

1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht

1.1 Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit, Medienfreiheit

10-172

Ausreichende Recherche über anonym zugespielte Korruptionsvorwürfe gegen Richtergattin

Anonym zugespielte Diskette; keine Verurteilung trotz schwerem Vorwurf gegen Richtergattin; Tageszeitung; Schutz des Privatlebens nicht missachtet; Verifizierung bei (entlassenen) Buchhalter; Zivilrechtlicher Ansehensschutz; keine Diskriminierung trotz Verurteilung identischer Vorwürfe in anderer Zeitung

Art. 8, 10, 14 EMRK

Urteil des EGMR (3. Kammer) vom 21. September 2010 (N° 34147/06 «Polanco Torres & Movilla Polanco c. Spanien»)

Gestützt auf eine anonym zugespielte Diskette mit Buchhaltungsdaten der Firma Intra erhob die spanische Tageszeitung «El Mundo» im Mai 1994 schwere Vorwürfe gegen Elisa Polanco Torres. Die Gattin des Präsidenten des Berufungsgerichts der Autonomen Gemeinschaft Kantabriens (bei dessen Gerichtsabteilung damals ein Strafverfahren gegen Kantabriens Präsidenten hängig war) sei in Schwarzgeldgeschäfte mit Intra verwickelt. «El Mundo» stützte den Korruptionsvorwurf auf den Inhalt der Diskette und ein Gespräch mit dem (allerdings entlassenen) Buchhalter von Intra. Der Zeitungsartikel enthielt auch ein Dementi von Elisa Polanco Torres, die jeden Kontakt zu Intra in Abrede stellte und eine Intrige des angeklagten kantabrischen Präsidenten vermutete.

Die spanische Ziviljustiz hiess eine Klage der Richtergattin zwar gut und verurteilte den Verleger, den Chefredaktor und den Autor zur Bezahlung einer Genugtuung von rund 24 000 Euro sowie zur Urteils publikation. Dieses Urteil hob das spanische Verfassungsgericht jedoch im Februar 2006 auf, da der Journalist alle wirksamen Schritte zur Verifizierung seiner Information unternommen habe. Die Entlassung des Buchhalters wecke keine Zweifel an der Zuverlässigkeit seiner Auskünfte. Keinen Erfolg beim Verfassungsgericht hatte hingegen die ebenfalls verurteilte Zeitung «Alerta», welche den Zeitungsbericht von «El Mundo» gleichentags ohne jede Überprüfung und ohne Quellenangabe in voller Länge übernommen hatte.

Der Gerichtshof verneinte mit 6 gegen 1 Stimme eine Missachtung der staatlichen Pflicht zum Schutz des Privatlebens der Richtergattin und des – mittlerweile verstorbenen – Gerichtspräsidenten. Der neutral formulierte Zeitungsbericht erörterte Fragen von öffentlichem Interesse und betraf nicht eine bloss Enthüllung rein privater Vorgänge. Die Leserschaft hatte die Möglichkeit, beide Versionen der Angelegenheit zur Kenntnis zu nehmen. Der Journalist durfte sich vernünftigerweise auf die ihm vorliegenden Informationen abstützen und

sie im Publikationszeitpunkt als glaubwürdig einstufen. Der Gerichtshof erinnerte auch daran, dass nie behauptet worden war, der Journalist habe im Zusammenhang mit dem Erhalt der anonym zugespielten Disketten eine Straftat begangen. Der überstimmte slowenische Richter Zupancic war in seiner abweichenden Meinung hingegen der Ansicht, eine bloss Proforma-Verifizierung der Informationsquelle vermöge nicht zu genügen und reduziere den Schutz des Individuums vor unprofessionellen oder böswilligen Vorwürfen auf unakzeptable Weise. Anders als etwa im Leiturteil N° 59320/00 «Von Hannover c. Deutschland» vom 24.6.2004 gehe es bei unrichtigen Vorwürfen nicht um eine Grenzziehung zwischen dem Recht der Öffentlichkeit auf Information (droit à savoir) und dem Bedürfnis des Individuums auf Abschirmung seines Privatlebens.

Einstimmig verneinte der Gerichtshof eine diskriminierende Behandlung durch den Umstand, dass das spanische Verfassungsgericht im Jahr 2000 die Verurteilung von «Alerta» geschützt, jene von «El Mundo» aber trotz identischem Wortlaut des Zeitungsberichts sechs Jahre später aufgehoben hatte. Die beiden Fälle waren nach Ansicht des EGMR nicht vergleichbar, da die eine Zeitung («El Mundo») ihre Vorwürfe recherchiert hatte, die andere («Alerta») aber diese Vorwürfe ohne jede Abklärung und ohne Angabe der Quelle als eigene Behauptungen veröffentlicht hatte. Der Vorwurf der Diskriminierung beim Schutz des Privatlebens (Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 EMRK) scheiterte daher als offensichtlich unbegründet bereits an der Zulässigkeitschürde.

Anmerkungen «Journalistische Sorgfalt, Schutz des Privatlebens und die Gefahren des Abschreib-Journalismus». Unter diesem Titel bringt der österreichische Verwaltungsrichter Hanspeter Lehofer in seinem Blog (<http://blog.lehofer.at/>) den Fall «Polanco Torres & Movilla Polanco c. Spanien» auf den Punkt. Bezüglich der journalistischen Sorgfalt und des Schutzes des Privatlebens bewegt sich die Urteilsbegründung auf bekanntem Terrain: Eine Verletzung journalistischer Sorgfalt hat der Gerichtshof in der Vergangenheit beispielsweise dann bejaht, wenn nahe liegende Informationsquellen nicht angezapft worden waren oder der Angegriffene keine Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten hatte (audiat et altera pars). Der «El Mundo»-Journalist beging keinen dieser grundlegenden handwerklichen Fehler. Da seine Vorwürfe gegen die Richtergattin eine Frage von legitimem Allgemeininteresse thematisierten, respektierte er auch die durch den Anspruch auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK) abgesteckte Limite.

Neu ist hingegen das Thema des intransparenten Abschreib-Journalismus. Der Sachverhalt dieses spanischen Falles liefert in der Tat ein anschauliches Beispiel für die Risiken solcher – auch medienethisch und urheberrechtlich – problematischen Publikationen. Allzu viel lässt sich aus der vorliegenden Urteilsbegründung für diese Konstellation allerdings nicht ableiten. Der Gerichtshof hatte nicht eine Beschwerde des Abschreiber-Mediums «Alerta» zu beurteilen (Art. 10 EMRK), sondern konnte sich darauf beschränken, im Rahmen einer Beschwerde der in ihrer Ehre tangierten Klägerin plausible Gründe für eine Ungleichbehandlung (Art. 14 EMRK) von «Alerta» und «El Mundo» anzuführen. Im Rahmen einer Prüfung wegen Verletzung der Meinungsfreiheit des «zweiten» Medienunternehmens wäre zumindest für den Fall

korrekter Quellenangabe genauer zu klären, inwiefern eine journalistische Pflicht zur Nachrecherche von Behauptungen besteht, die bereits das Erstmedium ausreichend verifiziert hat.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

10-173

Einsatz versteckter Kamera vermochte Bestechlichkeit nicht zu belegen

Berichtigungspflicht; Fernsehsendung; Genugtuung; trotz Einsatz versteckter Kamera fehlender Beleg für in der Sendung erhobenen Vorwurf; ungenügende Verifizierung; Vorwurf der Bestechlichkeit eines hochrangigen Beamten; zivilrechtlicher Ansehensschutz

Art. 10 EMRK

Zulässigkeitsentscheid des EGMR (2. Kammer) vom 6.7.2010 (N° 27930/05 «Lietuvos Nacionalinis Radijas ir Televizija c. Litauen»)

In einer Sendung des litauischen Fernsehens wurde ein Mitglied der staatlichen Glücksspielkommission 2003 der Bestechlichkeit bezichtigt. Bei einem Treffen mit einem dubiosen Geschäftsmann habe er offen nach einer Bestechungssumme gefragt. Die mit einer versteckten Kamera gefilmten Aufnahmen vermochten allerdings nach Ansicht der litauischen Justiz lediglich ein unethisches Verhalten zu belegen – nicht aber die im Beitrag kategorisch behauptete Anfrage nach einem Bestechungsgeld. Der EGMR akzeptierte die von der litauischen Ziviljustiz angeordnete Pflicht zur Berichtigung und zur Bezahlung einer Genugtuungssumme von umgerechnet 1185 Euro. Für die gravierenden Vorwürfe gegen den Beamten habe es keine ausreichende Tatsachengrundlage gegeben. Eine Mehrheit der 2. EGMR-Kammer bezeichnete die Beschwerde wegen Missachtung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) deshalb als offensichtlich unbegründet und damit als unzulässig.

10-174

Kritik eines freigesprochenen Politikers an einem Staatsanwalt rechtfertigt keine Bestrafung

Busse; Genugtuung; strafrechtlicher Ansehensschutz; Vorwurf gegen Staatsanwalt durch angeklagten Politiker; vernachlässigter Gesamtzusammenhang; Wahrheitsbeweis für empörten Ausspruch; Wiederholung des im Gerichtssaal gemachten Vorwurfs in einem Buch

Art. 10 EMRK

Urteil des EGMR (5. Kammer) vom 15. Juli 2010 (N° 34875/07 «Dumas c. Frankreich»)

Der frühere französische Aussenminister und Expräsident des französischen Verfassungsgerichts (Conseil constitutionnel), Roland Dumas, schilderte in seinem Buch «L'épreuve, les preuves» den Strafprozess in der Korruptionsaffäre um den früheren französischen Staatskonzern Elf Aquitaine, in dem Dumas im Januar 2003 freigesprochen worden war. In seinem im März 2003 publizierten Buch begründete Dumas u.a. seine im Gerichtssaal gemachte Bemerkung über den als unfair empfundenen Staatsanwalt. Dumas hatte im Februar 2001 gegenüber seinem Anwalt (und für das Umfeld hörbar) gesagt, der Staatsanwalt hätte im 2. Weltkrieg in die «sections spéciales» (politische Sondergerichte während des Vichy-Regimes) gepasst. Während des Strafprozesses hatte diese auch von den Medien thematisierte Bemerkung für Dumas keine strafrechtlichen oder disziplinarischen Konsequenzen.

Nach Erscheinen des Buchs reagierte der angegriffene Staatsanwalt jedoch mit einer Strafanzeige wegen öffentlicher Diffamierung eines Beamten. Dumas wurde zwar in erster Instanz freigesprochen, dann aber vom Pariser Appellationsgericht zu einer Busse von 3000 Euro und im Zivilpunkt zu einer Genugtuungssumme von 1000 Euro verurteilt. Dumas habe weder beweisen können, dass sein Vergleich mit den Richtern der sections spéciales zutreffend war, noch habe er in gutem Glauben gehandelt.

Der Gerichtshof betrachtete die Beschränkung von Dumas' Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) mit 5 gegen 2 Stimmen als nicht notwendig in einer demokratischen Gesellschaft. Die Gerichtsmehrheit kritisierte zum einen die Methode der französischen Justiz, welche die umstrittene Äusserung nicht in ihrem Gesamtzusammenhang beurteilt habe. Dumas habe sein Recht ausgeübt, den Prozess aus seiner Sicht zu schildern. Er habe die Wortwahl begründet, sich von seinem eigenen Exzess distanziert und die Ursachen seiner Wut und des Kontrollverlusts beschrieben. Vor diesem Hintergrund sei es nicht sinnvoll gewesen, die empörte Äusserung des Angeklagten am Massstab der Wahrheit zu messen.

Die Gerichtsminderheit (Renate Jaeger aus Deutschland und der für Liechtenstein im EGMR sitzende Schweizer Mark Villiger) empfand die Bemerkung von Dumas als komplett wertlose Beleidigung der Justiz allgemein und des Staatsanwalts im Besonderen. Es sei zwar verständlich, dass in der Hitze des ge-

richtlichen Gefechts harte Worte fallen. Dumas habe aber seine inakzeptable Bemerkung trotz zwei Jahren Bedenkzeit in Buchform wiederholt.

10-175

Rechtzeitige Berichtigung unsorgfältiger Vorwürfe kann Ehrverletzung heilen

Berichtigung; Geldstrafe; Genugtuung; journalistische Vorwürfe gegen abberufene Ombudsperson; Strafrechtlicher Ansehensschutz; strafrechtliche Sanktion überrissen; teilweise ungenügende Verifizierung; überlange Verfahrensdauer

Art. 6, 10 EMRK

Urteil des EGMR (4. Kammer) vom 6.7.2010 (N° 37520/07 «Niskasaari u.a. c. Finland»)

In einem Artikel der Zeitschrift «Seura» wurden 1996 die Umstände der Abberufung einer Kinderombudsfrau teilweise unrichtig geschildert und in der folgenden Ausgabe berichtigt. Die gegen den Autor und den Chefredaktor wegen Ehrverletzung ausgesprochenen Geldstrafen von je 40 Tagessätzen (sowie die Pflicht zur Bezahlung einer Genugtuungssumme von 5000 Euro) wurden vom EGMR als unverhältnismässig eingestuft. Die Ombudsfrau war für eine Nichtregierungsorganisation tätig, konnte aber wegen ihres öffentlichen Wirkens nicht als komplett private Person gelten. Die Medienschaffenden hatten zwar einen Teil der Vorwürfe nicht ausreichend verifiziert. Sie wurden jedoch innert nützlicher Frist durch die Zeitschrift berichtigt, was geeignet war, die Ehrverletzung zu heilen: «The Court considers that the correction of incorrect information by means of a timely rectification can be considered an appropriate form of redress for hurt caused.»

Der EGMR beanstandete insbesondere die unverhältnismässige Schwere der Sanktion. Eine strafrechtliche Reaktion auf eine Ehrverletzung verletze Art. 10 EMRK zwar nicht unbedingt. Sie sei aber problematisch:

«Ziff. 77: (...) Nevertheless, when a statement, whether qualified as defamatory or insulting by the domestic authorities, is made in the context of a public debate, the bringing of criminal proceedings against the maker of the statement entails the risk that a prison sentence might be imposed. In this connection, the Court recalls that the imposition of a prison sentence for a press offence will be compatible with journalists' freedom of expression as guaranteed by Article 10 only in exceptional circumstances, notably where other fundamental rights have been impaired, as for example, in the case of hate speech or incitement to violence (see *Cumpana and Mazare v. Romania* [GC], no. 33348/96, § 115, ECHR 2004-XI; and *Długołęcki v. Poland*, no. 23806/03, § 47, 24 February 2009). For the Court, similar considerations should apply to insults expressed in connection with a public debate. The Court would further observe that the Parliamentary Assembly of the Council of Europe in its Resolution 1577 (2007) urged those member

States which still provide for prison sentences for defamation, even if they are not actually imposed, to abolish them without delay (Resolution Towards decriminalisation of defamation adopted on 4 October 2007).»

Weil das Ehrverletzungsverfahren vor der finnischen Strafjustiz unbegründet lange dauerte (sechs Jahre und drei Monate), beanstandete der EGMR darüber hinaus eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK (Gebot angemessener Verfahrensdauer).

10-176

Gefängnisstrafe für Diffamierung eines Steuerinspektors klarerweise exzessiv

Bedingte Gefängnisstrafe für Steuerexpertin; offensichtlich exzessive Sanktion; strafrechtlicher Ansehensschutz; Vorwürfe gegen Steuerinspektoren in einem Buch

Art. 10 EMRK

Urteil des EGMR (4. Kammer) vom 6.7.2010 (N° 37751/07 «Mariapori c. Finland»)

In einem Strafverfahren wegen Steuerbetrugs hatte eine als Zeugin aussagende Steuerexpertin den Steuerinspektoren 1997 vorgeworfen, absichtlich Fehler begangen zu haben. Diesen Vorwurf wiederholte sie 1998 in einem polemisch formulierten Buch, worauf sie 2004 wegen qualifizierter übler Nachrede zu einer bedingten Freiheitsstrafe von vier Monaten verurteilt wurde. Der Gerichtshof bezeichnete diese Sanktion in einem klassischen Ehrverletzungsfall als offensichtlich unverhältnismässig («manifestly disproportionate in their nature and severity»).

Anmerkungen Auf die wenig einheitliche Strassburger Rechtsprechung zur menschenrechtlichen Zulässigkeit strafrechtlicher Sanktionen (insbesondere bedingter Gefängnisstrafen) in «klassischen» Ehrverletzungsfällen ist an dieser Stelle wiederholt hingewiesen worden, zuletzt in den Urteilsanmerkungen in *medialex* 3/2010, S. 154, und *medialex* 2/2010, S. 94. Die beiden finnischen Fälle tragen insofern zur Klärung bei, als sich die Tendenz erhärtet, dass der EGMR in diesem Bereich eine Grenze zu ziehen gewillt ist. Es bleibt allerdings das Problem, dass die Grenzziehung (noch) ungenügend kommuniziert worden ist. Die Grenze scheint zwar in aller Regel überschritten, wenn in herkömmlichen Ehrenschutzkonflikten eine (auch nur bedingte) Gefängnisstrafe ausgesprochen wird. Das Urteil «Mariapori c. Finland» setzt hier einen weiteren Kontrapunkt zum schief in der Landschaft stehenden Zulässigkeitsentscheid «Luan Rukaj c. Griechenland» (*medialex* 2/2010, S. 94: 10–80). Gerade die nicht restlos stringenten Ausführungen im Fall «Niskasaari u.a. c. Finland» lassen aber bestenfalls erahnen, wo die Grenze in Konstellationen verläuft, in denen formal keine (bedingte) Strafe ausgesprochen wird, sondern eine solche bestenfalls droht. Es bleibt damit zu rechnen, dass die EGMR-Praxis noch länger mäandriert.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

10-177

Ungenügender staatlicher Schutz für bestraften und ermordeten Chefredaktor

Ausreichende gesetzliche Grundlage und berechtigter Eingriffszweck fraglich; fehlender Schutz des Lebens; kein Aufruf zur Gewalt; Medienfreiheit; nicht rechtskräftiges Strafteil gegen Journalisten wegen Äusserungen zur Armenienfrage; positive Schutzpflichten; Strafnorm gegen Herabsetzung der türkischen Nation; Verhältnismässigkeit nicht gegeben

Art. 2, 10 EMRK

Urteil des EGMR (2. Kammer) vom 14.9.2010 (N° 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 und 7124/09 «Dink c. Türkei»)

Am 19. Januar 2007 wurde Firat (Hrant) Dink, Herausgeber und Chefredaktor der armenischsprachigen Wochenzeitung Agos, vor dem Redaktionsgebäude von einem jugendlichen Extremisten ermordet. Dink hatte sich wiederholt zur systematischen Ermordung von Hunderttausenden Armeniern während des Ersten Weltkriegs geäussert. Im Rahmen von acht Zeitungsartikeln schilderte er 2003 und 2004 seine Ansicht über die Identität türkischer Staatsbürger armenischer Herkunft. Unter anderem kritisierte er die Obsession der Armenier, als Opfer eines Genozids anerkannt zu werden. Das türkische Element in der armenischen Identität bezeichnete er gleichzeitig als Gift und Gegengift. Aufgrund einer Formulierung im achten Zeitungsartikel wurde Dink 2005 zu einer Gefängnisstrafe von sechs Monaten verurteilt. 2006 bestätigte das Kassationsgericht den Schuldspruch wegen Missachtung von Art. 301 des türkischen Strafgesetzbuchs, der die Herabsetzung der türkischen Nation, des Staats und der Republik Türkei, der Institutionen des Staates und seiner Organe untersagt. Nach weiterem prozessuellem Hin und Her war der Straffall gegen Dink im Zeitpunkt seiner Ermordung noch hängig.

Der Gerichtshof hielt einstimmig fest, dass die Türkei Dinks Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) auch ohne rechtskräftiges Urteil beschränkt hatte. Der Eingriff war konventionswidrig. Der Gerichtshof zweifelte stark daran, ob Artikel 301 angesichts seiner unbestimmten Formulierung und der darauf gestützten Interpretation durch die türkische Strafjustiz überhaupt eine ausreichend klare gesetzliche Grundlage für den Eingriff in die Meinungsfreiheit darstellte. Ebenfalls fraglich schien dem Gericht, ob die Strafnorm einem der in Art. 10 Abs. 2 EMRK aufgelisteten legitimen Eingriffszwecke diene. Der EGMR hatte gravierende Vorbehalte gegen die Behauptung, die Norm diene der Bewahrung der öffentlichen Ordnung, zumal Dink in keiner Weise zur Anwendung von Gewalt aufgerufen hatte. Klarerweise diene die Verurteilung Dinks jedenfalls keinem dringenden gesellschaftlichen Bedürfnis und war damit unverhältnismässig. Die türkische Justiz habe Dinks Formulierung aus ihrem Zusammenhang gerissen und ihn indirekt für seine Kritik an der Leugnung des Genozids durch die türkischen Institutionen bestraft.

Aus Art. 10 EMRK fliessen auch positive Schutzpflichten des Staates. Er muss die freie Kommunikation in bestimmten Situationen (auch) gegen private Gefährdungen abschirmen.

«106. (...) En effet, dans certains cas, l'Etat a l'obligation positive de protéger le droit à la liberté d'expression contre des atteintes provenant même de personnes privées (Özgür Gündem c. Turquie, no 23144/93, §§ 42 46, CEDH 2000 III, dans lequel la Cour a déclaré que l'Etat avait une obligation positive de prendre des mesures d'enquête et de protection face à la campagne de violence et d'intimidation dont un journal ainsi que ses journalistes et son personnel avaient été victimes; et Fuentes Bobo c. Espagne, no 39293/98, § 38, 29 février 2000, concernant l'obligation pour l'Etat de protéger la liberté d'expression dans le cadre professionnel).»

Diese Pflichten missachtete der türkische Staat im Fall von Hrant Dink:

«137. En réponse aux griefs des autres requérants selon lesquels le verdict de culpabilité aurait désigné Firat Dink comme une cible pour les groupes ultranationalistes, qui l'ont finalement assassiné, la Cour réitère ses considérations concernant les obligations positives de l'Etat en matière de liberté d'expression (paragraphe 106 ci-dessus). Elle estime aussi que les obligations positives en la matière impliquent, entre autres, que les Etats sont tenus de créer, tout en établissant un système efficace de protection des auteurs ou journalistes, un environnement favorable à la participation aux débats publics de toutes les personnes concernées, leur permettant d'exprimer sans crainte leurs opinions et idées, même si celles-ci vont à l'encontre de celles défendues par les autorités officielles ou par une partie importante de l'opinion publique, voire même sont irritantes ou choquantes pour ces dernières.»

Konventionswidrig war nicht nur der Schuldspruch gegen Dink, sondern auch die Weigerung der Ordnungskräfte, Dinks Leben gegen die Angriffe von Ultranationalisten zu schützen. Beide Aspekte missachteten die Meinungsfreiheit. Darüber hinaus verletzte die Untätigkeit der türkischen Behörden auch das Recht auf Leben (Art. 2 EMRK): Die türkischen Sicherheitskräfte konnten durchaus vorhersehen, dass die ernsthafte und unmittelbare Gefahr eines Mordversuchs bestand. Zwar hatte Dink keinen Polizeischutz verlangt, doch wusste er – im Gegensatz zu den türkischen Behörden – nicht um die Mordpläne und deren Urheberchaft.

Anmerkungen Zusammen mit dem in der Begründung erwähnten EGMR-Urteil «Özgür Gündem c. Türkei» ist dies einer der ersten Fälle, in denen der Gerichtshof der staatlichen Pflicht zum Schutz der freien Meinungsäusserung vor privaten Gefährdungen deutliche und justiziable Konturen verleiht. Besonders bemerkenswert ist die Formulierung, der Staat müsse ein günstiges Klima für die furchtlose Teilnahme aller Beteiligten an der öffentlichen Debatte schaffen – selbst (oder gerade) wenn die dort geäusserten Ansichten jenen der Behörden oder der öffentlichen Meinung zuwiderlaufen. Der Staat muss sich hier also nicht nur mit eigener Repression zurückhalten, sondern vielmehr eine unerschrockene Äusserung auch unbequemer Ansichten fördern. Diese menschenrechtliche Anforderung ist auch in Europa gewiss (noch) keine Selbstverständlichkeit.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

1.2 Recht des Informationszugangs der Öffentlichkeit

10-178

Weko kann für missverständliche Wiedergabe einer Pressemitteilung in den Medien nicht zur Verantwortung gezogen werden

Informationshandlung; Realakt; Vorverurteilung; Unschuldsvermutung

Art. 28, 48 Abs. 1, 49 Abs. 1 KG; Art. 5 VwVG

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 1. Juni 2010 (B-420/2008)

Das Bundesverwaltungsgericht kam bezüglich einer Beschwerde gegen eine Pressemitteilung der Weko zum Schluss, dass diese nicht dafür verantwortlich gemacht werden könne, wenn eine klar formulierte Pressemitteilung in den Medien missverständlich wiedergegeben werde und daraus eine Vorverurteilung folge.

Die Weko hielt mittels Entscheid vom 19. November 2007 fest, dass unter Strassenbauunternehmen im Kanton Tessin eine Abrede über die Aufteilung der Aufträge sowie horizontale Preisabreden stattgefunden haben. In der dagegen erhobenen Beschwerde rügte die Beschwerdeführerin unter anderem eine Pressemitteilung des Sekretariats der Weko. Die beteiligten Unternehmen seien im Voraus weder über die Tatsache, dass eine Pressemitteilung erscheinen werde, noch über deren Inhalt informiert worden. Man sei daher nicht in der Lage gewesen, selbst eine Pressemitteilung vorzubereiten. Zudem sei sie missverstanden worden, da die Medien fälschlicherweise über den Abschluss des Verfahrens (und nicht bloss des Untersuchungsverfahrens) berichtet hätten. Dadurch habe diese Pressemitteilung zu einer Vorverurteilung der beteiligten Unternehmen in der Presse geführt, weshalb der Grundsatz der Unschuldsvermutung verletzt worden sei.

Zuerst bemerkte das Bundesverwaltungsgericht, dass die Bestimmungen des Kartellgesetzes vorsehen, dass die Eröffnung einer Untersuchung publiziert wird (Art. 28 KG) bzw. dass die Wettbewerbsbehörden ihre Entscheide veröffentlichen können (Art. 48 Abs. 1 KG) und die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit orientieren (Art. 49 Abs. 1 KG). Dies erfolge oft über Pressemitteilungen, wobei diese sogenannte Informationshandlungen bzw. Realakte darstellen würden. Da diese nicht auf Rechtswirkungen, sondern auf Tathandlungen ausgerichtet seien, würden Realakte keine Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG darstellen und seien nicht selbstständig anfechtbar. Dies sei auch bei der vorliegenden Pressemitteilung nicht anders, es werde bloss die Öffentlichkeit darüber informiert, dass die vorliegende Untersuchung mittels Verfügungsantrag abgeschlossen und der Verfügungsantrag den Parteien zur Stellungnahme unterbreitet worden sei. Am Ende sei der Antrag des Sekretariats an die Weko enthalten, diese habe einen Entscheid im Sinne der Ergebnisse der Untersuchung zu treffen, aus der sich das tatsächliche Vorliegen von Absprachen ergeben habe. Das

Bundesverwaltungsgericht war der Ansicht, dass aus dieser Pressemitteilung deutlich hervorgehe, dass der verfahrensabschliessende Entscheid der Weko auf Antrag des Sekretariats hin noch nicht gefällt worden sei. Zudem würden die an der Untersuchung beteiligten Unternehmen nicht beim Namen genannt. Da weder eine bewusste, ausdrückliche und verbindliche Gestaltung der Rechtsstellung des betroffenen Unternehmens noch ein entsprechendes Anfechtungsobjekt vorliege, könne auf das (wenn überhaupt implizit gestellte) Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin nicht eingetreten werden. Ebenso sei nicht ersichtlich, wie die Beschwerdeführerin durch die Pressemitteilung beschwert sein könnte. Zwar sei durch einen Zeitungsartikel der Anschein erweckt worden, dass die Untersuchung der Weko schon abgeschlossen war. Für die missverständliche Wiedergabe der klar formulierten Pressemitteilung in der Presse und für eine Vorverurteilung der beteiligten Unternehmen in den Medien könne die Vorinstanz nicht verantwortlich gemacht werden.

10-179

Verwaltungsgericht Bern: Zugang zu unfertigem Bericht verweigert

Akteneinsichtsrecht; amtliche Akten; Öffentlichkeitsprinzip; vorübergehende Geheimhaltung

Art. 16 Abs. 3, Art. 17 BV; Art. 15, 29 Abs. 1 Bst. a IG

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 15. Januar 2010 (VGE 100.2009.413)

Das Verwaltungsgericht bestätigte den Entscheid eines Amtes, einen Bericht, der sich noch im Stadium der amtsinternen Bereinigung befand, nicht zugänglich zu machen, da er noch nicht als amtliches Dokument gelte.

Ein Journalist verlangte vom Amt für Wasser und Abfall des Kantons Bern (AWA) Einsicht in einen Bericht betreffend Untersuchungen über Sprengstoffspuren im Bielersee. Das AWA verweigerte die Einsicht, worauf der Journalist eine Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern erhob.

Zuerst prüfte das Verwaltungsgericht, ob der strittige Bericht Teil der amtlichen Akten sei und folglich vom allgemeinen Akteneinsichtsrecht erfasst wird. Dazu führte es aus, dass mit Blick auf das Öffentlichkeitsprinzip keine Kategorie von amtlichen Akten existiere, die generell nicht zugänglich sei. Jedoch würden Dokumente, die noch nicht fertiggestellt sind, nicht als amtlich gelten und somit (noch) nicht unter den Geltungsbereich des Öffentlichkeitsprinzips fallen. Beim vorliegenden Bericht handle es sich gemäss Vorinstanz um eine Bestandsaufnahme, welche die Grundlage zur Beurteilung des weiteren Handlungsbedarfs darstelle. Der Bericht sei amtsintern und noch nicht konsolidiert. Zudem sei er mit dem Vermerk «Entwurf vertraulich» versehen und enthalte zahlreiche Handnotizen mit Bemerkungen. Auch trage er noch kein Datum und sei auch nicht unterzeichnet. Aufgrund dieser Angaben war auch das Verwaltungsgericht der Ansicht, dass das

AWA den Bericht zu Recht nicht allgemein zugänglich gemacht habe, da er sich noch in der Konsolidierungsphase befinde und somit noch nicht Teil der amtlichen Akten sei. Das Verwaltungsgericht war auch der Ansicht, dass es mit Blick auf die Bedeutung der Thematik vertretbar erscheine, dass die Amtsleitung des AWA den Schlussbericht vor der Bekanntgabe zunächst mit der Vorsteherin der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) besprechen und die möglichen Massnahmen erörtern wolle. Denn wichtige Projekte hätten immer auch eine politische Dimension, was eine frühzeitige Abstimmung von fachlicher Verantwortung (Vorsteher AWA) und politischer Führung (BVE) nötig mache. Deshalb sei es zulässig, den Zugang zum strittigen Bericht mit Berufung auf Art. 29 Abs. 1 Bst. a IG noch aufzuschieben. Jedoch erlaube dieser Artikel nur eine vorübergehende Geheimhaltung, nach Abschluss des Entscheidungsprozesses sei der Schlussbericht prinzipiell zugänglich zu machen. Eine Sperrfrist, die der Beschwerdeführer nach Einsicht in den Artikel verlangte, damit er vor der Information der Öffentlichkeit einen Artikel ausarbeiten könne, wurde vom Verwaltungsgericht abgelehnt. Die vorliegende Untersuchung sei von allgemeinem Interesse, weswegen die Behörden von Amtes wegen informieren müssten. Dabei sollen sie von keiner Sperrfrist an ihrer Informationspflicht gehindert werden. Das individuelle Einsichtsrecht begründe keinen Anspruch darauf, einen exklusiven Artikel verfassen zu können. Auch aus der Informations- und Medienfreiheit (Art. 16 Abs. 3 und Art. 17 BV) ergebe sich kein solcher Anspruch. Es spiele insofern keine Rolle, dass der Beschwerdeführer Journalist sei, da die Informationsgesetzgebung nicht zwischen Medienschaffenden und anderen Personen unterscheide. Zwar habe die Verwaltung gemäss Art. 15 IG auf die besonderen Bedürfnisse der Medien Rücksicht zu nehmen, eine zeitliche Bevorzugung von Gesuchen von Medienschaffenden lasse sich somit allenfalls sachlich rechtfertigen. Ein Anspruch auf eine Sperrfrist zur Ausarbeitung eines Exklusivberichts lasse sich jedoch daraus nicht ableiten.

1.3 Radio- und Fernsehrecht

10-180

Verweigerung einer Lokalradiokonzession ausreichend und vernünftig begründet

Ausreichende Begründung; befristete Sendeerlaubnis schafft keinen Anspruch auf Konzessionserteilung; genügender Rechtsschutz; Medienfreiheit; Meinungsvielfalt; Pluralismus; vernünftige Kriterien der Formatvielfalt und der Ausrichtung auf älteres Zielpublikum; Verweigerung einer Lokalradiokonzession; Zurückhaltung des EGMR bei Überprüfung des staatlichen Auswahlermessens

Art. 10 EMRK; Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK

Zulässigkeitsentscheid des EGMR (1. Kammer) vom 30. September 2010 (N° 6754/05 «92.9 Hit FM Radio GmbH c. Österreich»)

Die österreichische Rundfunkregulierungsbehörde KommAustria verweigerte der «92.9 Hit FM Radio GmbH» im Juni 2001 die Zulassung für die Veranstaltung eines Radioprogramms für das Versorgungsgebiet «Wien 92,9 MHz». Die 92.9 Hit FM Radio GmbH hatte aufgrund einer Übergangsregelung befristet gesendet und musste ihren Sendebetrieb einstellen.

In seiner Zulässigkeitsentscheid verneint der Gerichtshof einstimmig eine Missachtung der Meinungsfreiheit. Die Beschränkung von Art. 10 EMRK beruhte auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage (§ 6 Privatradiogesetz), diene einem legitimen Eingriffszweck und war verhältnismässig («in einer demokratischen Gesellschaft notwendig»).

Der EGMR erinnerte daran, dass die Verweigerung einer Sendeerlaubnis nicht willkürlich erfolgen darf und überzeugend begründet werden muss:

«Although broadcasting enterprises have no guarantee of any right to a licence under the Convention, the rejection by a State of a licence application must not be manifestly arbitrary or discriminatory and the necessity for any restriction must be convincingly established (see *United Christian Broadcasters Ltd v. the United Kingdom* [dec.], no. 44802/98, 7 November 2000).»

Diesen Anforderungen vermochte der ausführlich begründete Bescheid der österreichischen Regulierungsbehörde zu genügen.

«The Court considers that the CAA [KommAustria], in a comprehensive decision which covered 63 pages, carefully examined the applicant company's arguments and gave detailed reasons for its decision not to award the licence to the applicant company. These arguments were reviewed on appeal by the FCP [Bundeskommunikationssenat], the Constitutional Court and the Administrative Court, which explained at length why they considered that the CAA had correctly applied the criteria under the PRA and had given sufficient reasons for its choice.»

Die KommAustria hatte ihren Entscheid gegen «92.9 Hit FM Radio GmbH» – und für die «Donauradio Wien GmbH» – u.a. damit begründet, Donauradio sei als am Wiener Markt noch nicht etabliertem, wirtschaftlich starkem Veranstalter vor dem Hintergrund der Meinungsvielfalt eindeutig der Vorzug zu geben. Die 92.9 Hit FM Radio GmbH sei nicht nur mit anderen das Gebiet Wien versorgenden Rundfunkveranstaltern wirtschaftlich verflochten, sondern insbesondere auch mit den beiden in Wien auflagen- und leserstärksten Tageszeitungen. Zudem diene das auf eine ältere Zielgruppe ausgerichtete Radioprogramm von Donauradio einer Formatvielfalt im Sinne einer möglichst alle Zielgruppen gleichermaßen ansprechenden Radiolandschaft. Beide Argumente konnte der Gerichtshof nachvollziehen.

«The CAA, which had to assign one radio licence for which there were seven applicants, acknowledged that the applicant company, like several other applicants for the licence, met the basic organisational and financial requirements under the PRA, and examined the company structure and proposed programme content of each broadcaster. It awarded the licence to company D. because the latter provided a coherent package of radio programmes for an older audience, an age group which was underrepresented in the current radio landscape, and because it would broadcast more self-produced programmes. As regards the company structure it found that company D. was more independent because none of its shareholders was active in the radio or print industry in Vienna, whereas the applicant company, at the time it applied for the licence, was owned by a company and a foundation both belonging to a media group which operated a nationwide radio network consisting of twelve local broadcasters, one of them already operating in the Vienna area. The CAA concluded that the applicant company's essentially economic interest in being awarded a radio broadcasting licence again was outweighed by considerations based on the plurality of opinion and variety of the media landscape.

The Court cannot find that the reasons given by the domestic authorities for refusing the applicant company's request for a broadcasting licence were arbitrary or went beyond the margin of appreciation left to the national authorities in such matters. In this respect the Court reiterates that the Court should not substitute its own evaluation for that of the national authorities, where those authorities, on reasonable grounds, considered the restriction on the applicant's freedom of expression to be necessary (see *Demuth v. Switzerland*, no. 38743/97, § 48). Thus, there is no appearance of a breach of Article 10 of the Convention.»

Die Beschwerde wurde daher als offensichtlich unbegründet eingestuft. Dies galt auch für die Rüge, die zwangsweise Einstellung des Sendebetriebs missachte das Eigentumsrecht (Art. 1 des von Österreich – nicht aber der Schweiz – ratifizierten 1. Zusatzprotokolls zur EMRK). Die 92.9 Hit FM Radio GmbH argumentierte vergeblich, sie habe seit der Erteilung der ursprünglichen Zulassung erhebliche Investitionen getätigt. In diesem Zusammenhang wies der Gerichtshof u.a. darauf hin, dass die ursprüngliche Hörfunkzulassung wegen Beschwerden von Konkurrenten nicht rechtskräftig geworden war.

Anmerkungen Hohe Anforderungen an das korrekte Verfahren, die behördliche Begründung und die (gerichtliche) Überprüfung der Konzessionsverweigerung – in der Sache aber grosser Spielraum für die staatliche Auswahl unter verschiedenen Gesuchstellern. Diese Leitlinie zieht sich durch die Strassburger Rechtsprechung zur hoheitlichen Vergabe von Rundfunklizenzen (vgl. zuletzt etwa die Urteile N° 14134/02 «Glas Nadejda EOOD & Elenkov c. Bulgarien» vom 11.10.2007 [medialex 4/2007, S. 201ff., mit Anmerkungen des Schreibenden] und N° 32283/04 «Meltex Ltd and Mesrop Movsesyan c. Armenien» vom 17.6.2008 [Hinweis in medialex 3/2008, S. 143]).

Zwar überprüft der Gerichtshof die von den Konzessionsbehörden angeführten Gründe für die Ablehnung einer Radio- oder Fernsehkonzession auf ihre inhaltliche Stichhaltigkeit (so etwa in den schweizerischen Fällen N° 46841/99 «Sky Radio – Lokalradio in Zürich» vom 27.9.2001 und N° 38743/97 «Demuth – Spartenfernsehprogramm Car TV» vom 5.11.2002 = medialex 1/2003, S. 49ff.). Er auferlegt sich aber Zurückhaltung und gibt sich damit zufrieden, dass die nationalen Behörden vernünftige Gründe («reasonable grounds») für ihren Entscheid ins Feld führen können. Dass Strassburg die Sicherung und Förderung eines pluralistischen Medienangebots als vernünftiges Auswahlkriterium gelten lässt, versteht sich angesichts der internationalen Anstrengungen zum Schutz des Pluralismus von selber. Da die österreichische Behörde ihre Kriterien offenbar mit grosser Sorgfalt auf den zu beurteilenden Sachverhalt anwandte, ist wenig verblüffend, dass die Beschwerde der «Hit FM Radio GmbH» bereits an der Zulassungshürde scheiterte.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

10-181

Conditions auxquelles des redevances peuvent être perçues à titre professionnel ou commercial

Notion de réception à titre professionnel ou commercial; Prescription; Redevance radio et télévision; Remboursement de l'indû; Unicité de la redevance

Art. 61, 68 LRTV; Art. 58 ORTV

Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 16 juin 2010 (A-2550/2009)

A. a demandé à Billag SA la rétrocession de redevances indûment encaissées, expliquant qu'aucun poste n'avait jamais été exploité à son cabinet, sis à la même adresse que son domicile. Il a indiqué s'être aperçu, lors d'un contrôle de factures fin 2007, qu'il avait payé à double la redevance télévision depuis son installation en novembre 1995.

Face au refus de remboursement de Billag SA, A. a introduit recours auprès de l'OFCOM, qui l'a rejeté, puis du TAF, qui l'a partiellement admis.

Selon l'art. 68 al. 1 LRTV (ég. 55 al. 1 aLRTV), quiconque met en place ou exploite un appareil destiné à la réception de

programmes de radio et de télévision doit payer une redevance. Si l'organe d'encaissement facture indûment les redevances de réception ou commet une erreur de calcul, il procède au remboursement ou au recouvrement de la somme due (art. 47 al. 1 aORTV; art. 61 al. 2 ORTV).

Une redevance est due à titre professionnel ou commercial uniquement parce que les programmes de radio ou de télévision sont reçus dans une entreprise aux fins de divertir ou d'informer le personnel, ou à titre commercial si et seulement s'ils sont reçus pour divertir ou informer la clientèle et des tiers (art. 42 aORTV; art. 58 ORTV), non pour d'autres raisons. En l'espèce, le recourant n'a jamais annoncé une réception à titre professionnel ou commercial de programmes radio et télévision. Il n'a pas non plus été annoncé à titre professionnel lors du transfert des données d'annonces par Swisscom SA fin 1997.

On peut en conclure que le recourant a payé la redevance à titre privé pour le ménage commun formé avec son épouse et non pour son cabinet de physiothérapie sis à la même adresse. Partant, le recourant a réglé à double la redevance du ménage commun, ce depuis le 1^{er} juillet 1998, moment à partir duquel son épouse s'est acquittée de la même redevance. Or, une perception double effectuée à titre privé sur le ménage du recourant est inadmissible, à teneur de l'art. 68 al. 2 LRTV.

Billag SA est tenue au remboursement des sommes indûment facturées, un délai de prescription de cinq ans à compter de l'exigibilité de la redevance étant toutefois applicable (art. 47 aORTV; art. 61 ORTV).

10-182

Beschwerde gegen Radio- und Fernsehempfangsgebühr abgelehnt

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. Juli 2010 (A-3468/2010)

Das Bundesverwaltungsgericht lehnte eine Beschwerde, welche eine Befreiung von der Radio- und Fernsehgebühr verlangte, ab, da der Beschwerdeführer im fraglichen Zeitraum bei der Billag AG als gebührenpflichtig angemeldet war.

10-183

BVGer lehnte Befreiung von Radio- und Fernsehempfangsgebühr ab

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. August 2010 (A-3292/2010)

Das Bundesverwaltungsgericht lehnte eine Beschwerde gegen die Radio- und Fernsehempfangsgebühren ab, da eine Gebührenpflicht bestehe und der Beschwerdeführer auch nicht von einer Gebührenbefreiung profitieren könne.

10-184

Beschwerde gegen provisorische Konzession für TVO AG abgewiesen

Anordnungsgrund; Entscheidungsprognose; provisorische Konzession; rechtliches Gehör; verhältnismässigkeit; Vorsorgliche Massnahme; Zwischenverfügung

Art. 86 Abs. 4 RTVG

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. August 2010 (A-897/2010)

Das Bundesverwaltungsgericht lehnte eine Beschwerde gegen eine provisorische Konzession für eine Fernsehstation ab, da die Prüfungskriterien der Entscheidungsprognose, des Anordnungsgrundes und der Verhältnismässigkeit als erfüllt beurteilt wurden.

Das UVEK erteilte mit Verfügung vom 31. Oktober 2008 der TVO AG die Konzession für das Versorgungsgebiet Nr. 11 (Region Ostschweiz) und wies die Bewerbung der Tele Sântis AG ab. Das Bundesverwaltungsgericht hiess eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde des Gründers der Tele Sântis AG gut, da die Vorinstanz den Sacherhalt in Bezug auf die Konzessionsvoraussetzung der fehlenden Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt mangelhaft abgeklärt habe. Da damit die ursprüngliche Verfügung des UVEK aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung zurückgewiesen wurde, ersuchten sowohl die TVO AG als auch die Tele Sântis AG um Erteilung einer Übergangskonzession. Das UVEK hiess mit Zwischenverfügung vom 29. Januar 2010 das Gesuch der TVO AG gut und erteilte dieser eine provisorische Veranstalterkonzession mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil für das Versorgungsgebiet Nr. 11. Gegen diese Zwischenverfügung erhob der Gründer der Tele Sântis AG Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragte deren Aufhebung.

Aus den Anträgen und der Beschwerdebegründung gehe hervor, so einleitend das Bundesverwaltungsgericht, dass lediglich die an die TVO AG erteilte Konzession angefochten werde. Es werde jedoch nicht geltend gemacht, dass das Gesuch der Tele Sântis AG zu Unrecht abgewiesen worden sei, weswegen dies nicht Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bilde. Danach beschäftigte sich das Bundesverwaltungsgericht mit der Frage, ob die vorliegende Zwischenverfügung überhaupt anfechtbar sei. Dazu führte es aus, dass die Tatsache, dass ein Bewerber über eine provisorische Konzession verfüge, sich nicht nachteilig auf den Entscheid über die Zuteilung der definitiven Konzession auswirken sollte. Die Frage, ob unter den vorliegenden Umständen von einem nicht wieder gutzumachenden Nachteil gesprochen werden könne, sei zweifelhaft, könne jedoch offengelassen werden, da die vorliegende Beschwerde aus anderen Gründen sowieso abzuweisen sei. Weiter stellte sich dem Bundesverwaltungsgericht die Frage, ob vorliegend die Erteilung einer Übergangskonzession rechtlich überhaupt möglich war. Diesbezüglich vertrat es die Ansicht, dass hier der Erlass einer provisorischen Konzession in Form einer vorsorglichen Massnahme grundsätzlich zulässig sei. Gemäss Rechtsprechung und Lehre bedürfe es für den Erlass vorsorgli-

cher Massnahmen im nicht streitigen, erstinstanzlichen Verfahren keiner ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage, sondern es genüge eine implizite Grundlage, die sich aus den materiellrechtlichen Bestimmungen, deren Durchsetzung gesichert werden soll, ergebe. Vorliegend sei in Art. 86 Abs. 4 RTVG ein Verbot für vorsorgliche Massnahmen im Verfahren der Aufsicht über redaktionelle Sendungen statuiert. Daraus schloss das Bundesverwaltungsgericht, dass in allen anderen Bereichen das RTVG dem Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht entgegenstehe, da sonst diese Bestimmung sinnlos wäre. Weiter widersprach das Bundesverwaltungsgericht der Ansicht des Beschwerdeführers, dass vorliegend minimale Ausschreibungskriterien hätten festgelegt und bekannt geben werden müssen. Nachdem sowohl die Beschwerdegegnerin als auch der Beschwerdeführer ein Gesuch eingereicht hätten und ein dritter Bewerber sowieso nicht infrage gekommen wäre, sei nichts daran auszusetzen, dass diese Übergangskonzession im Vorfeld nicht öffentlich ausgeschrieben worden sei. Auch eine Verletzung des rechtlichen Gehörs lehnte das Bundesverwaltungsgericht ab, da sich der Beschwerdeführer im Rahmen des Massnahmeverfahrens ausreichend habe einbringen können und ihm auch keine für den Entscheid wesentlichen Unterlagen vorenthalten worden seien. Ebenso wäre eine allfällige Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör im vorliegenden Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht geheilt worden. Das Bundesverwaltungsgericht prüfte nun konkret, ob die vorsorgliche Massnahme die dafür erforderlichen Voraussetzungen erfüllte. Dabei führte es zuerst eine Entscheidungsprognose durch, untersuchte weiter den Anordnungsgrund und prüfte schliesslich die angeordnete Massnahme auf ihre Verhältnismässigkeit. Bei der Erstellung einer Entscheidungsprognose war das Bundesverwaltungsgericht der Ansicht, dass der Streitgegenstand in der Hauptsache noch einer eingehenden Prüfung bedürfe und diesbezüglich noch weitgehend Unklarheit bestehe. Es könne noch keine eindeutige Prognose angestellt werden, weswegen Zurückhaltung auszuüben sei, bis die notwendigen Sachverhaltsabklärungen getätigt würden. Somit sei die offene Erfolgsprognose hinzunehmen, und am Vorgehen der Vorinstanz sei nichts auszusetzen. Weiter war das Bundesverwaltungsgericht der Ansicht, dass die Vorinstanz zu Recht das Vorliegen eines Anordnungsgrunds bejaht habe. Würde vorliegend keine vorsorgliche Massnahme erlassen, würde die TVO AG in eine existenzbedrohende Situation geraten, da sie aufgrund der ausfallenden Gebührengelder Stellen abbauen müsste, was wiederum eine massive Einschränkung ihres Fernsehprogramms zur Folge hätte. Somit würden ohne vorsorgliche Massnahme einerseits der TVO AG ernsthafte wirtschaftliche Nachteile erwachsen, andererseits wäre der Service public im betreffenden Sendegebiet nicht mehr gewährleistet, was Nachteile für die Öffentlichkeit bedeuten würde. Bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit bezeichnete das Bundesverwaltungsgericht die provisorische Konzession als geeignet und erforderlich, um das öffentliche Interesse an einem regionalen Service public vorläufig sicherzustellen. Bezüglich der Verhältnismässigkeitsprüfung im engeren Sinne war das Bundesverwaltungsgericht schliesslich der Meinung, «dass mit Erteilung der Übergangskonzession an die Beschwerdegegnerin das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung des regionalen Service public besser sichergestellt ist. Die Beschwerdegegnerin ist in der Lage, in per-

soneller wie betrieblicher Hinsicht auf eine bereits bestehende Infrastruktur greifen zu können und dem Leistungsauftrag gemäss der provisorischen Konzession umgehend und ohne Unterbruch nachzukommen. Die Erteilung der Übergangskonzession an die Beschwerdegegnerin erweist sich somit als verhältnismässig.»

10-185

Gebührenpflicht blieb wegen unterlassener Abmeldung bestehen

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 9. September 2010 (A-2923/2010)

Das Bundesverwaltungsgericht entschied im vorliegenden Urteil, dass die Beschwerdeführerin in einem umstrittenen Zeitraum der Gebührenpflicht unterliege, da sie die Billag AG schriftlich von der Betriebseinstellung der Empfangsgeräte bzw. über die Auflösung ihres Haushalts und ihren Wegzug ins Ausland hätte orientieren müssen.

10-186

«10vor10»-Beitrag über Verbindungen der FDP zur Pharmaindustrie verletzte Sachgerechtigkeitsgebot

Meinungsbildung des Publikums; Sachgerechtigkeitsgebot

Art. 4 Abs. 2 RTVG

Entscheid der UBI vom 19. Februar 2010 (b.610) – nicht rechtskräftig

Die UBI hatte einen «10vor10»-Beitrag zum Thema der Verbindungen der FDP zur Pharmaindustrie bzw. zur Pharma-lobby zu beurteilen. Sie kam dabei zum Schluss, dass das Sachgerechtigkeitsgebot nach Art. 4 Abs. 2 RTVG verletzt wurde, weil die Redaktion die erforderliche kritische Distanz gegenüber der formulierten These der Verbandlung der FDP mit der Pharma-lobby nicht gewahrt und über die Tragweite wesentlicher, für die Meinungsbildung relevanter Aspekte nicht transparent informiert habe.

Das Schweizer Fernsehen strahlte am 1. Juli 2009 im Rahmen der Sendung «10vor10» einen Beitrag mit dem Titel «FDP und die Pharma-lobby» aus. Im gut sechsminütigen Beitrag wurde die These vertreten, die FDP sei besonders stark mit der Pharma-lobby verbandelt. Die Redaktion stützte die These hauptsächlich auf zwei Belege. Erstens sei es zu Personalrochaden zwischen dem Generalsekretariat der FDP und Unternehmen bzw. Interessengruppen der Pharmaindustrie gekommen. Zweitens hätten einzelne FDP-Parlamentarier Besucherkarten für den Zutritt ins Bundeshaus an Personen mit Verbindungen zur Pharmaindustrie bzw. zur Pharma-lobby vergeben. Zu diesen Vorbringen konnten im Beitrag nebst dem damaligen FDP-

Bundesrat und Gesundheitsminister Pascal Couchepin zwei Nationalrätinnen (unter ihnen die Fraktionspräsidentin) und ein Ständerat der FDP Stellung nehmen. Ebenfalls zu Wort kamen eine SP-Ständerätin sowie ein Politologe. Gegen den Beitrag erhoben die FDP, die Liberalen Beschwerde und rügten einen Verstoss gegen das Sachgerechtigkeitsgebot nach Art. 4 Abs. 2 RTVG.

Die UBI schätzte das Vorwissen des Publikums in Bezug auf die Vergabe von Besucherkarten zum Bundeshaus als gering ein, weshalb die Meinungsbildung des Publikums vorab auf dem ausgestrahlten Beitrag beruhe. Dieser suggeriere, dass der Vergabe von Besucherkarten grosse Bedeutung zukomme als Beleg für die Verandelung. Tatsächlich aber habe dieser Beleg nur beschränkte Aussagekraft, was für das Publikum mangels weiterführender oder relativierender Informationen nicht erkennbar gewesen sei. Auch bezüglich des zweiten Belegs, des Hinweises auf Personalrochaden, sei die mangelnde Aussagekraft für das Publikum nicht ohne Weiteres ersichtlich gewesen, und relativierende Hinweise seien nicht als solche wahrgenommen worden. Zudem habe die Redaktion die erforderliche kritische Distanz gegenüber der formulierten These der Verandelung nicht gewahrt und sich praktisch ausschliesslich auf die Erwähnung und Hervorhebung von unbestrittenen Argumenten beschränkt, welche ihre These unterstützten. Gleichzeitig habe es die Redaktion unterlassen, für die Meinungsbildung relevante Fakten in den Beitrag einfließen zu lassen, um dem Publikum die erforderliche Transparenz in Bezug auf die wesentlichen Fakten und deren Tragweite zu vermitteln. Zentrale journalistische Sorgfaltspflichten seien diesbezüglich nicht eingehalten worden, und das Publikum habe sich zum beanstandeten Beitrag keine eigene Meinung bilden können. Aus diesen Gründen hat die Mehrheit der UBI-Mitglieder beschlossen, die Beschwerde gutzuheissen (Stimmenverhältnis 5:4, Stichentscheid des Präsidenten).

Die vier unterlegenen UBI-Mitglieder haben ihre abweichende Meinung in einer Dissenting Opinion dargelegt. Sie erachteten die Möglichkeit des Publikums zur freien Meinungsbildung als nicht beeinträchtigt. Behauptungen der Redaktion und umstrittene Standpunkte seien für das Publikum von Anfang bis Ende des Beitrags ohne Weiteres als solche erkennbar gewesen. Die Zuschauer hätten die einzelnen Positionen einordnen und sich zur These eine eigene Meinung bilden können. Entgegen der Mehrheitsmeinung beurteilten die Vertreterinnen und Vertreter der Minderheitsmeinung überdies das Vorwissen des Publikums als nicht gering, sondern ansehnlich. Relevant sei dabei das Vorwissen bezüglich eines bestimmten Themenbereichs und nicht das Vorwissen bezüglich bestimmter Aspekte oder Belege wie der Vergabe von Besucherkarten. Zudem hätten mediengewandte Vertreterinnen und Vertreter der FDP ausreichend Gelegenheit gehabt zur Stellungnahme, und zwar sowohl zur These wie zum Begründungselement der Besucherkarten. Damit sei ein Gegengewicht zur formulierten These gesetzt worden. Schliesslich betonte die Minderheit die im Rahmen der Programmautonomie und der Beurteilung von im Rahmen eines Informationsmagazins ausgestrahlten Beiträgen zu beachtende behördliche Zurückhaltung. Die Minderheit der UBI-Mitglieder kam zum Schluss, dass der Beitrag das Sachgerechtigkeitsgebot nach Art. 4 Abs. 2 RTVG nicht verletze.

Anmerkungen Dieser Entscheid ist sehr knapp ausgefallen, und die Beurteilung des beanstandeten Beitrags erweist sich insgesamt als zu streng. Der Beitrag ist im Stile des anwaltschaftlichen Journalismus gestaltet, wobei sich die «10vor10»-Journalisten zu Vertretern der These machen, die FDP sei stark mit der Pharmaindustrie bzw. der Pharmalobby verbandelt und deshalb in ihrer Entscheidungsfindung nicht frei. Anwaltschaftlicher Journalismus ist unter den Kriterien des Programmrechts erlaubt, sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gehören dazu die Erkennbarkeit des anwaltschaftlichen Stils und die Beachtung einer erhöhten journalistischen Sorgfaltspflicht beim Vorliegen eines erheblichen materiellen oder immateriellen Schadenrisikos für die Betroffenen. Beim Kriterium der Erkennbarkeit ist entscheidend, dass der Beitrag insgesamt nicht manipulativ wirkt. Der Umfang der erforderlichen journalistischen Sorgfalt richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls und ist abhängig vom Charakter und den Eigenheiten des Sendegefässes sowie dem Vorwissen des Publikums (BGE 131 II 253 E. 2.2 S. 256 f.).

Zur Frage der Erkennbarkeit des anwaltschaftlichen Journalismus äussert sich die Mehrheitsmeinung nur am Rande und vermischt diese mit Kriterien der Sorgfaltspflicht, wie Unvoreingenommenheit, faire Anhörung von Vertretern der gegnerischen Auffassung, Transparenz von Fakten und Vorwissen des Publikums. Ausschlaggebend für den Gutheissungsentscheid der Mehrheit der UBI-Mitglieder waren letztlich deren Beurteilung des Vorwissens des Publikums und die Bedeutung, welche sie diesem Kriterium bei der Überprüfung der Einhaltung des Sachgerechtigkeitsgebots zumassnen. Die Mehrheitsmeinung verkennt dabei, dass als Kriterium für die erforderliche Sorgfalt nicht das Vorwissen bezüglich gewisser Aspekte eines Themas wie etwa der Aussagekraft von Besucherkarten relevant ist, sondern das Vorwissen bezüglich eines bestimmten Themenbereichs überhaupt. Ohnehin können diese und weitere Kriterien der journalistischen Sorgfalt überhaupt erst relevant sein, nachdem geprüft und bejaht worden ist, dass der Beitrag auf das Publikum insgesamt manipulativ wirkte. Gerade diese Frage der Manipulation, die «erste und zwingende Hürde einer Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots» (C. B. Graber, in: medialex 2005, 101 ff., 104), hat die Mehrheitsmeinung aber nicht bzw. nur in Vermischung mit Fragen der journalistischen Sorgfaltspflicht geprüft. So äusserte sich die UBI auch nicht zur nach einer Visionierung des Beitrags wirklich interessanten und entscheidenden Frage, ob die Gestaltung mittels Computeranimation und schneller Wechsel zwischen Grafiken, Animationssequenzen und Filmeinspielungen mit Stellungnahmen auf das Publikum insgesamt manipulativ wirkte. Die Minderheit der UBI-Mitglieder betont in ihrer Dissenting Opinion zu Recht, dass sich durch die Gestaltung und den dramaturgischen Aufbau des Beitrags gerade der Stil des anwaltschaftlichen Journalismus erkennen liess, sodass keine Manipulation vorlag. Die «10vor10»-Journalisten gaben zu erkennen, dass sie sich zu Vertretern einer These machen, und umstrittene Standpunkte waren für das Publikum von Anfang bis Ende des Beitrags als solche erkennbar. Die SRG hat den Fall an das Bundesgericht weitergezogen.

Dr. iur. Thomas Steiner, Luzern

10-187

Beiträge zur Schweinegrippe verletzen Sachgerechtigkeitsgebot nicht

Mängel in Nebenpunkten; Sachgerechtigkeitsgebot

Art. 4 Abs. 2 RTVG

Entscheid der UBI vom 19. Februar 2010 (b.609)

Die UBI lehnte eine Beschwerde gegen zwei Beiträge von «Puls» und einen von «10vor10» in Zusammenhang mit der Schweinegrippe ab, da sich das Publikum zu den behandelten Themen eine eigene Meinung bilden können und Mängel nur in Nebenpunkten vorliegen würden.

Das Schweizer Fernsehen strahlte in der Sendung «Puls» einen Beitrag zur Schweinegrippe aus, worin sich zwei Experten zu grundlegenden Fragen rund um die Grippe äusserten. Auch «10vor10» widmete in einer seiner Sendungen dem Thema einen Schwerpunkt in seiner Berichterstattung und thematisierte in mehreren Berichten die aktuelle Situation im In- und Ausland und weitere, im Zusammenhang mit dem Virus relevante Aspekte. «Puls» strahlte später einen weiteren Beitrag zur Schweinegrippe aus, worin die aktuellen und historischen Aspekte im Zusammenhang mit der neuen Grippe erörtert wurden. Gegen diese drei Beiträge wurde Beschwerde erhoben.

Die UBI hielt zu Beginn allgemein fest, dass die drei beanstandeten Beiträge getrennt voneinander auf ihre Vereinbarkeit mit dem Sachgerechtigkeitsgebot (Art. 4 Abs. 2 RTVG) zu prüfen seien. In einem ersten Beschwerdepunkt wurde die Verwendung des Begriffs Schweinegrippe beanstandet. Dazu führte die UBI aus, dass dieser Begriff zwar auf den ersten Blick irreführend sein könne, er sich aber umgangssprachlich nicht nur in der Schweiz, sondern weltweit als Synonym für die pandemische Grippe (H1N1) eingebürgert habe. Zudem hätten Gesundheitsbehörden wie die WHO und das BAG diese Bezeichnung ebenfalls noch eine gewisse Zeit verwendet. Die Meinungsbildung des Publikums zu den drei beanstandeten Beiträgen sei deshalb durch die Verwendung des Ausdrucks Schweinegrippe nicht beeinträchtigt worden. Im ersten Beitrag von «Puls» monierte der Beschwerdeführer, dass die Anzahl der Todesopfer viel zu hoch angegeben worden sei. Ebenso rügte er die Computeranimation zur Entstehung von neuen Gruppenviren. Die UBI war jedoch der Ansicht, dass die zwei gerügten Aspekte nur Mängel in Nebenpunkten darstellen würden, welche nicht geeignet seien, die freie Meinungsbildung des Publikums infrage zu stellen. Ebenso habe der Beitrag keine unnötige Panik beim Publikum geschürt, obwohl zum Zeitpunkt der Ausstrahlung der Sendung nicht zwangsläufig von einem relativ harmlosen Verlauf dieser pandemischen Grippe ausgegangen werden konnte. Der gleichen Ansicht war die UBI bezüglich des beanstandeten Beitrags in «10vor10», auch dieser habe nicht in unsachlicher Weise dramatisiert. Es hätten sowohl der Moderator, der befragte Experte als auch der damalige Direktor des BAG darauf hingewiesen, dass aufgrund des neuen Virus kein Grund bestehe, in Panik zu verfallen. Auch bei diesem Beitrag habe sich das Publikum zu den eigentlichen behandelten Themen eine eigene Meinung bilden können, wes-

halb das Sachgerechtigkeitsgebot nicht verletzt worden sei. Ebenso war die UBI beim zweiten «Puls»-Beitrag der Ansicht, dass die neue Grippe nicht in unsachlicher Weise dramatisiert worden sei. Die Redaktion und die beigezogenen Experten hätten vielmehr in transparenter Weise veranschaulicht, dass Grippeepidemien ganz unterschiedliche Folgen haben können. Allgemein habe sich das Publikum auch hier aufgrund der zahlreichen vermittelten Fakten und Meinungen von mehreren Experten eine eigene Meinung bilden können, weswegen auch hier nicht von einer Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots gesprochen werden könne.

10-188

Keine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots durch Berichterstattung über Pille «Yasmin»

Anwaltschaftlicher Journalismus; Sachgerechtigkeitsgebot

Art. 4 Abs. 2 RTVG

Entscheid der UBI vom 19. Februar 2010 (b.608); nicht rechtskräftig

Die UBI verneinte eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots durch drei Beiträge in «10vor10» über die schädlichen Nebenwirkungen der Pille «Yasmin», da das Publikum trotz der anwaltschaftlichen Ausrichtung der Berichte in der Lage gewesen sei, sich über die behandelten Themen eine eigene Meinung zu bilden.

In der Sendung «10vor10» auf SF 1 wurde ein Beitrag über die Geschichte eines Mädchens ausgestrahlt, welches mit 16 Jahren begonnen hat, die Antibabypille «Yasmin» zu nehmen und heute nach einer Lungenembolie schwerstbehindert ist. Am folgenden Tag strahlte «10vor10» einen weiteren Beitrag dazu aus, der sich vor allem mit Reaktionen zum Bericht des Vortags befasste und den Fall einer weiteren Patientin erörterte, der ein ähnliches Schicksal widerfuhr. «10vor10» strahlte danach nochmals einen Beitrag zur vorliegenden Thematik aus, anlässlich der Ankündigung von Swissmedic, man wolle eine Analyse zur betreffenden Thematik vornehmen. Dieser Beitrag behandelte das Risiko von Antibabypillen generell und «Yasmin» im Besonderen. Gegen diese drei Beiträge wurde von der Vertreterin der Pille «Yasmin» Beschwerde erhoben.

Die UBI hatte die drei beanstandeten Beiträge getrennt voneinander auf ihre Vereinbarkeit mit dem Sachgerechtigkeitsgebot (Art. 4 Abs. 2 RTVG) zu prüfen. Zum ersten Beitrag führte sie aus, dass dieser dem Konzept des anwaltschaftlichen Journalismus folge. Es werde nicht aus neutraler, distanzierter Weise berichtet, sondern aus dem Blickwinkel des mutmasslichen Opfers von Nebenwirkungen. Dabei sei dieser anwaltschaftliche Fokus für das Publikum klar erkennbar. Allgemein habe sich das Publikum zum Beitrag insgesamt und zu den wichtigsten darin behandelten Themen eine eigene Meinung bilden können. Die in der Anmoderation vorsichtig erhobene These des angeblich erhöhten Risikos von «Yasmin» sei durch

den anschliessenden Filmbericht kritisch hinterfragt worden. Dabei hätten gewichtige, nicht nur durch die Beschwerdeführerin vertretene Gegenargumente die These von «10vor10» grundsätzlich infrage gestellt. Dies habe es dem Publikum ermöglicht, sich eine eigene Meinung zur Aussagekraft dieser These zu bilden. Bezüglich des zweiten Beitrags war die UBI ebenfalls der Ansicht, dass sich das Publikum zum Risiko von Antibabypillen wie «Yasmin» und insbesondere zu den Reaktionen auf aufgetretene Fälle von Nebenwirkungen aufgrund der vermittelten Fakten und der Darstellung der – teilweise unterschiedlichen – Sichtweisen von wichtigen Exponenten eine eigene Meinung bilden konnte. Auch beim dritten Beitrag war die UBI der Meinung, dass die «10vor10»-Redaktion korrekt über den Anlass und den Inhalt der von Swissmedic beschlossenen Massnahmen berichtet habe. Die wesentlichen Fakten und Meinungen zu den behandelten Themen seien korrekt vermittelt worden, sodass sich das Publikum zu allen wesentlichen Elementen des Beitrags eine eigene Meinung habe bilden können.

10-189

UBI lehnt Beschwerde gegen Beiträge zur Minarettinitiative ab

Beachtung der Grundrechte; Diskriminierungsverbot; Menschenwürde; Sachgerechtigkeitsgebot; Verbot der Anstachelung zum Rassenhass

Art. 4 Abs. 1, 2, Art. 6 Abs. 2 RTVG

Entscheid der UBI vom 23. April 2010 (b.612)

Eine Beschwerde gegen zwei Beiträge von «10vor10» und der «Tagesschau» zu den Plakaten zur Minarettinitiative wurde von der UBI abgewiesen, da durch das Zeigen dieser Plakate die programmrechtlichen Bestimmungen von Art. 4 Abs. 1 und 2 RTVG nicht verletzt worden sind.

In den Nachrichtensendungen «Tagesschau» und «10vor10» wurden Beiträge über die Kontroverse um das Plakat der Befürworter der Minarettinitiative ausgestrahlt. Gegen diese beiden Berichte wurde bei der UBI Beschwerde erhoben und moniert, dass durch das lange und teilweise grossflächige Zeigen des Plakats in beiden Ausstrahlungen verschiedene Programmbestimmungen verletzt worden seien. Einerseits sei gegen die Beachtung der Grundrechte, gegen das Verbot der Anstachelung zum Rassenhass, gegen den Schutz der Menschenwürde und gegen das Diskriminierungsverbot gemäss Art. 4 Abs. 1 RTVG verstossen worden. Andererseits habe man das Sachgerechtigkeitsgebot gemäss Art. 4 Abs. 2 RTVG missachtet.

Die UBI verneinte in einem ersten Teil ihrer Prüfung eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots, da sich das Publikum zu den beiden Beiträgen frei eine eigene Meinung habe bilden können. Während in der «Tagesschau» primär die Haltung der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus und der Städte zu den Plakaten thematisiert worden sei, hätten im Bericht von

«10vor10» die Reaktionen der Muslime im Zentrum gestanden. Dabei seien für die Zuschauer der Umstand und die Gründe für den Streit um die Plakate klar zum Ausdruck gekommen, und das Zeigen der Plakate habe dazu gedient, die in den Beiträgen thematisierte Problematik zu veranschaulichen. Zudem sei auch bezüglich des übrigen Inhalts der Beiträge die Transparenz jederzeit gewährleistet gewesen, das Publikum habe ohne Weiteres zwischen Fakten und einzelnen Meinungen zu den behandelten Themen unterscheiden können. Auch die der freie Meinungsbildung des Publikums zur bevorstehenden Abstimmung sei nicht beeinträchtigt worden, da die parallel dazu ausgestrahlten Reaktionen zum Plakatinhalt und insbesondere zu den zu Langstreckenwaffen verfremdeten Minaretten in beiden Beiträgen äussert kritisch und mehrheitlich negativ gewesen seien. Der Vorwurf der unzulässigen Schleichwerbung wurde von der UBI ebenso abgelehnt, da die Bilder nicht einem Selbstzweck, sondern der Illustrierung der in den Beiträgen behandelten Problematik und damit der Information gedient hätten. Obwohl daraus ein nicht unerheblicher indirekter Werbeeffekt für die Anliegen der Initianten entstanden sei, müsse berücksichtigt werden, dass praktisch jeder ausgestrahlte redaktionelle Beitrag für die gezeigten Personen, Unternehmen oder Organisationen indirekte Werbeeffekte mit sich bringe. Solche im Zusammenhang mit der Vermittlung von Informationen entstehenden indirekten Werbeeffekte seien hinzunehmen. Ob die Initianten mit dem Plakat bewusst provozieren wollten, um damit Publizität und Aufmerksamkeit in den Medien zu erreichen, sei für die programmrechtliche Beurteilung nicht relevant, da die Programmautonomie auch die freie Themenwahl beinhalte (Art. 6 Abs. 2 RTVG). In einem zweiten Teil prüfte die UBI, ob ein Verstoss gegen Art. 4 Abs. 1 RTVG und somit namentlich gegen den Schutz religiöser Gefühle, gegen die Menschenwürde oder gegen das Verbot, diskriminierende oder zum Rassenhass beitragende Sendungen auszustrahlen, vorliege. Auch diesbezüglich war sie der Ansicht, dass die von den beiden beanstandeten Ausstrahlungen vermittelte Botschaft in keinem Widerspruch zu den in Art. 4 Abs. 1 RTVG verankerten Mindestanforderungen an Sendeinhalte stehe. In den Beiträgen würden die teilweise heftigen Reaktionen auf die Plakate thematisiert, wodurch für das Publikum die damit verbundene Problematik erkennbar geworden sei. Die Beiträge würden öffentlich zur Debatte stellen, ob die Plakate allenfalls diskriminierend und menschenverachtend seien, rassistische Gefühle schürten oder religiöse Gefühle verletzen. Dabei habe das Zeigen der Plakate jeweils ausschliesslich zum Veranschaulichen der im Beitrag behandelten Kontroversen gedient und sei deswegen in den Kontext der behandelten Themen eingebettet gewesen.

3. Strafrecht

3.3 Rechtsgüter der Allgemeinheit

10-190

Beschwerde gegen Verurteilung wegen Leugnung des Völkermords an den Armeniern abgewiesen

Rechtliches Gehör; Rassendiskriminierung; Willkür

Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB

Urteil des Bundesgerichts vom 16. September 2010 (6B_297/2010)

Das Bundesgericht wies eine Beschwerde gegen eine Verurteilung wegen der Leugnung des Völkermords an den Armeniern (Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB) ab, da ein sehr breiter wissenschaftlicher Konsens über die Einstufung dieser Ereignisse als Völkermord bestehe und keine willkürliche Sachverhaltsfeststellung erkennbar sei.

Ein Europavertreter der türkischen Arbeiterpartei erklärte an einer öffentlich zugänglichen Pressekonferenz, dass es sich bei den während des Ersten Weltkriegs ab 1915 durch das Osmanische Reich am armenischen Volk begangenen Massakern und den erfolgten Deportationen nicht um einen Völkermord gehandelt habe. Die Völkermordbehauptung sei eine internationale und historische Lüge. Er wurde daraufhin wegen Rassendiskriminierung im Sinne von Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB verurteilt. Die zwei Organisatoren der Pressekonferenz, denen zumindest in groben Zügen bekannt war, welche Statements abgegeben würden, wurden wegen Gehilfenschaft zur Rassendiskriminierung gemäss Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB schuldig gesprochen. Gegen diesen Entscheid des Obergerichts erhoben die drei Beschuldigten Beschwerde.

Bezüglich der Qualifikation als Völkermord verwies das Bundesgericht auf seinen Entscheid 6B_398/2007 vom 19. Dezember 2007 und die dazugehörige Begründung, worin es zusammenfassend ausgeführt habe, dass sowohl in der Öffentlichkeit als auch in der Wissenschaft ein sehr breiter Konsens über die Einstufung der Ereignisse von 1915 als Völkermord bestehe. Auch im vorliegenden Fall war das Bundesgericht der Ansicht, dass der Beschwerdeführer nicht aufzeigen konnte, dass und inwiefern bei der Qualifikation der Ereignisse von 1915 als Völkermord willkürlich entschieden worden sei oder der Gehörsanspruch des Beschwerdeführers verletzt worden sei. Weiter war es der Ansicht, dass im Entscheid der Vorinstanz rassistische Beweggründe im Rahmen einer Gesamtwürdigung positiv festgestellt worden seien. Auch dabei sei keine offensichtlich unrichtige oder willkürliche Sachverhaltsfeststellung erkennbar, weswegen die Beschwerde abzuweisen sei.

10-191

Journalist aufgrund der Anwendung des materiellen Geheimnisbegriffs auf Art. 293 StGB freigesprochen

Formeller Geheimnisbegriff; Geheimhaltungsinteresse; materieller Geheimnisbegriff; Meinungsäusserungsfreiheit; Pressefreiheit

Art. 293 StGB

Urteil der Gerichtspräsidentin 16 des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen vom 17. Februar 2010

Ein Journalist wurde vom Vorwurf der Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen gemäss Art. 293 StGB freigesprochen, da nach der Anwendung des materiellen Geheimnisbegriffs das Interesse an der Information der Öffentlichkeit gegenüber der Geheimhaltung überwog.

Dem Journalisten wurde vorgeworfen, in der «NZZ am Sonntag» Passagen aus einem bislang unveröffentlichten Gesuch eines ausserordentlichen Staatsanwalts an den Nationalratspräsidenten um Aufhebung der parlamentarischen Immunität von Nationalrat Brunner wiedergegeben zu haben. Namentlich habe der Angeschuldigte im besagten Zeitungsartikel Aussagen des ausserordentlichen Staatsanwalts zitiert sowie Auszüge aus den im Gesuch teilweise wiedergegebenen Aussagen aus den Einvernahmeprotokollen der Herren Eberle und Brunner wörtlich bzw. ins Deutsche übersetzt veröffentlicht. Mit diesem Sachverhalt hatte sich die Gerichtspräsidentin 16 des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen auseinandergesetzt.

Dabei führte die Gerichtspräsidentin aus, dass sich hier primär die Frage stelle, ob der Angeschuldigte durch die Veröffentlichung einzelner Passagen des Schreibens den Tatbestand von Art. 293 StGB unbesehen von der Bedeutung der dabei veröffentlichten Informationen erfüllt habe (formeller Geheimnisbegriff), oder ob es hierzu eines konkreten Geheimhaltungsinteresses bedürfe und somit die Veröffentlichung eines materiellen Geheimnisses vorausgesetzt werde. Bei ihrer nachfolgenden Auslegung erläuterte die Gerichtspräsidentin zuerst, dass nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein formeller Geheimnisbegriff angewendet werde, wonach allein die Geheimhaltungserklärung durch Gesetz oder behördlichen Beschluss massgebend sei, nicht aber die Frage, ob die Indiskretion tatsächlich zu einer Beeinträchtigung des Willensbildungsprozesses geführt habe. Im Gegensatz dazu werde in der Lehre grösstenteils auf einen materiellen Geheimnisbegriff abgestellt, wonach eine Tatsache geheim sei, wenn sie nur einem begrenzten Personenkreis bekannt oder zugänglich sei, der Geheimnisträger sie geheim halten wolle und er hierzu ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse habe. Auch der EGMR habe sich in der Angelegenheit *Stoll c. Suisse* mit der Frage des Geheimnisbegriffs von Art. 293 StGB befasst und sei dabei zum Schluss gekommen, dass der formelle Geheimnisbegriff eine letztinstanzliche Prüfung der Zulässigkeit eines Eingriffs in Art. 10 EMRK nicht hindere. Da Art. 293 Abs. 3 StGB dem Richter eine Abwägung zwischen den Interessen an der Geheimhal-

tung und der Publikation erlaube, so der EGMR, verletze das Festhalten am formellen Geheimnisbegriff bezüglich Art. 293 StGB die Bestimmungen der EMRK nicht. Die Gerichtspräsidentin war hingegen der Ansicht, dass der formelle Geheimnisbegriff, wie er in der Sache Stoll vom Bundesgericht vertreten wurde, den Anforderungen des EGMR an eine Interessenabwägung nicht genüge. Die im Rahmen von Art. 293 Abs. 3 StGB vorgenommene Abwägung zwischen Geheimhaltungsinteresse und Meinungsäusserungsfreiheit finde erstens nicht auf der Tatbestandsebene, sondern erst bei der Strafzumessung statt und zweitens eingeschränkt auf Fälle übermässiger Geheimniskrämerei. Dem EGMR sei dies offenbar nicht bewusst gewesen. Er habe wahrscheinlich die Überprüfung des Richters, ob die Geheimhaltungserklärung im konkreten Fall vertretbar erscheine und allenfalls nach Abs. 3 von Strafe Umgang zu nehmen sei, mit der als unabdingbar erklärten Interessenabwägung zwischen Geheimhaltungsinteresse und Meinungsäusserungsfreiheit und damit der Frage der Tatbestandsmässigkeit verwechselt. Den Ausführungen der Grossen Kammer, wonach es unerheblich sei, ob die Interessenabwägung die konstitutiven Tatbestandselemente oder einen aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrund betreffe, wäre nach Ansicht der Gerichtspräsidentin zuzustimmen, wenn bei beiden Fällen die Möglichkeit bestünde, den Angeklagten freizusprechen. Genau dies erlaube jedoch Abs. 3 nicht, denn es wäre ein Schuldspruch ohne Strafe auszusprechen. Zudem sei vorliegend die Verwendung des formellen Geheimnisbegriffs auch vom Resultat her störend, da jene Person, welche das Amtsgeheimnis verletzte, indem sie den Angeschuldigten mit dem Schreiben belieferte, nach dem materiellen Geheimnisbegriff zur Rechenschaft gezogen würde. Der Journalist hätte sich jedoch nach dem strengeren formellen Geheimnisbegriff zu verantworten, obwohl er ohne Amtsgeheimnisverletzung nicht zu den für die Publikation notwendigen Informationen gekommen wäre. Aufgrund dieser Überlegungen kam die Gerichtspräsidentin zum Schluss, dass beim Tatbestand der Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen vom materiellen Geheimnisbegriff auszugehen sei. Bei der anschliessenden Prüfung kam sie zum Ergebnis, dass der Angeschuldigte Tatsachen veröffentlicht habe, die der Öffentlichkeit bislang unbekannt waren. Weiter kam die Gerichtspräsidentin in ihren Erwägungen zum Resultat, dass anzunehmen sei, dass die Bundesanwaltschaft das Geständnis von Nationalrat Brunner, mit Walter Eberle Kontakt gehabt zu haben, aus ermittlungstaktischen oder anderen Gründen vor der Öffentlichkeit geheim halten wollte. Somit war noch zu prüfen, ob vorliegend das staatliche Geheimhaltungsinteresse das Interesse an der Meinungsäusserung und der Pressefreiheit überwiegt. Diesbezüglich war die Gerichtspräsidentin der Ansicht, dass das Eingeständnis von Nationalrat Brunner nur eine Bestätigung der Aussage des damaligen Bundesrates Blocher darstellte, wonach Brunner Eberle mit GPK-Dokumenten beliefert habe. Aus diesem Grund sei das Eingeständnis von Nationalrat Brunner nicht geeignet gewesen sei, die Meinungsbildung der Behörden einzuschränken. Sowohl die Bundesanwaltschaft wie die Rechtskommission des Nationalrates hätten genau über diese Informationen verfügt, und die Aussage von Blocher habe ihre Wirkung auf die Meinungsbildung bereits entfaltet. Selbst wenn man von der abstrakten Möglichkeit der Gefährdung der Meinungsbildung aus-

gehen würde, so die Gerichtspräsidentin weiter, sei das Interesse der Öffentlichkeit, über den Fortgang der Angelegenheit informiert zu sein, massiv höher zu gewichten als deren Geheimhaltung, da die Angelegenheit seit Wochen grosse Resonanz in den Medien ausgelöst habe. Durch die Veröffentlichung auf der Homepage der Partei von Nationalrat Brunner, aber auch durch die Medienmitteilung der Rechtskommission des Nationalrats sei das Thema schon lange von der juristischen auf die politische Ebene gebracht worden. Damit habe der Betroffene selber bewusst Öffentlichkeit geschaffen, weswegen ein überwiegendes Interesse an der Geheimhaltung zu verneinen sei. Aus diesem Grund sah die Gerichtspräsidentin den Tatbestand von Art. 293 Abs. 1 StGB nicht erfüllt und sprach den Angeschuldigten frei.

Anmerkungen Art. 293 Abs. 1 StGB, der Tatbestand der Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen, beschäftigt immer wieder Strafuntersuchungs- und Gerichtsbehörden in Zusammenhang mit über die Medien publizierten Indiskretionen. Diese gehen in der Regel von Akteuren aus Politik oder Verwaltung aus, welche auf dem Weg der Amtsgeheimnisverletzung bestimmte Ziele verfolgen und dafür die Medien einsetzen und auch instrumentalisieren. Die Medien ihrerseits gelangen so an Material mit teilweise erheblichem Newswert und dem Potenzial zum Primeur. Es besteht insoweit eine fast symbiotische, auf Interessengemeinsamkeiten beruhende Relation zwischen Medien und Informanten.

Die rechtlichen Risiken sind freilich sehr ungleich verteilt. Personen, welche das Amtsgeheimnis durch die Weitergabe von Informationen an die Medien verletzen, können nur selten belangt werden, weil sich Medien in der Regel auf den Quellenschutz und das Redaktionsgeheimnis berufen. Ferner profitieren Informanten von einem materiellen Geheimnisbegriff, wonach nur das als schützenswertes Geheimnis gilt, was allein einem kleinen Personenkreis bekannt und von der zuständigen Behörde willentlich zum Geheimnis bestimmt worden ist; zudem muss das Geheimhaltungsinteresse das allfällige Interesse an ungehinderter Kenntnissgabe überwiegen. Demgegenüber konnten sich bis jetzt die Medienschaffenden einer Verurteilung nahezu gewiss sein, weil der Autor ja als Folge der Veröffentlichung bekannt war und überdies ein rein formeller Geheimnisbegriff galt, wo das Geheimhaltungsinteresse nicht mehr überprüft wurde. Mit anderen Worten: Die Praxis ist gegenüber den Medienschaffenden, also gegenüber den Boten, strenger als gegenüber den eigentlichen Verursachern der Geheimnisverletzung. Trotz Geltung der Meinungsäusserungs- und Medienfreiheit ist ein Freispruch des Informanten von einer Amtsgeheimnisverletzung als Resultat einer Interessenabwägung bei gleichzeitiger Verurteilung von Medienschaffenden auf der Basis von Art. 293 Abs. 1 StGB als Folge des formellen Geheimnisbegriffs grundsätzlich denkbar. Wegen der teilweise mangelnden Kompatibilität mit den erwähnten verfassungsmässigen Rechten wollte der Bundesrat diese Bestimmung in den 90er Jahren ersatzlos aufheben, aber als Folge der unter der Bezeichnung «Affäre Jagmetti» bekannt gewordenen Indiskretion wendete sich im Parlament das Blatt und es kam nur zu einer geringfügigen Normanpassung.

Genau diese Affäre führte bekanntlich zu einem grundlegenden Urteil der grossen Kammer des EGMR in der Angelegenheit Stoll gegen die Schweiz (69698/01). In diesem Urteil aus

dem Jahr 2007 stellte die Grosse Kammer fest, dass Art. 293 StGB ein legitimes Ziel verfolgt und im konkreten Fall die Bestrafung des Journalisten die Verhältnismässigkeit wahrte. Allerdings nahm die Grosse Kammer unter anderem eine Abwägung zwischen den Geheimhaltungs- und den Publikationsinteressen mit Blick auf den konkreten Fall vor. Dies entspricht einer verfassungsrechtlichen Methodik, aber nicht dem formellen Geheimnisbegriff, der eine Abwägung gerade ausschliesst. Nun ist es nicht die Aufgabe des EGMR, nationales Recht zu interpretieren, sondern allein zu prüfen, ob dieses Recht bzw. dessen Interpretation im Resultat die EMRK verletzt. Indes stellte der EGMR in einer doch eher wohlwollenden Beurteilung von Art. 293 und der Praxis fest, diese Bestimmung lasse gestützt auf den seit 1998 geltenden Abs. 3 eine Abwägung zu, weswegen der formelle Geheimnisbegriff im konkreten Fall nicht zu beanstanden sei.

Hier setzt das vorliegende Urteil ein und bringt aus nationaler Sicht eine erhebliche Klärung. Eine Strafbefreiung als Resultat einer Abwägung ist nicht einfach Straflosigkeit, ist kein Freispruch, weil der Verzicht auf Strafe erst bei der Strafzumessung stattfindet und ferner auf Geheimnisse von geringer Bedeutung beschränkt ist. Dies verletzt nach Ansicht der Gerichtspräsidentin 16 der Gerichtskreises VIII Bern-Laupen Art. 10 EMRK, denn bei der Publikation geringfügiger Geheimnisse muss eine Interessenabwägung möglich sein, die auch zu einem echten Freispruch führen kann. Kommt hinzu, dass auch bei nicht unbedeutenden Geheimnissen ein Publikationsinteresse bestehen kann. Daher wird in diesem Urteil die Auffassung vertreten, dass auch unter Art. 293 ein materieller Geheimnisbegriff Geltung haben sollte. In der Tat werden dadurch etliche Unstimmigkeiten beseitigt und wird u.a. eine echte Abwägung zwischen Geheimhaltungs- und Publikationsinteressen ermöglicht. Dies entspricht auch weit besser der Verfassungslage und -methodik. Es bleibt abzuwarten, ob sich dieser Ansatz in der Praxis durchsetzen wird. Wünschbar wäre es bei einem Verhalten, dessen Strafwürdigkeit Zweifeln unterliegt.

Prof. Urs Saxer, Zürich

3.4 Redaktionsgeheimnis

10-192

Durchbrechung des Quellenschutzes: nicht ohne vorherige richterliche Beurteilung

Beschlagnahme von Fotografien; Geltung des Quellenschutzes auch ohne explizite Zusicherung der Vertraulichkeit; Medienfreiheit; Notwendigkeit klarer Kriterien für die Abwägung; Notwendigkeit vorgängiger Beurteilung durch unabhängiges Gericht; Quellenschutz; Verbrechensaufklärung

Art. 10 EMRK

Urteil des EGMR (Grosse Kammer) vom 14. September 2010 (N° 38224/03 «Sanoma Uitgevers c. Niederlande»)

Journalisten der niederländischen Motorsportzeitschrift «Autoweek» fotografierten am 12. Januar 2002 ein illegales

Autorennen auf einem Industriegelände. Sie hatten den Teilnehmern Anonymität zugesichert. Die Redaktion wollte (anonymisierte) Aufnahmen des Rennens in ihrer Ausgabe vom 6. Februar publizieren. Am 1. Februar verlangten jedoch die Polizei und – nach einer ersten Weigerung der Redaktion – die Staatsanwaltschaft die Herausgabe der auf einer CD-ROM gespeicherten Originalfotos. Dem Anwalt der Zeitschrift wurde lediglich mitgeteilt, das Material diene der Aufklärung einer Angelegenheit, bei der es um Leben und Tod gehe. Die Behörden drohten dem Chefredaktor mit Beugehaft und mit der Schliessung des Unternehmens (das auch andere Publikationen herausgibt). Die Redaktion lenkte ein und übergab die CD-ROM am 2. Februar unter Protest der Staatsanwaltschaft.

Erst ein halbes Jahr später (am 5. September 2002) erklärte die Staatsanwaltschaft vor dem Bezirksgericht, zu welchem Zweck sie die Aufnahmen herausverlangt hatte. Es gehe ihr nicht um das illegale Autorennen, sondern um die Fahrer eines Audi RS4, die vermutlich in eine Serie von Überfällen auf Geldautomaten verwickelt waren. Diese Überfälle waren mit einem Lastwagen durchgeführt worden, dem der Audi gefolgt war. Während eines Überfalls am 1. Februar 2002 hatte die Polizei beobachtet, wie der Lastwagenfahrer in den Audi umgestiegen war. Bei jenem Überfall hatten die Täter einen Passanten mit einer Schusswaffe bedroht.

In dieser Angelegenheit verneinte die 3. Kammer am 31. März 2009 mit 4 gegen 3 Stimmen eine Missachtung von Art. 10 EMRK (vgl. medialex 2/09, Urteil 09-69, S. 99f.). Die Durchbrechung des Quellenschutzes sei unter den fraglichen Umständen verhältnismässig gewesen: Die aufzuklärenden und möglicherweise noch drohenden Delikte beinhalteten eine Gefahr für Leib und Leben («threat of potentially lethal violence»), und den niederländischen Behörden fehlte eine vernünftige Alternative zur Lösung des Falles. Die 3. Kammer anerkannte zwar gravierende Mängel im niederländischen Verfahren, welches keine vorgängige richterliche Beurteilung (mehr) vorsah. Die Gerichtsmehrheit liess es aber bei einem Fingerzeig bewenden, da der Staatsanwalt – auch ohne rechtliche Verpflichtung – die Zustimmung des Untersuchungsrichters eingeholt (und erhalten) hatte und die Redaktion immerhin eine nachträgliche richterliche Überprüfung verlangen konnte. Die drei überstimmten Richter gaben zu bedenken, dass die Kammermehrheit ein gefährliches Signal an übereifrige Polizeibehörden aussende.

Die Grosse Kammer des Gerichtshofs (17 Mitglieder) teilte die Bedenken der Kammerminderheit und bejahte einstimmig eine Missachtung von Art. 10 EMRK. Sie konnte dabei die Frage offenlassen, ob die Schwere der aufzudeckenden Straftaten eine ausnahmsweise Durchbrechung des Quellenschutzes zu rechtfertigen vermochte. Das niederländische Verfahren litt bereits an einem wesentlichen Mangel, der für sich eine Missachtung der Meinungsfreiheit darstellte: Eine Beschränkung des Quellenschutzes verlangt eine ausreichende gesetzliche Grundlage. Sie hat nicht nur die Möglichkeit einer Durchbrechung zu umschreiben, sondern auch ausreichende verfahrensrechtliche Sicherungen zu enthalten. Dies gebietet die zentrale Funktion des Quellenschutzes für die Medien, die Informanten und die legitimerweise (auch) an anonymen Informationen interessierte Allgemeinheit:

«88. Compte tenu de l'importance vitale pour la liberté de la presse de la protection des sources des journalistes et des informations susceptibles de conduire à leur identification, toute atteinte au droit à la protection de pareilles sources doit être entourée de garanties procédurales, définies par la loi, en rapport avec l'importance du principe en jeu.

89. La Cour relève qu'une injonction de divulgation des sources peut avoir un impact préjudiciable non seulement sur les sources, dont l'identité peut être révélée, mais également sur le journal ou toute autre publication visés par l'injonction, dont la réputation auprès des sources potentielles futures peut être affectée négativement par la divulgation, et sur les membres du public, qui ont un intérêt à recevoir les informations communiquées par des sources anonymes (voir, *mutatis mutandis*, Voskuil, précité, § 71).»

Eine zentrale verfahrensrechtliche Anforderung ist laut Gerichtshof die Beurteilung eines Streits um die Grenzen des Quellenschutzes durch ein unabhängiges Gericht. Diese richterliche Güterabwägung hat vor der umstrittenen Übergabe des Informationsmaterials an die Strafbehörden zu erfolgen:

«90. Au premier rang des garanties exigées doit figurer la possibilité de faire contrôler la mesure par un juge ou tout autre organe décisionnel indépendant et impartial. Le principe selon lequel, dans les affaires concernant la protection des sources des journalistes, «le tribunal doit pouvoir contempler le tableau complet de la situation» a été souligné dans l'une des toutes premières affaires de cette nature, examinées par les organes de la Convention (*British Broadcasting Corporation c. Royaume-Uni*, n° 25794/94, adoptée par la Commission européenne le 18 janvier 1996). Le contrôle requis doit être mené par un organe, distinct de l'exécutif et des autres parties intéressées, investi du pouvoir de dire, avant la remise des éléments réclamés, s'il existe un impératif d'intérêt public l'emportant sur le principe de protection des sources des journalistes et, dans le cas contraire, d'empêcher tout accès non indispensable aux informations susceptibles de conduire à la divulgation de l'identité des sources.»

Praktische Schwierigkeiten vermögen laut EGMR keinen Verzicht auf präventive richterliche Beurteilung zu begründen. «91. La Cour se rend bien compte qu'il peut être impossible aux autorités de poursuite dans les cas urgents d'énoncer de manière détaillée les raisons qui justifient d'adresser une injonction ou une requête. En pareils cas, un contrôle indépendant mené à tout le moins avant que les éléments obtenus ne soient consultés et exploités devrait être suffisant pour permettre de déterminer si une question de confidentialité se pose et, le cas échéant, si, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, l'intérêt public invoqué par les autorités d'enquête ou de poursuite l'emporte sur l'intérêt public général à la protection des sources. Il est clair pour la Cour qu'un contrôle indépendant pratiqué seulement après la remise d'éléments susceptibles de conduire à l'identification de sources est inapte à préserver l'essence même du droit à la confidentialité.»

Die richterliche Abwägung müsse zudem auf möglichst klaren Kriterien beruhen.

«92. Eu égard à la nécessité d'un contrôle de nature préventive, le juge ou autre organe indépendant et impartial doit donc être en mesure d'effectuer avant toute divulgation cette mise en balance des risques potentiels et des intérêts respectifs,

relativement aux éléments dont la divulgation est demandée, de sorte que les arguments des autorités désireuses d'obtenir la divulgation puissent être correctement appréciés. La décision à prendre doit être régie par des critères clairs, notamment quant au point de savoir si une mesure moins intrusive peut suffire pour servir les intérêts publics prépondérants ayant été établis. Le juge ou autre organe compétent doit avoir la faculté de refuser de délivrer une injonction de divulgation ou d'émettre une injonction de portée plus limitée ou plus encadrée, de manière à ce que les sources concernées puissent échapper à la divulgation de leur identité, qu'elles soient ou non spécifiquement nommées dans les éléments dont la remise est demandée, au motif que la communication de pareils éléments créerait un risque sérieux de compromettre l'identité de sources de journalistes (voir, par exemple, *Nordisk Film & TV A/S (déc.)*, précitée). En cas d'urgence, une procédure doit pouvoir être suivie qui permette d'identifier et d'isoler, avant qu'elles ne soient exploitées par les autorités, les informations susceptibles de permettre l'identification des sources de celles qui n'emportent pas semblable risque (voir, *mutatis mutandis*, *Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c. Autriche*, n° 74336/01, §§ 62–66, CEDH 2007 XI).»

Eine nationale Rechtsordnung, welche den Entscheid über die Durchbrechung des Quellenschutzes der Staatsanwaltschaft zuweist, sei nicht ausreichend.

«93. Aux Pays-Bas, depuis l'entrée en vigueur de l'article 96a du code de procédure pénale, cette décision est confiée au procureur plutôt qu'à un juge indépendant. Si le procureur, comme tout agent public, est lié par les exigences de l'intégrité ordinaire, du point de vue procédural, il est une «partie» qui défend des intérêts potentiellement incompatibles avec la protection des sources des journalistes et il ne peut guère passer pour suffisamment objectif et impartial pour effectuer la nécessaire appréciation des divers intérêts en conflit.»

Dass aufgrund einer Weisung und der behördlichen Praxis – nicht aber des Gesetzestextes – ein Einschalten des Untersuchungsrichters vorgenommen wird, ist nach einhelliger Ansicht des EGMR keine genügende rechtsstaatliche Garantie. Ebenfalls nicht ausreichend sei eine bloss konsultative Stellungnahme einer gerichtlichen Behörde.

«94. La directive du 19 mai 1988 prévoyait dans sa section B (paragraphe 37 ci-dessus) que des éléments journalistiques ne pouvaient être légalement saisis qu'après ouverture d'une enquête judiciaire préliminaire et prononcés d'une ordonnance par un juge d'instruction. Le transfert au procureur par l'article 96a du code de procédure pénale du pouvoir de délivrer des injonctions de remise a toutefois rendu la directive en question inapte à garantir un contrôle indépendant. Du point de vue de la qualité de la loi, cette directive n'est dès lors d'aucune pertinence pour la présente espèce.

95. Il est vrai, cela dit, que la société requérante sollicite l'intervention du juge d'instruction et que sa demande fut accueillie. Souscrivant à la thèse du gouvernement, la chambre a estimé que l'intervention du juge d'instruction permettait de considérer qu'il avait été satisfait à l'exigence de garanties procédurales suffisantes.

96. La Grande Chambre estime quant à elle que l'on ne peut voir dans l'intervention du juge d'instruction en l'espèce une garantie adéquate. Elle relève d'abord que cette interven-

tion du juge d'instruction s'est faite en dehors de toute base légale. Nullement requise par la loi, elle dépendait uniquement du bon vouloir du procureur.

97. Ensuite, si le juge d'instruction fut appelé à intervenir, c'était dans un rôle qu'on peut qualifier de consultatif. Nul ne prétend que s'il avait été saisi d'un avis négatif du juge d'instruction le procureur aurait exigé la remise du CD-ROM, mais le fait demeure que le juge d'instruction n'avait aucune autorité légale en la matière, comme il l'a du reste lui-même reconnu (paragraphe 21 ci-dessus). Il n'avait donc pas la faculté de délivrer une injonction, de rejeter ou d'accueillir une demande d'injonction, ou de mettre des conditions ou des limites à une injonction.

98. Pareille situation ne peut guère être réputée compatible avec l'état de droit. La Cour ajoute qu'elle serait parvenue à cette conclusion sur chacun des deux aspects mentionnés s'ils avaient été considérés séparément.»

Der Gerichtshof unterstreicht, dass Mängel bei der präventiven Beurteilung nicht durch eine nachträgliche gerichtliche Überprüfung geheilt werden können.

«99. Ces déficiences ne furent pas purgées par le contrôle post-factum effectué par le tribunal d'arrondissement, tout aussi impuissant à empêcher le procureur et la police d'examiner les photographies stockées sur le CD ROM une fois celui-ci parvenu en leur possession.

100. En conclusion, la qualité de la loi était déficiente dans la mesure où il n'existait aucune procédure entourée de garanties légales adéquates qui eût permis à la requérante d'obtenir une appréciation indépendante du point de savoir si l'intérêt de l'enquête pénale qui était en cours devait l'emporter sur l'intérêt public à la protection des sources des journalistes. Il y a donc eu violation de l'article 10 de la Convention à raison du fait que l'ingérence incriminée n'était pas «prévue par la loi».

Verworfen hat die Grosse Kammer den grundlegenden Einwand der niederländischen Regierung, es sei gar nicht belegt, dass die «Autoweek»-Redaktion mit allen Teilnehmern des illegalen Rennens Vertraulichkeit vereinbart hatte. Der Quellenschutz hängt aber laut Gerichtshof nicht von einer derartigen Vereinbarung ab. Wann immer die Medienschaffenden bei der Enthüllung einer anonymen Informationsquelle mitwirken, drohe ein «chilling effect», welcher Art. 10 EMRK tangiere.

Anmerkungen Das unterinstanzliche Urteil der 3. EGMR-Kammer im Fall Sanoma wurde 2009 in diesen Spalten als (blosser) Wink mit dem Zaunpfahl bezeichnet. Die Grosse Kammer geht nun einen entscheidenden Schritt weiter und gebietet jeder Durchbrechung des Quellenschutzes entschieden Einhalt, wenn sie ohne vorgängige richterliche Beurteilung erfolgt. Mehr noch: Ein bloss faktisches Einschalten der Justiz genügt nicht, wenn die Behörden dazu keine gesetzliche Verpflichtung trifft. Der Gerichtshof formuliert die formellen Anforderungen im Bereich des Quellenschutzes mit einer in Strassburg nicht alltäglichen Deutlichkeit. Darüber hinaus unterstreicht er, dass der Quellenschutz nicht von Zusicherungen an Informanten oder einem eigentlichen Vertrauensverhältnis abhängt. Es besteht kein Zweifel, dass die Grosse Kammer mit diesem Urteil einen Meilenstein gesetzt hat.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

4. Privatrecht

4.1 Persönlichkeitsschutz (ZGB/UWG)

10-193

Bundesgericht heisst «Rücktrittsgebühr» bei Auflösung eines Vertrages über erotische Fotos gut

Einwilligung in Persönlichkeitsverletzung; Kernbereich der Persönlichkeit; objektive und subjektive Erkennbarkeit; Recht am eigenen Bild

Art. 20 OR; Art. 27 ZGB

Urteil des Bundesgerichts vom 27. Mai 2010 (5A_827/2009)

Das Bundesgericht hatte zu klären, unter welchen Voraussetzungen eine junge Frau die Löschung erotischer Fotos verlangen kann, die mit ihrer Einwilligung durch ein Unternehmen der Erotikbranche im Internet zugänglich gemacht wurden. Es kam zum Schluss, dass im vorliegenden Fall kein Verstoss gegen Art. 27 ZGB gegeben sei, und hiess deshalb die Beschwerde der Erotikagentur gut.

Y. schloss mit einer Agentur einen Vermittlungsvertrag für einen Begleitservice (Star-Escort-Service), einen Modelvertrag sowie einen Vertrag über die Produktion und den Vertrieb von Filmen und Fotos. Darin verpflichtete sich die Agentur, die diskrete Vermittlungsarbeit zwischen Y. und den Kunden zu übernehmen und für die Werbung – vor allem auch über das Internet – besorgt zu sein. Y. erklärte sich unter anderem dazu bereit, Modelldienste sowohl für Fotos als auch für Filme anzubieten, und gab dazu folgendes Einverständnis ab: «Meine Bilder können im Original ins Internet, wenn man das Gesicht fast nicht erkennt.» Sie übertrug der Agentur die Rechte am Bild bzw. Film für die Veröffentlichung und den Vertrieb der Foto- und/oder Filmaufnahmen unwiderruflich und willigte überdies ein, dass im Falle einer Veröffentlichung keine Ansprüche geltend gemacht werden können. Ferner berechtigten diese Verträge die Agentur zu einer uneingeschränkten, zeitlich und örtlich unbegrenzten Nutzung, Speicherung und Verwertung der Bilder. Ein Rückkauf der Rechte war gegen Bezahlung einer Entschädigung möglich; ebenso wurde ein jederzeit möglicher Rücktritt vereinbart, wobei Y. sich bei einem Rücktritt innert sechs Monaten zur Zahlung einer Umtriebsentschädigung von Fr. 390.– verpflichtete. In der Folge wurde im Internet unter einem Pseudonym eine Bildgalerie von Y. aufgeschaltet. Zudem konnte dort auch ein Pornofilm bestellt werden, in dem sie mitwirkte. Etwa drei Monate später vereinbarten die beiden Parteien einen sofortigen Rücktritt, wobei sich Y. zur Zahlung der oben erwähnten «Rücktrittsgebühr» verpflichtete. In der Folge verlangte Y. allerdings eine voraussetzungslose Löschung des Bildmaterials. Eine von Y. erhobene Klage, der Agentur sei es gerichtlich zu verbieten, Fotos und DVDs, auf welchen sie abgelichtet sei, der Öffentlichkeit im Internet zugänglich zu machen, wurde zuerst vom Bezirksgericht und später auch vom Obergericht gutgeheissen. Dagegen erhob die Agentur Beschwerde beim Bundesgericht.

Das Bundesgericht befasste in einem ersten Schritt mit der Frage der Individualisierbarkeit der Y. mit Bezug auf die im Internet aufgeschalteten Bilder. Die subjektive Erkennbarkeit war unstrittig. Die objektive Erkennbarkeit war aufgrund des Ergebnisses des Beweisverfahrens vom Obergericht ebenfalls bejaht worden, die gegen dieses Beweisergebnis gerichteten Vorbringen des Beschwerdeführers erwiesen sich als unbegründet.

In einem zweiten Schritt untersuchte das Bundesgericht die Frage, ob die Einwilligung von Y. in die Persönlichkeitsverletzung als Ausschlussgrund der Rechtswidrigkeit angenommen werden könne. Es vertritt – anders als ein Teil der Literatur – die Ansicht, dass Persönlichkeitsgüter, die nicht zum Kernbereich der menschlichen Existenz gehören, Gegenstand von vertraglichen und unwiderruflichen Verpflichtungen sein können, sofern bei den fraglichen Verpflichtungen wirtschaftliche Interessen im Vordergrund stünden. Angesichts der gestiegenen Bedeutung der Vermarktung des eigenen Bildes, des Namens oder der Stimme wäre es lebensfremd, so die Lausanner Richter, die Einwilligung zur Abtretung der Rechte am eigenen Bild als ein einer rechtlich bindenden Verpflichtung nicht zugängliches Geschäft anzusehen, das jederzeit und frei widerrufbar sei. Somit sei im Ergebnis von einer grundsätzlichen Zulässigkeit von vertraglichen Verpflichtungen zur Veräusserung des Rechts am eigenen Bild auszugehen. Entsprechend seien Vertragsklauseln, die einen Rücktritt von derartigen Verpflichtungen nur gegen Leistung einer Rücktrittsentschädigung vorsehen, nicht schon aus grundsätzlichen Überlegungen unverbindlich.

Allerdings war noch zu prüfen, ob die Einwilligung von Y. im konkreten Fall die Grenzen von Art. 27 ZGB überschritten hatte. Nach der genannten Bestimmung sind sowohl übermässige Verpflichtungen als auch solche, die den höchstpersönlichen Kernbereich der Persönlichkeit betreffen, unzulässig. Das Bundesgericht widersprach der Ansicht des Obergerichts, wonach sich die Verpflichtung in casu auf den Kernbereich der Persönlichkeit beziehe, weshalb ein voraussetzungsloser und unentgeltlicher Widerruf möglich sein müsse: Da es vorliegend nicht um die Einwilligung von Y. in Handlungen gehe, die allenfalls in die eigene Intimsphäre eingreifen würden, sondern lediglich um die Veröffentlichung von Bildern, welche derartige Handlungen wiedergeben, sei der Kernbereich der Persönlichkeit nicht betroffen. Es erscheine überhaupt fraglich, ob die Einwilligung in eine Veröffentlichung derartiger Bilder gegen Art. 27 ZGB verstosse. Auch im Lichte der heutigen Moralvorstellungen und der Verbreitung pornografischer Materials im Internet könne nicht behauptet werden, dass ein solches Rechtsgeschäft an sich gegen Art. 20 OR verstosse und deshalb nichtig sei.

Die entscheidende Frage ist somit nach Auffassung des Bundesgerichts, ob sich Y. rechtsgültig und beständig verpflichten konnte, ihre eigenen Bilder erotischen Inhalts dem Beschwerdeführer zur Aufschaltung im Internet zu überlassen, oder ob sie ihre ursprüngliche Einwilligung ohne Weiteres und vor allem unentgeltlich widerrufen durfte. Es ging davon aus, dass Y. aus rein finanziellen Interessen gehandelt habe und auch genau wusste, worauf sie sich einliess. Ebenso habe sie frei entscheiden können, wie weit sie in der Offenbarung ihres eigenen Bildes gehen wollte, indem sie z.B. den Grad der Unkenntlichmachung ihres Gesichtes auf dem Foto habe wählen

können und sich für einen Pornofilm zur Verfügung gestellt habe. Es seien keine Umstände nachgewiesen worden bzw. ersichtlich, die es rechtfertigen würden, Y. von der Verpflichtungen zur Zahlung einer Rücktrittsentschädigung zu befreien. Zusammenfassend ergibt sich somit, «(...) dass die Beschwerdeführerin rechtsgültig ihre Bildrechte an den Beschwerdeführer abgetreten und keinen Grund behauptet bzw. bewiesen hat, der sie zu einem ausnahmsweise entschädigungslosen Rücktritt berechtigt». Das Bundesgericht hiess die Beschwerde der Agentur daher gut, hob das angefochtene Urteil auf, wies die Klage von Y. ab und wies die Sache zur Neuverlegung der Kosten an die Vorinstanz zurück.

Anmerkungen Den allgemeinen Erwägungen des Bundesgerichts im Zusammenhang mit der Einwilligung zu einer Persönlichkeitsverletzung ist uneingeschränkt zuzustimmen: Eine entsprechende Einwilligung muss danach insbesondere gültig sein, frei von Willensmängeln und hinreichend konkret. Insofern besteht auch in der Literatur grundsätzlich Einigkeit.

Dagegen ist die vom Bundesgericht ausführlich diskutierte Frage der *Verbindlichkeit* einer solchen Einwilligung ausserordentlich umstritten. Nach einem Teil der Lehre ist im Bereich der Persönlichkeitsrechte überhaupt keine rechtsgeschäftliche Verpflichtung zulässig. Dieser verabsolutierenden Auffassung widerspricht das Bundesgericht zu Recht. Aus der grundsätzlichen Zulässigkeit verbindlicher Einwilligungen lässt sich für den konkreten Fall allerdings noch nichts Abschiessendes sagen. Die vorliegende Sachlage schöpft ihre besondere Brisanz offenkundig aus der sehr intimen Natur der veröffentlichten Bilder. Erotische Aufnahmen haben eine völlig andere Qualität als beispielsweise inhaltlich «harmlose» Aufnahmen von Personen des öffentlichen Lebens, von denen unzählige Bilder ähnlicher Art schon in Umlauf sind. Wäre die Einwilligung in eine unwiderrufliche, zeitlich und örtlich unbegrenzte Nutzung, Speicherung und Verwertung intimer Bilder zulässig, so könnte dies das Leben der Betroffenen sehr nachhaltig prägen. Der Entscheidungshorizont ist hier auch bei reiflicher Überlegung und Aufklärung wohl kaum je ausreichend geklärt. Das führt notgedrungen zur Frage, ob entsprechende Verträge, die ja mindestens kurz- oder mittelfristig durchaus auch im Interesse der betroffenen Frau liegen können (die sich dank dem Internetauftritt mehr Kundschaft für die von ihr angebotenen Dienste erhofft), stets wegen Verstosses gegen Art. 27 ZGB ungültig erklärt werden müssen.

Art. 27 Abs. 2 ZGB dient der Gewährleistung der zukunftsorientierten, lebensgestaltenden Entscheidungsfreiheit. Betroffen sind meist Verpflichtungsgeschäfte, die entweder von besonders langer Dauer sind oder eine besondere Persönlichkeitsrelevanz aufweisen. In seiner Entscheidungsbegründung verneint das Bundesgericht zunächst mit Recht die Frage, ob die durch Y. eingegangene Verpflichtung den Kernbereich der geschützten Persönlichkeit betrifft und damit jegliche zukunftsgerichtete Bindung zum Vornherein ausgeschlossen bleiben muss. Zwar lassen sich die Handlungen, die zu den erotischen Bildern und Filmen geführt haben, ohne Weiteres dem Kernbereich der Persönlichkeit zuordnen. Gleiches gilt aber nicht unbedingt für die daraus hervorgegangenen Aufnahmen. Damit stellt sich die Frage, ob die Verpflichtung wegen zeitlichen Übermasses gegen Art. 27 ZGB verstösst. Wo die Grenzen der genannten Norm erreicht sind, lässt sich

nur mit Blick auf den Einzelfall bestimmen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich aus Art. 27 ZGB nicht nur die Unzulässigkeit einer übermässigen Bindung, sondern e contrario auch die *Zulässigkeit einer massvollen Bindung* ergibt. Art. 27 ZGB bezweckt nicht den Schutz vor jeglichem unüberlegtem Handeln des Betroffenen, der sich im Nachhinein einer bestimmten Verpflichtung entledigen möchte. Anders formuliert, ist die Beurteilung des übermässigen Charakters einer Bindung eine *Frage des noch verbleibenden Spielraumes* hinsichtlich der Zukunftsgestaltung. Dabei muss dieser Spielraum umso grösser sein, je persönlichkeitsnaher die eingegangene Verpflichtung ist.

Im konkreten Fall zeigt sich bei näherem Hinsehen, dass der verbleibende Spielraum praktisch unbeschränkt ist: Gegen Bezahlung einer durchaus bescheidenen Konventionalstrafe war für Y. im Ergebnis ein jederzeitiger Vertragsrücktritt möglich. Diese rechtsgeschäftliche Vereinbarung entspricht dem differenzierten Instrumentarium, das das Bundesgericht im Zusammenhang mit den Rechtsfolgen von Art. 27 Abs. 2 ZGB entworfen hat. Soweit nämlich nicht ein absoluter Bindungsausschluss, sondern nur ein Bindungsübermass zu bejahen ist, besteht die Rechtsfolge regelmässig in einer blossen Korrektur des Vertrages, wobei die Praxis unterschiedliche Anpassungsmodalitäten entwickelt hat. Der zwischen X. und Y. geschlossene Vertrag sah ausdrücklich eine Möglichkeit des «Rückkaufs» der Bildrechte vor. Die Höhe der Rücktrittsgebühr sollte sich dabei nach den bereits erledigten Arbeiten richten; vorgesehen war sodann bei einem Rücktritt vor Ablauf von sechs Monaten eine Umtriebsentschädigung von Fr. 390.–. Diese Konditionen erweisen sich als durchaus angemessen, insbesondere handelt es sich bei einer Umtriebsentschädigung in der genannten Höhe weder um eine unzulässig hohe Konventionalstrafe noch um eine Summe, die die effektive Ausübung des Rücktrittsrechts faktisch verunmöglichen würde. Eine solche zwar grundsätzlich dauerhafte Verpflichtung, verbunden allerdings mit einer jederzeitigen Kündigungsmöglichkeit ohne Nachweis eines triftigen Grundes und gegen Bezahlung einer Summe, die die beim Vertragspartner entstandenen Kosten kaum überschreiten dürfte, kann nicht ernsthaft als Verstoß gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB aufgefasst werden.

Im Ergebnis ist der Entscheid des Bundesgerichts daher vollumfänglich zu unterstützen, auch wenn vereinzelte Formulierungen in den Erwägungen kaum geeignet sind, in anderem Kontext rezykliert zu werden. Insbesondere ist nochmals zu betonen, dass vorliegend nicht über eine endgültige und unwiderrufliche Überlassung der Bildrechte zu entscheiden war, sondern über einen konkreten Vertrag, der eine Rücktrittsmöglichkeit (gegen angemessene, pauschalisierte Entschädigung) vorsah. Als obiter dictum für allfällige Verträge ohne Rücktrittsmöglichkeit darf der Entscheid daher nicht verstanden werden. Die Zulässigkeit eines derartigen Rechtsgeschäfts wäre aus Sicht der Rezensentin mit Blick auf Art. 27 ZGB ganz klar zu verneinen. Gleiches müsste gelten, wenn die mit dem Rücktritt verbundene Entschädigung derart hoch angesetzt worden wäre, dass ein Rücktritt faktisch verunmöglich worden wäre.

Ein kleiner, kritischer Nachtrag sei der Rezensentin aber trotz dieser Zustimmung erlaubt. Das Bundesgericht argumentiert in E. 5.2.2, wenn bei der fraglichen Verpflichtung *wirtschaftliche Interessen im Vordergrund* stünden, sei der Lehrmeinung der Vorzug zu geben, welche unwiderrufliche vertragliche Verpflichtungen zulasse. Diese Aussage vermag nicht vollständig zu überzeugen: Auf das Gewicht der wirtschaft-

lichen Interessen darf es im Anwendungsbereich von Art. 27 ZGB nicht entscheidend ankommen. Art. 27 ZGB bezweckt mit dem Verbot übermässiger Bindungen letztlich den Schutz des Betroffenen «vor sich selber» – und vor seinen wirtschaftlichen Interessen oder Nöten.

Prof. Regina E. Aebi-Müller, Luzern/Lausanne

10-194

Observation durch Versicherungsdetektive verstösst nicht gegen Persönlichkeitsrecht

Geheim- bzw. Intimsphäre; öffentlicher Raum; Persönlichkeitsrecht; Privatsphäre; Recht am eigenen Bild

Art. 8, 28 ZGB

Urteil des Bundesgerichts vom 2. Juli 2010 (5A_57/2010)

Das Bundesgericht lehnte eine Beschwerde betreffend eine Observation durch Versicherungsdetektive ab. Es hielt wie die kantonalen Instanzen dafür, es liege keine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung vor, weil das Interesse der Versicherungsgemeinschaft, keine ungerechtfertigten Prämien ausschütten zu müssen, gewichtiger sei als das Interesse des Versicherten an Wahrung seiner Persönlichkeitsrechte.

X. wurde Opfer eines Verkehrsunfalls und erlitt dabei Körperverletzungen, worauf er auf Ersatz eines angeblichen Haushaltsschadens klagte. Die Klage blieb vor den kantonalen Gerichten und dem Bundesgericht erfolglos. Zur Klärung des Haushaltsschadens hatte eine der beiden betroffenen Haftpflichtversicherungen eine Detektei mit der Observation von X. beauftragt. Die angefertigten Bilder wurden im Haftpflichtprozess verwertet. Im Anschluss an diesen Prozess erhoben X. und seine Ehefrau, die ebenfalls auf einigen Aufnahmen zu erkennen war, Klage wegen Verletzung der Persönlichkeit gegen die Detektei, mehrere Detektive, die Versicherungsgesellschaft und den Anwalt, der die Bilder in den Prozess eingebracht hatte.

Obwohl das Obergericht die Persönlichkeitsverletzung als erstellt betrachtet, bemängelte X. die Beurteilung: Er war der Ansicht, dass es sich bei der Observation nicht bloss um eine Verletzung der Privatsphäre, sondern der Geheim- bzw. Intimsphäre handle. Das Überwachungsziel sei gewesen, Anzeichen einer gesundheitlichen (körperlichen oder psychischen) Beeinträchtigung oder von Schmerzen festzustellen. Für das Bundesgericht stand in tatsächlicher Hinsicht verbindlich fest, dass Alltagsverrichtungen des Beschwerdeführers wie Einkaufen oder Autowaschen aufgezeichnet wurden. Jedoch seien weder epileptische Anfälle noch andere Verhaltensweisen festgehalten worden, die zur Geheimsphäre des Beschwerdeführers zu rechnen wären. Somit könne dahingestellt bleiben, ob Lebensvorgänge, die sich im öffentlichen Raum ereignen, zum Geheimbereich gehören können, nur weil sie einen persönlichen Gehalt aufweisen. Nach der Rechtsprechung dürften Tatsachen, die in den Gemein- und Öffentlichkeitsbereich fallen, nicht nur von jedermann wahrgenommen, sondern grundsätzlich auch weiterverbreitet werden. Das Bundesgericht fährt fort, für den

besonderen Fall der gezielten Observation könne nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass ein systematisches Sammeln einer Vielzahl alltäglicher Verrichtungen in der Öffentlichkeit, namentlich durch die Verknüpfung der Informationen, die Privatsphäre des Betroffenen berührt. Insgesamt sei nicht zu beanstanden, dass das Obergericht mit Rücksicht auf sämtliche Umstände des konkreten Einzelfalles angenommen habe, neben dem Persönlichkeitsrecht am eigenen Bild könne auch das Recht auf Privatsphäre verletzt sein.

Stand damit die Verletzung der Persönlichkeit fest, galt es weiter zu prüfen, ob die Verletzung der Persönlichkeitsrechte von X. durch ein überwiegendes Interesse gedeckt war. Nach Auffassung des Bundesgerichts verstösst es nicht gegen Art. 8 ZGB, wenn ohne Beweisabnahme ein Interesse der Versicherungsgemeinschaft, nicht zu Unrecht Prämien bezahlen zu müssen, anerkannt wird. Denn nach allgemeiner Lebenserfahrung leuchte ein, dass Prämienhöhe und Versicherungsleistungen zusammenhängen, weshalb dies weder behauptet noch bewiesen werden müsse.

Ferner machte X. geltend, die Vorinstanz habe die Observation für rechtmässig erachtet, ohne abzuklären, ob ein berechtigter und genügender Anfangsverdacht vorliege. Ein blosses Datenfishing sei in jedem Fall unberechtigt und das Vorgehen des Obergerichts verstosse gegen Art. 8 ZGB. Auch dieser Beschwerdepunkt wurde vom Bundesgericht als unbegründet zurückgewiesen. Bereits im ersten Haftpflichtprozess (4C.166/2006) sei festgestellt worden, dass X. seinen Mitwirkungspflichten bei der Abklärung des die Versicherungsleistungen begründenden Tatbestands nicht nachgekommen sei und zu den Folgen seiner gesundheitlichen Beeinträchtigung widersprüchliche Angaben gemacht habe. Damit bestanden konkrete Anhaltspunkte, die Zweifel an den behaupteten gesundheitlichen Beeinträchtigungen aufkommen liessen. Sodann habe das zweite Urteil des Bundesgerichts im Haftpflichtprozess (4A_23/2010) bestätigt, dass begründeter Anlass zur Observation bestand, zumal das Aussageverhalten von X. nicht als unfallbedingt gelten konnte und seine Vorbringungen sowohl bezüglich der vor dem Unfall verrichteten als auch der danach noch möglichen Hausarbeiten als unglaubwürdig betrachtet werden durften.

Bei der entscheidenden Abwägung der Interessen des Versicherers, keine ungerechtfertigten Leistungen erbringen zu müssen, und der entgegenstehenden Interessen von X. auf Unversehrtheit seiner Privatsphäre und seines Rechts am eigenen Bild kam das Bundesgericht zum Schluss, die Observation und die dabei eingesetzten Mittel seien rechtmässig gewesen. Zu berücksichtigen seien dabei die erhebliche Höhe des geltend gemachten Anspruchs (2 Mio. SFr.), die Tatsache, dass die Observation zwischen zwei und drei Wochen an zwei bis drei Tagen stattgefunden habe und nur alltägliche Verrichtungen von X. betroffen gewesen waren. Ebenso seien die eingesetzten Mittel der Observation (Berichte, Fotografien und Film) geeignet und notwendig gewesen, da X. seiner Mitwirkungspflicht im Rahmen der objektiv gebotenen Abklärungen seines Gesundheitszustandes nicht genügt habe. Aus diesen Gründen wies das Bundesgericht die Beschwerde in Bezug auf die geltend gemachte widerrechtliche Verletzung der Persönlichkeit von X. ab.

Bezüglich der Ehefrau des Observierten hatte das Obergericht die Ansicht vertreten, dass ihre zufällige Ablichtung

keinen eigentlichen Eingriff in die Persönlichkeit darstelle. Dagegen brachte die Frau vor, es liege ein objektiv auf ihre Person individualisierbarer Eingriff vor, der bei Weitem die Art. 28 ZGB inhärenten Unerheblichkeitsgrenzen überschritten habe. Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass die Ehefrau von X. nicht gezielt observiert worden sei, sondern bloss zufällig und gleichsam nur als «Mitfang» in die Observation ihres Ehemannes geraten sei. Da sie nicht um ihrer Person willen fotografiert wurde, habe eine Verletzung ihres Rechts am eigenen Bild verneint werden dürfen. Überdies liege keine Verletzung der Privatsphäre vor, weil die Ehefrau lediglich bei Alltagsverrichtungen in der Öffentlichkeit abgebildet worden war und kein systematisches Sammeln von Einzelinformationen vorlag. Somit erwiesen sich auch die Begehren der Ehefrau von X. betreffend Persönlichkeitsschutz nach Art. 28 ZGB als unbegründet.

Anmerkungen Urteile, die sich mit der Observation von Personen mit behaupteter körperlicher Beeinträchtigung befassen, haben sich in den letzten Jahren sowohl im Privat- als auch im Sozialversicherungsrecht gehäuft. Regelmässig lautet dabei die Fragestellung, ob die solcherart erlangten Beweismittel (Fotografien, Videoaufnahmen, Observationsberichte und Zeugenaussagen von Privatdetektiven) prozessual ausgewertet werden dürfen oder nicht. Es erstaunt daher mit Blick auf das vorliegende Verfahren, dass der (angeblich) durch den Unfall Geschädigte die Persönlichkeitsverletzung – soweit ersichtlich – nicht bereits im haftpflichtrechtlichen Hauptprozess ausreichend substantiiert hat (vgl. letztinstanzlich BGer 4A_23/2010), sondern erstmals in einem nachfolgenden persönlichkeitsrechtlichen Prozess die widerrechtliche Erlangung der (durch den Versicherer bereits erfolgreich ausgewerteten) Beweismittel geltend macht. Die Fragestellung bleibt allerdings die Gleiche: Vermögen die wirtschaftlichen Interessen des Versicherers das Interesse des Versicherungsnehmers oder Geschädigten auf Wahrung seiner Privatsphäre aufzuwiegen, oder stellt die Observation eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung dar (was in der Folge regelmässig die prozessuale Verwertung der solcherart erlangten Beweismittel verunmöglicht; vgl. dazu Art. 152 Abs. 2 ZPO CH)?

Dass die mehrere Tage andauernde Observation, verbunden mit Foto- und Videoaufnahmen, die Persönlichkeit von X. verletzt hat, war vor Bundesgericht nicht (mehr) strittig. Entsprechend dem zweistufigen Prüfungsschema, das sich aus Art. 28 ZGB ableiten lässt, war daher nur (aber immerhin) zu prüfen, ob für die (grundsätzlich widerrechtliche) Persönlichkeitsverletzung (ausnahmsweise) ein Rechtfertigungsgrund vorlag. Während die Beweislast für das Vorliegen einer Persönlichkeitsverletzung beim Opfer liegt, hat der beklagte Urheber der Verletzung die Sachumstände zu beweisen, die das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes belegen. In diesem Zusammenhang hat das Bundesgericht betont, dass der Versicherer ein erhebliches Interesse daran hat, keine ungerechtfertigten Versicherungsleistungen zu erbringen. Mit Recht haben die Lausanner Richter in diesem Zusammenhang zwar nicht ausdrücklich, aber mindestens im Ergebnis festgestellt, dass auch ausschliesslich wirtschaftliche Interessen im Rahmen von Art. 28 Abs. 2 ZGB von entscheidender Bedeutung sein können.

Im Rahmen der *konkreten Abwägung* der dem Rechtsstreit zugrunde liegenden Interessen hat das Bundesgericht geprüft, ob die Observation das schonendste Mittel zum Schutz

der bedrohten Interessen des Versicherers gewesen ist. Damit ist die Frage aufgeworfen, ob dem beklagten Versicherer im Haftpflichtprozess, der zur hier interessierenden Observation Anlass gegeben hat, mildere Verteidigungsmittel zur Verfügung gestanden hätten. Das Bundesgericht hat diesen Punkt nur am Rande angesprochen und mit Blick auf das widersprüchliche Aussageverhalten des X. und die erhebliche, infrage stehende Haftpflichtsumme bejaht. Zweifel an dieser Schlussfolgerung sind indessen angebracht. Denn im Haftpflichtprozess, für den die Ergebnisse der Observation bestimmt waren, liegt die *Beweislast* beim Ansprecher. Obliegt der Hauptbeweis dem angeblich Geschädigten, so kann sich die beklagte Versicherung zunächst darauf beschränken, die Behauptungen des Geschädigten substantiiert zu bestreiten und dessen Hauptbeweis – untechnisch formuliert – zu «sabotieren». Sie ist nicht ihrerseits darauf angewiesen, die von ihr behaupteten Tatsachen (z.B. das Fehlen einer nachhaltigen gesundheitlichen Beeinträchtigung) zu beweisen, vielmehr genügt es, wenn es ihr gelingt, beim Gericht Zweifel an der Richtigkeit der durch den Kläger behaupteten Sachverhaltsdarstellung zu wecken. Gelingt es dem Beklagten im Rahmen des Gegenbeweises, auch nur ernsthafte Zweifel am Eintritt eines Schadens zu wecken, so ist der Hauptbeweis gescheitert und die Klage auf Ausrichtung von Haftpflicht- bzw. Versicherungsleistungen abzuweisen. Angesichts der Tatsache, dass der Kläger im Haftpflichtprozess ein unglaubwürdiges Aussageverhalten an den Tag gelegt hatte, fragt sich deshalb, ob die konkrete, über mehrere Tage andauernde und mit Videoaufnahmen dokumentierte Observation zur Abwendung des Prozessverlusts tatsächlich erforderlich war – und damit, in der persönlichkeitsrechtlichen Terminologie, das *mildeste mögliche Mittel* darstellte. Mangels Aktenkenntnis ist die Frage hier offenzulassen. Rechtlich nicht vollständig geklärt ist demgegenüber, ob das *Einholen eines medizinischen Gutachtens*, verglichen mit der Observation, ein milderes Mittel darstellt und daher grundsätzlich vorgehen muss. Anzumerken ist immerhin, dass derartige Gutachten oft massgeblich auf die Aussagen des Betroffenen abstellen (müssen), sodass solchen Gutachten nur reduzierte Beweiskraft zukommen kann.

Mit Bezug auf die Aufnahmen der Ehefrau des X. scheiterte die Klage bereits am *Tatbestand der Persönlichkeitsverletzung*, womit es sich das Bundesgericht ersparen konnte, diesbezüglich einen Rechtfertigungsgrund zu suchen. Auch wenn die Klageabweisung im Ergebnis überzeugt, drängt sich doch leise Kritik an der Entscheidungsbegründung auf. Entgegen der Auffassung des Bundesgerichts kann es nicht darauf ankommen, ob die Beschwerdeführerin mit Absicht oder nur als zufälliger «Mitfang» auf wenige Bilder geraten ist. Ob der von einer Persönlichkeitsverletzung Betroffene Hauptmotiv der Fotografie ist oder ob ihm nur nebensächliche Bedeutung zukommt, hängt nämlich entscheidend sowohl vom Interesse des Fotografen als auch des Betrachters ab und ist daher regelmässig nicht direkt aus der Aufnahme zu erschliessen. Auch wer zufällig auf eine (Landschafts-)Fotografie oder eine Videoaufnahme gerät, kann unter Umständen ein erhebliches Interesse daran haben, dass das entsprechende Bild nicht perpetuiert wird und die darauf ersichtliche Handlung nicht beliebig abrufbar bleibt. *Lösungssätze* wären in casu auch anders zu finden gewesen. *Erstens* bestehen nach Auffassung der Rezensentin erhebliche Zweifel an der vorbehaltlosen Anerkennung eines «Rechts am eigenen Bild», wonach grundsätzlich in jeglicher Bildanfertigung bereits eine Persönlichkeitsverletzung liegt. Es sind

durchaus Sachverhalte denkbar, in denen die blosser Anfertigung eines Bildes den Schweregrad einer eigentlichen Verletzung der Persönlichkeit nicht erreicht und damit der «Zustand der Nichtanfertigung» als solcher nicht schutzwürdig ist. Zu fragen ist stets, welche *konkrete Beeinträchtigung* der Persönlichkeit die Anfertigung der Aufnahmen bewirkt bzw. in Zukunft bewirken kann. Somit ist denkbar, dass schon aus diesem Grund eine Persönlichkeitsverletzung zu verneinen gewesen wäre. *Zweitens* kann selbst dann, wenn die Aufnahmen die Schwelle zur Verletzung überschritten haben sollten, die Beeinträchtigung rechtmässig gewesen sein. Solange nicht die Ehefrau alleine ins Blickfeld der Kamera gerät, sondern vielmehr eine Observation des Beschwerdeführers notwendigerweise auch die Ehefrau erfasst (die ihn beispielsweise stützt, ihm einen schweren Gegenstand übergibt usw.), kann sich das Versicherungsunternehmen auch ihr gegenüber auf den Rechtfertigungsgrund des überwiegenden Interesses berufen. Dies obgleich den Interessen unbeteiligter Drittpersonen im Rahmen der Interessenabwägung ein höheres Gewicht beizumessen ist als jenen des potenziellen Versicherungsbetrügers, dessen Verhalten die Observation überhaupt erst veranlasst hat. *Drittens* ist es aber denkbar, dass die fragliche Aufnahme auch nach Abwägung mit den Interessen des Versicherers widerrechtlich bleibt. Diesfalls muss dem in seiner Persönlichkeit Verletzten (selbstverständlich) die Möglichkeit offenstehen, mittels Klage nach Art. 28a ZGB beispielsweise die Vernichtung der Bilder zu verlangen. Dieser Möglichkeit verschliesst sich das Bundesgericht, wenn es derartige Aufnahmen wegen ihrer Absichtslosigkeit schon vom Tatbestand der Persönlichkeitsverletzung ausschliesst. Das soeben Gesagte ergibt sich im Übrigen schon zwanglos daraus, dass die widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung als solche ebenso wie die spezifischen persönlichkeitsrechtlichen Klagen gemäss Art. 28a Abs. 1 und 2 ZGB weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit voraussetzen. Auf die Absicht kann es somit im Rahmen der Beurteilung der Persönlichkeitsverletzung grundsätzlich nicht ankommen.

Weil nach Art. 28 Abs. 1 ZGB der in seiner Persönlichkeit Verletzte gegen «jeden, der an der Verletzung mitgewirkt hat», klagen kann, sind alle *Miturheber der Verletzung* passivlegitimiert. X. hatte denn daher neben dem Versicherer auch den Inhaber der Detektei verklagt, ebenso dessen Mitarbeiter sowie den Anwalt, der die heiklen Aufnahmen in den Prozess eingebracht hatte. Interessanterweise wird vom Bundesgericht die Frage überhaupt nicht angesprochen, inwiefern sich auch diese Personen zu ihrer Verteidigung auf das überwiegende Interesse des Versicherers stützen können, ohne eigene Interessen an der Verletzungshandlung nachzuweisen. Offenbar ist es für das Bundesgericht selbstverständlich, dass sich alle an der Persönlichkeitsverletzung mitwirkenden Personen auf die überwiegenden Interessen eines der Beteiligten berufen können. Dies dürfte im vorliegenden Fall ohne Weiteres zutreffen. Sowohl die Detektei als auch der Rechtsvertreter haben sich vertraglich zur Wahrung der Interessen des Versicherungsunternehmens verpflichtet und müssen daher befugt sein, im Rahmen des Auftragsverhältnisses jedenfalls insoweit tätig zu werden, als der Auftraggeber selber nach Art. 28 Abs. 2 ZGB dazu befugt wäre.

Prof. Regina E. Aebi-Müller, Luzern/Lausanne

5. Urheberrecht

5.1 Rechtsschutz

10-195

BGer tritt auf Beschwerde wegen Verletzung der Urheberrechtspersönlichkeit nicht ein

Nichteintreten; Urheberrechtspersönlichkeit

Art. 11 Abs. 2 URG

Urteil des Bundesgerichts vom 6. Juli 2010 (4A_57/2010)

Die Bauherrschaft eines Hauses wurde verpflichtet, das auf ihrem Grundstück erstellte Wohnhaus auf das in der Baubewilligung festgelegte Mass zu reduzieren. Dagegen erhob der Architekt Beschwerde und wollte feststellen lassen, dass dieser Rückbau eine Verletzung seiner Urheberrechtspersönlichkeit im Sinne von Art. 11 Abs. 2 URG darstelle und es der Bauherrschaft deshalb zu verbieten sei, diesen vornehmen zu lassen. Das Bundesgericht trat darauf jedoch nicht ein, da es dem angefochtenen Entscheid an der Letztinstanzlichkeit mangle und die Rüge zudem nicht rechtsgenügend begründet sei.

5.2 Verwertungsrecht

10-196

Urheberrechtsentschädigungen für öffentlichen Radio- oder Fernsehempfang

Angemessenheit der Entschädigung; Radio- und Fernsehempfang in Sitzungs-, Hotel- oder Spitalzimmern; Tarifautonomie der Verwertungsgesellschaften; Wahrnehmbarmachen von Sendungen

Art. 22 Abs. 1, Art. 47, Art. 60 URG

Beschlüsse der Eidg. Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten vom 26. März 2010 betr. GT 3a Radio und Tonträger und GT 3a TV

Der von der Eidg. Schiedskommission am 4. Dezember 2007 genehmigte Gemeinsame Tarif 3a (GT 3a) regelt gemäss Untertitel die urheberrechtlichen Entschädigungen für den «Empfang von Sendungen sowie für Aufführungen mit Ton- und Tonbild-Trägern zur allgemeinen Hintergrund-Unterhaltung» und hatte ursprünglich eine Gültigkeitsdauer bis zum 31. Dezember 2008. Mit Eingabe vom 30. Juni 2008 beantragten die fünf schweizerischen Verwertungsgesellschaften den Ersatz dieses GT 3a durch zwei separate Tarife für den Radio- und für den Fernsehbereich. Die Eidg. Schiedskommission hält diese neuen Tarife für unangemessen und genehmigt sie nicht.

Stattdessen verlängert sie die Gültigkeitsdauer des bestehenden GT 3a bis zum 31. Dezember 2013.

In den über weite Strecken wortgleichen Begründungen der beiden Entscheide wird zunächst festgehalten, dass eine Aufteilung der Tarife durchaus zulässig sei, soweit dafür sachliche Gründe sprächen. Diese sachlichen Gründe sah die Schiedskommission in den unterschiedlichen Anknüpfungspunkten (bespielte Fläche beim GT 3a Radio und Tonträger, Anzahl Empfangsgeräte beim GT 3a TV) und in der unterschiedlichen Zusammensetzung der Tarifparteien sowohl aufseiten der Verwertungsgesellschaften als auch aufseiten der Nutzerorganisationen als gegeben an. Ausserdem sei die den Verwertungsgesellschaften garantierte Tarifautonomie zu berücksichtigen, weshalb die Entscheidung über die Ausgestaltung der Tarife grundsätzlich diesen zu überlassen sei. Einem Ersatz des bisherigen Tarifs durch die beiden Teiltarife stand von daher nichts entgegen.

Sodann befasst sich die Schiedskommission mit der rechtlichen Qualifikation des Empfangs von Radio- oder Fernsehsendungen in Sitzungs-, Hotel- und Spitalzimmern. Sie bestätigt ihre bereits in einem Zwischenentscheid vom 24. Dezember 2008 vertretene Auffassung, dass es sich dabei um ein Wahrnehmbarmachen von Sendungen im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. f URG (bzw. der entsprechenden Bestimmungen für die verwandten Schutzrechte) handle. Es könne kein vergütungsfreier Eigengebrauch vorliegen, da Nutzer im urheberrechtlichen Sinne ja nicht der einzelne Hotelgast oder Spitalpatient sei, sondern der Hotel- oder Spitalbetreiber, welcher die erforderliche Empfangsmöglichkeit zur Verfügung stellt. Dieser nutze die Werke und geschützten Leistungen nicht für sich selbst, sondern stelle sie aus kommerziellen Gründen seinen Gästen zur Verfügung. Diese Auffassung entspricht im Ergebnis auch dem Entscheid des EuGH vom 7. Dezember 2006 (C-306/05), in welchem die Verbreitung von Sendungen mittels in den Hotelzimmern aufgestellter Fernsehapparate auf der Grundlage von Art. 11^{bis} RBÜ und Art. 8 WCT als öffentliche Wiedergabe qualifiziert wird. Die Schiedskommission verweist auf diesen Entscheid, der zwar formell für die Schweiz nicht direkt verbindlich sei, aber auf der Auslegung von für die Schweiz verbindlichen völkerrechtlichen Vorschriften beruhe und daher doch ein gewisses Präjudiz darstelle.

Schliesslich begrüsst die Schiedskommission auch den in den neuen Tarifen vorgesehenen Systemwechsel zu einer stärker ausdifferenzierten Tarifstruktur. Sie bemängelt aber, dass dieser Wechsel die einzelnen Nutzergruppen sehr unterschiedlich belaste, indem bei kleinen Nutzern im Radiobereich der Maximalsatz von 12 Prozent fast vollständig ausgeschöpft werde, während dies bei grösseren Nutzern nicht der Fall sei. Im Fernsehbereich könne der neue Tarif für kleine Nutzer zu einer sprunghaften Erhöhung führen, was die Schiedskommission ebenfalls als unangemessen betrachtet. Sie hält die vorgelegten Tarife deshalb in Bezug auf die Höhe der einzelnen Entschädigungssätze nicht für angemessen und verweigert ihnen die Genehmigung. Um eine tariflose Zeit bis zur Neuverhandlung des Tarifs zu verhindern, verlängert sie die Gültigkeitsdauer des bisherigen Tarifs bis Ende 2013.

10-197

IGE genehmigt Teilrevision des Verteilungsreglements der ProLitteris

Verwertungsgesellschaft, Aufsichtsbehörde

Art. 1, 2, 3.1, 3.2, 4.3, 4.4, 5, 6.1, 6.2, 7.3, 8.1, 8.2, 8.5, 8.6, 9.1, 9.2 des Verteilungsreglements ProLitteris

Entscheid der IGE vom 4. Juni 2010

Das Institut für geistiges Eigentum (IGE) genehmigte eine Revision der Artikel 1, 2, 3.1, 3.2, 4.3, 4.4, 5, 6.1, 6.2, 7.3, 8.1, 8.2, 8.5, 8.6, 9.1 und 9.2 des Verteilungsreglements der ProLitteris. Die Änderungen treten per 4. Juni 2010 in Kraft.

6. Wettbewerbsrecht

6.2 Weitere wettbewerbsrechtliche Fragen

10-198

L'usage d'un signe appartenant au domaine public peut être contraire aux règles sur la concurrence déloyale

Concurrence déloyale; Noms de domaine; Risque de confusion

Art. 2, 3 LCD

Arrêt du Tribunal fédéral du 19 juillet 2010 (4A_168/2010)

POH est titulaire du nom de domaine «www.pneus-online.com» qu'elle utilise pour vendre des pneus dans de nombreux pays européens, y compris la Suisse.

Invoquant le risque de confusion avec son propre nom de domaine, POH a mis en demeure Delticom AG de cesser l'utilisation des noms de domaine «www.pneu-online.com», «www.pneonline.com» ainsi que «www.pneusonline.com».

S'étant vu interdire d'utiliser ces noms de domaine par la Chambre civile cantonale, Delticom AG a été déboutée par le TF de son recours en matière civile.

Même en l'absence d'une protection par un droit absolu (tel le droit à la marque), le principe de la priorité dans le temps ne permet pas toujours au premier déposant de revendiquer son nom de domaine sans aucune restriction. Les noms de domaine sont, en effet, soumis à l'obligation de loyauté qui découle du droit de la concurrence déloyale. Leur utilisation peut tomber, notamment, sous le coup de la clause générale de l'art. 2 LCD ou de l'art. 3 let. d LCD. Cette dernière disposition vise le comportement propre à induire le public en erreur par la création d'un risque de confusion. Les règles sur la concurrence déloyale permettent d'interdire l'usage d'un signe appartenant au domaine public s'il est devenu un signe distinctif individuel

par un long usage ou si son utilisation crée un risque de confusion impossible à prévenir par une indication additionnelle ou une autre mesure.

Les désignations décrivant notamment la nature ou la qualité du produit ou du service auquel la marque s'applique font partie du domaine public. Le rapport avec le produit ou le service doit cependant être tel que le caractère descriptif de la marque soit reconnaissable sans efforts particuliers d'imagination. En l'espèce, l'association des deux termes «pneus» et «online» amène immédiatement quiconque les entend ou les lit à penser qu'ils désignent la vente de pneus en ligne sur internet.

En l'espèce, Delticom AG a utilisé sciemment des noms de domaine multiples et très similaires à celui de l'intimée pour ses ventes en Suisse, créant un risque de confusion «de façon délibérée pour exploiter, de manière parasitaire, la réputation déjà acquise par la demanderesse, sur le marché helvétique».

8. Ethik/Selbstregulierung

8.1 Ethik des Journalismus

10-199

Wahrheit/Entstellung/Berichtigung

Berichtigung; Entstellung von Informationen und Meinungen; Wahrheit

Ziffern 1, 3, 5 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 6. Mai 2010 (25/2010; Binswanger/«Das Magazin» c. «Blick am Abend»)

«Das Magazin» veröffentlichte einen Kommentar von Daniel Binswanger mit dem Titel «Freipass zum Genozid», worin sich der Autor mit einem in die öffentliche Diskussion eingebrachten Vorschlag auseinandersetzte, das Schweizer Volk künftig auch über völkerrechtswidrige Initiativen abstimmen zu lassen. In seiner Kolumne schrieb er unter anderem: «Als neues Gütesiegel der direkten Demokratie soll also gelten, dass das Schweizer Volk auch dann keinen Genozid an, sagen wir mal, den Innerrhödlern beschliessen wird, wenn es die verfassungsmässige Freiheit hätte, genau dies zu tun.» Zwar würde die SVP wohl kaum eine entsprechende Initiative lancieren, es gehe vielmehr darum, die Hysterie, die sich im Gefolge der Minarett-Initiative verbreitet habe, noch weiter aufzuputschen. Ebenso äussert er sich zu einer Aussage des Historikers und FDP-Mitglieds Georg Kreis, eine Volksinitiative mit antisemitischer Stossrichtung hätte in den Dreissigerjahren Aussicht auf Erfolg gehabt: «Der Freisinn lässt seinen Antirassismus-Experten fallen wie eine heisse Kartoffel. Peinlich ist nur: Die Behauptung des Historikers Kreis erscheint als völlig plausibel.» Auf diese Aussagen nahm Helmut-Maria Glogger in seiner Kolumne «Glogger mailt ...» im «Blick am Abend» Bezug und schloss seine Ausführungen mit folgendem Satz ab: «Na, ich lese Sie. Wer gegen Minarette stimmt, stimmt auch für Folter und gibt den «Freipass zum Genozid», also der Vergasung an-

ders Denkender. Schreiben Sie, Binswanger!» Gegen diesen Text erhoben Binswanger und «Das Magazin» Beschwerde und machten eine Verletzung der Ziffern 1 (Wahrheit), 3 (Entstellung von Informationen und Meinungen) und 5 (Berichtigung) der «Erklärung» geltend.

Der Presserat war der Ansicht, dass Binswanger mit seinem Kommentar in erster Linie den Populismus der beiden Parteien SVP und FDP im Nachgang zur Minarett-Initiative kritisiere. Dem Text seien hingegen keine expliziten Überlegungen dazu zu entnehmen, wie die Minarett-Gegner bei einer künftigen völkerrechtswidrigen Vorlage stimmen könnten. Unter diesen Umständen wäre nach Meinung des Presserates die zuspitzende Interpretation Gloggers allenfalls als kommentierende Wertung zulässig, die für die Leserschaft aber als solche erkennbar sein müsste. Mit der Formulierung «Schreiben Sie, Binswanger!» habe der Text von Glogger jedoch den tatsächlichen Eindruck erweckt, Binswanger habe in seinem Kommentar explizit geschrieben, wer gegen Minarett stimme, spreche sich auch für Folter und Genozid aus. Selbst wenn eine Kolumne als «Schnellschuss» geschrieben werde, dürfe ein Kolumnist darin deshalb nicht jeden beliebigen, ehrverletzenden Unsinn verbreiten. Immerhin erscheine «Glogger mailt ...» an prominenter Stelle einer täglich erscheinenden Gratiszeitung, die Hunderttausende lesen. Deswegen habe der vorliegende Text die Ziffern 1 (Wahrheit) und 3 (Entstellung von Informationen) der «Erklärung» verletzt. Zudem wäre der «Blick am Abend» verpflichtet gewesen, die veröffentlichte falsche Unterstellung angemessen zu berichtigen, weshalb auch Ziffer 5 (Berichtigung) der «Erklärung» verletzt worden sei.

10-200

Entstellung von Informationen/Berichtigungspflicht/Unschuldsvermutung

Berichtigung; Entstellung von Informationen; Unschuldsvermutung

Ziffern 3, 5 der «Erklärung»; Richtlinie 7.5 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 6. Mai 2010 (26/2010; Rozsa c. «Tages-Anzeiger Online»)

Die Redaktion Newsnetz veröffentlichte auf «tagesanzeiger.ch» unter dem Titel ««Absoluter Nazi»: Fotograf Rozsa verurteilt» einen Bericht über den Pressefotografen Rozsa, der zuerst einem Polizisten ans Bein gespuckt und ihm danach gesagt haben soll, er «sei ein absoluter Nazi, genau gleich schlimm». Im danach angestrebten Strafverfahren sei der Fotograf deswegen verurteilt worden. Die Onlineausgabe des «Tages-Anzeigers» korrigierte nach einer Intervention des Betroffenen den Titel zu «Fotograf Rozsa verurteilt» und fügte im Bericht an, dass Rozsa gegen das Urteil Berufung erhoben habe. Trotzdem gelangte Rozsa an den Presserat und machte eine Verletzung der Ziffern 3 (Entstellung von Informationen) und 5 (Berichtigung) der «Erklärung» sowie der Richtlinie 7.5 (Unschuldsvermutung) zur «Erklärung» geltend.

Der Presserat beurteilte den Bericht in seiner ersten Fassung als mit der Richtlinie 7.5 zur «Erklärung» (Unschuldsvermutung) nicht vereinbar, da nicht erwähnt worden sei, dass der Beschwerdeführer zum damaligen Zeitpunkt bloss erstinstanzlich verurteilt worden war und er das Urteil ans Obergericht habe weiterziehen können. Obwohl die umgehende Korrektur positiv zu werten sei, heile nach Praxis des Presserates eine Berichtigung die vorgegangene Verletzung einer berufsethischen Bestimmung nicht, weshalb die Beschwerde in diesem Punkt gutzuheissen sei. Hingegen war der Presserat der Ansicht, es liege keine Entstellung von Informationen (Ziffer 3 der «Erklärung») vor. Da der Ausdruck «Absoluter Nazi» als Zitat gekennzeichnet sei, liege es selbst bei isolierter Betrachtung des Titels näher, den Ausdruck als Äusserung des Beschwerdeführers denn als Qualifikation desselben zu begreifen. Zudem mache bereits der Lead klar, dass es um die Beleidigung eines Polizisten geht. Auch eine Verletzung von Ziffer 5 der «Erklärung» (Berichtigung) wurde abgelehnt, obwohl die berichtigte Fassung des Artikels nicht als Berichtigung gekennzeichnet worden sei. Der Presserat war der Überzeugung, dass sich aus dieser Bestimmung keine Verpflichtung ableiten lasse, in welcher Form und mit welcher Bezeichnung eine Berichtigung zu veröffentlichen sei. In Bezug auf die Rüge des Beschwerdeführers, dass der ursprüngliche Titel auch nach Veröffentlichung der korrigierten Fassung noch hundertfach im Web zu finden sei, gab der Presserat zu, dass er dafür auch keine Patentlösung zur Hand habe. Es gehöre zu den unerfreulichen Begleiterscheinungen der Verbreitung von Informationen über das Internet, dass einmal verbreitete Meldungen unter Umständen auch noch Jahre später auffindbar sein können, selbst wenn die ursprüngliche Quelle gelöscht worden sei. Deshalb sei es umso wichtiger, dass Medienredaktionen bei der Bearbeitung und Veröffentlichung von Informationen höchste Sorgfalt walten liessen.

10-201

Les photos rédactionnelles doivent être clairement distinguées de celles qui ont un caractère promotionnel

Distinction entre photojournalisme et photo promotion; Signalisation de la publicité

Chiffre 10 de la «Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste»

Prise de position du Conseil suisse de la presse du 4 juin 2010 (29/2010; «Impressum c. Keystone»)

Les deux photos de skieurs litigieuses, l'une signée Keystone et l'autre Photopress, étaient similaires: l'une et l'autre faisaient la part belle à la publicité Emmi qui apparaît en gros, ce qui montre bien que les deux secteurs – photojournalisme et photo promotion – ne sont pas étanches.

Dans le cas présent, le Conseil est d'avis que la dénomination Photopress n'est pas suffisante pour indiquer une photo

tographie commerciale. La «Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste» précise dans le chiffre 10 que la séparation entre la partie rédactionnelle et la publicité «doit être signalée de manière visible et claire pour l'entendement. Il est de la responsabilité du/de la journaliste d'observer cette séparation». Keystone doit pour le moins ajouter une indication montrant le caractère commercial des photos de Photopress.

10-202

Quellenbearbeitung/Anhörung bei schweren Vorwürfen

Anhörung bei schweren Vorwürfen; Quellenbearbeitung

Ziffer 3 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 25. Juni 2010 (27/2010; Rufi c. «Basler Zeitung»)

Der Presserat wies eine Beschwerde gegen einen unter dem Titel «Sein bisher brisantester Fall» in der «Basler Zeitung» erschienen Artikel ab, da Ziffer 3 der «Erklärung» (Quellenbearbeitung; Anhörung bei schweren Vorwürfen) nicht verletzt worden sei.

10-203

Wahrheits- und Berichtigungspflicht

Berichtigungspflicht; Wahrheitspflicht

Ziffern 1, 5 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 25. Juni 2010 (28/2010; Kessler c. SDA/«20 Minuten»/«Tages-Anzeiger Online»)

Eine Beschwerde gegen die Schweizerische Depeschagentur (SDA) wurde vom Presserat teilweise gutgeheissen, da diese mit der falschen Zuordnung des Zitats «Von einem Tötungsdelikt sei man meilenweit entfernt» in ihrer Meldung vom 24. November 2010 die Ziffer 1 der «Erklärung» verletzt habe. Darüber hinaus wurde die Beschwerde gegen die SDA abgewiesen, da diese sich keiner Verletzung von Ziffer 5 der «Erklärung» (Berichtigung) schuldig gemacht habe. Ebenso wurde die Beschwerde gegen «20 Minuten Online» und «Tages-Anzeiger Online» abgewiesen, da Ziffer 5 der «Erklärung» auch hier nicht verletzt worden sei.

10-204

Kürzung von Leserbriefen

Leserbriefe

Ziffer 5 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 2. Juli 2010 (30/2010; X. c. «Schweizer Familie»)

Der Presserat wies eine Beschwerde ab, soweit er darauf eintrat, weil mit der Veröffentlichung des gekürzten Leserbriefs «Quecksilber im Impfstoff» in der Ausgabe Nr. 51/52/2009 der «Schweizer Familie» die Ziffer 5 der «Erklärung» (Leserbriefe) nicht verletzt worden sei.

10-205

Verspätete Beschwerde

Nichteintreten

Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 30. Juli 2010 (31/2010; X. c. «NZZ am Sonntag»)

Auf eine Beschwerde gegen den Artikel «Investment-Star im Sinkflug», der am 16. September 2007 in der «NZZ am Sonntag» erschienen war, trat der Presserat nicht ein, da der beanstandete Bericht mehr als sechs Monate zurücklag (Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement).

10-206

Wahrheit/Unterschlagung von Informationen/ Leserbriefe

Leserbriefe; Unterschlagung von Informationen; Wahrheit

Ziffern 1, 3, 5 der «Erklärung»; Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 30. Juli 2010 (32/2010; X. c. «Freiburger Nachrichten»)

Der Presserat trat auf eine Beschwerde gegen die Veröffentlichung des Artikels «Y. ist kein Lügner» in den «Freiburger Nachrichten» sowie deren Verweigerung des Abdrucks von mehreren Leserbriefen und eines Inserates nicht ein. Dies begründete er damit, dass die Beschwerde gegen den Artikel offensichtlich unbegründet sei, jene gegen die Leserbriefe schon zu weit zurückliege und er für das Inserat nicht zuständig sei, da es ausserhalb des redaktionellen Teils liege.

10-207

Une procédure judiciaire ne suspend pas le délai de six mois pour saisir le Conseil

Caractère restrictif de la notion de «question déontologique fondamentale»; Plainte tardive

Article 10 du règlement du Conseil suisse de la presse

Prise de position du Conseil suisse de la presse du 30 juillet 2010 (33/2010; «X. c. <20 Minutes>»)

Le 19 mai 2009, «20 minutes» publie un article sur une affaire impliquant un juge du Tribunal cantonal. «Rien d'illégal», précise la police. «Mais de quoi embarrasser les parlementaires vaudois lors de l'élection.»

Le 27 avril 2010, X. s'adresse au Conseil de la presse pour se plaindre d'une «violation des obligations déontologiques du journaliste». Il ajoute: «Je souhaitais que les faits soient d'abord clarifiés par l'autorité judiciaire avant de saisir votre Conseil. Je considère que tout délai était suspendu (...) durant la procédure pénale.»

La plainte porte sur un article publié presque douze mois avant le dépôt de la plainte. Selon l'art. 10 alinéa 1, le Conseil suisse de la presse n'entre pas en matière sur une plainte lorsque la publication du compte rendu de presse contesté date de plus de six mois. Ni une prolongation ni une suspension de ce délai ne sont prévues par le règlement, du Conseil. Au contraire, selon l'art. 10 alinéa 2 de son règlement «le Conseil suisse de la presse peut entrer en matière sur des plaintes indépendamment du fait qu'une procédure du droit audiovisuel ou une procédure judiciaire ait été engagée en rapport avec l'objet de la plainte ou qu'une telle procédure soit envisagée par le plaignant/la plaignante, si des questions déontologiques fondamentales sont soulevées».

L'entrée en matière est refusée en raison du caractère tardif de la plainte.

10-208

Wahrheit/Anhörung bei schweren Vorwürfen/ Sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigungen/Menschenwürde

Anhörung bei schweren Vorwürfen; Interview; Menschenwürde; Unterlassung anonymer und sachlich nicht gerechtfertigter Anschuldigungen; Unterschlagung von Informationen; Wahrheit

Ziffern 1, 3, 4, 7, 8 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 27. August 2010 (34/2010; Fondazione Futura. c. «La Regione Ticino»)

Der Presserat wies eine Beschwerde ab, da «La Regione» mit der Veröffentlichung der Berichte «L'ombra di Scientology

sui bus TPL», «Sponsor subliminale sul bus. C'è chi dice no e chi nasconde la verità», «Fondazione Futura, pagliuzze e travi», «L'anima «scientologist» di Futura», «Saune stremanti per diventare clear» und «Trame Scientology. L'Espresso ne parla» die Ziffern 1 (Wahrheit), 3 (Unterschlagung von Informationen; Anhörung bei schweren Vorwürfen), 4 (Interview), 7 (Unterlassung anonymer und sachlich nicht gerechtfertigter Anschuldigungen) und 8 (Menschenwürde) der «Erklärung» nicht verletzt habe.

8.2 Ethik der kommerziellen Kommunikation

10-209

Affirmation d'exclusivité – slogan «Le beurre. Tout le reste n'est pas naturel.»

Arrêt de la Commission Suisse pour la Loyauté du 12.5.2010 (336/09)

Le slogan ne fait aucune référence à des produits de substitution concrets. Il se rapporte plutôt à une catégorie de produits indéfinie où tout produit qui peut être utilisé comme le beurre (p.ex. l'huile) est dénigré comme n'étant «pas naturel».

Dans toute branche, les affirmations d'exclusivité absolue sont soumises à de strictes exigences quant à leur véracité. Dans le cas d'espèce, il aurait été facile de clarifier, sur le plan de la communication, le contenu du sens qui a été manifestement voulu par les auteurs de la communication commerciale (par exemple: «La margarine n'est pas naturelle.»), la question de savoir si cette assertion est correcte ou non n'étant pas l'objet du débat). Le recours est rejeté.

10-210

Verjährung – Termsheets

Rekurs der Schweizerischen Lauterkeitskommission vom 12.5.2010 (285/09)

Die Lauterkeitskommission war der Ansicht, dass die Vorinstanz eine Verjährung nicht willkürlich bejaht habe und lehnte den dagegen erhobenen Rekurs ab, da mit «Verjährung» nach ständiger Praxis der Lauterkeitskommission der Ablauf einer Einjahresfrist gemeint sei und nicht der rechtstechnische Ausdruck gemäss Obligationenrecht.

10-212

Umweltschutz – Plakat mit Claim «ÖKOlogisch und ÖKOnomisch»

Rekurs der Schweizerischen Lauterkeitskommission vom
12.5.2010 (312/09)

Da für die Lauterkeitskommission keine Anhaltspunkte erkennbar waren, dass die Vorinstanz das Verständnis des Durchschnittsadressaten willkürlich festgestellt habe, lehnte sie den vorliegenden Rekurs ab.

10-213

Irreführung – Aussage «Schnelle Fortschritte garantiert!»

Beschluss der Schweizerischen Lauterkeitskommission vom
12.5.2010 (157/10)

Die Werbeaussage «Schnelle Fortschritte garantiert!» wurden von der Lauterkeitskommission nicht als irreführend befunden, und eine dagegen erhobene Beschwerde wurde abgewiesen, da vorliegend nicht ein konkreter Lernerfolg versprochen werde, sondern ein unbestimmter Fortschritt, der sich letztlich nach dem subjektiven Empfinden der einzelnen Kursteilnehmer richte.

10-214

Irreführung – Bannerwerbung «Alle Spiele LIVE»

Beschluss der Schweizerischen Lauterkeitskommission vom
12.5.2010 (185/10)

Die Lauterkeitskommission beurteilte in einer gutgeheissenen Beschwerde die Werbeaussage «Alle Spiele LIVE» als unlauter im Sinne von Art. 3 lit. b UWG, sofern die Spiele nicht wie angekündigt übertragen werden.

10-216

Vergleichende Werbung – «Die günstigste und schnellste Rechtsberatung, auch für Nichtmitglieder!»

Beschluss der Schweizerischen Lauterkeitskommission vom
12.5.2010 (148/10)

Die Lauterkeitskommission hiess eine Beschwerde gegen die Werbeaussage «günstigste und schnellste Rechtsberatung» gut, da sich aus Sicht des Durchschnittsadressaten keine Rechtsberatung mit der anderen vergleichen lasse – insbesondere in Bezug auf die zeitliche Dauer – und deswegen mit dieser Werbung Grundsatz Nr. 3.5 Ziff. 1 verletzt worden sei.

10-217

Sexisme – publicité mode féminine

Arrêt de la Commission Suisse pour la Loyauté du 12.5.2010
(144/10)

Aux termes de la Règle n° 3.11 de la Commission Suisse pour la Loyauté, on est en présence d'une publicité ayant un caractère de discrimination sexiste si une personne est reproduite de telle sorte qu'elle suscite l'impression d'une disponibilité dépourvue de volonté, ou est représentée en tant qu'objet de soumission ou d'asservissement.

En l'espèce, la femme est certes en position rampante, mais elle est reproduite avec un regard sévère tourné vers l'avant, et il n'y a pas lieu de constater une sexualisation excessive. Le message publicitaire, érotique à certains égards, peut être admissible s'il s'agit justement de faire de la publicité pour un vêtement érotique. La plainte est rejetée.

10-218

Vergleichende Werbung – Alleinstellungsbehauptung

Beschluss der Schweizerischen Lauterkeitskommission vom
12.5.2010 (156/10)

Die Lauterkeitskommission befand vorliegend, dass die Aussage «... einziges umfassendes Lehrsystem im deutschsprachigen Raum und weltweit» gemäss Art. 3 lit. e UWG und Grundsatz Nr. 3.5 unlauter sei, da der betroffene Anbieter nicht das einzige Institut sei, welches «im deutschsprachigen Raum und weltweit» die deutsche Sprache vollumfänglich vermittele.