

## 1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht

### 1.1 Meinungsäusserungs- und Informationsfreiheit, Medienfreiheit

10-2

#### Unbelegter Korruptionsvorwurf in Tageszeitung: Strafe berechtigt

Medienfreiheit; Ansehensschutz; Korruptionsvorwurf; Busse; ungenügende Recherche, audiatur et altera pars

Art. 10 EMRK

Zulässigkeitsentscheid des EGMR (2. Kammer) vom 22. September 2009 (N° 20256/08 «Costa Moreira c. Portugal»)

Die in grosser Auflage erscheinende portugiesische Tageszeitung «Público» berichtete im Juni 2000 auf ihrer Frontseite über gerichtspolizeiliche Ermittlungen wegen des «blauen Sacks» (Umschreibung für unrechtmässig erworbenes Geld) der sozialistischen Partei. In seinem Artikel hielt Journalist José Augusto Costa Moreira u.a. fest, die Polizei habe Indizien gegen die Bürgermeisterin der nordportugiesischen Stadt Felgueiras, die sich zusammen mit ihrem Gatten S.O. aus einem heimlichen Fonds zur Finanzierung der sozialistischen Partei bereichere. Auf Klage des Gatten verurteilte die portugiesische Strafjustiz den «Público»-Journalisten Costa Moreira wegen Ehrverletzung zu einer Busse von 300 Tagessätzen (1800 €) und zu einer Entschädigung von 5000 € an den Zivilkläger. Die Zeitung habe unbegründete Vorwürfe gegen S.O. erhoben, ohne ihn zu Wort kommen zu lassen.

Der Gerichtshof war ebenfalls der Ansicht, der Journalist habe den schwerwiegenden Vorwurf strafbaren Verhaltens auf einer dünnen Tatsachengrundlage erhoben und es unterlassen, eine Stellungnahme des angegriffenen Gatten einzuholen. Das Versäumnis war umso gravierender, als der Journalist andere Angegriffene zu den Vorwürfen befragt hatte. Angesichts der Umstände war eine besondere Sorgfalt angezeigt, die der verurteilte Journalist vermissen liess. Die gegen ihn ausgesprochene Sanktion war zwar nicht unerheblich, aber im vorliegenden Zusammenhang verhältnismässig. Eine Mehrheit der siebenköpfigen Kammer bezeichnete die Beschwerde deswegen als offensichtlich unbegründet.

10-3

#### Satirischer Korruptionsvorwurf am Karneval: Strafe unberechtigt

Meinungsfreiheit; Ansehensschutz; Korruptionsvorwurf; Busse; Karneval; Satire; chilling effect

Art. 10 EMRK

Urteil des EGMR (2. Kammer) vom 20. Oktober 2009 (N° 41665/07 «Alves da Silva c. Portugal»)

Für den Karneval 2004 wählte Ricardo Alves da Silva aus dem portugiesischen Mortágua ein politisches Sujet: Während zweier Tage fuhr er mit einer Puppe durch die Stadt, die den Bürgermeister darstellen sollte und mit einem blauen Sack versehen war, was in Portugal illegal erworbenes Geld symbolisiert. Über Lautsprecher erklang zudem eine fiktive Botschaft des Bürgermeisters, die ihm in überzeichneter Form Stimmenkauf unterstellte.

Auf Strafklage des Bürgermeisters verurteilte die portugiesische Justiz Alves da Silva wegen schwerer Diffamierung zu einer Busse von 1400 € und einer Entschädigung an den als Zivilkläger aufgetretenen Bürgermeister in der Höhe von 3000 €.

Nach einstimmiger Ansicht des Gerichtshofs missachtete diese Verurteilung die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK). Die von der portugiesischen Justiz beanstandete Äusserung sei klarerweise satirisch gewesen und im fasnächtlichen Kontext kaum für bare Münze genommen worden:

– «28. Compte tenu de la nature et de la teneur des propos en cause ainsi que du contexte – les festivités du carnaval – dans lequel l'action du requérant a eu lieu, l'on pouvait en effet difficilement prendre à la lettre les accusations du requérant à l'égard du plaignant. Quand bien même cela aurait été le cas, le plaignant devait, en tant qu'homme politique, faire preuve d'une plus grande tolérance à l'égard de la critique, surtout dès lors que cette dernière avait lieu, en l'occurrence, sous forme de satire (Vereinigung Bildender Künstler, précité, § 34).»

In einer Ausführung von grundsätzlicher Tragweite unterstrich der Gerichtshof ganz allgemein den hohen Wert der Satire in einer freien demokratischen Gesellschaft:

– «29. La Cour considère que sanctionner pénalement des comportements comme celui qu'a eu le requérant en l'espèce peut avoir un effet dissuasif sur les interventions satiriques sur des sujets de société qui peuvent elles aussi jouer un rôle très important dans le libre débat des questions d'intérêt général sans lequel il n'est pas de société démocratique.»

**Anmerkungen** Die beiden portugiesischen Fälle illustrieren recht plastisch einen nicht selbstverständlichen Grundsatz: Was auf der Frontseite einer grossen Tageszeitung als unfundierter Vorwurf (z.B. der Korruption) inakzeptabel ist, kann in einem ganz anderen (z.B. fasnächtlich-satirischen) Kontext erlaubt sein. Der Gerichtshof betont seit Jahrzeh-

ten, eine bestimmte Äusserung sei immer vor dem Hintergrund der jeweiligen Umstände zu beurteilen. Dazu gehören neben der gewählten Plattform z.B. die sprachliche Einbettung des Vorwurfs und das (Vor-)Verständnis des Publikums. Aus diesem Grund kann es auch keine allgemein gültige Auflistung stets unzulässiger diffamierender Formulierungen geben. Die Praxis des Gerichtshofs ist differenziert. Mitunter ist sogar ein Kraftausdruck wie «Trottel» rechtlich zulässig, z.B. wenn ein Journalist seine Wortwahl ausführlich begründet und er sie auf einen streitbaren Politiker münzt, der mit einer provokativen Rede absichtlich öffentliche Empörung erregt hatte (EGMR-Urteil vom 1.7.1997 «Oberschlick II c. Österreich»).

Das heisst nicht, verbale Ausfälligkeiten seien im politischen Kontext stets erlaubt. Es heisst nicht, unter dem Deckmantel der Satire sei alles statthaft. Und es heisst auch nicht, am Karneval bestehe grenzenlose Narrenfreiheit. Der kommunikative Spielraum ist auch in diesen Konstellationen nicht unbeschränkt, aber er ist besonders gross.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

10-4

### Kritik am Umgang mit öffentlichen Geldern zu Unrecht sanktioniert

Ansehensschutz; Wochenzeitung; Vorwurf von Unregelmässigkeiten im Holzhandel; Zitat aus offenem Brief; Behördenreputation; Zivilverfahren; hohe Entschädigung; guter Glaube; zulässige provokative Formulierung

Art. 10 EMRK

Urteil des EGMR (1. Kammer) vom 8. Oktober 2009 (N° 11751/03 «Romanenko u.a. c. Russland»)

2002 erschienen in einer russischen Wochenzeitung zwei Berichte über Unregelmässigkeiten im Umgang mit öffentlichen Geldern und dem Holzhandel in der walddreichen Region Primorski. Kritisiert wurde insbesondere der Verkauf von illegal gefällten Bäumen an chinesische Firmen. Der Bericht stützte sich auf einen offenen Brief von 17 Staatsangestellten, Geschäftsleuten sowie des Chefs der lokalen Polizei. Gegen die Journalisten kam es zu zwei Zivilverfahren wegen Diffamierung. Die russische Ziviljustiz verurteilte sie wegen Verbreitung unwahrer Vorwürfe zur Bezahlung einer Entschädigung von je 10000 Rubel an den Direktor des Management-Departements der Region Primorski sowie von je 15000 Rubel an das Management-Departement selber.

Nach einstimmiger Ansicht des Gerichtshofs gaben die Journalisten zu einem Thema von grossem öffentlichem Interesse lediglich die Ansichten aus dem offenen Brief wieder und handelten gutgläubig. Trotz provokativer Formulierung bewegten sich die Vorwürfe innerhalb der Grenze des Zulässigen. Die gravierende finanzielle Sanktion (in der Höhe von vier Monatsgehältern) war in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig. Zwei der sieben Richter gingen bezüglich der Klage des Management-Departements noch weiter als die Gerichtsmehr-

heit. Sie sprachen ihr bereits den legitimen Zweck ab. Der Ruf einer Behörde sei nach dem Konzept von Art. 10 Abs. 2 EMRK nur im Rahmen des Ansehens und der Unabhängigkeit der Justiz geschützt. Andere Behörden könnten ihre Reputation hingegen nicht schützen lassen, womit sich die Frage nach der Verhältnismässigkeit des Eingriffs dort gar nicht stelle.

10-5

### Zulässiger Zeitungsbericht zu laufender Strafuntersuchung gegen prominenten Arzt

Geheimnis der Strafuntersuchung; Ansehensschutz; Politiker und Arzt; Sexualdelikt gegen Patientin; Unschuldsvermutung; Werturteil

Art. 10 EMRK

Urteil des EGMR (2. Kammer) vom 19. Januar 2010 (N° 16983/06 «Laranjeira Marques Da Silva c. Portugal»)

Eine portugiesische Regionalzeitung berichtete im Februar 2000 über die Strafanzeige einer 44-jährigen Patientin gegen einen 61-jährigen Arzt, der während einer Konsultation einen sexuellen Übergriff begangen habe. Der Arzt war gleichzeitig Gründer der sozialdemokratischen Partei und Mitglied des Stadtparlaments von Leiria. Gemäss dem Zeitungsbericht hatte die Staatsanwaltschaft das Verfahren eingestellt, wogegen sich die Patientin wehre. Eine Woche später schilderte der Journalist Laranjeira Marques Da Silva Einzelheiten aus der Einstellungsverfügung (u.a. die Information, auf den Kleidern der Patientin seien Spermaspuren des Arztes gefunden worden). In einem Kommentar bedankte er sich für die zahlreichen positiven Reaktionen auf seinen ersten Artikel und rief weitere Zeuginnen dazu auf, sich bei der Wochenzeitung zu melden. («C'est également important que de nouveaux témoignages et données convaincants voient le jour afin de conforter davantage nos choix.»)

Der Journalist wurde mehrfach verurteilt: Zum einen wegen Verletzung des Untersuchungsgeheimnisses (Artikel 86 der portugiesischen Strafprozessordnung schützt das «segredo de justiça»), zum anderen wegen zweier Fälle schwerer Ehrverletzung. Die portugiesische Strafjustiz büsste ihn mit 500 Tagesstrafen und verurteilte ihn zu einer Entschädigung von 5000 € an den als Zivilkläger auftretenden Arzt.

Der Gerichtshof hielt einstimmig fest, dass die Bestrafung wegen Verletzung des Untersuchungsgeheimnisses die Meinungsfreiheit des Journalisten missachtete. Er verwarf zwar den Einwand des Journalisten, die strafrechtliche Konsequenz sei im Gesetz nicht ausreichend präzise umschrieben und für ihn nicht ausreichend vorhersehbar gewesen. Er teilte aber die Ansicht, dass die Strafe in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig war. Es bestehe ein berechtigtes Interesse der Öffentlichkeit an Informationen über strafrechtliche Untersuchungen gegen politische Figuren. Weder beeinträchtigte die Publikation die Untersuchung (die zu jenem Zeitpunkt abgeschlossen war) noch beeinträchtigte sie die Unschuldsvermutung.

Auch die Verurteilung wegen Ehrverletzung beanstandete der EGMR. Der Journalist habe lediglich die Fakten der hängigen Untersuchung geschildert, wenn auch mit kritischem Unterton. Eine zweiköpfige Minderheit der II. EGMR-Kammer war allerdings der Ansicht, der Journalist sei in seinem Kommentar zu weit gegangen. Er habe dort nicht nur klar gegen den Arzt Partei ergriffen, sondern ihm auch ohne jede solide Faktenbasis unterstellt, er habe sich regelmässig zu sexuellen Übergriffen hinreissen lassen. Für die Mehrheit der Kammer war die Formulierung für sich genommen zwar nicht unproblematisch, im gesamten Kontext aber eine gerade noch vertretbare Bewertung.

---

**Anmerkungen** Die Ausführungen des Gerichtshofs zum Untersuchungsgeheimnis liegen auf der Linie des Falles N° 17107/05 «Campos Damaso c. Portugal» vom 24.4.2008, der in medialex 2/2008, S. 92 f., ausführlich dargestellt worden ist. Damals entschied der EGMR in der Sache, dass Journalisten bei Angelegenheiten von legitimem Allgemeininteresse trotz entgegenstehenden gesetzlichen Verboten aus hängigen Untersuchungen publizieren dürfen, sofern ihre Formulierungen weder die Unschuldsvermutung verletzen noch das Recht auf einen fairen Prozess beeinträchtigen. Diese Überlegungen hat der Gerichtshof nun untermauert.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

---

10-6

### Heftige, aber nicht vorverurteilende Vorwürfe während laufenden Verfahrens gegen Parlamentarier

---

Ansehensschutz; Parlamentarier; Amtsmissbrauch; persönliche Vorteile; vertraulicher Bericht Bankenkommission; schwere Sanktion gegen bloss regionale Publikation

Art. 10 EMRK

---

Urteil des EGMR (5. Kammer) vom 8. Oktober 2009  
(N° 12662/06 «Brunet-Lecomte & Tanant c. Frankreich»)

Gestützt auf einen vertraulichen Bericht der staatlichen Bankenaufsichtsbehörde publizierte die Monatszeitschrift «Objectifs Rhône Alpes» im November 2000 einen kritischen Bericht über das Gebaren des Parlamentarier C., der auch Präsident des Aufsichtsrats der regionalen Sparkasse war. Unter dem Titel «Caisse d'épargne de Saint-Etienne, un député dans le collimateur de la justice» wurde festgehalten, Parlamentarier C. werde verdächtigt, er habe seine Rolle im Aufsichtsrat dazu ausgenützt, sich satte Spesenentschädigungen auszahlen zu lassen. Auf Strafklage des Parlamentarier wurden ein Journalist und der Direktor der Zeitschrift wegen Ehrverletzung zur Bezahlung von insgesamt 21 000 € verurteilt. Die französische Justiz sprach den Verurteilten wegen bestimmter unvorsichtiger Formulierungen und ungenügender Recherche den guten Glauben ab.

In seinem einstimmigen Urteil erinnerte der EGMR daran, dass die Grenzen zulässiger Kritik gegenüber einem gewählten Volksvertreter weiter gezogen sind als gegenüber Normalsterblichen. Die in der Zeitschrift formulierten Vorwürfe hatten eine ausreichende Faktenbasis in zwei zwar vertraulichen, aber konsistenten Untersuchungsberichten, waren eher vorsichtig formuliert und behaupteten nicht, C. sei schuldig. Zudem war die Sanktion mit 21 000 € sehr hoch für eine Veröffentlichung in einer bloss regionalen Publikation. Die Beschränkung der Meinungsfreiheit war daher in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig.

10-7

### Zulässige Kritik eines Historikers an antisemitischen Äusserungen

---

Meinungsfreiheit; Ansehensschutz; Historiker; Kritik an Antisemitismus; Zivilurteil; Berichtigungspflicht; chilling effect

Art. 10 EMRK

---

Urteil des EGMR (2. Kammer) vom 1. Dezember 2009  
(N° 5380/07 «Karsai c. Ungarn»)

In einem Artikel über die Kontroverse um die Errichtung einer Statue für den früheren Premierminister Pál Teleki kritisierte ein ungarischer Historiker die rechts stehende Presse für ihre Verherrlichung Telekis und für antisemitische Publikationen. Auf Zivilklage des Autors B.T. verpflichtete die ungarische Justiz den Historiker, auf seine eigenen Kosten eine Richtigstellung zu veröffentlichen, denn er habe die Wahrheit seiner Behauptungen nicht beweisen können.

Der Gerichtshof bejahte einstimmig eine Missachtung der Meinungsfreiheit des Historikers, der sich im Rahmen einer Debatte von grösstem öffentlichem Interesse zu Wort gemeldet habe. Autor B.T. setzte sich nach Auffassung des EGMR durch seine Artikel in der Tagespresse freiwillig der Kritik aus, die der Historiker nicht exzessiv formuliert hatte. Die von der ungarischen Ziviljustiz verlangte Publikation einer Berichtigung habe seine Glaubwürdigkeit als Historiker beeinträchtigt und war deshalb geeignet, ihn künftig von ähnlichen Äusserungen abzuhalten (chilling effect). Die Sanktion war daher in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig.

10-8

### **Terrorismusbekämpfung vermochte Publikationsverbot für prokurdische Zeitungen nicht zu rechtfertigen**

Medienfreiheit; Antiterrorismus-Massnahmen; mehrwöchige Publikationsverbote; Präventiveingriffe; Verzicht auf weniger drakonische Massnahmen; deutliche Konventionsverletzung; Zensurmassnahme

Art. 10 EMRK

Urteil des EGMR (2. Kammer) vom 20. Oktober 2009 (N° 14526/07 «Ürper u.a. c. Türkei»)

In den Jahren 2006 und 2007 wurden vier türkische Tageszeitungen gestützt auf § 6 Ab. 5 des Gesetzes zur Bekämpfung von Terrorismus (Gesetz Nr. 3713) mehrmals mit mehrwöchigen Publikationsverboten belegt. Die Veröffentlichungsverbote dauerten zwischen 15 und 30 Tagen. Den Zeitungen wurde vorgeworfen, sie betrieben Propaganda für eine terroristische Organisation (PKK) und rechtfertigten ihre Verbrechen. Zudem enthüllten die Zeitungen die Identität von Sicherheitskräften, was sie zur Zielscheibe terroristischer Angriffe mache.

Der Gerichtshof unterstrich in seinem einstimmigen Urteil die Gefahr vorgängiger Beschränkungen der Meinungsfreiheit. Sie seien zwar nicht a priori unvereinbar mit der Meinungsfreiheit, müssten aber äusserst sorgfältig überprüft werden. Dies gelte gerade für Pressepublikationen, denn Nachrichten sind verderbliche Güter, die auch durch kurze zeitliche Verzögerung ihren gesamten Wert und ihre Bedeutung verlieren können. Die nationalen Behörden hatten daher nur wenig Spielraum, um zu beurteilen, ob hier ein «dringender gesellschaftlicher Bedarf» für die fraglichen Massnahmen bestand. Dieser Ermessensspielraum wurde überschritten: Im konkreten Fall hätten die Behörden ganze Zeitungen mit ihnen unbekanntem Inhalt untersagt. Sie liessen es nicht bei mildereren Massnahmen wie der Beschlagnahme einzelner Zeitungsausgaben oder Beschränkungen der Publikation spezifischer Zeitungsartikel bewenden.

Durch ihr drakonisches Vorgehen überschritten die türkischen Behörden ihren engen Beurteilungsspielraum deutlich. Die türkische Praxis des Verbots ganzer Zeitungen stellte eine Zensurmassnahme dar, welche weit davon entfernt war, in einer demokratischen Gesellschaft notwendig zu sein. Der Gerichtshof verurteilte die Türkei dazu, den Verantwortlichen der vier Zeitungen Schadenersatzsummen zwischen 5000 und 40000 € und eine Genugtuung von je 1800 € zu bezahlen.

10-9

### **Zulässige Bestrafung eines Militärjournalisten wegen Informationsweitergabe an Japan**

Medienfreiheit; Militärjournalist und Offizier; Dokumentenweitergabe; Spionage

Art. 10 EMRK

Urteil des EGMR (1. Kammer) vom 22. Oktober 2009 (N° 69519/01 «Pasko c. Russland»)

Der russische Staatsbürger Grigoriy Pasko war Marineoffizier und arbeitete als Militärjournalist für die Zeitung «Bojevaya Vakhta» der russischen Pazifikflotte. Er berichtete u.a. über Probleme mit dem Umweltschutz, über Unfälle mit Atom-U-Booten und den Transport von militärischen Atomabfällen. Daneben arbeitete Pasko als freier Journalist für einen japanischen Fernsehsender und eine japanische Zeitung; beiden stellte er frei zugängliche Informationen und Videomaterial zur Verfügung. Vom Kontakt zu den Japanern wussten Paskos Vorgesetzten nichts.

Im Dezember 2001 verurteilte ihn das Marinegericht wegen des Hochverrats durch Spionage zu einer vierjährigen Gefängnisstrafe, denn er habe geheime Informationen an Ausländer weitergegeben.

Der EGMR verneinte einen Verstoss gegen die Meinungsfreiheit. Die russische Justiz habe Pasko nachgewiesen, dass er vorsätzlich militärische Informationen gesammelt und aufbewahrt hatte, die als Staatsgeheimnis eingestuft waren und deren Offenlegung die nationale Sicherheit unter Umständen schwer gefährdet hätte. Pasko sei nicht als Journalist, sondern als Offizier wegen Hochverrats durch Spionage verurteilt worden. Nach Auffassung des EGMR enthielten die vorgelegten Unterlagen keine Hinweise darauf, dass die Verurteilung politisch motiviert und er für seine journalistischen Veröffentlichungen bestraft worden war.

## 1.2 Recht des Informationszugangs der Öffentlichkeit

10-10

### Les conventions de départ de hauts fonctionnaires fédéraux sont soustraites au droit du public d'accéder aux documents officiels

Demande d'accès à des documents officiels; pesée des intérêts

Art. 6, 7, 8 LTrans

Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 19 octobre 2009 (A-2165/2009)

Deux journalistes ont déposé une demande d'accès notamment aux conventions de départ des anciens (respectivement) secrétaire général et secrétaire général suppléant du DFJP; ce dernier a rejeté leur demande en se fondant sur la réglementation sur la transparence.

Appelé à statuer, le TAF a rejeté le recours des journalistes.

En vertu de l'art. 6 al. 1er LTrans, toute personne a le droit de consulter des documents officiels et d'obtenir des renseignements sur leur contenu de la part des autorités. La loi ne subordonne l'accès aux documents à aucune condition particulière en matière de qualité pour agir.

Une série d'exceptions au droit d'accès aux documents officiels est prévue à l'art. 7 LTrans. L'accès à un document officiel peut être limité, différé ou refusé, si un intérêt public ou privé prépondérant s'y oppose. Quant à l'art. 7 al. 2 LTrans, il permet à l'autorité de limiter, différer ou de refuser l'accès à des documents officiels dont la révélation porterait atteinte à la sphère privée de tiers.

L'intérêt privé ou public susceptible de justifier le secret doit toujours être prépondérant par rapport à l'intérêt public à l'accès ou à la transparence. L'art. 8 LTrans prévoit des exceptions sous la forme d'une liste de cas particuliers pour lesquels la loi impose elle-même le secret ou au contraire la transparence, sans que l'autorité ne doive examiner s'il y a lieu de retenir une éventuelle atteinte à des intérêts dignes de protection.

Les conventions de départ doivent être considérées comme des «documents afférents à une procédure de co-rapport»; or, en application de l'art. 8 al. 1 LTrans, le droit d'accès à de tels documents est exclu.

10-11

### Zugang zu Zusatzdokumentationen zur Staatsrechnung kann aufgeschoben werden

Aufschiebung des Zugangs

Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ

Empfehlung des EDÖB vom 2. November 2009 (EDI, EJPD, VBS, EFD, EVD, UVEK/Zusatzdokumentation Voranschlag 2010)

«Der Zugang zu Zusatzdokumentationen der einzelnen Dokumente kann gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ bis nach den Sitzungen der Finanzkommissionen des Nationalrates und des Ständerates aufgeschoben werden.»

Ein Journalist verlangte Zugang zur Zusatzdokumentation zum Voranschlag der Staatsrechnung 2010 von sechs eidgenössischen Departementen (EDI, EJPD, VBS, EFD, EVD und UVEK). In ihren Stellungnahmen schoben die Departemente den Zugang mit dem Verweis auf den durch die Bundesversammlung noch nicht gefällten politischen Entscheidung auf, wobei das VBS und das EFD noch das Einverständnis der zuständigen parlamentarischen Kommission voraussetzten.

Der EDÖB kam in seiner Empfehlung zum Schluss, dass Zusatzdokumentationen der Departemente, wie schon in einem früheren Entscheid festgestellt, grundsätzlich zugänglich seien. Eine vorzeitige Bekanntgabe der Zusatzdokumentationen könne jedoch tatsächlich zu einer wesentlichen Beeinträchtigung der Meinungs- und Willensbildung der Kommissionen führen. Die zuständigen Kommissionen sollten sich in einer ersten Phase jedoch ohne äusseren Druck eine Meinung bilden können, weswegen der Zugang gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ aufgeschoben werden könne. Demnach müssen die Zusatzdokumentationen der einzelnen Dokumente bis nach den Sitzungen der Finanzkommissionen des National- und Ständerates aufgeschoben werden und danach zugänglich gemacht werden.

10-12

### Von AG an Bundesrat überreichte Unterlagen müssen nicht zugänglich gemacht werden

Geheimhaltung

Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ

Empfehlung des EDÖB vom 23. Dezember 2009 (Unterlagen Bundesratstreffen mit einer AG)

Charts, welche dem EFD anlässlich einer Sitzung zwischen einem Bundesrat und Vertretern einer AG überreicht wurden, müssen nicht zugänglich gemacht werden, da Geheimhaltung zugesichert wurde.

Eine Antragstellerin reichte beim Eidgenössischen Finanzdepartement ein Zugangsgesuch ein und verlangte die Herausgabe aller Dokumente, welche durch Kontakte zwischen dem Verwaltungsrat und dem Rechtsvertreter einer Firma und dem EFD entstanden sind. Das EFD verweigerte den Zugang, da einzig einige Aufstellungen (Charts) von einem Gespräch mit dem Bundesrat vorlägen, welche jedoch dem Geschäftsgeheimnis unterliegen würden. Weitere Unterlagen über das Gespräch bestünden keine.

Bezüglich der Aufstellungen (Charts) kam der EDÖB zum Schluss, dass es sich dabei um Informationen handle, welche den Behörden von Dritten freiwillig mitgeteilt worden seien und deren Geheimhaltung die Behörden zugesichert hätten. Deswegen liege eine Ausnahme nach Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ vor, weshalb kein Zugang gewährt werden müsse. Da keine weiteren Dokumente vorhanden seien, erübrige sich auch die vom Antragsteller verlangte Aufstellung. Auch das Gesuch um Einsicht in die Unterlagen betreffend Bestellung, Besetzung und Arbeit der Expertenkommission lehnte der EDÖB ab, da dies im Zugangsgesuch nicht explizit verlangt worden sei und deswegen ein neues Gesuch eingereicht werden müsse.

10-13

### **L'annulation de la radiation d'un jugement au casier judiciaire n'est pas une décision au sens propre**

Durée des inscriptions au casier judiciaire; protection des données

Art. 46, 369 ss CP; 3, 8 LPD

Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 14 janvier 2010 (A-681/2009)

Le 18 mai 2004, A. a été condamné à une amende pour rixe; ce jugement a été radié de son casier judiciaire à l'expiration du délai d'épreuve d'un an. Dans ce délai, A. a commis une grave infraction; l'autorité de coordination cantonale a annulé la radiation du premier jugement à réception du deuxième.

A. a demandé en vain à l'OFJ que le premier jugement n'apparaisse plus sur son extrait du casier judiciaire. Le TAF rejette son recours.

Il y a eu échec de la mise à l'épreuve (art. 46 al. 1 CP), et c'est dès lors la règle des deux tiers de la durée déterminante pour l'élimination de l'inscription (art. 371 al. 3 CP) qui est retenue, de 10 ans selon l'art. 369 al. 3 CP. Le premier jugement ne pourra plus apparaître sur l'extrait destiné aux particuliers qu'après six ans et huit mois.

Le recourant se plaint de ne pas s'être vu notifier l'annulation de la radiation du jugement du 18 mai 2004.

Selon la définition consacrée à l'art. 3 let. e LPD, un traitement de données n'est, littéralement, pas une décision, mais une opération manuelle ou électronique qui permet de créer, alimenter, exploiter ou détruire un fichier.

L'art. 370 al. 1 CP, prévoyant le droit de chacun de consulter dans son intégralité l'inscription qui la concerne, est conforme à la législation sur la protection des données, qui confère le droit d'accès de chacun à toutes les données qui le concernent (art. 8 al. 2 LPD), mais autorise les services compétents à ne pas communiquer par écrit les renseignements demandés (art. 8 al. 5, 2<sup>e</sup> phrase LPD).

Dès lors, le traitement de données résultant de l'annulation d'une radiation de jugement ne saurait être considéré comme une décision. Il s'ensuit que la non-communication au recourant de l'annulation de la radiation n'est en rien venue violer son droit d'être entendu.

## 1.3 Radio- und Fernsehrecht

10-14

### **Verweigerung der Ausstrahlung eines VgT-Werbespots war rechtswidrig**

Ausstrahlungsverweigerung; politische Werbung; Meinungsäusserungsfreiheit

Art. 10 EMRK

Urteil des Bundesgerichts vom 4. November 2009 (2F\_6/2009)

Das Bundesgericht stellte die Rechtswidrigkeit der Ausstrahlungsverweigerung eines VgT-Werbespots fest, nachdem der EGMR die Schweiz deswegen gerügt hatte.

Im Jahre 1994 wurde dem Verein gegen Tierfabriken (VgT) die Ausstrahlung eines Fernsehspots, welcher auf die tierquälische Nutztierhaltung aufmerksam machen sollte, durch die publisuisse SA, eine Tochtergesellschaft der SRG, verweigert. Begründet wurde dies damit, dass der Spot gegen das öffentlich-rechtliche Verbot politischer Werbung am Fernsehen verstosse, wobei diese Auffassung 1997 vom Bundesgericht bestätigt wurde. Im Jahre 2001 stellte der EGMR fest, dass die Schweiz mit diesem Verbot Art. 10 EMRK verletzt habe. Das Bundesgericht lehnte es daraufhin jedoch ab, seinen Entscheid von 1997 zu revidieren, da der VgT nicht ausreichend dargelegt habe, inwiefern noch ein aktuelles Interesse an der Revision bestehe, da er inzwischen mit einem überarbeiteten Spot an die publisuisse SA gelangt sei. Daraufhin verurteilte der EGMR die Schweiz erneut wegen einer Verletzung von Art. 10 EMRK, weil das Bundesgericht in seinem Revisionsurteil «übertrieben formalistisch» entschieden habe. Aufgrund dieses Urteils gelangte der VgT erneut vors Bundesgericht und ersuchte dieses, das Urteil von 1997 aufzuheben und die Rechtswidrigkeit der Verweigerung der Ausstrahlung des TV-Spots festzustellen.

Das Bundesgericht entschied, dass auf das erneute Revisionsgesuch des VgT einzutreten sei und dass es aufgrund der damaligen Situation und Rechtslage beurteilt werden müsse. Dabei sei zu korrigieren, dass die Ausstrahlung des Spots gegen das Verbot der politischen Werbung verstosse und mit

Art. 10 EMRK vereinbar sei. Dies sei gemäss Urteil des EGMR von 2001 unzutreffend, wobei für die Begründung auf die Ausführungen im angesprochenen Urteil verwiesen werden könne. Gestützt auf diese Begründung hiess das Bundesgericht die Beschwerde gut und stellte fest, dass der umstrittene Werbespot nicht als politische Werbung und somit am Fernsehen verboten gelten durfte. Zudem sei die SRG daran zu erinnern, dass sie als Trägerin staatlicher Aufgaben an die Grundrechte gebunden sei. Auch wenn die SRG im Werbebereich privatrechtlich handle, sei diese eng mit ihrer Programmkonzession bzw. ihrem Programmauftrag verbunden und von diesem abhängig. Deshalb sei sie gehalten, dem Urteil vom EGMR von 2001 (direkt) Rechnung zu tragen. Falls die SRG jedoch nicht innerhalb vernünftiger Frist zu einer Lösung Hand biete, seien allenfalls konzessionsrechtliche Massnahmen zu prüfen.

10-15

### «Skandal um Pflegekind»: Beschwerde der SRG abgelehnt

---

Sachgerechtigkeitsgebot

Art. 4 Abs. 2 RTVG

---

Urteil des Bundesgerichts vom 12. Oktober 2009  
(2C\_291/2009)

Eine Beschwerde gegen den Entscheid der UBI, dass der Beitrag «Skandal um Pflegekind» gegen das Sachgerechtigkeitsgebot verstosse, wurde vom Bundesgericht abgelehnt, da keine unzulässige Fachaufsicht vorliege.

Das Bundesgericht hatte sich mit dem Beitrag «Skandal um Pflegekind» der Sendung «Rundschau» des Schweizer Fernsehens zu beschäftigen. Darin wurden die Ergebnisse einer aufsichtsrechtlichen Untersuchung der Kammer für Vormundchaftswesen des Kantons Aargau in Bezug auf die Pflegeplatzierungen eines Mädchens thematisiert. Der Präsident der Kammer für Vormundchaftswesen erhob Beschwerde bei der UBI, da der Beitrag das Sachgerechtigkeitsgebot verletze. Es seien wesentliche Fakten nicht korrekt vermittelt worden, und er habe zu einigen Vorwürfen gar nicht Stellung nehmen können. Die UBI hiess seine Beschwerde gut, woraufhin die SRG beim Bundesgericht beantragte, der Entscheid der UBI sei aufzuheben.

Die SRG beanstandete, das Sachgerechtigkeitsgebot nach Art. 4 Abs. 2 RTVG sei durch den Beitrag nicht verletzt worden. Die Rüge, der Sachverhalt sei unvollständig bzw. falsch ermittelt worden, wurde vom Bundesgericht abgelehnt, da es bezüglich Sachverhalt an die Feststellungen des Bundesgerichts gebunden sei. Weiter hatte das Bundesgericht zu prüfen, ob die UBI das einschlägige Radio- und Fernsehrecht richtig ausgelegt und die Wirkung der beanstandeten Beiträge auf das Publikum zutreffend gewürdigt habe. Auch dabei kam das Bundesgericht zum Schluss, dass es sich zwar nicht um ein krasses Beispiel der Verletzung journalistischer Sorgfaltspflichten, sondern eher um einen Grenzfall handle. Jedoch bleibe der Vor-

wurf bestehen, dass die Berichterstattung in wesentlichen Punkten unvollständig bzw. einseitig und damit unsachgemäss gewesen sei. Der SRG gelinge es nicht, die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz zu widerlegen bzw. als offensichtlich falsch erscheinen zu lassen, weswegen nicht von einer unzulässigen Fachaufsicht der Vorinstanz gesprochen werden könne und die Beschwerde abzulehnen sei.

10-16

### Präzisierung der Praxis betreffend Legitimation zur Anfechtung eines UBI-Entscheids

---

Beschwerdelegitimation; Popularbeschwerde

Art. 86 Abs. 3 RTVG; Art. 3 lit. e<sup>bis</sup>, 10 VwVG; Art. 89 BGG

---

Urteil des Bundesgerichts vom 30. September 2009  
(2C\_190/2009)

In seinem Urteil befasste sich das Bundesgericht mit der Legitimation des Popularbeschwerdeführers im bundesgerichtlichen Verfahren. Das Bundesgericht bestätigte seine Praxis, wonach sich mit dem revidierten RTVG nichts daran geändert hat, dass vor Bundesgericht (auch) im Radio- und Fernsehbereich kein Popularbeschwerderecht besteht (vgl. dazu BGE 134 II 120; zusammengefasst in: medialex 2/2008, S. 90 f.). Mangels schutzwürdigen Interesses sei der Popularbeschwerdeführer in der Regel in der Sache nicht legitimiert. Der Popularbeschwerdeführer habe lediglich einen spezialgesetzlichen Anspruch darauf, dass es die UBI nicht bundesrechtswidrig unterlässt, das durch ihn ausgelöste und ausschliesslich im öffentlichen Interesse liegende Verfahren durchzuführen. Allein diesen spezialgesetzlichen Erledigungsanspruch könne er gegebenenfalls mit Beschwerde vor Bundesgericht durchsetzen.

Diese Praxis präzisierte das Bundesgericht vorliegend mit Blick auf die Revision des RTVG vom 24. März 2006. Anders als unter dem alten Recht sind nach Art. 86 Abs. 3 RTVG die Bestimmungen des VwVG nunmehr auch auf das Verfahren vor der UBI anwendbar, soweit das RTVG nichts anderes vorsieht. Entsprechend ist Art. 3 lit. e<sup>bis</sup> VwVG mit dem neuen Recht aufgehoben worden. Das Bundesgericht folgert daraus, dass nunmehr auch der Popularbeschwerdeführer von den entsprechenden Verfahrensgarantien profitieren und entsprechende Rügen vor Bundesgericht erheben kann. Der Popularbeschwerdeführer habe heute mangels einer abweichenden Regelung im RTVG 2006 grundsätzlich die gleiche Rechtstellung wie der Betroffenenbeschwerdeführer. Da er in der Regel in der Sache selber jedoch nicht legitimiert sei, könne er im Gegensatz zu diesem vor Bundesgericht im Rahmen von Art. 89 BGG nur solche Verfahrensverletzungen geltend machen, deren Missachtung einer formellen Rechtsverweigerung gleichkomme.

Zulässig war daher vorliegend die Rüge, der Präsident der UBI sei im Sinne von Art. 10 VwVG befangen gewesen. Die Rüge erwies sich für das Bundesgericht indes als unbegründet. Die Tatsache, dass ein an der beanstandeten Sendung beteiligter Politikwissenschaftler und Meinungsforscher eines von über

30 Beiratsmitgliedern am Institut ist, an welchem der Präsident der UBI lehrt, lasse ihn betreffend der Streitfrage, unter welchen Voraussetzungen Meinungsumfragen in einer konkreten Sendung rundfunkrechtlich sachgerecht dargestellt wurden, nicht bereits als befangen erscheinen.

**Anmerkungen** Nach altem Recht wurde das Programmaufsichtsverfahren nicht als klassisches Verwaltungsverfahren erachtet. Dies wurde unter anderem damit begründet, dass eine Sendung keine beschwerdefähige Verfügung ist. Zudem rechtfertigten prozessuale Besonderheiten wie etwa relativ bescheidene Hürden zur Einleitung eines Verfahrens sowie Kostenlosigkeit des Verfahrens eine Regelung (Art. 3 lit. e<sup>bis</sup> VwVG), welche das Programmaufsichtsverfahren vom Anwendungsbereich des VwVG ausnahm. Immerhin wandte das Bundesgericht aber die Bestimmungen des VwVG mindestens zugunsten der Veranstalter sinngemäss an, um deren minimale rechtsstaatliche Verfahrensgarantien zu wahren (BGE 116 II 1b 37 E. 4e S. 43; 121 II 29 E. 2b/aa S. 32; 122 II 471 E. 2 S. 174).

Nach neuem Recht sind gemäss Art. 86 Abs. 3 RTVG die Bestimmungen des VwVG nunmehr auch auf das Verfahren vor der UBI anwendbar, soweit das RTVG nichts anderes vorsieht. In seinem überzeugenden Urteil folgert das Bundesgericht aus dieser Neuerung, dass (neben dem Betroffenenbeschwerdeführer) auch der Populärbeschwerdeführer von den entsprechenden Verfahrensgarantien profitieren und nunmehr entsprechende Rügen vor Bundesgericht erheben kann.

Das Beispiel zeigt, wo die nun in Art. 86 Abs. 3 RTVG vorgesehene subsidiäre Anwendbarkeit des VwVG zweckmässig sein kann, ohne dass es dabei zwangsläufig zur von der UBI im Vernehmlassungsverfahren (vgl. Vernehmlassungsbericht, S. 49) zum neuen RTVG befürchteten (zusätzlichen) Verrechtlichung der Programmaufsicht kommen muss. Der Populärbeschwerdeführer hat ein Recht darauf, dass ein von ihm ausgelöstes und ausschliesslich im öffentlichen Interesse liegendes Verfahren korrekt durchgeführt wird. Hierzu gehört auch, dass fundamentale Verfahrensgrundsätze wie die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde gewährleistet bleiben. Anzumerken bleibt, dass diese Präzisierung in formeller Hinsicht nichts daran ändert, dass für den in der Regel in der Sache selber nicht legitimierten Populärbeschwerdeführer dennoch keine Rügen zulässig sind, die im Ergebnis auf eine materielle Überprüfung des Programmentscheids abzielen.

Dr. iur. Thomas Steiner, Luzern

10-17

### Billag: Gebührenbefreiung

Radio- und Fernsehempfangsgebühren

Urteil des Bundesgerichts vom 2. November 2009  
(2C\_501/2009)

In diesem Entscheid setzte sich das Bundesgericht mit der Gebührenbefreiung eines IV-Bezügers auseinander.

10-18

### Billag: Gebührenbefreiung

Radio- und Fernsehempfangsgebühren

Urteil des Bundesgerichts vom 26. November 2009  
(2C\_714/2009)

Das Bundesgericht hatte sich mit einem Gesuch um Gebührenbefreiung zu beschäftigen, wobei der Gebührenpflichtige eine Verletzung der Menschenrechte geltend machte, die vom Bundesgericht abgelehnt wurde.

10-19

### Billag: Gebührenbefreiung

Radio- und Fernsehempfangsgebühren

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. Oktober 2009  
(A-2904/2009)

In diesem Entscheid setzte sich das Bundesverwaltungsgericht mit der Gebührenbefreiung eines IV-Bezügers auseinander.

10-20

### Billag: Gebührenbefreiung

Radio- und Fernsehempfangsgebühren

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. Oktober 2009  
(A-2761/2009)

In diesem Entscheid hatte das Bundesgericht die Rechtmässigkeit von Billag-Gebühren nach einer erfolgten, aber nicht angezeigten Adressänderung zu beurteilen.

10-21

### Les critères d'exonération de la redevance radio et télévision sont constitutionnels

Principe d'égalité

Art. 8 Cst.; Art. 64 ORTV

Arrêt du Tribunal fédéral du 6 octobre 2009 (2C\_359/2009)

Le TF a considéré que l'article 64 al. 1 ORTV, qui prévoit que sur demande écrite, l'organe de perception de la redevance

exonère de l'obligation de payer la redevance les personnes ayant droit aux prestations annuelles à l'AVS ou à l'AI, qui fournissent une décision ayant force de chose jugée concernant leur droit aux prestations complémentaires, ne violait pas le principe constitutionnel d'égalité.

Quant à l'argument avancé par le recourant, selon lequel le système d'exonération devrait être fondé non pas sur les prestations complémentaires AVS ou AI mais sur le revenu imposé par les autorités fiscales, le Tribunal fédéral a jugé qu'une telle solution ne serait pas sans faille et engendrerait une surcharge de travail administratif disproportionnée compte tenu du montant relativement bas de la redevance.

10-22

### Un déménagement n'implique en soi pas la cessation de l'assujettissement à la redevance de réception radio et télévision

Fardeau de la preuve; administration de masse

Art. 55 aLRTV; Art. 41, 44, 47 aORTV

Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 12 novembre 2009 (A-1153/2009)

Selon l'art. 55 al. 1 aLRTV, quiconque désire recevoir des programmes radio doit en informer l'autorité compétente et s'acquitter d'une redevance de réception. Selon l'art. 41 aORTV, la redevance est due dès que la personne met en place ou exploite un appareil destiné à la réception de tels programmes.

Aux termes de l'art. 41 al. 2 aORTV, les modifications des éléments déterminant l'obligation de déclarer doivent être annoncées par écrit. Conformément à l'art. 47 aORTV, si l'organe d'encaissement néglige de facturer les redevances de réception, les factures indûment ou commet une erreur de calcul, il procède au remboursement ou au recouvrement de la somme due (al. 1). Le délai de prescription est de cinq ans (al. 2).

En l'espèce, le recourant allègue avoir déménagé le 31 mars 2003, être retourné vivre chez ses parents jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2006 et avoir averti par écrit Billag SA de cette situation. Ces faits pourraient avoir comme conséquence le non-assujettissement du recourant à la redevance radio pour cette période, mais ils n'ont pas été prouvés à satisfaction de droit.

La perception des redevances de radio fait partie de ce qu'on appelle l'administration de masse, de sorte qu'on ne peut exiger de l'organe d'encaissement qu'il vérifie systématiquement l'ensemble des données fournies – ou non – par les usagers, dont on est en droit d'exiger une collaboration accrue. En effet, il s'agit là d'éléments que l'organe d'encaissement ne peut connaître, ou seulement au prix d'efforts qu'on ne peut précisément pas exiger de lui.

Seule l'annonce de la cessation d'exploitation des appareils radio dans le ménage concerné a pour conséquence la fin de l'obligation de payer cette redevance, indépendamment d'un changement d'adresse ou non. Sans une telle annonce, l'obligation demeure.

10-23

### Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt: Beschwerde der Tele Sântis AG gegen Konzessionsentscheid gutgeheissen

Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt; Transparenzgebot; Gleichbehandlungsgebot; Treu und Glauben; rechtsgleiche Behandlung

Art. 44 Abs. 1 Bst. g, 45 Abs. 3, 74 Abs. 1 RTVG

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. Dezember 2009 (A-7762/2008)

Das Bundesverwaltungsgericht hiess eine Beschwerde gegen einen Konzessionsentscheid gut, da ungenügend geprüft worden sei, ob keine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt nach Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG vorliege.

Nach den Ausschreibungen von Veranstaltungskonzessionen für Regionalfernsehprogramme bewarben sich die Tele Sântis AG und die TVO AG um eine Fernsehkonzession in der Region Ostschweiz (Versorgungsgebiet Nr. 11). Das BAKOM gab nach einer Prüfung der beiden Bewerbungen mittels Verfügung dem Projekt Tele Ostschweiz (TVO AG) den Vorzug. Dagegen erhob ein Vertreter der Tele Sântis AG Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und forderte die Aufhebung der Verfügung und die Erteilung der Konzession an ihn.

Das Bundesverwaltungsgericht prüfte die einzelnen Rügen des Beschwerdeführers auf ihre Begründetheit. Zuerst hielt es fest, dass die Bekanntgabe der Kriterien der Ausschreibung nicht zu beanstanden sei, da die Vorinstanz dabei weit über die Vorgaben in der Rundfunkgesetzgebung hinausgegangen sei. Diese habe somit nicht gegen das Transparenzgebot und den Gleichbehandlungsgrundsatz verstossen. Ebenso sei durch eine nähere Erläuterung keine Änderung im Gesuch vorgenommen worden, weswegen keine Verletzung von Treu und Glauben vorliege. Auch habe die Vorinstanz das Gebot der rechtsgleichen Behandlung nicht verletzt, da bei einem Vergleich zwischen Beschwerden verschiedener Versorgungsgebiete von unterschiedlichen Sachlagen ausgegangen werden müsse und auch den unterschiedlichen Bedürfnissen der Kantone Rechnung zu tragen sei. Zudem liege es in der Natur der Sache, dass ein Gesuch je nach Mitbewerber unterschiedlich abschneiden könne und eine mathematisch präzise Ermittlung des Wertes eines Gesuchs sowieso nicht möglich sei. Weiter musste das Bundesverwaltungsgericht prüfen, ob die TVO AG das Qualifikationskriterium der fehlenden Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt erfülle. Zuerst führte das Bundesverwaltungsgericht dazu aus, dass eine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt gemäss Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG im Sinne von Art. 74 Abs. 1 RTVG zu verstehen sei und eine Gefährdung somit nur vorliege, wenn der Programmveranstalter über eine beherrschende Stellung verfüge und diese auch missbrauche. Zudem sei zu beachten, dass es sich bei der «Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt» nach Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG und der «Bereicherung der Meinungs- und Angebotsvielfalt» im Sinne von Art. 45 Abs. 3 RTVG um zwei verschiedene Begriffe handle. Bei Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG handle es sich

um ein Qualifikationskriterium, Art. 45 Abs. 3 RTVG sei dagegen erst bei der Selektion von Bedeutung. Für die Prüfung von Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG sei einerseits eine beherrschende Stellung im relevanten Markt zu untersuchen. Dabei müsse im Sinne einer weiten Optik das ganze Mediensystem und nicht nur die Stellung eines Programmveranstalters analysiert werden. Andererseits seien für die Bestimmung des missbräuchlichen Verhaltens im Anwendungsbereich des RTVG nicht in erster Linie ökonomische Kriterien, sondern solche der Medienvielfalt ausschlaggebend. Die eigentliche Prüfung stellte das Bundesverwaltungsgericht vor allem auf ein vom Beschwerdeführer zitiertes Gutachten ab. In diesem wurde festgestellt, dass das St. Galler Tagblatt (TVO AG) den eigenen elektronischen Medien eine eklatant höhere Beachtung schenke als der Konkurrenz, und es kam deswegen zum Schluss, dass dadurch mögliche Wettbewerbsverzerrungen nicht ausgeschlossen werden können. Aufgrund dessen kam das Bundesverwaltungsgericht zu folgendem Urteil: «Insgesamt ist festzustellen, dass keine hinreichend klaren Kriterien bestehen, welche erlauben, einen Missbrauch oder Hinweise auf einen Missbrauch zu bejahen oder zu verneinen. Entsprechend kann auch vorliegend ein Missbrauch nicht ohne Weiteres verneint werden.» Deswegen habe das BAKOM als Fachbehörde – allenfalls mittels Konsultation der WEKO – zu prüfen, ob die TVO AG die Meinungs- und Angebotsvielfalt gefährde. Nachdem das Bundesverwaltungsgericht die Rückweisung an die Vorinstanz beschlossen hatte, prüfte es noch die weiteren Beschwerdepunkte des Beschwerdeführers. Dabei kam es zum Schluss, dass alle seine Rügen unbegründet seien. Zusammenfassend hielt es fest, dass die Vorinstanz das Gesuch der TVO AG besser bewerten durfte als jenes der Tele Sántis AG, jedoch sei die Beschwerde wegen der mangelhaften Abklärung des Sachverhalts in Bezug auf die fehlende Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt gutzuheissen und an die Vorinstanz (BAKOM) zurückzuweisen.

10-24

### **Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt: Beschwerde der Radio AG gegen Konzessionsentscheid gutgeheissen**

Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt; Transparenzgebot; Grundsatz der Chancengleichheit; Begründungspflicht

Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom  
7. Dezember 2009 (A-7801)

Das Bundesverwaltungsgericht hiess eine Beschwerde gegen einen Konzessionsentscheid gut, da ungenügend geprüft worden sei, ob keine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt nach Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG vorliege.

Das BAKOM beurteilte die zwei Bewerbungen für eine UKW-Radio-Konzession im Aargau (Versorgungsgebiet Nr. 15)

von der Radio AG und der Radio Argovia AG. Gestützt auf diese Beurteilung erteilte das UVEK der Radio Argovia AG mittels Verfügung eine Konzession. Dagegen erhob die Radio AG Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und verlangte eine Aufhebung der angefochtenen Verfügung und eine Erteilung der Konzession an sie.

In einem ersten Schritt prüfte das Bundesverwaltungsgericht die Rüge, dass das BAKOM das Transparenzgebot sowie den Grundsatz der Chancengleichheit verletzt habe, indem es nicht sämtliche verfahrensrelevanten Aspekte in der Ausschreibung offengelegt habe. Dazu führte es aus, dass sich weder aus dem RTVG noch aus den zum Submissionsverfahren entwickelten Grundsätzen noch aus dem Gleichbehandlungsgebot eine Pflicht zu grösserer Transparenz ergebe und somit die Art und Detaillierung der Bekanntgabe nicht zu beanstanden sei. Auch könne dem Einwand, das BAKOM habe gegen die Begründungspflicht verstossen, weil nur das Bewertungsraster und nicht die angefochtene Verfügung die entscheidungsrelevanten Motive enthalte, nicht gefolgt werden. Die Konzessionsverfügung gehe entgegen dem Einwand des Beschwerdeführers detailliert auf die im Bewertungsraster erwähnten Kriterien ein. Die Beschwerdeführerin rügte weiter, das Qualifikationskriterium der fehlenden Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt (Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG) sei nicht erfüllt, da die Radio Argovia AG ihre starke Stellung missbrauche, die sie als Mitglied der AZ Mediengruppe innehabe. Das Bundesverwaltungsgericht war ebenso der Meinung, dass die AZ Mediengruppe im regionalen Medienmarkt über eine starke Stellung verfüge. Auch wenn die Vorwürfe der Beschwerdeführerin wenig konkret seien, lasse sich mangels Abklärung des BAKOM nicht von vornherein ausschliessen, dass die AZ Mediengruppe ihre (möglicherweise marktbeherrschende) Stellung im relevanten Werbemarkt missbrauche. Zumindest könne aus rein wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten ein Missbrauch nicht ohne weitere Abklärungen verneint werden, weswegen der Entscheidung aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen sei. Das Bundesverwaltungsgericht beurteilte, um weitere zeitliche Verzögerungen zu vermeiden, auch noch die weiteren Punkte der Beschwerde der Radio AG. Dabei kam es zum Schluss, dass die Einschätzung des BAKOM in Bezug auf die Input- und Outputfaktoren sowie beim Verbreitungskriterium korrekt erfolgt sind und es somit folgerichtig war, der Radio Argovia AG bezüglich der Konzession den Vorzug zu geben.

10-25

### Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt: Beschwerde der Radio Südost AG gegen Konzessionsentscheid gutgeheissen

Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt; Transparenzgebot

Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. Dezember 2009 (A-7799/2008)

Das Bundesverwaltungsgericht hiess eine Beschwerde gegen einen Konzessionsentscheid gut, da ungenügend geprüft worden sei, ob keine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt nach Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG vorliege.

Das BAKOM beurteilte die zwei Bewerbungen für eine UKW-Radio-Konzession in der Region Südostschweiz (Versorgungsgebiet Nr. 32) von der Südostschweiz Radio AG und der Radio Südost AG. Gestützt auf diese Beurteilung erteilte das UVEK der Südostschweiz Radio AG mittels Verfügung eine Konzession. Dagegen erhob die Radio Südost AG Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und verlangte eine Aufhebung der angefochtenen Verfügung und eine Erteilung der Konzession an sie.

Das Bundesverwaltungsgericht hatte zu prüfen, ob die Südostschweiz Radio AG die Meinungs- und Angebotsvielfalt gefährde und deshalb die allgemeine Konzessionsvoraussetzung von Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG nicht erfülle. Dabei erläuterte das Bundesverwaltungsgericht, dass die Südostschweiz Radio AG Teil der Südostschweiz Mediengruppe AG sei, welche im Medienmarkt des Kantons Graubünden über eine starke Stellung verfüge. Ob sie jedoch eine marktbeherrschende Stellung innehatte, könne nicht ohne vertiefte Abklärungen beurteilt werden. Diese Frage sei von der Vorinstanz offengelassen worden, das Vorliegen eines Missbrauchs dieser marktbeherrschenden Stellung werde dagegen verneint. Das Bundesverwaltungsgericht prüfte nun selber, ob ein Missbrauch vorliege. Dass ein Jahresabonnement in Graubünden, wo weniger Konkurrenz existiere, teurer verkauft werde als im Gebiet Gaster/See, legt nach seiner Meinung eine Preisdiskriminierung nahe. Ein Missbrauch lasse sich jedenfalls nicht ohne weitere Abklärungen verneinen, weswegen der Entscheid aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen sei. Das BAKOM habe zu prüfen – allenfalls mittels Konsultation der WEKO – ob die Meinungs- und Angebotsvielfalt durch die Südostschweiz Radio AG gefährdet werde. Das Bundesverwaltungsgericht beurteilte, um weitere zeitliche Verzögerungen zu vermeiden, auch noch die weiteren Punkte der Beschwerde der Radio Südost AG. Dabei wurde zuerst festgestellt, dass der Detailgrad der Ausschreibung weit über die Vorgaben der Rundfunkgesetzgebung hinausgehe und deswegen nicht zu beanstanden sei. Weiter wurde vom Bundesverwaltungsgericht erwogen, dass die Vorinstanz das Gesuch der Südostschweiz Radio AG besser bewerten durfte als jenes der Radio Südost AG und somit die Rügen in diesen Punkten unbegründet seien.

10-26

### Lors de l'octroi d'une concession de télévision, le DETEC dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le cadre des critères posés par la loi

Notion de diversité des opinions et de l'offre, et de position dominante sur le marché

Art. 44, 45, 74 LRTV

Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 9 décembre 2009 (A-7761/2008)

Arc TV, qui s'est vu refuser par le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC) la concession de télévision régionale avec mandat de prestations, interjette recours devant le TAF.

L'art. 44 al. 1 LRTV énumère les conditions d'octroi des concessions avec mandat de prestations (critères de qualification). L'art. 45 al. 3 LRTV indique selon quels critères de sélection départager, dans un second temps, les candidatures remplissant les conditions de l'art. 44 LRTV. Ainsi, c'est en premier lieu au diffuseur susceptible d'exécuter au mieux le mandat de prestations que revient la concession (règle d'attribution principale).

Le candidat à l'octroi de la concession doit s'abstenir de mettre en péril la diversité des opinions et de l'offre. Cette notion est définie à l'art. 74 al. 1 let. a LRTV: la diversité des opinions et de l'offre est mise en péril lorsqu'un diffuseur abuse de sa position dominante sur le marché. La notion de «position dominante sur le marché» est celle de l'art. 4 al. 2 de la loi sur les cartels du 6 octobre 1995 ([LCart]; cf. art. 74 al. 2 LRTV). Selon cette disposition, une ou plusieurs entreprises – formant une unité économique sur un marché donné – dominent ce marché lorsqu'elles sont «à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (concurrents, fournisseurs ou acheteurs)». A cet égard, il convient de prendre en compte la totalité du système médiatique de la région et non seulement le marché du média concerné. Pour déterminer si un candidat à l'octroi de la concession occupe une position dominante au sens de ce qui précède, le DETEC consultera en principe la Commission de la concurrence; il ne s'écartera des conclusions de cette dernière que pour des motifs pertinents (art. 74 al. 2 LRTV par analogie).

L'autorité inférieure dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le cadre de la fixation des critères d'évaluation des candidatures; il suffit que ces critères soient raisonnables et que l'autorité les applique de la même manière aux candidats.

Le TAF rejette le recours, considérant que le DETEC n'a pas violé les règles d'octroi de concession ni abusé de son pouvoir d'appréciation.

10-27

### La simple détention d'un appareil de réception ou d'une connexion ADSL justifie le paiement des redevances, sans qu'un usage soit nécessaire

Début et fin de la soumission à la redevance

Art. 68 LRTV

Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 21 décembre 2009 (A-2182/2009)

Les recourants admettent la présence d'installations permettant la réception de la radio mais arguent ne jamais l'écouter. Ils contestent la décision de Billag SA rendue confirmée par l'autorité inférieure, les assujettissant à neuf mois de redevance radio.

D'après l'art. 68 al. 1 LRTV quiconque met en place ou exploite un appareil destiné à la réception de programmes de radio et de télévision (récepteur) doit payer une redevance de réception, soit indépendamment du fait de savoir si le détenteur du poste l'utilise et, dans l'affirmative, comment et dans quelle mesure.

L'obligation de payer la redevance commence le premier jour du mois suivant la mise en place du récepteur ou le début de l'exploitation (art. 68 al. 4 LRTV) et prend fin le dernier jour du mois où les récepteurs ne sont plus exploités ni en place.

S'agissant de l'ADSL, l'autorité inférieure précise à bon droit que sont soumis à redevance les ménages qui disposent d'une telle connexion et d'un logiciel spécifique rendant la réception possible. Les recourants n'allèguent aucunement l'absence de ce type de programme sur l'ordinateur familial. Quoi qu'il en soit, reste le radio-réveil, dont la seule présence dans le salon, indépendamment du fait qu'il serve uniquement à donner l'heure, justifie en elle-même l'application de l'art. 68 al. 1 LRTV.

10-28

### «10 vor 10»-Beitrag zur Personenfreizügigkeit mit der EU war nicht sachgerecht

Sachgerechtigkeitsgebot

Art. 4 Abs. 2, 89 RTVG

Entscheid der UBI vom 19. Juni 2009 (b.599)

Das Schweizer Fernsehen (SF 1) strahlte am 29. Oktober 2008 im Rahmen der Sendung «10 vor 10» zwei Beiträge aus, welche einen Bezug hatten zur bevorstehenden Volksabstimmung vom 8. Februar 2009 über das Abkommen über die Personenfreizügigkeit mit der Europäischen Union (EU). Vorliegend zu beurteilen hatte die UBI den zweiten, etwas mehr als vier Minuten dauernden Beitrag über «Arbeitskräfte aus der

EU». Am Beispiel des Universitätsspitals Basel thematisierte der Beitrag die Bedeutung von ausländischen und insbesondere EU-Arbeitskräften für schweizerische Spitäler und die damit verbundenen Auswirkungen eines negativen Ausgangs der bevorstehenden Volksabstimmung. In der darauffolgenden «10 vor 10»-Ausgabe vom 30. Oktober 2008 verlas die Moderatorin einen «Nachtrag» zum Beitrag «Arbeitskräfte aus der EU» vom Vortag. Aufgrund des Beitrags habe der falsche Eindruck entstehen können, dass Ausländer aus dem EU-Raum bei einer Ablehnung der Abstimmung über die Personenfreizügigkeit die Schweiz verlassen müssten. Dem sei nicht so.

Die UBI hatte den Beitrag auf seine Vereinbarkeit mit dem Sachgerechtigkeitsgebot (Art. 4 Abs. 2 RTVG) zu überprüfen. Der Beitrag vermittelte den Eindruck, dass bei einer Ablehnung des Personenfreizügigkeitsabkommens in der Volksabstimmung vom 8. Februar 2009 viele Arbeitskräfte aus dem Ausland und namentlich aus dem EU-Raum nicht länger im Universitätsspital Basel arbeiten könnten. Diese im beanstandeten Beitrag vermittelten Informationen entsprächen nicht den Tatsachen. Zwar sei die eigentliche Faktenlage bereits zum Zeitpunkt der Ausstrahlung bekannt gewesen, das Vorwissen des Publikums sei aber nicht gross genug, damit es diese nicht zutreffenden Informationen auch als Fehler hätte erkennen können. Die Fehler seien denn auch nicht offensichtlich und beträfen nicht bloss Nebenpunkte, sondern wesentliche Fakten, welche die Meinungsbildung des Publikums zum Beitrag insgesamt beeinflussen. Eine korrekte Vermittlung der Fakten hätte die im Beitrag dramatisch geschilderten kurzfristigen Folgen eines negativen Volksentscheides relativiert. Aus diesen Gründen habe sich das Publikum zum Beitrag als Ganzes keine eigene Meinung bilden können. Weil zudem ein Verstoss gegen zentrale journalistische Sorgfaltspflichten, nämlich das Gebot der Sachkenntnis bzw. einer genügenden Recherche, bestand, beanstandete die UBI den Beitrag als nicht sachgerecht (Art. 4 Abs. 2 RTVG). Der nicht mehr in derselben Sendung erfolgte «Nachtrag» konnte die festgestellte Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots nicht aufheben. Die verschiedenen von der «10 vor 10»-Redaktion im Nachgang der Sendung gegenüber dem Publikum aus eigenem Antrieb unternommenen Massnahmen, insbesondere der «Nachtrag» am folgenden Tag und das «Korrekt» auf der Website, hatten aber immerhin den Verzicht der UBI auf die Durchführung eines Verfahrens nach Art. 89 RTVG zur Folge.

**Anmerkungen** Die Beschwerdegegnerin hielt das Verfahren vor der UBI für einen «veritablen Leerlauf». Aufgrund des raschen Korrigendums fehle dem Beschwerdeführer ein Rechtsschutzinteresse. Die UBI stellt im Entscheid klar, dass ein Populärbeschwerdeführer, welcher die einschlägigen Voraussetzungen (Art. 94 Abs. 2 und 3 RTVG, Art. 95 Abs. 1 und 3 RTVG) erfüllt, kein zusätzliches besonderes Rechtsschutzinteresse haben muss, damit seine Beschwerde materiell behandelt wird (vgl. dazu BGE 123 II 115 E. 2c S. 119 f.). Ebenso stellt die UBI klar, dass ein rasches Korrigendum eine erfolgte Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots (Art. 4 Abs. 2 RTVG) nicht aufheben kann, sofern es nicht innerhalb derselben Sendung erfolgt. Der in der nächsten «10 vor 10»-Ausgabe erfolgte Nachtrag hätte gegebenenfalls in die Prüfung einbezogen werden können, wenn der Beschwer-

deführer eine Verletzung des Vielfaltsgebots (Art. 4 Abs. 4 RTVG) geltend gemacht hätte. Dann nämlich gilt die «Gesamtheit der redaktionellen Sendungen» als Referenzpunkt. Wo aber eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots gerügt wird, wird zu Recht nur die Sendung berücksichtigt, in welcher der beanstandete Beitrag erfolgt. Gerade mit Blick auf die wichtige Funktion des Rundfunks für die Meinungsbildung in einer (direkt-)demokratischen Gesellschaft soll die Möglichkeit eines raschen Korrigendums in der nächsten Ausgabe der beanstandeten Sendung sowie auf der Website des Veranstalters zentrale journalistische Sorgfaltspflichten nicht relativieren dürfen.

Dr. iur. Thomas Steiner, Luzern

10-29

### Les produits de tabac sont soumis aux mêmes principes et critères d'examen en ce qui concerne la publicité clandestine gratuite que tout autre bien

Compétences de l'AIEP; publicité clandestine; protection des mineurs

Art. 1, 2, 4, 5, 97 LRTV; Art. 4 ORTV

Décision de l'AIEP du 27 août 2009 (b.601)

La TSR retransmet le tournoi de tennis bâlois ATP «Davidoff Swiss Indoors»; un contrat de sponsoring permet au groupe Oettinger Davidoff (active notamment dans le commerce et l'importation de tabacs et d'articles y relatifs) d'associer sa marque au nom de l'événement. Le logo Davidoff apparaît sans image ou slogan particulier.

D. et l'association antitabac O. ont formé une plainte conjointe auprès de l'AIEP à l'encontre de la SSR, lui reprochant d'avoir montré de manière massive et répétée le logo Davidoff dans ses retransmissions ainsi que sur son site Internet.

L'art. 97 al. 2 LRTV délimite le champ d'application de la procédure devant l'AIEP. Elle n'est pas habilitée à constater une éventuelle violation du droit étranger, ni des art. 105 et 118 Cst. Sa compétence se limite aux programmes de radio et télévision (art. 1 et 2 let. a LRTV), à l'exclusion des sites internet; l'autorité compétente exclusive en est l'OFCOM selon l'art. 86 al. 1 LRTV, de même que pour ce qui a trait à la publicité et au parrainage (art. 9 à 14 LRTV). L'AIEP n'a pas le pouvoir d'interdire à la TSR de retransmettre à l'avenir toute émission sportive dont laquelle apparaîtrait une marque de cigarettes ou de fabricant d'un produit de tabac. Tout au plus peut-elle, en cas de violations répétées de l'art. 4 al. 1 et 3 LRTV, prononcer une sanction administrative (art. 94 al. 4 LRTV et art. 90 al. 1 let. h LRTV).

Des messages publicitaires dans des émissions rédactionnelles peuvent influencer la libre formation de l'opinion du public, s'ils sont placés sans nécessité rédactionnelle, ils lésent la transparence et ont alors un effet manipulateur; le tournoi porte le nom officiel de «Davidoff Swiss Indoors». Les journalistes sportifs de la TSR s'abstiennent pourtant de citer la mar-

que. Les retransmissions sportives mises en cause ne constituent donc pas de la publicité clandestine gratuite contraire à l'art. 4 al. 2 LRTV.

Conformément à l'art. 5 LRTV, les diffuseurs veillent à ce que les mineurs ne soient pas exposés à des émissions susceptibles de porter préjudice à leur épanouissement physique, psychique, moral ou social. L'art. 4 al. 1 ORTV précise que les diffuseurs doivent signaler les émissions préjudiciables aux mineurs au moyen d'un signal acoustique ou d'un symbole optique visible pendant toute la durée des émissions. La TSR applique actuellement le logo rouge de mise en garde.

Les jeunes sont habitués à ce genre de publicité, dont l'impact se trouve donc nécessairement réduit. Les retransmissions litigieuses n'étaient ainsi pas contraires à l'art. 5 LRTV. Le diffuseur n'était pas tenu d'apposer le logo de mise en garde ou de diffuser cet événement sportif à une heure plus tardive au sens de l'art. 4 ORTV.

La plainte est entièrement rejetée sur le fond.

**Anmerkungen** Bei Tennisübertragungen werden Werbe- und Sponsoringbanner im Hintergrund je nach den Erfordernissen des Spiels beiläufig als Teil der tatsächlichen Spielumgebung sichtbar. Wie die UBI zutreffend feststellt, ist dies offensichtlich unvermeidbar und im Lichte des Verbots der Schleichwerbung (Art. 4 Abs. 2 RTVG) auch unproblematisch, soweit das Spiel die Dramaturgie vorgibt, die werbende Aussage also keinen Selbstzweck hat. An dieser Praxis ist festzuhalten, und zwar auch was die Übertragung von Fussballspielen, Motorsport, Skirennen etc. betrifft. Anders zu entscheiden, hiesse, Direktübertragungen von Sportveranstaltungen in der heutigen Form zu verunmöglichen. Der vorliegende Fall «Swiss Indoors» ist denn auch anders gelagert als der Fall «Alinghi» (Entscheid b.564), wo die Alinghi-Logos nicht bloss auf Segelschiffen und T-Shirts, sondern auch auf den Mikrofonen der Moderatoren des Fernsehveranstalters präsent waren, was die UBI nicht mehr als werbende Aussage ohne Selbstzweck beurteilen konnte.

Dr. iur. Thomas Steiner, Luzern

10-30

### Champ d'application de la LRTV/vidéo accessible sur le site d'un radiodiffuseur

Champ d'application de la LRTV; définition du programme

Art. 2 LRTV

Décision de l'AIEP du 23 octobre 2009 (b.605)

Fin février 2009, un journaliste de la station de radiodiffusion Rouge FM a délibérément troublé l'office religieux d'un séminaire catholique intégriste dans le cadre d'une émission d'information. Revêtu d'une soutane et muni d'un microphone, il a offert des sandwiches aux séminaristes, provoquant la colère du directeur du séminaire. L'incident a été retransmis en direct sur les ondes de Radio Rouge FM. Un second collabora-

teur de Rouge FM a filmé la scène; la vidéo n'a pas été diffusée par TV Rouge FM, mais a été mise à disposition des internautes sur le site web du radiodiffuseur.

Arguant d'une violation de l'obligation de présenter les événements fidèlement (obligation posée à l'art. 4 de la loi fédérale sur la radio et la télévision, ci-après LRTV), le directeur du séminaire a requis l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision (ci-après AIEP) d'ordonner le retrait de la vidéo du site de Rouge FM. En vain: l'AIEP a d'emblée refusé d'entrer en matière sur les griefs invoqués. Selon elle, la vidéo litigieuse n'est pas une émission qui fait partie d'un programme; en conséquence elle échappe au champ d'application de la LRTV.

**Commentaire** À première vue, ce prononcé d'irrecevabilité ne surprend guère; il résulte en effet d'une interprétation stricte de la notion d'émission, notion qui détermine l'étendue du champ d'application matériel de la LRTV. Comme le relève l'AIEP, laquelle se fonde tant sur la définition légale de l'émission (art. 2 lettre b LRTV) que sur le message du Conseil fédéral à la récente révision de la LRTV (FF 2003 1451), cette notion recouvre «des parties de programmes offertes en continu, assemblées par le diffuseur, diffusées à des heures précises et soustraites par principe à des modifications du public». Dans le cas d'espèce, la qualification d'émission radiodiffusée dépend plus particulièrement de deux de ces critères: d'une part de celui de la continuité (ou linéarité pour reprendre le jargon du droit communautaire) du service audiovisuel offert, d'autre part de celui de l'absence d'interaction avec l'auditeur ou le téléspectateur. Ces deux critères ne sont à l'évidence pas remplis par la contribution litigieuse, qui s'avère être un produit audiovisuel isolé, jamais diffusé dans le cadre du programme de télévision de Rouge FM mais téléchargeable à volonté par les internautes. Conclusion: la vidéo en question n'est pas soumise à la LRTV, encore moins au contrôle de l'AIEP.

Si le raisonnement de l'AIEP a la logique pour lui, il n'en demeure pas moins qu'il laisse un goût d'inachevé. Et ce, parce que l'on ne peut s'empêcher de penser que l'AIEP a baissé les bras devant la convergence toujours plus marquée des services audiovisuels et des produits multimédia. On pouvait encore comprendre qu'il y a quelques années l'AIEP ait refusé d'entrer en matière sur des plaintes portant sur d'anciennes émissions mises à disposition du grand public par le biais des archives en ligne du radiodiffuseur (b.492 Tessiner Kurhaus et b.534 Otox) ou par le biais de DVD vendus sur le marché (b.576 Traum von der Insel). Dans l'un ou l'autre cas, il s'agissait de l'accès, sous une forme différente, à des émissions diffusées longtemps auparavant. Déconnectées de l'actualité, les images n'avaient plus le même impact socio-politique que les originaux; partant de là, l'application du régime très contraignant de la radiodiffusion ne se justifiait plus guère. Il n'en va pas de même dans le cas présent. La vidéo litigieuse n'est pas qu'une simple rediffusion au moyen d'un vecteur différent. C'est un produit additionnel qui s'inscrit dans le prolongement d'un programme radiophonique. L'émission transmise en direct sur les ondes de Rouge FM et la vidéo litigieuse, accessible sitôt après sur le site dudit radiodiffuseur, appartiennent à un seul et même ensemble: un reportage sur un séminaire intégriste (un reportage de qualité peut-être discutable, mais c'est un débat sans pertinence à ce stade).

Pareil ensemble n'est pas nouveau. Tirant parti des innovations qu'offrent Internet et la digitalisation de l'information, les radiodiffuseurs en viennent de plus en plus à traiter un sujet en deux temps: d'abord sous la forme d'une émission de base radiodiffusée, ensuite par le moyen de contributions complémentaires, accessibles en ligne et destinées à approfondir la thématique ou à l'aborder sous un autre angle. Vouloir soumettre la base et les compléments à des régimes juridiques différents n'a aucun sens. À tout le moins si les compléments sont de nature audiovisuelle; s'il s'agit de simples textes (comme c'est le cas dans la décision de l'AIEP, b 606 Meteo), le régime du droit commun de la communication suffit, faute de cet «énorme pouvoir de suggestion et de manipulation des masses», qui est la caractéristique première de l'audiovisuel et qui commande, selon le législateur (FF 2003 1452), un cadre normatif plus strict.

Il serait faux de prétendre que l'AIEP n'a pas saisi les enjeux de la convergence. Dans ses considérants, elle fait preuve d'une grande lucidité, déplorant même «que la solution légale qui prévaut n'est pas optimale si l'on considère le développement technologique de ces dernières années et la convergence d'informations de plus en plus marquée entre les divers vecteurs médiatiques. Les services non linéaires, dont les vidéos à la demande, complètent ou remplacent désormais de plus en plus fréquemment les programmes proprement dits de la radio et de la télévision. C'est pourquoi il devient indispensable de tenir compte de cette offre complémentaire, exclue pour le moment de la surveillance de l'AIEP». Bien vu! s'exclamera-t-on. Reste que ce qui a manqué à l'AIEP, c'est ce brin d'audace qui lui aurait permis, par une interprétation créatrice, de donner une réponse adéquate à un problème nouveau, qui se pose à toujours plus grande échelle.

Simplettement renvoyer la balle à un législateur, notoirement suroccupé et dépassé par les révolutions successives du progrès technique, est une attitude attentiste qui n'est plus de mise dans l'environnement hautement dynamique et volatile qui caractérise le début du XXI<sup>e</sup> siècle. Le constat ne vaut pas seulement pour l'AIEP, mais pour toute autorité d'application (judiciaire ou administrative, peu importe) interpellée par les nouvelles technologies. Il est temps que ces instances s'accordent plus de liberté d'appréciation. Sinon, le cadre législatif de la communication sera toujours en retard d'une innovation.

**Prof. Bertil Cottier, Lugano**

10-31

### «Puls»-Beitrag zu Insulin verstösst nicht gegen Sachgerechtigkeitsgebot

Sachgerechtigkeitsgebot

Art. 4 Abs. 2 RTVG

Entscheid der UBI vom 19. Juni 2009 (b.598)

Eine Beschwerde gegen einen «Puls»-Beitrag zum Thema Insulin wurde von der UBI abgelehnt, da sich das Publikum eine eigene Meinung zum Thema bilden konnte und somit das Sachgerechtigkeitsgebot nicht verletzt wurde.

Die UBI hatte eine Beschwerde gegen einen Beitrag zum Thema Insulin der Sendung «Puls» zu behandeln. Darin wurde sowohl über tierisches Insulin als auch über Humaninsulin berichtet. Im Studio stellte ein Experte im Gespräch mit der Moderatorin die Vorteile von Humaninsulin dar, während in eingespielten Beiträgen Diabetiker zu Wort kamen, welche grosse Probleme damit hatten, auf Humaninsulin umzustellen. Der Experte hielt den Patienten vor, dass Diabetiker unabhängig von der Art des Insulins bei nicht richtiger Anwendung oder Dosierung Probleme bekommen würden. Die gegen diesen Beitrag erhobene Beschwerde machte eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots nach Art. 4 Abs. 2 RTVG geltend, da der Beitrag einseitig zulasten der Verfechter von tierischem Insulin informiert habe.

Die UBI stellte nach Überprüfung des Beitrages fest, dass keine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots vorliege. Zwar seien die geäusserten Vorwürfe des Experten mehrfach pauschaler Natur, jedoch würden diesen die eindringlichen Voten der Patienten gegenübergestellt. Zudem nehme auch die Moderatorin teilweise die Position der Verfechter von tierischem Insulin ein, indem sie den Experten wiederholt mit deren Argumenten konfrontiere. Somit sei der Standpunkt der Verfechter von tierischem Insulin genügend zum Ausdruck gekommen. Zu bemängeln gebe es einzig, dass nicht angegeben werde, dass einer der Betroffenen Arzt sei, was jedoch ein Mangel in einem Nebenpunkt darstelle. «Das Publikum konnte sich zum Thema insgesamt und namentlich auch zur Frage der Behandlung von Diabetes mit tierischem Insulin eine eigene Meinung bilden. Dass es sich beim Experten um einen ausgesprochenen Befürworter von Humaninsulin handelte, welcher wenig Verständnis für die Anliegen der gezeigten Betroffenen aufbrachte, war klar als persönliche Ansicht erkennbar (...)»

10-32

### Fehlende Berichterstattung über VgT-Urteil des EGMR war zulässig

Vielfaltsgebot; Zugangsbeschwerde; Sachgerechtigkeitsgebot

Art. 10 EMRK; Art. 4 Abs. 2 und 4, 97 Abs. 2 Bst. a und b RTVG

Entscheid der UBI vom 18. Dezember 2009 (b.607) – nicht rechtskräftig

Gegen die fehlende Berichterstattung über das Urteil des EGMR bezüglich des Vereins gegen Tierfabriken (VgT) liess die UBI weder eine Vielfalts- noch eine Zugangsverweigerungsbeschwerde zu.

Der EGMR stellte mit Urteil vom 30. Juni 2009 fest, dass die Schweiz durch das anhaltende Verbot der Ausstrahlung eines Werbespots des Vereins gegen Tierfabriken (VgT) im Schweizer Fernsehen gegen die in Art. 10 der EMRK verankerte Meinungsfreiheit verstossen habe. Der Präsident des VgT reichte nach dem Bekanntwerden dieses Urteils Beschwerde bei der UBI ein und beanstandete, dass keine Nachrichtensendung des

Schweizer Fernsehens über den Entscheid des EGMR berichtet habe. Dieser Informationsboykott stelle eine Verletzung des Vielfaltsgebots nach Art. 4 Abs. 4 RTVG dar.

Die UBI hielt fest, dass keine zulässige Beschwerde im Sinne von Art. 97 Abs. 2 Bst. a RTVG vorliege, da keine Verletzung des Sachgerechtigkeits- und Vielfaltsgebots bestehe. Eine Anwendung dieser Bestimmungen setze voraus, dass ein Veranstalter überhaupt ein Ereignis erwähne oder ein Thema behandle. Verzichte er jedoch darauf, könne dieser Umstand auch keine Verletzung der zwei Gebote begründen. Weiter wurden die Voraussetzungen für eine Zugangsbeschwerde nach Art. 97 Abs. 2 Bst. b RTVG geprüft. Jedoch wurden diese von der UBI als nicht erfüllt befunden, da einerseits der Beschwerdeführer nicht geltend mache, dass das Schweizer Fernsehen ihm bzw. einem Vertreter den Zugang zu redaktionellen Sendungen oder zum Werbeblock verweigert habe. Deswegen fehle es schon am erforderlichen Anfechtungsobjekt. Andererseits sei es im Rahmen einer Zugangsbeschwerde nicht möglich, die redaktionelle Bearbeitung eines Ereignisses durchzusetzen. Zudem verlange das EGMR in seinem Entscheid nicht, dass das Schweizer Fernsehen über das Urteil berichten müsse. Aus journalistischer Sicht möge es zwar erstaunen, dass SF 1 das Publikum in seinen Informationssendungen nicht informiert habe, dennoch erlaube die den Veranstaltern gewährleistete Programmautonomie, frei über den Inhalt ihrer Nachrichtensendungen zu entscheiden.

---

**Anmerkungen** Dieser Entscheid ist beim Bundesgericht angefochten worden und wird einer höchstrichterlichen Überprüfung wohl kaum standhalten. Wie das Bundesgericht in seinem – nach dem vorliegenden UBI-Entscheid ergangenen – Urteil i.S. VgT vom 10. Dezember 2009 (2C\_380/2009) (siehe: «Die Entscheidung» in diesem Heft) festgestellt hat, darf die UBI keine formell strengen Anforderungen an eine Zugangsverweigerung stellen. Sie muss auf eine Zugangsbeschwerde bereits dann eintreten, wenn Anzeichen dafür bestehen, dass ein Gesuchsteller in verfassungs- oder konventionsrechtlicher Hinsicht diskriminiert wurde.

Prof. Dr. Christoph Beat Graber, Luzern

---

10-33

### «Handystudie gefälscht»: Bundesgericht weist Beschwerde ab

Beschwerdelegitimation; Verbandsbeschwerde; Laienbeschwerde

Art. 89 Abs. 1 BGG

Urteil des Bundesgerichts vom 12. Januar 2010 (2C\_495/2009)

Die Beschwerde eines Vereins gegen den «Puls»-Beitrag wurde abgelehnt, da für eine Verbands- oder Laienbeschwerde die Legitimation fehlte und bei der zulässigen Beschwerde die Argumente nicht zu überzeugen vermochten.

Eine Beschwerde gegen den Beitrag «Handystudie gefälscht» des Gesundheitsmagazins «Puls», worin über eine gefälschte Studie zur Gefährlichkeit von Strahlen berichtet wurde, wurde von der UBI abgelehnt. Dieser Entscheid wurde vom Verein X. vor Bundesgericht angefochten, indem eine «schwerwiegende Konzessionsverletzung» geltend gemacht wurde.

Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat. Falls der Verein als Umweltschutzorganisation eine «Verbandsbeschwerde» führen wolle, sei darauf nicht einzutreten, da das RTVG ein solches Verbandsbeschwerderecht nicht vorsehe. Zudem seien die beschwerdeberechtigten Organisationen im Bereich Umweltschutz in der VBO (Verordnung über die Bezeichnung der im Bereich des Umweltschutzes sowie des Natur- und Heimatschutzes beschwerdeberechtigte Organisationen) abschliessend aufgeführt, wobei der Verein X. nicht dazugehöre. Auch zu einer «Laienbeschwerde» seien A. und B., die Vertreter des Vereins X., nicht berechtigt, da diese rundfunkrechtlich nicht anders betroffen seien als irgendein anderer sensibilisierter, medienkritischer Zuschauer und somit die Beziehungsnähe zum Sendethema nach Art. 89 Abs. 1 BGG fehle. Immerhin seien die Beschwerdeführer befugt, vor Bundesgericht Verfahrensverstöße geltend zu machen, die einer formellen Rechtsverweigerung gleichkommen. Da bei dieser Beschwerde jedoch weder eine materielle Überprüfung noch eine Prüfung des Sachverhalts infrage komme, sei die einzig zulässige Rüge, dass die UBI unrichtig zusammengesetzt gewesen sei, da der Präsident an der öffentlichen Anhörung nicht anwesend gewesen sein soll. Dabei handle es sich jedoch um eine unbewiesene Parteibehauptung, weswegen die Beschwerde abgewiesen werden müsse.

---

## 1.4 Filmrecht

10-34

### Filmförderung: fehlende Beschwerdelegitimation

Beschwerdelegitimation; Rechtsschutzinteresse

Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom  
17. Dezember 2009 (C-4560/2008)

Das Bundesverwaltungsgericht lehnte eine Beschwerde gegen einen ablehnenden Entscheid bezüglich Fördergeldern ab, da weder ein aktuelles Rechtsschutzinteresse bestehe noch eine Ausnahme davon gegeben sei.

Das Bundesamt für Kultur (BAK) wies das Gesuch der X. AG um finanzielle Unterstützung für die Herstellung eines Spielfilms ab. Eine bestehende Fachkommission, welche zur materiellen Prüfung des Dossiers beigezogen wurde, lehnte das Projekt ab, und das BAK schloss sich dieser Beurteilung an. Die X. AG erhob dagegen Beschwerde beim EDI und machte formelle Mängel geltend. Der Präsident des Begutachtungsaus-

schusses «Spielfilm» sei zwar wegen eines eigenen, konkurrierenden Projekts in den Ausstand getreten, habe aber im Vorfeld der Sitzung den Film geprüft und ein internes Papier verfasst, welches er den Mitgliedern des Ausschusses abgegeben und damit ihre Wertungen beeinflusst habe. Das EDI trat auf die Beschwerde nicht ein, da der zu begutachtende Film bereits gedreht worden sei, ohne eine Bewilligung für dieses Vorgehen einzuholen und deswegen ein aktuelles Rechtsschutzinteresse fehle. Gegen diesen Entscheid erhob die X. AG Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht.

Das Bundesverwaltungsgericht stellte zuerst fest, dass von keiner Partei ernsthaft bestritten werde, dass ein aktuelles und praktisches Rechtsschutzinteresse nach Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG fehle. Jedoch sei zu prüfen, ob die formellen und kumulativen Voraussetzungen für den ausnahmsweisen Verzicht auf ein aktuelles Rechtsschutzinteresse im vorliegenden Falle erfüllt seien. Auf ein Rechtsschutzinteresse könne dann verzichtet werden, wenn sich die aufgeworfenen grundsätzlichen Fragen jeweils unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen könnten, ohne dass im Einzelfall rechtzeitig eine (höchst) richterliche Prüfung stattfinden könnte. Das Bundesverwaltungsgericht liess offen, ob eine solche Frage wie im vorliegenden Fall theoretisch wieder auftauchen könnte. Es kam zum Schluss, dass die X. AG im Rahmen des eingeleiteten Subventionsverfahrens noch die Möglichkeit gehabt hätte, ein Gesuch um vorgängigen Beginn der Dreharbeiten zu stellen. Deswegen habe sie es sich selbst zuzuschreiben, wenn die richterliche Überprüfung der Frage nicht möglich wurde. Es sei nicht einzusehen, wieso die richterliche Überprüfung einer behaupteten Ausstandsverletzung in der Filmförderung nie rechtzeitig möglich wäre, wenn der vorzeitige Drehbeginn auf Gesuch hin gewährt werden könne. Mit dieser Begründung verneinte das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdelegitimation und lehnte die Beschwerde ab.

---

## 3. Strafrecht

### 3.1 Ehrenschutz (StGB/UWG)

10-35

### Löschung von IP-Adressen: Provider wegen Begünstigung verurteilt

Begünstigung; Ehrverletzung

Art. 14 Abs. 4, 15 Abs. 3 BÜPF; Art. 21 StGB

Urteil des Bundesgerichts vom 8. Januar 2010  
(6B\_766/2009)

Der Betreiber einer Website, auf welcher von Benutzern anonym Ehrverletzungen begangen wurden, wurde einer Begünstigung schuldig gesprochen, da er die notwendigen Daten für eine Identifizierung der Benutzer vernichtet hatte.

X. hatte eine Internetplattform betrieben, welche den Benutzern die Möglichkeit bot, sich mit einem Pseudonym über verschiedene, meist lokalpolitische Themen anonym zu äussern. Dabei liessen sich verschiedene, mit Namen nicht bekannte Benutzer, zu Ehrverletzungen hinreissen, wobei X. für die Verbreitung dieser Texte die dafür notwendige Infrastruktur gratis zur Verfügung stellte. Daraufhin verurteilten ihn das Bezirksgericht und das Obergericht wegen Begünstigung zu einer Geldstrafe. Dagegen erhob X. Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht.

Das angerufene Bundesgericht führte aus, die Vorinstanz habe zutreffend die Providereigenschaft der GmbH, deren Geschäftsführer X. sei, bejaht. X. obliege daher gemäss Art. 15 Abs. 3 BÜPF die Pflicht, die für die Teilnehmeridentifikation notwendigen Daten sowie die Verkehrs- und Rechnungsdaten während sechs Monaten aufzubewahren. Weiter sei die Begünstigungshandlung durch die Vorinstanz zu Recht mit der Nichtbeachtung der in Art. 14 Abs. 4 BÜPF festgelegten Auskunftspflichten der Provider gegenüber dem Dienst für Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs begründet worden. Nach dieser Bestimmung sei die Internetanbieterin verpflichtet, der zuständigen Behörde alle Angaben zu machen, die eine Identifikation des Urhebers oder der Urheberin ermöglichen, wenn eine Straftat über das Internet begangen wurde. Entgegen der Argumentation des Beschwerdeführers sei für die Annahme einer Begünstigung eine erhebliche zeitliche oder inhaltliche Erschwernis der Strafverfolgung entscheidend, welche mit dem unwiederbringlichen Löschen der IP-Adressen der Websitebenutzer zweifellos geschaffen worden sei. Daran ändere nichts, dass bis anhin keine Behörde an diesen Adressen Interesse gezeigt habe. Es handle sich entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers auch nicht um einen Rechtsirrtum nach Art. 21 StGB. «Das Löschen der IP-Adressen, obwohl sie vom Server automatisch gespeichert worden seien, habe nur dem Schutz der Anonymität der Benutzer dienen und nur den Zweck verfolgen können, sie einer allfälligen Strafverfolgung zu entziehen.» Dabei sei es unerheblich, auf welchen gesetzlichen Bestimmungen eine Aufbewahrungspflicht der IP-Adressen beruhe, entscheidend sei, dass der Beschwerdeführer die Benutzer seiner Website einer allfälligen Strafverfolgung habe entziehen wollen. Aufgrund der aufgeführten Argumente kam das Bundesgericht zum Schluss, dass das angefochtene Urteil kein Bundesrecht verletze und die Beschwerde deswegen abzuweisen sei.

**Commentaire** L'arrêt rendu le 8 janvier 2010 par le Tribunal fédéral pourrait avoir des conséquences importantes en termes d'obligations mises à la charge des «exploitants de plateforme» sur Internet.

Rappelons qu'aux termes de l'art. 1 al. 2 LSCPT, la loi «s'applique [...] aux organismes soumis à concession ou à l'obligation d'annoncer qui fournissent des services postaux ou de télécommunication ainsi qu'aux fournisseurs d'accès à Internet». L'art. 14 al. 4 LSCPT prévoit que «si un acte punissable est commis au moyen d'Internet, le fournisseur d'accès est tenu de fournir à l'autorité compétente toute indication permettant d'identifier l'auteur». L'art. 15 al. 3 LSCPT précise quant à lui que les fournisseurs de services de télécommunications «sont tenus de conserver durant six mois les don-

nées permettant l'identification des usagers ainsi que les données relatives au trafic et à la facturation».

Confirmant la décision rendue par l'Obergericht du canton d'Argovie, le Tribunal fédéral considère qu'en effaçant les adresses IP des utilisateurs de la plateforme internet mise en cause, l'accusé a contrevenu à l'art. 15 al. 3 LSCPT, se rendant du même coup coupable d'entrave à l'action pénale au sens de l'art. 305 CP.

L'arrêt mérite de retenir l'attention à plusieurs égards:

1. En premier lieu, le Tribunal fédéral assimile l'exploitant de la plateforme internet sur lesquels les utilisateurs pouvaient poster leurs commentaires à un fournisseur d'accès au sens de la disposition précitée. L'état de fait extrêmement succinct publié par le Tribunal fédéral ne permet malheureusement guère de déterminer la nature exacte des prestations fournies par l'accusé. On peut le regretter. La seule qualification d'«exploitant de la plateforme internet www.xxxxxxxx.ch» retenue par le Tribunal fédéral semble bien plus le rapprocher d'un fournisseur de contenus que d'un fournisseur d'accès. S'il est vrai que la distinction classique entre fournisseurs de services et fournisseurs de contenus est dépassée depuis plusieurs années, le «fournisseur d'accès» continue à revêtir un rôle particulier qui explique son assimilation à un fournisseur de services de télécommunications. Certes, la LSCPT ne définit pas la notion de fournisseur d'accès; la doctrine le définit toutefois comme celui qui confère techniquement à ses utilisateurs la possibilité d'accéder au réseau Internet (voir, par exemple: Thomas Legler, *Le rôle des différents acteurs de l'Internet*, in: *Internet 2005* [éd. Dallèves/Bagnoud], Lausanne 2005, p. 9; Philippe Gillieron, *La responsabilité des fournisseurs d'accès et d'hébergement*, RDS 2002, p. 392; Rolf H. Weber, *E-Commerce und Recht*, Zurich 2001, p. 506). Bien qu'ancienne au vu du rythme de développement des nouvelles technologies, cette acception continue à refléter le rôle dévolu au «fournisseur d'accès». C'est donc bien l'accès technique conféré au réseau qui le caractérise. Cette caractéristique explique son assimilation à un fournisseur de services de télécommunications, puisqu'il permet le transport de ces informations sur le réseau. A ce titre, il doit être distingué de celui qui se contente d'exploiter une plateforme internet, indépendamment de la question de savoir si elle est interactive (en ce sens également: Manuel Bianchi Della Porta/Vincent Robert, *Responsabilité pénale de l'éditeur de médias en ligne participatifs*, *Medialex* 2009, p. 19 ss). S'il peut arriver au fournisseur d'accès d'exploiter une telle plateforme, tout exploitant de plateforme n'est pas pour autant un fournisseur d'accès. Les deux notions doivent être clairement distinguées.
2. En réalité, le Tribunal fédéral aurait mieux fait de s'interroger sur la qualification de l'accusé comme fournisseur de services de télécommunications au sens de l'art. 3 LTC. Rappelons à ce sujet qu'est considéré comme un fournisseur de services de télécommunications au sens de l'art. 3 lit. a-c LTC celui qui assure la transmission (émission ou réception) d'informations (n'importe quel type de signe destiné aux êtres humains) pour le compte de tiers sur des lignes ou par ondes hertziennes, au moyen de signaux électriques, magnétiques ou optiques ou d'autres signaux électromagnétiques. En permettant à des utilisateurs (soit des tiers) de poster des commentaires sur une plateforme (qui s'apparente à la réception d'informations à des fins

de diffusion), l'exploitant n'assume-t-il pas la transmission d'informations au moyen de techniques de télécommunications? Une interprétation littérale pourrait conduire à le penser si la simple «réception» constitue une «transmission» au sens de la LTC. On peut pourtant douter que le but poursuivi par la LTC soit d'obliger tout exploitant d'une plateforme interactive à s'annoncer auprès de l'OFCOM comme y conduit une telle interprétation. Un site participatif n'est en réalité que le support auquel les communications sont destinées, et sa qualification comme «service de télécommunications» est pour le moins discutable. L'interprétation littérale de l'art. 3 lit. a-c LTC permet pourtant d'aboutir à ce résultat inopportun. Ne serait-il pas plus légitime de soumettre à une telle obligation uniquement le fournisseur qui exerce le contrôle sur l'infrastructure nécessaire au transport de ces informations? On peut le penser; force est toutefois d'admettre que l'obligation d'annonce ancrée à l'art. 4 al. 1er LTC concerne tout fournisseur de «services» de télécommunications, non pas uniquement de celui qui contrôle des «installations de télécommunications» au sens de l'art. 3 lit. d LTC. Compte tenu de l'évolution technologique, une telle limitation serait pourtant la bienvenue.

3. Dans cette affaire, c'est toutefois sous l'angle du fournisseur d'accès que le Tribunal fédéral a fondé son argumentation. A supposer que l'accusé ait effectivement été un fournisseur d'accès, le Tribunal fédéral pouvait-il en inférer une obligation de conservation des adresses IP des utilisateurs? En se référant expressément à l'art. 15 al. 3 LSCPT, le Tribunal semble voir dans ces adresses des «données permettant l'identification des usagers». La question n'est pourtant pas si aisée. Dans le jugement *Logistep* (27 mai 2009, A.3144/2008), actuellement frappé d'un recours devant le Tribunal fédéral toujours pendant à l'heure où ces lignes sont écrites, le Tribunal administratif fédéral avait considéré que l'adresse IP constitue une donnée personnelle au sens de l'art. 3 lit. a LPD lorsqu'elle est collectée dans le cadre d'une action pénale, soit une information qui se rapporte à une personne identifiable. A supposer que cette opinion soit correcte, une telle donnée tomberait alors fort logiquement sous le coup de l'art. 15 al. 3 LSCPT. Cet avis est conforme à celui émis par la doctrine, qui distingue toutefois suivant que l'adresse IP revêt un caractère statique ou dynamique. Tant Weber que Rosenthal et Jöhri sont en effet d'avis qu'une adresse IP dynamique ne peut être considérée comme une donnée à caractère personnel que lorsqu'elle est collectée dans le cadre d'une action pénale; elle seule permet de requérir du fournisseur d'accès l'identification de l'utilisation, conformément à l'art. 14 al. 4 LSCPT (Rolf. H. Weber, «Was für 'ne Sorte von Geschöpf ist euer Krokodil?» – Zur datenschutzrechtlichen Qualifikation von IP-Adressen, sic! 2009 577; David Rosenthal/Yvonne Jöhri, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zurich 2008, ad art. 3 N 27).

L'avis de la doctrine helvétique me semble plus restrictif que la tendance sur le plan européen, qui consiste à voir dans l'adresse IP une donnée à caractère personnelle, qu'elle revête un caractère statique ou dynamique (voir à ce sujet l'avis 4/2007 émis par le groupe de travail de «Article 29» sur la protection des données, relatif au concept de données à caractère personnel, disponible à l'adresse [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_fr.pdf)).

La France suit en particulier une interprétation large. En dépit d'un arrêt du 15 mai 2007 rendu par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Henry S./SCPP* allant en sens contraire et ayant suscité une réaction de la CNIL (voir: <http://www.cnil.fr/dossiers/internet-telecoms/fiches-pratiques/article/27/ladresse-ip-est-une-donnee-a-caractere-personnel-pour-lensemble-des-cnil-europeennes/>), les tribunaux français semblent plutôt favorables à voir dans l'adresse IP une donnée personnelle (voir TGI Bobigny, 14 décembre 2006, *Laurent F./Sacem et autres*, et TGI Saint-Brieuc, 6 septembre 2007, *Ministère public, Scpp, Sacem/J.P.*).

Les tribunaux allemands semblent encore partagés. Alors que le LG Berlin a reconnu le caractère de donnée personnelle à une adresse IP quel qu'en soit son caractère dans un arrêt du 6 septembre 2007 (aff. 23 S 3/07), l'*Amtsgericht* de Berlin a exclu un tel caractère pour les adresses IP dynamiques dans une affaire du 30 septembre 2008 (133 C 5677/08).

Si le caractère de données personnelles des adresses IP dynamiques demeure controversé en l'absence d'action pénale, celui des adresses IP statiques ne l'est en revanche pas. Or, le prochain passage du protocole IPv4 au protocole IPv6 pour l'attribution des adresses IP mettra un terme à toute discussion, puisque ces adresses revêtiront alors toutes un caractère statique (Weber, 588).

Dans le cas d'espèce, la question n'avait toutefois qu'un intérêt limité, pour deux raisons. Tout d'abord, à partir du moment où une action pénale a été intentée, peu importe que l'adresse IP revête un caractère dynamique ou statique, puisqu'elle tombe en toute hypothèse sous le coup de l'art. 14 al. 4 LSCPT. Ensuite, on peut se demander si, même en l'absence d'une action pénale, ces adresses ne font pas partie des «données relatives au trafic», qui doivent être conservées par les fournisseurs de services de télécommunication durant six mois conformément à l'art. 15 al. 3 LSCPT. Tel est mon avis.

4. En conclusion, deux points sont à remarquer: Tout d'abord, on peut regretter que l'état de faits publié ne soit pas plus complet. La question de savoir si l'accusé se contentait d'exploiter une plateforme interactive, ou s'il répondait effectivement à la définition d'un fournisseur d'accès, telle qu'elle est habituellement comprise pour entraîner l'application de la LSCPT à son égard, revêt pourtant une importance considérable. A supposer que l'accusé se soit contenté d'exploiter une plateforme interactive sans permettre de connexion à Internet comme le veut le propre d'un fournisseur d'accès, il faudrait en déduire que l'interprétation donnée par le Tribunal fédéral à cette notion fait de tout exploitant d'une plateforme interactive un fournisseur d'accès, avec toutes les conséquences qui en résultent du point de vue de la LTC et de la LSCPT.

Ensuite, compte tenu de l'évolution technologique, on peut se demander si tout exploitant d'une plateforme interactive n'apparaît pas comme un fournisseur de services de télécommunications au sens de l'art. 3 LTC, avec pour conséquence que tout exploitant d'une telle plateforme aurait alors l'obligation de s'annoncer auprès de l'OFCOM et de respecter les dispositions de la LTC et de la LSCPT, notamment en matière de conservation des données (art. 14 et 15 LSCPT). Un tel résultat me semble excessif. On peut se demander si limiter cette obligation aux fournisseurs d'installations de télécommunications

au sens de l'art. 3 lit. d LTC ne serait pas souhaitable en droit désirable. En guise de comparaison, on relèvera qu'en France le rapport d'évaluation déposé le 28 janvier 2008 à l'assemblée nationale par les députés JEAN DIONIS DU SEJOUR et CORINNE EHREL relevait qu'il était inopportun de soumettre de tels exploitants à une obligation de conservation des données (<http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i0627.asp>). La question de savoir si le droit suisse ne devrait pas aller en ce sens sera laissée ici à l'appréciation du lecteur.

Prof. Dr. Philippe Gilliéron, Lausanne

10-36

### Flugblätter: Beschwerde gegen üble Nachrede abgewiesen

Üble Nachrede; Gutgläubensbeweis; Sorgfaltspflicht

Art. 173 Ziff. 1 und 2 StGB

Urteil des Bundesgerichts vom 8. Januar 2010  
(6B\_987/2009)

Das Bundesgericht wies eine Beschwerde gegen eine Verurteilung wegen übler Nachrede ab, da der Verurteilte in keinsten Weise darlegen konnte, inwiefern er seine Vorwürfe sorgfältig geprüft habe.

Der stellvertretende Generalsekretär Y. des Verbandes B. änderte den PC-Eintrag des Verbandes in dem Sinne nachträglich ab, dass ein Pferd fälschlicherweise die reglementarischen Qualifikationsvoraussetzungen für die Teilnahme an den Schweizer Meisterschaften 2006 erfüllte. Er übermittelte diesen Eintrag dem Verband C., welcher das Pferd zum Start zuließ. Die Fälschung wurde bemerkt, auf eine Strafanzeige wurde jedoch nicht eingetreten. Daraufhin verfasste X. Flugblätter, worin er Y. beim Namen nannte und ihn des Betruges, der Urkundenmanipulation und der Begünstigung bezichtigte. Diese stellte er dem Vorstand des Verbandes B. zu, legte sie anlässlich der Schweizer Meisterschaften 2007 unter die Scheibenwischer parkierter Autos und liess sie via Inserat in einer Zeitschrift verbreiten. Infolgedessen wurde er vom Obergericht der mehrfachen üblen Nachrede schuldig gesprochen. Gegen dieses Urteil erhob er Beschwerde beim Bundesgericht.

Das Bundesgericht befand, die geäusserten Vorwürfe im Flugblatt seien ohne Zweifel geeignet, den Ruf von Y. im Sinne von Art. 173 Ziff. 1 StGB zu schädigen. Danach war zu prüfen, ob der Entlastungsbeweis in Form des Gutgläubensbeweises gemäss Art. 173 Ziff. 2 StGB erbracht werden könne. Dabei wurde angeführt, dass X. zum Zeitpunkt der Verteilung des Flugblattes bzw. der Veröffentlichung der Inserate gewusst habe, dass auf die Strafanzeige nicht eingetreten worden sei, da ihm dies mit Schreiben der Untersuchungsrichterin mitgeteilt wurde. Er sei daher gehalten gewesen, seine Vorwürfe besonders sorgfältig zu prüfen, auch weil er nicht nur Verdächtigungen äusserte, sondern seine schwerwiegenden Vorwürfe als Faktum darstellte und sie einem grossen Adressatenkreis präsentierte. Die Beach-

tung dieser erhöhten Sorgfaltspflicht hat X. nach Meinung des Bundesgerichts in keinsten Weise darlegen können, weswegen die Beschwerde abgewiesen wurde.

## 3.2 Weitere individuelle Rechtsgüter

10-37

### Videoüberwachung im Kassenraum war gerechtfertigt

Überwachung am Arbeitsplatz; Persönlichkeitsrechte; Verwertbarkeit von Beweisen

Art. 179<sup>quater</sup> StGB; Art. 28 ZGB; Art. 328, 328b OR; Art. 12 DSG; Art. 26 ArGV 3

Urteil des Bundesgerichts vom 12. November 2009  
(6B\_536/2009)

Das Bundesgericht befand Videoaufnahmen im Kassenraum eines Uhren- und Juweliergeschäfts als rechtmässig, da sie weder gegen Art. 26 Abs. 1 ArGV 3 noch gegen die Persönlichkeit des Arbeitnehmers verstossen.

Die Firma A. erstattete gegen ihre Angestellte X. Strafanzeige wegen Diebstahl, weil diese im Kassenraum des Geschäfts unberechtigterweise Geld entnommen habe. Der Vorgang wurde von einer Videokamera, die ohne Wissen der Mitarbeiter im Kassenraum installiert war, gefilmt. Die Staatsanwaltschaft stellte daraufhin die Untersuchungen wegen Diebstahl ein. Die Firma A. erhob daraufhin beim Obergericht Rekurs, der mit der Begründung abgelehnt wurde, dass die Filmaufnahmen unrechtmässig erlangt worden seien und deswegen nicht als Beweismittel verwertet werden dürften. Infolgedessen wandte sich die Firma A. mit einer Beschwerde ans Bundesgericht, um eine Verwertbarkeit der Filmaufnahmen zu erwirken.

Zuerst hielt das Bundesgericht fest, dass das Bundesgesetz über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF) und die Bestimmungen der StPO des Kantons Zürich betreffend den Einsatz von technischen Überwachungsgeräten (§§ 104 ff. StPO/ZH) allein auf amtlich angeordnete Überwachungen anwendbar seien. Weiter werde der Tatbestand von Art. 179<sup>quater</sup> StGB nicht erfüllt, da keine Tatsachen aus dem Geheimbereich oder aus dem nicht jedermann ohne Weiteres zugänglichen Privatbereich betroffen seien. Danach untersuchte das Bundesgericht das Arbeitsplatzgesetz und führte aus, dass dieses keine Bestimmungen betreffend die Überwachung der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz enthalte, sondern dass bloss in Art. 26 der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz eine Regelung zu Überwachungs- und Kontrollsystemen zu finden sei. Das Bundesgericht merkte an, dass es zu begrüssen wäre, wenn der heikle und schwierige Gegenstand der Überwachung am Arbeitsplatz zumindest in den Grundzügen in einem Gesetz im formellen Sinne geregelt wäre. Nach Art. 26 Abs. 1 ArGV 3 seien Überwachungs- und Kontrollsysteme verboten, die das Verhalten der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz überwachen sollten. Jedoch seien nach Art. 26

Abs. 2 ArGV 3 Überwachungssysteme zulässig, welche beispielsweise die Sicherheit und Funktionsweise einer Maschine überwachen, auch wenn dadurch zwangsläufig auch der Mitarbeiter, welcher die Maschine bediene, erfasst werde. Der Absatz 1 von Art. 26 ArGV 3 sei jedoch einschränkend auszulegen, in dem Sinne, dass darunter nur Überwachungs- und Kontrollsysteme fallen, welche dazu geeignet seien, die Gesundheit oder das Wohlbefinden der Arbeitnehmer zu beeinträchtigen. Dabei sei der Zweck nur ein Kriterium neben anderen (Häufigkeit, Dauer etc.), die unter dem Gesichtspunkt des Gesundheitsschutzes von Bedeutung sein könnten. «Ein Bewachungssystem kann daher, auch wenn es (hauptsächlich) der gezielten Überwachung des Verhaltens der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz dient, erlaubt sein, wenn die Arbeitnehmer nur sporadisch und kurzzeitig bei bestimmten Gelegenheiten vom Überwachungssystem erfasst werden.» In casu würden sich die Arbeitnehmer nur sporadisch während kurzer Zeit im Kassenraum aufhalten, und durch die Videoüberwachung würde nicht das Verhalten der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz über längere Zeit überwacht, sondern im Wesentlichen die Kasse erfasst. Deshalb befand das Bundesgericht, die Videoüberwachung sei nicht geeignet, die Gesundheit und das Wohlbefinden der Arbeitnehmer zu beeinträchtigen, und deshalb sei sie gemäss Art. 26 Abs. 1 ArGV 3 nicht verboten. Da im Kassenraum eines Uhren- und Juweliergeschäfts ein erhebliches Interesse des Geschäftsinhabers an einer Überwachung bestehe, verneinte das Bundesgericht auch eine Verletzung von Art. 28 ZGB, Art. 328 und 328b OR und Art. 12 DSG. Aus den oben genannten Gründen wurde die Videoaufnahme als rechtmässig und verwertbar befunden, weswegen die Beschwerde gutgeheissen wurde.

---

### 3.3 Rechtsgüter der Allgemeinheit

10-38

#### **Le fait d'effacer régulièrement de son disque dur des représentations pornographiques téléchargées n'exclut pas l'application de l'article 197 ch. 3bis CP**

Notion de fabrication de représentations pornographiques

Art. 197 ch. 3<sup>bis</sup> CPArrêt du Tribunal fédéral du 16 septembre 2009  
(6B\_289/2009)

De 2002 à 2005, X. a consulté sur internet divers sites contenant principalement des images et films comportant notamment des actes d'ordre sexuel avec des enfants. Depuis 2002, il a téléchargé sur son ordinateur, pour son propre usage, une quantité indéterminée de telles images, les détruisant au fur et à mesure tous les deux jours environ. En mars 2005, il a fait l'acquisition d'un nouvel ordinateur. Depuis lors, il a téléchargé également des vidéos et a conservé sur son disque dur tous les fichiers téléchargés.

L'art. 197 ch. 3 al. 1 CP réprime le fait de fabriquer, importer, prendre en dépôt, mettre en circulation, promouvoir, exposer, offrir, montrer, rendre accessibles ou mettre à disposition de tiers des écrits, enregistrements sonores ou visuels, images ou autres objets pornographiques ou représentations pornographiques ayant comme contenu des actes d'ordre sexuel avec des enfants, des animaux, des excréments humains ou comprenant des actes de violence.

L'acquisition, l'obtention par voie électronique ou d'une autre manière ou la possession des mêmes objets sont sanctionnées conformément à l'art. 197 ch. 3<sup>bis</sup> CP.

Selon la jurisprudence, fabriquer au sens de l'art. 197 ch. 3 CP signifie confectionner de telles représentations et englobe tant la création originale, soit le fait de filmer ou photographier, par exemple, de telles scènes, que les productions dérivées (reproductions, copies, multiplications des représentations), qu'il y ait ou non modification par rapport à l'original. L'enregistrement électronique, respectivement la copie ciblée, pour une certaine durée de représentations pornographiques sur tout support de données constitue aussi un cas de fabrication, de même que le téléchargement des représentations pornographiques sur les supports de données de l'utilisateur lui-même.

En exigeant que la copie ait été effectuée «pour une certaine durée» et qu'elle fût «ciblée», la jurisprudence a clairement entendu exclure de la notion juridique de fabrication les copies résultant d'un processus purement automatique, indépendant de la volonté de l'auteur, à fortiori si la copie n'est que temporaire (copies en mémoire «cache», par exemple).

Les téléchargements reprochés au recourant ne résultaient pas des processus automatiques impliquant des copies temporaires visées par la jurisprudence, mais constituaient des opérations effectuées intentionnellement. Le recourant ne peut dès lors rien déduire en sa faveur du fait qu'il aurait, ensuite, effacé régulièrement les représentations pornographiques qu'il a téléchargées.

---

### 3.4 Redaktionsgeheimnis

10-39

#### **Schutz der Informationsquelle im Falle eines den Medien zugespielten Dokuments**

Medienfreiheit; Redaktionsgeheimnis; Quellenschutz; Dokument über geplante Firmenübernahme; böse Absicht des Informanten; Notwendigkeit der Enthüllung; chilling effect

Art. 10 EMRK

Urteil des EGMR (4. Kammer) vom 15. Dezember 2009  
(N° 821/03 «Financial Times Ltd u.a. c. Grossbritannien»)

Die britische Justiz (High Court) verpflichtete im Dezember 2001 vier Zeitungen und eine Nachrichtenagentur auf Klage der Firma «Interbrew» zur Herausgabe eines ihnen unangefordert zugesandten Dokuments. Eine unbekannt Per-

son hatte die Kopien von einer belgischen Adresse nach England übermittelt. Sie betrafen ein angeblich bevorstehendes Übernahmeangebot der belgischen Firma «Interbrew» für die «South African Breweries (SAB)» und listeten auch Beträge auf, die für die Aktien offeriert werden sollten. Ein Journalist der «Financial Times» kontaktierte «Interbrew» am 27. November 2001 um ca. 17 Uhr und erklärte, er sei im Besitz des Dokuments und plane dessen Publikation. «Interbrew»-CEO Powell erklärte dem Journalisten telefonisch, die Firma habe zwar die SAB sondiert, doch die Abklärungen seien nicht so weit gediehen, dass eine Übernahmeofferte bevorstehe. Um 22 Uhr publizierte die «Financial Times» auf ihrer Website die Neuigkeit (ohne Angabe des angeblichen Übernahmepreises).

Andere Medien schilderten die Angelegenheit ebenfalls und thematisierten auch den Umstand, dass einige Aspekte des zugespielten Dokuments (u.a. die Höhe des angeblichen Übernahmeangebots) manipuliert sein könnten. Die Publikation der «Financial Times» und anschliessend anderer Medien hatte wesentliche Auswirkungen auf den Aktienkurs der beiden betroffenen Unternehmen.

Ohne Einsicht in das den Medien zugespielte Dokument war «Interbrew» nicht in der Lage, die undichte Stelle in ihrer Firma zu identifizieren. Der High Court, der Court of Appeal und das House of Lords entschieden zugunsten der Firma, denn der Informant habe den Medien mit offenkundiger Schädigungsabsicht (aus Profit- oder Rachegeanken) ein verheerendes Konglomerat von vertraulicher und falscher Information zugetragen. Es sei ein berechtigtes Anliegen, ihn zu enttarnen. Dies wiege schwerer als das Interesse der Medien am Quellenschutz.

In ihrem einstimmigen Urteil bestätigte die 4. Kammer des EGMR zunächst, dass die Anordnung der britischen Justiz die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) beschränkte. Zwar hatten die Medien die Herausgabe verweigert. Es sei aber nicht ausgeschlossen, dass der Staat die Anordnung mit Zwang vollstrecke bzw. zu vollstrecken versuche.

Der Grundrechtseingriff erfüllte nicht alle in Art. 10 Abs. 2 EMRK vorgeschriebenen Voraussetzungen für eine zulässige Beschränkung. Die Anordnung war zwar gesetzlich vorgesehen und diene legitimen Zwecken (Schutz der Rechte von «Interbrew» und Verhinderung der Verbreitung vertraulicher Informationen).

Sie war aber in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig. Die staatlich angeordnete Herausgabe des Dokuments habe nicht nur eine gravierende Auswirkung auf den anonymen Informanten, sondern ebenfalls auf den Ruf der betroffenen Zeitungen und auf ihre Leserschaft, die an Informationen (auch) aus anonymen Quellen interessiert und selber eine potenzielle Informationsquelle sei.

Das problematische Verhalten des Informanten vermöge die Durchbrechung des Quellenschutzes nicht zu rechtfertigen. Zum einen sei nicht nachgewiesen, dass er mit Schädigungsabsicht handelte und bewusst gefälschte Informationen weiterleitete.

Vor allem aber könne angesichts der vielfältigen auf dem Spiel stehenden Interessen das Verhalten der Informationsquelle für sich allein keine Durchbrechung des Quellenschutzes rechtfertigen. Es sei lediglich ein – wenn auch ein wichtiger – Faktor, der in die Güterabwägung einflüsse. Im vorliegenden Fall

berücksichtigte der EGMR u.a. das Verhalten der Firma. Sie habe zwar ein berechtigtes Interesse an der Verhinderung künftiger Lecks und an einem Schadenersatzverfahren gegen den Informanten.

Es sei aber relevant, dass sie trotz Kenntnis der bevorstehenden Publikation auf rechtliche Schritte zur Verhinderung der Veröffentlichung (vorsorgliche Massnahmen) verzichtet hatte. Zudem vermöge das Anliegen der Verhinderung künftiger Lecks eine Durchbrechung des Quellenschutzes nur ausnahmsweise zu rechtfertigen.

Die angeordnete Herausgabe des Dokuments habe einen «chilling effect» nicht nur auf die betroffenen Medien, sondern auf die gesamte Branche und die potenziellen Informanten. Sie sei in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig.

---

**Anmerkungen** Mit dem Fall «Financial Times» komplettiert der Gerichtshof das halbe Dutzend von Urteilen, mit denen er journalistische Informationsquellen vor staatlichem (bzw. staatlich angeordnetem) Zugriff abschirmt. Nach dem bahnbrechenden Urteil N° 17488/90 «Goodwin c. Grossbritannien» vom 27. März 1996 untermauerte er den Quellenschutz mehrfach: am 25. Februar 2003 in «Roemen & Schmitt c. Luxemburg», am 15. Juli 2003 in «Ernst c. Belgien», am 22. November 2007 in «Voskuil c. Niederlande» und am 27. November 2007 in «Tillack c. Belgien». Das aktuellste Urteil setzt die bisher vom EGMR gezogene Linie nahtlos fort. Handelt es sich also bloss um die routinemässige Repetition von hinlänglich Bekanntem, um einen Dutzendfall? Die Frage ist in verschiedener Hinsicht zu verneinen:

1. Der Respekt der Behörden vor dem Schutz journalistischer Informationsquellen scheint (auch) in Europa ganz allgemein keine Routine, sondern eher prekär. Dies dokumentiert der Bericht «Respect for media freedom», den Andrew McIntosh am 6. Januar 2010 für das Komitee für Kultur, Wissenschaft und Erziehung an die parlamentarische Versammlung des Europarates richtete. Er listet eine Reihe aktueller Fälle auf, in denen Behörden in Deutschland, Irland, den Niederlanden oder Grossbritannien den Quellenschutz zu durchlöchern versuchten und durch die (nationale) Justiz zurückgebunden werden mussten. Dass es im Fall «Financial Times» für die Abschirmung des Redaktionsgeheimnisses gar ein Einschreiten des EGMR brauchte, ist aus Sicht der Medien nicht unbedingt beruhigend.

2. Auch in der Strassburger Praxis ist es durchaus nicht so, dass sich das Redaktionsgeheimnis ausnahmslos gegen andere Interessen durchsetzt. Der Gerichtshof hat eine Durchbrechung des Quellenschutzes in verschiedenen Fällen akzeptiert (v.a. zur Aufdeckung gravierender Straftaten). Besonders umstritten ist diesbezüglich die Angelegenheit N° 38224/03 «Sanoma Uitgevers B.V. c. Niederlande», in der die 3. Kammer am 31. März 2009 mehrheitlich gegen das Medium entschieden hatte (vgl. medialex 2/09, S. 99f.). Dieser Fall wurde wegen seiner grundsätzlichen Tragweite der Grossen Kammer des EGMR vorgelegt und dürfte im Verlaufe dieses Jahres endgültig entschieden sein.

3. Da die ausnahmsweise Durchbrechung des Quellenschutzes nach Strassburger Dogmatik meist eine Frage der Güterabwägung ist und damit von einer Vielzahl verschiedener Faktoren abhängt, gibt es kaum je zwei identische Fallkonstellationen. Im Fall «Financial Times» war die Ausgangslage besonders interessant, weil bislang noch nie beurteilte Aspekte zu beurteilen waren. Dies galt für die mögliche Unkor-

rektheit einzelner zugespielter Informationselemente, vor allem aber für das potenziell bösgläubige Verhalten der Informationsquelle. Dass deren (mehr oder wenig hohe) Schutzwürdigkeit in die Güterabwägung einfließt, macht zwar im Grundsatz durchaus Sinn. Es ist aber eine Stärke der vorliegenden Urteilsbegründung, dass sie diesen Aspekt nicht absolut setzt, sondern mit der gebotenen Relativierung versieht. Über die Motive des anonymen Informanten wird man häufig nur spekulieren können, weil er eben nicht befragt werden kann. Darüber hinaus unterstreicht der Gerichtshof mit der gebotenen Deutlichkeit, dass der Quellenschutz weniger eine Wohltat für den einzelnen anonymen Informanten ist als ein Instrument zur Sicherung des Flusses wichtiger Informationen in einer demokratischen Gesellschaft. Unter diesem Blickwinkel erscheint es zweitrangig, ob am Ursprung eines zu Recht aufgedeckten Missstandes (z.B. Korruption, fragwürdiges Geschäftsgebahren, behördliches Versagen, ärztliches Fehlverhalten) ein egoistisches oder ein edles Motiv des Informanten steht.

Dr. Franz Zeller, Bern

10-40

### Von Strafverfolgungsbehörden verlangte Edition nicht ausgestrahlten Filmmaterials

Medienfreiheit; Redaktionsgeheimnis; nicht ausgestrahlte Fernsehaufnahmen; Editionsverfügung; Entsiegelungsverfahren; Nichteintreten mangels versiegelten Materials; Kostenaufgabe an Medienunternehmen

Art. 17 Abs. 3 BV; Art. 28a StGB; Art. 69 Abs. 4, 245 BStP

Entscheid des Bundesstrafgerichts (1. Beschwerdekammer) vom 2. September 2009 (BE.2009.11)

Mit einer Editionsverfügung forderte das Eidgenössische Untersuchungsrichteramt die SRG am 20. Mai 2009 auf, ihm auf DVD das gesamte Filmmaterial zuzustellen, das eine SRG-Mitarbeiterin angeblich im August 2004 anlässlich der Aktion der Bürgerinitiative «Appel au peuple» vor dem Haus des damaligen Bundesgerichtspräsidenten aufgenommen hatte. Dieses Filmmaterial (auch das noch nie zur Ausstrahlung gelangte) wollte das Untersuchungsrichteramt im Rahmen eines Vorverfahrens wegen des Verdachts der Nötigung (Art. 181 StGB) beziehen.

Das Untersuchungsrichteramt hielt in seiner Rechtsmittelbelehrung fest, gegen seine Editionsverfügung könne innert fünf Tagen bei der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts schriftlich Beschwerde geführt werden – was die SRG auch tat. Die Beschwerdekammer forderte die SRG auf, das in der Editionsverfügung bezeichnete Filmmaterial (unter privatem Siegel) einzureichen, damit die Bundesanwaltschaft und das Untersuchungsrichteramt Stellung nehmen und ein Entsiegelungsgesuch einreichen konnten. Die SRG erklärte jedoch einige Wochen später, es seien keinerlei entsprechende Sendeunterlagen eruiert worden; die Editionsverfügung führe auch keine konkrete Sendung auf. Das Bundesstrafgericht bezeich-

nete es als «ungewöhnlich», dass die SRG «diese Feststellungen erst nach einer solch langen Zeit gemacht» hatte. Ohne versiegeltes Material fehle es an der Grundlage für ein Entsiegelungsverfahren, weshalb auf die Beschwerde der SRG nicht einzutreten sei. Die Rechtsmittelbelehrung des Untersuchungsrichteramts sei falsch gewesen, denn durch die Aufforderung zur Herausgabe sei die Betroffene gemäss der Rechtsprechung gar nicht beschwert. Aus der unrichtigen Rechtsmittelbelehrung sollte der SRG an sich kein (finanzieller) Nachteil erwachsen. Da bei der SRG gar kein entsprechendes Material vorhanden sein sollte, sei die Beschwerde der SRG aber von Anfang an unnötig gewesen. Sie habe unnötig Kosten verursacht und müsse daher die Gerichtsgebühr von 600 Franken bezahlen (gestützt auf Art. 245 Abs. 1 BStP in Verbindung mit Art. 66 BGG).

**Anmerkungen** Ein Betrag von 600 Franken ist angesichts des Milliardenbudgets der SRG kaum der Rede wert. Und auch die sehr knapp gehaltene Entscheidungsbegründung des Bundesstrafgerichts liefert wenig Argumente dafür, dieser prozessualen Angelegenheit irgendwelche Beachtung zu schenken. Dass dies hier dennoch geschieht, hat damit zu tun, dass es um Prinzipielles geht.

Das Prinzip heisst Redaktionsgeheimnis, wird auf höchster schweizerischer Normstufe (Art. 17 Abs. 3 BV) garantiert und im Strafgesetzbuch (Art. 28a StGB) näher umschrieben. Nach diesem Konzept ist der Quellenschutz ein Eckpfeiler der Medienfreiheit und darf – auch bei selbst recherchiertem Material – nur unter eng umschriebenen Voraussetzungen durchbrochen werden. Eine Durchbrechung des Redaktionsgeheimnisses kommt zum Vornherein nur in Betracht, wenn es um die Aufklärung ganz bestimmter Straftaten geht, die in Art. 28a StGB aufgelistet sind. Der im Fall «Appel au peuple» angeführte Tatbestand (Nötigung; Art. 181 StGB) gehört nicht dazu, handelt es sich doch nicht um ein mit einer Mindeststrafe von drei Jahren bedrohtes Delikt. Eine Editionsverfügung der SRG war somit absolut ausgeschlossen.

Es kann nur spekuliert werden, weshalb trotz klarer Rechtslage das Untersuchungsrichteramt eine Editionsverfügung erliess und weshalb das Bundesstrafgericht die SRG überhaupt zum Einreichen von (sowieso absolut vor dem Zugriff der Strafbehörden geschütztem) Filmmaterial aufforderte, ihr anschliessend den impliziten Vorwurf mangelnder Kooperation machte und sie wegen unnötiger Kostenverursachung finanziell sanktionierte. Der Fall legt die Vermutung nahe, dass manche Strafbehörde nach wie vor geneigt ist, die Medien reflexartig als unfreiwillige Hilfspolizisten einzuspannen. Mehr als ein Jahrzehnt nach dessen Verankerung in Verfassung und Strafgesetzbuch scheint das Redaktionsgeheimnis weit davon entfernt, mit einer gewissen Selbstverständlichkeit respektiert zu werden.

Dr. Franz Zeller, Bern

## 4. Privatrecht

### 4.1 Persönlichkeitsschutz (ZGB/UWG) und Datenschutz

10-41

#### Bekanntgabe der HIV-Positivität in Urteilsbegründung unnötige Beschränkung des Privatlebens

Schutz des Privatlebens; Gerichtsöffentlichkeit; Urteilsbegründung; Enthüllung der HIV-Erkrankung; verweigerte Anonymisierung; Einsicht in Gerichtsakten

Art. 8 EMRK

Urteil des EGMR (3. Kammer) vom 6. Oktober 2009 (N° 1425/06 «C.C. c. Spanien»)

Ein HIV-positiver Mann stritt sich 2002 mit seiner privaten Versicherungsgesellschaft um die Ausrichtung der im Versicherungsvertrag vorgesehenen Entschädigungssumme. Im anschließenden Zivilverfahren wurde das gesamte medizinische Dossier des Erkrankten zu den Verfahrensakten genommen. Den Antrag des Zivilklägers auf Schutz seiner Anonymität in den Prozessakten und in der Urteilsbegründung sowie auf eine nicht öffentliche Gerichtsverhandlung wies der zuständige Richter ab.

Der Gerichtshof beanstandete einstimmig eine unverhältnismässige Beschränkung des in der Konvention garantierten Anspruchs auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK). Zwar sei es legitim, dass die prozessuale Gegenpartei (d.h. die Versicherungsgesellschaft) und auch der urteilende Zivilrichter die massgebenden medizinischen Informationen zur Kenntnis nehmen konnten. Dies rechtfertige es aber nicht, die Identität des erkrankten Klägers und die Tatsache seiner Erkrankung in den Verfahrensakten und der Urteilsbegründung zu enthüllen, die der Öffentlichkeit nicht grundsätzlich entzogen sind, da Aussenstehenden im Einzelfall Einsicht gewährt werden kann. Für die Verweigerung der verlangten Anonymisierung gebe es keinen überzeugenden Grund. Angesichts der potenziell verheerenden Wirkung der Bekanntgabe für das Privat- und Familienleben des Klägers war es vielmehr notwendig (und auch möglich), den Kläger lediglich mit seinen Initialen zu erwähnen.

10-42

#### Ungenügende Schritte eines eben verurteilten Jugendlichen gegen Lüftung seiner Anonymität

Jugendlicher Verkehrsdelinquent; Schutz vor öffentlicher Anprangerung; vom Gericht zugelassene Namensnennung in den Medien; Nichterschöpfung des nationalen Instanzenzugs

Art. 6 Abs. 1, 14, 35 EMRK

Zulässigkeitsentscheid des EGMR (3. Kammer) vom 15. Dezember 2009 (N° 14079/04 «X. c. Irland»)

Nachdem er 2003 in Dublin mit einem gestohlenen Auto einen spektakulären Verkehrsunfall mit zwei Toten verursacht hatte, wurde der 1986 geborene X. zu einer siebenjährigen Freiheitsstrafe verurteilt. Der urteilende Richter verfügte zunächst gestützt auf den Children Act 2001, die Veröffentlichung des Namens des Verurteilten in den Medien wäre rechtswidrig. Nachdem sich die Rechtsvertreter verschiedener Medienunternehmen an ihn gewandt hatten, kam der Richter jedoch auf seine Ansicht zurück, da ein Circuit Criminal Court gar nicht zum Verhängen eines solchen Verbots befugt sei. Der Name des damals 17 Jahre und fünf Monate alten Verurteilten wurde daraufhin im Radio, Fernsehen (mit Bild) und der Presse (ebenfalls mit Bild) publiziert.

Der Jugendliche beschwerte sich in Strassburg gegen eine Missachtung des Rechts auf ein faires Verfahren (Art. 6 Abs. 1 EMRK), weil Irland seine Anonymität nicht geschützt habe. Zudem sei es diskriminierend (Art. 14 EMRK), dass seine Identität nur deshalb enthüllt wurde, weil er nicht vor dem Children Court beurteilt worden war.

Die 3. Kammer des EGMR teilte in ihrem einstimmigen Unzulässigkeitsentscheid die Auffassung der irischen Regierung, der Jugendliche (bzw. sein Anwalt) hätten nicht alle nach irischem Recht vorhandenen Mittel zur Verhinderung der Publikation ausgeschöpft. So hätte er im High Court eine vorsorgliche Massnahme gegen die bevorstehende Veröffentlichung verlangen können. Dies wäre trotz der knappen Zeit zumutbar und nicht aussichtslos gewesen. Die Beschwerde scheiterte deshalb an der Voraussetzung von Art. 35 Abs. 1 und 4 EMRK, wonach vor dem Gang nach Strassburg der innerstaatliche Instanzenzug ausgeschöpft werden muss.

10-43

### **Registrierung von Sexualstraftätern bis zu 30 Jahre nach Strafverbüßung: kein EMRK-Verstoss**

Datenschutz; Schutz des Privatlebens; Sexualstraftäter; nationales Register; Resozialisierung; Dauer der Aufbewahrung; auf Behörden beschränkte Einsicht; Amtsgeheimnis

Art. 8 EMRK

Urteil des EGMR (5. Kammer) vom 17. Dezember 2009 (N° 16428/05 «Gardel c. Frankreich»)

Der Gerichtshof hat die Beschwerde eines Sexualstraftäters abgewiesen, der 2003 zu einer langjährigen Freiheitsstrafe verurteilt worden war. Er wehrte sich vergeblich gegen den Eintrag im 2004 beschlossenen nationalen Register für Sexualdelinquenten («fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles, FIJAIS»). Die Registrierung verpflichtet zu einer mehr als fünfjährigen Strafe verurteilte Täter dazu, Änderungen ihrer Adresse zu melden.

Nach Ansicht des Gerichtshofs dient der Eingriff ins Privatleben der Verurteilten (Art. 8 EMRK) den legitimen Zwecken, die Ordnung zu wahren und (neuerliche) Straftaten zu verhindern. Kinder und andere verletzte Personen hätten Anspruch auf staatlichen Schutz. Die Dauer der Datenaufbewahrung sei mit bis zu drei Jahrzehnten für schwere Taten zwar beträchtlich. Der EGMR unterstrich aber die im französischen Recht vorgesehenen (richterlichen) Überprüfungsmöglichkeiten.

Das Einsichtsrecht in das Register wurde zwar kontinuierlich ausgeweitet. Es erfasst aber nicht die breite Öffentlichkeit (z.B. Medienschaffende), sondern beschränkt sich auf gerichtliche, polizeiliche und andere administrative Behörden, die nur unter genau bezeichneten Umständen Einsicht nehmen dürfen und zur Verschwiegenheit verpflichtet sind. Gesamthaft gesehen sprengte die in Frankreich vorgesehene Registrierung damit den Rahmen der Verhältnismässigkeit nicht.

10-44

### **Videoaufnahmen durch Versicherungsdetektiv sind prozessual verwertbar**

Persönlichkeitsschutz; Interessenabwägung; Verwertbarkeit von Beweisen

Art. 28 ZGB; § 823 BGB; § 6b Bundesdatenschutzgesetz

Urteil des Bundesgerichts vom 17. Dezember 2009 (8C\_239/2008)

Beweise, welche mittels einer in Deutschland und Österreich durchgeführten Observation erlangt wurden, sind nach Auffassung des Bundesgerichts prozessual verwertbar, wenn

die Überwachung als angemessenes Mittel zur Verhinderung von Versicherungsmissbrauch erscheint.

Ein Versicherungsnehmer der AXA Versicherungen zog sich beim Skifahren eine Distorsion der Wirbelsäule und kurze Zeit später bei einem Treppensturz eine Achillessehnenruptur zu. Die Versicherungsgesellschaft liess den Versicherungsnehmer in Deutschland und Österreich durch einen Privatdetektiv observieren. Dabei wurde der Versicherte bei den Tätigkeiten Tennisspielen, Lastenheben, Skifahren und längeren Autofahrten beobachtet, die er ohne sichtbare körperliche Einschränkungen ausüben konnte. Aufgrund dieser Beobachtungen wurde der Versicherungsnehmer verpflichtet, einen Teil der erhaltenen Taggelder zurückzuzahlen, und der Anspruch auf eine Invalidenrente wurde ihm verweigert. Die gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde wurde vom Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau abgewiesen, worauf der Betroffene Beschwerde beim Bundesgericht erhob.

Die Überwachung versicherter Personen in der Schweiz war bereits mehrfach Gegenstand von bundesgerichtlichen Entscheiden. Weil die Observation vorliegend aber im Ausland erfolgt war, berief sich der Versicherungsnehmer darauf, das heimliche Filmen verstosse gegen deutsches Recht, namentlich den Schutz der Persönlichkeit (§ 823 BGB) und gegen das deutsche Bundesdatenschutzgesetz (§ 6b).

Auch im deutschen Recht ist zur Prüfung der Frage, ob eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung vorliegt, eine umfassende Güter- und Interessenabwägung erforderlich. Damit unterscheidet sich das deutsche Recht nach Auffassung des Bundesgerichts jedenfalls im Ergebnis nicht vom schweizerischen. Das öffentliche Interesse, keine nicht geschuldeten Leistungen zu erbringen, ist im Privatversicherungsbereich als Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 28 Abs. 2 ZGB anerkannt. Analoges gilt grundsätzlich auch im Sozialversicherungsrecht. Die Observation durch einen Privatdetektiv stellte in casu das geeignete und auch notwendige Mittel für die Beweisgewinnung dar. Nur so könne, so das Bundesgericht, eine unmittelbare Wahrnehmung wiedergegeben werden, wobei diese auch nicht durch den Zeugenbeweis ersetzt werden könne.

Den Einwand des Versicherungsnehmers, es habe sich vorliegend um einen besonders schweren Eingriff gehandelt, liess das Bundesgericht nicht gelten. Die Observation sei nämlich nicht regelmässig erfolgt, da der Detektiv im Zeitraum von April bis September 2005 lediglich während 23 Tagen im Einsatz gewesen sei und dabei bloss an neun Tagen tatsächlich beobachtet und gefilmt habe. Darüber hinaus seien auch die Beobachtungen in einem geschlossenen Raum rechtmässig gewesen, da es sich dabei um eine öffentliche Tennishalle und damit nicht um eine Überwachung im privaten, sondern im öffentlichen Raum gehandelt habe. Gestützt auf diese Erwägungen gelangte das Bundesgericht zum Schluss, durch die Observation sei nicht widerrechtlich in die Persönlichkeitsrechte des Versicherten eingegriffen worden.

Der Versicherungsnehmer machte indessen weiter geltend, durch die Observation in Deutschland und Österreich sei die Souveränität dieser beiden Staaten verletzt und es sei gegen gemeinsame Abkommen verstossen worden, weswegen auf die rechtswidrig beschafften Beweismittel nicht abgestellt werden dürfe. Auch dieser Einwand wurde vom Bundesgericht verworfen. Die Frage, welche Beweismittel im schweizerischen Verfah-

ren verwertbar sind, richtet sich nach schweizerischem Recht. Vorliegend geht es nicht um ein an sich unzulässiges Beweismittel, wie die vorangegangenen Erwägungen belegen. Selbst wenn die Observation tatsächlich auf dem Amtshilfeweg hätte durchgeführt werden müssen, würde es einzig an einer formellen Voraussetzung fehlen. Weil gleichzeitig gewichtige öffentliche Interessen an der Verhinderung des Versicherungsmissbrauchs bestehen, kann dieser formale Aspekt die Verwertbarkeit der Beweise nicht verhindern.

Die Beschwerde des Versicherungsnehmers wurde daher abgewiesen.

---

**Anmerkungen** Der vorliegende Entscheid dürfte vorab (Sozial-)Versicherungen interessieren. Auch für den Medienrechtler ist der Entscheid aber in gewisser Hinsicht relevant.

Zunächst steht für das Bundesgericht zweifellos fest, dass die mehrtägige Beobachtung einer Person und damit in Zusammenhang stehende Videoaufnahmen eine Persönlichkeitsverletzung darstellen. Der Beschwerdeführer hatte geltend gemacht, weil sich die Aufnahmen über mehrere Tage erstreckten und länderübergreifend erfolgt seien, handle es sich um einen besonders schweren Eingriff. Dem folgt das Bundesgericht indessen nicht: Eine tatsächliche Beobachtung an neun Tagen im Zeitraum von fünf Monaten ist nach Auffassung der Lausanner Richter nicht «unverhältnismässig». Im medienrechtlichen Kontext ist freilich nicht nach der Verhältnismässigkeit zu fragen, sondern danach, ob ein überwiegendes Interesse an einer derartigen Beobachtung steht. Im vorliegenden Urteil wird, wie in analogen Entscheiden zuvor, mit dem «gewichtigen öffentlichen Interesse an der Verhinderung des Versicherungsmissbrauchs» argumentiert. Für ein öffentliches Informationsinteresse, das durch die Medien ins Feld geführt wird, dürfte wohl Ähnliches gelten. Dies namentlich dann, wenn die demokratische Kontrolle der politischen und behördlichen Funktionen auf dem Spiel steht oder andere Themen betroffen sind, die in besonderem Mass und berechtigterweise im Brennpunkt des öffentlichen Interesses stehen.

Interessant ist ferner auch die Aussage des Bundesgerichts, dass die Beobachtung und Videoaufnahme beim Tennisspielen selbst dann unproblematisch ist, wenn es sich dabei um einen geschlossenen Raum gehandelt haben sollte, den die betroffene Person gemietet hatte. Auch hier handle es sich um eine Überwachung im öffentlichen und nicht im privaten Raum. Die Unterscheidung ist im vorliegenden Kontext deshalb von Bedeutung, weil das Bundesgericht in seiner bisherigen Rechtsprechung zur Observation im Zusammenhang mit Versicherungsmissbrauch immer nur Beobachtungen im öffentlichen Raum für zulässig erklärt hat und auch der geplante Art. 44a ATSG die Observation ausdrücklich auf den öffentlichen Raum beschränkt. Im Zusammenhang mit der Informationsbeschaffung durch Medienschaffende kommt der Unterscheidung nicht dieselbe grundsätzliche Bedeutung zu, können doch auch Informationen aus dem Privatbereich (beispielsweise von Politikern) gelegentlich von grossem öffentlichem Interesse sein. Je «privater» allerdings die Situation, desto heikler werden entsprechende Beobachtungen und Aufnahmen und desto grösser muss das nachgewiesene Informationsinteresse sein. Dass öffentlich zugängliche Räume, wie hier eine Tennishalle, durch das Bundesgericht zum öffentlichen Raum erklärt werden, interessiert daher auch für das Medienrecht. Ob das Ergebnis überzeugt, steht

freilich auf einem anderen Blatt: Für den Einzelnen dürfte meist weniger die Frage des offenen oder geschlossenen Raumes oder des öffentlichen Zugangs von Bedeutung sein als jene, ob er sich angesichts der konkreten Umstände beobachtet fühlen muss oder nicht. Wer mit einem Freund eine Tennishalle mietet, wird sich dort unbeobachtet fühlen, womit zu prüfen ist, unter welchen Umständen diese berechnete Erwartungshaltung durchbrochen werden darf.

Schliesslich erweist sich die Aussage des Bundesgerichts, wonach der Persönlichkeitsschutz in Deutschland im Ergebnis mit jenem in der Schweiz übereinstimme, als verkürzt und nicht unproblematisch. Die dogmatische Grundlage des Persönlichkeitsschutzes ist in Deutschland eine ganz andere, was nicht ohne Rückwirkungen auf die Ergebnisse bleibt (dazu ausführlich Aebi-Müller, Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, Bern 2005, Rzn 462 ff.).

Prof. Regina E. Aebi-Müller, Luzern

---

## 5. Urheberrecht

### 5.1 Rechtsschutz

10-45

#### Les indications de provenance sont soumises en principe à un besoin de libre disposition

---

Enregistrement d'une marque; protection des signes appartenant au domaine public

Art. 2, 47 LPM

---

Arrêt du Tribunal fédéral du 30 novembre 2009  
(4A\_434/2009)

En 2006, la SSR-RSR a déposé auprès de l'IPI une demande d'enregistrement de la marque verbale RADIO SUISSE ROMANDE pour divers produits et services.

Sont exclus de la protection notamment les signes appartenant au domaine public, sauf s'ils se sont imposés comme marques pour les produits ou les services concernés (art. 2 let. a LPM).

Selon l'art. 47 al. 1 LPM, l'indication de provenance se définit comme toute référence directe ou indirecte à la provenance géographique des produits ou des services. Les indications de provenance directes – c'est-à-dire les noms de ville, de lieu, de territoire, de région ou de pays – sont soumises en principe à un besoin de libre disposition, dès lors que chaque producteur ou fournisseur doit pouvoir indiquer la provenance de ses biens ou services et qu'il ne doit pas être empêché de le faire en raison de marques de concurrents.

Un signe indispensable au commerce est celui qui, dans l'intérêt de la concurrence, ne saurait être monopolisé par un seul exploitant à ses propres fins commerciales, alors que des concurrents actuels ou futurs peuvent avoir un intérêt significatif à utiliser ce signe. En ce qui concerne les indications de provenance

par exemple, il ne suffit pas, pour nier un besoin de libre disposition, que le signe ne soit employé par aucune autre entreprise susceptible de se référer à la même provenance; en effet, il peut exister un tel besoin dès que des concurrents pourraient être actifs à l'avenir dans le domaine en question et avoir ainsi un intérêt à faire usage de la même indication de provenance.

Le TF a confirmé l'avis du TAF selon lequel il avait été rendu suffisamment vraisemblable que le signe RADIO SUISSE ROMANDE s'était imposé comme marque pour les services en cause (Classe 38: Télécommunications; agences de presse et d'information; services de télécommunications radiophoniques; émissions radiophoniques; radiodiffusion. Classe 41: Divertissements radiophoniques; production).

---

## 5.2 Verwertungsrechte

10-46

### Gemeinsamer Tarif 3b bis Ende 2010 verlängert

Beschluss vom 19. Oktober 2009 betreffend den Gemeinsamen Tarif 3b (GT 3b)

Die Gültigkeitsdauer des mit Beschluss vom 1. Dezember 2000 genehmigten Gemeinsamen Tarifs 3b (Bahnen, Flugzeuge, Reisecars, Reklame-Lautsprecher-Wagen, Schaustellergeschäfte, Schiffe) wurde bis zum 31. Dezember 2010 verlängert.

---

## 8. Ethik/Selbstregulierung

### 8.1 Ethik des Journalismus

10-47

### Wahrheit/Unterschlagung wichtiger Informationen/Anhörung bei schweren Vorwürfen

Unterschlagung wichtiger Informationen; Anhörung bei schweren Vorwürfen

Ziffer 3 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 23. September 2009 (50/2009; Verwaltungsrat der Spitalverbände des Kantons St. Gallen c. «Blick»)

Der Presserat hiess eine Beschwerde teilweise gut, da der «Blick» mit der Veröffentlichung des Artikels «Der Arzt hatte halt keine Zeit» die Ziffer 3 der «Erklärung» (Anhörung bei schweren Vorwürfen; Unterschlagung wichtiger Informationen) verletzt habe. Die Zeitung hätte die dem Vorwurf des «Ärztepuschs» entgegenstehende Sichtweise des Spitals Wil wenigstens gerafft in fairer Weise wiedergeben müssen.

10-48

### Berichtigung und Entschuldigung

Berichtigung; Entschuldigung

Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 14. Oktober 2009 (51/2009; Minelli c. «News»)

Der Presserat trat nach Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement auf eine Beschwerde nicht ein, da eine Beschwerde nach seiner Auffassung keinen Sinn mache, weil die betroffene Redaktion den Fehler ausdrücklich anerkennt und sich zudem direkt beim Betroffenen als auch öffentlich dafür entschuldigt habe.

10-49

### Wahrheitspflicht

Wahrheitspflicht

Ziffer 1 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 14. Oktober 2009 (52/2009; Oberstufenzentrum Zil, St. Gallen c. «20 Minuten»)

Der Presserat wies eine Beschwerde ab, da «20 Minuten» mit der Veröffentlichung des Artikels «Amok-Drohung an Schule» die Ziffer 1 der «Erklärung» (Wahrheitspflicht) nicht verletzt habe.

10-50

### Sinnentstellende Kürzung eines Lesebriefs

Bearbeitung von Lesebriefen; Wahrheit; Unterschlagung wichtiger Informationen

Ziffern 1, 3, 5 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 14. Oktober 2009 (53/2009; X. c. «Sonntag»)

Der Presserat hiess eine Beschwerde teilweise gut, da der «Sonntag» mit der Kürzung des Lesebriefes von X. die Ziffer 5 der «Erklärung» (Bearbeitung von Lesebriefen) verletzt habe. Er lehnte hingegen eine Verletzung von Ziffer 1 (Wahrheit) und Ziffer 3 (Unterschlagung wichtiger Informationen) der «Erklärung» ab.

10-51

**Wahrheitssuche/Entstellung von Tatsachen**

Wahrheitspflicht; Entstellung von Tatsachen

Ziffern 1, 3 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 30. Oktober 2009 (54/2009; Elpos c. «Tages-Anzeiger»)

Der Presserat wies eine Beschwerde ab, da der «Tages-Anzeiger» mit den Artikeln «Ritalin-Hersteller umgehen Werbeverbot für Medikamente» und «ADHS thematisieren und Ritalin verkaufen» Ziffer 1 (Wahrheitspflicht) und 3 (Entstellung von Tatsachen) der «Erklärung» nicht verletzt habe.

10-52

**Satire**

Respektierung der Menschenwürde; Diskriminierung

Ziffer 8 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 3. November 2009 (55/2009; X. c. «Tages-Anzeiger»)

Der Presserat wies eine Beschwerde ab, da der «Tages-Anzeiger» mit der Karikatur «Schatten der Vergangenheit» nicht gegen Ziffer 8 (Respektierung der Menschenwürde; Diskriminierung) verstossen habe.

10-53

**Wahrheitspflicht/Suizid**

Suizidberichterstattung

Ziffer 7 der «Erklärung»; Richtlinie 7.9 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 21. Oktober 2009 (56/2009; Minelli/Dignitas c. «Blick»)

Der Presserat hatte eine Beschwerde von Ludwig A. Minelli gegen vier «Blick»-Artikel zu beurteilen, worin über Sterbehilfe berichtet wurde. In den ersten beiden Artikeln wurde eine neue Sterbemethode von Dignitas mittels Helium geschildert. Im dritten Artikel («Der Tod kommt per Post – für 60 Dollar») wurde über eine (im Artikel namentlich genannte) US-Firma berichtet, bei welcher man ein «Todespaket» mit Plastiksack und Anleitung bestellen könne, um sich selber das Leben zu nehmen. Im vierten Artikel wurde schliesslich darüber berichtet, dass Dignitas-Gründer Minelli erreichen wolle, «dass eine Dignitas jeden vergiften darf, der dies wünscht».

Auf die Beschwerde gegen die ersten beiden Artikel trat der Presserat nicht ein, da ihre Publikation länger als sechs Monate zurückliege (Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement). Hinsichtlich des dritten Artikels hiess er die Beschwerde gut, da gemäss Richtlinie 7.9 zur «Erklärung» die Berichterstattung über Suizide auf die für das Verständnis notwendigen Angaben zu beschränken sei. Vorliegend habe der «Blick» im Zusammenhang mit der öffentlichen Diskussion zwar das Beispiel der amerikanischen Firma aufgreifen dürfen, jedoch hätte er gemäss Verhältnismässigkeitsprinzip in Bezug auf die Beschreibung von angewandten Methoden und Mitteln mehr Zurückhaltung ausüben müssen. Vor allem hätte er auf die genauen Angaben verzichtet und insbesondere der Name der Firma nicht erwähnen sollen. Die weiteren Rügen gegen diesen Artikel und den vierten Bericht (Wahrheitspflicht) lehnte der Presserat ab.

10-54

**Wahrheitspflicht/Unterschlagung von Informationen/Sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigungen**

Wahrheitspflicht; Unterschlagung von Informationen; Sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigungen

Ziffern 1, 3, 7 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 21. Oktober 2009 (57/2009; Boss c. «BernerZeitung»)

Die «BernerZeitung» veröffentlichte drei Berichte über die Bernische Lehrerversicherungskasse (BLVK), wogegen der Präsident der Delegiertenversammlung Jürg Boss Beschwerde beim Presserat einreichte und sinngemäss eine Verletzung von Ziffern 1 (Wahrheit), 3 (Unterschlagung wichtiger Informationen) und 7 (sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigungen) geltend machte.

Der erste Beschwerdepunkt, dass es sich beim im Artikel erwähnten Defizit nicht um ein «anlagetechnisches», sondern um ein «strukturelles» handle, wurde vom Presserat abgelehnt. Eine formale oder inhaltliche Ungenauigkeit müsse aus Sicht der Leserschaft eine gewisse Relevanz aufweisen, was im vorliegenden Zusammenhang offensichtlich zu verneinen sei. In einer weiteren Rüge, die einen der drei Artikel betraf, war der Presserat der Meinung, dass es für den Leser erkennbar sei, dass es sich dabei um eine subjektive Wiedergabe der emotionalen Stimmung aus Sicht des Autors handle. Ebenso lasse der Bericht durchschimmern, dass zwischen den Parteien sachliche Differenzen bestünden und es auch um persönliche Empfindlichkeiten gehe. Weiter sei daran zu erinnern, dass aus der «Erklärung» keine Verpflichtung zu objektiver Berichterstattung abgeleitet werden könne. Aufgrund der eingereichten Unterlagen sah sich der Presserat nicht in der Lage, den Beschwerdesachverhalt zweifelsfrei zu klären, weswegen er keine Verletzung der Wahrheitspflicht oder weiterer Pflichten festzustellen vermochte. Auch bei den weiteren Vorbringungen des Beschwerdeführers sah der Presserat eine Verletzung der Wahrheits-

pflicht bzw. der Pflicht der Unterlassung sachlich nicht gerechtfertigter Anschuldigungen nicht als gegeben, weswegen er die Beschwerde abwies.

10-55

### Verdeckte Recherche

Unlautere Recherche; Verschleierung des Berufs

Ziffer 4 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 21. Oktober 2009 (58/2009; Groupe Mutuel c. «K-Tipp»)

Auf ein Stelleninserat der Groupe Mutuel Versicherungen meldete sich ein Journalist des «K-Tipp», unterzeichnete einen Antrag als Versicherungsvermittler sowie einen Zusammenarbeitsvertrag und täuschte die Versicherung über seine berufliche Tätigkeit. Er absolvierte bei der Versicherung eine vierstündige Ausbildung und veröffentlichte darauf im «K-Tipp» den Artikel «In vier Stunden zum Krankenkassen-Vermittler». Daraufhin reichte die Groupe Mutuel beim Presserat Beschwerde ein und beanstandete eine Verletzung von Ziffer 4 der «Erklärung» (unlautere Recherche).

Der Presserat führte zuerst aus, dass es gemäss Richtlinie 4.1 der «Erklärung» (Verschleierung des Berufs) unlauter sei, sich dem Gesprächspartner gegenüber nicht als Journalist zu erkennen zu geben. Allerdings seien gemäss Richtlinie 4.2 verdeckte Recherchen «ausnahmsweise zulässig, wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse an den damit recherchierten Informationen besteht und wenn diese Informationen nicht auf andere Weise beschafft werden können». Bezüglich des vorliegenden Falles war der Presserat der Meinung, dass es zwar im Interesse der Öffentlichkeit liege, potenzielle Kunden vor schlecht ausgebildeten Krankenkassenvermittlern zu warnen, die hier durchgeführte Recherche jedoch nur wenig Neues bringe. Dafür habe der Autor nicht nur seine journalistische Tätigkeit verschwiegen, sondern während rund dreier Wochen vorgegaukelt, Versicherungsberater werden zu wollen. Dabei wäre es nach Auffassung des Presserates mit grosser Wahrscheinlichkeit auch mit anderen Mitteln möglich gewesen, zu diesen Informationen zu gelangen. Aus diesen Gründen beurteilte der Presserat das Vorgehen als unverhältnismässig und hiess die Beschwerde gut.

10-56

### Namensnennung

Namensnennung; Schutz der Privatsphäre

Richtlinien 7.1, 7.6 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 12. November 2009 (59/2009; Bundesamt für Polizei c. «Die Weltwoche»)

Ein «Weltwoche»-Artikel berichtete im Zusammenhang mit den Ermittlungen gegen den Banker Oskar Holenweger über zwei Mitarbeiter der Bundeskriminalpolizei (BKP), welche der Fälschung eines Protokolls, einer Unterschrift und von Computerdaten verdächtigt würden. Dabei nannte die «Weltwoche» die beiden Kommissäre und einen deutschen Fahnder der BKP mit vollem Namen, wogegen das Bundesamt für Polizei (Fedpol) Beschwerde einreichte und eine Verletzung der Richtlinien 7.1 (Schutz der Privatsphäre) und 7.6 (Namensnennung) zur «Erklärung» geltend machte. Dies wurde damit begründet, dass durch die Nennung der Namen der beiden verdeckten Ermittler diese in ihrer beruflichen Funktion enttarnt worden seien.

Der Presserat gab der Beschwerdeführerin insofern Recht, als die «Weltwoche» die Vorgänge im Fall Holenweger auch ohne Namensnennung hätte anprangern können. Diese mache den Bericht jedoch präziser, pointierter und kritischer. Zudem sei sie zweifach gedeckt: «Einmal deckt das öffentliche Interesse hier (...) die Namensnennung. Zum anderen kam die Ausnahmeregel zur Anwendung, wonach Namen genannt werden dürfen, wenn jemand in einer staatlichen Funktion fehlbar handelt. Das trifft hier zu: Wer in einer wichtigen staatlichen Funktion in der Dunkelkammer verdeckter Ermittlungen agiert, der muss sich selbst tadellos verhalten. Tut er dies nicht, darf er mit Namen und Funktion öffentlich kritisiert werden.» Da er auch keine Verletzung der Privatsphäre sah, da bloss die berufliche Sphäre der Betroffenen tangiert sei, wies der Presserat die Beschwerde ab.

10-57

### Un rectificatif n'efface pas une violation avérée

Recherche de la vérité; rectification; mention des sources

Directives 1.1, 5.1, 7.5 relatives à la «Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste»

Prise de position du Conseil suisse de la presse du 13 novembre 2009 (60/2009, X. c. «24 Heures»)

Le quotidien «24 Heures» a publié un article intitulé «Le Tribunal cantonal annule l'acquittement d'un policier», annoncé en «Une» du journal avec le titre «La police de Lausanne rejugée pour parjure». Dans l'accroche de première page, il était précisé: «Ses collègues qui l'avaient couvert sont soupçonnés de faux té-

moignages.» Et dans la légende d'une photographie, il était écrit: «L'instance de recours a reconnu que les juges avaient exagérément privilégié la parole de l'inculpé et des policiers appelés à témoigner en sa faveur». Enfin, dans l'article, le journaliste évoque une autre affaire non jugée, en précisant: «Là aussi, il est couvert par des collègues. Dès lors, la police lausannoise se retrouve confrontée au soupçon d'omerta.»

Quelques jours plus tard, «24 Heures» publie un rectificatif intitulé «Un titre réducteur et imprécis», reconnaissant que la une était «à la fois erronée et réductrice».

Le policier X. porte plainte auprès du Conseil suisse de la presse contre le journaliste et la rédaction de «24 Heures», pour violation des Directives relatives à la «Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste», à savoir les chiffres 1.1 (recherche de la vérité), 3.1 (traitement des sources), 3.8 (audition lors de reproches graves), 5.1 (devoir de rectification) et 7.5 (présomption d'innocence).

Le Conseil de la presse rappelle qu'un rectificatif n'efface pas une violation avérée. Il constate d'autre part que le justificatif en question n'évoque pas l'ensemble des erreurs publiées en première page. Ainsi, le rectificatif ne dit rien de la légende erronée, alors que «24 Heures» en reconnaît l'imprécision. Il ne suffit pas que l'erreur n'apparaisse plus dans l'article publié dans le corps du journal pour que réparation soit faite. Les Directives 1.1 et 5.1 ont donc été violées. En revanche, le Conseil de la presse peut se contenter de la taille du rectificatif (une longue colonne bien mise en valeur) et de son emplacement en page des lecteurs, une rubrique très lue des journaux.

Concernant l'allégation d'omerta, il constate que ce reproche ne vise pas le plaignant, mais la police lausannoise en général. Des propos vis-à-vis d'une collectivité de personnes n'ont pas le même poids que des reproches graves à l'encontre d'un individu. En occurrence, l'article ne parle que de soupçon et explique qu'un agent de police avait déjà avoué avoir déposé un faux témoignage dans une autre affaire. Stylistiquement parlant, le journaliste aurait pu toutefois se montrer un peu plus nuancé, en utilisant le conditionnel.

Conformément à la pratique du Conseil, la présomption d'innocence est respectée lorsqu'il ressort d'un compte rendu que la procédure judiciaire est encore en cours (ou n'a même pas commencé) et qu'une éventuelle condamnation n'a pas encore été prononcée ou qu'elle n'est pas encore entrée en force.

10-58

### Wahrheit/Unterschlagung und Entstellung von Tatsachen/Berichtigung/Namensnennung/Einstellung eines Strafverfahrens

Wahrheit; Unterschlagung und Entstellung von Tatsachen; Berichtigung; Namensnennung; Einstellung eines Strafverfahrens

Ziffern 1, 3, 5, 7 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 12. November 2009 (61/2009; Bundesamt für Polizei c. «Die Weltwoche»)

Die «Thurgauer Zeitung» und der «Tages-Anzeiger» berichteten, der Präsident der Kantonalpartei Thurgau der Schweizer Demokraten, Willy Schmidhauser, habe einen Journalisten der «Thurgauer Zeitung» mit folgenden Worten bedroht: «Irgendwann wird jemand von euch erschossen.» In den beiden Artikeln wird auch erwähnt, dass die «Thurgauer Zeitung» Strafanzeige eingereicht habe. Der Betroffene verlangte daraufhin den Abdruck einer Gegendarstellung, was von beiden Zeitungen verweigert wurde. In einem weiteren Artikel über diese Causa berichtete die «Thurgauer Zeitung» darüber, dass das eingeleitete Strafverfahren eingestellt worden sei. Der Betroffene erhob daraufhin Beschwerde an den Schweizer Presserat und rügte eine Verletzung der Ziffern 1 (Wahrheit), 3 (Unterschlagung/Entstellung von wichtigen Informationen), 5 (Berichtigung) und 7 (Respektierung der Privatsphäre) der «Erklärung».

Der Presserat äusserte sich als Erstes zur Gegendarstellung und erörterte, dass er sich gemäss ständiger Praxis nicht zur Auslegung von Rechtsnormen äussere, und trat auf diesen Beschwerdepunkt nicht ein. Ebenso lehnte er es ab, die Zeitungen zum Abdruck einer Berichtigung bezüglich der Drohung anzuhalten, da es nicht zu den Aufgaben des Presserats gehöre, ein Beweisverfahren über bestrittene Sachverhalte durchzuführen. Aus den eingereichten Unterlagen gehe weder eine Verletzung von Ziffer 1 (Wahrheit) noch von Ziffer 3 (Unterschlagung/Entstellung von Informationen) der «Erklärung» hervor. Weiter sei die Rüge wegen der Nennung seines Namens offensichtlich unbegründet, da der Betroffene seit Jahren in der Öffentlichkeit auftrete. Insoweit sei Ziffer 7 der «Erklärung» nicht verletzt worden. Ebenso gehe aus den Berichten klar hervor, dass es sich um ein hängiges bzw. eingestelltes Strafverfahren handle, weswegen eine die Unschuldsvermutung verletzende Vorverurteilung zu verneinen sei. Weiter führte er aus, dass Richtlinie 7.7 der «Erklärung» den Journalisten auferlege, in verhältnismässiger Art und Weise über die Nichteröffnung, Einstellung und/oder einen Freispruch bei einem Gerichtsverfahren zu berichten, falls sie auf das Verfahren zuvor in ihrer Berichterstattung eingegangen seien. Die «Thurgauer Zeitung», welche über die Einstellung des Verfahrens berichtet habe, erfülle somit das geforderte Minimum, im Gegensatz zum «Tages-Anzeiger». Dieser hätte die Einstellung des Strafverfahrens zumindest kurz erwähnen müssen, was er nicht getan habe, weswegen dadurch die Ziffer 7 der «Erklärung» verletzt worden sei.

10-59

**Unlautere Bildbeschaffung/Plagiat**


---

Unlautere Bildbeschaffung; Plagiat; Pflicht zur Quellennennung

Ziffern 3, 4 der «Erklärung»; Richtlinie 4.7 zur «Erklärung»

---

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 12. November 2009 (62/2009; Onlinereports.ch c. «Blick am Abend»)

Onlinereports.ch erhob eine Beschwerde beim Presserat und machte geltend, «Blick am Abend» habe durch die Veröffentlichung eines vom ihrem Portal übernommenen Bildes eines Bundesrats mit seiner Frau gegen Ziffer 4 der «Erklärung» verstossen. Dies obwohl die Bildredaktion versucht habe, eine Einwilligung einzuholen und auch ein nachträgliches Honorar bezahlt habe. Zudem habe sie mit der Veröffentlichung einer ähnlichen Kurzmeldung, wie sie zuvor auf dem Internetportal von Onlinereports.ch erschienen war, gegen Ziffer 3 (Quellennennung) der «Erklärung» verstossen.

Der Presserat führte bezüglich des Bildes in einem ersten Schritt aus, für seine Beurteilung sei es nicht entscheidend, ob das Bild urheberrechtlich geschützt sei. Es sei ausschliesslich zu prüfen, ob die Bildbeschaffung als unlauter im Sinne von Ziffer 4 der «Erklärung» zu bewerten sei. Er gab zu, dass es zwar zu den journalistischen Gepflogenheiten gehöre, bei der Übernahme von Bildern eines anderen Mediums die zuständige Redaktion anzufragen, ob und falls ja zu welchen Konditionen diese mit der Veröffentlichung einverstanden ist. Trotzdem wäre eine Verletzung von Ziffer 4 der «Erklärung» in diesem Fall unverhältnismässig, da die «Blick am Abend»-Redaktion immerhin versucht habe, bei Onlinereports eine Einwilligung einzuholen. Zudem habe sie die Bildquelle korrekt angegeben und nachträglich ein angemessenes Honorar bezahlt. Dieses Vorgehen erscheine zwar als unschön und wäre, würde es systematisch angewendet, als unlauter zu rügen. In diesem Einzelfall sei dieser Fehler hingegen als lässliche Sünde zu bewerten. Auch bezüglich der Plagiatsvorwürfe gemäss Richtlinie 4.7 zur «Erklärung» lehnte der Presserat eine Verletzung ab, da die Übernahme von Onlinereports nur vermutet werde und eine Verletzung nicht auf der Basis einer Vermutung angenommen werden könne. Da die Übernahme nicht mit Sicherheit feststehe, entfalle auch eine allfällige Rüge wegen einer fehlenden Quellennennung.

10-60

**Lauterkeit der Recherche/Unterschlagung wichtiger Informationen/Sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigungen/Berichtigungspflicht**


---

Lauterkeit der Recherche; Unterschlagung wichtiger Informationen; Sachlich ungerechtfertigte Anschuldigungen; Berichtigungspflicht

Ziffern 3, 4, 5, 7 der «Erklärung»; Richtlinien 4.1, 4.6 zur «Erklärung»

---

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 26. November 2009 (63/2009; Odermatt-Walter-Universität c. «Zentralschweiz am Sonntag»)

In der «Zentralschweiz am Sonntag» erschien ein Bericht über Kantonsräte, welche den Missbrauch rechtlich bisher nicht geschützter Begriffe wie Universität, Fachhochschule, Bachelor, Doktor und Professorentitel unter Strafandrohung stellen wollen. Dabei wurde als Beispiel für ein «dubioses Bildungsinstitut» die Luzerner Odermatt-Walter-Universität (OWU) genannt, wobei dieses Institut kurz vorgestellt wurde und auch ihr Gründer in einer Stellungnahme zu Wort kam. Gegen diesen Artikel wurde Beschwerde erhoben. Einerseits, da sich der Journalist in einem ersten Anruf als Interessent des Studiums ausgegeben und sich erst beim zweiten Anruf, der Anfrage für das Interview, als Journalist zu erkennen gegeben habe, was gegen Ziffer 4 (Lauterkeit der Recherche) der «Erklärung» verstosse. Andererseits wurde eine Verletzung von Ziffer 3 (Unterschlagung wichtiger Informationen), Ziffer 5 (Berichtigungspflicht) und Ziffer 7 (sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigungen) der «Erklärung» geltend gemacht.

Eine Verletzung von Ziffer 3 der «Erklärung» wurde abgelehnt, da diese sich nur auf den publizierten Medienbericht und nicht auf die Recherche beziehe. Ebenso sei die sinngemäss geltend gemachte Richtlinie 4.6 der «Erklärung» nicht verletzt worden, da der Autor des Berichts den Vertreter der OWU ausdrücklich darauf hingewiesen habe, dass er einen Bericht über die oben beschriebenen politischen Vorstösse plane. Eine Verletzung der Ziffern 5 und 7 der «Erklärung» wurde ebenso abgelehnt, da in der Beschwerdeschrift nicht dargelegt werde, inwiefern der Bericht sachlich unzutreffend sein soll bzw. massiv falsche Behauptungen enthalte. Bezüglich einer Verletzung von Richtlinie 4.1 zur «Erklärung» hatte der Presserat zu prüfen, ob es unlauter war, dass der Journalist sich nicht beim ersten Kontakt als solcher zu erkennen gab. Dies wurde jedoch vom Presserat ebenso verneint, da diese Anfrage für den Artikel bloss eine untergeordnete Bedeutung habe und es unverhältnismässig wäre, die Einholung einer grundsätzlich für jedermann zugänglichen Information – hier: allgemeine Angaben über das Studium an der OWU – den Regeln der verdeckten Recherche zu unterstellen.

10-61

### Meinungspluralismus/Wahrheitssuche/ öffentliche Funktion

Meinungspluralismus; Wahrheitssuche; öffentliche Funktion

Ziffern 1, 5 der «Erklärung»; Richtlinien 1.1, 2.2, 2.3, 2.4 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 26. November 2009 (64/2009; Lehrkräfte der Kantonsschule Olten c. «Oltener Tagblatt»)

Im Kanton Solothurn entstand nach einer Abstimmung ein Streit um die Standorte von progymnasialen Sekundarschulen (Sek-P). Die damit verbundene politische Auseinandersetzung spiegelte sich im redaktionellen Teil des «Oltener Tagblatts» wider, wo eine Reihe Artikel und Kommentare zu diesem Thema erschien. Daraufhin ergriffen Lehrkräfte der Kantonsschule Olten eine Beschwerde gegen das «Oltener Tagblatt». Sie beanstandeten, Chefredaktor Beat Nützi sei weder in den Ausstand getreten noch habe er transparent gemacht, dass er gleichzeitig auch Präsident des Zweckverbandes eines Bewerbungsstandortes für die Sek-P sei. Ebenso sei Regionalredaktor Christian von Arx Mitglied des Ausschusses «Agglomerationspolitik» einer Berggemeinde, weshalb auch er seine Funktionen hätte offenlegen müssen. Weiter habe das «Oltener Tagblatt», obwohl es eine Monopolstellung innehatte, Partei ergriffen und den Standpunkt der Kantonsschule Olten nie objektiv wiedergegeben. Aus diesen Gründen habe das «Oltener Tagblatt» gegen die Richtlinien 2.4 (öffentliche Funktion), 2.2 (Meinungspluralismus), 2.3 (Trennung von Fakten und Kommentaren) sowie 1.1 (Wahrheitssuche) der «Erklärung» verstossen.

Zum Vorwurf der tendenziösen Berichterstattung war der Presserat der Ansicht, dass sich das «Oltener Tagblatt» zwar pointiert zugunsten zusätzlicher regionaler Sek-P-Standorte ausgesprochen habe, was aber berufsethisch auch bei Medien mit regionaler Vormachtstellung zulässig sei. Es habe trotzdem dem Meinungspluralismus (Richtlinie 2.2) Rechnung getragen, indem es seine Leserschaft auch über die Gegenposition ausführlich informiert habe. Die Rüge der Trennung von Fakten und Kommentaren (Richtlinie 2.3) fand der Presserat zu pauschal und deswegen nicht überprüfbar. Einzelne Äusserungen, welche gemäss den Beschwerdeführern gegen die Ziffern 1 (Wahrheit) und 5 (Berichtigungspflicht) der «Erklärung» verstossen würden, befand der Presserat als zulässig, da sie die berufsethischen Grenzen nicht überschreiten würden. Jedoch sei es ein Fehler gewesen, vorgesehene Gespräche an einem «runden Tisch» bereits als feststehende Tatsache darzustellen. Vorliegend sei diese Ungenauigkeit für das Verständnis jedoch nicht genügend relevant, um daraus eine Verletzung der Wahrheitspflicht abzuleiten. Deswegen entfalle auch die Pflicht zur Veröffentlichung einer Berichtigung. Der Presserat war der Meinung, dass bezüglich des Beschwerdepunkts öffentliche Funktion (Richtlinie 2.4) ein Unterschied zwischen Nützi und von Arx gemacht werden müsse. Bei von Arx sei eine Verletzung zu

verneinen, da er keine grosse Nähe zum Thema aufweise, weil sich der Ausschuss «Agglomerationspolitik» schergewichtig mit dem Verkehr auseinandersetze. Dagegen wäre es für Nützi empfehlenswert gewesen, in den Ausstand zu treten und sei es nur, um den Anschein einer Beeinträchtigung der journalistischen Unabhängigkeit zu vermeiden. Zumindest hätte er jedoch seine Rolle transparent machen müssen, da durch seine Funktion eine sehr grosse Nähe zum Thema bestehe. Infolgedessen hiess der Presserat die Beschwerde in diesem Punkt gut.

10-62

### Diskriminierung/Anhörung bei schweren Vorwürfen/Indiskretionen/Trennung von Fakten und Kommentaren

Diskriminierung; Anhörung bei schweren Vorwürfen; Indiskretionen; Trennung von Fakten und Kommentaren

Ziffer 8 der «Erklärung»; Richtlinien 2.3, 3.8 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 31. Dezember 2009 (65/2009; X. c. «Obersee Nachrichten»)

Der Presserat trat nicht auf eine Beschwerde gegen den Artikel «Mir schuldet er Geld – er holt seins beim Sozialamt» in den «Obersee Nachrichten» ein.

10-63

### Verspätete Beschwerde/unverlangt eingesandte Berichte

Verspätete Beschwerde; unverlangt eingesandte Berichte

Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 31. Dezember 2009 (66/2009; X. c. «Berner Zeitung»)

Der Presserat trat auf eine Beschwerde, die wegen einer Nichtpublikation eines Manuskripts erhoben wurde, nicht ein, da sie nach Ablauf der Frist von sechs Monaten (Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement) eingereicht wurde und offensichtlich unbegründet war.

10-64

**Wahrheitspflicht**

Wahrheitspflicht

Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 31. Dezember 2009 (67/2009; Dignitas. c. «Blick Online»)

Der Presserat trat nicht auf die Beschwerde gegen einen Artikel von «Blick Online» mit dem Titel «Doppel-Suizid/Dignitas schickt britisches Promi-Paar in Tod» ein, da sie nach Art. 10 Abs. 1 des Geschäftsreglements offensichtlich unbegründet war.

10-65

**Kommentarfreiheit/identische Beschwerden**

Kommentarfreiheit; identische Beschwerden

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 31. Dezember 2009 (68/2009; X. c. «Berner Zeitung»/Capital FM)

Der Presserat trat nicht auf eine Beschwerde gegen die «Berner Zeitung» und Radio Capital FM ein, welche die Verwendung des Wortes «Dreckschleuder» für ein Auto beanstandete, da bereits eine Beschwerde mit identischem Sachverhalt beurteilt worden sei.

10-66

**Kommentarfreiheit/identische Beschwerden**

Kommentarfreiheit; identische Beschwerden

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 31. Dezember 2009 (69/2009; X. c. «Berner Zeitung Online»)

Der Presserat trat nicht auf eine Beschwerde gegen die Onlineausgabe der «Berner Zeitung» ein, welche die Verwendung des Wortes «Dreckschleuder» für ein Auto beanstandete, da bereits eine Beschwerde mit identischem Sachverhalt beurteilt worden sei.

10-67

**Wahrheitssuche/Unterschlagung von wichtigen Informationen**

Wahrheitssuche/Unterschlagung von wichtigen Informationen

Ziffern 1, 3 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 31. Dezember 2009 (70/2009; Eisenhut c. «Sonntag»)

Der Presserat trat nicht auf eine Beschwerde gegen einen Artikel in der Zeitung «Sonntag» über einen «merkwürdigen TV-Auftritt» von «Tages-Anzeiger»-Co-Chefredaktor Markus Eisenhut ein, da die Vorbringungen unbegründet waren.

10-68

**Un titre cru, mais n'évoquant que la réalité des faits, est admissible**

Respect de la vie privée; protection des victimes

Chiffres 7, 8 de la «Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste»

Prise de position du Conseil suisse de la presse du 13 novembre 2009 (71/2009, X. c. «La Liberté»)

Sous le titre «Le patriarce aimait trop la «pipi-thérapie», un journaliste de «la Liberté» relate une séance du tribunal de la Sarine qui juge un homme accusé «d'avoir abusé, au milieu des années 90, de deux de ses petits neveux dans des circonstances particulièrement sordides».

A. et B. X. déposent plainte auprès du Conseil suisse de la presse.

La Directive 7.6 relative à la «Déclaration» indique clairement les limites à respecter: il faut veiller à ce que la personne ne puisse pas être identifiée «hors de son cercle familial, social ou professionnel».

Dans la société actuelle, les octogénaires sont nombreux (3'500), la «bonne société» est un terme générique aux contours larges, et le fait d'être veuf n'a rien d'une exception. Ces détails ne pouvaient donc suffire à reconnaître l'accusé. En revanche, ils se justifiaient pour informer que ces drames se passent dans toutes les familles, et pour dévoiler l'ascendant dont le «patriarce» a bénéficié auprès de ses neveux. Le chiffre 7 (respect de la vie privée) n'est pas violé.

Les plaignants accusent le journaliste d'avoir violé le chiffre 8 de la «Déclaration», en donnant «une série de détails (...) pas indispensables à la compréhension de l'affaire, mais qui, au contraire, entrent dans la sphère intime des victimes et met en évidence le sordide de l'affaire». Le Conseil suisse exige des journalistes «un soin et une attention spécifiques», et le compte-rendu doit se signaler par «sa correction envers toutes les per-

sonnes impliquées dans un procès». En l'espèce, le Conseil estime cependant que le ton du rédacteur était dénué de cynisme et que les «détails» des abus commis sur la personne de ses petits-neveux par l'accusé devaient être donnés pour se rendre compte de quoi il s'agissait et du tort causé.

Quant au titre: «Le patriarche aimait trop la «pipi-thérapie», le titre n'évoque que la réalité des faits, même si c'est de manière crue. La plainte est rejetée.

## 8.2 Ethik der kommerziellen Kommunikation

10-69

### Energieverordnung – Schriftgrösse in Streuprospet von Autohersteller

Rekurs der Schweizerischen Lauterkeitskommission vom 4. November 2009 (137/09)

Da der Entscheid der Vorinstanz nicht willkürlich getroffen wurde, wurde der Rekurs dagegen abgewiesen.

10-70

### Tierschutz – Inserat «Schweizer Fleisch»

Rekurs der Schweizerischen Lauterkeitskommission vom 4. November 2009 (191/09)

Da der Entscheid der Vorinstanz nicht willkürlich getroffen wurde, wurde der Rekurs dagegen abgewiesen.

10-71

### Stop à la pub gaspillée

Décision de la Commission Suisse pour la Loyauté du 7. octobre 2009 (237/09)

- L'examen d'une plainte concernant une campagne interrompue peut être poursuivi dans la mesure où il s'agit d'une question dont le jugement a un caractère de principe (article 10, alinéa 1 du Règlement de la Commission Suisse pour la Loyauté).
- Une communication commerciale contenant des témoignages de personnes au sujet de leurs expériences avec certains produits doit respecter les principes figurant dans la Règle n° 3.2, chiffre 2, selon laquelle toute indication sur des personnes doit être véridique et ne pas induire en erreur. La référence à des êtres fictifs est interdite, même si la fiction est manifeste. En l'espèce, le contenu des assertions incriminées, ouvertement satirique et exagéré, ne peut être pris au sérieux par un destinataire moyen, ce qui prévient une influence déloyale sur les rapports de concurrence.

- La Règle n° 3.1 impose à toute entreprise inscrite au registre du commerce d'employer, dans ses relations commerciales, sa raison de commerce complète et sans modification.

10-72

### Kinderwerbung – Schokoriegel mit Nüssen

Beschluss der Schweizerischen Lauterkeitskommission vom 7. Oktober 2009 (239/09)

Ein Spot, welcher auf einer Internetseite für Schokoriegel wirbt, vermittelt gemäss der Lauterkeitskommission den Eindruck, dass der Besitz und der Konsum des beworbenen Produkts stärker und männlicher mache und sogenannt unmännliches Verhalten minderwertig sei, was gegen Art. 18 des ICC-Kodex sowie gegen das Verbot sexistischer Werbung verstosse.

10-73

### Kinderwerbung – «Schoggi»

Beschluss der Schweizerischen Lauterkeitskommission vom 7. Oktober 2009 (240/09)

Die Lauterkeitskommission kam zum Schluss, dass ein Inserat mit der Headline «Mami, da fehlt die blaue Schoggi» sich nicht an Jugendliche, sondern an die Eltern richtet, welche für ihre Kinder dieses Produkt kaufen sollen, was im Lichte von Art. 18 des ICC-Kodex unbedenklich sei.

10-74

### Kinderwerbung – Sammelalbum für Kinder

Beschluss der Schweizerischen Lauterkeitskommission vom 7. Oktober 2009 (241/09)

Die Beschwerde, dass eine Anzeige gegen Art. 18 des ICC-Kodex verstosse, weil sie einen direkten Appell an Kinder und Jugendliche enthalte, ihre Eltern zum Kauf eines Produkts zu überreden, wurde abgelehnt, da es sich um eine Gratiszugabe beim Einkauf von mindestens 20 Franken handle und das Produkt selbst nicht käuflich sei.

10-75

**Inserate seit rund einem Jahr mit den Begriffen «Aktion» oder «solange Vorrat»**

Beschluss der Schweizerischen Lauterkeitskommission vom 7. Oktober 2009 (228/09)

Die Lauterkeitskommission wies eine Beschwerde ab, da nicht belegt worden sei, dass eine lang andauernde Publikation von Inseraten mit den Begriffen «Aktion» oder «solange Vorrat» stattgefunden habe.

10-76

**Sexisme – jambes d'une femme qui servent d'accroche**

Décision de la Commission Suisse pour la Loyauté du 7.10.2009 (208/09)

Est en particulier à considérer comme sexiste toute publicité dans laquelle il n'existe pas de lien naturel entre la personne représentant l'un des sexes et le produit vanté (Règle n° 3.11, chiffre 2). Il n'y a effectivement pas de rapport entre les jambes nues d'une femme dansant sur une table dans un club et une banque de trading en ligne. La représentation des jambes de femme sert uniquement d'élément d'accroche visuelle, de sorte que la plainte est admissible sur ce point.

10-77

**Sexismus – gefesselte Frau auf Schuh**

Beschluss der Schweizerischen Lauterkeitskommission vom 7. Oktober 2009 (230/09)

Eine auf einen Schuh gefesselte Frau verstösst nach Meinung der Lauterkeitskommission gegen den Grundsatz Nr. 3.11 Ziff. 2 der Lauterkeitskommission, da kein natürlicher Zusammenhang zwischen Person und Produkt bestehe, eine Unterwerfung und Ausbeutung eines Geschlechts dargestellt sowie zu verstehen gegeben werde, dass Gewalt oder Dominanzgeboten gegen das weibliche Geschlecht tolerierbar sei.

10-78

**Menschenwürde – Inserat Fitnessclub: «Zu fett für's Ballett»**

Beschluss der Schweizerischen Lauterkeitskommission vom 7. Oktober 2009 (211/09)

Eine Anzeige mit dieser Überschrift wurde von der Lauterkeitskommission weder als diskriminierend noch als Verstoss gegen die Menschenwürde bezeichnet, da es sich um eine offensichtliche Überzeichnung handle, welche für den Durchschnittsadressaten weder als offensiv noch als diskriminierend wahrgenommen werde.