



Sébastien Fanti Lic. iur, avocat et notaire indépendant à Sion. Formation en droit de la propriété intellectuelle, arbitrage et médiation auprès de l'OMPI. Intervient régulièrement en matière de nouvelles technologies auprès du SAWI et en matière de protection des données lors des journées consacrées à cette matière par l'Université de Fribourg. Poursuit des études en sciences forensiques.

sebastien.fanti@sebastienfanti.ch

De l'utilisation de Twitter lors des audiences publiques des tribunaux

Zusammenfassung Das Bundesgericht äusserte sich in der Angelegenheit Logistep (Urteil vom 8. September 2010, 1C_285/2009) zum ersten Mal ausdrücklich zur Nutzung von Twitter während seiner öffentlichen Sitzungen, ohne dass dies jedoch aus dem Urteil ersichtlich würde. Die erste Berichterstattung einer öffentlichen Gerichtsverhandlung über Twitter muss thematisiert und ein passender Rechtsrahmen gefunden werden, der die Regelungen und Erfahrungen von Ländern, welche die Gerichtsberichterstattung über Twitter zulassen, berücksichtigt.

I. Introduction

@lawdragon: le juge fédéral Yves Donzallaz vient de se prononcer.

@lawdragon: la II^e Cour de droit public accepte le recours de la demanderesse à 3 voix contre 2.

@lawdragon: la jurisprudence prévalant antérieurement est renversée!

Voici en substance, à titre exemplatif et hypothétique, ce qui pourrait devenir un usage ordinaire de Twitter (Twitter est un réseau social et de microblogage qui permet à l'utilisateur d'envoyer gratuitement des messages brefs, appelés «tweets» [«gazouillis»], par internet, par messagerie instantanée ou par SMS) lors des audiences publiques des tribunaux dans notre pays.

II. De la requête formulée

Le 6 avril 2010, l'Association Razorback, agissant par son mandataire soussigné, a sollicité du Tribunal fédéral l'autorisation de twitter lors des délibérations publiques initialement agendées au 21 avril 2010. La requête était ainsi libellée: «Je profite de l'occasion qui m'est offerte pour solliciter que

vous m'indiquiez si je serai autorisé à relater en direct le contenu des débats sur le site twitter.com. Il m'apparaît prima facie que dans la mesure où les délibérations sont publiques, le fait de twitter les avis de chaque magistrat devrait être autorisé (ATF 134 I 286 consid. 6.1). Je souhaitais toutefois, en qualité d'auxiliaire de la justice, soumettre cette problématique à votre approbation préalable, bien que je sache d'ores et déjà que certains journalistes utiliseront ce mode de publication des délibérations dans le cas d'espèce.» Le but de cette démarche était notamment de permettre, dans une affaire spécifiquement consacrée aux nouvelles technologies, d'utiliser un moyen de communication moderne et efficace et par nature réactif, et d'initier pour les nombreuses personnes intéressées au sort de la cause un processus de suivi en temps réel des délibérations.

Par courrier du 14 avril 2010, émanant de l'adjointe du secrétaire général du Tribunal fédéral, nous avons été informés du fait que «selon l'art. 62, al. 1 du Règlement du Tribunal fédéral, toutes prises de vue et de son pendant les débats et les délibérations sont interdites». Cette réponse sybilline suscitait nombre d'interrogations, dont la principale avait trait à la parfaite compréhension de la requête formulée. Un courrier fut donc adressé le 5 mai 2010, dont la teneur était, en substance, la suivante. Après avoir exposé en quoi consistait le service de microblogging Twitter, son utilisation dans le cadre des délibérations publiques a été explicitée, soin ayant été pris de préciser que l'utilisation de ce service n'engendrerait aucun enregistrement de son ni d'image: «... cette retranscription interviendrait par le biais d'un ordinateur ou d'un téléphone portable. Il s'agirait en fait de taper les déclarations des magistrats et de les publier sur un site internet. La publication et le contenu de celles-ci interviennent sous la responsabilité de leur auteur. Ce système ne diffère donc pas de la retranscription par des journalistes du contenu des délibérations. Dès lors, je ne comprends pas pourquoi vous faites référence à l'interdiction de l'art. 62 al., 1 du RTF. Auriez-vous l'amabilité de m'orienter à ce sujet?»

III. De la réponse finale apportée et de sa concrétisation

Les débats ayant été reportés au 8 septembre 2010, la réponse définitive à cet échange d'écritures fut apportée le 3 septembre 2010. L'adjoint du secrétaire général du Tribunal fédéral, après avoir relevé que la première réponse semblait avoir engendré des malentendus, apporte les précisions suivantes: «... à ce jour, le Tribunal fédéral n'a pas réglé expressément la question relative à l'utilisation d'appareils électroniques dans les salles d'audience. Jusqu'ici, les ordinateurs et téléphones portables ont été tolérés, pour autant qu'ils soient utilisés dans le but de rédiger un texte et qu'ils ne dérangent pas le bon déroulement de la séance. Il est toutefois nécessaire de préciser que les prises de vue ou de son sont formellement interdites, cette réserve étant nécessaire compte tenu de la multifonctionnalité de ces appareils. Aussi longtemps que ces conditions seront respectées et que le juge qui préside l'audience n'ordonne pas le contraire, rien ne s'oppose à l'utilisation de Twitter. Nous nous réservons toutefois de régler expressément cette question à l'avenir, sur la base des expériences qui seront faites... »

Lors des délibérations publiques du 8 septembre 2010, plusieurs personnes présentes dans le public ont twitté, dont le soussigné. Les tweets, par nature brefs, ont principalement exposé la position de chaque juge fédéral et les motivations ayant conduit à adopter une telle position. L'intérêt principal était toutefois de savoir, en temps réel, quelle majorité allait se dégager, respectivement si l'un des juges fédéraux changerait d'avis après l'exposé de ses collègues. La tension palpable qui régnait alors au sein du public a parfaitement été inoculée par les tweets émis. Finalement, aucun magistrat n'a changé d'avis, et le recours du préposé fédéral à la protection des données et à la transparence a été admis. A l'issue de la séance, une discussion informelle s'est engagée avec l'un des juges fédéraux au sujet de l'importance de la décision rendue. Il est alors apparu que la position communiquée par l'adjoint du secrétaire général du Tribunal fédéral, relativement à l'utilisation de Twitter, n'était pas partagée par l'ensemble des magistrats composant la Cour, voire même n'aurait pas été la décision de la Cour, si celle-ci avait dû se prononcer. Une incertitude relative à l'avenir de l'utilisation de Twitter lors des audiences publiques des tribunaux demeure donc, incertitude qui avait déjà été induite par la possibilité pour le Juge présidant les débats de proscrire ce mode de communication en sus d'un règlement ultérieur sur la base des expériences réalisées, également évoqué dans la lettre du 3 septembre 2010. Les garde-fous sont donc ancrés.

IV. Des solutions adoptées sur le plan international et d'une proposition de cadre juridique opportun

La Haute Cour de justice britannique a récemment autorisé (les recommandations préliminaires du Président Judge peuvent être consultées ici: www.guardian.co.uk/law/interactive/2010/dec/20/twitter-court-guidance) l'usage de Twitter dans son enceinte et lors des procès, sous certaines conditions.

Les recommandations préliminaires du président de la Haute Cour, Lord Judge, sont les suivantes:

«L'utilisation d'équipements modernes discrets, portables et silencieux, à des fins de rendre compte au monde extérieur des débats du tribunal n'est pas, de manière générale, susceptible d'interférer avec le bon déroulement de la justice. L'objectif le plus évident d'autoriser l'utilisation de communications en direct par message écrit serait de permettre aux médias de produire des comptes-rendus d'audiences justes et précis.»

Le Lord Judge a assorti cette utilisation de plusieurs conditions que l'on peut qualifier de strictes:

- L'autorisation de transmettre tweets, SMS ou «live-blogs» est laissée à la discrétion du juge, qui décidera au cas par cas.
- Elle pourra être limitée aux seuls journalistes, à l'exclusion du reste du public, pour éviter les «interférences avec le système d'enregistrement» du tribunal.
- Elle pourra être refusée dans les cas les plus sensibles, où la diffusion d'informations en cours d'audience pourrait influencer des témoins.

Ces recommandations sont provisoires, en attendant le résultat d'une large consultation, annoncée par la Haute Cour, laquelle devrait permettre d'établir des directives plus précises.

En France, la question est plus contestée (pour un résumé du régime légal et des cas survenus: www.20minutes.fr/article/349613/France-Tweeter-ou-ne-pas-tweeter-depuis-une-salle-d-audience.php), mais en substance, laissée à la discrétion du président de la Cour. Aux Etats-Unis, des décisions contradictoires ont été rendues (www.cbsnews.com/8301-504383_162-5591067-504383.html), notamment sur la base de la Loi fédérale sur les procédures criminelles.

Le Tribunal fédéral a initié un processus raisonnable et opportun, à l'aune notamment des décisions prises par les juridictions étrangères. Il a pris soin de mettre en place, en fonction des intérêts en cause, des expériences effectuées et de l'évolution technologique, des garde-fous. En définitive, le juge qui préside les débats aura un rôle central et discrétionnaire. C'est lui qui décidera d'autoriser ou non l'usage de Twitter au sein de son tribunal. Pour éviter les cafouillages (survenus chez tous nos voisins), les décisions contradictoires et les incertitudes liées à une décision éminemment délicate, la meilleure solution serait de réglementer rapidement ces questions par le biais de normes technologiquement neutres, donc susceptibles d'évoluer avec les moyens de communication. Si le Tribunal fédéral adoptait de telles normes, il en résulterait à l'évidence, une application simplifiée sur tout le territoire national, ce qui est souhaitable pour poursuivre l'uniformisation des règles de procédure. Le Tribunal fédéral pourrait également et simultanément conduire une réflexion sur la nature et la qualification des médias dans la continuité de ses décisions récentes (notamment arrêt du 10 novembre 2010 1B_44/2010 considérant 3.5).

V. Conclusion

L'enjeu de la problématique exposée ne se limite pas à cet outil de communication. En Angleterre, les défenseurs de la transparence ont immédiatement posé la question: «You Tube

next?» Les juges en sont parfaitement conscients et donc réticents à ouvrir une boîte qui pourrait se révéler de Pandore. Avec la publication de leurs arrêts, ils disposent d'un redoutable outil qui permet d'exprimer avec précision leur point de vue. L'affaire Logistep a également démontré que les commentaires, presque immédiats, émis sur la décision du Tribunal fédéral (notamment Rosenthal, Wenn Datenschutz übertrieben wird oder: Bad cases make bad law, in: Jusletter du 27 septembre 2010) ont eu quelque influence sur les motifs, la rédaction de l'arrêt ayant pris plusieurs semaines. La transparence raisonnable est donc possible.

Résumé Pour la première fois, le Tribunal fédéral s'est déterminé formellement sur l'utilisation de Twitter, durant les séances publiques, dans le cadre de l'affaire Logistep (arrêt du 8 septembre 2010, 1C_285/2009), sans toutefois que cela ne transparaisse à la lecture de cet arrêt. Il est donc intéressant de relater les échanges de correspondance ayant abouti à la première séance publique twittée de l'histoire judiciaire suisse et de tenter de dresser un cadre juridique opportun, à l'aune, notamment des solutions adoptées par les pays ayant autorisé Twitter au sein de leurs tribunaux et des griefs émis au terme de cette expérience novatrice.

Luca Cirigliano Richter am Bezirksgericht Lenzburg, wissenschaftlicher Mitarbeiter am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich, Niederlenz
luca.cirigliano@rwi.uzh.ch

Kann man Zeitungen zur Publikation politischer Werbung zwingen? Einige Gedanken zu Drittwirkung von Grundrechten, Kontrahierungszwang und «advertorial correctness»

Résumé Les médias, par exemple les journaux, refusent souvent de publier des annonces politiques, pour des raisons d'éthique. La question se pose de savoir si un tel refus enfreint le droit constitutionnel ou le droit privé. En particulier, du moment qu'une publicité politique ne contrevient pas au droit pénal ou à la protection de la personnalité, et qu'elle est donc parfaitement légale. Le Tribunal fédéral a introduit, au moyen de la figure de l'obligation de contracter contraire aux mœurs, la possibilité, pour les acteurs politiques, d'intenter une action en justice contre les services pour la propagation de leur message.

Freundlich präsentierte der Zürcher Polizeichef von 1982, Hans Frick, bei der Vernissage des Buches «So Nicht!»¹ ein von ihm während seiner Amtszeit verbotenes APG-Werbepplakat für Jeans. Der damalige Stadtrat störte sich an der erotischen Darstellung eines Damenhinterns. Heute empfindet es der ehemalige Magistrat aber nicht als problematisch, mit dem genau gleichen Plakat, das er nun selbst in den Händen hält, lächelnd im Tagesanzeiger fotografisch präsentiert zu werden.² Wenn man diese kleine Episode als Emblem einer immer toleranteren und freiheitlicheren Gesellschaft auffassen würde, in der das Motto «everything goes» gilt, müsste man sich um die Meinungsfreiheit in unserem Lande keine Sorgen machen. Die Realität sieht aber anders aus: Heute werden nicht nur Plakate verboten, auch Inserate mit politischem Inhalt haben es aus Gründen der «political correctness» immer schwerer, in Zeitungen publiziert zu werden. Wie aber ist dieser paradoxen Entwicklung juristisch zu begegnen?

I. Ausgangslage

Regelmässig werden (politische) Plakate und Inserate zu einem Terrain für Kulturkämpfe aller Art. Zuletzt besonders virulent beim Abstimmungskampf um die am 29. November 2009 vom Souverän angenommene Initiative «Gegen den Bau von Minaretten», welche Artikel 72 der Bundesverfassung (BV) mit einem dritten Absatz, der die Errichtung neuer Minarette

in der Schweiz umfassend verbietet, ergänzte.³ Der Streit konzentrierte sich hauptsächlich auf zwei Sachverhalte: Das Abstimmungsplakat des SVP-nahen Ja-Komitees, das mehrere schwarze Minarette, auf einer Schweizer Fahne stehend, und im Vordergrund eine mit einer schwarzen Burka verhüllte Frau zeigte,⁴ wurde von verschiedenen Gemeinden auf öffentlichem Grund als Aushang nicht toleriert. Gewisse Medienhäuser akzeptierten das gleiche Sujet ebenfalls nicht zur Publikation als Inserat in ihren Zeitungen. Während sich die meisten Juristen einig waren, dass das Verbot des öffentlichen Aushangs der Anti-Minarett-Plakate, z.B. durch die Stadt Basel, rechtswidrig war, blieben die Medienhäuser, die sich einer Publikation des Sujets als Inserat widersetzen, von Kritik weitgehend verschont.⁵ Dabei gibt es eine gefestigte Rechtsprechung, die auch bei privaten Medienakteuren unter gewissen Bedingungen einen Kontrahierungszwang vorsieht. Zu prüfen ist, ob ein solcher aus der Bundesverfassung oder aus dem Privatrecht ausfliessen könnte. Zu erwähnen bleibt jedoch, dass die Städte Basel und Bern trotz grundrechtlicher Kritik ihre kommunalen gesetzlichen Grundlagen so ändern wollen (bzw. dies bereits getan haben), dass eine umfassende «Vorzensur» von Plakaten

1 Thalmann (Hrsg.), So nicht! Umstrittene Plakate in der Schweiz 1883–2009, Baden 2009.

2 <http://www.tagesanzeiger.ch/zuerich/stadt/Dieses-Plakat-ueberschritt-die-Grenze-des-Tolerierbaren/story/21332631> (03.01.2011).

3 Zu denken ist hier aber auch an die z.T. zensurierte Werbekampagne des Schweizer Freidenker-Vereins, welcher für den Atheismus werben wollte, vgl. z.B. VBSG lehnen Plakatkampagne von Freidenker-Vereinigung ab, St. Galler Tagblatt online vom 21.10.2008, <http://www.tagblatt.ch/ostschweiz/stgallen/kantonstgallen/services/VBSG-lehnen-Plakatkampagne-von-Freidenker-Vereinigung-ab;art140,976553> (03.01.2011).

4 Das Sujet erfüllt offensichtlich nicht den Straftatbestand der Rasendiskriminierung gemäss Art. 261^{bis} StGB (Strafgesetzbuch), vgl. dazu Naguib, Kampagne zur Minarettverbots-Initiative: Zwischen Meinungsäusserungsfreiheit und Diskriminierungsverbot, Jusletter 19. Oktober 2009, Rz. 31 ff.

5 Studer, Minarett-Plakate juristisch umstritten, NZZ vom 09.10.2009, 13; ferner Naguib (Fn. 4), Rz. 35, der die Verhältnismässigkeit eines Aushangverbotes bezweifelt.

auf öffentlichem Grund anhand verschiedener Kriterien möglich würde.⁶

Besonders aktuell ist die Thematik des Zugangs politischer Meinungen zur massenmedialen Öffentlichkeit ebenfalls, weil im Rundfunkbereich in letzter Zeit einiges in Bewegung geraten ist: Fünfzehn Jahre nach Beginn der Prozessgeschichte hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Fall «Verein gegen Tierfabriken VgT» endgültig festgestellt, dass in der Vergangenheit in der Schweiz politischen Meinungen (in der Form von TV-Spots), die potenziell anstössig oder für ein Segment des Publikums beleidigend sein könnten, zu restriktiv ein Recht auf Antenne gewährt wurde.⁷ Es wäre nun höchste Zeit für eine Aktualisierung der Rechtslage auch im Bereich der Printkommunikation.

II. Grundrechtliche Aspekte

1. Adressaten von Grundrechten

Gegenstand des ersten Teils der Diskussion muss hier die Drittwirkung von verfassungsmässigen Rechten sein: also inwiefern auch Private durch die Grundrechte Dritter gebunden sind und zu einer positiven Handlung verpflichtet werden können. Die klassische Grundrechtslehre sieht nur den Staat als Adressaten von Freiheitsrechten, wie z.B. der Meinungsäusserungsfreiheit, an. Dank einer langjährigen Gerichtspraxis hat sich dieses Verständnis geändert: Grundrechte werden heute als Leitungsgrundsätze der ganzen Verfassungsordnung auf-

gefasst.⁸ Sie entfalten mitunter eine horizontale Wirkung zwischen den Individuen, so wie dies 1999 in Art. 35 Abs. 2 und 3 BV explizit niedergeschrieben wurde.⁹ Lehre und Bundesgerichtspraxis unterscheiden zwischen der direkten und der indirekten Drittwirkung: Bei Ersterer werden Private unmittelbar an den Inhalt des Grundrechts gebunden. Bei der Meinungs- und Informationsfreiheit (Freiheit auf ungehinderte Verbreitung von Informationen), die in Art. 16 BV¹⁰ festgehalten ist, wird dagegen angenommen, dass sie indirekt auf private Rechtsverhältnisse ausstrahlen kann.¹¹ Der Bürger soll so vor Verletzungen seiner Freiheitsrechte durch private Träger gesellschaftlicher Macht geschützt werden:¹² gerade auch heute, wo Freiheiten häufig eher durch die Machtausübung von Privaten bedroht sind als durch staatliche Eingriffe.¹³

2. Fälle von Drittwirkung für Private

Dank der Bewirtschaftung von Zeitungsinseraten besitzen private Verleger grosse faktische meinungsbildende Macht.¹⁴ Umso mehr, als in der Schweiz Werbung für Themen, die Gegenstand einer Volksabstimmung sind, in Radio und Fernsehen gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. d des RTVG (Gesetz über Radio und Fernsehen) verboten ist.¹⁵ Deshalb sind Zeitungen und Zeitschriften das einzige (traditionelle) journalistische Medium, in dem abstimmungsspezifische politische Werbung möglich ist. Im Gegensatz zur direkten Drittwirkung, wie sie z.B. bei Art. 8 Abs. 3 Satz 3 der BV (Anspruch auf Lohngleich-

6 Vgl. dazu Sexistische und rassistische Werbung: Stadtrat Bern sagt ja zu Zensurkriterien, Werbewoche online vom 22.10.2010, <http://www.werbewoche.ch/sexistische-und-rassistische-werbung-stadtrat-bern-sagt-ja-zu-zensurkriterien> (03.01.2011). Die fragliche Bestimmung zur Konkretisierung von rassistischer und sexistischer Werbung durch die Stadt Bern ist jedoch noch nicht erlassen worden; eine Inkraftsetzung der Motion (Motion Nr. 09.000387, Fraktion GB/Ja! [Anliker-Mansour/Ruch], Keine sexistische und rassistische Werbung in der Stadt Bern), welche die Änderung des stadtbernischen Reklamereglements (Reglement über die Reklame in der Stadt Bern, SSSB 722.51) verlangt, wäre frühestens 2013 zu erwarten. Da die Entscheidung zur Überweisung der Motion sehr knapp ausfiel und von kontroversen Debatten begleitet wurde, ist eine Umsetzung alles andere als sicher, vgl. dazu Protokoll Nr. 26 der Stadtrates Bern vom 21.10.2010, 1174 ff. Der Kanton Basel-Stadt hat sich bereits 2008 zur Zensurierung von rassistischen und sexistischen Reklamen entschieden, so § 7 der Plakatverordnung (SG 569.500), wobei aber offenbar bei der Definition von Rassismus ein problematisch weiter Ermessensspielraum herrscht, der sich nicht mit der Praxis zu Art. 261^{bis} StGB zu decken scheint.

7 Vgl. dazu EGMR, Urteil vom 30. Juni 2009, Verein gegen Tierfabriken (VgT) gegen die Schweiz (Nr. 2), Appl. Nr. 32772/02; ebenfalls die zugrunde liegenden BGE 123 II 402 und Bundesgerichts-urteil vom 29. April 2002, 2A.526/2001; ferner als guten Überblick dazu Hänni/Kühne, «The Convention must be read as a whole»: Der Fall VgT gegen die Schweiz vor der Grossen Kammer des EGMR, in: Hänni/Kühne (Hrsg.), Brennpunkt Medienrecht. Das mediale Zeitalter als juristische Herausforderung, Zürich/St. Gallen 2009, 117 ff. Zur allgemeinen (altrechtlichen) Frage des Rechts auf Antenne vgl. statt vieler Kley, Beschwerde wegen verweigertem Programmzugang: Trojanisches Pferd oder Ei des Kolumbus?, medialex 1/2008, 15 ff.

8 Häfelin/Haller/Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Auflage, Zürich 2008, Rz. 278 ff.

9 Vgl. für die Wirkung im Bereich des Produktevertriebs aus der Warte der Wirtschaftsfreiheit, die hier nicht näher analysiert wird, Hangartner, Selektive Vertriebssysteme als Problem des Wettbewerbsrechts, sic! 2002, 321 ff.

10 Zur Frage des Diskriminierungsverbots, auf das im vorliegenden Aufsatz nicht eingegangen wird, vgl. Naguib, Diskriminierende Verweigerung des Vertragsabschlusses über Dienstleistungen Privater: Diskriminierungsschutzrecht zwischen Normativität, Realität und Idealität, AJP/PJA 2009, 993 ff.

11 Schweizer, St. Galler Kommentar zu Art. 35 BV, 2. Auflage, Zürich 2008, Rz. 25. So sind der Staat und dezentrale, verselbstständigte staatliche Verwaltungen, öffentlich-rechtliche Anstalten und allgemein die dem Staat «zurechenbaren» Privatrechtssubjekte unbestritten direkte Adressaten der Grundrechte. Schwieriger wird es bei allen anderen Privatrechtssubjekten, vgl. ebenda, Rz. 27 und 33 ff.

12 Vgl. statt vieler BBl 1997 I 192.

13 Häfelin/Haller/Keller (Fn. 8), Rz. 280. Für einen Überblick über die Rechtsprechung des Bundesgerichtes im Bereich der Drittwirkung der Meinungs- und Medienfreiheit vgl. Kälin/Künzli/Lienhard/Tschannen/Tschentscher, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtes in den Jahren 2009 und 2010, ZBJV 2010, 97 ff. Noch ganz anders z.B. Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, Bern 1931, 779.

14 Das gilt in verschärfter Form für Lichtspieltheater, wo häufig zumindest innerhalb einer Stadt ein Quasimonopol besteht: Die Kinobetreiberin KITAG z.B. zeigt grundsätzlich keine politische Werbung, vgl. SP-Spot aus Kinos verbannt, NZZ vom 23.10.2009, 12.

15 Vgl. für einen Überblick, Weber, Rundfunkrecht, Art. 10, Rz. 27 ff., Bern 2008.

heit bei gleicher Arbeit für Mann und Frau) angenommen wird, kann aus Art. 16 der BV nicht ein beliebiges einklagbares Recht auf Publikation von Werbung abgeleitet werden.¹⁶ Ebenfalls besitzen die Zeitungsverlage mit Art. 27 BV ein Grundrecht auf Wirtschaftsfreiheit, das ihnen ermöglicht, selbst zu entscheiden, mit wem sie einen Vertrag abschliessen wollen. Andererseits ist es in unserem medialen Zeitalter klar, dass gerade im Werbe- und Vertriebsbereich der Massenmedien die Meinungsfreiheit nicht nur ein blosses Abwehrrecht gegen Einschränkungen durch den Staat ist, sondern dass ihre Wirkung sich auch gegenüber Dritten entfaltet.¹⁷

Das Bundesgericht hat sich nun im Rahmen seiner Rechtsprechung in mehreren Fällen mit der Weigerung der Post auseinandergesetzt, heikles, weil potenziell beleidigendes oder schockierendes politisches Werbematerial zu vertreiben.¹⁸ Das Gericht nahm an, die Post trete in diesem Tätigkeitsfeld des unadressierten Werbevertriebs als privater Anbieter auf (die Dienstleistung wird nicht durch den Universaldienstauftrag gedeckt, und es besteht eine lebendige Konkurrenz zwischen verschiedenen Anbietern).¹⁹ In diesem Sinne kann die Fallkonstellation mit der vorliegend untersuchten Weigerung der Publikation von politischen Inseraten verglichen werden. Sollte im Übrigen jeweils in einem Abstimmungskampf die Post eine allfällige Promopost-Verteilung von Broschüren, die als Inserate bereits von Zeitungen nicht gedruckt wurden, verweigern,

würde das die Frage nach dem Zugang zum «Meinungsmarkt» via Zeitungen noch akzentuieren.²⁰

Es stellte sich bei diesen Sachverhalten die Frage, inwiefern eine Drittwirkung von Grundrechten und damit eine Vertriebspflicht der Post als privat agierender Firma angenommen werden könnte. Das Bundesgericht ging im dazu gefällten Leitscheid²¹ aber nicht weiter auf die mögliche Kontrahierungspflicht aus Grundrechtsbindung ein,²² sondern löste den Fall mit einer privatrechtlich begründeten Schuldigkeit der Post, die Flugblätter der politischen Organisation zu vertreiben. Die grundrechtlichen Aspekte des Falles wurden in den Erwägungen zwar erwähnt, aber nicht ausgearbeitet.²³ Zu stark ist hier offensichtlich bereits der privatrechtliche und marktwirtschaftliche Charakter dieser Vertriebsdienstleistung der Post geworden: Die methodologisch-dogmatische Entscheidung des Bundesgerichts, eher leichtfertig eine Drittwirkung von Grundrechten im Bereich des unadressierten Massenversandes zu verneinen, erscheint in ihrer letzten Konsequenz als problematisch.²⁴ Umso mehr, als in den nächsten Jahren eine verstärkte Vermischung der privaten und öffentlichen Wirtschaftssphäre zu erwarten ist.²⁵

3. Drittwirkung bei Zeitungsinseraten?

Im eingangs erwähnten Beispiel der abgelehnten Antiminarett-Inserate (und in zukünftigen Fällen von Publikationsverweigerung für politische Werbung) ist die rechtliche Situation ähnlich gelagert. Die zwei Verlagshäuser Ringier und Tamedia haben in verschiedenen Formen entschieden, keine Inserate mit dem erwähnten Sujet zu publizieren.²⁶ Diese privaten Anbieter von Inseratflächen sind in Anbetracht ihrer her-

16 Die direkte Drittwirkung von Grundrechten wird heute nur bei der Lohngleichheit von Mann und Frau allgemein akzeptiert, vgl. Bigler-Eggenberger, St. Galler Kommentar zu Art. 8 BV (Fn. 11), Rz. 86 ff. Ferner Nobel/Weber, Medienrecht, 3. Aufl., Bern 2007, 60 ff. Vgl. ebenfalls Fn. 13 zur Medienfreiheit und Fn. 17 für die Religionsfreiheit.

17 David/Reutter, Schweizerisches Werberecht, 2. Auflage, Zürich 2001, S. 30. Zur Wirtschaftsfreiheit ebenfalls Nobel/Weber (Fn. 16), 112 ff. Ein anderer, besonders kontroverser Bereich, in dem sich die Drittwirkung nicht durchsetzen konnte, ist die Religionsfreiheit; vgl. für einen guten Überblick, Hangartner, Religionsfreiheit – Ein Überblick aus Anlass des neuen Art. 72 Abs. 3 BV, AJP/PJA 2010, 444 ff. Hier können andererseits, gerade i.S. Medien, auch Fälle von blasphemischen oder sonst die religiösen Gefühle verletzenden Bilder oder Texte erwähnt werden, bei denen problematische Formen von (Selbst-)Zensur vorkommen, vgl. dazu Keller/Cirigliano, Die Krux mit der Blasphemie – Analyse zweier richterlicher Lösungsansätze, ZaöRV/Heidelberg Journal of International Law 70 (2010), 403 ff.

18 Vgl. für einen Überblick Hangartner, Bemerkungen zu BGE 129 II 35, AJP/PJA 2003, 593 ff. Für einen ähnlichen, älteren Sachverhalt Hangartner, Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen. Bemerkungen aus Anlass der Auseinandersetzung zwischen einer Bürgerbewegung und der Post, AJP/PJA 2000, 515 ff. Ferner Camprubi, Kontrahierungszwang gemäss BGE 129 III 35: Ein Verstoss gegen die Wirtschaftsfreiheit. Zugleich ein Beitrag zur Diskussion über die Grundrechtsbindung von öffentlichen Unternehmen, AJP/PJA 2004, 384–404. Zum letzten Akt in der Entscheidungsserie vgl. das Bundesgerichtsurteil vom 15. Dezember 2008, 1C_332/2008.

19 Art. 2–4 PG (Postgesetz).

20 Zur Stärkung eines die Zensur befürwortenden politischen Diskurses haben pikanterweise z.T. gerade auch Vertreter der SVP beitragen, vgl. dazu bspw. die Motion Freysinger Nr. 04.3300 vom 14.06.2004, Vertrieb von Pornowerbung durch die Post. Darin wurde verlangt, die Post dürfe aus Kinderschutzgründen keine Beate-Uhse-Werbung mehr vertreiben. Der Schritt vom Verbot erotischer zu generell «unanständiger» Werbung scheint nicht mehr besonders weit. Zur Problematik des Meinungsppluralismus, auch aus Lauterkeitsperspektive, Nobel/Weber (Fn. 16), 496 ff.

21 BGE 129 III 35.

22 BGE 129 III 35, E.5.1 S. 40.

23 Kritisch dazu Hangartner, Bemerkungen (Fn. 18), der offenbar eine Lösung mit Grundrechtsbindung vorgezogen hätte.

24 Lapidar dazu Hangartner, Grundrechtsbindung (Fn. 18), in seiner Fussnote 10: «Ob die Post privatrechtliche Verträge über ihre Dienstleistungen abschliesst, kann dahingestellt bleiben.» Vgl. für eine frühe Positionierung in der Lehre, welche eine Bindung an die Grundrechte wohl vorsieht: Müller, Die Drittwirkung der Grundrechte, ZBl 1978, 235 ff.; Zäch, Der Einfluss von Verfassungsrecht auf das Privatrecht bei der Rechtsanwendung, SJZ 1989, 1 ff.; ferner, mit weiteren Literaturhinweisen, Egli, Drittwirkung von Grundrechten. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten im Schweizerischen Recht, Zürich/Basel/Genf 2002 (Diss.).

25 Ogorek, Das «Öffentliche» und das «Private» – Die Dichotomie des Rechts und die Privatisierung staatlicher Aufgaben, in: von der Crone et al. (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, FS Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, 15 ff.

26 Vgl. Studer (Fn. 5); ferner Minarette als Reizthema, NZZ vom 07.10.2009, 13.

vorgehobenen Machtstellung im kleinen Schweizer Zeitungsmarkt und insbesondere im Bereich der Boulevard- und Forumszeitungen (die NZZ deckt als gehobene Qualitätszeitung ein anderes Marktsegment ab) marktbeherrschend.²⁷ Bei einem Inserateboykott²⁸ sind die Möglichkeiten der Initianten für politische Kommunikation stark eingeschränkt. Dies gilt umso mehr, wenn der Aushang des gleichen Sujets als Plakat auf öffentlichem Boden bereits von verschiedenen Städten verboten wurde.²⁹ Dieser Situation wohnt eine gewisse Ironie inne, da gerade die städtischen Normen zur möglichen Zensurierung von Plakaten auf öffentlichem Grund u.a. damit begründet werden, dass Kinder, Jugendliche und apolitische Bürger auf der Strasse vor kontroversen oder schockierenden Aussagen geschützt werden müssen.³⁰ Es wird in solchen Fällen jeweils ebenfalls darauf hingewiesen, heikle Sujets seien eher für die Publikation in Zeitungen geeignet, da dort der Leser darauf eingestellt sei, harten politischen Konflikten ausgesetzt zu werden: Als Faustregel gilt: Je grösser und unkritischer der Adressatenkreis einer Botschaft ist, desto moderater muss sie formuliert werden.³¹ Auch das in der Schweizer Radio- und Fernsehlandschaft geltende Verbot politischer Werbung für Themen, die Gegenstand einer Volksabstimmung sind (Art. 10 Abs. 1 lit. d RTVG), erhöht die Marktmacht von Printmedien im Bereich von Abstimmungskampagnen.³² Hinzu kommt in der Schweiz, dass das Medienumfeld von Konsolidierungsercheinungen und Firmenkonzentrationen geprägt ist.³³ Trotzdem kann nicht allgemein von einer klaren monopol- oder oligopolartigen Struktur des Zeitungsmarkts gesprochen werden.³⁴

Heutzutage kann im Übrigen die Frage gestellt werden, inwiefern überhaupt eine saubere Trennung von privater und öffentlicher Rechtssphäre durchführbar ist.³⁵ Zeitungshäuser profitieren von gewissen staatlichen Subventionen, gerade wegen ihrer anerkanntermassen wichtigen Rolle im politischen

Meinungsbildungsprozess.³⁶ Wegen ihrer herausragenden Machtstellung werden Medien auch als «intermediäre Gewalt», als eigentlicher Katalysator der politischen Meinungsbildung, betrachtet.³⁷ Unter dieser Optik müsste m.E. eigentlich eine Drittwirkung des Rechts auf Kommunikation der Initianten ohne Weiteres angenommen werden. Der Eingriff der Zeitungen in Form des Inserateverbots nimmt dem Initiativkomitee wegen der kommunikativen Macht der Medien die Möglichkeit, mit beträchtlichen Teilen der Stimmbürger zu kommunizieren. Das Bundesgericht ist hier aber, wie gezeigt, in seiner liberal-freiheitlichen Grundhaltung (über)vorsichtig in der Annahme einer Drittwirkung und würde sie wohl klar verneinen.³⁸

4. Fazit

Das Bundesgericht übt sich in grosser Zurückhaltung, wenn es bei privatrechtlich handelnden Firmen, auch falls sie wie die Post staatlich kontrolliert sind, eine Bindung an die Grundrechte annehmen soll. In dieser Logik wird eine Drittwirkung nur dann aktiv, wenn es sich (kommunikationsrechtlich gesprochen) um ein Monopolmedium handelt.³⁹ Beim Inseratenmarkt in den Deutschschweizer Tageszeitungen handelt es sich um ein zwar relativ kleines Forum, das aber immer noch von grossem Konkurrenzdruck gekennzeichnet ist. Es würde dem vom Bundesgericht besonders verteidigten Liberalitätsgedanken widersprechen, wenn hier privaten Zeitungen die Pflicht auferlegt würde, aus einer Drittwirkung der Meinungsfreiheit Inserate zu drucken, die ihnen aus redaktionellen oder politischen Gründen nicht passen.⁴⁰ Diese Zurückhaltung seitens des Bundesgerichts ist m.E. zu kritisieren: In Zeiten, in denen die «political correctness» bzw. «advertoarial correctness» (Selbstzensur) immer mehr blasphemische, schockierende oder sonst für eine Partikulargruppe beleidigende Meinungen marginalisieren und von den Mainstream-Medien verschwinden

27 Vgl. zum Begriff der Marktbeherrschung unten Fn. 48.

28 Häufiger ist der umgekehrte Sachverhalt eines Inserateboykotts, wenn also einflussreiche Konzerne bei einer Tageszeitung keine Werbefläche mehr schalten, Nobel/Weber (Fn. 16), 89.

29 So z.B. im Falle der Anti-Minarett-Plakate, vgl. für die Sachverhaltsdarstellung die Aufsätze von Studer und Naguib (Fn. 5 und Fn. 10).

30 David/Reutter (Fn. 17), 31.

31 David/Reutter (Fn. 17), 34.

32 Vgl. Fn. 15.

33 Engi, Medienkonzentration und Inhaltvielfalt. Aktuelle Entwicklungen und Tendenzen, *medialex* 4/2008, 165 ff.

34 Und auch dann wäre eine Drittwirkung bei Vertragsabschlussverweigerung angesichts der schweizerischen Rechtstradition alles andere als sicher: Vgl. dazu die bereits epischen Charakter aufweisenden (altrechtlichen) Schlachten des früheren Denner-Eigentümers Schweri gegen verschiedene Kartelle, z.B. den Boykott von Dennerläden durch die damaligen Bierproduzenten im Bundesgerichtsurteil Nr. 46 der I. Zivilabteilung vom 6. Mai 1986 i.S. Denner AG gegen Schweizerischen Bierbrauerverein und Mitbeteiligte, in das aus kartellrechtlicher Sicht verschiedene kantonale Urteile zusammengefasst sind; ferner, für den umgekehrten Sachverhalt: Denner-Boykott gegen Ringier. Schweris Probleme mit werblicher Logik, NZZ vom 20.08.1993, 31.

35 Besonders im Zuge von Public-Private-Partnership und der Privatisierung von staatlichen Aufgaben vgl. dazu Ogorek (Fn. 25), 15 ff.

36 Es sei hier Art. 15 PG erwähnt, der Ermässigungen für die Beförderung von Priesstiteln vorsieht; ebenso BBl 2007 1589 ff. zu weiteren Massnahmen staatlicher Presseförderung.

37 Ein konziser Überblick über die allgemeine (staatsrechtliche) Qualifizierung der Massenmedien findet sich in Nobel/Weber (Fn. 16), 15 ff.; ferner in Haller/Kölz/Gächter, Allgemeines Staatsrecht, 4. Auflage, Basel 2008, 361 ff.

38 Für einen gegenteiligen Fall, in dem (im unadressierten Vertriebsbereich) noch eine Grundrechtsbindung angenommen wurde, vgl. Hangartner, Grundrechtsbindung (Fn. 18), 515.

39 Vgl. dazu Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel suisse, Bd. II, 2. Auflage, Bern 2006, N. 592; ferner Nobel/Weber (Fn. 16), 160 ff.

40 Vgl. dazu die Ausführungen des Bundesgerichts in dieser Materie in folgenden Leitentscheiden: BGE 126 II 300, 314 f.; 120 Ib 142, 148 f.; 135 II 224; Bundesgerichtsurteil vom 4. November 2009, 2F_6/2009, E. 3.2; ferner Bundesgerichtsurteil vom 10. Dezember 2009, 2C_380/2009, E. 3.2: «Dabei ist jeweils ein fairer Ausgleich zwischen den widerstrebenden Interessen des bzw. der Einzelnen unter sich sowie den Interessen der Öffentlichkeit anzustreben. Der Umfang der Schutzpflicht variiert und muss den Schwierigkeiten Rechnung tragen, moderne Gesellschaften unter Setzung angemessener Prioritäten freiheitlich-verantwortungsvoll zu steuern; allfällige positive staatliche Pflichten dürfen das Gemeinwesen zudem nicht übermässig belasten.»

lassen, wäre ein beherzter Schutz der Meinungsfreiheit, so unbequem sie auch sein mag, nötiger denn je.⁴¹

III. Privatrechtliche Aspekte

Es bleibt zu überprüfen, ob einem Referendatskomitee privatrechtliche Möglichkeiten bleiben, um einen Vertragsabschluss zu erzwingen.

1. Privatrechtlicher Kontrahierungszwang

Im erwähnten BGE 129 III 35 über die Verteilung von Flugblättern durch die Post stellte das Bundesgericht fest, dass aus dem allgemeinen Prinzip des Verbots sittenwidrigen Verhaltens eine Kontrahierungspflicht besteht, wenn ein Unternehmer ohne sachlich gerechtfertigte Gründe jemandem eine allgemein und öffentlich angebotene Dienstleistung verweigert und der Bezug bei der Konkurrenz wegen der marktbeherrschenden Stellung des Unternehmens unzumutbar ist.⁴² So kann in spezifischen Fällen der privatrechtliche Grundsatz der Vertragsfreiheit durch eine Pflicht zur Kontrahierung durchbrochen werden. «Eine Kontrahierungspflicht auf dieser Grundlage setzt erstens voraus, dass ein Unternehmer seine Waren oder Dienstleistungen allgemein und öffentlich anbietet. Der Bereich des rein privaten Güteraustausches ist von einer Kontrahierungs-

pflcht zum Vornherein ausgenommen. Zweitens kann sich der Kontrahierungszwang nur auf Güter und Dienstleistungen beziehen, die zum Normalbedarf gehören. Dazu zählen Güter und Leistungen, die heute praktisch jedermann zur Verfügung stehen und im Alltag in Anspruch genommen werden. Die Beschränkung der Kontrahierungspflicht auf <lebenswichtige> – d.h. für das nackte Überleben notwendige – Güter und Leistungen (so noch BGE 80 II 26 E. 4c) scheint zu eng. Drittens kann ein Kontrahierungszwang nur angenommen werden, wenn dem Interessenten aufgrund der starken Machtstellung des Anbieters zumutbare Ausweichmöglichkeiten zur Befriedigung seines Normalbedarfs fehlen. Von einer solchen Machtkonstellation ist dann auszugehen, wenn entweder nur ein einziger Anbieter zureichend erreichbar ist, oder wenn sich alle in Frage kommenden Anbieter gegenüber dem Interessenten gleichermassen ablehnend verhalten. Und viertens kann von einer Kontrahierungspflicht nur dann ausgegangen werden, wenn der Unternehmer keine sachlich gerechtfertigten Gründe für die Verweigerung des Vertragsabschlusses anzugeben vermag.»⁴³

2. Anwendbarkeit im konkreten Fall?

Im vorliegenden Fall, nach dem bereits Gesagten, sollten die erwähnten vier kumulativen Voraussetzungen für einen privatrechtlichen Kontrahierungszwang geprüft werden.

Es besteht kein Zweifel, dass die Möglichkeit, Inserate in einer Zeitung zu schalten, eine der Allgemeinheit angebotene Dienstleistung ist.⁴⁴ So bieten z.B. Blick und Tagesanzeiger die Möglichkeit an, von der Kontakt- bis zur Stellen- oder Immobilienanzeige die ganze Inseratepalette zu bestellen. Dieses Angebot wird öffentlich und allgemein angeboten, u.a. direkt über die Internetseiten der jeweiligen Zeitungstitel.⁴⁵ Im Gegensatz zu Fachzeitschriften sind die in Tageszeitungen veröffentlichten Inserate thematisch nicht spezifisch. Politische Werbung gehört sogar zu den klassischen Inhalten von Zeitungsinseraten, gerade auch in der Schweiz mit dem bereits erwähnten Werbeverbot gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. d RTVG für Abstimmungsvorlagen in TV und Radio.

Weiter ist zu prüfen, ob die Dienstleistung zum «Normalbedarf» gehört. Hier wendet das Bundesgericht zu Recht einen weiten Begriff an. Dienstleistungen, die heute praktisch jedermann zur Verfügung stehen, gehören dazu, also nicht nur «lebensnotwendige» Güter.⁴⁶ So reicht es aus, wenn der Durchschnittsnachfrager in der gleichen Situation wie der Kläger

41 Vgl. für eine treffende Analyse des Wandels von «political correctness» zur «advertorial correctness» in einer werbemässig zunehmend «reinen» Welt Kley, Meinungsfreiheit und Werbeverbote, in: Niggli/Hurtado Pozo/Queloz, FS Riklin: Zur Emeritierung und zugleich dem 67. Geburtstag, Zürich 2007, 646 ff. Ferner Auer, Le droit face à la political correctness: La constitutionnalité de l'initiative populaire genevoise «Fumée passive et santé», AJP/PJA 2006, 3 ff. Zum Umgang mit blasphemischen Äusserungen aus rechtsvergleichender Perspektive Keller/Cirigliano (Fn. 17), 403 ff. Für Beispiele von Diskursen aus Deutschland zum Spannungsverhältnis zwischen «political correctness» und «free speech» vgl. Heller/Goldbeck, Mohammed zu Gast in Popetown. Religiöse (Bild-)Satire im Spannungsfeld von medienrechtlicher Fremdkontrolle und medienethischer Selbstregulierung, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht/ZUM 2007, 628 ff.; ferner von Münch, Benetton: bene oder male?, Neue Juristische Wochenschrift/NJW 1999, 2413 ff. Für ein frühes Beispiel der kritischen Auseinandersetzung i.S. Meinungsfreiheit und «commercial speech» Coase, Advertising and Free Speech, The Journal of Legal Studies/University of Chicago, Vol. 6, Nr. 1, 1977, 1 ff.

42 Vgl. allgemein zum Kontrahierungszwang und dessen Erfordernissen in den folgenden Ausführungen statt vieler Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 8. Auflage, Zürich 2003, Rz. 1104 ff., im Besonderen Rz. 1114 und Rz. 115a: Die Autoren billigen hier explizit die Lösung von BGE 129 III 45. Kritisch dagegen Camprubi (Fn. 18); ebenfalls kritisch gegenüber der privatrechtlichen Kontrahierungspflicht und dem «vagen» Verbot des Verstosses gegen die guten Sitten Bucher, Nicht «Kontrahierungspflicht» – schon eher Schutz vor Boykott, in: recht 2003, 101 ff. Ferner Göksu, Gedanken zur Kontrahierungspflicht anlässlich von BGE 129 III 35, ZBJV 2004, 35 ff. Weiter Amstutz, Menschenrechte und freier Wettbewerb. Eine Skizze, SZIER 2007, 507 ff. Für eine deutsche Perspektive, die häufig auch in der Schweizer Praxis und Dogmatik erwähnt wird, vgl. Bydlinksi, Zu den Grundfragen des Kontrahierungszwangs, Allgemeine civilistische Praxis/AcP 1980, 1 ff.

43 BGE 129 III 35, E. 6.3.

44 Das Bundesgericht bezeichnet als solche auch die Dienstleistung Promopost, in welcher die Post unadressierte Massensendungen von privaten Firmen und Behörden entgegennimmt, BGE 129 III 35, E. 6.4.

45 So hat beim Tagesanzeiger die Inserateschaltung eine eigene, direkte Internetrubrik auf der Homepage, vgl. <http://www.tagesanzeiger.ch/ueberuns/inserieren/story/13975946> (03.01.2011); die Dienstleistung der Inserateplatzierung wird in der Form einer elektronischen Broschüre auch beim Blick angeboten: <http://www.gomedia.ch/article2289/Zeitungen/Blick/Anzeigenpreise.cfm> (03.01.2011).

46 BGE 129 III 35, E. 6.4. Zustimmend Gauch/Schlupe/Schmid/Rey (Fn. 42), Rz. 1114.

regelmässig Anspruch auf die öffentliche Dienstleistung erhebt: Bei politischer Propaganda ist dies der Fall, da Zeitungsinserate wie gezeigt zum normalen Standardrepertoire der politischen Massenkommunikation gehören und neben APG-Plakaten oder der postalischen Verteilung von Flugblättern die klassische Art der Parteien- und Komiteewerbung darstellen.⁴⁷

Drittens wird eine Machstellung⁴⁸ des Anbieters der besagten Leistung verlangt. Im vorliegenden Beispiel vom November 2009 haben die Verlagshäuser Tamedia und Ringier angekündigt, die Inserate nicht zu schalten.⁴⁹ Die Tageszeitungen dieser zwei Verlage (Tagesanzeiger, 20 Minuten, Blick, Blick am Abend etc.) stellen zusammen eine beglaubigte WEMF-Auflage dar, die den gesamten Markt *überregionaler* Tageszeitungen beherrscht.⁵⁰ Diese Situation wird noch dadurch akzentuiert, dass verschiedene, untereinander konkurrenzierende Anbieter sich weigern, das Sujet zu publizieren. So wird ein Ausweichen auf andere Zeitungen im Bereich der überregionalen Boulevard- und Forumszeitungen unmöglich oder zumindest unzumutbar.⁵¹ Weniger dramatisch präsentiert sich die Situation, wenn nur ein einzelnes Medienhaus mit kleiner Auflage oder sehr spezifischem Leserprofil den Druck politischer Werbung zurückweist.

Beim vierten Punkt, dem Fehlen eines sachlichen Grundes für die Verweigerung des Vertragsabschlusses, muss die Erfüllung genauer geprüft werden. Im erwähnten Bundesgerichtsentscheid wird ausgeführt, die Post dürfe nicht einfach den Vertrieb einer Publikation verweigern, weil diese z.B. für viele darin namentlich erwähnten Personen (die gleichzeitig Postkunden sind) beleidigend sei; die Behauptung, der Vertrieb würde den Ruf und die Geschäftstätigkeit der Post beeinträchtigen, genüge nicht.⁵² Die Frage wird dann aufgeworfen, ob der redaktionelle Inhalt von Inseraten mit demjenigen des Mediums (in casu der Zeitungen) identifiziert werden könnte. Bei parteiunabhängigen Universaltageszeitungen wie dem Blick und dem Tagesanzeiger ist klar, dass gerade politische Inserate im Hinblick auf Volksabstimmungen nicht den Standpunkt der Redaktion wiedergeben. Tatsächlich ist es üblich, dass sowohl die Pro- als auch die Kontraseite bei einer Abstimmung in allen grossen Tageszeitungen Inserate platzieren. Die Zeitungen dienen in diesen Fällen, ähnlich wie die Post, als blosser *Beförderer* des Inserats.⁵³ Die Chefredaktoren begründen ihre Verweigerung auch nicht mit einer möglichen Rechtswidrigkeit des Inhalts des Sujets (die ja nicht gegeben ist), was laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein sachlicher Ablehnungsgrund wäre,⁵⁴ sondern mit der wenig artikulierten Aussage, es komme stilistisch aus der «[...] untersten Schublade [...]».⁵⁵ Diese Argumentation vermag im Lichte der Bundesgerichtspraxis nicht zu überzeugen. Das Bundesgericht verlangt als sachliche Gründe solche von rechtlich objektiver Sachlichkeit, wie sie z.B. in einer Rechtswidrigkeit im Sinne von Art. 261^{bis} StGB oder in einer Persönlichkeitsverletzung gemäss Art. 28 ff. ZGB gegeben wären. Es ist zweifelhaft, dass ein einfaches Wirtschaftsrisiko (z.B. Abbestellung des Abos der betroffenen Zeitungen durch beleidigte Leser) oder Gründe der Stilkritik hier ausreichen dürften.⁵⁶

Es kann nicht genug betont werden: Für ein Abstimmungskomitee dürfte je nachdem, welche Zeitungen die Annahme der Inserate verweigern, ein Ausweichen auf die Konkurrenz alles andere als einfach sein. Bereits die Weigerung von zwei Zeitungstiteln wie dem Tagesanzeiger und dem Blick in ihrer Qualität als wohl einzige wirklich nationale Forums- bzw. Boulevard-Printmedien, macht den Bezug der gleichen Dienstleistung bei der Konkurrenz im Hinblick auf das gewünschte Zielpublikum fast unmöglich.⁵⁷

47 Politische Werbung ist für Zeitungen heute ohnehin eine der Werbe-Haupteinnahmequellen, besonders in Wahljahren und Jahren mit kontroversen Abstimmungsthemen, vgl. Weniger Werbung in der Schweizer Presse, NZZ vom 22.10.2008, 23. Internet stellt hier noch keine valable Alternative dar, vgl. dazu Politische Geisterstädte im Internet, NZZ vom 15.05.2009, 17.

48 Zu den verschiedenen Definitionen und Arten von Marktmacht vgl. aus kartellrechtlicher Sicht Ruffner, Unzulässige Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen, AJP 7/1996, 834 ff.; Zäch, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, SIWR 5/2, Basel 2000, 199 ff.; Nobel/Weber (Fn. 16), 504 ff.

49 Vgl. Fn. 26.

50 2008 wiesen alleine 20 Minuten und Blick zusammen eine WEMF-beglaubigte Gesamtauflage von ca. 450 000 dar. Das Qualitätsmedium NZZ kam auf eine Auflage von ca. 140 000. Vgl. dazu das WEMF-Auflagen-Bulletin 2008, http://www.wemf.ch/de/pdf/Bulletin_2008.pdf (03.01.2011). Also sind die zwei Verlage marktstark oder sogar marktbeherrschend.

51 Bei den für die Autorin zu largen Erfordernissen des Normalbedarfs und der Marktmacht greift die Kritik von Camprubi (Fn. 18), 385, ein: «Erstens sind Waren oder Dienstleistungen des Normalbedarfs wesensgemäss weit verbreitet. Dass solche Güter und Dienstleistungen allgemein und öffentlich angeboten werden, dürfte zweitens keine Seltenheit darstellen. Drittens ist das Merkmal der starken Machtmacht zwar noch konkretisierungsbedürftig; dennoch kann davon ausgegangen werden, dass im Zeitalter der Globalisierung und der Spezialisierung eine solche Machtmacht schnell erreicht werden kann, so dass die zumutbaren Ausweichmöglichkeiten der Interessenten und Interessentinnen in der Regel gering sein dürften. Der Kontrahierungszwang wird daher faktisch wohl vor allem davon abhängen, ob ein sachlicher Grund zur Verweigerung des Vertragsabschlusses vorhanden ist. Das führt für die betroffenen Marktteilnehmer und -teilnehmerinnen zu einer ganz neuen Ausgangslage, da diese im Zusammenhang mit jeder Verweigerung eines Vertragsabschlusses objektive Gründe anführen können müssen. Gleichzeitig bedeutet dies, dass die Justiz vermehrt in die vorvertragliche Phase einbezogen werden kann, um zu beurteilen, inwiefern ein Vertrag abgeschlossen werden sollte, und um den Vertragsabschluss gegebenenfalls zu erzwingen.»

52 BGE 129 III 35, E.6.4.

53 Anders bei eingesandten externen Beiträgen, vgl. dazu Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 7. Mai 2009 (28/2009), *medialex* 3/2009, 181.

54 BGE 129 III 35, E.6.4.

55 Kommentar von Tagesanzeiger-Co-Chefredaktor Strehle, Nicht mit uns, <http://www.tagesanzeiger.ch/meinungen/dossier/kolumnen-kommentare/Nicht-mit-uns/story/23519689> (03.01.2011).

56 Je kleiner die Auflage einer Zeitung ist (also je kleiner die Marktkraft), desto grösser müsste aber das Wirtschaftsrisiko eingeschätzt werden. Ebenso solches gilt bei Zeitungen, die ein klares parteipolitisches Profil haben und sich deshalb weigern können, Botschaften des «Gegners» zu inserieren.

57 Abgesehen davon, dass die Medienkonzentration heute zum Resultat hat, dass die regionalen Zeitungen (zusätzlich zum Gratisblatt 20 Minuten) häufig den grossen nationalen Medienhäusern gehören. Vgl. dazu auch die Bemerkungen in Fn. 50.

3. Fazit

Nach dem Gesagten ist anzunehmen, dass bei einer gerichtlichen Überprüfung die Weigerung von Zeitungen, aus stilistischen Gründen Inserate zu veröffentlichen, als sittenwidrig bezeichnet werden müsste. Insbesondere dann, wenn, wie beim Beispiel des Anti-Minarett-Plakats geschehen, mehrere auflagenstarke Zeitungen grosser Medienhäuser sich gleichzeitig zu einem solchen Schritt entscheiden würden. Hier käme die vom Bundesgericht in BGE 129 III 35 paradigmatisch angewendete Rechtsprechung zum privatrechtlichen Kontrahierungszwang zum Zuge.

IV. Schlussbemerkungen

Während in der Schweiz eine Drittwirkung von Grundrechten im Rechtsverkehr zwischen Privaten nur mit grosser Zurückhaltung angenommen wird, hat das Bundesgericht mit der vertragsrechtlichen Figur des Kontrahierungszwanges aus Sittenwidrigkeit besonders politischen Akteuren die Möglichkeit gegeben, Dienstleistungen zur Propagierung ihrer Botschaft einzuklagen: sei das den Vertrieb als unadressierte Postsendung oder die Veröffentlichung von strafrechtlich unproblematischen Inseratensujets in Tageszeitung, die sonst aus Gründen der «political correctness» oder wirtschaftlicher Übervorsicht unterdrückt werden würden («advertorial correctness»)⁵⁸. Das ist m.E. stark zu begrüßen: Es wäre für die politische, direktdemokratische Kultur dieses Landes katastrophal, wenn erlaubte, aber «unbequeme» politische Kommunikation in den Printmedien keinen Platz mehr fände. Dies insbesondere auch im Licht der Einschränkungen von politischer Werbung zu Abstimmungsthemen gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. d RTVG und der Tendenzen von immer mehr Stadtbehörden, den Aushang von politischen Plakaten auf öffentlichem Grund zu zensurieren.

Das Bundesgericht hat mit seiner umsichtigen und lebensnahen Rechtsprechung im Leitentscheid BGE 129 III 35 eine Lösung gefunden, die ohne dogmatische Überfrachtung die Balance zwischen Einschränkung der Vertragsfreiheit und Verhinderung von sittenwidrigen Verweigerungen von Vertragsabschlüssen schafft.⁵⁹

Zusammenfassung Immer wieder weigern sich Medienhäuser bzw. Zeitungen aus Stilgründen, politische Inserate zu publizieren. Fraglich ist es nun, ob eine solche Abweisung gegen Verfassungs- oder Privatrecht verstösst. Insbesondere, wenn besagte Werbung aus Gründen des Strafrechts oder des Persönlichkeitsschutzes nicht verboten werden kann, also an und für sich legal wäre. Das Bundesgericht hat mit der Figur des Kontrahierungszwanges aus Sittenwidrigkeit für politische Akteure die Möglichkeit geschaffen, Dienstleistungen zur Propagierung ihrer Botschaften einzuklagen.

Summary Time and again, media companies respectively newspapers refuse on grounds of style to publish political advertisements. It is now questionable whether such rejection is contrary to constitutional or civil law. Supposing that the said political advertising cannot be prohibited on the grounds of criminal law or protection of privacy, it is in itself legal. Through the Federal Court's figure of obligation of contraction out of violation of morality, political players have the opportunity to use services of the media for the propagation of their cause.

58 Dabei muss aus einer grundrechtlichen Perspektive festgestellt werden, dass eine gewichtige Minderheit des EGMR sogar bei offensichtlich diskriminierenden Äusserungen vor Wahlen und Abstimmungen das Recht auf Meinungsäusserungsfreiheit höher gewichtet haben möchte, vgl. dazu die Anmerkungen von Zeller, Strafbare Hasskampagne durch «Front National»-Präsident, *medialex* 4/2009, 227, zum Urteil des EGMR (2. Kammer) vom 16. Juli 2009 (Nr. 15615/07, *Féret c. Belgien*): «Es bleibt der Eindruck, dass die Suche des Gerichtshofs nach einem klaren, rechtssicheren Pfad zwischen besonders geschützten Beiträgen zur politischen Debatte (gerade in Zeiten des Wahlkampfes) auf der einen Seite und besonders schädlichen, diskriminierenden Äusserungen auf der anderen Seite noch lange nicht abgeschlossen ist.»

59 Vgl. zu den Abwägungen Klett, Vertragsfreiheit und Kontrahierungszwang, *Basler Juristische Mitteilungen*/BJM, 2005, 161 ff.

Edy Salmina* Rechtsanwalt, Vizepräsident des schweizerischen Presserats und Chefredaktor der Radiotelevisione svizzera di lingua italiana, Lugano
Edy.Salmina@rsi.ch

Strepitus fori: der neue Strafprozess und die Medienarbeit. Einige Fragen.

Résumé Le nouveau code de procédure pénale organise aussi le lien «public/secret» du nouveau procès pénal. En ce qui concerne le principe de publicité, le législateur était lié par le droit supérieur. Par contre, là où il possédait une marge de manœuvre pour légiférer, il a introduit une nouveauté dans le dessein de rendre la procédure pénale plus «dense». Une réaction à l'augmentation, souvent problématique, de la médiatisation des procès. Il est douteux que cela ait une influence sur les nouvelles (et la plupart du temps risquées) possibilités de compte-rendu (par exemple blogs, twitter, mirror sites). On peut se demander si, à la place, il n'aurait pas été préférable de prendre en considération une règle claire pour la chronique judiciaire, même si on ne peut pas nier que cela aurait également comporté des risques.

I. Strepitus fori

Die von Strafsachen erzeugte gesellschaftliche Wirkung heisst auf Lateinisch – bezeichnenderweise – «strepitus fori»: Sie verursachen einen starken Lärm. Entsprechend stark ist von jeher auch die ihnen gewidmete journalistische Aufmerksamkeit.¹ Heute aber sind Straffälle, Strafuntersuchungen, Strafbehörden und die übrigen Prozessteilnehmer in den Medien – den traditionellen wie die neuen – geradezu allgegenwärtig. Nicht nur ist diese Art von «Stories» immer noch sehr publikumsbeliebt; sie zu produzieren, erfordert vergleichsweise wenig Ausgaben für Personal und Infrastruktur. In den allermeisten Fällen – heutzutage eine seltene Ausnahme – entstehen dabei auch keine Rechterwerbskosten. Gerichtssäle sind jedermann zugänglich: Copyrightfragen stellen sich dort kaum. Mit wenig Investition kann man sich deshalb eine gute journalistische Rendite versprechen. Wie sich oft zeigt, führt dies auch zu einer nicht immer unproblematischen Entwicklung.² Die origi-

näre Funktion der «Publizität» als demokratische Justizkontrolle kommt gelegentlich zu kurz.³ Manchmal entsteht der Eindruck, die Öffentlichkeit wolle durch die Medien zur eigentlichen Prozesspartei werden.⁴ Dies hat sowohl für die Strafprozesse⁵ wie auch für die Öffentlichkeit⁶ selber Konsequenzen: Beide beeinflussen sich wechselseitig. Kurz gesagt, die Prinzipien der Prozessöffentlichkeit haben sich seit Jahrzehnten nicht verändert, die heutige mediale Realität wäre allerdings auch vor nur zwanzig Jahren unvorstellbar gewesen.⁷

Rahmenbedingungen für die journalistische «Coverage» von Strafprozessen sind die strafprozessualen Normen. Auf diesem Gebiet ist seit dem 1. Januar 2011 bekanntlich die neue schweizerische Strafprozessordnung in Kraft.⁸ Welche Auswirkungen wird sie auf das Verhältnis zwischen Strafbehörden und Medienwelt, auf die Gerichtsberichterstattung sowie die Kommunikationspraxis der Staatsanwaltschaften und übrigen Strafbehörden haben? Löst sie alte Probleme, oder übersieht sie

* Der Autor vertritt seine persönliche Meinung. Dieser Beitrag ist Marco Ostinelli in Dankbarkeit gewidmet.

1 Vgl. z.B. Nieto, Une sanglante, le crime dans le fait divers, in Gallimard (Hrsg.), Crime et Châtiment, Paris 2010.

2 Man denke dabei z.B. an die möglichen Folgen für den Journalismus selber. Die der kriminellen Berichterstattung innenwohnende Neigung zur «bipolaren» Erzählstruktur (i.S. der Gegenüberstellung Schuldig/Unschuldig; Wahr/Falsch; Täter/Opfer) kann sich unbemerkt auf die Gesamtheit des Nachrichtenjournalismus verbreiten. Die Sprache und die argumentative Logik des Strafprozess verbreitet sich nach aussen, die mediale Logik durchdringt aber im Gegenzug den Strafprozess.

3 Vgl. Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, Frankfurt 1990 (I. Auflage 1962), 307: «Der plebiszitären Einstellung der parlamentarischen Öffentlichkeit entspricht eine konsumkulturelle Entstellung der juristischen Öffentlichkeit. Denn die Strafprozesse, die interessant genug sind, um von den Massenmedien dokumentiert und kolportiert zu werden, verkehren das kritische Prinzip der Publizität auf analoge Weise; statt einer Kontrolle der Rechtsprechung durch die versammelten Staatsbürger dient es immer mehr der Präparation der gerichtlich verhandelten Vorgänge für die Massenkultur der versammelten Verbraucher».

4 Kaiser, Funktionswandel der Öffentlichkeit und Strafrecht, in Strafrecht und Öffentlichkeit, FS Rehberg, Zürich 1996, 171 ff.; Pires, La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique, in Presses de l'Université de Montréal (Hrsg.), Sociologie et Sociétés, vol. XXXIII, 180, Montréal 2001; Salmina, L'opinione pubblica come parte processuale? Sulla diffusione di notizie relative a procedure penali in fase istruttoria, RtiD I-2005, 409 ff.

5 Vgl. Ricœur, Le juste, la justice et son échec, Paris 2005, 29: «La coupure avec la violence s'exprime par l'institution du procès, comme cadre d'une répétition symbolique, dans la dimension de la parole, de la scène effective de la violence.» Genau diese «Dimension des Wortes» und dessen Funktion im Prozess ist durch die Medien beeinflusst.

6 Vgl. z.B. Paliero, La maschera e il volto. Percezione sociale del crimine ed effetti penali dei media, Riv. it. Dir. e proc. Pen. 2006, 467-538.

7 Man denke nur an Mediengeschwindigkeit, Medienvernetzung, Archivierungsmöglichkeiten, Abrufbarkeit, neue Verbreitungsvektoren. Dazu Salmina, Il processo come notizia?, in Schmid u.a., Il Codice di diritto processuale penale svizzero, Lugano 2010, 126-130.

8 SR 312.0.

neue Fragen? Mit anderen Worten, kommt eine neue «mediale» Dimension des Strafprozesses auf uns zu? Oder umgekehrt: Erwartet uns eine neue Dimension der Gerichtsberichterstattung, da die neue Strafprozessordnung erstmals auch die gesetzliche Basis für eine gesamtschweizerische gesetzliche Regelung der Gerichtsberichterstattung schafft?⁹ Eine Möglichkeit, von der der Gesetzgeber bis jetzt allerdings nicht Gebrauch gemacht hat.¹⁰

II. Die neue StPO

1. Ein Strafprozess mit mehr Geheimnissen

Insgesamt hat der Gesetzgeber eher das bisherige Recht fortführen und übernehmen müssen. Wo er es aber in Bezug auf das Verhältnis des Prozesses «nach aussen» erneuerte, dort handelte er mit dem Ziel, das Strafverfahren zu schliessen. Man kann wohl sagen, dass diesmal das Pendel eher in Richtung «Geheimhaltung» ausgeschlagen hat. Das Verbot jeglicher Bild- und Tonaufnahmen (Art. 71), eine restriktive Geheimhaltungsregelung (Art. 73 Abs. 1) und die Einführung einer neuen Stillschweigepflicht (Art. 73 Abs. 2) beweisen es.

In einer Zeit, wo die kulturellen¹¹, medialen und technologischen¹² Grundströmungen sich in umgekehrte Richtung bewegen, könnte dies zu nachgerade paradoxen Entwicklungen führen. Mit seinem Willen, die «Prozesstüren» zu verschliessen, hat der Gesetzgeber m.E. die Chance verpasst, flexible und vor allem steuerbare Öffnungsformen einzuführen. Mit anderen Worten: Er hat im Zeitalter des Internets das Öffentlichkeitsprinzip des Strafprozesses wie im vorigen Jahrhundert interpretiert. Wenn ich dabei von Öffnungsformen spreche, denke ich nicht an eine orwellianische Transparenz der Strafverfahren. Im Gegenteil, es ist heute wichtiger denn je, zu unterstreichen, dass Strafprozesse «in der, aber nicht für die Öffentlichkeit» stattfinden.¹³ Ob aber der vom Parlament eingeschlagene Weg für die Erreichung dieses Ziels förderlich ist, lässt sich bezweifeln. Man kann sich eben fragen, ob es dafür nicht besser gewesen wäre, flexiblere und regulierbare Öffnungsformen einzuführen, allenfalls verknüpft mit präziseren Bestimmungen für die Gerichtsberichterstattung.

9 Art. 72 StPO: «Bund und Kantone können die Zulassung sowie die Rechte und Pflichten der Gerichtsberichterstatte(r)innen und Gerichtsberichterstatte(r) regeln.»

10 Art. 72 StPO schafft allerdings eine doppelte Gesetzgebungskompetenz: sowohl Bund wie Kantone können Normen im Hinblick auf die Gerichtsberichterstattung erlassen. Ob dies zu einer kohärenten gesamtschweizerischen Regelung führen wird, lässt sich bestreiten. Dies könnte für nationale Programmanbieter, z.B. die SRG SSR, unvorteilhafte Folgen haben.

11 Vgl. z.B. Assman/Assman, Schleier und Schwelle, Geheimnis und Öffentlichkeit, München 1997.

12 Man denke z.B. an Blogs (siehe z.B. im Fall des Verfahrens Me. Bonnard vs. Merrill Lynch in LE TEMPS, www.letemps.ch). Nicht zu vergessen, dass dabei entweder die Kontrollmöglichkeiten praktisch entfallen (mirror sites) oder die Verbreitungsgeschwindigkeit nicht zu bremsen ist (viral communication).

13 BVerfGE 130, 44, vom 24.1.2001, E. B II 3b/bb.

2. Bewährtes bleibt unverändert

Die neue StPO zählt insgesamt 456 Artikel. Lediglich sieben davon (Art. 69 bis Art. 75) widmet sie dem Verhältnis zwischen «öffentlich» und «nicht öffentlich» des Strafverfahrens. Die bekannte Teilung zwischen einer nicht öffentlichen Untersuchung und der darauf folgenden öffentlichen Verhandlungsphase ist unverändert¹⁴ geblieben. In Bezug auf das fundamentale «Publizitätsprinzip»¹⁵ war der Gesetzgeber sowieso an übergeordnetes Recht gebunden.¹⁶ Die bekannten Grundsätze der Öffentlichkeit der Verhandlungen sind in Art. 69 festgelegt.¹⁷ Die bereits durch die Bundesgerichtspraxis statuierte «Öffentlichkeit» der Strafbefehle¹⁸ wurde positivrechtlich verankert.¹⁹ Gleichzeitig ist der für die Einsichtnahme in Strafbefehle – immerhin ungefähr 95% aller Strafurteile – verlangte Interessennachweis²⁰ sehr gering. Auch bei der Einschränkung und dem Ausschluss der Öffentlichkeit wurden kaum Neuerungen eingeführt.²¹ Die Verhandlung als allgemein zugängliche Informationsquelle²² ist somit nach wie vor für jedermann tatsächlich zugänglich: Beschränkungen unterliegen dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz.²³ Beibehalten wurde auch die für die Medien wichtige Eintrittszulassung für die Gerichtsberichterstatte(r) auch beim sog. «teilweisen Ausschluss»²⁴.

14 Wobei heute diese Unterscheidung in der Praxis alles andere als präzise ist: vgl. Salmina, *Il pubblico come parte processuale. Sulla diffusione di notizie relative a procedure penali in fase istruttoria*, RtiD I-2005, 409 ff.

15 BGE 102 Ia 221, Erw. 6b. Siehe z.B. Aemisegger, *Öffentlichkeit der Justiz*, in *Neue Bundesrechtspflege*, Berna 2007, 375-418 mit Hinweisen; Bommer, *Öffentlichkeit der Hauptverhandlung zwischen Individualgrundrecht und rechtstaatlich-demokratischem Strukturprinzip*, in *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte*, FS Trechsel, Zürich 2002, 671 ff.; Pieth, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, Basel 2009, 177.

16 Art. 30 Abs. 3 BV; Art. 6 Abs. 1 EMRK.

17 Vgl. z.B. Saxer/Thurnheer, BK StPO, Art. 69, mit Hinweisen.

18 BGE 124 IV 234, E. 3.

19 Art. 69 Abs. 2. Im Gesetz unerwähnt geblieben sind die Einstellungsverfügungen i.S. von Art. 320 StPO. Die Bundesgerichtspraxis ermöglicht aber auch diesbezüglich Einsichtnahme: vgl. BGE 134 I 286, E. 6.3.; Bundesgerichtsentscheid 1C-322/2010 (Fall Nef).

20 Art. 69 Abs. 2 spricht von «interessierten Personen». Vgl. BR Blocher «Wer Einsicht nehmen will, ist daran interessiert, sonst würde er nicht wollen, aber er muss kein besonderes Interesse nachweisen», Sten. Bull SR 7.12.06.

21 Art. 70 StPO. Dazu z.B. Saxer/Thurnheer (Fn. 17), Art. 70, mit Hinweisen.

22 BV Art. 16 Abs. 3; BGE 127 I 145, E. 4aa.

23 Vgl. Saxer/Turhheer (Fn. 17), N. 2 ad Art. 70.

24 Art. 70 Abs. 3.

3. Bild- und Tonaufnahmeverbot (Art. 71 StPO)

Nicht nur in der Schweiz hat das Bild- und Tonaufnahmeverbot in den Prozesssätzen Tradition.²⁵ Es ist durch die Rechtsprechung²⁶ legitimiert und in der schweizerischen strafprozessualen Realität tief verankert.²⁷ Dahinter steht ein tief sitzendes, besonderes Misstrauen gegenüber den elektronischen Medien, allen voran dem Fernsehen.²⁸ Ein Misstrauen, das im Parlament klar zum Ausdruck kam²⁹ und dazu führte, dass die vom Bundesrat vorgeschlagene Einführung einer – allerdings bewilligungspflichtigen – Möglichkeit von Ton- und Bildaufnahmen³⁰ verworfen wurde. Die vom Parlament gewählte Formulierung ist äusserst restriktiv: Bild- und Tonaufnahmen innerhalb des Gerichtsgebäudes sowie Aufnahmen von Verfahrenshandlungen ausserhalb des Gerichtsgebäudes sind nicht gestattet.³¹ Ausnahmen sind somit nicht möglich, auch dann nicht, wenn das Gericht und alle Parteien es begrüssen würden.

Der gesetzgeberische Entscheid zeugt von mehreren Befürchtungen. Einerseits hätte eine Kann-Formulierung die Verfahrensleitung unter medialen Druck gesetzt.³² Dass es sich dabei um professionelle Richter handelt, erachtete das Parlament offenbar nicht als eine genügende Garantie, ebenso die Tatsache, dass mit der neuen StPO die Laienrichter (Geschworene)

de facto nicht mehr infrage kommen.³³ Gerade die Beeinflussbarkeit der Geschworenen wurde aber oft als wichtiger Grund für das Verbot von Ton- und Bildaufnahmen angesehen.³⁴ Der Gesetzgeber hatte vor allem³⁵ die TV-Live-Berichterstattung bei Strafprozessen nach amerikanischem Muster (sog. trial by television) im Auge³⁶, deren Entwicklung er auf keinen Fall in der Schweiz zulassen wollte. Dass eine solche Perspektive kaum wünschenswert ist, ist m.E. unbestritten. Dass aber das dazu notwendige Mittel ein totales Veto hinsichtlich Ton- und Bildaufnahmen in den Gerichtssälen ist, lässt sich sehr wohl bestreiten.

Einmal mehr scheint der Legislator hinter der Zeit herzuwinken.³⁷ Der gesetzgeberische Entscheid verbietet eine eigentliche Radio- und TV-Gerichtsberichterstattung. Den viel problematischeren neuen Entwicklungen bei der elektronischen Gerichtsberichterstattung kann er aber damit kaum entgegenwirken. Entgegen vielen Befürchtungen kommen die Gefahren nicht von einer höchst unwahrscheinlichen Live-TV-Berichterstattung von Strafprozessen. Von allen anderen Problemen abgesehen, würde diese immerhin einen Fernsehsender benötigen, und dieser ist in der Schweiz konzessionspflichtig. Es ist aber zu anerkennen, dass eine allfällige – und wohl einfachere – Online-Prozessberichterstattung mit dieser rechtlichen Hürde nicht konfrontiert wäre. Mit Art. 71 lässt sich zwar auch das Verbot von Laptops in den Gerichtssälen erreichen.³⁸ Ebenso können Handys mit Aufnahmefunktion (d.h. praktisch alle) bei Gericht verboten werden.³⁹ Dadurch lassen sich aber bei Weitem nicht alle Probleme lösen. Die Verbannung von Handys, Kameras und Tonaufnahmegeräten aus dem Gerichtsgebäude stoppt z.B. weder einen Prozesstwitter noch eine Online-Blogberichterstattung. Der Journalist – oder, notabene, auch eine Prozesspartei⁴⁰ – braucht dafür nur den Gerichtssaal zu verlassen. Er/Sie kann dann fast zeitgleich das Prozessgeschehen ins Netz stellen. Zeugenaussagen, Plädoyers, Sachverständigenfragen, Antworten des Angeklagten können somit weltweit online verbreitet, mit entsprechender Bebilderung ausgestattet werden und vieles mehr. Selbstredend kann auch eine «Umfrage» organisiert werden, zum Beispiel in Bezug auf die Glaubwürdigkeit eines Zeugen. Ob dies dem Prozess und den Parteienrechten förderlich ist, ist gelinde gesagt zu bezweifeln. Tatsache ist aber, dass ein Verbot von Bild- und Tonaufnahmen

25 Vgl. Wyss, Öffentlichkeit von Gerichtsverfahren und Fernsehberichterstattung. Überlegungen zu einem grundrechtlichen Spannungsverhältnis unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage, EuGRZ 1996, 1 ff.; Zeller, Medien und Hauptverhandlung-Menschenrechtliche Leitplanken, Die Schweizer Richterzeitung 2006/1, N. 144 ff.

26 Vgl. Entscheid EMRK vom 6.5.2003, N. 76682/01, P4 Radio Hele Norge ASA c. Norwegen; BGE 95 I 356 E. 2.

27 Ausnahmen JU und TI, welche (allerdings kaum praktizierte) Zulassungsmöglichkeiten für Radio und Fernsehen vorsahen. In Bezug auf die Tessiner Praxis: Salmina, Riprese audiovisive di dibattimenti penali. Un invito a riflettere sull'attuale assetto legislativo partendo da un caso ticinese concreto, Rep. 2000, 100 u ff.

28 BGE 98 Ia 73 scheint, obwohl aus 1982 stammend, immer noch meinungsführend: «Die Einflussmöglichkeiten des Fernsehen sind jedoch weit grösser als jene einer Zeitung (...) Der Grund dafür liegt einerseits im Wesen des Fernsehen selbst, dessen Sendungen den Zuschauer unmittelbar anzusprechen vermögen, andererseits in rechtlichen Umstand, da das Fernsehregal dem Bund zusteht (...). Der Gefahr des Missbrauchs kommt demnach beim Fernsehen weit grössere Bedeutung zu als bei der als pluralistisch gekennzeichneten Presse.»

29 «Es ist zweitens nicht abzuerkennen, dass diese Aufnahmetätigkeit mit den selektiven Ausstrahlungen – das erleben Sie ja in Amerika bei spektakulären Prozessen – natürlich die Verfahrensleitung unter Druck setzt. Wenn sie dann Nein sagt, setzt sie sich nochmals unter Druck, weil sie den Anschein erweckt (...) Angst vor solchen Aufnahmen zu haben. Darum sind wir der Meinung – schon weil Bild- und Tonaufnahme über laufende Prozesse das urteilende Gericht unter Druck setzen können -, dass es besser sei, dass man sie allgemein verbiete»: Vgl. BR Blocher, Sten. Bull. SR 7.12.06.

30 Vgl. Art. 69 Abs. 1, BBl 2006 1346. Der Vorschlag war bereits im Vorentwurf 2001 des EJPD im Art. 77 Abs. 3 vorgesehen.

31 Art. 71 Abs. 1.

32 Vgl. unter N. 29.

33 Vgl. BBl 2006 1138; Schmid, Handbuch, N. 380, 144.

34 BGE 116 Ia 14, E. 7c.

35 Vgl. oben N. 28.

36 Diesbezüglich Goldfarb, TV or not TV, Television, Justice and the Courts, New York 1998.

37 «Der Gesetzgeber legiferiert oft, um die Zeit aufzuhalten, diese läuft ihm aber stets davon. Seine Botschaft erliegt ihr in fataler Weise und kommt daher oft in einem schier unkenntlichen Zustand an»: vgl. Caroni, Die Einsamkeit des Rechtshistorikers, Basel 2005, 19.

38 Vgl. Schmid, Praxiskommentar, Art. 72, N. 1; Saxer, BK StPO, N. 7 ad Art. 71. Die Ausschliessung von Laptops aus dem Gerichtssaal wurde auch in Deutschland gerechtfertigt: vgl. BVerfG, 1BvQ 47/08 vom 3.12.2008.

39 Vgl. Saxer (Fn. 38), N. 7. Art. 71.

40 Siehe z.B. der bereits erwähnte Blog in LE TEMPS über das Verfahren Me. Bonnart vs. Merrill Lynch. In diesem Zusammenhang könnte allerdings Art. 73 Abs. 2 einiges bewirken. Siehe unten Abs. 2.5.

die geradezu alarmierenden Entwicklungen nicht aufhalten kann. Ganz im Gegenteil, gerade das Fehlen von echten Tönen und Bildern aus den Verhandlungssälen könnte solche «Ersatzlösungen» zusätzlich vorantreiben.

Somit taucht die Frage auf, ob es nicht zukunftsträchtiger gewesen wäre, eine flexiblere Lösung einzuführen. Dazu hätte die vom Bundesrat vorgeschlagene Variante Handlungsspielraum geboten. Die Bewilligung von Aufnahmen von Ton und Bild hätte nämlich an Bedingungen zum Schutz der Prozessparteien geknüpft werden können.⁴¹ Darunter z.B. auch ein Verbot von «Live»-Übertragungen, das durch damit zusammenhängende publizistische Risiken zu rechtfertigen wäre.⁴²

Eine kontrollierte Öffnung der Gerichtssäle wäre übrigens auch aus einem anderen Grund berechtigt. Die elektronischen audiovisuellen Mittel haben im Strafverfahren durchaus Platz gefunden.⁴³ Man denke an die elektronische Protokollierung⁴⁴, die Einvernahme mittels aufgezeichneter Videokonferenz⁴⁵, Einvernahme mit Bild- und Tonaufzeichnung zum Schutz von Kindern als Opfern⁴⁶, Überwachung mit technischen Geräten⁴⁷ und Observation⁴⁸. Radio und Fernsehen können auch Medienmitteilungen der Strafbehörden übertragen.⁴⁹ Gerichtsentseide werden – gegebenenfalls anonymisiert – oft online zur Verfügung gestellt.⁵⁰ Gleichzeitig scheint den Prozessparteien die Nutzung audiovisueller Mittel während der Verhandlungen nicht verwehrt zu sein.⁵¹ Die elektronische Nutzung von Ton und Bild im Strafprozess ist somit eine Realität. Es ist wohl anzunehmen, dass auch hier die verschiedenen Anwendungsmöglichkeiten dieser Technologien sich wechselseitig verstärken und sich vernetzen werden. Dass im Strafprozess Ton- und Bildaufnahme einzig in der – übrigens öffentlich zugänglichen – Verhandlung nicht Einzug halten dürfen, ist daher problematisch.

4. Geheimhaltungspflicht der Strafbehörden (Art. 73 Abs. 1), Umfang

Mitglieder von Strafbehörden unterliegen auch nach der gesamtschweizerischen Strafprozessordnung der Geheimhal-

tungspflicht.⁵² Eine behördliche Kommunikation nach aussen kommt nur in begründeten Fällen infrage, welche die StPO in Art. 74 vorsieht. Selbstverständlich unterliegen Informationen, die anlässlich einer öffentlichen Gerichtsverhandlung bekannt werden, nicht dem Geheimnisschutz, obwohl sie aus einem Strafverfahren stammen.⁵³ Dasselbe gilt für Informationen aus bekannt gewordenen Strafbefehlen, aus Einstellungsbeschlüssen oder solche, die nach Art. 74 veröffentlicht worden sind.⁵⁴ Hier soll nur die Tragweite dieser Norm kurz besprochen werden. Handelt es sich um einen materiellen Geheimnisbegriff i.S. von Art. 320 StGB, was Raum für die Bewertung des tatsächlichen Vorliegens eines schutzwürdigen öffentlichen oder privaten Geheimhaltungsinteresses lässt?⁵⁵ Der Gesetzesentwurf⁵⁶ sah vor, die Geheimhaltung nur auf Tatsachen zu beschränken, «an deren Geheimhaltung ein öffentliches oder privates Interesse besteht». Der Gesetzgeber hat aber diese Einschränkung nicht aufgenommen.⁵⁷ Ein Nachweis des Geheimhaltungsinteresses seitens des Geheimnisträgers ist somit nicht erforderlich. Mit anderen Worten, was die Behörde nicht publik macht, gilt als geheim. Der Legislator hat damit die Tragweite der Geheimhaltungspflicht so weit wie möglich ausgedehnt, mit entsprechenden Folgen für die Kommunikationsmöglichkeiten der Strafbehörden. Ein Teil der Lehre findet diese Lösung zu weit gehend.⁵⁸ Den Verzicht auf eine öffentliche Mitteilung i.S. von Art. 74 erachtet sie deswegen für einen impliziten Nachweis des Geheimhaltungsinteresses seitens der Strafbehörde.⁵⁹ Die Geheimhaltungspflicht der Strafbehörden ist strafrechtlich sanktioniert.⁶⁰ Nichtbehördenmitglieder (z.B. Journalisten) können als Mittäter nicht infrage kommen; dagegen kommen Anstiftung und Gehilfenschaft durch Dritte theoretisch in Betracht.⁶¹

5. Stillschweigepflicht von privaten Verfahrensbeteiligten (Art. 73 Abs. 2)

Wird in Art. 73 Abs. 1 die Definition des prozessualen Geheimnisumfangs praktisch den Strafbehörden überlassen, so führt Abs. 2 dieser Bestimmung eine zusätzliche Einengung

41 Mutatis mutandis im Sinne von BGE 134 I 286, E. 6.6; 133 I 106, E. 8.1.; 124 IV 234, E. 3d.

42 Im Sinne einer «situationsbezogenen Bemessung der Sorgfaltspflicht»: vgl. Jenny, BK, Art. 18 StGB, N. 88. Über die Problematik von Live-Sendungen vgl. BGE 116 Ib 37, E. 6; 114 Ib 208, E. 3e; VPBB 1986/81, Erw. 9e.

43 Und zwar nicht nur in der Schweiz: vgl. Beukelmann/Sacher, Zeig mal! Der Einsatz von Multimedia im Gerichtssaal, FS Volk, München 2009, 33-43; Beulke, Empirische und normative Probleme der Verwendung neuer Medien in der Hauptverhandlung, ZStW 113 (2001), 709-742; Hilgendorf, Die Neuen Medien und das Strafrecht, ZStW 113 (2001), 650-680.

44 Art. 76 Abs. 4.

45 Art. 144.

46 Art. 154 Abs. 4 lit. d.

47 Art. 280.

48 Art. 282.

49 Art. 74.

50 Man denke an das Online-Angebot des Bundesgerichts oder der Kantone (z. B. www.senienze.ti.ch).

51 Vgl. Beukelmann/Sacher (Fn. 43), 36-38.

52 Art. 73 Abs. 1 i.V.m. Art. 69 Abs. 3 lit. a.

53 BGE 127 IV 129, E. 3b/aa.

54 Vgl. oben N. 14/15. Dazu Saxer/Thurnheer (Fn. 17), Art. 73, N. 9.

55 Vgl. Saxer/Thurnheer (Fn. 17), Art. 73, N. 8; Schmid (Fn. 38), Art. 73, N. 1; Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar, Art. 73, N. 2.

56 Vgl. BBl 2006 1408, Art. 71.

57 «Pour souligner plus clairement le principe du maintien du secret» (Marty, Sten. Bull., SR vom 7.12.06) und «Es ist tatsächlich so, dass sich bei der Beurteilung die von uns vorgesehene Unterscheidung, ob an der Geheimhaltung ein öffentliches oder privates Interesse besteht, oft kaum vorzunehmen ist. Die Regelung der Kommission ist klarer und eindeutiger» (Blocher, Sten. Bull. SR vom 7.12.06).

58 Saxer/Thurnheer (Fn. 17), Art. 73, N. 8.

59 Saxer/Thurnheer (Fn. 17), Art. 73, N. 8.

60 Art. 320 StGB.

61 Vgl. Niggli/Wiprächtiger, BK StGB, Art. 320, N. 16. Die deontologische Handhabung von sog. Indiskretionen ist hingegen in der Richtlinie a.1 zu Ziffer 11 der Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalistinnen und Journalisten geregelt, in www.presse-rat.ch.

der Kommunikationsmöglichkeiten ein. Die Möglichkeit, Prozessparteien zum ausserprozessualen Stillschweigen zu bringen, ist bekannt. Das amerikanische Recht kennt die sog. «Gag Orders», richterliche Entscheide, welche auch dem Angeklagten oder seinem Verteidiger eine Schweigepflicht auferlegen.⁶² Eine Stillschweigepflicht tauchte vereinzelt auch in den kantonalen Strafprozessen auf,⁶³ in der Praxis wurde sie aber höchst selten angewendet.⁶⁴ Die durch Art. 73 Abs. 2 eingeführte Neuheit könnte – falls sie auch in der Praxis Anwendung findet – weitreichende Folgen und eine besondere Tragweite gerade für das Verhältnis der Parteien zu den Medien haben.⁶⁵ Es ist daher nicht unangebracht, sie auch als indirekte Reaktion des Gesetzgebers gegenüber der zunehmenden Mediatisierung der Strafprozesse anzusehen, obwohl dies nicht der aus den Materialien ersichtliche Grund für ihre Einführung gewesen ist.⁶⁶

Durch Art. 73 Abs. 2 können Privat- und u. U. auch nicht an das Berufsgeheimnis gebundene Parteien – wenn auch zeitlich befristet – zum «silentium» gebracht werden. Obwohl sie nicht der Strafbehörde angehören, werden sie somit praktisch an das Untersuchungsgeheimnis gebunden. Mit dieser Bestimmung wollte der Gesetzgeber eine Lücke schliessen. Mitteilungen an einzelne Personen fallen unter Art. 293 StGB, der nur infrage kommt, wenn Geheimnisse an die Öffentlichkeit gebracht, nicht aber, wenn sie einzelnen Personen mitgeteilt werden. Mit Art. 73 Abs. 2 können hingegen auch Mitteilungen an Einzelpersonen untersagt werden.⁶⁷

In Anwendung der neuen Norm kann die Verfahrensleitung die Privatklägerschaft, andere Verfahrensbeteiligte und deren Rechtsbeistände unter Hinweis auf Art. 292 StGB über das Verfahren und die davon betroffenen Personen zum Stillschweigen verpflichten. In Betracht kommt somit eine relevante Anzahl von Personen,⁶⁸ die auch für Medienbedürfnisse wichtig sein könnten. Von der möglichen Stillschweigepflicht ausgenommen sind einzig der Angeklagte und sein Verteidiger.⁶⁹ Einem Angeklagten könnte somit durch Art. 73 Abs. 2 nicht verwehrt werden, während der Untersuchung eine Pressekon-

ferenz zu veranstalten.⁷⁰ Der Verteidiger ist in Bezug auf Kommunikation immerhin an die limitierenden Standesregeln und an das Berufsgeheimnis gebunden.⁷¹ Medienarbeit kann aber durchaus für die Verteidigung notwendig sein⁷² und ist letztlich durch die Rechtsprechung legitimiert.⁷³ Die Ausnahme des Angeklagten und von dessen Verteidiger von der Stillschweigepflicht reduziert die mediale Wirkung der Norm, ist aber auch aus einem anderem Grund wichtig. Da der Angeklagte, was Kommunikation anbelangt, nicht «vor sich selbst» geschützt werden kann, könnten auch andere Prozessparteien zum Schutz seiner Verfahrensrechte und seiner Persönlichkeit nicht mit Schweigepflichten belegt werden.⁷⁴ Ob dies z.B. bedeutet, dass zum Schutz der Unschuldsumutung und/oder der unbeeinflussten Zeugeneinvernahme die geschädigte Person die Organisation einer gegen den mutmasslichen Täter gerichteten Pressekonferenz unter Hinweis auf Art. 73 Abs. 2 zumindest vorübergehend nicht untersagt werden kann, lässt sich diskutieren und wird sich in der Praxis erweisen müssen.

Wie bereits hervorgehoben wurde, stellt die hier zur Diskussion stehende Schweigepflicht einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit der betreffenden Personen⁷⁵ dar. Die Lehre weist daher zu Recht auf die Notwendigkeit hin, eine solche Massnahme nur mit Zurückhaltung anzuwenden.⁷⁶ Die Stillschweigepflicht ist auch zeitlich zu befristen und kann nicht vorgangsbezogen sein.⁷⁷ Als Grund für die Anordnung einer solchen Verfügung nennt das Gesetz den Zweck des Verfahrens oder ein privates Interesse. Obwohl die Botschaft sich dazu nur spärlich äussert,⁷⁸ hat die Lehre die Notwendigkeit des Vorliegens einer realen Gefahr der Beeinträchtigung der Untersuchung hervorgehoben.⁷⁹

Medien können nicht Adressaten einer Stillschweigeverpflichtung sein.⁸⁰ Allerdings ist auf die Medien Art. 293 StGB anwendbar.⁸¹ Wie gesagt, dürfte aber oft gerade die Vermeidung von Medienkontakten der Zweck einer Anordnung im

62 Vgl. z.B. die Entscheide des U.S. Supreme Court *Illinois vs. Allen*, 397 U.S. (1970); *Nebraska Press Association vs. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976); *CNN vs. Noriega*, 498 U.S. 976 (1990). Eine solche Möglichkeit kennt auch die italienische Strafprozessordnung: Art. 391 CPP-I.

63 Z.B. in den Kantonen VD und FR.

64 Z.B. Entscheid Bundesstrafgericht 19.01.2005, BK-B 138/04.

65 Eine Wirkung könnte diese Bestimmung aber auch auf diejenigen Parteien haben, die «selber» als Medium tätig sind. Man denke an Blogs, Twitter oder eigene Online-Seiten. Art. 73 Abs. 2 könnte somit diesbezüglich einiges mehr bewirken als das Verbot von Art. 71. Diesbezüglich siehe unten Abs. 2.5.

66 Zur Begründung siehe BBl 2006 1154. Dazu unten N. 73.

67 Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21.12.2005, 1154.

68 In Betracht fallen somit nach Art. 105 Abs. 1 auch die geschädigte Person, der Anzeiger, der Zeuge, die Auskunftsperson, der Sachverständige sowie der durch Verfahrenshandlungen beschwerte Dritter.

69 Art. 73 Abs. 2. Dazu Schmid (Fn. 38), Art. 73 Abs. 2, N. 6; anderer Meinung Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar, Art. 73 Abs. 2, N. 7.

70 Eine Begrenzung der Medienkontakte des Angeklagten ist allerdings durch eine allfällige Untersuchungshaft (Art. 221 ff.) oder durch Anordnung von Haftersatzmassnahmen i.S. von Art. 237 Abs. 2 möglich.

71 Es sei denn, der Mandant stimme der Veröffentlichung zu: Art. 321 Abs. 2 StGB; BGE 106 Ia 100, E. 8b.

72 Dazu Jositsch, Medienarbeit als Bestandteil der Strafverteidigung, ZStrR, 122-2004, 115-139; Postizzi, Il difensore ticinese durante l'istruzione formale, in AA.VV., La riforma del Codice di procedura penale ticinese, Lugano 1994.

73 Vgl. z.B. Entscheid EMRK 35865/04 vom 13. Dezember 2007, Foglia vs. Schweiz, mit zahlreichen Hinweisen.

74 So die Auffassung von Saxer/Thurnheer (Fn. 17), Art. 73 Abs. 2, N. 16.

75 Vgl. Saxer (Fn. 38), Art. 73, N. 17. Vgl. BGE 131 I 425, Erw. 5.2.

76 Vgl. Schmid (Fn. 38), Art. 73, N. 7; Saxer (Fn. 38), Art. 73, N. 17.

77 Vgl. Saxer/Thurnheer (Fn. 17), Art. 73 Abs. 2, N. 17; Schmid (Fn. 38), Art. 73, N. 9.

78 Botschaft. S. 1154.

79 Vgl. Saxer/Thurnheer (Fn. 17), Art. 73 Abs. 2, N. 13.

80 Botschaft (Fn. 67), 1154; Saxer/Thurnheer (Fn. 17), Art. 73 Abs. 2, N. 13.

81 Eine «Medien» Gehilfenschaft in Bezug auf einen Verstoß gegen Art. 292 StGB kommt wegen Art. 105 Abs. 2 StGB nicht in Frage. Vgl. Riedo/Boner, BK StGB, Art. 292, N. 93.

Sinne von Art. 73 Abs. 2 sein.⁸² Die hier diskutierte Bestimmung könnte somit konkrete Auswirkungen auf die Justizberichterstattung zeitigen. Ihre Anwendungspraxis ist daher mit Aufmerksamkeit zu verfolgen.

Es scheint mir wichtig, hervorzuheben, dass unter Hinweis auf Art. 73 Abs. 2 nicht der Medienkontakt an sich verboten werden darf, mag er auch der Verfahrensleitung fehl am Platz erscheinen. Nicht eine unerwünschte Publizität des Prozesses gilt zu vermeiden, sondern nur eine konkrete, aktuelle und durch die Veröffentlichung verursachte Gefahr für die Untersuchung. Man denke an das Risiko der Zeugenabsprache oder der Fluchterleichterung für eine gesuchte Person. Die Beachtung der Verhältnismässigkeit hat auch zur Folge, dass eine Schweigeanordnung nur infrage kommt, wenn Verfahrens- oder Privatinteressen nicht mit weniger weitreichenden Mitteln geschützt werden können. Müssen Journalisten sich ab 1.1.2011 über das Bestehen allfälliger Stillschweigeverfügungen erkundigen, bevor sie sich mit Prozessparteien unterhalten? Die Frage scheint bis jetzt unbeantwortet geblieben zu sein. Einerseits wäre die Veröffentlichung von nicht öffentlichen Untersuchungselementen an und für sich ohnehin – zumindest theoretisch – strafbar,⁸³ unabhängig vom Vorliegen einer allfälligen Verfügung nach Art. 73 Abs. 2 StPO. Übrigens kommt Gehilfenschaft in Bezug auf eine Verletzung von Art. 292 StGB kaum infrage.⁸⁴ Dagegen ist eine Anstiftung zum Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen strafbar.⁸⁵ Eine simple Fragestellung gilt aber bekanntlich nicht als Anstiftung.⁸⁶ Somit dürfte man wohl von einem Journalisten nicht erwarten, dass er sich sozusagen vorsorglich nach einer allfälligen Schweigepflicht seiner Gesprächspartner erkundigt.

6. Gerichtsberichterstattung (Art. 71). Wozu, wohin?

Ohne die Medien wäre die Publizität der Prozessverhandlungen für den Bürger reine Theorie, was die demokratische Justizkontrolle praktisch zur Fiktion verkommen liesse.⁸⁷ Daher die Wichtigkeit der Gerichtsberichterstattung und auch die Tatsache, dass diesbezügliche Normen keineswegs eine Neu-

heit sind.⁸⁸ Auch an rechtlichen Rahmenbedingungen mangelt es kaum.⁸⁹ Ebenso ist dieses Feld auch deontologisch im Zentrum der Aufmerksamkeit.⁹⁰

Darüber hinaus darf der Zutritt zu den Gerichtssälen nicht nur akkreditierten Journalisten vorbehalten sein,⁹¹ was die Wirkungsmöglichkeiten der Regelungen der Gerichtsberichterstattung ohnehin reduziert. Auch muss die Akkreditierung grundsätzlich freiwillig sein.⁹² Es wurde bereits unterstrichen, dass die Einhaltung der zivil- und strafrechtlichen Grenzen nicht durch Art. 72, sondern durch den Gerichtsweg zu gewährleisten ist.⁹³ Folgt man dieser Auffassung, so können die Normen der Gerichtsberichterstattung vor allem organisatorischer Natur sein (Termine, Zustellungskriterien, Ansprechpersonen, Embargos). Über deren konkreten Einfluss auf die Qualität des Justizjournalismus darf man dann geteilter Meinung sein. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist dagegen geneigt, auch der Inhaltsregelung (Persönlichkeitsschutz, Unschuldsvermutung, Anonymisierung, Sachlichkeit usw.) Raum zu gewähren.⁹⁴ Auch die Praxis scheint sich in diese Richtung zu bewegen.⁹⁵ Mehr auf den Inhalt zielende Normen bergen aber die latente Gefahr der Begrenzung der Medienfreiheit, gerade dort, wo es darum geht, die klassische Kontrollfunktion

88 SR 173.110.133 (Bundesgericht); SR 173.320.4 (Bundesverwaltungsgericht); SR 173.711.33 (Bundesstrafgericht). Normen existieren in den Kantonen ZH, SG, TG und AG. Zum Thema BGE 113 Ia 309 und anstatt vieler Meili, Die Akkreditierung von Journalisten im öffentlichen Recht des Bundes und der Kantone, Zürich 1999; Cottier, Le TAF face aux enjeux d'une communication judiciaire moderne: des activités transparentes, une jurisprudence accessible et des égards pour la presse, in Ehrenzeller/Schweizer, Das Bundesverwaltungsgericht: Stellung und Aufgaben, S. Gallo 2009.

89 Z.B. BGE 116 Ia 14, (Fall Baragiola) E. 8: «In futuro i giornalisti dovranno non solo essere più disciplinati e autocritici, ma anche attenersi con maggior rigore alle norme deontologiche della loro professione, dando prova di prudenza (...) Pertanto si invitano i giornali, la radio e la televisione a rispettare in ogni caso, ma soprattutto in occasione di processi penali, la presunzione di innocenza anche prima dell'inizio dei dibattimenti». Siehe auch BGE 116 IV 131 (Fall Lucona) E. 5a; BGE 126 II 209 (Fall Kraska) E. 3a/b; BGE 128 IV 97, E. 3b (Medienvorverurteilung und Strafzumessung); DTF 129 III 529 (Fall Kraska) E. 3.1 e 3.2. Siehe auch Zeller, Medien und Hauptverhandlung – Menschenrechtliche Leitplanken, Justice-Justiz-Giustizia 2006/1; Zeller, Zwischen Vorverurteilung und Justizkritik, Bern 1998. Knauer, Bestrafung durch die Medien? Zur strafmildernden Berücksichtigung von Medienberichterstattung, GA 2009, 541 ff.

90 Richtlinien 1.5, 7.6., 7.8 des schweizerischen Presserats in Bezug auf die Erklärung der Pflichten und Rechten der Journalisten. Die zahlreichen Entscheide des Presserats in Bezug auf die Gerichtsberichterstattung sind unter www.presserat.ch zu finden, z.B. Entscheid 45/2001: «Bei der Gerichtsberichterstattung muss in jedem Fall ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Informationsinteresse der Öffentlichkeit und Respektierung grundlegender Prinzipien, wie Unschuldsvermutung, Persönlichkeitsschutz und geordnetem Gang der Rechtspflege gefunden werden». Dazu auch Riklin, Schutz der Unschuldsvermutung – Medien im Graubereich, medialex 01/2006, 28 ff.

91 BGE 113 Ia 309, E. 5c.

92 Vgl. Saxer (Fn. 38), Art. 71. N. 10.

93 Vgl. Saxer (Fn. 38), Art. 72, N. 11, 14 mit Hinweisen.

94 BGE 113 Ia 309, E. 5a/c.

95 Siehe Fn. 88.

82 Vgl. Saxer/Thurnheer (Fn. 17), Art. 73 Abs. 2, N. 13; Schmid (Fn. 38), Art. 73.

83 Art. 293 StGB i.V.m. Art. 69 Abs. 3 StPO.

84 Siehe oben Fn. 81.

85 Vgl. Riedo/Boner (Fn. 81), Art. 292, N. 93, mit Hinweisen.

86 Vgl. Entscheid EMRK vom 25.4.2006, 77551/01, Dammann c. Suisse. Anders hatte aber das Bundesgericht entschieden: BGE 127 IV 128, E. 2.

87 Das Bundesgericht spricht sogar von «Brückenfunktion» der Gerichtsberichterstattung; vgl. BGE 129 III 529, E. 3.2.

des Journalismus gegenüber dem Staatsapparat wahrzunehmen.⁹⁶ Auf diesem Gebiet gesetzgeberisch tätig zu werden, ist deswegen sicher heikel.⁹⁷ Art. 72 begnügt sich deswegen mit einer Art vorsorglicher Grenzmarkierung: Inhaltlich bestimmt er nichts, gibt aber dem Gesetzgeber die Möglichkeit, auf diesem Gebiet tätig zu werden. Ob jemals ein eidgenössisches Gerichtsberichterstattungsgesetz das Licht der Welt erblicken wird, ist schwierig zu beurteilen.

Einiges darf m.E. zusammenfassend festgestellt werden. Um das Verhältnis zwischen Presse und Strafprozessen zu beeinflussen – und zwar in restriktiver Richtung –, hat der Gesetzgeber es vorgezogen, auf das Geheimnisregime des Verfahrens einzuwirken, anstatt bei der Gerichtsberichterstattung selbst zu intervenieren. Den Strafprozess – die «Quelle» – hat er «dichter» gemacht, während er die Gerichtsberichterstattung – den Fluss – unberührt gelassen hat. Angesichts der in diesem Beitrag geschilderten technologischen und medialen Entwicklung darf man sich fragen, ob eine umgekehrte Haltung nicht geeigneter gewesen wäre, nämlich den Strafprozess kommunikativ offener zu gestalten und im Gegenzug die Gerichtsberichterstattung vermehrt in die Pflicht zu nehmen. Dass diese Strategie die Gefahr der allzu engen Normierung birgt, ist natürlich nicht zu übersehen. Die Wirkung der technologischen und sozialen Entwicklung in Richtung eines staatlich nicht kontrollierbaren Informationsflusses und der starke gesetzliche Schutz der Informations- und Pressefreiheit lassen jedoch einige Befürchtungen als überschätzt erscheinen.

Zusammenfassung Die neue Strafprozessordnung gestaltet auch das Verhältnis «öffentlich/geheim» des Strafprozesses neu. In Bezug auf das Öffentlichkeitsprinzip war der Gesetzgeber an übergeordnetes Recht gebunden. Wo ihm Gestaltungsspielraum zur Verfügung stand, hat er hingegen Neuerungen eingeführt in der Absicht, den Strafprozess «dichter» zu machen. Eine Reaktion auf eine zunehmende – und oft problematische – Mediatisierung der Prozesse. Es ist zweifelhaft, ob dies Einfluss auf die neuen und wohl am meisten risikobeladenen Berichterstattungsmöglichkeiten (z.B. blogs, twitter, mirror sites) haben wird. Man kann sich fragen, ob nicht stattdessen eine klarere Regelung der Gerichtsberichterstattung zu erwägen gewesen wäre, wobei nicht zu bestreiten ist, dass dies auch Risiken beinhaltet hätte.

Summary The new Criminal Procedure Code also designed the “public/secret” relationship of the new criminal procedure. The legislator was tied to a higher-level law regarding the principle of public access. Where his discretion was available however, he has introduced new features with the intention of making criminal proceedings more “dense”. A response to a growing – and often problematic – media coverage of the processes. It is doubtful whether this will have any influence on the new and probably most risky reporting means (e.g. blogs, twitter, mirror sites). One may wonder whether to consider clearer court reporting rules instead would not have been preferable, not denying that this would also include its own risks.

⁹⁶ Saxer (Fn. 38), Art. 72, N. 11, 14 mit Hinweisen. Auch über Art. 70 Abs. 3 StPO kann man keine Inhaltskontrolle erreichen: Saxer/Thurnheer (Fn. 17), Art. 70, N. 20; Salmina, Art. 169, N.9, in Bernasconi et al., Nuovo Codice svizzero di procedura penale, Zürich/St. Gallen 2011.

⁹⁷ Es ist vielleicht kein Zufall, dass die Botschaft (Fn. 67) kein Wort über diese Bestimmung enthält. Symptomatisch, aber erstaunlich angesichts der so oft unterstrichenen demokratischen Bedeutung der Gerichtsberichterstattung.

entscheidungen décisions

Die Entscheidung | La décision

- 11-1 **Nachführung von Archivdaten** 22
Urteil des Amtsgerichts Luzern-Land vom 26. November 2010 (rechtskräftig)
DR. IUR. PETER STUDER, RÜSCHLIKON

Weitere Entscheidungen | Autres décisions

1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht**1.1 Meinungsäusserungs- und Informationsfreiheit, Medienfreiheit**

- 11-2 **Chefredaktor staatlich finanzierter Zeitung muss Menschenrechte beachten** 28
Urteil des EGMR (1. Kammer) vom 21. Oktober 2010 (N° 35016/03 «Saliyev c. Russland»)
- 11-3 **Keine Beschränkung der Meinungsfreiheit auf gerichtlich beurteilte Missstände** . . . 29
Urteil des EGMR (4. Kammer) vom 21. Dezember 2010 (N° 34690/05 «Sofranschi c. Moldawien»)
- 11-4 **Für Medien nicht gleich hohe Sorgfaltspflicht wie für Strafverfolgungsbehörden** . . . 30
Urteil des EGMR (1. Kammer) vom 21. Dezember 2010 (N° 27570/03 «Novaya Gazeta v Voronezhe c. Russland»)
- 11-5 **Überhöhte Genugtuung für rechtmässig kritisierten Fussballverein** 31
Urteil des EGMR (2. Kammer) vom 7. Dezember 2010 (N° 39324/07 «Publico u.a. c. Portugal»)
- 11-6 **Freispruch eines Publizisten nach Vorwürfen gegen public figure** 32
Zulässigkeitsentscheid des EGMR (5. Kammer) vom 2. November 2010 (N° 27103/04 «Petrov c. Bulgarien»)
- 11-7 **Sexuelle Übergriffe unter Kindern: Namenspublikation unzulässig** 32
Urteil des EGMR (1. Kammer) vom 16. Dezember 2010 (N° 24061/04 «Aleksy Ovchinnikov c. Russland»)
- 11-8 **Fehlende Zurückhaltung eines Justizinspektors verdiente Sanktion** 32
Urteil des EGMR (2. Kammer) vom 7. Dezember 2010 (N° 15966/06 «Poyraz c. Türkei»)
- 11-9 **Berichterstattungsverbot über Strafprozess: Medien brauchen wirksame Anfechtungsmöglichkeit** 33
Urteil des EGMR (4. Kammer) vom 7. Dezember 2010 (N° 10734/05 «Mackay & BBC Scotland c. Grossbritannien»)
- 11-10 **Rechtmässige Entlassung eines Whistleblowers** 34
Zulässigkeitsentscheid des EGMR (5. Kammer) vom 12. Oktober 2010 (N° 49001/07 «Bathellier c. Frankreich»)
- 11-11 **Interdiction d'une campagne d'affichage pour atteinte indirecte à la moralité publique** 34
Arrêt de la CEDH du 13 janvier 2011 (N° 16354/06 «Mouvement Raëlien Suisse c. Suisse»)
- 1.2 Recht des Informationszugangs der Öffentlichkeit**
- 11-12 **Verweigerter Dokumentenzugang zu medizinischen Akten: Bestrafung verhältnismässig** 35
Urteil des EGMR (3. Kammer) vom 2. November 2010 (N° 41723/06 «Gillberg c. Schweden»)
- 11-13 **Bundesgericht weist Beschwerde von Roland Nef gegen Veröffentlichung seiner Einstellungsverfügung ab** 36
Urteil des Bundesgerichts vom 6. Oktober 2010 (1C_322/2010)
- 11-14 **Bundesgericht gewährt Einsicht in Teilnehmerliste einer Sozialstudie** 37
Urteil des Bundesgerichts vom 29. Oktober 2010 (1C_284/2010)
- 11-15 **Beschwerde gegen Ablehnung eines Einsichtsgesuchs in eine Einstellungsverfügung vom Bundesstrafgericht gutgeheissen** 39
Urteil des Bundesstrafgerichts vom 17. September 2010 (BB.2010.59)
- 11-16 **EDÖB gewährt Zugang zu Bericht «Islamistische Imame» des VBS mit einzelnen Ausnahmen** 39
Empfehlung des EDÖB vom 21. Oktober 2010 (VBS/Bericht «Islamistische Imame»)

- 11-17 **EDÖB untersagt Zugang zu Inspektionsbericht der ND-Aufsicht teilweise** 41
Empfehlung des EDÖB vom 18. November 2010 (VBS/Inspektionsberichte ND-Aufsicht)
- 11-18 **EDÖB bejaht Zugang zu Beglaubigungsschreiben eines Botschafters** 41
Empfehlung des EDÖB vom 22. Dezember 2010 (EDA/Beglaubigungsschreiben eines Botschafters)

1.3 Radio- und Fernsehrecht

- 11-19 **Willkürlicher Bewilligungsentzug wegen unbewiesener Piratensendung** 42
Urteil des EGMR (2. Kammer) vom 12. Oktober 2010 (N° 42284/05 «Nur Radyo Ve Televizyon Yayinciligi A.S. c. Türkei» [N° 2])
- 11-20 **Ni l'engagement social ou politique par rapport à une question d'intérêt public, ni les connaissances approfondies dans un certain domaine ne constituent en soi un intérêt digne de protection à contester une décision se rapportant au contenu d'un programme télévisé** 43
Arrêt du Tribunal fédéral du 22 novembre 2010 (2C_844/2009)
- 11-21 **BVGer lehnte Beschwerde gegen Radio- und Fernsehempfangsgebühr ab.** 43
Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 11. Oktober 2010 (A-180/2010)
- 11-22 **BVGer lehnte Beschwerde gegen Radio- und Fernsehempfangsgebühr ab.** 43
Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. Dezember 2010 (A-4481/2010)
- 11-23 **BAKOM erklärt sich bezüglich Aufsicht über das übrige publizistische Angebot für zuständig** 43
Verfügung des BAKOM vom 3. August 2010
- 11-24 **Werbepot für Wein versties gegen Verbot der Ausstrahlung von Verkaufsangeboten für alkoholische Getränke** 45
Verfügung des BAKOM vom 27. September 2010
- 11-25 **BAKOM heisst Gesuch um Aufschaltungsverpflichtung der Joiz AG gut** 46
Verfügung des BAKOM vom 10. November 2010
- 11-26 **«Gesundheit Sprechstunde» versties in verschiedenen Sendungen gegen Werbe- und Sponsoringbestimmungen** 47
Verfügung des BAKOM vom 16. Dezember 2010
- 11-27 **Beitrag in «Cash-TV» über Abstimmung zur Änderung des BVG verletzte Sachgerechtigkeitsgebot** 48
Entscheid der UBI vom 20. August 2010 (b.621) (nicht rechtskräftig)
- 11-28 **Berichterstattung über Klimaforschung: UBI verneint Verstoss gegen Vielfaltsgebot.** 49
Entscheid der UBI vom 20. August 2010 (b.619)
- 11-29 **Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots bei Berichterstattung der «Tagesschau» über den Fall Holenweger.** 50
Entscheid der UBI vom 27. August 2010 (b.617)

1.7 Weitere verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragen

- 11-30 **Bundesgericht: Sammeln und Weitergeben von IP-Adressen verstösst gegen DSG** 51
Urteil des Bundesgerichts vom 8. September 2010 (1C_285/2009)
- 11-31 **La notion de «transmission d'images» peut se comprendre comme une méthode consistant à restituer en direct la scène filmée par une caméra vidéo sur un écran situé ailleurs, les images étant transmises sans enregistrement** 52
Arrêt du Tribunal fédéral du 13 octobre 2010 (1C_315/2009)

3. Strafrecht

3.1 Ehrenschutz (StGB/UWG)

- 11-32 **Ehrverletzung durch Blogbeiträge vom Bundesgericht bestätigt** 53
Urteil des Bundesgerichts vom 24. September 2010 (6B_431/2010)

- 11-33 **L'attaque dirigée contre une vaste collectivité de personnes n'est en principe pas propre à attenter à l'honneur de chacun des individus qui la composent.**54
Arrêt du Tribunal fédéral du 1^{er} novembre 2010 (6B_361/2010)

3.4 Redaktionsgeheimnis

- 11-34 **Bundesgericht lehnt Befangenheitsantrag aufgrund Äusserungen zu einer Zeugenaussage ab**54
Urteil des Bundesgerichts vom 14. Oktober 2010 (1B_216/2010)
- 11-35 **Quellenschutz gilt auch für Kommentare in Blogs des Schweizer Fernsehens.**55
Urteil des Bundesgerichts vom 10. November 2010 (1B_44/2010)

5. Urheberrecht

5.1 Rechtsschutz

- 11-36 **Bob-Marley-Fotografie: Beschwerde vom Bundesgericht abgewiesen, soweit es darauf eintrat.**57
Urteil des Bundesgerichts vom 25. November 2010 (4A_522/2010)

5.2 Verwertungsrecht

- 11-37 **Urheberrechtsentschädigungen für Speichergeräte in Musikhandys**57
Beschluss der Eidg. Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten vom 18. März 2010

8. Ethik/Selbstregulierung

8.1 Ethik des Journalismus

- 11-38 **Wahrheit/Kommentarfreiheit/Unterschlagung wichtiger Informationen/Berichtigung**59
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 8. September 2010 (35/2010; Bundesanwaltschaft c. «Weltwoche»)
- 11-39 **Un journaliste peut se montrer subjectif si les faits qu'il relate sont exacts**59
Prise de position du Conseil suisse de la presse du 10 septembre 2010 (36/2010, Semuhire c. «L'Objectif»)
- 11-40 **Wahrheit/Trennung von Fakten und Kommentar/Anhörung bei schweren Vorwürfen**60
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 26. August 2010 (37/2010; Spuhler c. «Tages-Anzeiger»)
- 11-41 **Anhörung bei schweren Vorwürfen/Berichtigung/Quellenüberprüfung**60
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 8. September 2010 (38/2010; Dignitas/Minelli c. «NZZ am Sonntag»)
- 11-42 **Dans certains cas, le journaliste peut se contenter de vérifier la crédibilité de la personne et la vraisemblance de ses propos.**61
Prise de position du Conseil suisse de la presse du 24 septembre 2010 (39/2010, X. c. «Femina»)
- 11-43 **Unschuldsvermutung**61
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 24. September 2010 (40/2010; Rózsa c. «Neue Zürcher Zeitung»)
- 11-44 **Lauterkeit der Recherche/identifizierende Berichterstattung**62
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 26. August 2010 (41/2010; X. c. «Blick»)
- 11-45 **Publikation trotz «Verbot»/Fairness/unlautere Recherche/Privatsphäre.**62
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 8. September 2010 (42/2010; X./Y. c. «Tages-Anzeiger»)
- 11-46 **Medien dürfen nicht hemmungslos Privates aus dem Internet verbreiten**63
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 1. September 2010 (43/2010)

11-47	Le défaut de diligence constitue une violation dans la recherche de la vérité exigée d'un journaliste	64
	Prise de position du Conseil suisse de la presse du 10 septembre 2010 (44/2010, X. c. «Le Régional»)	
11-48	Verdeckte Recherche	64
	Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 11. Oktober 2010 (45/2010; Business Academy Corp. c. «K-Tipp»)	
11-49	Keine Berichtigung von Meinungsäusserungen	64
	Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 26. November 2010 (46/2010; Verein gegen Tierfabriken c. «Weltwoche»)	
11-50	Unschuldsumutung/Wahrheit	64
	Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 26. November 2010 (47/2010; X. c. «Neue Zürcher Zeitung»)	
11-51	Des procédures du droit audiovisuel et judiciaire peuvent être intentées en parallèle	65
	Prise de position du Conseil suisse de la presse du 26 novembre 2010 (48/2010, Association contre les usines d'Animaux c. Télévision Suisse Romande)	
11-52	Einseitige Berichterstattung/Trennung von Fakten und Kommentar	65
	Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 3. Dezember 2010 (49/2010; Freidenker-Vereinigung der Schweiz c. Schweizer Fernsehen/«Kulturplatz»)	
11-53	Abgeltung der Urheberrechtsnutzung/angemessene Entschädigungen für freie Journalist/innen/Anhörung bei Änderungen der Honorierungspraxis	65
	Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 10. Dezember 2010 (50/2010; Impressum c. «Tamedia AG»)	
11-54	Privatsphäre/Opferschutz	66
	Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 17. Dezember 2010 (51/2010; X. c. «Zürcher Oberländer»/«Der Landbote»)	
11-55	Sperrfristen	66
	Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 17. Dezember 2010 (52/2010; «Neue Luzerner Zeitung» c. Regierungsrat und Behörden des Kantons Luzern)	
11-56	Menschenwürde/diskriminierende Anspielungen	66
	Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 17. Dezember 2010 (53/2010; X. c. «Neue Zürcher Zeitung»)	
8.2 Ethik der kommerziellen Kommunikation		
11-57	Irreführung – Programmzeiten in Fernsehprogrammzeitschrift	66
	Beschluss der Schweizerischen Lauterkeitskommission vom 15.9.2010 (265/10)	
11-58	Sexismus – TV-Spot Aftershave	66
	Beschluss der Schweizerischen Lauterkeitskommission vom 15.9.2010 (267/10)	
11-59	Sexisme – annonce publicitaire pour des cuisses de poulet	67
	Décision de la Commission Suisse pour la Loyauté du 15.9.2010 (269/10)	
11-60	Irreführung – 2-Meter-Bett in Business Flügen von Zürich nach New York	67
	Beschluss der Schweizerischen Lauterkeitskommission vom 30.6.2010 (208/10)	
11-61	Werberische Übertreibung – Plakat Cabrio mit Slogan «KILL YOUR HAIRDRESSER»	67
	Beschluss der Schweizerischen Lauterkeitskommission vom 30.6.2010 (227/10)	
11-62	Green marketing – Autowerbung «Sämtliche CO₂-Emissionen werden kompensiert.»	67
	Beschluss der Schweizerischen Lauterkeitskommission vom 30.6.2010 (229/10)	
11-63	Unrichtige Angaben – Kampagne Werbung für Werbung	67
	Beschluss der Schweizerischen Lauterkeitskommission vom 30.6.2010 (249/10)	

Nachführung von Archivdaten

Urteil des Amtsgerichts Luzern-Land vom 26. November 2010 (rechtskräftig)

11-1

Werden publizierte Personendaten zum Zwecke der Dokumentation von Privaten bearbeitet und zur Verfügung gestellt, erscheint es sinnvoll, diese Daten zumindest einer beschränkten Berichtigung zugänglich zu machen. Dies gilt vor allem dann, wenn die Personendaten nicht nur in einem herkömmlichen Archiv mit beschränkter Zugänglichkeit verwahrt, sondern in einer mit modernen technischen Mitteln ausgestatteten Datenbank bearbeitet, einem breiten Publikum angeboten und leicht zugänglich gemacht werden.

Lors de la publication de données personnelles dans le but de renseigner les personnes privées et leur mise à disposition, il paraît sensé de soumettre au moins ces données à un ajustement partiel. Cela est particulièrement nécessaire, lorsque les données personnelles sont non seulement gardées dans une archive traditionnelle avec accès limité, mais également traitées dans une base de données équipée de moyens techniques modernes, offerte à un large public et rendue facilement accessible.

Stichwörter Berichtigung; Interesseabwägung; Passivlegitimation; Personendaten; Persönlichkeitsverletzung; Rechtfertigung

Art. 3 Bst. e, f, 5, 13, 15 Abs. 1, 2 DSG; Art. 292 StGB; Art. 28 ZGB

Sachverhalt (Zusammenfassung)

Eine Medienmittelung gelangte mit der Schlagzeile «X. im Visier der Justiz» und dem Untertitel «X. droht Strafverfahren» an die Öffentlichkeit. Diese Medienmittelung wurde in der Folge von mehreren Radiostationen und Printmedien mit gleichem Wortlaut weiterverbreitet. Die nachfolgende Bestätigung, dass gegen X. kein Verdacht auf strafbares Verhalten vorliege, wurde mit wenigen Ausnahmen nicht verbreitet. Die SMD Schweizer Mediendatenbank AG betreibt eine Datenbank mit archivierten Medienberichten, welche auch die genannten Meldungen verschiedener Printmedien enthält. X. macht geltend, durch die Existenz der entsprechenden, nicht aktualisierten Medienmittelungen in seiner Persönlichkeit verletzt zu sein, da er in der Folge durch Untersuchungen und ein Gutachten vollumfänglich entlastet worden sei. Er habe gemäss Art. 28 ZGB ein Recht auf Vergessen bzw. ein Recht, nicht im falschen Licht dargestellt zu werden. Zudem könne nach Datenschutzgesetz

(DSG) verlangt werden, dass die Datenbearbeitung, namentlich die Bekanntgabe an Dritte, gesperrt werde oder die Personendaten berichtigt oder vernichtet werden (Art. 15 Abs. 1 DSG). Falls weder die Richtigkeit noch die Unrichtigkeit von Personendaten dargetan werden könne, könne verlangt werden, dass bei den Daten ein entsprechender Vermerk angebracht werde (Art. 15 Abs. 2 DGS). Die SMD Schweizer Mediendatenbank verlangte eine Abweisung der Klage.

Aus den Erwägungen

1./2. Zu Zuständigkeit und Beweisverfahren (...)

3. Persönlichkeitsschutz und Datenschutz: Der Kläger beruft sich auf den Persönlichkeitsschutz nach ZGB sowie nach DSG. Vorab ist demnach das Verhältnis des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes (Art. 28 ff. ZGB) zum Persönlichkeitsschutz nach Datenschutzgesetz zu klären.

3.1 Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, kann zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht anrufen (Art. 28 Abs. 1 ZGB). Das Datenschutzgesetz bezweckt den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte von Personen, über die Daten bearbeitet werden (Art. 1 DSG). Für Klagen und vorsorgliche Massnahmen zum Schutz der Persönlichkeit gestützt auf das DSG gelten die Art. 28 bis 28l ZGB (Art. 15 Abs. 1 DSG).

3.2 Der Persönlichkeitsschutz findet seine konkrete Ausformulierung auf Gesetzesstufe in verschiedenen Erlassen. Nach der bundesgerichtlichen Praxis besteht Alternativität zwischen den Bestimmungen von Art. 28 ZGB und den den Schutz der Persönlichkeit bezweckenden Bestimmungen des DSG. Der Verletzte hat grundsätzlich die Wahl, welches rechtliche Mittel er zu seinem Schutz ergreifen will. Die für die Bearbeitung von Personendaten geltenden Regeln des DSG ergänzen und konkretisieren das Recht der Persönlichkeit des ZGB, wobei es weiter geht als das ZGB, indem insbesondere auch die Datenvernichtung und -sperrung vorgesehen ist (BGE 127 III 481 E.3.a S. 492 f.; Meili, Basler Komm. zum ZGB I, 2006, N 10 zu Art. 28 ZGB; Maurer-Lambrou/Kunz, Basler Komm. zum DSG, 2006, N 8 zu Art. 1 DSG; Studer/Mayr von Baldegg, Medienrecht für die Praxis, 2006, S. 280). Der Datenschutz führt somit in erster Linie zu einem verstärkten Persönlichkeits- resp. Individualrechtsschutz. Es geht um den Persönlichkeitsschutz auf dem Sondergebiet der Datenverarbeitung (Riklin, Schweizerisches Presserecht, 1996, S. 340). Die Bestimmungen des DSG gelten auch für Medien, sodass im Ergebnis die Persönlichkeit

auf dem Gebiet der Datenverarbeitung vor Medien prinzipiell ebenso geschützt ist wie vor sonstigen möglichen Bearbeitungen, soweit nicht Sonderbestimmungen vorgehen (Riklin, a.a.O., S. 345). Im Falle einer Persönlichkeitsverletzung nach DSG stehen dem Kläger gestützt auf den Verweis in Art. 15 Abs. 1 DSG die gleichen Ansprüche zu wie bei Persönlichkeitsverletzungen nach Art. 28 ff. ZGB, namentlich ein Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsanspruch, die Mitteilung und Veröffentlichung des Urteils, gegebenenfalls ein Schadenersatz-, Genugtuungs- und Gewinnherausgabeanspruch und ein Gegendarstellungsrecht (Rampini, Basler Komm. zum DSG, 2006, N 1 zu Art. 15 DSG; Rosenthal/Jöhri, Handkommentar zum DSG, 2008, N 14 f. zu Art. 15 DSG). Der Kläger kann gestützt auf das DSG insbesondere verlangen, dass die Datenbearbeitung, namentlich die Bekanntgabe an Dritte, gesperrt wird oder die Personendaten berichtigt oder vernichtet werden (Art. 15 Abs. 1 DSG). In Art. 15 Abs. 2 DSG besteht eine Spezialbestimmung für den Fall, dass weder die Richtigkeit noch die Unrichtigkeit der Personendaten bewiesen werden kann. In einem solchen Fall kann die betroffene Person verlangen, dass bei den Daten ein Bestreitungsvermerk angebracht wird. Dabei handelt es sich um eine neuartige Leistungsklage (Maurer-Lambrou/Kunz, a.a.O., N 11 zu Art. 1 DSG, mit weiteren Hinweisen).

3.3 Der Kläger verlangt in seinem Hauptantrag, es sei bei den entsprechenden seine Persönlichkeit verletzenden Medienmitteilungen vom Z. ein Vermerk bzw. eine berichtigende Ergänzung anzubringen (Klage S. 2 und 11, amtl. Bel. 19 S. 3). Seine Klage ist nach Art. 15 Abs. 1 DSG zu prüfen, wobei die Art. 28 ff. ZGB beizuziehen sind.

4. Passivlegitimation: Der Kläger macht eine Persönlichkeitsverletzung geltend und klagt gegen die Inhaberin einer Datenbank, deren Daten Journalisten und über die Tochtergesellschaft Swissdox AG Drittpersonen zugänglich gemacht würden. Die Beklagte bestreitet ihre Passivlegitimation, da sie keine Daten verbreite und für Handlungen der Swissdox AG oder dritter Medienunternehmungen nicht verantwortlich gemacht werden könne.

4.1 Eine Klage aus Persönlichkeitsverletzung ist gegen jeden möglich, der an der Verletzung mitwirkt (Art. 15 Abs. 1 DSG i.V.m. Art. 28 Abs. 1 ZGB). Auf den Tatbeitrag kommt es nicht an, da das Verschulden keine Rolle spielt. Alle Mitwirkenden haften solidarisch. Auch der Inhaber einer Datensammlung fällt unter das DSG. Inhaber einer Datensammlung ist derjenige, der über Zweck und Inhalt, das heisst über die Existenz und die wesentliche Ausgestaltung der Sammlung, entscheidet. Passivlegitimiert bezüglich Berichtigungsanspruch und Bestreitungsvermerk ist derjenige, der die betreffenden Daten bearbeitet oder bearbeiten lässt oder über ihre Bearbeitung bestimmt und ihre Berichtigung (bzw. das Anbringen eines Vermerks) anordnen oder durchführen kann oder können sollte (Meili, a.a.O., N 37 zu Art. 28 ZGB; Maurer-Lambrou, Basler Komm. zum DSG, 2006, N 38 zu Art. 3 DSG und N 6 zu Art. 15 DSG; Rosenthal/Jöhri, a.a.O., N 17–19 zu Art. 15 DSG). Das DSG versteht unter dem Begriff «bearbeiten» auch das Archivieren von Akten und unter dem Begriff «bekannt geben»

das Zugänglichmachen von Personendaten wie das Einsichtgewähren, Weitergeben oder Veröffentlichen (Art. 3 Bst. e und f DSG).

4.2 Gemäss Handelsregisterauszug verfolgt die Beklagte, eine 1996 gegründete Aktiengesellschaft, folgenden Zweck: «Betrieb einer On-Line Mediendatenbank mit hauptsächlich in schweizerischen Printmedien erscheinenden Artikeln und ist in erster Linie auf die Informationsbedürfnisse von Medienunternehmen ausgerichtet; kann sich an gleichen oder ähnlichen Unternehmen beteiligen» (kläg. Bel. 16 und 16/2). Es ist damit erwiesen, dass die Beklagte eine Mediendatenbank betreibt und diese für Medienschaffende zugänglich macht. Damit gibt sie die in ihrer Datenbank enthaltenen Daten bekannt im Sinne von Art. 3 Bst. f DSG. Gemäss von der Beklagten anerkannten Ausführungen des Klägers basiert die Datenbank der Beklagten auf sogenannten automatischen «Workflows» (Klage S. 10 Ziff. 27, Klageantwort S. 18 Ziff. 35, vgl. kläg. Bel. 17). Damit bearbeitet sie Daten im Sinne von Art. 3 Bst. e DSG.

Mit Protokollerklärung vom 10.6.2010 hat der Kläger ausgeführt, sämtliche von ihm bisher aufgelegten Dokumente der Swissdox AG seien auch bei der SMD AG vorhanden und auffindbar. Bei der SMD AG sei zudem die Meldung der Agentur Associated Press (AP) zu finden, die in der Datenbank der Swissdox AG nicht vorhanden sei (amtl. Bel. 19 S. 1). Zum Beweis seiner Ausführungen hat er die entsprechenden Berichte sowie die Meldung der AP zu den Akten gegeben (kläg. Bel. 32–50). Damit ist erstellt, dass die Beklagte nicht nur Daten bearbeitet und bekannt gibt, sondern auch Inhaberin der Daten ist und diese bei ihr auffindbar sind.

Fraglich ist jedoch, ob die Beklagte über die Datenbearbeitung bestimmt und es ihr damit möglich ist, einen allfälligen Vermerk bzw. eine berichtigende Ergänzung anzubringen, oder ob diesbezüglich nicht – wie von der Beklagten behauptet (vgl. Klageantwort S. 2 f. Ziff. 4, S. 10 f. Ziff. 20, S. 11 ff. Ziff. 21 ff., S. 18 Ziff. 36) – die Swissdox AG bzw. allenfalls die einzelnen Medienunternehmen verantwortlich sind. Gemäss Handelsregister verfolgt die 2002 gegründete Swissdox AG folgenden Zweck: «Betrieb einer Online-Mediendatenbank; kann sich an gleichen oder ähnlichen Unternehmen beteiligen und alle Geschäfte durchführen, die mit dem Zweck der Gesellschaft in unmittelbarem oder mittelbarem Zusammenhang stehen» (kläg. Bel. 15 und 15/2). Auf ihrer Homepage schreibt sie: «Die Swissdox AG ist eine Tochtergesellschaft der SMD Schweizer Mediendatenbank AG. Das 1996 gegründete Gemeinschaftsunternehmen von Ringier AG, SRG SSR idée suisse und Tamedia AG ist der führende Beobachtungs- und Recherchedienst für Schweizer Medienschaffende. Ziel von Swissdox ist es, das einzigartige SMD-Knowhow auch Unternehmen, Verbänden und Organisationen zur Verfügung zu stellen. Und ihnen damit einen professionellen Online-Dienst in die Hand zu geben, mit dem sie den zunehmenden Bedarf nach einer systematischen Medienbeobachtung bedürfnisgerecht abdecken können» (kläg. Bel. 13 und 13/2). Damit ist erstellt, dass die Beklagte ihre Daten der Swissdox AG zur Verfügung stellt. Die von ihr genannten automatischen Workflows (vgl. vorstehend) laufen jedoch unbestrittenermassen bei der Beklagten – und nicht bei der Swissdox AG – ab. Somit bestimmt die Beklagte über die grundsätzliche Bearbeitung der Daten, und es ist ihr

damit möglich, einen allfälligen Vermerk oder eine Ergänzung anzubringen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beklagte im Sinne von Art. 3 Bst. e und f DSG fallrelevante Daten bearbeitet und bekannt gibt. Sie ist damit passivlegitimiert.

5. Beseitigungsklage nach Art. 15 Abs. 1 DSG: Der Kläger verlangt die Berichtigung von Daten durch Anbringung eines Vermerkes im Ursprungstext. Die Beklagte verlangt die Abweisung der Klage.

Der Kläger kann verlangen, dass zum Schutz seiner Persönlichkeit Personendaten berichtigt oder vernichtet werden oder dass ihre Bekanntgabe an Dritte gesperrt wird (Art. 15 Abs. 1 DSG). Die Berichtigung ist ein Teil des Beseitigungsanspruchs nach Art. 15 Abs. 1 DSG. Dabei sind die Beseitigungsarten nicht abschliessend aufgezählt. Es sind verschiedene Arten von Berichtigungen möglich: die Veränderung durch inhaltliche Umgestaltung, die ganze oder teilweise Löschung oder aber die Hinzufügung von ergänzenden oder neu erhobenen Angaben (Maurer-Lambrou, a.a.O., N 17 zu Art. 5 DSG; Rosenthal/Jöhri, a.a.O., N 13 zu Art. 5 DSG). Welche Art der Beseitigung der Verletzung angezeigt ist, ist nach sachlichen Kriterien aufgrund der Umstände des Einzelfalles zu entscheiden, wobei berechnete Interessen des Bearbeiters mit zu berücksichtigen sind. Nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip sind mildere Massnahmen immer in Betracht zu ziehen (Rampini, a.a.O., N 7 zu Art. 15 DSG).

Die Beweislast ist wie folgt geregelt: Der Verletzte hat die Persönlichkeitsverletzung, die Mitwirkung des Verletzers und das Andauern der Bearbeitung nachzuweisen; die Widerrechtlichkeit wird vermutet. Der Verletzer trägt die Beweislast für einen allenfalls vorhandenen Rechtfertigungsgrund (Rampini, a.a.O., N 3 zu Art. 12 DSG und N 3 und 9 zu Art. 15 DSG; Rosenthal/Jöhri, a.a.O., N 17 und 32 zu Art. 15 DSG).

Die Bearbeitung von Personendaten stellt dann eine Persönlichkeitsverletzung dar, wenn diese unrichtig sind (Art. 12 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 5 DSG; vgl. Rampini, a.a.O., N 9 al. 5 zu Art. 12 DSG). Personendaten sind dann richtig im Sinne von Art. 5 DSG, wenn sie eine Tatsache mit Bezug auf die betroffene Person und im Hinblick auf den Verwendungszweck sachgerecht wiedergeben. Personendaten können somit auch dann unrichtig sein, wenn sie an sich korrekte Tatsachen wiedergeben, im Hinblick auf den Bearbeitungszweck jedoch irreführend sind (zum Beispiel durch fehlende Informationen oder die Kombination einzelner, an sich richtiger Tatsachen, die jedoch ein falsches Gesamtbild ergeben; Rosenthal/Jöhri, a.a.O., N 1 zu Art. 5 DSG; Maurer-Lambrou, a.a.O., N 5 zu Art. 5 DSG). Es ist notwendig, dass die bearbeiteten Daten den Gesamtzusammenhang richtig wiedergeben. Ergeben einzelne, an sich richtige Daten ein falsches Gesamtbild, sind diese insgesamt nicht richtig und müssen entsprechend berichtigt werden (z.B. Ergänzung, Löschung etc.; Maurer-Lambrou, a.a.O., N 6 zu Art. 5 DSG). Diese relative Richtigkeit kann nur unter Berücksichtigung des Zwecks und der Art der Datensammlung bestimmt werden. Sind die Zweckbestimmung und die Bearbeitungsarten der Daten sehr spezifisch und genügen die Daten dieser Zweckbestimmung, so besteht kein Berichtigungsanspruch auf Aufnahme von zusätzlichen Daten. Soweit solche Personendaten als historische Daten erkennbar sind (z.B. dank Datum)

und nur als solche bearbeitet werden, also ohne Anspruch auf gegenwärtige Richtigkeit, liegen keine falschen Personendaten vor. Ein zwingendes Berichtigungsrecht besteht bei Daten, die als Momentaufnahme mit anderer Zweckbestimmung oder durch Überführung von Datenbestandsauszügen mit entsprechendem Kontextverlust weiterverarbeitet werden, wenn dadurch ein verfälschtes Bild von einer Person entstehen kann (Maurer-Lambrou, a.a.O., N 6 f. zu Art. 5 DSG; Rosenthal/Jöhri, a.a.O., N 2 zu Art. 5 DSG; vgl. auch Peter, Das Datenschutzgesetz im Privatbereich, 1994, S. 136). Im Fall, dass publizierte Personendaten zum Zwecke der Dokumentation von Privaten bearbeitet und zur Verfügung gestellt werden, erscheint es hingegen sinnvoll, diese Daten zumindest einer beschränkten Berichtigung zugänglich zu machen. Dies gilt vor allem dann, wenn die Personendaten nicht nur in einem herkömmlichen Archiv mit beschränkter Zugänglichkeit verwahrt, sondern in einer mit modernen technischen Mitteln ausgestatteten Datenbank bearbeitet, einem breiten Publikum feilgeboten und leicht zugänglich gemacht werden. Der Autor Maurer-Lambrou schlägt diesbezüglich eine differenzierende Lösung vor, z.B. einer betroffenen Person während einer gewissen Zeit nach Veröffentlichung einen Berichtigungsanspruch gegen irgendeinen Dateneinhaber zu gewähren. Nach Ablauf dieser Frist wäre die Beifügung einer Berichtigung zu verlangen bzw. müsste die ursprüngliche Information mit der Berichtigung verlinkt werden, damit der Suchende später beide Quellen gemeinsam findet (Maurer-Lambrou, a.a.O., N 8 zu Art. 5 DSG; vgl. dazu auch Rosenthal/Jöhri, a.a.O., N 13 zu Art. 5 DSG, nach welchen sich bei elektronischen Pressearchiven die Verlinkung von Originalbericht und Berichtigung anbietet). Andere Autoren befürworten eine Pflicht zur Archivnachschrift und weisen darauf hin, dass verfügbare Daten auch in zeitlicher Hinsicht richtig und aktuell sein müssten, wenn andernfalls eine Person in einem falschen Licht erscheine (Bruno Glaus, Das Recht auf Vergessen und das Recht auf korrekte Erinnerung, *medialex* 4/2004, S. 200; ders., Nachführungs- oder Säuberungspflicht in Archiven?, *medialex* 4/2008, S. 199 f.; vgl. auch Daniel S. Weber, Das Recht auf Nachführung von Personendaten im Zivilrecht und im öffentlichen Recht, St. Gallen 2006, S. 34 ff.).

Der Richter hat zur Feststellung einer Persönlichkeitsverletzung eine Interessenabwägung vorzunehmen. Er hat dabei, wie erwähnt, eine Vielzahl von Umständen zu berücksichtigen, z.B. das Bearbeitungsumfeld. Falls eine Verletzung erstellt ist, hat er im Rahmen der Rechtfertigungsgründe eine nochmalige Interessenabwägung vorzunehmen (Rampini, a.a.O., N 4 zu Art. 12 DSG). Ein Verschulden ist für das Vorliegen einer Persönlichkeitsverletzung nicht vorausgesetzt (Rampini, a.a.O., N 2 zu Art. 12 DSG und N 2 zu Art. 15 DSG). Jede Verletzung der Persönlichkeit ist grundsätzlich widerrechtlich. Rechtfertigungsgründe können die Einwilligung des Verletzten, überwiegende private oder öffentliche Interessen oder das Gesetz sein (Art. 13 Abs. 1 DSG; vgl. Meili, a.a.O., N 45 f. zu Art. 28 ZGB; Rampini, a.a.O., N 3 zu Art. 12 DSG). Die Rechtfertigungsgründe von Art. 13 DSG decken sich dabei mit denjenigen von Art. 28 Abs. 2 ZGB (Rampini, a.a.O., N 2 zu Art. 13 DSG). Nur gewichtige Interessen an der Datenbearbeitung dürfen höher bewertet werden als die Datenschutzinteressen der betroffenen Person (Rampini, a.a.O., N 24 zu Art. 13 DSG; BGE 97 II 97

E.4.b S. 106). Als grundsätzlich schützenswert gelten die in Art. 13 Abs. 2 lit. a–f DSGVO angesprochenen Interessen. Speziell in Bezug auf den Rechtfertigungsgrund des öffentlichen Wirkens einer Person des öffentlichen Lebens (Art. 13 Abs. 2 lit. f DSGVO) ist zu berücksichtigen, dass unter Umständen auch sensitive Daten über entsprechende Personen gesammelt und bearbeitet werden dürfen, soweit es sich um Personen des öffentlichen Lebens handelt. Als Personen des öffentlichen Lebens gelten dabei Personen, deren Handlungen Auswirkungen auf die Allgemeinheit oder breitere Öffentlichkeit haben, wie zum Beispiel einflussreiche Inhaber öffentlicher Ämter oder führende Persönlichkeiten politischer Parteien, Führer von Publikumsgesellschaften und führende Geistliche, aber auch Personen, die durch ihr Handeln die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit auf sich zu lenken suchen. Das Gesetz erwähnt nur das Sammeln von Personendaten, nicht aber das Bearbeiten; in der Rechtsprechung ist jedoch anerkannt, dass gerade auch die Veröffentlichung von Informationen über das öffentliche Wirken von Personen des öffentlichen Lebens nach allgemeinen Grundsätzen gerechtfertigt sein kann. Das höhere Verletzungspotenzial einer Bekanntgabe oder Publikation erfordert aber, dass strengere Anforderungen an die Rechtfertigung gestellt werden (Rampini, a.a.O., N 22 und 44 ff. zu Art. 13 DSGVO; Peter, a.a.O., S. 196 f.; zum Teil anderer Meinung Rosenthal/Jöhri, a.a.O., N 67 ff. zu Art. 13 DSGVO).

5.1 Allgemeine Voraussetzungen: Die Beklagte bestreitet nicht, dass es sich bei den Archivmeldungen um Personendaten handelt. Der Kläger ist mit Namen genannt. Damit ist offensichtlich, dass es sich um seine eigenen Personendaten handelt. Bereits geklärt ist, dass die Beklagte diese Daten im Sinne des DSGVO bearbeitet und bekannt gibt (vgl. Erw. 4.1 vorstehend). Die Beklagte bestreitet nicht, dass sie die Mediendatenbank nach wie vor betreibt und die entsprechenden Daten der Firma Swissdox AG zur Verfügung stellt. Die Bearbeitung der entsprechenden Daten und die Bekanntgabe an Dritte dauern somit an.

5.2 Verletzung der Persönlichkeit: Der Kläger führt aus, die Meldungen im Datenbestand der Beklagten seien zwar zur Zeit der Veröffentlichung richtig gewesen. Aus aktueller Sicht sei der Archivbestand der Beklagten jedoch nicht mehr richtig. Es müsse die sogenannte «Richtigkeit in der Zeit» hergestellt werden. Dazu müsse eine dynamische Archivierung praktiziert werden, welche auch Nachführungen und Bestreitungen enthalte. Das Bundesgericht habe entschieden, dass aus der Gesamtheit der Informationen die Richtigkeit hervorgehen müsse. Gestützt darauf lasse sich argumentieren, dass kein Anspruch auf vollständige Vernichtung von Daten, jedoch ein solcher auf Verfügbarkeit der den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechenden Informationen bestehe (Klage S. 6 Ziff. 7 und S. 9 f. Ziff. 22 f.). Personendaten seien dann richtig, wenn sie die Umstände und Tatsachen, bezogen auf die betroffene Person, sachgerecht wiedergeben würden. Dies sei vorliegend nicht der Fall, da nur die Umstände und Tatsachen rund um den Zeitpunkt der Medienmitteilung dargestellt seien. Nur in wenigen Medien, so beispielsweise in der Zeitung A, sei die Entlastung des Klägers von den Vorwürfen gemeldet worden (Replik S. 3 Ziff. 3 und S. 7 Ziff. 15).

Die Beklagte bestreitet, dass ein Institut der «Archivnachschreibung» in der Schweiz gesetzlich verankert bzw. allgemein anerkannt sei. Die damals verbreitete Meldung sei richtig gewesen (Klageantwort S. 3 Ziff. 5.1, S. 6 Ziff. 1, S. 9 Ziff. 16, S. 17 Ziff. 31, S. 18 Ziff. 34, Duplik S. 9 Ziff. 24, S. 21 ff. Ziff. 42). Die Beklagte habe zu keinem Zeitpunkt behauptet, der Kläger habe sich strafbar gemacht, bzw. einen Vorwurf «erhoben». Eine nachträgliche Entwicklung des Sachverhaltes sei nicht durch Veränderung eines Archivbestandes und seiner Inhalte nachzuzeichnen. Eine Verpflichtung des Inhabers einer Datenbank mit historischen Dokumenten, deren Inhalt auf dem aktuellen Stand zu halten oder nach dem Gutdünken irgendwelcher Kläger zu löschen, bestehe nicht (Klageantwort S. 9 Ziff. 17 f.). Die inhaltliche Richtigkeit eines Archivinhalts sei stets nur auf den Zeitpunkt seiner Entstehung bzw. Datierung beschränkt: Was am 21.5.2008 richtig gewesen sei, möge später durch andere Ereignisse überholt worden sein, deshalb werde es aber nicht nachträglich «unrichtig» (Klageantwort S. 12 f. Ziff. 23). Es liege keine «Unrichtigkeit in der Zeit» vor, was immer der Kläger damit meine (Duplik S. 17 Ziff. 33.3).

5.2.1 Wie in Erw. 5 vorstehend ausgeführt, ist die Richtigkeit von Daten unter Berücksichtigung der Zweckbestimmung der Datensammlung zu ermitteln. Die Beklagte betreibt ein Onlinearchiv mit Zeitungsberichten verschiedener Zeitungen. Sie bezweckt damit, Artikel zu sammeln, welche vorgängig von Printmedien publiziert worden sind. Diese Artikel werden dann diversen Medienunternehmen über die Tochterfirma Swissdox AG, aber auch Privaten zur Verfügung gestellt. Die Beklagte vermarktet die Daten gezielt, indem sie diese der Swissdox AG zur Verfügung stellt, wo Privatpersonen, Schulen, Parteien etc. unbestrittenermassen Abonnemente lösen können. Die breite Vermarktung und die dank IT stark erleichterte und jederzeitige Zugänglichkeit und Auffindbarkeit der Daten unterscheiden die vorliegende Mediendatenbank grundsätzlich und erheblich von einem herkömmlichen Zeitungsarchiv.

Die vom Kläger als persönlichkeitsverletzend eingestufte Meldungen waren im Zeitpunkt ihrer Veröffentlichung im Mai 2008 unbestrittenermassen zutreffend (Klage S. 6 Ziff. 7 und S. 8 Ziff. 15, Replik S. 3 Ziff. 3 und S. 5 Ziff. 10, Duplik S. 18 Ziff. 33.3). Auch der damals zuständige Untersuchungsrichter bestätigte rund ein Jahr nach der Veröffentlichung der Meldungen ausdrücklich, die Überschriften seien im damaligen Zeitpunkt nicht unzutreffend gewesen (kläg. Bel. 9 und 26; vgl. Klageantwort S. 14 Ziff. 25). Es ist in den Berichten von einem Verdacht gegenüber dem Kläger die Rede; sie haben damit der herrschenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung entsprochen, welche verlangt, dass bei einem Verdacht oder einer Vermutung dies hinreichend deutlich gemacht wird (vgl. BGE 126 III 305 E. 4.b.aa S. 306 f.). Gemäss dem vom Kläger zitierten Bundesgerichtsentscheid betreffend IV-Akten vom 2.5.2001 muss sich aus der Gesamtheit der Akten deren Richtigkeit ergeben. Ein in den Akten festgehaltener Verdacht einer strafbaren Handlung, welcher sich aus verschiedenen Anhaltspunkten ergebe, stelle für sich keine falsche oder unrichtige Information dar (vgl. Klage S. 9 Ziff. 22 f. mit Hinweis auf Urteil BGer [recte] 1A.6/2001 vom 2.5.2001 E. 2.b und 2.c). Mit Medienmitteilung vom 10.6.2009 des zuständigen Untersuchungsrichters wurde der Kläger vom Verdacht einer strafba-

ren Handlung im Zusammenhang mit der Videomanipulation entlastet (kläg. Bel. 10). Die A. hat am Z. über diese Entlastung von den fraglichen Vorwürfen berichtet. Die übrigen Medien, welche den belastenden Bericht im Z. veröffentlicht hatten, haben über die Entlastung im A. nicht berichtet und damit die im ersten Bericht begründete Verdachtslage nicht aufgehoben, sondern im Raum stehen lassen. Die Medienberichterstattung ist damit insgesamt einseitig zuungunsten des Klägers ausgefallen. Die von der Beklagten bearbeiteten Daten über den Kläger sind in Bezug auf den Vorfall betreffend angebliche B. aus heutiger Sicht, unter Berücksichtigung der bisher eingetretenen Entwicklung, falsch (Klage S. 5 Ziff. 6 und S. 6 Ziff. 9, Replik S. 7 Ziff. 15 und S. 10 f.; vgl. C. in kläg. Bel. 40, Medienliste in kläg. Bel. 52). An diesem insgesamt falschen Bild über den Kläger vermag auch der vereinzelte Bericht in der A. nichts zu ändern. In Anbetracht der sehr zahlreichen Medienberichte über den Kläger in der Datenbank der Beklagten kann jener leicht übersehen werden oder bei einer eingeschränkten Suchweise gar nicht erscheinen.

Die von der Beklagten im Sinne des DSG bearbeiteten Medienberichte vom Z. sind geeignet, bei Dritten den Eindruck zu erwecken, es bestehe ein Verdacht gegen den Kläger bzw. es sei allenfalls tatsächlich ein Verfahren gegen diesen eingeleitet worden. Da die Medien über die im A. erfolgte Entlastung des Beklagten – mit einer Ausnahme – nicht berichtet haben, ist diese Entlastung auch in der Mediendatenbank der Beklagten nicht bzw. nicht hinreichend klar dokumentiert. Damit wird durch die bei der Beklagten bearbeiteten Daten – hinsichtlich des erwähnten Vorfalles – aus heutiger Sicht ein falsches und einseitig belastendes Bild vom Beklagten verbreitet. Damit ist die Persönlichkeit des Klägers verletzt.

5.3 Widerrechtlichkeit: Jede Persönlichkeitsverletzung ist grundsätzlich widerrechtlich, sofern sie nicht durch einen Rechtfertigungsgrund gerechtfertigt ist (vgl. Erw. 5 vorstehend). Der Kläger führt in diesem Zusammenhang aus, er sei allein schon durch die Tatsache der Unrichtigkeit in der Zeit in seiner Persönlichkeit verletzt. Ausserdem übe er ein exponiertes Amt aus, in welchem ein überdurchschnittliches Mass an persönlicher Integrität erwartet werde. Unter Berufung auf den sogenannten Polis-Entscheid des Bundesgerichts (Urteil BGer 1C_51/2008 vom 30.9.2008) führt er aus, insbesondere Personen in exponierten, sensiblen Positionen wie er selbst dürften nicht über längere Zeit einer Straftat verdächtigt werden. Dies müsse im vorliegenden Fall umso mehr gelten, als gegen ihn gar nie ein Untersuchungsverfahren eröffnet worden sei, sondern im Stadium der Voruntersuchungen Ermittlungen gegen Unbekannt vorgenommen worden seien. Bedauerlicherweise hätten die Medien auch in diesem Fall einmal mehr die verschiedenen Verfahrensstufen – Vorverfahren, Zwischenverfahren und Gerichtsverfahren – nicht transparent gemacht (Replik S. 10 Ziff. 2 f., S. 12 Ziff. 8). Die Beklagte anerkennt, der Meldung über den Kläger komme durch seine bedeutende Stellung in der Öffentlichkeit eine hohe Bedeutung zu. Sie wendet jedoch ein, keinen Vorwurf «aufrechtzuerhalten». Es gehe entgegen der Auffassung des Klägers nicht um «besonders schützenswerte Daten» und ebenfalls nicht um strafrechtliche Vorwürfe im Zusammenhang mit einer Voruntersuchung. Beim vom Kläger zitierten Polis-Entscheid gehe es um eine Löschung

von Daten, was der Kläger nicht verlange; ausserdem handle es sich vorliegend um ein Medienarchiv und nicht um eine Polizeidatenbank (Duplik S. 6 Ziff. 14, S. 15 Ziff. 31, S. 18 f. Ziff. 35).

5.3.1 Eine Einwilligung des Klägers in die Verletzung seiner Persönlichkeit hat die Beklagte nicht geltend gemacht. Die Beklagte beruft sich ebenfalls nicht auf das Gesetz als Rechtfertigungsgrund. Sinngemäss macht sie geltend, der Kläger sei eine Person des öffentlichen Lebens im Sinne von Art. 13 Abs. 2 lit. f DSG (vgl. Erw. 5.5 vorstehend). Zu überprüfen ist deshalb, ob die Persönlichkeitsverletzung durch den gesetzlich normierten Grund von Art. 13 Abs. 2 lit. f DSG oder allenfalls durch ein sonstiges überwiegendes privates oder öffentliches Interesse gerechtfertigt ist (Art. 13 Abs. 1 DSG; vgl. Erw. 5 vorstehend).

5.3.2 Um einen allenfalls bestehenden Rechtfertigungsgrund festzustellen, ist das tatsächliche Interesse des Verletzers an der Datenbearbeitung festzustellen, wobei auf den Zweck und die verwendeten Mittel abzustellen ist. Es ist zu überprüfen, ob das (tatsächliche) Interesse des Verletzers auch berechtigt und damit schützenswert ist. Dabei sind in Art. 13 Abs. 2 lit. a–f DSG Hinweise des Gesetzgebers vorhanden und zu berücksichtigen, welche ein schützenswertes Interesse vermuten lassen. Dennoch ist eine Persönlichkeitsverletzung bei Vorliegen eines der in Art. 13 Abs. 2 DSG aufgeführten Gründe nicht per se zulässig; auch in diesem Fall ist zu prüfen, ob das Interesse der betroffenen Person dasjenige des Verletzers nicht überwiegt. Auch die berechtigten Interessen der betroffenen Person sind zu ermitteln. Abschliessend sind die festgestellten Interessen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles durch eine Wertung gegeneinander abzuwägen (Rosenthal/Jöhri, a.a.O., N 9 ff. zu Art. 13 DSG; vgl. auch Rampini, a.a.O., N 22 ff. zu Art. 13 DSG).

Es ist unbestritten, dass ein tatsächliches Interesse von Medienunternehmen daran besteht, über ein Archiv zu verfügen. Ebenfalls kann aufgrund der heutigen technischen Möglichkeiten nicht bestritten werden, dass ein Interesse an einem Archiv in digitaler Form und damit an der vorliegenden Mediendatenbank grundsätzlich besteht. Soweit die Beklagte demnach die bei ihr vorhandenen Daten den eigenen Besitzern – Ringier AG, SRG SSR idée suisse und Tamedia AG (vgl. kläg. Bel. 13, 13/2 und 20) – zu Recherchezwecken zur Verfügung stellt, hat sie ein berechtigtes Interesse daran, indem die aufgeführten Unternehmen keine eigenen Archive mehr führen müssen. Bei der Interessenabwägung ist auch zu berücksichtigen, dass die Beklagte ihre Mediendatenbank der Firma Swissdiox AG und damit beliebigen Dritten, welche ein Abonnement lösen können, zur Verfügung stellt (kläg. Bel. 13 und 13/2). Sie vermarktet ihre Daten damit an eine dritte Person, welche diese wiederum entgeltlich einer unbestimmten Anzahl von Personen weitergibt. Ferner besteht ein tatsächliches Interesse der Beklagten an der unveränderten Beibehaltung der Medienberichte, da eine Verpflichtung zur Aktualisierung bzw. Berichtigung mit Aufwand und Kosten verbunden ist.

Das Interesse des Klägers an einer – nach dem heutigen Erkenntnisstand – richtigen Berichterstattung ist als hoch einzustufen. Er ist in seiner Funktion eine Person des öffentlichen Lebens im Sinne von Art. 13 Abs. 2 lit. f DSG. In den genann-

ten Funktionen hat er ein überdurchschnittlich hohes Interesse daran, als integre und gesetzestreue Person zu gelten und nicht unter Verdacht zu stehen, bei der B. mitgewirkt zu haben. Sein Interesse, dass neben der früheren Verdachtslage auch die spätere Entlastung aus der Mediendatenbank klar ersichtlich ist, ist erheblich und schützenswert.

5.3.3 Unter Abwägung der genannten Interessen kommt das Gericht zum Schluss, dass das Interesse des Klägers an einer Richtigstellung höher zu gewichten ist als die Interessen der Beklagten an der unveränderten Vermarktung ihrer Datenbank. Der Kläger ist in Bezug auf sein berufliches Ansehen dringend darauf angewiesen, von einem Verdacht wie dem vorliegend betroffenen klar entlastet zu werden. Die beantragte Anbringung eines ergänzenden Vermerkes belastet die Beklagte nicht übermässig. In die Mediendatenbank der Beklagten wird nicht in dem Sinne eingegriffen, dass diese nicht mehr vollständig ist; vielmehr bleiben alle bisher vorhandenen Berichte bestehen und werden lediglich ergänzt. Für sämtliche Nutzer der beklagten Mediendatenbank ist damit inskünftig sofort ersichtlich, dass die im fraglichen Jahr noch bestehende Verdachtslage gegen den Kläger inzwischen entfallen ist. Die bestehende Persönlichkeitsverletzung wird damit behoben. Damit ist erstellt, dass die beantragte Berichtigung verhältnismässig, geeignet und erforderlich ist, um die erfolgte Persönlichkeitsverletzung des Klägers zu beseitigen.

5.3.4 Dass die Anbringung des beantragten Vermerks technisch nicht möglich sei, hat die Beklagte nicht geltend gemacht. Vielmehr ergibt sich aus einem Memo des Verwaltungsratspräsidenten der Beklagten zur bestehenden Praxis, dass das Anbringen einer freiwilligen Berichtigung möglich ist (kläg. Bel. 17; Klageantwort S. 18 Ziff. 35).

5.4 Strafandrohung nach Art. 292 StGB: Der Kläger hat nicht dargelegt, weshalb der Beklagten gestützt auf Art. 292 StGB Strafe anzudrohen ist. Die Androhung einer Ungehorsamsstrafe erfolgt – soweit notwendig – erst im Vollstreckungsverfahren (Studer/Rüegg/Eiholzer, a.a.O., N 1 zu § 294 ZPO). Sein entsprechender Antrag ist demnach abzuweisen.

5.5 Zusammenfassend liegt eine Verletzung der Persönlichkeit des Klägers vor. Die persönlichen Interessen des Klägers an einer Berichtigung der umstrittenen Medienberichte überwiegen die Interessen der Beklagten an einer unveränderten Beibehaltung. Die Persönlichkeitsverletzung durch die Beklagte ist demnach widerrechtlich und nicht gerechtfertigt. Eine Berichtigung in der beantragten Form ist verhältnismässig, technisch möglich und beseitigt die bestehende Persönlichkeitsverletzung. Die Klage ist demnach, mit Ausnahme der Androhung von Strafe nach Art. 292 StGB (vgl. Erw. 5.4 vorstehend), gutzuheissen.

6. (...)

Anmerkungen Dem prominenten und politisch exponierten X. war wegen der Meldung in einer Fernsehinformationssendung unerwartet rasch ein breites Medienecho zuteil geworden: Zahlreiche Radio- und Zeitungsredaktionen gaben weiter, X. drohe ein Strafverfahren – gerade jetzt, wo er sich für eine politische Kandidatur bereit machte (Frühjahr 2008). Aber die Meldung traf zu. Einige Monate später erschien die beruhigende Folgemeldung. Aufgrund einer Expertise liege gegen X. kein Verdacht auf strafbares Verhalten vor. Nur: Von der Folgemeldung wollten nur zwei lokale Medien Notiz nehmen. Ein in der Medienwelt häufiger Missstand.

In der neben Google marktbeherrschenden Schweizer Mediendatenbank SMD (Hauptabrufadresse für abonnierte Medien) und bei deren Tochter Swissdox (für Privatabonnenten) dominierten die «alten» Meldungen, während die «Ende Feuer»-Meldungen kaum vorkamen. X. fand es unzumutbar, all den einzelnen säumigen Verbreitern der ersten, nun überholten Meldung nachsteigen zu müssen. Da X. seine Reputation ernsthaft verletzt sah, fokussierte er auf den Persönlichkeitsschutz im ZGB und auf die Behelfe des Datenschutzgesetzes. Das Gericht bestätigte zunächst die Alternativität beider Gesetze, die beide in BV 13 verankert sind. Das DSG geht mit der eigens erwähnten Sperrung und Vernichtung von Daten über ZGB 28 hinaus («bestehende Verletzung beseitigen», ZGB 28a). Zusätzlich kennt das DSG noch die «neuartige Leistungsklage» eines Bestreitungsvermerks (Maurer-Lambrou, Basler Kommentar BAK DSG, Kunz N 11 zu DSG 1); dieser spielt hier freilich keine Rolle, da die Richtigkeit der ersten Meldung ja nicht bestritten wurde. «Es steht jedoch im richterlichen Ermessen, je nach den Umständen und nach der Zumutbarkeit für den Datenbearbeiter darüber hinaus eine in aller Kürze gehaltene positive Aussage zuzulassen» (BAK DSG, Rampini N 32 zu DSG 15). Ähnlich Rosenthal/Jöhri, die festhalten, dass «eine durch eine bestimmte Datenbearbeitung bestehende [widerrechtliche] Persönlichkeitsverletzung zum Zeitpunkt der Urteilsfällung [so] aus der Welt geschafft wird» (N 32, 86 zu DSG 15). Das ist umso mehr gerechtfertigt, als diese Art der Berichtigung nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip als die mildere Massnahme gegenüber der Datenbank Vorrang verdient (Rampini N 7 zu DSG 15). Laut Experten ist sie leicht zu bewerkstelligen.

Bearbeitete oder archivierte Daten müssen den Gesamtzusammenhang richtig wiedergeben. Tun sie das im Hinblick auf heikle Personenangaben nicht, weil sie als Momentaufnahmen aus einem älteren Zeitfenster – damals richtig, heute falsch – stehen blieben, kann das eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung ausmachen. Dann jedenfalls, wenn der Besucher der Datenbank nicht beide Zustände gemeinsam vorfindet (Rosenthal/Jöhri, N 13 zu DSG 5; so übrigens auch schon der Schweizer Presserat in Stellungnahme 46/01). Der Kläger hat hier die sprachlich gelungene Zielvorgabe der «Richtigkeit in der Zeit» ins Feld geführt (Glaus, Medialex 2004, S. 193 ff., mit Hinweis auf Rainer Schweizer). Es ist offenbar das erste rechtskräftige Urteil, das genau auf diese Art beantragter Archivergänzung aus Persönlichkeitschutzgründen zugeschnitten ist. Das Amtsgericht Luzern-Land hat es sorgfältig begründet.

Dr. Peter Studer, Rüschtikon

1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht

1.1 Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit, Medienfreiheit

11-2

Chefredaktor staatlich finanzierter Zeitung muss Menschenrechte beachten

Artikel eines Redaktionsfremden; Bindung an Grundrechte bejaht; durch Gemeinde finanzierte Zeitung; Korruptionsvorwurf; Rückzug des Artikels nicht gerechtfertigt; Versand an Abonnenten; (versuchter) Rückruf eines Teils der Auflage durch den Chefredaktor

Art. 10 EMRK

Urteil des EGMR (1. Kammer) vom 21. Oktober 2010
(N° 35016/03 «Saliyev c. Russland»)

Die Zeitung Vecherniy Magadan gehört der russischen Stadt Magadan. Sie publizierte am 2. November 2001 einen umfangreichen Artikel des Vorsitzenden einer Nichtregierungsorganisation über den Kauf von Aktien eines lokalen Energieunternehmens durch Moskauer Firmen. Die Zeitung wurde an Abonnenten versandt und über eine Vertriebsgesellschaft an Kiosken und anderen Verkaufsstellen verkauft. Chefredaktor Svistunov, der den kritischen Artikel ursprünglich akzeptiert hatte, befürchtete negative Konsequenzen und veranlasste den Rückzug der noch unverkauften Restauflage aus dem Einzelverkauf. Von der Gesamtauflage von rund 5200 Exemplaren konnten allerdings lediglich 120 Stück zurückgeholt und vernichtet werden.

Der Autor des Artikels wehrte sich bei der russischen Straf- und Ziviljustiz vergeblich gegen den Eingriff in die Pressefreiheit. Das Zivilgericht verweigerte den vom Autor verlangten Nachdruck des Artikels, denn der Verlag könne die Druckergebnisse als Eigentümer nach Belieben zurückholen und vernichten. Das Vorgehen der russischen Behörden missachtet nach einstimmiger Ansicht des EGMR die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK).

Das Gericht hielt fest, dass das Verhalten des Chefredaktors nicht ein rein privater Akt war. Die der Stadt gehörende Zeitung hatte einen «public service» zu erbringen (Information der Bevölkerung über offizielle und andere Ereignisse in der Stadt). Die Zeitung existierte angesichts geringer Werbeeinnahmen primär aufgrund der städtischen Finanzierung. Die starke institutionelle und finanzielle Verflechtung mit der Stadt beschränkte die journalistische Unabhängigkeit erheblich.

“65. In the case at hand, the newspaper was incorporated as a separate legal entity and, in theory, its editorial board enjoyed a certain degree of freedom in deciding what to publish. This is to some extent confirmed by the fact that the applicant’s article had been admitted for publication. Furthermore, the charter of the newspaper proclaimed that the municipality

could not oblige the newspaper to publish particular material (other than legislative acts or official notifications).

66. However, the newspaper was set up to provide a public service (informing the population about official and other events in the town) in the form of a ‘municipal institution’. All of its real property and equipment belonged to the municipality. The editor-in-chief was appointed and paid by the municipality. Although in theory the newspaper was allowed to have independent sources of income (from advertising, for instance), they were of marginal importance and the newspaper existed thanks to the municipality’s funding. Moreover, the municipality had the right to shape the newspaper’s editorial policy, at least regarding ‘strategic’ issues (...).”

Der von der Stadt bestimmte und entlohnte Chefredaktor wirkte in einer Doppelrolle: Er war nicht nur professioneller Medienschaffender, sondern auch Wächter über die Loyalität der Zeitung zur Stadt und zur politischen Linie der Stadtregierung (“was required by virtue of his status to ensure the loyalty of his newspaper to the municipality and its policy line”). Obwohl im konkreten Fall keine direkte Intervention der Stadtbehörden nachgewiesen werden konnte, rechnete der Gerichtshof das Verhalten des Chefredaktors der russischen Obrigkeit zu:

“68. The Court notes that no municipal or other State authority or official ever expressed dissatisfaction with the applicant’s article or requested its withdrawal. It appears that the decision of the editor-in-chief to withdraw the newspapers was in fact dictated by his own perception of the situation and his fear of the ‘negative consequences’ which publication of the article might entail. That fear was not specific; it did not relate to any pending (or imminent) legal proceedings or any rule prohibiting such publication in unequivocal terms. Given the overall context of the case, and the dual role played by the editor-in-chief, his decision to withdraw the newspapers can be characterised as an act of policy-driven censorship. The Court concludes that in the circumstances the editor-in-chief implemented the general policy line of the municipality and acted as its agent.”

Das dem Staat zuzurechnende Einschreiten des Chefredaktors tangierte die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK). Der Gerichtshof hielt fest, dass nicht der Zugang des Beitrags zur Publikation in einem bestimmten Presseprodukt zur Diskussion stand. Vielmehr war der umstrittene Artikel bereits nach dem Versand an Abonnenten und Bibliotheken in der “public domain” gewesen. Der Rückruf der Exemplare aus inhaltlichen Gründen bedeutete deshalb eine Beschränkung der Meinungsfreiheit. Sie war in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig, denn der Zeitungsbericht thematisierte eine Angelegenheit von grossem Interesse für die Allgemeinheit, und niemand hatte behauptet, er sei wahrheitswidrig gewesen. Die russische Ziviljustiz habe mit ihrem pauschalen Hinweis auf das Belieben des Zeitungseigentümers verkannt, dass es nicht um rein geschäftliche Fragen ging:

“76. The Court points out that the relationship between a journalist and an editor-in-chief (or publisher, producer, director of programmes, and so on) is not only or always a business relationship. In the present case at least it was not so, since Vecherniy Magadan was publicly owned and was created not as a profit-making business but as a public utility institution used as a forum for informing the population about the ‘so-

cial, political and cultural life' of the town [...]. [T]he domestic courts did not consider that the rights of the author of the article required any special protection under Article 10 of the Convention. Basing their findings on the mistaken assumption that the case was basically about the right of the owner to freely dispose of his property, they failed to examine the reasons for the withdrawal of the copies and to balance the applicant's freedom of expression under Article 10 of the Convention against any other interests that may have been at stake (for instance, the reputation of the person targeted by the article). Accordingly, the decision-making process in this case was deficient from the standpoint of Article 10 of the Convention."

Anmerkungen Mit diesem Urteil hat der Gerichtshof ein neues Terrain betreten: das Büro des Chefredaktors. Wer dort entscheidet, muss sein Verhalten üblicherweise nicht – oder zumindest nicht direkt – an den Menschenrechten messen lassen. In privaten Medienhäusern setzen sie dem publizistischen und kommerziellen Ermessen der Chefredaktion kaum eine rechtliche Grenze, sondern sie fließen höchstens bei der Interpretation arbeitsrechtlicher Vorschriften ein. In hoheitlich geprägten Medienunternehmen wie der Zeitung Vecherniy Magadan sind die Menschenrechte hingegen unmittelbar zu beachten.

Das aktuelle Urteil aus Strassburg stellt klar, dass die Menschenrechte nicht nur für Publikationen gelten, die der Staat selber herstellt. Sie greifen auch bei Medienprodukten, die der Staat von einer Redaktion herstellen lässt, welche finanziell und institutionell so stark von ihm abhängt, dass nicht mehr von einer rein privaten publizistischen Tätigkeit die Rede sein kann. Diese Feststellung des Gerichtshofs ist bemerkenswert. Sie verdeutlicht, dass die Grenze zwischen hoheitlicher (und damit direkt an die Grundrechte gebundener, nicht aber durch sie geschützter) und nicht hoheitlicher Tätigkeit (keine unmittelbare Grundrechtsbindung, aber grundrechtlicher Schutz) in der Praxis weniger eindeutig verläuft als in der Theorie.

Der Gerichtshof hat in seiner Urteilsbegründung verschiedene Wegweiser aufgestellt. Es liegt in der Natur der Sache, dass damit noch nicht alle Fragen abschliessend geklärt sind. Zwei Aspekte seien herausgegriffen:

1. Was lässt sich aus dem russischen Fall für die Situation in anderen Europaratsstaaten ableiten? Man kann zumindest feststellen, dass es auch hierzulande nicht nur Medienprodukte gibt, die finanziell und institutionell losgelöst vom Staat funktionieren. Zu denken ist etwa an bestimmte Amtsanzeiger mit redaktionellem Teil – wobei auch dort jeweils genau zu prüfen wäre, ob die Chefredaktion ebenfalls vom Staat bestimmt wird und einen ähnlich beschränkten Freiraum genießt wie im russischen Ausgangsfall. Man wird nicht unbesehen sagen können, die Chefredaktion eines Amtsanzeigers wache über die Loyalität ihrer Zeitung zum geldgebenden Gemeinwesen, setze seine politische Linie um und handle als seine Agentin. Aus diesem Grund lässt sich auch die Situation mehrheitlich gebührenfinanzierter Rundfunkveranstalter (neben der SRG sind dies zahlreiche privat organisierte Empfänger von Gebührensplitting) nicht mit der Zeitung Vecherniy Magadan vergleichen. Sie sind zwar finanziell von öffentlichen Geldern abhängig, bei der personellen Besetzung der Redaktion und in der redaktionellen Tätigkeit jedoch autonom, was sowohl die Verfassung (Art. 93 Abs. 3 BV) als auch das Gesetz (Art. 6 RTVG) unterstreichen.

2. Was gilt bei staatlich dominierten Medien, wenn sie nicht einen veröffentlichten Inhalt behindern, sondern bereits dessen Publikation ablehnen? Der Gerichtshof hat zwar – wenn auch eher beiläufig – erwähnt, dass sich der von ihm beurteilte Fall nicht darum dreht, ob der Autor hätte verlangen können, dass sein Beitrag überhaupt in der Zeitung aufgenommen wird. Diese (zutreffende) Einordnung des russischen Falles dürfte aber kaum bedeuten, dass der Gerichtshof allgemein ein Reservat redaktioneller Willkür abstecken will. Unterdrückt ein dem Staat gehörendes Medienunternehmen systematisch unliebsame Meinungen (z.B. durch Verweigerung sämtlicher regierungskritischer Leserbriefe und sogar durch Ablehnung bezahlter Inserate), so wäre dies vor dem Hintergrund der Meinungsfreiheit und des Diskriminierungsverbots äusserst problematisch.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

11-3

Keine Beschränkung der Meinungsfreiheit auf gerichtlich beurteilte Missstände

Brief an moldawischen Präsidenten; fehlende Wirkung in der Öffentlichkeit; Kritik an Bürgermeisterkandidaten; Strafurteil keine Voraussetzung für Äusserung von Kritik; Unterscheidung Tatsachenbehauptung/Werturteil; Vorwurf falscher Diplome; zivilrechtlicher Ansehensschutz

Art. 10 EMRK

Urteil des EGMR (4. Kammer) vom 21. Dezember 2010
(N° 34690/05 «Sofranschi c. Moldawien»)

In einem Brief an den moldawischen Präsidenten, den lokalen Staatsanwalt und den Parlamentssprecher warnte der Mitarbeiter eines wahlkämpfenden Politikers vor einem anderen Kandidaten für das Amt des Bürgermeisters. Er warf ihm unter anderem eine Leseschwäche, den Gebrauch falscher Diplome sowie Schamlosigkeit vor. Auf Klage des angegriffenen Kandidaten wurde der Briefschreiber durch die moldawische Ziviljustiz zur Bezahlung einer Genugtuungssumme verurteilt. Der Gerichtshof bejahte einstimmig eine Missachtung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK). Wichtigstes Argument war für den EGMR, dass der Verurteilte seine Vorwürfe an die Behörden gerichtet hatte und nicht an die Allgemeinheit. Die an die zuständigen Behörden gerichteten Behauptungen hatten daher nur eine begrenzte Wirkung.

Daneben beanstandete der Gerichtshof, dass die moldawische Ziviljustiz ungenügend zwischen Tatsachenbehauptungen und Werturteilen (Vorwurf der Schamlosigkeit) unterschieden hatte. Mit klaren Worten verwarf er zudem den moldawischen Einwand, der Vorwurf des Gebrauchs falscher Diplome sei so lange unzulässig, als kein rechtskräftiges Strafurteil gegen den Politiker vorliege. Eine derartige Beschneidung der Meinungsfreiheit kommt für den EGMR keinesfalls infrage:

“Ziff. 30 (...) The Court would underline that it does not accept the reasoning of the Court of Appeal, namely that the allegations of possession of a false diploma by V.P. should have

first been proved in criminal proceedings that ended with a conviction (...). To accept such a position would amount to an excessive restriction of the freedom of expression which under no circumstances can be limited to allegations proved in criminal proceedings ending in final court judgments.”

11-4

Für Medien nicht gleich hohe Sorgfaltspflicht wie für Strafverfolgungsbehörden

Entschuldigung; Genugtuung; gescheiterter Wahrheitsbeweis; Korruptionsvorwurf; Kritik an Bürgermeister und Chefbeamten; übersteigerte Anforderungen an Verdachtsberichterstattung; verweigerte Edition des beglaubigten Berichts durch Zivilgericht; zivilrechtlicher Ansehensschutz; zugespielte Kopie eines Auditreports als Quelle; zulässige Übertreibung

Art. 10 EMRK

Urteil des EGMR (1. Kammer) vom 21. Dezember 2010 (N° 27570/03 «Novaya Gazeta v Voronezhe c. Russland»)

Die Zeitung «Novaya Gazeta v Voronezhe» publizierte im April 2002 einen Artikel über angebliche Verfehlungen und Unregelmässigkeiten des Bürgermeisters von Nowoworonesch und anderer Chefbeamter der Stadtverwaltung sowie eines im Auftrag des Stadt arbeitenden Geschäftsmanns. Sie stützte sich v.a. auf die ihr zugespielte Kopie eines Auditberichts des regionalen Finanzministeriums. Auf Zivilklage der im Zeitungsbericht Angegriffenen wurden die Verantwortlichen wegen Diffamierung zur Bezahlung einer Entschädigung von insgesamt 25 000 Rubel und zur Publikation einer Entschuldigung verurteilt.

Der Gerichtshof hielt einstimmig fest, dass das russische Urteil die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) missachtete. Der EGMR unterstrich, dass sich die Beteiligten bewusst der öffentlichen Kontrolle all ihrer Worte und Taten ausgesetzt hatten und dass der Zeitungsbericht trotz bestimmten scharfen und provokanten Formulierungen die Grenzen zulässiger Übertreibung respektierte. Der Gerichtshof kritisierte insbesondere die Haltung der russischen Justiz zum Auditbericht. Da die Zeitung über keine beglaubigte Kopie (certified copy) verfügte, fiel der Inhalt der Kopie als Argument für den Wahrheitsbeweis ausser Betracht. Der Gerichtshof wollte hingegen nicht ausschliessen, dass die unbeglaubigte Kopie einen Informationswert hatte. Er beanstandete einstimmig den Verzicht der russischen Justiz darauf, sich eine beglaubigte Kopie zu beschaffen und damit den Inhalt des Auditberichts zur Kenntnis zu nehmen.

Der EGMR verwarf auch den Einwand, mangels eines Strafverfahrens gegen den Bürgermeister und die anderen Beteiligten sei es unzulässig, ihnen in der Zeitung ein im Ergebnis strafbares Verhalten vorzuwerfen. Der Gerichtshof betonte vielmehr, an eine journalistische Umschreibung dürften nicht die gleichen hohen Anforderungen gestellt werden wie an eine Abklärung durch die zuständigen Strafverfolgungsbehörden.

Ein moralisches Urteil der Medien sei nicht mit der juristischen Beurteilung durch die zuständigen Behörden gleichzusetzen:

“Ziff. 58 It is noteworthy in this connection that the district court adopted an unusually high standard of proof and determined that, as the criminal proceedings in connection with financial irregularities were not pursued, the information provided in the impugned article lacked a sufficient factual basis (...). The Court reiterates in this respect that the degree of precision for establishing the well-foundedness of a criminal charge by a competent court can hardly be compared to that which ought to be observed by a journalist when expressing his opinion on a matter of public concern, in particular when expressing his opinion in the form of a value judgment (see Unabhängige Initiative Informationsvielfalt, cited above, § 46). The standards applied when assessing a public official’s activities in terms of morality are different from those required for establishing an offence under criminal law (see Scharsach and News Verlagsgesellschaft v. Austria, no. 39394/98, § 43, ECHR 2003 XI). Therefore, the Court is reluctant to follow the logic implied in the district court’s reasoning that in the absence of criminal prosecution of the plaintiffs no media could have published an article linking them to instances of alleged misuse of public funds without running the risk of being successfully sued for defamation.”

Anmerkungen Die beiden gleichentags vom Gerichtshof beurteilten Fälle «Sofranschi c. Moldawien» und «Novaya Gazeta v Voronezhe c. Russland» betreffen ein gemeinsames Thema: den Anspruch der Justiz, die (öffentliche) Diskussion über strafrechtlich relevante Missstände zu monopolisieren. Würde sich diese Haltung durchsetzen, so dürften Medien im Ergebnis nur über eher geringfügige Missstände berichten. Möglicherweise strafbare Fehlritte hingegen dürften die Medien nicht enthüllen, sondern lediglich mit einer Vollzugsmeldung versehen (Bericht über die Verurteilung durch das zuständige Gericht). Dass dies mit der Wächterfunktion der Medien unvereinbar ist, hat der Gerichtshof mit deutlicher Formulierung unterstrichen. Es versteht sich von selbst, dass dies kein Freipass für die Medien ist. Sie sind nicht befugt, sich zum Richter aufzuschwingen, sich ein Urteil im juristischen Sinne anzumassen und Tatverdächtige vorzuverurteilen. Es trifft sie aber keine Pflicht zum Totschweigen möglicher Straftaten.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

11-5

Überhöhte Genugtuung für rechtmässig kritisierten Fussballverein

Behauptete Schulden bei der Sozialversicherung; Fehlende Bestätigung der Korrektheit; Glaubwürdiges geheimes Dokument als Quelle; Kritik an Fussballclub; Überhöhte Genugtuungssumme; Zivilrechtlicher Ansehensschutz; Zulässige Berichterstattung über allgemein interessierendes Thema

Art. 10 EMRK

Urteil des EGMR (2. Kammer) vom 7. Dezember 2010
(N° 39324/07 «Publico u.a. c. Portugal»)

Die portugiesische Tageszeitung «Publico» behauptete im Februar 2001, der Fussballclub Sporting Lissabon schulde der Sozialversicherung hohe Summen (mehr als 2 Millionen Euro). Sie stützte sich auf ein ihr vorliegendes geheimes Dokument aus dem Finanzministerium und eine weitere Quelle, deren Identität sie unter Berufung auf das Redaktionsgeheimnis nicht preisgab. Der Zeitungsbericht enthielt auch das Dementi des Fussballvereins sowie die Auskunft aus dem Finanzministerium, die behaupteten Vorgänge seien geheim und könnten daher nicht kommentiert werden. Die Zeitung, deren Direktor und drei Journalisten wurden durch die portugiesische Ziviljustiz zur Bezahlung einer Entschädigung von 75 000 Euro verurteilt.

Der Gerichtshof bejahte einstimmig eine Missachtung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK). Dass eine Zeitung bei ihrer Berichterstattung über ein allgemein interessierendes Thema eine geheime (z.B. vom Steuergeheimnis geschützte) Information enthülle, lasse für sich allein nicht auf ein bösgläubiges oder pflichtwidriges journalistisches Verhalten schliessen. Das der Zeitung zugespielte Dokument sei glaubwürdig gewesen. Deswegen widersprach der Gerichtshof der Auffassung der portugiesischen Justiz, die Zeitung hätte angesichts des Dementis des Vereins und der fehlenden Bestätigung der Steuerverwaltung auf die Publikation verzichten müssen.

«50. La Cour n'est pas convaincue par cette argumentation. Elle estime en effet que le fait d'accepter qu'un journaliste, confronté à une situation comme celle qui se présentait en l'espèce aux requérants, renonce à une publication uniquement en raison du démenti de la personne physique ou morale visée et du silence de l'administration alors même qu'il se trouve en possession d'un document digne de foi pour étayer ses informations, reviendrait à consentir à une limitation très importante, voire absolue, des droits des journalistes de communiquer des informations.»

Niemand habe behauptet, die Journalisten hätten sich das Dokument durch fragwürdige Methoden (wie Drohung oder Arglist) beschafft. Gesamthaft gesehen bestand eine ausreichende Tatsachengrundlage für eine Publikation.

Für die Verhältnismässigkeit eines Eingriffs spiele auch die Schwere der Sanktion eine Rolle. Der für portugiesische Verhältnisse aussergewöhnlich hohe Genugtuungsbetrag von 75 000 Euro war nach einhelliger Ansicht des Gerichtshofs exzessiv. Er war geeignet, die Medien ganz allgemein von

der Erfüllung ihrer Informations- und Wächteraufgabe abzuschrecken.

In einem zustimmenden Sondervotum unterstrich der ungarische Richter, die Verurteilung der Medienschaffenden sei unabhängig von der (unbestrittenermassen überrissenen) Höhe der Sanktion menschenrechtswidrig. Die Begründungstechnik des Gerichtshofs könne zu Missverständnissen führen: «En intégrant dans l'équation le caractère excessif des dommages et intérêts accordés, la Cour donne en l'espèce à penser qu'une sanction moins lourde aurait été compatible avec la Convention, ce qui est certainement inexact. Cette impression est source d'incertitude, et le doute a un effet dissuasif, surtout en matière de liberté d'expression.»

Anmerkungen Diese Urteilsbegründung enthält zwei wichtige Elemente:

1. Der journalistische Umgang mit zugespielten Geheimdokumenten ist ein Thema von grosser Aktualität und Relevanz. Die entsprechende Rechtsprechung des Gerichtshofs EGMR ist bislang eher spärlich, sofern es nicht um laufende Strafuntersuchungen geht (vgl. dazu etwa medialex 1/2010, S. 33). Der Gerichtshof macht nun deutlich, dass der Rückgriff auf vertrauliche Dokumente nicht nur ausnahmsweise erlaubt ist, sondern in bestimmten Konstellationen geradezu unabdingbar ist für die Ausübung der journalistischen Informations- und Wächterfunktion.

2. Der ungarische Richter hat in seinem ausführlichen Sondervotum eine eigentlich seit Jahren fällige gerichtsinterne Diskussion angestossen: Wie nachvollziehbar und verallgemeinerbar sind die Strassburger Urteilsbegründungen, wenn es um den Kernpunkt der Verhältnismässigkeit («Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft») geht? Das Ausgangsproblem ist, dass für die Güterabwägung meist eine Vielzahl verschiedener Aspekte in beide Waagschalen zu legen ist. Oft wirft der Gerichtshof die einzelnen für die freie Kommunikation sprechenden Argumente in den Abwägungstopf, ohne deren Tragweite in der Begründung zu gewichten. Aussenstehende stehen dann vor der heiklen Aufgabe, über die Bedeutung eines einzelnen Arguments für den Ausgang des Rechtsstreits zu spekulieren. Bloss ausnahmsweise macht der Gerichtshof deutlich, dass ausschliesslich die überrissene Sanktion zu einer Verletzung der Meinungsfreiheit geführt hat. In vielen anderen Fällen bleibt hingegen offen, ob die staatliche Beschränkung der Meinungsfreiheit auch dann unzulässig gewesen wäre, wenn die nationale Justiz die Busse etwas geringer oder die Genugtuungssumme etwas niedriger angesetzt hätte. Eine solche Begründungstechnik mag den Vorteil haben, dass sich der Gerichtshof für die Zukunft nichts verbaut und den Umständen des jeweiligen Einzelfalls optimal Rechnung tragen kann. Er ist aber der Verständlichkeit der Strassburger Rechtsprechung, ihrer Umsetzung in die Rechtsordnungen der 47 EMRK-Vertragsstaaten und damit letztlich auch ihrer Akzeptanz abträglich.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

11-6

Freispruch eines Publizisten nach Vorwürfen gegen public figure

Freispruch vom Vorwurf der Ehrverletzung; korrekte Abwägung des Privatlebens mit der Meinungsfreiheit; Radiointerview; Vorwurf gegen public figure; Weitergabe von Behauptungen Dritter

Art. 8, 10 EMRK

Zulässigkeitsentscheid des EGMR (5. Kammer) vom 2. November 2010 (N° 27103/04 «Petrov c. Bulgarien»)

Nachdem er in einem Radiointerview von einem Publizisten mit dem Mord eines Staatsanwalts in Verbindung gebracht worden war, wandte sich der frühere Terrorismusbekämpfer Aleksey Petrov an die bulgarische Strafjustiz. Sie sprach den Publizisten vom Vorwurf der Diffamierung frei.

In Strassburg machte Petrov vergeblich geltend, die bulgarischen Gerichte hätten sein Recht auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK) ungenügend geschützt. Der Gerichtshof gab zu bedenken, dass Petrov in Bulgarien eine Figur des öffentlichen Lebens (public figure) war und die Statements des Publizisten ein Thema von erheblichem öffentlichem Interesse betrafen. Die bulgarische Justiz hatte insbesondere betont, der Publizist habe nicht eigene Vorwürfe erhoben, sondern lediglich Behauptungen Dritter – mit der gebotenen Zurückhaltung – geschildert. Es war daher nicht zu beanstanden, wie die bulgarische Justiz Ansehensschutz (Art. 8 EMRK) und Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) gegeneinander abgewogen hatte. Der Gerichtshof bezeichnete die Beschwerde einstimmig als offensichtlich unbegründet.

11-7

Sexuelle Übergriffe unter Kindern: Namenspublikation unzulässig

Fehlendes legitimes Interesse; Nennung der Namen und der beruflichen Funktion der Eltern; Pflicht zur Publikation einer Entschuldigung; sexuelle Übergriffe von Zwölfjährigen; unbelegter Vorwurf der Einflussnahme auf Untersuchung; zivilrechtlicher Ansehensschutz

Art. 10 EMRK

Urteil des EGMR (1. Kammer) vom 16. Dezember 2010 (N° 24061/04 «Aleksey Ovchinnikov c. Russland»)

Der Journalist Aleksey Ovchinnikov berichtete 2002 in der Wochenzeitung «Ivanovo-Press» mehrmals über einen angeblichen gewalttätigen sexuellen Übergriff, den drei Zwölfjährige in einem Sommerlager an einem neunjährigen Knaben begangen haben sollen. Im seinem zweiten Bericht nannte

er die – bereits durch andere Medien enthüllten – Namen der drei Zwölfjährigen sowie die berufliche Funktion einzelner Eltern bzw. Stiefeltern (u.a. eines Richters, einer Richterin und des stellvertretenden Chefs der regionalen Verkehrspolizei). Er kritisierte auch die versuchte Einflussnahme der Eltern auf die Untersuchung.

Die russische Ziviljustiz verurteilte den Journalisten wegen Ehrverletzung zur Bezahlung einer symbolischen Genugtuung (85 bzw. 55 Euro), zur Publikation einer Berichtigung sowie zu einer öffentlichen Entschuldigung. Der Gerichtshof bezeichnete diese Beschränkung der Meinungsfreiheit einstimmig als rechtmässig. Die Publikation der Namen der jugendlichen Tatverdächtigen und der beruflichen Funktionen ihrer Eltern habe keinen Beitrag zur Diskussion von Fragen allgemeinen Interesses geleistet. Sie hatten ein hohes Schädigungspotenzial für die psychologische Entwicklung der jungen, noch nicht dem Strafrecht unterstellten Burschen. Obwohl die fraglichen Angaben bereits durch andere Medien veröffentlicht worden waren, war die zivilrechtliche Sanktion gegen deren Weiterverbreitung gerechtfertigt. Und der Vorwurf der Einflussnahme auf das Strafverfahren war eine ehrenrührige Tatsachenbehauptung, deren Wahrheit der Journalist nicht zu beweisen vermochte.

In einem Sondervotum wies der russische Richter auf die Problematik der gerichtlich angeordneten Pflicht zur Entschuldigung hin. Eine solche Sanktion habe der Gerichtshof am 18. Dezember im Urteil N° 1758/02 «Kazakov c. Russland» Ziff. 30 als unverhältnismässig bezeichnet. Da die russische Rechtslage 2005 geändert wurde, schloss sich aber auch der russische Richter der Gerichtsmehrheit an und akzeptierte die Beschränkung der Meinungsfreiheit.

11-8

Fehlende Zurückhaltung eines Justizinspektors verdiente Sanktion

Bestätigung des Berichts durch Justizinspektor; fehlende Distanzierung; Genugtuung gerechtfertigt; höchste Diskretionspflicht; Indiskretion; Untersuchungsbericht gegen Richter; zivilrechtlicher Ansehensschutz

Art. 8, 10 EMRK

Urteil des EGMR (2. Kammer) vom 7. Dezember 2010 (N° 15966/06 «Poyraz c. Türkei»)

Der EGMR hat einstimmig die Verurteilung eines türkischen Justizinspektors akzeptiert. Er hatte öffentlich zum Inhalt eines vertraulichen Untersuchungsberichts Stellung bezogen, dessen Inhalt durch eine Indiskretion an die Medien durchgesickert war. Der Bericht betraf u.a. Vorwürfe sexueller Belästigungen gegen einen Richter. Der Justizinspektor bestätigte später in einer Medienmitteilung, gegen den fraglichen Richter seien 15 Untersuchungen im Gang. Wegen Ehrverletzung verurteilte ihn die türkische Ziviljustiz zur Bezahlung einer Genugtuungssumme von rund 15 000 Euro. Sie warf ihm

vor, er habe vertrauliche Informationen veröffentlicht und das gängige Verfahren kommentiert.

Der Gerichtshof räumte zwar ein, dass die Erklärungen des Inspektors neutral formuliert waren und er die Indiskretion kritisiert hatte. Er habe aber den Inhalt des ehrenrührigen Berichts gebilligt und ihn öffentlich verteidigt, statt sich von ihm zu distanzieren. Der Gerichtshof unterstrich, Justizbehörden seien zu höchster Diskretion verpflichtet und sollten sich selbst bei Provokationen nicht der Medien bedienen. Der Justizinspektor habe die verlangte Diskretion vermissen lassen. Ein wichtiger Umstand sei die privilegierte Position von Amtsträgern beim Zugang zu den Medien. Sie müssten sich daher zurückhalten, um nicht ein Ungleichgewicht zu «gewöhnlichen Bürgern» zu schaffen. Die Verurteilung des Inspektors war eine zum Schutz des Privatlebens des angegriffenen Richters (Art. 8 EMRK) zulässige Beschränkung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK).

11-9

Berichterstattungsverbot über Strafprozess: Medien brauchen wirksame Anfechtungsmöglichkeit

Beschwerderecht BBC; fehlende Anfechtungsmöglichkeit für Medien; Gerichtsöffentlichkeit ist kein ziviler Rechtsanspruch; richterliches Berichterstattungsverbot; Strafprozess

Art. 6, 10, 13 EMRK

Urteil des EGMR (4. Kammer) vom 7. Dezember 2010
(N° 10734/05 «Mackay & BBC Scotland c. Grossbritannien»)

Nachdem ein Richter in Glasgow im September 2004 wegen vermuteten Fehlverhaltens der Polizei und der Anklagebehörde einen Drogenprozess abgebrochen hatte, verhängte er gleichentags ein provisorisches Verbot jeglicher Publikation über das fragliche Strafverfahren. Der Richter stützte das Verbot auf den Contempt of Court Act 1981. Nach Anhörung des Anwalts von BBC Schottland modifizierte er lediglich die Dauer des Berichterstattungsverbots. Diese Anordnung wurde im Februar 2005 durch den High Court bis zum Ende des von der Anklagebehörde angestrebten Appellationsverfahrens verlängert und erst im Juni 2005 aufgehoben. Die BBC hatte sich in verschiedenen Faxschreiben an die schottische Justiz vergeblich gegen die Verlängerung des Berichterstattungsverbots beschwert. Sie rügte in Strassburg, dass sie sich während rund vier Monaten nicht gegen die Aufrechterhaltung des Berichterstattungsverbots hatte wehren können.

Der Gerichtshof kam einstimmig zum Schluss, dass das gewählte Vorgehen das Recht der BBC auf ein wirksames Rechtsmittel gegen die Beschränkung ihrer Meinungsfreiheit (Art. 13 in Verbindung mit Art. 10 EMRK) missachtete. Die Gerichte seien nach schottischem Recht nicht verpflichtet, die Argumente der Medien gegen ein Berichterstattungsverbot anzuhören. Dass sie es in der Praxis oft tun, belege zwar ihre Flexibilität, reiche aber nicht aus. Ob es zu einer Anhörung

komme, hänge allein davon ab, ob die Medien den informellen Kontakt herstellen. Sie hätten auch keinen Anspruch darauf, dass sie das Gericht innert vernünftiger Frist anhört. Im vorliegenden Fall geschah dies erst drei Monate nach Beendigung des Strafprozesses, über den die BBC berichten wollte. Angesichts der zentralen Rolle der Medien in einer demokratischen Gesellschaft vermöge dies nicht zu genügen und fehlte daher ein wirkungsvoller Rechtsschutz.

Nicht tangiert war nach Ansicht der Gerichtshofs hingegen das Recht der BBC auf ein faires Verfahren (Art. 6 EMRK). Diese Garantie greift nur bei zivilrechtlichen Ansprüchen und Verpflichtungen. Solche lägen hier nicht vor. Das Recht der Verfahrensbeteiligten auf eine öffentliche Gerichtsverhandlung verschafft den Medien nach Strassburger Praxis keinen zivilrechtlichen Anspruch auf Berichterstattung. Folglich könne eine behördliche Beschränkung der Berichterstattung auch nicht als zivilrechtliche Verpflichtung eingestuft werden.

Ursprünglich hatte die britische Regierung argumentiert, die BBC sei als öffentliche Rundfunkveranstalterin überhaupt nicht zur Beschwerdeführung in Strassburg berechtigt. Diesen Einwand zog sie für den vorliegenden Fall aber zurück. Der Gerichtshof verwies auf die etablierte Rechtsprechung zu dieser Thematik (insbesondere den EGMR-Zulässigkeitsentscheid N° 53984/00 «Radio France c. Frankreich» vom 23.9.2003; vgl. medialex 1/2004, S. 52 f.)

Anmerkungen Der Sachverhalt dieses Falles besticht nicht unbedingt durch Einfachheit. Zudem scheint das vom Gerichtshof beurteilte verfahrensrechtliche Problem spezifisch – und wahrscheinlich exklusiv – schottisch, da schon in England und Wales eine andere Rechtslage herrscht. Dennoch verdient die Urteilsbegründung in dreifacher Hinsicht auch ausserhalb Schottlands Beachtung:

1. Der Gerichtshof legt vermehrt Wert auf ein prozessual einwandfreies Vorgehen, wenn die Medienfreiheit zur Diskussion steht. Pragmatische Lösungen sind für den Gerichtshof zwar gut, eine verbrieft richterliche Kontrolle aber ist besser: Wie schon beim Urteil der Grossen Kammer vom 14. September 2010 zur vorherigen richterlichen Beurteilung von Konflikten um die Durchbrechung des Quellenschutzes (medialex 4/2010, S. 223 ff.) lässt der Gerichtshof einen von den Behörden aus eigenem Antrieb gewährten und flexibel gehandhabten Rechtsschutz nicht genügen. Er beharrt auf gesetzlich festgelegten Verfahrensregeln, deren Einhaltung nicht im Belieben des jeweiligen Gerichts steht.

2. Der EGMR hat sich soweit ersichtlich erstmals mit der Frage befasst, ob für ein richterliches Verbot der Berichterstattung über einen Strafprozess die verfahrensrechtlichen Garantien von Art. 6 EMRK (insbesondere der Grundsatz des fairen Verfahrens) gelten. Bekannt war lediglich, dass Art. 6 nicht greift, wenn das urteilende Gericht den Medienschaffenden bereits den Zutritt zum Verhandlungslokal verwehrt. Dass dies auch für die anschliessende Publikation über das fragliche Strafverfahren gilt, ist zwar vertretbar, nicht aber selbstverständlich – und auch nicht restlos überzeugend: Auferlegt ein (Zivil-)Richter den Medien gestützt auf eine Klage desselben Angeschuldigten ein in Umfang und Dauer identisches Berichterstattungsverbot, so greift Art. 6 EMRK.

Dass sich Medienschaffende gegen die vom urteilenden Gericht ausgesprochene Beschränkung des Zugangs zum und

der Berichterstattung aus dem Gerichtssaal nicht auf Art. 6 berufen können, dürfte allerdings meist – wenn auch nicht in allen denkbaren Konstellationen – zu verschmerzen sein. Medienschaffende sind dem behördlichen Verhalten nicht schutzlos ausgeliefert, sondern können sich auf das Menschenrecht der Meinungsfreiheit stützen (Art. 10 EMRK). Dass diese Garantie gerade für die Berichterstattung aus Gerichtsverfahren wichtig ist, hat der Gerichtshof schon oft betont. Im vorliegenden schottischen Fall unterstreicht er es einmal mehr.

3. Nicht erstaunlich ist der Umstand, dass der Gerichtshof die Opfereigenschaft der BBC bejaht. Geht es um die Beschränkung der journalistischen Freiheit (z.B. durch zivilrichterliche Urteile), so können sich öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter nach der bisherigen Rechtsprechung genauso an den Gerichtshof wenden wie ihre kommerzielle Konkurrenz. Es liegt nahe, dass diese Beschwerdebefugnis nicht nur für staatliche Beschränkungen der Publikation gilt, sondern auch für Beschränkungen der freien Recherche. Der Gerichtshof dürfte sich in absehbarer Zeit mit dem Thema des Zugangs von (öffentlichen) Rundfunkveranstaltern zur Information befassen. In Strassburg hängig ist die Beschwerde der SRG gegen das Verbot eines gefilmten Interviews mit einer Strafgefangenen (Bundesgerichtsurteil vom 6. Februar 2006; vgl. medialex 2/2006, S. 107).

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

11-10

Rechtmässige Entlassung eines Whistleblowers

Brief an Behörde; Entlassung aus Elektrizitätsunternehmen; Meinungsfreiheit nicht missachtet; Verzicht auf Ausschöpfung aller firmeninternen Möglichkeiten; Whistleblower

Art. 10 EMRK

Zulässigkeitsentscheid des EGMR (5. Kammer) vom 12. Oktober 2010 (N° 49001/07 «Bathellier c. Frankreich»)

Der Direktor eines Elektrizitätsunternehmens wies seine hierarchisch Vorgesetzten auf den besorgniserregenden Zustand der Stromversorgung hin. Nachdem die Vorgesetzten seines Erachtens nicht auf seine Bedenken reagiert hatten, wandte er sich mit einem Schreiben an den Präfekten, worin er vor einer gravierenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit warnte. In der Folge entliess ihn sein Arbeitgeber.

Der EGMR bezeichnete seine Beschwerde einstimmig als offensichtlich unbegründet. Die Beschränkung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) war rechtmässig, da sich der Entlassene mit seinen virulent formulierten Vorwürfen vorschnell an die Behörde gewandt hatte. Zuerst hätte er neben seinen direkten Vorgesetzten auch die Direktion orientieren müssen. Zudem habe er es unterlassen, der Leitung seines Unternehmens eine Kopie des an den Präfekten adressierten Briefes zukommen zu lassen.

Anmerkungen Zulässig ist ein Whistleblower nach der Strassburger Rechtsprechung hingegen, wenn ein gutgläubiger Arbeitnehmer als letzte Möglichkeit (ultima ratio) zur Indiskretion schreitet, um auf einen gravierenden Missstand aufmerksam zu machen (Urteil der Grossen Kammer vom 12. Februar 2008 N° 14277/04 «Guja c. Moldawien» medialex 2/2008, S. 94 f.)

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

11-11

Interdiction d'une campagne d'affichage pour atteinte indirecte à la moralité publique

Affiche; Internet; Liberté d'expression; Ordre public

Art. 10 CEDH; Art. 119 Const.

Arrêt de la CEDH du 13 janvier 2011 (N° 16354/06 «Mouvement Raëlien Suisse c. Suisse»)

En mars 2001, le «Mouvement Raëlien», une association suisse dont le but est d'établir de bonnes relations avec les extraterrestres, demanda à la Ville de Neuchâtel l'autorisation de lancer une campagne d'affichage de deux semaines. L'affiche soumise comportait deux parties: en haut, l'inscription *Le Message donné par les extraterrestres*; en bas, l'adresse du site internet du Mouvement Raëlien, ainsi qu'un numéro de téléphone en France, suivi du slogan *La science remplace la religion*.

La Ville de Neuchâtel refusa l'autorisation estimant que le Mouvement Raëlien était une secte à caractère dangereux, dans la mesure où elle prônait la «généocratie» – un modèle politique basé sur le coefficient intellectuel –, la «médiation sensuelle» – une méthode d'éducation favorable à la pédophilie et à l'inceste –, et le clonage humain, qui est interdit en Suisse de par la Constitution (art. 119); dans ce dernier cas, il a été notamment relevé que le site du Mouvement Raëlien renvoyait au site de Clonaid, une entreprise californienne qui fournit des prestations de clonage.

Au nom de la liberté d'expression, le Mouvement Raëlien recourut contre cette décision négative d'abord au Tribunal administratif neuchâtelois, ensuite au Tribunal fédéral; il soutenait que l'affiche litigieuse ne comportait ni dans son texte, ni dans ses illustrations, quoi que ce soit d'illicite ou de choquant. En vain: l'interdiction fut à chaque fois confirmée au nom de l'ordre, de la sécurité et de la moralité publics. En bref, les instances de recours étaient d'avis que l'affiche devait s'interpréter comme une invitation à visiter le site du Mouvement Raëlien ou à le contacter par téléphone avec le risque que le public soit alors confronté à des messages susceptibles de choquer ou de contrevenir au droit.

Les juges de Strasbourg devaient à leur tour rejeter le recours du Mouvement Raëlien. Rappelant que les autorités locales bénéficient d'une certaine marge d'appréciation en matière d'utilisation du domaine public, ils soulignèrent que cette marge est d'autant plus grande que l'acceptation d'une campa-

gne d'affichage pourrait laisser croire qu'elles cautionnent ou pour le moins tolèrent les opinions et les agissements en cause. Revenant au contenu de l'affiche elle-même, la Cour a été d'avis que s'il est vrai que celle-ci n'était pas en soi choquante ou illícite, «il convient d'examiner la mesure litigieuse en tenant compte des moyens modernes de diffusion d'informations. Partant, il s'agit notamment d'évaluer, dans l'appréciation de la conformité de la mesure litigieuse avec l'article 10 CEDH, non seulement l'affiche, mais aussi le cadre plus global dans lequel elle se situe, notamment les idées propagées dans les ouvrages et le contenu du site internet de l'association requérante ainsi que de celui de Clonaid. Or, ces sites étant per se accessibles à tous, y compris aux mineurs, l'impact des affiches sur le public se serait vu multiplié, et l'intérêt de l'Etat à interdire la campagne d'affichage était d'autant plus grand». Et les juges de conclure en relevant que l'interdiction est parfaitement proportionnelle, car la requérante demeure libre de communiquer par d'autres moyens qu'une affiche; en effet, il n'a notamment jamais été question d'interdire l'association requérante en tant que telle ni son site internet.

Annotations La présente décision, de même que les deux décisions nationales qui l'ont précédée, peine à satisfaire. Et pourtant, le raisonnement des juges de Strasbourg partait sur d'excellentes bases: à l'heure des réseaux et de l'interconnexion, la communication n'est plus ce qu'elle était il y a quelques décennies; elle n'est plus faite de messages isolés, mais de messages qui interpellent, se combinent ou se complètent. Partant on ne doit pas en l'espèce se borner à prendre en compte le seul contenu de l'affiche litigieuse, mais le mettre en relation avec les autres supports d'informations du Mouvement Raëlien. Nul doute que cette affiche, d'apparence anodine, invite à entrer en contact avec la requérante et à prendre connaissance de ses opinions dont certaines sont illicites ou attentatoires à la morale publique. Fallait-il pour autant la bannir?

La réponse à cette question sera nuancée, car il faut distinguer entre plusieurs situations. Si les informations contestables que l'on appelle à consulter sont conservées à l'étranger et hors de portée des autorités suisses – telle par exemple de la publicité dans un journal suisse pour des casinos virtuels hébergés dans un pays juridiquement plus libéral à la seule fin de contourner notre interdiction des maisons de jeux en ligne – il n'y a pas de problème: à défaut de pouvoir s'en prendre directement au fauteur de troubles, on interviendra contre les instruments qui facilitent l'accès, comme les hyperliens ou les moteurs de recherche. Il en va de même si le site contestable et l'organisation qui l'exploite sont en Suisse et que des mesures ont été prises pour les réduire au silence. Mais si le fauteur de troubles ou son principal moyen de communication ne sont pas inquiétés, la solution doit être différente; en effet, il est incohérent de s'attaquer à l'instrument de facilitation – en l'espèce l'affiche litigieuse – alors que le site qui contient les informations litigieuses et l'organisation sont épargnés.

Et un brin de cohérence dans le chaos juridique engendré par internet ne serait pas pour déplaire. Comme l'ont relevé à juste titre les deux juges minoritaires dans leur opinion dissidente: «De nos jours, vu la place et le rôle que jouent les communications directes telles que les téléphones portables et internet, il paraît difficile à comprendre qu'une associa-

tion légale disposant de son site internet non interdit ne puisse pas utiliser les espaces publics pour promouvoir les mêmes idées par des affiches qui ne sont pas illicites et ne choquent pas le public. La thèse selon laquelle, en acceptant une campagne d'affichage, la ville pourrait laisser croire qu'elle cautionne les opinions en cause ne semble pas non plus correspondre aux réalités du rôle contemporain des villes, qui agissent dans ce contexte en qualité de gérants privés des espaces publics. Il n'est donc ni réaliste ni nécessaire dans une société démocratique de limiter un tel accès par des restrictions pareilles.»

Prof. Bertil Cottier, Lugano/Lausanne

1.2 Recht des Informationszugangs der Öffentlichkeit

11-12

Verweigerter Dokumentenzugang zu medizinischen Akten: Bestrafung verhältnismässig

Datenschutz; keine Willkür der schwedischen Strafjustiz; neuropsychiatrische Studie mit Kleinkindern; Pflicht des Staates zur Vollstreckung von Urteilen; strafbare Verhinderung der Einsicht durch Universitätsprofessor; Verurteilung wegen Amtsmissbrauch; vom Verwaltungsgericht angeordnete Akteneinsicht für andere Forscher; Zusicherung der Vertraulichkeit

Art. 8, 10 EMRK

Urteil des EGMR (3. Kammer) vom 2. November 2010 (N° 41723/06 «Gillberg c. Schweden»)

Der auf Kinder- und Jugendpsychiatrie spezialisierte Professor Christopher Gillberg führte zwischen 1977 und 1992 eine neuropsychiatrische Langzeitstudie zum Phänomen des kindlichen Aufmerksamkeitsdefizits bzw. der Hyperaktivitätsstörung (ADHS) durch. Die Eltern von 141 Kindern im Vorschulalter nahmen gegen Zusicherung der Vertraulichkeit freiwillig an dieser Studie teil. Eine Soziologin und ein Kinderarzt verlangten 2002 gestützt auf den in Schweden umfangreich garantierten Grundsatz öffentlicher Verwaltung die Einsicht in die Forschungsunterlagen. Nachdem sich die Universität geweigert hatte, entschied die schwedische Verwaltungsjustiz im Grundsatz für die Transparenz. Rechtsmittel der Universität und des Professors drangen nicht durch. In der Folge wurde über die Modalitäten der Einsichtnahme prozediert. Der Zugang zu den Dokumenten wurde unter zahlreichen einschränkenden Auflagen angeordnet. Trotz rechtskräftigem Entscheid widersetzte sich der Professor während Monaten der Herausgabe der Daten, bis sie schliesslich von drei seiner Kollegen vernichtet wurden. In der Folge musste er sich wegen Amtsmissbrauchs vor der Strafjustiz verantworten und wurde zu einer bedingten Freiheitsstrafe sowie einer Geldbusse verurteilt.

Das Vorgehen der schwedischen Justiz respektierte nach Ansicht des Gerichtshofs die Menschenrechte des verurteilten Professors. Der EGMR entschied einstimmig, dass keine Missachtung von Gillbergs Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) vorlag. Zwar hätten Ärzte, Psychiater und Forscher ein ähnliches Interesse wie Medienschaffende, ihre Informationsquellen geheim zu halten. Die Frage, ob der durch die beiden anderen Forscher beehrten Bekanntgabe der Daten ein Berufsgeheimnis entgegenstand, war aber durch die schwedische Verwaltungsjustiz rechtskräftig geklärt worden. Gillbergs Beschwerde an den EGMR gegen diesen Aspekt des schwedischen Verfahrens war verspätet. Ob die anschliessende Bestrafung überhaupt die Meinungsfreiheit tangierte, liess der Gerichtshof offen.

Auch unter dem Gesichtswinkel des Rechts auf Privatleben (Art. 8 EMRK) verneinte der Gerichtshof ein willkürliches oder unverhältnismässiges Vorgehen der schwedischen Strafjustiz. Da die Vollstreckung eines rechtskräftigen Strafurteils integraler Bestandteil eines Prozesses sei, habe der schwedische Staat die Weigerung des Professors nicht reaktionslos hinnehmen dürfen. In diesem Punkt war sich der Gerichtshof einig. Allerdings waren zwei Richter in ihrer abweichenden Meinung der Ansicht, dass die strafrechtliche Reaktion klarerweise über das Ziel hinausschoss. Eine disziplinarische Sanktion wäre ausreichend gewesen, zumal die beiden überstimmten Richter ihre Zweifel an der Interessenabwägung durch die schwedische Verwaltungsjustiz hatten: Sie fragten sich, ob die seit mehr als zwei Jahrhunderten bestehende Tradition des Zugangs zu amtlichen Dokumenten den modernen Anforderungen medizinischer Forschung und der damit verbundenen Datenschutzprobleme gerecht werde. Dass diese Aspekte für das Strafverfahren irrelevant waren, sei ein unzutreffender Ansatz der Gerichtsmehrheit.

Anmerkungen Der Sachverhalt dieses schwedischen Falles ist ausgesprochen interessant. Für die Urteilsbegründung gilt dies weniger. Sie leuchtet das Spannungsfeld zwischen dem in Schweden besonders etablierten Grundsatz einer transparenten Verwaltung und dem Schutz zum Teil höchst sensibler Daten sowie den damit verknüpften (rechtlichen und berufsethischen) Pflichten der Forschenden kaum aus. Dies rührt daher, dass die Frist für eine Beschwerde gegen die Grundsatzentscheide der schwedischen Verwaltungsjustiz ungenutzt verstrichen war.

Zu beurteilen war in Strassburg lediglich die – vergleichsweise geradezu banale – Frage, ob der verantwortliche Forschungsleiter den rechtskräftigen Anordnungen der schwedischen Gerichte nachkommen und die Einsicht ermöglichen musste. Dass der Arzt in einem Dilemma war, erscheint zwar plausibel. Dennoch liegt auf der Hand, dass der Rechtsstaat eine Missachtung seiner in einem ordnungsgemässen Verfahren gefällten Urteile nicht dulden darf. Die Verurteilung des Professors illustriert: Nicht nur der unsorgfältige Umgang mit Geheimnissen ist eine seriöse Verfehlung, sondern auch das pflichtwidrige Torpedieren der Transparenz. Eher zweitrangig erscheint demgegenüber die von der Gerichtsminderheit (mit guten Gründen) aufgeworfene Frage, ob statt einer eigentlichen Strafe nicht eher eine disziplinarische Ähndung des professoralen Fehlverhaltens angezeigt gewesen wäre.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

11-13

Bundesgericht weist Beschwerde von Roland Nef gegen Veröffentlichung seiner Einstellungsverfügung ab

Einsicht in Einstellungsverfügung; Geheimhaltungsinteresse; Kontrollfunktion der Medien; schutzwürdiges Informationsinteresse; Verhältnismässigkeit

Art. 30 Abs. 3 BV; Art. 53 StGB

Urteil des Bundesgerichts vom 6. Oktober 2010
(1C_322/2010)

Das Bundesgericht wies eine Beschwerde gegen die Veröffentlichung der Einstellungsverfügung im Fall Nef ab, da Art. 30 Abs. 3 BV bei Verfahrenseinstellungen aufgrund von Art. 53 StGB zum Tragen komme und somit grundsätzlich schutzwürdige Interessen von Dritten bestehen können.

Gegen Roland Nef wurde von seiner ehemaligen Lebenspartnerin Strafanzeige wegen Nötigung usw. erstattet, worauf die Staatsanwaltschaft ein Strafverfahren eröffnete. Dieses wurde mit einer Verfügung eingestellt, worauf zwei Journalisten um Einsicht in diese Einstellungsverfügung ersuchten. Die Staatsanwaltschaft hiess die entsprechenden Gesuche teilweise gut, weshalb Roland Nef Rekurs an die Oberstaatsanwaltschaft erhob. Diese hiess den Rekurs gut und untersagte die Herausgabe der Einstellungsverfügung. Dagegen gelangten die Journalisten ans Bundesgericht, welches das Verfahren zunächst sistierte, da die Beschwerdeführer zugleich eine Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich eingereicht hatten. Da dieses seine Zuständigkeit verneinte, leitete es den Fall ans Obergericht weiter, welches auf die Angelegenheit nicht eintrat. Gegen die Entscheide dieser beiden Gerichte gelangten die Journalisten ans Bundesgericht, welches die Beschwerde gegen den Nichteintretensentscheid des Verwaltungsgerichts Guthies und diesem die Sache zur Beurteilung überwies. Das Verwaltungsgericht hiess die erhobene Beschwerde gut, soweit sie darauf eintrat. Dagegen erhob wiederum Roland Nef Beschwerde ans Bundesgericht und verlangte, der verwaltungsgerichtliche Entscheid sei aufzuheben.

Das Bundesgericht verweist in seinen Erwägungen auf den BGE 134 I 286, auf den sowohl im angefochtenen Entscheid als auch in der Beschwerde Bezug genommen wird. In diesem Urteil vertrat das Bundesgericht die Ansicht, dass die Öffentlichkeit durchaus ein legitimes Interesse an der Klärung der Frage haben könne, weshalb es zu nichtgerichtlichen Verfahrenserledigungen ohne Straffolgen durch Sach- oder Prozessentscheide komme. Diese Erwägungen beziehen sich auf Einstellungs- und Nichtanhandnahmeverfügungen, wogegen im vorliegenden Fall eine Verfahrenseinstellung nach Art. 53 StGB (Wiedergutmachung) vorgenommen wurde. Das Bundesgericht war deshalb in Bezug auf den hier behandelten Fall der Ansicht, dass «wenn Art. 30 Abs. 3 BV selbst bei Einstellungsverfügungen, bei welchen bei einer gerichtlichen Beurteilung mit grosser Wahrscheinlichkeit ein Freispruch erfolgen würde, Anwendung findet (...), muss dies erst recht für Einstellungen nach Art. 53 StGB gelten, bei welchen die beschuldigte Person die

Normverletzung ausdrücklich anerkennt und bei welchen bei einer Überweisung an das Gericht eine Verurteilung in Betracht käme». In solchen Fällen liege es auf der Hand, dass schutzwürdige Informationsinteressen von Dritten bestehen können.

Weiter prüfte das Bundesgericht, ob im konkreten Fall ein schutzwürdiges Informationsinteresse vorliege. Es kam dabei zum Resultat, dass ein solches Interesse aufgrund der Kontrollfunktion der Medien bei den beiden Journalisten ohne weiteres gegeben sei. Einerseits stehe die Bedeutung des Strafverfahrens in Zusammenhang mit der Wahl von Roland Nef zum Armeechef infrage. Da an die persönliche Integrität, den Leumund und die charakterlichen Eigenschaften eines Armeechefs hohe Anforderungen zu stellen seien, bestehe an der Beantwortung der Frage, welches mutmassliche Verhalten von Roland Nef zur Eröffnung eines Strafverfahrens geführt habe, ein gewichtiges öffentliches Interesse. Andererseits gehe es um die Überwachung der Justiz und die Klärung der Hintergründe und Umstände der Verfahrenseinstellung gegenüber einer Person des öffentlichen Lebens. Die beiden beschwerdeführenden Journalisten hätten den korrekten Ablauf der Untersuchungen in Zweifel gezogen und die Frage aufgeworfen, ob Roland Nef allenfalls aufgrund seiner Stellung privilegiert worden sei. An der Klärung dieser Vorwürfe bestehe ebenfalls ein gewichtiges Interesse.

Das Bundesgericht hielt fest, dass durch die Einsicht in die Einstellungsverfügung die Persönlichkeitsrechte von Roland Nef tangiert werden, dessen Geheimhaltungsinteressen die dargestellten gewichtigen Informationsinteressen aber nicht aufzuwiegen vermögen. Zudem sei die gewährte Einsicht verhältnismässig ausgestaltet, indem bestimmt werde, dass die Anzeigerstatterin zu anonymisieren sei und man jene Passagen unkenntlich machen müsse, an deren Einsichtnahme kein schutzwürdiges Interesse bestehe. Aufgrund dieser Erwägungen kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die Beschwerde abzuweisen sei.

Annotations Le présent arrêt doit tout d'abord être salué en ce qu'il concerne la pesée des intérêts en présence et la prédominance reconnue à l'intérêt public lorsqu'il s'agit d'une personne exerçant une haute fonction officielle, soumise à des règles strictes en matière d'intégrité morale ou encore d'un cas à raison duquel il est important que les citoyens puissent s'assurer du bon fonctionnement de leurs autorités. En l'espèce de surcroît, ces intérêts essentiels se trouvaient cumulés. Nul doute que ces considérants guideront utilement l'appréciation qui, sous l'égide du Code de procédure pénale suisse, continuera à intervenir aux termes d'une confrontation d'intérêts. L'on peut citer à cet égard, notamment, les art. 69 et 70 CPP, concernant le principe de la publicité des débats et du jugement, ainsi que les restrictions qui, cas échéant, peuvent lui être apportées. Il faut citer également l'art. 101, al. 3 CPP concernant la consultation du dossier par des tiers lorsque la procédure est en cours et l'art. 99 CPP, pendant de l'art. 2, al. 2, let. c LPD, qui renvoie, après la clôture de la procédure pénale, aux dispositions fédérales et cantonales sur la protection des données.

En marge de la pesée des intérêts (*s'agissant des ordonnances de classement, voir aussi forum poénale 2010, p. 16–20*), l'appréciation dépend aussi de la nature de la décision. Ainsi, en l'espèce, le Tribunal fédéral examine-t-il aussi la cause sous l'angle de l'art. 53 CP, reconnaissant que le principe de pu-

blicité s'applique non seulement aux jugements, mais aussi aux décisions de classement, lorsqu'un acquittement aurait très vraisemblablement été prononcé, ou encore aux décisions de renonciation à poursuivre au sens de l'art. 53 CP, lorsque l'inculpé reconnaît expressément la violation du droit, de sorte qu'en cas de renvoi en jugement, une condamnation entrerait en considération. En effet, à partir du moment où il y a décision sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale, l'art. 6, al. 1 CEDH et l'art. 14, al. 1 du Pacte ONU II posent le principe selon lequel une telle décision doit être rendue publique. Il s'ensuit, d'une part, que les possibles restrictions au principe de la publicité ne concernent que les débats, non pas la proclamation publique des jugements, et, d'autre part, que le principe de la publicité vaut aussi lorsque la procédure pénale qui a précédé le jugement ne s'est pas déroulée de manière publique (*ATF 124 IV 234, JT 2006 IV 165*). Il découle de surcroît de l'exigence fondamentale de la publication que, lorsqu'il s'agit d'une décision sur le bien-fondé d'une accusation pénale ou d'une décision assimilable, l'intérêt à l'information va de soi parce qu'il est inhérent au principe de publicité. L'on peut donc se demander s'il est fondé d'exiger du requérant qu'il établisse «en plus» un intérêt digne de protection à l'information, lors même que cet intérêt est par hypothèse déjà constitué, vu la nature de la décision à laquelle l'accès est demandé. A cet égard, la jurisprudence renferme déjà une approche nuancée, reconnaissant que, compte tenu de l'importance du principe de publicité en matière pénale, il suffit que l'intéressé rende vraisemblable un intérêt sérieux à la connaissance du jugement pénal (*ATF 124 IV 234, JT 2006 IV 165*).

Prof. Gilles Monnier, Lausanne

11-14

Bundesgericht gewährt Einsicht in Teilnehmerliste einer Sozialstudie

Recht auf Einsicht in amtliche Akten; überwiegende private und öffentliche Interessen

Art. 17 Abs. 3 KV/BE; Art. 29 IG

Urteil des Bundesgerichts vom 29. Oktober 2010
(1C_284/2010)

Das Bundesgericht hiess eine Beschwerde gegen die Verweigerung der Einsicht in die Teilnehmerliste einer Studie über Gewalt gut, da dem Gesuch keine überwiegenden privaten oder öffentlichen Interessen entgegenstehen.

Der Gemeinderat der Einwohnergemeinde Burgdorf erteilte dem Institut für Konfliktmanagement und Mythodrama (IKM) den Auftrag, eine Studie mit dem Titel «Gewalt in Burgdorf?» zu verfassen. Diese nach Erstellung veröffentlichte Studie basierte im Wesentlichen auf 19 Interviews mit Personen, die zuvor vom Gemeinderat bestimmt worden waren. X. stellte ein Gesuch um Einsicht in diese Liste der interviewten Personen, was ihm vom Gemeinderat verweigert wurde. Ebenso wurde sein Begehren vom Regierungsstatthalteramt Burgdorf und vom Verwaltungsgericht des Kantons Bern abgelehnt. Des-

wegen gelangte X. ans Bundesgericht und machte eine Verletzung von Art. 17 Abs. 3 KV/BE geltend.

Der von X. geäußerte Vorwurf, Art. 29 IG stelle möglicherweise keine hinreichende gesetzliche Grundlage dar, um das in Art. 17 Abs. 3 KV/BE verankerte Recht auf Einsicht in amtliche Akten einzuschränken, wurde vom Bundesgericht abgelehnt, da in Art. 17 Abs. 3 KV/BE überwiegende private und öffentliche Interessen ausdrücklich vorbehalten seien. Weiter prüfte das Bundesgericht, ob die Einsicht aufgrund überwiegender Interessen verweigert werden durfte. Dabei untersuchte es in einem ersten Schritt, ob das private Interesse am Schutz der Daten der Interviewteilnehmer die Verweigerung der Einsicht zu rechtfertigen vermochte. Diesbezüglich war für das Bundesgericht einerseits von Bedeutung, dass durch die Vorinstanzen nicht festgestellt worden war, dass sich die Zusicherung der Vertraulichkeit auch auf die Namen der Teilnehmenden bezog. Selbst wenn dies der Fall wäre, sei eine Interessenabwägung aber stets erforderlich, da sonst das in Art. 17 Abs. 3 KV/BE enthaltene Recht auf Information generell ausgehebelt werden könne. Andererseits enthalte der Bericht weder wörtliche Zitate noch konkrete Beobachtungen, welche allenfalls einzelnen Personen zugeordnet werden könnten, wenn einmal bekannt sei, wer befragt wurde. Der Bericht sei sehr allgemein gehalten, weswegen das einer Bekanntgabe entgegenstehende private Interesse als gering einzustufen sei. Dem gegenüber stehe das Interesse zu wissen, auf welche Quellen sich der Bericht stütze. Dieses Interesse erscheine umso gewichtiger, als die Quellen von einer politischen Behörde definiert worden seien und der Bericht möglicherweise in Zukunft als Grundlage für konkrete Massnahmen dienen werde. Aus seiner Interessenabwägung zog das Bundesgericht den Schluss, dass der Bekanntgabe keine überwiegenden privaten Interessen entgegenstünden. In einem zweiten Schritt prüfte es, ob das öffentliche Interesse am Schutz der Forschung eine Verweigerung der Bekanntgabe rechtfertigen könne. Dazu wurde von der Vorinstanz angeführt, dass eine Bekanntgabe die Gefahr berge, in einer vergleichbaren Studie künftig keine Teilnehmer oder keine validen Aussagen mehr gewinnen zu können. Das Bundesgericht war hier der Ansicht, dass entgegen der Meinung der Vorinstanz von einem Vertrauensbruch gegenüber den Teilnehmern nur in Bezug auf die tatsächlich zugesicherte Vertraulichkeit gesprochen werden könne. Vorliegend erstrecke sich diese auf den Inhalt der Aussagen, nicht aber auf die Tatsache der Teilnahme an der Studie an sich. Aus diesem Grund könne nicht von einem Vertrauensbruch gesprochen werden, weshalb eine Gefährdung der Durchführung künftiger Sozialstudien nicht zu erwarten sei. Das Bundesgericht war der Ansicht, dass unter diesen Umständen auch kein öffentliches Interesse bestehe, welches der Bekanntgabe der Teilnehmer der Studie vorgehe. Es kam zum Schluss, dass die Rüge der Verletzung von Art. 17 Abs. 3 KV/BE begründet war und X. Einsicht in die Liste der interviewten Personen zu gewähren sei.

Annotations Le Tribunal fédéral a donné raison à un avocat qui demandait de connaître la liste complète des personnes interviewées dans le cadre d'une étude en sciences sociales réalisée par un professeur de psychologie sur mandat d'une commune bernoise sur le thème de la violence. Se fondant sur le droit de toute personne de consulter les documents officiels (art. 17, al. 3 Cst. BE), les instances inférieures ont été déboutées au motif qu'aucun intérêt privé – soit la protection de la sphère privée des personnes interrogées (art. 8 CEDH, 13 Cst., 18 Cst. BE) – ni aucun intérêt public prépondérant – soit la liberté de la recherche scientifique (art. 20 Cst., 21 Cst. BE) – ne s'opposait à la divulgation de la liste.

Cinq jours plus tard, la Cour européenne des droits de l'homme, dans un arrêt de chambre, non encore définitif à ce jour, a fait preuve de la même ouverture en confirmant la condamnation pénale d'un professeur de médecine suédois pour avoir refusé l'accès – subordonné pourtant à des conditions strictes – à ses travaux sur l'hyperactivité des enfants à d'autres chercheurs qui voulaient notamment en vérifier la méthodologie (Cour EDH, Gillberg c. Suède, du 2.11.2010, N. 41723/06).

Est-ce à dire que désormais il deviendra plus difficile de trouver des volontaires prêts à collaborer pour des recherches scientifiques? Telles furent les craintes des recourants.

En détaillant le raisonnement, on observe cependant que les spécificités des deux cas d'espèce ne permettent pas d'aboutir à pareille conclusion:

1. La Cour strasbourgeoise a tout d'abord jugé que les médecins et les chercheurs sont susceptibles d'avoir un intérêt semblable à celui des journalistes dans la protection des sources, reconnaissant ainsi l'importance de protéger les données personnelles, comme les directives en matière d'éthique de la recherche d'ailleurs le demandent, sans toutefois conférer à celles-ci la priorité sur le droit national.

2. Chaque cas d'espèce implique une pesée d'intérêt. Dans l'affaire suédoise, l'accès aux sources a été limité à deux chercheurs et subordonné à de strictes conditions de confidentialité. Dans l'affaire suisse, l'accès public n'a pas été limité au seul requérant, mais il était impossible d'identifier les propos tenus par les interviewés en raison du caractère très vague des constats de l'étude.

3. Les assurances de confidentialité données aux participants ne sont pas exclues. Celles-ci ne doivent toutefois pas conduire à vider le droit d'accès de sa substance et ne sauraient valoir de manière absolue.

On constatera, une fois de plus, que le juge est amené à sortir sa balance pour trancher de son glaive le conflit entre la protection des données et la transparence. Et que les chercheurs ne sauraient se réfugier trop rapidement dans le confort de la première pour éviter d'exposer les fondements raisonnés de leurs travaux aux lumières de la seconde.

Prof. Alexandre Flückiger, Genève

11-15

Beschwerde gegen Ablehnung eines Einsichtsgesuchs in eine Einstellungsverfügung vom Bundesstrafgericht gutgeheissen

Einsichtsgesuch in Einstellungsverfügung; Recht auf Akteneinsicht; schutzwürdiges Informationsinteresse; überwiegende private oder öffentliche Interessen; Verhältnismässigkeitsprinzip

Art. 6 Ziff. 1 EMRK; Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II; Art. 30 Abs. 3 BV; Art. 124 BStP

Urteil des Bundesstrafgerichts vom 17. September 2010 (BB.2010.59)

Eine Beschwerde gegen die Verweigerung der Einsicht in eine Einstellungsverfügung der Bundesanwaltschaft zum Flugzeugattentat von Würenlingen wurde vom Bundesstrafgericht gutgeheissen und zur Neuurteilung an die Bundesanwaltschaft zurückgewiesen, da diese ihren ablehnenden Entscheid fälschlicherweise nach dem Recht auf Akteneinsicht beurteilt hatte.

Die Bundesanwaltschaft verfügte die vorläufige Einstellung der gerichtspolizeilichen Ermittlungen zum Flugzeugattentat vom 21. Februar 2010 in Würenlingen. Ein Journalist ersuchte um Einsicht in diese Einstellungsverfügung, um eine journalistisch-publizistische Recherche über dieses Attentat zu machen. Die Bundesanwaltschaft wies das Gesuch mit der Begründung ab, dass Strafuntersuchungen grundsätzlich geheim seien und der Grundsatz der Parteiöffentlichkeit gelte. Gemäss Art. 124 BStP werde nur denjenigen Personen Einsicht in Akten von eingestellten Untersuchungen gewährt, die ein rechtlich geschütztes, individuelles Interesse geltend machen können. Dritten, die am Verfahren nicht beteiligt sind, könne Einsicht in Akten von eingestellten Untersuchungen nur restriktiv gestattet werden und nur soweit sie ein eigenes rechtliches Interesse glaubhaft machen können. Das Gesuch des Journalisten genüge diesen Anforderungen nicht, da die allgemeine Berufung auf «ein grosses öffentliches Interesse» nicht ausreiche. Der Journalist gelangte gegen diesen ablehnenden Entscheid ans Bundesstrafgericht und beantragte Einsicht in die oben genannte Einstellungsverfügung.

Das Bundesstrafgericht führte in seinen Erwägungen aus, dass die Bundesanwaltschaft ihre Abweisung auf Art. 124 BStP stütze, der die Voraussetzungen für die Einsichtnahme in Akten einer eingestellten Untersuchung regle. Der Journalist habe jedoch nicht Einsicht in die Akten der eingestellten Untersuchung verlangt, sondern lediglich in die Einstellungsverfügung, weshalb die rechtlichen Ausführungen der Bundesanwaltschaft zur Begründung der Abweisung des Gesuchs an der eigentlichen Sache vorbeizielten. Gemäss Art. 30 Abs. 3 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II seien Gerichtsverhandlungen und Urteilsverkündungen öffentlich. Somit bestehe namentlich bei einer Verfahrenserledigung mittels Einstellungsverfügung durch eine nichtgerichtliche Behörde ein Einsichtsrecht von interessierten Dritten, auch wenn das vorausgegangene Strafverfahren nicht öffentlich durchgeführt

wurde. Dies setze jedoch voraus, dass der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Informationsinteresse nachweisen könne, dem im Lichte des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes keine überwiegenden privaten oder öffentlichen Interessen entgegenstehen. Dabei genüge es schon, wenn der Gesuchsteller ein ernsthaftes Interesse an der Einsicht glaubhaft mache. Aufgrund dieser Ausführungen habe der beschwerdeführende Journalist als interessierter Dritter grundsätzlich Anspruch auf Einsicht in die oben genannte Einstellungsverfügung, auch wenn die vorausgegangene Strafuntersuchung nicht öffentlich war. Das von ihm angeführte Interesse der Öffentlichkeit an der Klärung der Frage, weshalb es bezüglich dieses Terroranschlages zu einer nichtgerichtlichen Verfahrenserledigung ohne Straffolge gekommen sei, stelle ein legitimes Interesse im Sinne der Rechtsprechung dar. Weiter führte das Bundesstrafgericht aus, dass es nicht beurteilen könne, ob die Öffentlichkeit bereits mit der Antwort des Bundesrates auf eine Interpellation zu dieser Einstellungsverfügung genügend informiert worden sei und deshalb kein Informationsinteresse mehr bestehe. Für eine solche Beurteilung würden dem Gericht zu wenige Informationen vorliegen. Die Bundesanwaltschaft habe keine dem Gesuch entgegenstehenden privaten oder öffentlichen Interessen geltend gemacht und habe es versäumt, eine dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz entsprechende Interessenabwägung durchzuführen. Deshalb sei es dem Gericht unmöglich zu beurteilen, ob die Verweigerung der Einsichtnahme in die Einstellungsverfügung zu Recht erfolgt sei. Folglich hiess das Bundesstrafgericht die Beschwerde teilweise gut und wies die Bundesanwaltschaft an, das Gesuch um Akteneinsicht neu zu beurteilen und dabei eine Interessenabwägung im Sinne der obigen Erwägungen zu treffen. Falls diese zugunsten des beschwerdeführenden Journalisten ausfalle, sei das Einsichtnahmegesuch zu bewilligen.

11-16

EDÖB gewährt Zugang zu Bericht «Islamistische Imame» des VBS mit einzelnen Ausnahmen

Beeinträchtigung der aussenpolitischen Interessen oder der internationalen Beziehungen der Schweiz; Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz; Zugangsgesuch

Art. 4, 7 Abs. 1 Bst. c, d BGÖ

Empfehlung des EDÖB vom 21. Oktober 2010 (VBS/Bericht «Islamistische Imame»)

Der EDÖB hiess ein Zugangsgesuch zum Bericht «Islamistische Imame» gut, da ein grosser Teil der enthaltenen Informationen auch in öffentlich zugänglichen Quellen oder Gesetzen zu finden sei. Einzelne Passagen seien aber zum Schutz der inneren und äusseren Sicherheit der Schweiz oder der Privatsphäre der Betroffenen abzudecken.

Zwei Journalisten reichten beim VBS ein Gesuch um Zugang zum Bericht «Islamistische Imame» ein, der vom Stab des Sicherheitsausschusses für den Sicherheitsausschuss des Bundesrates erstellt wurde. Der Zugang wurde vom VBS mit der Begründung abgelehnt, dass der betreffende Bericht als «vertraulich» klassifiziert sei und die Veröffentlichung den Landesinteressen der Schweiz Schaden zufügen könne. Da sich die Beteiligten anlässlich einer vom EDÖB einberufenen Schlichtungsverhandlung nicht über die Zugänglichkeit des besagten Berichts einigen konnten, erliess der EDÖB eine Empfehlung.

Darin hielt er zu Beginn fest, dass der Bericht grundsätzlich in den Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes fällt und das VBS keine Spezialbestimmung gemäss Art. 4 BGÖ geltend gemacht habe. Danach ging er auf das Argument des VBS ein, eine Teilveröffentlichung würde den Kerngehalt des Berichts verfälschen, weil allenfalls nur Auszüge von der Presse publiziert würden. Dies liess der EDÖB so nicht gelten, da einerseits eine Behörde nie kontrollieren könne, wie und in welchem Umfang von ihr veröffentlichte Informationen weiterverwendet werden und andererseits ein (inhaltlich möglichst weitgehendes) Zugänglichmachen des Berichts der Öffentlichkeit erlaube, sich ein eigenes und differenziertes Bild zu machen. Danach prüfte er, ob die Ausnahmegründe der Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz (Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ) und der Beeinträchtigung der aussenpolitischen Interessen oder der internationalen Beziehungen der Schweiz (Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ) beim vorliegenden Bericht gegeben sind. Der Bericht enthalte u.a. allgemeine Ausführungen zur Rolle von Imamen, zu Problemen mit islamistischen Imamen, Auflistungen der gesetzlichen Einreisebestimmungen in die Schweiz, Bedingungen für den Erhalt einer Arbeitsbewilligung in der Schweiz usw. Dabei handle es sich um Informationen, die auch in öffentlich zugänglichen Quellen oder in Gesetzen zu finden sind. Deshalb habe ein Bekanntwerden dieser Inhalte des Berichts keinerlei ernsthaftes Schadensrisiko zur Folge. Es resultiere daraus weder eine ernsthafte Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz noch eine ernsthafte Beeinträchtigung der aussenpolitischen Interessen oder internationalen Beziehungen, weshalb dieser Teil des Berichts der Öffentlichkeit zugänglich zu machen sei. Der Bericht enthält nach Ansicht des EDÖB jedoch auch Passagen, deren Bekanntwerden ein ernsthaftes Risiko für die innere und äussere Sicherheit des Landes zur Folge haben könnte. Deshalb seien die Aussagen des NDB sowie die Option Nr. 5 auf Seite 17 abzudecken. Weiter seien die Personendaten zum Schutz der Privatsphäre der Betroffenen zu schwärzen.

Annotations La présente affaire est emblématique de la résistance au principe de publicité des documents administratifs, menée par certaines autorités publiques récalcitrantes au renversement du paradigme du secret, au premier rang desquelles on retrouve les entités qui faisaient de l'opacité leur marque de fabrique, comme ici le Département fédéral de la défense (DDPS). Cette résistance, ou plutôt ce combat d'arrière-garde, se traduit notamment par l'invocation de raisons aberrantes pour rejeter une demande d'accès. Aberrantes car elles ne figurent pas au nombre des motifs de secret définis aux articles 7 et 8 de la Loi fédérale sur la transparence (LTrans). L'énumération de ces motifs – le Préposé

fédéral à la protection des données et à la transparence le rappelle opportunément dans la présente recommandation – est exhaustive, et non exemplaire. Pas question donc de débouter le requérant pour d'autres raisons, si judicieuses soient-elles.

En l'espèce, le DDPS s'est retranché derrière deux arguments tout aussi inadmissibles l'un que l'autre. Le premier est celui de la classification – *secret, confidentiel* ou encore *interne*, peu importe – du document requis. Et le DDPS de prétendre que cette mesure est un feu rouge qui interdirait purement et simplement toute consultation. Ce point de vue méconnaît l'art. 13, al. 3 de l'Ordonnance concernant la protection des informations (RS 510.411, OPrI) qui souligne clairement qu'«en cas de demande d'accès à des documents officiels, l'instance compétente examine, *indépendamment de l'éventuelle mention de classification*, s'il y a lieu d'autoriser, de limiter, de différer ou de refuser l'accès (...)». En d'autres termes, la classification n'est qu'un feu orange qui invite l'autorité requise à la prudence; en aucun cas elle ne préjuge du caractère public ou non du document. Partant, il y a lieu, à chaque demande, d'examiner le bien-fondé de la classification au regard des clauses de secret posées par les articles 7 et 8 LTrans. Cette prescription découle non seulement de la hiérarchie législative – l'OPrI ne saurait déroger à la LTrans qui est de rang supérieur – mais aussi de la mécanique même de la LTrans, laquelle impose à l'autorité requise de procéder à une évaluation *concrète* du risque d'atteinte à l'un ou l'autre des intérêts publics et privés protégés par les dites clauses de secret.

Le second argument invoqué par le DDPS reflète une profonde méfiance à l'encontre de la presse; c'est en effet la crainte d'une publication tronquée, susceptible de déformer la réalité et de fausser le débat en engendrant des malentendus ou des interprétations erronées. Cet argument a lui aussi été balayé par le Préposé. A juste titre, car accueillir ce motif de refus – outre, on l'a déjà relevé, qu'il n'est pas consacré par la LTrans – reviendrait à dénier aux médias toute liberté éditoriale. Le risque d'une publication sélective est inhérent à la liberté de la communication: qu'il s'agisse d'une conférence de presse, d'un communiqué de presse ou d'un document officiel, les journalistes sont toujours en droit de traiter l'information fournie comme ils l'entendent. Mettre l'accent sur tel élément ou passer sous silence tel autre relève de leur libre appréciation (sous réserve de garde-fous posés par l'éthique professionnelle, ou, le cas échéant, de l'obligation de fidélité imposée aux médias électroniques par l'article 93 de la Constitution). L'objection des dérives de la publication sélective est d'autant plus malvenue qu'à l'heure du multimédia les journaux mettent à disposition du public, sur leur plateforme en ligne, la plupart des documents dont ils font état dans leurs articles. Les lecteurs ont donc les cartes en mains pour se forger librement leur propre opinion.

Prof. Bertil Cottier, Lugano/Lausanne

11-17

EDÖB untersagt Zugang zu Inspektionsbericht der ND-Aufsicht teilweise

Anwendbarkeit des BGÖ; Gefahr für die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz; Schutz der aussenpolitischen Interessen der Schweiz; Schutz der internationalen Beziehungen der Schweiz; Schutz der Beziehungen des Bundes zu den Kantonen; Verhältnismässigkeit

Art. 2 Abs. 1 Bst. a, 4 Bst. a, 7 Abs. 1 Bst. b, c, d, e BGÖ

Empfehlung des EDÖB vom 18. November 2010 (VBS / Inspektionsberichte ND-Aufsicht)

Der EDÖB lehnte den Zugang zu einem Inspektionsbericht der Nachrichtendienstlichen Aufsicht VBS (nachfolgend ND-Aufsicht) ab, da dieser nicht unter den Anwendungsbereich des BGÖ fällt, und verweigerte den Zugang zum anderen Inspektionsbericht teilweise, da eine Veröffentlichung eine ernsthafte Gefährdung der inneren und äusseren Sicherheit der Schweiz zur Folge haben könnte.

Ein Journalist stellte beim VBS ein Gesuch um Zugang zu zwei Inspektionsberichten, welche die ND-Aufsicht erstellt hatte. Das VBS lehnte die Einsicht in die zwei Inspektionsberichte ab, weshalb der Journalist einen Schlichtungsantrag beim EDÖB einreichte.

Dieser untersuchte bei den beiden Berichten einzeln, ob sie aufgrund des Öffentlichkeitsgesetzes zugänglich gemacht werden müssen. Dabei nahm er sich zuerst den Inspektionsbericht der ND-Aufsicht über die Analyse der Anwendung des Datensystems ISIS vor und prüfte, ob das Öffentlichkeitsgesetz auf diesen überhaupt anwendbar ist. Er kam dabei zum Ergebnis, dass dieser Bericht im unmittelbaren und besonderen Auftrag der Geschäftsprüfungsdelegation (GPDel) erstellt worden war. Diese sei ein Organ der Bundesversammlung, weshalb für sie als politisches Organ das Öffentlichkeitsgesetz nicht gelte (e contrario Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ). Somit liege eine spezialgesetzliche Geheimhaltungsnorm gemäss Art. 4 Bst. a BGÖ vor, womit aufgrund des Öffentlichkeitsgesetzes kein Rechtsanspruch auf Zugang bestehe.

Aus dem Inspektionsbericht über die Prüfung der Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung im System ISIS NT «Staatschutz» gehe hingegen klar hervor, dass dieser nicht im unmittelbaren und besonderen Auftrag der GPDel, sondern im Auftrag des Departementschefs VBS erstellt wurde. Somit kam der EDÖB zum Schluss, dass auf diesen Inspektionsbericht das Öffentlichkeitsgesetz grundsätzlich anwendbar ist. Weiter prüfte der EDÖB, ob und in welchem Umfang die Klassifizierungsstufe «vertraulich» beim vorliegenden Bericht noch gerechtfertigt ist und ob die Voraussetzungen für die Beschränkung des Zugangs nach Art. 7 Abs. 1 Bst. b, c, d und e BGÖ gegeben sind. In Bezug auf Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ (Schutz der aussenpolitischen Interessen und/oder der internationalen Beziehungen der Schweiz) und Art. 7 Abs. 1 Bst. e (Schutz der Beziehungen des Bundes zu den Kantonen) war der EDÖB der Ansicht, dass dem VBS der Beweis nicht gelungen sei, dass das Bekanntmachen des Inspektionsberichts ein ernsthaftes Schadensrisiko darstellt

und hieraus eine ernsthafte Beeinträchtigung der aussenpolitischen Beziehungen sowie der Beziehungen des Bundes zu den Kantonen resultiere. Da der Bericht keine vorbereitende Verwaltungshandlung darstelle, sondern das Ergebnis der erfolgten Inspektion sei, kann sich das VBS nach Einschätzung des EDÖB auch nicht auf Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ berufen. Weiter prüfte der EDÖB, ob eine Veröffentlichung des Berichts gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ eine Gefahr für die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz im weiteren Sinne darstellt. Diesbezüglich war er der Meinung, dass das VBS deutlich habe aufzeigen können, weshalb die Geheimhaltung notwendig ist. Es sei verständlich, dass mit der Zugänglichmachung bestimmter Informationen (wie Funktions- und Arbeitsweise, Evaluation der Risiken sowie Empfehlungen) ein Schadensrisiko entstehe und Rückschlüsse auf die Tätigkeit, die Organisation und die Strategie des Nachrichtendienstes möglich seien. Zudem sei nicht von der Hand zu weisen, dass die Zusammenarbeit der verschiedenen Beteiligten im Bereich des Staatenschutzes auf Vertrauen basieren müsse. Werde dieses durch den Zugang zum Informationsbericht erschüttert, bestehe das ernsthafte Risiko, dass künftig der Informationsfluss zwischen den Aufsichtsorganen und der beaufsichtigten Stelle gestört werde und die Akteure ihre Aufgabe nicht mehr erfüllen können. Weiter untersuchte der EDÖB noch, ob das VBS das Verhältnismässigkeitsprinzip korrekt angewendet hatte und kam dabei zum Schluss, dass es unverhältnismässig sei, die Herausgabe des gesamten Berichts zu verweigern. Er erachtete die Offenlegung der Seiten 1–5 (Zusammenfassung sowie Auftrag und Prüfungsdurchführung) der Seite 34 (Anhang 1, Gesetzliche Grundlagen), der Seiten 38–54 (Anhang 4, Tabelle der rechtlichen Anforderungen, Prüfungspunkte), des Titelblattes sowie des Abkürzungsverzeichnisses als verhältnismässig.

11-18

EDÖB bejaht Zugang zu Beglaubigungsschreiben eines Botschafters

Beeinträchtigung der aussenpolitischen Interessen oder internationalen Beziehungen der Schweiz; Bekanntgabe von Personendaten

Art. 5 Abs. 1 Bst. b, 7 Abs. 1 Bst. d, 9 Abs. 1, 2 BGÖ; Art. 19 DSG

Empfehlung des EDÖB vom 22. Dezember 2010 (EDA/Beglaubigungsschreiben eines Botschafters)

Der EDÖB kam anlässlich eines Schlichtungsverfahrens zum Schluss, dass die Zugänglichmachung des Beglaubigungsschreibens eines Botschafters nicht geeignet sei, die internationalen Beziehungen der Schweiz zu beeinträchtigen. Den Zugang zur Passkopie desselben Botschafters lehnte er jedoch ab, da kein überwiegendes öffentliches Interesse gegeben sei, das eine Veröffentlichung seiner Personendaten rechtfertigen könne.

Eine Privatperson ersuchte das EDA um Zugang zum «Visum- und Reisedokument» des deutschen Botschafters in der Schweiz sowie zu Dokumenten, «die belegen und beweisen, wie und wo Herr Axel Berg ›Handelsbefugter der BRD‹ ist (...) und dem Akkreditierungs-Dokument, das bei der Schweizer Regierung oder auf der deutschen Botschaft hinterlegt ist (...)». Das EDA verweigerte den Zugang mit der Argumentation, dass die Zugangsgewährung geeignet sei, die aussenpolitischen Interessen bzw. die internationalen Beziehungen der Schweiz zu beeinträchtigen. Zudem enthielten die Dokumente Personendaten, die nicht anonymisiert werden könnten. Darauf stellte der Antragsteller einen Schlichtungsantrag beim EDÖB.

Dieser hielt in seiner Empfehlung zuerst fest, dass das Öffentlichkeitsgesetz auch Anwendung auf Dokumente finde, die einer Bundesbehörde von Dritten – einer natürlichen oder juristischen Person, einer in- oder ausländischen Behörde oder einer internationalen Organisation – übermittelt worden seien (Art. 5 Abs. 1 Bst. b BGÖ). Somit würden die im Rahmen der Akkreditierung von Deutschland übermittelten Unterlagen grundsätzlich unter das Öffentlichkeitsgesetz fallen. Eine Ausnahme vom Öffentlichkeitsprinzip könne hingegen gewährt werden, wenn die Offenlegung von Dokumenten zu einer Beeinträchtigung der aussenpolitischen Interessen oder der internationalen Beziehungen der Schweiz führen könnte (Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ). Angesichts des Inhalts des Beglaubigungsschreibens (d.h. der Bestätigung, dass die als ausserordentlicher und bevollmächtigter Botschafter bezeichnete Person von ihrer Regierung ermächtigt ist, die Tätigkeiten eines Missionschefs auszuüben) und der Tatsache, dass auch Deutschland das Öffentlichkeitsprinzip kennt, sei jedoch davon auszugehen, dass die Zugänglichmachung des Beglaubigungsschreibens zu keiner Beeinträchtigung der Beziehungen mit Deutschland führe. Deshalb erachtete es der EDÖB als gerechtfertigt, den Zugang zum Beglaubigungsschreiben zu gewähren. Bezüglich der Auszüge aus dem Diplomatenpass, bei dem eine Anonymisierung nicht möglich ist (Art. 9 Abs. 1 BGÖ), seien die Personendaten gemäss Art. 9 Abs. 2 BGÖ nach Art. 19 DSGVO zu beurteilen. Vorliegend bestehe jedoch weder eine gesetzliche Grundlage, welche die Datenbekanntgabe legitimieren würde, noch liege eine Ausnahme nach Art. 19 Abs. 1 Bst. a–d DSGVO vor. Somit könnte eine Bekanntgabe der Personendaten einzig gestützt auf Art. 19 Abs. 1^{bis} DSGVO erfolgen. Gemäss dieser Bestimmung könne eine Bundesbehörde gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz Personendaten dann bekannt geben, wenn diese im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben stehen und an deren Bekanntgabe ein überwiegendes öffentliches Interesse bestehe. Vorliegend besteht nach Ansicht des EDÖB jedoch kein überwiegendes öffentliches Interesse am Zugang zu den Passkopien des Botschafters, weshalb eine Herausgabe nur mit dessen Einwilligung möglich sei.

1.3 Radio- und Fernsehrecht

11-19

Willkürlicher Bewilligungsentzug wegen unbewiesener Piratensendung

Behauptete aber nicht belegte Ausstrahlung einer Piratensendung während temporärem Sendeverbot; behördliche Willkür; Entzug der Sendebewilligung; Freispruch durch Strafjustiz; Meinungsfreiheit missachtet; Radioprogramm; Schadenersatzforderung abgelehnt; sechs Gesetzesverstösse

Art. 10 EMRK

Urteil des EGMR (2. Kammer) vom 12. Oktober 2010 (N° 42284/05 «Nur Radyo Ve Televizyon Yayinciligi A.S. c. Türkei» [N° 2])

Die türkische Aufsichtsbehörde RTÜK entzog dem Radioveranstalter «Nur Radyo» im Februar 2002 die Bewilligung zur Ausstrahlung seines Programms. Die Verfügung hielt fest, der Veranstalter habe bereits sechsmal gegen das Gesetz verstossen und am 19. November 2001 in Missachtung eines temporären Ausstrahlungsverbots eine Sendung verbreitet, welche irrationalen religiösen Behauptungen eine Plattform geboten hatte. Die Verantwortlichen wurden wegen der Piratensendung auch strafrechtlich verfolgt, doch 2006 mangels Beweisen freigesprochen.

In seinem einstimmigen Urteil stellte der Gerichtshof eine Missachtung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) fest. Die RTÜK hatte «Nur Radyo» für die Piratensendung verantwortlich gemacht, weil sich deren Inhalt mit der (religiös geprägten) redaktionellen Linie deckte. Diese Sichtweise war willkürlich, da die Strafjustiz die Verantwortlichen vom entsprechenden Vorwurf freigesprochen hatte. Als rechtsstaatlich unhaltbar kritisierte der Gerichtshof zudem den Umstand, dass die vom Veranstalter begehrte Revision der RTÜK-Verfügung nach vier Jahren noch stets bei der türkischen Verwaltungsjustiz hängig ist.

Für seine finanziellen Verluste verlangte der Radioveranstalter von der Türkei eine Entschädigung in der Höhe von 1 Mio. Euro. Der Gerichtshof hielt jedoch fest, die eingereichten Unterlagen erlaubten keine ausreichende Schätzung des durch die unrechtmässige Massnahme verursachten Verlustes. Die begehrte Entschädigung wurde deshalb abgewiesen.

Anmerkungen Der Veranstalter von «Nur Radyo» hatte sich bereits drei Jahre zuvor mit einer Beschwerde gegen ein (damals temporäres) Sendeverbot in Strassburg durchgesetzt: Der EGMR bezeichnete es im Urteil N° 6587/03 «Nur Radyo Ve Televizyon Yayinciligi A.S. c. Türkei» vom 27.11.2007 (medialex 1/2008, S. 51) als unverhältnismässig, wegen der Bezeichnung eines Erdbebens als Strafe gegen die Feinde Allahs ein 180 Tage dauerndes Verbot auszusprechen.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

11-20

Intérêt digne de protection à contester le contenu d'un programme télévisé

Plainte à titre individuel et plainte «populaire»

Art. 94 LRTV

Arrêt du Tribunal fédéral du 22 novembre 2010 (2C_844/2009)

L'association antitabac O., son président et cofondateur D. et neuf autres personnes ont saisi le TF d'un recours en matière de droit public contre la décision de l'AIEP déboutant D. et l'association O. L'objet du litige portait sur la retransmission par la TSR du tournoi de tennis «Davidoff Swiss Indoors», dont le logo du sponsor, actif dans le commerce de tabac, apparaissait régulièrement en arrière-plan lors de la diffusion des matches.

L'article 94 LRTV prévoit deux types de recours: celui qui émane d'un particulier que l'émission touche de près (al. 1) et la voie de la «plainte populaire» (al. 2), ouvrant la qualité pour agir à un particulier dont la plainte est cosignée par 20 personnes au moins; cette voie se limite à la plainte devant l'Autorité indépendante. La qualité pour agir devant le TF s'apprécie exclusivement au regard des conditions de l'art. 89 LTF, notamment la nécessité d'être «particulièrement atteint» par l'acte attaqué.

Dans le domaine de la radio-télévision, un intérêt digne de protection à contester une décision se rapportant au contenu d'un programme fait défaut lorsqu'un justiciable prétend se fonder notamment sur l'exercice de ses droits politiques, sur son engagement social ou politique par rapport à une question d'intérêt public, sur la simple existence d'un intérêt particulier (privé, idéologique ou professionnel) dans une matière spécifique ou sur ses connaissances approfondies dans un certain domaine faisant l'objet d'une émission télévisuelle.

A cette aune, le TF a considéré qu'aucun des recourants (ni même l'association), dont aucun n'avait été mis en cause personnellement par l'émission litigieuse, ne se distinguait particulièrement de tout autre téléspectateur ou citoyen hostile à toute forme de publicité en matière de tabac, et il a rejeté le recours.

11-21

BVGer lehnte Beschwerde gegen Radio- und Fernsehempfangsgebühr ab

Radio- und Fernsehempfangsgebühren

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 11. Oktober 2010 (A-180/2010)

Das Bundesverwaltungsgericht wies eine Beschwerde, welche sich gegen die Radio- und Fernsehgebühr richtete, ab, da eine Gebührenpflicht für den gewerblichen Radio- und Fernsehempfang bestand und mit der Erhebung dieser Gebühr kein Bundesrecht verletzt wurde.

11-22

BVGer lehnte Beschwerde gegen Radio- und Fernsehempfangsgebühr ab

Radio- und Fernsehempfangsgebühren

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. Dezember 2010 (A-4481/2010)

Das Bundesverwaltungsgericht wies eine Beschwerde gegen die Bezahlung von Radio- und Fernsehgebühren ab, da der Beschwerdeführer weder von Gesetzes wegen noch aufgrund seines Gesuchs von der Gebührenpflicht befreit war.

11-23

BAKOM erklärt sich bezüglich Aufsicht über das übrige publizistische Angebot für zuständig

Aufsichtskompetenz; Legalitätsprinzip; übriges publizistisches Angebot; Zuständigkeit

Art. 2 Bst. a,b,c, 4, 5, 6, 25 Abs. 3 Bst. b, 86 Abs. 1 RTVG; Art. 3, 12 Abs. 1, 2 SRG-Konzession

Verfügung des BAKOM vom 3. August 2010

Das BAKOM erklärte sich in einer Verfügung, welche von der SRG veranlasst wurde, für die Aufsicht über deren übriges publizistisches Angebot zuständig, da es sich dabei nicht um redaktionelle Sendungen handle und es vom Gesetzgeber mit einer subsidiären Generalaufsichtskompetenz ausgestattet worden sei.

Ein Beschwerdeführer beanstandete bei der Ombudsstelle DRS und der UBI die Klimaberichterstattung von SF auf seiner Internetseite. Die beiden Beschwerdestellen traten nicht auf die Beschwerde ein, und die UBI überwies die Beschwerde mangels

Zuständigkeit für die Beurteilung von Textbeiträgen im Online-Angebot der SRG an das BAKOM. Die SRG zweifelte die Verfassungsmässigkeit der Aufsichtszuständigkeit des BAKOM für die inhaltliche Beurteilung ihres übrigen publizistischen Angebots (nachfolgend: üpA) an und ersuchte dieses um Erlass einer Verfügung in Sachen Zuständigkeit.

Das BAKOM betonte in seiner Verfügung zuerst, dass neben den Radio- und Fernsehprogrammen insbesondere auch das üpA Bestandteil des konzessionierten und gebührenfinanzierten Angebots der SRG sei. Beim üpA handle es sich gemäss Art. 12 Abs. 1 SRG-Konzession um die programmbezogenen Online-Angebote, den Teletext, programmassoziierte Informationen, das publizistische Angebot für das Ausland und Begleitmaterialien zu einzelnen Sendungen. Daraus, dass das üpA für die Erfüllung des Programmauftrags nötig ist, eine grosse Programmnähe aufweisen muss und über Gebühren finanziert werden darf, folge offensichtlich, dass es inhaltlich den gleichen Ansprüchen wie die Programme der SRG genügen müsse. Dies bringe Art. 12 Abs. 2 SRG-Konzession zum Ausdruck, wonach für das üpA die inhaltlichen Grundsätze nach den Art. 4 bis 6 RTVG und die Qualitätsbestimmungen in Art. 3 SRG-Konzession sinngemäss gelten. Der Argumentation der SRG, wonach der Bundesrat gemäss Art. 25 Abs. 3 Bst. b RTVG nur den Umfang, nicht aber die Qualität und die Umsetzung des üpA hätte regeln dürfen, könne nicht gefolgt werden, da die Aufzählung des möglichen Regelungsgegenstands dieser Bestimmung («namentlich» die Zahl der Programme und deren Umfang) nicht abschliessend sei. Diese offene Formulierung sei bewusst so gewählt worden, um angesichts der Dynamik in der Medienentwicklung den Spielraum der SRG nicht ungebührlich einzuschränken. Folglich seien Vorgaben zu den Programmen oder zum üpA keine problematischen Weiterungen des Legalitätsprinzips, sondern vom Gesetzgeber gewollte Konkretisierungen und Präzisierungen des Leistungsauftrags bzw. von dessen Umsetzung. Somit besteht nach Ansicht des BAKOM eine genügende gesetzliche Grundlage.

Weiter stellte sich das BAKOM die Frage, wer für die Aufsicht über die Durchsetzung der konzessionsrechtlichen Vorgaben betreffend das üpA zuständig ist. Die Aufsichtszuständigkeit werde in Art. 86 Abs. 1 RTVG abschliessend geregelt. Nach diesem Artikel obliege dem BAKOM die allgemeine Aufsicht im Rundfunkbereich. Darunter würden nicht nur die vom UVEK konzessionierten oder bei ihm gemeldeten Programmveranstalter fallen, sondern auch die vom Bundesrat konzessionierte SRG. Ausgenommen von dieser generellen Aufsichtskompetenz des BAKOM seien Beschwerden über den Inhalt redaktioneller Sendungen, wofür die UBI zuständig sei. Weil es sich bei den journalistischen Beiträgen im üpA der SRG nicht um redaktionelle Sendungen im Sinne von Art. 2 Bst. a–c RTVG handle, fallen diese unter die allgemeine Aufsichtskompetenz des BAKOM. Das BAKOM anerkannte zwar, dass die von der SRG geäusserten Bedenken gegen diese Regelung nicht völlig von der Hand zu weisen seien. Der Gesetzgeber habe sich aber im Wissen um diese Problematik für die heute geltende Regelung entschieden und dem BAKOM eine breite Aufsichtszuständigkeit im Rundfunkbereich zugesprochen. Auch im Bereich des üpA brauche es sachgerechte Vorkehrungen, um die Durchsetzung der materiell-rechtlichen Vorschriften zu ermöglichen. Das BAKOM sei sich aber bewusst, dass die verwaltungsbehörd-

liche Aufsicht namentlich im Bereich des üpA, welches einen engen Programmbezug aufweisen muss, in erhöhtem Mass problematisch sei und zu Widersprüchen mit der Programmaufsicht der UBI führen könne. Es werde sich deshalb bei der Aufsicht im Bereich des üpA an der Praxis der UBI orientieren und sich mit Blick auf die Medienfreiheit und die Programmautonomie der SRG die nötige Zurückhaltung auferlegen. Für die Zukunft sei zu prüfen, ob die Aufsicht in diesem Bereich nicht künftig via Ombudsstelle und UBI erfolgen soll. Dies ändere jedoch nichts daran, dass das BAKOM vorliegend verpflichtet sei, die vom Gesetzgeber auferlegte Aufsichtskompetenz wahrzunehmen.

Annotations Cette décision incidente de l'Office fédéral de la communication (OFCOM) prend sa source dans une plainte déposée le 5 août 2009 auprès de l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision (AIEP): un internaute estimait que la page thématique sur le climat («Klima-Dossier») que proposait le site internet de la SF DRS était fâcheusement contraire à la réalité scientifique. Pour l'AIEP, qui s'est prononcée par décision du 31 août 2009 (b.606), la situation était claire: faute d'un véritable programme (le contenu querellé n'était en effet constitué que de textes figurant sur une page internet et ne répondait dès lors aucunement aux conditions posées par les art. 1 et 2, let. a et b LRTV), l'Autorité des plaintes ne pouvait pas entrer en matière sur la plainte.

Cette décision d'irrecevabilité de l'AIEP a été suivie de la transmission de la plainte à l'OFCOM, en application de l'art. 8, al. 1 PA qui prévoit que «l'autorité qui se tient pour incompétente transmet sans délai l'affaire à l'autorité compétente». La SSR, subséquemment invitée par l'OFCOM à produire un certain nombre d'informations relatives à cette page thématique sur la base de l'art. 17, al. 1 LRTV, a alors refusé de le faire et mis en doute la constitutionnalité de la surveillance, par l'OFCOM, des autres services journalistiques (Übriges publizistisches Angebot). Elle a sollicité que cette dernière autorité se prononce, à titre incident, sur sa propre compétence, en application de l'art. 9, al. 1 PA.

Dans sa décision incidente, l'OFCOM rappelle tout d'abord que la régulation des autres services journalistiques trouve son ancrage tant dans la LRTV (art. 25, al. 3, let b) que dans la Concession de la SSR (art. 12, al. 1). Il souligne l'importance et l'interdépendance de ces services complémentaires (offre en ligne, télétexte, etc.) dans la réalisation du mandat confié à la SSR, ce qui explique que ces services (qui peuvent au demeurant être financés par le produit de la redevance) soient régulés par la Concession.

S'agissant de la teneur rédactionnelle de ces autres services journalistiques, l'OFCOM souligne que ceux-ci sont soumis, aux termes de l'art. 12, al. 1 de la Concession SSR, aux principes fondamentaux posés par les art. 4 à 6 LRTV, mais également à l'exigence de qualité de l'art. 3 de la Concession SSR.

L'OFCOM considère ainsi que, quand bien même le mandat de prestation de la SSR est formulé de façon plutôt abstraite (ce qui s'explique par la nécessité de ne pas cristalliser davantage que nécessaire les pratiques et de laisser de la sorte la place à un développement de ces dernières), il n'en demeure pas moins que la base légale pour la régulation et la surveillance des autres services journalistiques est réelle et suffisante.

Le principe même de la surveillance des *autres services journalistiques* tombe presque sous le sens: la volonté du législateur n'a évidemment pas été d'instaurer des règles pour ces services qui ne pourraient ensuite être contrôlées – ni d'office ni même sur plainte – faute d'autorité habilitée à le faire!

A teneur de l'art. 86, al. 1 LRTV, il appartient à l'OFCOM de veiller au respect de la LRTV et de ses dispositions d'exécution, de la concession et des accords internationaux applicables. Seul le traitement des plaintes concernant le contenu des émissions rédactionnelles, confié à l'AIEP aux termes de l'art. 83, al. 1 LRTV, lui échappe.

L'OFCOM admet donc, sur la base de cette compétence générale et dans la mesure où l'AIEP avait – à raison – décliné sa compétence dans cette affaire, qu'elle est légitimée à exercer la surveillance sur les *autres services journalistiques* et que, partant, la SSR doit ainsi lui adresser les informations requises en application de l'art. 17, al. 1 LRTV.

Ce raisonnement ne prête juridiquement pas le flanc à la critique.

Reste que cette compétence n'est pas sans poser problème: trancher des questions relatives à du contenu rédactionnel nécessite des garanties, en particulier d'indépendance et d'autonomie, que l'OFCOM n'est pas en mesure d'offrir.

Sous l'angle de la liberté des médias en général et de l'autonomie du diffuseur en particulier, il est gênant que l'OFCOM soit l'autorité désignée pour connaître des *autres services journalistiques*, cela même si l'on comprend que cette autorité entend harmoniser sa pratique avec celle de l'AIEP et faire preuve d'une certaine retenue.

Cela étant, l'OFCOM, parfaitement conscient de cet épineux problème, recommande lui-même que, *de lege ferenda*, cette surveillance soit confiée aux bons soins de l'AIEP.

Gageons que le législateur saura rétablir quelque logique dans cette attribution de compétence proprement aberrante. S'agissant de la décision objet du présent commentaire, on notera encore que celle-ci n'est pas encore entrée en force, un recours devant le Tribunal administratif fédéral ayant été interjeté par la SSR.

lic. iur. Nicolas Capt, Genève

11-24

Werbepot für Wein versties gegen Verbot der Ausstrahlung von Verkaufsangeboten für alkoholische Getränke

Ablieferung der erzielten Einnahmen; administrative Massnahmen; Verbot der Ausstrahlung von Verkaufsangeboten für alkoholische Getränke; Verhältnismässigkeit

Art. 2 Bst. 1, 10 Abs. 1 Bst. b, 89 Abs. 1 lit. a RTVG; Art. 16 Abs. 3 RTVV

Verfügung des BAKOM vom 27. September 2010

Das BAKOM beurteilte einen Werbespot der Schuler St. Jakobskellerei als Verletzung des Verbots der Ausstrahlung von Verkaufsangeboten für alkoholische Getränke und ordnete deswegen nach einer Verhältnismässigkeitsprüfung eine Einziehung der damit erzielten Nettoeinnahmen an.

Das BAKOM eröffnete ein rundfunkrechtliches Aufsichtsverfahren gegen die SRG, weil es vermutete, dass diese durch die Ausstrahlung eines Werbespots der Schuler St. Jakobskellerei gegen das Verbot der Ausstrahlung von Verkaufsangeboten für alkoholische Getränke verstossen hat.

Es untersuchte eine Verletzung von Art. 10 Abs. 1 Bst. b RTVG i.V.m. Art. 16 Abs. 3 RTVV, da der vorliegende Werbespot ein Verkaufsangebot i.S.v. Art. 2 Bst. 1 RTVG darstelle und somit in den Geltungsbereich von Art. 16 Abs. 3 RTVV falle. Das BAKOM führte aus, dass es sich bei einem Verkaufsangebot um Werbung handle, welche das Publikum zum unmittelbaren Abschluss eines Rechtsgeschäfts auffordere, wobei das zur normalen Werbung unterschiedliche Merkmal die Möglichkeit des Publikums sei, das vorgestellte Angebot mittels Telefon oder anderen Kommunikationsmitteln anzunehmen bzw. unmittelbar zu bestellen. Im vorliegenden Werbespot enthielten alle drei Versionen ein Angebot, dass sich direkt an ein Publikum richtete. Auch die Möglichkeit des Publikums, das Angebot unmittelbar anzunehmen, lag vor. Einerseits werde die Internetadresse eingeblendet, wo man das beworbene Weinpaket direkt im Onlineshop bestellen konnte und andererseits wurde auch die Telefonnummer für Weinbestellungen eingeblendet. Aus diesen Gründen kam das BAKOM zum Schluss, dass die SRG mit der erfolgten Ausstrahlung dieses Werbespots Art. 10 Abs. 1 Bst. b RTVG i.V.m. Art. 16 Abs. 3 RTVV verletzt hat.

Nach dem materiellen Teil äusserte sich das BAKOM zu den administrativen Massnahmen. Dabei wies es zuerst darauf hin, dass es ihm gemäss Art. 89 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 RTVG möglich sei, nach der Feststellung einer Rechtsverletzung von der verantwortlichen natürlichen oder juristischen Person zu verlangen, den Mangel zu beheben sowie Massnahmen zu treffen, damit sich die Verletzung nicht wiederholt. Weiter könne verlangt werden, dass das BAKOM über die getroffene Massnahme unterrichtet werde und dem Bund die Einnahmen abgeliefert werden, welche durch die Verletzung erzielt worden sind. Bei der Anordnung solcher Massnahmen habe das BAKOM sich an den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu halten, was bedeute, dass die Verwaltungsmassnahme zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Zieles geeignet, notwendig und zumutbar sein müsse. Bei der Prüfung der Eignung der möglichen Massnahmen kam das BAKOM zum Schluss, dass die Mängelbehebung und die Berichterstattung ohne Zweifel geeignete Massnahmen seien. Ebenso sei die Ablieferung der unrechtmässig erzielten Einnahmen geeignet, die Einhaltung der rundfunkrechtlichen Bestimmungen durchzusetzen, da damit sichergestellt werden könne, dass der Veranstalter nicht nach dem Verstoß finanziell besser dasteht als wenn er sich rechtskonform verhalten hätte. Damit könne nicht nur der rechtmässige Zustand wiederhergestellt werden, sondern die Einziehung diene auch dazu, zukünftige Verstösse gegen die Werbebestimmungen zu verhindern. Bei der Prüfung der Erforderlichkeit führte das BAKOM aus, dass es in konstanter Praxis auch bei einem erstmaligen Verstossen die Ablieferung der erzielten Einnahmen als erforderlich erachte. Das auf Verordnungsstufe verankerte Verbot für Verkaufsangebote alkoholischer Getränke stelle eine klare Verbotsnorm dar und mit der Einziehung könne verhindert werden, dass Veranstalter, die dagegen verstossen, besser dastehen als diejenigen, welche sich daran halten. Weiter prüfte das BAKOM

die Zumutbarkeit der Einziehung, indem es eine Interessenabwägung zwischen öffentlichen und privaten Interessen vornahm. Zuerst führte es aus, dass das Verkaufsangebot alkoholischer Getränke unbestritten und in den jüngsten RTVV-Revisionen unangetastet geblieben sei. Als öffentliche Interessen seien die Gleichbehandlung der Rundfunkveranstalter, der Gesundheitsschutz und die Vorbildfunktion der SRG zu nennen. Dem gegenüber stünden die finanzielle Einbusse der SRG und die Einschränkung der unternehmerischen Freiheit. Bei der Festsetzung des abzuliefernden Beitrages sei im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips zu beachten, «(...) dass die entsprechenden wirtschaftlichen Folgen der Ablieferung für das Programm nicht zu einschneidend sind und die Einschränkung der unternehmerischen Freiheit der SRG lediglich in dem Rahmen erfolgt, der in einem vertretbaren Verhältnis zum Zweck der Massnahme, der Durchsetzung der Werbevorschriften des RTVG und der Gleichbehandlung der Rundfunkveranstalter steht». Grundsätzlich sei aber eine Einziehung der Einnahmen klar zumutbar. Bei der Berechnung des einzuziehenden Betrages folgte das BAKOM dem Nettoprinzip, was bedeutet, dass die SRG alle Aufwendungen, welche unmittelbar mit der beanstandeten Rechtsverletzung zusammenhängen (Kosten der Produktion und Akquisition), abziehen kann. Die von der SRG angestellten Berechnungen fand das BAKOM grundsätzlich nachvollziehbar. Für die Höhe des Abzugs der Aufwendungen für die Akquisition befand es grundsätzlich maximal 10% als akzeptabel, es sei denn, der Veranstalter könne belegen, dass höhere Aufwendungen entstanden seien. Die von der SRG angegebene Provision von 10.85% akzeptierte es als noch knapp gültigen Abzug. Gemäss ständiger Praxis würden bei Verstössen gegen das Werbeverbot keine weiteren Reduktionen mehr gewährt, insbesondere fänden die für Verstösse gegen die Sponsoringbestimmungen angewandten Reduktionsgrundsätze keine Anwendung. Das BAKOM setzte abschliessend einen abzuliefernden Betrag fest und führte noch aus, dass es sich erübrige, eine Berichterstattung über die getroffenen Massnahmen zu verlangen, da sich die SRG der grundsätzlichen Tragweite des Verbots für Verkaufsangebote von alkoholischen Getränken bewusst sei.

11-25

BAKOM heisst Gesuch um Aufschaltungsverpflichtung der Joiz AG gut

Aufschaltungsverpflichtung; besonderer Beitrag zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrags; Zumutbarkeit der Aufschaltung

Art. 93 BV; Art. 60 Abs. 1 Bst. a, Abs. 2 Bst. b RTVG; Art. 52 Abs. 1 Bst. a, d RTVV

Verfügung des BAKOM vom 10. November 2010

Das BAKOM hiess ein Gesuch um Aufschaltungsverpflichtung des Programms der Joiz AG im analogen und digitalen Kabelnetz der Cablecom gut, da das Programm einen besonderen

Beitrag zum verfassungsmässigen Auftrag leiste und die Aufschaltung für die Cablecom zumutbar sei.

Die 7screens AG (heute Joiz AG) reichte beim BAKOM ein Gesuch um Anordnung einer digitalen und analogen Aufschaltungsverpflichtung des Jugendkanals «be-on-your.tv» zulasten der Cablecom in deren analoges und digitales Kabelnetz in der Deutschschweiz ein.

Das BAKOM prüfte in einem ersten Schritt, ob die Voraussetzung von Art. 60 Abs. 1 Bst. a RTVG, ein besonderer Beitrag zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrags zu liefern, durch das geplante Programm erfüllt wird. Dabei erwähnte es zuerst, dass die Joiz AG einen Jugendsender plane, der Informationen zu jugendrelevanten Themen liefert und ihr Programm inhaltlich ausdrücklich nicht auf bestimmte Bereiche beschränken will. Deshalb sei davon auszugehen, dass sie die anvisierte Zielgruppe mit einem Programm versorgen will, das den besonderen Anforderungen von Art. 93 BV in mehrfacher Hinsicht genügen wolle. Im Gegensatz zu thematischen Spartenprogrammen soll der verfassungsmässige Auftrag beim Zielpublikum in besonderer Masse für die angesprochene Zielgruppe erbracht werden. Danach prüfte das BAKOM den kulturellen Beitrag, der durch das aufzuschaltende Programm gewährleistet werden soll, und kam dabei zum Schluss, dass ein besonderer kultureller Beitrag im Sinne des verfassungsmässigen Auftrags gegeben sei. Dies begründete es einerseits mit den eigenständigen Formaten, welche die Vertiefung von musikalischen Inhalten in Talk- und Diskussionssendungen zum Ziel haben und auch das Verständnis zwischen den verschiedenen gesellschaftlichen und sprachregionalen Bevölkerungsgruppen fördern können. Zudem positiv zu werten sei der prominente Platz, welcher der Schweizer Musik eingeräumt werden soll. Abgerundet werde der kulturelle Beitrag des Programmes von Joiz durch andere geplante Sendungen zu Film, Video und Mode. Weiter prüfte das BAKOM, welchen Beitrag das Programm von Joiz in Bezug auf die Meinungsbildung zu liefern vermag. Dabei erwähnte es die geplanten «Flash-News», in denen über die neusten Ereignisse aus Musik, Mode, Film und allenfalls über andere jugendspezifische Inhalte wie Arbeitsmarkt und Bildung informiert werden soll. Zudem sei eine tägliche Talksendung geplant, in der eine breite Palette von für Jugendliche potenziell interessanten Themen wie Generationenbeziehungen, Sexualität und Partnerschaft, Drogen usw. aufgegriffen werden soll. Insgesamt kam das BAKOM zum Schluss, dass das geplante Programm von Joiz gewisse Informationsinhalte liefert, ein Schwerpunkt hier jedoch nicht gesetzt werde. Auch im Bereich der Bildung verwies das BAKOM vor allem auf die geplante Talksendung und war der Meinung, dass Joiz auch in diesem Bereich einen gewissen Beitrag leiste, ohne allerdings einen eigentlichen Schwerpunkt setzen zu wollen. Das BAKOM wertete für seine Beurteilung zusätzlich positiv, dass Joiz einen vollständigen Verzicht auf rein kommerziell motivierte Gewinnspiele und Call-In-Shows ankündigte und dem Jugendschutz eine hohe Priorität einräumen will. In seiner Gesamtbeurteilung zog das BAKOM das Fazit, dass Joiz im Bereich der Musik/Kultur gemäss Art. 52 Abs. 1 Bst. a RTVV einen besonderen Beitrag zum verfassungsmässigen Auftrag leiste. Zudem spreche zusätzlich für eine Aufschaltung, dass ein jungendliches Publikum durch besondere redaktionelle Beiträge wie tägliche Talksendungen angesprochen werden soll,

was mit Blick auf Art. 52 Abs. 1 Bst. d RTVV als besonderer Beitrag zum verfassungsmässigen Auftrag zu würdigen sei. Eine vergleichende Beurteilung mit bestehenden Angeboten zeige, dass die von Joiz anvisierte Zielgruppe der Adoleszenten in der Schweiz gerade im Fernsbereich bisher nur punktuell mit nicht-fiktionalen Inhalten versorgt wird, die auf ihre Interessen zugeschnitten sind. Da dem BAKOM auch die Angaben in Bezug auf die Finanzierbarkeit realistisch erschienen, kam es zum Schluss, dass das geplante Programm von Joiz einen besonderen Beitrag zum verfassungsmässigen Auftrag erbringe und daher die inhaltlichen Anforderungen für eine Aufschaltung gemäss Art. 60 Abs. 1 Bst. a RTVG erfülle.

In einem zweiten Schritt prüfte das BAKOM die Zumutbarkeit der Aufschaltung für die Cablecom gemäss Art. 60 Abs. 2 Bst. b RTVG. Dabei führte es aus, dass das Fehlen freier Kapazitäten im analogen Netz kein Argument für die Unzumutbarkeit der Aufschaltung sei, da eine (widerlegbare) Vermutung der Zumutbarkeit bestehe, solange die Limite von 25 Must-Carry-Programmen noch nicht erreicht sei. Es kam unter Würdigung der Intention des Gesetzgebers, seiner bisherigen Praxis, der Entscheide der Rechtsmittelinstanzen und den konkreten Umständen zum Schluss, dass eine Aufschaltung von Joiz im analogen Kabelnetz der Cablecom zumutbar erscheine. Da im digitalen Netz keine Kapazitätsengpässe geltend gemacht worden seien, kam das BAKOM in diesem Bereich zum gleichen Resultat. Weil auch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Cablecom unbestritten sei, könne ihr sowohl im analogen wie auch im digitalen Kabelnetz im beantragten Versorgungsgebiet eine Aufschaltung des Programmes von Joiz für die Dauer von drei Jahren zugemutet werden.

11-26

«Gesundheit Sprechstunde» versties in verschiedenen Sendungen gegen Werbe- und Sponsoringbestimmungen

Administrative Massnahmen; Deklaration von Produkteplatzierungen; Einziehung der unrechtmässig erzielten Einnahmen; Sponsornennung; verwaltungsrechtliches Aufsichtsverfahren; Werbe- und Sponsoringbestimmungen; Werbewirkung für Sponsor

Art. 12 Abs. 3, 89 Abs. 1 lit. a RTVG; Art. 20 Abs. 1, 21 Abs. 2 RTVV

Verfügung des BAKOM vom 16. Dezember 2010

Das BAKOM hielt in einem verwaltungsrechtlichen Aufsichtsverfahren fest, dass verschiedene Sendungen von «Gesundheit Sprechstunde» gegen die Werbe- und Sponsoringbestimmungen des RTVG und der RTVV verstossen haben und ordnete deswegen eine Einziehung der damit erzielten Einnahmen an.

Das BAKOM überprüfte die Sendung «Gesundheit Sprechstunde» im Jahre 2008 zweimal auf ihre Vereinbarkeit mit dem RTVG und der RTVV. In einem Fall resultierte daraus ein verwaltungsrechtliches Aufsichtsverfahren gegen Presse TV, im

Rahmen dessen verschiedene Verstösse gegen die Werbe- und Sponsoringbestimmungen festgestellt wurden. Im zweiten Fall sah das BAKOM von der Durchführung eines Verwaltungsverfahrens ab, kündigte jedoch an, im Verlauf des Jahres 2009 anhand von Stichproben die rundfunkfinanzierungsrechtliche Konformität der Sendung erneut zu überprüfen. Dies tat es in der Folge auch und eröffnete daraufhin ein Aufsichtsverfahren gegen Presse TV wegen vermuteter Verletzung der Werbe- und Sponsoringbestimmungen des RTVG und der RTVV.

Zuerst untersuchte das BAKOM, ob in den Sendungen von «Gesundheit Sprechstunde» die Produkteplatzierungen und Sponsoringverhältnisse genügend deklariert wurden. Dabei kam es zum Schluss, dass aufgrund der fehlenden Deklaration der Produkteplatzierungen am Anfang der Sendungen betreffend die Produkte Kybun/kyBouncer, Drosasphar/Lyman, Amplifon, Siemens/Phonak/Hörgeräte und Joyssy/Gesundheitsschuh Art. 21 Abs. 2 RTVV verletzt wurde. Zudem hätten einige Produktplatzierungen ohne erheblichen Wert am Ende der Sendung eine ungenügende Sponsornennung aufgewiesen, womit Art. 20 Abs. 1 RTVV verletzt worden sei. Weiter prüfte das BAKOM die Sponsornennung im Rahmen des in der Sendung stattfindenden Zuschauerwettbewerbs. Dabei war es der Ansicht, dass im Wettbewerbstrailer die Sponsorwidmung gefehlt habe, was ein Verstoss gegen Art. 20 Abs. 1 RTVV darstelle. Das BAKOM prüfte auch die Darstellung des Produkts «ky-Bouncer» auf ihre Vereinbarkeit mit den Werbe- und Sponsoringbestimmungen. Dabei stellte es fest, dass eine Verletzung von Art. 12 Abs. 3 RTVG vorliege, da durch die Grossaufnahme der Gesundheitsmatte und die damit verbundene Logo-Einblendung, die positiven Aussagen des Experten zum Produkt und den Verweis der Moderatorin auf die Website eine Werbewirkung für den Sponsor erzeugt worden sei. Ebenso sei durch die Ausstrahlung des Beitrags «Gesunde Schuhe für gesunde Kids» Art. 12 Abs. 3 RTVG verletzt worden, indem durch die entgeltliche Ausstrahlung eines werblichen Beitrags im redaktionellen Programm eine Werbewirkung für den Sponsor (Joya Shoe bzw. deren Produkt Joyssy-Schuhe) erzeugt worden sei. Das BAKOM untersuchte weitere Auftritte von Sendungssponsoren und vermerkte generell, dass Sendungssponsoren in den von ihnen konkret gesponserten Sendungen weitreichende, wenn nicht gar exklusive Auftrittsmöglichkeiten erhalten hätten. Für eine abschliessende Beurteilung einer Werbewirkung sei der Gesamteindruck entscheidend, der für einen einzelnen Sponsor erzeugt werde. In den untersuchten Fällen hätten insbesondere die folgenden Tatsachen massgeblich zur Entstehung einer Werbewirkung beigetragen: «In den verschiedenen Sendungen haben Fachexpertinnen und -experten sowie Patientinnen und Patienten der Sponsoren weitreichende Auftrittsmöglichkeiten. Als Drehorte werden mitunter die Lokalitäten des Sponsors gewählt. Ausserdem werden ausschliesslich positive Aussagen zu Therapien und Behandlungsmöglichkeiten gemacht.» Aufgrund dessen stellte das BAKOM fest, dass mit der massiven Präsenz der Sponsoren Aeskulap Klinik Brunnen, Pallas Gruppe, Privatklinik Clenia Schlössli und Viollier AG und der von ihnen gemachten werblichen Aussagen in den einzelnen Sendungen Art. 12 Abs. 3 RTVG verletzt worden sei, wonach gesponserte Sendungen weder zum Abschluss von Rechtsgeschäften über Waren und Dienstleistungen der Sponsoren oder Dritten anregen, noch Aussagen werbenden Charakters über Waren und Dienstleistungen enthalten dürfen.

Aufgrund dieser Rechtsverletzungen prüfte das BAKOM den Erlass von administrativen Massnahmen gemäss Art. 89 Abs. 1 lit. a RTVG. In Bezug auf die beanstandete fehlende Deklaration der Produkteplatzierung sowie die mangelhafte Sponsornennung verzichtete es auf eine Einziehung, da es sich um erstmalige Rechtsverletzungen handle. In allen anderen Fällen ordnete das BAKOM eine Einziehung der unrechtmässig erzielten Einnahmen gemäss Art. 89 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 RTVG an. Dabei hielt es sich an seine etablierte Praxis, welche im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips folgendermassen aussieht: Bei einer erstmaligen Rechtsverletzung erfolgt i.d.R. noch keine Einziehung. Bei der nächstmaligen Rechtsverletzung werden i.d.R. $\frac{1}{3}$ der Einnahme, danach $\frac{2}{3}$ und bei einer neuerlichen Wiederholung der Rechtsverletzung $\frac{3}{3}$ der Einnahmen eingezogen. Von dieser Regel könne aber in begründeten Fällen abgewichen werden. In Anwendung dieser Regel ordnete es bezüglich der Sachverhalte «ky-Bounder» und «Joyssy-Schuhe» eine Einziehung von $\frac{1}{3}$ des Basisbetrages an. Bei den Sachverhalten «Aeskulap Klinik Brunnen», «Pallas Gruppe», «Clenia Management AG» und «Viollier AG» wich das BAKOM vom $\frac{1}{3}$ -Grundsatz ab und ordnete die Einziehung des gesamten Basisbetrages an. Dies begründete es mit der Intensität der jeweiligen Sponsorenauftritte. In allen genannten Fällen hätten die Sponsoren die gesamte Sendung dominiert, indem die von ihnen gestützten Therapieformen sowie fast ausschliesslich die eigenen Expertinnen und Experten zu Wort gekommen seien. Auf diese Weise werde die Sendung «Gesundheit Sprechstunde» zu einer Werbepattform für einzelne Sponsoren, was zu einem ausserordentlich dominanten werblichen Auftritt führe. Da bei den beanstandeten Sachverhalten eine Mängelbehebung grösstenteils nicht mehr möglich sei, wurde Presse TV angewiesen, dem BAKOM darüber Bericht zu erstatten, welche Vorkehrungen getroffen wurden, damit sich die Rechtsverletzungen nicht mehr wiederholen.

11-27

Beitrag in «Cash-TV» über Abstimmung zur Änderung des BVG verletzte Sachgerechtigkeitsgebot

Prinzip der Chancengleichheit in Wahl- und Abstimmungssendungen; Sachgerechtigkeitsgebot

Art. 4 Abs. 2 RTVG

Entscheid der UBI vom 20. August 2010 (b.621) (nicht rechtskräftig)

Ein in der Sendung «Cash-TV» ausgestrahltes Interview mit dem Geschäftsleiter von Swisscanto Vorsorge zur bevorstehenden Abstimmung über den Mindestumwandlungssatz verletzte das Sachgerechtigkeitsgebot, da er seinen Standpunkt unwidersprochen darlegen konnte, was dem Prinzip der Chancengleichheit in Wahl- und Abstimmungssendungen widerspricht.

Anlässlich der eidgenössischen Volksabstimmung über die Änderung des BVG, welche eine Anpassung des Mindest-

umwandlungssatzes vorsah, strahlte Presse TV auf SF 2 in der Sendung «Cash TV» einen Beitrag zu dieser Vorlage aus. Der Moderator befragte darin den Geschäftsleiter von Swisscanto Vorsorge zu verschiedenen Aspekten der bevorstehenden Abstimmung. Gegen diese Sendung wurde bei der UBI Beschwerde erhoben, da der Beitrag einseitig und unausgewogen gewesen sei. Dem interviewten Repräsentanten eines Unternehmens, welches ein wirtschaftliches Interesse an der Vorlage habe, sei während der gesamten Sendezeit Gelegenheit eingeräumt worden, seine Standpunkte darzulegen, ohne dass die Fragestellung kritisch gewesen sei oder auch die Argumente der Gegner dieser Vorlage zum Ausdruck gekommen seien.

Die UBI wies in seinen Erwägungen zuerst darauf hin, dass Swisscanto Hauptsponsor von «Cash-TV» sei. Ob diese Konstellation im Lichte der Sponsoringbestimmungen des RTVG zulässig sei, habe die UBI nicht zu prüfen. Dies falle allenfalls in den Zuständigkeitsbereich des BAKOM. Weiter untersuchte die UBI, ob das in Art. 4 Abs. 2 RTVG verankerte Sachgerechtigkeitsgebot durch die ausgestrahlte Sendung verletzt wurde. Dabei merkte sie zuerst an, dass auf der Grundlage von Art. 4 Abs. 2 RTVG die Einhaltung des zentralen Prinzips der Chancengleichheit in Abstimmungs- und Wahlsendungen auch für nicht konzessionierte Veranstalter gelte. Nach einer kurzen Darstellung des beanstandeten Beitrags und vor allem des darin geführten Gesprächs führte die UBI aus, dass der betont sachliche Ton und das ohne Emotionen geführte Studiogespräch zwar nicht einer typischen Abstimmungssendung entspreche. Aufgrund des behandelten Themas weise der Beitrag jedoch einen direkten und engen Bezug zur Abstimmung über den Mindestumwandlungssatz auf, weshalb er durchaus einen Einfluss auf das Abstimmungsverhalten des Publikums ausüben konnte. Zudem sei dieser einen Monat vor dem Abstimmungstermin und damit in einem sensiblen Zeitpunkt ausgestrahlt worden. Auch eine Wirtschaftssendung wie «Cash TV» unterstehe bei der Berichterstattung über bevorstehende Volksabstimmungen dem zentralen Prinzip der Chancengleichheit, wie die UBI weiter betonte. Dies schliesse nicht aus, sich dabei auf die aus wirtschaftlicher Sicht besonders interessanten Aspekte zu fokussieren, jedoch müssten die unterschiedlichen Standpunkte von Befürwortern und Gegnern in gleichberechtigter Weise zum Ausdruck kommen. Im beanstandeten Beitrag sei einem Vertreter einer von der Abstimmung direkt betroffenen Branche Gelegenheit zu einer ausführlichen Stellungnahme eingeräumt worden. Dabei habe dieser zentrale Argumente der Befürworter unwidersprochen darlegen und zentrale Argumente der Befürworter widerlegen können. Der Moderator habe es zudem unterlassen, kritische Rückfragen zu stellen, und damit ein eigentliches Gegengewicht zur Sichtweise des angehörten Repräsentanten der Pensionskassen zu bilden. Die Vorstellung des Interviewpartners als Sachverständigen («Pensionskassenexperte») und nicht als ausschliesslichen Interessenvertreter und der sachliche Gesprächston hätten das Beeinflussungspotenzial des Beitrags noch gesteigert. Insbesondere auch deshalb, weil das Vorwissen zur Vorlage auch bei einem an Wirtschaftsfragen interessierten Publikum beschränkt gewesen sein dürfte. Aufgrund dieser Erwägungen kam die UBI zum Schluss, dass im beanstandeten Beitrag ein als Experte präsentierter Vertreter der Befürworter seinen Standpunkt zur fraglichen Vorlage unwidersprochen darlegen und

Argumente der Gegner entkräften durfte, was dem Prinzip der Chancengleichheit entgegenstehe. Der Beitrag sei geeignet gewesen, das Publikum hinsichtlich der bevorstehenden Abstimmung unzulässig zu beeinflussen, weswegen das Sachgerechtigkeitsgebot von Art. 4 Abs. 2 RTVG verletzt worden sei.

Anmerkungen Dieser Entscheid hat gravierende Auswirkungen auf die Programmgestaltung von «Cash TV» und anderen nichtkonzessionierten Fernsehveranstaltern vor Abstimmungen (und Wahlen). Die UBI verlangt, dass auch nichtkonzessionierte Veranstalter vor Abstimmungen die Chancengleichheit der massgeblichen politischen Lager zu beachten haben. Diese Pflicht leitet sie aus dem Sachgerechtigkeitsgebot ab. Nach Ansicht der UBI bleibt die mit dem revidierten RTVG geschaffene neue Kategorie der nichtkonzessionierten Veranstalter lediglich vom Vielfaltsgebot ausgenommen, bleibt aber dem Sachgerechtigkeitsgebot unterstellt. «Cash TV» hat den Entscheid der UBI mit dem Argument fehlender gesetzlicher Grundlage beim Bundesgericht angefochten.

Der Entscheid der UBI ist richtig. Mit dem revidierten RTVG (2006) wollte sich der Gesetzgeber von der Idee des Aussenspluralismus verabschieden und entband die nichtkonzessionierten Veranstalter vom Vielfaltsgebot. Art. 4 Abs. 4 RTVG bringt diese Lockerung zum Ausdruck, indem die aus dem Vielfaltsgebot fliessenden Verpflichtungen explizit auf konzessionierte Programme beschränkt werden. Nicht gelockert wurden jedoch die Programmanforderungen des Sachgerechtigkeitsgebots. Dieses findet auch nach dem RTVG 2006 auf alle Veranstalter Anwendung, d.h., es spielt diesbezüglich keine Rolle, ob ein Veranstalter konzessioniert ist oder nicht. «Cash TV» stösst sich insbesondere daran, dass die UBI Informationspflichten vor Wahlen und Abstimmungen direkt aus dem Sachgerechtigkeitsgebot ableitet. Nach bisheriger Praxis seien solche Pflichten auf das Vielfaltsgebot gestützt worden. Bei der fraglichen Begründung der UBI handelt es sich aber nicht um neues Recht, sondern lediglich um eine Präzisierung der Rechtsprechung im Rahmen des revidierten RTVG. Sowohl UBI als auch Bundesgericht haben verschiedentlich entschieden, dass das Sachgerechtigkeitsgebot im Zusammenhang mit der Berichterstattung vor Abstimmungen die Chancengleichheit zwischen den verschiedenen Lagern schützt (BGE 125 II 497 E. 3b) cc) und dd) [«Tamborini»], BGE 134 I 2 [«Freiburger Original in der Regierung»]; vgl. auch Martin Dumermuth, Die Programmaufsicht bei Radio und Fernsehen in der Schweiz, Basel 1992, S. 382–383; derselbe, Rundfunkrecht, in: H. Koller et al. [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Basel 1996, N. 96, S. 40). Damit soll verhindert werden, dass das Publikum durch eine einseitige Berichterstattung manipuliert und in seiner für das Funktionieren einer demokratischen Gesellschaft so wichtigen freien Meinungsbildung zu politischen Sach- oder Personalfragen behindert wird. An dieser Praxis wollte der Gesetzgeber nichts ändern, wie auch die Botschaft zum RTVG 2006 zum Ausdruck bringt. Wörtlich heisst es dort, dass die «Ausgewogenheit einzelner Wahl- und Abstimmungssendungen (...) auch auf der Basis des Sachgerechtigkeitsgebots beurteilt» werden könne (BBl 2003 1669). Diese Formulierung folgt auf Äusserungen zum Vielfaltsgebot, das sich als nur bedingt justiziabel erwiesen habe und zur Überprüfung der politischen Berichterstattung in abstimmungsrelevanten Einzelsendungen nicht geeignet sei.

Damit wird klar, dass der UBI-Entscheid keine neuen Pflichten für nichtkonzessionierte Veranstalter begründet und die Frage der gesetzlichen Grundlage nicht problematisch ist. Nach Praxis des Bundesgerichts ist die Sicherung der politischen Meinungsbildung als wichtiges Element der Demokratie eine der Hauptaufgaben der rundfunkrechtlichen Programmaufsicht in der Schweiz (BGE 132 II 290 E. 3.2.3 [«Dipl. Ing. Paul Ochsner»]). Wenn der Gesetzgeber die Programmaufsicht im demokratiefunktional zentralen Bereich abstimmungsrelevanter Sendungen auf konzessionierte Veranstalter hätte beschränken wollen, hätte er sich dazu deutlich äussern müssen. Dafür gibt es aber weder im Gesetz noch in den Materialien einen Hinweis.

Prof. Christoph Beat Graber, Luzern

11-28

Berichterstattung über Klimaforschung: UBI verneint Verstoss gegen Vielfaltsgebot

Überprüfungsbefugnis; Vielfaltsgebot; Zeitraumbeschwerde

Art. 29 Abs. 2, 93 Abs. 3 BV; Art. 4 Abs. 4, 6 Abs. 2, 92 Abs. 1 Satz 3, 95 Abs. 3 lit. a, 96 Abs. 2 RTVG

Entscheid der UBI vom 20. August 2010 (b.619)

Die UBI behandelte eine Beschwerde betreffend die Berichterstattung über die Klimaforschung als Zeitraumbeschwerde. Sie verneinte eine Verletzung des Vielfaltsgebots. Das Schweizer Fernsehen habe die Vielfalt der Ereignisse und Ansichten zum Thema Klimaforschung im beurteilten Zeitraum angemessen zum Ausdruck gebracht.

Der Beschwerdeführer rügte in seiner Eingabe vom 14. April 2010, das Schweizer Fernsehen habe seit Mitte November 2009 in seinen Informationssendungen keinen einzigen Beitrag zur Kritik an der Klimaforschung ausgestrahlt. Er wies dabei auf einzelne ausgestrahlte Sendungen des Schweizer Fernsehens von Mitte November 2009 bis Mitte Februar 2010 hin. Darin sei zwar über die Klimaforschung gesprochen worden, nicht aber oder nur unzureichend über gewisse im November 2009 veröffentlichte und vor allem im angelsächsischen Raum unter dem Stichwort «Climategate» kontrovers diskutierte Vorfälle und über die im Januar 2010 laut gewordene Kritik am Weltklimarat IPCC.

Die UBI behandelte die Eingabe als Zeitraumbeschwerde. Es seien relevante, vom 16. November 2009 bis zum 16. Februar 2010 ausgestrahlte Beiträge zum Thema Klimaforschung in ihrer Gesamtheit auf die Vereinbarkeit mit dem Vielfaltsgebot von Art. 4 Abs. 4 RTVG zu prüfen. Zur Berechnung des massgebenden Zeitraums nahm die UBI Art. 92 Abs. 1 Satz 3 RTVG (Beanstandung bei der Ombudsstelle) als Grundlage. Sie rechnete vom Zeitpunkt der letzten vom Beschwerdeführer ausdrücklich erwähnten Ausstrahlung (16. Februar 2010) drei Monate zurück. Als Gegenstand der Zeitraumbeschwerde definierte die UBI Beiträge aus insgesamt sechs im genannten Zeitraum ausgestrahlten Informationssendungen, in denen das Schweizer Fernsehen über Ereignisse und Ansichten zur Kli-

maforschung berichtet hatte. Konkret legte die UBI als Anfechtungsobjekt fest: die Sendungen «Rundschau» vom 18. November 2009, «Tagesschau» vom 7. Dezember 2009, «10vor10» vom 11. Dezember 2009, «Tagesschau» vom 12. Dezember 2009, «Einstein» vom 4. Februar 2010 und «Club» vom 16. Februar 2010.

Die UBI setzte sich mit den Inhalten der einzelnen Sendungen auseinander und prüfte, ob in der Gesamtheit dieser Sendungen die Vielfalt der Ereignisse und Ansichten zum Thema Klimaforschung angemessen zum Ausdruck gebracht wurde. Sie kam zum Schluss, dass für das Publikum in mehreren Beiträgen vor allem zum Ausdruck kam, dass sowohl auf nationaler wie auch auf globaler Ebene erhebliche Widerstände bestehen, die Forderungen der Vertreter der (herrschenden) Klimawissenschaft in rechtlich verbindliche Klimaziele umzusetzen. Dabei seien in vergleichbaren Sendeformaten neben der Mehrheitsmeinung, wonach die durch den CO₂-Ausstoss verursachte Erderwärmung grosse Gefahren berge, auch Minderheitsmeinungen wiedergegeben worden. Insbesondere seien in mehreren der untersuchten Sendungen auch kritische Stimmen gegen die erwähnte, vorherrschende Meinung in der Klimaforschung zum Ausdruck und bekannte «Klimaskeptiker» zu Wort gekommen. Die UBI wies die Beschwerde deshalb als unbegründet ab.

Anmerkungen Im vorliegenden Entscheid interpretiert die UBI ihre Untersuchungs- und Prüfungsbefugnis sehr weit. Sie legt den Gegenstand der Untersuchung weitgehend selber fest und geht dabei deutlich über die Beanstandung des Beschwerdeführers hinaus. Diese Ausweitung der Untersuchung und Überprüfung über die eigentliche Beanstandung hinaus ist bezüglich der Verfahrensgarantien und mit Blick auf die verfassungsrechtlich geschützte Programmautonomie des Veranstalters problematisch.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 121 II 29 E. 2a S. 31) definiert die Beanstandung (Art. 95 Abs. 3 lit. a RTVG) das Anfechtungsobjekt und begrenzt insofern die Überprüfungsbefugnis der UBI. Dieser Grundsatz gilt auch für die Überprüfung des Vielfaltsgebots, die meist nur im Rahmen einer Zeitraumbeschwerde erfolgen kann. Auch bei der Zeitraumbeschwerde, mit der mehrere Sendungen gleichzeitig beanstandet werden können, muss in der Beschwerde auf die einzelnen beanstandeten Sendungen Bezug genommen und in knapper Form begründet werden, in welcher Hinsicht ebendiese Sendungen die Bestimmungen über den Inhalt redaktioneller Sendungen verletzt haben (Art. 95 Abs. 3 lit. a RTVG).

Daran hielt die UBI bisher stets fest. So etwa auch im Entscheid VPB 2003/67 Nr. 91, im Rahmen dessen sie erstmals eine eigentliche Langzeituntersuchung zu einem bestimmten Thema (Vielfalt des Musikprogramms von Radio DRS 1) durchführte. Zwar bedinge der Grundsatz der Festlegung des Anfechtungsobjekts nicht notwendigerweise, dass jede einzelne Sendung mit Ausstrahlungstermin in der Beschwerdeschrift aufgeführt werde, die einzelnen beanstandeten Sendungen müssten aber daraus bestimmbar sein (VPB 2003/67 Nr. 91, E. 1.4). Bestimmbarkeit war für die UBI in diesem Fall gegeben, weil sich die Beanstandung auf einzelne ausgestrahlte Musiktitel im Tagesprogramm von Radio DRS 1 bezog, die sich ohne Weiteres einer bestimmten Sendung zuordnen liessen. Insofern war der Fall ähnlich gelagert wie BGE 126 II 7, wo es das Bundesgericht für nicht erforderlich

hielt, dass der Beschwerdeführer eine Sponsorennennung vor «Verkehrsinformationen» von Radio DRS bezüglich jedes Sendezeitpunkts detailliert beanstandet (BGE 126 II 7 E. 3d S. 14). Als nicht zulässig bezüglich des Grundsatzes der Bestimmbarkeit der beanstandeten Sendungen erachtete die UBI hingegen eine Beschwerde gegen alle religiösen Sendungen von Radio DRS (UBI-Entscheid b. 439). Für nicht bestimmbar hielt die UBI zuletzt auch Sendungen aufgrund einer eher allgemein gehaltenen Beschwerde, wonach das Schweizer Fernsehen nicht oder nur unzureichend über gewisse, vom Verein gegen Tierfabriken aufgebrachte Themen informierte (UBI-Entscheid b. 593).

Weshalb nun die UBI im hier besprochenen Entscheid die Voraussetzungen an die Bestimmbarkeit erfüllt sah, vermag sie nicht überzeugend darzulegen. Eine Zeitraumbeschwerde, mit der zwar mit Hinweisen auf einzelne Sendungen, darüber hinaus aber generell eine fehlende oder nur unzureichende Berichterstattung über das Thema Klimaforschung beanstandet wird, genügt dem Grundsatz nicht, dass aus der Beschwerde hervorgehen muss, welche Sendungen beanstandet werden. Die UBI weicht allzu stark von ihrer bewährten Praxis und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ab. Sie täte gut daran, die Grenzen ihrer Untersuchung und Überprüfung im Beschwerdeverfahren wieder enger zu ziehen. Dies liegt nicht zuletzt auch im Interesse der Verwirklichung zentraler Verfahrensgarantien zugunsten der Veranstalter, namentlich des Rechts auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV). Eine wirksame Stellungnahme (Art. 96 Abs. 2 RTVG) zu einer Beschwerde bedingt, dass das Anfechtungsobjekt und der Überprüfungsrahmen aufgrund der Beschwerdeschrift bestimmbar sind. Bei einer derart weiten Interpretation der Untersuchungs- und Prüfungsbefugnis durch die UBI ist dies nicht mehr gewährleistet. Zudem beschränkt diese Praxis in unzulässiger Weise die verfassungsrechtlich geschützte Programmautonomie und in diesem Zusammenhang die Freiheit der Veranstalter bei der Themenwahl (Art. 93 Abs. 3 BV und Art. 6 Abs. 2 RTVG).

Dr. iur. Thomas Steiner, Luzern

11-29

Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots bei Berichterstattung der «Tagesschau» über den Fall Holenweger

Sachgerechtigkeitsgebot; Unschuldsvermutung

Art. 4 Abs. 2 RTVG

Entscheid der UBI vom 27. August 2010 (b.617)

Die UBI kam bei der Prüfung von Beiträgen der «Tagesschau» zum Abschluss der Voruntersuchung im Fall Holenweger zum Schluss, dass im Beitrag in der Mittagsausgabe ungenügend auf die Unschuldsvermutung hingewiesen wurde und deshalb eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots vorliege. Der Beitrag in der Hauptausgabe habe hingegen den Anforderungen des Sachgerechtigkeitsgebots genügt.

Anlässlich des Abschlusses der Voruntersuchung gegen den früheren Zürcher Privatbankier Oskar Holenweger strahlte

die «Tagesschau» auf SF 1 in der Mittags- und Hauptausgabe einen Beitrag dazu aus. Gegen diese beiden Beiträge wurde Beschwerde bei der UBI erhoben, da in den beiden Ausstrahlungen ein Hinweis auf die Unschuldsvermutung gefehlt habe. Neben der Vorverurteilung von Holenweger seien die Fakten nicht wahrheitsgetreu wiedergegeben worden.

Die UBI prüfte in ihrem Entscheid die beiden Beiträge getrennt auf eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebot im Sinne von Art. 4 Abs. 2 RTVG. Deshalb untersuchte die UBI zuerst die Mittagsausgabe der «Tagesschau». Dazu führte sie zuerst aus, dass die vermittelten Fakten im Wesentlichen korrekt wiedergegeben worden seien und die vom Beschwerdeführer bestrittenen Tatsachen Nebenpunkte betreffen würden. Jedoch werde dem Publikum insgesamt ein einseitiges Bild zum Abschluss der Voruntersuchung im Fall Holenweger vermittelt, welches ausschliesslich den Standpunkt des Untersuchungsrichters wiedergebe. Über die Ansichten des Angeschuldigten, gegen welchen im Beitrag mehrere strafrechtlich relevante Vorwürfe erhoben werden, erfahre man nichts. Die Redaktion habe weder die Textstellen in der Medienmittelung des Untersuchungsrichters – welche auf die Unschuldsvermutung hinweisen – zusammengefasst noch habe sie erwähnt, dass sie bis zum Ausstrahlungstermin des Beitrags keine Stellungnahme vom Angeschuldigten oder von dessen Anwalt erhalten habe. Ebenso habe sie es unterlassen, explizit auf die Unschuldsvermutung hinzuweisen oder zumindest die weiteren Verfahrensschritte zu skizzieren, um den erhöhten Sorgfaltspflichten bei der Berichterstattung über laufende Strafverfahren Rechnung zu tragen. Aus diesen Gründen kam die UBI zum Schluss, dass der Beitrag in der Mittagsausgabe der «Tagesschau» das Sachgerechtigkeitsgebot von Art. 4 Abs. 2 RTVG verletzt habe, da sich das Publikum über das behandelte Thema keine eigene Meinung bilden konnte.

Weiter prüfte die UBI, ob mit der Hauptausgabe der «Tagesschau» das Sachgerechtigkeitsgebot ebenfalls verletzt wurde. Obwohl der Aufbau des Filmbereichs weitgehend demjenigen der früheren Ausgabe entsprach, habe die Redaktion einige im Lichte des Sachgerechtigkeitsgebots wesentliche zusätzliche Informationen vermittelt. Zwar habe auch in diesem Beitrag ein ausdrücklicher Hinweis auf die Unschuldsvermutung gefehlt, und die Ausdrucksweise sei nicht immer zurückhaltend gewesen. Dies werde aber durch ausgestrahlte Aussagen des verantwortlichen Untersuchungsrichters zu den kommenden Verfahrensschritten und zu den Zuständigkeiten der involvierten Instanzen sowie der zweimaligen Erwähnung des gegenteiligen Standpunkts des Angeschuldigten im Wesentlichen kompensiert. Indirekt sei damit ebenfalls dem Grundsatz der Unschuldsvermutung Rechnung getragen worden. Das Publikum habe sich somit in diesem Beitrag eine eigene Meinung zum behandelten Sachverhalt bilden können, weshalb kein Verstoß gegen das Sachgerechtigkeitsgebot vorliege.

1.7 Weitere verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragen

11-30

Bundesgericht: Sammeln und Weitergeben von IP-Adressen verstösst gegen DSGVO

Bestimmbare Person; Erkennbarkeit; Interessenabwägung; Personendaten; Rechtfertigung; überwiegendes privates oder öffentliches Interesse; Verhältnismässigkeit; Zweckbindung

Art. 3 lit. a, 4, 5 Abs. 1, 7 Abs. 1, 12 Abs. 2 lit. a, 13, 29 Abs. 1 lit. a DSGVO; Art. 43 FMG

Urteil des Bundesgerichts vom 8. September 2010
(1C_285/2009)

Das Bundesgericht hiess eine Beschwerde des EDÖB gegen die Sammlung und Weitergabe von IP-Adressen von möglichen Urheberrechtsverletzern gut, da es sich bei IP-Adressen um Personendaten handle und bei einer Interessenabwägung das Persönlichkeitsrecht der Betroffenen höher zu gewichten sei als jenes des datenbearbeitenden Unternehmens und der Urheberrechtsinhaber.

Der EDÖB erliess eine Empfehlung an die Adresse der Logistep AG. Darin hielt er fest, dass diese mittels einer von ihr entwickelten Software in verschiedenen Peer-to-Peer-Netzwerken nach angebotenen urheberrechtlich geschützten Werken suche. Beim Herunterladen dieser Werke würden verschiedene Übermittlungsdaten aufgezeichnet und in eine Datenbank gespeichert, unter anderem die IP-Adresse des verwendeten Internetanschlusses. Diese Daten würden anschliessend an die Urheberrechtsinhaber weitergegeben, welche die Angaben verwenden, um mittels Strafanzeige gegen Unbekannt und damit verbundenem Akteneinsichtsrecht die Inhaber des Internetanschlusses zu identifizieren und gegen sie Schadenersatzforderungen geltend zu machen. Der EDÖB gelangte zum Schluss, dass diese Bearbeitungsmethode geeignet sei, die Persönlichkeit einer grösseren Anzahl von Personen zu verletzen (Art. 29 Abs. 1 lit. a DSGVO), und empfahl deshalb, die Datenverarbeitung unverzüglich einzustellen. Da die Logistep AG diese Empfehlung ablehnte, reichte der EDÖB beim Bundesverwaltungsgericht Klage ein. Dieses lehnte die Klage ab und hob die Empfehlung des EDÖB auf. Deswegen gelangte dieser ans Bundesgericht und beantragte, die Logistep AG sei anzuweisen, ihre Datenbearbeitung unverzüglich einzustellen.

Das Bundesgericht prüfte zuerst die Anwendbarkeit des DSGVO und kam zum Resultat, dass es sich bei IP-Adressen zwar um Adressierungselemente im Sinne der Fernmeldegesetzgebung handle, dieses jedoch nur für denjenigen gelte, der mit fernmeldedienstlichen Aufgaben «betraut» ist (Art. 43 FMG). Dies treffe auf die Logistep AG nicht zu, weshalb das Fernmeldegesetz vorliegend nicht anwendbar sei. Weiter untersuchte es, ob es sich bei IP-Adressen überhaupt um Personendaten gemäss Art. 3 lit. a DSGVO handle. Nach einer allgemeinen Ausführung zu statischen und dynamischen IP-Adressen führte das

Bundesgericht aus, dass aus der Sicht des jeweiligen Inhabers einer Information beurteilt werden müsse, ob sich diese im Sinne von Art. 3 lit. a DSGVO auf eine bestimmbare Person beziehe. Im Falle einer Weitergabe von Informationen sei es ausreichend, wenn der Empfänger die betroffene Person zu identifizieren vermöge. Dies bedeute für den vorliegenden Fall, so das Bundesgericht weiter, dass nicht vorausgesetzt sei, dass die Urheberrechtsverletzer bereits für die Logitech AG bestimmbar sind. Vielmehr genüge es, wenn sie es nach Übergabe der entsprechenden Daten für die Urheberrechtsinhaber werden. Treffe dies zu, so gelange das DSGVO auch auf die Logitech AG selber zur Anwendung. Wenn diese geltend mache, dass die Auftraggeber nur aufgrund des Tätigwerdens der Strafverfolgungsbehörden erfahren, wer die Inhaber der einzelnen IP-Adressen sind, verkenne sie, «(...) dass die Notwendigkeit des Tätigwerdens eines Dritten solange unmassgeblich ist, als insgesamt der Aufwand des Auftraggebers für die Bestimmung der betroffenen Person nicht derart gross ist, dass nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht mehr damit gerechnet werden könnte, dieser werde ihn auf sich nehmen». Dies müsse mit Bezug auf die konkrete Sachlage beurteilt werden. Im vorliegenden Fall bejahte das Bundesgericht die Bestimmbarkeit der betroffenen Personen. Das Geschäftsmodell der Logitech AG beruhe gerade auf der Bestimmbarkeit. Durch die Aufzeichnung und Weitergabe der IP-Adresse und weiterer Daten von möglichen Urheberrechtsverletzern könne die Rechteinhaberin durch Strafanzeige auf die Einleitung eines Strafverfahrens hinwirken, um in dessen Rahmen Akteneinsicht zu nehmen und so die Identität des Betroffenen in Erfahrung zu bringen. Auch wenn davon auszugehen sei, dass in vielen Fällen der Urheberrechtsverletzter nicht ausfindig gemacht werden könne, sei es ausreichend, dass die Bestimmbarkeit in Bezug auf einen Teil der von der Logitech AG gespeicherten Daten gegeben sei. Aufgrund dieser Erwägungen qualifizierte das Bundesgericht die von der Logitech AG bearbeiteten IP-Adressen als Personendaten im Sinne von Art. 3 lit. a DSGVO.

Weiter hatte das Bundesgericht zu prüfen, ob das Streichen des Vorbehalts in Art. 12 Abs. 2 lit. a DSGVO im Zuge der Gesetzesrevision ein qualifiziertes Schweigen zum Ausdruck bringt und somit die Rechtfertigung einer gegen die Grundsätze der Art. 4, Art. 5 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 DSGVO verstossenden Bearbeitung von Personendaten generell ausgeschlossen wäre. Bei seiner Auslegung kam es zum Ergebnis, dass eine solche Lesart nicht der Sinn des Gesetzes sein könne. So wäre es beispielsweise einem Arbeitgeber, der von einem Mitarbeiter unrechtmässig gespeicherte Personendaten entdeckt, nicht erlaubt, diese den Behörden zu übergeben. Ebenso wäre eine Verletzung der Grundsätze der Datenbearbeitung selbst bei Einwilligung des Verletzten widerrechtlich. Zudem seien in der aktuellen Fassung von lit. a Rechtfertigungsgründe zwar nicht mehr erwähnt, jedoch auch nicht ausdrücklich ausgeschlossen. Deshalb sei die Bestimmung so auszulegen, dass eine Rechtfertigung der Bearbeitung von Personendaten entgegen den Grundsätzen von Art. 4, Art. 5 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 DSGVO zwar nicht generell ausgeschlossen sei, dass Rechtfertigungsgründe aber nur mit grosser Zurückhaltung bejaht werden könnten.

Weiter kritisierte der EDÖB in seiner Beschwerde die Interessenabwägung des Bundesverwaltungsgerichts bei der Prü-

fung von Rechtfertigungsgründen gemäss Art. 13 DSGVO. Dazu hielt das Bundesgericht zuerst fest, dass das Vorgehen der Logitech AG eine Persönlichkeitsverletzung darstelle, indem es gegen die im Datenschutz wichtigen Grundsätze der Erkennbarkeit und der Zweckbindung verstosse (Art. 4 Abs. 3 und 4 DSGVO). Es prüfte im Folgenden, ob die Persönlichkeitsverletzung durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse gerechtfertigt sei. Dabei kämen als überwiegende Bearbeitungsinteressen in erster Linie die Interessen der bearbeitenden Person, aber auch solche von Dritten infrage. Die Logitech AG verfolge ein wirtschaftliches Interesse. Ihre Methode führe allgemein – über den konkreten Fall hinaus – wegen fehlender gesetzlicher Reglementierungen in diesem Bereich zu einer Unsicherheit in Bezug auf die im Internet angewendeten Methoden wie auch in Bezug auf Art und Umfang der gesammelten Daten und deren Bearbeitung. Insbesondere die Speicherung und die mögliche Verwendung der Daten ausserhalb eines ordentlichen Gerichtsverfahrens seien nicht klar bestimmt. Daran ändere auch das Interesse der Urheberrechtsinhaber nichts. Mithin vermöge auch das Interesse an der wirksamen Bekämpfung von Urheberrechtsverletzungen die Tragweite der Persönlichkeitsverletzung und der mit der umstrittenen Vorgehensweise einhergehenden Unsicherheiten über die Datenbearbeitung im Internet nicht aufzuwiegen. Deshalb verneinte das Bundesgericht ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse und hiess die Beschwerde des EDÖB gut.

11-31

Notion de transmission d'image

Contrôle abstrait; Ordonnance sur l'utilisation d'appareils de vidéosurveillance

Art. 51a LPol/BE; Art. 13 OVID/BE

Arrêt du Tribunal fédéral du 13 octobre 2010 (1C_315/2009)

En 2008, le Grand Conseil du canton de Berne a adopté une loi modifiant la LPol, introduisant notamment la disposition suivante, sous la note marginale «Vidéosurveillance/ lieux publics»:

Art. 51a (nouveau)

Avec l'approbation de la Police cantonale, les communes peuvent utiliser des appareils d'enregistrement ou de transmission d'images dans des lieux publics déterminés librement accessibles si des actes punissables y ont été commis ou s'il faut s'attendre à ce qu'il y en soit commis.

En 2009, le Conseil-exécutif du canton de Berne a adopté une OVID, comprenant la disposition suivante:

Art. 13 Analyse et surveillance en temps réel

¹ La Police cantonale est compétente pour l'analyse des enregistrements d'images.

2 L'autorité compétente pour ordonner la vidéosurveillance peut surveiller en temps réel la transmission des images.

3 En cas de surveillance en temps réel conformément à l'art. 51a LPol, les visages des personnes enregistrées doivent être rendus

méconnaissables par des moyens techniques. En cas de situation critique, les images peuvent être rendues visibles sans restriction.

Le TF a rejeté le recours en matière de droit public interjeté contre l'art. 13 OVID. La vidéosurveillance, quel que soit son type, cause une atteinte au respect de la vie privée. La notion de «transmission d'images» peut se comprendre comme une méthode consistant à restituer en direct la scène filmée par une caméra vidéo sur un écran situé ailleurs, les images étant transmises sans enregistrement. Dès lors, la surveillance en temps réel est couverte par l'art. 51a et 51b LPol. Dès lors que ce type de surveillance ne sortait pas du cadre de la législation sur la police, le Conseil-exécutif était fondé à adopter l'art. 13 OVID.

3. Strafrecht

3.1 Ehrenschutz (StGB/UWG)

11-32

Ehrverletzung durch Blogbeiträge vom Bundesgericht bestätigt

Kommunikationsgrundrechte; politische Auseinandersetzung; Tatsachenbehauptung; üble Nachrede

Art. 10 EMRK; Art. 16, 17 BV; 173 StGB

Urteil des Bundesgerichts vom 24. September 2010
(6B_431/2010)

Das Bundesgericht wies eine Beschwerde gegen eine Verurteilung wegen übler Nachrede aufgrund von Äusserungen in einem Blog ab, da eine Ehrverletzung zu bejahen sei und auch keine unzulässige Einschränkung der Kommunikationsgrundrechte vorliege.

Der Redaktor Y. reicht gegen X. eine Ehrverletzungsklage ein, da dieser verschiedene Texte im Internet publiziert hatte, die Y. in Zusammenhang mit dem Dritten Reich stellten. In seinem ersten Text vom September 2008 betitelte X. den Y. unter voller Nennung seines Namens als «Obernazi» und stellte ihn als Sympathisanten der «Wehrmacht» und des «Tausendjährigen Reichs» dar. In einem zweiten Text vom Dezember 2008 nannte er ihn beim Vornamen und ersten Buchstaben des Nachnamens und schrieb über ihn: «Y. und seine arischen Kämpfer». Das Bezirksgericht sprach X. der mehrfachen üblen Nachrede schuldig. Das Obergericht wies die gegen dieses Urteil erhobene Berufung von X. ab, weshalb dieser mittels einer Beschwerde in Strafsachen ans Bundesgericht gelangte.

Zuerst hatte das Bundesgericht auf Beschwerde von X. hin eine verspätete Einreichung des Strafantrags sowie eine Verletzung des Anklageprinzips und des rechtlichen Gehörs zu prüfen, verneinte jedoch alle diese Rügen. Weiter machte X. geltend, dass der zweite Text nicht die Ehre von Y. verletze, da dieser einerseits für einen unbefangenen Leser nicht erkennbar gewesen sei, und andererseits die Bezeichnung «arische Kämpfer» nicht eine Tatsachenbehauptung, sondern ein ironisch ge-

meintes Gedankenspiel gewesen sei. Dazu führte das Bundesgericht aus, es spiele keine Rolle, dass Y. nicht namentlich genannt werde, da es ausreiche, dass dieser nach den Umständen erkennbar sei. Da Y. in einem vorhergehenden Beitrag des Blogs (Text 1) namentlich genannt werde, sei es für den Leser ein Leichtes, mittels Suchfunktion des Browsers oder einer Suchmaschine den älteren Beitrag zu finden und so den vollen Namen herauszufinden. Zudem richte sich ein Blog an eine regelmässige Leserschaft, weshalb durchaus davon ausgegangen werden könne, dass der durchschnittliche Leser auch die älteren Texte und somit auch den Namen des Betroffenen kenne. Bezüglich der Rüge, bei der Bezeichnung «arische Kämpfer» handle es sich nicht um eine Tatsachenbehauptung, verwies das Bundesgericht auf die Ausführungen des Obergerichts. Dieses habe in zutreffender Weise dargelegt, dass dem Y. durch die bewusst gewählten und allseits bekannten nationalsozialistischen Begriffe eine Sympathie im Sinne einer gewissen Nähe zum nationalsozialistischen System vorgeworfen werde. Ebenso sei die angebliche Ironie eine blosser Schutzbehauptung, da X. die betreffenden Aussagen nicht ironisch verstanden haben wollte. X. brachte weiter vor, dass seine Äusserungen in den Schutzbereich von Art. 16, Art. 17 und Art. 10 EMRK (Kommunikationsgrundrechte) fallen würden. Zudem sei der Streit deutlich politisch motiviert gewesen, weshalb bei der Annahme von Ehrverletzungsdelikten eine grössere Zurückhaltung angebracht gewesen wäre. Zur Berufung auf die Kommunikationsgrundrechte führte das Bundesgericht aus, dass Einschränkungen zulässig seien, wenn eine genügende gesetzliche Grundlage und ein öffentliches Interesse vorliegen und die Einschränkung verhältnismässig sei. Die üble Nachrede sei nach Art. 173 StGB strafbar und verfolge das Ziel, den guten Ruf und die Rechte Dritter zu schützen, weshalb eine gesetzliche Grundlage und ein öffentliches Interesse gegeben seien. Auch die Verhältnismässigkeit sah das Bundesgericht als gegeben an, da unter den vorliegenden Umständen das Recht auf freie Meinungsäusserung von X. gegenüber dem Recht von Y. auf Schutz seines guten Rufes und seiner Ehre nicht überwiege. Auch die Behauptung, die Auseinandersetzung sei politisch motiviert gewesen, wurde vom Bundesgericht verworfen. X. habe nicht zur Bildung der öffentlichen Meinung beigetragen, sondern sich gegen die Beleidigung, dass er im Vorfeld einer Wahl in der Zeitung von Y. nicht als möglicher Kandidat vorgestellt wurde, wehren wollen. Weder die erfolglose Kandidatur für ein öffentliches Amt noch die fehlende Präsentation von X. in der Zeitung von Y., geschweige denn die ohne sachlichen Zusammenhang unterstellten Sympathien für nationalsozialistische Ideologien vermögen nach Ansicht des Bundesgerichts eine politisch geführte Auseinandersetzung darzustellen. Aufgrund dieser Erwägungen wies das Bundesgericht die Beschwerde von X. ab.

11-33

Attaque dirigée contre une collectivité et atteinte à l'honneur individuel

Refus de donner suite aux plaintes pénales (diffamation, calomnie, injure)

Art. 173, 174, 177, 261bis CP

Arrêt du Tribunal fédéral du 1^{er} novembre 2010 (6B_361/2010)

En 2009, à l'occasion de la journée mondiale contre l'homophobie, les Jeunes du parti V. ont publié sur leur site un communiqué intitulé «non à la banalisation de l'homosexualité!». En substance, ils y condamnaient, en invoquant des lois naturelles, un comportement jugé déviant à l'aune de valeurs traditionnelles telles que la famille et la nation, et dont la banalisation était susceptible de mettre en danger l'équilibre psychique et moral de la jeunesse. Ils regrettaient aussi le soutien politique et institutionnel accordé à cette journée mondiale, taxée de «vicieuse». D'autres parutions, notamment sur internet, reprenaient en substance ces propos.

40 personnes ont déposé plainte pénale pour injure, diffamation et calomnie contre 5 membres du comité des Jeunes du parti V.

Le TF a rejeté les recours interjetés par les plaignants contre le refus de suivre de l'Autorité de plainte du Tribunal cantonal valaisan.

Les délits contre l'honneur (art. 173 ss CP) supposent que l'offense soit dirigée contre une personne déterminée ou déterminable. Il n'est pas nécessaire qu'elle soit désignée nommément. Elle doit être reconnaissable voire identifiable. L'attaque dirigée contre une vaste collectivité de personnes prises dans son ensemble ou son universalité n'est pas propre à porter atteinte à l'honneur de chacun des individus qui lui appartiennent, si aucune délimitation ne permet d'identifier un groupe plus restreint se distinguant de l'ensemble.

Les textes litigieux ne citent pas spécifiquement les membres de l'une ou l'autre des associations auxquelles appartiennent les recourants, mais stigmatisent l'homosexualité en tant que telle. Les personnes homosexuelles se comptent en dizaines de milliers d'individus en Suisse, respectivement en millions dans le monde. Un tel groupe n'est ni suffisamment déterminé ni suffisamment restreint pour que l'on puisse individualiser des personnes spécifiquement visées par les propos litigieux.

L'art. 261^{bis} CP vise toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique. En revanche, d'autres caractères, tels que le sexe, les tendances sexuelles ou les convictions idéologiques n'ont pas été retenus, la protection offerte à la personne par les art. 173 ss CP étant jugée suffisante.

Le caractère attentatoire à l'honneur d'une déclaration ne doit pas être déterminé selon le point de vue de la personne visée, mais selon le sens qu'un destinataire non prévenu doit, dans les circonstances données, lui attribuer.

3.4 Redaktionsgeheimnis

11-34

Bundesgericht lehnt Befangenheitsantrag aufgrund von Äusserungen zu einer Zeugenaussage ab

Ausstandsbegehren; Befangenheit; Quellenschutz

Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 30 Abs. 1 BV; Art. 28a StGB

Urteil des Bundesgerichts vom 14. Oktober 2010 (1B_216/2010)

Das Bundesgericht lehnte ein Ausstandsbegehren eines Beschuldigten ab, da sich aus den Aussagen des urteilenden Gerichts, eine bloss partielle Zeugenaussage sei nach Art. 28a StGB nicht zulässig und könne einen Vorbehalt hinsichtlich ihrer Glaubwürdigkeit zur Folge haben, kein objektiver Anschein der Befangenheit ergebe.

Ein Polizist wurde vom Bezirksgericht wegen Amtsgeheimnisverletzung verurteilt, da er sich Zugriff auf verschiedene polizeiliche Dokumente über ein eingestelltes Strafverfahren verschafft und diese einem Journalisten zur Verfügung gestellt haben soll. Der Polizist erhob dagegen Berufung beim Obergericht und stellte den Antrag, der Journalist, der bisher das Zeugnis gestützt auf Art. 28a StGB (Quellenschutz) verweigert habe, sei als Zeuge zu befragen. Dieser sei nun bereit, Aussagen zum eingeklagten Sachverhalt zu machen und werde bestätigen, dass er die Dokumente nicht von Angeschuldigten erhalten habe. Er werde sich aber hinsichtlich der Herkunft der ihm zugekommenen Dokumente weiterhin auf den Quellenschutz berufen. Die I. Strafkammer des Obergerichts gab dem Beweisantrag statt, da die Zeugenaussage des Journalisten zur Beurteilung des eingeklagten Sachverhalts zweifellos von Bedeutung sei. Jedoch sei anzumerken, dass, wenn sich der Journalist zur Aussage entschliesse, er nicht nur die von ihm selektiv ausgewählten Fragen im Zusammenhang mit dem Angeklagten zu beantworten habe, sondern auch alle weiteren Fragen nach dem Informanten. Eine allfällige ungerechtfertigte Verweigerung der Aussagen würde Straffolgen gemäss Strafprozessordnung nach sich ziehen. Zudem wären nur partielle Aussagen – mangels Überprüfbarkeit – mit einem Vorbehalt hinsichtlich ihrer Glaubhaftigkeit versehen. Aufgrund dieser Ausführungen stellte der beschuldigte Polizist den Antrag, die Mitglieder der I. Strafkammer seien wegen Anscheins der Befangenheit in den Ausstand zu versetzen. Die II. Strafkammer wies das Ablehnungsbegehren ab, worauf der Polizist ans Bundesgericht gelangte und geltend machte, das Ausstandsbegehren sei gutzuheissen.

Der Polizist rügte in seiner Beschwerde, der angefochtene Entscheid verletze Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Dadurch, dass der Zeuge vor die Wahl gestellt werde, den tatsächlichen Zeugen zu nennen oder auf die Aussage zu verzichten, entstehe der Eindruck, dass man ihn gar nicht anhören wolle bzw. nur dann, wenn er den tatsächlichen Täter nenne. Daraus und aus der Äusserung, dass, wenn der Zeuge nur teil-

weise aussage, man ihm nicht glaube, entstehe objektiv der Anschein, dass die I. Strafkammer die Zeugenaussage nicht mehr unvoreingenommen würdigen werde.

Das Bundesgericht räumte in seinen Erwägungen ein, dass die Auffassung, lediglich teilweise Aussagen des Journalisten seien unzulässig, diskutabel erscheine. Wie es sich damit verhalte, müsse jedoch vorliegend nicht vertieft werden. Die geäußerte Auffassung stelle jedenfalls keinen besonders krassen Irrtum dar, der als schwere Verletzung der Richterplichten beurteilt werden müsste. Insoweit ergebe sich daraus kein objektiver Anschein der Befangenheit. Auch sei die Auffassung, nur partielle Aussagen wären – mangels Überprüfbarkeit – mit einem Vorbehalt hinsichtlich ihrer Glaubhaftigkeit zu versehen, ebenso wenig geeignet, diesen Anschein zu begründen. Damit werde nur Naheliegendes zum Ausdruck gebracht. Es sei nicht ersichtlich und werde vom angeschuldigten Polizisten auch nicht dargelegt, wie eine allfällige Aussage zu seinen Gunsten überprüft werden könnte. Dies wäre anders, wenn der Journalist eine vollständige Aussage machen und den wirklichen Informanten bekannt geben würde. Dann könnte das Gericht diese Drittperson befragen und weiter abklären, ob es sich bei der genannten Person wirklich um den Täter handle. Somit war es für das Bundesgericht nachvollziehbar, dass die I. Strafkammer eine partielle Aussage mit einem Vorbehalt hinsichtlich ihrer Glaubhaftigkeit versah. Ebenso habe sie eine zurückhaltende Formulierung gewählt. Deshalb sei auch hier bei objektiver Betrachtung kein Anschein der Befangenheit gegeben.

11-35

Quellenschutz gilt auch für Kommentare in Blogs des Schweizer Fernsehens

Anzeige wegen Ehrverletzung; Blog des Schweizer Fernsehens zu einer TV-Sendung; Editionsanordnung gegen SF; Herausgabe der IP-Adresse verweigert; Kommentar unter falschem Namen; Medienfreiheit und Rechtssicherheit gebieten weite Auslegung des Begriffs «Informationen»; Quellenschutz bejaht; sämtliche Anforderungen des Strafgesetzbuchs erfüllt

Art. 17 BV; Art. 28a StGB

Urteil des Bundesgerichts vom 10. November 2010
(1B_44/2010)

Im Sommer 2009 schaltete das Schweizer Fernsehen (SF) auf seiner Website einen Blog zur Fernsehsendung «Alpenfestung – Leben im Réduit» auf (<http://alpenfestung.blog.sf.tv/>). Die Blogbeiträge wurden von Mitarbeitern des Schweizer Fernsehens verfasst. Privaten Blog-Besuchern gab SF die Möglichkeit, unter dem Link «Kommentare» Beiträge der Blog-Autoren zu kommentieren. Unter dem Namen «X. Y.» [vom Bundesgericht anonymisiert] schrieb ein Kommentator, er habe im 2. Weltkrieg als Truppenkommandant gewirkt, sein Gemeindehaus habe als Réduit gedient und eine Motivationskrise «des Fussvolks» sei mit probaten Mitteln (Freibier und Chilbibesuch)

gemeistert worden. Er habe in der Zwischenzeit «als Drosselbart von Zug» eine neue Aufgabe gefunden. Der Kommentator hatte mit dem Namen «X. Y.» offenbar ein Pseudonym gewählt, denn der wirkliche «X. Y.» reichte eine Strafanzeige ein wegen Ehrverletzung und Missbrauchs einer Fernmeldeanlage.

Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zug eröffnete ein Verfahren gegen unbekannt und forderte von SF die Herausgabe der Unterlagen zum fraglichen Blog-Kommentar, d.h. der IP-Adresse des Kommentators und des Übermittlungszeitpunkts, welche die Suche nach dem Unbekannten erleichtern sollten. SF beschwerte sich beim Obergericht des Kantons Zug vergeblich gegen die Editionsverfügung. Es entschied, das SF Schweizer Fernsehen könne sich im vorliegenden Zusammenhang nicht auf den Quellenschutz im Sinne von Art. 28a des Strafgesetzbuchs (StGB) berufen

Das Bundesgericht kam nach öffentlicher Beratung zu einem anderen Schluss: Der fragliche Blog-Kommentar erfülle alle Tatbestandsmerkmale von Art. 28a Abs. 1 StGB (Redaktionsgeheimnis). SF müsse deshalb die Identität des Autors (zu der auch IP-Adresse und Übermittlungszeitpunkt gehören) nicht preisgeben. SF sei aber auch frei, die entsprechenden Angaben herauszugeben und insoweit auf das Redaktionsgeheimnis zu verzichten. Der Quellenschutz führe nämlich nicht zu einem strafrechtlichen Freipass, sondern bewirke lediglich eine Verlagerung: Anstelle des durch das Medium geschützten Autors mache sich der verantwortliche Redaktor bzw. die für die Veröffentlichung verantwortliche Person strafbar (Art. 28 und Art. 322^{bis} StGB).

Art. 28a StGB beschränkt das Redaktionsgeheimnis auf «Personen, die sich beruflich mit der Veröffentlichung von Informationen im redaktionellen Teil eines periodisch erscheinenden Mediums befassen». Das Gericht bejahte einhellig, dass der fragliche Blog ein periodisch erscheinendes Medium darstellt und dass der Kommentar im redaktionellen Teil veröffentlicht worden war. Ebenfalls erfüllt war das Kriterium der beruflichen Tätigkeit, da es um das Schweizer Fernsehen ging. Dass sich der Blog-Kommentator selber nicht beruflich mit der Veröffentlichung von Informationen befasste, war für den Quellenschutz unerheblich.

Zudem ist das Redaktionsgeheimnis nach Art. 28a Abs. 1 StGB auf die Vermittlung von Informationen beschränkt, denn der Gesetzgeber wollte blosse Unterhaltungszwecke ausschliessen. Die Gerichtsmehrheit sprach sich dafür aus, den Begriff der Unterhaltung restriktiv zu verstehen und den Begriff der Information weit auszulegen. Dies folge aus der Bedeutung der Medienfreiheit (Art. 17 BV) und des Redaktionsgeheimnisses in einer demokratischen Gesellschaft. Ein weiterer Informationsbegriff diene der Rechtssicherheit und ermögliche dem Medium eine klare Haltung und eine für Drittpersonen nachvollziehbare Praxis. Im vorliegenden Fall schloss der umstrittene Kommentar gemäss Urteilsbegründung an den Blogbeitrag an und erschöpfte sich «nicht in einer reinen Unterhaltung, der von vornherein jegliche Botschaft abginge». Er falle daher unter den weiten Informationsbegriff des Strafgesetzbuchs.

Anmerkungen Das Schweizerische Bundesgericht in der Rolle eines internationalen Pioniers in Sachen freie Kommunikation – dies ist gewiss kein alltägliches Bild. Die fünf Bundesrichter waren sich der grossen präjudiziellen Bedeutung des Falles bewusst, wie die öffentliche Urteilsberatung im vergangenen November zeigte. Und sie äusserten ihr Bedauern, dass sich der (vom Referenten als «etwas merkwürdig und sonderbar» bezeichnete) Ausgangsfall eigentlich nicht als Basis für ein praxisbildendes Leiturteil eignete. Es handelte sich um einen schwer verständlichen Kommentar, der zwar irgendwie an die Thematik des Weblog-Beitrags anknüpfte, in seiner Kernaussage aber diffus blieb. Erst recht war für Aussenstehende kaum erkennbar, inwiefern dieser Kommentar jemanden in der Ehre verletzen konnte – solange sie nicht um die (angebliche) Anmassung eines fremden Namens durch den Kommentator wussten.

Dem Schweizer Fernsehen ging es kaum um den Schutz des – ihm ebenfalls unbekannt – Kommentators. Der Rechtsstreit drehte sich nicht um den Einzelfall, sondern ums Prinzip, d.h. um die Grundsatzfrage des Quellenschutzes in der Online-Welt. Die in der amerikanischen Redewendung beschworene Gefahr war reell: Bad cases make bad law. Weder die engagierte mündliche Beratung in Lausanne noch die konzise schriftliche Begründung des Grundsatzurteils verdienen allerdings das Prädikat «schlecht». Vielmehr gebührt dem Gericht Anerkennung. Stossrichtung, Argumentation und Ergebnis seines Urteils überzeugen. Einzelne Passagen mögen zwar nicht der Weisheit letzter Schluss sein. Dies liegt aber weniger an Unzulänglichkeiten der richterlichen Beurteilung als an Mängeln der anzuwendenden Rechtsnorm, dem 1997 – gewissermassen in der Prä-Blog-Epoche – beschlossenen Artikel 28a des Strafgesetzbuchs.

1. Bemerkenswert ist zunächst, dass sich die Richter in einer Reihe wichtiger Fragen einig waren. So war unbestritten, dass der Weblog zur fraglichen SF-Sendung ein *periodisch erscheinendes Medium* darstellte (da in regelmässiger Zeitfolge aufgeschaltet) und dass der *redaktionelle Teil* betroffen war (da weder die Blog-Beiträge noch die dazu gestellten Kommentare im Anzeigeteil platziert wurden). Diese Feststellungen lassen sich auch auf andere als auf SF-Weblogs übertragen.

2. Nur beschränkt übertragbar sind hingegen die bundesgerichtlichen Ausführungen zum Kriterium der *beruflichen Tätigkeit*. Zwar ist klar, dass sich das Kriterium auf die Blog-Redaktion bezieht und nicht etwa auf den tatverdächtigen privaten Besucher der Kommentarspalte. Ebenfalls einleuchtend ist, dass die Blog-Schreiber das Tatbestandsmerkmal der beruflichen Tätigkeit erfüllten, denn die Beiträge wurden gemäss Sachverhalt von Mitarbeitenden des Schweizer Fernsehens verfasst. SF-Mitarbeitende waren wohl auch dafür verantwortlich, die Kommentare zu moderieren, d.h., gegen die Regeln der «Netiquette» verstossende Einträge zu entfernen. Bei anderen Weblogs wird die Frage der beruflichen Tätigkeit weit weniger eindeutig zu beantworten sein. Dies gilt für jene Mehrzahl der Blogs, welche nicht durch grosse Medienhäuser und oft nicht einmal durch Personen mit journalistischem Selbstverständnis betrieben werden. Hier besteht noch Raum für eine künftige Klärung der Rechtslage (vgl. dazu die Ausführungen von Clément/Cottier/Monnier, *Journalisme citoyen et protection des sources*, medialex 4/2010, S. 184f.).

3. Einziger Streitpunkt im Bundesgericht war die Frage, ob der fragliche Kommentar einen *Informationscharakter* im

Sinne der gesetzlichen Umschreibung aufwies. In diesem Punkt wandten sich zwei Richter gegen eine rein formale Betrachtungsweise und warnten vor einem Missbrauch der Kommentarspalte für persönliche Abrechnungen. Die Mehrheit stellte das Argument der Rechtssicherheit in den Vordergrund. Sie betonte auch, dass der Quellenschutz nicht zu einem strafrechtlichen Freipass führt, sondern bloss zu einer Verlagerung, da sich anstelle des Kommentators (Autor) der verantwortliche Redaktor vor Gericht wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Nichtverhinderung einer strafbaren Veröffentlichung verantworten muss (Art. 322^{bis} StGB – wobei im vorliegenden Fall m.E. fraglich ist, ob dem Redaktor ein schuldhaftes, d.h. zumindest fahrlässiges Verhalten anzulasten ist, war doch die mögliche Ehrenrührigkeit des *prima vista* harmlos scheinenden Kommentars kaum zu erkennen).

Auch die Gerichtsmehrheit ging zwar nicht davon aus, dass jeder Eintrag in der Kommentarspalte unter den weit verstandenen Begriff der Information fällt. Aber im Ergebnis ist es wohl fast jeder: Die Urteilsbegründung schützt ausdrücklich auch persönliche Stellungnahmen, Plaudereien, Klatsch, Belanglosigkeiten und Beiträge, die nicht im öffentlichen Interesse sind. Ausgeschlossen wird lediglich reine Unterhaltung, der von vornherein jede Botschaft abgeht. Welche Art von Blog-Kommentar in der Praxis unter diese Kategorie fallen könnte, ist schwierig auszudenken. Das hat einen einfachen Grund: Die vom Gesetzgeber gewollte Abgrenzung zwischen Information und Unterhaltung passt bestenfalls auf publizistische Leistungen von Redaktionen (sind sind – wenigstens bei audiovisuellen Medien – oft in entsprechende Ressorts unterteilt). Die beiden Kategorien passen aber nicht wirklich auf Beiträge von redaktionsfremden Aussenstehenden. Ist ein Leserbrief in einer Zeitung oder ein Kommentar in einem Weblog eher informativ oder eher (bzw. ausschliesslich) unterhaltend? Eine solche Frage lässt sich eigentlich nicht sinnvoll beantworten. Die beiden Kategorien scheinen für Äusserungen aus dem Medienpublikum schlicht ungeeignet.

4. Das Urteil macht deutlich, dass das Schweizer Fernsehen *berechtigt* ist, dem Ersteller des fraglichen Kommentars den Quellenschutz zu gewähren. Es macht ebenfalls deutlich, dass Medienschaffende nicht dazu *verpflichtet* sind, die entsprechenden Angaben über einen Aussenstehenden vor den Strafverfolgungsbehörden abzuschirmen und damit das Risiko der Strafverfolgung auf die eigenen Schultern zu laden. Die Bundesrichter hatten Mühe damit, den an sich legalen Schutz der Informationsquelle im vorliegenden Fall als legitim zu empfinden. Der bundesgerichtliche Referent hielt dazu fest, der Quellenschutz könne hier benutzt werden, «obwohl er nicht hätte benutzt werden sollen». Diese Überlegungen sind nachvollziehbar, blenden allerdings die medienethische Dimension des Quellenschutzes aus. Richtlinie 6.1 zur Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalistinnen und Journalisten auferlegt den Medienschaffenden die Berufspflicht, das Redaktionsgeheimnis zu wahren. Eine Ausnahme für belanglose, unsinnige oder ärgerliche Informationen sehen die Richtlinien nicht vor. Das leuchtet ein: Wer wegen einer belanglosen Information eine Strafverfolgung befürchten muss, könnte auch auf wertvolle Beiträge verzichten, die dem Recht der Öffentlichkeit auf Information dienen würden. Die medienethische Pflicht zum Quellenschutz hängt allerdings davon ab, dass Aussenstehende ihre Kommentare «unter der Voraussetzung abgegeben haben, dass sie bei einer Publikation nicht identifizierbar gemacht werden dürfen»

(Richtlinie 6.1, Satz 3). Die Datenschutzerklärung auf der SF-Website zum Thema «Namen und Adressen» könnte in diesem Sinne verstanden werden: «Weder geben wir Ihre Daten Dritten weiter, noch machen wir sie Dritten zugänglich.» Man kann darüber streiten, ob hier ein Vertrauen bezüglich der Nichtweitergabe der IP-Adresse geschaffen wird, zumal SF ebenfalls festhält, Beiträge in Angeboten mit Kommentarfunktion würden «in der Regel unter Angabe Ihres Nachnamens, dem Anfangsbuchstaben Ihres Vornamens, Ihres Wohnortes sowie Ihres Benutzernamens und unter Angabe des Geschlechts veröffentlicht».

In welchem Umfang sollen die anhand traditioneller Medien entwickelten Berufsregeln über das Redaktionsgeheimnis auch für Blogbeiträge gelten? Es wäre bestimmt nicht überflüssig, wenn sich sowohl die Medienunternehmen als auch der Presserat bei Gelegenheit intensiver mit dieser praktisch wichtigen Frage befassen würden.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

5. Urheberrecht

5.1 Rechtsschutz

11-36

Bob-Marley-Fotografie: Beschwerde vom Bundesgericht abgewiesen, soweit es darauf eintrat

Beschwerde in Zivilsachen; Nichteintreten

Art. 42 Abs. 2, 75 Abs. 1 BGG; Art. 2 URG; Art. 8 ZGB

Urteil des Bundesgerichts vom 25. November 2010
(4A_522/2010)

Auf eine Beschwerde gegen ein Urteil des Obergerichts, das im Nachgang zum Leiturteil des Bundesgerichts im Fall «Bob Marley» erlassen wurde, trat das Bundesgericht grösstenteils nicht ein und wies sie in den übrigen Beschwerdepunkten ab.

Ein Fotograf machte anlässlich eines Konzerts eine Fotografie vom verstorbenen Reggae-Sänger Bob Marley, welche über Umwege zur X. AG im Kanton Zürich gelangte, die sie für die Herstellung von Postern verwendete. Der Fotograf erhob Klage gegen die X. AG und machte urheberrechtliche Ansprüche geltend. Das Obergericht wies die Klage mit der Begründung ab, der Fotografie komme keine Werkqualität im Sinne von Art. 2 URG zu. Dagegen erhob der Fotograf Berufung an das Bundesgericht. Dieses hiess die Berufung teilweise gut und wies die Streitsache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück, da es der Ansicht war, die Fotografie stelle ein urheberrechtlich geschütztes Werk im Sinne von Art. 2 URG dar. Das Obergericht wies die Streitsache erneut ab, ebenso das Kassationsgericht des Kantons Zürich, weswegen der Fotograf mit Beschwerde in Zivilsachen erneut ans Bundesgericht gelangte.

Dieses führte zuerst aus, dass der Fotograf bloss beantragt habe, das angefochtene Urteil aufzuheben und an die Vorinstanz zurückzuweisen, jedoch keinen materiellen Antrag gestellt

habe. Da die Beschwerde in Zivilsachen ein reformatorisches Urteil sei, dürfe sich der Beschwerdeführer nicht darauf beschränken, die Aufhebung des angefochtenen Entscheids zu beantragen, weshalb fraglich sei, ob bereits wegen ungenügender Rechtsbegehren nicht auf die Beschwerde eingetreten werden könne. Zudem beruhe der angefochtene Entscheid auf mehreren selbstständigen Begründungen, die je für sich den Ausgang des Rechtsstreits besiegeln, weshalb der Beschwerdeführer darzulegen habe, dass jede von ihnen Recht verletzt, ansonsten könne auf die Beschwerde nicht eingetreten werden. Der vorliegenden Beschwerde könne keine rechtsgenügende Anfechtung der Eventualbegründung entnommen werden, weshalb auch in dieser Hinsicht fraglich sei, ob auf die Beschwerde eingetreten werden könne. Weiter war das Bundesgericht der Ansicht, dass das angefochtene Urteil des Obergerichts in Bezug auf die Rügen, es habe willkürliche tatsächliche Feststellungen getroffen, das rechtliche Gehör verletzt und kantonale Verfahrensbestimmungen willkürlich angewendet, keinen letztinstanzlichen Entscheid darstelle. Gemäss Art. 75 Abs. 1 BGG seien mit Beschwerde in Zivilsachen nur Rügen gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide zulässig, weshalb auf die Vorbringungen des Fotografen nicht eingetreten werden könne. Mit der gleichen Begründung trat es nicht auf die verschiedenen Sachverhaltsrügen ein. Die Rüge, dass die Vorinstanz die Auslegung von Willenserklärungen nicht nach dem Vertrauensprinzip vorgenommen habe, wurde ebenso abgelehnt, da sie gemäss Art. 42 Abs. 2 BGG ungenügend begründet war. Im Zusammenhang mit der Übergabe der Fotografie erblickte der Beschwerdeführer eine Verletzung der Beweislastregel von Art. 8 ZGB. Dies wurde vom Bundesgericht zwar zugelassen, jedoch als unbegründet verworfen. Als Folge seiner Erwägungen kam das Bundesgericht zum Schluss, dass auf die Beschwerde grösstenteils nicht eingetreten werden könne und diese ansonsten abzuweisen sei.

(Der Leitentscheid des Bundesgerichts zur Bob-Marley-Fotografie aus dem Jahre 2003 wurde in medialex 2/2004 abgedruckt und kommentiert.)

5.2 Verwertungsrecht

11-37

Urheberrechtsentschädigungen für Speichergeräte in Musikhandys

Abwurf aus dem Internet; Angemessenheit der Entschädigung; Leerträgervergütung

Art. 19 Abs. 3^{bis}, 20 Abs. 3 URG

Beschluss der Eidg. Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten vom 18. März 2010

Mit Eingabe vom 27.2.2009 beantragen die Verwertungsgesellschaften die Genehmigung eines neuen Gemeinsamen

Tarifs 4e, durch welchen eine Leerträgervergütung für digitale Speicher in Mobiltelefonen, die zum privaten Überspielen von urheberrechtlich geschützten Inhalten verwendet werden (sogenannte «Musikhandys»), festgesetzt werden soll. Die Nutzerorganisationen bestreiten teilweise die Zulässigkeit der Unterstellung dieser Speichergeräte unter die Leerträgervergütung des Art. 20 Abs. 3 URG, vor allem aber die Angemessenheit der Entschädigungshöhe. Die Eidg. Schiedskommission genehmigt den neuen Tarif, setzt jedoch eine wesentlich tiefere Entschädigung fest, als von den Verwertungsgesellschaften beantragt.

Zur Begründung hält die Eidg. Schiedskommission im Entscheid vom 18.3.2010 zunächst fest, dass auch Leerträger, die sowohl für das Speichern von urheberrechtlich geschützten Inhalten als auch für urheberrechtlich irrelevante Funktionen genutzt werden, unter Art. 20 Abs. 3 URG fallen. Sie verweist dabei auf einen früheren gleichlautenden Entscheid (Beschluss der ESchK vom 11.12.2002 betreffend GT 4b). Dabei komme es für die Unterstellung unter die Vergütungspflicht nicht darauf an, welche Verwendung überwiege, sondern es genüge, dass überhaupt eine urheberrechtlich relevante Nutzung erfolge. Die Multifunktionalität der Geräte sei dann aber im Rahmen der Angemessenheitsprüfung zu gewichten, wobei als massgebendes Kriterium die Beanspruchung des Speichers durch die verschiedenen Verwendungen zu gelten habe.

Für die Festsetzung der Entschädigungshöhe geht die Eidg. Schiedskommission – wie schon bei allen früheren Leerträger-tarifen und in Übereinstimmung mit Art. 60 URG – vom Aufwand der Nutzerinnen und Nutzer für das Vervielfältigen von Werken und geschützten Leistungen zum eigenen persönlichen Gebrauch aus. Aufgrund der vorgelegten Marktstudien, deren Ergebnisse zwischen den Parteien allerdings sehr unterschiedlich gewürdigt werden, errechnet sie eine angemessene Entschädigung von 30 Rappen pro GB Speicherkapazität (anstelle der von den Verwertungsgesellschaften beantragten 80 Rp./GB).

Ausführlich befasst sich die Schiedskommission mit der Bedeutung der 2008 ins URG eingefügten Bestimmung von Art. 19 Abs. 3^{bis} URG. Diese sieht vor, dass Vervielfältigungen, die beim Abrufen von erlaubterweise zugänglich gemachten Werken hergestellt werden, nicht den sonst für den Eigengebrauch geltenden Einschränkungen unterstellt sind und auch von den Vergütungsansprüchen des Art. 20 Abs. 3 URG ausgenommen werden müssen. Die Schiedskommission stellt zunächst klar, dass sich diese Bestimmung nur auf diejenigen Kopien bezieht, die beim Download selber entstehen, also nicht auf irgendwelche Folgekopien. Da es um eine zwingende kollektive Verwertung gehe, könne diese Ausnahme vom Vergütungsanspruch nicht an das individuelle Kopierverhalten anknüpfen, sondern sie müsse in Form eines tieferen Gesamttarifs für die kollektive Verwertung zum Ausdruck kommen. Dieser Abzug dürfe nur auf Downloads aus legalen Quellen abstellen, da der Download zum Eigengebrauch aus illegalen Quellen in der Schweiz zwar erlaubt, aber nicht von der Vergütungspflicht befreit sei.

Der Entscheid ist nicht rechtskräftig. Er ist von den Nutzerverbänden beim Bundesverwaltungsgericht angefochten worden.

Anmerkungen Gemäss Art. 60 Abs. 1 URG ist bei der Festlegung von Entschädigungen für die Nutzung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten «der aus der Nutzung (...) erzielte Ertrag oder hilfsweise der mit der Nutzung verbundene Aufwand» zu berücksichtigen. Der vorliegende Entscheid der Eidg. Schiedskommission illustriert eindrücklich die Schwierigkeiten, die sich aus dieser Anknüpfung an den Aufwand vor allem im Falle von privaten Nutzungen ergeben. Da die Nutzungen ja gesetzlich erlaubt sind, bleibt ein eventueller Marktwert der genutzten Inhalte von vorneherein ausser Betracht. Als Aufwand können nur die Kosten der technischen Infrastruktur berücksichtigt werden. Die entsprechenden Geräte sind aber zunehmend multifunktional, weshalb die Beschaffungs- und Betriebskosten nicht einfach einer bestimmten urheberrechtlich relevanten Nutzung zugeordnet werden können. Durch das Herunterladen von Zusatzsoftware kann diese Funktionalität zudem laufend verändert werden. Auch werden die Geräte oft nicht zu einem Marktpreis verkauft, sondern in Verbindung mit Telefon- oder andern Abonnements zu einem wesentlich tieferen Preis oder gar kostenlos abgegeben. Diese Entwicklungen machen die Feststellung eines massgeblichen Nutzungsaufwandes zu einer immer schwierigeren und zunehmend unlösbaren Aufgabe, und die der Eidg. Schiedskommission obliegende Angemessenheitskontrolle droht damit zum blossen Ermessensentscheid der Genehmigungsinstanz zu werden. Der Entscheid macht auch die interpretatorischen Schwierigkeiten deutlich, welche sich aus der neu ins URG eingefügten Bestimmung über den Download zum Eigengebrauch ergeben. Diese sollte laut bundesrätlicher Botschaft bewirken, dass mit dem elektronischen Einkauf von Werken verbundene Vervielfältigungen von den Vergütungspflichten des Art. 20 Abs. 2 und 3 URG ausgenommen werden. Allerdings ist durchaus zweifelhaft, ob die Ausgestaltung der Bestimmung zu diesem Ergebnis führt: Gemäss Art. 20 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 1 Bst. a URG ist die Werkverwendung im persönlichen Kreis unter Vorbehalt der Leerträgervergütung ohnehin vergütungsfrei. Werden diese Nutzungen im Falle des Downloads aus dem Internet nun auch noch von der Leerträgervergütung ausgenommen, so sind sie vollständig kostenlos. Da laut Art. 20 Abs. 4 einzig Verwertungsgesellschaften Vergütungsansprüche geltend machen können, kann es in diesem Bereich auch keine individuellen Lizenzzahlungen geben. Die Schiedskommission hält denn auch in Bezug auf Downloadshops fest, dass es offensichtlich sei, «dass diese Shops nicht Lizenzen erteilen können, die ihnen von Gesetzes wegen nicht zustehen» (Erw. 13). Sie kommt in der Folge zum wohl richtigen Ergebnis, dass diese Downloads zum Eigengebrauch Teil der gesetzlichen Lizenz von Art. 19 URG sind und damit zwingend der kollektiven Verwertung unterstehen. Die gesetzliche Bestimmung, wonach diese Downloads von der Vergütungspflicht ausgenommen seien, könne sich «daher nur in einem tieferen Gesamttarif für die kollektive Verwertung» niederschlagen. Hingegen könne sie nicht zu einer individuellen Befreiung einzelner Nutzerinnen und Nutzer von der Vergütungspflicht führen.

Diese Argumentation ist schlüssig und überzeugend. Die neue Bestimmung führt daher nicht zur Vermeidung einer von Nutzerseite behaupteten Doppelzahlung, sondern zur generellen Erlaubnis eines kostenlosen Downloads zum Eigengebrauch. Und sie führt sogleich zur Anschlussfrage, inwiefern denn Geschäftsmodelle, welche für einzelne Abrufe aus dem Internet Entschädigungen verlangen, überhaupt noch

mit dieser neuen Gesetzesbestimmung vereinbar sind. Die Schiedskommission musste diese Frage im konkreten Fall nicht beantworten. Trotzdem weist ihr Entscheid hier auf eine Unstimmigkeit der gesetzlichen Regelung hin, die dringend aufgearbeitet und einer Lösung zugeführt werden muss.

Dr. iur. Willi Egloff, Bern

8. Ethik/Selbstregulierung

8.1 Ethik des Journalismus

11-38

Wahrheit/Kommentarfreiheit/Unterschlagung wichtiger Informationen/Berichtigung

Berichtigungspflicht; Wahrheitspflicht

Ziffern 1, 5 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 8. September 2010 (35/2010; Bundesanwaltschaft c. «Weltwoche»)

Die «Weltwoche» befasste sich in der Rubrik «Personenkontrolle», wo jeweils kommentierend zugespitzte Kurzinformationen über Personen des öffentlichen Lebens abgedruckt werden, mit dem Bundesanwalt Erwin Beyeler. Es war zu lesen, dass der Bundesanwalt bis zuletzt versucht habe, das Verfahren gegen Untersuchungsrichter Ernst Roduner, der sich einen Drohfax zustellte und damit die Justiz in die Irre leitete, zu verschleppen und zu verzögern. Weiter wurde geschrieben, dass Beyeler den Skandal, trotz Mahnung des Bundesstrafgerichts, ganz habe vertuschen wollen. Gegen diesen Text erhob der Bundesanwalt Beschwerde beim Presserat und machte eine Verletzung der Ziffern 1 (Wahrheitspflicht), 2 (Freiheit des Kommentars und der Kritik), 3 (keine Unterschlagung wichtiger Elemente von Informationen) und 5 (Berichtigungspflicht) geltend.

Der Presserat zitierte in seiner Stellungnahme zuerst einige Auszüge aus dem Bericht der GPK und kommentierte diese lakonisch: «Wie immer man diese Passage des GPK-Berichts liest – ein Lob für eine entschlossene Verfahrensführung ist es nicht.» Er war der Ansicht, dass die Aussage, der Bundesanwalt habe das Verfahren «zu verschleppen und zu verzögern versucht» eine einseitige Interpretation der Zeitdauer sei, die nicht auf die Motive des Bundesanwalts eingeht. Trotz dieser harten Kritik an der Verfahrensdauer überschreite eine solche Aussage die Grenzen der Kommentarfreiheit aber nicht. Jedem Leser sei sofort klar, dass die «Weltwoche» in der Rubrik «Personenkontrolle» Personen pointiert kommentiere und kritisiere, weshalb das Leserpublikum diese Rubrik auch als Meinungs- und nicht als Nachrichtenspalte konsumiere. Zwar könne der Satz «Dies stellt nun der Bericht der Geschäftsprüfer des Parlaments über die Justizaffäre von Mitte 2008 fest» den Anschein erwecken, dass der Kommentar des Journalisten auch so im GPK-Bericht stehe, was eine Täuschung der Leserschaft bewirken könnte. Trotz dieses Mangels sah der Presserat keine Verletzung der Wahrheitspflicht nach Ziffer 1 der «Erklärung».

Anderer Meinung war der Presserat in Bezug auf den Vorwurf, der Bundesanwalt habe «den Skandal sogar ganz vertuschen wollen». Dazu äussere sich der GPK-Bericht folgendermassen: «Für die GPK sind keine Hinweise auf Vertuschungsversuche (...) erkennbar.» Da der Vorwurf der Vertuschung wesentlich schwerer wiege als jener der Verzögerung und Verschleppung, müsse jemand, der einen solchen Vorwurf erhebe, ihn auch beweisen können. Dabei könne sich die «Weltwoche» jedoch nicht auf den GPK-Bericht berufen, da dieser das Gegenteil feststelle. Da auch keine anderen Beweise angeführt würden, habe die «Weltwoche» gegen die Wahrheitspflicht verstossen, und die Beschwerde sei in diesem Punkt gutzuheissen. Weil die «Weltwoche» sich weigerte, eine unwahre Behauptung zu berichtigen, hat sie nach Ansicht des Presserates zudem gegen Ziffer 5 der «Erklärung» (Berichtigungspflicht) verstossen.

11-39

Un journaliste peut se montrer subjectif si les faits qu'il relate sont exacts

Faits et interprétation; Relation de propos; Répétition d'articles et acharnement

Chiffres 2, 3 de la «Déclaration»; Directive 3.8 relative à la «Déclaration»

Prise de position du Conseil suisse de la presse du 10 septembre 2010 (36/2010, Semuhire c. «L'Objectif»).

En 2009 est paru dans «L'Objectif» un article intitulé «Demande de naturalisation au Grand Conseil – Ce que Semuhire n'a pas dit». Le texte rappelle qu'un jugement neuchâtois le qualifiait de «révisionniste» et qu'un mémorandum qu'il a signé en 1994 apparaît comme un soutien aux auteurs du génocide rwandais.

Le Conseil Suisse de la presse a rejeté la plainte de M. Semuhire sur la base du chiffre 3 de la «Déclaration» (omission d'information):

- Le texte indique expressément que le plaignant estime avoir été «blanchi par la justice des accusations de ses détracteurs».
- La citation d'un article du Mémorandum de mai 1994 de l'Assemblée des Rwandais de Suisse, signé par le plaignant, et le résumé du jugement sont corrects.
- Son portrait tracé par le journaliste déplaît à l'intéressé. Il s'agit là d'une question d'interprétation, les faits n'étant pour l'essentiel pas contestés.
- Le journaliste décrit les personnes vues dans une vidéo du mariage et les liens existant entre certain-e-s invité-e-s. Pour le lecteur, ces informations ne sont pas dépourvues d'intérêt dans le contexte du génocide des Tutsis au Rwanda. De même quant au devoir d'audition lors de reproches graves (directive 3.8):

Le fait d'avoir consacré nombre d'articles donnant la parole à une personne ne dispense pas un média de la solliciter à nouveau ou du moins de rappeler sa position. Néanmoins en

l'espèce, une nouvelle audition n'était pas nécessaire. La répétition d'articles ne doit pas tourner à l'acharnement, cependant, un journal est en droit de poursuivre le traitement d'une affaire. Qui plus est, l'article litigieux se réfère à une actualité: la décision sur la demande de naturalisation du plaignant.

Un journalisme engagé est compatible avec la déontologie des journalistes au sens du chiffre 2 de la «Déclaration», les lecteurs étant en mesure de percevoir le caractère engagé de l'article incriminé.

11-40

Wahrheit/Trennung von Fakten und Kommentar/Anhörung bei schweren Vorwürfen

Anhörung bei schweren Vorwürfen; Recherchegespräche; Ungenauigkeiten; Wahrheitspflicht

Ziffern 1, 2, 3 der «Erklärung»; Richtlinien 3.8, 4.6 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 26. August 2010 (37/2010; Spuhler c. «Tages-Anzeiger»)

Der «Tages-Anzeiger» veröffentlichte einen Artikel mit dem Titel «Spuhlers exklusive Unterstützung». Darin wird die Finanzierung von Parteien und Politikern im Wahlkampf thematisiert und als Beispiel das Unternehmerehepaar Daniela und Peter Spuhler-Hoffmann aufgeführt. Der Autor wirft im Artikel die Frage auf, wie es dazu kommt, dass Frau Spuhler statt ihren SVP-Parteikollegen einen freisinnigen Stadtrat unterstützt, der dem Departement der industriellen Betriebe vorsteht. Es stelle sich die Frage, ob diese Unterstützung zufällig sei, da im nächsten Jahr der Auftrag für ein neues Tram in der Stadt Zürich ausgeschrieben werde und die Firma Stadler Rail ihres Ehemannes Peter Spuhler im Rennen um den Auftrag sei. Der Journalist befragte dazu auch Daniela Spuhler-Hoffmann selbst, die darauf antwortete, dass sie dies aus langjähriger Freundschaft zu diesem Stadtrat tue und nicht für Stadler Rail lobbyiere und dass ihre Wahlkampfspende Privatsache sei. Gegen diesen Artikel gelangte das Ehepaar Spuhler-Hoffmann an den Presserat und machte eine Verletzung der Ziffern 1 (Wahrheit), 2 (Trennung von Fakten und Kommentar) und 3 (Anhörung bei schweren Vorwürfen) der «Erklärung» geltend.

Zuerst merkte der Presserat allgemein an, dass die intransparente Politiker- und Parteifinanzierung ein Nährboden für Zweifel, Vermutungen und Verdächtigungen darstelle. Vor diesem Hintergrund sei es journalistisch legitim, mögliche Interessenverbandlungen und Abhängigkeiten mit Fragen auszu-leuchten, auf die sich mangels Transparenz faktisch keine genauen Antworten geben lassen, sondern die nur das Anstellen von Vermutungen erlauben. Konkret auf den Artikel bezogen verneinte der Presserat das Vorliegen rufschädigender Unterstellungen. Es werde Frau Spuhler-Hoffmann nicht vorgeworfen, den Stadtrat im Hinblick auf die anstehende Trambeschaffung zu «schmierern», sondern es werde bloss die Frage gestellt, weshalb sie ausgerechnet einen Kandidaten der politi-

schen Konkurrenz unterstütze und ob dies allenfalls mit der Trambeschaffung zu tun habe. Diese Fragen sind nach Meinung des Presserats weder rufschädigend noch unterstelle der Journalist allein damit schon Tatsachenwidriges. Zudem habe Frau Spuhler-Hoffmann die Möglichkeit erhalten, sich dazu zu erklären und die Fakten zu bestreiten oder zu korrigieren. Zusätzlich weist der Presserat darauf hin, dass bei diesem Recherchegespräch die Autorisierung der Zitate gemäss der Richtlinie 4.6 zur «Erklärung» nicht zwingend gewesen sei, sofern Frau Spuhler-Hoffmann dies nicht ausdrücklich verlangt habe. Weiter zeigt der Presserat zwar ein gewisses Verständnis für den Ärger über die mehrdeutigen Titel und das relativ grosse Bild des Ehepaars, jedoch weist er darauf hin, dass die Auswahl und Gewichtung der einzelnen Informationen im alleinigen Ermessen der Redaktion stehe. Ebenso seien gegen Peter Spuhler keine schweren Vorwürfe erhoben worden, da er nur indirekt (als Ehemann von Frau Spuhler-Hoffmann) ein Thema gewesen sei. Entsprechend sei der «Tages-Anzeiger» nicht verpflichtet gewesen, ihn gemäss Richtlinie 3.8 zur «Erklärung» vorgängig anzuhören. Schliesslich war der Presserat der Meinung, dass der Artikel weder schwerwiegende, falsche und irreführende Darstellungen noch eine für die Leserschaft nicht erkennbare Vermischung von Fakten und Kommentaren enthalte. Der Bericht beinhalte zwar zwei unpräzise Angaben zur Barizzi AG von Frau Spuhler-Hoffmann, jedoch sei gemäss der neueren Praxis des Presserats nicht jede formale oder inhaltliche Ungenauigkeit bereits als Verletzung einer berufsethischen Norm zu werten. Vielmehr verlange das Prinzip der Verhältnismässigkeit, dass einer Unkorrektheit eine gewisse Relevanz zukomme, was vorliegend nicht gegeben sei, weil die Ungenauigkeiten im Kontext des Berichts für das Verständnis der Leserschaft nicht von Bedeutung seien.

11-41

Anhörung bei schweren Vorwürfen/Berichtigung/Quellenüberprüfung

Berichtigungspflicht; Pflicht zur Anhörung bei schweren Vorwürfen; ungenügende Quellenbearbeitung

Ziffer 5 der «Erklärung»; Richtlinien 3.1, 3.8 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 8. September 2010 (38/2010; Dignitas/Minelli c. «NZZ am Sonntag»)

In der «NZZ am Sonntag» erschienen zwei Artikel über den Fall einer Frau, die mit Unterstützung von Dignitas aus dem Leben geschieden war. Im ersten Bericht wurde geschrieben, dass die sterblichen Überreste dieser Frau entgegen ihrem Willen nicht in Kiel beigesezt wurden, sondern dass die Urne im Zürichsee versenkt worden sei. Daraufhin verlangte der Gründer von Dignitas, Ludwig A. Minelli, in einem Schreiben an die «NZZ am Sonntag» eine Berichtigung der Vorwürfe, weil diese unzutreffend und grob wahrheitswidrig seien, da die Verstorbene zuerst schriftlich eine Kremation mit anschliessender Bestattung «unter grünem Rasen» gewünscht habe und da-

nach diese Anordnung mündlich aufgehoben und verfügt habe, ihre Asche «dem Wasser eines Sees» zu übergeben. Er legte auch Kopien der Schreiben der Verstorbenen bei. Darauf erschien ein zweiter Artikel in der «NZZ am Sonntag», worin die von Herrn Minelli geäußerte Darstellung der Angelegenheit bestritten wurde, unter Bezugnahme auf die Sterbebegleiterin der verstorbenen Frau. Diese habe bis unmittelbar vor ihrem Tod eine Bestattung in Kiel gewünscht. Gegen diese Berichte erhob Herr Minelli Beschwerde beim Presserat und beanstandete eine ungenügende Quellenbearbeitung (Richtlinie 3.1 zur «Erklärung»), das Fehlen einer vorgängigen Gelegenheit zur Stellungnahme (Richtlinie 3.8 zur «Erklärung») sowie eine Verletzung der Berichtigungspflicht (Ziffer 5 der «Erklärung»).

Da es nicht Aufgabe des Presserats sei, die Glaubwürdigkeit der in den Berichten zitierten Dignitas-Angestellten zu überprüfen und Herr Minelli die Unglaubwürdigkeit bloss behaupte, ohne dazu Beweise vorzulegen, lehnte der Presserat eine Verletzung der Richtlinie 3.1 (Quellenbearbeitung) zur «Erklärung» ab. Zur Frage, ob eine vorgängige Anhörung von Herrn Minelli hätte erfolgen sollen, war der Presserat der Ansicht, dass hier unstrittig ein schwerer Vorwurf vorliege. Die (erfolglosen) Bemühungen des Journalisten, eine Stellungnahme des Betroffenen einzuholen, genügten nach Meinung des Presserates nicht. Dieser habe in keinem seiner Mails auch nur in Entferntesten auf den vorliegenden Fall bzw. den Vorwurf Bezug genommen, Herr Minelli und/oder Dignitas hätten den letzten Willen einer Verstorbenen bezüglich ihrer Bestattung nicht respektiert. Nur in Kenntnis des Vorwurfs wäre es dem Betroffenen möglich gewesen, zu entscheiden, ob er dazu Stellung nehmen will. Aus diesem Grund bejahte der Presserat eine Verletzung der Pflicht zur Anhörung bei schweren Vorwürfen. Ebenso war der Presserat der Ansicht, dass die Berichtigungspflicht in der vorliegenden Berichterstattung verletzt wurde. Aufgrund des Briefs von Herrn Minelli nach Erscheinen des ersten Berichts und der beigelegten Kopien sei klar gewesen, dass die Verstorbene ihren Wunsch, in Kiel bestattet zu werden, nachweislich geändert habe. Deshalb wäre die «NZZ am Sonntag» verpflichtet gewesen, die Leserschaft auf diese Dokumente und die darin enthaltene Änderung des Willens hinzuweisen. Der Bericht vermittele jedoch vielmehr den falschen Eindruck, Herr Minelli behaupte lediglich, eine schwer beweisbare und von anderen Beteiligten bestrittene mündliche Äusserung des letzten Willens der Verstorbenen verfolgt zu haben. Der Artikel unterschlägt «(...) damit, dass die Behauptung, Ludwig A. Minelli und Dignitas hätten sich über den Wunsch der Verstorbenen hinweggesetzt, in Kiel neben ihrem Gatten bestattet zu werden, falsch war und deshalb in erkennbarer Weise hätte richtiggestellt werden müssen».

11-42

Dans certains cas, le journaliste peut se contenter de vérifier la crédibilité de la personne et la vraisemblance de ses propos

Mise en cause d'un individu nommément mentionné; Vérification des faits

Chiffres 1, 7 de la «Déclaration»; Directive 3.8 relative à la «Déclaration»

Prise de position du Conseil suisse de la presse du 24 septembre 2010 (39/2010, X. c. «Femina»).

En 2009, le magazine «Femina» publie un article intitulé «Laura, née Dominik», relatant l'histoire d'une transsexuelle. Le texte cite le nom de la famille et explique que Dominik était né hermaphrodite. Mais le père, «ancien conseiller d'Etat et patriarche (...)» a décidé que Dominik était un garçon (...) «Il était violent et a abusé de moi pendant des années. (...)»

X. dépose plainte au Conseil de la presse contre «Femina».

«Femina» a violé le chiffre 7 de la «Déclaration»: il n'y a aucun intérêt public à lever le voile sur l'identité du plaignant dans des articles sur Laura Armani.

De même, «Femina» a violé le principe d'audition de la personne concernée avant de publier des reproches graves (Directive 3.8 relative à la «Déclaration»), en mentionnant que le plaignant était violent et l'avait «abusée pendant des années».

En revanche, lors de témoignages sur des sujets particulièrement délicats, le journaliste n'a pas l'obligation de vérifier les faits auprès des tiers mis en cause. Il lui suffit de s'assurer de la crédibilité de la personne et de la vraisemblance de ce qui est exposé. En l'espèce, bien que discutable, une violation du chiffre 1 de la «Déclaration» n'est pas établie.

11-43

Unschuldsvermutung

Unschuldsvermutung

Ziffer 7 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 24. September 2010 (40/2010; Rózsa c. «Neue Zürcher Zeitung»)

Der Presserat hiess eine Beschwerde gegen einen Bericht in der «Neuen Zürcher Zeitung» mit dem Titel «Linksaktivist Rózsa verurteilt» gut, da im Artikel ausdrücklich darauf hätte hingewiesen werden müssen, dass das Urteil nicht rechtskräftig war bzw. weitergezogen werden konnte. In dieser Unterlassung sah der Presserat eine Verletzung von Ziffer 7 der «Erklärung» (Unschuldsvermutung).

11-44

Lauterkeit der Recherche/identifizierende Berichterstattung

Identifizierende Berichterstattung; verdeckte Recherche; Verschleierung des Berufs

Ziffer 7 der «Erklärung»; Richtlinien 4.1, 4.2, 7.1 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 26. August 2010 (41/2010; X. c. «Blick»)

Der «Blick» veröffentlichte einen Artikel über den Amateurfussballer X., der in den jüngsten internationalen Wettskandal verwickelt war. In diesem Artikel wurde X. mit Vornamen und erstem Initial des Nachnamens genannt, und zudem wurde ein Porträtbild des Protagonisten veröffentlicht, wobei die Augenpartie mit einem schwarzen Balken abgedeckt war. X. gelangte daraufhin mit einer Beschwerde an den Presserat und machte geltend, dass die Autoren des Artikels sich unberechtigt Zugang zu seiner Facebook-Seite verschafft und von Facebook sowohl sein Bild als auch einen Teil der Informationen übernommen hätten. Damit hätten sie gegen Richtlinie 4.2 zur «Erklärung» (unlautere Methoden bei Informationsbeschaffung) und Ziffer 7 der «Erklärung» (identifizierende Berichterstattung) verstossen.

Da der Autor des Artikels bei der Kontaktaufnahme mit X. sowohl seinen Beruf als auch den Gegenstand der Recherche offengelegt habe, sah der Presserat keine Verletzung der Richtlinie 4.1 zur «Erklärung». Dass er zudem auf Facebook Freundschaftsanfragen an X. gestellt habe, werde von diesem nicht belegt und von der «Blick»-Redaktion bestritten, weshalb die Beschwerde auch bezüglich Richtlinie 4.2 zur «Erklärung» abzuweisen sei.

In Bezug auf die identifizierende Berichterstattung stellte sich der Presserat zuerst die Frage, ob X. aufgrund des Berichts überhaupt identifizierbar sei. Für Personen, die X. überhaupt nicht kennen, möge es sein, dass dieser allein aus dem Bericht nicht erkennbar sei. Jedoch gebe es zwangsläufig einen Kreis von Personen, die mit X. nicht näher verkehrten und keine Kenntnis von seiner Verhaftung usw. hätten, ihn aber aufgrund der im Artikel enthaltenen Angaben ohne Weiteres erkennen könnten: «Seltener Vorname, erster Buchstabe des Nachnamens, Illustrationen mit einem Porträtbild, auf dem die Augenpartie bloss mit einem schmalen Streifen abgedeckt ist; Hinweis auf frühere Profifussball-Ambitionen, ehemalige Zugehörigkeit zu den FC Thun-Junioren, zuletzt Zugehörigkeit zu einem 3. Liga-Fussballclub in Bern.» Weiter prüfte der Presserat, ob X. mit seinem Auftritt auf Facebook selber an die Öffentlichkeit getreten sei und damit in die Veröffentlichung seines Bilds und seines Namens eingewilligt habe. Dies verneinte er mit Hinweis auf seine Praxis zu diesen Fragen. Bereits die Richtlinie 7.1 zur «Erklärung» schränke in Bezug auf Bildaufnahmen ein, dass auch bei Informationen aus dem öffentlichen Bereich eine Abwägung vorzunehmen sei. Bei einem Facebook-Profil seien die darin enthaltenen Informationen (oder je nach persönlicher Einstellung wenigstens ein Teil da-

von) zwar weltweit abrufbar. Daraus kann nach Auffassung des Presserats jedoch nicht die Einwilligung des Betroffenen abgeleitet werden, im Kontext der veröffentlichten Information in der Berichterstattung eines Publikumsmediums in identifizierender Weise herausgehoben zu werden, zumal die Kommunikation in einem sozialen Netzwerk wie Facebook – selbst wenn sie zum Teil öffentlich einsehbar sei – in der Regel dem Austausch von Bildern und Informationen unter Privaten und weniger der Kommunikation mit der Öffentlichkeit diene. Entsprechend sei bei X. allein aufgrund seiner Facebook-Einträge kaum zu vermuten gewesen, dass er seine Verwicklung in den Fussball-Wettskandal im «Blick» in identifizierender Weise kundtun wollte. Zudem habe er von seinem Anwalt ausrichten lassen, dass er weder seinen Namen genannt noch sein Bild veröffentlicht sehen wollte. Deshalb hiess der Presserat die Beschwerde in diesem Punkt gut.

11-45

Publikation trotz «Verbot»/Fairness/unlautere Recherche/Privatsphäre

Fairnessgebot; Privatsphäre; unlautere Recherche

Ziffern 4, 7 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 8. September 2010 (42/2010; X./Y. c. «Tages-Anzeiger»)

Der «Tages-Anzeiger» publizierte zwei Artikel über einen Haftpflichtfall infolge einer missglückten Hausgeburt. Im ersten Artikel werden die Fehler der Hebamme dargestellt, der Kampf der Eltern mit den Versicherungen beschrieben und die verschiedenen Prozesse nachgezeichnet, welche mit einer Verurteilung der Hebamme wegen fahrlässiger schwerer Körperverletzung enden. Ebenso wird berichtet, dass die Mobiliar nach langem Hin und Her schlussendlich 4,75 Mio. Franken an die Eltern bezahlt hat. Der zweite Bericht thematisiert die Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung von Eltern und lebenslang hirngeschädigtem Kind sowie die Praxis der Mobiliar und anderer Versicherer bei solchen Prozessen. Das Elternpaar X. und Y. reichte gegen diesen Bericht beim Presserat eine Beschwerde ein und machte eine Verletzung des Fairnessgebots sowie der Ziffern 4 (unlautere Recherche) und 7 (Privatsphäre) geltend. Sie betonten, dass es ihnen neben der Versicherungssache um die Darstellung ihrer schwierigen persönlichen Situation gegangen sei. Dies sei jedoch im Artikel nicht zum Ausdruck gekommen, er habe im Gegenteil Geldgier und Rachegefühle suggeriert, unterstrichen durch die unnötige Nennung der schliesslich bezahlten Versicherungssumme von knapp fünf Millionen Franken. Diese Gründe hätten sie dazu bewogen, ihre Zusage für eine Publikation im «Tages-Anzeiger» zu untersagen, worüber sich dieser jedoch hinweggesetzt habe.

Für den Presserat stellte sich damit eine Frage, die er so gelagert bisher nicht zu entscheiden hatte: Haben Informanten ein Recht auf Rückzug, und gilt dieses absolut oder ist es re-

lativ? Deshalb stellte er zuerst seine bisherige Praxis zum ähnlich gelagerten Thema des Rückzugs von Äusserungen dar. Zwar handle es sich dabei nicht um exakt denselben Sachverhalt, jedoch mache auch ein Informant bei der Kontaktaufnahme mit der Redaktion und der Preisgabe von Informationen einen entscheidenden Schritt Richtung Öffentlichkeit, der sich nicht willkürlich rückgängig machen lasse. Dabei hätte den Beschwerdeführern von Anfang an bewusst sein müssen, dass es für den Journalisten nicht möglich und zumutbar war, sich in das umfangreiche Dossier einzuarbeiten, wenn er jederzeit damit rechnen musste, dass seine Informanten ihre Informationen nach Belieben zurückziehen könnten. Ein derartiges Rückzugsrecht muss nach Ansicht des Presserates zwischen Informant und Journalist wenn schon ausdrücklich vereinbart werden. Informanten haben somit kein absolutes Verfügungsrecht an Informationen, die sie einer Redaktion offengelegt haben. Dies würde dem Prinzip des freien Informationsflusses fundamental zuwiderlaufen und die Gefahr einer Zensur heraufbeschwören. Daraus sei jedoch nicht abzuleiten, dass eine Redaktion mit einem ihr anvertrauten Dossier beliebig umgehen darf. Vielmehr gebiete das Fairnessprinzip, dass Journalisten den berechtigten Wünschen und Anliegen der Informanten Rechnung tragen, soweit dies unter Berücksichtigung des öffentlichen Informationsinteresses verhältnismässig erscheine. Dabei sollten auch die unterschiedlichen Funktionen von Journalist und Informant von Anfang an klargemacht und darauf hingewiesen werden, dass Journalisten zwar anwaltschaftlich und parteiübergreifend berichten dürfen, Informationen aber weder kritiklos und ungeprüft übernehmen noch selber Partei werden sollten. Anhand der eingereichten Unterlagen war es dem Presserat zwar nicht möglich, zu beurteilen, ob der «Tages-Anzeiger» die Beschwerdeführer auf diese Spielregeln von Anfang an genügend aufmerksam gemacht hatte. Jedoch werde schon aus der ersten E-Mail klar, dass die Beschwerdeführer ihren Fall via «Tages-Anzeiger» öffentlich machen wollten, weshalb ihnen hätte bewusst sein müssen, dass der Journalist eigene Wertungen und Gewichtungen sowie gegebenenfalls ergänzende Recherchen einfließen lassen wird. Für den Presserat ist erstellt, dass sich der Journalist im Verlauf der weiteren Zusammenarbeit an faire journalistische Gepflogenheiten hielt, indem er den Entwurf der Artikel vor der Publikation den Beschwerdeführern unterbreitete, sich um eine Stellungnahme der Mobiliar bemühte und die Beschwerdeführer am Vorabend des Erscheinens über die Publikation und die Gründe dafür informierte. Der Rückzug der Informanten ist für den Presserat sachlich nicht nachvollziehbar, weswegen der «Tages-Anzeiger» in Abwägung der Interessen das öffentliche Interesse an der Publikation höher gewichten durfte. Die Artikel seien sachlich korrekt und in einem nüchternen Stil verfasst, nicht ohne Empathie für die Geschädigten. Deshalb war es nach Meinung des Presserats gerechtfertigt, alle wesentlichen Fakten – insbesondere auch die hohe Versicherungszahlung – einzubeziehen und Distanz zum Thema zu wahren. Somit kommt er nach einer Gesamtwürdigung zum Schluss, dass mit der Publikation des Haftpflichtfalls das Fairnessprinzip nicht verletzt wurde.

Weiter konnte der Presserat nach einer Analyse des Ablaufs nicht erkennen, dass der recherchierende Reporter die Informationen zu seinen Artikeln unlauter erschlichen hätte.

Vielmehr seien ihm diese von den Eltern zur Verfügung gestellt worden beziehungsweise hat er sie offen dazurecherchiert, weswegen eine Verletzung von Ziffer 4 der «Erklärung» zu verneinen sei.

Ebenso sei die Privatsphäre (Ziffer 7 der «Erklärung») respektiert worden, da die persönlichen Angaben der Geschädigten im Artikel so gut wie möglich anonymisiert worden seien.

11-46

Medien dürfen nicht hemmungslos Privates aus dem Internet verbreiten

Namensnennung; Privatsphäre im Internet

Richtlinie 7.2 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 1. September 2010 (43/2010)

Im Internet machen zwar immer mehr Personen private Informationen und Bilder öffentlich zugänglich. Doch daraus können Massenmedien nicht ableiten, dass diese Personen willentlich auf den Schutz ihrer Privatsphäre verzichten. Das hat der Schweizer Presserat in einer Stellungnahme ausdrücklich festgehalten. Für die Medien bedeutet dies, dass sie private Informationen aus dem Internet nicht ohne Einschränkungen weiterverbreiten dürfen.

Die Beschwerdeinstanz für medienethische Fragen hat das Thema «Internet und Privatsphäre» aus eigener Initiative aufgegriffen. Denn diese neue Form der Kommunikation hat inzwischen eine derart grosse Verbreitung erlangt, dass manche bereits vom Ende des Begriffs der «Privatheit» sprechen. Die Frage, ob es zulässig sei, die ins Netz gestellten Informationen weiterzubreiten oder sich darauf zu beziehen, ist für Medienschaffende bei der Ausübung ihres Berufs mittlerweile zentral geworden.

Der Presserat begründet seine Haltung mit seiner bisherigen Praxis: Öffentlichkeit bedeutet in Bezug auf das Internet nicht zwingend auch «Medienöffentlichkeit». Entscheidend ist – nicht nur im Internet –, mit welcher Absicht sich jemand im öffentlichen Raum exponiert.

Je nach ihrem Inhalt behalten Informationen oder Bilder trotz der Veröffentlichung im Internet ihren privaten Charakter. Im Einzelfall sind Journalisten deshalb verpflichtet, sorgfältig abzuwägen, welches Interesse überwiegt: das Recht der Öffentlichkeit auf Information oder das Recht einer Person auf den Schutz ihres Privatlebens.

Bei dieser Abwägung ist entscheidend, in welchem Kontext eine Information ins Netz gestellt wird. Erscheinen die Informationen in einem sozialen Netzwerk wie Facebook oder auf einer institutionellen Website? Sind die Informationen eher für einen kleinen Kreis von Adressaten bestimmt oder für eine breite Öffentlichkeit? Ist der Autor eine Privatperson oder öffentlich bekannt?

Vergewissern müssen sich Medienschaffende auch, ob eine der Voraussetzungen für die identifizierende Berichterstat-

tung erfüllt ist. Die in der Richtlinie 7.2 zur Ziffer 7 der «Erklärung» angeführten Fälle, in denen eine Namensnennung zulässig ist, gelten auch im Internet: Es muss sich um einen öffentlichen Auftritt handeln, die Person muss allgemein bekannt sein und die Information in Zusammenhang damit stehen, die betroffene Person hat die Einwilligung zur Namensnennung gegeben, die Person übt ein politisches Amt aus, sie hat eine staatliche oder gesellschaftlich leitenden Funktion, es besteht Verwechslungsgefahr oder es gibt ein anderes überwiegendes öffentliches Interesse an der Namensnennung.

11-47

Le défaut de diligence constitue une violation dans la recherche de la vérité exigée d'un journaliste

Rechercher la vérité; Rectification; Respect de la vie privée

Chiffres 1, 3, 5, 7 de la «Déclaration»

Prise de position du Conseil suisse de la presse du 10 septembre 2010 (44/2010, X. c. «Le Régional»)

En avril 2010, «Le Régional» publie un article relatant une décision du Conseil communal de Bex autorisant la construction d'un club de tennis. L'article indique que la seule opposition, celle d'un habitant de la commune d'Ollon, avait été «mise au panier» par l'autorité communale. Sans le nommer, le journaliste précise que le recourant est un «ancien résident de la Cité de Sel connu pour être un empêcheur de tourner en rond».

X., d'Ollon, dépose une plainte auprès du Conseil suisse de la presse.

En l'occurrence, il y a eu deux oppositions au projet, et une plus grande diligence de la part du journaliste s'imposait. Il aurait dû au moins poser des questions critiques à la commune. Le chiffre 1 de la «Déclaration» (recherche de la vérité) est donc violé.

Le plaignant avait des motifs pour faire opposition, ayant une maison familiale à Bex à côté du tennis projeté. Il y a donc omission d'éléments d'informations essentiels (chiffre 3 de la «Déclaration»).

Il y a eu rectification de l'information erronée en juin 2010, et dès lors pas de violation du chiffre 5 de la «Déclaration» (rectification).

Le terme «empêcheur de tourner en rond» est dévalorisant. Mais dès lors que les éléments figurant dans l'article ne permettent pas l'identification du plaignant, l'expression ne peut constituer une atteinte ou une injure à son égard. Le chiffre 7 de la «Déclaration» n'est donc pas violé.

11-48

Verdeckte Recherche

Verdeckte Recherche

Ziffer 4 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 11. Oktober 2010 (45/2010; Business Academy Corp. c. «K-Tipp»)

Eine gegen den im «K-Tipp» erschienenen Artikel «Das Business mit den Träumen» ergriffene Beschwerde wurde vom Presserat abgewiesen, da er keine Verletzung von Ziffer 4 der «Erklärung» (verdeckte Recherche) feststellen konnte.

11-49

Keine Berichtigung von Meinungsäusserungen

Nichteintreten

Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 26. November 2010 (46/2010; Verein gegen Tierfabriken c. «Weltwoche»)

Der Presserat trat nicht auf eine Beschwerde des VgT gegen eine Meldung in der Rubrik «Namen» der «Weltwoche» ein, da die Beschwerde gemäss Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement offensichtlich unbegründet erschien.

11-50

Unschuldsvermutung/Wahrheit

Nichteintreten

Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 26. November 2010 (47/2010; X. c. «Neue Zürcher Zeitung»)

Der Presserat trat gemäss Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement nicht auf eine gegen den Bericht «Ein Leben für die Freiheit» der «Neuen Zürcher Zeitung» erhobene Beschwerde ein, da die Beschwerde offensichtlich unbegründet war.

11-51

Des procédures du droit audiovisuel et judiciaire peuvent être intentées en parallèle

Refus d'entrer en matière

Art. 10 du Règlement

Prise de position du Conseil suisse de la presse du 26 novembre 2010 (48/2010, Association Contre les Usines d'Animaux c. Télévision Suisse Romande)

L'ACUSA a adressé une plainte à l'organe de médiation de la Radio Télévision Suisse Romande (RTSR) suite à un reportage à son sujet; l'organe de médiation n'est pas entré en matière à cause du caractère tardif de la plainte. L'ACUSA a alors déposé plainte contre l'émission contestée auprès de l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision (AIEP), et s'est adressée le même jour au Conseil suisse de la presse (Conseil), indiquant que, selon toute probabilité, l'AIEP n'allait pas entrer en matière.

Selon l'art. 10, al. 2 de son règlement, «le Conseil 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». Or, dans sa plainte au Conseil, l'ACUSA se contente pour l'essentiel de se référer à sa plainte parallèle adressée à l'AIEP, de sorte que le Conseil refuse d'entrer en matière.

11-52

Einseitige Berichterstattung/Trennung von Fakten und Kommentar

Nichteintreten

Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 3. Dezember 2010 (49/2010; Freidenker-Vereinigung der Schweiz c. Schweizer Fernsehen/«Kulturplatz»)

Auf eine Beschwerde gegen den Beitrag «Gefährliche Scherze – über Humor in global vernetzter Zeit» in der Sendung «Kulturplatz» des Schweizer Fernsehens trat der Presserat nicht ein, da die Beschwerde nach Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement offensichtlich unbegründet war.

11-53

Abgeltung der Urheberrechtsnutzung/angemessene Entschädigungen für freie Journalist/innen/Anhörung bei Änderungen der Honorierungspraxis

Nichteintreten; Unzuständigkeit

Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 10. Dezember 2010 (50/2010; Impressum c. «Tamedia AG»)

Auf eine vom Berufsverband Impressum gegen die «Tamedia AG» erhobene Beschwerde trat der Presserat gemäss Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement nicht ein, da es bei dieser Beschwerde schwergewichtig um eine arbeits- und urheberrechtliche Auseinandersetzung gehe, für die er nicht zuständig sei.

11-54

Privatsphäre/Opferschutz

Identifizierende Berichterstattung

Ziffer 7 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 17. Dezember 2010 (51/2010; X. c. «Zürcher Oberländer»/«Der Landbote»)

Der Presserat hiess eine Beschwerde gegen den Bericht «Schlagfreudiger Casanova» im «Zürcher Oberländer» und den Artikel «Mit Kokain gehandelt und Ehefrau gewürgt» aus «Der Landbote» gut, da beide die Ziffer 7 der «Erklärung» verletzt haben. Die beiden Zeitungen hätten entweder auf die genaue Bezeichnung des Herkunftslands des Angeschuldigten und des Berufs des Opfers verzichten sollen oder sich bei der Veröffentlichung von Informationen aus der Intimsphäre von Täter und Opfer mehr Zurückhaltung auferlegen müssen.

11-55

Sperrfristen

Sperrfristen

Richtlinie 4.4 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 17. Dezember 2010 (52/2010; «Neue Luzerner Zeitung» c. Regierungsrat und Behörden des Kantons Luzern)

Der Presserat nahm eine Beschwerde der «Neuen Luzerner Zeitung» zum Anlass, sich allgemein zum Thema Sperrfristen zu äussern. Dabei führte er aus, dass Sperrfristen nur in Ausnahmefällen gerechtfertigt seien: «Einerseits, wenn sie sachlich an das Ende einer Veranstaltung oder Pressekonferenz gebunden sind. Andererseits, wenn ein überwiegendes Interesse den Anspruch der Öffentlichkeit auf Information kurzfristig überwiegt.» Sperrfristen könnten hingegen nicht gerechtfertigt werden, wenn sie bezwecken, den Wettbewerb unter konkurrierenden Medien zu steuern.

11-56

Menschenwürde/diskriminierende Anspielungen

Beschwerdefrist; Nichteintreten

Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 17. Dezember 2010 (53/2010; X. c. «Neue Zürcher Zeitung»)

Der Presserat trat auf eine Beschwerde gegen eine in der «NZZ» veröffentlichte Karikatur nicht ein, da diese nach Ablauf der Beschwerdefrist von sechs Monaten eingereicht wurde.

8.2 Ethik der kommerziellen Kommunikation

11-57

Irreführung – Programmzeiten in Fernsehprogrammzeitschrift

Beschluss der Schweizerischen Lauterkeitskommission vom 15.9.2010 (265/10)

Ein Beschwerdeführer machte geltend, dass es sich um eine unlautere Täuschung handle, wenn in Programmzeitschriften zu den aufgeführten Programmzeiten nicht das angegebene Programm, sondern der Werbeblock beginne. Die Lauterkeitskommission wies diese Beschwerde ab, da die Beschwerdeführerin glaubhaft geltend gemacht habe, dass die Programmblöcke zum vornherein nicht minutengenau kommuniziert werden, da die präzise Dauer einer Sendung nicht immer bekannt sei bzw. bekannt sein könne.

11-58

Sexismus – TV-Spot Aftershave

Beschluss der Schweizerischen Lauterkeitskommission vom 15.9.2010 (267/10)

Die Lauterkeitskommission wies eine Beschwerde gegen einen Werbespot für Produkte der Körperpflege ab, da keine unangemessene Darstellung von Sexualität vorgelegen habe und der Spot auch nicht herabwürdigend sei.

11-59

Sexisme – annonce publicitaire pour des cuisses de poulet

Décision de la Commission Suisse pour la Loyauté du 15.9.2010 (269/10)

Aux termes de la règle no 3.11 de la Commission Suisse pour la Loyauté, il y a publicité à caractère de discrimination sexiste lorsqu'une publicité discrimine l'un des sexes en attendant à la dignité de la femme ou de l'homme.

Dans l'annonce publicitaire incriminée («Celles qui ont une belle poitrine ont-elles aussi la cuisse bien ferme?»), on recourt à un jeu de mots qui contient une allusion scabreuse et provocante. L'énoncé «la cuisse bien ferme» n'est pas utilisé pour décrire du poulet, mais se réfère à l'attrait sexuel des femmes. Partant, il y a dégradation du sexe féminin au sens de la règle no 3.11.

11-60

Irreführung – 2-Meter-Bett in Business-Flügen von Zürich nach New York

Beschluss der Schweizerischen Lauterkeitskommission vom 30.6.2010 (208/10)

Das Inserat einer Fluggesellschaft über 2-Meter-Betten in ihrer Businessclass wurde von der Lauterkeitskommission als täuschend im Sinne von Art. 3 b UWG beurteilt, da entgegen der Aussage im Inserat lediglich «über die Hälfte» der Flüge von Zürich nach New York dem beworbenen Angebot gerecht wurden.

11-61

Werberische Übertreibung – Plakat Cabrio mit Slogan «KILL YOUR HAIRDRESSER»

Beschluss der Schweizerischen Lauterkeitskommission vom 30.6.2010 (227/10)

Die Lauterkeitskommission wies eine Beschwerde, welche gegen ein Plakat mit einem Cabrio und dem Slogan «KILL YOUR HAIRDRESSER» gerichtet war, ab, da die fragliche Aussage weder als Aufforderung zur Gewaltanwendung bzw. Verharmlosung von Gewalt noch als aggressive Werbung zu qualifizieren sei und die werberische Überzeichnung vom Durchschnittsadressaten klar erkannt werden könne.

11-62

Green marketing – Autowerbung «Sämtliche CO₂-Emissionen werden kompensiert»

Beschluss der Schweizerischen Lauterkeitskommission vom 30.6.2010 (229/10)

Die Lauterkeitskommission wies eine Beschwerde gegen die Werbeaussage «Sämtliche CO₂-Emissionen werden kompensiert» ab, da dem Durchschnittsadressaten einer Werbekampagne für Autos bewusst sei, dass mit fossilen Brennstoffen betriebene Fahrzeuge CO₂ ausstossen und somit nicht CO₂-neutral sein können. Biete ein Hersteller an, das durch die Fahrzeuge ausgestossene CO₂ aufgrund allgemein anerkannter und nachvollziehbarer Systeme zu kompensieren, und erfolge eine solche Kompensation nach anerkannten Massstäben, so sei eine derartige kommerzielle Kommunikation lauterkeitsrechtlich nicht zu beanstanden.

11-63

Unrichtige Angaben – Kampagne Werbung für Werbung

Beschluss der Schweizerischen Lauterkeitskommission vom 30.6.2010 (249/10)

Eine gegen Plakate mit der Überschrift «An Plakatstellen hängen Arbeitsplätze» und dem Untertitel «Werbeverbote gefährden indirekt alle Arbeitsplätze in der Schweiz» erhobene Beschwerde wurde von der Lauterkeitskommission abgewiesen. Der Durchschnittsadressat verstehe unter indirekter Gefährdung aller Arbeitsplätze eine pozentielle Gefahr, welche jedem Arbeitsplatz droht, der nicht mit der Werbewirtschaft in Zusammenhang steht. Aus volkswirtschaftlicher Sicht sei dies durchaus eine mögliche Auswirkung von Werbeverböten, weshalb die fragliche Aussage weder unrichtig noch irreführend oder täuschend sei.

Zeitschriften/Revue

Berberich Matthias, Der Content «gehört» nicht Facebook! AGB-Kontrolle der Rechteeinräumung an nutzergenerierten Inhalten, MMR 11/2010, S. 736–740.

Boehme-Nessler, Unabhängige Richter in der Medien-gesellschaft? Überlegungen zum Einfluss der Medien auf die Gerichte, AfP 06/2010, S. 539–542.

Brunner Stephan C., Persönlichkeitsschutz bei der be-hördlichen Information der Öffentlichkeit von Amtes wegen: ein Leitfaden, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Ver-waltungsrecht, 11/2010, S. 595–363.

Brunner Stephan C./Flückiger Alexandre, Nochmals: der Zugang zu amtlichen Dokumenten, die Personendaten ent-halten, Jusletter 4. Oktober 2010.

Durner Wolfgang, Fernmeldegeheimnis und informelle Selbstbestimmung als Schranken urheberrechtlicher Sperr-verfügungen im Internet?, ZUM 11/2010, S. 833–846.

Dutoit Nicolas, Les services à valeur ajoutée et la pro-tection des consommateurs en Suisse: état des lieux et perspec-tives, sic! 10/2010, p. 756–764.

Engels Stefan/Haisch Verena, Persönlichkeitsrecht: Eine teilweise unzulässige Wortberichterstattung führt nicht automatisch zum Verbot der begleitenden Bildberichterstat-tung, AfP 06/2010, S. 544–545.

Gréciano Philippe, Die Pressefreiheit in Europa, UFITA 3/2010, S. 639–661.

Grewenig Klaus, Telekommunikation sticht Medien-recht? – Die Rundfunkinteressen bei der TKG-Novelle, MMR 12/2010, S. 801–802.

Helle Jürgen, Das kommerzielle Persönlichkeitsrecht und das Grundgesetz, AfP 06/2010, S. 531–538.

Helle Jürgen, Zu den Grundlagen des kommerziellen Persönlichkeitsrechts, AfP 05/2010, S. 438–443.

Thür Hanspeter, Aktuelle Fragen rund um den Daten-schutz, Basler Juristische Mitteilungen, 5/2010, S. 225–239.

Vollery Luc, La loi fribourgeoise sur l'information et l'accès aux documents, Revue fribourgeoise de jurisprudence 4/2009, p. 353–440.

Bücher/Livres

Fechner Frank (Hrsg.), Entscheidungen zum Medienrecht: Auswahl für Studium und Praxis, Tübingen 2010, 569 Seiten.

Härting Niko, Internetrecht, Köln 2010, 717 Seiten.

Haunreiter Diego (Hrsg.), Kommunikation in Wirtschaft, Recht und Gesellschaft, Bern 2010, 364 Seiten.

Hilty Reto M., Urheberrecht, Bern 2011, 413 Seiten.

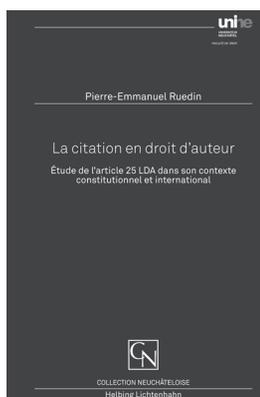
Loewenheim Ulrich (Hrsg.), Urheberrecht: Kommentar, München 2010, 2531 Seiten.

Meier Philippe, Protection des données; fondements, principes généraux et droit privé, Berne 2011, 808 pages.

Ruedin Pierre-Emmanuel, La citation en droit d'auteur: étude de l'article 25 LDA dans son contexte constitutionnel et international, Bâle 2010, 259 pages.

Waldmann Bernhard/Spielmann Andre, Unabhängig-keit der Datenschutzaufsicht; Rechtsgutachten im Auftrag des Kantons Freiburg, Zürich 2010, 75 Seiten.

Pierre-Emmanuel Ruedin *La citation en droit d'auteur*



Broché
334 pages
2010
ISBN : 978-3-7190-3038-4,
Fr. 68.–

L'ouvrage peut être commandé sur le site de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, www.publications-droit.ch sur celui des éditions Helbing & Lichtenhahn ou chez tout bon libraire.

La présente recherche a pour objectif d'étudier l'article 25 LDA consacré à la citation en droit d'auteur.

À l'image d'autres dispositions de lois fédérales, l'article 25 LDA entretient des rapports relativement étroits avec diverses normes qui relèvent des droits fondamentaux, du droit international et du droit étranger (contexte normatif). Dans l'optique de l'analyse de l'article 25 LDA, il est nécessaire d'examiner aussi bien le contenu de ces normes que l'effet qu'elles déploient sur l'article 25 LDA. Cette approche originale permet de donner de l'article 25 LDA une interprétation cohérente, qui prend en considération le système juridique dans sa globalité et dans sa complexité. Elle permet notamment de mettre en lumière le rôle important que sont appelées à jouer l'interprétation conforme à la Constitution et l'interprétation conforme au droit international, non seulement pour l'article 25 LDA, mais également, de manière générale, pour n'importe quelle disposition d'une loi fédérale.

La recherche est ensuite consacrée à l'analyse détaillée de l'article 25 LDA lui-même. Outre un examen approfondi des éléments de la citation (objet, cadre, but, étendue et forme), elle comprend une étude des différents types de citations qui prend en compte les dernières évolutions technologiques. Elle se penche en particulier sur les cas de la citation artistique (notamment musicale) et de la citation d'une œuvre visuelle.