
Editorial

Die Sammlung der Rechtsprechungsübersichten ist nun vollständig

Liebe Leserin, lieber Leser

Mit dem heutigen Newsletter beschliesst «medialex» die Serie der Rechtsprechungsübersichten über das Jahr 2016. Professorin Christiana Fountoulakis und Julien Francey erörtern die Entscheide des Medienzivil- und -zivilprozessrechts. Der Fokus liegt dabei auf der Praxis des Bundesgerichts, das sich im Berichtsjahr in 3 Zivilurteilen mit dem berühmten «Kristallnacht-Tweet» zu befassen hatte. Erwähnung finden aber auch ein kantonales Urteil zur Rechtlage bei Publikation von Fotos auf Facebook und zwei Entscheide des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrecht (EGMR), die aus schweizerischer Sicht interessant sind.

Den Abschluss der Serie macht die umfassende Behandlung der verfassungsrechtlichen Entscheide des Jahres 2016. Professor Franz Zeller bespricht Entscheide des Bundes- und des Bundesverwaltungsgericht sowie zahlreiche Urteile des EGMR zu Fragen der Medien-, Meinungs- und Wirtschaftsfreiheit, zum Informationszugang für Medien und Allgemeinheit, zum Anspruch auf Achtung des Privat- und Familienlebens sowie zu verfassungsrechtlichen Aspekten von Radio- und Fernsehprogrammen sowie Online-Publikationen. Sein Fazit: Das Konzept eines verantwortungsvollen Journalismus rückt vermehrt ins Zentrum der Rechtsprechung.

Die gesamte Serie der insgesamt sieben Rechtsprechungsübersichten werden Sie im Jahrbuch 2017 vorfinden, das im Dezember allen Abonentinnen und Abonnenten in gedruckter Form zugestellt wird.

Simon Canonica, Redaktor *medialex*



Christiana Fountoulakis, professeure ordinaire, Chaire de droit civil 1, Université de Fribourg

Julien Francey, docteur en droit, avocat-stagiaire

Le Tribunal fédéral rejette trois plaintes pour atteinte à l'honneur en relation avec l'affaire du tweet sur la «Nuit de Cristal»

Aperçu de la jurisprudence fédérale, cantonale et internationale rendue durant l'année 2016 en matière de droit civil et de procédure civile en lien avec les médias

Résumé : Les auteurs discutent en premier lieu les arrêts rendus en 2016 par le Tribunal fédéral sur le droit privé et la procédure civile en lien avec les médias. Trois de ces arrêts concernent le «tweet sur la Nuit de Cristal» et ont chaque fois pour objet une atteinte à la personnalité commise par un média, respectivement par un blogueur privé. Les deux autres arrêts du Tribunal fédéral traitent de la compétence nationale et internationale lors d'atteintes à la personnalité. Du côté de la jurisprudence cantonale, une décision du Tribunal cantonal neuchâtelois soulève la question de savoir si un parent peut publier, sans le consentement de l'autre, des photographies de leur fille commune sur Facebook. Les auteurs présentent également deux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme. Le premier cas, concernant la Suisse, met en balance la liberté d'expression avec le droit à l'honneur, le second se prononce sur les instruments juridiques à mettre en place afin qu'un Etat respecte son obligation de protéger la vie privée et familiale des individus.

I. Introduction

La présente chronique a pour but la présentation et la discussion des arrêts rendus par le Tribunal fédéral au cours de l'année précédente. L'aperçu tient également compte d'une sélection d'arrêts cantonaux et internationaux, en particulier de ceux rendus par la Cour européenne des droits de l'homme, lorsqu'ils concernent la Suisse ou revêtent un intérêt général. ¹

II. Absence d'atteinte à l'honneur d'un politicien condamné pour discrimination raciale par le fait de l'avoir qualifié d'islamophobe et de personne de l'extrême droite (TF 5A_195/2016 et 5A_975/2015 du 4 juillet 2016, TF 5A_515/2016 du 24 novembre 2016)

Les trois recours qu'a traités le Tribunal fédéral en 2016 en matière de violation du droit à l'honneur par la ²

presse ont été déposés par le même recourant et reposent sur le même état de fait: en 2012, un partisan du parti politique UDC – qui a entre temps dû démissionner – avait publié un message diffusé sur Twitter de la teneur suivante: «Peut-être nous faudrait-il une nouvelle Nuit de Cristal...cette fois-ci pour les mosquées» (traduction par les auteurs). Le Tagesanzeiger avait repris ce tweet le lendemain, déclenchant ainsi un grand intérêt médiatique. Le tweet, ainsi que deux autres du même genre («Nous devrions expulser cette racaille de notre pays. Je ne veux pas vivre avec de tels gens» et «Je voudrais effectivement mettre quelques gens contre le mur et les fusiller. Moins de saleté sur terre serait une bonne chose» (traduction par les auteurs), avaient finalement mené à une condamnation de son auteur pour discrimination raciale (art. 261^{bis} CP), confirmée par le Tribunal fédéral en novembre 2015 (TF 6B_627/2015 du 4 novembre 2015).

3 Les trois arrêts du Tribunal fédéral ayant trait à cette affaire civile concernaient la reprise du tweet par certains médias ainsi que par des individus et les commentaires faits à ce sujet en 2012. En particulier, une maison de presse avait publié un commentaire qui faisait allusion au fait que l'auteur du tweet avait dû quitter l'UDC, mesure incontournable selon le journaliste puisque de tels représentants de l'extrême droite «n'avaient plus leur place dans un parti qui revendique les principes de liberté et de démocratie». Un autre média avait publié des commentaires semblables, intitulés «Les semi-racistes de l'union du centre (*Volkspartei*)». Dans les deux cas, le recourant demandait la suppression des passages cités, l'omission de la mention de son nom dans lesdits articles, une constatation de l'illicéité des publications et, dans l'un des cas, une réparation du tort moral subi à hauteur de CHF 1'500.--.

4 Le troisième litige impliquait un individu qui avait lui aussi repris le tweet du recourant dans son blog en ajoutant, entre autres choses, que ce n'était pas la première fois que le politicien avait émis de tels propos. Le blog citait également l'interview que le membre de l'UDC avait donnée dans le Tagesanzeiger suite au tweet et commentait que «le recourant se servait de la feinte la plus évidente d'un islamophobe». Les griefs du recourant étaient essentiellement les mêmes que dans les deux autres procédures.

5 Les trois recours ont donné l'occasion au Tribunal fédéral de récapituler et confirmer sa jurisprudence en matière d'atteinte à l'honneur par la presse: la notion d'«honneur» du droit civil est plus vaste que celle du droit pénal, en comprenant non seulement le droit d'une personne à la considération morale, mais également le droit à la considération sociale, c'est-à-dire le droit à l'estime professionnelle, économique et sociale. L'atteinte à l'honneur peut résulter d'allégations de faits ou d'appréciations subjectives, sans qu'il importe de savoir, dans un premier temps, si les faits allégués sont vrais, incomplets ou inexacts ou si les critiques sont fondées ou non. La véracité des faits allégués ou le bien-fondé d'une critique jouent cependant un rôle pour déterminer si l'atteinte est licite ou non. A ce sujet, le Tribunal fédéral évoque sa jurisprudence constante selon laquelle la publication de faits vrais n'est illicite que lorsqu'elle ne répond à aucun intérêt légitime, alors qu'en principe, l'allégation de faits inexacts n'est jamais licite. Toutefois, chaque inexactitude, raccourci ou omission ne constitue pas à lui seul un article mensonger. Il faut en plus que l'affirmation inexacte fasse apparaître la personne sous un faux jour aux yeux d'un observateur moyen (TF 5A_195/2016 consid. 5.1; 5A_975/2015 consid. 5.1). Lorsque l'atteinte est la conséquence d'un jugement de valeur, d'un commentaire ou de l'expression d'une opinion, on ne retient son illicéité que lorsque cette appréciation subjective rompt le cadre de ce qui est admis et laisse entendre un état de fait qui ne correspond pas à la réalité ou conteste à la personne tout honneur d'être humain ou personnel. Il en va de même pour un jugement de valeur mixte: le noyau de fait du jugement de valeur (*Sachbehauptungskern*) ne doit pas être faux, et le jugement de valeur ne doit pas être inutilement blessant. Finalement, il s'agit de tenir compte du cadre dans lequel l'affirmation en question est exprimée: lorsqu'elle contribue à la formation de l'opinion publique politique, elle peut être plus aiguë que dans d'autres contextes. De plus, dit le Tribunal fédéral, une personne qui a acquis une notoriété publique permanente ou passagère (*absolute und relative Personen der Zeitgeschichte*) doit «supporter plus» qu'une personne privée (TF 5A_195/2016 consid. 5.2 *in fine*; 5A_975/2015 consid. 5.1).

6 En l'espèce, le Tribunal fédéral a admis un intérêt public à ce que le tweet du recourant soit discuté en public il s'agissait d'une contribution à des débats actuels et controversés sur «l'islamisation de la Suisse». Dans ce contexte, la discussion portant sur les allégations du membre de l'UDC devait permettre d'exprimer des jugements de valeur pour autant que ceux-ci restent dans des limites raisonnables. En l'occurrence, les passages incriminés des médias et du blogueur privé n'étaient ni faux ni inutilement blessants. L'argument du recourant que son tweet avait été «complètement mal compris» et qu'il était inadmissible de déduire, du fait qu'il avait mentionné la Nuit de Cristal en relation avec des mosquées, une hostilité à l'égard des musulmans n'a pas su convaincre: en transposant l'évènement principal de la Nuit de Cristal, qui avait été l'incendie orchestré de centaines de synagogues, aux mosquées, les affirmations du recourant ne pouvaient pas évoquer chez le lecteur moyen autre chose que l'allusion qu'il faudrait systématiquement brûler les mosquées. Le contenu du tweet était tel qu'il permettait des jugements de valeur comme ceux émis dans les commentaires litigieux. Il n'était pas non plus nécessaire d'omettre le nom du recourant dans lesdits articles: certes, la notoriété passagère du recourant ne permettait pas encore de le citer personnellement. En revanche, la mention de son nom s'inscrivait dans le cadre légal, car ce dernier avait lui-même recherché l'attention publique, que ce soit dans une large interview parue dans le Tagesanzeiger ou dans des blogs qu'il publiait sur son site Internet. Il ne pouvait donc pas faire valoir un «droit à l'oubli». Vu ce qui précède, le Tribunal fédéral a rejeté les trois recours.

Les trois arrêts ne soulevaient pas de difficultés majeures: lorsqu'on émet des propos qui tombent sous le coup de l'art. 261^{bis} CP, on doit s'attendre à ce que l'on soit qualifié de personne de l'extrême droite ou de «semi-raciste», que cette qualification provienne d'un média (ayant un devoir d'informer le public¹) ou d'une personne privée (pouvant faire valoir sa liberté d'opinion notamment²). Il est également évident qu'un «droit à l'oubli» devait être nié, car le recourant, en donnant des interviews à la presse sur les procédures pendantes et en postant des messages sur son blog ou sur Twitter, contribuait lui-même à la pérennisation de son tweet. Le cas aurait été plus intéressant si le recourant avait essayé d'effacer tout souvenir de ses propos auprès du public. Aurait-il pu demander l'anonymisation des commentaires incriminés? S'il s'agissait de la demande du recourant de taire sa condamnation pour violation de l'art. 261^{bis} CP, un droit à l'oubli devrait être admis³. Concernant par contre les commentaires relatifs au tweet initial du recourant, on devrait probablement nier l'existence d'un droit à l'oubli, surtout vu le court laps de temps entre la publication du tweet et la présente procédure.

Un dernier point mérite d'être évoqué. Dans deux des trois arrêts en question, le Tribunal fédéral estime que «absolute und relative Personen der Zeitgeschichte [müssen sich] mehr gefallen lassen als gewöhnliche Personen»⁴. Cette affirmation est faite en relation avec le droit à l'honneur. Pourtant, la notoriété d'une personne ne joue un rôle que pour les atteintes à la vie privée (y compris le droit à l'image). En effet, on admet que la vie privée de personnalités publiques – auxquelles la doctrine et la jurisprudence suisses ajoutent les personnalités de notoriété passagère – est moins bien protégée que celle de personnes privées, du fait qu'il peut exister, selon le cas, un intérêt prépondérant du public à être informé. Cependant, en aucun cas le fait qu'une personne soit (passagèrement) connue n'autorise des atteintes à l'honneur dans une plus large mesure que lorsque la victime est une personne privée. Il nous semble dès lors que le considérant du Tribunal fédéral ne peut pas être compris autrement comme le rappel d'une simple règle régissant tout débat public: une personne qui s'expose sur le plan public doit savoir endurer la critique qu'elle provoque (pour autant que celle-ci reste dans des limites tolérables, ce qui se détermine au vu de toutes les circonstances). Toutefois, cela ne tient pas au fait qu'il s'agisse d'une personne publique: toute personne émettant son avis hors des quatre murs de sa maison doit s'attendre à une réaction publique (dont l'intensité varie en fonction du ton choisi et des propos émis).

III. Jurisdiction territorialement compétente en relation avec un article publié sur un site Internet (TF 5A_437/2016 du 2 décembre 2016)

Un maître d'ouvrage ouvre action devant les tribunaux du canton des Grisons contre Unia et exige la suppression d'un article publié sur le site Internet d'Unia suisse. Cet article, repris d'un média local, rapporte en substance que le promoteur immobilier expulsait les membres du syndicat de son chantier après les avoir insultés. Le tribunal de première instance admet la mesure provisionnelle qui est toutefois rejetée en deuxième instance; les juges estiment que les tribunaux des Grisons ne sont pas compétents.

Le Tribunal fédéral constate qu'Unia possède une succursale dans le canton des Grisons et que celle-ci peut fonder la compétence des tribunaux locaux (art. 12 CPC). A cette fin, il faut toutefois que l'objet du litige découle de l'activité commerciale de cette succursale (lien de connexité). Ainsi, le recourant doit démontrer qu'un collaborateur d'Unia Grisons a participé à l'atteinte au sens de l'art. 28 CC, c'est-à-dire qu'il a rendu possible la diffusion ou le maintien de l'article litigieux sur le site Internet d'Unia suisse. Or, le recourant ne le rend pas vraisemblable. Au contraire, selon Unia, son site Internet est exclusivement géré depuis la centrale de Berne. En outre, les statuts de la succursale grisonne ne mentionnent pas une quelconque compétence d'administrer le site Internet d'Unia. En l'absence d'un lien de connexité entre la publication litigieuse et la succursale grisonne d'Unia, l'art. 12 CPC ne s'applique pas et le for se détermine exclusivement d'après l'art. 20 lit. a CPC. Les tribunaux du domicile ou du siège d'une des parties n'étant pas situés aux Grisons, le Tribunal fédéral confirme la décision d'irrecevabilité de l'instance inférieure.

Si le maître d'ouvrage avait recherché Unia pour avoir participé à la diffusion de l'article litigieux sur le site du média local, et non sur le site Internet d'Unia Suisse, les tribunaux grisonnais auraient vraisemblablement dû admettre le lien de connexité avec la succursale grisonne et, par conséquent, leur compétence. En effet, il ressort des constatations cantonales que le journaliste n'était pas présent sur le chantier et qu'il a été averti des incidents par le personnel d'Unia Grisons. Dans cette mesure, on aurait pu retenir que la succursale d'Unia a joué un rôle dans la publication de l'article sur le site du média au sens de l'art. 28 CC⁵.

En revanche, l'action en cessation aurait vraisemblablement dû être rejetée sur le fond, faute pour la succursale grisonne

1 TF, 5A_975/2015 et 5A_515/2016.

2 TF, 5A_195/2016.

3 A ce sujet, STEINAUER/FOUNTOLAKIS, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, Berne 2014, n° 627a.

4 TF, 5A_975/2015 consid. 5.1; cf. ég. TF 5A_195/2016 consid. 5.2.

5 Sur la légitimation passive en relation avec des atteintes à la personnalité sur Internet: FRANCEY, La responsabilité délictuelle des fournisseurs d'hébergement et d'accès Internet, Genève/Zurich/Bâle 2017, n° 284 ss.

d'avoir la capacité d'intervenir sur le site du journal en ligne afin de supprimer l'article litigieux⁶.

IV. Compétence internationale des tribunaux suisses en matière d'atteinte à la personnalité (TF 5A_812/2015 du 6 septembre 2016)

- 13 Dans l'arrêt 5A_812/2015, le Tribunal fédéral s'est penché sur la compétence internationale des autorités genevoises pour ordonner une mesure provisionnelle contre Google Inc. et Google Switzerland GmbH. Dans ce cas, le requérant, un milliardaire ukrainien séjournant fréquemment à Genève et soupçonné par la Russie d'avoir participé au crash de l'avion MH17 Malaysia Airlines, exige de Google qu'il supprime toute référence entre son nom et la chute de l'avion MH17 dans ses résultats de recherche.
- 14 Le Tribunal fédéral relève que la compétence des tribunaux suisses s'examine conformément à l'art. 10 et 129 LDIP (mesures provisionnelles et compétence lors d'un acte illicite). L'art. 129 LDIP prévoit un for au domicile ou au siège du défendeur, ainsi qu'un for au lieu de l'acte ou du résultat. Selon la jurisprudence, le lieu du résultat se situe à l'endroit où la lésion directe et immédiate du bien ou de l'intérêt juridiquement protégé s'est produite. Lors d'une violation commise sur Internet, ces principes autoriseraient la victime à ouvrir action devant les tribunaux de chaque Etat où le contenu litigieux est accessible. Pour éviter un tel résultat, la doctrine majoritaire exige, en plus de l'accessibilité, un lien de rattachement suffisant avec la Suisse.
- 15 En l'espèce, la Cour de Justice a estimé que l'oligarque avait sa résidence habituelle à Genève, ce qui permettait de retenir le lien de rattachement suffisant avec la Suisse. Pour cela, la Cour s'est notamment fondée sur l'autorisation de séjour du requérant renouvelée en 2014. Cependant, le Tribunal fédéral constate que l'autorisation de séjour ne fait pas partie du dossier et n'a pas été alléguée en procédure. Si la cour cantonale avait obtenu cette information en sollicitant un renseignement écrit de l'autorité compétente (cf. art. 190 CPC), elle aurait dû donner la possibilité à Google de se déterminer. En effet, la présomption de l'existence d'une résidence habituelle créée par une autorisation de séjour est réfragable. Dès lors, la Cour de Justice a violé le droit d'être entendu de Google.
- 16 Dans une argumentation alternative, l'instance précédente a considéré que le requérant avait acquis une certaine notoriété à Genève, ce qui constitue également un lien de rattachement suffisant. Pour le Tribunal fédéral, la notoriété dépend du lien que la personne entretient avec le for en question. En l'espèce, le lésé a uniquement prouvé qu'il avait une adresse à Genève et que sa sœur et ses enfants y vivaient. Ces éléments à eux seuls ne permettent pas de retenir que le requérant a une notoriété à défendre à Genève. D'ailleurs, ses intérêts professionnels ont été localisés à l'étranger. Dans ces circonstances, le Tribunal fédéral retient que la Cour de Justice a versé dans l'arbitraire. Il admet ainsi le recours de Google et renvoie l'affaire à l'instance précédente pour nouvelle décision.
- 17 *Le lieu du résultat se retrouve à plusieurs endroits dans la LDIP, soit en tant que critère de rattachement pour le for (cf. art. 109 al. 2 LDIP pour les litiges en matière de propriété intellectuelle et art. 129 al. 1 LDIP pour les autres actes illicites), soit pour le droit applicable (cf. art. 136 al. 1 LDIP pour les actes de concurrence déloyale, art. 139 al. 1 lit. c LDIP pour les atteintes à la personnalité commise par des médias et art. 133 al. 2 LDIP en tant que règle générale). Cet arrêt a donc donné l'occasion au Tribunal fédéral de se prononcer pour la première fois sur cette notion décisive en lien avec les atteintes sur Internet. L'enjeu visait surtout à clarifier si le lieu du résultat permet à une victime de saisir les tribunaux de chaque endroit où le contenu est accessible depuis Internet et donc de facto les tribunaux de son choix.*
- 18 *La doctrine majoritaire refuse une telle interprétation qui favoriserait le forum shopping⁷. C'est pourquoi, elle exige un lien de rattachement supplémentaire avec la Suisse, qui peut notamment résider dans le lieu du domicile de la victime, de sa résidence principale ou dans le lieu du dommage économique subi. Dans son appréciation, le Tribunal fédéral ne prend pas directement position sur l'exigence ou non d'un lien supplémentaire avec la Suisse et se limite à reproduire les avis doctrinaux. Cette démarche prudente pourrait s'expliquer par l'arrêt eDate de la CJUE⁸ que le Tribunal fédéral n'a toutefois pas évoqué.*
- 19 *Dans ce dernier arrêt, la CJUE a estimé que le lieu du résultat contenu à l'art. 5 point 3 «Bruxelles 1»⁹ (devenu entre-temps l'art. 7 point 2 «Bruxelles 1 bis»¹⁰) ouvre deux types de fors en lien avec les atteintes aux droits de la personnalité sur Internet. Le premier, au centre des intérêts de la victime, permet à la victime d'exiger la réparation de l'entier du dommage causé par la publication illicite. Le second se situe à chaque endroit où l'article illicite est accessible, mais autorise uniquement la victime à réclamer le préjudice engendré dans la juridiction de cet Etat. Bien que la CJUE se soit référée au «dommage»,*

6 Sur l'aptitude d'une action en cessation de l'atteinte sur Internet : FRANCEY, nos 321 et 324 (note 5).

7 CR LDIP/CL-BONOMI, art. 129 n° 27; KERNEN, Persönlichkeitsverletzungen im Internet, Zurich/St-Gall 2014, nos 609 s. et 641; BSK IPRG-UMBRICHT/RODRIGUEZ/KRÜSI, art. 129 nos 16 et 27.

8 CJUE, C-509/09 – eDate Advertising e.a., ECLI:EU:C:2011:685.

9 Règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

10 Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte).

la doctrine estime que ses considérations s'appliquent également aux actions défensives¹¹. D'ailleurs, une des questions préjudicielles posée à la CJUE concernait une action en cessation de l'atteinte¹². D'après la jurisprudence européenne, il existe donc un for dans toutes les juridictions où l'atteinte est accessible. Cette solution devrait également s'imposer lors de la détermination de l'autorité compétente au regard de l'art. 5 par. 3 Convention de Lugano¹³. En effet, l'art. 1 du Protocole n° 2 de la CL prévoit que les Etats partie tiennent compte de la jurisprudence d'autres Etats appliquant la CL ou le Règlement de Bruxelles I dont les teneurs sont identiques.

Le fait que le Tribunal fédéral interprète généralement la LDIP à l'aune de la CL¹⁴ nous aurait amenés à supposer qu'il reprenne les fors du lieu du résultat consacrés par l'arrêt eDate et qu'il s'écarte ainsi de la doctrine majoritaire suisse qui considère que la simple accessibilité du contenu ne suffit pas pour retenir un for. Pour tenter d'éviter de trancher cette controverse et d'approfondir la problématique, il semblerait que le Tribunal fédéral se soit cependant contenté d'admettre le recours sur la base de griefs avant tout formels; le droit d'être entendu de Google a été enfreint et le lésé n'a pas suffisamment allégué et prouvé qu'il avait une notoriété à défendre à Genève.

Indirectement, le Tribunal fédéral prend néanmoins position et s'écarte de la jurisprudence européenne. En effet, la compétence de l'autorité saisie doit être examinée d'office. Or, si la simple accessibilité du site Internet en Suisse suffisait, le Tribunal fédéral aurait dû admettre la compétence de l'instance précédente et rejeter le recours de Google puisque le moteur de recherche est accessible depuis la Suisse. L'existence des vices formels n'y aurait rien changé, car ils concernaient l'appréciation d'un lien de rattachement supplémentaire avec la Suisse qui se serait précisément avéré inutile. Toutefois, la prise de distance du Tribunal fédéral avec les principes européens et l'interprétation de l'art. 5 par. 3 CL met en évidence un certain malaise et laisse supposer que la question n'est pas définitivement résolue.

V. Publication de photos sur Facebook de la fille commune par l'un des parents (Tribunal cantonal de Neuchâtel du 29 mars 2016, RJN 2016 p. 76 ss)

Les parents détenteurs de l'autorité parentale conjointe sur leur fille de six ans rencontrent de grandes difficultés relationnelles. En particulier, la mère exige du père qu'il retire toutes les photographies de sa fille publiées sur son compte Facebook et qu'il s'abstienne d'en publier à l'avenir. Selon les constatations de fait, les photographies représentaient notamment la fillette en tenue de sport ou en train de faire du ski. L'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) fait droit à la requête de la mère.

Le père saisit alors le Tribunal cantonal qui rappelle que l'APEA prend les mesures nécessaires pour protéger l'enfant si son développement est menacé (art. 307 CC). Ces mesures peuvent concerner n'importe quel domaine, y compris le droit à l'image au sens de 28 CC qui permet de s'opposer à l'utilisation de sa représentation, et doivent respecter le principe de la proportionnalité.

Le droit à l'image d'une personne incapable de discernement s'exerce par ses représentants légaux (cf. art. 19c al. 2 CC). Le Tribunal cantonal estime que, si les détenteurs de l'autorité parentale ne s'accordent pas sur une décision à prendre en relation avec leur enfant, il appartient alors à l'APEA de trancher pour éviter d'accorder de facto un droit de veto à l'un des parents. Dans le cas contraire, un parent pourrait par exemple s'opposer définitivement à l'envoi de photographies de son enfant à un membre de la famille de l'autre parent. Le Tribunal relève ensuite que les images représentant un enfant sur les réseaux sociaux sont généralement anodines et participent même à la relation parent-enfant. Partant, le principe de proportionnalité qui guide l'intervention de l'APEA s'oppose à une interdiction systématique de chaque nouvelle publication de photographie sur Internet. En revanche, des images de l'enfant ridicules, peu avantageuses, suggestives ou qui heurteraient la sensibilité de l'autre parent ne doivent pas être publiées sans le consentement de ce dernier ou, le cas échéant, sans l'accord de l'APEA. Par conséquent, cette dernière devra examiner les publications en cause pour déterminer si les images du cas d'espèce pouvaient ou non être postées par le père.

Le Tribunal fédéral n'est pas entré en matière sur le recours de la mère contre l'arrêt neuchâtelois, ce dernier constituant une décision incidente de renvoi et la mère n'ayant pas rempli les conditions de l'art. 93 LTF (cf. TF 5A_318/2016 du 10 octobre 2016).

L'arrêt cantonal soulève une problématique importante; un détenteur de l'autorité parentale peut-il interdire à l'autre de publier une image de son enfant sur un réseau social? A juste titre, le Tribunal cantonal considère qu'un parent ne doit pas disposer d'un droit de veto sur les décisions concernant l'enfant et qu'il ne peut ainsi pas interdire à l'autre de publier n'importe quelle image sur Internet. L'exemple cité par le Tribunal cantonal est illustratif, mais il convient de rappeler que le seul fait de prendre en photographie une personne sans son consentement constitue déjà une atteinte à son droit à l'image¹⁵. Partant, si le consentement des deux détenteurs de l'autorité parentale était requis sans possibilité de s'adresser à l'APEA en

11 BSK LugÜ-HOFMANN/KUNZ, art. 5 n° 634.

12 CJUE, C-509/09 – eDate Advertising e.a., ECLI:EU:C:2011:685, point 24.

13 BSK LugÜ-HOFMANN/KUNZ, art. 5 n° 633a ss.

14 BSK IPRG-UMBRICHT/RODRIGUEZ/KRÜSI, art. 129 n° 16. Pour un exemple : ATF 135 III 556 consid. 3.1 = JdT 2011 II 558.

15 STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 539 (note 3).

cas de désaccord, un parent pourrait même empêcher l'autre de prendre une simple photographie de son enfant (sans qu'elle soit nécessairement diffusée sur un réseau social). Un tel résultat ne serait pas concevable.

27 Revers de la médaille, l'APEA doit trancher si telle ou telle image représentant un enfant peut être publiée sur un réseau social. Le Tribunal cantonal a certes posé les critères généraux (l'image ne doit pas être compromettante pour l'enfant), mais cet examen paraît peu pratique. Les frais de décision liés à cette procédure pourraient néanmoins dissuader les parents de saisir l'APEA pour chaque litige et les encourager à trouver un terrain d'entente.

28 A noter que ce problème ne se pose pas en cas d'autorité parentale exclusive. En effet, le détenteur de l'autorité parentale exclusive dispose seul du pouvoir de représenter l'enfant et donc de celui de donner son consentement à la publication d'images sur Internet.

29 Qu'il s'agisse de l'autre détenteur de l'autorité parentale ou d'un parent sans autorité parentale conjointe, il est toujours possible de justifier l'atteinte au droit à l'image de l'enfant par un intérêt public ou privé prépondérant. A notre avis, l'intérêt du parent à publier une image sans le consentement de l'enfant, respectivement du ou des détenteurs de l'autorité parentale, ne prévaut cependant pas sur le droit du mineur à rester à l'écart des réseaux sociaux.

VI. Liberté d'expression et protection de la personnalité - Confirmation d'un arrêt du Tribunal fédéral par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, arrêt du 7 juin 2016, affaire CICAD c. Suisse, requête n° 17676/09)

30 Dans cet arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme devait déterminer si la décision du Tribunal fédéral (TF 5A_75/2008 du 28 juillet 2008) qui avait constaté le caractère illicite des propos tenus par l'association Coordination intercommunautaire contre l'antisémitisme et la diffamation (CICAD) respectait la liberté d'expression de cette dernière. La CICAD avait en effet qualifié sur Internet et dans sa newsletter d'antisémitisme les déclarations d'un professeur de l'Université de Genève qui avait rédigé une préface dans un ouvrage consacré à la place du judaïsme dans l'Etat hébreu. Suite à ces affirmations, le professeur avait obtenu avec succès devant toutes les instances nationales la condamnation de la CICAD pour violation de son droit à l'honneur.

31 Suivant une analyse classique, la Cour constate que la CICAD a subi une ingérence dans sa liberté d'expression en raison du jugement du Tribunal fédéral. Cette ingérence trouve cependant son fondement dans l'art. 28 CC, disposition qui poursuit un intérêt légitime au sens du § 10 par. 2 CEDH, à savoir la protection de la réputation et des droits d'autrui. Pour que cette restriction soit conforme à la CEDH, elle doit encore s'avérer nécessaire dans une société démocratique.

32 A l'occasion de cet examen, les Etats parties jouissent d'une certaine marge d'appréciation, mais la Cour contrôle si les juridictions nationales ont ménagé un juste équilibre entre les deux libertés fondamentales opposées en motivant leur décision de manière pertinente et suffisante. Pour procéder à la mise en balance entre la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée, il convient notamment d'évaluer si les affirmations litigieuses relèvent des faits ou du jugement de valeur; ce dernier ne peut pas faire l'objet d'une vérification, mais il s'avère illicite s'il ne repose pas sur une base factuelle suffisante. A l'intérieur de leur marge d'appréciation, il appartient aux juridictions internes de qualifier une déclaration en fait ou en jugement de valeur.

33 En l'espèce, le Tribunal fédéral a retenu que la CICAD avait émis un jugement de valeur qui n'était pas suffisamment fondé. Pour parvenir à cette conclusion, le Tribunal fédéral a examiné en détail la préface écrite par le professeur¹⁶ qui était d'ailleurs lui-même d'ascendance juive par sa mère. S'il est certes vrai que l'article publié par la CICAD participait à un débat public, ce qui imposait de ne restreindre ce discours qu'en présence de raisons impérieuses, la Cour rappelle que l'appréciation de la CICAD à l'encontre de l'auteur de la préface équivalait à lui reprocher une infraction pénale (cf. art. 261^{bis} CP). Or, une telle affirmation peut avoir d'importantes conséquences privées et professionnelles pour un enseignant universitaire. La Cour ajoute en outre que la diffusion des propos attentatoires à l'honneur a notamment eu lieu via Internet et a dès lors touché un large lectorat, notamment à cause de l'utilisation des moteurs de recherche qui associaient le nom du professeur avec l'article de la CICAD. Enfin, la Cour s'attarde sur la nature des sanctions prononcées contre la CICAD et observe qu'il s'agissait d'un jugement civil et non pénal, qui condamnait la CICAD à retirer l'article illicite de son site, à publier les considérants importants du Tribunal cantonal et à payer les frais et dépens de la procédure. Pour la Cour, cette réparation ne saurait être considérée comme excessive.

34 La Cour estime ainsi que le Tribunal fédéral s'est fondé sur des motifs pertinents et suffisants pour restreindre la liberté d'expression de la CICAD. Dans cette mesure, elle déclare à l'unanimité que la Suisse n'a pas enfreint les droits de la requérante.

16 Notamment le passage suivant : « En devenant très consciemment l'Etat juif, Israël réunit sur ses épaules le poids de toutes ces questions qui explicitent la question juive de base. (...) L'identification d'Israël au judaïsme redouble toute activité politique, diplomatique, militaire en test, en examen de passage du judaïsme : voyons donc comment (...). Dans ces conditions, il est parfaitement vain de considérer qu'Israël est un Etat comme les autres : ses mains sont liées par la définition qu'il s'est donné[e] lui-même. Quand Israël s'expose sur la scène internationale, c'est bien le judaïsme qui s'expose en même temps ».

VII. Efficacité des moyens mis en place par les membres contractants pour prévenir des futures atteintes à la personnalité (CEDH, arrêt du 17 mars 2016, affaire Kahn c. Allemagne, requête n° 16313/10)

Cet arrêt de la CourEDH ne concerne pas la Suisse et implique un groupe de médias allemand qui a publié à plusieurs reprises des photographies des deux enfants de l'ancien gardien de football, Oliver Kahn. Sur requête des parents, le média a été condamné à s'abstenir de publier des images des enfants, sous peine d'une astreinte pouvant atteindre € 250'000.-. Par la suite, l'éditeur a de nouveau diffusé des images des enfants Kahn. Le tribunal compétent a alors constaté la violation du jugement précédent et a imposé le paiement d'une astreinte de € 5'000.- par enfant et par violation. En raison de nouveaux reportages, le tribunal a ensuite condamné le média au paiement d'une astreinte de € 7'500.-, puis de € 15'000.-. En parallèle, les parents ont requis le paiement d'une compensation financière de € 40'000.- pour les atteintes subies au droit de la personnalité de leurs enfants. En dernière instance nationale, le Bundesverfassungsgericht a rejeté l'action des parents. Agissant pour leurs enfants, les époux Kahn portent le litige devant la CourEDH et se prévalent de l'art. 8 CEDH.

La Cour constate que la violation invoquée se rapporte à une obligation positive de l'Etat allemand¹⁷ : selon les requérants, les tribunaux allemands auraient dû mieux protéger leur vie privée en imposant à l'éditeur de médias le paiement non seulement d'une astreinte en cas de récidive, mais aussi d'une compensation financière. La Cour rappelle que les moyens pour garantir le respect de la Convention relèvent généralement de la marge d'appréciation des Etats contractants et que ceux-ci n'enfreignent leurs obligations que si la protection mise en place vide la substance du droit garanti par la CEDH.

En l'espèce, la Cour note que le montant d'une astreinte selon le droit allemand peut atteindre € 250'000.- et que les tribunaux nationaux ont sanctionné le média avec des amendes allant de € 2'500.- à € 15'000.- par violation et par enfant. Pour la Cour, si les requérants considéraient que ces astreintes n'étaient pas assez dissuasives pour prévenir de nouvelles atteintes, ils auraient eu la possibilité de saisir la juridiction d'appel pour contester l'efficacité de la sanction. Or, ils n'ont jamais recouru contre la fixation des montants de l'astreinte. En outre, la Cour constate que la procédure d'astreinte se veut rapide et simple pour faciliter la mise en œuvre judiciaire des droits du lésé. Les juges de Strasbourg soulignent enfin que l'octroi d'une compensation financière n'est pas systématiquement exclu en droit allemand en plus du paiement d'une astreinte. Pour les juges nationaux, les circonstances du cas concret n'imposaient cependant pas le paiement d'une indemnité aux lésés.

Au regard de ce qui précède, la Cour conclut que l'Allemagne a suffisamment protégé la vie privée des requérants en mettant en place un système d'astreinte pour prévenir les atteintes futures. La Cour va même plus loin et généralise son raisonnement: la protection conférée par l'art. 8 CEDH n'impose pas de prévoir le paiement d'une indemnité en faveur de la victime, pour autant que l'Etat octroie d'autres moyens effectifs pour éviter la commission d'une nouvelle atteinte. En d'autres termes, il importe peu que le versement d'une somme d'argent revienne à l'Etat ou à la victime; il suffit que la menace de la sanction financière soit apte à dissuader l'auteur de récidiver. Dès lors, la Cour rejette à l'unanimité la requête.

Le droit suisse offre des instruments équivalents au régime allemand pour garantir l'exécution d'une action en prévention de l'atteinte (cf. art. 343 al. 1 CPC). La victime peut ainsi solliciter du tribunal compétent qu'il interdise à l'auteur de commettre une nouvelle atteinte, sous la peine d'amende de l'art. 292 CP ou sous la menace d'une amende d'ordre. En cas de récidive, l'amende est versée à l'Etat et non à la victime. L'octroi d'un tort moral, quant à lui, dépend des conditions de l'art. 49 CO et n'est pas non plus automatique.

Dans la mesure où les arrêts de la Cour ne se limitent pas uniquement à trancher le cas concret, mais servent plus largement à clarifier les normes de la Convention¹⁸, l'affaire Kahn c. Allemagne devrait permettre de retenir que le système suisse s'avère également compatible avec l'art. 8 CEDH. Cette déduction s'impose encore avec plus forte raison, étant donné que la Cour a généralisé son raisonnement et ne s'est pas uniquement restreinte à analyser le modèle allemand.

On peut cependant émettre une réserve. La Cour a considéré que le système allemand était suffisamment efficace pour assurer la protection de la vie privée au regard notamment de l'astreinte maximale de € 250'000.- que les tribunaux peuvent prononcer en cas de nouvelle atteinte. En droit suisse, l'art. 343 al. 1 lit. b CPC limite par contre l'amende d'ordre à un montant de CHF 5'000.- et l'amende au sens de l'art. 292 CP s'élève au maximum à CHF 10'000.- (cf. art. 106 al. 1 CP). Même en tenant compte des différences de tirage entre les médias allemands et les médias suisses, il n'est dès lors pas certain que la Cour considère ces montants comme suffisamment dissuasifs pour prévenir une atteinte future. Dans ce contexte, la victime peut certes réclamer les profits obtenus par le média au moyen de l'action en remise du gain (art. 423 CO). Cependant, le calcul du gain s'avère compliqué et la procédure potentiellement longue. La CEDH n'a d'ailleurs pas pris en compte cette action prévue pourtant par le § 812 BGB pour déterminer si le droit allemand octroyait des moyens effectifs pour prévenir une atteinte.

17 En plus de devoir s'abstenir d'ingérer dans les droits fondamentaux des individus (obligation négative), les Etats doivent parfois agir de manière active afin de concrétiser les droits fondamentaux de leurs citoyens (obligation positive).

18 CEDH, arrêt du 7 janvier 2010, affaire Rantsev c. Chypre et Russie, requête n° 25965/04, par. 197 et références citées.

Si la question de l'effectivité des moyens instaurés par le droit suisse peut se poser en l'état, la prochaine révision de la partie spéciale du CP¹⁹ devrait dissiper ces doutes. En effet, le Conseil fédéral a proposé de punir la violation de l'art. 292 CP d'une peine privative de liberté ou d'une peine pécuniaire (et non plus d'une simple amende). Dès lors, les tribunaux pourront infliger à l'auteur jusqu'à 180 jours-amende d'un montant de CHF 3'000.-, soit CHF 540'000.- (cf. art. 34 CP, version du 1^{er} janvier 2018). Si cette révision est adoptée, la menace de la sanction de l'art. 292 CP devrait alors suffisamment dissuader un média d'enfreindre à nouveau les droits de la victime.

Zusammenfassung Die Autoren besprechen zunächst die zivilrechtlichen und zivilprozessrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts, die im Jahre 2016 im Zusammenhang mit der Presse und anderen Medien gefällt wurden. Drei dieser Bundesgerichtsentscheide beziehen sich auf den „Kristallnacht-Tweet“ und haben jeweils die Frage nach einer Persönlichkeitsverletzung durch Medienberichte bzw. einen privaten Blogeintrag zum Inhalt. Die beiden anderen Bundesgerichtsurteile betreffen Fragen der örtlichen resp. der internationalen Zuständigkeit bei Persönlichkeitsverletzungen. Aus der kantonalen Rechtsprechung ist insbesondere ein Entscheid des Kantonsgerichts Neuenburg zur Frage, inwiefern ein Elternteil ohne die Zustimmung des anderen Fotos der gemeinsamen Tochter auf Facebook publizieren darf, von Interesse. Zwei Entscheidungen des EGMR werden abschliessend beleuchtet; Dabei geht es zum einen um die Abwägung von Persönlichkeitsschutz und Meinungsäusserungsfreiheit (ein die Schweiz betreffender Fall), zum anderen um die Frage, welche Massnahmen ein Staat vorsehen müsse, um seiner Pflicht, das Privat- und Familienleben des Einzelnen zu schützen, nachzukommen.

19 L'avant-projet est disponible à l'adresse suivante : www.bj.admin.ch/bj/fr/home/sicherheit/gesetzgebung/strafrahmenharmonisierung.html.



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

Das Konzept des «verantwortungsvollen Journalismus» rückt ins Zentrum

Entscheidübersicht Verfassungsrecht und EMRK 2016

Résumé En 2016, de nombreuses décisions concernant des questions du droit constitutionnel et du droit de l'homme qui sont important pour les journalistes ont été rendues. C'est en particulier la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) qui est importante. L'auteur traite dans la première et plus importante partie de son aperçu de la pratique les jugements concernant la liberté des médias, d'expressions et de l'économie. Dans l'année 2016, il sort que la justice est très sceptique par rapport à la violation des interdictions pénales par des journalistes qui font les recherches. La deuxième partie est consacrée à l'accès à l'information pour des médias et le public. A ce sujet, plusieurs jugements directifs du Tribunal Fédéral ont été rendus, entre autre par rapport à l'aspect du public des tribunaux. Pour conclure, l'auteur aborde les aspects constitutionnels du radio, de la télévision et de la communication online. Sa conclusion principale concernant l'année en question : le concept du journalisme responsable approche de plus en plus le centre de la jurisprudence.

Überblick

Die Rechtsprechung zu verfassungs- und menschenrechtlichen Aspekten freier Kommunikation war (auch) im Berichtsjahr 2016 ergiebig. Der Überblick über massgebende Entscheide des Bundesgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts und der Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zeigt, dass die Gerichtspraxis die Grenzen des Zulässigen in manchen Bereichen verdeutlicht hat. In der Gesamtsicht sind einige Tendenzen erkennbar. So rückt das vom EGMR entwickelte Konzept eines verantwortungsvollen Journalismus immer stärker ins Zentrum. Dies manifestiert sich nicht nur bei ehrenrührigen oder indiskreten Publikationen, sondern bereits im Stadium journalistischer Recherche. ¹

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

1. Allgemeines

Wie die anderen Freiheitsrechte sind die Grundrechte freier Kommunikation als Abwehrrechte gegen staatliche Eingriffe konzipiert. Diese Funktion wird zwar zunehmend durch staatliche Schutz und Gewährleistungspflichten (Art. 35 Abs. 2 BV) ergänzt. Die Abwehrfunktion der kommunikationsbezogenen Freiheitsrechte steht in der Rechts- ²

praxis aber nach wie vor im Vordergrund. Fragen kommunikationsrechtlichen Freiraums und seiner Grenzen beschäftigten die Gerichte 2016 in verschiedenen Facetten.

2. Staatliche Eingriffe in grundrechtlich geschützte Kommunikation

3 Bei den meisten gerichtlich ausgetragenen Konflikten um die freie Kommunikation springt es ins Auge, dass eine hoheitliche Grundrechtsbeschränkung vorliegt (und damit die Eingriffsvoraussetzungen von Art. 36 BV bzw. Art. 10 Abs. 2 EMRK zu respektieren sind). Im Einzelfall können sich aber zwei Fragen stellen, welche die Justiz auch im Berichtsjahr verschiedentlich beschäftigt haben:

1. Welches Freiheitsrecht ist betroffen: Geht es um den **Geltungsbereich** (Schutzbereich) der Meinungsfreiheit (Art. 16 BV), der Medienfreiheit (Art. 17 BV), der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und/oder um andere Grundrechte (dazu sogleich N 4 ff.)?

2. Schmälert eine bestimmte hoheitliche Massnahme den grundrechtlich garantierten Freiraum überhaupt? Handelt es sich also um einen eigentlichen **Eingriff**, den der Staat nur unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV (gesetzliche Grundlage, berechtigtes Eingriffsziel, Verhältnismässigkeit, Wahrung des Kerngehalts) vornehmen darf (N 10 ff.)?

A. Geltungsbereich: Welche Freiheitsrechte sind betroffen?

4 Überlegungen zum **Verhältnis Medienfreiheit (Art. 17 BV) - Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV)** finden sich im **BVGer-Entscheid B-7960/2015 vom 17.5.2016** (Engeler c. Bundeskanzlei; amtlich publiziert in BVGE 2016/10). Der Geltungsbereich von Art. 17 BV schütze alle Phasen medialer Tätigkeit (z.B. Gründung und Ausgestaltung des Mediums, journalistische Informationsbeschaffung, Vertrieb, Bereithalten der Information). Staatliche Eingriffe in die Medienfreiheit berührten oft auch die wirtschaftliche Tätigkeit von Medienunternehmen oder Medienschaffenden, denn Medienarbeit richte sich regelmässig auf die Erzielung von Gewinn bzw. Erwerbseinkommen. Bei der gerichtlichen Beurteilung eines staatlichen Eingriffs sei primär die Medienfreiheit als spezifischeres Grundrecht massgebend. Die wirtschaftlichen Auswirkungen eines Eingriffs in die Medienfreiheit habe das Gericht aber im Rahmen der Interessenabwägung ebenfalls zu berücksichtigen (E. 4.3). Vgl. zu diesem Fall auch hinten Rn 10 ff. und 93).

5 **BVGer-Entscheid A-136/2016 vom 20.10.2016** (A. c. ETH Zürich), E. 5 hielt fest, das Verteilen von Flugblättern für eine Kundgebung falle in den Geltungsbereich der Meinungsfreiheit (Art. 16 BV), der Medienfreiheit (Art. 17 BV) und der Versammlungsfreiheit (Art. 22 BV). Alle drei Grundrechte böten Schutz (so genannte **Grundrechtskonkurrenz**). Primär zu prüfen seien die beiden besonders einschlägigen Grundrechte der Meinungs- und Versammlungsfreiheit. Die Eingriffsvoraussetzungen von Art. 36 BV waren vorliegend nicht erfüllt, denn die Beschränkung der Freiheitsrechte war nicht erforderlich (E. 5.3 – vgl. dazu hinten Rn 29).

6 *Kommentar: Das BVGer verwies im Flugblatt-Fall auf die Ausführungen der Vorinstanz und begründete nicht näher, weshalb neben der Meinungs- und der Versammlungsfreiheit auch die Medienfreiheit betroffen war. Dieses Vorgehen ist nachvollziehbar, denn medienfreiheitliche Aspekte waren für das Resultat des zu beurteilenden Rechtsstreits letztlich unerheblich. Grundsätzlich ist es allerdings keine Selbstverständlichkeit, dass die Medienfreiheit auch nicht-journalistische Äusserungen wie Flugblätter oder Blogbeiträge erfasst (vgl. dazu etwa FRANZ ZELLER/REGINA KIENER, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015, N 16f. zu Art. 17).*

7 Besonders anspruchsvoll ist die Umschreibung des grundrechtlichen Schutzbereichs beim Streit um den Anspruch der Allgemeinheit auf **Zugang zu amtlichen Informationen**. In dieser Hinsicht hat die Grosse Kammer im **EGMR-Urteil „Magyar Helsinki Bizottság c. Ungarn“ N° 18030/11 vom 8.11.2016** eine wesentliche Ausdehnung vorgenommen. Verweigerte eine Behörde die Herausgabe einer bei ihr disponiblen Information, so hatte der Geschworene bislang in der Regel keinen Anspruch darauf, dass sie die Voraussetzungen von Art. 10 Abs. 2 EMRK respektiert. Angesichts der europaweiten Entwicklungen zu mehr Transparenz ist der Gerichtshof von dieser Haltung abgerückt. Nunmehr besteht unter bestimmten Bedingungen ein direkt aus der EMRK abgeleiteter (beschränkbarer) Anspruch auf Information: Eine Informationsverweigerung ist also nur konventionskonform, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruht und zur Wahrung eines berechtigten Beschränkungszwecks notwendig ist. Dieser konventionsrechtliche Informationsanspruch ist an die Voraussetzung geknüpft, dass der Geschworene als eine Art „öffentliche Kontrollinstanz“ (etwa als herkömmliches Massenmedium, aber auch als sonstiger „public watchdog“) bezweckt, die Bevölkerung über Themen von öffentlichem Interesse zu orientieren. Kein Informationsanspruch besteht hingegen bspw., wenn die Publikation des Dokumenteninhalts bloss Voyeurismus und Sensationsspiel bedient (§ 162) oder wenn sie rein egoistische bzw. kommerzielle Zwecke verfolgt (vgl. dazu auch hinten N 84 f. sowie die Anmerkungen von BERTIL COTTIER zu diesem Entscheid in Medialex-Newsletter 11/2016).

8 Das **BGer-Urteil 1C_598/2014 vom 18.4.2016** (A. c. Finanzdepartement des Kantons Basel-Stadt und B. AG)

betrifft das abgewiesene Gesuch eines Fernsehjournalisten um Einsicht in die Steuerunterlagen eines Unternehmens. Das BVerfG anerkannte, dass die verweigerte Einsicht in amtliche Akten den Beschwerdeführer in seiner journalistischen Tätigkeit tangiert und damit die Medienfreiheit (Art. 17 BV) und die Informationsfreiheit (Art. 16 Abs. 3 BV) „in vergleichbarer Weise betroffen“ sind (E. 4.1). Zu diesem Fall vgl. auch hinten N 81 ff.

Mit den anwendbaren Grundrechten bei der verweigerter Offenlegung der Namen und Dienstgrade bestimmter Polizeiangehöriger befasste sich das **BVerfG-Urteil 1C_413/2016 vom 17.11.2016**, E. 3.1 auf Beschwerde einer früheren Stadtpolizistin hin. Tangiert war ihre Informationsfreiheit (Art. 16 Abs. 3 BV). Die Meinungsfreiheit als bloss subsidiäres Auffanggrundrecht gegenüber speziellen Formen der Kommunikation sei hingegen nicht zu prüfen. Die Beschränkung der Informationsfreiheit war verfassungskonform (zu den Gründen vgl. hinten N 89).

B. Eingriff: Staatliche Schmälerung des grundrechtlichen Freiraums?

Der oben erwähnte **BVerfG-Entscheid B-7960/2015 vom 17.5.2016** (Engeler c. Bundeskanzlei; amtlich publiziert in BVGE 2016/10), E. 5, bejahte, dass die verweigerte Akkreditierung für das Medienzentrum Bundeshaus den grundrechtlichen Freiraum schmälerte. Die Abweisung eines Akkreditierungsgesuchs bewirke zwar kein Verbot der Ausübung des Berufs eines Bundeshausjournalisten und verunmögliche die Informationsbeschaffung aus dem Bundeshaus keineswegs. Er bringe aber doch „eine gewisse faktische Beeinträchtigung einer solchen Berufstätigkeit mit sich“. Die erschwerte Berufsausübung bedeute einen (leichten) staatlichen Eingriff in die Medienfreiheit, der den Vorgaben von Art. 36 BV zu genügen hat – und im vorliegenden Fall auch genüge.

Eine staatliche Grundrechtsbeschränkung verneinte das BVerfG hingegen hinsichtlich der namentlichen Publikation von Medienschaffenden, welche statt einer Akkreditierung lediglich eine Zutrittsberechtigung zum Medienzentrum Bundeshaus haben. Die Veröffentlichung des im Internet abrufbaren Dokuments schränke die mediale Arbeit nicht ein, denn das Dokument stelle bloss eine Tatsache fest. Allfällige Nachteile für die aufgelisteten Medienschaffenden bezüglich Reputation oder Chancen auf dem Arbeitsmarkt, würden **durch Privatpersonen zugefügt** und seien keine staatlichen Eingriffe (E. 5.3.2.3.2). Keine staatliche Beschränkung der Medienfreiheit bedeutet auch Engeler fehlende Möglichkeit, Mitglied der Vereinigung der Bundeshausjournalistinnen und -journalisten (VBJ) zu bleiben. Laut BVerfG legt der Staat nicht fest, wer in diesem privatrechtlich geordneten Verein Mitglied werden kann. Der Staat wirke auch nicht auf den betreffenden Vereinsbeschluss ein (E. 5.3.2.3.5).

Kommentar: Hinsichtlich der beiden verneinten Eingriffe greift die Argumentation des BVerfG m.E. zu kurz. Hoheitliches Verhalten kann auch zu einer mittelbaren Beschränkung der Medienfreiheit führen, welche den Vorgaben von Art. 36 BV bzw. Art. 10 Abs. 2 EMRK ebenfalls zu genügen hat. Zu prüfen ist stets, ob die staatliche Massnahme geeignet ist, Medienleute einzuschüchtern („chilling effect“). Eine solche Abschreckungswirkung kann auch auf indirektem Wege erfolgen. Führt eine behördliche Massnahme voraussichtlich dazu, dass private Akteure anschliessend die freie Kommunikation beeinträchtigen werden (z.B. durch den Ausschluss aus einem für die journalistische Tätigkeit wichtigen Verein), so ist dies unter dem Gesichtswinkel der Medienfreiheit sehr wohl relevant.

Die **Strassburger Rechtsprechung** zu Eingriffen durch staatliche Massnahmen mit erheblichem Einschüchterungspotenzial („chilling effect“) ist recht umfangreich. Als Beispiel aus dem Berichtsjahr sei der **EGMR-Zulässigkeitsentscheid „Jon Gaunt c. Vereinigtes Königreich“** N° 26448/12 vom 6.9.2016 herausgegriffen. Radiojournalist Gaunt beschwerte sich gegen einen Aufsichtsentscheid der britischen Rundfunkregulierungsbehörde Ofcom zu Gaunts völlig entgleistem Live-Interview mit einem Politiker. Der Ofcom-Entscheid betraf zwar formell nur Gaunts Arbeitgeber Talkradio. Nach Auffassung des EGMR gab es aber gute Argumente dafür, dass der Entscheid auch einen „chilling effect“ für Gaunt und deshalb eine (leichte) Beschränkung seiner Äusserungsfreiheit (Art. 10 EMRK) bewirkt haben könnte (§ 50f.). Zur anschliessenden Güterabwägung des EGMR in diesem Fall vgl. hinten Rn 113 ff.).

Mehrmals beschäftigte sich der EGMR im Berichtsjahr mit der Frage, inwiefern staatliche Sanktionen für Rechtsbrüche bei der journalistischen Recherche als Eingriff (interference) zu betrachten sind. Bei einer Strafe wegen des Mitführens von Waffen in einem Flugzeug (zwecks eines Fernsehberichts über mangelhafte Sicherheitskontrollen) bejahte der **EGMR-Zulässigkeitsentscheid „Erdtmann c. Deutschland“** N° 56328/10 vom 5.1.2016, § 15 einen Eingriff in Art. 10 EMRK. Bei Freiheitsstrafen wegen des illegalen Abhörens von Polizeifunk (zwecks Informationsbeschaffung für eine Lokalzeitung) liess das **EMGR-Urteil „Brambilla ua c. Italien“** N° 22567/09 vom 23.6.2016, § 43f. diese Frage jedoch mehrheitlich offen (anders immerhin Richter Spano, der einen Eingriff bejahte). Zur Prüfung der Notwendigkeit dieser Sanktionen vgl. hinten N 70 ff.).

C. Grundrechtsberechtigung: Befugnis zur Beschwerde gegen einen Eingriff

Gegen die Beschränkung der grundrechtlich geschützten Freiheitssphäre durch hoheitliche Eingriffe können sich grundsätzlich nur private Akteure wehren, nicht aber staatliche Stellen. Das **BVerfG-Urteil 2C_6/2016 vom**

18.7.2016, E. 6 rekapitulierte die bisherige Rechtsprechung zur Frage, inwiefern sich öffentlich-rechtliche Unternehmen auf das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) berufen können. Das BGer erinnerte daran, dass es privatrechtlich organisierten Organisationen wie der SRG eine Berufung auf die Wirtschaftsfreiheit zugestanden hat, sofern sie „ausserhalb ihrer öffentlichrechtlichen Aufgabe“ handeln (BGE 123 II 402 E. 3a S. 409), „nicht aber, soweit der Werbebereich zur Finanzierung der öffentlichen Aufgabe“ diene (BGE 139 I 396 E. 3.2.2 S. 311).

16 *Kommentar: Bezüglich öffentlich beherrschter Unternehmen wie der Swisscom lässt die Urteilbegründung vom 18. Juli 2016 die in der Rechtsliteratur kontroverse Frage der Berufung auf die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) ausdrücklich offen. Sie beschränkt sich auf die Darstellung der verschiedenen Lehrmeinungen und der bisherigen Judikatur, klärt die heikle Streitfrage aber nicht. Geklärt ist hingegen, dass sich die SRG gestützt auf die Medienfreiheit (Art. 17 BV bzw. Art. 10 EMRK) gegen staatliche (z.B. zivilrechtliche) Beschränkungen im redaktionellen Teil wehren kann (vgl. etwa BGE 137 I 8 E. 2.4 S. 12f., EGMR-Zulässigkeitsentscheid „N° 43524/98 vom 1.5.2001 [Kassensturz - Contra-Schmerz] und EGMR-Urteil N° 34124/06 vom 21.6.2012, § 41). Auch Massnahmen im Rahmen der Programmaufsicht durch die UBI kann die SRG beim BGer anfechten. Ob sie in diesem Bereich anschliessend auch in Strassburg zur Beschwerde befugt ist, hat der EGMR noch zu beurteilen. Gelegenheit dazu bieten zwei in Strassburg hängige Beschwerden der SRG: Die Beschwerde N° 68995/13 zu BGER 2C_1246/2012 (fehlende Sachgerechtigkeit einer Fernsehsendung über Botox) sowie die Beschwerde N° 41723/14 zum BGE 139 I 306 (Pflicht zur Ausstrahlung des Werbespots "Was das Schweizer Fernsehen totschweigt").*

17 Nach Art 34 EMRK kann der Gerichtshof "von jeder natürlichen Person, nichtstaatlichen Organisation oder Personengruppe" angerufen werden. Das *EGMR-Urteil „Ärztammer für Wien & Dornier c. Österreich“ N° 8895/10 vom 16.2.2016* befasste sich mit der Beschwerde einer ärztlichen Standesorganisation und ihres Präsidenten gegen ein Urteil der österreichischen Ziviljustiz. Der Ärztekammer sprach der EGMR die Beschwerdelegitimation ab: Sie sei durch Gesetz und nicht durch Privatrechtsakt eingerichtet, durch Pflichtbeiträge aller Ärzte (Zwangsmitgliedschaft) finanziert, nehme auch hoheitliche Aufgaben wahr und unterstehe dabei staatlicher Aufsicht. Zur Beschwerde an den EGMR befugt war hingegen der Präsident der Ärztekammer, den die österreichischen Gerichte gestützt auf das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) ausdrücklich zur Unterlassung einer Äusserung über zwei Unternehmen verurteilt hatte. Vgl. zu diesem Fall auch hinten N 52.

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

A. Ausreichende Bestimmtheit der beschränkenden Rechtsnorm

18 Zur erforderlichen Präzision der gesetzlichen Grundlage äusserte sich das *BGER-Urteil 6B_180/2015 vom 18.2.2016* (X. c. Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Luzern), welches das schwammig formulierte **Verbot der Pornografie in Art. 197 StGB** betraf. Laut BGER (E.3.3.4) ist es aus verfassungsrechtlicher Sicht „nicht erforderlich, dass bereits der Wortlaut des Gesetzes absolute Klarheit bringt. Es ist vielmehr ausreichend, wenn die genaue Bedeutung einer Strafnorm erst der einschlägigen Gerichtspraxis entnommen werden kann, solange das Ergebnis der Auslegung noch mit dem Sinn der Norm vereinbar und für den Laien vernünftigerweise voraussehbar ist.“ Zur richterlichen Umschreibung des Verbots vgl. hinten N 68.

19 *Kommentar: Die bundesgerichtlichen Ausführungen überzeugen im Grundsatz, da eine sinnvolle Umschreibung der Grenzen freier Kommunikation in generell-abstrakten Rechtsnormen oft kaum realisierbar ist. Die Gerichtspraxis kann und soll hier Orientierung bieten. Im schweizerischen Rechtsalltag stellt sich allerdings nicht selten das Problem, dass es zu wichtigen Vorschriften (noch) kaum oder sogar keinerlei einschlägigen Gerichtsurteile gibt. Dies gilt nicht zuletzt für medien- und kommunikationsrechtliche Gesetzesbestimmungen. Die dadurch verursachte Rechtsunsicherheit ist einerseits einer Kultur furchtloser Kommunikation tendenziell abträglich. Andererseits hemmt sie manche Opfer journalistischer Überbordungen, die ihnen eigentlich zustehenden juristischen Instrumente entschlossen einzusetzen.*

20 Zur gesetzlichen Grundlage für die Löschung von Vorratsdaten vgl. die ausführliche Erwägung 10 des beim BGER angefochtenen *BVGer-Entscheids A-4941/2014 vom 9.11.2016* (A. u.a. c. Dienst Überwachung Post- und Fernmeldeverkehr).

21 Häufiger als in Lausanne geschieht es in Strassburg, dass einer gesetzlichen Vorschrift die ausreichende Präzision abgesprochen wird. Ein Beispiel aus dem Berichtsjahr ist das *EGMR-Urteil „Semir Güzel gegen Türkei“ N° 29483/09 vom 13.9.2016, § 34ff*: Ein Politiker wurde bestraft, weil er an einem Parteikongress nicht dagegen eingeschritten war, dass Delegierte in kurdischer Sprache referiert hatten. Die türkische Strafnorm war alles andere als präzise formuliert. Für den Politiker war der Eingriff nicht vorhersehbar. Der Gerichtshof bejahte einstimmig einen Verstoß gegen Art. 10 EMRK.

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

Gemäss Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV müssen schwerwiegende Einschränkungen eines Freiheitsrechts im Gesetz selbst vorgesehen sein. Auch bei offenkundigen Eingriffen in die freie Kommunikation prüfen schweizerische Gerichte daher regelmässig, ob die Beschränkung schwerwiegend oder geringfügig ist. 22

Als leichte Grundrechtseingriffe eingestuft wurden im Berichtsjahr etwa das räumlich begrenzte Verbot des Verteilens von Flugblättern für eine Kundgebung: *BVGer A-136/2016 vom 20.10.2016* (A. c. ETH Zürich, E. 5.2.1.2) sowie die verweigerte Akkreditierung für das Medienzentrum Bundeshaus: *BVGer B-7960/2015 vom 17.5.2016* (Engeler c. Bundeskanzlei, E. 5.3.2.). 23

Nicht unbedeutend war gemäss *BGer-Urteil 1B_26/2016 vom 29.11.2016* (Oberstaatsanwaltschaft Kanton Zürich c. A. & B.) der Eingriff in die Grundrechte von Personen, deren Fernmeldedaten die Universität Zürich und das Hochschulamt in einem Verfahren wegen Amtsgeheimnisverletzung der Staatsanwaltschaft übermittelt hatten, „zumal die Staatsanwaltschaft detailliert davon Kenntnis nahm, wann bzw. wie lange sie mit welchen Journalisten bzw. Zeitungen in Kontakt standen.“ (E. 4.3.2). 24

Eine schwerwiegende Grundrechtsbeschränkung ist die anlasslose Speicherung von Telekommunikations-Randdaten. Vgl. E. 10 des beim BGer angefochtenen *BVGer-Entscheid A-4941/2014 vom 9.11.2016* (A. u.a. c. Dienst Überwachung Post- und Fernmeldeverkehr). 25

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

Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV erlaubt in Fällen ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr eine Abweichung vom Erfordernis der gesetzlichen Grundlage (polizeiliche Generalklausel). Dies kann auch die freie Kommunikation betreffen. Im Berichtsjahr gab es dazu keine Rechtsprechung. 26

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

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 im Berichtsjahr hatte die Justiz kaum je Probleme, den Eingriff in die Meinungs-, Medien- oder Wirtschaftsfreiheit einem berechtigten Eingriffszweck zuzuordnen. Der in der Praxis wichtigste Beschränkungszweck ist nach wie vor der **Schutz des guten Rufes**. Das Ausbalancieren von Ansehensschutz und Medienfreiheit 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. 173ff. StGB) des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes (Art. 28 ZGB) und auch des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (Art. 3 UWG). Für die wichtigste Kasuistik im Berichtsjahr sei auf die Rechtsprechungsübersichten von MIRIAM MAZOU zum **Straf- und Strafverfahrensrecht** (vgl. Medialex-Newsletter 5/2017) und von CHRISTIANA FOUNTOLAKIS/JULIEN FRANCEY zum **Zivil- und Zivilverfahrensrecht** (vgl. vorne in diesem Newsletter) verwiesen. 27

5. Verhältnismässigkeit des Eingriffs (Art. 36 Abs. 3 BV bzw. Art. 10 Abs. 2 EMRK)

A. Aspekte der Verhältnismässigkeitsprüfung

a) Eignung, Erforderlichkeit, Zumutbarkeit

Zentral ist die Frage, ob die Verwirklichung des Eingriffszwecks im Einzelfall schwerer wiegt als der Schutz freier Kommunikation und damit verhältnismässig ist. Nach schweizerischer Grundrechtsdogmatik verlangt das Verhältnismässigkeitsprinzip, dass die Grundrechtsbeschränkung zur Erreichung des angestrebten Ziels **geeignet und erforderlich** ist. Das Übermassverbot verbietet eine staatliche Massnahme, wenn sich das angestrebte Eingriffsziel mit einer ebenso geeigneten, aber **milderen Mittel** erreichen lässt. Darüber hinaus muss der Eingriff dem Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung **zumutbar** sein (eigentliche Güterabwägung). Zur Güterabwägung gab es auch 2016 umfangreiche Judikatur, die unten in N 31 ff. vertieft wird. 28

Einzelne Urteile im Berichtsjahr befassten sich mit der (fehlenden) **Erforderlichkeit** des staatlichen Eingriffs. So verneinte der *BVGer-Entscheid A-136/2016 vom 20.10.2016* (A. c. ETH Zürich) die Erforderlichkeit des absoluten 29

Verbots, Flugblätter auf der Polyterrasse vor dem ETH-Hauptgebäude zu verteilen. Das Verbot war nicht nötig um einen geordneten Betrieb sowie einen ungehinderten Zugang zum ETH-Hauptgebäude sicherzustellen. Als mildere Mittel kamen etwa Auflagen (z.B. ein Mindestabstand zum Haupteingang) in Betracht, deren Einhaltung durch einen Mitarbeiter des Sicherheitsdienstes oder die allenfalls beigezogene Polizei überwacht werden konnten (E. 5.3.2).

30 Ebenfalls nicht erforderlich war die Beschlagnahme eines Homosexuellen-Magazins wegen pornografischer Bilder in der Türkei. Als mögliche mildere Mittel erwähnte das *EGMR-Urteil „Kaos Gl c. Türkei“ N° 4982/07 vom 22.11.2016* etwa eine Pflicht zur Verpackung des Magazins mit einem Warnhinweis oder ein Verkaufsverbot, welches lediglich für Minderjährige gilt.

b) Beitrag zur Debatte über öffentlich interessierendes Thema als Abwägungskriterium

31 Für die Güterabwägung bedeutsam ist zunächst, wie schutzwürdig die fragliche Kommunikation erscheint. Schwer zu gewichten sind (journalistische) Beiträge zur Debatte eines Themas von berechtigtem öffentlichem Interesse. Das gilt für politische Fragen und eine kaum überblickbare Zahl weiterer Themen, gemäss *EMGR-Urteil „Brambilla ua c. Italien“ N° 22567/09 vom 23.6.2016*, § 59 aber nicht für Vermischte Meldungen in der Lokalpresse (vgl. dazu das differenzierende Sondervotum von Richter Spano, § 8).

32 Keinem öffentlichen Interesse entspringt laut *BGer-Urteil 6B_1267/2015 vom 25.5.2016 (Tages-Anzeiger - Rütishauser)*, das Anliegen eines Chefredaktors, durch die Publikation eines noch vertraulichen Papiers einen Primeur zu platzieren, d.h. sich einen Vorteil im publizistischen Wettbewerb zu sichern. Dieses Ansinnen entspreche keinem öffentlichen Interesse und sei für die Güterabwägung nicht relevant (E. 2.6).

33 Im *EGMR-Urteil „Bédat c. c. Schweiz“ N° 56925/08 vom 29.5.2016*, § 64 hat die Grosse Kammer unterstrichen, es genüge nicht, dass ein bestimmtes Thema (z.B. ein Strafverfahren wegen eines gravierenden Delikts) abstrakt gesehen von öffentlichem Interesse ist. Darüber hinaus müsse sich die fragliche Publikation dazu eignen, einen Beitrag zur Debatte über diese Thematik zu leisten. Bedient der Medienbericht primär die Neugierde einer gewissen Leserschaft, so hat er in der Abwägung mit kollidierenden Interessen wenig Gewicht. Dies galt für einen von „L' Illustré“ veröffentlichten Artikel über den Beschuldigten in einem gravierenden Straffall. Informationen aus geheimen Einvernahmeprotokollen und aus der Korrespondenz des Beschuldigten zu banalen Aspekten des Haftalltags vermochten dem Publikum gemäss EGMR keine relevanten Einsichten zum eigentlich interessierenden Thema zu vermitteln (§ 66).

34 Ähnliches galt bspw. für ein extrem aggressives und beleidigendes Wortgefecht in einer Radiosendung zu einer grundsätzlich durchaus interessierenden politischen Forderung: *EGMR-Zulässigkeitsentscheid „Jon Gaunt c. Vereinigtes Königreich“ N° 26448/12 vom 6.9.2016*, § 59 (vgl. ausführlich zu diesem Entscheid hinten N 113 ff.).

B. Notwendigkeit von Eingriffen zum Schutz des guten Rufs (Ansehensschutz)

35 Die Strassburger Rechtsprechung zum Schutz des guten Rufs ist mittlerweile derart umfangreich, dass selbst der Gerichtshof bisweilen den Überblick zu verlieren droht. Eine sachkundige Zusammenstellung des Fallrechts liefert etwa TARLACH MCGONAGLE, Freedom of expression and defamation – A study of the case law of the European Court of Human Rights, Strasbourg 2016. Im Berichtsjahr wurde die facettenreiche Judikatur um zahlreiche weitere Fälle ergänzt. Einer davon betraf die Schweiz.

a) Vertretbare und exzessive Werturteile

36 Werturteile sind nach der Strassburger Rechtsprechung von Tatsachenbehauptungen zu unterscheiden, deren Wahrheit grundsätzlich beweisbar ist. Werturteile lassen sich nicht beweisen, müssen auf Basis der Fakten aber vertretbar sein. Gegen **exzessive Werturteile** darf die Justiz einschreiten. Das *EMGR-Urteil N° 17676/09 „CICAD c. Schweiz“ vom 7.6.2016* bestätigte, dass die schweizerische Ziviljustiz gegen eine Persönlichkeitsverletzung durch den Verein CICAD vorgehen durfte. Dieser hatte einem Genfer Universitätsprofessor aufgrund eines von ihm verfassten Textes Antisemitismus vorgeworfen. Die gravierende Behauptung basierte auf keiner hinreichenden faktischen Grundlage. Der EGMR bezeichnete die Beschränkung der Meinungsfreiheit einstimmig als verhältnismässig. Vgl. dazu die Ausführungen von CHRISTIANA FOUNTOULAKIS / JULIEN FRANCEY zum Zivil- und Zivilverfahrensrecht vorne in diesem Newsletter).

37 Klar übers Ziel hinaus schoss die im *EGMR-Urteil „Genner c. Österreich“ (N° 55495/08) vom 12.1.2016* beurteilte Webpublikation des Vereins „Asyl in Not“. Dessen Mitarbeiter titulierte eine am Vortag verstorbene Politikerin als „Bundesministerin für Folter und Deportation“, als Werkzeug einer rassistisch verseuchten Beamtenschaft und

als Schreibtischtäterin, der kein anständiger Mensch eine Träne nachweine. Der Gerichtshof legte bei seinem einstimmigen Urteil besonderen Wert auf den Publikationszeitpunkt. Es widerspreche elementarem Anstand und Respekt vor dem Mitmenschen, eine verstorbene Person am Tag nach deren Tod derart zu verunglimpfen (§ 45).

Im Berichtsjahr akzeptierte der Gerichtshof aber auch eine Reihe heikler Formulierungen als **erlaubte Werturteile, welche sich auf eine hinreichende Faktenbasis stützten**. Dies galt etwa für 38

- den von einer Zeitungsjournalistin erhobenen Vorwurf des mangelnden Mitgefühls einer Parlamentariern, die ihre kranke Mutter zwecks Problemvermeidung ins Alterspflegeheim abgeschoben habe: *EGMR-Urteil „Kunit-syna c. Russland“* N° 9406/05 vom 13.12.2016

- Äusserungen eines gut informierten Radiojournalisten, welche in unspezifischer Weise finanzielle Unregelmässigkeiten bei einem Radiosender suggerierten: *EGMR-Urteil „Reichmann c. Frankreich“* N° 50147/11 vom 12.7.2016

- heftige Vorwürfe unter Akademikern („armseliger Lügner“ und „armer Teufel“): *EGMR-Urteil „Do Carmo de Portugal e Castro Câmara c. Portugal“* (N° 53139/11) vom 4.10.2016.

b) Unzutreffende Tatsachenbehauptungen (journalistische Sorgfalt)

Bei ehrenrührigen Tatsachenbehauptungen steht die Frage im Zentrum, ob deren Wahrheit oder zumindest der gute Glaube (und damit v.a. die hinreichende Sorgfalt) bewiesen werden kann. Als konventionskonform bezeichnete beispielsweise das einstimmig gefällte *EGMR-Urteil „Dorota Kania c. Polen [Nr. 2]“* N° 44436/13 vom 4.10.2016 die Verurteilung einer Journalistin. Sie hatte den Rektor der Universität Danzig der Spitzeltätigkeit für den Geheimdienst bezichtigt, ohne die vernünftigerweise von ihr zu erwartenden Abklärungen für diese gravierende Behauptung zu treffen. Die polnische Justiz bemängelte u.a., dass sie den Rektor bei der telefonischen Anhörung nicht mit konkreten Vorwürfen konfrontiert und dass sie relevante Dokumente erst einen Monat nach der Publikation konsultiert hatte (§ 77ff.). 39

Sorgfalt verlangt nicht nur die Recherche des für eine Publikation benötigten Faktenmaterials, sondern auch die Formulierung der publizierten Vorwürfe. Ein Beleg dafür ist das *EMGR-Urteil „Dorota Kania c. Polen“* N° 49132/11 vom 19.7.2016: Die Journalistin hatte zwei nach Auffassung der polnischen Strafjustiz irreführende bis unzutreffende Behauptungen über einen früheren Oberst des Staatssicherheitsdienstes publiziert. So warf sie ihm vor, er sei vor die Türe gesetzt worden (obwohl er selber demissioniert hatte). Die wegen übler Nachrede verurteilte Journalistin wandte vergeblich ein, von journalistischen Texten könne nicht die gleiche Präzision verlangt werden wie von amtlichen Verlautbarungen (§ 23). Die Mehrheit des EGMR folgte der Argumentation der polnischen Gerichte und bezeichnete den Eingriff als verhältnismässig (6:1 Stimmen). 40

Kommentar: In seiner abweichenden Meinung formulierte der ungarische Richter Sajo grundsätzliche Bedenken zur Entwicklung der EGMR-Praxis. Er kritisierte zwei neuere Tendenzen: Erstens prüfe der Gerichtshof weniger genau als früher, ob die nationale Justiz beim Konflikt zwischen Medienfreiheit (Art. 10 EMRK) und dem Schutz des guten Rufes (Art. 8 EMRK) die richtige Balance gefunden hat. Zweitens werde die journalistische Tätigkeit vermehrt als Frage von Pflichten begriffen und unter das „Diktat des verantwortungsvollen Journalismus“ gestellt - als ob es sich dabei um einen streng reglementierten Beruf handle. Sajos Analyse der Strassburger Rechtsprechung ist nicht aus der Luft gegriffen. Die zunehmende Zurückhaltung des Gerichtshofs beim Einschreiten gegen nationale Gerichtsentscheide hat sich zwar in einigen Fällen auch zugunsten der Medien ausgewirkt. Und die Entwicklung der EGMR-Praxis ist auch nicht völlig geradlinig und widerspruchsfrei. Eine Tendenz zeigt sich aber zweifelsfrei: Je mehr das Konzept journalistischer Verantwortung ins Zentrum rückt, desto schmaler wird der Freiraum der Medien. Ob die von Sajo skizzierten Entwicklungen eher zu begrüssen oder abzulehnen sind, ist Ansichtssache. 41

Das *EGMR-Urteil „Koniuszewski c. Polen“* N° 619/12 vom 14.6.2016, § 58ff. enthält grundlegende Überlegungen zur Frage, wann sich Medienleute ohne Zusatzrecherchen auf (amtliche) Berichte verlassen dürfen. Der EGMR entschied einstimmig für den Journalisten eines Automagazins, der gestützt auf einen offiziellen Bericht der Konsumentenschutzbehörde einzelne Verkäufer verfälschten Treibstoffs angeprangert hatte. Der Gerichtshof akzeptierte auch die unzimperliche Überschrift „Treibstoff-Gauner“, die sich im Rahmen erlaubter Übertreibung und Provokation bewegte (§ 60). 42

Einwandfrei war ein Zeitungsbericht über die erstinstanzliche Verurteilung eines namentlich genannten Gerichtsvollziehers. Die Schilderung des öffentlich verkündeten Schuldspruchs (u.a. wegen Amtsmissbrauch und Bestechlichkeit) war nach den Worten des Gerichtshofs angesichts des grossen öffentlichen Interesses geradezu professionelle Pflicht des Journalisten: *EGMR-Zulässigkeitsentscheid „Yarushkevych c. Ukraine“* N° 38320/05 vom 31.5.2016, § 34. 43

Korrekt war auch eine Fernsehsendung von France 3, die dem saudischen Prinzen Turki Al Faisal die Unterstützung der Taliban vorgeworfen hatte. Nach gründlicher Prüfung kam der Gerichtshof im *EGMR-Urteil „De Carolis + France Télévisions c. Frankreich“* N° 29313/10 vom 21.1.2016 zum Schluss, dass die Sendung den journalistischen Sorgfaltsstandards entsprochen hatte. 44

c) Satire, Sarkasmus, Ironie und Humor

45 In der Güterabwägung spielt es eine wesentliche Rolle, ob eine angriffige Publikation zum Nennwert zu nehmen ist. Für Äusserungen satirischer, aber auch nur sarkastischer, ironischer oder humoristischer Natur bestehen grössere Freiräume. In einer Reihe von Fällen hat der EGMR im Berichtsjahr staatliche Sanktionen als Verstoß gegen die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) bezeichnet. Einige Beispiele:

- Das *EGMR-Urteil „Medipress Sociedade Journalistica c. Portugal“* N° 29483/09 vom 30.8.2016 akzeptierte die ironische Unterstellung, der Premierminister befinde sich im drogenbedingten Delirium.

- Das *EGMR-Urteil „Grebneva & Alisimchik c. Russland“* N° 8918/05 vom 22.11.2016 akzeptierte einen satirisch-ironischen Zeitungsartikel über die Rolle eines Staatsanwalts im korruptionsgeprägten Wahlkampf.

- Das *EGMR-Urteil „Instytut Ekonomichnykh Reform c. Ukraine“* N° 61561/08 vom 2.6.2016 akzeptierte den satirisch gefärbten Vorwurf, eine frühere Journalistin habe ihr Parlamentsmandat aus finanziellen Gründen angestrebt.

46 Das *EGMR-Urteil N° 70434/12 „Sousa Goucha c. Portugal“* vom 22.3.2016 betraf einen **Witz** über einen prominenten homosexuellen TV-Showmaster. Eine Late-Night-Comedy-Show des Fernsehsenders RTP hatte ihn zu den besten Moderatorinnen gezählt. Vor dem Hintergrund des spielerisch-respektlosen Umgangstons und des im fraglichen Sendegerüst üblichen Humors wies die portugiesische Justiz eine Klage des Moderators ab. Dadurch verstieß Portugal laut EGMR weder gegen Art. 8 EMRK noch gegen das Verbot der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung (Art. 14 EMRK).

47 Die Grenzen erlaubter Satire sprengte hingegen eine **Fotomontage** des damaligen CEO der Deutschen Telekom, welche das Magazin Wirtschaftswoche im Jahr 2000 publiziert hatte. Unter dem Titel „Allmächtiger Sommer“ hatte sie den Kopf von CEO Ron Sommer auf den Körper eines männlichen Fotomodells montiert. Die digitale Bearbeitung streckte Sommers Kopf vertikal um 8,7 % und schrumpfte ihn horizontal um 4,5 %. Sommers Unterlassungsklage war bei der deutschen Ziviljustiz von Erfolg gekrönt. Der *EGMR-Zulässigkeitsentscheid N° 52205/11 „Verlagsgruppe Handelsblatt GmbH & Co KG c. Deutschland“* vom 15.3.2016 bezeichnete die Beschwerde des Verlags mehrheitlich als offensichtlich unbegründet. Der Abbildung von Sommers Gesicht fehle ein eigenständiger satirischer Wert. Durch die digitale Veränderung erscheine Sommer in einem unwahren und unvorteilhaften Licht.

d) Schutz der geschäftlichen Reputation von Wirtschaftsunternehmen

48 Für die Wahrung ihrer Reputation wehren sich neben betroffenen Individuen häufig auch juristische Personen. Der **Schutz des guten Rufs von Unternehmen** ist im Grundsatz ein berechtigtes Ziel, zu dessen Zweck die Medienfreiheit eingeschränkt werden darf. Gerade die neuere Rechtsprechung des EGMR macht allerdings deutlich, dass dieses Anliegen in der Güterabwägung tendenziell geringer gewichtet als der Schutz der persönlichen Ehre betroffener Menschen.

49 Das *EGMR-Urteil N° 22947/13 „Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete & Index.hu Zrt c. Ungarn“* vom 2.2.2016 bezeichnete die zivilrechtliche Haftung von zwei Websites für rufschädigende Postings anonymer Nutzer als unverhältnismässig. Ein Element der Güterabwägung war der vom Gerichtshof erneut betonte Unterschied zwischen dem privaten Ehrenschatz und den Interessen eines Unternehmens, seine geschäftliche Reputation zu wahren. Da bereits Ermittlungen zum Geschäftsgebaren des fraglichen Unternehmens liefen, bezweifelte der EGMR darüber hinaus, dass die vulgären Kommentare überhaupt noch eine Auswirkung auf dessen Kundschaft haben konnten (§ 84f.). Vgl. zu dieser Entscheidung auch Medialex-Jahrbuch 2016, S. 107 ff.)

50 Erwägung 6.5.2 des *BGer-Urteils 2C_1065/2014 vom 26.5.2016* (Nikon AG c. WEKO) verneinte sinngemäss, dass der Anspruch eines Wirtschaftsunternehmens auf den Schutz des guten Rufs wesentlich weiterreicht als bis zur Abschirmung eigentlicher Geschäftsgeheimnisse. Vor diesem Hintergrund verzichtete das BGer auf eine detaillierte Güterabwägung. Es hielt lediglich summarisch fest, die Interessen des Unternehmens an der Wahrung seiner Reputation vermöchten die Interessen an der Publikation einer für sie nachteiligen Verfügung der WEKO nicht zu überwiegen.

51 *Kommentar:* In der Strassburger und nun auch der Lausanner Rechtsprechung verfestigt sich die Tendenz, den guten Ruf einzelner Menschen stärker zu gewichten als die Reputation von Wirtschaftsunternehmen. Dieser Trend zu einer differenzierten Betrachtungsweise ist zu begrüssen. Die primär ökonomisch geprägten Interessen von Wirtschaftssubjekten sollten nicht unbesehen auf die gleiche Stufe gestellt werden wie die Anliegen angegriffener Individuen, deren Kampf um Ansehen und Achtung nicht selten einen engen Bezug zur Wahrung ihrer Menschenwürde aufweist. In den meisten Konstellationen wird den berechtigten Interessen ökonomischer Akteure dadurch Genüge getan, dass eine Publikation ihre Geschäftsgeheimnisse respektiert und sich krasser Falschdarstellungen oder Wertungsexzesse enthält.

52

Zu weit gingen negative Äusserungen einer Ärztekammer gegen zwei namentlich genannte Medizinunternehmen. Sie wurden als „Heuschrecken-Unternehmen“ gebrandmarkt. Die österreichische Ziviljustiz verpflichtete die Ärztekammer und deren Präsidenten zur Unterlassung dieser unethischen und nicht auf ausreichende Fakten gestützten Herabsetzung. Das *EGMR-Urteil „Ärztekammer für Wien & Dorner c. Österreich“* N° 8895/10 vom 16.2.2016 betonte zwar, dass die Grenzen akzeptabler Kritik gegenüber Grossunternehmen weiter gesteckt seien, doch sei deren Geschäftserfolg auch im volkswirtschaftlichen Interesse (§ 65). Die österreichische Justiz habe ihren Beurteilungsspielraum nicht überschritten.

C. Notwendigkeit anderer Eingriffe zum Schutz privater Interessen

a) Schutz vor unzulässiger Identifikation durch Abbildung oder Namensnennung

Aus Art. 8 EMRK fliesst u.a. eine Pflicht des Staates, Privatpersonen vor entblössender Medienberichterstattung zu schützen. Die auf das Straf-, Zivil- oder Verwaltungsrecht gestützten Schutzvorkehrungen müssen ihrerseits die Medienfreiheit (Art. 10 EMRK) respektieren. Die Gerichtspraxis im Berichtsjahr zeigte, dass die Justiz berechnete Diskretionsanliegen der Betroffenen hoch gewichtet. In mehreren Fällen akzeptierte das Gericht eine Beschränkung der Medienfreiheit:

Das Urteil der Grossen Kammer des *EGMR „Bédat c. c. Schweiz“* N° 56925/08 vom 29.5.2016, § 72ff. betraf die Publikation von Einvernahmeprotokollen, persönlicher Korrespondenz und Fotografie eines Untersuchungshäftlings in der Zeitschrift „L' Illustré“. Sie tangierte u.a. den Anspruch auf Schutz des Privatlebens (Art. 8 EMRK). Dies war in der Güterabwägung des Gerichtshofs ein wesentlicher Faktor, der für die Berechtigung der Busse wegen Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen (Art. 293 StGB) sprach. Ausdrücklich verwarf der EGMR den Einwand des Journalisten, der Beschuldigte hätte sich durch zivilrechtliche Mittel selber wehren können. Dieser Umstand hindere den Staat nicht daran, seine Pflicht zum Schutz des Privatlebens auch durch strafrechtliche Instrumente wahrzunehmen. Dies gelte umso mehr, als der Beschuldigte zum Publikationszeitpunkt inhaftiert war, sich somit in einer verletzlichen Lage befand und offenbar an psychischen Problemen litt (§ 77). Vgl. dazu auch Rechtsprechungsübersicht MIRIAM MAZOU zum Straf- und Strafverfahrensrecht im Medialex-Newsletter 5/2017).

Verhältnismässig war das Einschreiten der französischen Ziviljustiz gegen die Publikation des Fotos eines gefolterten Entführungsoffers, welches die Zeitschrift „Choc“ zum Entsetzen seiner Familie kurz vor dem Prozess gegen die Tatverdächtigen auf der Titelseite veröffentlicht hatte: *EGMR-Urteil „Société de Conception de Presse et d'Édition c. Frankreich“* N° 4683/11 vom 25.2.2016.

Ebenfalls verhältnismässig war das Einschreiten der niederländischen Ziviljustiz gegen die Publikation des Fotos eines angeklagten Jugendlichen. Die Zeitung „Het Parool“ hatte das Bild des gewalttätigen Freizeit-Rappers einer (zwei Jahre zurückliegenden) Fernsehsendung entnommen und kurz vor Prozessbeginn publiziert: *EGMR-Zulässigkeitsentscheid „Van Beukering & Het Parool B.V. c. Niederlande“* N° 27323/14 vom 20.9.2016.

Auf der anderen Seite gab es eine Reihe von Fällen, in denen der EGMR eine Missachtung des Privat- und Familienlebens durch Medienpublikationen verneinte. Dies galt etwa für einen bebilderten Bericht der Zeitschrift „Bunte“ über den Hochzeitsempfang von TV-Moderator Günter Jauch und seiner Braut. Der *EMGR-Zulässigkeitsentscheid „Sihler-Jauch & Jauch c. Deutschland“* N° 68273/10 und 34194/11 vom 24.5.2016 akzeptierte die Auffassung des OLG Hamburg, wonach das Brautpaar das Interesse der Öffentlichkeit (wegen der Beliebtheit der Lokalität und Gauchs Einfluss auf die öffentliche Meinungsbildung) akzeptieren musste. Da der Bericht das Brautpaar weder in ein ungünstiges Licht rückte noch Unwahrheiten enthielt, wurde Art. 8 EMRK respektiert.

Das *EGMR-Urteil Verlagsgruppe News GmbH c. Österreich“* N° 60818/10 vom 25.10.2016 bezeichnete die Verurteilung einer Medieninhaberin wegen identifizierender Printpublikation über einen der Veruntreuung verdächtigen Bankmanager als Verstoss gegen Art. 10 EMRK. Die Öffentlichkeit habe ein Recht auf Informationen über die Verluste der Bank und der dafür verantwortlichen Personen. Zudem sei die Identität des Managers bereits anderweitig publiziert worden und waren die Formulierungen weder unzutreffend noch beleidigend.

b) Schutz der Unschuldsvermutung (Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK)

Die Unschuldsvermutung (Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK) verbietet, dass jemand ohne entsprechendes Verfahren einer strafbaren Handlung bezichtigt wird. Primär schützt sie den Betroffenen vor überbordender behördlicher Kommunikation.

Das *BGer-Urteil 2C_1065/2014 vom 26.5.2016* (Nikon AG c. Wettbewerbskommission; in BGE 142 II 268 nicht publizierte E. 8) akzeptierte die Publikation einer Sanktionsverfügung wegen verbotener Absprachen nach Kartell-

gesetz. Art. 6 Ziff. 2 EMRK untersage den Behörden nicht, die Öffentlichkeit über laufende strafrechtliche Untersuchungen und Verfahren zu informieren. Im bloss strafrechtsähnlichen Kartellsanktionsverfahren müsse dies erst recht gelten und seien die Anforderungen weniger streng. Die Unschuldsvermutung hindere die Behörden nicht an einer Namensnennung, „sofern ein legitimes Informationsinteresse der Öffentlichkeit besteht“ (E. 8.4.1). Im fraglichen Fall gab es u.a. gewichtige Interessen der Allgemeinheit, möglichst umfassende Kenntnis von den Gründen des Handelns der WEKO zu erhalten. Untersagt wäre der WEKO aber beispielsweise, ein Unternehmen durch vorzeitige Mitteilung der Entscheidung als schuldig zu behandeln.

61 Die Unschuldsvermutung beschränkt auch die **Zulässigkeit journalistischer Berichterstattung**. Anders als dem Staat ist deren Verletzung den Medien zwar nicht ausdrücklich untersagt. Die Unschuldsvermutung fliesst aber in die Interpretation des Persönlichkeitsschutzes (Art. 28 ZGB), des strafrechtlichen Ehrenschutzes (Art. 173ff. StGB) und anderer Strafvorschriften (z.B. Art. 293 StGB) ein. Zu berücksichtigen ist auch, ob eine Publikation das hängige Strafverfahren unzulässig beeinflussen könnte.

62 Bei der Publikation identifizierender Bilder von Tatverdächtigen vor deren Strafprozess ist gemäss **EGMR-Zulässigkeitsentscheid „Van Beukering & Het Parool B.V. c. Niederlande“** N° 27323/14 vom 20.9.2016, § 35 grundsätzlich Zurückhaltung angezeigt.

63 Die Unschuldsvermutung und der Einfluss einer Publikation auf den späteren Strafprozess waren wichtige Aspekte des Urteils der Grossen Kammer des **EGMR „Bédat c. c. Schweiz“** N° 56925/08 vom 29.5.2016. Der Journalist argumentierte in Strassburg, die – durch seinen Artikel ohnehin nicht verletzte – Unschuldsvermutung verpflichte nur die Behörden und könne Private nicht daran hindern, sich schon vor Prozessende eine Meinung über die Schuld des Betroffenen zu bilden (§ 35). Der EGMR verwarf diesen Einwand: Medienberichte über hängige Strafverfahren dürften die Chancen auf ein faires Verfahren nicht schmälern und das Vertrauen der Allgemeinheit in die Strafjustiz nicht untergraben (§ 51). Der fragliche Medienbericht habe sich zwar nicht dazu geäussert, ob der vom Beschuldigten verursachte Autounfall vorsätzlich verursacht wurde. Der sensationsgetriebene, tendenziöse und von einem fast spöttischen Unterton geprägte Text zeichnete aber ein höchst negatives Porträt des Beschuldigten. Er tangierte nicht nur das Privatleben (vgl. dazu vorne N 54), sondern war auch zur Beeinflussung der Untersuchungsbehörden, des urteilenden Gerichts und der Prozessparteien geeignet (§ 69).

64 Diese Aspekte werden auch im Rahmen der Programmaufsicht über Radio und Fernsehen geprüft; vgl. dazu im Berichtsjahr das **BGer-Urteil 2C_255/2015 vom 1.3.2016 (RTS: Affäre Giroud)**, E. 4.1 und 4.5: Dank vorsichtiger Wortwahl respektierte der sonst teilweise tendenziöse Fernsehbeitrag die Unschuldsvermutung; vgl. zu diesem Fall auch hinten N 104.

D. Notwendigkeit von Eingriffen zum Schutz öffentlicher Interessen

a) Eingriffe zum Schutz staatlicher Geheimnisse

65 Verschiedene Entscheide im Berichtsjahr betrafen den umstrittenen Tatbestand der **Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen** (Art. 293 StGB). Zu erwähnen sind das **BGer-Urteil 6B_1267/2015** vom 25.5.2016 (vgl. dazu vorne N 32) und das **EGMR-Urteil „Bédat c. Schweiz“** N° 56925/08 vom 29.5.2016 (vgl. dazu N 53 ff.). Beide Fälle behandelt die Rechtsprechungsübersicht zum Straf- und Strafverfahrensrecht von MIRIAM MAZOU IM MEDIALEX-NEWSLETTER 5/2017.

66 *Kommentar: Die Grosse Kammer fällt das Urteil im Fall Bédat mit einer Mehrheit mit 15:2 Stimmen. In ihrer abweichenden Minderheitsmeinung kritisierte Richterin Yudkivska die Auswirkungen des Konzepts des verantwortungsvollen Journalismus und bezeichnete das Vorgehen der schweizerischen Obrigkeit als paternalistisch. Seit dem richtungsweisenden Urteil im Fall Bédat sind zwei wichtige Entwicklungen feststellbar. Zum einen hat sich die Strassburger Rechtsprechung verfestigt: Im Urteil „Y. c. Schweiz“ N° 22998/13 vom 6.6.2017 lehnte der Gerichtshof eine weitere Beschwerde gegen einen Schuldpruch nach Art. 293 StGB mit deutlichen Worten ab. Zum anderen hat das Parlament eine Streichung der Vorschrift abgelehnt und gleichzeitig deren Wortlaut entschärft (Änderung vom 16.6.2017, BBl 2017 4209). Gemäss dem revidierten Absatz 3 ist die Handlung „nicht strafbar, wenn der Veröffentlichung kein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse entgegengestanden hat.“ Für diese Güterabwägung kann gerade die Strassburger Rechtsprechung der schweizerischen Strafjustiz wertvolle Orientierung bieten.*

b) Eingriffe gegen Aufrufe zu Diskriminierung, Hass und Gewalt

67 Der Kampf gegen zu Hass, Gewalt, Intoleranz oder Diskriminierung aufrufende Äusserungen rechtfertigt nach der Strassburger Praxis spürbare Eingriffe in die Meinungsfreiheit. So akzeptierte der **EGMR-Zulässigkeitsentscheid N° 52672/13 „Le Pen c. Frankreich“** vom 13.9.2016 die Verurteilung des Politikers Jean-Marie Le Pen zu einer

bedingten Freiheitsstrafe von drei Monaten und einer Geldstrafe von 10'000 Euro. Der damalige Präsident des rechtsextremen Front National hatte in einem Interview u.a. erklärt, zumindest in Frankreich sei die Besetzung durch die Nazis nicht besonders unmenschlich gewesen. Nach einhelliger Auffassung des EGMR war Le Pens Polemik dazu geeignet, eine kriminelle Organisation zu rehabilitieren und Kriegsverbrechen zu entschuldigen. Er habe Verbrechen gegen die Menschlichkeit bagatellisiert. Le Pens Bestrafung war in einer demokratischen Gesellschaft notwendig.

c) Eingriffe zum Schutz von Sittlichkeit und Moral

Beim Tatbestand der **Pornografie** verwarf das **BGer-Urteil 6B_180/2015 vom 18.2.2016** wie oben (Rn 18) erwähnt den Einwand, Art. 197 StGB umschreibe das verbotene Verhalten nicht ausreichend präzise. Es bestätigte die in BGE 133 IV 31 E. 6.1.1 S. 34 gegebene Umschreibung strafbarer Pornografie. Sie trenne die Sexualität so stark aus ihren menschlichen und emotionalen Bezügen heraus, dass die gezeigte Person als blosses Sexualobjekt erscheint, über das nach Belieben verfügt werden kann. (E. 3.1.1). Bei Kinderpornografie gelte dies auch für Aufnahmen bloss teilweise nackter Personen im Kindesalter, soweit die Bilder (z.B. wegen Pose, Blickwinkel oder Ausschnitt) eindeutig sexualbezogen und sozial inadäquat erscheinen. Das BGer betonte, der pornografische Charakter von Darstellungen halbnackter Kinder sei „nicht leichthin und nur in unzweideutigen Fällen zu bejahen“ (E. 3.3.1). 68

d) Weitere Eingriffszwecke

Das **EGMR-Urteil N° 48718/11 „Pinto Coelho c. Portugal (N° 2)“ vom 22.3.2016** betraf einen Schuldspruch wegen Ausstrahlung von Tonaufzeichnungen aus einer Gerichtsverhandlung. Um ihre Kritik am Schuldspruch in einem Diebstahlprozess zu untermauern, publizierte eine portugiesische Journalistin in ihrem Fernsehbericht untertitelte Aussagen von Zeugen und Richtern, deren Stimmen digital verfremdet worden waren. Die anschliessende Bestrafung der Journalistin bezweckte neben dem Schutz der betroffenen Personen auch die in Art. 10 Abs. 2 EMRK ebenfalls erwähnte **Wahrung der Autorität und Unparteilichkeit der Justiz** (§ 34). Die Geldstrafe war nach Auffassung des EGMR aber nicht notwendig. Die Kammermehrheit (6:1 Stimmen) betonte u.a., dass die Aufnahme erst nach Verfahrensabschluss ausgestrahlt worden war und daher den ordnungsgemässen Gang der Rechtspflege nicht (mehr) beeinträchtigen konnte. Zudem habe keiner der betroffenen Zeugen mit einer Klage auf die Veröffentlichung reagiert. 69

e) Notwendigkeit von Eingriffen wegen Straftaten bei der Recherche

Art. 10 Abs. 2 EMRK erlaubt dem Staat auch Eingriffe, um die öffentliche Sicherheit und die Ordnung zu wahren sowie Straftaten zu verhüten. Eine Vielzahl nationaler Gesetzesvorschriften dient diesen Zielen. Mitunter kommen Medienschaffende im Rahmen ihrer Recherchetätigkeit mit einer Strafnorm in Konflikt und berufen sich zu ihrer Rechtfertigung vor dem Strafrichter auf die Medienfreiheit. Diese Konstellation beschäftigte den EGMR früher nur selten. Im Berichtsjahr hatte er sie aber gleich dreimal zu beurteilen. In allen Fällen entschied er gegen die Medienschaffenden und bezeichnete deren Bestrafung als notwendig. 70

Der **EGMR-Zulässigkeitsentscheid „Erdtmann c. Deutschland“ N° 56328/10 vom 5.1.2016** akzeptierte die Verurteilung eines Fernsehjournalisten wegen Mitführens von Waffen in einem Flugzeug. Nach den Anschlägen vom 11. September 2001 hatte er die Sicherheitskontrollen verschiedener Flughäfen getestet und in vier Fällen ein Butterflymesser an Bord geschmuggelt. Laut EGMR hätte der Journalist die Sicherheitsmängel auch ohne Bruch des Strafrechts enthüllen können, etwa durch Deponieren des Messers nach Passieren der Kontrollpunkte (§ 23). Die deutsche Strafjustiz habe berücksichtigt, dass Erdtmanns Bericht ein Thema von öffentlichem Interesse behandelt und letztlich zur Erhöhung der Flughafensicherheit beigetragen hatte. Sie verhängte deshalb (bei einem Strafrahmen von bis zu zwei Jahren Gefängnis) mit einer bedingten Busse von 750 Euro die mildest mögliche Sanktion (§ 25). Die 5. EGMR-Kammer bezeichnete Erdtmanns Beschwerde mehrheitlich als offensichtlich unbegründet. 71

Einige Monate später akzeptierte der **EGMR-Zulässigkeitsentscheid „Salihu u.a. c. Schweden“ N° 33628/15 vom 10.5.2016** die Verurteilung von drei Journalisten einer Boulevardzeitung wegen des illegalen Kaufs einer Schusswaffe. Die Medienleute wollten durch den Erwerb einer Faustfeuerwaffe aufzeigen, wie leicht man sich in Schweden Waffen beschaffen kann. Sie fotografierten die Übergabe, kontaktierten unmittelbar danach die Polizei und übergaben ihr die Waffe. Laut EGMR war der Rechtsbruch nicht nötig, um die Einfachheit der Beschaffung von Schusswaffen zu dokumentieren, weshalb der EGMR daran zweifelte, ob der Medienbericht einen Beitrag zur Debatte über dieses wichtige Thema zu leisten vermochte (§ 57). Die 3. EGMR-Kammer bezeichnete die Beschwerde einstimmig als offensichtlich unbegründet. 72

73 Das *EMGR-Urteil „Brambilla ua c. Italien“* N° 22567/09 vom 23.6.2016 akzeptierte die Bestrafung von drei Journalisten einer Online-Lokalzeitung wegen verbotenen Abhörens des polizeilichen Funkverkehrs. Die Medienleute waren dank dieser illegalen Praxis rascher am Tatort. Der EGMR liess offen, ob die Schuldsprüche und die Beschlagnahme der Funkausrüstung überhaupt Art. 10 EMRK beschränkten (vgl. dazu auch vorne Ziff. 1.2.2). Er hielt die Massnahme der italienischen Justiz jedenfalls für konventionskonform. Der vom EGMR entwickelte Begriff eines „verantwortungsvollen Journalismus“ erfasse nicht nur die Veröffentlichung, sondern gelte auch für die Nachrichtenbeschaffung. Ihre wichtige Rolle in einer demokratischen Gesellschaft entbinde die Medienleute nicht davor, die für jedermann geltenden Strafvorschriften zu respektieren (§ 53ff.). Das geringe öffentliche Interesse an Vermischten Meldungen einer Lokalzeitung (vgl. 1.5.1.2) vermöge den Rechtsbruch nicht zu rechtfertigen. Auch die Schwere der Sanktion (bedingte Freiheitsstrafen zwischen 6 und 15 Monaten) sei nicht unangemessen. Das Urteil der 1. EGMR-Kammer fiel einstimmig, doch bemängelte Richter Spano die undifferenzierten Ausführungen in der Urteilbegründung. Spanos Sondervotum betonte die Wichtigkeit des Enthüllungsjournalismus, die in gewissen Situationen aggressive Arbeitstechniken rechtfertigen könne. Eine solche Situation liege hier jedoch nicht vor.

74 *Kommentar: Die drei beschriebenen Fälle aus Strassburg liegen auf der Linie des Urteils der Grossen Kammer des EGMR „Pentikäinen c. Finnland“* N° 11882/10 vom 20.10.2015. Damals bestätigte der Gerichtshof mehrheitlich (mit 13 gegen 4 Stimmen) die Verurteilung eines Pressefotografen, der bei aufgelöster gewalttätiger Kundgebung trotz Polizeiaufforderung den Platz nicht verlassen hatte. Rechtsbrüchen durch Medienleute begegnet auch das BGer mit grosser Skepsis. Seit jeher stellt es nach eigenen Worten (BGer-Urteil 6B_1267/2015 vom 25.5.2016 E. 1.4) strenge Anforderungen an den aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen. Nun scheint sich zu bestätigen, dass auch der EGMR Straftaten zum Zweck journalistischer Berichterstattung wohl nur in seltenen Ausnahmefällen akzeptiert. Die Gerichte schliessen zwar nicht aus, dass Medienleute den Buchstaben des Strafgesetzes zum Zweck der Aufdeckung gravierender Missstände straffrei verletzen dürfen. Die Argumente der Journalisten werden aber minutiös geprüft und in Lausanne wie in Strassburg nur mit grösster Zurückhaltung akzeptiert. Sehr hoch liegt die Latte insbesondere für den Nachweis, dass der Enthüllungsjournalist wirklich keinen anderen Weg begehen konnte als den Pfad des Rechtsbruchs.

6. Verletzung des Kerngehalts (Art. 17 Abs. 3 und 36 Abs. 4 BV)

75 Das schweizerische Verfassungsrecht kennt (anders als etwa die EMRK) bei den Freiheitsgarantien Kerngehalte, welche in keinem Fall angetastet werden dürfen. Im Bereich der Medienfreiheit ist dies das Zensurverbot (Art. 17 Abs. 3 BV). Im Berichtsjahr gab es dazu soweit ersichtlich keine relevanten Entscheide.

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

76 Der journalistische Quellenschutz beschäftigt die schweizerische Justiz regelmässig. Im Berichtsjahr fällte das BGer dazu allerdings keine Urteile. Der in der Zwischenzeit beim Bundesgericht angefochtene *BVGer-Entscheid A-4941/2014 vom 9.11.2016* (A. u.a. c. Dienst Überwachung Post- und Fernmeldeverkehr) lehnte es ab, die Speicherung und Aufbewahrung von Telekommunikations-Randdaten auf ihre Vereinbarkeit mit dem Quellenschutz zu überprüfen. Dieser Aspekt sei in einem allfälligen Strafprozess vorzubringen (E. 13).

77 Ergiebiger war (auch) in dieser Hinsicht die Strassburger Rechtsprechung. Das *EGMR-Urteil N° 49085/07 „Görmüs u.a. c. Türkei“* vom 19.1.2016 stellte einstimmig einen Verstoß gegen die Meinungsfreiheit der Mitarbeiter einer türkischen Wochenzeitschrift fest. Diese hatte 2007 den Inhalt eines vertraulichen Berichts des Armeechefs über die Fichierung ungenehmer Medien publiziert. Zwecks Überführung der für die Weitergabe geheimer Informationen verantwortlichen Staatsangestellten wurden Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen bei der Redaktion durchgeführt. Der EGMR hielt u.a. fest, diese Massnahme drohe künftige Whistleblower von der Weitergabe von Informationen öffentlichen Interesses abzuschrecken.

78 Im Fall N° 33847/11 *„Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. & Jolande Gertrude Van der Graaf c. Niederlande“* ging es um einen 2009 publizierten Zeitungsartikel über angebliche Versäumnisse des niederländischen Geheimdienstes im Irak-Konflikt. Die Behörden vermuteten einen Verrat von Staatsgeheimnissen, wollten die Quelle der Indiskretion ausfindig machen und weitere Informationslecks verhindern. Zu diesem Zweck führten sie bei der Autorin des Artikels eine Hausdurchsuchung durch und beschlagnahmten zahlreiche Dokumente und Computer. Der Zeitungsverlag und die Journalistin beschwerten sich beim EGMR. Sie verwiesen u.a. auf den „chilling effect“ dieser Massnahmen für potenzielle Informationsquellen. 2013 akzeptierte die niederländische Regierung, dass ein Verstoß gegen Art. 10 EMRK vorlag. Gestützt auf diese Erklärung entschied der EGMR am 30.8.2016 mehrheitlich, die Angelegenheit gegen den Willen der Beschwerdeführer von der Liste zu streichen.

79 *Kommentar: Die beiden 2016 vom EGMR behandelten Fälle entsprechen dem seit Jahrzehnten üblichen Bild der Strassburger Rechtsprechung zum journalistischen Quellenschutz: Der Staat will eine Geheimnisverletzung aufklären und versucht*

die zu diesem Zweck nötigen Informationen bei den Medien zu erhalten. Die damit verbundene Beschränkung der Medienfreiheit ist in aller Regel nicht notwendig und daher konventionswidrig. Selten befasst hat sich der Gerichtshof bisher mit der Aufhebung des Quellenschutzes zu anderen Zwecken als der Verfolgung von Indiskretionen (beispielsweise der Überführung von Mafiosi, Terrorverdächtigen oder Drogenhändlern). Man darf gespannt sein, wie der EGMR die auf dem Spiel interessierenden Interessen in solchen Konstellationen abwägen wird.

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

Der Staat hat sich nicht nur unzulässiger Beschränkungen freier Kommunikation zu enthalten, sondern muss diese auch durch aktive Massnahmen schützen und stützen („obligations positives“ – staatliche Schutz- und Gewährleistungspflichten). Im Berichtsjahr gab es soweit ersichtlich keine Rechtsprechung dazu. 80

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

Im *BGer-Urteil 1C_598/2014 vom 18.4.2016* (A. c. Finanzdepartement des Kantons Basel-Stadt und B. AG) 81 wurde die Beschwerde eines Redaktors der Sendung Rundschau (SRF) abgewiesen. Der Journalist verlangte von der Steuerverwaltung des Kantons Basel-Stadt Einsicht in die Steuerunterlagen eines bestimmten Unternehmens, scheiterte aber am **Steuergeheimnis**. Das BGer bejahte einen Eingriff in die Medien- und Informationsfreiheit (vgl. vorne Rn 8). Es hielt fest, die Voraussetzungen für eine zulässige Beschränkung seien erfüllt: Bund und Kanton Basel-Stadt gewichteten den Persönlichkeitsschutz und das daraus fliessende Steuergeheimnis stärker als das Anliegen des ungehinderten (journalistischen) Informationszugangs. Schliesse das Gesetz oder die (kantonale) Verfassung den Zugang zu den Steuerdaten in genereller Weise aus, so habe die Justiz diese vorweg genommene Interessenabwägung zu respektieren. Sie lasse sich nicht auf gerichtlichem Weg korrigieren.

Kommentar: Bei Konflikten um die Herausgabe von Steuerunterlagen spielt eine wesentliche Rolle, wie das kantonale Recht den Informationszugang geregelt hat. Das Basler Recht ist diesbezüglich restriktiv und legt viel Wert auf die grundrechtlich garantierte Wahrung der Privatsphäre und insbesondere die informationelle Selbstbestimmung. Andere Kantone gewichteten das Transparenzinteresse in ihrer Gesetzgebung deutlich stärker, was das BGer ebenfalls akzeptiert (so unlängst im Urteil 1C_447/2016, 1C_448/2016, 1C_449/2016 vom 21.8.2017 zu Auskünften aus dem Steuerregister im Kanton Bern). 82

In E. 4.4 des Urteils zum Basler Steuergeheimnis verneinte das BGer auch eine Verletzung von **Art. 10 EMRK**. 83 Die Konvention verschaffe keinen Anspruch auf Zugang zu Informationen, die der Staat geheim halten möchte. Von diesem Grundsatz sei ist der EGMR nur ganz ausnahmsweise in besonderen Konstellationen abgewichen, was vorliegend nicht zutrefte (E. 4.4).

Einige Monate nach dem erwähnten Bundesgerichtsentscheid hat der Strassburger Gerichtshof in einem Urteil von grundsätzlicher Tragweite den Anspruch auf Zugang zu Verwaltungsinformationen ausgedehnt. Eine Mehrheit der Grossen Kammer erweiterte im *EGMR-Urteil „Magyar Helsinki Bizottság c. Ungarn“ N° 18030/11 vom 8.11.2016* den **konventionsrechtlichen Anspruch auf Zugang zu Verwaltungsinformationen**. Sie legte Art. 10 so aus, dass er grundsätzlich ein (beschränkbares) Zugangsrecht umfasst, falls die Gesuchstellerin bestimmte Kriterien erfüllt (vgl. vorne N 7). Der EGMR billigte einer ungarischen Menschenrechtsorganisation zu, dass sie dank der herausverlangten Angaben zu amtlich bestellten Strafverteidigern die Bevölkerung über Themen von öffentlichem Interesse orientieren und damit die Rolle einer gesellschaftliche Kontrollinstanz spielen wollte. Träger des neu anerkannten Rechts auf Informationszugang könnten neben journalistisch tätigen Personen auch andere „public watchdogs wie Nichtregierungsorganisationen, aber auch bestimmte Blogger oder populäre Nutzer von Social Media-Plattformen sein (§ 168). Wird ihnen im Einzelfall das Recht auf Informationszugang zugebilligt, so muss der Staat die Informationsverweigerung mit einem legitimen öffentlichen oder privaten Interesse begründen, welches das Interesse am Zugang überwiegt. Ob ein solches Interesse vorliegt, hat das nationale sorgfältig zu prüfen (§ 199). Im fraglichen Fall unterliessen die ungarischen Behörden unter Hinweis auf die nationale Gesetzeslage (keine Herausgabe von Dokumenten mit Personendaten) jegliche Abwägung (siehe dazu auch N 101). Dies missachtete Art. 10 EMRK. 84

Kommentar: Das richtungsweisende Urteil „Magyar Helsinki Bizottság c. Ungarn“ dürfte im Ergebnis dazu führen, dass 85

die Behörden künftig Begehren auf Zugang zu Verwaltungsinformationen nicht (mehr) schematisch ablehnen dürfen, sondern eine minutiöse Prüfung zu erfolgen hat. Der Zugangsanspruch stützt sich direkt auf die EMRK. Es handelt sich um einen europäischen Minimalstandard, über den das nationale (Gesetzes-)Recht häufig hinausgehen wird. So ist für Informationsansprüche nach dem eidgenössischen Öffentlichkeitsgesetz (BGÖ) im Gegensatz zu den vom EGMR aufgestellten Anforderungen keinerlei Nachweis eines schützenswerten Einsichtsinteresses verlangt. Die EGMR-Praxis wird aber auch für künftige Streitigkeiten nach BGÖ im Auge zu behalten sein. Dies gilt v.a. für Strassburger Überlegungen zur Güterabwägung zwischen Verweigerungs- und Transparenzinteresse. Eine umfassende Analyse der Urteilsbegründung und ihrer Tragweite für die Schweiz findet sich bei ALEXANDRE FLÜCKIGER / VALÉRIE JUNOD, *La reconnaissance d'un droit d'accès aux informations détenues par l'Etat fondée sur l'article 10 CEDH*, in: Jusletter 27. Februar 2017. Der Beitrag kommt zum Schluss, das bestehende schweizerische Recht vermöge den Anforderungen der EMRK nur teilweise zu genügen.

2. Informationszugang gestützt auf das BGÖ

86 Der Zugang der Allgemeinheit zu Verwaltungsinformationen leitet sich auf eidgenössischer Ebene nicht direkt aus der Bundesverfassung ab, sondern wird durch das Öffentlichkeitsgesetz (BGÖ) konkretisiert. Zur **Anwendung des BGÖ** haben das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht im Berichtsjahr verschiedene Entscheide gefällt. Die Gerichtspraxis ist ausführlich erörtert in der Rechtsprechungsübersicht von bei ANNINA KELLER / DANIEL KÄMPFER zum Öffentlichkeitsgesetz (vgl. Medialex-Newsletter 11/2016).

87 Aus verfassungsrechtlicher Sicht erwähnenswert ist **BGE 142 II 340** (Firma A. c. B. & Swissmedic) zum Grundrechtskonflikt zwischen Informationsfreiheit und Datenschutz. Bei der Herausgabe amtlicher Dokumente mit persönlichen Daten Dritter braucht es laut BGer grundsätzlich eine Güterabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse am Zugang zu amtlichen Dokumenten und dem Schutz der Privatsphäre bzw. der informationellen Selbstbestimmung (E. 4.2 und 4.3). Die Urteilsbegründung nennt Kriterien für die Gewichtung dieser Interessen (E. 4.4 und 4.5) und klärt das mehrstufige Verfahren bei der Behandlung entsprechender Zugangsgesuche (E. 4.6). Ohne Anhörung des Betroffenen dürfe eine Behörde das Dokument nur herausgeben, falls eine vorläufige Güterabwägung eindeutig zugunsten der Offenlegung ausfalle und die Durchführung des Konsultationsverfahrens unverhältnismässig erscheine.

3. Informationszugang gestützt auf kantonales Recht

88 Ein Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten gewährleisten mittlerweile auch die meisten Kantone (eine laufend aufdatierte Übersicht findet sich unter <https://www.oeffentlichkeitsgesetz.ch/deutsch/die-kantone/>). Im Kanton Zürich beispielsweise ist der Anspruch auf Verfassungsstufe verankert (Art. 17 KV/ZH) und im Gesetz über die Information und den Datenschutz (IDG) konkretisiert. Gestützt darauf verlangten Journalisten von SRF und Tages-Anzeiger die vollumfängliche **Einsicht in einen Expertenbericht** „zur Qualitätsbeurteilung Medizinhistorischer Promotionsarbeiten an der Medizinischen Fakultät der Universität Zürich“. Das Zürcher Verwaltungsgericht befürwortete die von der Universitätsleitung abgelehnte Einsicht (mit Ausnahme verschiedener zu schwärzender Textstellen). Im Urteil **1C_381/2015, 1C_421/2015 vom 19.1.2016** wies das BGer die Beschwerde des Verfassers einer Dissertation ab. Er argumentierte vergeblich, seine Identität sei ungeachtet der Schwärzungen bestimmbar. Das BGer bezeichnete die Befürchtungen als unbegründet, denn die Angabe der Betreuungsperson im Anhang des Expertenberichts ermögliche keine Rückschlüsse auf die Bewertung der Doktorarbeit.

89 Eine Offenlegung der Namen und Dienstgrade bestimmter Polizeiangehöriger verweigerte das **BGer-Urteil 1C_413/2016 vom 17.11.2016** (A. c. Stadtrat von Zürich), E. 3. Bei einer Veröffentlichung der fraglichen Personendaten im Internet bestehe das Risiko öffentlicher Diffamierung, Diskreditierung oder Verunglimpfung. Dem gewichtigen Interesse an Geheimhaltung stehe kein überwiegendes öffentliches oder privates Zugangsinteresse gegenüber.

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

90 Die Verfassung verpflichtet die Behörden dazu, bei ihrer Informationstätigkeit das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 BV) und das Willkürverbot (Art. 9 BV) zu respektieren. So dürfen sie einzelne Medienschaffende oder Medienhäuser nicht ohne triftigen Grund schlechter behandeln. Diese Aspekte haben im Berichtsjahr Entscheide des BVGer beschäftigt.

91 Der **BVGer-Entscheid B-8099/2015 vom 31.5.2016** (Werner C. Hug c. Bundeskanzlei) lehnte die Beschwerde Medienschaffenden Hug gegen die verweigerte Akkreditierung als Bundeshausjournalist ab. Hug konnte den verlangten Nachweis einer Tätigkeit im Umfang von 60 % einer Vollzeitstelle nicht erbringen und argumentierte u.a.,

bei der Akkreditierung messe die Bundeskanzlei mit ungleichen Ellen. Das BVGer hielt Hug entgegen, er habe nicht konkretisiert, welcher der akkreditierten Medienschaffenden zu Unrecht besser behandelt worden sei als er. Somit lasse sich gar nicht beurteilen, ob die Fälle anderer Journalisten in den tatbestandserheblichen Elementen übereinstimmen und ob die Bundeskanzlei möglicherweise in ständiger Praxis vom Gesetz abweiche. Sie sei jedenfalls gewillt, künftig gesetzeskonform zu entscheiden. Ein ausnahmsweiser Anspruch auf **Gleichbehandlung im Unrecht** (Art. 8 Abs. 1 BV) bestehe daher nicht (E. 6).

Im *BVGer-Entscheid B-7960/2015 vom 17.5.2016* (Engeler c. Bundeskanzlei; amtlich publiziert in BVGE 2016/10) war darüber hinaus zu prüfen, ob sich aus dem Willkürverbot oder dem Anspruch auf ungleiche Behandlung unterschiedlicher Sachverhalte eine **Bestandesgarantie für langjährig akkreditierte Medienschaffende** ableiten lässt (E. 6). Das BVGer räumte ein, dass sich eine solche „grandfather clause“ für den während Jahrzehnten akkreditierten Journalisten Engeler objektiv gut begründen lasse. Es wäre jedoch Sache des Gesetzgebers, eine solche auf Besitzstand aufbauende Klausel einzuführen. Richter sollten sich nicht die Funktion des Gesetzgebers anmassen. Ein verfassungsrechtlicher Anspruch fliesse auch nicht aus dem **Diskriminierungsverbot** (Art. 8 Abs. 2 BV), denn die Ablehnung erfolgte nicht wegen eines verfassungsrechtlich verpönten Merkmals (wie Geschlecht oder Alter), sondern knüpfte an das zulässige Kriterium der Teilzeitbeschäftigung (E. 5.3.5). 92

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

A. Öffentlichkeit der Verhandlung

Eine Verletzung des verfassungsrechtlichen Grundsatzes öffentlicher Gerichtsverhandlung verneinte das *BGer-Urteil 1C_323/2016 vom 15.11.2016* im Falle einer zu spät gekommenen Zuschauerin, welcher im Bezirksgericht Bülach der sofortige Zutritt zur Verhandlung verweigert worden war. Laut BGer war es vor dem Hintergrund von Art. 30 Abs. 3 BV unbedenklich, dass der Verhandlungsleiter **aus sitzungspolizeilichen Gründen den Zutritt des Publikums nur zu Verhandlungsbeginn** und zu Wiederbeginn nach Sitzungspausen erlaubt hatte (E. 1.2). Wer einer öffentlichen Gerichtsverhandlung beiwohnen will, dürfe einer **Identitätskontrolle** unterworfen und zwecks Feststellung der Personalien polizeilich angehalten werden. Die polizeilichen Anordnungen sind laut BGer zu befolgen und bei unbefugtem Entfernen vom Kontrollort sei eine Festnahme hinzunehmen (E. 5). 93

Kommentar: Die auf den konkreten Fall gemünzten, wenig nuancierten bundesgerichtlichen Formulierungen verdienen das Prädikat „apodiktisch“. Inwiefern sie auch für die Situation professioneller Medienschaffender Gültigkeit beanspruchen könnten, erscheint fraglich. 94

B. Öffentliche Bekanntgabe des Entscheids

Das *BGer-Urteil 1C_123/2016 vom 21.6.2016* (SRG & A. c. Kantonsgericht Graubünden) beanstandete die Praxis des Bündner Kantonsgerichts, die Herausgabe nicht rechtskräftiger oder aufgehobener Urteile zu verweigern. Das BGer hiess die Beschwerde einer SRF-Redaktorin gut, welche vergeblich die Zustellung von zwei Urteilen in anonymisierter Form verlangt hatte. Gemäss BGer sind Urteile grundsätzlich generell bekannt zu geben oder zur Kenntnisnahme bereitzuhalten. Die Bündner Praxis widerspreche dem verfassungsrechtlichen Gebot der Transparenz der Rechtspflege (Art. 30 Abs. 3 BV) und verhindere zumindest partiell eine wirksame Kontrolle der Justiz durch die Medien. Das BGer unterstrich Sinn und Zweck des Verkündungsgebots. Die Gesamtheit der verschiedenen Formen der Urteilsbekanntgabe (mündliche Urteilsöffnung, Publikation, öffentliche Auflage oder Herausgabe der schriftlichen Urteile) müsse die Justizkontrolle durch die Medien ermöglichen. 95

Der Anspruch auf Kenntnisnahme der Urteile gelte allerdings nicht absolut, sondern könne u.a. zum Schutz der Persönlichkeitsrechte von Prozessparteien oder aus Gründen der Verfahrensgeheimhaltung (z.B. zum Schutz Jugendlicher) beschränkt werden. Solche Ausnahmen seien aber in einem Gesetz im formellen Sinn vorzusehen (E. 3.7). Zudem stehe die Bekanntmachung unter dem Vorbehalt der Anonymisierung (E. 3.5.2). Der Aufwand für das Anonymisieren stelle jedoch keinen sachlichen Grund für eine generelle Verweigerung der Einsicht dar (E. 3.7). Vgl. zu diesem Entscheid die Anmerkungen von DOMINIQUE STREBEL, *Medialex Newsletter 1/2017* und ANDREAS MEILI, *Medien im Spannungsfeld zwischen Justizöffentlichkeit und Persönlichkeitsschutz*, *Medialex-Newsletter 11/2016*. 96

Das *BGer-Urteil 1C_13/2016 vom 18.4.2016* betrifft die (rechtmässige) Bekanntgabe einer Einstellungsverfügung in der Affäre Giroud an Radio Télévision Suisse (RTS). Vgl. Näheres zu diesem Entscheid in der Rechtsprechungsübersicht zum Straf- und Strafverfahrensrecht von MIRIAM MAZOU (vgl. *Medialex-Newsletter 5/2017*). 97

Eine öffentliche Bekanntgabe ist nicht nur bei der Publikation gerichtlicher Urteile erwünscht, sondern auch bei der **Veröffentlichung der Verfügungen von Verwaltungsbehörden** wie der Wettbewerbskommission (WEKO). 98

Das *BGer-Urteil 2C_1065/2014 vom 26.5.2016* (Nikon AG c. Wettbewerbskommission; zugleich BGE 142 II 268) unterstrich u.a., dass Transparenz der Verwaltungstätigkeit erstrebenswert ist. Die von der WEKO vorgenommene Publikation einer Verfügung falle zwar nicht unter das Öffentlichkeitsgesetz (BGÖ), welches nur die passive Informationstätigkeit erfasse. Aktive amtliche Informationstätigkeit im Sinne einer Politik des "open government" werde aber u.a. durch das Datenschutzgesetz (Art. 19 DSGVO) und durch Spezialgesetze (wie das Kartellgesetz: Art. 48f. KG) geregelt. Im fraglichen Fall lehnte das BGer die Beschwerde gegen die Publikation bestimmter Textstellen einer Sanktionsverfügung ab und verneinte insbesondere eine Verletzung von Geschäftsgeheimnissen und der Unschuldsvermutung (vgl. dazu vorne N 50 und 60).

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

1. Voraussetzungen für staatliche Beschränkungen

99 Der Anspruch auf Achtung des Privat- und Familienlebens sowie des Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs (Art. 13 BV und Art. 8 EMRK) setzt staatlichen Eingriffen Grenzen. Dies kann auch im Medienzusammenhang von Bedeutung sein. So befasste sich das *BGer-Urteil 1B_26/2016 vom 29.11.2016* (Oberstaatsanwaltschaft Kanton Zürich c. A. & B.) mit erhobenen Daten des Telefon- und E-Mail-Verkehrs in einem Verfahren wegen Amtsgeheimnisverletzung (Art. 320 StGB). Hintergrund waren kritische Berichte des „Tagesanzeiger“ über den Kurator des medizinischen Museums der Universität Zürich. Die Uni überprüfte auf Ersuchen der Staatsanwaltschaft sämtliche universitären Telefonanschlüsse und E-Mail-Adressen rückwirkend auf Kontakte mit bestimmten Journalisten bzw. Zeitungen. Das Zürcher Obergericht und anschliessend das Bundesgericht bezeichneten das Vorgehen als unzulässig, denn der Eingriff in das verfassungsrechtlich geschützte **Fernmeldegeheimnis** (Art. 13 Abs. 1 BV) war unverhältnismässig. Art. 320 StGB sei lediglich ein Vergehen und es handelte sich auch um keine besonders schwere Form der Amtsgeheimnisverletzung. Die Erhebung der Fernmeldekontaktdaten diene somit nicht der Überprüfung des Tatverdachts gegen eine bestimmte Person oder bestimmte Personen, sondern versuche diesen erst zu begründen (E. 4). Sie waren folglich nicht als Beweismittel verwertbar.

100 Das *EGMR-Urteil N° 37138/14 „Szabo & Vissy c. Ungarn“ vom 12.1.2016* bejahte einen Verstoss gegen Art. 8 EMRK durch die 2011 eingeführte ungarische Gesetzgebung über geheime Überwachungsoperationen zur Terrorismusbekämpfung. Dabei unterstrich der EGMR, dass die Aktivität einer Nichtregierungsorganisation teilweise mit jener von Medienschaffenden vergleichbar sei und die Angst vor heimlicher Überwachung einen Einfluss auf deren Tätigkeit haben könnte (§ 38). Die ungarische Regelung bot keine hinreichenden Garantien zur Verhinderung von Missbräuchen und war konventionswidrig.

101 Eine Missachtung von Art. 8 EMRK verneinte das *EGMR-Urteil (Grosse Kammer) „Magyar Helsinki Bizottság c. Ungarn“ N° 18030/11 vom 8.11.2016* (siehe vorne N 84 f.) im Zusammenhang mit der vom Gerichtshof befürworteten Herausgabe von Angaben über amtlich bestellte Strafverteidiger an das ungarische Helsinki-Komitee. Es ging zwar um personenbezogene Daten, die sich jedoch vorwiegend auf die Ausübung beruflicher Aktivitäten im Rahmen öffentlicher Gerichtsverfahren bezogen und keine Privatsache darstellten. Der Anspruch auf Achtung des Privatlebens falle daher bei der Güterabwägung nicht ins Gewicht. Für kritische Bemerkungen zur Ausklammerung der fraglichen Angaben über private Anwälte aus dem Schutzbereich von Art. 8 EMRK vgl. ALEXANDRE FLÜCKIGER / VALÉRIE JUNOD, La reconnaissance d'un droit d'accès aux informations détenues par l'Etat fondée sur l'article 10 CEDH, in: Jusletter 27. Februar 2017, Rz 47 f.

2. Positive Pflicht des Staates zum Schutz des Privat- und Familienlebens

102 Wie im Bereich der freien Kommunikation existieren auch hinsichtlich des Privat- und Familienlebens sowie des Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs positive Schutzpflichten des Staates. Dies führt in vielen Konstellationen dazu, dass die Kommunikationsfreiheit eingeschränkt wird: Die Garantien von Art. 8 und Art. 10 EMRK kollidieren. Dieser Grundrechtskonflikt beschäftigte den Gerichtshof auch 2016 häufig (vgl. dazu die Darstellung der Rechtsprechung vorne unter Rn 36 ff.).

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

1. Redaktioneller Inhalt von Radio- und Fernsehprogrammen

A. Bundesgerichtspraxis zur Programmaufsicht

Die Verfassung macht in Art. 93 Abs. 2 und 3 BV verschiedene Vorgaben zum Inhalt schweizerischer Programme, welche das Bundesgesetz über Radio und Fernsehen (RTVG) konkretisiert. Darüber hinaus sieht die Verfassung in Art. 93 Abs. 5 vor, dass Programmbeschwerden der **unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI)** vorgelegt werden können. Die Rechtsprechungsübersicht 2016 der UBI von OLIVER SIDLER, findet sich im Medialex-Newsletter 9/2017. An dieser Stelle sind drei Urteile des Bundesgerichts zu erörtern, welche sich sowohl mit formellen als auch mit inhaltlichen Fragen der Programmaufsicht befassen. 103

Zur **Rechtsnatur des Verfahrens vor der UBI** äusserte sich das **BGer-Urteil 2C_255/2016 vom 1. März 2016** (RTS: *Affäre Giroud*), E. 3.1. Das BGer erinnerte zunächst an seine Ausführungen in BGE 138 I 154 E. 2.7: Danach hat die Beurteilung einer Popularbeschwerde von Personen ohne enge Beziehung zum Gegenstand einer beanstandeten Sendung (Art. 94 Abs. 2 RTVG: 20 Unterschriften) „eher den Charakter einer besonders gelagerten Aufsichtsbeschwerde als eines gerichtlichen Verfahrens“. Jedenfalls im Rahmen von Popularbeschwerden sei die UBI daher nicht als gerichtliche Behörde im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu betrachten (und gebe es z.B. keinen Rechtsanspruch auf Kenntnis der Eingaben übriger Verfahrensbeteiligter wie des Programmveranstalters). Ob dies auch für Beschwerden von Personen mit enger Beziehung zum Sendungsgegenstand gilt, lässt das BGer weiterhin offen. Es hielt lediglich fest, die UBI sei jedenfalls mit einem unabhängigen Gericht vergleichbar („assimilable“). 104

Der **Legitimation** (Beschwerdebefugnis) zur Anfechtung von UBI-Entscheiden widmete sich das **BGer-Urteil 2C_383/2016 vom 20.10.2016** (SRF-Rundschau: *Seeufer für alle*), E. 1.2.4. Eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans BGer steht betroffenen Personen nur offen, wenn sie entweder selber Gegenstand der beanstandeten Sendung waren oder sie ein besonderes persönliches Verhältnis dazu haben, welches sie von der Allgemeinheit unterscheidet. Im fraglichen Fall bejahte das BGer die Beschwerdebefugnis einer Vereinigung, welche die Interessen von Seeanstössern vertritt. Sie war zwar nicht Gegenstand der fraglichen „Rundschau“-Sendung, wurde aber in deren Vorbereitung weitgehend einbezogen (bereits aufgenommenes und geschnittenes Interview, auf dessen Ausstrahlung die Redaktion kurzfristig verzichtete). Dies ging über reine Recherchen- oder Sondierungsgespräche zum Thema hinaus und vermochte die von Art. 89 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) verlangte enge Beziehung zu begründen. 105

Das **BGer-Urteil 2C_255/2015 vom 1.3.2016** (RTS: *Affäre Giroud*), E. 3.4 f. bekräftigte, dass sich die Programmaufsicht auf ausgestrahlte Inhalte beschränkt. Nicht durch die UBI zu beurteilen sind allfällige **Rechtsverstösse im Vorfeld einer Fernsehsendung** (z.B. das behauptete Ausspionieren durch einen vom Programmveranstalter beauftragten Privatdetektiv). 106

Ein aufsichtsrechtliches Einschreiten der UBI verlangt, dass der angefochtene Beitrag bei einer Gesamtwürdigung die programmrechtlichen Mindestanforderungen unterschreitet. Dies bejahte das Bundesgericht 2016 in einem von drei Fällen, wobei es eine zweite Angelegenheit als Grenzfall bezeichnete. Sämtliche Urteile betrafen primär das **Gebot sachgerechter Darstellung** (Art. 4 Abs. 2 RTVG). 107

Der im **BGer-Urteil 2C_383/2016 vom 20.10.2016** (SRF-Rundschau: *Seeufer für alle*) geprüfte Fernsehbeitrag illustrierte den Konflikt um die öffentliche Zugänglichkeit von Seeufern anhand verschiedener Beispiele. Laut BGer kamen Befürworter und Gegner jeweils mit ihren besten Argumenten zu Wort und konnte das Publikum erkennen, dass das Thema umstritten ist. Der Beitrag habe die Liegenschaftseigentümer nicht einseitig als privilegierte Egoisten dargestellt. Es sei keine Frage der Programmaufsicht, ob der Redaktion dank der personifizierten Darstellung (prominente Rolle für den Präsidenten von „Rives Publiques“) tatsächlich ein interessanter Fernsehbericht gelungen war. Dies betreffe alleine die redaktionsinterne Qualitätsbeurteilung (Fachaufsicht) und sei durch die Autonomie der Medienschaffenden (Art. 17 Abs. 1 und Art. 93 Abs. 3 BV) gedeckt. 108

Die Grenzen des Programmrechts ritzte die im **BGer-Urteil 2C_255/2015 vom 1.3.2016** geprüfte Nachrichtensendung von Fernsehen RTS über zwei damals hängige Strafverfahren gegen einen Weinproduzenten („Affäre Giroud“). Das BGer betonte die bei hängigen – und ganz besonders bei auf Strafantrag hin eröffneten – Strafverfahren gebotene erhöhte journalistische Sorgfaltspflicht (E. 4.2). Der Fernsehbeitrag war in verschiedener Hinsicht mangelhaft: Er verschwieg die in Girouds schriftlicher Stellungnahme enthaltene Information, dass der Strafantrag in einem der beiden Verfahren zurückgezogen war (E. 4.4.3), er stellte dieses Verfahren sehr ungeschickt und fehlerhaft dar (E. 4.4.2) und er erwähnte in tendenziöser Weise eine 12 Jahre zurückliegende Vorstrafe aus einem ganz anderen Zusammenhang (E. 4.4.1). In einer Gesamtwürdigung seien diese Kritikpunkte aber zu relativieren und konnte 109

sich das Durchschnittspublikum eine eigene Meinung über die Affäre bilden. Dabei gab das BGer auch zu bedenken, dass es sich um ein komplexes Thema handelte und dessen Popularisierung für ein breites Publikum eine gewisse Vereinfachung rechtfertigte (E. 4.5.1).

110 Übersritten wurden die programmrechtlichen Grenzen durch einen Radiobericht über eine Urteilsberatung des BGer zu einem persönlichkeitsrechtlichen Streit zwischen dem Verein gegen Tierfabriken (VgT) und Novartis-Chef Vasella. Das *BGer-Urteil 2C_386/2015 vom 9.5.2016* (*Regionaljournal Ostschweiz*) betraf einen knapp dreiminütigen Beitrag von Radio SRF 1 über eine Beratung der zivilrechtlichen Abteilung des BGer. Die Moderatorin hatte einleitend erwähnt, der VgT mache Novartis und dessen Chef Vasella für Massenverbrechen an Versuchstieren verantwortlich, was nach dem heutigen Gerichtsurteil nicht persönlichkeitsverletzend sei. Danach unterhielt sich die Moderatorin mit dem SRF-Korrespondenten, der die öffentliche Beratung in Lausanne verfolgt hatte. Zu den Gründen des Urteils führte der Korrespondent aus, zum einen hätten sich die Vorwürfe weniger gegen die Person Vasella als gegen die ganze Pharmabranche gerichtet. Zudem habe die Gerichtsmehrheit gemeint, die polemische Wortwahl könne von einem unbefangenen Leser einfach nicht ganz ernst genommen werden und eigentlich habe die Mehrheit auch den VgT-Präsidenten mit seinen Schimpftiraden gegen Vasella nicht so ganz ernst genommen.

111 Die II. öffentlich-rechtliche Abteilung des BGer betrachtete den Radiobeitrag als nicht sachgerecht. Es fehlte die in der Medienmitteilung des BGer und auch in der Meldung der Nachrichtenagentur SDA enthaltene Information, dass der Durchschnittsleser den Vorwurf des VgT nicht auf ein Massenverbrechen am Menschen oder einen Genozid beziehe. Die mehrfach wiederholte Begründung des Nicht-Ernstnehmens vermische Fakten mit der persönlichen Anschauung des Korrespondenten. Da beim Publikum kein Vor- und Fachwissen vorauszusetzen war, habe sich dieses kein korrektes Bild zum Verfahren betreffend Persönlichkeitsverletzung machen können.

112 *Kommentar: Die UBI hatte in ihrem Entscheid b. 695 vom 12.12.2014 festgehalten, das in umgangssprachlichem Ton geführte Gespräch mit dem SRF-Bundesgerichtskorrespondenten habe den rechtlichen Ausführungen des obersten Gerichts verhältnismässig wenig Platz eingeräumt. Eine auf die juristische Argumentation konzentrierte Berichterstattung könne in einem Radiobericht für ein Publikum ohne juristische Vorkenntnisse nicht vorausgesetzt werden. Das Bundesgericht entgegnete, die im Interview mehrmals wiederholten Ausführungen des Korrespondenten zu den Urteilsgründen hätten den - frei gewählten - Schwerpunkt des Beitrags geprägt. Zwei Monate zuvor hatte das BGer den Programmschaffenden im Urteil zur Affäre Giroud noch zugestanden, dass bei Berichten über juristische Themen eine journalistische Vereinfachung unvermeidlich ist. Scheinen die höchstrichterlichen Anforderungen an die Sorgfalt beim Fall Regionaljournal hoch, so wirken sie umgekehrt beim Fall Giroud eher gering. Dabei ging es dort nicht zuletzt um die Unschuldsvermutung, das Recht auf einen fairen Prozess und den Schutz des ordnungsgemässen Strafverfahrens. Es stand also gewiss nicht weniger auf dem Spiel als beim notwendigerweise persönlich gefärbten, tagesaktuellen Bericht eines Augenzeugen über eine mündliche Urteilsberatung in Lausanne und deren juristische Feinheiten.*

B. Rechtsprechung des EGMR

113 Der *EGMR-Zulässigkeitsentscheid N° 26448/12 „Jon Gaunt c. Vereinigtes Königreich“ vom 6.9.2016* akzeptierte das Einschreiten der britischen Aufsichtsbehörde Ofcom gegen ein völlig aus dem Ruder gelaufenes Interview auf dem Radiosender Talksport. Ein Londoner Politiker hatte sich für den Ausschluss von Rauchern als Pflegeeltern ausgesprochen und wurde gegen Ende des Live-Gesprächs vom emotionalen Moderator Jon Gaunt mit einer lautstarken Schimpftirade eingedeckt („Nazi“, „dummes Schwein“). Moderator Gaunt entschuldigte sich zehn Minuten später bei der Zuhörerschaft für sein unprofessionelles Verhalten. Einige Tage später kündigte ihm Talksport fristlos. Ofcom erhielt 53 Beschwerden aus dem Publikum und stellte eine Verletzung der programmrechtlichen Vorschriften im Communications Act 2003 fest, da die allgemein anerkannten Standards für Radioinhalte missachtet worden waren. Talksport akzeptierte diesen Vorwurf und bedauerte den Vorfall. Ofcom beschränkte sich letztlich auf die Veröffentlichung der Entscheidung und verzichtete auf jegliche Sanktionen gegen den Sender.

114 Bei der britischen Justiz und anschliessend beim EGMR wehrte sich Gaunt vergeblich gegen den Ofcom-Beschluss. Der EGMR prüfte zunächst, ob der allein Talksport betreffende Beschluss auch Gaunts Freiheitsrechte beschränkte. Gaunt wurde für sein Verhalten während des Interviews weder sanktioniert noch wurde seine künftige journalistische Tätigkeit beschränkt. Die britische Justiz habe aber eingeräumt, dass der Beschluss Gaunts journalistische Reputation beeinträchtigen konnte. Für den EGMR sprach dies dafür, dass der Beschluss einen „chilling effect“ für Gaunt haben könnte. Die allfällige Beschränkung seiner Meinungsfreiheit sei allerdings höchstens minimal. Sie war im Gesetz ausreichend umschrieben („harm and offence to the audience“), diene dem legitimen Zweck des Schutzes anderer und war verhältnismässig.

115 Zwar müsse ein gewählter Politiker in einem für seine provokativ und unerbittlich geführten Interviews bekannten Sendegefäss mit aggressiver Gesprächsführung rechnen, waren die spontanen verbalen Ausfälligkeiten wegen der Live-Ausstrahlung nicht mehr korrigierbar, handelte es sich um ein Gesprächsthema von – wenigstens im Ansatz – allgemeinem Interesse und hatten zumindest einzelne von Gaunts Bemerkungen einen gewissen Bezug

zur Thematik. Dennoch näherte sich der Inhalt des Interviews einem grundlosen persönlichen Angriff. Wichtig war für den EGMR auch, dass das Ofcom und die nationale Justiz in ihren nuancierten Ausführungen nicht einen einzelnen Aspekt des Interviews (wie die gewählten Ausdrücke oder den aggressiven Ton) beanstandeten, sondern die Gesamtwirkung des entgleisten Interviews. Der Gerichtshof sah daher keinen Grund, die Beurteilung der spezialisierten Regulierungsbehörde durch seine eigene Einschätzung zu ersetzen und bezeichnete die Beschwerde einstimmig als offensichtlich unbegründet.

Kommentar: Der Fall Gaunt verdient nur schon deshalb Beachtung, weil die Strassburger Praxis zu Entscheiden programmrechtlicher Aufsichtsbehörden bislang spärlich ist. Dass es um eine Angelegenheit von erheblicher Tragweite ging, belegt auch die Beteiligung der britischen Menschenrechtsorganisation Liberty am Verfahren. Und dass die Beschwerde nur formal offensichtlich unberechtigt war, belegt die recht ausführliche und differenzierte (wenn auch nicht restlos stringente) Begründung des Zulässigkeitsentscheides. Für künftige Fälle dürfte besonders beachtlich sein, dass sich neben oder statt dem Programmveranstalter auch die an einer beanstandeten Sendung beteiligten Journalisten an den EGMR wenden können. Dies scheint sogar zu gelten, wenn den nicht am Aufsichtsverfahren beteiligten Medienschaffenden der Nachweis direkt spürbarer Konsequenzen des Aufsichtsentscheides misslingt (ein Nachweis, der dem SRG-Journalisten im Fall N° 73604/01 „Monnat c. Schweiz“ vom 21.9.2006 wegen eines Verkaufsverbots der Aufnahme „seiner“ kontroversen Sendung noch gelungen war). Ob auch öffentlich-rechtliche Programmveranstalter zur Beschwerde gegen Entscheide der Aufsichtsbehörde befugt sind, wird der EGMR aufgrund häufiger Beschwerden der SRG zu beurteilen haben (vgl. vorne Rn 16).

116

Das **EGMR Urteil „Arlewin c. Schweden“ N° 22302/10 vom 1.3.2016** betraf die Beschwerde eines schwedischen Staatsbürgers, dem der Fernsehsender TV3 kriminelles Verhalten vorgeworfen hatte. Die umstrittene TV3-Sendung wurde zwar in Schweden produziert, von schwedischen Werbetreibenden finanziert und für ein schwedisches Publikum ausgestrahlt. Dennoch verneinte die schwedische Justiz ihre Zuständigkeit für die Beurteilung von Arlewins Zivilklage wegen Verleumdung. Das TV3-Programm werde von London aus zum Satelliten übermittelt und falle nach den Regeln der EU-Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (AVMD-RL) unter britische Rechts hoheit. Nach Auffassung des EGMR konnte Schweden aber nicht nachweisen, dass das EU-Recht eine Beurteilung von Arlewins Entschädigungsforderung ausschloss. Ein Verfahren vor britischen Gerichten sei keine angemessene, effektive und praktikable Alternative gewesen. Arlewins menschenrechtlicher Anspruch auf Zugang zum Gericht (Art. 6 Abs. 1 EMRK) wurde daher in unverhältnismässiger Weise beschnitten.

117

2. Weitere Aspekte

Art. 93 Abs. 4 BV sieht vor, dass bei der Regulierung von Radio und Fernsehen auf die Stellung und die Aufgabe anderer Medien (vor allem der Presse) Rücksicht zu nehmen ist. Vor dem Hintergrund dieser verfassungsrechtlichen Vorgabe verpflichtet Art. 29 RTVG die SRG zur Meldung nicht konzessionierter Tätigkeiten, welche die Stellung und die Aufgabe anderer schweizerischer Medienunternehmen beeinträchtigen könnten. Gemäss dem **BVGer-Urteil A-1703/2016, A-2244/2016, A.2412/2016 vom 29.11.2016** (VSM, Tamedia ua c. SRG & UVEK) schützt diese Regelung andere Medienunternehmen – nicht aber Werbevermarkter – vor einer erheblichen Beschränkung ihres Entfaltungsspielraums. Art. 93 Abs. 4 BV gebiete, dass die wirtschaftliche Freiheit der SRG mit den legitimen Interessen anderer Marktteilnehmer ins Gleichgewicht gebracht werde. Würden deren Entfaltungsmöglichkeiten ungebührlich beeinträchtigt, so müssten die Behörden laut BVGer intervenieren (E. 6.3.3). Macht ein Medienunternehmen eine erhebliche Beschränkung glaubhaft, kann es Parteistellung beanspruchen.

118

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

1. Recht auf Zugang zu Online-Informationen

Das **EGMR-Urteil „Kalda c. Estland“ N° 17429/10 vom 19.1.2016** beanstandete den einem Gefangenen verweigerten Zugang zu drei Webseiten mit Rechtsinformationen. Laut Gerichtshof trifft die EMRK-Vertragsstaaten zwar keine generelle Pflicht, den Inhaftierten Zugang zum Internet zu gewähren. Sehe das innerstaatliche Recht wie in Estland aber grundsätzlich ein Zugangsrecht vor, so tangiere der verweigerter Zugriff auf spezifische Websites den Geltungsbereich von Art. 10 EMRK und müsse er verhältnismässig sein. Die von den estnischen Behörden angeführten Gründe (Sicherheitsargumente und Kostenüberlegungen) waren nicht stichhaltig und missachteten damit Art. 10 EMRK (6 zu 1 Stimmen).

119

Die Urteilsbegründung enthält grundsätzliche Ausführungen zur Rolle des Internet in der heutigen Zeit. Mehr

120

und mehr Dienste und Informationen seien nur online verfügbar. Der EGMR verweist auf die Erklärung des Ministerkomitees des Europarats zur Kommunikationsfreiheit im Internet von 2003 und einen Bericht des UN-Sonderberichterstatters an den Menschenrechtsrat (A/HRC/17/27). Danach werde der Internet-Zugang zunehmend als Recht verstanden und die Entwicklung wirksamer Strategien zur Überwindung des „digitalen Grabens“ gefordert. Dies belegt nach Auffassung des EGMR die wichtige Funktion des Internet im Alltag der Bevölkerung.

121 *Kommentar: In seiner abweichenden Meinung argumentierte der dänische Richter, das Recht von Inhaftierten auf Internetzugang sei ein neuartiges Thema in der Strassburger Rechtsprechung, welches nicht nur für die Gefangenen grosse Bedeutung habe. Wegen der praktischen und finanziellen Auswirkungen für die EMRK-Staaten hätte der Fall Kalda durch Grosse Kammer entschieden werden sollen. Immerhin wurde das Urteil in der Zwischenzeit durch den Gerichtshof untermauert. Im EGMR-Urteil N° 21575/08 „Jankovskis c. Litauen“ vom 17.1.2017 entschied die zuständige Kammer sogar einstimmig zugunsten eines Gefangenen, dem der Zugang zu einer Website mit Informationen über die Möglichkeit eines Rechtsstudiums verwehrt worden war.*

122 Nicht inhaftierten Personen steht der Internetzugang in aller Regel unbeschränkt offen. Behördliche Begrenzungen können aber in speziellen Konstellationen geboten sein. Dies illustrierte das *EGMR-Urteil „Dallas c. Vereinigtes Königreich“* N° 38395/12 vom 11.2.2016. Eine englische Geschworene hatte entgegen klarer Anweisungen des Gerichtsvorsitzenden während eines hängigen Strafprozesses eine Internetrecherche über Vorstrafen des Beschuldigten betrieben und andere Mitglieder der Jury darüber orientiert. Sie wurde wegen Missachtung des Gerichts (Contempt of Court) zu einer halbjährigen Freiheitsstrafe verurteilt. Einstimmig verwarf der EGMR den Einwand, das fragliche Verhalten sei im englischen Recht gar nicht unter Strafe gestellt gewesen und die Verurteilung verletze daher Art. 7 EMRK (Keine Strafe ohne Gesetz). Der Schuldspruch war nach Auffassung des Gerichtshofs durchaus vorhersehbar.

123 *Kommentar: Die Strafe gegen die Geschworene tangierte m.E. auch das Recht auf Empfang allgemein zugänglicher Informationen (Art. 10 EMRK). Offenkundig erhob die verurteilte Frau beim EGMR aber keine entsprechende Rüge. Deren Erfolgsaussichten wären auch gering gewesen, da die Massnahme zwecks Sicherung des ordnungsgemässen Prozessverlaufs wohl unabdingbar war. Der Fall illustriert die Risiken des Internet für Rechtssysteme, die in Straffällen stark auf Laienrichter abstellen und die Jury zwecks unvoreingenommener Beurteilung vor äusseren Einflüssen abzuschirmen versuchen. Im digitalen Zeitalter ist dies ein zwar nicht komplett aussichtsloses, aber doch zunehmend prekäres Unterfangen.*

2. Verantwortlichkeit für rechtswidrige Äusserungen

124 Um die zivilrechtliche Haftung für beleidigende und vulgäre Kommentare ging es im *EGMR-Urteil „Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete (MTE) & Index.hu Zrt c. Ungarn“* N° 22947/13 vom 2.2.2016. Auf Webseiten des Internet-Nachrichtenportals index.hu und des Selbstkontrollorgans MTE hatten anonyme Nutzer die irreführenden Geschäftspraktiken einer Immobilien-Website kritisiert. Auf Intervention des Unternehmens wurden die rufschädigenden Postings gelöscht. Dennoch wurden die Websites zu einer Entschädigung verurteilt, was nach dem einstimmigen Urteil des EGMR gegen Art. 10 EMRK versties. Der Gerichtshof betonte u.a. dass die ungefilterten Kommentare keinen eindeutig rechtswidrigen Inhalt hatten und weder als Hassreden noch als Aufstachelung zu Gewalt zu qualifizieren waren. Vgl. zu diesem Urteil die Anmerkungen von JULIEN FRANCEY im Medialex Jahrbuch 2016, S. 107ff.

125 *Kommentar: Im Nachgang zu diesem Urteil entspann sich eine angeregte akademische Diskussion zur Frage, wie weit sich die 4. Kammer des Gerichtshofs in ihrer Urteilsbegründung vom Grundsatzurteil der Grossen Kammer im Fall „Delfi c. Estland“ entfernt hat. Zumindest von einer Präzisierung der Rechtsprechung wird man wohl sprechen dürfen. Das Urteil wurde seither untermauert durch die EGMR-Zulässigkeitsentscheide „Pihl c. Schweden“ N° 74742/14 vom 7.2.2017 (keine Haftung einer kleinen Non-Profit-Organisation für wahrheitswidrige Kommentare auf ihrem Blog) und „Tamiz c. Vereinigtes Königreich“ N° 3877/14 vom 19.9.2017 (keine Haftung des Plattform-Betreibers Google für beleidigende Kommentaren auf dem "London Muslim"-Blog).*

3. Weitere Aspekteheft

126 Im den letzten Jahren geschieht es immer öfter, dass sich Personen **im Internet einer Straftat brüsten und dadurch überführt werden**. So war es im Fall eines Autolenkers, der 2011 eine Filmaufnahme seines eigenen Geschwindigkeitsexzesses (220 km/h) auf der Plattform YouTube veröffentlicht hatte und anschliessend wegen

schwerer Verletzung des Strassenverkehrsgesetzes (SVG) zu einer 15monatigen Freiheitsstrafe verurteilt wurde. Bestätigt wurde der Schuldspruch im **BGer-Entscheid 6B_237/2015 vom 16.2.2016** (X. c. Ministère public VD). Der verurteilte Automobilist beschwerte sich beim BGer (vergeblich) wegen willkürlicher Beweiswürdigung.

Kommentar: Der Autolenker unterliess offenkundig eine (theoretisch denkbare, wenn auch aussichtslose) Rüge wegen Beschränkung der grundrechtlich geschützten Kommunikation. Das BGer brauchte daher gar nicht erst zu prüfen, ob der Schuldspruch den Schutzbereich der Meinungsfreiheit bzw. Medienfreiheit (Art. 16 und 17 BV) tangierte. Ein Grundrechtseingriff ist m.E. in solchen Konstellationen zu verneinen. Der Schuldspruch erfolgt nicht wegen des (für sich genommen zulässigen) Inhalts der Publikation, sondern wegen des dadurch ans Tageslicht gekommenen Verkehrsdelikts: Die Strafe galt nicht dem YouTube-Film, sondern dem Tempoexzess am Steuer. Dieser ist keine kommunikative Handlung. 127

Zusammenfassung 2016 ergingen zahlreiche Entscheide zu Verfassungs- und Menschenrechtsfragen, die für Medienschaffende von Bedeutung sind. Besonders umfangreich ist die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR). Der Autor befasst sich im ersten und umfangreichsten Teil seiner Praxisübersicht mit Urteilen zur Medien-, Meinungs- und Wirtschaftsfreiheit. Im Berichtsjahr zeigte sich, dass die Justiz der Verletzung strafrechtlicher Verbote durch recherchierende Medienleute mit grosser Skepsis begegnet. Der zweite Teil widmet sich dem Informationszugang für Medien und Allgemeinheit. Diesbezüglich ergingen 2016 u. a. zum Aspekt Gerichtsöffentlichkeit mehrere richtungsweisende Bundesgerichtsurteile. Am Schluss geht der Autor auf verfassungsrechtliche Aspekte von Radio, Fernsehen und Online-Kommunikation ein. Sein Hauptfazit zum Berichtsjahr: Das Konzept eines verantwortungsvollen Journalismus rückt vermehrt ins Zentrum der Rechtsprechung.

Zielgruppenspezifische Werbung am Fernsehen mit Einschränkungen

Die SRG und die privaten Veranstalter mit einer Konzession sollen die Möglichkeit erhalten, in ihren konzessionierten Programmen zielgruppenspezifische Werbung auszustrahlen. Dieser Vorschlag ist Teil des Revisionsentwurfs der Radio- und Fernsehverordnung (RTVV), den das Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) ab dem 30. Oktober 2017 in die Vernehmlassung schickt. Gemäss der aktuellen Rechtslage ist der SRG das Anbieten unterschiedlicher Werbeblöcke für verschiedene Zielgruppen (targeted advertising) nicht möglich. (BAKOM)

www.bakom.admin.ch

Tarif der Radio- und Fernsehabgabe ab 2019: einen Franken pro Tag

365 Franken pro Jahr: So viel müssen alle Schweizer Haushalte ab dem 1. Januar 2019 für die Radio- und Fernsehabgabe bezahlen. Gegenwärtig beträgt die Empfangsgebühr 451 Franken und muss entrichtet werden, wenn ein betriebsbereites Radio- und TV-Gerät vorhanden ist. An seiner Sitzung vom 18. Oktober 2017 hat der Bundesrat die Höhe und das Datum für das Inkrafttreten der Radio- und Fernsehabgabe festgelegt. Zudem hat er bestätigt, dass die Unternehmen mit einem Jahresumsatz von weniger als 500'000 Franken nicht abgabepflichtig sein werden. Für die anderen Unternehmen gilt ein progressiver Tarif, der sich nach deren Umsatz richtet. (BAKOM)

www.bakom.admin.ch

1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht – Droits constitutionnel et administratif

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

- Arrêt du Tribunal fédéral du 28 août 2017 (1C_25/2017)

La qualification du grand livre a été confirmée et une restriction légale à la communication du grand livre à des tiers a été niée. Le recours a été donc rejeté.

Loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles, qualification du document, communication de documents officiels

Art. 1, 24, 25, 2 LIPAD-GE, Art. 44 RAC

[Zum Entscheid](#)

- Empfehlung des Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 25. Sept. 2017 in Sachen X. gegen GS-EFD

Der EDÖB empfiehlt den Zugang zu verlangten Dokumenten zu einem bestimmten Fall aufzuschieben, bis das US-Programm im Steuerstreit zwischen den USA und der Schweiz abgeschlossen ist.

Öffentlichkeit von Dokumenten der FINMA, aussenpolitische Interessen, Anonymisierung von Personendaten

Art. 2, 5, 7, 8, 11 BGÖ

[Zum Entscheid](#)

- Empfehlung des Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 26. Sept. 2017 in Sachen A. – D. gegen WBF/EFK

Der EDÖB empfiehlt, den teilweise Zugang zum Administrativuntersuchungsbericht betr. Bürgschaften für die Schweizer Hochseeflotte und vorgenommene Schwärzungen nochmals zu prüfen

Zuständigkeit der Behörde, Beeinträchtigung der freien Meinungsbildung, Anhörung Dritter, Schutz von Personendaten, Schwärzungen

Art. 5, 7, 9, 11 BGÖ, Art. 6 VBGÖ

[Zum Entscheid](#)

- Arrêt du Tribunal fédéral administrative du 26 juillet 2017 (A_6/2015)

L'accès aux documents accordé a été agrandi et le recours donc partiellement admis.

Loi sur le principe de la transparence de l'administration (LTrans), accès à certains documents relatifs à la procédure d'autorisation de mise sur le marché d'un médicament (AMM), analyse du contenu des documents (secrets d'affaires ou non).

Art. 9, 12, 16, 62, 67 LPTh, art. 4, 7, 9, 11 LTrans, art. 61 PA

[Zum Entscheid](#)

3. Strafrecht – Droit pénal

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

- Urteil des Bundesgerichts vom 29. Sept. 2017 (6B_555/2017)

Für den staatlichen Strafanspruch ist auch in Ehrverletzungsverfahren die Staatsanwaltschaft zuständig, diesen geltend zu machen ist die Zivilklägerschaft nicht legitimiert.

Zivilrechtlicher Persönlichkeitsschutz und strafrechtlicher Ehrenschutz, staatlicher Strafanspruch, Zivilansprüche, Anforderungen an die Begründung, Beschwerdelegitimation

Art. 28 ZGB, 49 OR, 310, 320 Stopp, 81 BGG

[Zum Entscheid](#)

3.3 Rechtsgüter der Allgemeinheit – Biens juridiques de la collectivité

- Arrêt du Tribunal fédéral du 20 septembre 2017 (6B_986/2016)

Comme la signification du vocable « muzz » n'est pas un fait notoire et le droit d'être entendu du prévenu a été violé, le recours a été admis et renvoyé à l'autorité cantonale pour nouvelle décision.

Discrimination raciale, message accessible au public sur Facebook, fait notoire, droit d'être entendu

Art. 261bis al. 1 CP, art. 139 CPP

[Zum Entscheid](#)

8. Ethik/Selbstregulierung – Ethique/autorégulation

8.1 Ethik des Journalismus – Ethique du journalisme

- Stellungnahme 33/2017 des Schweizer Presserates vom 17. Okt. 2017 (X. gegen. Sonntagszeitung)

Unterscheiden zwischen Deliquenten mit typisch schweizerischen Namen und solchen mit ausländisch klingenden kann diskriminierend sein, war es vorliegend wegen des Bezugs zu einem kurz zuvor begangenen «gleichen» Delikt aber nicht

Rassismus in der Kriminalberichterstattung, Diskriminierung

Ziff. 8 «Erklärung», Richtlinie 8.2

[Zum Entscheid](#)

- Stellungnahme 34/2017 des Schweizer Presserates vom 17. Okt. 2017 (X. gegen. Radio SRF und NZZ am Sonntag)

Beanstandete Aussage des Reporters war klar als Einschätzung erkennbar und daher zulässig

Beschwerdebegründung, Wahrheitspflicht, Einschätzung, Kommentar

Ziff. 1, 3 und 8 «Erklärung», Richtlinie 1.1

[Zum Entscheid](#)

- Stellungnahme 35/2017 des Schweizer Presserates vom 17. Okt. 2017 (X. gegen. St. Galler Tagblatt)
«St. Galler Tagblatt» berichtete korrekt über die Beschlüsse des Katholischen Kollegiums St. Gallen
Wahrheitspflicht, Unterschlagen wichtiger Elemente, Recht auf Stellungnahme, Freiheit in der Themenwahl
Ziff. 1 und 3 «Erklärung», Richtlinie 3.8
[Zum Entscheid](#)
- Stellungnahme 36/2017 des Schweizer Presserates vom 20. Okt. 2017 (X. gegen Handelszeitung)
Auch ein im Handelsregister eingetragener Verwaltungsrat kann sich auf den Schutz der Privatsphäre berufen, wenn das öffentliche Interesse nicht das Gegenteil verlangt
Identifizierende Berichterstattung, Privatsphäre, öffentliches Interesse
Ziff. 7 «Erklärung», Richtlinie 7.2
[Zum Entscheid](#)
- Stellungnahme 37/2017 des Schweizer Presserates vom 20. Okt. 2017 (UBS gegen Inside Paradeplatz)
Nicht jede Schmähung ist ein schwerer Vorwurf. Die Bezeichnung der «UBS» als Gamblerbude war kein schwerer Vorwurf.
Anhörung, schwerer Vorwurf, Meinungsäusserung
Ziff. 3 «Erklärung», Richtlinie 3.8
[Zum Entscheid](#)

Literatur/Bibliographie

Baeriswyl, Bruno, Entwicklungen im Datenschutzrecht = Le point sur le droit de la protection des données, in Schweizerische Juristen-Zeitung, Zürich, Jg. 113 (2017), H. 19, S. 469–471. Text nur auf Deutsch.

Fanti, Sébastien, Big data & protection des données dans le domaine de la santé, in: Nouvelles technologies et santé publique, Bern, Weblaw, 2016. P. 55–115

Kleiner, Jan, Meldepflicht bei Datenschutzverletzungen, in: Digma, Zürich, Jg. 17 (2017), H. 3, S. 170–175. – Schwerpunkt: Risiko. Literaturverz.

Senn, Mischa Charles, Die urheberrechtliche Individualität: eine methodische Annäherung, in: Sic!, Zürich, 2017, H. 10, S. 521–537. Deutscher Text mit Zusammenfassung in Deutsch und Franz.