne pouvait donc pas anticiper le commentaire offensif posté à l'égard de M. Pihl. En outre, sa petite taille n'était pas susceptible d'attirer de nombreux commentaires. S'agissant des contenus publiés sur le blog de Google, la Cour a constaté que même si leur illicéité était claire, ils se limitaient à de la simple vulgarité largement rencontrée sur Internet et qu'un politicien devait tolérer. En outre, Google n'avait pas non plus rédigé l'article ayant donné lieu aux commentaires litigieux.

53 Dans les deux affaires, la Cour a également relevé que les victimes n'avaient pas examiné la possibilité de rechercher les auteurs des commentaires illicites avant de se tourner vers les hébergeurs. En particulier, M. Tamiz aurait pu s'en prendre à l'auteur du blog qui a permis d'héberger les commentaires illicites avant de rechercher Google.

54 Au regard de ce qui précède, la Cour a donc décidé à l'unanimité dans les deux affaires que les Etats avaient suffisamment ménagé les intérêts en présence en refusant de tenir responsables les hébergeurs pour les commentaires illicites.

55 Ces deux décisions sur la responsabilité des hébergeurs de blogs s'inscrivent dans la lignée des arrêts *Delfi* (n° 64569/09) et *MTE-Index c. Index* (n° 22947/13). Dans la première affaire, la Grand Chambre avait tenu responsable un portail de news (*Delfi*) pour des commentaires illicites de tiers. Dans cet arrêt inédit, la Cour avait surtout retenu que *Delfi*, grand média professionnel, avait lui-même rédigé l'article polémique et pouvait donc anticiper les commentaires illicites qu'il cherchait d'ailleurs à générer afin d'augmenter ses revenus publicitaires. Dans cette mesure, l'hébergeur aurait dû contrôler et retirer certains commentaires sans attendre une notification de la victime (pour un commentaire de cet arrêt: FOUNTOLAKIS/Francey, *Jusletter* du 7 septembre 2015). Dans un arrêt postérieur (*MTE-Index c. Hongrie*), la Cour a en revanche nié la responsabilité d'un hébergeur de blogs. Contrairement à l'affaire *Delfi*, l'hébergeur n'avait pas lui-même rédigé l'article ayant donné lieu aux commen-

taires litigieux et ces derniers constituaient des jugements de valeurs qui n'imposaient pas d'être retirés sans notification de la victime (cf. FRANCEY, *Medialex* 2016 p. 107 ss). Avec les arrêts *Tamiz* et *Pihl*, la Cour a ainsi eu l'occasion de confirmer les critères pour apprécier la responsabilité des hébergeurs et a pu affiner sa jurisprudence (pour une analyse approfondie de la responsabilité des hébergeurs: FRANCEY, *La responsabilité délictuelle des fournisseurs d'hébergement et d'accès Internet*, 2017, n° 434 ss).

Résumé En 2017, le Tribunal fédéral a une fois de plus eu l'occasion de se prononcer sur la campagne médiatique dans l'affaire *Hirschmann*, qu'il juge contraire aux droits de la personnalité. L'arrêt traite aussi du droit du lésé à la remise du gain. Dans deux autres arrêts, le Tribunal fédéral s'est penché sur l'illicéité d'un jugement de valeur mixte diffusé dans une publication satirique, respectivement sur une question procédurale en relation avec la présentation de faits nouveaux. De la jurisprudence cantonale, on citera d'abord un arrêt de la Cour d'appel bâloise qui se rallie à l'avis selon lequel les frais et dépens doivent provisoirement être supportés par le requérant en cas d'admission de mesures provisionnelles. Le Tribunal de commerce de Zurich a, quant à lui, rendu deux arrêts en 2017 qui méritent d'être mentionnés: Le premier cas concerne la couverture médiatique par le «Blick» d'un procès pénal contre un médecin condamné en première instance pour avoir commis des délits sexuels. Le second cas traite du fardeau et du degré de la preuve en relation avec une requête de mesures provisionnelles contre un média périodique. Finalement, on mentionnera un arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) et une décision de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH). La CJUE confirme et précise sa jurisprudence en matière de compétence judiciaire relative à des atteintes à la personnalité par un média en ligne en application de l'art. 7 par. 2 du Règlement «Bruxelles Ia». La CourEDH se penche une nouvelle fois sur la responsabilité de l'hébergeur en ligne.



Bild: yt-2018

Sandra Künzi, lic. iur., Fürsprecherin und Mitglied der Eidg. Schiedskommission für Urheber- und verwandte Schutzrechte

Entscheide über Barhocker, Bildmarken, Ausgrabungen, Fotokopien und amerikanische Tonträger

Übersicht über die wichtigsten Urteile im Bereich des Urheberrechts im Jahr 2017

Résumé En 2017, des tabourets de bar, des marques figuratives et des fouilles ont donné lieu à des jugements intéressants concernant la protection de l'objet par des droits d'auteur. Dans le domaine du droit d'exploitation, le Tribunal fédéral a jugé la validité du Tarif Commun TC 3a complètement qui régit la diffusion de radio et de programmes de télévision dans des chambres d'hôtels et autres chambres d'hôtes et a décidé de modifier la pratique. Des tribunaux cantonaux ont examiné des cas concernant les Tarifs Communs 8 VI (reprographie) et 9 VI (réseaux numériques). Le Tribunal fédéral administratif a été amené ensuite à se prononcer sur un litige portant sur l'étendue de la protection et de ce fait sur l'obligation de redevance faite à la SSR pour l'utilisation des supports sonores étrangers, en particulier américains.

Hocker seien seit Urzeiten bekannte Sitzmöbel. Die Verbindung einer «runden» Sitzfläche mit leicht schräg gestellten Beinen und einem Ring als Stabilisierung und Fussstütze sei als Konzept schon vor der massgebenden Fassung des HfG-Hockers von Max Bill im Jahr 1964 von verschiedensten Designern angewandt worden. Es spiele keine Rolle, ob der Hocker drei oder vier Beine habe. Der fragliche Barhocker sei auf das absolut Wesentliche reduziert gewesen. Mithin habe kein Raum mehr für originelle oder individuelle Gestaltung bestanden und damit erfülle der Hocker die Anforderungen an den individuellen Charakter gemäss Art. 2 URG nicht. Das Gericht bemühte sich zweifelsohne um eine sorgfältige Prüfung des urheberrechtlichen Werkcharakters und liess sogar ein Gerichtsgutachten erstellen.



I. Urheberrechtlicher Werkschutz

1. Barhocker

1 Die Frage des urheberrechtlichen Schutzes für Möbel findet sich in der Rechtsprechung in regelmässigen Abständen wieder: vom «buffet de salle à manger» (BGE 61 II 53 vom 4. Februar 1942) über «Le-Corbusier-Möbel» (BGE 113 II 190 vom 5. Mai 1987) und einem «Sofa mit Kreuznaht» (OGer Zürich vom 13. Dezember 2001) bis ins Berichtsjahr zum «Max-Bill-Barhocker» (BGE 143 III 373 vom 12. Juli 2017).

a. Sachverhalt

2 Die Stiftung A. räumte der Möbelfabrik B. das ausschliessliche Recht zur Herstellung einiger von Max Bill entworfene Möbel ein. Trotz fristloser Kündigung durch die Stiftung bot die Möbelfirma weiterhin den von Max Bill entworfenen «Kreuzargenstuhl» wie auch den «HfG-Barhocker» an. Das Handelsgericht St. Gallen untersagte der Möbelfirma mit Entscheidung vom 30. November 2016 zwar die Herstellung des Kreuzargenstuhls, nicht jedoch die Herstellung des HfG-Barhockers:

b. Beurteilung des Bundesgerichtes vom 12. Juli 2017 (BGE 143 III 373)

3 Das Bundesgericht erinnert eingangs daran, dass urheberrechtlicher Werkschutz keine Originalität, sondern Individualität fordert. Diese hänge jeweils vom vorhandenen gestalterischen Spielraum ab, wobei bei Werken der angewandten Kunst verhältnismässig hohe Anforderungen an die Individualität gestellt würden. Im Zweifel sei auf eine rein handwerkliche Leistung zu erkennen. Im Falle des HfG-Barhockers sei der künstlerische Eindruck der Formgebung massgebend, wie er sich «durch die Gestaltung, Linienführung und das Zusammenwirken aller Elemente» bestimme. Die «mosaikartige» Betrachtungsweise des Handelsgerichtes St. Gallen bezeichnet das

Bundesgericht als unzulässig. Es widersprach weiter der vorinstanzlichen Feststellung eines nicht vorhandenen Spielraums für die Gestaltung eines Barhockers: Die funktional notwendigen Elemente, Träger, Sitzfläche, Leiste, könnten auf unterschiedlichste Weise und mit unterschiedlichsten Materialien gestaltet werden. Individualität dürfe auch nicht verneint werden, weil eine weitere Reduktion der Form nicht mehr denkbar sei (Minimalismus). Der künstlerische Eindruck, der durch die minimalistische Gestaltung erreicht wird, sei nicht funktional bedingt. «Durch die minimalistische Ausgestaltung der für einen Barhocker notwendigen Elemente und ihre aufeinander abgestimmte Proportionierung erweckt der HfG-Barhocker einen Gesamteindruck, der ihn als solchen individualisiert und von den vorbekannten Modellen deutlich abhebt.»

c. Ergebnis

4 Mit seinem Barhocker-Entscheid gibt das Bundesgericht einen wichtigen Hinweis: Die einzelnen Gestaltungselemente sind für die Frage des individuellen Charakters nach Art. 2 URG relevant und dürfen diskutiert werden, aber sie müssen auch als Gesamtes betrachtet werden. Die Frage ausreichender Individualität darf sich nie nur auf einzelne Bestandteile beziehen, sondern erfordert auch die Prüfung ihres Zusammenspiels: Wie wurden Beine, Sitzfläche und Leiste des Hockers arrangiert? In diesem besonderen Arrangement der technisch unabdingbaren Elemente liegt die geschützte kreative Leistung von Max Bill. Deshalb führt dieses Urteil vorliegend nicht zu einem Schutz der «kleinen Münze», sondern es erinnert zu Recht daran, dass Individualität nicht mit offensichtlicher Originalität oder gar Effekthascherei verwechselt werden darf. Es ist nicht im Sinne des Urheberrechtes, schlichten, minimalistischen Kreationen den Werkcharakter per se abzuspochen. Daher ist der Entscheid des Bundesgerichts sehr zu begrüssen. Dieser Entscheid wird auch nicht zu einer Herabsetzung der Anforderungen an die Individualität führen, weder bei der angewandten Kunst noch in anderen Werkkategorien. Denn, und das versuchte das Bundesgericht zu zeigen, schlichte, minimale Ergebnisse bedeuten nicht fehlende Individualität, sondern oft das Gegenteil: Im engen, reduzierten Rahmen eine elegante, überzeugende Form zu finden – sei es für einen Barhocker oder ein Gedicht –, ist hohe Kunst.

2. Bildmarke

5 a. Sachverhalt

Das Appellationsgericht Basel-Stadt hatte sich in einem Massnahmeverfahren unter anderem auch mit der Frage zu befassen, ob drei in Frankreich erstellte Bildmarken urheberrechtlichen Werkschutz beanspruchen können oder nicht und ob diese Rechte gegebenenfalls an die gesuchstellenden Parteien übertragen worden seien.



b. Beurteilung durch das Appellationsgericht Basel-Stadt vom 14. Dezember 2017 (ZK.2017.12)

6 Das Gericht stellte vorab fest, es handle sich bei den drei Bildmarken nicht um Werke der angewandten, sondern um Werke der bildenden Kunst. Für diese Werkkategorie gelte im Gegensatz zu Werken der angewandten Kunst, wie beispielsweise Möbel, keine erhöhte Anforderung an die Werkindividualität. Es bejahte sodann den urheberrechtlichen Schutz für die «stilisierte Verformung und (formschöne) gestalterische Verschmelzung und damit schützenswerte Verfremdung zweier an sich gemeinfreier Elemente». Die Gestaltung sei weder banal noch rein routinemässige Fleissarbeit. Aufgrund des offenen Gestaltungsspielraumes sei das Ergebnis auch nicht zwingend durch Sachlogik vorgegeben. Damit anerkannte das kantonale Gericht die in Frankreich geschaffenen Bildmarken als nach schweizerischem Urheberrecht geschützt. Sodann ging es um die Frage, ob die Urheberrechte an den Bildmarken an die Gesuchstellerinnen übergegangen waren oder nicht. Da das vorliegende Verfahren ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen betraf, mussten die Gesuchstellerinnen lediglich glaubhaft machen, die fraglichen Urheberrechte erworben zu haben. Sie beriefen sich hierzu auf zwei Abtretungserklärungen, mit denen sie umfassend exklusive Nutzungsrechte erworben hätten. Das Appellationsgericht Basel-Stadt folgte jedoch den Gesuchsgegnerinnen. Diese hätten glaubhaft dargelegt, dass nach dem anzuwendenden französischen Recht keine Rechteübertragung erfolgt sei. Gemäss dem Code de la propriété intellectuelle erfordere eine gültige Übertragung von Urheberrechten, «dass jedes abgetretene Recht separat in der Zessionserklärung aufgeführt» und sein Verwendungsbereich zeitlich, örtlich und nach Umfang begrenzt sein müsse. Dies sei auch vom Tribunal de grande instance de Paris in seinem Urteil vom 19. Juni 2015 bestätigt worden. Da die ins Recht gelegten Abtretungserklärungen diesen Anforderungen nicht genügten, verneinte das Appellationsgericht die Aktivlegitimation der Gesuchsstellenden hinsichtlich Ansprüchen aus Urheberrecht.

c. Ergebnis

7 Das Appellationsgericht argumentierte mit ähnlichen Begriffen wie die Gerichte im oben beschriebenen Barhocker-Fall: Stil, Form, Formschönheit und Verschmelzung nicht geschützter Elemente. So gesehen ist die Auffassung der Gesuchsgegnerinnen, es handle sich bei den Bildmarken um Werke der angewandten Kunst, gar nicht so abwegig. Allerdings spielt die Zuteilung zu einer Werkkategorie m.E. keine Rolle, denn man hätte den grafischen Gestaltungen den Werkschutz auch bei höherer Anforderung an die Individualität nicht versagt. Dies zeigt, dass die Anforderungshöhe der Individualität keine anwendbare Regel, sondern eher eine verführerische Formulierung für einen schwer fassbaren rechtlichen Begriff ist. Wie schon im Barhocker-Fall wird auch hier klar: Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob das fragliche Werk banal, rein handwerklich bedingt oder vorgegeben ist oder ob es bewusst und einmalig gestaltet und damit urheberrechtlich geschützt ist.

3. Grabungsdokumentation

a. Sachverhalt

8 Der emeritierte Professor für Kirchenarchäologie, Hans Rudolf Sennhauser, leitete und dokumentierte in den 60er Jahren zahlreiche Ausgrabungen in rund 13 Kantonen. Damals war das Interesse seitens der Kantone oder des Bundes für mittelalterliche Funde offenbar noch gering, und Herr Sennhauser lagerte viele Funde bei sich zu Hause ein. Später übergab er sie den jeweiligen Kantonen, behielt allerdings die Originaldokumentationen der Grabungen zurück. Diese Dokumente überführte er 2009 in seine «Stiftung für Forschung in Spätantike und Mittelalter». Die Kantone versuchten in den letzten Jahren erfolglos die Dokumente erhältlich zu machen. Sie gründeten schliesslich eine «Task-Force» und drei Kantone bemühten den gerichtlichen Weg. Basel-Stadt gewann seinen Prozess im Mai 2015 und erhielt die Grabungsdokumentation zum Basler Münster. Die Klage des Kantons Luzern ist derzeit sistiert. Die Klage des Kantons St. Gallen auf Herausgabe der Dokumentation zur St. Galler Kathedrale wurde im Berichtsjahr vom Bezirksgericht Zurzach beurteilt.

b. Die Beurteilung des Bezirksgericht Zurzach vom 18. Oktober 2017

9 Mangels einschlägiger Gesetze zu archäologischen Dokumentationen stellt sich vorliegend die Frage nach den massgeblichen Rechtsgrundlagen. Das Bezirksgericht Zurzach verneinte offenbar eine schöpferische Leistung des Archäologen im Sinne des Urheberrechtes. Weiter läge das Eigentum an Grabungsdokumentationen gemäss internationalen Grundsätzen beim Staat (Quelle: Jürg Krummenacher, Der Schweizer Mittelalterstreit hat kein Ende, in: NZZ 15.11.2017). Da das Urteil vom Gericht nicht erhältlich war, ist eine detailliertere Wiedergabe der Begründung nicht möglich.

c. Ergebnis

10 Der Rückgriff auf Urheberrecht zur Beurteilung des vorliegenden Rechtsstreites ist nachvollziehbar, nennt doch Art. 2 Abs. 2 URG in lit. a und lit. d ausdrücklich auch wissenschaftliche Werke, seien es Sprachwerke oder Werke mit wissenschaftlichem Inhalt, wie Zeichnungen, Pläne, Karten, oder plastische Darstellungen. Allerdings kann das Urheberrecht nicht dazu dienen, Wissen zu monopolisieren. Grabungsdokumentationen dürften regelmässig nach bestimmten Standards erstellt werden und mithin keine individuellen Werke darstellen. Ob diese allgemeine Bewertung auch im vorliegenden Fall zutrifft, lässt sich mangels Einblick in die Unterlagen nicht feststellen. Der Streit dürfte die Gerichte noch weiter beschäftigen, da Professor Sennhauser und die betroffene Stiftung das Urteil des Bezirksgerichts beim Obergericht des Kantons Aargau anfochten (St. Galler Tagblatt vom 8.12.2017, Radio SRF2 Kultur, Kultur aktuell am 24.2.2017).

II. Verwertungsrecht

11 Entscheide zu Tarifen gemäss Art. 46 URG werden nicht nur von Gerichten erlassen, sondern vorab von der Schiedskom-

mission (ESchK), die für die Prüfung der Angemessenheit und Genehmigung von Tarifen zuständig ist (Art. 55 ff. URG).

1. GT 3a Zusatz

12 Das Bundesgericht hatte in seinem Entscheid vom 13. Dezember 2017 die Gültigkeit des gemeinsamen Tarifes «3a Zusatz» zu beurteilen. Dieser Tarif betrifft das Verbreiten von Radio- und Fernsehsendungen in Hotel- oder anderen Gästezimmern, wie beispielsweise Patientenzimmer, Gefängniszellen, Ferienwohnungen u. ä. Bis zu diesem Leitentscheid ging das Bundesgericht davon aus, das Weiterleiten von Radio- oder Fernsehsendungen in Gästezimmer stelle eine Form der privaten Nutzung dar, was denn auch zu regelmässiger Kritik in der Lehre führte. Mit seinem Urteil vom 13.12.2017 hat das Bundesgericht nun seine Praxis geändert und erkannt, dass «eine Weitersendung von Werken in Gästezimmer von Hotels eine öffentliche Wiedergabe im Sinne von Art. 11^{bis} Abs. 1 RBÜ» darstellt und damit einer Entschädigungspflicht unterliegt (BGER 2C_685/2016 und 2C_806/2016 E. 5.2). Ein Hotelbetreiber strebe in der Regel nach Gewinn und könne daher nicht vergütungsfreien Privatgebrauch geltend machen. Während die Vorinstanzen die vergütungspflichtige Nutzung als Wahrnehmbarmachen qualifizierten (Art. 10 Abs. lit. f URG), subsumierte das Bundesgericht die fragliche Nutzung zu Recht unter Art. 10 Abs. 2 lit. e URG (Weitersenden). Die Abgrenzung dieser beiden Tatbestände ist tatsächlich nicht ganz einfach, wenn man nur den Wortlaut der Bestimmungen vor sich hat: Weitersenden (Bst. e) bedingt eine technische Anlage, mittels welcher die Sendung weiterverbreitet wird, also z. B. ein hotelinternes Netzwerk, welches zu den Geräten in den Zimmern führt. Dagegen kommt Wahrnehmbarmachen (Bst. f) gesendeter oder weitergesendeter Werke ohne diesen technischen Zwischenschritt aus: Hier steht das Empfangsgerät in der Gaststube, und alle Gäste können die Sendung gemeinsam sehen.

13 Das Bundesgericht erachtete den Tarif «3a Zusatz» ausserdem für angemessen. Allerdings hiess es die Beschwerde der beiden Verbände GastroSuisse und hotelleriesuisse hinsichtlich des Rückwirkungszeitpunkts des Tarifes gut: Eine Rückwirkung von über zwei Jahren sei nicht zulässig.

2. GT 8 VI (Fotokopiervergütung) und GT 9 VI (betriebsinterne Netzwerkvergütung)

14 Auch im Berichtsjahr musste die ProLitteris wieder mehrere Gerichtsverfahren gegen Betriebe anstrengen, die die pauschalisierten Entschädigungen für Werknutzungen mittels Fotokopierer oder in betriebsinternen Netzwerken nicht zahlten. Typischerweise geht es in diesen Verfahren um kleinere Beträge von meistens unter 300.– CHF. Exemplarisch sei auf zwei Entscheide des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 8. August 2017 verwiesen, in denen das Gericht sowohl die rechtlichen Grundlagen als auch die Praxis zu den Pauschalvergütungen gut nachvollziehbar darlegt (Urteile 430 17 114 und 430 17 133). Der eine eingeklagte Betrieb argumentierte, er habe zwar einen Fotokopierer, aber er würde für seine Tätigkeit nie Werke aus Kunst oder Literatur vervielfältigen. Dazu verwies das Kan-

tonsgericht auf bundesgerichtliche Praxis: «Dass ein pauschalisierter Tarifansatz je nach Lage des Einzelfalles unbefriedigend erscheinen kann, ist augenfällig, doch ist – wie das Bundesgericht bereits mehrmals ausgeführt hat – eine Pauschalisierung im Bereich der unkontrollierbaren Massennutzung von urheberrechtlich geschützten Werken unvermeidlich.» Weiter hielt das Kantonsgericht fest, dass die Einreden «kein Kopierer» und «kein digitales Netzwerk» bereits im Einschätzungsverfahren vorgebracht werden müssten. Das Kantonsgericht liess es sich trotz Gutheissung der Klagen nicht nehmen, die ProLitteris für ihre formalistische und für Laien zu wenig transparente Informationspraxis zu rügen.

3. Tarif A Radio III

15 Die auf Art. 46 URG basierenden Tarife von Verwertungsgesellschaften sind oft schwer verständlich und sehr technisch. Das Gleiche gilt für die dazugehörige Praxis und Rechtsprechung. Seit Längerem befassen sich die ESchK, das Bundesverwaltungsgericht und auch das Bundesgericht mit dem komplexen Tarif A. Der Tarif regelt die Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern durch die SRG SSR zu Sende Zwecken im Radio. Vorliegend entzündete sich der Streit vor allem hinsichtlich der Frage des Schutzzumfangs und damit der Vergütungspflicht der SRG SSR für die Nutzung ausländischer, insbesondere amerikanischer Tonträger. In seinem Urteil vom 9. Oktober 2014 stellte das Bundesgericht klar, dass die Frage nach dem rechtlich geltenden Schutzzumfang eine abstrakte Rechtsfrage sei, die im Rahmen des Tarifgenehmigungsverfahrens durch die ESchK zu prüfen sei. Die ESchK prüfte und genehmigte daraufhin den Tarif A mit einer umstrittenen Formulierung in Ziff. 8 Lemma 3, wonach auch Tonaufnahmen geschützt sind, die in einem WPPT-Staat veröffentlicht wurden (sofern dieser Staat keinen Vorbehalt zu Art. 15 WPPT angebracht hat). In diesem Absatz wird also an den Veröffentlichungsort angeknüpft. Dagegen beschwerte sich die SRG SSR. Das Bundesverwaltungsgericht kam in seiner Entscheidung vom 24. April 2017 in Anwendung des Rom-Abkommens (RA), des WPPT und des URG zum Schluss, dass der Tarif mit den von der Schweiz unterzeichneten völkerrechtlichen Verträgen konform ist. Das Bundesverwaltungsgericht analysierte detailliert und genau das komplexe Zusammenspiel der zwei internationalen Verträge, der jeweiligen Vorbehalte und des nationalen Rechts. Besonders interessant sind die Ausführungen zu den unterschiedlichen Anknüpfungspunkten für den Schutz einer Aufnahme (Staatsangehörigkeit oder Tonträger). Schliesslich erkannte das Bundesverwaltungsgericht die umstrittene Ziffer als völkerrechtskonform und damit für zulässig.

4. GT 12: Vergütung für die Überlassung von Set-Top-Boxen mit Speicher und vPVR

16 Nebst unproblematischen Einigungstarifen führen Tarifgenehmigungsverfahren immer auch wieder zur Diskussion von grundsätzlichen Rechtsfragen. Im Berichtsjahr gilt dies für die Frage der Parteistellung von Sendeunternehmen, die mit dem zur Genehmigung vorgelegten Tarif GT 12 nicht einver-

standen waren bzw. sind. Diesem Rechtsstreit liegt folgende Konstellation zugrunde: Sendeanstalten sind Inhaber von verwandten Schutzrechten. Ihre Ansprüche, die bei der Nutzung ihrer Sendungen entstehen, werden von der Verwertungsgesellschaft Swissperform wahrgenommen, die auch Interpreten und Interpretinnen sowie Hersteller von Tonträgern vertritt. Swissperform beantragte gemeinsam mit den anderen vier Verwertungsgesellschaften die Genehmigung des mit den Nutzern ausgehandelten Tarifes GT 12. Dieser Tarif regelt Entschädigungen für das sogenannte «Catch-up-TV», also privates Kopieren auf einem Speicherplatz, der von Dritten zur Verfügung gestellt wird (z. B. virtuell auf einem Server). 23 Sendeunternehmen waren mit dem Tarif nicht einverstanden und beantragten deshalb Parteistellung, um ihre Anliegen direkt in das Verfahren einbringen zu können. Sie seien durch den Tarif stärker als andere dem Tarif unterworfenen Berechtigte betroffen, da ihnen Werbeeinnahmen in Millionenhöhe entgingen, was über die Tarifeinnahmen nicht kompensiert werden könne. Die ESchK lehnte in ihrer Zwischenverfügung vom 22. März 2017 den Antrag auf Parteistellung ab: Das System der kollektiven Verwertung sehe gerade nicht vor, dass sich einzelne Rechteinhaber am Verfahren beteiligen. Gemäss neuerer Rechtsprechung (BGE 135 II 172 GT 3c) habe die Schiedskommission jedoch zu prüfen, ob Art. 48 VwVG Dritten ausnahmsweise eine Beschwerdelegitimation einräumt. Erforderlich sei ein besonderes Berührtsein. Nicht überall, wo es Rechteinhabern nicht gelänge, ihre Interessen mittels ihrer Verwertungsgesellschaft durchzusetzen, sei dies ein Grund, sie als Partei zu beteiligen. Dies gälte besonders mit Blick auf Swissperform, die eine sehr heterogene Gruppe von Berechtigten mit teilweise divergierenden Interessen repräsentiere (ausübende Künstler, Sendeunternehmen, Produzenten von Tonträgern). Gemäss Rechtsprechung vermöchten unterschiedliche Rechtsauffassungen zwischen Einzelnen und ihrer Verwertungsgesellschaft noch keine ausreichende Interessendivergenz zu begründen (vgl. B-2385/2013 vom 27. Juni 2014). Daher wies die Schiedskommission den Antrag der Sendeunternehmen auf Parteistellung ab. Diese forchten die Zwischenverfügung beim Bundesverwaltungsgericht an.

III. Urheberstrafrecht

Verpasste Antragsfrist

17 Urheberrechtsverletzungen können strafrechtlich geahndet werden, aber nur auf Antrag! Das Zürcher Obergericht kam in seiner Entscheidung vom 7. April 2017 zum Schluss, die privatklägerischen Verwertungsgesellschaften hätten seit Längerem gewusst, dass der beschuldigte Konzertveranstalter gewisse Konzerte nicht gemeldet und damit gegen das Urheberrecht verstossen habe (Art. 67 URG). Sie hätten trotz fehlender Detailkenntnisse fristgerecht Strafantrag gemäss Art. 31 StGB stellen müssen. So aber fehlte es an einer Prozessvoraussetzung, um eine Strafe wegen Urheberrechtsverletzung auszufällen.

IV. Rechtsschutz

Hilfeleistung der Zollverwaltung nach Art. 75 ff. URG

18 In seinem Entscheid B-7949/2015 vom 16. Mai 2017 befasste sich das Bundesverwaltungsgericht zwar primär mit dem Akteneinsichtsrecht nach VwVG oder Zollgesetz, zugrunde lag dem Entscheid aber eine ungerechtfertigte Beschlagnahme von vier Warenlieferungen, gestützt auf Art. 75 ff URG. 2008 wurden in sämtlichen Immaterialgüterrechtserlassen Bestimmungen zur «Hilfeleistung der Zollverwaltung» als Massnahmen zur Bekämpfung des Handels mit Fälschungen und Piraterieprodukten eingefügt, so auch im Urheberrecht. Damit wurde die Rechtslage an das europäische und internationale Schutzniveau angepasst. Man wollte ein griffiges Instrument schaffen, um den Antragstellern mit einem einfachen, raschen (öffentlich-rechtlichen) Verfahren Zeit zu verschaffen, um beim Zivilgericht vorsorgliche Massnahmen zu erwirken. Vorliegend war unbestritten, dass die vier Warenlieferungen der beschwerdeführenden Firma durch die Zollstelle zu Unrecht zurückbehalten worden waren und dass damit in die Wirtschaftsfreiheit der Firma eingegriffen worden war. Das Bundesverwaltungsgericht hiess ihr Akteneinsichtsgesuch im Gegensatz zur Vorinstanz teilweise gut. Einzig in die Aktenstücke, die zur Gewährleistung einer funktionierenden Hilfeleistung der Zollverwaltung geheim zu halten seien oder die Geschäftsgeheimnisse betrafen, müsse keine Einsicht gewährt werden. Diese Beschränkung der Akteneinsicht halte auch vor dem Öffentlichkeitsgesetz stand.

Zusammenfassung Barhocker, Bildmarken und Ausgrabungen führten 2017 zu interessanten Gerichtsentscheiden zum urheberrechtlichen Werkschutz. Im Bereich Verwertungsrecht beurteilte das Bundesgericht die Gültigkeit des Gemeinsamen Tarifs GT 3a Zusatz, der das Verbreiten von Radio- und Fernsehprogrammen in Hotel- und anderen Gästezimmern regelt und beschloss eine Praxisänderung. Kantonale Gerichte setzten sich mit Fällen zur Fotokopiervergütung (GT 8 VI) und zur betriebsinternen Netzwerkvergütung (GT 9 VI) auseinander. Das Bundesverwaltungsgericht sodann hatte in einem Streit zum Schutzzumfang und damit zur Vergütungspflicht der SRG SSR für die Nutzung ausländischer, insbesondere amerikanischer Tonträger zu urteilen.



Bild: zVg

Dominique Strelbel, Jurist und Studienleiter an der Schweizer Journalistenschule MAZ

Unabhängigkeit von Medien als ein Schwerpunkt der Arbeit des Presserates

Übersicht über die Spruchpraxis des schweizerischen, medienethischen Selbstkontrollorgans im Jahr 2017

Résumé En 2016, des prises de position concernant la mention de noms et la sphère privée avaient occupé le premier plan. L'an passé, le Conseil suisse de la presse a donc mis l'accent sur le domaine de l'indépendance. La question portait sur la séparation entre la partie rédactionnelle et la publicité, le sponsoring, le lien entre les rapports rédactionnels et la publicité. Une grande partie des plaintes portait sur des courriers des lecteurs et des commentaires en ligne. Comme chaque année, le Conseil suisse de la presse a dû traiter à plusieurs reprises des questions relatives à la véracité: comment des faits doivent-ils être prouvés, quelles sont les limites admissibles de l'escalade et quels éléments d'information ne peuvent pas être dissimulés. En 2017, 127 plaintes – un nombre record – ont été déposées.

I. Einleitung

- 1 Der **Presserat** hat im Berichtsjahr 53 Stellungnahmen verfasst (2016: 51); 20 Beschwerden hat er ganz oder teilweise gutgeheissen (2016: 18). Zudem ist der Presserat auf 36 Beschwerden im summarischen Verfahren nicht eingetreten.
- 2 Eingegangen ist 2017 eine absolute Rekordzahl von 127 Beschwerden. Der bisherige Rekord lag bei 103 (2003). Der langjährige Durchschnitt liegt bei 80 Beschwerden.
- 3 Mit den Entscheiden in den Fällen zu Artikeln zur Bündner Olympia-Kandidatur im Bereich der Trennung zwischen redaktionellem Teil und Werbung (Richtlinie 10.1) und Sponsoring, Koppelung von redaktionellen Berichten und Werbung (Richtlinie 10.2) hat der Presserat im Bereich der Unabhängigkeit einen Schwerpunkt gesetzt. Auffällig viele Beschwerden richteten sich zudem gegen Leserbriefe oder Online-Kommentare. Von sich aus hat der Presserat 2017 kein Thema aufgegriffen.
- 4 Für das Jahr 2017 kündigte der Presserat erstmals an, öffentlich zu machen, welche Medien nicht über eine Stellung-

nahme des Presserats berichten würden (im Falle einer Rüge). Alle betroffenen Medien sind der Abdruckpflicht nachgekommen. Das verbucht der Presserat als Erfolg für seine Ankündigung.

- 5 Der Schweizer Presserat hat seine Richtlinien 10.1 (Trennung zwischen redaktionellem Teil und Werbung) und 10.2 (Sponsoring, Pressereisen, Koppelung von redaktionellen Berichten und Werbung) überarbeitet. Er fasst damit die neuen Formen von bezahlten Inhalten ins Auge. Konkreter Auslöser war eine Beschwerde gegen ein sogenanntes Native Advertising auf dem Newsportal «watson.ch» (vgl. unten Ziffer 7). Der Presserat stellt klar, dass alle bezahlten oder durch Dritte zur Verfügung gestellten Inhalte, wie Inserate oder Werbesendungen gestalterisch von redaktionellen Beiträgen klar abzuheben sind. Sofern sie nicht eindeutig als Werbung erkennbar sind, ist zwingend zu deklarieren, dass es sich um bezahlten Inhalt handelt. In Richtlinie 10.2 regelt der Presserat nun explizit auch Pressereisen. Es muss erwähnt werden, wer die Kosten übernommen hat. Die redaktionelle Freiheit muss zudem gewahrt bleiben. Die revidierten Richtlinien traten am 1. Juli 2017 in Kraft.

- 6 Der Presserat hat per 1. Januar 2017 die Beschwerdefrist von sechs auf drei Monate verkürzt (Art. 11 Abs. 1 des Geschäftsreglements) und verlangt ab 1. Januar 2018 neu eine Gebühr von 1000 Franken, wenn Organisationen, Unternehmen oder Institutionen Beschwerde führen oder private Beschwerdeführende anwaltlich vertreten sind.

II. Verfahrensfragen und Geltungsbereich

1. Gerichtliche Parallelverfahren (Art. 11 Geschäftsreglement des Presserates)

- 7 Der Presserat tritt auf eine Beschwerde ein, auch wenn sich ein Beschwerdeführer vorbehält, nach dem Presseratsverfahren allenfalls ein gerichtliches Verfahren einzuleiten.

Dies gilt nicht als gerichtliches Parallelverfahren, das eine Beschwerde an den Presserat in der Regel ausschliesst. Der Schweizer Presserat verlange – im Gegensatz etwa zum österreichischen Presserat – von Beschwerdeführern nicht grundsätzlich, auf die Einleitung eines rechtlichen Parallelverfahrens zu verzichten, wenn sie sich mit einer Beschwerde an den Presserat wenden (Stellungnahme 36/2017). Ist ein Verfahren aber bereits hängig, tritt der Presserat weiterhin in der Regel nicht ein.

2. Geltungsbereich des Journalistenkodex (Art. 2 Geschäftsregl., Richtlinien 5.2 und 5.3)

A. Medien, die dem Journalistenkodex unterstehen

- 8** Der Presserat tritt auf eine Beschwerde gegen das Liechtensteiner «Vaterland» ein, obwohl er nur für Beschwerden gegen Schweizer Medien zuständig ist. Der Presserat macht diese Ausnahme aus zwei Gründen: Das «Liechtensteiner Vaterland» ist erstens Mitglied des Verbands Schweizer Medien, einer der Träger der Stiftung «Schweizer Presserat». Zweitens gehören viele Liechtensteiner Journalistinnen und Journalisten einem der schweizerischen Journalistenverbände an. In seinem Entscheid berücksichtigte der Presserat die «speziell freie, sehr rege» Leserbriefkultur im Fürstentum Liechtenstein, bei der Leserbriefe nur sehr selten abgelehnt würden (Stellungnahme 52/2017).
- 9** *Kommentar:* Das abschliessende obiter dictum einer speziellen Liechtensteiner Leserbriefkultur lässt einen ratlos zurück. Gelten nun in Liechtensteiner Medien andere Massstäbe? Und inwiefern? Und weshalb genau? Muss sich der ethische Massstab überhaupt nach einer unterschiedlichen Praxis richten? Hätte der gleiche Leserbrief in einem Schweizer Medium zu einer Rüge wegen Verletzung des Diskriminierungsverbotes geführt? (vgl. unten N 82)
- 10** Der Presserat tritt auf eine Beschwerde gegen die SRF-Sendung «10vor10» ein, da er für «berufsethische Fragen sämtlicher öffentlicher, periodischer und/oder auf die Aktualität bezogener Medien» zuständig sei (Stellungnahme 2/2017).
- 11** Der Presserat tritt auf eine Beschwerde gegen die Zeitschrift «d-inside» nicht ein. «d-inside» ist das offizielle Organ des Schweizer Drogistenverbandes, das nicht öffentlich aufliegt, sondern an Inhaber und Angestellte von Drogerien verschickt wird. Es richtet sich somit gemäss Presserat nicht an die breite Öffentlichkeit, sondern ist ein internes Informationsmagazin (Stellungnahme 8/2017).
- 12** Der Presserat tritt auf eine Beschwerde gegen den Finanzblog «Inside Paradeplatz» ohne irgendwelche Erwägungen über die Zuständigkeit ein (Stellungnahme 37/2017). Erst in einer späteren Stellungnahme begründet er, dass dieser Blog dem Journalistenkodex untersteht, obwohl die Mehrheit der Mitarbeitenden keine Journalisten sind. Der Grund: Der Hauptredaktor des Blogs (Lukas Hässig) sei ein Journalist und der Blog verpflichte sich ausdrücklich einem «unabhängigen und kritischen Journalismus» (Stellungnahme 48/2017).
- 13** Der Presserat tritt nicht ein auf eine Beschwerde gegen den Blog «<https://1dex.ch>», obwohl der Blog vom Auftritt her in den Augen des Presserates «wie ein journalistisches Online-Medium» daherkommt. Als Indiz dafür wertet der Presserat etwa die Überschrift «Pour un Valais critique et libertaire».

Der Haupt-Blogger ist ein Anwalt aus Sion, weitere Beiträge schreiben Angehörige verschiedener Berufsgattungen, darunter auch Ex-Journalisten. Die Beiträge sind – mit einzelnen Ausnahmen – nur abonnierten Nutzern zugänglich. Trotzdem kommt der Presserat zum Schluss, dass es sich dabei nicht um einen journalistischen Blog handelt, der dem Journalistenkodex untersteht. Grund: Es werde nirgends behauptet, dass der Blog Journalismus betreiben wolle (Stellungnahme 48/2017).

- 14** *Kommentar:* Damit entwickelt der Presserat seine im Entscheid Mediaplanet (Stellungnahme 7/2016) begründete Praxis weiter, wonach die Selbstdeklaration eines Mediums das entscheidende Kriterium für die Frage ist, ob ein Medienprodukt dem Journalistenkodex untersteht (vgl. dazu medialex 2016, S. 127). In der Stellungnahme Mediaplanet ging es darum, dass ein Produkt mit augenscheinlich werbendem Charakter dem Journalistenkodex untersteht, wenn vom Chefredaktor reklamiert wird, dass man sich nach journalistischen Kriterien richte. So betont nun dieser neueste Entscheid, dass ein Produkt mit augenscheinlich journalistischem Charakter dann dem Journalistenkodex nicht untersteht, wenn das Produkt nicht ausdrücklich behauptet, nach journalistischen Kriterien zu arbeiten.
- 15** Damit weicht der Presserat einer inhaltlichen Beurteilung der Frage aus und stellt einzig auf Selbstdeklaration ab. Medien haben es dadurch weitgehend selbst in der Hand, ob sie dem Journalistenkodex unterstehen oder nicht. Macht es sich da der Presserat nicht zu einfach?
- 16** Vom äusseren Auftritt her weist der Blog «<https://1dex.ch>» zahlreiche Kriterien eines journalistischen Mediums auf. So ist der Blog in klassische Ressorts aufgeteilt, deckt eine grosse Breite von aktuellen politischen und gesellschaftlichen Themen ab, ist nicht gratis (sichtbar nur für Abonnenten, die pro Jahr 48 Franken zahlen) und will ein «média alternatif au Valais» sein, «une plate-forme intellectuelle et culturelle». Bereits diese Umschreibung kann meines Erachtens dahingehend gedeutet werden, dass sich der Blog journalistischen Kriterien verpflichtet, wenn auch der Begriff «Journalismus» nie fällt. Es stellt sich die Frage, ob der subjektive Ansatz der Selbstdeklaration nicht zumindest ergänzt werden muss durch ein objektivierendes Element: Geht der Durchschnittsleser davon aus, dass ihm ein Blog unabhängige, faktenbasierte Information (also Journalismus) bietet? Im konkreten Fall ist dies meines Erachtens zu bejahen. Hinter der Antwort steht die Grundsatzfrage, was der Journalistenkodex soll: Soll er als Regelwerk eine gewisse Qualität der öffentlichen Information sichern? Oder soll der Journalistenkodex bloss (aber immerhin) als Label wirken, das Journalisten als Wettbewerbsvorteil einsetzen können?
- 17** Mit anderen Worten muss der Presserat entscheiden, ob der Journalistenkodex «Soft-Law» ist (wie ihn Gerichte bis hin zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte derzeit verstehen) oder ein blosses Label für verlässliche journalistische Information (wie etwa Bio Suisse für umweltgerechte Produktion). Es ist es sehr zu begrüssen, dass der Presserat dieses Thema 2018 vertieft behandeln und klären will.
- 18** Wird der Journalistenkodex als Label verstanden, sollten der Presserat und die journalistischen Medien ihre Kommunikation aktiv darauf ausrichten und dem Mediennutzer klarmachen, dass er auf einer Website, die sich dem Kodex unterstellt, eine bessere Qualitätskontrolle erwarten kann. Mit anderen Worten: Das Label muss sich seinen Mehrwert aktiv erarbeiten – wozu auch der Presserat beitragen sollte.

B. Buchauszüge, Gastbeiträge, Leserbriefe, Online-Kommentare

19 Der Journalistenkodex gilt auch für Leserbriefe, Buchauszüge, Gastbeiträge oder Online-Kommentare, doch muss eine Redaktion erst Massnahmen ergreifen, wenn der Kodex «offensichtlich» verletzt ist.

20 Der Journalistenkodex gilt auch, wenn Redaktionen Buchauszüge veröffentlichen. Sie werden wie Beiträge von Gastautoren oder Leserbriefe behandelt. Redaktionen haben somit zu prüfen, ob ein Buchauszug offensichtlich gegen die berufsethischen Normen verstösst. Die «Basler Zeitung» versties mit der Publikation eines Auszugs aus einem Buch von Peter Zihlmann «Wahre Geschichte über Liebe und Tod» nicht gegen den Journalistenkodex, weil kein offensichtlicher Verstoss vorlag (Stellungnahme 39/2017).

21 Auch eine Gastkolumne untersteht dem Journalistenkodex, selbst wenn die Autorin keine Journalistin ist. «Le Temps» durfte eine Kolumne auch unter Pseudonym veröffentlichen, doch gemäss Presserat nur unter zwei Bedingungen: Erstens darf die Kolumne nicht offensichtlich gegen den Journalistenkodex verstossen, und zweitens muss die Redaktion Anhaltspunkte zur Interessenlage der Kolumnistin veröffentlichen. Der Presserat rügt «Le Temps», weil sie Letzteres nicht eingehalten hat (Stellungnahme 46/2017).

22 Der Presserat rügt einen Leserbrief in der «NZZ am Sonntag» nicht, da er das Diskriminierungsverbot zwar verletzt; dies aber nicht offensichtlich sei. Im Leserbrief zu einem Artikel über den deutschen TV-Moderator und Aktivisten Michel Friedman stand, Friedman teile seine Neigungen mit «Strauss-Kahn, mit Israels ehemaligen Staatspräsidenten Katzav, mit Arik Sharon, Paul Wolfowitz, Spitzer, Weiner und anderen, wenn er sich mit ukrainischen Prostituierten vergnügt.» Die Aufzählung der jüdischen Namen sei zwar diskriminierend und würde in einem Artikel das Diskriminierungsverbot (Ziffer 8 des Journalistenkodex) verletzen, meinte der Presserat, doch habe sich diese Diskriminierung «vielen nicht erschlossen». Deshalb könne sie nicht als «offensichtliche Verletzung» im Sinne von Richtlinie 5.2 bezeichnet werden (Stellungnahme 16/2017).

23 Wer während des Wahlkampfs Leserbriefe mit schweren Vorwürfen gegen einen Kandidaten veröffentlicht, ohne diese zu überprüfen und ohne den Betroffenen zu den Vorwürfen anzuhören, verstösst offensichtlich gegen die berufsethischen Pflichten. Die Redaktion muss dem Kritisierten in der gleichen Ausgabe Gelegenheit geben, zu den schweren Vorwürfen Stellung zu nehmen. Ansonsten darf sie die Leserbriefe nicht veröffentlichen. Ein Leserbrief in der «Rigi Post» warf dem Kandidaten für das Amt des Gemeindepräsidenten vor, sein Amt für die eigene Bereicherung genutzt zu haben. In einem zweiten Leserbrief warf ihm eine Politikerin aus einer anderen Gemeinde vor, er schröpfe die Sozialkassen, indem er in seinem vernachlässigten Mehrfamilienhaus sozial Benachteiligte und Asylanten unterbringe und sich an diesem Elend bereichere. Der Kritisierte konnte nicht Stellung nehmen, so die Rüge des Presserates (Stellungnahme 26/2017).

24 Besteht ein Autor darauf, dass sein Leserbrief nur ganz oder gar nicht publiziert werden darf, darf die Redaktion den Beitrag nicht gekürzt veröffentlichen (Stellungnahme 46/2017).

25 Nimmt eine Redaktion einen Leserbrief zum Anlass für einen Artikel und will daraus mit Namensnennung zitieren,

muss sie den Autor des Leserbriefs darüber informieren und die Zitate autorisieren lassen (Stellungnahme 22/2017, vgl. auch unten N 78).

26 Ein Online-Medium braucht «sehr gute Gründe,» damit es das Konto eines Benutzers definitiv und dauernd löschen darf. Zudem müssen sämtliche milderen Massnahmen, wie etwa ein «temporäres Time-Out», ausgeschöpft sein. Geschieht dies nicht, ist eine Löschung unverhältnismässig und verletzt die Freiheit der Information (Stellungnahme 50/2017).

27 Ein Leser des Online-Magazins «Infosperber» schrieb zu einem Artikel über Korruption in der Pharma- und Ärztenbranche einen Online-Kommentar, in dem er unter anderem den Stiftungsratspräsidenten des «Infosperber», Urs P. Gasche, vehement angriff. Er warf Gasche vor, er sei ein Befürworter von Retrozessionen, also von Schmier- und Bestechungsgeldern. Gasche löschte den Online-Kommentar kurzerhand. Als der Kommentarschreiber mit einer harschen E-Mail dagegen protestierte, ohne Belege für seine Behauptungen beibringen zu können, löschte der Chefredaktor des «Infosperber» auch das ganze Konto des Kommentarschreibers. Er bezog sich dabei auf die Richtlinie des Online-Magazins, dass «wahrscheinlich rechtswidrige Darstellungen» nachträglich gelöscht würden («beleidigende, unnötig herabsetzende oder rassistische Passagen»); im Wiederholungsfall (oder wenn Betroffene die Löschung ihres Kommentars nicht akzeptieren) erfolge die Löschung des Kontos.

28 Gemäss Presserat verletzt dieses Vorgehen im konkreten Fall Ziffer 2 des Journalistenkodex (Freiheit der Information). Zudem rügt der Presserat die bloss nachträgliche Kontrolle von Online-Kommentaren. Seit Jahren (vgl. etwa Stellungnahme 52/2011) verlangt er eine vorgängige Kontrolle (Stellungnahme 50/2017).

3. Begründungspflicht (Art. 9 Geschäftsreglement)

29 Gemäss Art. 9 des Geschäftsreglements sind Beschwerden zu begründen. Die Beschwerdebegründung hat den massgeblichen Sachverhalt zu umreissen und auszuführen, inwiefern der beanstandete Medienbericht einzelne Bestimmungen der «Erklärung» verletzt. In einer Beschwerde gegen SRF und die «NZZ am Sonntag» kritisierte ein Beschwerdeführer pauschal eine positive, unkritische Haltung in der Berichterstattung über die NATO, ohne dies mit einzelnen Stellen in den Berichten zu begründen. Der Presserat tritt mangels Begründung auf die Beschwerde nicht ein (Stellungnahme 34/2017).

III. Wahrhaftigkeit und Transparenz

1. Meinungspluralismus (Richtlinie 2.2)

30 Der Presserat erinnert daran, dass aus dem Journalistenkodex keine Pflicht zur Ausgewogenheit abgeleitet werden kann. Befindet sich aber ein Medium in einer Monopolstellung oder hat eine «suprématie régionale» («regionale Vormachtstellung»), so hat es eine besondere Verantwortung, dass alle Standpunkte in adäquater Form zum Ausdruck kommen (Richtlinie 2.2).

31 Die «Société neuchâteloise de Presse» besitzt die Medien «L'impartial», «L'Express» und «arcinfo.ch» und damit die einzigen Tagespublikationen, die im Kanton Neuenburg erscheinen. Weil daneben auch regionales Radio und Fernsehen existieren und mit «Le Temps», «Le Matin», «Le Matin Dimanche» und «Le Courrier» weitere Medien das Gebiet abdecken, besteht gemäss Presserat zwar keine Monopolsituation, aber eine regionale Vormachtstellung. Im konkreten Fall der Berichterstattung über die Zukunft der Spitäler des Kantons Neuenburg kamen alle Meinungen genügend zum Ausdruck. Der Presserat weist deshalb die Beschwerde des «Collectif pour une presse impartiale» ab (Stellungnahme 20/2017).

32 Auch die «Thurgauer Zeitung» hat keine Monopolstellung, sondern nur (aber immerhin) eine regionale Vormachtstellung. Journalistenkodex nicht verletzt (Stellungnahme 22/2017).

2. Wahrhaftigkeitsgebot (Art. 1 und 3 Journalistenkodex, Richtlinie 1.1)

A. Belegen von Fakten

33 Die «Schweizerzeit» verletzte mit einem Artikel über Sexualaufklärung durch Sexualpädagogen in den Schulen das Wahrhaftigkeitsgebot. Autor Dominik Lusser schrieb unter anderem den Satz: «Hinter verschlossenen Schulzimmertüren findet radikale Gender-Indoktrination statt». Gemäss Presserat ist es eine Tatsache, dass Lehrer und Eltern über die Inhalte dieser Schulbesuche informiert werden und Lehrer jederzeit den Aufklärungsstunden beiwohnen können. Der Ausdruck «hinter verschlossenen Schulzimmertüren» suggeriere aber, die Sexualaufklärung geschehe im Geheimen ohne Kontrolle. Lussers Satz ist gemäss Presserat falsch und verletzt das Wahrhaftigkeitsgebot. Der Ausdruck «radikale Gender-Indoktrination» sei hingegen als Wertung erkennbar und somit nicht zu beanstanden (Stellungnahme 51/2017).

34 Die wichtigen behaupteten Fakten müssen alle belegt sein.

35 Die «Basler Zeitung» berichtete über Sex zwischen einer Asylbetreuerin und einem 17-jährigen Asylsuchenden in Reinach. Die Gemeinde habe dies nicht an die Staatsanwaltschaft gemeldet und damit ihre Meldepflicht verletzt, kritisierte die Zeitung. Gemäss Presserat hat die «Basler Zeitung» im Artikel aber nur eine irgendwie geartete Beziehung zwischen Betreuerin und Asylsuchendem (Handyfotos, Chatverlauf) belegt, hingegen nicht, dass es zu Sex gekommen sei. Damit sei auch nicht erhärtet, dass die Gemeinde eine Meldepflicht gehabt habe. Gemäss Presserat verletzte die «Basler Zeitung» mit dieser Berichterstattung das Wahrhaftigkeitsgebot. Zudem sei sie noch einen Schritt weitergegangen und habe getitelt «Sex mit Minderjährigen», obwohl es keine Belege für sexuelle Handlungen gebe, schon gar nicht mit mehreren Minderjährigen (Stellungnahme 17/2017).

36 **Kommentar:** Diese Stellungnahme gab zu reden. Redaktoren der «Basler Zeitung» kritisierten, dass der Fortgang der Ereignisse ihre Faktendarstellung bestätigt habe. Tatsächlich gestand die Asylbetreuerin später, dass sie nicht nur eine irgendwie geartete Beziehung, sondern eine sexuelle Beziehung zum Asylsuchenden gehabt

habe. Trotzdem stellte die Staatsanwaltschaft das Strafverfahren ein, weil die Beziehung freiwillig und der Asylsuchende von der Betreuerin nicht abhängig gewesen sei. Eine Beschwerde gegen die Gemeinde wegen einer Meldepflichtverletzung blieb aus. Es ist somit weiterhin unklar, ob die Gemeinde wusste, dass es in der Beziehung der Asylbetreuerin – entgegen ihren anfänglichen Beteuerungen – zu Sex gekommen war. Hat der Presserat deshalb ein Fehlurteil gefällt? *Jein.* Aufgrund der im Artikel erwähnten Quellenlage konnte er so urteilen («Fotos, welche die unzulässige Nähe dokumentieren», «der Chatverlauf mit der Betreuerin sowie eindeutige Bilder mit ihr», «Fotos, welche die Betreuerin und den Asylsuchenden eng umschlungen zeigen»). Denn die genannten Quellen belegen keine sexuelle Beziehung. Wieso die «Basler Zeitung» ihre Quellen nicht genauer umschrieb, ist unklar. Der Presserat hätte aber wohl besser die Umstände zur umstrittenen Sachfrage erklären sollen, die er mangels eigener Abklärungsmöglichkeiten nicht entscheiden könne. Eine Formel, die er oft anwendet, wenn Behauptung gegen Behauptung steht.

37 «Le Journal du Jura» publizierte am 7. Juni 2017 (kurz vor der Abstimmung, ob Moutier vom Kanton Bern zum Kanton Jura wechseln will) einen Artikel zu einer RTS-Sendung unter dem Titel «Histoire vivante ou manipulée?». Der Artikel hielt fest, dass die SRG-Kantonalorganisation SRT Berne einen Brief an die RTS-Direktion geschickt habe und die Sendung über die Region Moutier als «parteiisch und schlecht dokumentiert» gerügt habe. Tatsache war, dass der Brief nie an die RTS-Direktion abgeschickt worden war. Diese äusserst wichtige Tatsache habe im Artikel gefehlt, rügt der Presserat und erkennt auf eine Verletzung von Art. 3 des Journalistenkodex (Stellungnahme 44/2017).

38 **Die Begrifflichkeit muss stimmen.**

39 Zwei Journalisten des «Le Matin Dimanche» haben in einem Artikel über das Einkommen von Ärzten die Begriffe «Lohn», «Einkommen» und «Umsatz» zu wenig klar getrennt, ja, zum Teil falsch verwendet, so die Rüge des Presserates (Stellungnahme 23/2017).

40 **Auch bei einer Satire muss der Tatsachenkern («der materielle Kern») stimmen.** Die «Gipfel Zytig» verletzte deshalb das Wahrhaftigkeitsgebot, als sie in einem satirischen Beitrag aufzählte, wen ein Steuerzahler alles unterstütze: «185000 illegale Immigranten; 236000 Arbeitslose und Arbeitsscheue; 42000 Inhaftierte in über 27 Gefängnissen; über 400000 Asylanten (...)» Gemäss Presserat könne die genaue Zahl jeweils zwar nicht in jedem Fall bestimmt werden, doch legten «Plausibilitätsüberlegungen» nahe, dass die genannte Zahl von 400000 Asylbewerbern um ein Vielfaches zu hoch sei. «Mit Zahlen werden Fakten dargestellt, weshalb der Presserat zur Ansicht gelangt, dass vorliegend der materielle Kern der Satire nicht mehr den Tatsachen entspricht» (Revidierte Stellungnahme 14/2015 vom 4. Mai 2015/7. April 2017).

B. Formulierungen von Titel, Lead, Bildlegenden, Listicles

41 **Titel dürfen spitz, ja, überspitzt formuliert sein. Dies ist aber nur erlaubt, wenn «unmittelbar, das heisst im Untertitel oder zumindest zu Beginn des Artikels, eine Relativierung folgt.**

42 Der Presserat rügt die «Tribune de Genève», weil sie titelte: «Ein Mandat zuviel für algerischen Ex-Diplomaten». Im Untertitel hiess es: «Rat für Menschenrechte – Idriss Jazairi

vereint die Funktionen eines Sonderberichterstatters und eines Exekutivdirektors einer NGO. Eine noch nie dagewesene Situation» («Une situation inédite».) Diese Situation war aber nicht einzigartig, und Jazairy konnte dies erst gegen Ende des Textes richtigstellen (Stellungnahme 12/2017).

43 Unter dem Obertitel «Rechtsbrüche im Kanton Zug» titelte die «WOZ»: «Eine Ausschaffung mit allen Mitteln». Dagegen beschwerte sich die Zuger Sicherheitsdirektion, weil das Verwaltungsgericht rechtskräftig festgestellt habe, dass die im «WOZ»-Artikel kritisierte Inhaftierung der beiden Elternteile rechtmässig war. Auch die Fremdplatzierung der Kinder sei vom Gericht gebilligt worden. Der Presserat sieht das Wahrhaftigkeitsgebot trotzdem knapp nicht verletzt, weil es im Lead hiess: «Im Kanton Zug wird Recht gebrochen. Dies werfen Menschenrechtsaktivisten und Politiker dem Zuger Migrationsamt und der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde vor.» «Der Leser erfährt letztlich in der Gesamtheit von Titeln und Lead, wer gegen welche Zuger Behörden den Vorwurf des Rechtsbruchs erhebt», meint der Presserat (Stellungnahme 14/2017).

44 Ist eine Tatsache umstritten, dürfen Titel, einleitende und abschliessende Paragraphen sowie der Duktus des Textes nicht das Gegenteil zum Ausdruck bringen. Die Glarner Wochenzeitung «Fridolin» befasste sich unter dem Titel «Dazu darf ich nichts sagen» und der Überschrift «Kriminalität» mit dem Thema Ladendiebstahl durch Asylbewerber. «Fridolin» berichtete, dass diese Diebstähle zugenommen hätten und die Asylbewerber besonders dreist vorgehen würden. Für diese Behauptungen stützte sich die Wochenzeitung auf Gespräche an Stammtischen und auf der Strasse. Der Autor verwendete keine der leicht zugänglichen offiziellen Daten. Der Text vermeldete, dass gemäss der angeblich betroffenen Detailhändler und der Polizei das Problem gar nicht bestehe. Dies werde im Text zwar zum Ausdruck gebracht, doch durch den Titel sowie durch die einleitenden und abschliessenden Paragraphen entsteht gemäss Presserat klar der Eindruck, dass Asylbewerber in der geschilderten Art und in bedeutendem Umfang Ladendiebstähle begehen würden. Dies belegte der Text aber nicht. Deshalb sei das Wahrheitsgebot verletzt (Stellungnahme 21/2017, vgl. auch unten N 55 und 83).

45 Auch bei Listicles (Beiträgen in Form von Aufzählungen) gelten die Grundsätze der Medienethik, besonders auch das Wahrhaftigkeitsgebot. Der «Blick» listete unter dem Titel «So mächtig sind Sekten in der Schweiz» 14 Gruppierungen auf, darunter die Freikirche ICF. Gemäss Presserat muss sich auch der ICF die Bezeichnung als «Sekte» gefallen lassen, weil der «Blick» in einem Kasten darauf hingewiesen habe, dass der Begriff nicht eindeutig definiert und eine Einstufung schwierig sei. So habe sich der Leser selbst eine Meinung bilden können (Stellungnahme 1/2017).

C. Unterschlagen von Informationen

46 Medienschaffende dürfen keine wichtigen Elemente von Informationen unterschlagen (Ziffer 3 des Journalistenkodex).

47 «Saldo» unterschlägt wichtige Informationen in einem Bericht über Zürcher Lehrmittel und verstösst so gegen Ziffer 3 des Journalistenkodex. Beim Vergleich zweier Mathematik-Lehrmittel hätte «Saldo» gemäss Presserat darauf hinweisen müssen, dass das neue Mathebuch des Zürcher Verlags

zusätzlich einen Geometrieteil enthält. Der Preisvergleich (18 Franken für das alte, 39.60 für das neue Mathebuch des Verlags) berücksichtigt auch nicht, dass zum neuen Buch Arbeitshefte gehören, die einen grossen Teil des Kopieraufwandes überflüssig machen. Der Presserat erinnert daran, «dass bei Preisvergleichen besondere Sorgfalt angebracht ist: Gleiches ist mit Gleichem zu vergleichen.» (Stellungnahme 5/2017).

48 «Le Matin» unterschlägt wichtige Informationen in einem Bericht über einen ehemaligen Kantonspolitiker, der sich darüber beschwerte, dass er aus fürsorglichen Gründen in die Psychiatrie eingewiesen worden war. Gemäss Presserat hätte der Journalist die Kriterien für eine Einweisung beim zuständigen Friedensrichteramt erfragen oder diese leicht auffindbaren Informationen im Internet recherchieren müssen. Zudem hätte er erwähnen müssen, dass die psychiatrische Klinik keine Auskunft geben konnte, weil sie ans Arztgeheimnis gebunden war, und dass die Weigerung der eingewiesenen Person, ihre Krankheit zu akzeptieren, Teil des Krankheitsbildes ist (Stellungnahme 13/2017).

49 Die «WOZ» unterschlägt keine wichtigen Fakten in einem Bericht über die Ausschaffung zweier Afghanen. Die Wochenzeitung hatte einen Rechtsexperten zitiert, der die Haft der beiden Eltern kritisierte, weil es dafür mehr brauche als die Tatsache, dass sich jemand in einem Dublin-Verfahren befinde. Es brauche konkrete Anzeichen, dass die Personen untertauchen wollten. Das Zuger Verwaltungsgericht hatte die Haft aber für rechtmässig erklärt, weil sich die beiden Afghanen den behördlichen Anordnungen widersetzt hatten und tatsächlich die Gefahr des Untertauchens bestand. Das könne man im Urteil nachlesen, beschwerte sich die Zuger Sicherheitsdirektion. Trotzdem verneinte der Presserat eine Verletzung von Ziffer 3 des Journalistenkodex (Unterschlagen wichtiger Informationen; Stellungnahme 14/2017).

50 *Kommentar:* Diese Stellungnahme erstaunt. Wenn Journalisten rechtskräftig festgestellte Tatsachen, die für einen Artikel wichtig sind, nicht zur Kenntnis nehmen, kann sich der Leser kein richtiges Bild des Falles machen. Meines Erachtens wurden hier wichtige Informationen unterschlagen. Das Wahrhaftigkeitsgebot ist verletzt.

51 Die «Schweizerzeit» zitierte falsch und unterschlug so wichtige Fakten. Die «Schweizerzeit» verkürzte das Zitat «Der häufigere Partnerwechsel bei Schwulen wird von vielen Heterosexuellen als Kränkung erlebt, als Angriff auf sie selbst oder das Ideal der bürgerlichen Ehe. Der Entwertung der Schwulen zugeschriebenen promiskuen Lebensform liegen Verunsicherung, Angst und vielleicht sogar Neid ob der freieren Lebensform zugrunde.» auf: «Der Entwertung (...) der Schwulen liegen Verunsicherung, Angst und vielleicht sogar Neid gegenüber der freieren Lebensform zugrunde.» Gemäss Presserat wird mit der Weglassung von «zugeschriebenen promiskuen Lebensform» die Aussage verfremdet und verschärft. Damit ist gemäss Presserat das Wahrhaftigkeitsgebot verletzt (Stellungnahme 51/2017).

52 Bietet eine Redaktion umgehend eine Berichtigung an, kann dies bei untergeordneten Falschmeldungen die Verletzung des Wahrhaftigkeitsgebotes heilen. Im konkreten Fall berichtete «24heures» über die Zukunft eines SBB-Terrains in Vevey, das nach einer Volksabstimmung nicht mit Wohn-

häusern überbaut wird. Es liege der Vorschlag vor, darauf ein neues Schulgebäude zu errichten. Danach zitierte die Zeitung einen Lokalpolitiker der SVP, es sei einfacher, das neue Gebäude auf der Parzelle neben einer bestehenden Schule zu errichten, als die SBB zu enteignen. Die Parzelle neben der bestehenden Schule gehöre nämlich der Stadt Vevey. Tatsächlich gehört diese Parzelle aber nicht der Stadt. Dies publizierte die Journalistin aus Versehen nicht, obwohl sie es wusste. Ein Leser beschwerte sich dagegen bei der Zeitung. «Le Matin» bot eine Berichtigung an, die aber erst einen Monat nach dem ursprünglichen Artikel erschien, weil sie sich mit dem Leser nicht über den Wortlaut einigen konnte. Der Presserat fragte sich, ob der Irrtum nach der Berichtigung genügend Gewicht habe, um die Wahrheitspflicht zu verletzen. («La question est alors de savoir si l'erreur était d'une gravité suffisante pour avoir le poids d'une violation en dépit des mesures correctrices de la rédaction.») und kommt zur Antwort: Nein, keine Verletzung des Journalistenkodex (Stellungnahme 40/2017).

53 *Kommentar:* Wird eine Falschmeldung berichtigt, darf dies keinen Einfluss haben auf die Frage, ob eine Verletzung des Wahrheitsgebotes vorliegt (schon gar nicht, wenn die Berichtigung erst einen Monat nach der Meldung publiziert wird.) Durch die Berichtigung wird die Tatsache, dass das Wahrheitsgebot verletzt wurde, nicht abgeschwächt. Nur die Auswirkungen sind geringer. Im konkreten Fall ist eine für die Debatte um die zukünftige Nutzung des SBB-Geländes nicht unwichtige Tatsache falsch dargestellt worden. Der Grundsatz der Wahrhaftigkeit ist meines Erachtens auch dann verletzt, wenn eine Berichtigung folgte.

3. Umgang mit Gerüchten und Verdächtigungen

54 Keine wichtigen Stellungnahmen zu diesem Thema im Berichtsjahr.

4. Umgang mit Quellen (Art. 3 und 6 Journalistenkodex; Richtlinien 3.1, 3.2, 3.3, 6.1, 6.2, a.1)

55 Anonymisierte Quellen dürfen nicht unkommentiert höher gewichtet werden als offizielle. Die Glarner Wochenzeitung «Fridolin» befasste sich unter dem Titel «Dazu darf ich nichts sagen» und der Überschrift «Kriminalität» mit dem Thema Ladendiebstahl durch Asylbewerber. «Fridolin» berichtete, dass diese Diebstähle zugenommen hätten und die Asylbewerber besonders dreist vorgehen würden. Dabei stützte sich der Autor auf «direkt betroffene Personen», welche die These bestätigen würden. Kaum Gewicht erhalten hingegen die Mediensprecher der mutmasslich geschädigten Unternehmen und der Polizei, welche der These widersprechen. Der Presserat kritisiert, dass die «direkt betroffenen Personen» für die Leser gänzlich unkonkret und nebulös bleiben. Der Autor hätte zudem erläutern müssen, weshalb er die anonymen Quellen für glaubwürdiger hält als die zitierten offiziellen (Stellungnahme 21/2017, vgl. auch N 44 und 83).

56 Anonymisiert eine Redaktion eine Quelle, muss sie die Gründe dafür nennen und die Quellen bis an die Grenze der Identifizierbarkeit umschreiben. Bei einem anonymen

Brief muss sie auch die Grössenordnung angeben, wie viele Personen ihn verfasst haben. Zudem sollte eine Redaktion gegenüber dem Presserat belegen können, dass sie die Quelle tatsächlich kennt. Das Online-Portal «ticonews.ch» hat gegen diese Grundsätze verstossen, als es über einen anonymen Brief berichtete und diesen veröffentlichte. «Un vasto gruppo di dipendenti» des Tessiner Fernsehens RSI fordere in einem anonymen Brief den Rücktritt des Direktors, vermeldete das Online-Magazin, bezeichnete die Quelle aber nicht näher und begründete die Anonymisierung nicht. Dabei hätte «ticonews.ch» gemäss Presserat nachvollziehbare Gründe dartun können, weshalb RSI-Angestellte nicht genannt werden wollen, wenn sie sich gegen die eigene Direktion wenden (Stellungnahme 3/2017).

57 **Quellen müssen in der Regel genannt werden (Richtlinie 3.1). Gemäss Presserat entfällt diese Pflicht bereits bei geringen Zusatzrecherchen.** Die «Aargauer Zeitung» hat die Quelle nicht genannt, als sie einen Bericht veröffentlichte, der fast wörtlich auf einer Medienmitteilung der Gemeinde Zufikon basierte. Da die AZ aber den Text mit eigenen Recherchen überprüft habe, sieht der Presserat in der Meldung «knapp» keine Verletzung des Journalistenkodex (Stellungnahme 29/2017).

58 *Kommentar:* Dieser Entscheid befriedigt nicht. Die Pflicht, eine Quelle zu nennen, dient der Transparenz, die es dem Mediennutzer erlaubt, die Qualität einer Information zu beurteilen. Wird eine Medienmitteilung fast im Wortlaut übernommen, können Eigenrecherchen nicht davon dispensieren, die Quelle zu nennen.

5. Berichtigungspflicht (Ziffer 5 Journalistenkodex, Richtlinie 5.1)

59 Keine wichtigen Stellungnahmen zu diesem Thema im Berichtsjahr.

6. Trennung von Information und Kommentar (Richtlinie 2.3)

60 Eine Infografik darf in der Legende nicht bloss kommentiert werden. «Le Matin Dimanche» kommentierte eine Grafik der zehn Spezialärztesgruppen mit den höchsten Einkommen mit dem Satz: «En clair, les médecins gagnent sensiblement plus que cette étude veut bien le prétendre.» Der Presserat rügt eine Verletzung der Trennung von Information und Kommentar (Stellungnahme 23/2017).

61 *Kommentar:* Diese Stellungnahme irritiert, denn bereits die klar unterschiedlichen Formen von visuellem Element (Grafik) und Text (Legende) stellen eine Trennung von Information und Kommentar sicher. Das Vorgehen ist zwar publizistisch fragwürdig, da der Kommentar der Information radikal widerspricht, ohne Gründe zu nennen, aber korrekt getrennt wurde. Es stellt sich aber die Frage, ob angesichts des Faktenwiderspruchs des Kommentars zur Statistik allenfalls die Wahrheitspflicht verletzt wurde.

IV. Fairness

1. Einholen von Stellungnahmen (Richtlinien 3.8, 3.9)

62 Gemäss Richtlinie 3.8 des Presserates sind Kritisierte nur, aber immerhin bei schweren Vorwürfen anzuhören. Laut seiner Praxis wiegt ein Vorwurf dann schwer, wenn jemandem ein illegales oder damit vergleichbares unredliches Verhalten vorgeworfen wird. Als **schweren Vorwurf** hat der Presserat unter anderem bezeichnet:

63 den Vorwurf in einem Leserbrief der «Rigi Post» an den Kandidaten für das Amt des Gemeindepräsidenten, er habe sein Amt für die eigene Bereicherung genutzt, und den Vorwurf, er schröpfe die Sozialkassen, indem er in seinem vernachlässigten Mehrfamilienhaus sozial Benachteiligte und Asylanten unterbringe und sich an diesem Elend bereichere (Stellungnahme 26/2017, vgl. dazu auch N 23).

64 Als **leichten Vorwurf**, zu dem der Betroffene nicht angehört werden muss, hat der Presserat bezeichnet:

- den Vorwurf von «blick.ch» an die Freikirche ICF, eine Sekte zu sein und dass der Austritt aus der ICF durch starke emotionale Bindungen erschwert werde (Stellungnahme 1/2017);
- den Vorwurf der «Tageswoche» an SVP-Nationalrätin Natalie Rickli, sie setze sich für eine Open-Content-Vorlage ein, weil sie ihrem Arbeitgeber, der Goldbach Group, geldwerte Vorteile bringe: «Interessenvertretung ist heute im schweizerischen Milizsystem weit verbreitet und weder illegal noch besonders unredlich» (Stellungnahme 19/2017);
- den Vorwurf von «Inside Paradeplatz» an die UBS, ihre Boni-Regularien seien ein «Lügensystem»; sie sei eine «Gambler-Bude» und «Wiederholungstäterin». Dazu führt der Presserat in seltener Bildhaftigkeit aus: «Auch die Verwendung von Begriffen wie Lüge, Trick oder Spiel, im übertragenen Sinne sogar der Ausdruck ‚perverses Spiel‘ gehört seit Jahrhunderten zum Grundrepertoire journalistischer Metaphorik, ebenso wie die Beschreibung einer Geschäftstätigkeit mit Begriffen aus der Welt der Spieler, Schwindler und Gauner.

65 Mit der Verwendung des Ausdrucks «Gambler-Bude» nähert sich «Inside Paradeplatz» zwar dem Vorwurf, die UBS habe strafbewehrte Handlungen vorgenommen. Aber da ‚gamblen‘ lediglich die Betätigung bei Glücksspielen beschreibt, ohne zwischen verbotenem und legalem Glücksspiel zu unterscheiden, lässt sich auch aus dieser Wortwahl kein schwerer Vorwurf herauskristallisieren. Auch «Wiederholungstäter» zu sein, ist – ebenso wie Täter zu sein – für sich genommen nicht strafbewehrt, solange die «Tat» selbst nicht definiert wird.» (Stellungnahme 37/2017).

66 Nimmt ein Spital zu Vorwürfen keine Stellung, weil es **ans Arztgeheimnis gebunden ist, ist dies in einem Bericht zu erwähnen**. Der Presserat rügt «Le Matin», weil in einem Artikel über einen ehemaligen Kantonspolitiker, der sich über eine Zwangseinweisung in die Psychiatrie beklagte, nicht erwähnt wurde, dass die psychiatrische Klinik keine Stellung nehmen

konnte, weil sie ans Arztgeheimnis gebunden war (Stellungnahme 13/2017).

67 Wenn sich Kritisierte weigern, eine Stellungnahme abzugeben, können sie sich im Nachhinein nicht darauf berufen, sie hätten zu einem bestimmten Aspekt angehört werden müssen. Vorwürfe sind präzise zu benennen. Der schwere Vorwurf ist nicht zwingend bereits beim ersten Kontaktversuch auszusprechen.

68 Deshalb sieht der Presserat von einer Rüge ab, obwohl die «WOZ» dem Zuger Migrationsamt und der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde vorgeworfen hatte, bei einer Ausschaffungshaft zweier Eltern und der Fremdplatzierung zweier Kinder Rechtsbrüche begangen zu haben (Stellungnahme 14/2017).

69 *Kritik: Diese Stellungnahme führt zu einem Resultat, das wenig überzeugt: Unterbreitet ein Journalist beim ersten Kontaktversuch nur leichte Vorwürfe und verzichtet die Kritisierte auf eine Stellungnahme, kann dies den Journalisten nicht davon befreien, eine Stellungnahme zu einem später entdeckten schweren Vorwurf einzuholen. Im konkreten Fall hätte dies auch Mängel beim Wahrhaftigkeitsgebot mit grosser Wahrscheinlichkeit behoben (vgl. oben N 43).*

2. Lauterkeit der Recherche (Ziffer 4 Journalistenkodex, Richtlinien 4.1, 4.2, 4.3, 4.4, 4.5, 4.6, 4.7)

70 Medienschaffende müssen das Ziel ihrer Recherche nicht bereits am Anfang ihrer Recherchen im Detail offenlegen. «Oft ergibt sich erst im Verlauf der Recherchen, welche Stossrichtung diese in der Folge annehmen», meint der Presserat (Stellungnahme 5/2017).

71 *Kommentar: Dieser Entscheid ist richtig. Der Fall ist klar abzugrenzen von den verpönten «fishing expeditions», mittels derer von Anfang an unter Vorgabe eines klar anderen Recherchezwecks versucht wird, an brisante Informationen heranzukommen (vgl. Stellungnahme 20/2016).*

72 Medienschaffende dürfen Träger von Amtsgeheimnissen um Auskunft bitten. In der Frage alleine liegt kein unlauteres Vorgehen. Journalisten sind «nicht verpflichtet, sich ausschliesslich an eine Medienstelle zu wenden» (Stellungnahme 17/2017).

V. Schutz von Privatsphäre und Menschenwürde, Diskriminierungsverbot

1. Schutz der Privatsphäre (Ziffer 7 des Journalistenkodex; Richtlinien 7.1, 7.2, 7.3, 7.7)

73 Kann ein Name erst durch eine geschickte Internetrecherche herausgefunden werden, ist das Gebot des Schutzes der Privatsphäre nicht verletzt. Im konkreten Fall hatte «20 Minuten» die richtigen Initialen, das Alter und den Wohnort einer Person genannt. Obwohl durch eine geschickte Internetrecherche allenfalls der richtige Name herausgefunden wer-

den könne, liege keine Verletzung der massgebenden Richtlinie 7.2 vor, befand der Presserat. «Dass dies darüber hinaus mit einer geschickten Internetsuche ebenfalls möglich ist, wie der Beschwerdeführer geltend macht, kann für den Presserat nicht massgebend sein. Selbstverständlich ist nicht auszuschliessen, dass Recherchen über eine Person im Internet von Fall zu Fall eine Identifizierung derselben durch Dritte ermöglichen. Massgebend für die Beurteilung des Presserats ist jedoch Richtlinie 7.2.» (Stellungnahme 42/2017).

74 **Kommentar:** Diese Stellungnahme bietet leider keine klare Antwort auf ein zunehmend wichtiges Problem. Wieso kann es nicht massgebend sein, ob eine Internetsuche mit Angaben, die in einem Beitrag gemacht wurden, eine Person identifizierbar macht? Der Verweis auf Richtlinie 7.2 bringt keine Antwort. Dort steht nur, dass Journalisten «weder Namen noch andere Angaben [veröffentlichen], welche die Identifikation einer Person durch Dritte ermöglichen», wenn die Voraussetzungen für eine Namensnennung nicht gegeben sind. Ja, was sind denn nun «andere Angaben», die im Internetzeitalter die Identifikation durch Dritte ermöglichen? Will der Presserat mit dieser kryptischen Formulierung sagen, dass jede Angabe zulässig ist, die erst durch eine (noch so banale) Internetsuche identifizierbar macht? Oder dass Angaben, die erst durch eine «geschickte Internetsuche» zur Identifikation führen, zulässig sind? Was gilt heute als normale und was als «geschickte Internetsuche»? Da wären konkrete Kriterien hilfreich. Sicher zulässig sind meines Erachtens Angaben, die erst durch spezialisierte, nicht Google-indexierte Datenbanken – wie etwa das Register der Website-Inhaber (z. B. www.nic.ch) – zu einer Identifikation führen. Diese Kriterien sind aber entsprechend dem Stand des allgemeinen Researchwissens sporadisch zu überprüfen.

75 Auch wenn der Name nicht genannt wird, kann eine Person durch Details des Geschehens identifizierbar werden. **Minderjährige sind besonders zu schützen.** «Le Matin» publizierte unter dem Titel «Fillette abusée dans une scierie» einen Bericht über einen sexuellen Missbrauch einer Siebenjährigen. Der mutmassliche Täter war bereits gefasst. Die Zeitung wählte zwar ein Pseudonym («Catalina»), machte das Mädchen aber gemäss Presserat durch Details, etwa zu Wohnort, Religion oder Familiengeschichte, erkennbar («Cela ne fait que quelques mois que la petite Catalina* [7 ans], ses trois frères et sœurs cadets et ses parents ont emménagé à Riddes après plusieurs années vécues en Amérique du Sud. À 3 km du séminaire international Saint-Pie-X d'Écône, auquel cette famille pratiquante se rend régulièrement pour vivre sa foi», «chapelle d'amis' écônards, sise à 200 m de son domicile, et à la même distance de son école privée rattachée au même mouvement intégriste», «très pieuse fillette»). Damit werde das Mädchen ausserhalb des engsten familiären, sozialen und beruflichen Umfeldes identifizierbar, und zudem seien viele Details unnötig fürs Verständnis des Geschehens. Ziffer 7 und Richtlinien 7.2, 7.3 und 7.7 sind gemäss Presserat verletzt (Stellungnahme 45/2017).

76 Die Handelszeitung durfte den Namen des einzigen Verwaltungsrates der Salfried AG nicht nennen, auf welche die Zuger Staatsanwaltschaft ein Strafverfahren wegen mutmasslich betrügerischen Finanzierungsmethodik ausgeweitet hatte. Für die **Namensnennung** gebe es kein überwiegendes öffentliches Interesse, rügte der Presserat. «Für die Information und Warnung weiterer potenzieller Investoren hätte es genügt, den Na-

men des inkriminierten Unternehmens «Salfried AG» (...) zu nennen. Und zu vermelden, dass die Zuger Staatsanwaltschaft ihre Ermittlungen auf den Inhaber der Firma ausgeweitet hat.» Die Tatsache alleine, dass der Verwaltungsrat der Salfried AG im Handelsregister namentlich aufgeführt sei, rechtfertige die Namensnennung nicht (Stellungnahme 36/2017).

77 **Kommentar:** Diese Stellungnahme überzeugt nur dann, wenn es keinerlei Belege gibt, dass der einzige Verwaltungsrat der Salfried AG sich bereits ähnliche Fehlritte als Verwaltungsrat einer anderen Firma hat zuschulden kommen lassen – allenfalls sogar mit betrügerischer Absicht. Dann können Investoren nämlich vor Personen, die mehrfach juristische Personen in Konkurs haben gehen lassen, nur gewarnt werden, wenn nicht nur die Firma, sondern auch der Name der Person genannt wird. Der Name der Person ist dann das Bindeglied zwischen einer konkursiten Firma und einer aktuellen, die ebenfalls Investoren schädigen könnte.

78 Wer einer Redaktion einen Leserbrief mit seiner Meinung und mit seinem Namen zustellt, ist bereit, in die Öffentlichkeit zu gehen. **Der Name des Leserbriefautors darf somit genannt werden.** Veröffentlicht aber die Redaktion den Leserbrief nicht, sondern nimmt ihn zum Anlass für einen eigenen Bericht, darf sie **nicht aus dem Leserbrief zitieren, ohne den Autor vorgängig darüber zu informieren** und die Passagen zur Autorisierung zu unterbreiten (Stellungnahme 22/2017).

2. Schutz der Menschenwürde und vor Diskriminierung (Ziffer 8 des Journalistenkodex; Richtlinien 8.1, 8.2, 8.3, 8.4 und 8.5)

A. Menschenwürde

79 Im Beitrag mit dem Titel «Horror-Fund am Orientierungslauf: Schüler stossen auf Skelett» zeigte «Blick» **zwei Fotos, welche die Menschenwürde verletzt haben.** Das eine zeigte eine Übersicht der Fundstelle einer Leiche, auf der Kleider und Knochen zu erkennen sind. Das zweite bildete den Schädel in Nahaufnahme ab. Beide Bilder übersteigen gemäss Presserat die Grenze dessen, was durch das öffentliche Interesse gerechtfertigt war. Für den Presserat stellt die Veröffentlichung der beiden Bilder «eine grobe, nicht zu rechtfertigende Missachtung der Gefühle der Angehörigen dar.» Die Angehörigen hatten erst zwei Tage zuvor vom Fund erfahren (Stellungnahme 6/2017).

80 «Blick» verletzte die Menschenwürde der Bewohnerin eines Heims für demenzkranke Menschen nicht, obwohl «Blick» die Frau ohne Einwilligung abbildete, ihren Namen und Herkunftsort sowie ihr Alter nannte. Gemäss Presserat wurde ihre Menschenwürde nicht verletzt, weil sie im Bericht nicht ausdrücklich als demenzkrank bezeichnet wurde, sondern im Gegenteil erwähnte, dass im Heim neben demenzkranken Menschen auch gesunde leben (Stellungnahme 38/2017). Hingegen erkannte der Presserat auf Verletzung des Gebotes des Schutzes der Privatsphäre (vgl. unten N 87).

81 «Le Matin» verletzte die Menschenwürde mit einem Bericht über den sexuellen Missbrauch eines siebenjährigen Mädchens, indem er Details des Missbrauchs reisserisch hervorstrich. Damit riskiere die Zeitung, das Mädchen zum

Objekt zu degradieren. Der Artikel liegt gemäss Presserat ausserhalb dessen, was für eine Information der Öffentlichkeit nötig ist (Stellungnahme 45/2017).

B. Diskriminierung

82 Das Liechtensteiner «Vaterland» verletzte das Diskriminierungsverbot nicht, als es einen Leserbrief abdruckte, in dem der Schreiber durchblicken liess, dass Homosexuelle mit Tieren und/oder Affen gleichgestellt werden könnten. Gemäss Presserat hat er dies nicht explizit getan, sondern eine solche Interpretation den Lesenden überlassen. Da es sich um einen Leserbrief handelt, prüfte der Presserat nur, ob ein offensichtlicher Verstoss vorliegt. Zudem deutete der Presserat ohne vertiefte Begründung an, dass er bei Leserbriefen in Liechtensteiner Medien noch weniger streng prüft (Stellungnahme 52/2017; vgl. auch N 8).

83 Die Glarner Wochenzeitung «Fridolin» befasste sich unter dem Titel «Dazu darf ich nichts sagen» und der Überschrift «Kriminalität» mit dem Thema Ladendiebstahl durch Asylbewerber. «Fridolin» berichtete, dass diese Diebstähle zugenommen hätten und die Asylbewerber besonders dreist vorgehen würden. Für diese Behauptungen stützte sich die Wochenzeitung aber nur auf Gespräche an Stammtischen und auf der Strasse. Der Autor verwendete auch keine der leicht zugänglichen offiziellen Daten und setzte sich ungenügend mit widersprechenden Aussagen der Mediensprecher der mutmasslich betroffenen Geschäfte und der Polizei auseinander. Mit der pauschalen, nicht plausibel begründeten Kriminalisierung einer Gruppe von Menschen ausländischer Herkunft, den Asylbewerbern, wurde gemäss Presserat das Diskriminierungsverbot missachtet (Stellungnahme 21/2017; vgl. auch N 44 und 55).

VI. Der Umgang mit Bildern

1. Wahrhaftigkeit und Transparenz (Richtlinien 3.3, 3.4, 3.5, 3.6)

84 Bilder und Filme aus Sozialen Netzwerken können nicht zu 100 Prozent verifiziert werden. Lässt eine Redaktion diese aber durch eine spezialisierte Verifikationsagentur, wie Storyful überprüfen, genügt dies dem Wahrhaftigkeitsgebot (Stellungnahme 2/2017).

85 Die Herkunft von externen Bildern und Filmen muss «verständlich und aufschlussreich» bezeichnet werden. Werden externe Filme verwendet und dabei die Logos der Quellen eingeblendet und erwähnt, dass es sich um lokale Quellen handle, genügt dies nur knapp, wenn es sich um fremdländische Quellen handelt, die der Zuschauer nicht einordnen kann. Der Presserat wünscht sich bei zwei Filmen, die «10vor10» vom syrischen Koordinationsbüro und einer arabischen Hilfsorganisation übernommen und mit deren Logos gekennzeichnet hatte, zusätzlich einen knappen klaren Hinweis zur Herkunft der Filmsequenzen (Stellungnahme 2/2017).

86 Symbolbilder müssen nicht zwingend gekennzeichnet sein, wenn sie der Durchschnittsbetrachter als solche erkennt. Deshalb durfte der «Corriere del Ticino» das (Symbol-) Bild einer Frau zeigen, die auf der Strasse von hinten von einem verschwommen abgebildeten Mann angegriffen wird, um

ein Strafurteil gegen einen Mann zu illustrieren, der wegen Gewalt gegen seine Partnerin zweitinstanzlich verurteilt worden war. Das Bild war nicht als Symbolbild gekennzeichnet und der Fall spielte sich nicht so ab. Gemäss Presserat kann der Leser das Bild aber einordnen und erkennen, dass es das Thema Gewalt gegen Frauen in genereller Art und Weise illustriert (Stellungnahme 7/2017; Bestätigung der Praxis der Stellungnahmen 34/2009, 26/2016).

2. Schutz der Privatsphäre

87 Die generelle Erlaubnis eines Heimleiters reicht nicht, um über das Recht einzelner Heimbewohner an ihrem eigenen Bild und an ihrer Privatsphäre insgesamt zu befinden. Deshalb durfte «Blick» eine Bewohnerin eines Heims für Demente nicht mit Bild, Name, Herkunftsort und Alter zeigen, obwohl der Heimleiter die Einwilligung erteilt hat. Der Journalist/die Journalistin muss sich erkundigen, ob der Heimleiter überhaupt berechtigt ist, diese Fragen zu entscheiden, ob er also entsprechende Vollmachten übertragen erhalten hat. Anderenfalls muss der Journalist die Einwilligung von den einzelnen Heimbewohnern (sofern urteilsfähig) oder deren gesetzlichen Vertretern einholen, bevor er sie abbildet, identifiziert und darüber berichtet, dass sie heute in einem auf Demenz spezialisierten Heim in Thailand leben (Stellungnahme 38/2017).

3. Aktualitätsbilder, Täter- und Attentatsfilme, Streaming (Richtlinien 8.4, 8.5)

88 Keine wichtigen Stellungnahmen zu diesem Thema im Berichtsjahr.

VII. Besonderheiten der Polizei- und Gerichtsberichterstattung (Richtlinien 7.4, 7.5, 7.6, 7.7)

1. Unschuldsvermutung

89 Die blosser Erwähnung der Unschuldsvermutung genügt nicht, wenn diese im Titel verletzt wird. Der Presserat rügt die «Basler Zeitung», die Artikel mit den Titeln «Sex mit Minderjährigen in Reinacher Asylheim» (14.12.2016) und «Strafuntersuchung zu Sex in Reinacher Asylheim» (6.1.2017) versah, obwohl keine Belege für Sex vorlagen, geschweige denn eine rechtskräftige Verurteilung. «Die Titel suggerieren, dass bereits klare Feststellungen gemacht werden können. Dies ist aber nicht der Fall. (...) Somit ist die Unschuldsvermutung verletzt.» Der Presserat erinnert daran, dass bei Titeln besonders streng darauf zu achten ist, dass der Unschuldsvermutung Rechnung getragen wird (Stellungnahme 17/2017).

2. Namensnennung

90 Siehe zu diesem Thema vorne unter Randnoten 73 ff.

VIII. Unabhängigkeit der Medienschaffenden (Ziffern 9 und 10 des Journalistenkodex)

1. Trennung von redaktionellem Teil und Werbung oder Sponsoring (Ziffer 10 Journalistenkodex, Richtlinien 10.1, 10.2 und 10.4)

91 Die Ziffern 10.1 und 10.2 der Richtlinien wurden revidiert, um auch die neuen Formen bezahlter Inhalte (zB. Native Advertising) zu erfassen (vgl. Einleitung).

92 In einer wegweisenden Stellungnahme billigte der Presserat die Praxis des Online-Magazins «Watson» zum «Native Advertising» knapp. Bei «Watson» wissen nur der Chefredaktor, der Chef vom Dienst und ein NativeAd-Team, wer der Werbekunde bei Native Advertising ist. Der einzelne «Watson»-Redaktor erhält nur den Auftrag, einen Artikel zum Meta-Thema zu erstellen, das den Werbekunden interessiert, kennt ihn aber nicht. Der Redaktor weiss aber, dass der Artikel zum Verkauf von Native Advertising dienen soll. Das NativeAd-Team schickt dem Werbekunden vor der Freischaltung einen Vorschau-Link. Dabei «kommt es gelegentlich vor, dass auch inhaltliche Änderungswünsche angebracht werden», wie «Watson» gegenüber dem Presserat eingesteht. In dieser Phase könne «der Kunde auch final entscheiden, ob er sich in diesem Content-Umfeld präsentieren möchte oder nicht.»

93 Nach diesem Ablauf erstellte ein «Watson»-Redaktor ein Quiz. Anhand von 8 Multiple-Choice-Fragen sollte der Leser herausfinden, welche Outdoor-Sportart zu ihm passt. Direkt neben dem Start des Quiz ist der Hinweis «präsentiert von sanagate» platziert, und danach folgt eine Werbe-Einblendung des Auftraggebers Sanagate, die grafisch und mit einem Textelement vom redaktionellen Beitrag abgesetzt ist: «Lass die Sparsau raus! Dank den günstigen Krankenversicherungsprämien von Sanagate bleibt dir mehr Geld für Fun und Freizeit ...»

94 Gemäss Presserat hat der Redaktor nicht gegen das Verbot verstossen, Werbeinhalte zu erstellen (Richtlinie 10.4). «Er hat lediglich dazu beigetragen, dass für die Werbebotschaft von Sanagate ein thematisch passendes redaktionelles Umfeld (...) geschaffen wird», meinte der Presserat, dem aber ein «ethisches Rest-Unbehagen» bleibt, weil der Redaktor ein «positives redaktionelles Umfeld» geschaffen habe, das einen Kunden verleiten könne.

95 «Watson» hat gemäss Presserat die Werbung auch gestalterisch klar vom redaktionellen Inhalt abgegrenzt (Richtlinie 10.1). Der Hinweis «präsentiert von ...» genügt dem Presserat, wenn er auch «bezahlt von ...» lieber gesehen hätte. Denn für den Presserat ist Transparenz zentral: Der Nutzer müsse erkennen, dass er sich in einem Werbeumfeld befinde – gerade wenn redaktionelle Leistung und Werbung so nahe zusammenrücken wie bei Native Advertising.

96 Eindeutig verletzt wäre der Journalistenkodex gemäss Presserat, wenn der Native-Advertising-Auftraggeber von Watson Änderungen am redaktionellen Teil durchsetzen könnte. «Dies selbst dann, wenn dem jeweiligen Kunden nur belanglose Wünsche in Bezug auf einzelne Formulierungen erfüllt werden sollten.» Das kommt gemäss «Watson» «gelegentlich» vor. Im konkreten Fall seien aber keine Änderungen gewünscht worden. Deshalb spricht der Presserat auch hier keine Rüge aus. Der Presserat empfiehlt Anbietern von Native Advertising, die

inhaltliche Mitsprache des Werbers ausdrücklich auf Inserate zu beschränken (Stellungnahme 15/2017).

97 Wird ein Logo als Werbung in einen Artikel eingestreut, muss es als Werbung gekennzeichnet werden. Der Presserat rügt die «Davoser Zeitung», weil das Logo der Befürworter der Bündner Olympia-Kandidatur in einer Interviewserie im Vorfeld der Abstimmung jeweils ohne Trennlinien oder ähnliche gestalterische Elemente und ohne den Zusatz «Inserat» oder «Anzeige» abgedruckt wurde. Aus der Tatsache, dass die Interviewten alle die Olympia-Kandidatur befürworteten und das Pro-Komitee mit seinem Logo auf diesen Seiten jeweils präsent sein wollte, schliesst der Presserat zudem, dass die Interviews vom Pro-Komitee bezahlt wurden und somit zu Unrecht nicht als Sponsoring deklariert waren (Stellungnahme 11/2017).

98 Eine Beilage, die gesponsert wurde oder Werbung darstellt, muss auch dann explizit als Werbebeilage gekennzeichnet sein, wenn sie sich in Layout und Schriften deutlich von den redaktionellen Beiträgen unterscheidet. Der Presserat rügt die «Davoser Zeitung», weil sie eine Beilage über die Olympia-Kandidatur veröffentlicht hat, ohne diese als Werbebeilage zu kennzeichnen. Für den Leser sei nicht ersichtlich, dass für diese Beilage bezahlt wurde. Und dies umso weniger als der Beilage ein normales Impressum der «Davoser Zeitung» beigefügt war und der Untertitel lautete: «Die Fakten zur Abstimmung vom 12. Februar, kompakt zusammengefasst» (Stellungnahme 11/2017).

2. Persönliche Unabhängigkeit (Ziffer 9 Journalistenkodex, Richtlinien 2.4, 9.1, 9.2)

99 Ein Journalist ist frei, jemanden auf Twitter zu blocken. Dadurch verliert der Journalist seine Unabhängigkeit gegenüber der geblockten Person nicht und muss nicht in den Ausstand treten. Die Gründe für das Blocken können ausser Acht gelassen werden (Stellungnahme 42/2017).

Zusammenfassung Ständen 2016 Stellungnahmen zur Namensnennung und zur Privatsphäre im Vordergrund, so setzte der Presserat im vergangenen Jahr einen Schwerpunkt im Bereich Unabhängigkeit. Es ging um die Trennung zwischen redaktionellem Teil und Werbung, Sponsoring, Koppelung von redaktionellen Berichten und Werbung. Eine grosse Zahl von Beschwerden richteten sich zudem gegen Leserbriefe oder Online-Kommentare. Und wie jedes Jahr musste sich der Presserat mehrfach mit Fragen der Wahrhaftigkeit befassen: wie Fakten zu belegen sind, wie viel Zuspitzung zulässig ist und welche Informationselemente nicht unterschlagen werden dürfen. Eingegangen ist 2017 die Rekordzahl von 127 Beschwerden.

Die Entscheidung

La décision

Der Vorwurf «verbaler Rassismus» war ein Werturteil, das der sachlichen Grundlage nicht entbehrte

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 9. Januar 2018 i. S. GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus gegen die Schweiz (No. 18597/13)

Zusammenfassung Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte EGMR hat die Gutheissung der Klage des Präsidenten der Jungen SVP Thurgau gegen die GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus wegen Persönlichkeitsverletzung als Verletzung von Art. 10 EMRK qualifiziert. Die Stiftung hatte auf ihrer Website einen kurzen Bericht über eine Rede des Jungpolitikers im Abstimmungskampf um die Minarett-Initiative unter dem Titel «Verbaler Rassismus» publiziert. Der EGMR kam zum Schluss, dass diese Bezeichnung angesichts der konkreten Umstände nicht ohne sachliche Basis erfolgte und dass einen höheren Grad an Toleranz gegenüber Kritiken zeigen müsse, wer seine politischen Ansichten willentlich dem prüfenden Blick der Öffentlichkeit aussetze.

Résumé La Cour européenne des droits de l'homme a qualifié l'admission de la plainte du président des Jeunes UDC de Thurgovie contre la Fondation contre le racisme et l'antisémitisme (GRA) pour violation de la personnalité comme violation de l'art. 10 de la CEDH. La Fondation avait publié sur son site web un court article sur un discours du jeune politicien au cours de la campagne électorale concernant l'initiative contre les minarets sous le titre «racisme verbal». La CEDH a conclu que cette dénomination, dans le contexte présenté, n'était pas dénuée de fondement factuel et que la personne qui expose délibérément ses opinions politiques au grand public doit faire preuve d'un degré de tolérance supérieur à l'égard des critiques.

Stichworte Meinungsäusserungsfreiheit, Rassismus/Rassendiskriminierung, Werturteil/Tatsachendarstellung, politische Debatte, public watchdog, social watchdog

Bestimmungen Art. 8 und 10 Europäische Menschenrechtskonvention, Art. 261^{bis} StGB, Art. 28 ZGB

The circumstances of the case

(...)

5. The applicant is a non-governmental organisation which promotes tolerance and condemns all types of racially motivated discrimination. It was established under Swiss law and registered in Zürich.

6. On 5 November 2009 the youth wing of the Swiss People's Party (*Junge Schweizerische Volkspartei*) held a demonstra-

tion in the train station square in the town of Frauenfeld concerning a public initiative to support the prohibition of the building of minarets in Switzerland. After the event the party published a report on its website, including the following excerpts:

„In his speech in front of the Thurgau government building [*Thurgauer Regierungsgebäude*], B.K., the president of the local branch of the Young Swiss People's Party [„the JSVP”], emphasised that it was time to stop the expansion of Islam. With this demonstration, the Young Swiss People's Party wanted to take an extraordinary measure in an extraordinary time. The Swiss guiding culture („*schweizerische Leitkultur*”), based on Christianity, cannot allow itself to be replaced by other cultures, B.K. added. A symbolic sign, such as the prohibition of minarets, would therefore be an expression of the preservation of one's own identity.”

7. In response, the applicant posted an entry on its website in the section called „Chronology - Verbal racism”, entitled „Frauenfeld TG, 5 November 2009”, including the following extract:

„According to the report of the event, B.K., the president of the local branch of the Young Swiss People's Party, emphasised that it was time to stop the expansion of Islam. He added further: 'The Swiss guiding culture, based on Christianity, cannot allow itself to be replaced by other cultures. A symbolic sign, such as the prohibition of minarets, would therefore be an expression of the preservation of one's own identity.' Swiss People's Party of Switzerland canton representative H.L. also spoke to the few people who attended; nevertheless, the Young Swiss People's Party speaks of a great success. (Verbal racism)”

8. On 29 November 2009 the popular initiative against the construction of minarets was accepted in a referendum and a constitutional amendment banning the construction of new minarets was introduced.

9. On 21 August 2010 B.K. filed a claim for the protection of his personality rights with the Kreuzlingen District Court (*Bezirksgericht Kreuzlingen*). He applied, firstly, to have the applicant organisation withdraw the entry in question from its homepage and, secondly, for it to be replaced with the court's judgment. The applicant organisation replied that the title of the Internet entry had to be considered as a value judgment, which could only lead to an infringement of personality rights if it entailed an unnecessarily hurtful and insulting attack on the person concerned.

10. On 15 March 2011 the Kreuzlingen District Court dismissed B.K.'s action. It held that the publication of the im-

pugned article on the applicant's website had been justified since it had related to a political discussion on a matter of public interest.

11. On appeal, on 17 November 2011 the Thurgau Cantonal High Court (*Obergericht des Kantons Thurgau*) reversed the first-instance judgment. It held that classifying B.K.'s speech as „verbally racist“ had been a mixed value judgment, which could lead to an infringement of personality rights if it was based on untruths. The High Court concluded that B.K.'s speech itself had not been racist. It therefore ordered that the impugned article be removed from the applicant's website and replaced with the court's judgment.

12. On 25 January 2012 the applicant organisation filed an appeal with the Federal Supreme Court (*Bundesgericht*), reiterating its argument that any interference with B.K.'s personality rights had been justified. One of the applicant's main aims was to fight racism and to inform the public about hidden and open racist behaviour. Its website stated that public comments would be documented, even if they did not fall within the scope of the prohibition of racial discrimination enshrined in Article 261bis of the Swiss Criminal Code. To fulfil its role of watchdog in that sense, it published articles and interviews concerning current events relating to racism and anti-Semitism.

(...)

Relevant domestic and international law and documents

(...)

16. In October 2008, the Swiss Federal Commission against Racism issued an opinion on the initiative against the construction of minarets, the relevant part of which reads as follows:

«The Federal Commission against racism recommends:

1. rejection of the initiative «against the construction of minarets»...

The initiative against the construction of minarets ...

...discriminates against and defames Muslim men and women

1. The initiative and the arguments of those who support it equate to discrimination against Muslims. They are aimed at an outright ban on minarets, whereas Christians and members of other religions, such as Hindus, Buddhists and others, are not subject to a similar prohibition.

2. The initiative against the construction of minarets spreads and reinforces negative stereotypes concerning Islam and thereby defames Muslims. The minaret thereby becomes, in one sweeping judgment, the symbol of a will to power which, according to the supporters of the initiative, calls into question fundamental rights guaranteed by the Constitution, for instance gender equality. The text suggests that part of a religious building is a risk to society. All Muslims are therefore criticised for dishonest and even unlawful behaviour. However, such reproaches are contradicted by the facts.

The initiative against the construction of minarets ...

...breaches fundamental and human rights

3. The initiative violates the freedom of religion guaranteed by human rights and the liberty of conscience and faith guaranteed by the Federal Constitution (Article 15). A prohibition on constructing minarets limits the rights of Muslims to practise their religion alone and in community with others. No public interest justifies such a restriction

The initiative against the construction of minarets ...

... fuels fear and creates insecurity

(...)

6. The initiative fuels fear among members of the majority population and among minorities. Muslims are and feel limited in exercising their rights. There will be a greater feeling of insecurity in Muslim communities because they will wonder about the extent of the restrictions. Moreover, the supporters [of the initiative] fuel fears by talking about «rampant Islamisation» which represents a danger for the country. They completely ignore the fact that in Switzerland there is no serious problem of the integration of Muslims as far it concerns the practice of their religion.

The initiative against the construction of minarets ...

...is an obstacle to integration

7. Spreading stereotypes encourages discrimination on an everyday basis. Young people looking for a place to learn are pushed to the sidelines if they have a name that makes people think they are Muslims because of a fear they will cause problems. Muslims are insulted in public or excluded by their neighbours, who fear them. Repeated instances of discrimination make young people less disposed to integrate ...»

17. The website of the Swiss Federal Commission against Racism has a «Definition of Racism», which reads as follows:

«Despite numerous studies on the subject, to date there is no universally accepted definition of racism. The one used most frequently is that of the French sociologist Albert Memmi:

«Racism is a generalising definition and evaluation of differences, whether real or imaginary, to the advantage of the one defining or deploying them, to the detriment of the one subjected to the act of definition, whose purpose is to justify hostility or privilege.»...

In addition to this strict definition of the term, which particularly applies to classic pseudo-biological racism, there is also racism in the wider sense, which relies on cultural, psychological, social or metaphysical arguments. ...»

18. In its General Policy Recommendation No. 7, adopted on 13 December 2012, the European Commission against Racism and Intolerance (ECRI) gave the following definition of racism:

„'Racism' shall mean the belief that a ground such as race, colour, language, religion, nationality or national or ethnic origin justifies contempt for a person or a group of persons, or the notion of superiority of a person or a group of persons ...»

The relevant part of the Explanatory Memorandum to ECRI's General Policy Recommendation No. 7 stated as follows:

(...) «6. In the Recommendation, the term «racism» should be understood in a broad sense, including phenomena such as xenophobia, antisemitism and intolerance. As regards the grounds set out in the definitions of racism ..., in addition to those grounds generally covered by the relevant legal instru-

ments in the field of combating racism and racial discrimination, such as race, colour and national or ethnic origin, the Recommendation covers language, religion and nationality. The inclusion of these grounds ... is based on ECRI's mandate, which is to combat racism, antisemitism, xenophobia and intolerance. ECRI considers that these concepts, which vary over time, nowadays cover manifestations targeting persons or groups of persons, on grounds such as race, colour, religion, language, nationality and national and ethnic origin. As a result, the expressions 'racism' and 'racial discrimination' used in the Recommendation encompass all the phenomena covered by ECRI's mandate.,,

19. The relevant parts of ECRI's Fourth report on Switzerland (CRI (2009) 32), published on 15 September 2009, read as follows:

«III. Racism in political discourse

(...) 88. ECRI is deeply concerned at the changes in the tone of political discourse in Switzerland since the publication of its previous report. These changes are very closely linked to the growth of the UDC party (*Union démocratique du centre/SVP Schweizerische Volkspartei*). In the latest parliamentary elections at federal level, the UDC obtained the highest score: 29% of the votes. With 62 elected members of the National Council - the second chamber of parliament - (55 during the 2003 parliamentary term), the UDC now occupies a significant position in Swiss politics. This party alone has made «foreigners,, its key issue. The programme, positions, campaigns, posters and other material produced by the party are described by all anti-racism experts as xenophobic and racist....

(...) 94. ECRI is pleased to note that the federal authorities regularly and openly oppose various parliamentary motions and requests for referenda launched or supported by the UDC, explaining that they infringe or are likely to infringe human rights, as in the case of the request for a referendum intended to ban the construction of minarets. The Swiss people themselves, although 29% voted for this party, reject some of its more extreme positions in referenda. The Federal Commission against Racism, the Federal Commission for Migration Issues and other bodies constantly warn the general public about this threat to the country's social cohesion.

95. ECRI reiterates that unrestrained racist and xenophobic political discourse inevitably leads to a range of serious consequences - some of which can already be observed in Switzerland - including ill-conceived proposals which could disproportionately affect particular groups or their capacity for exercising their human rights in practice. Such discourse risks the undermining of social cohesion and an incitement to racial discrimination and racist violence....

V. Vulnerable / Target groups

(...) 119. In particular, ECRI is concerned to learn that, in recent years, some political parties, including the UDC, have considerably exploited and encouraged prejudice and racist stereotypes concerning Muslims within the majority population, not only in their rhetoric but also in political campaign posters. As a result some parts of public opinion may equate the entire Muslim population with terrorists and religious extremists. The fear of seeing Switzerland «swamped by Muslims» is also exploited. In some cases, this prejudice apparently leads to discrimination, notably in employment, since Muslims are

refused jobs because of the suspicion surrounding them. In particular, women who wear the Islamic headscarf encounter difficulties of access to jobs, housing and goods and services for the public. Muslims are also vulnerable to discrimination in matters of naturalisation.

120. To take but one example of hostility towards Muslims displayed in recent years, reference can be made to the federal popular initiative «against the construction of minarets», aimed at adopting through referendum a new provision in the Federal Constitution, whereby «the construction of minarets is forbidden». This initiative obtained the 100 000 signatures required and will therefore be submitted to the people and the cantons. It has, however, been deemed clearly incompatible with freedom of religion by the Federal Council, and hence in breach of the Swiss Constitution and international law as binding on Switzerland, and the Federal Council has called on the people and the cantons to reject it. The Federal Commission against Racism itself has stated that the initiative «defames Muslims and discriminates against them.» However, it seems that, under Swiss law, only a popular initiative to amend the Constitution which violated «mandatory international law» (*jus cogens*) would be invalid. ECRI regrets to learn that an initiative which infringes human rights can thus be put to the vote and very much hopes that it will be rejected. It regrets in particular the tone taken by the political discourse of the initiative's supporters with regard to Muslims, as it largely contributes to their stigmatisation and to the reinforcement of racist prejudice and discrimination against them by members of the majority community.,,

The law

(...)

2. The Court's assessment

(a) Whether there was an interference

44. It is not in dispute between the parties that the domestic courts' finding against the applicant organisation constituted an interference with its right to freedom of expression. Such interference will breach the Convention if it fails to satisfy the criteria set out in the second paragraph of Article 10. The Court must therefore determine whether the interference was „prescribed by law”, pursued one or more of the legitimate aims listed in that paragraph and was „necessary in a democratic society” in order to achieve the aim sought.

(b) Whether it was prescribed by law

45. The applicant argued that Article 28 of the Swiss Civil Code had lacked foreseeability in view of its general lack of un-specific wording. According to the Government, the impugned measures had a sufficient legal basis in Swiss law.

46. The Court accepts that the interference in the present case was based on Article 28 of the Swiss Civil Code (see paragraph REF CivilCode \h 14 above) and that that provision was accessible. The parties' views, however, diverge on its foreseeability. The Court must thus examine whether the provisions in question fulfill the foreseeability requirements.

47. A norm cannot be regarded as a „law” unless it is formulated with sufficient precision to enable individuals to regulate their conduct: they must be able - if need be with appropriate advice - to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty: experience shows this to be unattainable. Again, whilst certainty is highly desirable, it may entail excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are a question of practice (see *Karácsony and Others v. Hungary* [GC], no. 42461/13, § 124, ECHR 2016 (extracts), and *Delfi AS v. Estonia* [GC], no. 64569/09, § 121, ECHR 2015).

48. Turning to the present case, the Court finds no ambiguity in the content of the provisions of domestic law relied on by the national courts. As the Government submitted, the said provision has been in force since 1985 and the Federal Supreme Court has developed ample jurisprudence in relation to it. What is more, Article 28a of the Civil Code enumerates the possible measures that a court can take if it finds that there has been an unlawful infringement of an individual’s personality rights. While it is primarily for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply domestic law (see, among other authorities, *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy* [GC], no. 38433/09, § 140, ECHR 2012; *Korbely v. Hungary* [GC], no. 9174/02, §§ 72-73, ECHR 2008; and *Waite and Kennedy v. Germany* [GC], no. 26083/94, § 54, ECHR 1999-I), the Court finds nothing to suggest that the applicant organisation was not in a position to foresee, to a reasonable degree, the national appellate court’s interpretation and application of Article 28 of the Civil Code to its case.

49. The Court therefore concludes that the impugned interference was „prescribed by law”.

(c) Whether there was a legitimate aim

50. The Court finds that the interference pursued one of the legitimate aims set out in paragraph 2 of Article 10, namely the protection of the reputation and rights of others.

(d) Whether it was necessary in a democratic society (i) General principles

51. Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual’s self-fulfillment. Subject to paragraph 2 of Article 10, it is applicable not only to „information” or „ideas” that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb. Such are the demands of pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no „democratic society” (see *Handyside v. the United Kingdom*, 7 December 1976, § 49, Series A no. 24; *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France* [GC], nos. 21279/02 and 36448/02, § 45, ECHR 2007-IV; and *Perinçek v. Switzerland* [GC], no. 27510/08, § 196, 15 October 2015).

52. The adjective „necessary”, within the meaning of Article 10 § 2, implies the existence of a „pressing social need”. The Contracting States have a certain margin of appreciation

in assessing whether such a need exists, but it goes hand in hand with European supervision, embracing both the legislation and the decisions applying it, even those given by an independent court. The Court is therefore empowered to give the final ruling on whether a „restriction” or „penalty” is reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10.

53. The Court’s task in exercising its supervisory function is not to take the place of the national authorities but rather to review under Article 10 the decisions they have taken pursuant to their power of appreciation. In so doing, the Court must look at the „interference” complained of in the light of the case as a whole and determine whether the reasons adduced by the national authorities to justify it are „relevant and sufficient”. In doing so, the Court has to satisfy itself that the national authorities applied standards which were in conformity with the principles embodied in Article 10 and, moreover, that they based themselves on an acceptable assessment of the relevant facts (see, among others, *Mamère v. France*, no. 12697/03, § 19, ECHR 2006-XIII, and *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July*, cited above, § 45).

54. The Court further recalls that the right to protection of reputation is protected by Article 8 of the Convention as part of the right to respect for private life. In order for Article 8 to come into play, however, an attack on a person’s reputation must attain a certain level of seriousness and in a manner causing prejudice to personal enjoyment of the right to respect for private life (see *Medžlis Islamske Zajednice Brčko and Others v. Bosnia and Herzegovina* [GC], no. 17224/11, § 76, ECHR 2017). When examining the necessity of an interference in a democratic society in cases where the interests of the „protection of the reputation or rights of others” bring Article 8 into play, the Court may be required to verify whether the domestic authorities struck a fair balance when protecting two values guaranteed by the Convention which may come into conflict with each other in certain cases, namely, on the one hand, freedom of expression protected by Article 10 and, on the other, the right to respect for private life enshrined in Article 8 (see *Hachette Filipacchi Associés v. France*, no. 71111/01, § 43, 14 June 2007, *MGN Limited v. the United Kingdom*, no. 39401/04, § 142, 18 January 2011; and *Axel Springer AG v. Germany* [GC], no. 39954/08, § 84, 7 February 2012).

55. The Court has found that, as a matter of principle, the rights guaranteed under Articles 8 and 10 deserve equal respect, and the outcome of an application should not, in principle, vary according to whether it has been lodged with the Court under Article 10 of the Convention by the publisher of an offending article or under Article 8 of the Convention by the person who has been the subject of that article. Accordingly, the margin of appreciation should in principle be the same in both cases (see *Axel Springer AG*, cited above, § 87; *Von Hannover v. Germany (no. 2)* [GC], nos. 40660/08 and 60641/08, § 106, ECHR 2012; and *Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France* [GC], no. 40454/07, § 91, 10 November 2015). Where the balancing exercise between those two rights has been undertaken by the national authorities in conformity with the criteria laid down in the Court’s case-law, the Court would require strong reasons to substitute its view for that of the domestic courts (see *Axel Springer AG*, cited above, § 88, and *Von Hannover (no. 2)*, cited above, § 107, with further references to *MGN Lim-*

ited, cited above, §§ 150 and 155, and *Palomo Sánchez and Others v. Spain* [GC], nos. 28955/06, 28957/06, 28959/06 and 28964/06, § 57, 12 September 2011).

56. The Court has already had occasion to lay down the relevant principles which must guide its assessment in this area. It has thus identified a number of criteria which may come into play in the context of balancing the competing rights (see *Couderc and Hachette Filipacchi Associés*, cited above, § 93). The relevant criteria thus defined include: contribution to a debate of public interest, the degree of notoriety of the person affected, the subject of the news report, the prior conduct of the person concerned, and the content, form and consequences of the publication.

57. Lastly, the Court has previously accepted that when an NGO draws attention to matters of public interest, it is exercising a „public watchdog“ role of similar importance to that of the press (see *Animal Defenders International v. the United Kingdom* [GC], no. 48876/08, § 103, ECHR 2013 (extracts)) and may be characterised as a social „watchdog“ warranting similar protection under the Convention as that afforded to the press (ibid., and *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary* [GC], no. 18030/11, § 166, 8 November 2016).

(ii) Application of the general principles in the present case

58. The Court notes that the present case concerns a conflict of concurring rights, namely, on the one hand, respect for B.K.'s right to respect for his private life and freedom of expression and, on the other, the applicant organisation's right to freedom of expression.

59. Where national jurisdictions have carried out a balancing exercise in relation to those rights, the Court has to examine whether, during their assessment, they applied the criteria established in its jurisprudence on the subject (see *Axel Springer AG*, cited above, § 88) and whether the reasons that led them to take the impugned decisions were sufficient and relevant to justify the interference with the right to freedom of expression (see *Cicad v. Switzerland*, no. 17676/09, § 52, 7 June 2016). It will do so by examining the criteria established in its case-law (see paragraph REF relevant_criteria \h 56 above) which are of relevance to the present case.

(a) Contribution to a debate of public interest

60. When assessing the impugned statements in the present case, it is first of all important to bear in mind the general background of the ongoing political debate in which both statements were made.

61. Both B.K.'s speech and the applicant organisation's article concerned a topic of intense public debate in Switzerland at the material time, which was the popular initiative against the construction of minarets, which was widely reported on in national and international media. The initiative, calling for a ban on the construction of minarets, was ultimately accepted by a referendum on 29 November 2009 and such a ban was included in the Swiss Constitution.

(β) How well-known is the person concerned and the subject of the report

62. The Court reiterates that a distinction has to be made between private individuals and persons acting in a public context, as political or public figures. Accordingly, whilst a private individual unknown to the public may claim particular protection of his or her right to private life, the same is not true of public figures (see *Minelli v. Switzerland* (dec.), no. 14991/02, 14 June 2005, and *Petrenco v. Moldova*, no. 20928/05, § 55, 30 March 2010). For them, the limits of critical comment are wider as they are inevitably and knowingly exposed to public scrutiny and must therefore display a particularly high degree of tolerance (see *Ayhan Erdoğan v. Turkey*, no. 39656/03, § 25, 13 January 2009, and *Kuliš v. Poland*, no. 15601/02, § 47, 18 March 2008).

63. The Government argued that that principle had to be applied in a different way in the present case because B.K. was only 21 at the time he gave the critical speech. He was at the beginning of his political career and was unknown at national level. Those circumstances justified a proper level of protection for his personality rights and reputation.

64. The Court does not share the Government's view in this respect. B.K. had been elected president of a local branch of the youth wing of a major political party in Switzerland. The speech cited by the applicant organisation was clearly political and was made in the framework of support for his party's political goals, which at that time were to promote the popular initiative against the construction of minarets.

65. Consequently, B.K. had willingly exposed himself to public scrutiny by stating his political views and therefore had to show a higher degree of tolerance towards potential criticism of his statements by persons or organisations which did not share his views.

(γ) Content, form and consequences of the publication

66. In the present case the applicant reproduced B.K.'s speech, which had already been published on the political party's own website, but called it „verbal racism“.

67. The Federal Supreme Court held that classifying B.K.'s speech as „verbal racism“ had been a mixed value judgment which had had no factual basis because the speech had not been racist. In particular, the Federal Supreme Court held that for the average reader B.K.'s statements did not come across as belittling Muslims, but were merely defending Christianity as the Swiss guiding culture («schweizerische Leitkultur»; see paragraph REF Federal_Court_judgment \h 13 above).

68. At this point the Court reiterates that a distinction needs to be made between statements of fact and value judgments in that, while the existence of facts can be demonstrated, the truth of value judgments is not susceptible of proof. The requirement to prove the truth of a value judgment is impossible to fulfil and infringes freedom of opinion itself, which is a fundamental part of the right secured by Article 10 (see, for example, *Lingens v. Austria*, 8 July 1986, § 46, Series A no. 103, and *Prager and Oberschlick v. Austria* (no. 1), 23 May 1991, § 63, Series A no. 204). The classification of a statement as a fact or as a value judgment is a matter which in the first place falls within the margin of appreciation of the national authorities, in particular the domestic courts (see *Prager and Oberschlick*, cited above, § 36). However, where a statement amounts to a value judgment, the proportionality of an interference may depend

on whether there existed a sufficient „factual basis” for the impugned statement: if there was not, that value judgment may prove excessive (see *Morice v. France* [GC], no. 29369/10, § 126, 23 April 2015). In order to distinguish between a factual allegation and a value judgment it is necessary to take account of the circumstances of the case and the general tone of the remarks, bearing in mind that assertions about matters of public interest may, on that basis, constitute value judgments rather than statements of fact (see *Paturel v. France*, no. 54968/00, § 37, 22 December 2005).

69. Turning to the present case, the Court considers that the applicant’s classification of B.K.’s speech as „verbal racism” constituted a value judgment as it contained the applicant’s organisation’s own comment on B.K.’s statements. What the Court has to establish is whether such a comment could be said to have had a sufficient factual basis, bearing in mind the general background of the ongoing political debate in which the statement was made (see paragraph REF political_debate \h 61 above).

70. In the present case, it is not the Court’s task to settle the question of the definition of racism, which seems to have been in dispute between the applicant and the respondent in the domestic proceedings. The Court takes note of the Federal Supreme Court’s conclusion, which was that merely pointing out a difference between two individuals or groups could not be interpreted as racism (see paragraph REF Federal_Court_judgment \h 13 above). At the same time, it is mindful of the definitions of racism by ECRI and the Swiss Federal Commission against Racism (see paragraphs REF ECRI_definition \h 18 and REF EKR_definition \h 17 above).

71. The Court also attaches importance to the documents from various specialised national and international bodies on the matter. The tone taken in the political discourse of the supporters of the initiative in question was described in ECRI’s 2009 report on Switzerland as one that „largely contributes to the stigmatisation [of Muslims] and to the reinforcement of racist prejudice and discrimination against them by members of the majority community” (see paragraph REF ECRI_report \h 19 above). Likewise, the Swiss Federal Commission Against Racism noted in its recommendations that the initiative defamed and discriminated against Muslim men and women (see paragraph REF EKR_report \h 16 above). Furthermore, in 2014 the UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination reported on the initiative in its concluding observations under the title „Racism and xenophobia in politics and the media” (see paragraph REF CERD_report \h 20 above).

72. Moreover, as observed by the Federal Supreme Court, B.K.’s speech implied that the „Swiss guiding culture” was „worthy of protection and defence” against the expansion of Islam (see paragraph REF Federal_Court_judgment \h 13 above). In the Court’s view, this in itself would suggest that the latter was something negative from which the former needed protection and that B.K.’s speech was thus not merely limited to the „demonstration of a difference”.

73. For the foregoing reasons, the Court considers that it cannot be said that classifying B.K.’s speech as „verbal racism” when it supported an initiative which had already been described by various organisations as discriminatory, xenophobic or racist, could be regarded as devoid of any factual basis.

74. The Court further observes that the applicant never suggested that B.K.’s statements fell within the scope of the criminal offence of racial discrimination under Article 261bis of the Swiss Criminal Code. In fact, in its arguments before the national authorities and the Court (see paragraph REF apps_arguments \h 32 above), the applicant organisation stressed the need to be able to describe an individual’s statement as racist without necessarily implying criminal liability.

75. What is more, in the Court’s view, the impugned description cannot be understood as a gratuitous personal attack on or insult to B.K. The applicant organisation did not refer to his private or family life, but to the manner in which his political speech had been perceived. As already stated, B.K., as a young politician expressing his view publicly on a very sensitive topic, must have known that his speech might cause a critical reaction among his political opponents.

76. In view of the foregoing, the impugned categorisation of B.K.’s statement as „verbal racism” on the applicant organisation’s website could hardly be said to have had harmful consequences for his private or professional life (see, *a contrario*, *Cicad*, cited above, § 56).

(d) Severity of the sanction

77. Finally, the nature and severity of the sanction imposed on an applicant are also factors to be taken into account when assessing the proportionality of an interference. The domestic courts ordered the applicant organisation to remove the impugned article from its website and to publish the conclusion of the second-instance court. It also had to pay CHF 3,335 plus tax in court fees and reimburse B.K.’s legal costs of CHF 3,830 plus tax.

78. In the Court’s view, the above sanction, however mild, may have had a „chilling effect” on the exercise of the applicant organisation’s freedom of expression as it may have discouraged it from pursuing its statutory aims and criticising political statements and policies in the future (see, *mutatis mutandis*, *Lewandowska-Malec v. Poland*, no. 39660/07, § 70, 18 September 2012).

(e) Conclusion

79. In the light of all of the above-mentioned considerations, the Court considers that the arguments advanced by the Government with regard to the protection of B.K.’s personality rights, although relevant, cannot be regarded as sufficient to justify the interference at issue. In reviewing the circumstances submitted for their assessment, the domestic courts did not give due consideration to the principles and criteria laid down by the Court’s case-law for balancing the right to respect for private life and the right to freedom of expression (see paragraphs REF balancing \h 55 and REF relevant_criteria \h 56 above). They thus exceeded the margin of appreciation afforded to them and failed to strike a reasonable balance of proportionality between the measures restricting the applicant organisation’s right to freedom of expression and the legitimate aim pursued.

80. There has accordingly been a violation of Article 10 of the Convention.

(...)

- 1 Anmerkungen** Der Sachverhalt ist einfach und unbestritten: Am 5. November 2009 führte die Junge SVP Thurgau in Frauenfeld eine Kundgebung für die Volksinitiative «Gegen den Bau von Minaretten» durch. In seiner Rede führte der damals 21-jährige Präsident der JSVP Thurgau aus, dass es an der Zeit sei, der Ausbreitung des Islams Einhalt zu gebieten. Mit der Kundgebung wolle die Junge SVP in einer aussergewöhnlichen Zeit eine aussergewöhnliche Massnahme ergreifen. Die Schweizer Leitkultur, welcher das Christentum zugrunde liege, dürfe sich nicht von anderen Kulturen verdrängen lassen. Ein symbolisches Zeichen, wie das Minarettverbot, sei daher ein Ausdruck für den Erhalt der eigenen Identität. Über diese Kundgebung veröffentlichte die GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus (im Folgenden «Stiftung») auf ihrer Website einen kurzen Bericht im Teil «Chronologie» unter «Verbaler Rassismus». In der Folge erhob der Jungpolitiker gegen die Stiftung eine Klage wegen Verletzung seiner Persönlichkeit durch den unter «Verbaler Rassismus» veröffentlichten Eintrag. Das Bezirksgericht Kreuzlingen wies die Klage ab. Das Obergericht des Kantons Thurgau hiess sie in zweiter Instanz teilweise gut und verbot der Stiftung, den Eintrag weiter auf ihrer Internetseite sowie in anderen Publikationsmitteln unter dem Titel oder in der Rubrik «Verbaler Rassismus» zu publizieren. Ferner verpflichtete es die Stiftung unter Androhung der Bestrafung im Widerhandlungsfall gemäss Art. 292 StGB, während wenigstens drei Monaten an gleicher Stelle eine Zusammenfassung des Urteils zu publizieren (vgl. dazu BGE 5A_82/2012 vom 29. August 2012, lit. A bis C). Die dagegen gerichtete Beschwerde der Stiftung wies das Bundesgericht mit Urteil vom 29. August 2012 ab (BGE 5A_82/2012 vom 29. August 2012, publiziert als BGE 138 III 641).
- 2** Am 13. März 2013 reichte die Stiftung beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) eine Individualbeschwerde ein, in der sie eine Verletzung der in Art. 10 EMRK verankerten Meinungsäusserungsfreiheit durch die zwei Schweizer Zivilgerichte geltend machte. Mit Urteil vom 9. Januar 2018 bejahte die Dritte Sektion des EGMR eine Verletzung von Art. 10 EMRK und verurteilte die Schweiz, der Stiftung einen Betrag von gesamthaft 35'000.00 € zuzüglich Zinsen und allfälliger Steuern zu bezahlen.
- 3** Bemerkenswert ist, wie unterschiedlich das Bundesgericht und der EGMR sich mit dem Begriff «Verbaler Rassismus» befassen. Das Bundesgericht stellt sowohl in Bezug auf das Substantiv «Rassismus» als auch auf das Eigenschaftswort «verbal» ausschliesslich auf den DUDEN, Das grosse Wörterbuch der deutschen Sprache in sechs Bänden, ab (Bd. 5, 1980, S. 2099 und Bd. 6, 1981, S. 2730). Dabei kommt es zum folgenden Schluss: «Mit (Verbaler Rassismus) könnte somit Rassendiskriminierung im strafrechtlichen Sinn gemeint sein, (...) Entscheidend ist indessen, (...) dass das blosses Aufzeigen einer Verschiedenheit zwischen zwei Individuen oder Gruppen noch keinen Rassismus darstellt. Rassismus beginnt dort, wo der Unterschied gleichzeitig eine Abwertung der Opfer bedeutet und das Hervorheben von Unterschieden letztlich nur ein Mittel ist, die Opfer negativ darzustellen und deren Würde zu missachten» (BGE 5A_82/2012, E. 4.3).
- 4** Ganz anders der EGMR: Er zieht die Definitionen der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus (EKR) und der Europäischen Kommission gegen Rassismus und Intoleranz (ECRI) heran, welche beide eine weite Auslegung des Begriffs «Rassismus» befürworten. So gibt es gemäss der EKR den «Rassismusbegriff im weiteren Sinn», der sich auch auf

kulturelle, psychologische, soziale oder metaphysische Argumente abstützt. Die ECRI postuliert ausdrücklich, den Begriff «Rassismus» breit zu verstehen, einschliesslich die Phänomene Fremdenfeindlichkeit, Antisemitismus und Intoleranz (Entscheid EGMR 18597/13 vom 9. Januar 2018, Ziffer 17 ff.). Angesichts des Ausmasses, mit dem sich der EGMR mit dem Begriff «Rassismus» beschäftigt, wirkt das reine Abstellen des Bundesgerichts auf den DUDEN aus den Jahren 1980 und 1981 etwas abgehoben und lebensfremd – was mit ein Grund sein dürfte, dass der EGMR zu einem anderen Ergebnis gelangt, obwohl er es nicht als seine Aufgabe betrachtet hat, die Frage nach der Definition von Rassismus zu klären (Entscheid EGMR 18597/13, Ziffer 70).

- 5** Ein weiterer ergebnisrelevanter Unterschied zwischen der Beurteilung des Bundesgerichts und derjenigen des EGMR ist, inwiefern der Wendung «verbaler Rassismus» eine Tatsachenbehauptung und/oder ein Werturteil innewohnt. Gemäss Bundesgericht handelt es sich dabei um ein gemischtes Werturteil, das «einen Sachbehauptungskern und gleichzeitig eine Wertung» enthält (BGE 5A_82/2012, E. 4.2). Ausgehend von der Definition der Begriffe «Rassismus» und «verbal» gemäss DUDEN (vgl. Rn. 3 links) kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass sich aus den Äusserungen des Jungpolitikers «für den Durchschnittsadressaten weder eine pauschale Herabsetzung der Angehörigen des Islams noch eine grundsätzliche Geringschätzung von Muslimen» ergibt (BGE 5A_82/2012, E. 4.4.1). «Insgesamt kann nicht gesagt werden, die Äusserungen des Beschwerdegegners, wie sie vom Durchschnittsadressaten verstanden werden, seien verbal rassistisch». Der Sachbehauptungskern trifft daher nicht zu und die Bewertung ist nicht vertretbar. Sie zeigt den Beschwerdegegner in einem falschen Licht. Das persönlichkeitsverletzende gemischte Werturteil kann deshalb durch kein überwiegendes Interesse im Sinne von Art. 28 Abs. 2 ZGB gerechtfertigt werden» (BGE 5A_82/2012, E. 4.4.2).
- 6** Der EGMR hält dem bundesgerichtlichen Konstrukt des gemischten Werturteils entgegen, dass zwischen Tatsachenbehauptungen und Werturteilen («value judgments») ein Unterschied gemacht werden müsse: Fakten könnten bewiesen werden, während Werturteile einem Beweis nicht zugänglich seien. Das Erfordernis, die Wahrheit eines Werturteils zu beweisen, könne nicht erfüllt werden und verletze die Meinungsäusserungsfreiheit im Sinne von Art. 10 EMRK an sich. Hingegen könne bei Werturteilen die Verhältnismässigkeit eines Eingriffs davon abhängen, ob eine genügende sachliche Grundlage («factual basis») vorhanden sei. Sollte eine solche fehlen, könne sich das Werturteil als übertrieben («excessive») erweisen. Um zwischen einer Tatsachenbehauptung und einem Werturteil zu unterscheiden, müssten die Umstände des Falles sowie der allgemeine Ton der Äusserungen in Betracht gezogen werden. Dabei sei zu berücksichtigen, dass Aussagen über Angelegenheiten von öffentlichem Interesse eher Werturteile als Tatsachenbehauptungen darstellten (Entscheid EGMR 18597/13, Ziffer 68).
- 7** Unter diesem Aspekt kommt der EGMR klar zum Schluss, dass die Klassifizierung der Äusserungen des Jungpolitikers als «verbaler Rassismus» ein Werturteil darstelle, da sie einen eigenen Kommentar der Stiftung zu den Aussagen des Jungpolitikers enthalte. Bei der Frage, ob dieser Kommentar eine genügende sachliche Grundlage habe, sei der allgemeine Hintergrund der politischen Debatte zu berücksichtigen, in der die Aussagen gemacht wurden (Entscheid EGMR 18597/13, Ziffer 69). In der Folge stützt sich der EGMR u.a. auf Feststellungen in früheren Berichten der ECRI und der

EKR, wonach der von den Befürwortern der Minarett-Initiative geäußerte Ton zur Stigmatisierung von Muslimen und zur Verstärkung rassistischer Vorurteile und Diskriminierung gegenüber diesen beitrage und wonach die Initiative muslimische Männer und Frauen diffamiere und diskriminiere (Entscheid EGMR 18597/13, Ziffer 71). Zudem suggeriere die Aussage des Jungpolitikers (an sich), die Schweizer Leitkultur sei es wert, gegen die Ausdehnung des Islams geschützt und verteidigt zu werden, und dass der Islam etwas Negatives sei, gegen das die Leitkultur Schutz benötige (Entscheid EGMR 18597/13, Ziffer 72). Demzufolge könne nicht gesagt werden, dass die Bezeichnung der Rede des Jungpolitikers als «verbaler Rassismus» der sachlichen Grundlage entbehre, zumal er damit eine Initiative unterstützt habe, die von verschiedenen Organisationen als diskriminierend, fremdenfeindlich oder rassistisch bezeichnet worden sei. Ausserdem habe die Stiftung nie suggeriert, dass die Äusserungen des Jungpolitikers in den Bereich der Rassendiskriminierung gemäss Art. 261^{bis} StGB fallen könnte (Entscheid EGMR 18597, Ziffer 73 f.).

- 8 Alle diese Überlegungen hat sich das Bundesgericht nicht gemacht. Vielmehr hielt es ohne nachvollziehbare Begründung kurz und bündig fest, es ändere sich an seiner Beurteilung nichts, «dass im überwiegenden Informationsinteresse der Öffentlichkeit ein erhöhtes Mass an Publizität und einen herabgesetzten Persönlichkeitsschutz in Kauf nehmen muss, wer sich in einer politischen Auseinandersetzung exponiert, wie das der Beschwerdegegner im Abstimmungskampf um die Minarett-Initiative getan hat (...). Der besondere Rahmen gestattet zwar die Beurteilung von Ehrverletzungen nach einem etwas anderen Massstab, vermag aber weder die Verbreitung von wahrheitswidrigen Tatsachen noch die Veröffentlichung von Werturteilen zu rechtfertigen, die mit Rücksicht auf den ihnen zugrunde liegenden Sachverhalt als nicht vertretbar erscheinen» (BGE 5A_82/2012, E. 4.4.3). Damit rückt das Bundesgericht von seinen eigenen früheren Erwägungen ab: «Äusserungen im Rahmen politischer Auseinandersetzungen sind nicht strikt nach ihrem Wortlaut zu bemessen, da bei solchen Auseinandersetzungen Vereinfachungen und Übertreibungen üblich sind (...). In einer Demokratie ist es von zentraler Bedeutung, dass auch Standpunkte vertreten werden können, die einer Mehrheit missfallen oder für viele schockierend wirken (BGE 143 IV 193, S. 198, E. 1 mit Hinweisen).
- 9 Es erstaunt deshalb nicht, dass der EGMR, der eine sorgfältige Abwägung zwischen der Meinungsäusserungsfreiheit gemäss Art 10 EMRK und dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäss Art. 8 EMRK vornimmt, zu einem anderen Ergebnis kommt: Der Jungpolitiker habe sich mit der Bekanntgabe seiner politischen Ansichten willentlich dem prüfenden Blick der Öffentlichkeit ausgesetzt und müsse deshalb einen höheren Grad an Toleranz gegenüber potenzieller Kritik von Personen oder Organisationen zeigen, die seine Ansicht nicht teilen (Entscheid EGMR 18597, Ziffer 64 f.).
- 10 Wohl mit Blick auf die Rechtsprechung des EGMR zur Bedeutung von Nichtregierungsorganisationen (NGO) hatte die Stiftung bereits vor dem Bundesgericht geltend gemacht, aufgrund ihres Zwecks und ihrer Aufgabe, Rassismus als Gedankengut zu bekämpfen und die Öffentlichkeit über versteckte und offenkundige Verfehlungen zu informieren, nehme sie eine notwendige und wichtige Wächterrolle in der Gesellschaft wahr. In der Tat erkennt der EGMR den NGO, die – wie die Stiftung – auf Angelegenheiten von öffentlichem Interesse aufmerksam machen, eine «Public watchdog»-Rolle

zu, die von gleicher («similar») Bedeutung ist wie diejenige der Medien. Eine NGO kann gemäss EGMR als «social (watchdog)» charakterisiert werden, der unter der EMRK den gleichen Schutz genießt, wie er den Medien gewährt wird (Entscheid EGMR 18597, Ziffer 57). Das Bundesgericht hat diese Praxis insofern berücksichtigt, als es auf seine Rechtsprechung zur Presseäusserung abstellte (BGE 5A_82/2012, E. 4.1). Auf die Rolle der Stiftung als «social watchdog» ging es aber nicht ein. Wohl ein Grund mehr, weshalb es zu einem anderen Ergebnis als der EGMR kam.

- 11 Der EGMR sieht es nicht als seine Aufgabe an, bei der Ausübung seiner Überwachungsfunktion an die Stelle der nationalen Gerichte zu treten. Hingegen müsse er beurteilen, ob die Gründe, mit denen die nationalen Gerichte einen Eingriff in die Meinungsäusserungsfreiheit rechtfertigten, relevant und hinreichend seien («relevant and sufficient», Entscheid EGMR 18597, Ziff. 53). Im vorliegenden Fall kommt der EGMR zum Schluss, dass die Erwägungen des Bundesgerichts diese Voraussetzung nicht erfüllen. Dies ist nicht erstaunlich. Der Beurteilungsrahmen des Bundesgerichts beschränkt sich zum einen auf Definitionen im DUDEN und zum anderen auf ein nicht näher begründetes Verständnis der «Durchschnittsadressaten», während die konkreten Umstände im Abstimmungskampf um die Minarett-Initiative – entgegen früherer Urteile – unter den Tisch gekehrt werden. Hingegen ist dem Bezirksgericht Kreuzlingen Respekt zu zollen. Es kam bereits in seinem Urteil vom 15. März 2011 zum Schluss, dass die Berichterstattung über die Rede des Jungpolitikers gerade im Zusammenhang mit der Minarett-Initiative durch ein überwiegendes öffentliches Interesse und der Begriff «verbaler Rassismus» sowohl hinsichtlich des Wertungselements als auch des Sachbehauptungskerns angesichts der konkreten Umstände gerechtfertigt war (BGE 5A_82/2012, E. B).

Dr. Christoph Born, Rechtsanwalt, Zürich

Medienschaffende können sich auch im Nachhinein auf den Grundsatz der öffentlichen Urteilsverkündung berufen

Urteil 1B_510/2017 des Bundesgerichts vom 11. Juli 2018

Zusammenfassung Das Bundesgericht hatte einen Fall zu beurteilen, in dem es um die Herausgabe eines viereinhalb Jahre zurückliegenden Strafurteils an einen Journalisten ging. Die obersten Richter betonten, dass Medienschaffende sich auch im Nachhinein auf den Grundsatz der öffentlichen Urteilsverkündung berufen könnten und dass vorliegend sogar die Herausgabe des Urteils in nicht anonymisierter Form aufgrund der konkreten Umstände zulässig gewesen sei. Das Bundesgericht verneinte auch das Vorliegen eines Rechts auf Vergessen, da das Urteil nicht vor langer Zeit ergangen sei und ein Zusammenhang zu einem aktuellen Anlass bestanden habe.

Résumé Le Tribunal fédéral a dû traiter un cas concernant la publication de la condamnation pénale d'un journaliste vieille de quatre ans et demie. Les juges fédéraux ont souligné que les journalistes pouvaient également invoquer le principe du prononcé public du jugement après coup et que, dans dans la présente affaire, même la publication du jugement sous une forme non anonymisée était autorisée compte tenu des circonstances spécifiques. Le Tribunal fédéral a également nié l'existence d'un droit à l'oubli dans la mesure où le jugement avait été rendu peu de temps avant et où il existait un lien avec le motif actuel.

Stichworte Grundsatz der öffentlichen Urteilsverkündung, Wächteramt der Medien, Recht auf Privatsphäre, Verhältnismässigkeit, Interessenabwägung, Recht auf Vergessen, Namensnennung, Unschuldsumutung

Bestimmungen Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II, Art. 13, 16 Abs. 3, 17, 29 Abs. 2 und 30 Abs. 3 BV

Sachverhalt (gekürzt):

A.

B. ist Journalist und arbeitet unter anderem für die Zeitungen C. und D. Am 7. März 2017 ersuchte er das Kantonale Untersuchungsamt St. Gallen (im Folgenden: Untersuchungsamt) um die Herausgabe des rechtskräftigen Urteils des Kreisgerichts St. Gallen vom 24. Januar 2014, soweit es A. betrifft. B. brachte vor, er recherchiere in einem Betrugsfall, den die Staatsanwaltschaft des Kantons Genf seit 2013 untersuche. Am Genfer Strafverfahren seien ca. 60 Pensionskassen als Privatkläger beteiligt. Die Schadenssumme dürfte über CHF 100 Mio.

betragen. Nach den Quellen von B. gehöre unter anderem A. zu den Beschuldigten. Mit der Herausgabe des Urteils des Kreisgerichts wolle er, B., überprüfen, ob A. in St. Gallen wegen vergleichbarer Straftaten, d. h. im Zusammenhang mit Immobilien und Hypotheken, verurteilt worden sei.

Am 26. Juni 2017 verfügte das Untersuchungsamt die Herausgabe der Teile des Urteils des Kreisgerichts, welche A. betreffen, an B.; dies unter Offenlegung der Identität von A., nicht dagegen der Mitbeteiligten.

Die von A. hiergegen erhobene Beschwerde wies die Anklagekammer des Kantons St. Gallen am 13. September 2017 ab.

B.

A. führt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit dem Antrag, den Entscheid der Anklagekammer aufzuheben. Eventualiter sei dieser aufzuheben und die Sache zur Sachverhaltsergänzung und neuen Entscheidung an die Anklagekammer zurückzuweisen.

Erwägungen:

1.

Es geht um die Herausgabe eines rechtskräftigen Urteils nach Abschluss des Strafverfahrens und damit einen Akt der Justizverwaltung. Gegen den angefochtenen Entscheid ist daher nicht die Beschwerde in Strafsachen, sondern jene in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 82 lit. a BGG gegeben (BGE 136 I 80 E. 1.1 und 2.1). Ein Ausschlussgrund nach Art. 83 BGG besteht nicht. Ein kantonales Rechtsmittel steht nicht zur Verfügung. Die Beschwerde ist somit gemäss Art. 86 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 BGG zulässig. Der Beschwerdeführer ist nach Art. 89 Abs. 1 BGG zur Beschwerde befugt. Der angefochtene Entscheid stellt einen nach Art. 90 BGG anfechtbaren Endentscheid dar. Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen sind grundsätzlich ebenfalls erfüllt und geben zu keinen Bemerkungen Anlass.

2.

Der Beschwerdeführer bringt vor, die Vorinstanz habe ihren Entscheid unzureichend begründet. Wollte man annehmen, dass er damit in einer den Anforderungen von Art. 106 Abs. 2 BGG genügenden Weise eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV rügt, wäre die Beschwerde insoweit unbegründet. Die Vorinstanz brauchte sich nicht mit jedem Einwand des Beschwerdeführers

im Einzelnen auseinanderzusetzen. Wenn sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränkt hat, ist das nicht zu beanstanden (BGE 143 III 65 E. 5.2 S. 70f. mit Hinweisen). Eine Verletzung der Begründungspflicht und damit eine solche des Anspruchs des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör kann der Vorinstanz nicht vorgeworfen werden.

3.

3.1. Die Vorinstanz hat am 15. August 2012 in Anwendung von Art. 14 Abs. 5 StPO sowie Art. 17 Abs. 2 lit. a und Art. 35 des Einführungsgesetzes vom 3. August 2010 des Kantons St. Gallen zur Schweizerischen Straf- und Jugendstrafprozessordnung (sGS 962.1) die Weisung über die Herausgabe von Strafakten und die Erteilung von Auskünften nach rechtskräftigem Abschluss des Strafverfahrens erlassen (im Folgenden: Weisung). Die Vorinstanz stützt den angefochtenen Entscheid hierauf. Gemäss Art. 4 Abs. 1 der Weisung wird Einsicht in rechtskräftige Strafurteile gewährt, wenn ein schützenswertes Interesse glaubhaft gemacht wird und der Einsichtnahme keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen.

Die Vorinstanz kommt zum Schluss, der Beschwerdegegner habe ein schützenswertes Interesse an der Einsichtnahme in das kreisgerichtliche Urteil glaubhaft gemacht. Das Interesse des Beschwerdeführers an der Verweigerung der Herausgabe des Urteils überwiege nicht. Öffentliche Interessen stünden der Herausgabe sodann nicht entgegen.

3.2. Bei der Weisung handelt es sich um kantonales Recht. Dessen Verletzung kann der Beschwerdeführer hier nicht geltend machen (Art. 95 BGG). Er rügt, die Herausgabe des kreisgerichtlichen Urteils stelle einen Eingriff in sein Recht auf Privatsphäre gemäss Art. 13 BV dar. Sodann bringt er vor, die Vorinstanz habe eine willkürliche Güterabwägung (gemeint: Interessenabwägung) vorgenommen. In der Sache macht er damit geltend, der Eingriff in das Recht auf Privatsphäre sei unverhältnismässig und verletze daher Art. 36 Abs. 3 BV. Wie es sich damit verhält, prüft das Bundesgericht frei (BGE 142 I 162 E. 3.2.2 S. 165 mit Hinweis). Der Willkür rüge kommt daher keine selbständige Bedeutung zu.

3.3. Art. 13 BV gewährleistet den Schutz der Privatsphäre. Danach hat jede Person Anspruch auf Achtung ihres Privatlebens (Abs. 1). Jede Person hat Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten (Abs. 2).

Das in Art. 13 Abs. 2 BV verankerte Recht auf informationelle Selbstbestimmung stellt einen Unterfall des Rechts auf Privatsphäre dar. Art. 13 Abs. 2 BV schützt personenbezogene Daten. Dazu gehören Informationen mit bestimmbarem Bezug zu einer Person. Geschützt sind insbesondere die Weiter- und Bekanntgabe von Personendaten, unter anderem an die Medien (BGE 144 II 77 E. 5.2 S. 84 mit Hinweisen; RAINER J. SCHWEIZER, in: Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, N. 74 f. zu Art. 13 BV; OLIVER DIGGELMANN, in: Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2015, N. 32 f. zu Art. 13 BV).

Die Herausgabe des kreisgerichtlichen Urteils greift in das Recht des Beschwerdeführers auf informationelle Selbstbestimmung ein. Es stellt sich die Frage, ob der Eingriff verhältnismässig ist.

3.4. Der Beschwerdeführer beruft sich auf sein «Recht auf Vergessen». Er habe ein überwiegendes Interesse daran, dass die Sachverhalte, die zum kreisgerichtlichen Urteil geführt hätten und weit zurücklägen, nicht wieder «aufgekocht» würden. Dem kann nicht gefolgt werden. Der Beschwerdegegner beschäftigt sich nicht grundlos mit der längst abgeschlossenen Vergangenheit des Beschwerdeführers. Der Beschwerdegegner recherchiert vielmehr im Zusammenhang mit dem derzeit im Kanton Genf geführten Strafverfahren und damit aus aktuellem Anlass. Er verlangt die Herausgabe des kreisgerichtlichen Urteils, welches vor ca. 4 ½ Jahren und somit noch nicht langer Zeit ergangen ist. Der Beschwerdeführer hat kein Recht auf Vergessen dieses Urteils, dies insbesondere mit Blick auf den Grundsatz der Justizöffentlichkeit gemäss Art. 30 Abs. 3 BV. Danach sind, unter Vorbehalt gesetzlicher Ausnahmen, Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung öffentlich (vgl. ebenso Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II). Der Grundsatz der Justizöffentlichkeit verhindert eine geheime Kabinettsjustiz und unterstellt die Justiz der demokratischen Kontrolle durch Öffentlichkeit und Medien. Gemäss Art. 16 Abs. 3 BV hat jede Person das Recht, Informationen aus allgemein zugänglichen Quellen zu beschaffen. Aufgrund von Art. 30 Abs. 3 BV stellt die öffentliche Urteilsverkündung eine solche Quelle dar (BGE 139 I 129 E. 3.3 S. 133 f.; 137 I 16 E. 2.2 S. 18 f.; je mit Hinweisen). Auf den Grundsatz der öffentlichen Urteilsverkündung bzw. Bekanntgabe des Urteils können sich namentlich Medienschaffende auch im Nachhinein, also nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens, berufen (BGE 139 I 129; Urteil 1C_123/2016 vom 21. Juni 2016, publ. in ZBl 117/2016 S. 601 ff., E. 3.6; GEROLD STEINMANN, in: Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, N. 66 zu Art. 30 BV). Das Interesse von Verfahrensbeteiligten an der Geheimhaltung des Urteils tritt insoweit zurück. Dies trifft auch hier für den Beschwerdeführer zu. Unter den gegebenen Umständen nicht zu beanstanden ist es, wenn die Vorinstanz die Herausgabe des kreisgerichtlichen Urteils in – was den Beschwerdeführer betrifft – nicht anonymisierter Form zugelassen hat. Der Beschwerdegegner recherchiert im Zusammenhang mit dem Genfer Strafverfahren, in dem es offenbar um einen ausserordentlich hohen Deliktobetrag geht und der Beschwerdeführer – wie er der Sache nach einräumt – Beschuldigter ist. Der Beschwerdegegner will wissen, ob der Beschwerdeführer im Kanton St. Gallen bereits in ähnliche Vorgänge verwickelt war. Um dieses mit Blick auf die Medienfreiheit nach Art. 17 BV berechnete Informationsinteresse zu befriedigen, braucht der Beschwerdegegner Einsicht in das kreisgerichtliche Urteil in – was den Beschwerdeführer betrifft – nicht anonymisierter Form. Das kreisgerichtliche Urteil ist umfangreich und betrifft mehrere Beschuldigte. Erhielte es der Beschwerdegegner in vollständig anonymisierter Form, wäre es für ihn unbrauchbar, da er dann nicht wüsste, was dem Beschwerdeführer im kreisgerichtlichen Urteil zur Last gelegt wird. Die Herausgabe des Urteils unter Namensnennung des Beschwerdeführers lässt sich umso eher rechtfertigen, als dieser deswegen dem Beschwerdegegner nicht schutzlos ausgeliefert ist. Letzterer hat bei einem Zeitungsartikel – nebst dem strengen Berufskodex für Journalisten – die Persönlichkeit des Beschwerdeführers und in Bezug auf das hängige Genfer Strafverfahren die Unschuldsvermutung zu achten (Art. 32 Abs. 2 BV; Urteil 1B_68/2012 vom 3. Juli 2012, publ. in EuGRZ 2012

S. 655 ff., E. 4.4.2). Sollte der Beschwerdegegner dies nicht tun, könnte sich der Beschwerdeführer mit den ihm zur Verfügung stehenden zivil- und strafrechtlichen Mitteln dagegen wehren (Art. 28 ff. ZGB, Art. 173 ff. StGB).

Würdigt man dies gesamthaft, stellt die Herausgabe des kreisgerichtlichen Urteils keinen unverhältnismässigen Eingriff in das Recht des Beschwerdeführers auf Privatsphäre dar.

4.

Die Beschwerde ist daher abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt der Beschwerdeführer die Gerichtskosten (Art. 66 Abs. 1 Satz 1 BGG). Da der Beschwerdegegner nicht anwaltlich vertreten ist, steht ihm keine Parteientschädigung zu (BGE 133 III 439 E. 4 S. 446 mit Hinweis).

- 1 **Anmerkungen** In diesem Urteil bejaht das Bundesgericht auf der Grundlage des Prinzips der Justizöffentlichkeit den Anspruch eines Medienschaffenden auf Herausgabe von Teilen eines über vier Jahre alten Strafurteils unter Offenlegung der Identität einer der verurteilten Personen.
- 2 Das Prinzip der Justizöffentlichkeit ist in Art. 30 Abs. 3 BV verankert: «Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung sind öffentlich. Das Gesetz kann Ausnahmen vorsehen.» Es ist auch in Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 UNO-Pakt II enthalten. Die wesentlichsten Erwägungen des Bundesgerichts zur Justizöffentlichkeit lassen sich – komprimiert – wie folgt zusammenfassen: Sie erlaubt Einblicke in die Rechtspflege, und sie sorgt für Transparenz gerichtlicher Verfahren. Sie dient dem Schutz der direkt an gerichtlichen Verfahren beteiligten Parteien im Hinblick auf deren korrekte Behandlung und gesetzesmässige Beurteilung. Sie ermöglicht Dritten, die nicht an den Verfahren beteiligt sind, nachzuvollziehen, wie die Verfahren geführt werden und die Rechtspflege ausgeübt wird. Sie bedeutet eine Absage an jegliche Form der Kabinetttjustiz. Im Ausmass der garantierten Justizöffentlichkeit bilden Gerichtsverhandlungen und Urteilsverkündigungen öffentlich zugängliche Quellen im Sinne der Informationsfreiheit gemäss Art. 16 Abs. 3 BV (vgl. dazu BGE 1C_123/2016, E. 3.5.1). In Bezug auf Urteile spricht das Bundesgericht in diesem Zusammenhang auch vom «verfassungsrechtlich gebotene[n] Anspruch auf Kenntnisnahme von Urteilen» (BGE 1C_123/2016, E. 3.5.2; vgl. auch BGE 139 I 129, E. 3.3, S. 134).
- 3 In Bezug auf Gerichtsverhandlungen misst das Bundesgericht den Gerichtsberichterstatterinnen und -erstatern «eine wichtige Wächterrolle zu, da die Kontrolle durch die Öffentlichkeit für gewöhnlich erst durch die vermittelnde Tätigkeit der Medien gewährleistet werden kann» (BGE 143 I 194, E. 3.1, S. 199). Diese Wächterrolle ist auch in Bezug auf Urteile von Bedeutung. Gemäss Bundesgericht ergibt sich das schutzwürdige Interesse an der Kenntnisnahme von Urteilen «bei Medien ohne Weiteres durch deren Kontrollfunktion» (BGE 1C_123/2016, E. 3.5.2).
- 4 Der Anspruch auf Kenntnisnahme gilt jedoch nicht absolut. «Er wird begrenzt durch den ebenfalls verfassungsrechtlich verankerten Schutz von persönlichen und öffentlichen Interessen. Sein Umfang ist im Einzelfall unter Abwägung der entgegenstehenden Interessen zu bestimmen. Zu wahren ist insbesondere der Persönlichkeitsschutz der Prozessparteien. Daraus folgt, dass die Kenntnisgabe von Urteilen unter dem

Vorbehalt der Anonymisierung steht» (BGE 1C_123/2016, E. 3.5.2).

- 5 Im vorliegenden Fall hatte das Untersuchungsamt St. Gallen die Herausgabe des Urteils unter Offenlegung der Identität des vom Journalisten benannten Verurteilten verfügt. Das Bundesgericht schützt diese Herausgabe. Es hält zuerst fest, dass sich «namentlich Medienschaffende auch im Nachhinein» auf den Grundsatz der öffentlichen Urteilsverkündung bzw. Bekanntgabe des Urteils berufen können. «Das Interesse von Verfahrensbeteiligten an der Geheimhaltung des Urteils tritt insoweit zurück» (E. 3.4).
- 6 Entscheidend für die Gutheissung der Herausgabe in nicht anonymisierter Form waren die folgenden gegebenen Umstände: Der Journalist recherchierte im Zusammenhang mit dem laufenden Genfer Strafverfahren, in dem es um einen ausserordentlich hohen Deliktsbetrag ging und in dem der damals in St. Gallen Verurteilte Beschuldigte war. Der Journalist wollte wissen, ob dieser damals bereits in ähnliche Vorgänge verwickelt war. «Um dieses mit Blick auf die Medienfreiheit nach Art. 17 BV berechnete Informationsinteresse zu befriedigen», brauchte der Journalist Einsicht in das St. Galler Urteil in nicht anonymisierter Form, da dieses Urteil umfangreich ist und mehrere Beschuldigte betrifft. Erhielte der Journalist das Urteil in vollständig anonymisierter Form, wäre es für ihn unbrauchbar, da er dann nicht wüsste, was dem von ihm benannten Verurteilten zur Last gelegt worden war (E. 3.4). Eine Rechtfertigung der Herausgabe in nicht anonymisierter Form sah das Bundesgericht auch darin, dass der Journalist «nebst dem strengen Berufskodex für Journalisten» die Persönlichkeit des im Genfer Verfahren Beschuldigten sowie die Unschuldsvermutung zu achten hat (E. 3.4).
- 7 Das «Recht auf Vergessen», auf das sich der vor ca. 4½ Jahren Verurteilte berief, verneinte das Bundesgericht zu Recht: Zum einen gab es einen Zusammenhang mit einem aktuellen Anlass, nämlich die in Genf laufende Strafuntersuchung, zum andern sind 4½ Jahre unter dem Aspekt des Rechts auf Vergessen(werden) keine lange Zeit.
- 8 Fazit: Auf der Grundlage des Prinzips der Justizöffentlichkeit kommt den Medien eine wichtige Kontrollfunktion zu. Medienschaffende haben nicht nur einen grundsätzlichen Anspruch auf die Herausgabe von anonymisierten Urteilen im Nachhinein. Sofern es die gegebenen Umstände rechtfertigen, umfasst der Anspruch auch Urteile in nicht anonymisierter Form. Dies bedeutet aber keinesfalls, dass die offengelegten Namen deswegen publiziert werden dürfen. Vielmehr sind die Persönlichkeitsrechte der Personen, deren Identität offengelegt wird, sowie die Unschuldsvermutung zu respektieren.

Dr. Christoph Born, Rechtsanwalt, Zürich

Hohe Hürden für den Ausschluss der Medien von einer Strafverhandlung

Urteil des Bundesgerichts 1B_87/2018 vom 9. Mai 2018

Zusammenfassung Im besprochenen Entscheid ging es nicht um die Publikumsöffentlichkeit, sondern um die Frage, ob akkreditierte Medienschaffende zur Strafverhandlung gegen den Sohn eines Bundesrates zuzulassen sind, obwohl sein Name bereits bekannt ist und eine vollständige anonymisierte Berichterstattung nicht mehr möglich ist. Das Bundesgericht weist die Beschwerde des Beschuldigten ab, weil gerade bei einer Gerichtsverhandlung, an der die Tat eines Bundesratssohnes unter Ausschluss des breiten Publikums beurteilt wird, ein grosses Interesse an Justizkontrolle durch die Medien bestehe. Mit diesem Entscheid bestätigt es den Zweiklang seiner Praxis: sehr hohe Hürden für den Ausschluss der Medien; aber Schutz der Persönlichkeitsrechte des Beschuldigten durch verhältnismässige Auflagen. Das Bundesgericht weist das Bezirksgericht an, den Medien zu verbieten, Vorname, Alter und Wohnort zu nennen.

Résumé L'arrêt discuté ne portait pas sur la publicité des débats mais sur la question de savoir si des journalistes accrédités devaient être admis à l'audience pénale contre le fils d'un conseiller fédéral, bien que son nom fût déjà connu et qu'une couverture médiatique complètement anonymisée ne fût plus possible. Le Tribunal fédéral a rejeté la plainte du prévenu. En effet, c'est précisément lors du jugement d'un fils de conseiller fédéral, qui se déroule à l'exclusion du grand public, que le contrôle judiciaire par les médias revêt un grand intérêt. À travers cet arrêt, Lausanne confirme la dualité de sa pratique: des barrières très hautes à l'exclusion des médias mais une protection des droits de la personnalité des prévenus par le biais de restrictions proportionnées. Le Tribunal fédéral ordonne au tribunal cantonal d'interdire aux médias de citer le prénom, l'âge et le lieu de domicile.

Stichworte Öffentliche Gerichtsverhandlung, Eingriff in die Medienfreiheit, Justizöffentlichkeit

Bestimmungen Art. 17 BV, 10 EMRK, Art. 73, 74, 100, 102 und 108 StPO

Prozessgeschichte/Sachverhalt

Am Bezirksgericht Hinwil ist ein Strafverfahren gegen A. A. _____, einen der Söhne von Bundesrat A. _____, hängig. Am 29. November 2017 stellte der Beschuldigte beim Bezirksgericht unter anderem den Antrag, es seien die Öffentlichkeit und mit ihr auch die Gerichtsberichtersteller von der Hauptverhandlung auszuschliessen. Mit Beschluss vom 5. Dezember 2017 schloss das Bezirksgericht die Öffentlichkeit im Sinne von Art. 70 Abs. 1 StPO vom Prozess aus. Den akkreditierten Gerichtsberichterstellern gestattete es den Zutritt zur Verhandlung und ordnete an, diesen werde die Anklageschrift zu Beginn der Verhandlung ausgehändigt.

Gegen diesen Entscheid erhob der Beschuldigte am 22. Dezember 2017 Beschwerde an das Obergericht des Kantons Zürich. Er beantragte, in Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Beschlusses seien die Medien von der Hauptverhandlung und der Urteileröffnung auszuschliessen und die Verhandlung sei im Sitzungskalender nicht zu veröffentlichen; nach Abschluss des Verfahrens sei der Presse eine Mitteilung vom Gericht zukommen zu lassen, welche keine konkreten Straftatbestände und kein Strafmass, sondern nur die Verfahrens- und die Straftat benenne; eventualiter sei auch das Strafmass bekannt zu geben, subeventualiter sei den zugelassenen Gerichtsberichterstellern die Anklageschrift nicht auszuhändigen und vorzuschreiben, dass über Sachverhalte und Tatbestände nicht mehr berichtet werden dürfe, als bereits bekannt sei. Mit Beschluss vom 11. Januar 2018 wies das Obergericht die Beschwerde ab.

Mit Eingabe vom 12. Februar 2018 führt der Beschuldigte Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht und beantragt die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses. Im Weiteren stellt er die gleichen Anträge wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren.

Aus den Erwägungen:

(...)

1.2. Das Bezirksgericht schloss in seinem Beschluss vom 5. Dezember 2017 die Öffentlichkeit vom Prozess aus (Dispositiv-Ziffer 1). Es gestattete jedoch den akkreditierten Gerichtsberichterstellern den Zutritt zur Verhandlung und beschloss, diesen werde die Anklageschrift zu Beginn der Verhandlung ausgehändigt (Dispositiv-Ziffer 2). Der Beschwerdeführer beantragte mit Beschwerde an die Vorinstanz die Aufhebung von

Dispositiv-Ziffer 2. Die Vorinstanz wies die Beschwerde ab (vgl. zum Ganzen Sachverhalt lit. A. hiervor).

Verfahrensgegenstand im Verfahren vor Bundesgericht bildet wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren mithin einzig die Zulassung der akkreditierten Journalisten zur erstinstanzlichen Hauptverhandlung (sowie die Aushändigung der Anklageschrift zu Beginn der Verhandlung). Nicht zu prüfen ist die Rechtmässigkeit des Ausschlusses der Öffentlichkeit.

2.

Aufgrund der bisherigen Presseberichterstattung sind verschiedene Aspekte des hängigen Strafverfahrens publik. Bekannt ist, dass der Beschwerdeführer geständig ist und ein abgekürztes Verfahren gemäss Art. 358 ff. StPO durchgeführt wird. Vom Bezirksgericht beurteilt werden die folgenden Sachverhalte bzw. Anklagepunkte: Autounfall, verursacht unter Alkoholeinfluss; Vermögensdelikte; Gewalt und Drohung gegen Beamte.

3.

3.1. Der Beschwerdeführer bringt wie bereits im kantonalen Verfahren zusammenfassend vor, bei «normalen» Straftätern würden die Medien in anonymisierter Weise über die Straftaten und das Gerichtsverfahren informieren. Nach der bereits erfolgten öffentlichen Berichterstattung sei vorliegend eine Anonymisierung nicht mehr möglich. Er sei aber keine «Person der Zeitgeschichte» im persönlichkeitsrechtlichen Sinn, sondern stehe nur im Fokus der Presse, weil sein Vater Bundesrat sei. Im Hinblick auf seine psychische Gesundheit und seine Persönlichkeitsrechte sei es deshalb erforderlich, die Gerichtsberichterstattung von der Verhandlung auszuschliessen. Nur so sei gewährleistet, dass seine Persönlichkeitsrechte gewahrt würden, wie dies bei anderen Straftätern auch der Fall sei. Dem öffentlichen Interesse an der Gerichtsberichterstattung und der Verhinderung von «Geheimjustiz» könne mit einer angemessenen Information der Öffentlichkeit durch das Gericht Rechnung getragen werden.

3.2.

3.2.1. Art. 30 Abs. 3 BV verankert das auch von Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 UNO-Pakt II vorgesehene Prinzip der Justizöffentlichkeit. Diese gibt Einblick in die Rechtspflege und sorgt für Transparenz gerichtlicher Verfahren. Damit dient sie einerseits dem Schutz der direkt an gerichtlichen Verfahren beteiligten Parteien im Hinblick auf deren korrekte Behandlung und gesetzmässige Beurteilung. Andererseits ermöglicht die Justizöffentlichkeit auch nicht verfahrensbeteiligten Dritten, nachzuvollziehen, wie gerichtliche Verfahren geführt werden, das Recht verwaltet und die Rechtspflege ausgeübt wird. Die Justizöffentlichkeit bedeutet eine Absage an jegliche Form der Kabinettsjustiz, will für Transparenz der Rechtsprechung sorgen und die Grundlage für das Vertrauen in die Gerichtsbarkeit schaffen. Der Grundsatz ist von zentraler rechtsstaatlicher und demokratischer Bedeutung. Die demokratische Kontrolle durch die Rechtsgemeinschaft soll Spekulationen begegnen, die Justiz benachteilige oder privilegiere einzelne Prozessparteien ungebührlich oder die Ermittlungen würden einseitig und rechtsstaatlich fragwürdig geführt (BGE 143 I 194 E. 3.1 S. 197 f.; 139 I 129 E. 3.3 S. 133 f.; 137 I 16 E. 2.2 S. 18 f.).

3.2.2. Der Grundsatz der Justizöffentlichkeit wird für gerichtliche Strafverfahren in Art. 69 Abs. 1 StPO präzisiert. Nach dieser Bestimmung sind die Verhandlungen vor dem erstinstanzlichen Gericht und dem Berufungsgericht sowie die mündliche Eröffnung von Urteilen und Beschlüssen dieser Gerichte mit Ausnahme der Beratung öffentlich. Gemäss Art. 70 Abs. 1 lit. a StPO kann das Gericht jedoch einen vollständigen oder teilweisen Ausschluss der Öffentlichkeit unter anderem dann vorsehen, wenn schutzwürdige Interessen einer beteiligten Person, insbesondere des Opfers, dies erfordern. Des Weiteren kann das Gericht gemäss Art. 70 Abs. 3 StPO Gerichtsberichterstatte-tern und weiteren Personen, die ein berechtigtes Interesse haben, unter bestimmten Auflagen den Zutritt zu nicht öffentlichen Verhandlungen gestatten.

Gemäss § 11 der Zürcher Verordnung vom 16. März 2001 der obersten kantonalen Gerichte über die Information über Gerichtsverfahren und die Akteneinsicht bei Gerichten durch Dritte (AEV/ZH; LS 211.15) haben die Medienschaffenden mit der Zulassung zur Verhandlung über die allgemeinen Rechte hinaus namentlich Anspruch auf die sich aus den Art. 70 Abs. 3 StPO sowie den §§ 13a bis 19 dieser Verordnung ergebenden Vergünstigungen (Abs. 1). Die Berichterstattung soll in sachlicher, angemessener Weise erfolgen und auf die schutzwürdigen Interessen der Prozessparteien gebührend Rücksicht nehmen. Insbesondere ist jede Art von Vorverurteilung, unnötiger Blossstellung oder suggestiver Berichterstattung zu vermeiden (Abs. 2). Gemäss § 16 Abs. 1 Ziff. 2 AEV/ZH wird in Strafverfahren mit öffentlicher Verhandlung den zugelassenen Gerichtsberichterstatte-tern auf Anfrage gestattet, im Hinblick auf die Berichterstattung Einsicht in die Anklageschrift zu nehmen.

3.2.3. Den Gerichtsberichterstatte-tern kommt eine wichtige Wächterrolle zu, da die Kontrolle durch die Öffentlichkeit für gewöhnlich erst durch die vermittelnde Tätigkeit der Medien gewährleistet werden kann. Sie nehmen mit ihrer Berichterstattung eine wichtige Brückenfunktion wahr, weil sie der Öffentlichkeit Einblicke in die Justiztätigkeit eröffnen und diese über die geltende Rechtswirklichkeit orientieren. Insofern gebietet die rechtsstaatliche und demokratische Bedeutung des in Art. 69 Abs. 1 StPO verankerten Grundsatzes der Öffentlichkeit, einen Ausschluss der Medienschaffenden im gerichtlichen Strafprozess nur sehr restriktiv, mithin bei überwiegenden entgegenstehenden Interessen, zuzulassen. Dieser hohe Stellenwert des Öffentlichkeitsgebots rechtfertigt sich auch deshalb, weil in Straffällen bereits von vornherein wichtige Verfahrensstadien (z. B. die polizeiliche Ermittlungs- bzw. staatsanwaltliche Untersuchungstätigkeit) und praxisrelevante Erledigungsformen (insbesondere das Strafbefehlsverfahren) nicht publikumsöffentlich sind (vgl. Art. 69 Abs. 3 StPO). Insofern hat der Gesetzgeber das Prinzip der Justizöffentlichkeit in vorweggenommener Interessenabwägung bereits empfindlich eingeschränkt (BGE 143 I 193 E. 3.1 S. 199). Dies gilt auch für das abgekürzte Verfahren, da die Absprache unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfindet und vor Gericht kein Beweisverfahren durchgeführt wird (Art. 361 Abs. 4 StPO).

Ein Ausschluss der akkreditierten Gerichtsberichterstatte-tern von der Verhandlung stellt einen Eingriff in die Medienfreiheit nach Art. 17 BV dar, weil den Pressevertretern verun-

möglichst wird, die sich aus der Gerichtsverhandlung und Urteilsöffnung ergebenden Informationen zu beschaffen und sie anschliessend der Öffentlichkeit zugänglich zu machen (BGE 143 I 194 E. 3.1 S. 200).

3.2.4. Ungeachtet der erheblichen demokratischen, rechtsstaatlichen und grundrechtlichen Bedeutung des Öffentlichkeitsprinzips gilt es jedoch insbesondere auch das gegenteilige Interesse des Persönlichkeitsschutzes zu berücksichtigen. So kann die detaillierte Ausbreitung der persönlichen Verhältnisse in die Privat- oder gar Geheimsphäre der beschuldigten Person eingreifen (BGE 137 I 209 E. 4.4 S. 213). Dem trägt Art. 70 StPO Rechnung.

Beim Entscheid über den Öffentlichkeitsausschluss ist zu beachten, dass Publikums- und Medienöffentlichkeit die verfassungsrechtliche Regel, der Ausschluss der Öffentlichkeit die legitimationsbedürftige Ausnahme ist. Es sind die Interessen, zu deren Schutz der Ausschluss erfolgen soll, und die Interessen der Öffentlichkeit sorgfältig gegeneinander abzuwägen. Der Ausschluss der Öffentlichkeit und der Gerichtsberichterstatter muss verhältnismässig, d. h. geeignet und erforderlich sein.

Zwar geniessen nicht nur Opfer, sondern auch Beschuldigte Persönlichkeitsschutz. Dennoch ist gegenüber dem Ausschluss der Öffentlichkeit und der Gerichtsberichterstatter im Interesse der beschuldigten Person Zurückhaltung geboten. Grundsätzlich muss die beschuldigte Person die mit einer öffentlichen Verhandlung möglicherweise verbundenen psychischen Belastungen und Konsequenzen erdulden. Sie kann nicht allein deswegen den Ausschluss der Öffentlichkeit verlangen (vgl. zum Ganzen Urs Saxer/Simon Thurnheer, Basler Kommentar StPO, 2. Aufl. 2014, Art. 69 N. 19 und Art. 70 N. 2 und N. 8 f.; BGE 119 Ia 99 E. 4b S. 105).

3.3. Die Vorinstanz hat erwogen, gerade wenn ein erwachsenes Kind einer hohen Magistratsperson angeklagt und das Publikum zu dessen Schutz bereits ausgeschlossen sei, bestehe ein grosses öffentliches Interesse daran, das Öffentlichkeitsprinzip durch die Präsenz der Medien wenigstens mittelbar aufrechtzuerhalten und damit die Kontrolle über das korrekte Funktionieren der Justiz zu gewährleisten und jeden Anschein von Kabinettsjustiz zu vermeiden. Es gehe dem Beschwerdeführer letztlich einzig darum, zu verhindern, dass die ihm vorgeworfenen Delikte und die zu erwartende Verurteilung bzw. das Strafmass bekannt würden. Ein solcher subjektiver Wunsch sei zwar verständlich, legitimiere jedoch keine Ausnahme des Medienöffentlichkeitsgebots. Die Möglichkeit, dass Delikte und Sanktionen publik würden, gehöre vielmehr zum Strafprozess und allein der Status als Verwandter einer prominenten Person verschaffe keinen Anspruch auf eine Sonderbehandlung. Dass es zu einer Gerichtsverhandlung kommen werde, liege allein im eingestandenem Fehlverhalten des Beschwerdeführers.

3.4. Auf der Grundlage der dargestellten Rechtslage und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. E. 3.2 hienvor) verletzt die vorinstanzliche Interessenabwägung (E. 3.3 hienvor) kein Bundesrecht. Die Schutzanliegen des Beschwerdeführers vermögen nicht gegen die Interessen der Beschwerdegeg-

ner an der Informationsbeschaffung und -verbreitung sowie an einer wirksamen Justizkontrolle aufzukommen. Wie von der Vorinstanz zutreffend dargelegt, besteht gerade dann, wenn der Sohn eines Bundesrats vor Gericht steht, ein gewichtiges öffentliches Interesse, dass durch die Teilnahme von akkreditierten Gerichtsberichterstattern die öffentliche Kontrolle über das korrekte Funktionieren der Justiz sichergestellt wird. Mit der Aushändigung der Anklageschrift zu Beginn der Hauptverhandlung, gestützt auf § 16 Abs. 1 Ziff. 2 AEV/ZH, soll gewährleistet werden, dass die Gerichtsberichterstatter ihre Kontrollfunktion auch tatsächlich ausüben können. Als Beschuldigter hat der Beschwerdeführer die mit einer öffentlichen Verhandlung verbundenen psychischen Belastungen und Konsequenzen hinzunehmen. Ein Ausschluss (auch) der akkreditierten Gerichtsberichterstatter wäre unverhältnismässig und würde gegen das Justizöffentlichkeitsgebot sowie die verfassungsrechtlich geschützte Medienfreiheit (Art. 17 BV) verstossen (vgl. zum Ganzen auch BGE 143 I 194 E. 3.6.3 S. 207 f.).

3.5. Dem Persönlichkeitsschutz des Beschwerdeführers kann mittels Auflagen an die zugelassenen akkreditierten Gerichtsberichterstatter Rechnung getragen werden. Der Beschwerdeführer ist, wie von ihm zu Recht angeführt, keine Person der Zeitgeschichte (zu diesem Begriff vgl. Anne-Sophie Morand, Die Person der Zeitgeschichte, Medialex 2015 S. 49 ff.); er hat daher grundsätzlich Anspruch auf eine anonymisierte Berichterstattung.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf BGE 137 I 209. In jenem Fall machte der vorsitzende Bezirksgerichtspräsident die akkreditierten Gerichtsberichterstatter zu Beginn der Hauptverhandlung unter anderem darauf aufmerksam, der Ausschluss der Öffentlichkeit habe zur Folge, dass von den Verfahrensbeteiligten keine persönlichen Daten wie Name oder Wohnort und keine Bilder publiziert werden dürften, seien diese inner- oder ausserhalb des Gerichtsgebäudes aufgenommen worden (BGE 137 I 209 Sachverhalt lit. A.). Damit – so folgerte das Bundesgericht – habe der vorsitzende Richter von den akkreditierten Gerichtsberichterstatter einzig Gewähr für etwas verlangt, wozu diese mit Blick auf den Schutz der Persönlichkeit der Verfahrensparteien ohnehin gehalten gewesen seien (BGE 137 I 209 E. 4.4 S. 213).

Diese Rechtsprechung bestätigte das Bundesgericht in BGE 143 I 194 und wies darauf hin, dass die Medienschaffenden bei einer Zulassung zur Verhandlung daran zu erinnern seien, nur in anonymisierter Form über das Verfahren zu berichten. Sie hätten in ihrer Berichterstattung die Persönlichkeit der Prozessbeteiligten zu wahren, andernfalls ihnen neben zivilrechtlichen Klagen nach Art. 28 ff. ZGB auch die Einleitung von Strafverfahren insbesondere wegen Verletzung von Art. 173 ff. StGB drohen könnten. Desgleichen würden Journalistinnen und Journalisten gemäss ihren eigenen berufsethischen Normen zur Respektierung der Privatsphäre von Personen angehalten (vgl. Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalistinnen und Journalisten des Schweizer Presserats vom 21. Dezember 1999, Ziff. 7, sowie die dazugehörigen Richtlinien, Ziff. 7.1 ff. und Ziff. 8.3; siehe zum Ganzen BGE 143 I 194 E. 3.6.3 S. 208).

Zusammenfassend besteht im zu beurteilenden Fall entgegen der Auffassung und den Anträgen des Beschwerdefüh-

rers ein überwiegendes öffentliches Interesse daran, dass die akkreditierten Gerichtsberichterstatter über den Inhalt des gegen den Sohn eines Bundesrats geführten Strafverfahrens öffentlich berichten. Dies erlaubt es auch, die konkreten Straftatbestände und das Strafmass zu benennen, da nur so eine wirksame Justizkontrolle durch die Öffentlichkeit erreicht werden kann.

Hingegen sind nach dem Gesagten aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes keine darüber hinausgehenden, identifizierenden Angaben über den Beschwerdeführer zu veröffentlichen. Zwar kann, wie dieser zu Recht einwendet, eine Anonymisierung aufgrund der Bekanntgabe seines Nachnamens in der bisherigen Presseberichterstattung nicht mehr vollumfänglich gewährleistet werden. Mittels klarstellender Auflagen zu Beginn der Hauptverhandlung an die zugelassenen akkreditierten Gerichtsberichterstatter kann aber das Bezirksgericht sicherstellen, dass keine weiteren persönlichen Daten, wie insbesondere Vorname, Alter und Wohnort, publiziert und keine Bildaufnahmen veröffentlicht werden.

- 1 **Anmerkungen** Vorbemerkung: Nicht Gegenstand dieses Entscheides war die Frage, ob das breite Publikum von der Gerichtsverhandlung ausgeschlossen werden darf. Diesen Ausschluss hat das Bezirksgericht Hinwil beschlossen und er wurde nicht angefochten. Vor dem Bundesgericht ging es einzig um die Frage, ob das Gericht die akkreditierten Journalistinnen und Journalisten zur Verhandlung zulassen und ihnen zu Beginn der Verhandlung die Anklageschrift aushändigen darf.
- 2 Der Beschwerdeführer, Sohn eines amtierenden Bundesrates, verlangte den Ausschluss der Medien, weil sein Nachname (sowie Details der Anklage – Autounfall unter Alkoholeinfluss, Vermögensdelikte, Gewalt und Drohung gegen Beamte) in der bisherigen Presseberichterstattung bekannt gegeben worden sind. Damit sei eine Anonymisierung nicht mehr möglich, auf die er wie jeder «normale» Straftäter ein Anrecht habe. Er stehe nur im Fokus der Presse, weil sein Vater Bundesrat sei. Damit er wie jeder «normale» Straftäter anonym bleiben könne, müssten die Medien von der Gerichtsverhandlung ausgeschlossen werden. Dem Gebot der Justizöffentlichkeit könne mit einer Medienmitteilung des Gerichts Rechnung getragen werden.
- 3 Das Bezirksgericht Hinwil, das Zürcher Obergericht und nun auch das Bundesgericht sehen das anders. Das Bundesgericht betont wie bereits in früheren Entscheiden die «wichtige Wächterrolle» der Gerichtsberichterstatter und deren «wichtige Brückenfunktion», um der Öffentlichkeit die Tätigkeit der Justiz näherzubringen und darüber zu orientieren, was aktuell geltendes Recht sei. Und es bestätigt seine Praxis, dass ein Ausschluss «nur sehr restriktiv» zuzulassen sei.
- 4 Wie bereits im Leitentscheid 143 I 193 (vgl. dazu FRANZ ZELLER, in: Jahrbuch Medialex 2017, Seite 143 ff.), begründet das Bundesgericht den hohen Stellenwert der Justizöffentlichkeit (Art. 30 Abs. 3 BV; Art. 69 Abs. 1 und 2 StPO) auch damit, dass andere Verfahrensstadien, wie das Vorverfahren oder das Strafbefehlsverfahren, geheim seien. Zusätzlich verweist es in diesem neuesten Entscheid zur Justizöffentlichkeit auf die eingeschränkte Öffentlichkeit des abgekürzten Verfahrens, bei dem sich Staatsanwalt und Beschuldigter unter Ausschluss der Öffentlichkeit absprechen und vor Gericht kein Beweisverfahren durchgeführt wird. Im kon-

kreten Fall des Bundesratssohnes fand eine solche Absprache statt und wurde die Justizöffentlichkeit somit bereits beschränkt.

- 5 Neben dem verfassungsmässigen Gebot der Justizöffentlichkeit berücksichtigt das Bundesgericht aber auch das gegenteilige Interesse des Persönlichkeitsschutzes. Dabei stellt es klar, dass Publikums- und Medienöffentlichkeit die «verfassungsrechtliche Regel, der Ausschluss der Öffentlichkeit die legitimationsbedürftige Ausnahme ist». So hat die beschuldigte Person die mit einer öffentlichen Verhandlung möglicherweise verbundenen psychischen Belastungen grundsätzlich zu erdulden.
- 6 Im konkreten Fall überwiegt gemäss Bundesgericht das Interesse an der Justizöffentlichkeit, denn gerade bei einem erwachsenen Sohn eines Bundesrates und gerade wenn das Publikum ausgeschlossen ist, müssen die Medienvertreter hinschauen, ob die Justiz korrekt funktioniert. Deshalb sei ein Ausschluss auch der Gerichtsberichterstatter im konkreten Fall unverhältnismässig.
- 7 Der beschuldigte Sohn des Bundesrates muss den Umstand hinnehmen, dass eine volle Anonymisierung im Unterschied zu «normalen» Beschuldigten nicht mehr möglich ist, weil sein Nachname bereits bekannt ist. Diese indirekte (teilweise) Identifikation rechtfertigt es nicht – quasi als Ausgleich –, die Medien auszuschliessen. Es genügt gemäss Bundesgericht, die Gerichtsberichterstatter zu ermahnen und ihnen Auflagen zu machen. Nicht Gegenstand des Verfahrens war die Frage, ob die Bekanntgabe des Nachnamens in der Berichterstattung über die Strafuntersuchung rechtlich zulässig war.
- 8 Das Bundesgericht erinnert daran, dass das Interesse am Persönlichkeitsschutz durch Straf- und Zivilrecht sowie die berufsethischen Normen gesichert sei. Daran seien Gerichtsberichterstatter zu Beginn der Verhandlung zu erinnern. Die Gerichte können gemäss Bundesgericht die Gerichtsberichterstatter mit Auflagen noch verstärkt in die Pflicht nehmen. So weist das Bundesgericht darauf hin, dass ein Gerichtsberichterstatter von der Verhandlung ausgeschlossen werden kann, der nicht garantiert, dass Auflagen des Gerichts (keine Nennung von Name, Alter; keine Publikation eines Bildes) von seiner Redaktion umgesetzt werden (BGE 137 I 209). Im konkreten Fall formulieren die höchsten Schweizer Richter die Auflagen kurzerhand selbst: Vorname, Alter und Wohnort des Bundesratssohnes dürfen nicht publiziert und keine Bildaufnahmen veröffentlicht werden. (Die auffällig detaillierte Formulierung der Auflagen durch das Bundesgericht ist möglicherweise auf die Unsicherheiten zurückzuführen, welche die Zürcher Gerichte in früheren Fällen zeigten, verhältnismässige Auflagen festzulegen, vgl. unten.)
- 9 Im aktuellen Entscheid bestätigt das Bundesgericht den Zweiklang seiner Praxis: sehr hohe Hürden für den Ausschluss der Medien; aber Schutz der Persönlichkeitsrechte des Beschuldigten durch verhältnismässige Auflagen. Damit stellt sich das Bundesgericht erfreulicherweise auf den Standpunkt, dass Medien in Strafsachen grundsätzlich Zugang zu nicht anonymisierten Informationen erhalten sollen, weil sie durch den gesetzlichen Rahmen genügend in die Pflicht genommen werden. Ein Grundsatz, der von vielen Gerichten und Staatsanwaltschaften noch zu wenig beachtet wird, wenn sie vor Ort aufgelegte Urteile oder Strafbefehle anonymisieren.
- 10 Diese Bundesgerichtspraxis ist nicht nur konsistent und mit dem richtigen Instrumentarium ausgestattet, sondern sie scheint bei den Zürcher Gerichten nun im Detail angekom-

men. Nach dem Entscheid in Sachen *Viktor Dammann* (BGE 137 I 209) im Jahre 2011 hatten die Zürcher Gerichte gleich zweimal übermarcht: Sie machten 2013 den Medien ohne genügende rechtliche Grundlage unverhältnismässige Auflagen (BGE 141 I 211) und schlossen diese 2015 von einer Hauptverhandlung in einem Prozess um Mordversuch verfassungswidrig gänzlich aus (BGE 143 I 194). Es ist zu hoffen, dass die Zürcher Gerichte die Praxis des Bundesgerichts, welche die Interessen von Justizöffentlichkeit und Persönlichkeitsschutz ausgewogen berücksichtigt, nun auch in Zukunft so souverän umsetzen wie im konkreten beurteilten Fall.

Dominique Strebel, lic. iur., Studienleiter der Schweizer
Journalistenschule MAZ, Luzern

Verhindern Datensperren eine uneingeschränkte Einsicht ins Steuerregister?

Urteil des Bundesgerichts vom 31. August 2017 (1C_447–449/2016)

Résumé Par jugement du 31 août 2017, le Tribunal fédéral a rejeté trois recours contre un jugement du Tribunal administratif du canton de Berne. Celui-ci a admis la demande d'accès au registre fiscal des années 2008 – 2011 de plusieurs citoyens. Il a examiné la question en tenant compte du principe de publicité du registre fiscal. Le Tribunal fédéral a estimé qu'il n'était pas arbitraire de considérer la base légale de la loi fiscale cantonale comme suffisante et la primauté de cette loi comme loi spéciale sur l'application de la loi sur la protection des données.

Zusammenfassung Das Bundesgericht wies mit Urteil vom 31. August 2017 drei Beschwerden gegen ein Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern ab, mit welchem dieses die Einsicht in das Steuerregister der Jahre 2008 bis 2011 von mehreren steuerpflichtigen Personen gutgeheissen hatte. Es prüfte die Frage in Nachachtung des Grundsatzes der Öffentlichkeit des Steuerregisters. Das Bundesgericht erachtete es als nicht willkürlich, die Bestimmung im kantonalen Steuergesetz als hinreichende gesetzliche Grundlage zu bezeichnen und dass das Steuergesetz als *lex specialis* dem Datenschutzgesetz vorgehe.

Stichworte Zuständigkeit der kantonalen Steuerverwaltung, Einsicht ins Steuerregister, Recht auf Privatsphäre und informationelle Selbstbestimmung, gesetzliche Grundlage und öffentliches Interesse als Eingriffsvoraussetzung in Grundrechte

Bestimmungen Art. 10 Abs. 2, 13 Abs. 1 und 2, 36 BV, 164 aStG/BE, 153, 164, 166 StG/BE, 14 KDSG/BE

Sachverhalt (Zusammenfassung)

O. ersuchte 2012 um Bekanntgabe der Steuerfaktoren (steuerbares Einkommen und Vermögen) der Jahre 2008 bis 2011 von mehreren in der Einwohnergemeinde Saanen wohnhaften Personen. Die Gemeinde leitete das Gesuch an die Steuerverwaltung des Kantons Bern weiter. Diese lehnte mit Verfügung vom 8. Juli 2013 eine Einsichtnahme hinsichtlich jener Personen ab, die ihre Steuerdaten hatten sperren lassen. Die Finanzdirektion des Kantons Bern (FIN) hob diesen Entscheid mangels rechtsgenügender Begründung auf und wies die Angelegenheit an die Steuerverwaltung zurück. Nachdem diese

die betroffenen Personen zu ihren Geheimhaltungsinteressen angehört und sie zum Verfahren beigegeben hatte, wies sie das Ersuchen am 31. März 2014 erneut ab.

Die dagegen von O. erhobene Beschwerde hiess die FIN am 30. Oktober 2014 bezüglich einer Person insoweit gut, als sie die Sache an die Steuerverwaltung zurückwies, sodass die betroffene Person angehört und, gestützt auf deren Stellungnahme, neu verfügt werden könne; im Übrigen wies die FIN die Beschwerde ab. Diesen Entscheid focht O. beim Verwaltungsgericht an. Dieses hiess die Beschwerde mit Urteil vom 12. August 2016 gut und wies die Einwohnergemeinde Saanen an, O. Einsicht in das Steuerregister hinsichtlich der Steuerdaten der Jahre 2008 bis 2011 der vorgenannten Personen zu gewähren.

Mehrere Parteien führten beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts.

Erwägungen (gekürzt)

(...)

3.

3.1. Die Beschwerdeführer bringen zunächst vor, die Verfügung der kantonalen Steuerverwaltung vom 31. März 2014 sei nichtig, weil nicht diese, sondern die Gemeinde für den Entscheid über das Einsichtsgesuch der Beschwerdegegnerin zuständig gewesen wäre. Soweit Letztere den Beschwerdeführern in diesem Zusammenhang Rechtsmissbrauch vorwirft, weil sie die Nichtigkeit erst nach dem für sie negativen Urteil des Verwaltungsgerichts gerügt hätten, vermag sie nicht durchzudringen. Die Nichtigkeit eines Entscheids ist von sämtlichen rechtsanwendenden Behörden jederzeit von Amtes wegen zu beachten (BGE 139 II 243 E. 11.2 S. 260; 138 II 501 E. 3.1 S. 503 f.; 137 I 273 E. 3.1 S. 275 f.); sie kann namentlich auch im Verfahren vor Bundesgericht festgestellt werden (BGE 137 III 217 E. 2.4.3 S. 226; 132 II 342 E. 2.3 S. 349).

3.2. Nach der Rechtsprechung ist eine Verfügung nur ausnahmsweise nichtig, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Als Nichtigkeitsgrund fällt vorab funktionelle und sachliche Unzuständigkeit einer Behörde in Betracht (BGE 139 II 243 E. 11.2 S. 260; 138 II 501 E. 3.1 S. 503 f.; 137 I 273 E. 3.1 S. 275). Nach der bundesgerichtlichen Praxis führt die funktionelle oder sachliche Unzuständigkeit indes

dann nicht zur Nichtigkeit des Entscheids, wenn der verfügenden Behörde auf dem betreffenden Gebiet allgemeine Entscheidungsgewalt zukommt oder der Schluss auf Nichtigkeit sich nicht mit der Rechtssicherheit verträgt (BGE 137 III 217 E. 2.4.3 S. 225; 129 V 485 E. 2.3 S. 488; 127 II 32 E. 3g S. 47f.).

3.3. Die Verfügung der Steuerverwaltung erging gestützt auf die bis zum 31. Dezember 2015 geltende Fassung des Steuergesetzes vom 21. Mai 2000 des Kantons Bern (StG/BE; BSG 661.11). Deren Art. 164 sah vor, dass die Gemeinden das Register für die Einkommens- und Vermögenssteuer sowie das Register der amtlichen Werte führen (Abs. 1) und die Steuerregister öffentlich sind (Abs. 3 Satz 1). Angesichts dieser Rechtslage ist den Beschwerdeführern beizupflichten, dass es aufgrund der Pflicht der Gemeinde zur Führung des Registers für die Einkommens- und Vermögenssteuer nahe liegt, dass sie auch über Auskunftsgesuche über das steuerbare Einkommen und Vermögen von natürlichen Personen befindet. Diese Auffassung scheinen denn auch das Bundesgericht (vgl. BGE 138 I 265 E. 5.3 S. 272), das Verwaltungsgericht (vgl. Dispositiv-Ziff. 1 des angefochtenen Entscheids) sowie die Lehre (vgl. REGINA SCHLUP GUIGNARD, in: Praxiskommentar zum Berner Steuergesetz, 2011, N. 5 zu Art. 164) zu teilen und sie wird auch von den Behörden selbst vertreten (vgl. Fachinformation «Öffentlichkeit des Steuerregisters von natürlichen Personen» vom 17. Dezember 2012; Ansichtsaussagen der Gemeindedirektion vom 23. März 1987, in: BVR 1987 S. 334; Antwort der Finanzdirektorin Beatrice Simon auf eine Frage zur öffentlichen Zugänglichkeit des Steuerregisters, Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, Junisession 2012, S. 774f.). Die Finanzdirektion wendet im vorliegenden Verfahren jedoch ein, aus der Registerführungspflicht der Gemeinde könne nicht zwingend auf deren ausschliessliche Zuständigkeit für die Behandlung von Auskunftsgesuchen aus dem Steuerregister geschlossen werden. Wie es sich damit im Einzelnen verhält, kann hier dahingestellt bleiben, denn selbst wenn die Steuerverwaltung als sachlich unzuständige Behörde verfügt hätte, führte dies nicht zur Nichtigkeit ihres Entscheids.

3.4. Nach der Rechtsprechung hat die Unzuständigkeit der verfügenden Behörde nur Nichtigkeit zur Folge, sofern der Behörde auf dem fraglichen Gebiet keinerlei Entscheidungsgewalt zukommt, mit anderen Worten, wenn sie über etwas befunden hat, das klar nicht in ihren Kompetenzbereich fällt (Urteile 1A.103/2003 vom 10. Juni 2003 E. 1.1; 1A.102/2003 vom 7. Oktober 2003 E. 2.1). Vorliegend handelt es sich bei der Steuerverwaltung indes nicht um eine völlig sachfremde Behörde; vielmehr ist sie mit der strittigen Thematik vertraut. Anders als im Fall der Verfügung einer mit der Sache in keiner Weise verbundenen Behörde, befasst sich die Steuerverwaltung mit ähnlichen Aufgaben (z. B. Führung der Register für die übrigen Steuern gemäss Art. 164 Abs. 2 StG/BE). Ihr obliegt allgemein der Vollzug des Steuergesetzes (Art. 149 Abs. 1 StG/BE) und sie übt die Aufsicht über die Gemeinden, die am Vollzug beteiligt sind, aus (Art. 149 Abs. 2 StG/BE). Im Weiteren ist sie für die Veranlagung der Steuerpflichtigen zuständig (Art. 166 Abs. 1 StG/BE), legt also deren Steuerfaktoren verbindlich fest. Ausser dass der Rechtsweg über den Regierungsstatthalter (Art. 63 Abs. 1 VRPG/BE) an Stelle der FIN ans Verwaltungsgericht geführt hätte, wurden die Verfahrensrechte der Beschwerdeführer denn auch nicht tangiert; insbesondere haben sie keine

Rechtsmittelinstanz verloren. Demnach liegt keine derart krasse Verletzung der Zuständigkeitsregeln vor, dass der Entscheid der Steuerverwaltung nichtig wäre.

4.

Weiter ist streitig, ob das in Frage stehende Auskunftsgesuchen nach der neuen oder alten Fassung von Art. 164 StG/BE zu beurteilen ist.

4.1. Im Gegensatz zur Vorinstanz, welche Art. 164 StG/BE für anwendbar erachtete, berufen sich die Beschwerdeführer auf den am 1. Januar 2016 in Kraft getretenen, revidierten Art. 164 StG/BE (nachfolgend: revArt. 164 StG/BE). Danach erhalten Dritte beim Nachweis eines wirtschaftlichen Interesses von der Gemeinde jederzeit Auskunft über die letzten rechtskräftigen Steuerfaktoren von natürlichen Personen mit Wohnsitz in der Gemeinde; die gebührenpflichtige Auskunft umfasst das steuerbare Einkommen, das steuerbare Vermögen und die amtlichen Werte der in der Gemeinde gelegenen Liegenschaften (Abs. 3). Das Auskunftsgesuch ist schriftlich zu stellen und zu begründen; die steuerpflichtige Person wird über die erteilte Auskunft informiert (Abs. 5). Wird die gewünschte Auskunft verweigert, kann die gesuchstellende Person eine anfechtbare Verfügung verlangen (Abs. 6 Satz 1).

4.2. Die Beschwerdeführer orientieren sich in Übereinstimmung mit der Vorinstanz an den vom Bundesgericht entwickelten intertemporalrechtlichen Grundsätzen. Danach ist die Rechtmässigkeit von Verwaltungsakten mangels einer anderslautenden übergangsrechtlichen Regelung grundsätzlich nach der Rechtslage im Zeitpunkt ihres Ergehens zu beurteilen; im Laufe des Rechtsmittelverfahrens eingetretene Rechtsänderungen sind nur ausnahmsweise zu berücksichtigen (BGE 141 II 393 E. 2.4 S. 398f.; 139 II 243 E. 11.1 S. 259; 135 II 384 E. 2.3 S. 390). Allerdings sind neue Verfahrensbestimmungen in der Regel sofort und in vollem Umfang anwendbar (BGE 136 II 187 E. 3.1 S. 189; 132 V 368 E. 2.1 S. 369; 131 V 314 E. 3.3 S. 316). Dieser Grundsatz beruht auf der relativen Wertneutralität des Prozessrechts und erscheint jedenfalls dann zweckmässig sowie geboten, wenn mit dem neuen Recht keine grundlegend neue Verfahrensordnung geschaffen wird, mithin zwischen neuem und altem Recht eine Kontinuität des verfahrensrechtlichen Systems besteht (BGE 136 II 187 E. 3.1 S. 189; 132 V 368 E. 2.1 S. 369; je mit Hinweisen).

4.3. Zwar trifft es zu, dass Art. 164 StG/BE sowohl in seiner alten als auch in seiner neuen Fassung systematisch dem sechsten Kapitel des Steuergesetzes mit dem Titel «Verfahren» und dabei dem Abschnitt «Veranlagungsverfahren» zugeteilt ist bzw. war. Für seinen verfahrensrechtlichen Charakter spricht auch der Umstand, dass das Steuerregister bei periodischen Steuern als Grundlage für die Anfertigung der Zahlungsausweise dient, die den Steuerschuldern im Rahmen der Steuervollstreckung zusammen mit der Zahlungsaufforderung zugestellt werden (vgl. BLUMENSTEIN/LOCHER, System des schweizerischen Steuerrechts, 7. Aufl. 2016, S. 604f. und S. 18). Dennoch handelt es sich bei dem hier in Frage stehenden Art. 164 StG/BE – ob nach altem oder neuem Recht – nicht bloss um eine Verfahrensvorschrift. Vielmehr lässt sich aus dessen Abs. 3 unbestrittenermassen ein Anspruch ableiten, wonach jedermann auf Anfrage hin Auskunft über das steuerbare Einkommen und Vermögen von anderen natürlichen Personen verlangen kann (vgl. SCHLUP GUIGNARD, a. a. O., N. 5 zu Art. 164 StG/BE).

Bei diesem Recht, das in der revidierten Fassung unter dem Vorbehalt des Nachweises eines wirtschaftlichen Interesses steht, handelt es sich um einen subjektiven, individuellen Anspruch auf die im Steuerregister enthaltenen Informationen; er beschlägt somit das materielle Recht. Nach den vorgenannten intertemporalrechtlichen Grundsätzen spielt es daher keine Rolle, ob revArt. 164 StG/BE eine grundlegend neue Verfahrensordnung schafft. Dies kann auch mit Blick auf dessen formelle Komponenten (z. B. zur Form und zum Inhalt des Auskunftsbegehens) offen bleiben, da im vorliegenden Verfahren nicht diese Vorschriften, sondern der materielle Anspruch auf Auskunft über die nachgesuchten Steuerdaten umstritten ist.

4.4. Demnach ist die Folgerung der Vorinstanz, wonach das Auskunftsgesuch nach dem alten Recht zu beurteilen ist, nicht zu beanstanden. Ihr kann weder Willkür vorgeworfen werden noch ist eine Gehörsverletzung zu erkennen: Aus dem angefochtenen Entscheid gehen die Überlegungen, von denen sich die Vorinstanz leiten liess, mit genügender Klarheit hervor, so dass die Beschwerdeführer in der Lage waren, das verwaltungsgerichtliche Urteil sachgerecht anzufechten (BGE 138 I 232 E. 5.1 S. 237; 136 I 229 E. 5.2 S. 236).

5.

5.1. Die Beschwerdeführer bringen im Weiteren vor, die Einsichtsgewährung in ihre Steuerfaktoren gemäss Steuerregister verletze in erster Linie ihr Recht auf Privatsphäre (Art. 13 Abs. 1 BV bzw. Art. 8 EMRK) und insbesondere ihren Anspruch auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV). Zudem befürchten sie, dass sie durch die Bekanntgabe ihrer Steuerdaten in der Öffentlichkeit exponiert sowie in ihrer Bewegungsfreiheit und Sicherheit gefährdet werden könnten. Darin erblicken sie einen Verstoss gegen ihr Recht auf persönliche Freiheit gemäss Art. 10 Abs. 2 BV.

5.2. Die Bundesverfassung gewährleistet einzelne Gehalte der früher durch ungeschriebenes Verfassungsrecht garantierten persönlichen Freiheit in verschiedenen Verfassungsbestimmungen (vgl. dazu ausführlich BGE 127 I 6 E. 5a S. 10ff.). Während Art. 10 Abs. 2 BV die verfassungsrechtliche Grundgarantie zum Schutz der Persönlichkeit darstellt und neben dem Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit auch die Bewegungsfreiheit verbrieft, schützt Art. 13 BV in besonderer Weise die verschiedene Aspekte umfassende Privatsphäre vor ihren spezifischen Bedrohungsformen (BGE 138 I 331 E. 5.1 S. 336f.). Dazu gehören namentlich der – auch durch Art. 8 EMRK gewährleistete – Schutz der wirtschaftlichen und finanziellen Verhältnisse einer Person (BGE 137 II 431 E. 2.1.2 S. 437; Urteil 2C_84/2012 vom 15. Dezember 2012 E. 7.1, nicht publiziert in BGE 139 IV 137; vgl. EGMR-Urteil *Satakunnan Markkinapörssi Oy und Satamedia Oy gegen Finnland* vom 27. Juni 2017 [Nr. 931/13] § 138) sowie der verfassungsrechtliche Datenschutz. Gemäss Art. 13 Abs. 2 BV hat jede Person Anspruch auf Schutz vor Missbräuchen ihrer persönlichen Daten. Im Bereich des Datenschutzes garantiert das verfassungsmässige Recht auf informationelle Selbstbestimmung, dass grundsätzlich ohne Rücksicht darauf, wie sensibel die fraglichen Informationen tatsächlich sind, dem Einzelnen die Herrschaft über seine personenbezogenen Daten zusteht (BGE 140 I 2 E. 9.1 S. 22f.; 381 E. 4.1 S. 383 f; 138 II 346 E. 8.2 S. 359f.). Es impliziert, dass jede Person gegenüber fremder, staatlicher Bearbeitung von sie betref-

fenden Informationen bestimmen können muss, ob und zu welchem Zweck diese Informationen über sie bearbeitet werden (BGE 140 I 2 E. 9.1 S. 22f.; 138 II 346 E. 8.2 S. 359f.; 129 I 232 E. 4.3.1 S. 245; je mit Hinweisen). Der Begriff des Bearbeitens umfasst aus datenschutzrechtlicher Sicht auch die Bekanntgabe, d. h. das Einsichtgewähren, Weitergeben oder Veröffentlichlichen von Personendaten (Art. 2 Abs. 4 und 5 des Datenschutzgesetzes vom 19. Februar 1986 des Kantons Bern [KDSG/BE; BSG 152.04]; vgl. BGE 142 II 340 E. 4.2 S. 346f.).

Da die streitbetroffenen Angaben den Beschwerdeführern als steuerpflichtige Personen zugeordnet werden können, stellt deren Bekanntgabe an eine Drittperson einen Eingriff in ihr Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar. Das Bundesgericht hat bisher offen gelassen, ob die allgemeine Zugänglichkeit des steuerbaren Einkommens und Vermögens einer Person einen Eingriff in deren Privatsphäre gemäss Art. 13 Abs. 1 BV darstellt (BGE 137 II 371 E. 6.1 S. 380; 135 I 198 E. 3.2 S. 207f.; 124 I 176 E. 5 S. 177). Ob nebst dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung zusätzlich dieses verfassungsmässige Recht tangiert ist, kann auch hier dahingestellt bleiben, da ohnehin die Voraussetzungen für die Einschränkung von Grundrechten nach Art. 36 BV zu prüfen sind. Dasselbe trifft auf den von den Beschwerdeführern angerufenen Anspruch der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) zu.

5.3. Gemäss Art. 36 BV bedürfen Einschränkungen von Grundrechten einer gesetzlichen Grundlage, müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sowie verhältnismässig sein (Abs. 1–3). Ein schwerer Eingriff in ein Grundrecht bedarf einer klaren und ausdrücklichen Regelung in einem formellen Gesetz (BGE 142 I 49 E. 6 S. 63f. mit Hinweisen). Bei einem leichten Eingriff genügt ein Gesetz im materiellen Sinn. Ob insoweit eine genügende gesetzliche Grundlage gegeben ist, prüft das Bundesgericht unter dem beschränkten Gesichtswinkel der Willkür (BGE 141 I 211 E. 3.2 S. 214f. mit Hinweisen).

Die Beschwerdeführer führen in ihren Rechtsschriften nicht aus, ob es sich vorliegend um einen schweren oder leichten Grundrechtseingriff handelt. Sie machen im Zusammenhang mit der in Frage kommenden gesetzlichen Grundlage aber mehrheitlich eine Verletzung des Willkürverbots geltend, was nach der vorgenannten Praxis auf einen leichten Eingriff hindeutet. Dies deckte sich mit der zur persönlichen Freiheit entwickelten Rechtsprechung, wonach die Bekanntgabe finanzieller Angaben nur insoweit einen schweren Grundrechtseingriff darstellt, als sie geeignet ist, das soziale und wirtschaftliche Ansehen, die Würde und die Ehre einer Person herabzumindern, was bei der Zugänglichmachung des (betragsmässig, aber nicht hinsichtlich der Zusammensetzung genau angegebenen) steuerbaren Einkommens und Vermögens regelmässig nicht der Fall ist (vgl. BGE 137 II 371 E. 6.2 S. 371; Urteil 2P.259/1997 vom 15. Mai 1998 E. 4e, nicht publiziert in BGE 124 I 176). Hinzu kommt, dass es sich bei den nachgesuchten Informationen nicht um besonders schützenswerte Personendaten handelt (vgl. Art. 3 KDSG/BE; BGE 124 I 176 E. 5c/cc S. 179f.). Es liegt daher nahe, den Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als leicht einzustufen.

5.4. Als gesetzliche Grundlage, um die Angaben gemäss Steuerregister zugänglich zu machen, kommt in erster Linie Art. 164 Abs. 3 StG/BE in Frage, der den Grundsatz der Öffent-

lichkeit des Steuerregisters verankert. Im Weiteren würde auch Art. 17 Abs. 3 der Verfassung des Kantons Bern (KV/BE; BSG 101.1) in Betracht fallen, wonach jede Person ein Recht auf Einsicht in amtliche Akten hat, soweit keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. Diese Bestimmung statuiert das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung, das auf Gesetzesstufe im Gesetz vom 2. November 1993 über die Information der Bevölkerung (IG/BE; BSG 107.1) präzisiert wird. Dessen Art. 27 Abs. 1 greift das bereits durch die Verfassung garantierte Zugangsrecht auf und legt damit fest, dass jede Person, die amtliche Akten einsehen möchte, im Geltungsbereich des IG/BE grundsätzlich einen subjektiven, individuellen Anspruch darauf hat.

5.4.1. Im vorliegenden Fall haben sich die Verfahrensbeteiligten aber einzig auf Art. 164 Abs. 3 StG/BE abgestützt. Die Vorinstanz hat diese Bestimmung unter Berücksichtigung aller relevanten Interpretationskriterien ausgelegt und ist dabei zum Schluss gelangt, Art. 164 Abs. 3 StG/BE gewährleiste eine vorbehaltlose und uneingeschränkte Öffentlichkeit des Steuerregisters. Sie erwoh im Wesentlichen, der Wortlaut dieser Bestimmung, wonach Steuerregister öffentlich seien, lege nahe, dass der Gesetzgeber keine Ausnahmen vorgesehen und die Abwägung zwischen dem Einsichts- und Geheimhaltungsinteresse in abstrakter und allgemeingültiger Weise vorgenommen habe. Er lasse klar auf eine uneingeschränkte Öffentlichkeit des Steuerregisters schliessen. Die Entstehungsgeschichte von Art. 164 Abs. 3 StG/BE spreche ebenfalls für eine vorbehaltlose Öffentlichkeit der Steuerregister. Diese sei bereits im Jahr 1935 eingeführt worden mit dem Ziel, die allgemeine Steuermoral zu stärken, bevor sie unverändert in den Art. 153 Abs. 2 des Gesetzes vom 29. Oktober 1944 über die direkten Staats- und Gemeindesteuern (GS 1944 S. 153 ff.) überführt worden sei. Gestützt darauf habe jede interessierte Drittperson Einsicht in das Steuerregister nehmen und daraus Auszüge verlangen können, ohne ein persönliches Interesse nachweisen zu müssen (vgl. IRENE BLUMENSTEIN, Kommentar zum bernischen Gesetz über die direkten Staats- und Gemeindesteuern, 1948, N. 2 zu Art. 153). Diese Regelung sei von einer tiefgreifenden Revision unberührt geblieben und auch aus den Materialien zu Art. 164 Abs. 3 StG/BE ergäben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber sie nicht abschliessend verstehe.

In systematischer Hinsicht sei das Steuergeheimnis im Sinne von Art. 153 StG/BE zu berücksichtigen, das als qualifiziertes Amtsgeheimnis die steuerpflichtige Person vor einer Weitergabe ihrer Steuerdaten an Dritte schütze. Eine Auskunftserteilung sei namentlich nur zulässig, soweit hierfür eine gesetzliche Grundlage bestehe (Art. 153 Abs. 2 StG/BE). Die Öffentlichkeit der Steuerregister gemäss Art. 164 Abs. 3 StG/BE stelle eine solche Grundlage dar. Hätte sie relativiert oder eingeschränkt werden sollen, wäre dies ausdrücklich im Wortlaut der Bestimmung zu verankern gewesen. Mithin spreche die apodiktische Formulierung von Art. 164 Abs. 3 StG/BE auch im Verhältnis zum Steuergeheimnis deutlich für eine vorbehaltlose Öffentlichkeit des Steuerregisters. Nichts anderes ergebe sich aus dem teleologischen Auslegungselement, weshalb nahe liege, dass der Gesetzgeber dem Grundsatz der Öffentlichkeit generell Vorrang vor allfälligen gegenläufigen privaten (oder öffentlichen) Interessen eingeräumt habe (vgl. E. 4 des angefochtenen Entscheids).

5.4.2. Diese Auslegung der Vorinstanz überzeugt und lässt keine Willkür erkennen. Auch die Beschwerdeführer vermögen nicht in rechtsgenügender Weise darzulegen, inwiefern diese Erwägungen rechts- bzw. verfassungswidrig sein sollen. Vielmehr begnügen sie sich damit, einzuwenden, die Ansicht der Vorinstanz verstosse gegen die langjährige Praxis im Kanton Bern, gestützt auf Art. 14 Abs. 1 KDStG/BE eine Interessenabwägung vorzunehmen, wenn die nachgesuchten Steuerdaten zuvor gesperrt worden seien (vgl. Verfügung der Steuerverwaltung vom 31. März 2014, Ziff. 2 S. 11; Vortrag des Regierungsrats zur Änderung des Steuergesetzes, Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, Junisession 2015, Beilage 8, S. 12f.; Steuerinformation der Schweizerischen Steuerkonferenz, Die Öffentlichkeit der Steuerregister, 2014, S. 2). Gemäss Art. 14 Abs. 1 KDStG/BE kann die Bekanntgabe von Personendaten aus überwiegenden öffentlichen oder besonders schützenswerten privaten Interessen verweigert, eingeschränkt oder mit Auflagen verbunden werden. Nach Ansicht der Beschwerdeführer handelt es sich bei dieser Praxis um Gewohnheitsrecht.

5.4.3. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden: Wie aus den Ausführungen der Vorinstanz erhellt, ging der historische Gesetzgeber von einem unbedingten und uneingeschränkten Anspruch auf Einsicht in das Steuerregister aus. Insofern stellt die Ansicht des Regierungsrats, der FIN und der kantonalen Steuerverwaltung, auf die sich die Beschwerdeführer abstützen, eine eigentliche Abkehr von einer seit mehreren Jahrzehnten bestehenden Rechtspraxis dar. Dieser Gesinnungswandel der kantonalen Behörden scheint lediglich in deren eigenen Auffassung begründet zu sein, dass steuerpflichtige Personen – insbesondere im Falle einer Sperrung – eines erhöhten Schutzes ihrer Daten bedürfen. Jedenfalls legen sie im Gegensatz zum Verwaltungsgericht nicht dar, inwiefern sich aus dem historischen Verständnis des Öffentlichkeitsgrundsatzes der Steuerregister eine Pflicht zur Vornahme einer Interessenabwägung ableiten liesse. Sie können sich überdies auf keinerlei Präjudizien berufen, um ihren Standpunkt zu bekräftigen. In diesem Zusammenhang bringt denn auch die Beschwerdegegnerin vor, der vorliegende Fall sei der Erste, in dem eine Gesuchstellerin nach verweigerter Auskunft eine anfechtbare Verfügung verlangt und den Rechtsmittelweg beschritten habe. Dies wird von keiner Seite in Abrede gestellt und ergibt sich implizit auch aus den Angaben der Steuerverwaltung, wonach Datensperrungen und damit verbundene Auskunftsverweigerungen in der Vergangenheit sehr selten gewesen seien (vgl. Verfügung vom 31. März 2014 Ziff. 2 S. 11). Aus solch seltenen Fällen kann überdies kaum auf eine langjährige Übung geschlossen werden (vgl. BGE 138 I 196 E. 4.5.4 S. 203f. mit Hinweisen), nach der eine Güterabwägung von Gewohnheitsrechts wegen vorzunehmen wäre. Dafür besteht nach der vom Verwaltungsgericht dargelegten historischen Rechtsauffassung denn auch kein Raum, was auch dadurch erhärtet wird, dass der Gesetzgeber unter der Herrschaft des alten Rechts trotz teilweise tiefgreifender Revisionen des Steuergesetzes darauf verzichtet hat, den Grundsatz der Öffentlichkeit der Steuerregister einzuschränken. Demnach liegen keinerlei Anhaltspunkte für eine geänderte Anschauung zum unbedingten Einsichtsrecht ohne Interessennachweis vor. Mit Art. 164 Abs. 3 StG/BE besteht mithin eine genügende gesetzliche Grundlage, um die angebehrten Informationen gemäss Steuerregister bekannt zu geben.

5.4.4. Im Weiteren kritisieren die Beschwerdeführer die Erwägungen der Vorinstanz zum Verhältnis zwischen dem Öffentlichkeitsgrundsatz der Steuerregister und den Bestimmungen des KDSG/BE. Auch diese lassen jedoch keine Willkür erkennen. Entgegen der Auffassung gewisser Beschwerdeführer ging das Verwaltungsgericht davon aus, dass Art. 164 Abs. 3 StG/BE mit den Vorschriften des KDSG/BE, in dessen Geltungsbereich die nachgesuchten Steuerdaten fallen (vgl. Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 KDSG/BE), vereinbar sei. Aus dem Vorerwähnten erhellt, dass die Steuerregister gemäss Art. 164 Abs. 3 StG/BE vorbehaltlos öffentlich sind, weshalb die zuständige Behörde zur Einsichtsgewährung in die darin enthaltenen Steuerfaktoren verpflichtet ist. Insofern ist es vertretbar, wenn die Vorinstanz Art. 11 Abs. 1 lit. a KDSG/BE als erfüllt erachtete. Nach dieser Bestimmung werden Personendaten an Private bekanntgegeben, wenn die verantwortliche Behörde zur Erfüllung ihrer Aufgabe gesetzlich dazu verpflichtet oder ermächtigt ist. Zwar trifft es zu, dass jede betroffene Person die Bekanntgabe ihrer Daten sperren lassen kann, wenn sie ein schutzwürdiges Interesse nachweist (Art. 13 Abs. 1 KDSG/BE). Diese Möglichkeit der Sperrung erfährt jedoch eine Schranke in Art. 13 Abs. 2 KDSG/BE. Danach ist eine Bekanntgabe trotzdem zulässig, wenn die verantwortliche Behörde dazu gesetzlich verpflichtet ist, was hier – wie bereits dargelegt – der Fall ist. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz in diesem Zusammenhang folgerte, eine allfällig vorgenommene Datenspernung sei angesichts der Öffentlichkeit des Steuerregisters wirkungslos. Auf das Verhältnis zwischen Art. 14 Abs. 1 KDSG/BE und der Öffentlichkeit der Steuerregister wird im Rahmen der Erwägungen zur Verhältnismässigkeit näher eingegangen (vgl. E. 5.6 hernach).

5.5. Das Bundesgericht hat bereits in BGE 124 I 176 ein hinreichendes öffentliches Interesse an der allgemeinen Zugänglichkeit des Steuerregisters bejaht (E. 5d S. 181 f.). Dabei führte es namentlich aus, dass es in einer demokratischen Gesellschaft im öffentlichen Interesse liegt, eine gewisse Transparenz über die Steuerverhältnisse zu schaffen, jedenfalls solange damit nicht übermässig in die persönlichen Verhältnisse eines Steuerpflichtigen eingegriffen wird (E. 5d/bb S. 181). Im Weiteren leitete es aus dem Umstand, dass der Steuerzahler zur Finanzierung des Gemeinwesens beiträgt und damit eine mit dem Politischen und Öffentlichen in Zusammenhang stehende Aufgabe erfüllt, ein öffentliches Interesse ab zu wissen, wer wie viel an den Staatshaushalt beiträgt (E. 5d/cc S. 182). Weshalb diese Würdigung heute keine Geltung mehr beanspruchen soll, leuchtet nicht ein. In der Öffentlichkeit wird dem Interesse an Transparenz im Steuerbereich nach wie vor hohes Gewicht beigemessen, was auch dadurch zum Ausdruck kommt, dass der Steuergerechtigkeit in der Rechtsordnung grosse Bedeutung zukommt (vgl. ISABELLE HÄNER, Öffentlichkeitsprinzip in der Steuerverwaltung, in: Expert Focus 6–7/2017, S. 451). So führt Art. 127 Abs. 2 BV die Grundsätze der Allgemeinheit und der Gleichmässigkeit der Besteuerung sowie der Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf. Desgleichen anerkennt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), dass an der allgemeinen Zugänglichkeit von Steuerdaten grundsätzlich ein öffentliches Interesse besteht (vgl. EGMR-Urteil *Satakunnan Markkinapörssi Oy und Satamedia Oy gegen Finnland* vom 27. Juni 2017 [Nr. 931/13] § 172).

Die Beschwerdegegnerin bezweckt mit ihrem auf das Recht auf Informations- und Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 BV und Art. 10 EMRK) abgestützten Auskunfts-gesuch in erster Linie, in Erfahrung zu bringen, wie viel die Beschwerdeführer an den Staatshaushalt beitragen. Bei Letzteren handelt es sich allesamt um sehr wohlhabende Persönlichkeiten, die kraft ihrer Stellung in der Öffentlichkeit, ihrer Leistung oder ihres hohen Einkommens bzw. Vermögens als (absolute) Personen der Zeitgeschichte gelten (vgl. BGE 141 I 211 E. 3.3.2 S. 217; 137 I 16 E. 2.5 S. 22; 127 III 481 E. 2c/aa S. 488 f.; EGMR-Urteile *Satakunnan Markkinapörssi Oy und Satamedia Oy gegen Finnland* vom 27. Juni 2017 [Nr. 931/13] § 180; *Krone Verlag GmbH und Co. gegen Österreich* vom 26. Februar 2002 [Nr. 34315/96] § 37), und im Kanton Bern nicht nur ordentlich veranlagt, sondern mehrheitlich nach dem Aufwand besteuert werden. Die mit dem Begehren nachgesuchten Informationen sind insoweit geeignet, zur Diskussion über die Steuergerechtigkeit beizutragen. Dabei kann als erstellt erachtet werden, dass es nicht darum geht, Sensationsgelüste zu befriedigen oder Voyeurismus Vorschub zu leisten. Vielmehr ermöglichen die angebehrten Auskünfte eine Debatte über die anzuwendenden Steuerarten, deren Bemessungsgrundlagen und Proportionalität. Dabei handelt es sich um Themen, die von öffentlichem Interesse sind und die gesamte Bevölkerung betreffen. Solchen Auskunftsbegehren hat denn auch der EGMR erhöhtes Gewicht beigemessen (vgl. EGMR-Urteile *Társaság a Szabadságjogokért gegen Ungarn* vom 14. April 2009 [Nr. 37374/05] § 27 f.; *Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung eines wirtschaftlich gesunden Land- und forstwirtschaftlichen Grundbesitzes gegen Österreich* vom 28. November 2013 [Nr. 39534/07] § 36) und sie sind geeignet, einen direkt aus Art. 10 EMRK abgeleiteten Informationsanspruch zu begründen (vgl. EGMR-Urteil *Magyar Helsinki Bizottság gegen Ungarn* vom 8. November 2016 [Nr. 18030/11] § 157 ff.). Demnach besteht ein genügendes öffentliches Interesse an der Bekanntgabe der nachgesuchten Angaben gemäss bernischem Steuerregister.

5.6.

5.6.1. Wie bereits dargelegt (vgl. E. 5.4.1 f. hiervor), bezweckte der historische Gesetzgeber mit der Einführung der Öffentlichkeit der Steuerregister, die allgemeine Steuermoral zu stärken, indem sich die steuerpflichtigen Personen gestützt darauf gegenseitig kontrollieren können (vgl. auch E. 6.2.3 des angefochtenen Entscheids). Dieser Grundsatz bestand vorbehaltlos und die Auskunftserteilung wurde von keinen Voraussetzungen abhängig gemacht. Da es dem Gesetzgeber bei der Statuierung der Öffentlichkeit der Steuerregister bewusst war, dass dadurch Daten über steuerpflichtige Personen zugänglich gemacht würden, er aber offensichtlich die Stärkung der Steuermoral als gewichtiger einstufte, ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass er die Abwägung mit den relevanten öffentlichen und privaten Interessen bereits in abstrakter und allgemeingültiger Weise vorgenommen und dem Transparenzinteresse ein höheres Gewicht beigemessen hat. Dem Bundesgericht steht es nicht zu, in diese vom Gesetzgeber vorweggenommene Güterabwägung einzugreifen (vgl. dazu BGE 124 I 176 E. 6b S. 183 f. hinsichtlich der Abgabe eines Steuerausweises an Dritte gemäss dem damaligen zürcherischen Steuergesetz, das mit der vorliegenden Rechtslage vergleichbar ist; ferner Urteil 1C_598/2014 vom 18. April 2016 E. 4.3, dort jedoch unter um-

gekehrten Vorzeichen, da der Bund und der Kanton Basel-Stadt die Abwägung zwischen dem Persönlichkeitsschutz, der dem Steuergeheimnis zugrunde liegt, und dem Interesse am ungehinderten Zugang zugunsten des erstgenannten Anliegens entschieden haben). Es liegt vielmehr am Gesetzgeber selbst, bei Bedarf die sich entgegenstehenden Interessen an der Zugänglichkeit von Steuerfaktoren und am Schutz der Privatsphäre bzw. der informationellen Selbstbestimmung jener Personen, deren Daten im Steuerregister aufgeführt sind, neu zu gewichten. Der Kanton Bern hat sich mit dem revidierten Art. 164 Abs. 3 StG/BE dafür entschieden, den Auskunftsanspruch künftig vom Nachweis eines wirtschaftlichen Interesses abhängig zu machen (vgl. E. 4.1 hiervor).

5.6.2. Die Beschwerdeführer berufen sich im Weiteren auf Art. 14 Abs. 1 KDSG/BE, um daraus eine Pflicht zur Vornahme einer Interessenabwägung abzuleiten. Ihnen ist zwar darin beizupflichten, dass diese Bestimmung auch auf gewöhnliche Personendaten, wie das steuerbare Einkommen und Vermögen, anwendbar ist und keine vorgängige Datenspernung voraussetzt (vgl. Vortrag der Justizdirektion über das Datenschutzgesetz, Tagblatt des Grossen Rates, 1985, S. 6). Aus dem Verhältnis zur Öffentlichkeit der Steuerregister gemäss Art. 164 Abs. 3 StG/BE lässt sich aber nichts ableiten, was darauf hindeutete, dass Art. 14 Abs. 1 KDSG/BE diesen Grundsatz einzuschränken bezweckte und die Bekanntgabe der im Steuerregister enthaltenen Informationen wegen überwiegender öffentlicher oder privater Interessen verweigert werden könnte. Art. 14 Abs. 1 KDSG/BE stammt bereits aus dem Jahr 1986, noch bevor der Anspruch auf informationelle Selbstbestimmung in der Bundesverfassung vom 18. April 1999 verankert worden ist. Trotz dieser datenschutzrechtlichen Entwicklungen wurde der Grundsatz der Öffentlichkeit der Steuerregister weitgehend unverändert, d. h. in seiner vorbehaltlosen und uneingeschränkten Ausprägung, in das StG/BE vom 21. Mai 2000 überführt. Es ist daher mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass sich der bernische Gesetzgeber damals in Kenntnis der allgemeinen datenschutzrechtlichen Ordnung dafür ausgesprochen hat, an der seit Jahrzehnten bestehenden unbedingten Öffentlichkeit der Steuerregister festzuhalten. Art. 164 Abs. 3 StG/BE stellt im Vergleich zum allgemein gehaltenen Art. 14 Abs. 1 KDSG/BE denn auch die speziellere Norm dar, regelt sie doch spezifisch den Zugang zu den im Steuerregister enthaltenen Daten der steuerpflichtigen Personen. Aufgrund der vorbehaltlosen und uneingeschränkten Öffentlichkeit der Steuerregister ist es vertretbar, wenn die Vorinstanz als fraglich erachtete, ob eine Auskunftsverweigerung gestützt auf Art. 14 Abs. 1 KDSG/BE überhaupt noch in Betracht kommt. Ebenso erweist es sich als nachvollziehbar, aufgrund dieses Grundsatzes überwiegende öffentliche oder private Interessen von vornherein auszuschliessen, wurde im Bereich der Steuerregisterdaten doch der Öffentlichkeit generell Vorrang vor gegenläufigen Interessen eingeräumt.

5.6.3. Soweit die Vorinstanz dennoch auf die vorgebrachten Geheimhaltungsinteressen einging, sind ihre Erwägungen schliesslich nicht zu beanstanden. Auch im vorliegenden Verfahren vermögen die Beschwerdeführer keine besonders schützenswerten privaten Interessen darzutun, die das Informationsinteresse überwiegen. Letzteres ist denn auch als gewichtig einzustufen, zumal die angeführten, sich auf bekannte Per-

sönlichkeiten beziehenden Steuerfaktoren geeignet sind, zur öffentlichen Diskussion über die Steuergerechtigkeit beizutragen (vgl. E. 5.5 hiervor; EGMR-Urteile *Satakunnan Markkinapörssi Oy und Satamedia Oy gegen Finnland* vom 27. Juni 2017 [Nr. 931/13] § 167 ff. und 179 ff.). Dass sich die Beschwerdeführer bei einer Offenlegung dieser Daten einer kritischen oder gar negativen Berichterstattung ausgesetzt sähen und ihre Angaben möglicherweise für politische Zwecke genutzt würden, vermag kein besonders schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse zu begründen. Der Beschwerdegegnerin, die als Politikerin tätig ist, kann ohne entsprechende Hinweise jedenfalls keine missbräuchliche Verwendung der Daten vorgeworfen werden und auch der Einwand, wonach es heutzutage aufgrund der modernen Medien schwieriger geworden sei, sich gegen Persönlichkeitsverletzungen zur Wehr zu setzen, erscheint nicht als derart gewichtig, dass er den Sonderfall zur Regel machen und eine Geheimhaltung rechtfertigen könnte. Den Beschwerdeführern ist zwar darin zuzustimmen, dass insbesondere bei wohlhabenden Personen die Steuerverhältnisse komplex sein können, wenn sie gleichzeitig in mehreren Kantonen bzw. im Ausland steuerpflichtig sind oder nach dem Aufwand besteuert werden. Dass dadurch aber den Angaben gemäss Steuerregister jegliche Aussagekraft abzuspüren wäre und ein Risiko bestünde, dass falsche Rückschlüsse auf die tatsächlichen Einkommens- und Vermögensverhältnisse gezogen würden, vermag nicht zu überzeugen. Vielmehr ordnet die Beschwerdegegnerin die Bedeutung und die Tragweite dieser Informationen zutreffend ein, führt sie doch als Begründung für ihr Auskunftsersuchen an, sie wolle in Erfahrung bringen, wer wie viel an den Staatshaushalt beitrage. Da auch der Öffentlichkeit bekannt sein dürfte, dass aus der Höhe des steuerbaren Einkommens und Vermögens nicht ohne Weiteres auf die tatsächlich erzielten Einkünfte und das vorhandene Vermögen geschlossen werden kann, besteht keine erhebliche Gefahr von Fehlinterpretationen.

Soweit die Beschwerdeführer ferner vorbringen, bei einer Offenlegung der angeführten Steuerdaten entstehe ein ernstzunehmendes Risiko, dass sie Opfer von Straftaten (z. B. Entführungen) werden könnten, erscheinen ihre Befürchtungen ebenfalls als unbegründet, zumal sie selbst ausführen, ihre finanziellen Verhältnisse seien notorisch. Es kann mithin als bekannt vorausgesetzt werden, dass es sich um sehr wohlhabende Personen handelt, weshalb das vorgebrachte Gefährdungsrisiko bei einer Einsichtsgewährung nicht signifikant ändert. Schliesslich vermögen auch die Beschwerdeführer im Verfahren 1C_447/2016 nicht durchzudringen, wenn sie argwöhnen, sie könnten mit nach Aufwand besteuerten Personen verwechselt werden, kann dem doch vorliegend mit der gegenteiligen Feststellung begegnet werden.

Nach dem Gesagten liegt mithin insoweit keine Grundrechtsverletzung vor.

- 1 Anmerkungen** Jeder Steuerpflichtige kann Einsicht in seine eigenen Steuerdaten und -akten nehmen. Dies aufgrund seines Zugangsrechts zu ihn betreffenden Personendaten. Davon zu unterscheiden ist, ob Dritte Einsicht in die Steuerregister von Mitbürgern nehmen können. Dies ist kantonale unterschiedlich geregelt. Nur wenige Kantone kennen die uneingeschränkte Öffentlichkeit der Steuerregister; in diesen Fällen wird grundsätzlich nur Auskunft über die Steuerfaktoren gewährt (steuerbares Einkommen und steuerbares Vermögen der natürlichen Personen, steuerbarer Gewinn und Kapital bei juristischen Personen; vgl. dazu die Informationen der ESTV «Die Öffentlichkeit der Steuerregister», Bern 2014).
- 2** Die Rüge der Beschwerdeführer, die Verfügung der kantonalen Steuerverwaltung vom 31. März 2014 sei nichtig, weil die Gemeinde über das Auskunftsgesuch hätte entscheiden müssen, wies das Bundesgericht ab. Nichtigkeit sei nur ausnahmsweise anzunehmen, nämlich wenn der Behörde auf dem fraglichen Gebiet gar keine Entscheidungsgewalt zukomme, es sich mithin um eine völlig sachfremde Behörde handle. Das Bundesgericht hebt einmal mehr hervor, dass nur eine krasse Verletzung der funktionellen und sachlichen Zuständigkeitsregeln zur Nichtigkeit des Entscheids führe. Wird Nichtigkeit des Entscheids verneint, ist regelmässig zu prüfen, ob der Entscheid anfechtbar ist, was bei funktioneller oder sachlicher Unzuständigkeit der Fall ist. Nachdem die Rüge im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht vorgetragen wurde und die Beschwerdeführer nach der Abweisung des Einsichtsgesuchs auch keinen Anlass hatten, die Frage zu thematisieren, hat das Bundesgericht die Frage des Verhältnisses von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit nicht weiter geprüft.
- 3** In diesem Punkt ist das Urteil nicht aufsehenerregend. Es korrigiert einen unkundigen Entscheid eines stellvertretenden Oberstaatsanwalts und bestätigt den Eindruck eines andauernden Widerstands eines Teils der Justizbehörden, eine klare Rechtslage zur Kenntnis zu nehmen.
- 4** Das Verwaltungsgericht Bern brachte das bis 31. Dezember 2015 anwendbare Recht zur Anwendung. Mit der Revision von Art. 164 StG, der am 1. Januar 2016 in Kraft trat, ist die Einsichtnahme von einem wirtschaftlichen Interesse abhängig. Diese Änderung beschlagent das materielle Recht, weshalb das im Zeitpunkt der Verwaltungsverfügung geltende Recht anwendbar sei. Das Bundesgericht hebt hervor, dass «im Laufe des Rechtsmittelverfahrens eingetretene Rechtsänderungen» nur ausnahmsweise zu berücksichtigen seien. Angesichts der Doppelnatur von Art. 164 StG – einerseits ist die Norm verfahrensrechtlicher Natur (systematische Stellung und Steuerregister als Grundlage für den Steuerbezug) und andererseits materiell-rechtlicher Natur (in Bezug auf den subjektiven, individuellen Anspruch auf Informationen aus dem Steuerregister) – wäre m.E. bei voller, und nicht auf eine Willkürprüfung beschränkte, Kognition, wie im vorliegenden Fall, die zwischenzeitliche Revision wohl zu berücksichtigen gewesen. Denn die Revision sollte insbesondere auch der «zunehmenden Sensibilisierung für datenschutzrechtliche Aspekte Rechnung tragen» (vgl. VerwaltungsgerichtsUrteil, E. 2.1).
- 5** Die Beschwerdeführer haben ihre Personendaten sperren lassen. Das Recht auf Datensperre ist Ausfluss des Rechts auf persönliche Freiheit und informationelle Selbstbestimmung, welche in Art. 10 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 2 BV verankert sind. Die Möglichkeit der Datensperre ist ein Abwehrrecht der be-

troffenen Person (vgl. Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, Bern 2011, § 13 Rz 121 ff., 140 ff.). Der Kanton Bern verlangt allerdings in seinem Datenschutzgesetz (nachfolgend KDSG) für die Zulässigkeit der Datensperre den Nachweis eines schützenswerten Interesses (Art. 13 Abs. 1 KDSG); dieses Erfordernis ist aufgrund des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf Privatsphäre und des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung fragwürdig.

- 6** Das Recht auf Datensperre ist allerdings nicht absolut. Die Behörde gibt Daten trotz Sperre bekannt, «wenn sie eine gesetzliche Pflicht zur Bekanntgabe trifft» (Belser/Epiney/Waldmann, a. a. O., § 13 Rz 142). Solche Pflichten zur Bekanntgabe finden sich regelmässig in Spezialgesetzen.
- 7** Das Verwaltungsgericht Bern qualifizierte aArt. 164 StG (Öffentlichkeit der Steuerregisters) als *lex specialis* gegenüber dem Datenschutzgesetz. Dieser Artikel sehe die vorbehaltlose und uneingeschränkte Öffentlichkeit des Steuerregisters vor. Das Bundesgericht prüft den Entscheid vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben. Die gesetzliche Grundlage für die Bekanntgabe der Steuerfaktoren ist im StG wohl gegeben und es könnte auch noch das kantonale Öffentlichkeitsgesetz als Grundlage herbeigezogen werden. Im Rahmen der Willkürprüfung ist für das Bundesgericht die Auslegung des Verwaltungsgerichts vertretbar. Bei voller Kognition des Gerichts dürften die Ausführungen zum Verhältnis von StG und KDSG allerdings nicht vollumfänglich überzeugen.
- 8** Die Bekanntgabe der Steuerfaktoren stellt einen Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht der betroffenen Person dar; Art. 13 Abs. 2 BV schützt ebenfalls die wirtschaftlichen und finanziellen Verhältnisse der betroffenen Person, unbesehen davon, ob es sich um gewöhnliche oder besonders schützenswerte Personendaten handelt. Mit aArt. 164 StG ist zwar eine gesetzliche Grundlage für die Bekanntgabe der Steuerfaktoren gegeben. Da die Bürger nur selten von der Datensperre Gebrauch machen, erfolgt die Einsicht in das Steuerregister aufgrund aArt. 164 StG ohne Interessenabwägung. Macht die betroffene Person allerdings von der Datensperre Gebrauch, ist selbst bei Vorliegen einer gesetzlichen Bestimmung, welche die Einsicht ins Steuerregister grundsätzlich erlaubt, zu prüfen, ob besondere schützenswerte private Interessen einer Bekanntgabe entgegenstehen (Art. 14 KDSG).
- 9** Eine andere Frage ist, ob die privaten Interessen gegenüber dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit zu überwiegen vermögen. Dies ist allerdings das Resultat der obgenannten Abwägung im Einzelfall. Ein solches Vorgehen über die Interessenabwägung ist vorzuziehen und berücksichtigt, dass sich zwei kollidierende Interessen – Schutz der Privatsphäre einerseits und Schutz des subjektiven individuellen Zugangsrechts des Bürgers andererseits – entgegenstehen. Diese Kollision ist wie gesagt über die Interessenabwägung zu lösen.

Dr. Alice Reichmuth Pfammatter, Datenschutzbeauftragte
des Kantons Fribourg und Rechtsanwältin

Die Vorratsdatenspeicherung führt zu einer weiteren Gefährdung des journalistischen Quellenschutzes

Urteil des Bundesgerichts (1C_598/2016) vom 2. März 2018

Zusammenfassung In seinem Urteil vom 2. März 2018 unterscheidet das Bundesgericht zwischen der Speicherung der Kommunikationsranddaten durch die Telekommunikationsdienstleister und der Weitergabe und Bearbeitung dieser Daten durch die Strafverfolgungsbehörden. Diese Aufteilung überzeugt den Kommentator des Entscheids nicht. Die beiden Phasen liessen sich nicht einfach trennen. Durch die Vorratsdatenspeicherung würden die Telekommunikationsdienstleister gesetzlich zu Hilfspolizisten, was rechtsstaatlich umso problematischer sei, als die Telekommunikationsdaten anlasslos von jedem Bürger gespeichert werden. Die Vorratsdatenspeicherung führe auch zu einer weiteren Gefährdung des journalistischen Quellenschutzes. Die Masse der mit der Vorratsdatenspeicherung gespeicherten Daten könne die Identifikation von Quellen erleichtern.

Résumé Dans son jugement du 2 mars 2018, le Tribunal fédéral distingue la conservation des données de communication par le prestataire de service de télécommunication, et la transmission et le traitement de ces données par les autorités judiciaires. Cette distinction ne convainc pas le commentateur de ce jugement. Selon lui, les deux phases ne sont pas aussi faciles à distinguer. Avec la conservation des données, les prestataires de service de télécommunication deviennent de par la loi des policiers auxiliaires, ce qui d'autant plus problématique du point de vue constitutionnel que les données de télécommunication de chaque citoyen sont enregistrées sans motif. La conservation des données conduit également à une mise en danger de la protection des sources journalistiques. Le volume de données enregistrées par la conservation des données peut faciliter l'identification des sources.

Stichworte Randdatenspeicherung und -aufbewahrung, Vorratsdatenspeicherung, Überwachung des Fernmeldeverkehrs, Aufbewahrungsdauer, Datenzugriff durch Strafverfolgungsbehörden, Meinungs- und Medienfreiheit, Unschuldsvermutung, Schutz der Privatsphäre, gesetzliche Grundlage, Bestimmtheitsgebot, Eingriffsintensität, Verhältnismässigkeit, Güterabwägung, datenschutzrechtliche Grundsätze, Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Bestimmungen Art. 6, 8 und 10 EMRK, Art. 13 und 32 BV, Art. 8, 25 und 33 DSGVO, Art. 15 BÜPF, Art. 16 und 24 VÜPF

Prozessgeschichte/Sachverhalt (zusammengefasst)

Sechs Gesuchsteller stellten 2014 an den Dienst Überwachung Post- und Fernmeldeverkehr (nachfolgend: Dienst ÜPF) das jeweils identische Begehren: Die jeweilige Anbieterin von Fernmeldediensten sei anzuweisen, die gemäss Art. 15 Abs. 3 BÜPF gespeicherten Verkehrs- und Rechnungsdaten des Gesuchstellers zu löschen und deren Speicherung in Zukunft zu unterlassen, soweit die betroffenen Daten nicht für die Erbringung der vertraglichen Leistungen gegenüber dem Gesuchsteller zwingend erforderlich seien. Die jeweilige Anbieterin von Fernmeldediensten sei anzuweisen bzw. zu verpflichten, keine gemäss Art. 15 Abs. 3 BÜPF gespeicherten Verkehrs- und Rechnungsdaten des Gesuchstellers an den Dienst ÜPF oder an andere Behörden oder an Gerichte herauszugeben.

Der Dienst ÜPF wies die jeweiligen Gesuche insoweit ab, als beantragt worden war, die Fernmeldediensteanbieterinnen seien anzuweisen, gespeicherte Randdaten zu löschen und deren Speicherung in Zukunft zu unterlassen. Auf den Antrag, die Fernmeldediensteanbieterinnen seien anzuweisen, keine Randdaten an den Dienst ÜPF oder an eine andere Behörde bzw. an Gerichte herauszugeben, trat er mangels aktuellen schutzwürdigen Interesses nicht ein. Die dagegen von den Gesuchstellern erhobenen Beschwerden wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 9. November 2016 ab, nachdem es die Verfahren vereinigt hatte.

Aus den Erwägungen:

(...)

1.3. Das totalrevidierte BÜPF vom 18. März 2016 (nachfolgend: nBÜPF) ist am 1. März 2018 in Kraft getreten (BBl 2016 1991). Beschwerden gegen Verfügungen des Dienstes gemäss Art. 45 Abs. 2 nBÜPF sind indessen nach dem vor erster Instanz anwendbaren Recht zu behandeln.

2. Näher zu bestimmen ist zunächst der Streitgegenstand.

2.1. Der Dienst ÜPF ist auf den Antrag der Beschwerdeführer, die Fernmeldediensteanbieterinnen seien anzuweisen, keine sie betreffenden Verkehrs- und Rechnungsdaten an den Dienst ÜPF oder an andere Behörden bzw. an Gerichte herauszugeben, mangels aktuellen schutzwürdigen Interesses nicht eingetreten. Entgegen ihrer Auffassung hat das Bundesverwal-

tungsgericht in seinem Verfahren somit die Prüfung dieses Punktes zu Recht auf die Eintretensfrage beschränkt. Dabei bestätigte es den Nichteintretensentscheid im Ergebnis, weil der Dienst ÜPF sachlich nicht zuständig sei, um über die Herausgabe von gespeicherten Randdaten zu befinden. Insofern ist vom Bundesgericht einzig zu beurteilen, ob diese Beurteilung zutrifft. Die Beschwerdeführer bringen indes lediglich vor, die Vorinstanz hätte ihr Begehren materiell prüfen bzw. die Angelegenheit zu diesem Zweck an den Dienst ÜPF zurückweisen müssen, ohne sich mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinanderzusetzen. Damit vermögen sie den Begründungsanforderungen nicht zu genügen. Auf die Beschwerde ist insoweit nicht einzutreten.

2.2. Streitgegenstand vor Bundesgericht bildet nach dem Gesagten einzig die Frage, ob die Speicherung und Aufbewahrung von mit dem Fernmeldeverkehr der Beschwerdeführer verbundenen Randdaten verfassungs- bzw. konventionskonform sind. Betroffen ist somit nur die verwaltungsrechtliche Seite des zweigeteilten Rechts der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs. Vom Prozessthema nicht erfasst wird der Aspekt des Zugriffs auf diese Daten durch die Strafverfolgungsbehörden zu Überwachungszwecken, der in der Strafprozessordnung geregelt ist (Art. 269 ff. StPO).

3. Die Speicherung und Aufbewahrung von Randdaten der Telekommunikation ist in Art. 15 Abs. 3 BÜPF geregelt. Danach sind die Anbieterinnen verpflichtet, die für die Teilnehmeridentifikation notwendigen Daten sowie die Verkehrs- und Rechnungsdaten während sechs Monaten aufzubewahren. Die Beschwerdeführer stellen die Vereinbarkeit dieser Bestimmung mit der Bundesverfassung und der EMRK in Frage. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Bundesgesetze neben Völkerrecht für das Bundesgericht massgebend sind (Art. 190 BV). Bundesgesetzen kann damit weder im Rahmen der abstrakten noch der konkreten Normenkontrolle die Anwendung versagt werden. Zwar handelt es sich dabei um ein Anwendungsgebot und kein Prüfungsverbot, und es kann sich rechtfertigen, vorfrageweise die Verfassungswidrigkeit eines Bundesgesetzes zu prüfen. Wird eine solche festgestellt, muss das Gesetz dennoch angewendet werden, und das Bundesgericht kann lediglich den Gesetzgeber einladen, die fragliche Bestimmung zu ändern (BGE 141 II 338 E. 3.1 S. 340; 140 I 305 E. 5 S. 310; 353 E. 4.1 S. 358 f.; 139 I 180 E. 2.2 S. 185). Besteht allerdings ein echter Normkonflikt zwischen Bundes- und Völkerrecht, so geht grundsätzlich die völkerrechtliche Verpflichtung der Schweiz vor und eine dem Völkerrecht entgegenstehende Bundesgesetzgebung bleibt regelmässig unanwendbar (BGE 142 II 35 E. 3.2 S. 39; 139 I 16 E. 5.1 S. 28 f.; je mit Hinweisen). Dies gilt uneingeschränkt für Abkommen, die Menschen- oder Grundrechte zum Gegenstand haben, auf welche die sog. «Schubert»-Praxis (BGE 99 Ib 39 E. 3 und 4 S. 44 f.; vgl. ferner dazu BGE 142 II 35 E. 3.2 S. 39; 136 III 168 E. 3.3.4 S. 172 f.) keine Anwendung findet.

4. Die Beschwerdeführer rügen, eine systematische und anlasslose Speicherung und Aufbewahrung von Randdaten des Fernmeldeverkehrs verletze das Recht auf Achtung des Intim-, Privat- und Familienlebens, den Schutz der Privatsphäre, einschliesslich die Achtung des Brief-, Post- und Fernmeldever-

kehrs, den Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten, die Meinungs- und Medienfreiheit, das Recht auf persönliche Freiheit, die Bewegungsfreiheit und die Unschuldsvermutung.

4.1. Art. 8 Ziff. 1 EMRK verankert namentlich den Anspruch jeder Person auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens sowie ihrer Korrespondenz. Im Wesentlichen derselbe Schutz ergibt sich aus Art. 17 UNO-Pakt II (SR 0.103.2) und Art. 13 Abs. 1 BV (BGE 140 I 353 E. 8.3 S. 369; 140 IV 181 E. 2.3 S. 183). Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) wird der Begriff des Privatlebens weit verstanden und ist keiner abschliessenden Definition zugänglich. Art. 8 Ziff. 1 EMRK umfasst insbesondere die Möglichkeit, Beziehungen zu anderen Menschen aufzubauen und zu entwickeln, und gewährleistet insoweit die Interaktion einer Person mit anderen (EGMR-Urteile *Satakunnan Markkinapörssi Oy und Satamedia Oy gegen Finnland* vom 27. Juni 2017 [Nr. 931/13] § 131; *Magyar Helsinki Bizottság gegen Ungarn* vom 8. November 2016 [Nr. 18030/11] § 191; *Amann gegen Schwei* vom 16. Februar 2000 [Nr. 27798/95] § 65). Das Fernmeldegeheimnis, das die Privatsphäre schützt, trägt zur Verwirklichung dieser Garantien bei. Die Kommunikation mit fremden Mitteln wie Post und Telefon soll gegenüber Drittpersonen geheim erfolgen können. Immer wenn die Kommunikation durch eine Fernmeldediensteanbieterin erfolgt, soll sie unter Achtung der Geheimnissphäre vertraulich geführt werden können, ohne dass der Staat Einblick erhält und daraus gewonnene Erkenntnisse gegen die Betroffenen verwendet. Geschützt ist dabei nicht nur der Inhalt der Kommunikation; vielmehr werden auch die Randdaten des Kommunikationsvorgangs erfasst (BGE 140 I 353 E. 8.3 S. 369; 140 IV 181 E. 2.3 f. S. 183 f.).

Der Schutz der Privatsphäre umfasst den Anspruch jeder Person auf Schutz vor Missbräuchen ihrer persönlichen Daten (so ausdrücklich Art. 13 Abs. 2 BV). Im Bereich des Datenschutzes garantiert das verfassungsmässige Recht auf informationelle Selbstbestimmung, dass grundsätzlich ohne Rücksicht darauf, wie sensibel die fraglichen Informationen tatsächlich sind, jede Person gegenüber fremder, staatlicher oder privater Bearbeitung von sie betreffenden Informationen bestimmen können muss, ob und zu welchem Zweck diese Informationen über sie bearbeitet werden (BGE 142 II 340 E. 4.2 S. 346; 140 I 2 E. 9.1 S. 22 f.; 138 II 346 E. 8.2 S. 359 f.). Der Begriff des Bearbeitens umfasst aus datenschutzrechtlicher Sicht auch das Beschaffen und Aufbewahren von Personendaten (Art. 3 lit. e des Bundesgesetzes über den Datenschutz [DSG; SR 235.1]).

Art. 10 EMRK und Art. 17 BV schützen die Medienfreiheit (BGE 141 I 211 E. 3.1 S. 213 f.). Die Verfassungsbestimmung gewährleistet ausdrücklich die Freiheit von Presse, Radio und Fernsehen sowie andere Formen der öffentlichen fernmelde-technischen Verbreitung von Darbietungen und Informationen (Abs. 1). Die Zensur ist verboten (Abs. 2) und das Redaktionsgeheimnis garantiert (Abs. 3). Die Medienfreiheit gehört zu den zentralen Ausprägungen des allgemeinen Grundrechts freier Meinungsäusserung. Normativer Kern der Medienfreiheit ist die Sicherung des ungehinderten Nachrichtenflusses und des freien Meinungsaustauschs. Geschützt ist die Recherchetätigkeit der Journalisten zur Herstellung von Medienerzeugnissen und zu deren Verbreitung in der Öffentlichkeit (BGE 143 I 194 E. 3.1 S. 200). Als subsidiäres Auffanggrundrecht dazu

gewährleistet die Meinungsfreiheit das Recht jeder Person, ihre Meinung frei zu bilden und sie ungehindert zu äussern und zu verbreiten (Art. 16 BV; BGE 137 I 209 E. 4.2 S. 211 f.). Der Schutzbereich umfasst die Gesamtheit der Mitteilungen menschlichen Denkens und alle möglichen Kommunikationsformen (BGE 127 I 145 E. 4b S. 151 f.). Die Meinungsfreiheit kann nicht nur durch direkte Eingriffe beeinträchtigt werden, sondern auch mittelbar, wenn der Einzelne aufgrund einer behördlichen Massnahme davon absieht, erneut von seinem Recht Gebrauch zu machen (sog. «chilling effect» oder «effet dissuasif»; BGE 143 I 147 E. 3.3 S. 152 f.).

Die Unschuldsvermutung gemäss Art. 6 Ziff. 2 EMRK und Art. 32 Abs. 1 BV gewährleistet, dass jede Person bis zur rechtskräftigen strafrechtlichen Verurteilung als unschuldig gilt. Sie verbietet das Recht, als unschuldig behandelt zu werden, bis ein zuständiges Gericht nach Durchführung eines fairen Verfahrens die strafrechtliche Schuld in rechtsgenügender Weise nachgewiesen und festgestellt hat (Urteil 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 8.1, nicht publiziert in BGE 142 II 268). Im Allgemeinen gilt dabei das sog. Selbstbelastungsprivileg («nemo tenetur se ipsum accusare»), das im Strafprozess ein Schweigerecht und ein Recht gewährleistet, nicht zu seiner eigenen Verurteilung beitragen zu müssen (BGE 142 IV 207 E. 8 S. 213 f.).

4.2. Die Speicherung und Aufbewahrung von Randdaten der Telekommunikation erfolgt unabhängig von einer allfälligen Strafuntersuchung und kann auch andere Zwecke verfolgen (z. B. die Suche und Rettung vermisster Personen; vgl. dazu E. 6.3 hernach). Daraus alleine lässt sich daher weder ein Verdacht noch eine Schuld im strafprozessualen Sinne ableiten (vgl. BGE 138 I 256 E. 4 S. 258). Inwiefern durch die Vorratsdatenspeicherung die Wahrscheinlichkeit steigen soll, als unschuldige Person eines Delikts verdächtigt zu werden, ist weder belegt noch leuchtet dies ein. Auch der EGMR anerkennt, dass die Aufbewahrung personenbezogener Daten nicht einem strafrechtlichen Vorwurf gleichgestellt werden kann (EGMR-Urteile *S. und Marper gegen Grossbritannien* vom 4. Dezember 2008 [Nr. 30562/04 und 30566/04] § 122; *M.K. gegen Frankreich* vom 18. April 2013 [Nr. 19522/09] § 36). Insofern vermag der Einwand, wonach der Staat alle Bürger als potenzielle Straftäter betrachte, nicht zu überzeugen. Ausserdem ist nicht ersichtlich, inwiefern mit der Erhebung von Randdaten ein gegen den «nemo tenetur»-Grundsatz verstossender Zwang ausgeübt werden soll: Soweit die Beschwerdeführer dieses Prinzip als verletzt erachten, weil die Datenspeicherung heimlich vorgenommen werde, ist ihnen entgegenzuhalten, dass die Beschaffung und Aufbewahrung von Randdaten der Telekommunikation klar aus Art. 15 Abs. 3 BÜPF hervorgeht und somit nicht geheim erfolgt (vgl. JÜRGEN KÜHLING, Der Fall der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie und der Aufstieg des EuGH zum Grundrechtsgericht, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 11/2014, S. 682). Demnach wird weder der «nemo tenetur»-Grundsatz noch die Unschuldsvermutung beeinträchtigt.

Da die streitbetroffenen Randdaten den Beschwerdeführern als Benutzer von Fernmeldediensten und Teilnehmer an Telekommunikationen grundsätzlich zugeordnet werden können, stellt deren Speicherung und Aufbewahrung indes einen Eingriff in ihr Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar. Gleichermassen liegt nach der Rechtsprechung des EGMR durch

die blosser Aufbewahrung von das Privatleben betreffenden Informationen, insbesondere wenn sie systematisch erfolgt (vgl. EGMR-Urteile *Uzun gegen Deutschland* vom 2. September 2010 [Nr. 35623/05] § 46; *Rotaru gegen Rumänien* vom 4. Mai 2000 [Nr. 28341/95] § 43 und 46), ein Eingriff in die von Art. 8 EMRK geschützten Rechte vor (EGMR-Urteile *S. und Marper gegen Grossbritannien* vom 4. Dezember 2008 [Nr. 30562/04 und 30566/04] § 67; *Leander gegen Schweden* vom 26. März 1987 [Nr. 9248/81] § 48; *Gardel gegen Frankreich* vom 17. Dezember 2009 [Nr. 16428/05] § 58; *Brunet gegen Frankreich* vom 18. September 2014 [Nr. 21010/10] § 31), unabhängig davon, ob die Daten zu einem späteren Zeitpunkt verwendet werden oder nicht (EGMR-Urteile *Amann gegen Schweiz* vom 16. Februar 2000 [Nr. 27798/95] § 69; *Aycaguer gegen Frankreich* vom 22. Juni 2017 [Nr. 8806/12] § 33). Überdies ist die mit der Speicherung und Aufbewahrung von Randdaten der Telekommunikation verbundene Informationsbeschaffung geeignet, in die insbesondere durch Art. 8 Ziff. 1 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV geschützte Privatsphäre derjenigen Personen einzugreifen, die auf solchen Wegen kommunizieren. Dem verfassungsmässigen Anspruch der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) kommt hier keine darüber hinausgehende Bedeutung zu. Inwiefern die Bewegungs- und Versammlungsfreiheit tangiert sein sollen, legen die Beschwerdeführer nicht in rechtsgenügender Weise dar.

Die Beschwerdeführer berufen sich im Weiteren auf die Meinungs- und Medienfreiheit. Ein direkter bzw. mittelbarer Eingriff erscheint insoweit nachvollziehbar, als durch die Speicherung und Aufbewahrung von Randdaten des Fernmeldeverkehrs eine Datenspur erfasst wird, die allenfalls Rückschlüsse auf das Kommunikationsverhalten der Betroffenen, auf die Recherchetätigkeit von Medienschaffenden sowie auf journalistische Quellen zulässt. Insofern ist nicht auszuschliessen, dass Letztere davor zurückschrecken könnten, mit Journalisten in Kontakt zu treten. Ob diese Garantien tatsächlich tangiert sind, kann hier letztlich jedoch dahingestellt bleiben, da ohnehin die Voraussetzungen für die Einschränkung von Grundrechten zu prüfen sind.

5.

5.1. Gemäss Art. 8 Ziff. 2 EMRK darf in das Recht auf Achtung des Privatlebens nur eingegriffen werden, soweit dies gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer. Nach der entsprechenden Bestimmung von Art. 36 BV bedürfen Einschränkungen von Grundrechten einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein (Abs. 1). Einschränkungen von Grundrechten müssen zudem durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt (Abs. 2) und verhältnismässig sein (Abs. 3). Ein schwerer Eingriff in ein Grundrecht bedarf einer klaren und ausdrücklichen Regelung in einem formellen Gesetz. Bei einem leichten Eingriff genügt ein Gesetz im materiellen Sinn. Ob ein Eingriff in ein Grundrecht schwer ist, beurteilt sich nach objektiven Kriterien. Nicht entscheidend ist das sub-

jektive Empfinden des Betroffenen (BGE 143 I 194 E. 3.2 S. 201; 141 I 211 E. 3.2 S. 214f.).

5.2. Der EGMR geht bei der Möglichkeit einer detaillierten Profilbildung über intime Aspekte des Lebens davon aus, es liege ein besonders einschneidender Eingriff in das Privatleben («particularly invasive interference[] with private life») vor (EGMR-Urteil *Szabó und Vissy gegen Ungarn* vom 12. Januar 2016 [Nr. 37138/14] § 70). Im gleichen Sinne schloss die Vorinstanz im vorliegenden Fall auf einen schweren Eingriff in das Recht der Beschwerdeführer auf Achtung ihres Fernmeldeverkehrs und ihres Anspruchs auf informationelle Selbstbestimmung. Sie begründete dies im Wesentlichen damit, bei den gespeicherten und aufbewahrten Randdaten der Telekommunikation handle es sich um einen sehr grossen Datensatz, der über das hinausgehe, was die Fernmeldedienstanbieterinnen für die Vertragserfüllung benötigten, und der ohne konkreten Anlass erstellt werde, insbesondere, ohne dass ein Verdacht auf eine Straftat vorliege. Die erfassten Informationen könnten zu Persönlichkeitsprofilen über die Kommunikation der Beschwerdeführer verdichtet werden und liessen in ihrer Gesamtheit ohne Weiteres Rückschlüsse auf ihre persönlichen Lebensverhältnisse und ihr Umfeld zu, auch wenn es dabei «lediglich» um die äusseren Umstände der Kommunikation und nicht um deren Inhalt gehe. Überdies werde durch die Speicherung und Aufbewahrung von Randdaten die Herrschaft der Beschwerdeführer über ihre personenbezogenen Daten beeinträchtigt. Deren mögliche Verwendung in einem späteren Strafverfahren wirke zusätzlich eingriffsbegründend bzw. -erschwerend, zumal ein «diffuses Gefühl des Überwacht- bzw. Beobachtet-Werdens» entstehen könne (sog. «chilling effect»). Die Beschwerdeführer schliessen sich diesen Ausführungen im Wesentlichen an.

5.3. Diese Auffassung bedarf jedoch in mehrfacher Hinsicht einer differenzierten Beurteilung. Zunächst fällt relativierend ins Gewicht, dass es sich bei den gespeicherten und aufbewahrten Informationen lediglich um Randdaten und nicht um den Inhalt der Telekommunikation handelt. Dies wertet das Bundesgericht als deutlich weniger einschneidend als Fälle der inhaltlichen Kommunikationserfassung (BGE 142 IV 34 E. 4.3.2 S. 38f.; 139 IV 98 E. 4.2 S. 99). Auch der EGMR stuft die Eingriffsintensität je nach Art und Sensibilität der Daten unterschiedlich ein. So hielt er beispielsweise in *Uzun gegen Deutschland* dafür, dass die aus einer GPS-Überwachung gewonnenen Standortdaten – mithin Randdaten – von Informationen, die aus visuellen oder akustischen Überwachungen stammten, zu differenzieren seien, zumal Letztere empfindlichere Rückschlüsse auf das Verhalten, die Anschauungen und die Gefühle einer Person zulassen und somit eher in das Recht auf Achtung des Privatlebens eingriffen (EGMR-Urteil vom 2. September 2010 [Nr. 35623/05] § 52; ähnlich *S. und Marper gegen Grossbritannien* vom 4. Dezember 2008 [Nr. 30562/04 und 30566/04] § 86 und 120, wonach die Aufbewahrung von Fingerabdrücken aufgrund ihres geringeren Gehalts an sensiblen und persönlichen Informationen weniger schwere Auswirkungen auf das Privatleben habe als die Speicherung von Zellprofilen und DNA-Profilen).

5.4. Zwar trifft es zu, dass auch aus Randdaten in ihrer Gesamtheit gewisse Schlüsse auf das Privatleben der Benutzer von Fernmeldediensten gezogen werden können. So lassen sich daraus etwa Alltagsgewohnheiten, Aufenthaltsorte oder Ortswechsel sowie Informationen über berufliche und persönliche Kontakte, das Beziehungsnetz und das soziale Umfeld ableiten. Die Zusammenführung von Randdaten bzw. deren Kombination mit anderweitig erhobenen Daten ermöglicht somit, Profile zu erstellen, insbesondere Persönlichkeits- bzw. Bewegungsprofile oder solche über das Kommunikationsverhalten an sich. Aufgrund dessen liegt auch eine abschreckende Wirkung im Bereich der Nutzung von Fernmeldediensten nahe (vgl. *Klass und andere gegen Deutschland* vom 6. September 1978 [Nr. 5029/71] § 41; *Szabó und Vissy gegen Ungarn* vom 12. Januar 2016 [Nr. 37138/14] § 53).

Die Möglichkeit der Verknüpfung von Randdaten, allenfalls in Kombination mit anderen Daten, besteht allerdings erst auf der Stufe der (rückwirkenden) Überwachung des Fernmeldeverkehrs, die einen zusätzlichen Eingriff bewirkt und vorliegend ausserhalb des Streitgegenstands liegt. Erst der Zugang zu den Randdaten und deren Auswertung im Einzelfall ermöglicht es den Strafverfolgungsbehörden, Erkenntnisse aus den gesammelten Informationen zu gewinnen und durch deren Verbindung allenfalls gewisse (Bewegungs-) Muster zu bilden. Demgegenüber werden die Randdaten auf der der Überwachung vorgelagerten Stufe der Speicherung und Aufbewahrung noch nicht zusammengeführt, weshalb auch keine sensiblen Profile gebildet werden können, die eine Beurteilung von wesentlichen Aspekten des Privatlebens erlauben würden. Ebenso wenig stehen die Randdaten den zuständigen staatlichen Stellen unmittelbar in ihrer Gesamtheit zur Verfügung. Vielmehr werden sie durch die einzelnen privaten Fernmeldedienstanbieterinnen erfasst und verbleiben während der Aufbewahrungsdauer in deren Sphäre, ohne dass eine Sichtung oder Verknüpfung mit anderen Daten stattfinden würde. Insofern ist zwischen zwei verschiedenen grund- und menschenrechtsrelevanten Massnahmen zu differenzieren, die eine unterschiedliche Eingriffsschwere aufweisen: Während die Speicherung und Aufbewahrung von Randdaten der Telekommunikation aufgrund der Masse der erfassten Daten und der grossen Anzahl der betroffenen Personen zwar wesentlich ist, nimmt der Eingriff mit dem Zugriff und der Nutzung dieser Daten durch die zuständigen Behörden erheblich an Intensität zu, wobei aber auch diesbezüglich anzumerken ist, dass die Anordnung einer rückwirkenden Überwachung im Einzelfall Verhältnismässigkeitsgesichtspunkten zu genügen hat, was allfälligen Profilbildungen enge Grenzen setzt.

5.5. Dass die Eingriffsintensität im Bereich von Art. 8 EMRK variieren kann, je nachdem ob die Erfassung von Randdaten der Telekommunikation oder deren Übermittlung an und Verwendung durch die zuständigen staatlichen Stellen betroffen ist, findet auch in der Rechtsprechung des EGMR ihre Stütze. Im Fall *Malone gegen Grossbritannien* war neben der Zulässigkeit einer inhaltlichen Telefonüberwachung zu beurteilen, ob die Weitergabe an die Polizei von Verbindungsranddaten, namentlich die gewählten Telefonnummern sowie der Zeitpunkt und die Dauer der Anrufe, die der Fernmeldedienstanbieter mittels eines speziellen Messsystems (sog. «metering» bzw. «comp-

tage») aufgezeichnet hatte, konventionskonform ist. Der EGMR hielt dazu fest, die Erfassung solcher Randdaten an sich, die von einer Überwachung des Inhalts der Kommunikation unterschieden werden müsse, sei mit Blick auf die Konvention unbedenklich; erst die Übermittlung dieser Daten an die Polizei sei mit Blick auf Art. 8 EMRK problematisch (EGMR-Urteil vom 2. August 1984 [Nr. 8691/79] § 83 f.). Der Gerichtshof bestätigte diese Praxis in einem kürzlich ergangenen Entscheid, in dem die Konventionskonformität einer Aufzeichnung von Telekommunikationsranddaten (ein- und ausgehende Telefonate mit Teilnehmeridentifikation) und deren rückwirkende Überwachung zu überprüfen war (EGMR-Urteil *Figueiredo Teixeira gegen Andorra* vom 8. November 2016 [Nr. 72384/14] § 43). Diese Rechtsprechung legt in Übereinstimmung mit dem Vorerwähnten nahe, dass es sich bei der reinen Speicherung und Aufbewahrung von Randdaten der Telekommunikation nicht um einen schweren Eingriff handelt. Wie nachfolgend aufzuzeigen ist, läge indes selbst bei der Annahme eines solchen eine hinreichende gesetzliche Grundlage vor.

6.

6.1. Nach der Rechtsprechung des EGMR muss das Gesetz hinreichend präzise formuliert sein, damit die betroffenen Personen – nötigenfalls mit sachkundiger Hilfe – in einem nach den Umständen angemessenen Umfang die Folgen ihres Handelns vorhersehen können (EGMR-Urteile *Kopp gegen Schweiz* vom 25. März 1998 [Nr. 23224/94] § 64; *Amann gegen Schweiz* vom 16. Februar 2000 [Nr. 27798/95] § 56; *S. und Marper gegen Grossbritannien* vom 4. Dezember 2008 [Nr. 30562/04 und 30566/04] § 95; *M.K. gegen Frankreich* vom 18. April 2013 [Nr. 19522/09] § 27; *Peruzzo und Martens gegen Deutschland* vom 4. Juni 2013 [Nr. 7841/08 und 57900/12] § 35). Das Bundesgericht stellt gleichartige Anforderungen an die Regelungsdichte: Danach verlangt das Legalitätsprinzip gemäss Art. 36 Abs. 1 BV im Interesse der Rechtssicherheit und der rechtsgleichen Rechtsanwendung eine hinreichende und angemessene Bestimmtheit der anzuwendenden Rechtssätze. Diese müssen so präzise formuliert sein, dass die Rechtsunterworfenen ihr Verhalten danach ausrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen können (BGE 143 I 310 E. 3.3.1 S. 314; 139 I 280 E. 5.1 S. 284; je mit Hinweisen).

Das Gebot der Bestimmtheit rechtlicher Normen darf dabei nicht absolut verstanden werden. Der Gesetzgeber kann nicht darauf verzichten, allgemeine und mehr oder minder vage Begriffe zu verwenden, deren Auslegung und Anwendung der Praxis überlassen werden muss (BGE 143 I 310 E. 3.3.1 S. 315; MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, in: Meyer-Ladewig et al. [Hrsg.], EMRK, Handkommentar, 4. Aufl. 2017, N. 105 zu Art. 8 EMRK). Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich nicht abstrakt festlegen. Er hängt unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab (BGE 143 I 253 E. 6.1 S. 264; 141 I 201 E. 4.1 S. 204; 139 I 280 E. 5.1 S. 284).

6.2. Soweit die Beschwerdeführer beanstanden, aus dem Gesetz gehe nicht klar hervor, welche Daten von den Fernmeldediensteanbieterinnen genau erfasst würden, kann ihnen nicht

gefolgt werden. Denn an anderer Stelle in ihrer Rechtsschrift führen sie anhand einer exemplarischen Aufzählung aus, es würden systematisch Daten darüber gespeichert, wer mit wem, wann und von wo aus kommuniziere bzw. kommuniziert habe. Dies entspricht der vorinstanzlichen Umschreibung von Randdaten der Telekommunikation: Das Bundesverwaltungsgericht gelangte in überzeugender Auslegung der in Art. 15 Abs. 3 BÜPF verwendeten unbestimmten Begriffe der «für die Teilnehmeridentifikation notwendigen Daten» sowie «Verkehrs- und Rechnungsdaten», auf die hier verwiesen wird (E. 10.6.2 f. des angefochtenen Entscheids; vgl. dazu ferner Art. 16 lit. d, Art. 24b und Ziff. 7 des Anhangs zur Verordnung vom 31. Oktober 2001 über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs [VÜPF; SR 780.11]), zum Schluss, dass die Fernmeldediensteanbieterinnen verpflichtet seien, die mit dem Fernmeldeverkehr verbundenen äusseren Daten der Telekommunikation – im Gegensatz zu deren Inhalt – während sechs Monaten zu speichern und aufzubewahren. Die Beschwerdeführer selber lehnen sich mit ihrer Begriffserläuterung überdies zu Recht an die in Art. 8 lit. b nBÜPF vorgesehene Definition für Randdaten des Fernmeldeverkehrs an, die in materieller Hinsicht der geltenden Begriffsbestimmung entspricht (Botschaft vom 27. Februar 2013 zum Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, BBl 2013 2683, 2739 Ziff. 2.6 [nachfolgend: Botschaft zum nBÜPF]). Dabei handelt es sich um Daten, aus denen hervorgeht, mit wem, wann, wie lange und von wo aus die überwachte Person Verbindung hat oder gehabt hat, sowie die technischen Merkmale der entsprechenden Verbindung (BBl 2016 1991).

Insofern ist für jeden Benutzer von Fernmeldediensten bzw. jeden Teilnehmer an Telekommunikationen ersichtlich, dass die mit seinen Kommunikationsvorgängen zusammenhängenden äusseren Daten während sechs Monaten von den Anbieterinnen gespeichert und aufbewahrt werden, insbesondere auch ohne konkreten Verdacht auf eine Straftat. Inwiefern es noch präziseren Angaben im Gesetz bedürfte, leuchtet nicht ein. Eine detaillierte Auflistung aller zu erfassenden Randdaten erwiese sich angesichts des zu ordnenden Sachverhalts und der damit einhergehenden Komplexität nicht als stufen- und sachgerecht (vgl. EGMR-Urteile *Zakharov gegen Russland* vom 4. Dezember 2015 [Nr. 47143/06] § 244 und 247; *Malone gegen Grossbritannien* vom 2. August 1984 [Nr. 8691/79] § 68; *Kennedy gegen Grossbritannien* vom 18. Mai 2010 [Nr. 26839/05] § 159; *Szabó und Vissy gegen Ungarn* vom 12. Januar 2016 [Nr. 37138/14] § 64). Eine solche Aufzählung wäre sehr technisch und für einen Laien – wie von den Beschwerdeführern selbst bemängelt – wohl kaum verständlich. Der Vorinstanz ist daher darin beizupflichten, dass es vorliegend für eine hinreichende gesetzliche Grundlage ausreichen muss, dass der Umfang und der Zweck der Speicherung und Aufbewahrung von Telekommunikationsranddaten in den Grundzügen im Gesetz festgelegt sind. Diesen Anforderungen genügt Art. 15 Abs. 3 BÜPF, der eine Vorratshaltung von Randdaten für allfällige künftige Strafverfahren, zum Vollzug von Rechtshilfersuchen, für die Suche und Rettung von vermissten Personen sowie für die nachrichtendienstliche Informationsbeschaffung bezweckt (vgl. Art. 1 Abs. 1 BÜPF). Dass die Fernmeldediensteanbieterinnen dabei mehr Daten erfassen, als für die Rechnungsstellung notwendig ist, lässt sich aus dieser Bestimmung

ermessen. Ausserdem ist für den Einzelnen aufgrund des Umfangs der Datenspeicherung voraussehbar, dass daraus – jedenfalls bei einer Verknüpfung mit weiteren Daten im Rahmen einer (rückwirkenden) Überwachung – sensible Informationen gewonnen werden können.

6.3. Demnach bildet Art. 15 Abs. 3 BÜPF eine hinreichende gesetzliche Grundlage für die Speicherung und Aufbewahrung von Randdaten des Fernmeldeverkehrs. Vor diesem Hintergrund durfte die Vorinstanz auch in willkürfreier, antizipierter Beweiswürdigung auf die Einholung der die Beschwerdeführer betreffenden Randdaten bei den jeweiligen Fernmeldediensteanbieterinnen verzichten, ohne dabei gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör zu verstossen.

7. Wie bereits dargelegt, verfolgt die Vorratshaltung von Randdaten der Telekommunikation in erster Linie das Ziel, deren Verfügbarkeit mit Blick auf die Aufklärung und Verfolgung von Straftaten sicherzustellen. Mit der Vorinstanz ist daher davon auszugehen, dass die Speicherung und Aufbewahrung dieser Daten eine rückwirkende Überwachung als Mittel der Strafverfolgung ermöglicht. Diese Massnahmen dienen insofern nicht nur der im Gemeinwohl liegenden öffentlichen Sicherheit und Ordnung, indem sie zur Ermittlung und damit zur Verhütung von Straftaten beitragen (vgl. EGMR-Urteile *S. und Marper gegen Grossbritannien* vom 4. Dezember 2008 [Nr. 30562/04 und 30566/04] § 100; *M.K. gegen Frankreich* vom 18. April 2013 [Nr. 19522/09] § 29; *Aycaguer gegen Frankreich* vom 22. Juni 2017 [Nr. 8806/12] § 36; ferner *Szabó und Vissy gegen Ungarn* vom 12. Januar 2016 [Nr. 37138/14] § 55; *Zakharov gegen Russland* vom 4. Dezember 2015 [Nr. 47143/06] § 232 und 237), sondern schützen ebenso die Rechte und Freiheiten Dritter (vgl. EGMR-Urteile *Peruzzo und Martens gegen Deutschland* vom 4. Juni 2013 [Nr. 7841/08 und 57900/12] § 40; *Uzun gegen Deutschland* vom 2. September 2010 [Nr. 35623/05] § 77). Dies räumen denn auch die Beschwerdeführer im Grundsatz ein. Darüber hinaus bezweckt die Speicherung und Aufbewahrung von Randdaten des Fernmeldeverkehrs, die zuständigen Behörden bei der Suche und Rettung vermisster Personen zu unterstützen, womit ein Beitrag zur öffentlichen Gesundheit geleistet wird. Insofern liegt ein genügendes, sehr gewichtiges öffentliches Interesse vor.

8. Zu prüfen bleibt, ob die systematische Speicherung und Aufbewahrung von Randdaten der Telekommunikation verhältnismässig ist.

8.1. Die Beschwerdeführer stellen zunächst deren Eignung in Frage. Sie bemängeln, die Effektivität der Vorratsdatenspeicherung sei nicht empirisch erwiesen; vielmehr zeigten Studien auf, dass dieses Mittel weder einen Einfluss auf die Aufklärungsrate habe noch einen Abschreckungseffekt zeitige. Die Beschwerdeführer übersehen mit dieser Argumentation indes, dass es für einen Grundrechtseingriff unter dem Titel der Zwecktauglichkeit genügt, wenn er zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet ist, um vor dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit standzuhalten (vgl. BGE 131 I 223 E. 4.3 S. 232; 128 I 3 E. 3e/cc S. 15; je mit Hinweisen). Verlangt wird somit, dass die streitigen Massnahmen mit Blick auf den angestrebten Zweck Wirkungen zu entfalten vermögen und nicht gänzlich daran

vorbei zielen (vgl. BGE 138 I 256 E. 6.2 f. S. 263f.; 137 IV 249 E. 4.5.2 S. 256f.; 135 II 105 E. 2.3.3 S. 109f.; 132 I 7 E. 4.2 S. 11 ff.). Dies ist bei der Speicherung und Aufbewahrung von Telekommunikationsranddaten ohne Weiteres der Fall, wie auch die von der Vorinstanz aufgeführten Beispiele aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Bereich der Strafverfolgung belegen (vgl. E. 12.5 des angefochtenen Entscheids). Durch die Vorratshaltung von Randdaten stehen den Strafverfolgungsbehörden zusätzliche Möglichkeiten zur Aufklärung von Straftaten zur Verfügung. Durch die weite Verbreitung und Nutzung von elektronischen Kommunikationsmitteln erweisen sich diese Massnahmen denn auch als nützliches Mittel für strafrechtliche Ermittlungen. Die Vorinstanz hat deren Eignung daher zu Recht bejaht. Überdies ist sie entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer nicht in Willkür verfallen, wenn sie den Verfahrensantrag, die Praxis zur Anordnung von rückwirkenden Überwachungen und deren richterliche Überprüfung seien zu evaluieren, in vorweggenommener Beweiswürdigung abgelehnt hat, soweit dieser denn überhaupt vom Streitgegenstand erfasst wird.

8.2. Die Beschwerdeführer bringen sodann vor, die systematische und anlasslose Speicherung und Aufbewahrung von Randdaten des Fernmeldeverkehrs seien nicht erforderlich, zumal die allermeisten der erfassten Daten nie in eine Strafuntersuchung einflössen. Diese Massnahmen müssten sich daher auf Angaben beschränken, die eng mit den untersuchten Delikten zusammenhingen. Im Vordergrund stünde dabei das sog. «quick freeze»-Verfahren, bei dem die Randdaten des Fernmeldeverkehrs erst bei aufkommendem dringendem Tatverdacht gesichert werden.

8.2.1. Soweit die Beschwerdeführer damit eine Eingrenzung der Vorratsdatenspeicherung in persönlicher, sachlicher und zeitlicher Hinsicht fordern, lehnen sie sich an die beiden Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) vom 8. April 2014 und 21. Dezember 2016 an. In ersterem Entscheid erklärte der EuGH die Richtlinie 2006/24/EG über die Vorratspeicherung von Daten für ungültig, weil sich diese nicht auf das absolut Notwendige beschränke und somit unverhältnismässig sei. Dies begründete er unter anderem damit, dass sich die Richtlinie generell auf alle Personen, alle elektronischen Kommunikationsmittel sowie auf sämtliche Verkehrsdaten erstrecke, ohne irgendeine Differenzierung, Einschränkung oder Ausnahme vorzusehen. Insbesondere betreffe sie alle Personen, die elektronische Kommunikationsmittel benutzen, ohne dass diese auch nur mittelbar oder entfernt Anlass zur Strafverfolgung geben könnten. Auch verlange die Richtlinie keinen Zusammenhang zwischen den auf Vorrat gespeicherten Daten und der Bedrohung für die öffentliche Sicherheit. So beschränke sie sich weder auf Daten eines bestimmten Zeitraums, Gebiets oder eines Kreises von Personen, die in irgendeiner Weise in schwere Straftaten verwickelt oder aus anderen Gründen zur Verhütung oder Verfolgung solcher Delikte beitragen könnten. Zudem sehe die Richtlinie eine Mindestdauer von sechs Monaten für die Vorratsdatenspeicherung vor, ohne dass eine Unterscheidung der Datenkategorien je nach deren etwaigen Nutzen für das verfolgte Ziel oder anhand der betroffenen Personen

getroffen werde (Urteil des EuGH vom 8. April 2014 C-293/12 und C-594/12 *Digital Rights Ireland*, Randnr. 57 ff.).

Der EuGH bestätigte diese Rechtsprechung in seinem zweiten Urteil zur Vorratsdatenspeicherung, worin er zum Schluss gelangte, dass eine nationale Regelung, die eine allgemeine und unterschiedslose Speicherung von Daten vorsehe, aus den bereits genannten Gründen nicht vor Unionsrecht standhalte. Allerdings verbiete Letzteres den Mitgliedsstaaten nicht, eine Regelung zu erlassen, die eine gezielte Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten ermögliche, sofern sich diese hinsichtlich der Datenkategorien, der elektronischen Kommunikationsmittel, des Personenkreises und der Aufbewahrungsdauer auf das absolut Notwendige beschränke. Um diesen Erfordernissen zu genügen, müsse die nationale Regelung klar und präzise sein sowie ausreichende Garantien zum Schutz vor Missbrauchsrisiken enthalten. Sie habe anzugeben, unter welchen Umständen und Voraussetzungen eine Massnahme der Vorratsdatenspeicherung angeordnet werden dürfe. Insbesondere müsse sie auf objektive Anhaltspunkte gestützt sein, die es ermöglichen, diejenigen Personen zu erfassen, die einen zumindest mittelbaren Zusammenhang zu schweren Straftaten aufwiesen. Eine solche Begrenzung lasse sich auch durch ein geografisches Kriterium gewährleisten, wenn objektive Hinweise dafür bestünden, dass in gewissen Gebieten ein erhöhtes Risiko für die Vorbereitung oder Begehung von Straftaten bestehe (Urteil des EuGH vom 21. Dezember 2016 C-203/15 und C-698/15 *Tele2 Sverige*, Randnr. 108 ff.).

8.2.2. Obschon diese Urteile für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache nicht bedeutungslos sind, insbesondere weil sie die Rechtsfortbildung im europäischen Umfeld im Bereich der Vorratsdatenspeicherung entscheidend prägen und sich auch der EGMR in jüngeren Entscheiden darauf bezieht (vgl. EGMR-Urteile *Szabó und Vissy gegen Ungarn* vom 12. Januar 2016 [Nr. 37138/14] § 70; *Zakharov gegen Russland* vom 4. Dezember 2015 [Nr. 47143/06] § 147), sind sie für die Schweiz nicht verbindlich (vgl. ASTRID EPINEY, Staatliche Überwachung versus Rechtsstaat: Wege aus dem Dilemma?, in: AJP 2016, S. 1507). Abgesehen von gewissen Zweifeln ob der Praktikabilität einzelner, darin vorgesehener Einschränkungen der Datenerfassung (vgl. dazu z. B. CHRISTOPH GRABENWARTER, Die Vorratsdatenspeicherung aus der Perspektive der EMRK, der Grundrechte-Charta und des Verfassungsrechts, in: Stuckenberg/Gärditz [Hrsg.], Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat, 2015, S. 786 f.), treffen sie die Speicherung und Aufbewahrung von Randdaten des Fernmeldeverkehrs auf Vorrat im Kern (vgl. HEINRICH WOLFF, Anmerkung zum Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 8.4.2014 zur Vorratsdatenspeicherung, in: Die Öffentliche Verwaltung 14/2014, S. 610; GRABENWARTER, a. a. O., S. 790; KÜHLING, a. a. O., S. 683; REINHARD PRIEBE, Reform der Vorratsdatenspeicherung – strenge Massstäbe des EuGH, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 12/2014, S. 457; ALEXANDER ROSSNAGEL, Die neue Vorratsdatenspeicherung, in: Neue Juristische Wochenschrift 8/2016, S. 539; BOEHM/ANDREES, Zur Vereinbarkeit der Vorratsdatenspeicherung mit europäischem Recht, in: Computer und Recht 3/2016, S. 153). Das Wesen der Vorratsdatenspeicherung besteht gerade darin, die von den Benutzern von Fernmeldediensten bei ihren Kommunikationsvorgängen generierten äusseren Daten über eine gewisse Zeitspanne zu erhalten, ohne zu

wissen, ob sie für eine allfällige künftige Strafuntersuchung von Bedeutung sein werden oder nicht (vgl. WOLFF, a. a. O., S. 610; ANTONIE MOSER-KNIERIM, Vorratsdatenspeicherung, 2014, S. 139). Der schweizerische Bundesgesetzgeber hat sich ausdrücklich für dieses System der umfassenden und anlasslosen Speicherung und Aufbewahrung von Randdaten der Telekommunikation ausgesprochen und diesen Entscheid im Rahmen der Totalrevision des BÜPF bestätigt (vgl. Botschaft zum nBÜPF, BBl 2013 2683, 2740 f. Ziff. 2.6). Anlässlich der parlamentarischen Debatten im Nationalrat wurde die Einführung des von den Beschwerdeführern als mildere Massnahme vorgeschlagenen «quick freeze»-Verfahrens (zum Begriff vgl. E. 8.2 hiavor) explizit verworfen (Geschäft 13.025 zur Änderung des BÜPF, dritte Abstimmung zum Antrag der Minderheit IV, AB 2015 N 1165; vgl. ferner Voten Bundespräsidentin Simonetta Sommaruga, AB 2015 N 1160; NR Gabi Huber, AB 2015 N 1156; NR Jean Christophe Schwaab, AB 2015 N 1161; NR Beat Flach, AB 2015 N 1162). Dieses fällt als weniger weitreichende Massnahme ausser Betracht, zumal es eine geringere Zwecktauglichkeit aufweist als das geltende System und somit nicht den vom Gesetzgeber erwünschten Erfolg zu zeitigen vermag (vgl. BGE 129 I 35 E. 10.2 S. 46).

8.3. Das Gebot der Verhältnismässigkeit verlangt im Weiteren, dass ein vernünftiges Verhältnis zwischen den behördlichen Massnahmen, welche die angestrebten Ziele zu erreichen bezwecken, und den betroffenen öffentlichen oder privaten Interessen besteht (angemessene Zweck-Mittel-Relation; BGE 143 I 147 E. 3.1 S. 151; 310 E. 3.4.1 S. 318; 138 I 331 E. 7.4.3.1 S. 346; 137 IV 249 E. 4.5 S. 256).

8.3.1. Der EGMR gesteht den Konventionsstaaten bei der vorzunehmenden Güterabwägung und damit bei der Beurteilung, ob eine Massnahme im Sinne von Art. 8 Ziff. 2 EMRK «in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist», einen gewissen Ermessensspielraum zu (EGMR-Urteile *Leander gegen Schweden* vom 26. März 1987 [Nr. 9248/81] § 59; *Szabó und Vissy gegen Ungarn* vom 12. Januar 2016 [Nr. 37138/14] § 57). Dabei anerkennt er, dass an der mit der Kriminalitätsbekämpfung bezweckten Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ein erhebliches Interesse besteht, weshalb sich eine Erfassung und Aufbewahrung von Informationen als notwendig erweisen kann (EGMR-Urteile *Leander gegen Schweden* vom 26. März 1987 [Nr. 9248/81] § 59; *S. und Marper gegen Grossbritannien* vom 4. Dezember 2008 [Nr. 30562/04 und 30566/04] § 105; *Aycaquer gegen Frankreich* vom 22. Juni 2017 [Nr. 8806/12] § 34). So sei es insbesondere aufgrund der heutigen Formen des modernen Terrorismus eine natürliche Folge, dass Regierungen auf neuste Technologien – einschliesslich massiver Kommunikationsüberwachungen – zurückgriffen, um solchen Anschlägen zuvorzukommen (EGMR-Urteile *Szabó und Vissy gegen Ungarn* vom 12. Januar 2016 [Nr. 37138/14] § 68; *Klass und andere gegen Deutschland* vom 6. September 1978 [Nr. 5029/71] § 48). Dennoch bedeute dies nicht, dass den Konventionsstaaten ein unbegrenztes Ermessen zustehe: Angesichts der Gefahr, dass die Demokratie mit der Begründung, sie zu verteidigen, durch (geheime) Überwachungen ausgehöhlt oder gar zerstört werde, dürften nicht jede beliebigen, als angemessen erachteten Massnahmen ergriffen werden (EGMR-Urteile *Klass und andere ge-*

gen Deutschland vom 6. September 1978 [Nr. 5029/71] § 49; *Leander gegen Schweden* vom 26. März 1987 [Nr. 9248/81] § 60; *Szabó und Vissy gegen Ungarn* vom 12. Januar 2016 [Nr. 37138/14] § 57).

In diesem Sinne hielt der EGMR dafür, dass die zeitlich unbeschränkte Aufbewahrung von Fingerabdrücken, Zellproben und DNA-Profilen in Datenbanken von bloss verdächtigen, nicht aber verurteilten Personen unverhältnismässig sei und somit nicht vor Art. 8 EMRK standhalte (EGMR-Urteile *S. und Marper gegen Grossbritannien* vom 4. Dezember 2008 [Nr. 30562/04 und 30566/04] § 125; *M.K. gegen Frankreich* vom 18. April 2013 [Nr. 19522/09] § 43; ferner ähnlich *Brunet gegen Frankreich* vom 18. September 2014 [Nr. 21010/10] § 44; vgl. *e contrario* EGMR-Urteile *Peruzzo und Martens gegen Deutschland* vom 4. Juni 2013 [Nr. 7841/08 und 57900/12] § 49; *Gardel gegen Frankreich* vom 17. Dezember 2009 [Nr. 16428/05] § 71 betreffend Datenbank für Sexualstraftäter). Ebenso erblickte er in der umfassenden und systematischen Überwachung aller Mobilfunkkommunikationen in Russland, auf die der Geheimdienst und die Polizei unmittelbar zugreifen konnten, eine Verletzung von Art. 8 EMRK (EGMR-Urteil *Zakharov gegen Russland* vom 4. Dezember 2015 [Nr. 47143/06] § 302 ff.; vgl. ferner *Mustafa Sezgin Tanrikulu gegen Türkei* vom 18. Juli 2017 [Nr. 27473/06] § 65). Zum gleichen Ergebnis gelangte er im Entscheid *Szabó und Vissy gegen Ungarn*, in welchem ein geheimes Anti-Terror-Überwachungssystem zu beurteilen war, das nahezu alle Personen in Ungarn betraf und die massenhafte Überwachung von Kommunikationen erlaubte, ohne ausreichende und effektive Schutzmassnahmen vorzusehen (EGMR-Urteil vom 12. Januar 2016 [Nr. 37138/14] § 89). In diesem Urteil nahm der Gerichtshof ausserdem Bezug auf den Entscheid *Kennedy gegen Grossbritannien*, in dem der Umstand, dass die dort zu beurteilende gesetzliche Grundlage keine unterschiedslose Überwachung von grossen Mengen von Kommunikationen erlaubte, ein wesentliches Element darstellte, um auf deren Konventionskonformität zu erkennen (EGMR-Urteil vom 18. Mai 2010 [Nr. 26839/05] § 160; vgl. ähnlich *Uzun gegen Deutschland* vom 2. September 2010 [Nr. 35623/05] § 80).

8.3.2. Im vorliegenden Fall geht es zwar ebenfalls um die Beurteilung einer umfassenden und systematischen Datenerfassung. Allerdings ergeben sich ganz wesentliche Unterschiede zu den Sachverhalten, mit denen sich der EGMR in den vorgenannten Verfahren zu befassen hatte: Hinsichtlich der Art der gespeicherten Informationen geht es hier nicht um den Inhalt der Kommunikation, sondern bloss um deren äussere Umstände. Vor allem aber können die Strafverfolgungsbehörden auf die von den Fernmeldediensteanbieterinnen erfassten Daten nicht unmittelbar zugreifen und sie zu Untersuchungszwecken nutzen. Vielmehr kann ein solcher Zugriff erst auf der Stufe der Überwachung des Fernmeldeverkehrs erfolgen. Für deren Anordnung müssen die in der StPO vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt sein, wobei es in verfahrensrechtlicher Hinsicht der Genehmigung durch ein unabhängiges Gericht bedarf. Darauf ist nachfolgend näher einzugehen.

Neben der eigentlichen (inhaltlichen) Überwachung (Art. 270–272 i. V. m. Art. 269 StPO) sieht Art. 273 StPO die Möglichkeit vor, dass die Staatsanwaltschaft Auskünfte über die Verkehrs- und Rechnungsdaten bzw. die Teilnehmeridentifika-

tion einholt. Voraussetzung für den Zugang zu solchen Randdaten des Fernmeldeverkehrs ist, dass der dringende Verdacht eines Verbrechens oder Vergehens (oder einer Übertretung nach Art. 179^{septies} StGB) besteht, dass die Schwere der Straftat die Überwachung rechtfertigt, und dass die bisherigen Untersuchungshandlungen erfolglos geblieben sind oder die Ermittlungen sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden (Art. 273 Abs. 1 Ingress i. V. m. Art. 269 Abs. 1 lit. b und c StPO; BGE 141 IV 108 E. 4.4 S. 117 f.; 137 IV 340 E. 5.2 S. 346 f.; EGMR-Urteile *Uzun gegen Deutschland* vom 2. September 2010 [Nr. 35623/05] § 70; *Zakharov gegen Russland* vom 4. Dezember 2015 [Nr. 47143/06] § 243 ff.). Mithin haben die Auskünfte, die bis sechs Monate rückwirkend verlangt werden können (Art. 273 Abs. 3 und Art. 15 Abs. 3 BÜPF), dem Gebot der Verhältnismässigkeit zu genügen (Art. 197 Abs. 1 lit. c und d StPO; EGMR-Urteil *Zakharov gegen Russland* vom 4. Dezember 2015 [Nr. 47143/06] § 260). Wie die inhaltliche Kommunikationsüberwachung (Art. 272 Abs. 1 StPO), bedürfen Massnahmen nach Art. 273 StPO der Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht (Art. 273 Abs. 2 StPO), das gestützt auf die substantiierte und mit den wesentlichen Verfahrensakten belegte Eingabe der Staatsanwaltschaft (Art. 274 Abs. 1 StPO) innert fünf Tagen seit der Anordnung der Überwachung oder der Auskunftserteilung mit kurzer Begründung darüber entscheiden muss (Art. 274 Abs. 2 StPO; EGMR-Urteile *Klass und andere gegen Deutschland* vom 6. September 1978 [Nr. 5029/71] § 55 f.; *Szabó und Vissy gegen Ungarn* vom 12. Januar 2016 [Nr. 37138/14] § 77). Dabei hat sich die Genehmigung namentlich darüber zu äussern, ob Vorkehren zum Schutz von Berufsgeheimnissen getroffen werden müssen (Art. 274 Abs. 4 lit. a StPO). Dokumente und Datenträger aus nicht genehmigten Überwachungen sind sofort zu vernichten und dürfen nicht verwendet werden (Art. 277 StPO; EGMR-Urteil *Uzun gegen Deutschland* vom 2. September 2010 [Nr. 35623/05] § 71 f.). Grundsätzlich teilt die Staatsanwaltschaft den überwachten Personen spätestens mit Abschluss des Vorverfahrens den Grund, die Art und die Dauer der Überwachung mit (Art. 279 Abs. 1 StPO; für Vorbehalte vgl. Art. 279 Abs. 2 StPO; EGMR-Urteile *Klass und andere gegen Deutschland* vom 6. September 1978 [Nr. 5029/71] § 58; *Uzun gegen Deutschland* vom 2. September 2010 [Nr. 35623/05] § 72; *Szabó und Vissy gegen Ungarn* vom 12. Januar 2016 [Nr. 37138/14] § 86). Ihnen steht dagegen der Beschwerdeweg offen (Art. 279 Abs. 3 StPO), der letztlich bis an das Bundesgericht führen kann (Art. 78 ff. BGG).

Wird eine Überwachung des Fernmeldedienstes angeordnet, prüft der Dienst ÜPF unter anderem, ob die Überwachung eine gemäss dem anwendbaren Recht überwachungsfähige Straftat betrifft und von der zuständigen Behörde angeordnet worden ist (Art. 13 Abs. 1 lit. a BÜPF). Er weist die Anbieterinnen an, die für die Überwachung notwendigen Massnahmen zu treffen (Art. 13 Abs. 1 lit. b BÜPF) und nimmt die von ihnen übermittelten Randdaten entgegen, bevor er sie an die anordnende Behörde weiterleitet (Art. 13 lit. e BÜPF und Art. 8 Abs. 3 VÜPF; BGE 141 IV 108 E. 4.6 S. 118). Dabei setzt er die Vorkehren der Genehmigungsbehörde zum Schutz von Berufsgeheimnissen um und bewahrt die Überwachungsanordnung nach Einstellung der Massnahme während eines Jahres auf (Art. 13 Abs. 1 lit. f und i BÜPF).

8.3.3. Aus diesen Ausführungen erhellt, dass die Strafverfolgungsbehörden keinen direkten und uneingeschränkten Zugriff auf die von den Fernmeldedienstanbieterinnen gespeicherten und aufbewahrten Randdaten der Telekommunikation haben. Vielmehr unterliegt dieser strengen Anforderungen, die insbesondere hinsichtlich des Personenkreises, der Art sowie des Umfangs der Daten zu massgeblichen Einschränkungen führen, und zusammen mit zahlreichen Schutzmechanismen dazu beitragen, das Ermessen und die Zugriffsmöglichkeiten der Strafbehörden einzudämmen. Die vorerwähnte Rechtsprechung des EGMR kann somit nicht unbeschadet auf die vorliegende Streitsache übertragen werden.

8.3.4. Gleichwohl bedingt die Vorratshaltung von Randdaten des Fernmeldeverkehrs eine automatische Speicherung und Aufbewahrung einer grossen Menge von personenbezogenen Daten. Um insbesondere den Garantien von Art. 8 Ziff. 1 EMRK und Art. 13 BV zu genügen, verlangt der EGMR in Übereinstimmung mit dem Bundesgericht, dass diese systematische Datenerfassung und -aufbewahrung von angemessenen und wirkungsvollen rechtlichen Schutzvorkehrungen begleitet werden, so dass Missbräuchen und Willkür vorgebeugt werden kann (BGE 138 I 6 E. 4.3 S. 25; 133 I 77 E. 5.4 S. 86 f.; vgl. 136 I 87 E. 8.4 S. 116 f.; EGMR-Urteile *Rotaru gegen Rumänien* vom 4. Mai 2000 [Nr. 28341/95] § 59; *S. und Marper gegen Grossbritannien* vom 4. Dezember 2008 [Nr. 30562/04 und 30566/04] § 103; *Kennedy gegen Grossbritannien* vom 18. Mai 2010 [Nr. 26839/05] § 153; *M.K. gegen Frankreich* vom 18. April 2013 [Nr. 19522/09] § 32; *Peruzzo und Martens gegen Deutschland* vom 4. Juni 2013 [Nr. 7841/08 und 57900/12] § 42; *Zakharov gegen Russland* vom 4. Dezember 2015 [Nr. 47143/06] § 232; *Szabó und Vissy gegen Ungarn* vom 12. Januar 2016 [Nr. 37138/14] § 68).

8.3.5. Die Beschwerdeführer bemängeln in diesem Zusammenhang, die datenschutzrechtlichen Grundsätze würden nicht eingehalten und es bestehe kein hinreichender Schutz vor Missbrauch.

Während das BÜPF selbst keine Bestimmungen über den Datenschutz bzw. die Datensicherheit enthält, verweist Art. 9 Abs. 1 VÜPF namentlich auf die Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz (VDSG; SR 235.11). In Art. 9 Abs. 2 VÜPF wird überdies präzisierend festgehalten, dass die Fernmeldedienstanbieterinnen bei der Übertragung der Überwachungsdaten die Anweisungen des Dienstes ÜPF zu befolgen haben und sie für die Datensicherheit bis zum Übergabepunkt der Daten an den Dienst ÜPF verantwortlich sind. Die Richtlinien vom 22. Oktober 2015 über die organisatorischen und administrativen Anforderungen (OAR) sowie die technischen Anforderungen (TR TS) bei der rechtmässigen Überwachung des Fernmeldeverkehrs (vgl. Art. 33 Abs. 1bis VÜPF; beide abrufbar unter www.li.admin.ch/de/dokumentation/downloads, besucht am 6. Dezember 2017) verweisen für die Gewährleistung der Datensicherheit durch die Fernmeldedienstanbieterinnen und den Dienst ÜPF auf das DSG (vgl. Ziff. 11.2 bzw. Ziff. 14.2), das ohnehin für Datenbearbeitungen durch private Personen oder Bundesorgane gilt (Art. 2 Abs. 1 DSG). Nach dessen Art. 7 müssen Personendaten durch angemessene technische und organisatorische Massnahmen gegen unbefugtes Bearbeiten geschützt werden, wobei der Bundesrat nähere Be-

stimmungen über die Mindestanforderungen an die Datensicherheit erlässt.

Gemäss Art. 20 VDSG treffen die verantwortlichen Bundesorgane die nach den Art. 8–10 VDSG erforderlichen technischen und organisatorischen Massnahmen zum Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte der Personen, über die Daten bearbeitet werden (Satz 1). Diese Bestimmung gilt nach den zutreffenden und unbestritten gebliebenen Ausführungen der Vorinstanz auch für die Fernmeldedienstanbieterinnen, zumal sie bei der Speicherung und Aufbewahrung von Randdaten des Fernmeldeverkehrs mit öffentlichen Aufgaben des Bundes betraut worden sind (Art. 3 lit. h DSG; vgl. E. 12.7.3 des angefochtenen Entscheids). Wer Personendaten bearbeitet bzw. ein Datenkommunikationsnetz betreibt, hat nach Art. 8 Abs. 1 VDSG für die Vertraulichkeit, Verfügbarkeit und Integrität der Daten zu sorgen, um einen angemessenen Datenschutz zu gewährleisten. Die Systeme müssen dabei insbesondere gegen unbefugte oder zufällige Vernichtung (lit. a), zufälligen Verlust (lit. b), technische Fehler (lit. c), Fälschungen, Diebstahl oder widerrechtliche Verwendung (lit. d) sowie unbefugtes Ändern, Kopieren, Zugreifen oder andere unbefugte Bearbeitungen (lit. e) geschützt werden. Geschuldet ist kein absoluter Schutz; vielmehr müssen die technischen und organisatorischen Massnahmen bei gesamthafter Beurteilung unter der Berücksichtigung des Zwecks, der Art und des Umfangs der Datenbearbeitung, der abschätzbaren Risiken für die betroffenen Personen und dem Stand der Technik angemessen sein (Art. 8 Abs. 2 VDSG; vgl. DAVID ROSENTHAL, in: Handkommentar zum Datenschutzgesetz, 2008, N. 3 f. zu Art. 7 DSG; BRUNO BAERISWYL, in: Datenschutzgesetz [DSG], 2015, N. 22 zu Art. 7 DSG). Solche Massnahmen sollen insbesondere bei automatisierten Datensammlungen und Informationssystemen verhindern, dass Daten unrechtmässig bearbeitet werden. Zu diesem Zweck definiert Art. 9 Abs. 1 VDSG verschiedene Zielsetzungen, die unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsgebots umzusetzen sind. Dazu gehören namentlich Datenträger-, Transport-, Bekanntgabe-, Speicher-, Benutzer- und Zugriffskontrollen (zur Erläuterung dieser Begriffe vgl. Kommentar des Bundesamts für Justiz zur VDSG vom 14. Juni 2011, Ziff. 6.1.2; CHRISTA STAMM-PEISTER, in: Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl. 2014, N. 25 ff. zu Art. 7 DSG; ROSENTHAL, a. a. O., N. 19 zu Art. 7 DSG). Als technische oder organisatorische Schutzmassnahmen in Betracht fallen beispielsweise Zugriffsbeschränkungen, Filter (wie z. B. Firewalls), Datenverschlüsselungen, sichere Systemkonfigurationen, Software zum Schutz vor Computerviren, -angriffen oder -spionage, Schulungen des Personals, Kontrollen und Protokollierungen (vgl. dazu auch Art. 10 VDSG; EGMR-Urteile *Zakharov gegen Russland* vom 4. Dezember 2015 [Nr. 47143/06] § 272; *Kennedy gegen Grossbritannien* vom 18. Mai 2010 [Nr. 26839/05] § 165; ROSENTHAL, a. a. O., N. 8 f. zu Art. 7 DSG; BAERISWYL, a. a. O., N. 19 f. zu Art. 7 DSG).

8.3.6. Soweit die Beschwerdeführer beanstanden, es reiche für die Gewährleistung der Datensicherheit nicht aus, sich auf generell-abstrakte Bestimmungen zu berufen, vermögen sie nicht durchzudringen. Immerhin führen die vorerwähnten technischen, organisatorischen und administrativen Richtlinien des Dienstes ÜPF wichtige Massnahmen auf, die eine si-

chere Datenbearbeitung gewährleisten. So hat die Kommunikation von Informationen im Sinne einer Transport- und Bekanntgabekontrolle nur durch vorgängig authentifiziertes Personal und verschlüsselt zu erfolgen (OAR-Richtlinie, Ziff. 11.1 bzw. TR TS-Richtlinie, Ziff. 14.1). Zudem haben auf das System zur Abfrage von Informationen zu Fernmeldedienst- abonnenten nur nutzungsberechtigte Personen mit User-Identifikation Zugang, die sich vorgängig beim Dienst ÜPF registrieren lassen müssen und von diesem einer Überprüfung unterzogen werden (Technische und Administrative Richtlinie vom 30. November 2004 für die Fernmeldedienstanbieterinnen zum Call Center Informationssystem, Ziff. 10, abrufbar unter www.li.admin.ch/de/dokumentation/downloads, besucht am 6. Dezember 2017). Damit wird den Zielsetzungen der Speicher-, Benutzer- und Zugriffskontrolle bei automatisierten Datensammlungen Nachachtung verschafft. Überdies müssen die Fernmeldedienstanbieterinnen genauso wie der Dienst ÜPF ihre Systeme vor unbefugtem Zugriff schützen und die involvierten Personen haben bei ihrer Tätigkeit die Vertraulichkeit der Informationen zu wahren (OAR-Richtlinie, Ziff. 11.3 f. bzw. TR TS-Richtlinie, Ziff. 14.3 f.). Ihnen drohen bei einem Verstoss gegen die berufliche Schweigepflicht (Art. 35 DSG) genauso wie bei einer Verletzung des Fernmeldegeheimnisses (Art. 43 des Fernmeldegesetzes [FMG; SR 784.10]) durch die Bekanntgabe gespeicherter Daten an Dritte (Art. 321^{ter} StGB) strafrechtliche Sanktionen. Der damit einhergehende Abschreckungseffekt trägt insoweit zum Schutz vor missbräuchlichen Datenbearbeitungen bei (vgl. EGMR-Urteil *Gardel gegen Frankreich* vom 17. Dezember 2009 [Nr. 16428/05] § 70), wenngleich ein rechtswidriges Verhalten von Einzelpersonen – wie der von den Beschwerdeführern kritisierte Verkauf oder das Verschwindenlassen von Daten – nie gänzlich ausgeschlossen werden kann (vgl. EGMR-Urteile *Zakharov gegen Russland* vom 4. Dezember 2015 [Nr. 47143/06] § 270; *Klass und andere gegen Deutschland* vom 6. September 1978 [Nr. 5029/71] § 59). Abgesehen davon sind keinerlei Anzeichen dafür ersichtlich, dass Hacker oder ausländische Behörden auf Randdaten der Beschwerdeführer hätten zugreifen wollen bzw. schweizerische Fernmeldedienst- anbieterinnen diese unbefugten Dritten zugänglich gemacht hätten. Die Beschwerdeführer sind denn auch weder in der Lage, ihre Befürchtungen zu belegen noch konkrete Hinweise namhaft zu machen.

Dass weder die Richtlinien des Dienstes ÜPF noch die Fernmeldedienstanbieterinnen vollständig und im Detail über die technischen und organisatorischen Massnahmen informieren, ist nicht zu beanstanden, zumal durch deren Offenlegung die damit verfolgten Sicherheitsziele massgeblich beeinträchtigt werden könnten (vgl. BAERISWYL, a. a. O., N. 33 zu Art. 7 DSG). Überdies vermag die Kontrolle durch den EDÖB, der seine Funktionen unabhängig und ohne Weisungen ausübt (Art. 26 Abs. 3 DSG), diesbezüglich Abhilfe zu verschaffen. Nach Art. 27 DSG überwacht er die Einhaltung der bundesrechtlichen Datenschutzvorschriften durch die Bundesorgane (Abs. 1), wobei er bei seinen Abklärungen Akten herausverlangen, Auskünfte einholen und sich die Datenbearbeitung vorführen lassen kann (Abs. 3 Satz 1). Insofern verfügt der EDÖB auch im Bereich der Speicherung und Aufbewahrung von Telekommunikations- randdaten durch die Fernmeldedienstanbieterinnen bzw. der Weiterleitung solcher Informationen an den Dienst ÜPF im Falle

einer Überwachungsanordnung über umfassende Befugnisse zur Überprüfung der Datensicherheit. Dabei darf erwartet werden, dass er diesen Rechten im Rahmen seiner Aufsichtstätigkeit, die er von sich aus oder auf Ersuchen Dritter hin einleiten kann (vgl. RENÉ HUBER, in: Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl. 2014, N. 6 ff. zu Art. 27 DSG; YVONNE JÖHRI, in: Handkommentar zum Datenschutzgesetz, 2008, N. 6 zu Art. 27 DSG), auch tatsächlich nachlebt und insoweit Unregelmässigkeiten aufdeckt. Stellt er bei seinen Abklärungen eine Verletzung von Datenschutzbestimmungen fest, empfiehlt er dem verantwortlichen Bundesorgan, das Bearbeiten zu ändern oder zu unterlassen (Art. 27 Abs. 4 DSG). Gegen allfällige Verfügungen, die infolge abgelehnter oder nicht befolgter Empfehlungen ergehen können, kann er den Rechtsweg beschreiten (Art. 27 Abs. 5 und 6 DSG).

Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte oder Hinweise darf nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EGMR letztlich jedoch davon ausgegangen werden, dass die einschlägigen Datenschutzvorschriften zur sicheren Bearbeitung personenbezogener Informationen vorliegend eingehalten werden (vgl. BGE 137 I 167 E. 9.1.3 S. 191 f.; 133 I 77 E. 5.4 S. 87; EGMR-Urteil *Klass und andere gegen Deutschland* vom 6. September 1978 [Nr. 5029/71] § 59). Dies gilt insbesondere auch mit Blick auf die (teilweise) Auslagerung der Datenbearbeitung ins Ausland. In Übereinstimmung mit den Ausführungen der Vorinstanz (vgl. E. 12.7.3 des angefochtenen Entscheids) muss sich der Auftraggeber insbesondere vergewissern, dass der Dritte die Datensicherheit gewährleistet (Art. 10a Abs. 2 DSG). Denn das Bundesorgan, das Personendaten durch Dritte bearbeiten lässt, bleibt für den Datenschutz verantwortlich (vgl. Art. 16 Abs. 1 DSG und Art. 22 Abs. 2 VDSG). Untersteht der Dritte dem DSG nicht, vergewissert es sich, dass andere gesetzliche Bestimmungen einen gleichwertigen Datenschutz gewährleisten, andernfalls stellt es diesen auf vertraglichem Weg sicher (Art. 22 Abs. 3 VDSG). Bei der Übertragung eines Teils der Datenbearbeitung an einen Dritten im Ausland – z. B. im Rahmen eines IT-Outsourcings – ist zudem Art. 6 DSG zu beachten (vgl. ROSENTHAL, a. a. O., N. 7 zu Art. 6 DSG und N. 28 zu Art. 10a DSG; BÜHLER/RAMPINI, in: Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, 3. Auflage 2014, N. 6 zu Art. 10a DSG; EDÖB, Tätigkeitsbericht 18 [2010/2011], Datenübermittlung ins Ausland im Rahmen eines «Outsourcing»; a. M. BEARISWYL, a. a. O., N. 43 zu Art. 10a DSG). Nach dessen Abs. 1 dürfen Personendaten nicht ins Ausland bekannt gegeben werden, wenn dadurch die Persönlichkeit der betroffenen Person schwerwiegend gefährdet würde, namentlich weil eine Gesetzgebung fehlt, die einen angemessenen Schutz gewährleistet. Ein Indiz dafür, ob dies der Fall ist, lässt sich der Staatenliste des EDÖB entnehmen (Art. 31 Abs. 1 lit. d DSG i. V. m. Art. 7 VDSG; abrufbar unter <https://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00753/index.html>, besucht am 6. Dezember 2017). Danach weist Rumänien, das von den Beschwerdeführern als Beispiel angeführt wird, entgegen ihrer Auffassung ein angemessenes Datenschutzniveau für das Bearbeiten von Daten natürlicher Personen auf.

Insofern bieten die datenschutzrechtlichen Bestimmungen einen ausreichenden Schutz vor unbefugten Datenbearbeitungen und Zweckentfremdungen. Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt (vgl. E. 7 hiervor), verfolgt die Vorratshaltung von Randdaten des Fernmeldeverkehrs primär das Ziel, deren Vor-

handensein für allfällige künftige Strafverfahren zu gewährleisten (Art. 1 i. V. m. Art. 15 Abs. 3 BÜPF). Dies ist für die betroffenen Personen bereits bei der Datenbeschaffung erkennbar (vgl. E. 6.2 hiervor). Es leuchtet daher nicht ein, inwiefern ein Verstoss gegen den Bearbeitungsgrundsatz der Zweckbindung vorliegen soll.

8.3.7. Neben den vorgenannten Schutzmassnahmen stehen den Beschwerdeführern zusätzlich verfahrensrechtliche Garantien zum Schutz vor unsachgemässen Datenbearbeitungen zu. Im Vordergrund steht dabei das Auskunftsrecht nach Art. 8 DSG. Danach kann jede Person vom Inhaber einer Datensammlung Auskunft darüber verlangen, ob Daten über sie bearbeitet werden (Abs. 1). Der Inhaber der Datensammlung muss der betroffenen Person alle über sie vorhandenen Daten einschliesslich der verfügbaren Angaben über die Herkunft der Daten (Abs. 2 lit. a) bzw. den Zweck und gegebenenfalls die Rechtsgrundlagen des Bearbeitens sowie die Kategorien der bearbeiteten Personendaten, der an der Sammlung Beteiligten und der Datenempfänger mitteilen (Abs. 2 lit. b). Art. 9 DSG zählt allerdings verschiedene Gründe für eine Einschränkung des Auskunftsrechts auf. Nach dessen Abs. 1 lit. a kann der Inhaber einer Datensammlung die Auskunft verweigern, einschränken oder aufschieben, wenn ein Gesetz im formellen Sinn dies vorsieht.

Die Fernmeldediensteanbieterinnen berufen sich auf diese Ausnahme, um die Bekanntgabe der streitbetroffenen Randdaten an die Beschwerdeführer zu verweigern. Zur Begründung führen sie aus, das nur die Daten der Rechnungsstellung umfassende fernmelderechtliche Auskunftsrecht (Art. 45 FMG i. V. m. Art. 81 f. der Verordnung über Fernmeldedienste [FDV; SR 784.101.1]) gehe als *lex specialis* Art. 8 DSG vor. Dieser Argumentation kann indes nicht gefolgt werden. Die Fernmeldediensteanbieterinnen verkennen, dass der durch Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK gewährleistete Anspruch auf Auskunft und Einsicht eine unentbehrliche Voraussetzung für die Verwirklichung des Schutzes der Privatsphäre darstellt (BGE 138 I 6 E. 7.5.2 S. 38 mit Hinweis). In diesem Sinne dient das Auskunftsrecht nach Art. 8 DSG der Durchsetzung des Persönlichkeitsschutzes, indem es den betroffenen Personen ermöglichen soll, die über sie in einer Datensammlung bearbeiteten Daten zu kontrollieren mit dem Ziel, die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Grundsätze und Bestimmungen zu überprüfen und gegebenenfalls durchzusetzen (vgl. Botschaft vom 23. März 1988 zum Bundesgesetz über den Datenschutz, BBl 1988 II 413, 433 Ziff. 213.1; BGE 138 III 425 E. 5.3 S. 431 f.). Dies bezwecken denn auch die Beschwerdeführer mit ihren Auskunftsbegehren. Letztere erschöpfen sich nicht in der Verfolgung eines mit der Erbringung von Fernmeldedienstleistungen verbundenen Anspruchs im Sinne des FMG. Vielmehr zielen sie darauf ab, alle über sie in den Datensammlungen der Fernmeldediensteanbieterinnen vorhandenen Daten im Sinne des BÜPF in Erfahrung zu bringen, um deren rechtmässige Bearbeitung zu überprüfen. Dass die in den Datensammlungen erfassten Randdaten der Telekommunikation über die blossen Daten zur Rechnungsstellung hinausgehen, räumen die Fernmeldediensteanbieterinnen denn auch selbst ein. Eingedenk der mit den Gesuchen der Beschwerdeführer verfolgten Zielsetzung bedeutete eine Beschränkung ihres Anspruchs auf das fernmelderechtliche Aus-

kunftsrecht im Ergebnis, sie nicht nur der Möglichkeit zu berauben, die Einhaltung der materiellen Bestimmungen des Datenschutzes zu kontrollieren, sondern auch die Wahrnehmung ihrer übrigen Datenschutzrechte zu vereiteln (vgl. BGE 140 V 464 E. 4.2 S. 465; 139 V 492 E. 3.2 S. 494; 125 II 473 E. 4b S. 476). Dazu gehören namentlich die Ansprüche gemäss Art. 25 Abs. 1 DSG. Danach kann bei Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses vom verantwortlichen Bundesorgan verlangt werden, dass es das widerrechtliche Bearbeiten von Personendaten unterlässt (lit. a), die Folgen eines widerrechtlichen Bearbeitens beseitigt (lit. b), oder die Widerrechtlichkeit des Bearbeitens feststellt (lit. c). Ferner verleiht Art. 25 Abs. 3 lit. a DSG dem Gesuchsteller namentlich das Recht auf Berichtigung unrichtiger Daten (vgl. dazu ferner Art. 5 Abs. 2 DSG). Gegen Verfügungen über solche datenschutzrechtlichen Ansprüche steht den betroffenen Personen der Rechtsweg offen (vgl. Art. 33 Abs. 1 DSG), womit sie die Sache einer Überprüfung durch ein unabhängiges Gericht zuführen können (vgl. JÖHRI, a. a. O., N. 39 zu Art. 25 DSG; MONIQUE STURNY, in: Datenschutzgesetz [DSG], 2015, N. 3 f. zu Art. 33 DSG).

Im hier zu beurteilenden Fall stellen diese Rechte einen wirksamen Grundrechtsschutz sicher, zumal sie die Möglichkeit eröffnen, eine rechtmässige Speicherung und Aufbewahrung von Randdaten der Telekommunikation durch die Fernmeldediensteanbieterinnen gegebenenfalls auch gerichtlich durchzusetzen (vgl. EGMR-Urteil *Zubkov und andere gegen Russland* vom 7. November 2017 [Nr. 29431/05] § 129). Insofern geht es vorliegend nicht an, den Anspruch der Beschwerdeführer im Sinne einer Ausnahme nach Art. 9 Abs. 1 lit. a DSG auf die Daten der Rechnungsstellung zu verkürzen (vgl. dazu auch Erläuterungsbericht des Eidg. Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation [UVEK] vom 15. Oktober 2014 zur Revision von Verordnungen zum FMG, S. 9, wonach Art. 81 Abs. 1 FDV wie bis anhin nicht beabsichtige, etwaige weitergehende, datenschutzrechtliche Auskunftsrechte einzuschränken). Vielmehr können sie sich auf das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht gemäss Art. 8 DSG berufen, um alle Angaben in Erfahrung zu bringen, die sich auf ihre Person beziehen bzw. ihnen zugeordnet werden können (vgl. GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, in: Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl. 2014, N. 23 zu Art. 8 DSG). Soweit die Fernmeldediensteanbieterinnen in diesem Zusammenhang befürchten, die Gesuchsteller könnten durch das Auskunftsrecht sensible Informationen über andere Benutzer ihrer Fernmeldeanschlüsse erhältlich machen, vermag ihr Einwand nicht zu überzeugen. Denn wird ein Auskunftsbegehren einzig zum Zweck gestellt, eine andere Person auszuforschen, erweist es sich als rechtsmissbräuchlich (BGE 138 III 425 E. 5.5 S. 432; GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, a. a. O., N. 9 zu Art. 9 DSG). Ein solches Gebaren verdient von vornherein keinen Rechtsschutz, stellt es doch eine zweckwidrige Verwendung des Auskunftsrechts dar. Überdies ist mit dem EDÖB davon auszugehen, dass einer solchen Missbrauchsgefahr weitgehend mittels geeigneten, auf das jeweilige Kommunikationsmittel abgestimmten Authentifizierungsmassnahmen zur Eruierung des Benutzers eines Fernmeldeanschlusses begegnet werden kann. Inwiefern weitere Vorkehrungen zur Gewährleistung des Persönlichkeitsschutzes und des Fernmeldegeheimnisses von Drittpersonen ergriffen werden müssten, braucht hier nicht weiter geprüft zu werden.

8.3.8. Zur Durchsetzung einer rechtmässigen Datenbearbeitung durch die Bundesorgane steht den betroffenen Personen im Weiteren ein Anspruch auf Löschung bzw. Vernichtung zu (Art. 25 Abs. 3 lit. a DSG), der grundrechtlich geschützt ist (BGE 126 I 7 E. 3c/aa S. 12). Voraussetzung dafür ist, dass die Daten vom verantwortlichen Bundesorgan überhaupt nicht bzw. nicht mehr bearbeitet werden dürfen (vgl. JAN BANGERT, in: Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl. 2014, N. 58 zu Art. 25/25 bis DSG; JÖHRI, a. a. O., N. 29 zu Art. 25 DSG; STURNY, a. a. O., N. 24 zu Art. 25 DSG). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Datenbearbeitung zur Erfüllung der öffentlichen Aufgabe nicht (mehr) erforderlich ist bzw. rechtmässig erhobene Daten zu lange aufbewahrt werden (vgl. BGE 120 Ia 147 E. 2a S. 150; EGMR-Urteil *Zakharov gegen Russland* vom 4. Dezember 2015 [Nr. 47143/06] § 255; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl. 2008, S. 169; KIENER/KÄLIN, Grundrechte, 2. Aufl. 2013, S. 180; SCHWEIZER/RECHSTEINER, in: Datenschutzrecht, 2015, Rn. 2.39).

In seiner aktuellen Fassung sieht Art. 15 Abs. 3 BÜPF eine Aufbewahrungsdauer von sechs Monaten vor, weshalb die gespeicherten Randdaten der Telekommunikation nach deren Ablauf durch die Fernmeldedienstanbieterinnen (unwiderruflich) zu löschen sind, sofern nicht spezielle Rechtfertigungsgründe eine längere Aufbewahrung gebieten (z. B. wenn das Entgelt für eine Fernmeldedienstleistung im Sinne von Art. 80 FDV weiterhin geschuldet ist). Die Lösungsverpflichtung nach sechs Monaten geht denn auch aus den Materialien zum BÜPF hervor (Botschaft vom 1. Juli 1998 zu den Bundesgesetzen betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs und über die verdeckte Ermittlung, BBl 1998 IV 4241, 4268 Ziff. 212.22), weshalb davon auszugehen ist, dass die Telekommunikationsranddaten zur Erfüllung der damit verfolgten Zwecke, insbesondere die Vorratshaltung im Hinblick auf ein allfälliges künftiges Strafverfahren, jedenfalls nach geltendem Recht nicht mehr erforderlich ist. Soweit die Beschwerdeführer unter Hinweis auf BGE 139 IV 98 bezweifeln, dass die Telekommunikationsranddaten tatsächlich nach sechs Monaten gelöscht werden, kann ihnen nicht gefolgt werden. In diesem Urteil entschied das Bundesgericht zwar, dass bei Internetdelikten Art. 14 Abs. 4 BÜPF, der keine zeitliche Befristung für die rückwirkende Datenerhebung enthält, als *lex specialis* dem Art. 273 Abs. 3 StPO vorgeht, der eine Auskunftserteilung bis sechs Monate rückwirkend vorsieht (vgl. E. 4.8 S. 101 f.). In BGE 139 IV 195 sprach es sich jedoch aus Gründen des Schutzes der Privatsphäre der Benutzer und Dritter, wie sie aus den Materialien zum neuen BÜPF hervorgehen, für die Einhaltung der Frist nach Art. 273 Abs. 3 StPO aus, der eine rückwirkende Überwachung für eine Dauer von höchstens sechs Monaten erlaubt (vgl. E. 2.3 S. 197 ff.). In diesem Sinne bestätigen die Fernmeldedienstanbieterinnen im vorliegenden Verfahren denn auch ausdrücklich, dass sie die gespeicherten Randdaten des Fernmeldeverkehrs nach sechs Monaten löschen.

8.3.9. Mit Blick auf die Aufbewahrungsdauer an sich bleibt anzumerken, dass die Aufklärung von Straftaten, welcher die Vorratshaltung von Randdaten der Telekommunikation in erster Linie dient, insbesondere im Bereich der Bekämpfung schwerer Delikte wie Terrorismus oder organisiertes

Verbrechen, oft viel Zeit in Anspruch nimmt. Dabei handelt es sich ausserdem häufig um komplexe und umfangreiche Verfahren, in die viele Personen involviert sind (vgl. THOMAS HANS-JAKOB, Die Vorratsdatenspeicherung in der Schweiz, in: Kriminalstatistik 1/2015, S. 56; DERS., BÜPF/VÜPF, Kommentar zum Bundesgesetz und zur Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, 2. Aufl. 2006, N. 22 zu Art. 5 BÜPF). Vor diesem Hintergrund erweist sich der Aufbewahrungszeitraum von sechs Monaten, während dem die Strafverfolgungsbehörden die strengen Anforderungen für die Anordnung einer rückwirkenden Überwachung nachzuweisen haben (vgl. E. 8.3.2 f. hiervor), nicht als unverhältnismässig lange bemessen. Dies gilt umso mehr, als der EGMR im Entscheid *Zakharov gegen Russland* die im russischen Recht vorgesehene sechsmonatige Aufbewahrungsfrist für (inhaltliche) Überwachungsdaten der Mobilfunkkommunikation als vernünftig bezeichnete (EGMR-Urteil vom 4. Dezember 2015 [Nr. 47143/06] § 255).

8.4. Bei einer gesamthaften Betrachtung trifft es zwar zu, dass bei der Vorratshaltung von Randdaten der Telekommunikation sehr grosse Mengen an Daten erfasst werden und die Speicherung und Aufbewahrung alle Benutzer von Fernmeldediensten gleichermaßen trifft, ohne dass diese Personen konkret Anlass zur Strafverfolgung geboten hätten. Auch ist nicht auszuschliessen, dass bereits das Wissen um die Datenerfassung und -aufbewahrung geeignet ist, das Kommunikationsverhalten zu beeinflussen. Die Beschwerdeführer berufen sich insoweit zu Recht auf ihre konventions- und verfassungsrechtlich geschützten Grundrechtspositionen. Diesen Schutzanliegen stehen jedoch gewichtige, im Gemeinwohl liegende Interessen am Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sowie der öffentlichen Gesundheit entgegen, welche die Vorratshaltung der Telekommunikationsranddaten zu wahren bezweckten. Ausserdem ist die Eingriffsintensität insoweit zu relativieren, als es sich bei den gespeicherten und aufbewahrten Informationen lediglich um mit dem Fernmeldeverkehr verbundene, äussere Daten handelt, die nicht den Inhalt der Kommunikation betreffen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer werden die Randdaten überdies auf der Stufe der Speicherung und Aufbewahrung bei den einzelnen Fernmeldedienstanbieterinnen weder gesichtet noch miteinander verknüpft, weshalb auch keine sensiblen Profile erstellt werden können. Die Strafverfolgungsbehörden haben keinen unmittelbaren und uneingeschränkten Zugriff darauf. Vielmehr müssen die qualifizierten, in der StPO festgelegten Voraussetzungen erfüllt werden, damit eine rückwirkende Überwachung des Fernmeldeverkehrs vorgenommen werden kann.

Schliesslich sehen die datenschutzrechtlichen Bestimmungen zahlreiche wirksame und angemessene Garantien zum Schutz vor Missbrauch und behördlicher Willkür vor, denen ein automatisches System der Datenerfassung naturgemäss ausgesetzt ist. Insoweit können in der hier zu beurteilenden Speicherung und Aufbewahrung von Randdaten des Fernmeldeverkehrs keine Vorkehrungen erblickt werden, mit denen der demokratische Rechtsstaat mit der Begründung, ihn zu verteidigen, untergraben oder gar zerstört würde. Unter Berücksichtigung, dass der EGMR den Konventionsstaaten im Rahmen von Art. 8 EMRK einen gewissen Ermessensspielraum zugesteht und

er sich in seiner Rechtsprechung (noch) nicht einlässlich mit der Frage der Vorratshaltung von Randdaten der Telekommunikation befasst hat, erscheinen die Einschränkungen des Rechts auf Achtung des Privatlebens und des Anspruchs auf informationelle Selbstbestimmung nicht als unverhältnismässig. Kann mit anderen Worten nicht von vornherein auf die Konventionswidrigkeit des schweizerischen Systems der Vorratsdatenspeicherung geschlossen werden, überwiegen bei einer Gesamtwürdigung aufgrund des Vorerwähnten die öffentlichen Interessen an der Aufklärung von Straftaten bzw. an der Wahrung der öffentlichen Gesundheit die privaten Interessen der Beschwerdeführer an der Löschung resp. Unterlassung einer künftigen Speicherung ihrer Telekommunikationsranddaten.

Die Rüge der Verletzung von Grundrechten, insbesondere Art. 8 EMRK und Art. 13 BV, erweist sich somit als unbegründet. Die von den Beschwerdeführern angeführten Urteile ausländischer Verfassungsgerichte sowie die weiteren von ihnen beigebrachten Dokumente und Stellungnahmen vermögen an dieser Beurteilung nichts zu ändern. Da der Eingriff insoweit gerechtfertigt ist, bedarf es entgegen ihrer Auffassung überdies keiner Einwilligung in die Speicherung und Aufbewahrung der Randdaten ihres Fernmeldeverkehrs.

- 1 **Anmerkungen** Der vorliegende Entscheid ist aus mehreren Gründen nicht überzeugend (vgl. hierzu Michael Reinle und Lukas Bühlmann in mll-news.com vom 15. April 2018). Mit einem formell-rechtlich zwar korrekten, nichtsdestotrotz aber nicht überzeugenden Winkelzug unterscheidet das Bundesgericht zwischen der Speicherung der Kommunikationsranddaten durch die Telekommunikationsdienstleister einerseits und der Weitergabe und Bearbeitung dieser Daten durch die Strafverfolgungsbehörden. Das Bundesgericht hatte im vorliegenden Verfahren den Zugriff auf die Daten durch die Strafverfolgungsbehörden nicht zu beurteilen. Diese Aufteilung ist jedoch nicht überzeugend. Die zweite Phase ist bereits bei der Beurteilung der ersten Phase zu berücksichtigen, da beide sich nicht einfach voneinander trennen lassen. Dies zeigt sich z. B. daran, dass das Bundesgericht bei der Prüfung des öffentlichen Interesses auf das öffentliche Interesse an der Aufklärung von Straftaten zurückgreifen muss. Auch bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit beurteilte das Bundesgericht insbesondere, ob die Vorratsdatenspeicherung für die Zwecke der Strafverfolgung geeignet und erforderlich ist.
- 2 Die Frage der Vorratsdatenspeicherung beschlägt ein Thema, welches leider in der Schweiz im Vergleich z. B. zu Deutschland nur ungenügend diskutiert wird. Es geht um die Frage, ob Unternehmen dazu verpflichtet werden dürfen, Daten von Bürgern zu beschaffen bzw. zu speichern, auf welche sodann die Strafverfolgungsbehörden Zugriff erhalten. Es ist hierbei zu beachten, dass diejenigen Randdaten, welche für den «gewöhnlichen» Geschäftsbetrieb der Telekommunikationsdienstleister nicht erforderlich sind, ausschliesslich für die Zwecke der Strafverfolgung bzw. Gefahrenabwehr gespeichert werden. Dies anerkennen auch das Bundesgericht und seine Vorinstanz. Die Telekommunikationsdienstleister werden damit gesetzlich zu Hilfspolizisten. Dies ist rechtsstaatlich umso problematischer, als die Telekommunikationsranddaten anlasslos von jedem Kommunikationsteilnehmer, d. h. jedem Bürger, gespeichert werden. Ein strafprozessual relevanter Verdacht ist keine Voraussetzung für die Daten-

speicherung. Die Strafverfolgungsbehörden dürften dagegen erst bei hinreichendem Verdacht auf eine Straftat aktiv werden und Ermittlungsverfahren durchführen. Bei gewissen Zwangsmassnahmen ist gar ein dringender Tatverdacht notwendig. Die Telekommunikationsdienstleister müssen die Kommunikationsranddaten in einem Zeitpunkt für Strafverfolgungszwecke beschaffen und speichern, in welchem die Strafverfolgungsbehörden selber nicht aktiv werden dürften (siehe zu dieser Problematik im Zusammenhang mit der Transaktionsüberwachung aller Bankkunden und weiteren Massnahmen aus dem Geldwäschereigesetz Michael Reinle, Terrorismusfinanzierung – Einige Gedanken aus Sicht des Bankkunden, in: Juchli/Würmli [Hrsg.], Auswirkungen des Terrorismus auf Recht, Wirtschaft und Gesellschaft, Bern 2006, 113 ff. mit zahlreichen Hinweisen auf die deutsche Diskussion). Die Voraussetzung, dass die Strafverfolgungsbehörden und damit der Staat nicht ohne einen Tatverdacht in die Grundrechte, insbesondere auch in die Privatsphäre des Bürgers eingreifen dürfen, ist eine elementare Grundüberzeugung des liberalen, demokratischen Rechtsstaates. Mitunter dieses Element unterscheidet den liberalen Rechtsstaat von Diktaturen und autoritären Systemen. Der liberale Rechtsstaat akzeptiert damit, dass es Grenzen der Strafverfolgung gibt. Es überrascht daher, dass Politiker, welche im Zusammenhang mit der Vorratsdatenspeicherung an vorderster Front um den Rechtsstaat kämpfen, sehr wenig oder überhaupt keine Probleme haben, wenn dieselben Bürger, welche sie hier verteidigen, in deren Funktion als Bankkunden noch viel substanzielleren Überwachungsmassnahmen ausgesetzt sind.

- 3 Der Entscheid ist auch aus medienrechtlicher Sicht von Bedeutung. Die Vorratsdatenspeicherung führt zu einer weiteren Gefährdung des journalistischen Quellenschutzes. Die Masse der Daten, welche im Zusammenhang mit der Vorratsdatenspeicherung gesammelt werden, kann die Identifikation von Quellen erleichtern. Diese Gefahr bestand bereits unter dem alten BÜPF. Unter dem neuen BÜPF wird die Anzahl der betroffenen Telekommunikationsdienstleister noch erhöht. Nebst den Telekommunikationsdienstleistern im engeren Sinne werden neu auch weitere Anbieter von Kommunikationsdiensten dem BÜPF unterworfen. Dies wiederum erhöht die Anzahl der Daten und damit die Wahrscheinlichkeit, dass sich aus den Daten Quellen von Journalisten entdecken lassen. Das Bundesgericht würde hier argumentieren, dass diese Gefahr für den Quellenschutz erst mit dem Zugriff der Strafverfolgungsbehörden entsteht. Dies verkennt jedoch, dass die Gefährdung des Quellenschutzes bereits mit der Erfassung und Speicherung der Daten entsteht. Die Massnahmen zum Quellenschutz im Strafverfahren vermögen diese Gefährdung nicht zu vermindern. Der Quellenschutz basiert auf folgenden Elementen: Zeugnisverweigerungsrecht (Art. 28a StGB i. V. m. 172 StPO), Beschlagnahmeverbot (Art. 264 Abs. 1 lit. c StPO) sowie eine sog. Aussonderungspflicht bei Überwachungsmassnahmen (Art. 271 StPO). Dieser theoretisch gut durchdachte Quellenschutz ist in der Praxis sehr löchrig (siehe hierzu Györfy, Quellenschutz im Strafprozess, *medialex* 6/2016). Einen effektiven Schutz bietet an sich nur das Zeugnisverweigerungsrecht, da der Journalist dort die Herausgabe von Informationen aktiv verhindern kann. Das Zeugnisverweigerungsrecht hilft jedoch z. B. bei Durchsuchungen und bei geheimen Überwachungsmassnahmen nicht. Auch ein Journalist muss Durchsuchungen dulden. Immerhin kann er bei der Beschlagnahme von Unterlagen eine Siegelung verlangen (Art. 264 Abs. 3 StPO). Keinen

Einfluss hat der Journalist dagegen, wenn für den Quellenschutz relevante Unterlagen bei Dritten, z. B. bei der Quelle selbst, beschlagnahmt werden. Bei diesen Unterlagen gilt zwar ebenfalls ein Beschlagnahmeverbot, doch kann dieses nur die Drittperson und nicht der Journalist geltend machen. Noch schwieriger ist die Sicherstellung des Quellenschutzes bei Überwachungsmassnahmen und damit auch bei der vorliegend interessierenden Auswertung von gespeicherten Kommunikationsranddaten. Da die Beschaffung der Informationen hier nicht direkt beim Journalisten erfolgt, helfen weder das Zeugnisverweigerungsrecht, noch das Beschlagnahmeverbot. Die Überwachung erfolgt zudem geheim. Der Journalist kann selber nicht aktiv eingreifen. Vielmehr wäre es gemäss Art. 271 StPO die Aufgabe des Zwangsmassnahmegerichts bei Überwachungen die Informationen auszusondern, bei denen ein Zeugnisverweigerungsrecht oder ein Beschlagnahmeverbot besteht. Die Informationen sind aus den Akten auszusondern und zu vernichten. Die Strafverfolgungsbehörden sollen von diesen Informationen keine Kenntnis erhalten. Diese hehre Idee lässt sich faktisch nicht umsetzen. Dies deshalb, weil die Strafverfolgungsbehörden die Überwachung anordnen und das Zwangsmassnahmegericht die Überwachung erst danach genehmigen muss (Art. 274 StPO). Dadurch kann die Aussonderung regelmässig gar nicht vor der möglichen Kenntnisnahme der Informationen durch die Strafverfolgungsbehörden erfolgen, zumindest nicht bei der Direktschaltung bzw. Echtzeitüberwachung. Bei den gespeicherten Randdaten könnte man dies allenfalls theoretisch sicherstellen, doch wird dies in der Praxis nicht so gehandhabt. Dass sich die Strafverfolgungsbehörden für solche Randdaten interessieren, hat der Fall «Ritzmann/Mörgeli» (BezGer ZH, 5.12.2014, GG140151; Oger ZH, 1.12.2015, SB150090) gezeigt. Aufgrund der Auswertung von Randdaten hat die Staatsanwaltschaft in besagtem Fall Ermittlungen gegen Frau Ritzmann eingeleitet. Das Vorgehen der Staatsanwaltschaft war rechtsstaatlich insofern bedenklich, als die Randdaten ausgewertet wurden, um überhaupt erst einen Tatverdacht zu gewinnen. Zudem wurden die Voraussetzungen für geheime Überwachungsmassnahmen nach Art. 269 ff. StPO nicht eingehalten. Daher haben die Gerichte auch ein Beweisverwertungsverbot ausgesprochen.

- 4 Für den Quellenschutz bei geheimen Überwachungen durch die Strafverfolgungsbehörden gibt es kein Patentrezept. Es wird jedoch auch keine Entwicklung zu einer besseren Lösung stattfinden, wenn die Problematik im öffentlichen Diskurs, in der Politik und in der Juristerei kaum zur Kenntnis genommen wird.

Dr. Michael Reinle, LL. M. Rechtsanwalt,
Meyerlustenberger Lachenal AG, Zürich

Secret des sources: La Cour européenne des droits de l'homme renforce sa protection

Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 5 octobre 2017
«Affaire Becker c. Norvège» (No. 21272/12)

Zusammenfassung Basierend auf seiner ständigen Rechtsprechung, nach der der Quellenschutz auf eine extensive Art zu schützen ist, bestätigt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), dass ein Medienschaffender sich auch dann auf den Quellenschutz berufen kann, wenn sich die Quelle selbst öffentlich geäußert hat. Der EGMR gewährt zwar nicht einen unlimitierten Schutz der Quelle, sondern verlangt, dass eine Interessenabwägung vorgenommen wird. Diese jedoch muss der potenziell abschreckenden Wirkung («chilling effect»), welche aus einem ungenügenden Schutz der Quelle resultieren kann, Rechnung tragen.

Résumé Dans la continuité de sa jurisprudence protégeant le secret des sources de façon plutôt extensive, la CrEDH confirme qu'un professionnel des médias a le droit de se prévaloir du secret des sources même si la source elle-même s'est annoncée comme telle. La CrEDH ne va cependant pas jusqu'à accorder une protection illimitée au secret des sources mais confirme qu'il faut procéder à une pesée des intérêts. Cette pesée des intérêts doit tenir compte du potentiel effet dissuasif («chilling effect») qui pourrait résulter d'une protection insuffisante des sources.

Mots-clefs Protection des sources

Bestimmungen Art. 10 CEDH

Faits (résumé)

1. La requérante, Cecilie Becker, est une journaliste travaillant pour le site internet DN.no, édition en ligne du quotidien norvégien Dagens Naeringsliv.

2. Le vendredi 24 août 2007, un certain M. X contacta la requérante en lui faisant parvenir un courrier qui donnait l'impression que des investisseurs de la «Norwegian Oil Company» (DNO) s'inquiétaient des liquidités de cette société, de sa santé financière et de son futur.

3. Le lendemain, la requérante publia un article intitulé « Craintes que DNO s'effondre » («Frykter at DNO rakner»), dans lequel elle exprimait de sérieuses inquiétudes sur DNO. L'article reposait essentiellement sur le courrier transmis par M. X.

4. Le lundi 27 août 2007, soit le premier jour d'ouverture de la bourse après la publication de l'article, le cours de l'action de DNO baissa de 4.1%.

5. La bourse d'Oslo soupçonna qu'une personne ait tenté de procéder à un délit d'initié suscitant de fausses informations.

6. L'autorité de surveillance des marchés financiers porta ses soupçons vers M. X, lequel confirma avoir été à l'origine du courrier et donc être la source de l'article de DN.no.

7. La requérante fut entendue par la police le 19 juin 2008. Cette dernière l'informa que M. X lui avait déclaré avoir remis la lettre à la requérante. La police présenta également une déclaration écrite signée de la main de M. X confirmant cette affirmation.

8. La requérante confirma qu'elle avait reçu un fax le 24 août à 17h35 et qu'elle avait publié l'article sur DN.no à 3 heures du matin le jour suivant. Elle déclara qu'elle ignorait combien de personnes pouvaient se trouver derrière cette lettre, si ce n'est qu'elle était signée au nom de plusieurs investisseurs. La requérante refusa de donner plus d'informations, se prévalant du secret des sources.

9. Dans le cadre de la procédure pénale introduite à l'encontre de M. X en février 2011, la requérante fut entendue comme témoin.

10. Elle refusa de répondre aux questions sur des potentiels contacts entre elle et M. X et d'autres sources.

11. À l'appui de son refus, la requérante se prévalut de l'art. 125 du code de procédure pénale norvégien (CPP) et de l'art. 10 CEDH.

12. Le procureur de l'affaire demanda à ce que le Tribunal oblige la requérante à témoigner.

13. Par décision du 15 février 2011, le Tribunal rendit une décision par laquelle il obligea la requérante à témoigner, uniquement afin de déterminer si M. X avait été en contact avec la requérante.

14. Le 3 mars 2011, le Tribunal condamna M. X à une peine de 18 mois de prison, dont 9 avec sursis pendant 2 ans.

15. Le jugement condamnant M. X contenait l'indication que la requérante s'était prévalu de la protection des sources, mais que le cas avait été suffisamment instruit pour être jugé.

16. M. X fit appel de sa condamnation.

17. En parallèle, la requérante fit appel de la décision du 15 février 2011 l'intimant de témoigner auprès du Tribunal supérieur.

18. Ce dernier rejeta son appel par décision du 28 avril 2011.

19. La requérante recourut contre cette dernière décision auprès de la Cour suprême norvégienne, laquelle rendit une décision à une courte majorité (3 voix contre 2).

20. Selon l'opinion majoritaire de la Cour suprême, le législateur, dans ses travaux préparatoires, n'avait pas anticipé la question sur laquelle elle était amenée à se prononcer. En substance, il lui appartenait de déterminer si le droit de ne pas répondre aux questions pouvait aussi être invoqué lorsque la source elle-même avait donné des éléments relatifs à son rôle et avait confirmé être la source.

21. Selon la Haute Cour norvégienne, obliger une journaliste à témoigner dans un tel cas de figure n'aurait pas pour effet d'affaiblir l'intérêt public général à ce que la presse protège ses sources. À l'appui de sa décision, la Cour suprême examina la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CrEDH), laquelle n'avait pas encore rendu de décision dans un même cas de figure.

22. Pour ces motifs, la Cour suprême rejeta l'appel de la requérante.

23. La minorité de la Haute Cour norvégienne considéra en revanche qu'en confirmant que M. X était sa source, la requérante aurait pu révéler involontairement d'autres sources potentielles.

24. Selon la minorité, la protection des sources du journaliste était une des conditions de base de la liberté de la presse. Le but de cette disposition n'était pas de protéger la source, mais de garantir l'intérêt public d'une presse libre. Par ailleurs, il pourrait arriver des situations où un tiers déclare faussement être la source, ce qui pourrait permettre, par un processus d'élimination, d'identifier la source principale.

25. En parallèle à son recours auprès de la Cour suprême, la requérante fut à nouveau appelée à témoigner sur ses contacts avec M. X dans le cadre de la procédure d'appel de M. X par devant le tribunal de 2^e instance. Elle refusa à nouveau de répondre aux questions sur un potentiel contact avec M. X.

26. Suite à son refus, le tribunal de 2^e instance condamna la requérante le 25 janvier 2012 au paiement d'une amende de 30'000 couronnes norvégiennes, représentant approximativement 3'600 francs. La requérante ne fit pas appel de cette condamnation.

27. Par jugement du même jour, le tribunal de 2^e instance condamna M. X à une peine de 18 mois d'emprisonnement.

Considérants en droit (résumé)

a. Le droit national

28. Le droit national prévoit à son art. 125 CPP la formulation suivante:

«L'éditeur d'un média imprimé peut refuser de répondre à des questions concernant l'auteur d'un article ou d'un rapport dans une publication ou la source de toute information contenue dans celle-ci. La même disposition s'applique concernant l'identité de la source d'autres informations qui ont été confiées à l'éditeur dans le cadre de son travail [...]

Lorsque l'intérêt public indique que l'information doit être donnée et est de valeur substantielle pour l'élucidation d'un cas, le tri-

bunal peut, cependant, en procédant à une analyse globale, exiger du témoin qu'il révèle le nom. Si l'auteur ou la source a révélé des éléments qui étaient importants d'être divulgués au regard de l'intérêt public, le témoin peut être contraint de révéler le nom que si cela est particulièrement nécessaire [...].

29. En cas d'inapplication de l'art. 125 CPP, c'est l'art. 108 CPP qui prévaut et qui a la teneur suivante:

«Sauf si une loi prévoit le contraire, toute personne appelée à comparaître comme témoin est tenue de le faire et de déposer par devant le tribunal.»

b. L'art. 10 CEDH

30. La requérante se plaint d'une violation de l'art. 10 de la CEDH, dont la teneur est la suivante:

«Liberté d'expression

1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.»

c. La forme

31. La requérante fait appel du jugement de 1^{ère} instance l'enjoignant à témoigner par devant le tribunal de 2^e instance et la Cour suprême. La requérante n'a pas fait appel de la décision l'enjoignant de payer une amende de 30'000 couronnes norvégiennes. Le gouvernement norvégien a compris le recours de la requérante quant à l'injonction de témoigner, sans relever l'absence d'épuisement des voies de droit nationales.

32. Dans la mesure où la requête à la CrEDH n'est pas manifestement infondée au sens de l'art. 35 al. 3 CEDH, la CrEDH décide d'entrer en matière.

d. Le fond

33. La requérante soutient que l'ordre lui intimant de révéler sa source est une violation de l'art. 10 CEDH. Selon la formulation de l'art. 125 CPP, il n'y a pas d'exception pour les cas où la source est connue, aucune jurisprudence antérieure ne venant soutenir cet élément.

34. En outre, la requérante rappelle que le fait qu'une personne ait déclaré être la source ne peut obliger le journaliste à confirmer ou infirmer l'identité de celle-ci. Tout le raisonne-

ment de la Cour suprême norvégienne portait du principe que la source présumée était effectivement la source de l'article et que, partant, il n'y avait aucun risque à révéler son identité. Toujours selon la requérante, s'il avait été certain que la source présumée était bien «la» source, il n'y aurait eu aucun motif de faire témoigner la journaliste. De surcroît, si des futures sources potentielles devaient apprendre que leur identité pouvait être investiguée par la police, cela aurait un «chilling effect» évident sur ces sources. Finalement, la requérante relève encore que le procureur, devant le tribunal de première instance, avait déclaré n'avoir pas besoin du témoignage de la requérante afin de pouvoir démontrer la culpabilité de M. X.

35. Le gouvernement norvégien considère en revanche que l'art. 125 CPP ne permet pas aux journalistes de s'exempter de l'obligation de témoigner dans les cas où l'identité de la source est déjà connue.

36. Par ailleurs, le gouvernement soutient que le Tribunal poursuit un but légitime, à savoir la prévention du crime ainsi que la protection des entreprises et des investisseurs du marché. Qui plus est, l'injonction de témoigner ordonnée à la requérante était limitée à ses contacts avec M. X. La limitation de la protection des sources dans le cas d'espèce n'aurait aucun «chilling effect» sur la volonté de futures sources de fournir des informations à des journalistes ni ne pourrait être préjudiciable au travail journalistique.

37. Finalement, le gouvernement insiste sur la gravité du délit d'initié dont s'est rendu coupable M. X et sur le fait qu'une obligation de dévoiler certaines sources par des journalistes pourrait exister en faveur des journalistes, afin d'éviter que ces derniers soient trompés par des tiers dans le but de commettre des infractions pénales.

38. Dans son analyse, la CrEDH constate que les parties concluent toutes deux à une atteinte aux droits de la requérante selon l'art. 10 al. 1 CEDH. Il faudra dès lors déterminer si cette atteinte est justifiée selon l'al. 2 du même article. Cette analyse se limitera ainsi à déterminer si cette atteinte est «prescrite par la loi» et si elle est «nécessaire dans une société démocratique».

39. La CrEDH rappelle qu'afin que l'atteinte soit considérée comme étant prescrite par la loi, il doit non seulement exister une base légale dans le droit national, mais cette dernière doit présenter une qualité suffisante. Cette loi doit être suffisamment accessible et prévisible, à savoir être formulée avec suffisamment de précision pour permettre aux justiciables de s'y conformer.

40. En l'espèce, l'ordre intimant à la requérante de témoigner était basé sur les art. 108 et 125 CPP. La Cour suprême norvégienne a conclu que l'art. 125 CPP était inapplicable et que, partant, la requérante était obligée de témoigner sur la base de l'art. 108 CPP.

41. Pour ces motifs, la CrEDH considère que la première condition est remplie.

42. La CrEDH examine ensuite si l'atteinte est nécessaire dans une société démocratique, en examinant sa jurisprudence précédente. Dans les affaires *Goodwin* du 27 mars 1996 et *Sanoma* du 14 septembre 2010, la CrEDH relevait l'importance de la protection des sources comme base de la liberté de la presse et concluait que sans une telle protection, le rôle de garde-fou de la presse aux yeux du public serait atteint. Dans l'affaire *Fi-*

nancial Times du 15 décembre 2009, la CrEDH relevait également l'impact que pourrait avoir une divulgation de l'identité d'une source sur la réputation du média aux yeux du public, dans la mesure où tout un chacun constitue une source potentielle d'information. Finalement, se référant à une affaire *Voskuil* du 22 novembre 2007, la CrEDH a considéré que l'exigence de la tenue d'un procès équitable ne saurait justifier en tant que telle l'obligation pour un journaliste de révéler sa source.

43. En l'espèce, la CrEDH relève que la requérante n'a pas fait l'objet d'allégations quant à une activité illicite de sa part, mis à part pour son refus de témoigner.

44. La CrEDH confirme qu'elle n'a pas été amenée à considérer la question qui lui était posée dans une jurisprudence antérieure. Elle considère que le comportement de la source ne peut jamais être déterminant, mais uniquement constituer un facteur à prendre en considération dans la balance des intérêts.

45. De façon générale, la CrEDH estime que la protection des sources garantie par l'art. 10 CEDH ne peut disparaître par le simple comportement de la source en question.

46. À l'appui de son raisonnement, la CrEDH rappelle que la protection des sources est double: elle s'applique non seulement au journaliste, mais également à la source qui offre d'assister la presse en fournissant à cette dernière des informations au public. Par conséquent, les circonstances quant à la motivation de M. X de se présenter comme «source» auprès de la requérante et ses déclarations dans la procédure pénale à son encontre laissent entendre que le niveau de protection de l'art. 10 CEDH ne peut être de même niveau que lorsque les journalistes ont été informés par des personnes demeurant inconnues.

47. Selon la CrEDH, la question de déterminer si l'injonction de témoigner était nécessaire au sens de l'art. 10 al. 2 CEDH doit s'analyser à la lumière de l'enquête menée dans le cadre de la procédure pénale à l'encontre de M. X. Ce dernier n'a par ailleurs pas argué du fait qu'il était nécessaire que la requérante témoigne afin d'assurer ses droits de défense.

48. Quant à l'argument de la prévention du crime, il faut prendre en considération la gravité des infractions reprochées à M. X, pour lesquelles il a finalement été condamné à 18 mois d'emprisonnement.

49. La CrEDH note que le refus de la requérante de témoigner n'a pas empêché d'une quelconque manière l'avancement de l'enquête ou de la procédure à l'encontre de M. X. Le procureur a même déclaré que le cas était suffisamment établi, notwithstanding l'absence de témoignage de la requérante. Le procureur n'a par ailleurs pas requis de suspension du procès pénal après que la requérante a fait appel de son injonction de témoigner.

50. Dans un dernier élément, la CrEDH a considéré dans des précédentes jurisprudences qu'un «chilling effect» se produit dès lors que les journalistes doivent collaborer afin d'identifier des sources anonymes. Même si le témoignage de la requérante aurait été limité à la divulgation de ses contacts avec M. X, la CrEDH considère que les circonstances du présent cas ne sont pas suffisantes pour forcer la requérante à témoigner.

51. Compte tenu de ce qui précède, la CrEDH considère qu'il y a eu une violation de l'art. 10 CEDH.

-
- 1 Annotations** La Cour européenne des droits de l'homme (CrEDH) confirme par le présent arrêt sa tendance jurisprudentielle à reconnaître de façon plutôt large la protection des sources journalistiques (voir à ce propos: http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Journalistic_sources_FRA.pdf)
- 2** Dans son appréciation de la notion de protection des sources, la CrEDH relève que l'art. 10 CEDH protège non seulement le contenu et par extension la diffusion des informations, mais également les moyens par lesquels les informations sont diffusées.
- 3** La protection accordée aux journalistes par la CrEDH est ainsi très étendue. Elle constitue une garantie fondamentale de la liberté de la presse en tant que «4^e pouvoir».
- 4** Dans l'arrêt fondamental de la CrEDH relatif à la protection des sources (Goodwin c. Royaume-Uni), la CrEDH relève que *«l'absence d'une telle protection [la protection des sources] pourrait dissuader les sources journalistiques d'aider la presse à informer le public sur des questions d'intérêt général. En conséquence, la presse pourrait être moins à même de jouer son rôle indispensable de «chien de garde» et son aptitude à fournir des informations précises et fiables pourrait s'en trouver amoindrie»*.
- 5** En droit suisse, le secret de rédaction est garanti par l'art. 17 al. 3 de la Constitution fédérale. Ce droit fondamental est concrétisé par la protection des sources figurant aux art. 28a CP et 172 CPP en matière pénale, ainsi que par l'art. 166 al. 1 lit. e CPC en matière civile.
- 6** La protection des sources en droit suisse n'est cependant pas absolue. L'art. 172 al. 2 CPP prévoit des exceptions à celle-ci: lorsque le témoignage est nécessaire pour «porter secours à une personne dont l'intégrité physique ou la vie est directement menacée» ou lorsqu'à défaut de témoignage, une infraction grave ne pourrait être élucidée. Par infraction grave, on entend notamment un homicide, un crime passible d'une peine privative de liberté d'au moins 3 ans ou des infractions spécifiques listées à l'art. 172 al. 2 lit. b. ch. 3 et 4 CPP.
- 7** Dans un arrêt du 31 janvier 2014 (Arrêt du TF 1B_293/2013, Medialex 2014, p. 70), le TF a confirmé qu'un journaliste ne pouvait pas se prévaloir de la protection des sources en lien avec un article concernant la scène du cannabis à Bâle, dans lequel était interviewé un dealer réalisant plus de 10'000 francs de chiffre d'affaires annuel. Selon le TF, le fait de réaliser un tel chiffre d'affaires était constitutif d'une infraction grave à la LStup, de sorte qu'il s'agissait d'une exception de l'art. 172 al. 2 lit. b ch. 4 CPP.
- 8** Au contraire du catalogue d'exceptions figurant à l'art. 172 CPP, l'art. 10 CEDH ne prévoit pas de liste d'exceptions à la protection des sources. Selon l'art. 10 CEDH, un devoir de collaborer n'existe que lorsqu'un intérêt public prépondérant existe (cf. arrêt Goodwin op. cit.)
- 9** Dans la présente affaire, force est de constater que la CrEDH a confirmé que la requérante pouvait se prévaloir du secret des sources, même si la source s'était annoncée comme telle.
- 10** On peut cependant se demander si un tel arrêt renforce réellement la protection des sources eu égard à sa motivation.
- 11** Dans son raisonnement, la CrEDH a procédé à une pesée des intérêts à la lumière des éléments faisant l'objet de la procédure pénale à l'encontre de M. X. L'élément qui semble être déterminant pour la CrEDH est le fait que l'instruction de cette procédure pénale ait pu être menée sans encombre et que, par extension, la condamnation de M. X ait pu être obtenue sans le témoignage de la journaliste.
- 12** Partant, si le témoignage de la journaliste avait été déterminant afin d'élucider les faits concernant M. X, est-ce que la CrEDH aurait tout de même fait prévaloir la protection des sources? Rien n'est moins sûr. À la lecture du jugement, la CrEDH insiste sur le fait que le témoignage de la requérante n'était pas déterminant. Cet élément-là apparaît comme capital dans le raisonnement de la Cour. On peut dès lors raisonnablement penser que la CrEDH se serait peut-être prononcée en défaveur de la protection des sources si le témoignage de la requérante s'était avéré décisif pour élucider les faits relatifs à la procédure pénale contre M. X.
- 13** D'apparence séduisante, le jugement laisse entendre un renforcement de la protection des sources même dans les cas où la source s'était auto-annoncée comme telle.
- 14** Cependant, il est regrettable que la motivation de cet arrêt ne soit pas aussi franche et tranchante que le laissait présager la décision. Face aux incertitudes que laissent paraître la motivation de la Cour, il se pourrait que, dans une autre affaire, le professionnel des médias soit contraint de dévoiler ses sources si cela devait s'avérer déterminant pour élucider une procédure pénale.

Kevin Guillet, Avocat, Lausanne

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 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 étonnamment courts et d'une superficialité évidente, la mise en balance nécessaire des intérêts n'a pratiquement pas lieu. De plus, les demandes en matière de la preuve de la vérité paraissent exagérées. Enfin, la Cour ordonne, sans aucune explication, la suppression totale de l'article au lieu de la seule suppression des mots ou des phrases considérés comme illicites.

Stichworte Persönlichkeitsverletzung, Unlauterkeit, Rechtfertigungsgründe, Urteilspublikation

Bestimmungen Art. 28 ZGB, Art. 3 UWG

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 Societé 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.

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.

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») kon-

frontiert 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 beklagtischenseits 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 Medienfrei-

heit – 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 «Kursschwankungen» 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. Urteilspublikation

Die Beklagten berichteten aktenkundig mehrfach über diesen Prozess. Eine Urteilspublikation im Umfang der Klageguthesung erweist sich vor diesem Hintergrund als verhältnismässig, zumal sich die beklagte Internetpublikation 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 Klageguthesung.

- 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 als auch 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 Artikeltitle 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 parallelierte die Schwierigkeiten, die beide sowohl reputationsmässig als auch 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 folgenden 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) Schuldgeständnis 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» als auch vor allem der Realität des amerikanischen Rechtssystems vorbei. Warum ein förmliches Schuldgeständnis in einem strafrechtlichen Verfahren medienrechtlich weniger als ein Urteil wiegen soll, ist unerfindlich.
- 6 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).

- 7 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.

Dr. Matthias Schwaibold, Rechtsanwalt, Zürich

Weitere Entscheidungen

Autres décisions

Die Übersicht umfasst Entscheidungen schweizerischer Instanzen auf Bundesebene sowie Urteile des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, die zwischen dem 1. November 2017 und dem 31. Oktober 2018 im *medialex*-Newsletter publiziert worden sind und aus schweizerischer, medienrechtlicher Optik interessant erscheinen.

1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht – Droits constitutionnel et administratif

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

18-1 Das EDA darf Namen von NGOs, die von ihm in Israel unterstützt werden, wegen Beeinträchtigung ausserpolitischer Interessen zurückhalten | Art. 5 und 7 BGÖ | Empfehlung des Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 9. November 2017 in Sachen X. gegen EDA

18-2 Der Zugang zu den Abluftdaten am Kamin des Kernkraftwerks Leibstadt ist Greenpeace zu gewähren – das öffentliche Interesse an der Transparenz geht dem Geheimhalteinteresse der KKW-Betreiberin vor. | Art. 5, 7, 11 BGÖ, Art. 4 Aarhus-Konvention, Art. 4 und 19 DSG | Urteil des Bundesgerichts vom 27. September 2017 (1C_394/2017)

18-3 An der Offenlegung von Zwischenfällen im öffentlichen Verkehr besteht ein erhebliches öffentliches Interesse, weshalb einem Journalisten der Zugang zu den Einträgen der wichtigsten Transportunternehmen in der Neuen Ereignisdatenbank zu gewähren ist. | Art. 7, 9 BGÖ, Art. 19, 19bis DSG | Urteil des Bundesgerichts vom 27. September 2017 (1C_428/2016)

18-4 Weder spezialgesetzliche Bestimmungen noch überwiegende private oder öffentliche Interessen vermögen eine Verweigerung des Zugangsrechts zu den Vollzugsdaten betreffend die CO2-Emissionsvorschriften für Personewagen zu rechtfertigen. | Art. 4, 5, 7, 11 BGÖ, Art. 9 BV, Art. 23 CO2-Verordnung | Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. Oktober 2017 (A-6755/2016)

18-5 Umstrittene Schwärzungen durch den NDB bei Einsicht in ein Dossier der Bundesanwaltschaft, das im Bundesarchiv liegt, u.a. zum Schutz der Anonymität ausländischer Partnerdienste sind zulässig | Art. 3 und 9 DSG, 35 NDG, Art. 29 Verordnung über den Nachrichtendienst | Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. November 2017 (A-5290/2016)

18-6 Die Ombudskom unterliegt dem Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes und soll Auskunft über die statistische Auswertung der Schlichtungsfälle geben | Art. 2, 3, 4 und 7 BGÖ | Empfehlung des Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 2. Februar 2018

18-7 Strafbescheide der Eidg. Steuerverwaltung unterliegen dem Öffentlichkeitsprinzip, soweit sie anonymisiert werden können. | Art. 26-28 VwVG, Art. 3, 4 und 9 BGÖ | Empfehlung des Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 30. Januar 2018

18-8 L'accès aux jugements de la Cour des affaires pénales dans une forme non anonymisée a été admise et la requête donc partiellement admise | Art. 19 LPD, art. 13 et 16 Cst. | Décision du Tribunal pénal fédéral du 16 novembre 2017 (GS 2017.02)

18-9 BVGer A-3307/2017 Ist das Interesse, eine Informationen geheimzuhalten, aktuell höher zu gewichten als das öffentliche Interesse daran, kann die dauerhafte Verweigerung des Zugangs unverhältnismässig sein; die vorläufige Verweigerung

ist vorzuziehen. | Art. 7, 8, 9, 11, 12 BGÖ, Art. 2 und 3 DSG | Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. April 2018 (A-3367/2017)

18-10 Der Herausgabe von Namen der Gesuchsteller zur Kriegsmaterialausfuhr und von Angaben zu Materialkategorien und zum Gesamtanteil am Wert des Gesamtexports der erteilten Bewilligungen fallen nicht unter die Ausnahmen zum Öffentlichkeitsprinzip. | Art. 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 16 BGÖ, Art. 3 DSG | Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. März 2018 (A-6108/2016)

18-11 Allfällige inhaltliche Fehler oder Unvollständigkeiten eines Dokumentes stehen einem Zugang nach Öffentlichkeitsgesetz grundsätzlich nicht entgegen. | Art. 7, 9 und 11 BGÖ, Art. 6 VBGÖ | Empfehlung des Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten EDÖB vom 10.4.2018

18-12 EDÖB empfiehlt Gewährung des Zugangs zu den Vollzugsresultaten der CO2-Emissionsvorschriften für Personewagen | Art. 4, 7, 8 und 10 BGÖ, Art. 19 DSG | Empfehlung des Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten EDÖB vom 18.4.2018

18-13 Zuständig zur Behandlung des Gesuches um Zugang zu einem Dokument (in casu: Schlussbericht einer Administrativuntersuchung) ist nicht immer die Behörde, die das Dokument verfasst hat, es kann auch die anordnende Behörde sein. | Art. 10, 11 BGÖ, Art. 11 VBGÖ, Art. 16, 25 DSG | Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. Mai 2018 (A-6908/17 und A-7102/17)

18-14 Vu que la pratique du Tribunal fédéral pénal relative à la mise à disposition du public de ses décisions est conforme aux principes définis par le droit fédéral (LOAP et CPP), le recours est rejeté. | art. 69 CPP, art. 63 LOAP | Arrêt du Tribunal fédéral du 23 avril 2018 (1C_698/2017)

18-15 Nur zu einem Urteil kann eine Erläuterung verlangt werden, nicht zu einem Passus in der Begründung – in casu: es dürften «keine weiteren persönlichen Daten» des Beschwerdeführers bekanntgegeben werden in Urteil 1B_87/2018. | Art. 129 BGG | Urteil des Bundesgerichts vom 13. Juni 2018 (1G_4/2018)

18-16 Vu qu'il existe un intérêt public évident à ce qu'un rapport mettant en lumière certains dysfonctionnements dans la gestion d'un centre géré par l'Etat puisse être accessible, le recours est admis. | Art. 95 LTF, art. 18 Cst./NE, art. 72 CPDT-JUNE | Arrêt du Tribunal fédéral du 29 mai 2018 (1C_472/2017)

18-17 Der Zugang zu Unterlagen des Staatssekretariats für internat. Zusammenarbeit (EFV) rund um den Strafprozess gegen Raoul Weil durfte wegen Beeinträchtigung schweizerischer aussenpolitischer Interessen verweigert werden. | Art. 6 und 7 BGÖ, Art. 35 VwVG | Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 6. August 2018 in Sachen Zumstein c. Eidg. Finanzdepartement (A-6475/2017)

1.3 Radio- und Fernsehrecht – Droit de la radiodiffusion

18-18 Der mediengewandte Politiker, Nationalrat Glarner, konnte sich zu den vom Moderator gegen ihn erhobenen Vorwürfen äussern und seine Sicht der Dinge darlegen. In der Sendung «Schawinski» wurde das Sachgerechtigkeitsgebot nicht verletzt. | Art. 4, 94, 96 RTVG | Entscheidung der unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 31. August 2017 (b.762; Glarner c. SRG)

18-19 Die Erfordernisse der Sachgerechtigkeit und Ausgewogenheit dürfen nicht derart streng gehandhabt werden, dass die für die demokratische Gesellschaft erforderliche journalistische Freiheit und Spontaneität verloren gehen. | Art. 17 Abs. 1 und 93 Abs. 3 BV, Art. 4 Abs. 2 RTVG | Urteile 2C_406/2017 des Bundesgerichts vom 27. November 2017 in Sachen Stoffel gegen SRG

18-20 Sechs Beschwerden gegen die «Arena»-Sendung von Fernsehen SRF über «Trumps Krieg gegen die Medien» wurden abgewiesen. Das Publikum konnte sich trotz der Mängel der Sendung insgesamt eine eigene Meinung bilden. | Art. 17 und 93 BV, Art. 4, 5, 6, 93, 94, 96, 97 und 98 RTVG | Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz UBI vom 3. November 2017 (b.753/756/757/758/759/760 betr. Sendung Arena vom 20.4.2017)

18-21 Öffentliches Interesse an der Behandlung einer formell nicht korrekt abgefassten Zeitraumbeschwerde gegen die Berichterstattung über Russland von SRF News Online fehlte. | Art. 2, 4, 92, 94, 96 RTVG, Art. 52 VwVG | Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen UBI vom 28. Dezember 2017 (b.773 betr. SRF News Online)

18-22 Erfolgreiche Beschwerde gegen den UBI-Entscheid, der einen Online-Artikel von RSI zu einem gewalttätigen Vorfall am Karneval in Bellinzona geschützt hatte. | Art. 47, 48, 50, 94, 100, 108 und 119 BGG | Urteil des Bundesgerichts vom 23. Januar 2018, italienischsprachig (2C_26/2018)

18-23 Begründungspflicht für eine Verfügung zu Billag-Gebühren, mit der die Abmeldung für die Dauer eines Auslandsaufenthaltes abgelehnt wurde | Art. 48, 63 VwVG, Art. 4a VKEV | Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Juni 2017 (A-6700/2016)

18-24 Die Abstimmungsarena zur Energiestrategie war trotz der Untergewichtung der Umweltaspekte insgesamt sachgerecht und ausgewogen; beide Seiten konnten ihre Argumente in angemessener Weise zum Ausdruck bringen. | Art. 4, 6, 91, 94, 97 RTVG | Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 3. November 2017 (b.763)

18-25 Ein Radio-Beitrag der Informationssendung «Heute Morgen» von Radio SRF zur Kostenberechnungen der Befürworter und Gegner der Energiestrategie verletzte das Sachgerechtigkeits- und das Vielfaltsgebot. | Art. 4 RTVG | Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 3. November 2017 (b.764)

18-26 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. | Art. 92, 93 BGG, 29, 86 RTVG | Urteil des Bundesgerichts vom 23. Februar 2018 (2C_1024/2016)

18-27 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. | Art. 4, 25 Abs. 3 RTVG | Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 15. Dezember 2017 (b.765)

18-28 Comme l'impression d'ensemble donnée par le reportage est celle d'un document à la charge qui met volontairement l'accent sur une personne en la présentant d'emblée et constamment sous un angle moralisateur et jugeant, le recours a été rejeté. | art. 10 CEDH, art. 4 LRTV | Arrêt du Tribunal fédéral du 15 février 2018 (2C_125/2017)

18-29 Die Talksendung «Profil» von Radio Rumantsch mit dem ehemaligen Generalsekretär der Lia Rumantscha war in Ton und der Fragestil zwar unüblich kritisch. Die freie Meinungsbildung der Zuhörerschaft wurde aber gewährleistet. | Art. 4, 6, 93 und 97 RTVG | Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für

Radio und Fernsehen vom 15. Dezember 2017 (b.766) – Originalentscheid in rätoromanischer Sprache

18-30 Der «Kassensturz» von Fernsehen SRF kritisierte Praktiken eines deutschen Unternehmers. Zwar kam dessen Standpunkt mangelhaft zum Ausdruck. Dieser Aspekt stellte aber insgesamt einen Nebenpunkt dar. | Art. 4, 6 und 96 RTVG | Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 15. Dezember 2017 (b.768)

18-31 Der beanstandete Artikel von SRF News online beleuchtete zwar den russischen Oppositionspolitiker Alexej Nawalny wenig kritisch. Da es aber um einen Augenzeugenbericht ging, war dies zur Gewährleistung der Meinungsbildung nicht zwingend erforderlich | Art. 4 und 6 RTVG | Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 15. Dezember 2017 (b.769)

18-32 Das Konsumentenmagazin «Patti chiari» von Fernsehen RSI thematisierte die Leasingpraktiken bei Autos ohne Bank, namentlich diejenigen einer Agentur. Die wesentlichen Fakten wurden insgesamt korrekt vermittelt. Mängel betrafen Nebenpunkte. | Art. 4 und 6 RTVG | Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 2. Februar 2018 (b.772) Originalentscheid in italienischer Sprache

18-33 Vu que l'augmentation de la quote-part allouée respecte l'art 40 al. 2 LRTV et le principe de l'égalité de traitement, le recours a été rejeté | Art. 38, 40 LRTV, art. ORTV | Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 12 avril 2018 (A-5622/2016)

18-34 Da der satirische Charakter des Beitrags «Stinkwasser» der Sendung «Zytlupe» von Radio SRF für die Zuhörer klar erkennbar war und Übertreibungen typisch für entsprechende Ausstrahlungen sind, verletzte der Beitrag keine Programmbestimmungen. | Art. 17, 21, 93 BV, Art. 4, 5 und 6 RTVG | Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio- und Fernsehen UBI vom 2. Februar 2018 (b.771 betr. Sendung «Zytlupe»)

18-35 Da der Beanstander zuvor nicht darauf hingewiesen worden war, dass ihm bei einer gleichartig begründeten Beanstandung ein Kostenrisiko entsteht, durften ihm die Verfahrenskosten nicht auferlegt werden. | Art. 5, 93, 98 RTVG | Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 15. Dezember 2017 (OV-K1)

18-36 Zwar war die Darstellung einer Frau, die sich ins Ausland abgesetzt hatte, um Massnahmen der KESB zu entgehen, mangelhaft, doch beeinträchtigte sie die Meinungsbildung des Publikums nicht in rechtserheblicher Weise. | Art. 93 BV, Art. 4, 5 und 6 RTVG | Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz UBI vom 2. Februar 2018 (b.770)

18-37 Der Entscheid der Redaktion des «Regionaljournals Ostschweiz», nicht über zwei Volksmotionen zu berichten, ist Ausfluss der Programmautonomie der Veranstalter und der damit verbundenen freien Themenwahl. | Art. 6 RTVG | Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz UBI vom 2. Feb. 2018 (b.774)

18-38 Im Beitrag «Gold-Deal mit Eritrea» der «Rundschau» von Fernsehen SRF entsprechen die vermittelten Fakten zum Goldhandel den Tatsachen, und die Stellungnahmen der interviewten Flüchtlinge sowie Politiker waren als persönliche Meinungen erkennbar | Art. 93 BV, Art. 4 und 6 RTVG | Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz UBI vom 23. März 2018 (b.775)

18-39 Bei einer Eingabe zu einer viel diskutierten Sendung wie die «Arena» zur No-Billag-Initiative sollte es leicht möglich sein, die für eine Popularbeschwerde erforderliche Unterstützung von 20 Mitunterzeichnern zu erhalten | Art. 89, 94 und 96 RTVG | Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz UBI vom 7. Juni 2018 (b.780)

18-40 Im Online-Artikel «Die Fakten zur Affäre Hildebrand» von SRF News über die Ereignisse um den ehemaligen Präsi-

denen der Schweizerischen Nationalbank fehlte eine wichtige Information, wodurch die freie Meinungsbildung des Publikums verunmöglicht wurde | Art. 4, 89 RTVG | Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 23. März 2018 (b.776)

18-41 Beiträge von Tele Züri, TeleBärn und Tele M1 sechs Tage vor der eidg. Volksabstimmung zur Altersvorsorge 2020 vermittelten den Eindruck, dass eine geplante Bestimmung, die zuvor nicht thematisiert worden war, von erheblicher Bedeutung sei | Art. 17 BV, Art. 4 und 93 RTVG | Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 23. März 2018 (b.777)

18-42 Beitrag der Sendung «Heute Morgen» von Radio SRF über die Vereinbarkeit von Energiewende und Wirtschaftswachstum verletzte das Sachgerechtigkeitsgebot nicht. Die Programmautonomie erlaubt Redaktionen die freie Wahl von Thema und Fokus eines Beitrags. | Art. 4 und 6 RTVG | Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 23. März 2018 (b.779)

18-43 Auf eine Beschwerde gegen die Berichterstattung der Sendungen «Arena» und Tagesschau des Schweizer Fernsehens trat die UBI mangels Unterschrift, Beschwerdebefugnis und eines öffentlichen Interesses nicht ein | Art. 94, 95 und 96 RTVG | Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 14. Juni 2018 (b.782)

18-44 Die Beurteilung von Voten in einem Faktencheck zur «No-Billag»-Initiative erfolgte einseitig und tendenziös und verletzte das Sachgerechtigkeitsverbot | Art. 4 RTVG | Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen UBI vom 22. Juni 2018 betr. SWI swissinfo.ch

18-45 Auf die Szene, bei der ein Mann von einem Rottweiler getötet wurde, gezeigt in der Krimiserie «Der Bestatter» von Fernsehen SRF, war das Sachgerechtigkeitsgebot nicht anwendbar, da es sich um einen fiktiven Inhalt handelte. | Art. 4 und 5 RTVG | Entscheid b.781 der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen UBI vom 22. Juni 2018 betr. SRF-Fernsehserie «Der Bestatter»

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

18-46 Der Radio- und Fernsehempfangsgebührenpflichtige hat gegenüber dem BAKOM einen Anspruch auf Rückerstattung der Mehrwertsteuer, soweit dieser nicht verjährt ist. | Art. 1, 6, 10, 27, 112 MWSStG 2009 | Urteil des Bundesgerichts vom 18. Sept. 2018 (2C_240/2017)

3. Strafrecht – Droit pénal

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

18-47 Vermag eine publizierte Meldung fälschlicherweise den Eindruck zu erwecken, jemand sei rechtskräftig zu einer Gefängnisstrafe verurteilt worden, ist das Verfahrens wegen Ehrverletzung gegen den Autor an die Hand zu nehmen. | Art. 310 StPO, 173 f. StGB | Urteil des Bundesgerichts vom 20. Dezember 2017 (6B_541/2017)

18-48 D'envoyer un commandement de payer d'une somme importante 13 ans après les faits constitue une tentative de contrainte et le recours a été donc rejeté. | Art. 173, 181 CP, 28 CC | Arrêt du Tribunal fédéral du 1er novembre 2017 (6B_153/2017)

18-49 Comme le Ministère public ne pouvait pas rendre une ordonnance de non-entrée en matière dans le cas d'espèce où le caractère diffamatoire des propos dénoncés a été retenu, le recours a été partiellement admis | Art. 173 CP, 49 CO | Arrêt du Tribunal fédéral du 28 novembre 2017 (6B_539/2016)

Dépendant que les recourants ont réalisés que éléments subjectifs de l'infraction de calomnie étaient faux ou pas, le recours a été rejeté ou admis | Art. 173, 174 CP | Arrêt du Tribunal fédéral du 15 décembre 2017 (6B_676 et 677/2017)

18-50 Es ist grundsätzlich erlaubt, sich mit einer wahren oder für wahr gehaltenen Angelegenheit an die Presse zu wenden | Art. 173 und 181 StGB | Urteil des Bundesgerichts vom 21. März 2018 (6B_363/2017)

18-51 Die Äusserungen politischer Gegner in einer engagierten Debatte sind nicht immer zum Nennwert zu nehmen, da sie oft das Denken ihrer Autoren überschreiten. | Art. 10 EMRK, Art. 173 und 177 StGB, Art. 49 OR | Urteil des Bundesgerichts vom 24. April 2018 (6B_1270/2017)

18-52 Die Anonymisierung eines Urteils darf nicht dazu führen, dass es verständlich wird. Dass mit dem Fall vertraute Personen erkennen können, um wen es geht, stellt allein keinen zureichenden Grund für einen Verzicht auf die Veröffentlichung dar | Art. 52, 59 ZPO, Art. 27, 59 BGG, Art. 57 ff. BGerR | Urteil des Bundesgerichts vom 21. September 2018 (5A_354/2018)

3.3 Rechtsgüter der Allgemeinheit – Biens juridiques de la collectivité

18-53 Vu que l'autorité précédente a violé le droit fédéral en considérant que l'élément subjectif de l'infraction à l'art. 282 CP était réalisé et en condamnant le recourant pour fraude électorale, le recours a été admis. | art. 282 CP | Arrêt du Tribunal fédéral du 18 avril 2018 (6B_604/2017)

18-54 Vu que la proposition faite quelques heures après l'attentat qui avait visé la rédaction de Charlie Hebdo d'aller «brûler du muzz» révélait clairement une incitation à la haine ou à la discrimination d'un groupe religieux, le recours a été rejeté. | Art. 261bis al. 1 CP, art. 10 CPP | Arrêt du Tribunal fédéral du 17 mai 2018 (6B_267/2018)

3.5 Weitere strafrechtliche Fragen – Autres questions de droit pénal

18-55 Eine Strafminderung wegen Vorverurteilung durch die Medienberichterstattung setzt voraus, dass konkrete Anzeichen einer möglichen Beeinflussung vorliegen, was in casu nicht zutrif (Erwägung 1.3). | Art. 56 StPO | Urteil des Bundesgerichts vom 25. Oktober 2017 (6B_800/2016)

4. Privatrecht – Droit privé

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

18-56 Mit der Frage, ob jemand adeliger Abstammung ist oder nicht, wird das Ansehen einer Person nicht in rechtlich relevanter Weise herabgesetzt; eine Persönlichkeitsverletzung ist nicht auszumachen | Art. 28 ZGB | Urteil des Bundesgerichts vom 29. März 2018 (5A_76/2018)

18-57 Die Kosten für einen Entscheid, mit dem vorsorgliche Massnahmen gegen eine Publikation auf einer Website abgelehnt worden waren, durften dem Beschwerdeführer auferlegt werden, obwohl die Publikation während des Verfahrens gelöscht wurde. | Art. 76 BGG, Art. 96, 261 ZPO | Urteil des Bundesgerichts vom 4. Juni 2018 (5A_923/2017)

5. Urheberrecht – Droit d'auteur

5.2 Verwertungsrecht – Gestion des œuvres

18-58 Gemeinsamer urheberrechtlicher Tarif 3a Zusatz betr. Empfang von Radio- und Fernsehsendungen in Hotels usw. wurde zurecht für gültig erklärt. Nicht angemessen aber war die rückwirkende Inkraftsetzung ab 1.1.2013. | Art. 10, 19, 22, 33, 35, 37, 38, 40, 41, 46, 59, 60 und 83 URG | Urteil des Bundesgerichts vom 13. Dezember 2017 (2C_685/2016, 2C_806/2016)

18-59 Le Tribunal cantonal a exposé les règles qui habilite ProLitteris à prélever des redevances forfaitaires auprès des entreprises dotées d'appareils de reproduction. Vu que le recours n'était pas suffisamment motivé, il est irrecevable. | Art. 42 LTF | Arrêt du Tribunal fédéral du 24 septembre 2018 (4A_417/2018)

8. Ethik/Selbstregulierung – Ethique/ autorégulation

8.1 Ethik des Journalismus – Ethique du journalisme

18-60 Ein Buchauszug ist medienethisch als Gastbeitrag einzuordnen. Bei solchen beschränkt sich die Prüfungspflicht auf offensichtliche Verstösse gegen die berufsethischen Normen. | Ziff. 1, 3 und 7 «Erklärung» | Stellungnahme 39/2017 des Schweizer Presserates (X. gegen Basler Zeitung)

18-61 En publiant l'article «L'avenir de la Cour aus marchandises ressemble à une impasse» «24 heures» n'a pas violé la «Déclaration» | chiffre 1, 3 et 7 «Déclaration» | Prise de Position 40/2017 du Conseil Suisse de la presse (X. c. «24 heures»)

18-62 En publiant l'article «Vers davantage de vols de jets Suite à la fermeture de Sion» «La Broye» n'a pas violé la «Déclaration» | Chiffre 1 et 5 «Déclaration» | Prise de Position 41/2017 du Conseil Suisse de la presse (X. c. «La Broye»)

18-63 Redaktionen müssen bei Online-Kommentaren nur bei offensichtlichen Verletzungen der «Erklärung» eingreifen | Geschäftsreglement 11.1, Ziff. 7 «Erklärung», Richtlinien 2.3, 7.2, 7.4, 9.1 | Stellungnahme 42/2017 des Schweizer Presserates vom 8. Dezember 2017 (X. diverse Medien)

18-64 Sind die Argumente eines Betroffenen bekannt, muss dieser nicht nochmals kontaktiert werden. | Ziff. 1, 3, 5 der Erklärung, Richtlinie 3.8 | Stellungnahme 43/2017 des Schweizer Presserates vom 8. Dezember 2017 (X. c. Aargauer Zeitung)

18-65 L'auteur de l'article aurait dû vérifier une information qui était fausse | chiffre 1, 3, 4, 5 «Déclaration» | Prise de position 44/2017 du Conseil suisse de la presse du 8 décembre 2017

18-66 En publiant plusieurs informations sur la famille, le domicile et la socialisation d'une enfant victime d'une agression sexuelle, «Le Matin» a violé la «Déclaration» | Chiffre 7 et 8 «Déclaration», 7.2, 7.7, 8.3 directives | Prise de position du Conseil suisse de la presse 45/2017 du 20 décembre 2017 (X. et Y. c. Le Matin)

18-67 En ne respectant par la volonté qu'une lettre de lecteur soit publiée en extenso, «Le Temps» a violé la «Déclaration» | Chiffre 1, 3 et 5 «Déclaration» | Prise de position du Conseil suisse de la presse 46/2017 du 20 décembre 2017 (Le comité directeur du Parti socialiste c. «Le Temps»)

18-68 Le Conseil suisse de la presse n'est pas entré en matière sur cinq plaintes d'Adrien de Riedmatten contre les relations de médias romands concernant un commentaire qu'il avait publié sur Facebook | Chiffre 1, 2, 3, 5 et 7 «Déclaration» | Prise de position du Conseil suisse de la presse 47/2017 du 20 décembre 2017 (de Riedmatten c. divers médias)

18-69 En l'état de son règlement, le Conseil a décidé que «L'1dex» était hors de son champ de compétences et n'est pas entré en matière | Art. 1 du règlement du Conseil suisse de la presse | Prise de Position du Conseil suisse de la presse 48/2017 du 27 décembre 2017 (X. c. «L'1dex»)

18-70 En diffusant un Sujet consacré au projet «Defend Europe» et au rôle qu'y a joué un ressortissant suisse, Le «Téléjournal» de la RTS n'a pas violé la «Déclaration» | Chiffre 1 et 7 «Déclaration» | Prise de Position du Conseil suisse de la presse 49/2017 du 27 décembre 2017 (X. c. Radio Télévision Suisse)

18-71 «Infosperber» war berechtigt, einen einzelnen Kommentar zu löschen, der unbelegte schwere Vorwürfe erhob. Aber das Portal durfte den Schreiber nicht ganz aussperren. | Ziff. 1, 2

und 5 «Erklärung», Richtlinie 5.2 | Stellungnahme 50/2017 des Presserates vom 27. Dezember 2017 (X. c. «Infosperber»)

18-72 Journalisten dürfen keine wichtigen Informations-elemente unterschlagen. Diese Vorgabe verletzte die «Schweizerzeit», weil der Autor bei einem Zitat etwas wegliess, wodurch dessen Aussage verfremdet und verschärft wurde. | Ziff. 1, 3, 7 und 8 «Erklärung» | Stellungnahme 51/2017 des Schweizer Presserates vom 28. Dezember 2017 (Fachstelle für Aids- und Sexualfragen St. Gallen-Appenzell c. «Schweizerzeit»)

18-73 Ein Leserbrief hat den Journalistenkodex knapp nicht verletzt, weil die Aussagen des Verfassers nicht eindeutig waren, manches unverbunden nebeneinander stand und Anstössiges nur angetönt hat. | Ziff. 5 und 8 «Erklärung», Richtlinien 5.2 und 8.2 | Stellungnahme 52/2017 des Schweizer Presserates vom 30. Dezember 2017 (X. c. «Liechtensteiner Vaterland»)

18-74 Eine Aussage, die nicht ganz präzise ist, ist nicht zu beanstanden. | Ziff. 5 «Erklärung» | Stellungnahme 53/2017 des Schweizer Presserates vom 30. Dezember 2017 (X. c. «Luzerner Zeitung»)

18-75 Presserat tritt auf Beschwerde gegen einen Artikel über ein mutwillig zerstörtes politisches Plakat nicht ein. | Ziff. 1, 2, 3, 5 und 7 «Erklärung» | Stellungnahme 2/2018 des Schweizer Presserates vom 1. Februar 2018 (X. c. «Rigi-Post»)

18-76 Die blossе Korrektur in der Online-Ausgabe genügt den Anforderungen an die Berichtigungspflicht nicht. Die Korrektur einer Falschinformation hat denselben Personenkreis zu erreichen wie die Ausgangsmeldung. | Ziff. 1, 3, 5, 6 und 8 «Erklärung», Richtlinie 3.1 | Stellungnahme 3/2018 des Schweizer Presserates vom 1. Februar 2018 (Klein c. «Schweiz am Sonntag»)

18-77 Die Autorin eines kritischen Artikels über den Gemeinderat durfte sich auf offizielle, öffentlich zugängliche Informationen der Gemeinde verlassen. Ein Widerspruch zu einem unveröffentlichten Protokoll ist ihr nicht anzulasten. | Ziff. 1, 3 und 9 «Erklärung», Richtlinie 3.8 und 9.1 | Stellungnahme 4/2018 des Schweizer Presserates vom 1. Februar 2018 (X. c. «Solithurner Zeitung»)

18-78 Die Luzerner Zeitung durfte den Namen des früheren Provinzials des Kapuzinerordens im Zusammenhang mit der Berichterstattung über den Fall eines Paters, der Kinder missbraucht hatte, nennen. | Ziff. 7 «Erklärung», Richtlinie 6.1 | Stellungnahme 5/2018 des Schweizer Presserates vom 19. Februar 2018 (X. c. «Luzerner Zeitung»)

18-79 «Blick» hat bei der Berichterstattung in einem Gerichtsfall mit zu vielen Angaben über den Beschuldigten dessen Identifizierung zu leicht gemacht und damit gegen den Presserkodex verstossen. | Ziff. 7 «Erklärung», Richtlinien 7.1, 7.2 und 7.4 | Stellungnahme 6/2018 des Schweizer Presserates vom 19. Februar 2018 (X. c. «Blick»)

18-80 Spekulation über die sexuelle Orientierung ist nicht diskriminierend, sofern sie Homosexualität nicht abwertend dargestellt wird. | Geschäftsreglement, Ziff. 8 «Erklärung» | Stellungnahme 7/2018 des Schweizer Presserates vom 19. Februar 2018 (X. c. «Blick am Abend»)

18-81 L'accumulation de détails non indispensables à la compréhension de l'affaire facilite par trop l'identification du plaignant | Chiffre 7 «Déclaration», Directive 7.1 | Pris de position 12/2018 du Conseil suisse de la presse du 20 avril 2018 (X. c. «Le Matin Dimanche»)

18-82 En publiant les articles «On a tous trop de cholestérol» et «Panique après un article sur l'ostéoporose» la «Tribune de Genève» n'a pas violé la «Déclaration» | Chiffre 1 et 10 «Déclaration» | Pris de position 13/2018 du Conseil suisse de la presse du 20 avril 2018 (X. c. «Tribune de Genève»)

18-83 Der Presserat ist nicht in der Lage, ein umfangreiches Beweisverfahren zur Klärung komplexer Sachverhalte durchzuführen. | Ziff. 1, 3 und 5 der «Erklärung» | Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 14. Mai 2018 (14/2018, Huber c. «Beobachter»)

18-84 Für die Leserschaft war der vom Beschwerdeführer monierte Satz «Die russische Führung macht kein Geheimnis daraus, dass sie westliche Demokratien schädigen möchte» als Kommentierung und Einschätzung des Autors erkennbar. | Ziff. 1 der «Erklärung», Richtlinie 2.3 | Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 14. Mai 2018 (15/2018, Huber c. «Tages-Anzeiger»)

18-85 Ärztezeitung behandelte einen Gastautor unfair, weil sie einen Beitrag ohne den Autor zu informieren, mit einem Text einleitete, der Vorbehalte zum Gastbeitrag herausstrich. | Präambel der «Erklärung» | Stellungnahme des Presserates vom 22. Mai 2018 (16/2018, Marty c. Schweizerische Ärztezeitung)

18-86 Der Presserat befand den Frontanriss der «Sonntagszeitung» zu einem Artikel über die Hausärzte als wahrheitswidrig, weil er die Fähigkeiten der Hausärzte generell in Frage stellte und so die Leser täuschte. | Ziff. 1, 2 und 5 der «Erklärung», Richtlinie 2.3 | Stellungnahme des Schweizer Presserates (25/2018 i.S. X. c. «Sonntagszeitung»)

18-87 En refusant de publier une sixième lettre d'opposants à un projet immobilier, «La Liberté» n'a pas violé le Chiffre 5 de la «Déclaration». | ch. 5 «Déclaration» | Prise de position 26/2018 du Conseil suisse de la presse (X. c. «La Liberté»)

18-88 Die «Sonntagszeitung» durfte Daniele Ganser als Verschwörungstheoretiker bezeichnen und sie hat ihm keine falschen Aussagen in den Mund gelegt. | Ziff. 1 und 3 der «Erklärung», Richtlinien 1.3 und 3.8 | Stellungnahme 27/2018 des Schweizer Presserates (X. gegen «Sonntagszeitung»)

18-89 Un média est libre de réclamer des sanctions pour autant que ces réclamations apparaissent comme des commentaires, et non comme des faits. | Ch. 3, 4, 5 et 11 «Déclaration» | Prise de Position 28/2018 du Conseil suisse de la presse (Constantin père et fils c. «Blick» et «blick.ch»)

18-90 Das «St. Galler Tagblatt» durfte ein anonymes Schreiben zum Anlass nehmen für Recherchen bezüglich Vorwürfen gegen den Rektor einer Berufsschule, die im Schreiben genannt worden waren. | Ziff. 1, 3 und 4 «Erklärung» | Stellungnahme 29/2018 des Schweizer Presserates (X. c. «St. Galler Tagblatt»)

18-91 Das von «blick.ch» gezeigte Bild eines trauernden Vaters, der seine toten Zwillinge in den Armen hält, zeigte die menschliche Tragödie des Krieges in Syrien und Folgen eines Giftgasangriffs und verletzte den Journalistenkodex nicht. | Ziff. 7 und 8 der «Erklärung», Richtlinie 7.8, 8.1, 8.2, 8.3 und 8.4 | Stellungnahme 30/2018 des Schweizer Presserates (X. c. «Blick.ch»)

18-92 Auf dem Titelbild des «Magazin» ist erkennbar, dass Kim Kardashian ihren Körper und insbesondere ihren Hintern bewusst inszeniert. Frauen werden mit diesem Bild nicht generell als Gruppe herabgesetzt. | Ziff. 8 «Erklärung» | Stellungnahme 31/2018 des Schweizer Presserates (Partei der Arbeit Bern c. «Das Magazin»)

18-93 Der «Blick»-Journalist hätte die Pflicht gehabt, die befragten Angehörigen eines Mordopfers über ihr Recht zur Autorisierung der zur Publikation vorgesehenen Äusserungen zu informieren. | Ziff. 4 «Erklärung», Richtlinie 4.6 und 8.3 | Stellungnahme 32/2018 des Schweizer Presserates (Beratungsstelle Opferhilfe Aargau Solothurn. c. «Blick»)

18-94 Für die Leserschaft war erkennbar, dass der Artikel von einer höchst umstrittenen Debatte zwischen Impfgegnern und Ärzten bzw. Wissenschaftlern handelte. | Ziffer 1 und 3 «Erklärung» | Stellungnahme 33/2018 des Schweizer Presserates (Netzwerk Impfentscheid. c. «20 Minuten»)

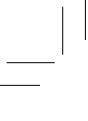
18-95 «20 Minuten» hat mit einer inkorrekten Grafik in einem Artikel über die Energiestrategie die Wahrheitspflicht, das Entstellungsverbot von Bildern und die Berichtigungspflicht verletzt. | Ziff. 1, 3 und 5 «Erklärung» | Stellungnahme 34/2018 des Schweizer Presserates (X. c. «20 Minuten»)

18-96 Die «Basler Zeitung» hat mit dem Artikel «Verdacht auf illegale Organentnahme» dadurch, dass sie das Institut für Rechtsmedizin nicht angehört hat und die Kernaussage wegliess, wonach kein Organ entnommen wurde, den Pressekodex verletzt. | Ziff. 1, 3 und 5 «Erklärung», Richtlinie 3.8 | Stellungnahme 35/2018 des Schweizer Presserates (Universitätsspital Basel c. «Basler Zeitung»)

18-97 Fragen nach dem Beziehungsstatus von Donna Vekic und Tennisstar Stan Wawrinka stellen keinen übermässigen Eingriff in deren Privatsphäre dar. | Ziff. 7 und 8 «Erklärung», Richtlinie 7.1 | Stellungnahme 36/2018 des Schweizer Presserates (X. c. «Berner Zeitung», «Der Bund», «Luzerner Zeitung», «Nordwestschweiz», «Schweiz am Wochenende» und «Tages-Anzeiger»)

18-98 Der Presserat erachtet eine Anonymisierung als genügend, wenn der Vorname vollständig genannt und der Nachname mit dem ersten Buchstaben abgekürzt ist. | Ziff. 4 und 7 «Erklärung», Richtlinien 4.1, 4.5, 4.6 und 7.2 | Stellungnahme 37/2018 des Schweizer Presserates (X. c. «Blick»)

18-99 Das Abdrucken der Bilder von Kaderleuten des Stadtwerks Winterthur mit Namensnennung war gerechtfertigt, da die betroffenen Personen als leitende öffentliche Funktionsträger fungierten. | Ziff. 7 und 8 «Erklärung», Richtlinien 7.2 und 8.1 | Stellungnahme 38/2018 des Schweizer Presserates (Peter c. «Der Landbote»)



literatur

bibliographie

1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht

Becker, Joëlle, Fischer Philippe, Liberté d'expression vs. liberté religieuse, in: Etudes en l'honneur de Tristan Zimmermann : constitution et religion, les droits de l'homme en mémoire. Genève: Schulthess éd. romandes, 2017, P. 1–11

Buchholtz, Gabriele, Grundrechte und Datenschutz im Spannungsfeld zwischen «Europäisierung und Emanzipation», in: Rechtskultur und Globalisierung, Basel: Helbing Lichtenhahn, 2017. S. 97–117

Hager, Patricia, Massnahmen gegen die Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt: Reformbedarf einer Regelung zur Sicherung medialer Diversität, in: Sein und Schein von Gesetzgebung: Erwartungen Auswirkungen – Kritik. Zürich: Dike, 2018. S. 71–94. Literaturverz.

Hettich, Peter, Digitalisierung, Medienkonvergenz und Anforderungen an das Recht, in: Medien und direkte Demokratie. Zürich, Schulthess, 2018. S. 23–43. – Literaturverz.

Jacquemart, Nicolas, Meyer, Stephan D., Globalisierte Digitalisierung: die Bedeutung des Rechts im Zeitalter von Blockchains, in: Internationales Wirtschaftsrecht. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2017. S. 5–15

Jeker, Konrad, Droll Camill. Akteneinsicht keine Gefahr für Medienfreiheit, in: Plädoyer. Zürich. Jg. 35(2017), Nr. 6, S. 17–19. Existiert auch in elektronischer Form

Niggli, Marcel Alexander, Maeder Stefan, Öffentliche Wahrnehmung von Strafe in der Mediengesellschaft: positive Generalprävention im 21. Jahrhundert, in: Strafverfolgung – Individuum – Öffentlichkeit im Spannungsfeld der Wahrnehmungen. Bern : Stämpfli, 2018. S. 297–333. Deutscher Text mit Zusammenfassung in Franz. und Deutsch.

Sanders, Anne, Zulässigkeit und Grenzen von Kritik an der Justiz [Ressource électronique], in: Justice – Justiz – Giustizia [Ressource électronique]. Bern, 2018/2. Schwerpunkt-Ausgabe: Gerichtskommunikation

Saxer, Urs, Brunner, Florian, Der Service public, die digitale Revolution und die Medienverfassung, in: AJP. Zürich. Jg. 27(2018), Nr. 1, S. 22–41. Deutscher Text mit Zusammenfassung in Deutsch und Franz.

Thalmann, Urs, Medienförderung ist Pflicht: die Informationsfreiheit garantiert die Verfügbarkeit von vielfältiger Information, in: Jusletter [Ressource électronique]. Bern. – 25. Juni 2018

Thalmann, Urs, Die parallele Kompetenz zur Medienförderung von Bund und Kantonen [Ressource électronique], in: Jusletter [Ressource électronique]. Bern. – 02. Juli 2018

Uhlmann, Felix, «Unverhältnismässig, weil unwirksam?»: zur Verhältnismässigkeit von Zugangssperren im Internet, in: Sic !. Zürich, 2018, H. 7/8, S. 365–376. Deutscher Text mit Zusammenfassung in Franz. und Deutsch

Wytenbach, Judith, Die Bedeutung des Gesetzes für die Einschränkung und die Gewährleistung von EMRK-Garantien, in: Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht, Zürich, Jg. 27(2017), H. 3, S. 333–361. Deutscher Text mit Zusammenfassung in Engl.

2. Recht der Online-Medien

Reymond, Michel, L'impact de l'arrêt «Google Spain» en Suisse, in: Le droit comparé et le droit suisse. Genève: Schulthess éd. romandes, 2018. P. 3–20. – Bibliogr.

3. Strafrecht

Benhamou, Yaniv, Blocage de sites web en droit suisse: des injonctions civiles et administratives de blocage au séquestre pénal, in: Droit d'auteur 4.0. Genève : Schulthess éd. romandes: Université de Genève, Faculté de droit, 2018. P. 1–27

Fankhauser, Roland, Wider die Boulevardisierung der Verbrechen: ein Denkanstoss zugunsten von Betroffenen, in: Recht. Bern, Jg. 36(2018), H. 2, S. 76–82. Existiert auch in elektronischer Form

Grodecki, Stéphane, L'utilisation des informations tirées d'internet en procédure, in: Plädoyer. Lausanne. Année 36(2018), n° 2, p. 1214. Existe aussi en version électronique.

Hansjakob, Thomas, Überwachungsrecht der Schweiz: Kommentar zur Art. 269 ff. StPO und zum BÜPF, Zürich: Schulthess, 2018. 551 S.

Hürlimann, Daniel, Kettiger Daniel, Zugänglichkeit zu Urteilen kantonaler Gerichte [Ressource électronique]: Ergebnisse einer Befragung, in: Justice – Justiz – Giustizia [Ressource électronique]. Bern. 2018/2. Schwerpunkt-Ausgabe: Gerichtskommunikation

4. Privatrecht

Baeriswyl, Bruno, Entwicklungen im Datenschutzrecht = Le point sur le droit de la protection des données, in: Schweizerische Juristen-Zeitung, Zürich. Jg. 114(2018), H. 19, S. 450–452. – Text nur in Deutsch

Benhamou, Yaniv, RGPD sur sol suisse: mise en œuvre, in: Digma. Zürich. Jg. 18(2018), H. 3, S. 142–149. – Schwerpunkt: Cybersouveränität

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

Datenschutztagung 2017: Baustelle Datenschutz, Observation als Brennpunkt: Referate der Tagung vom 28. März 2017/ Ueli Kieser [et al.] (Hrsg.); mit Beitr. von Bruno Baeriswyl ... [et al.]. Zürich : Dike, 2017. – 195 S. (Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis IRP-HSG; Bd. 102)

Donauer, Daniel, Disclaimer – Haftungsausschluss bei Internetseiten [Ressource électronique] in: Jusletter [Ressource électronique]. Bern, 13. August 2018

Fanti, Sébastien, Le nouveau règlement général sur la protection des données et la Suisse: le noeud gordien de la double régulation et le fragile substrat législatif, in: Expert Focus, Zurich, Année 91(2017), n° 11, p. 856–862. Numéro spécial: Numérisation. Existe aussi en version électronique

Gordon, Clara-Ann, Der risikobasierte Ansatz im neuen EU- und Schweizer Datenschutzrecht : Erleichterung und Umsetzungsspielraum für den Verantwortlichen, in: Schweizerische Juristen-Zeitung. Zürich, Jg. 114(2018), H. 7, S. 162–166. Deutscher Text mit Zusammenfassung in Franz. und Deutsch

Héran, Victor, Le pacte de préférence en droit d'édition: une lacune du droit suisse? in: Le droit comparé et le droit suisse. Genève, Schulthess éd. romandes, 2018. P. 263–277. – Bibliogr.

Henseler, David, Die rechtliche Einordnung von Drohnen: eine kritische Würdigung der heutigen Rechtslage und Überlegungen «de lege ferenda», in: Sein und Schein von Ge-

setzung: Erwartungen Auswirkungen – Kritik. Zürich: Dike, 2018. S. 115138. Literaturverz.

Isler, Michael, Datenschutz auf der Blockchain [Ressource électronique], in: Jusletter [Ressource électronique]. Bern. 4. Dezember 2017

Maestretti, Massimiliano, La revisione della Legge federale sulla protezione dei dati, in: *Novità fiscali*. Manno. 2018, n° 7–8, p. 336–347. Existe aussi sous forme électronique sous le même titre

Mattig, Cornelia, Datenschutz im Unternehmen: einmaler Kraftakt oder Dauerthema? in: *Expert Focus*. Zürich. Jg. 92(2018), Nr. 9, S. 704708. – Existiert auch in elektronischer Form

Métille, Sylvain, Le règlement général sur la protection des données et la Suisse [Ressource électronique], in: *Bulletin CEDIDAC* [Ressource électronique]. – Lausanne – 2018/72

Métille, Sylvain, Annoncer les failles de sécurité n'est plus une option: nouvelles obligations lorsque des données personnelles sont exposées, in: *Expert Focus*, Zurich, Année 91(2017), n° 11, p. 863–867. Numéro spécial: Numérisation. Existe aussi en version électronique

Rigamonti, Cyrill P., Wullschleger, Marc, Teilnahme an Urheberrechtsverletzungen, in: *Sic!*. Zürich. 2018, H. 2, S. 47–56. Deutscher Text mit Zusammenfassung in Deutsch und Franz.

Rosenthal, David, Personendaten ohne Identifizierbarkeit? in: *Digma*. Zürich. Jg. 17(2017), H. 4, S. 198–203. Schwerpunkt: User tracking

Rosenthal, David, Der Entwurf für ein neues Datenschutzgesetz [Ressource électronique]: was uns erwartet und was noch zu korrigieren ist, in: *Jusletter* [Ressource électronique]. Bern. 27. November 2017

Rudin, Beat, Datenschutzreform in der Schweiz: EU-Nachvollzug – idealistisch und realpolitisch, in: *Schengen und Dublin in der Praxis*. Zürich: Dike, 2018. – S. 215–238

Sprecher, Franziska, Datenschutz und Big Data im Allgemeinen und Gesundheitsrecht im Besonderen, in: *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*. Bern, Jg. 154(2018), H. 7/8, S. 482–552. Existiert auch in elektronischer Form

Steiger, Martin, Schützt das Datenschutzgesetz die persönlichen Daten nach der Revision besser als bisher? in: *Plädoyer*, Zürich. Jg. 35(2017), Nr. 6, S. 25. Existiert auch in elektronischer Form

Vasella, David, Zum Anwendungsbereich der DSGVO, in: *Digma*. Zürich. Jg. 17(2017), H. 4, S. 220–222. Schwerpunkt: User tracking.

Weber, Rolf H., Dateneigentum und Datenzugangsrechte: Bausteine der Informationsgesellschaft? in: *Zeitschrift für schweizerisches Recht*. – Basel. – Bd. 137(2018), Halbbd. 1, H. 1, S. 43–74. Deutscher Text mit Zusammenfassung in Deutsch und Franz.

Weber, Rolf H., Big Data – rechtliche Grenzen von unbegrenzten Möglichkeiten, in: *Jahrbuch SGHVR*. Zürich. 2018, S. 87–109. – Literaturverz.

Widmer, Michael, Datenschutz-Folgenabschätzung, in: *Digma*. Zürich. Jg. 17(2017), H. 4, S. 224–231. Schwerpunkt: User tracking.

Winkler, Markus, Datenschutz bei M&A Transaktionen: neue Betrachtungen zwischen DSGVO und Digitalisierung, in: *GesKR*. Zürich, 2018, H. 2, S. 124–139

5. Urheberrecht

Anthamatten-Büchi, Sylvia, Staub, Roger, Vasella, David, Sport & Immaterialgüterrecht, in: *Sportrecht*, Bern, Stämpfli, 2018. Bd. 2, S. 217–264.

Bandle, Anne Laure, Authentizitätsprobleme bei unvollendeten oder vom Künstler abgelehnten, in: *Kunst & Recht* 2017. Bern: Stämpfli, 2017. S. 107–129

Benhamou, Yaniv [et al.], Droit d'auteur 4.0 = Copyright 4 ... [et al.]. – Genève, Schulthess éd. romandes: Université de Genève, Faculté de droit, 2018. 173 p. (Actes de la Journée de droit de la propriété intellectuelle du 22 février 2017, organisée par la faculté de droit de l'Université de Genève. Articles en français et anglais)

Benhamou, Yaniv, L'immatériel et les biens, in: *L'immatériel*. Bern, Stämpfli, 2018. P. 1–28

Bergamelli, Manuel, Die Auswirkung der neuen DSGVO auf die Schweiz [Ressource électronique]: mit Übersicht über die DSG-Revision, in: *Jusletter* [Ressource électronique]. Bern, 30. April 2018.

Brühwiler, Stefan, Keine Privatkopieausnahme für virtuellen Aufzeichnungsdienst: Anmerkungen zum EuGH-Entscheid «VCAST Limited», in: *Sic!*, Zürich, 2018, H. 5, S. 271–274

Cherpillod, Ivan, Chronique de propriété intellectuelle, in: *Journal des tribunaux*. 2, Droit civil, poursuite pour dettes et faillites et procédure civile. Lausanne, Vol. 166(2018), n° 2, p. 128–136

Dreier, Thomas, Das digitale Museum, in: *Kunst & Recht* 2017. Bern: Stämpfli, 2017. S. 19–46

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.

Fischbacher, Adrian, Dashcams: Ist das Verbot gerechtfertigt? in: *Digma*. Zürich, Jg. 18(2018), H. 1, S. 34–35. Schwerpunkt: Anonymes Bezahlen.

Golliez, André, Mehr Rechte an der Nutzung eigener Daten, in: *Plädoyer*. Zürich, Jg. 36(2018), Nr. 2, S. 20–22. Existiert auch in elektronischer Form.

Hilty, Reto M., Innovationsförderung durch Schutzbegrenzungen – ein Plädoyer für die Zwangslizenz, in: *Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag*. Zürich, Schulthess, 2018. S. 1179–1196

Jaccard, Michel, Eva Cellina, Les «creative commons», avenir du droit d'auteur? in: *La semaine judiciaire*. II, Doctrine. Genève, Vol. 139(2017), n° 8, p. 229–257. Bibliogr. Existe aussi en version électronique

Kaiser, Markus, Rüetschi David, Immaterialgüterrecht, 3. Aufl. Zürich: Dike, 2018. 232 S. (In a nutshell)

Marbach, Eugen, *Ducrey Patrik, Wild, Gregor*, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht. 4. Aufl. Bern: Stämpfli, 2017. 475 p. – (Stämpflis juristische Lehrbücher)

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.

Rizvi, Salim, *Urheberrecht: Entwicklungen 2015 – 2017*. Bern, Stämpfli, 2018. 173 S. (njus.ch; 2015–2017)

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

Schmidt-Gabain, Florian, Noch einmal zur Passivlegitimation bei Urheberrechtsverletzungen: eine kurze Entgegnung auf den Beitrag von Rigamonti/Wullschleger in sic! 2/2018, in: Sic!. Zürich, 2018, H. 6, S. 302–307. Deutscher Text mit Zusammenfassung in Deutsch und Franz

Schneuwly, Andreas, Praxis der kollektiven Verwertung nach GT 8 VII und 9 VII auf dem Prüfstand, in: Sic!. Zürich, 2017, H. 11, S. 599–610. Deutscher Text mit Zusammenfassung in Deutsch und Franz.

Schönberger, Daniel, Deep copyright: up- and downstream questions related to artificial intelligence (AI) ad machine learning (ML), in: Copyright 4.0. Genève : Schulthess éd. romande: Université de Genève, Faculté de droit, 2018- P. 145–173

6. Wettbewerbsrecht

Babey, Fabio, Gut, Seraina, Netzneutralität im Zeitalter der Digitalisierung: Implikationen für das Schweizer Kartellrecht, in: Internationales Wirtschaftsrecht. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2017. S. 135–155

Heinemann, Andreas, Digitale Medien und das Kartellrecht, in: Medien und direkte Demokratie. Zürich, Schulthess, 2018. S. 45–63. – Literaturverz.

Hettich Peter [et al.], Wettbewerbsverzerrungen durch öffentliche Unternehmen: angewendet auf den Schweizer Telekommunikationsmarkt, Zürich, Dike, 2017, 313 S.

Hilty, Reto M., Alfred Früh, Lizenzkartellrecht: Schweizer Recht, gespiegelt am US-amerikanischen und europäischen Recht, Bern, Stämpfli, 2017. 339 S.

7. Andere Rechtsgebiete

Vuignier, Renaud, La marque territoriale: fonctions et enjeux de cet outil marketing, in: Bulletin du CEDIDAC. Lausanne. 2016, [n° 64], p. 1–14



