



Peter Studer ist Dr. iur. und Rechtsanwalt. Als Journalist war er Chefredaktor des «Tages-Anzeigers» (bis 1988) und des Schweizer Fernsehens SF (bis 1999). Später präsidierte er den Schweizer Presserat (bis 2007) und schrieb unter anderem «Medienrecht für die Praxis» (4. Aufl. erscheint Ende 2011). Verschiedentlich war er mit Lehraufträgen betraut.
Studer.pe@bluewin.ch

Politiker Leutenegger und seine TV-«Politarena» Überlegungen zum Verbot politischer Fernsehwerbung in der Schweiz

Résumé En juillet 2011, le conseiller national radical Filippo Leutenegger a annoncé qu'il allait diriger, à huit reprises durant la campagne électorale de cet automne, des débats politiques sur des chaînes de télévision privées; cette proposition n'est pas passée inaperçue, car Leutenegger a un long passé à la radiodiffusion de service public. Pour la SSR, il a créé et animé avec grand succès l'émission «Arena» où les politiciens s'affrontent en public. En outre, la loi sur la radio-télévision interdit toute publicité politique à la radio ou à la télévision. Autant dire que la situation juridique est pour le moins peu claire.

Sommertheater in den Printmedien: Am 10. Juli gab der Zürcher FDP-Nationalrat Filippo Leutenegger in der «Sonntags-Zeitung» bekannt, er werde ab 24. August – also mitten in den nationalen Wahlkampf hinein – in einem Fenster des deutschen Kommerzsenders Sat.1 jeden Mittwoch eine «Politarena» moderieren. «Ich will die zentralen Themen [der Schweizer Politik] mit den wichtigsten Wortführern aller Parteien beraten.» Mehrere Schweizer Kommerzsender, so Tele Bärn, Tele Südostschweiz und Schaffhauser Fernsehen, erklären sich laut Medienberichten interessiert, die Sendung zu übernehmen. Das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) hat nun abgeklärt, ob sich das Konzept mit dem gesetzlichen Verbot politischer Werbung verträgt (RTVG Art. 10; RTVV Art. 17). Pikant ist, dass Filippo Leutenegger 1993 der erste und bislang beim Publikum erfolgreichste Moderator der damals neu geschaffenen Politdiskussion «Arena» am öffentlich-rechtlichen Schweizer Fernsehen war.

I. Was sagt das Radio- und Fernsehgesetz?

Im totalrevidierten Radio- und Fernsehgesetz (2006) hat das Parlament die Beibehaltung von Werbeverböten mit grosser Mehrheit gebilligt. «Unzulässig» ist Werbung für Tabakwaren, für alkoholische Getränke, für Heilmittel. Und eben: «für politische Parteien, für Personen, die politische Ämter

innehaben oder dafür kandidieren, sowie für Themen, welche Gegenstand von Volksabstimmungen sind» (Art. 10 Abs. 1 d RTVG). Ferner sind «unzulässig» Schleichwerbung und unterschwellige Werbung (Art. 10 Abs. 3 RTVG) oder Werbung, die «politische Überzeugungen herabmindert» (Art. 10 Abs. 4 a RTVG). In der nachgeschobenen Radio- und Fernsehverordnung (2007) hat der Bundesrat Hauptbegriffe leicht präzisiert: «Als politische Ämter gelten Ämter, die in Volkswahlen vergeben werden.»

Das Verbot politischer Werbung entsprach dem Antrag des Bundesrats. Er wollte der (umstrittenen) Wirkungsmacht des Fernsehens begegnen, das Übergewicht finanzkräftiger Kreise im Wahlkampf begrenzen, die Wahlinsatzerträge der gedruckten Presse schützen. Der Antrag war kontrovers. So wollte der Nationalrat in der ersten Lesung vom Verbot für private Veranstalter Abstand nehmen. Der Ständerat korrigierte das aber umgehend: Es blieb beim bundesrätlichen Antrag (Hintergrund bei Philipp Mäder, Das Verbot politischer Werbung im Fernsehen, Diss. Zürich 2007). Später war das Verbot nochmals Gegenstand einer Abstimmung. Es ging um den Beitritt zum EU-europäischen Vertragswerk «Media» mit seinen Vorteilen für Schweizer Filmproduktionsprojekte (2009): Die RTV-Werbeunternehmerin Nathalie Rickli (Nationalrätin SVP) beantragte, das Verbot politischer Werbung aufzuheben; sie unterlag mit 33 zu 121 Stimmen. Leutenegger 2011: «Der Artikel 10 zur politischen Werbung ist ein politischer Willkürartikel» («SonntagsZeitung» vom 17. Juli): Sein frustriertes Aufbegehren ist jedenfalls vom Parlament nicht gedeckt.

II. Auslegungsfragen

Die sprachlich eindeutigen Bestimmungen von RTVG und RTVV lösen indes noch nicht alle Auslegungsprobleme.

Denn der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hatte bereits 2001 eine Schranke errichtet, als er im Gegensatz zum Bundesgericht dem rabiaten «Verein gegen Tier-

Peter Studer Darf der Politiker Leutenegger eine TV-«Politarena» moderieren?

fabriken» (VgT) recht gab, der sich über eine Verletzung der Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 10 EMRK) beschwerte. Die SRG hatte nämlich, gestützt auf das bereits geltende Verbot politischer Werbung, die Ausstrahlung eines VgT-Werbespots untersagt, der die «tierquälerische Nutztierhaltung» scharf anprangerte; das Bundesgericht stützte die SRG ohne weitere Begründung. Der EGMR widersprach: Die Ausstrahlungsverweigerung der SRG verletze die Meinungsäusserungsfreiheit, zumal diesmal eine finanziell schwache Gruppierung die Chancengleichheit zwischen gesellschaftlichen Kräften nicht zu bedrohen vermöge, befand das Strassburger Gericht (EGMR vom 28.6.2001). Auch die Werbefreiheit falle unter das Privileg freier Meinungsäusserung. Es handle sich hier um den Beitrag zu einer gewichtigen politischen Debatte. Kein absolutes, höchstens ein verhältnismässiges Verbot politischer Werbung lasse sich rechtfertigen. Anerkannt ist seither, dass das Verbot politischer Werbung laut EGMR einer sorgfältigen Abwägung im Einzelfall bedarf.

Wegen der steigenden Temperatur des Wahlkampfes 2011 hat das BAKOM die Rahmenbedingungen kürzlich nochmals zusammengefasst (BAKOM, Newsletter Mumenthaler, aktualisiert am 26.5.2011).

Es geht nicht einfach um politisches Personal mit Äusserungen zum Wahlgeschehen, sondern um politische Werbung. Das heisst in der bisherigen Diktion des Bundesrats: «Der Veranstalter [elektronischer Sendeinhalte] will seine [redaktionell] generierte Aufmerksamkeit den Werbenden gegen Geld oder ähnliche Gegenleistung für die Ausstrahlung von [politischen] Werbebotschaften» anbieten (Botschaft RTVG 2006, S. 1665). Wenn jetzt ein Trend auffalle, dass «politische Akteure sich um feste Programmplätze im redaktionellen Programm von elektronischen Medien bemühen, beschränkt sich die Aufsicht des BAKOM auf allenfalls unerlaubte Geldflüsse» (Newsletter Mumenthaler). Nur das würde dem Werbebegriff im engsten Sinn des Worts entsprechen. Ob solch «unerlaubtes» Geld fliesst, hat das BAKOM nach den ersten Ausstrahlungen von «Teleblocher» und «Schweizerzeit TV» am TV Schaffhausen bereits 2007 ohne Negativbefund untersucht. (Beide, Blocher und Schlier, kandidieren im Oktober 2011 auf SVP-Listen für das eidgenössische Parlament.) Die Zeitschrift «Schweizerzeit» beteilige sich zwar finanziell an der Sendung ihres Chefredaktors, aber das sei angesichts des «eng gefassten Verbots» nicht untersagt. «Teleblocher» und «Schweizerzeit TV» entstehen zu Tiefstkosten (Blochers Umkreis gibt 400 Fr. pro Sendung auf TV Schaffhausen an). Teurer kommt «Filippos Politarena». Obwohl Leutenegger kein eigenes Geld beisteuert, wie er der Zeitung «Sonntag» vom 17. Juli angab. «Sonntag» liess sich von Experten für die acht Sendungen von Mitte August bis Mitte Oktober Kosten von 220 000 bis 250 000 Fr. berechnen: Preistreibend würden Grafik und Dekor wirken.

Und der Aspekt «Schleichwerbung»? Da handelt es sich um die «Darstellung werbenden Charakters von ... Waren, Ideen [gemäss Kontext wohl auch von Personen] in redaktionellen Sendungen, insbesondere gegen Entgelt» (Art. 11 RTVV). Wiederum nur eine Frage von «unerlaubten Geldflüssen»? In einem wichtigen Entscheid hat der Europäische Gerichtshof die Grenzen zwischen Journalismus und Werbung überprüfbar gemacht – selbst wenn unabhängige Dritte über Angebote berichten (Daamgard-Urteil des EuGH vom 2.4.2009, EG-Richt-

linie 2004/27). Leutenegger beteuert, er sei «Profi genug», um als Moderator streng unparteiisch zu moderieren – etwas anderes «könne er sich gar nicht leisten» («Tages-Anzeiger» vom 11. Juli). Sollte er dennoch entgleisen, könnten Zuschauer immer noch an die «Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen» gelangen und sich beschweren, der Moderator habe in der ausgestrahlten Einzelsendung gegen das Sachgerechtigkeitsgebot verstossen (Art. 4 RTVG).

Zweifellos «wirbt» der gewandte Journalist und Selbstdarsteller Filippo Leutenegger in acht Sendungen auf mehreren Kanälen *indirekt* aber für sich selber – durch seine schiere Dominanz als «Dompteur» (so der Übername des überzeugenden «Arena»-Moderators F. L. in den 90er-Jahren).

Damit verändert er wohl seine Position im Wahlkampf, mindestens jene auf der FDP-Liste, die möglicherweise von Sitzverlusten bedroht ist. Der selbstregulierende «Journalistenkodex» der Medienverbände betont in seiner Richtlinie 2.4., die Ausübung des Journalistenberufs sei nicht mit der Ausübung einer öffentlichen Funktion vereinbar; komme es dennoch zu Überschneidungen, sei auf «strikte Trennung» und Transparenz zu achten. Wenn nicht Trennung, so ist doch Transparenz da: Alle wissen Ende August, dass Nationalrat Leutenegger eine Sendung moderiert, und viele werden vielleicht hinschauen. Da kann die «NZZ am Sonntag» lange schimpfen: «[Leutenegger] will Politmoderator und Politiker in einem sein. Das ist dumm» (17. Juli). Vielleicht erreicht er seinen Zweck.

Zusammenfassung Die Mitte Juli 2011 angekündigten Pläne des freisinnigen Nationalrats Filippo Leutenegger, achtmal mitten im Herbstwahlkampf eine Politarena auf privaten Fernsehkanälen zu moderieren, erregen Aufsehen. Leutenegger, damals Redaktionsleiter bei der öffentlich-rechtlichen SRG, hatte ab 1993 höchst erfolgreich eine neue Sendung «Arena» mit Politikern und Publikum moderiert. Zudem erklärt das 2006 revidierte Radio- und Fernsehgesetz RTVG politische Werbung an Radio und Fernsehen kurzerhand für unzulässig. Die Lage ist alles andere als klar.

Bezahlt – aber von wem?

Am 11.8.2011 gab das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) bekannt, es habe mehrere Sendungen darauf hin untersucht, ob verbotene politische Werbung stattfinde (Art. 10 Abs. 1 RTVG): FDP-Nationalrat Filippo Leuteneggers «Politarena» auf Sat.1 (Schweiz) und mehreren regionalen Kommerzsendern; «CC Talk» auf Star TV, komodert von SVP-Nationalratskandidat Claudio Zanetti; «zum Kaffee üs dum Schloss» auf Radio Rottu, moderiert von CVP-Nationalrätin Viola Amherd. Es fänden «keine unerlaubten Geldflüsse» statt; die Sendungen würden weder von den Kandidaten noch von ihren Parteien oder durch Sponsoring finanziert. Auf Anfrage schob Caroline Sauser (BAKOM) nach, Leutenegger bestätige, weder er selber noch die FDP stecke Geld in die Sendung. Leutenegger beziehe entgegen ersten Medienaussagen ein Honorar. Wer die teuren «Politarenas» denn bezahle – von Kennern geschätzt auf insgesamt um die 220 000 Fr. – könne das BAKOM nicht bekanntgeben. Man habe sich aber nicht mit blossen Behauptungen zufriedengegeben.

Par Sylvain Métille*, Dr en droit et avocat, University of California (Berkeley),
sylvain.metille@romandie.com

Le secret professionnel à l'épreuve des mesures de surveillance prévues par le CPP

Zusammenfassung Die Schweizerische Strafprozessordnung (StrPO) definiert den Schutz des Berufsgeheimnisses als ein Zeugnisverweigerungsrecht. Die Reichweite dieses Schutzes hängt von der Berufszugehörigkeit eines Geheimnisträgers ab. Das Berufsgeheimnis spielt jedoch auch in anderen Fällen eine Rolle, wie zum Beispiel bei Durchsuchungen und Beschlagnahme oder Überwachungsmaßnahmen. Im Speziellen bei Überwachungsmaßnahmen genießt jeder Beruf aus Art. 170–173 StrPO den gleichen Schutz. Es ist zwar die Überwachung eines angeklagten Geheimnisträgers erlaubt, jedoch muss bei einer gerichtlichen Triage vermieden werden, dass Informationen, die unter das Berufsgeheimnis fallen, den Strafverfolgungsbehörden zur Verfügung gestellt werden. Diese Informationen können nur gegen den angeklagten Geheimnisträger verwendet werden, aber nie gegen den Geheimnisherrn. Dies gilt selbst dann, wenn der Geheimnisherr selbst angeklagt ist.

I. Introduction

Le Code de procédure pénale fédéral entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 définit la notion de secret professionnel principalement sous l'angle du droit de refuser de témoigner (partie II). Des degrés de protection différents sont accordés en fonction de la catégorie professionnelle à laquelle appartient le détenteur du secret (partie III). Le secret professionnel doit également être respecté dans le cadre d'autres actes d'investigation, en particulier lorsque des mesures techniques de surveillance sont prononcées (partie IV). Le CPP offre alors la même protection à tous les détenteurs de secret.

II. Le secret professionnel

1. La notion de secret professionnel

Par secrets, il faut entendre des faits connus d'un cercle restreint de personnes et qu'un intérêt légitime commande de

garder secret¹. C'est la notion de secret au sens matériel qui est retenue, soit des faits véritablement confidentiels, par opposition au secret dit formel (soit lorsque la loi le déclare comme tel indépendamment de savoir si les faits en questions sont effectivement confidentiels).

Le secret s'étend aux faits qui ont été confiés oralement ou par écrit en vertu de leur profession ou dont les personnes soumises au secret ont eu connaissance dans l'exercice de celle-ci, mais pas ce qu'ils ont appris à titre privé ou dans le cadre d'une fonction annexe². Le secret de fonction s'étend à toutes les informations acquises en raison de la fonction officielle et qui doivent rester confidentielles en raison d'un intérêt public ou privé digne de protection. L'information peut avoir été confiée à cause de cette fonction ou avoir été acquise volontairement ou non dans le cadre cette activité³.

Le secret professionnel au sens large regroupe le secret professionnel au sens étroit (2.a), le secret de fonction (2.b), la protection des sources des médias (2.c) et le devoir de discrétion imposé par la loi à certaines professions (2.d).

La personne tenue ou soumise au secret professionnel est celle qui acquiert l'information. Elle est généralement appelée confident ou détenteur (en allemand Geheimnisträger). Celui qui confie l'information, le plus souvent le client, est appelé titulaire ou parfois maître du secret (en allemand Geheimnisherr).

2. Les détenteurs du secret professionnel

A. Le secret professionnel au sens étroit

Le secret professionnel au sens étroit est celui auquel on pense en premier lieu et qui protège des activités pour lesquelles le respect de la confidentialité constitue un aspect essentiel. Celui qui consulte un médecin ou un avocat doit pouvoir avoir pleine confiance en la discrétion de celui-ci. L'article 321 du

* L'auteur tient à remercier Jean Perrenoud, documentaliste à l'Université de Neuchâtel pour son aide précieuse. L'auteur reste toutefois seul responsable d'une éventuelle erreur ou imprécision.

1 Sur la notion de secret: Bohnet, Droit de la profession d'avocat, pp 754-760; Jendly, La coexistence des secrets, pp 14-40 et les réf. cit; Vest/Harber, Basler Kommentar zu art. 171 StPO, p. 1178; Werly, CR-CPP ad art. 170-173 CPP, p. 783 et les réf. cit. Sur les raisons de protéger le secret, notamment dans le cadre de la procédure pénale: Goldschmid, Der Einsatz technischer Überwachungsgeräte im Strafprozess, pp 135-150; Hansjakob, BÜPF und VÜPF Kommentar, pp 196-198.

2 Bohnet, Droit de la profession d'avocat, pp 750-754; Werly, CR-CPP ad art. 170-173 CPP, pp 786-787 et les réf. cit.

3 Jendly, La coexistence des secrets, pp 133-134.

Code pénal (CP) prévoit une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire en cas de violation du secret professionnel. Le Code de procédure pénale (CPP) prévoit un droit de refuser de témoigner fondé sur le secret professionnel pour les ecclésiastiques, les avocats, les défenseurs, les notaires, les conseils en brevet, les médecins, les dentistes, les pharmaciens et les sages-femmes, ainsi que leurs auxiliaires (art. 171 CPP)⁴.

B. Le secret de fonction

La notion de secret de fonction correspond à celle des articles 320 CP et 170 CPP et concerne les fonctionnaires et les membres des autorités. L'article 320 CP prévoit une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire en cas de violation du secret, alors que l'article 170 CPP permet aux fonctionnaires et membres des autorités de refuser de témoigner.

Sont soumis au secret de fonction toutes les personnes faisant partie d'un pouvoir exécutif, législatif ou judiciaire (communal, cantonal ou fédéral), ainsi que les fonctionnaires et employés d'une administration publique et de la justice, y compris les personnes qui exercent une telle fonction à titre provisoire ou temporaire⁵.

C. Le secret de rédaction

Alors que la Constitution fédérale garantit le secret de rédaction (art. 17 al. 3), le Code pénal et le Code de procédure pénale prévoient une exemption de peine et de mesures de coercition en cas de refus de témoigner (art. 28a al. 1 CP et 172 al. CPP). La protection des sources journalistiques est l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse. L'absence d'une telle protection pourrait dissuader les sources journalistiques d'aider la presse à informer le public sur des questions d'intérêt général. En conséquence, la presse pourrait être moins à même de jouer son rôle indispensable de « chien de garde » et son aptitude à fournir des informations précises et fiables pourrait s'en trouver amoindrie⁶.

Peuvent se prévaloir du secret de rédaction les journalistes, les participants à la diffusion de l'information et les auxiliaires, ou pour reprendre les termes de la loi les personnes qui participent à titre professionnel à la publication d'informations dans la partie rédactionnelle d'un média à caractère

périodique ainsi que leurs auxiliaires. Pour être considéré comme un journaliste professionnel, il n'est pas nécessaire de posséder une accréditation, d'être membre d'une association professionnelle ou d'être rémunéré. Est en revanche déterminant le fait que l'activité ait une certaine continuité ainsi qu'une certaine intensité quantitative et qualitative⁷.

Les informations protégées par le secret de rédaction sont évidemment celles relatives à la source, mais également toutes celles liés à l'activité rédactionnelle: auteur d'une contribution anonyme, nom de l'informateur, matériel récolté par le journaliste, documents et renseignements fournis par des tiers, etc⁸.

D. Le devoir de discrétion

Diverses lois prévoient que certaines catégories professionnelles sont tenues au secret professionnel, ce que le CPP appelle alors devoir de discrétion (art. 173 CPP). Il s'agit des chercheurs dans les domaines de la médecine ou de la santé publique⁹, des personnes officiant dans les centres de consultation en matière de grossesse¹⁰, dans les centres de consultation pour les victimes d'infractions¹¹, du personnel des institutions privées de traitement ou d'assistance agréées en matière de toxicomanie¹², des détenteurs de secret de fabrication ou de secret commercial¹³, des détenteurs de secret d'affaires au sens de la Loi sur les placements collectifs¹⁴, des détenteurs de secret professionnel au sens la Loi sur les bourses¹⁵ et la Loi sur les banques¹⁶, des réviseurs¹⁷, des personnes astreintes au secret des postes et des télécommunications¹⁸, des personnes soumises au devoir de discrétion en matière de protection des données¹⁹, etc.

III. La dispense de témoigner en raison du secret professionnel

1. Une protection absolue

La Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA) à laquelle renvoie l'article 171 alinéa 4 CPP prévoit une protection absolue du secret professionnel pour l'avocat et ses auxiliaires. L'article 13 LLCA rappelle ainsi que le fait d'être délié du secret professionnel n'oblige pas l'avocat à divulguer des faits qui lui ont été confiés²⁰. Il est libre de les divulguer ou non: ni le client, ni l'autorité de surveillance ne peuvent le contraindre

4 Pour plus de détails sur les personnes concernées: Werly, CR-CPP ad art. 170-173 CPP, pp 788-790. Les réviseurs (contrôleurs astreints au secret professionnel en vertu du Code des obligations) tombent sous le coup de la violation du secret de fonction au sens de l'art. 321 CP, mais ne bénéficient pas d'une dispense absolue du droit de témoigner. Ils sont tenus de déposer à moins qu'ils ne rendent vraisemblable que l'intérêt au maintien du secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité (art. 173 al. 2 CPP): Werly, CR-CPP ad art. 170-173 CPP, pp 787 et 805.

5 Pour plus de détails et une liste d'exemples: Vest/Harber, Basler Kommentar zu art. 170 StPO, pp 1173-1174; Werly, CR-CPP ad art. 170-173 CPP, pp 781-783 et les réf. cit.

6 Arrêt de la Cour EDH Goodwin c. Royaume-Uni, du 27 mars 1996, § 39, Recueil 1996-II. Voir également Zeller, Basler Kommentar zu art. 172 StPO, pp 1184-1189.

7 Zeller, Basler Kommentar zu art. 172 StPO, pp 1189-1198.

8 Werly, CR-CPP ad art. 170-173 CPP, pp 797-799; Zeller, Basler Kommentar zu art. 172 StPO, pp 1199-1201.

9 Art. 321^{bis} CP.

10 Art. 2 Loi sur les centres de consultation en matière de grossesse.

11 Art. 11 LAVI.

12 Art. 15 al. 2 LStup.

13 Art. 162 CP.

14 Art 148 al.1 lit. k LPPC.

15 Art. 43 LBVM.

16 Art. 47 LBVM.

17 Art. 321 CP.

18 Art. 321^{ter} CP.

19 Art. 35 LPD.

20 Sur la levée du secret professionnel de l'avocat: Bohnet, Droit de la profession d'avocat, pp 777-791.

à témoigner²¹. Le prévenu doit pouvoir s'entretenir librement et se confier complètement à son défenseur, sans prendre le risque que ses révélations soient évoquées par son défenseur alors qu'il n'a pas personnellement d'obligation de le faire. Cela correspond au droit du prévenu de ne pas s'auto-incriminer²².

L'avocat-conseil et le défenseur en justice²³ ne sont pas soumis à la LLCA. Ils ne peuvent alors pas se prévaloir de l'article 13 LLCA et ont donc l'obligation de déposer lorsqu'ils sont déliés du secret professionnel²⁴.

2. Une protection relative en raison de la levée du secret

La principale exception à la dispense de témoigner concerne le cas où le confident est délié du secret. Il peut l'être par le maître du secret lui-même ou par une autorisation écrite de l'autorité compétente (à savoir l'autorité hiérarchique pour les fonctionnaires et l'autorité de surveillance pour les autres professions).

L'autorité supérieure à l'obligation de délier les détenteurs du secret de fonction lorsque l'intérêt à la manifestation de la vérité prime l'intérêt de l'autorité ou de particuliers au maintien du secret²⁵. L'autorité de surveillance doit également procéder à une pesée d'intérêts²⁶.

Les détenteurs de secret de fonction qui ont été déliés du secret ont l'obligation de témoigner²⁷. Il en va de même pour les détenteurs de secrets professionnels²⁸, qui ont toutefois encore la possibilité de demander à l'autorité pénale de les exempter de leur obligation de témoigner lorsque la révélation risque de causer un tort injustifié à autrui²⁹.

Quant aux personnes soumises au secret professionnel et à un devoir de dénonciation, elles voient le second primer sur le premier. Ainsi le médecin qui constate un décès survenu dans des circonstances inhabituelles devra informer les autorités pénales compétentes³⁰.

3. Une protection relative en raison de la pesée des intérêts

Les personnes soumises par d'autres lois à un devoir de discrétion et énumérées à l'article 173 alinéa 1 CPP (les chercheurs dans les domaines de la médecine ou de la santé publique, les personnes officiant dans les centres de consultation en matière de grossesse ou dans les centres de consultation pour les victimes d'infractions et le personnel des institutions privées de traitement ou d'assistance agréées en matière de toxicomanie) ont le droit de refuser de témoigner à moins que l'intérêt à la manifestation de la vérité ne l'emporte sur l'intérêt au maintien du secret. Le fardeau de la preuve appartient à la direction de la procédure qui doit effectuer une pesée d'intérêts.

4. Une protection limitée

Le secret de rédaction souffre également des exceptions, dans deux hypothèses mentionnées à l'article 172 CPP. La première exception concerne les cas où le témoignage du détenteur du secret est nécessaire pour porter secours à une personne dont l'intégrité physique ou la vie est directement menacée. La menace doit être en cours ou imminente³¹.

La seconde exception prévoit que le secret de rédaction ne dispense pas de témoigner lorsque deux conditions sont cumulativement remplies: premièrement, l'infraction poursuivie figure dans la liste exhaustive de l'article 172 alinéa 2 lettre b CPP et deuxièmement, la déposition apparaît comme l'unique solution pour élucider une infraction ou appréhender un prévenu pour lequel il y a des soupçons sérieux³². Le secret de rédaction est ainsi considéré comme étant suffisamment protégé puisque le journaliste sait à l'avance dans quelles situations il pourra garantir à ses sources un anonymat.

5. Une protection exceptionnelle

La dernière catégorie (art. 173 al. 2 CPP) offre la protection la plus faible aux détenteurs d'autres secrets puisque la règle veut qu'ils soient obligés de témoigner. La direction de la procédure peut néanmoins faire une exception et les libérer de l'obligation de témoigner s'ils rendent vraisemblable que l'intérêt au maintien du secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité.

Cela concerne les détenteurs de secrets prévus par la loi mais qui ne figurent pas dans la liste des devoirs de discrétion de l'article 173 alinéa 1 CPP, soit les détenteurs de secret de fabrication ou de secret commercial, les détenteurs de secret d'affaires au sens de la Loi sur les placements collectifs, les détenteurs de secret professionnel au sens de la Loi sur les bourses et

21 ATF 136 III 296, Ordre des avocats vaudois, du 31 mars 2010, consid. 3.3. Voir également Bohnet, Droit de la profession d'avocat, pp 745, 761 et 767.

22 Bohnet, Droit de la profession d'avocat, pp 744-745.

23 En matière pénale, la représentation du plaignant n'est pas soumise au monopole des avocats.

24 Bohnet, Droit de la profession d'avocat, pp 741-742 et 746-747.

25 Art. 170 al. 2 et 3 CPP.

26 Art. 171 al 2 lit. b CPP et 321 ch. 2 CP.

27 Vest/Harber, Basler Kommentar zu art. 170 StPO, pp 1174-1175.

28 A l'exception des avocats (art. 171 al. 4 CPP et 13 LLCA).

29 Art. 171 al. 3 CPP et Vest/Harber, Basler Kommentar zu art. 171 StPO, pp 1180-1181.

30 Art. 171 al. 2 lit. a CPP et Vest/Harber, Basler Kommentar zu art. 171 StPO, p. 1180; Werly, CR-CPP ad art. 170-173 CPP, p. 791. Un tel devoir de dénonciation est généralement réglé par la législation cantonale sur la santé ou les professions médicales.

31 L'art. 28a CP précise que l'atteinte doit être imminente. Zeller, Basler Kommentar zu art. 172 StPO, p. 1202.

32 ATF 132 I 181, X., du 11 mai 2006, consid. 4. Voir également Werly, CR-CPP ad art. 170-173 CPP, pp 800-802; Zeller, Basler Kommentar zu art. 172 StPO, pp 1202-1206.

la Loi sur les banques, les réviseurs³³, les personnes astreintes au secret des postes et des télécommunications, les personnes soumises au devoir de discrétion en matière de protection des données, etc.

IV. La protection du secret professionnel en cas de surveillance

1. Les mesures techniques de surveillance

Les mesures techniques de surveillance prévues par le CPP doivent permettre de rechercher l'auteur d'une infraction ou des preuves liées à l'infraction dans le cadre d'une enquête pénale sans avoir besoin de la collaboration de la personne surveillée, voire le plus souvent à son insu. La possibilité d'obtenir ainsi des informations qu'elle ne transmettrait pas volontairement est un avantage certain pour l'enquête pénale mais constitue également une atteinte marquée à la sphère privée de l'individu.

Dans le chapitre 8 du titre 5 intitulé « mesures de surveillance secrètes »³⁴, le CPP prévoit la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication ainsi que la récolte des données secondaires (données relatives au trafic, à la facturation et à l'identification des usagers), la surveillance des relations bancaires, l'observation, l'emploi d'autres dispositifs techniques de surveillance (micros, caméras, balises GPS) et l'investigation secrète.

La protection de la sphère privée découlant notamment des articles 13 Constitution fédérale et 8 Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) impose des limites à la surveillance et le CPP prévoit différents mécanismes particuliers dans ce but. La surveillance de la correspondance par poste et télécommunication, l'emploi d'autres dispositifs techniques de surveillance ou l'investigation secrète sont ainsi ordonnés par le ministère public puis autorisés par le tribunal des mesures de contrainte, qui est une autorité judiciaire indépendante³⁵. Une procédure similaire s'applique à la surveillance des relations bancaires³⁶, alors que la police peut décider seule de mener une observation dont la durée n'excède pas un mois³⁷.

La surveillance n'est admise que dans le cas de la poursuite d'infractions d'une certaine gravité³⁸. Elle revêt un caractère subsidiaire (les autres mesures d'investigation sont restées sans succès ou n'auraient aucune chance d'aboutir³⁹) et doit être proportionnée (limitation du champ et de la durée de la surveillance à ce qui est nécessaire, etc.). La personne visée doit être informée à l'issue de la surveillance⁴⁰. Cette communication permet également à la personne surveillée de saisir l'autorité de recours pour faire contrôler la légalité de la surveillance opérée⁴¹.

Une surveillance de la correspondance peut être dirigée uniquement contre un prévenu. A titre exceptionnel un tiers peut être visé lorsque le prévenu utilise son adresse postale ou son raccordement de télécommunication pour recevoir des envois et des communications, ou que le tiers lui sert d'intermédiaire⁴². Pour ce qui est de la surveillance des relations bancaires et de l'utilisation de dispositifs techniques de surveillance, seul le prévenu peut être visé⁴³. Le CPP ne semble en revanche pas limiter l'observation au prévenu et pourrait viser une personne détentrice de secrets qui ne serait pas un prévenu. Le texte de la loi est muet sur ce point, mais il paraît en tous cas exclu de recourir à l'observation pour obtenir des informations couvertes par le secret professionnel. Il faudra alors procéder à un tri des informations avant de les transmettre à l'autorité en charge de l'enquête et écarter toutes celles protégées par le secret. Quant à l'investigation secrète, le tri sera effectué directement par la personne de contact sous la surveillance d'un magistrat. L'infiltration sur le lieu de travail d'une personne au bénéfice du secret professionnel devra être limitée en cas de soupçons graves sur le détenteur du secret professionnel lui-même et des raisons particulières⁴⁴.

La surveillance est donc soumise à des conditions précises. L'atteinte portée à la sphère privée de la personne surveillée pouvant être limitée et contrôlée, elle est considérée comme admissible. Un autre problème se pose en revanche lorsque des informations protégées par le secret professionnel sont dévoilées lors d'une mesure de surveillance technique. Si

33 Art. 321 CP.

34 Art. 269ss CPP.

35 Art. 274 et 289 CPP.

36 L'article 284 CPP prévoit que le tribunal des mesures de contrainte peut autoriser la surveillance des relations bancaire à la demande du ministère public. A notre sens cette formulation est malheureuse car elle ne permet pas la surveillance en temps réel qui est pourtant le sens premier de cette disposition. Il faut alors appliquer la même procédure que pour la surveillance de la correspondance et de l'utilisation des autres dispositifs de surveillance: Métille, Mesures techniques de surveillance et respect des droits fondamentaux, pp 167-170 et 225-227.

37 L'observation au sens de l'article 282 CPP est limitée aux lieux librement accessibles, ce qui justifie une procédure allégée. Au-delà d'un mois, l'autorisation du ministère public est nécessaire (art. 282 al. 2 CPP).

38 Voir figurant dans une liste exhaustive pour la surveillance de la correspondance et les autres mesures techniques de surveillance (art. 269 al. 2 CPP), ainsi que pour l'investigation secrète (art. 286 al. 2 CPP). La récolte des données relatives au trafic, à la facturation et à l'identification des usagers est néanmoins admise pour tous les délits et crimes (art. 273 CPP).

39 Une subsidiarité absolue n'est pas exigée et il suffit que les autres actes d'enquêtes soient excessivement difficiles à mener: ATF 1B_425/2010 du 22 juin 2011, consid. 3.3.

40 Art. 279, 283 et 298 CPP.

41 Si le recours est techniquement dirigé contre la communication, il permet de faire contrôler, en fait et en droit, toute la procédure de surveillance et d'éliminer les résultats obtenus si la procédure n'a pas été respectée. Les mesures nécessaires à protéger le secret professionnel pourrait déjà être invoquées ici, même si le caractère inexploitable d'une preuve illégale peut aussi être contrôlé par le juge du fonds.

42 Art. 270 lit. b. La notion de tiers au sens de cette disposition est plus restrictive que celle utilisée dans d'autres dispositions du CPP car elle ne concerne que les tiers correspondant aux chiffres 1 ou 2 de cet article.

43 Art. 284 et 281 CPP.

44 En matière d'investigation secrète: Jeanneret/Ryser, CR-CPP ad art. 286 CPP, p.1325.

le détenteur d'un secret est en mesure de le protéger en refusant de témoigner ou de transmettre des documents, il n'a pas cette faculté lorsqu'une mesure de surveillance est dirigée contre lui: il ignore le plus souvent que la surveillance est en cours et même s'il devait s'en douter, les possibilités qu'il aurait de soustraire les informations à la surveillance sont restreintes. Le législateur a donc dû trouver un autre moyen de défendre le secret professionnel, sans pour autant créer une impunité des détenteurs de secret.

2. Le principe du respect du secret

Même si le CPP ne le dit pas expressément, les mesures de surveillance doivent respecter le secret professionnel. Le but du secret étant de protéger le titulaire du secret, il ne doit pas servir d'immunité pour la personne soumise au secret professionnel, ni empêcher toute mesure de surveillance. Une surveillance est donc admissible, mais un tri doit être effectué entre les informations protégées et celles qui ne le sont pas. C'est ce que prévoit le CPP à l'article 271 pour la surveillance de la correspondance⁴⁵ et l'utilisation de dispositifs techniques de surveillance⁴⁶. Le Code de procédure ne mentionne rien à ce sujet pour la surveillance des relations bancaires, l'observation et l'investigation secrète. Les dispositions prévues pour la surveillance des communications devront être appliquées par analogie, car rien ne justifie que certaines mesures de surveillance ne respectent pas le secret professionnel⁴⁷.

En matière de surveillance, le secret professionnel est entendu au sens large. Il n'est pas fait de différence entre secret professionnel, secret de fonction, secret de rédaction, ou encore devoir de discrétion. L'article 271 CPP traite de manière similaire tous les détenteurs de secrets et leur offre la même protection, pourvu qu'ils appartiennent à l'une ou l'autre des catégories professionnelles énumérées aux articles 170 à 173 CPP⁴⁸. À noter que le même principe est appliqué en matière de perquisition et de séquestre, puisque tous les secrets professionnels sont protégés de la même manière⁴⁹. L'article 264 alinéa littera c CPP prévoit en particulier que les objets, documents et correspondance qui proviennent de relations établies entre le prévenu et une personne ayant le droit de refuser de témoigner en vertu des articles 170 à 173 et qui n'a pas le statut de prévenu dans la même affaire ne peuvent pas être séquestrés.

Le CPP prévoit en revanche des règles différentes en fonction de la personne visée par la surveillance. Lorsque la surveillance vise un titulaire du secret ou une autre personne (3.a), les informations protégées par le secret devront être complète-

ment écartées. Lorsque la surveillance porte en revanche sur un prévenu soumis au secret professionnel (3.b), il faut tenir compte du secret uniquement pour protéger les intérêts des titulaires du secret. Des informations couvertes par le secret professionnel pourraient alors être utilisées si elles sont en rapport avec l'objet de l'enquête et le motif pour lequel la surveillance a été autorisée, en particulier quand le détenteur est soupçonné d'avoir commis des infractions en profitant du secret. Les intérêts des titulaires du secret doivent néanmoins être pris en compte, par exemple en anonymisant les données.

3. Les différentes hypothèses

A. La surveillance du titulaire du secret ou d'une personne autre que celle tenue au secret

Comme la surveillance n'est pas dirigée contre le détenteur du secret, toutes les données recueillies sont transmises directement aux personnes chargées de l'instruction. Rien ne laisse présumer que des secrets sont menacés et que des mesures particulières seraient nécessaires. C'est d'ailleurs la plupart du temps le cas de ce genre de mesures de surveillance. Il se peut toutefois que des informations couvertes par le secret apparaissent lors de la surveillance. L'exemple classique du titulaire du secret objet de la surveillance est le prévenu qui s'entretient avec son médecin ou son avocat. Dans ces cas, la protection assurée par le secret professionnel ne souffre aucune exception et les informations protégées sont inexploitable.

Une mesure de surveillance dirigée contre une personne qui n'est pas directement liée au secret pourrait aussi conduire à enregistrer des éléments protégés. Cela peut arriver lorsque la vidéosurveillance d'une personne enregistre la conversation entre deux personnes à proximité de la cible et qui se révéleraient être un avocat et son client. Dans ce cas également, les informations protégées sont inexploitable⁵⁰.

Le secret tend précisément à protéger les titulaires du secret et l'article 271 alinéa 3 CPP dispose donc que ces informations ne peuvent pas être exploitées⁵¹. Si le principe est clair, la mise en pratique est plus compliquée⁵². Contrairement à la surveillance de la personne soumise au secret, il est plutôt rare de pouvoir prévoir que des éléments couverts par le secret seront évoqués, ce qui rend quasi impossible de les exclure du dossier avant d'en avoir pris connaissance. Les informations protégées doivent alors être retirées du dossier de la procédure pénale dès qu'elles sont découvertes, directement par celui qui les découvre, puis immédiatement détruites⁵³. Cela concerne la surveillance des communications et par analogie la surveillance des relations bancaires, l'observation, et l'investigation secrète. Si elles ne pourront pas servir de preuves, elles auront néanmoins été

45 Par analogie, cela concerne aussi la récolte des données relatives au trafic, à la facturation et à l'identification des usagers.

46 Avec en plus une interdiction générale d'utiliser des dispositifs techniques de surveillance pour surveiller les locaux ou les véhicules d'une personne soumise au secret professionnel autre que le prévenu, et cela même si le prévenu s'y trouve régulièrement (art. 281 al. 3 lit. b CPP).

47 En matière d'investigation secrète: Jeanneret/Ryser, CR-CPP ad art. 286 CPP, p.1325.

48 Hansjakob, Zürcher Kommentar zu art. 271 StPO, p. 1327.

49 Art. 247 et 264 CPP.

50 Sous réserve des dispositions en matière de découvertes fortuites (art. 278 CPP). Cela ne peut toutefois que concerner des infractions commises par la personne soumise au secret et en aucun cas le titulaire du secret.

51 C'est une preuve inexploitable au sens de l'article 141 CPP.

52 Sträuli, «La surveillance de la correspondance par poste et télécommunication», in Mehr Sicherheit – weniger Freiheit? Ermittlungs- und Beweistechniken hinterfragt, pp 160-161.

53 Hansjakob, BÜPF und VÜPF Kommentar, p. 269.

portées à la connaissance des policiers et parfois du ministère public. Ces derniers devraient en faire une complète abstraction, mais il est difficile de ne pas penser que parfois cela pourrait tout de même inspirer l'autorité à procéder à des actes d'enquête qu'elle n'aurait pas envisagés sans ces informations.

B. La surveillance de la personne tenue au secret

La seconde hypothèse concerne la surveillance d'une personne soumise au secret professionnel parce que de graves soupçons laissent présumer qu'elle a commis une ou des infractions, par exemple lorsqu'un avocat, médecin ou fonctionnaire fait l'objet d'une enquête pénale⁵⁴. Deux éléments distinguent cette situation de celles évoquées précédemment. Premièrement, le secret professionnel n'a pas pour but de protéger la personne visée par la surveillance et soupçonnée d'avoir commis les infractions. Deuxièmement, la présence d'informations protégées est évidente et des mesures pour assurer le respect du secret peuvent être prises avant même le début de la surveillance. L'ensemble des données recueillies sera par conséquent soumis au tri d'une autorité judiciaire⁵⁵.

L'article 271 alinéa 1 CPP prévoit que les informations protégées par le secret professionnel et qui n'ont de lien ni avec l'objet de l'enquête ni avec le motif pour lequel la personne concernée est soumise à la surveillance doivent être écartées⁵⁶. Les informations écartées doivent être soustraites à la curiosité du ministère public et à celle des policiers chargés de l'investigation⁵⁷. Elles ne doivent pas être conservées dans un dossier séparé mais entièrement détruites. Ni les supports de données, ni les transcriptions ne doivent être conservés. Ces preuves sont inexploitable, comme le seraient celles obtenues grâce à la preuve déclarée inexploitable si la première preuve était la condition *sine qua non* pour les obtenir⁵⁸.

Si des informations couvertes par le secret professionnel sont directement liées aux infractions poursuivies et visées par l'ordre de surveillance, elles pourront être conservées. On prendra toutefois soin de protéger les détenteurs du secret en anonymisation les données, en particulier en supprimant les noms des clients⁵⁹.

Un tri systématique des données recueillies par une autorité judiciaire indépendante doit être réalisé dès qu'il existe un soupçon raisonnable que des informations protégées par le

secret tomberont sous le champ de la surveillance⁶⁰. Le message du Conseil fédéral précise que l'autorité, qui doit être judiciaire, n'est pas tenue de procéder au tri elle-même, mais qu'elle peut se contenter de diriger l'opération. Cette tâche peut être confiée au tribunal des mesures de contrainte⁶¹. Celui-ci ne pourrait ensuite plus statuer dans la cause, qu'il s'agisse de l'autorisation d'une autre mesure de surveillance, de détention provisoire, ou d'une autre de ses compétences. Une autre cour ou chambre du tribunal des mesures de contrainte, composée de personnes différentes, ne serait admissible que si des mesures suffisantes sont prises pour que les informations de l'une ne soient pas à disposition de l'autre⁶². Même si elle ne procède pas au tri elle-même, l'autorité judiciaire doit contrôler les informations qui seront remises au ministère public⁶³.

Le CPP n'indique malheureusement pas qui est responsable d'opérer ce tri et sur quelle base, pas plus qu'il ne prévoit une possibilité de faire contrôler ce tri, une possibilité de demander que des documents soient ajoutés ou écartés, ni une voie de recours. On pourra s'inspirer des dispositions et de la jurisprudence rendue en matière de perquisition chez des détenteurs de secrets, en particulier les études d'avocats⁶⁴. La nature des mesures de surveillance, contrairement à une perquisition ou la personne visée peut être présente, ne lui permettra pas de s'exprimer et le tri devrait être fait avec d'autant plus de précautions.

Lorsque l'objet de la surveillance est utilisé par une personne soumise au secret et un prévenu qui n'y est pas, il y a lieu de mettre également en place un tri sous le contrôle d'un tribunal. Le risque de transmettre des données protégées est en effet important. Une telle situation peut par exemple se produire lorsque le conjoint d'un médecin est mis sur écoute, ou que la surveillance porte sur un secrétariat partagé entre plusieurs bureaux (certains étant soumis au secret et d'autres non).

Le branchement direct n'est admis que si des soupçons particulièrement graves pèsent sur le détenteur du secret professionnel et que des raisons particulières l'exigent, notamment

54 Sur les conditions auxquelles un détenteur de secret peut être surveillé: Hansjakob, BÜPF und VÜPF Kommentar, pp 195-206; Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, p. 252; Piquerez, Traité de procédure pénale suisse, pp 593-596 et 621; Rhyner/Stüssi, VSCK Kommentar zu Art. 269-279 StPO, pp 449-451; Sträuli, «La surveillance de la correspondance par poste et télécommunication», in Mehr Sicherheit – weniger Freiheit? Ermittlungs- und Beweistechniken hinterfragt, pp 137-139.

55 Encore faut-il que l'objet de la surveillance soit identifié comme étant soumis au secret. Sur cette question: Hansjakob, BÜPF und VÜPF Kommentar, pp 201-204.

56 Zufferey / Bacher, CR-CPP ad art. 271 CPP, p. 1244.

57 Jean-Richard-dit-Bressel, Basler Kommentar zu art. 271 StPO, pp 1931-1932.

58 Art. 141 CPP, Message du CF relatif à l'unification de la procédure pénale, pp 1163-1164.

59 Bohnet, Droit de la profession d'avocat, p. 775.

60 Hansjakob, BÜPF und VÜPF Kommentar, pp 213-217.

61 Message du Conseil fédéral relatif à l'unification de la procédure pénale, FF 2006 1057, pp 1231-1232.

62 Cela signifie que les dossiers doivent être séparés et inaccessibles pour les juges mais également les greffiers, etc. Il sera probablement plus simple de recourir à un juge suppléant extraordinaire, par exemple provenant d'une autre instance ou d'un tribunal des mesures de contrainte d'un autre lieu.

63 Sträuli, «La surveillance de la correspondance par poste et télécommunication», in Mehr Sicherheit – weniger Freiheit? Ermittlungs- und Beweistechniken hinterfragt, pp. 162 et 165-166.

64 Voir en particulier les ATF 132 IV 63, A. A. et B. A. du 6 février 2006, 1B_288/2007 du 30 septembre 2008 et 1B_412/2010 du 4 avril 2011, ainsi que Bohnet, Droit de la profession d'avocat, pp 768-776.

un caractère urgent⁶⁵. Cette possibilité doit être utilisée de manière très restreinte, puisque l'autorité policière prend connaissance des informations avant même qu'un tri ne puisse avoir lieu⁶⁶. Avant l'introduction du CPP, le branchement direct n'était pas autorisé pour les personnes soumises au secret professionnel. L'observation représente un cas similaire à celui du branchement direct puisque les agents en charge de l'observation acquièrent directement les informations. A défaut d'une meilleure solution, on engagera dans la mesure du possible pour l'observation des agents qui ne sont pas en charge de l'enquête et l'on prendra les mesures nécessaires pour que les informations couvertes par le secret professionnel ne leur soient pas transmises. Dans tous les cas, ils ne pourront pas faire usage des informations protégées.

Il se peut finalement qu'une personne soit mise sur écoute sans que l'on sache initialement qu'elle fait partie des personnes soumises au secret professionnel. Dans ce cas, l'accès aux informations protégées doit être suspendu dès que l'on s'aperçoit que la personne est soumise au secret professionnel et un tri effectué par une autorité indépendante. Les informations protégées déjà recueillies seront évidemment écartées.

V. Conclusion

Quand il est question de mesures techniques de surveillance, la notion de secret professionnel s'entend au sens large et intègre toutes les personnes au bénéfice d'une dispense de témoigner au sens des articles 170 à 173 CPP (secret professionnel au sens étroit, secret de fonction, secret de rédaction et devoir de discrétion). Le secret professionnel ne sert pas à protéger celui qui est soumis au secret (le CPP prévoit qu'il peut faire l'objet de mesures de surveillance), mais il protège bien plus les titulaires de secrets et cela sans aucune exception. Si des éléments ou des preuves sont obtenus en violation du secret professionnel, ils sont totalement inexploitable et ne peuvent

être utilisés d'aucune manière. Il en est de même des preuves récoltées uniquement grâce à celles-là.

La protection du secret professionnel est admise par le CPP et rien ne justifie que les mesures de surveillance ne le respectent pas. Que des informations protégées puissent être utiles à l'enquête ne justifie pas une dérogation. Cela peut être parfois frustrant pour les enquêteurs, mais c'est le prix à payer pour que la notion de secret professionnel conserve un sens et que la confiance en ceux qui y sont soumis puisse être maintenue.

Le Code de procédure pénale impose à un tribunal indépendant de la cause de procéder à un tri des données récoltées pour assurer le respect du secret. Ces mesures sont contraignantes et représentent un important travail, mais elles sont pleinement justifiées. L'autorité qui souhaite utiliser un outil d'investigation puissant comme le sont les mesures techniques de surveillance doit s'accommoder des conséquences qu'il implique (procédure d'autorisation, communication, procédure de contrôle et respect du secret professionnel).

Résumé Le Code de procédure pénale Suisse (CPP) définit la notion de secret surtout au niveau du droit de refuser de témoigner (art. 170–173). Des degrés de protection différents sont accordés en fonction de la catégorie professionnelle à laquelle appartient le détenteur du secret. Le secret doit aussi être respecté dans le cadre d'autres actes d'investigation, et en particulier lors de perquisitions et séquestres ou lorsque des mesures techniques de surveillance sont prononcées. Le CPP protège toutes les professions mentionnées aux art. 170–173 CPP de la même manière. La surveillance d'une personne tenue au secret est admissible mais exige des mesures particulières, comme le tri des informations par une autorité judiciaire indépendante afin que les secrets ne parviennent pas à l'autorité en charge de l'investigation. De telles informations ne peuvent être utilisées, après avoir été rendues anonymes, qu'à l'encontre du prévenu détenteur du secret. Elles ne peuvent en revanche jamais l'être à l'encontre de celui qui confie l'information, même s'il est prévenu.

Summary The Swiss Criminal Procedure Code (CrimPC) defines professional secrets first as a right not to testify (art. 170–173). Different degrees of protection are granted, according to the professional status of the person to whom the confidential communication was made. Privilege is also relevant in other contexts, such as search and seizure or surveillance. CrimPC protects members of every profession listed in art. 170–173 by requiring an independent judicial body to sort out the results of any surveillance of them in order to protect their clients' secrecy. Privileged information can only be used against the accused person who received the secret information and can never be used against the person who confided the secret, even if it is an accused person.

65 C'est une nouveauté introduite par l'article 271 alinéa 2 CPP. La notion de branchement direct a été conservée bien qu'inappropriée. A l'origine, les PTT écoutaient la conversation et remettaient une transcription aux autorités policières, sauf en cas de branchement direct où la police écoutait directement la conversation. Actuellement, le Service chargé de la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (SSCPT) met à disposition des autorités policières les résultats de la surveillance (conversations, informations échangées, etc.) en temps réel via le système LIS (Lawfull Interception System). L'accès aux données en temps réel est la règle. Dans le cas de la surveillance de personnes soumises au secret professionnel, la police ne devrait pas avoir accès au LIS, mais seulement les personnes en charge du tri des informations. L'accès direct aux données (sans tri préalable) via LIS correspond à la notion de branchement direct mentionné dans le CPP.

66 La formulation de l'article 271 alinéa 1 CPP pourrait être modifiée par la future révision de la LSCPT: il serait précisé que non seulement un tri doit être opéré, mais également que l'accès direct par les autorités de poursuite pénale aux informations recueillies dans le cadre de la surveillance est empêché. Il s'agirait d'une simple clarification: Conseil fédéral, Avant-projet de révision de la Loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication du 19 mai 2010, pp 44-45.

Pierre Rieder, Dr. iur., Leiter Sekretariat UBI*
pierre.rieder@ubi.admin.ch

Was bewirken Entscheide der UBI?

Résumé Les décisions de l'AIEP ont avant tout un caractère constatatoire. Les motifs de fait et de droit ne permettent de menacer ou de prononcer des sanctions administratives à l'encontre du contrevenant. En pratique, suite à la constatation d'une violation de droit, c'est la procédure selon l'art. 89 LRTV qui est pertinente. L'AIEP examine si les mesures adoptées sont suffisantes pour remédier au manquement constaté et pour prévenir toute violation semblable dans le futur. L'importance des décisions de l'AIEP tient essentiellement à leur effet indirect. Elles influencent l'activité du diffuseur en définissant ses devoirs journalistiques de diligence propres à la diffusion.

I. Einleitung

Seit 1984 beurteilt die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) Beschwerden gegen ausgestrahlte Radio- und Fernsehsendungen schweizerischer Rundfunkveranstalter. Rechtliche Grundlagen bilden Art. 93 Abs. 5 BV¹ und Art. 82ff. RTVG². Organisationsrechtlich ist die UBI eine ausserparlamentarische Kommission des Bundes.³ Als gerichtsähnlich funktionierende Aufsichtsbehörde über den Inhalt redaktioneller Sendungen⁴ stellt sie in einem europäischen Kontext ein Auslaufmodell dar.⁵

Von der Ausstrahlung der beanstandeten Sendung bis zur Eröffnung des materiellen Entscheids der UBI vergehen mindestens acht Monate. Beschwerde bei der UBI kann gemäss Art. 95 Abs. 1 RTVG erst erhoben werden, wenn die vorgelagerte zuständige Ombudsstelle das Beanstandungsverfahren mit einem Bericht beendet hat. Die Dauer der eigentlichen Beschwerdeverfahren hat sich seit Inkrafttreten des RTVG 2006

aufgrund der Formalisierung des Verfahrens mit der Anwendung des VwVG⁶ und der Öffentlichkeit der Beratungen⁷ verlängert. Vorsorgliche Massnahmen darf die UBI gemäss Art. 86 Abs. 4 RTVG nicht treffen. Es stellt sich vor diesem Hintergrund und angesichts der Schnelligkeit elektronischer Medieninhalte die Frage, welche Bedeutung den Entscheiden der UBI in rechtlicher und faktischer Hinsicht zukommt.

II. Inhalt von UBI-Entscheiden

Die Entscheide haben primär feststellenden Charakter.⁸ Bei Programmbeschwerden stellt die UBI fest, ob die angefochtenen Sendungen mit dem einschlägigen nationalen oder internationalen Recht vereinbar sind. In der Praxis betreffen die diesbezüglichen UBI-Entscheide seit Inkrafttreten des RTVG 2006 ausschliesslich Art. 4 und 5 RTVG⁹. Das internationale Recht enthält keine direkt anwendbaren Bestimmungen, welche weitergehende Regeln vorsehen als das nationale Recht. Das betrifft namentlich das Europäische Übereinkommen über das grenzüberschreitende Fernsehen des Europarats.¹⁰ Ein Revisionsentwurf, welcher eine Erweiterung des Geltungsbereichs auf individuell abrufbare Inhalte und damit eine Anpassung an die Richtlinie der Europäischen Union über audiovisuelle Mediendienste¹¹ vorsieht, ist seit Längerem auf Eis gelegt.

Neben Programmbeschwerden entscheidet die UBI auch über Zugangsbeschwerden gemäss Art. 97 Abs. 2 Bst. b RTVG.¹² Sie hat dabei festzustellen, ob einer Person der Zugang zum redaktionellen Teil eines Programms oder zu Werbeblöcken rechtswidrig verweigert wurde. Die UBI hat dabei vor allem die Einhaltung von zentralen Bestimmungen der BV und der

* Der Autor vertritt seine persönliche Meinung.

1 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, SR 101.

2 Das Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 24. März 2006 (RTVG; SR 784.40) trat am 1. April 2007 in Kraft und ersetzte das alte RTVG vom 21. Juni 1991.

3 Die Regierungs- und Verwaltungsverordnung (RVOV; SR 172.010.1) unterteilt die ausserparlamentarischen Kommissionen aufgrund ihrer Funktion in Verwaltungs- und Behördenkommissionen. Bezüglich der Entschädigung ihrer Mitglieder unterscheidet sie überdies zwischen gesellschaftsorientierten und marktorientierten Kommissionen. Die UBI ist gemäss Art. 8a Abs. 3 und Anhang 2 RVOV eine marktorientierte Behördenkommission.

4 Siehe dazu im Einzelnen Art. 8ff. Geschäftsreglement UBI (SR 784.409).

5 Machet, La régulation des contenus audiovisuels en Suisse replacée dans son contexte européen, medialex 4/10, S. 201.

6 Art. 86 Abs. 3 RTVG sieht vor, dass das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) anwendbar ist, wenn das RTVG keine spezifischen Regelungen enthält. Siehe dazu auch Weber, Rundfunkrecht, Bern 2008, N 12 zu Art. 86 RTVG, S. 523.

7 Jahresbericht 2010 der UBI, S. 12.

8 Weber (Fn 6), N 8 zu Art. 97 RTVG, S. 577.

9 Dazu gehört auch die Kennzeichnungspflicht von jugendgefährdenden Sendungen gemäss Art. 4 Abs. 1 der Radio- und Fernsehverordnung (RTVV; SR 784.401).

10 SR 0.784.405.

11 Richtlinie 2007/65/EG vom 11. Dezember 2007. Die Richtlinie unterscheidet zwischen klassischen Fernsehprogrammen (lineare audiovisuelle Mediendienste) und (nicht linearen) audiovisuellen Mediendiensten auf Abruf. Die beiden Bereiche sind unterschiedlich reguliert.

12 Über diese Kompetenz verfügt sie erst seit Inkrafttreten des RTVG 2006. Siehe dazu Kley, Beschwerde wegen verweigertem Programmzugang: Trojanisches Pferd oder Ei des Kolumbus?, medialex 1/08, S. 16ff.

EMRK¹³ wie das Rechtsgleichheitsgebot oder das Diskriminierungsverbot zu prüfen.¹⁴

Die der UBI vorgelagerten Ombudsstellen, welchen eine Vermittlungsfunktion zukommt, haben keine Entscheidungsbefugnis.¹⁵ Obwohl die Schlussberichte gemäss Art. 93 Abs. 3 RTVG von einigen Ombudsstellen regelmässig eine eigentliche materiell-rechtliche Würdigung und entsprechende Schlussfolgerungen beinhalten, handelt es sich dabei rechtlich lediglich um unverbindliche Meinungsäusserungen.¹⁶ Dieser Umstand spielt für die Personen, welche eine Beanstandung eingereicht haben, mehrheitlich aber keine Rolle. Sie verzichten in der Regel darauf, bei der UBI einen rechtsverbindlichen Entscheid zu erwirken, wenn die Ombudsstelle ihre Beanstandung als begründet erklärt hat.¹⁷ Die dargestellte Art der Erledigung von Beanstandungen dürfte zum statistischen Erfolg der Arbeit der Ombudsstellen beitragen. Rund 90% der jährlich knapp 200 Aufsichtsverfahren gegen Radio- und Fernsehsendungen und gegen die Verweigerung des Zugangs kommen bei ihnen zum Abschluss.¹⁸

Entscheide der UBI können ihrerseits direkt mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht angefochten werden.¹⁹ Eine materielle Überprüfung des UBI-Entscheids ist aber aufgrund der Legitimationsvoraussetzungen beim Verfahren vor Bundesgericht faktisch nur für Rundfunkveranstalter und Betroffenen- oder Individualbeschwerdeführer gemäss Art. 94 Abs. 1 RTVG bei einem für sie negativen Entscheid der UBI möglich, nicht aber für Popularbeschwerdeführer im Sinne von Art. 94 Abs. 2 und 3 RTVG.²⁰

III. Massnahmen bei Rechtsverletzungen

1. Verwaltungssanktionen

Mit Inkrafttreten des RTVG 2006 hat die UBI gemäss Art. 97 Abs. 4 zusätzlich zum Feststellungsentscheid die Möglichkeit, bei wiederholten Rechtsverletzungen eines Veranstalters Verwaltungssanktionen anzudrohen oder zu verfügen. Die Aussprechung einer Verwaltungssanktion bedingt laut Art. 90 Abs. 1 Bst. h RTVG, dass eine Rechtsverletzung innerhalb eines Jahres nach Androhung erfolgt. Gegebenenfalls ist die UBI ermächtigt, den fehlbaren Veranstalter «mit einem Betrag von bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren durch-

schnittlich in der Schweiz erzielten Jahresumsatzes zu belasten».²¹

Bis heute hat die UBI aber noch nie von den erwähnten gesetzlichen Möglichkeiten im Zusammenhang mit Verwaltungssanktionen Gebrauch gemacht.²¹ Rechtliche und faktische Gründe stehen der Anwendung dieses Instrumentariums entgegen. So ist die Androhung und Aussprechung von Verwaltungssanktionen nur bei wiederholten Verletzungen von Art. 4 Abs. 1 und 3 RTVG, Art. 5 RTVG sowie bei wiederholter rechtswidriger Verweigerung des Zugangs zum Programm möglich. Verletzungen dieser Bestimmungen hat die UBI in den letzten Jahren jedoch nur selten und in einzelnen Fällen festgestellt.²² Am häufigsten hat sie Beschwerden wegen Verletzung der rundfunkrechtlichen Informationsgrundsätze²³ und insbesondere des Sachgerechtigkeitsgebots gutgeheissen. Widerhandlungen gegen diese Bestimmungen unterliegen aber gemäss Art. 90 Abs. 1 Bst. h RTVG in keinem Fall Verwaltungssanktionen. Im Rahmen des Systems der Aufsicht über den Inhalt redaktioneller Sendungen kommt den Verwaltungssanktionen deshalb bis anhin bestenfalls die Bedeutung zu, präventiv schwere und wiederholte Verstösse gegen rundfunkrechtlich zentrale Grundsätze wie die Achtung der Grundrechte und des Jugendschutzes zu verhindern.

Bei einem Anwendungsfall würden sich für die UBI im Übrigen grundsätzliche Fragen stellen. Die Kompetenz der UBI, Verwaltungssanktionen anzudrohen und auszusprechen, wird in einem Gutachten zuhanden der zuständigen ständerätlichen Kommission kritisch beleuchtet.²⁴ Namentlich erachtet der Autor die damit verbundene Kumulation von Funktionen als nicht vereinbar mit Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 30 Abs. 1 BV. Die Unabhängigkeit des Entscheidgremiums wäre wegen Vorbefassung nicht mehr gewährleistet.

2. Verfahren nach festgestellten Rechtsverletzungen

Von grosser praktischer Bedeutung ist das Verfahren nach Art. 89 RTVG, welches schon unter dem alten RTVG von 1991 bestand. Nach einer rechtskräftig festgestellten Verletzung einer einschlägigen Rundfunkbestimmung stellt die UBI dem betroffenen Veranstalter 30 Tage Frist, um sie über die getroffenen Vorkehren zu unterrichten. Gemäss Art. 89 Abs. 1 Bst. a Ziffer 1 RTVG hat der Veranstalter «den Mangel zu beheben und Massnahmen zu treffen, damit die Verletzung sich nicht wiederholt».

Bei diesen Vorkehren handelt es sich vor allem um interne Massnahmen wie Weiterbildungen, Anpassungen der Organisation oder Verhaltensregeln.²⁵ Das Schweizer Fernsehen hat

13 Konvention des Europarats zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SR 0.101.

14 BGE 136 I 167 S. 174 E. 3.3.2.

15 Art. 93 Abs. 2 RTVG; siehe dazu auch Jahresbericht 2008 der UBI, S. 8.

16 Jahresbericht 2008 der UBI, S. 8; Jahresbericht 2009 der UBI, S. 8f.

17 Die Legitimationsvoraussetzungen für Beschwerden bei der UBI sind überdies strenger als diejenigen für Beanstandungen bei den Ombudsstellen. Siehe dazu Barrelet/Werly, *Droit de la communication*, Berne 2011, N 866 und N 871 ff., S. 258 ff.

18 Jahresbericht 2010 der UBI, S. 9.

19 Art. 99 RTVG; siehe dazu auch Barrelet/Werly (Fn 17), N 888, S. 264.

20 BGE 135 II 430 S. 436f. E. 3.2.

21 Es handelt sich um eine «kann»-Bestimmung; siehe dazu Weber (Fn 6), N 11 zu Art. 97 RTVG.

22 UBI-Entscheid b. 597 vom 20. Februar 2009 («Erotic Night»).

23 Dazu gehören das Sachgerechtigkeitsgebot von Art. 4 Abs. 2 RTVG und das Vielfaltsgebot von Art. 4 Abs. 4 RTVG.

24 Schweizer, *Revision Radio- und Fernsehgesetz: Gutachten zum Rechtsschutz und zur Aufsicht über Werbung und Sponsoring* vom 7. März 2006, S. 9ff.

25 Jahresbericht 2009 der UBI, S. 14.

etwa aufgrund eines Entscheids der UBI²⁶ seine publizistischen Leitlinien zum «Drehen mit Tieren» ergänzt. Überdies verlangt die UBI, dass in den elektronischen Archiven auf den Websites der betroffenen Programme ein Vermerk bei den beanstandeten Sendungen oder Beiträgen angebracht wird.²⁷ Die getroffenen Massnahmen hat der Veranstalter zu belegen.²⁸ Von der Möglichkeit dieses speziellen Verfahrens nach einer festgestellten Rechtsverletzung macht die UBI praktisch immer Gebrauch. Ausnahme bildete ein Fall, bei welchem ein Veranstalter eine unrichtige Information im gleichen Sendegefass am nächsten Tag selber richtigstellte. Da diese Massnahme weiterging als die von der UBI regelmässig geforderten, verzichtete sie in diesem Fall ausnahmsweise auf die Durchführung des Verfahrens nach Art. 89 RTVG.²⁹ Die Ausstrahlung einer Sendung bestimmten Inhalts oder eine Richtigstellung kann die UBI vom fehlbaren Veranstalter ebensowenig verlangen wie eine öffentliche Entschuldigung.³⁰ Sie hat bei der Prüfung der Massnahmen der den Veranstaltern in Art. 93 Abs. 3 BV und Art. 6 RTVG gewährleisteten Programmautonomie Rechnung zu tragen.

Art. 89 Abs. 1 Bst. b RTVG räumt der UBI nach einer festgestellten Rechtsverletzung zusätzlich die Möglichkeit ein, beim UVEK³¹ zu beantragen, «die Konzession durch Auflagen zu ergänzen, sie einzuschränken, zu suspendieren oder zu entziehen». Zwei entsprechende Anträge formulierte die UBI zuletzt im Jahre 2000.³² Ein Fernsehveranstalter nahm auch nach Gewährung einer Nachfrist die von der UBI geforderten Massnahmen zur Behebung des Mangels bzw. zur Vermeidung zukünftiger ähnlicher Rechtsverletzungen nicht vor. In einem Fall missachtete er offensichtlich den rechtskräftigen Entscheid. Das UVEK folgte aber den Anträgen nicht und verfügte keine Massnahmen gegen den betroffenen Rundfunkveranstalter.³³ Es argumentierte, es handle sich um Einzelvorkommnisse. Angesichts der Schwere eines möglichen Eingriffs in die Konzession sei ein Handeln des Departements nur bei einer regelmässigen oder andauernden Verweigerungshaltung eines Veranstalters geboten. Das UVEK wies zusätzlich darauf hin, dass das RTVG primär auf die Publizitätswirkung der UBI-Entscheide vertraue. Die ihm zustehenden Interventionsmöglichkeiten würden nur subsidiär Anwendung finden. Seit diesen Fällen bestand für die UBI keine Notwendigkeit mehr, einen Antrag an das Departement zu formulieren. Noch nie Gebrauch gemacht hat die UBI von der mit dem RTVG 2006 geschaffenen Möglichkeit in Art. 89 Abs. 2, dem UVEK zu bean-

tragen, ein Programm zu verbieten oder die Sendetätigkeit an Auflagen zu knüpfen. Grund für diese zusätzliche Bestimmung ist, dass Rundfunkveranstalter zur Ausstrahlung eines Programms nicht mehr zwingend eine Konzession benötigen.³⁴ Gemäss Art. 97 Abs. 4 RTVG setzt ein entsprechender Antrag der UBI besonders schwere Fälle von Rechtsverletzungen voraus.³⁵

Das wenig bekannte Verfahren nach festgestellten Rechtsverletzungen hat sich bewährt. Es birgt aber auch Gefahren, weil es zu einem beträchtlichen Teil auf dem autoritativen Charakter der Entscheide der UBI beruht. Bei – auch nur punktuell – nicht kooperationswilligen Veranstaltern ist die UBI darauf angewiesen, dass das UVEK die notwendigen Massnahmen verfügt. Das Departement dürfte – wie die Praxis zeigt – nur schwer von einem solchen Eingriff zu überzeugen sein.

IV. Auswirkungen der UBI-Entscheide auf die Rundfunkveranstalter

Die UBI darf gemäss Art. 86 Abs. 5 RTVG nur auf formelle Beschwerde hin und nicht von Amtes wegen tätig werden. Sie kann damit nicht in umfassender Weise die Einhaltung der inhaltlichen Grundsätze bei schweizerischen Radio- und Fernsehprogrammen überprüfen. Wenn niemand ein Aufsichtsverfahren anstrengt, werden auch allfällige offensichtlich rechtswidrige Sendehalte nicht behördlich verfolgt. Das UVEK³⁶ hat die Möglichkeit, bei entsprechenden Fällen oder auch bei sich stellenden grundsätzlichen programmrechtlichen Fragen in die Bresche zu springen. Es kann, ohne von einer Sendung betroffen zu sein und ohne vorgängige Beanstandung an die Ombudsstelle, Beschwerde erheben und bei der UBI einen Entscheid erwirken.³⁷ Von dieser Kompetenz hat es aber erst zwei Mal Gebrauch gemacht.³⁸

Die erhobenen Beschwerden richten sich überwiegend gegen im Fernsehen ausgestrahlte Informationssendungen mit hohem Publikumszuspruch.³⁹ Dies führt dazu, dass die Spruchpraxis der UBI und des Bundesgerichts zum Sachgerechtigkeitsgebot von Art. 4 Abs. 2 RTVG vergleichsweise umfassend sind. Teilweise fügen sich einzelne Entscheide zu einem bestimmten Aspekt der Berichterstattung wie Puzzleteile aneinander und stellen als Ganzes eigentliche Richtlinien für die Veranstalter dar. Exemplarisch lässt sich dies für die Berichterstattung vor

26 UBI-Entscheid b. 595 vom 20. Februar 2009 («Fangspiel mit lebenden Zuchtforellen»).

27 Dagegen hat eine festgestellte Rechtsverletzung nicht ein Verbot des Weiterverkaufs oder des Handels der beanstandeten Ausstrahlung zur Folge, wie das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte N° 73604/10 vom 21. September 2006 («Monnat c. Schweiz») in E. 33 fälschlicherweise vermuten lässt.

28 Jahresbericht 2005 der UBI, S. 8.

29 UBI-Entscheid b. 599 vom 19. Juni 2009, E. 5 («Arbeitskräfte aus der EU»).

30 Botschaft RTVG, BBl 2003 1738.

31 Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation. Die UBI ist dem Generalsekretariat dieses Departements administrativ angegliedert.

32 Jahresbericht 2000 der UBI, S. 8 f.

33 Jahresbericht 2002 der UBI, S. 8 f.

34 Botschaft RTVG, BBl 2003 1738.

35 Theoretisch könnte die UBI sowohl Verwaltungssanktionen aussprechen als auch Massnahmen beim Departement beantragen. Vgl. dazu Weber (Fn 6), N 1 zu Art. 89 RTVG, S. 533.

36 Das Bundesamt für Kommunikation, welches zum UVEK gehört, übt die allgemeine Aufsicht über die Rundfunkgesetzgebung aus. Siehe zum Umfang dieser Aufsicht, Weber (Fn 6), N 5ff. zu Art. 86 RTVG, S. 521 f.

37 Weber (Fn 6), N 12 zu Art. 94 Abs. 4 RTVG, S. 565.

38 UBI-Entscheide b. 597 vom 20. Februar 2009, E. 1 («Erotic Night») und b. 548 vom 16. März 2007, E. 1 ff. («Santésuisse»).

39 Die meist beanstandete Sendung ist das Nachrichtenmagazin «10 vor 10» des Schweizer Fernsehens.

Wahlen und Abstimmungen belegen.⁴⁰ Aufgrund des erwähnten Fokus auf Informationssendungen kann das Beschwerdeverfahren vor der UBI auch die ihm zugedachte Rolle «zur Überprüfung von Sendungen im Interesse der Öffentlichkeit und ihrer ungehinderten Willensbildung als wichtiges Element der Demokratie» erfüllen.⁴¹

Die schweizerischen Rundfunkveranstalter – namentlich die SRG SSR – tragen Entscheiden der UBI überwiegend Rechnung und nehmen gegebenenfalls Anpassungen in ihrer Tätigkeit vor. Das betrifft namentlich den Umfang und die Tragweite der journalistischen Sorgfaltspflichten, welche sich direkt oder indirekt aus der Rechtsprechung ableiten lassen.⁴² Diese weitgehende Befolgung von Entscheiden durch die Veranstalter lässt sich auch darin ablesen, dass die UBI in den letzten Jahren eher selten mit offensichtlichen Rechtsverletzungen konfrontiert war. Es häuften sich dafür die Fälle, in denen die vom Bundesgericht bei der Anwendung des Sachgerechtigkeitsgebots vorgenommene Trennung zwischen zulässiger Rechtskontrolle und unerlaubter Fachaufsicht Schwierigkeiten bei der Umsetzung bereitete.⁴³

Der weitgehend autoritative Charakter von UBI-Entscheiden hat seinen Grund kaum in der Furcht vor möglichen Verwaltungssanktionen bei wiederholten Rechtsverletzungen. Vielmehr dürften die Rundfunkveranstalter die negative Publizität scheuen, die entstehen kann, wenn die UBI die Gutheissung einer Beschwerde und die damit verbundene Rechtsverletzung bekanntgibt. Ein weiterer wichtiger Grund liegt darin, dass die UBI mit ihrer Rechtsprechung die Unabhängigkeit und Programmautonomie der Rundfunkveranstalter gewährleistet. Die grosse Mehrheit der materiell zu behandelnden Beschwerden weist die UBI als unbegründet ab. Sie liefert damit den Veranstaltern stichhaltige Argumente gegen allfällige öffentliche Kritik.

V. Fazit und Ausblick

Die Bedeutung der Feststellungsentscheide der UBI liegt primär in ihrer präjudiziellen Wirkung, welche durch das Verfahren gemäss Art. 89 RTVG nach festgestellten Rechtsverletzungen massgeblich unterstützt wird. Soweit ein Entscheid von grundsätzlicher Natur ist, trägt er dazu bei, neben dem Verhalten des betroffenen Veranstalters dasjenige der ganzen Branche zu beeinflussen. Das für Medienverhältnisse lange und immer mehr formalisierte Verfahren stellt diese Bedeutung nicht

infrage.⁴⁴ Es dürfte – wie im Übrigen auch die wenig spektakuläre, vor allem nachhaltige Wirkung der Feststellungsentscheide – aber die Ursache für den relativ geringen Widerhall sein, auf welche die Tätigkeit der UBI in der Öffentlichkeit und den Medien stösst.⁴⁵ Dies ist zu bedauern, weil die UBI als im Interesse der Allgemeinheit tätige Behörde auf Beschwerden angewiesen ist, was wiederum eine breite Bekanntheit voraussetzt.

Welche Bedeutung UBI-Entscheiden in Zukunft noch zukommen wird, dürfte zusätzlich von der Mediennutzung abhängen. Der Zuständigkeitsbereich der UBI ist nach wie vor auf klassische Radio- und Fernsehprogramme begrenzt.⁴⁶ Sollte deren Relevanz für die öffentliche Meinungsbildung in signifikanter Weise abnehmen, würde dies die Tätigkeit der UBI erheblich tangieren. Die von der Europäischen Union in ihrer einschlägigen Richtlinie vorgespurte Ausdehnung des Geltungsbereichs der Rundfunkgesetzgebung auf individuell abrufbare audiovisuelle Mediendienste könnte in der Schweiz auch deshalb bald zu einem Thema werden.

Zusammenfassung Die Entscheide der UBI haben primär feststellenden Charakter. Faktische und rechtliche Gründe stehen der Androhung und Aussprechung von Verwaltungsanktionen entgegen. Praktische Relevanz kommt dem Verfahren gemäss Art. 89 RTVG nach einer festgestellten Rechtsverletzung zu. Die UBI prüft dabei, ob die getroffenen Vorkehrungen zur Behebung des Mangels und zur zukünftigen Verhinderung ähnlicher Verletzungen genügend sind. Die Bedeutung der Entscheide der UBI liegt primär in ihrer präjudiziellen Wirkung. Sie beeinflussen die Tätigkeit der Rundfunkveranstalter, indem sie sendungsspezifisch journalistische Sorgfaltspflichten definieren.

Summary The decisions of the ICA have, primarily, a declaratory character. Factual and legal reasons stand in the way of the threats and pronouncement of administrative sanctions. Practical relevance to the procedure comes, according to art. 89 RTVA, after an ascertained legal violation. The ICA verifies whether the measures taken are sufficient to remedy the defect and prevent similar violations from occurring in the future. The importance of the decisions of the ICA lies primarily in their prejudicial effect. They influence the activities of broadcasters, thus defining specific broadcasting due diligence.

40 Siehe u.a. BGE 125 II 497 («Tamborini»), BGE 134 I 2 («Freiburger Original in der Regierung»), UBI-Entscheide b. 621 vom 20. August 2010 («Cash TV»), b. 614 vom 20. August 2010 («Minarettinitiative»), b. 584 vom 22. August 2008 («Meinungsumfragen»), b. 580 vom 4. Juli 2008 («Vom Reinfallen am Rheinfall») und b. 578 vom 4. Juli 2008 («Face aux partis»).

41 BGE 132 II 290 S. 297 E. 3.2.3 («Dipl. Ing. Paul Ochsner»).

42 Siehe zu den «sieben Handwerksregeln der UBI für Radio- und Fernsehjournalisten», Studer/Mayr von Baldegg, Medienrecht für die Praxis, 3. Auflage, Zürich 2006.

43 BGE 131 II 253 S. 263 E. 3.4 («Rentenmissbrauch»).

44 Es gilt, zu berücksichtigen, dass rund 90% der Aufsichtsverfahren auf Stufe Ombudsstelle nach maximal zwei Monaten seit Ausstrahlung der beanstandeten Sendung abgeschlossen werden. Die Ombudsstellen stützen sich bei ihrer Tätigkeit auf die UBI-Rechtsprechung.

45 Blum, Verheimlichte Öffentlichkeit, Vorwort zum Jahresbericht 2010 der UBI, S. 2f.

46 Die inhaltliche Aufsicht über das übrige publizistische Angebot der SRG, wozu insbesondere der Online-Bereich und der Teletext gehören, obliegt dem Bundesamt für Kommunikation: Urteil A-6603/2010 des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. April 2010.

Marc Frédéric Schäfer, Dr. oec. et lic. iur., Rechtsanwalt
Elsa Dordi, lic. iur. (Doktorandin)
 marc-frederic.schaefer@gmx.ch, elsa.dordi@unine.ch

Über die Rechtfertigung von Persönlichkeitsverletzungen

Das Logistep-Urteil des Bundesgerichts (BGE 136 II 508)

Résumé Dans son arrêt du 8 septembre 2009, relatif à la collecte d'adresse IP par une entreprise privée ayant pour objectif la défense des droits d'auteurs, le Tribunal fédéral a apporté d'importantes clarifications en matière de droit à la protection des données personnelles. Il a en particulier précisé la nature des adresses IP ainsi que la portée de la notion d'«erreur de système» et de la distinction entre les actions relevant du droit civil (art. 28ss CC) et la compétence du Préposé fédéral à la protection des données de porter un cas devant le Tribunal administratif fédéral (art. 29 LPD).

I. Einleitung

Das Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG, SR 235.1) folgt für die Bearbeitung personenbezogener Daten durch Private dem Grundsatz der Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt. In diesem Rahmen umschreiben die Art. 12 und 13 DSG, unter welchen Voraussetzungen eine Bearbeitung von Personendaten unzulässig ist. In Anlehnung an Art. 28 des Zivilgesetzbuches (ZGB, SR 210) darf, wer Personendaten bearbeitet, dabei die Persönlichkeit der betroffenen Person nicht widerrechtlich verletzen (Art. 12 Abs. 1 DSG). In Art. 12 Abs. 2 DSG wird konkretisiert, unter welcher Voraussetzung eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung vorliegt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn a.) die Bearbeitung der Personendaten entgegen den Grundsätzen der Art. 4, 5 Abs. 1 und 7 Abs. 1 DSG erfolgt, b.) ohne Rechtfertigungsgrund Personendaten gegen deren ausdrücklichen Willen bearbeitet oder c.) besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile an Dritte bekannt gegeben werden.

Mit der Revision des DSG vom 24. März 2006¹ wurde Art. 12 Abs. 2 DSG geändert, wobei in Art. 12 Abs. 2 lit. a DSG der Vorbehalt des Rechtfertigungsgrundes gestrichen wurde. Der Grund für die Streichung wurde im parlamentarischen Verfahren damit begründet, dass die Formulierung im geltenden Recht missverständlich war und klargestellt werden müsse, dass die Grundsätze der Datenbearbeitung der Art. 4, 5 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 DSG generell gelten.² Im Rahmen der Änderung von Art. 12 Abs. 2 lit. a DSG wollte der Gesetzgeber weder

grundsätzlich vom damals geltenden System abweichen noch Rechtfertigungsgründe bei Abweichungen von den allgemeinen Datenschutzgrundsätzen generell ausschliessen.³ Vielmehr sollte verdeutlicht werden, dass Rechtfertigungsgründe nicht vorschnell angenommen werden dürfen. Rechtfertigende Umstände sollten primär bei der Auslegung der allgemeinen Grundsätze berücksichtigt werden.⁴ In Lehre und Praxis war umstritten, ob es sich bei der Streichung um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers handelt.⁵

Durch das Urteil hat das Bundesgericht wichtige Grundsätze bei der Behandlung von Rechtfertigungsgründen im Rahmen der Datenbearbeitung klargestellt und somit bei der Auslegung des Datenschutzgesetzes im privaten Bereich grössere Sicherheit geschaffen. Zudem hat das Bundesgericht im Rahmen der Urteilsbegründung wichtige Prinzipien bei der Anwendung des Datenschutzgesetzes im Internet behandelt und sich vertieft mit der Problematik des Systemfehlers gemäss Art. 29 Abs. 1 lit. a DSG auseinandergesetzt.

II. Der Instanzenzug und das Urteil des Bundesgerichts

1. Empfehlung des EDÖB

Mit Empfehlung vom 9. Januar 2008 hat der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (nachfolgend: EDÖB) die Firma Logistep AG aufgefordert, die von ihr praktizierte Datenbearbeitung unverzüglich einzustellen, solange keine ausreichende gesetzliche Grundlage für die zivilrechtliche Nutzung der durch sie erhobenen Daten besteht.⁶ Logistep AG ist eine auf die Ermittlung von Urheberrechtsverletzungen in Peer-to-Peer (P2P)-Netzwerken spezialisierte Firma, die mittels einer von ihr entwickelten Software nach dort angebotenen urheberrechtlich geschützten Werken sucht.

3 Auslegungshilfe des BJ zur Änderung von Art. 12 Abs. 2 Bst. a DSG, www.edoeb.admin.ch/themen/00794/00819/01086/index.html, (5. November 2010).

4 Auslegungshilfe des BJ zur Änderung von Art. 12 Abs. 2 Bst. a DSG, www.edoeb.admin.ch/themen/00794/00819/01086/index.html, (5. November 2010).

5 BGE 136 II 519, medialex 2011, 51.

6 Empfehlung des EDÖB vom 9. Januar 2008 betreffend die Bearbeitung und Weitergabe von elektronischen Datenspuren durch die Firma Logistep AG im Auftrag von Urheberrechtsinhabern (nachfolgend: Empfehlung Logistep), 1, www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00445/00508/index.html?lang=de, (5. November 2010).

1 In Kraft getreten am 1. Januar 2008.

2 Auslegungshilfe des BJ zur Änderung von Art. 12 Abs. 2 Bst. a DSG, www.edoeb.admin.ch/themen/00794/00819/01086/index.html, (5. November 2010).

Die so identifizierten Werke versucht sie dann herunterzuladen, wobei sie während des Download-Prozesses verschiedene Verbindungsdaten (IP-Adresse, Name des Nutzers im P2P-Netzwerk, Datum und Uhrzeit der Verbindung etc.) aufzeichnet.⁷ Diese Verbindungsdaten verwenden die Urheberrechtsinhaber bzw. ihre Rechtsvertreter, um Strafklage gegen Unbekannt bei den zuständigen Untersuchungsbehörden einzureichen, die im Rahmen der Strafklage die Inhaber des Internetanschlusses, über welche die mutmassliche Urheberrechtsverletzung begangen wurde, identifiziert.⁸ Im Rahmen einer Akteneinsicht verschafften sich die Urheberrechtsinhaber bzw. ihre Rechtsvertreter Kenntnis von der Identität der betroffenen Personen, um sie anschliessend mit Schadensersatzforderungen zu konfrontieren.

Der EDÖB sah in der von der Logistep AG vorgenommenen Datenbearbeitung eine Verletzung von Art. 12 Abs. 2 lit. a DSGVO, da seiner Meinung nach die Datenbearbeitung gegen das Zweckmässigkeitsprinzip (Art. 4 Abs. 3 DSGVO) und das Erkennbarkeitsprinzip (Art. 4 Abs. 4 DSGVO) verstösst.⁹ Er vertrat die Meinung, dass für die hierdurch verursachte Persönlichkeitsverletzung keine Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 13 Abs. 1 DSGVO vorlägen.¹⁰ Insbesondere sah der EDÖB die Einreichung einer Strafklage, mit dem Zweck, die Identität der betroffenen Person festzustellen, um sie hinterher mit Zivilforderungen konfrontieren zu können, als Umgehung des Fernmeldegeheimnisses an.¹¹ Er forderte die Firma Logistep AG daher auf, ihre Datenbearbeitung unverzüglich einzustellen, solange keine ausreichende gesetzliche Grundlage für die zivilrechtliche Nutzung der durch sie erhobenen Daten besteht. Da die Empfehlungadressatin den Forderungen nicht nachkam, erhob der EDÖB am 13. Juni 2008 Klage in öffentlichen Angelegenheiten beim Bundesverwaltungsgericht.¹²

2. Der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts

Im Rahmen der rechtlichen Würdigung befasste sich das Bundesverwaltungsgericht zuerst mit der Frage, ob es sich bei den von der Firma Logistep AG gesammelten Verbindungsdaten (insb. IP-Adressen) um personenbezogene Daten handelt.¹³ Hierbei stellte es fest, dass über eine IP-Adresse die eindeutige Identifizierung eines Rechners im Internet möglich ist.¹⁴ Da aber ein Provider Informationen nur im Zusammenhang mit Straftaten und nur gegenüber Behörden offenlegen müsse, sei über eine IP-Adresse nicht in jedem Fall eine betroffene Person bestimmbar. Im vorliegend zu beurteilenden Fall sah es das Bundesverwaltungsgericht allerdings als erwiesen an, dass durch die Einleitung einer Strafuntersuchung die Urheberrechtsinhaber auch indirekt das Mittel in der Hand haben, die

Person zu identifizieren. Aus diesem Grund qualifizierte das Bundesverwaltungsgericht IP-Adressen als Personendaten im Sinne des DSGVO. Obwohl nur die Urheberrechtsinhaber und nicht die Firma Logistep AG selbst die Möglichkeit zur Identifizierung an der Hand haben, qualifizierte das Bundesverwaltungsgericht ihre Tätigkeit als Bearbeitung von Personendaten, weshalb es das DSGVO auch für auf sie anwendbar erklärte.¹⁵

Weiterhin befasste sich das Bundesverwaltungsgericht mit der Frage, ob Personendaten, welche im Hinblick auf die Anstrengung eines Zivil- oder Strafverfahrens bereits unter die Ausnahmeregelungen von Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO fallen,¹⁶ wonach das DSGVO nicht auf hängige Zivilprozesse, Strafverfahren, Verfahren der internationalen Rechtshilfe sowie staats- und verwaltungsrechtliche Verfahren mit Ausnahme erstinstanzlicher Verwaltungsverfahren anwendbar ist. Die Firma Logistep AG machte gestützt auf *Droese*¹⁷ geltend, die Rechte der betroffenen Personen seien bereits im Strafverfahren und im anschliessenden Zivilverfahren geschützt, weshalb die Datenbearbeitung durch die Firma Logistep AG vom DSGVO auszunehmen sei.¹⁸ Dem Bundesverwaltungsgericht erschien diese Sicht allenfalls vertretbar, wenn bereits bekannt wäre, wer auf der Prozessgegenseite stehen würde, und es lediglich darum gehen würde, konkrete Beweise zu sammeln.¹⁹ Allerdings würde es zu weit gehen, die Hängigkeit eines Verfahrens bereits auf einen Zeitraum auszudehnen, in welchem die anzuzeigende und beklagende Person erst gefunden werden müsste.²⁰ Wäre dies der Fall, so käme das DSGVO nicht zur Anwendung. Daher kam das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass die Ausnahmeregelung von Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO nicht anwendbar sei und das DSGVO im vorliegenden Fall zur Anwendung gelange.

Da die Datenbearbeitung durch die Firma Logistep AG in der Schweiz stattfand²¹ und das Sammeln der Daten geeignet sei die Persönlichkeit einer grösseren Anzahl von Personen zu verletzen, ging das Bundesverwaltungsgericht von einem Systemfehler im Sinne von Art. 29 Abs. 1 lit. a DSGVO aus²² und trat auf die Klage des EDÖB ein.²³

In materieller Hinsicht prüfte das Bundesverwaltungsgericht, ob die Datenbearbeitung der Firma Logistep AG eine Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 12 DSGVO darstellte²⁴ und die Grundsätze der Datenbearbeitung von Art. 4 DSGVO verletzt wurden. Es stellte fest, dass keine Verletzung des Rechtmässigkeitsprinzips nach Art. 4 Abs. 1 DSGVO vorliege, wobei es die Frage offen gelassen hat, ob bei einer möglichen Verletzung einer Bestimmung des DSGVO das Rechtmässigkeitsprinzip von

7 Empfehlung Logistep, 2.

8 Empfehlung Logistep, 2.

9 Empfehlung Logistep, 4 f.

10 Empfehlung Logistep, 13 ff.

11 Empfehlung Logistep, 10.

12 BVGer, 27.05.2009, A-3144/2008, E. 2 B.

13 BVGer, 27.05.2009, A-3144/2008, E. 2.2.

14 BVGer, 27.05.2009, A-3144/2008, E. 2.2.4.

15 BVGer, 27.05.2009, A-3144/2008, E. 3; BGer, 08.09.2010, 1C.285/2009, E. 3.5.

16 BVGer, 27.05.2009, A-3144/2008, E. 3.

17 Droese, Die Akteneinsicht des Geschädigten in der Strafuntersuchung vor dem Hintergrund zivilprozessualer Informationsinteressen, Diss. Luzern 2008, 262 ff.

18 BVGer, 27.05.2009, A-3144/2008, E. 3.2.1.

19 BVGer, 27.05.2009, A-3144/2008, E. 3.2.3.

20 BVGer, 27.05.2009, A-3144/2008, E. 3.2.3.

21 BVGer, 27.05.2009, A-3144/2008, E. 4.3.

22 BVGer, 27.05.2009, A-3144/2008, E. 5.1.1 f.

23 BVGer, 27.05.2009, A-3144/2008, E. 5.2.

24 BVGer, 27.05.2009, A-3144/2008, E. 7.

Art. 4 Abs. 1 DSGVO verletzt gewesen wäre.²⁵ Im Hinblick auf die nachfolgende Prüfung von Rechtfertigungsgründen sah das Bundesverwaltungsgericht die Tätigkeit der Firma Logistep AG als mit dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbar.²⁶ Hieran würde gemäss Bundesverwaltungsgericht auch die Tatsache nichts ändern, dass durch die Datenbearbeitung regelmässig das Erkennbarkeitsprinzip verletzt sei.²⁷ Ebenfalls bejahte es eine Verletzung des Zweckmässigkeitsprinzips, da das Vorgehen der Firma Logistep AG gerade darauf beruht hätte, dass die Benutzer des P2P-Netzwerks ihre Absicht nicht frühzeitig erkennen. Ansonsten würden die Ermittlungen der betreffenden Adresse regelmässig verunmöglicht.²⁸ Auf die Überprüfung des Verhältnismässigkeitsprinzips verzichtete das Bundesverwaltungsgericht, da im Rahmen der Überprüfung der Rechtfertigungsgründe das Vorliegen überwiegender privater und öffentlicher Interessen abzuklären war.²⁹

Als mögliche infrage kommende Rechtfertigungsgründe sah das Bundesverwaltungsgericht einzig überwiegende private oder öffentliche Interessen an.³⁰ Vor dem Hintergrund, dass das Urheberrecht ein absolutes Herrschaftsrecht sei, welches unter dem Schutz der Bundesverfassung stehe, ging das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass sich Urheberrechtshaber, die in ihren Rechten verletzt werden, dagegen zur Wehr setzen können müssen.³¹ In diesem Rahmen sah es die Datenbearbeitung der Logistep AG als geeignet an, den Urheberrechtshabern zur Durchsetzung ihrer Rechte zu verhelfen. Ein anderes und milderes Mittel als die Sammlung der IP-Adressen, welches zum selben Ziel führen würde, war für das Bundesverwaltungsgericht nicht ersichtlich. Es argumentierte, dass vielmehr die Daten gerade objektiv notwendig seien, um die vermuteten Urheberrechtsverletzer identifizieren und anschliessend gegen diese vorgehen zu können. Der Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Personen erschien dem Bundesverwaltungsgericht demgegenüber nicht ausgesprochen schwerwiegend. Auch bewertete es die Sammlung von technischen Daten, um mit diesen die Verletzer zu identifizieren, weder als missbräuchlich noch als unverhältnismässig. Vor diesem Hintergrund wies es die Klage ab, da die Tätigkeit der Logistep AG zwar eine Persönlichkeitsverletzung darstelle, welche aber durch überwiegende private und öffentliche Interessen gerechtfertigt und damit nicht widerrechtlich sei.

Daneben stellte die Logistep AG das Begehren, der EDÖB sei zu verpflichten, die schweizerische Presse und Öffentlichkeit umfassend und aktiv über das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in der vorliegenden Klagesache zu orientieren.³² Das Bundesverwaltungsgericht qualifizierte die auf Art. 30 Abs. 2 DSGVO gestützte Veröffentlichung des Inhalts der Empfehlung des EDÖB als Realakt, welchen die Logistep AG gemäss Art. 25a des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) direkt beim EDÖB

als zuständige Behörde anzufechten habe, und trat hierauf nicht ein.³³

3. Der Entscheid des Bundesgerichts

Gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts erhob der EDÖB am 26. Juni 2009 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, worauf das Bundesgericht eintrat.³⁴ Im Rahmen seiner Urteilsbegründung folgte es im Hinblick auf die Qualifikation der IP-Adressen als Personendaten dem Bundesverwaltungsgericht, wobei es klarstellte, dass eine abstrakte Feststellung, ob es sich bei (insbesondere bei dynamischen) IP-Adressen um Personendaten handelt, nicht möglich ist.³⁵ Für den zu beurteilenden Fall qualifizierte das Bundesgericht IP-Adressen aber ebenfalls als Personendaten.³⁶

In der weiteren Urteilsbegründung befasste sich das Bundesgericht mit der Frage, ob gemäss Art. 12 Abs. 2 lit. a DSGVO die Rechtfertigung einer gegen die Grundsätze der Art. 4, Art. 5 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 DSGVO verstossende Bearbeitung von Personendaten zulässig sei.³⁷ In grundsätzlicher Weise hielt das Bundesgericht fest, dass eine strikt systematische Auslegung, wonach bei Art. 12 Abs. 2 lit. a DSGVO keine Rechtfertigungsgründe zulässig sein sollten, verfehlt sei. Dies insbesondere weil in der aktuellen Fassung von lit. a Rechtfertigungsgründe zwar nicht erwähnt, jedoch auch nicht ausdrücklich ausgeschlossen werden.³⁸ Dennoch dürfen gemäss Bundesgericht Rechtfertigungsgründe im konkreten Fall nur mit grosser Zurückhaltung bejaht werden.³⁹ Auch das Bundesgericht sah in der Datenbearbeitung durch die Logistep AG und der damit verbundenen Verletzung der Grundsätze der Zweckbindung und der Erkennbarkeit eine Persönlichkeitsverletzung.⁴⁰

Das Bundesgericht führte aus, dass im Vergleich zu Art. 28 ZGB Art. 13 Abs. 1 DSGVO zwar den Grundsatz im Hinblick auf eine Persönlichkeitsverletzung aus Art. 28 Abs. 2 ZGB übernehme. Dennoch bestehen im Bezug auf das Verfahren Unterschiede bei der Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen.⁴¹ Insbesondere sei zu berücksichtigen, dass der EDÖB in einem Rahmen handle, der über das reine Zweiparteienverhältnis hinausgehe und seine Intervention, welche die Verteidigung einer Vielzahl von Personen bezweckt, letztendlich im öffentlichen Interesse liege. Dies sei bei der Interessenabwägung nach Art. 13 Abs. 1 DSGVO zu berücksichtigen.⁴² Ausserdem würde eine derartige (gegebenenfalls richterlich bestätigte) Empfehlung eine indirekte Wirkung für all jene Personen haben, die nach einer ähnlichen Methode vorgehen würden wie die Beschwer-

25 BVGer, 27.05.2009, A-3144/2008, E. 8.3.2.

26 BVGer, 27.05.2009, A-3144/2008, E. 9.3.4.

27 BVGer, 27.05.2009, A-3144/2008, E. 9.3.6.

28 BVGer, 27.05.2009, A-3144/2008, E. 10.3.2.

29 BVGer, 27.05.2009, A-3144/2008, E. 11.4.

30 BVGer, 27.05.2009, A-3144/2008, E. 12.3.

31 BVGer, 27.05.2009, A-3144/2008, E. 12.3.2.

32 BVGer, 27.05.2009, A-3144/2008, E. 13.

33 BVGer, 27.05.2009, A-3144/2008, E. 13.2.

34 BGE 136 II 510 f., medialex 2011, 51.

35 BGE 136 II 515 f., medialex 2011, 51.

36 BGE 136 II 517, medialex 2011, 51.

37 BGE 136 II 519, medialex 2011, 51.

38 BGE 136 II 520 f., medialex 2011, 51.

39 BGE 136 II 520 f., medialex 2011, 51.

40 BGE 136 II 522 f., medialex 2011, 51.

41 BGE 136 II 523 f., medialex 2011, 51.

42 BGE 136 II 523 f., medialex 2011, 51.

deführerin, was zusätzlich Licht auf die Tragweite des vorliegenden Falles werfe.⁴³

Demgegenüber verfolge – gemäss Bundesgericht – die Beschwerdegegnerin ein wirtschaftliches Interesse. Zudem führe die Datenbearbeitung der Firma Logistep AG wegen fehlender gesetzlicher Reglementierung 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.⁴⁴ Mithin vermöge «auch das Interesse an der wirksamen Bekämpfung von Urheberrechtsverletzungen die Tragweite der Persönlichkeitsverletzung und der mit der umstrittenen Vorgehensweise einhergehenden Unsicherheit über die Datenbearbeitung im Internet nicht aufzuwiegen».⁴⁵ Dies gelte umso mehr, als ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse als Rechtfertigungsgrund nur zurückhaltend bejaht werden dürfe.

Damit hiess das Bundesgericht die Beschwerde des EDÖB gut,⁴⁶ wies aber insbesondere darauf hin, dass der Gegenstand des vorliegenden Falls einzig die Datenbearbeitung durch die Beschwerdegegnerin war und es nicht darum ging, dem Datenschutz generell den Vorrang gegenüber dem Schutz des Urheberrechts einzuräumen.⁴⁷

III. Würdigung des Urteils

1. Eine Frage der Bestimmbarkeit: IP-Adressen als personenbezogene Daten

Eine IP-Adresse ist eine auf dem TCP/IP-Protokoll basierende eindeutige Identifikationsnummer, welche es zwei Kommunikationseinheiten, die über ein Netzwerk verbunden sind, ermöglicht, Daten miteinander auszutauschen. Alleine anhand der IP-Adresse können allerdings deren Inhaber nicht identifiziert werden. Vielmehr bedarf es Zusatzinformationen (wie Name, Adresse etc.), durch welche die eine bestimmte IP-Adresse innehabende Kommunikationseinheit einer Person zugeordnet werden kann. Eine solche Zuordnung kann beispielsweise durch den Internet Service Provider (nachfolgend: ISP, wie z.B. Swisscom, Cablecom etc.) geschehen, dem die Identität des Inhabers des Internetanschlusses aufgrund der Rechnungsstellung bekannt ist.⁴⁸ Der ISP verfügt also über sogenannte «Schlüsseldaten», die es ihm ermöglichen die IP-Adresse einer bestimmten Person zuzuordnen. Allerdings verfügen in vielen Fällen nicht nur ISP über «Schlüsseldaten». Vielmehr verfügen grundsätzlich sämtliche Betreiber von Websites, welche einen Bereich für registrierte Nutzer haben (z.B. bei Internetshops wie Amazon oder Ebay), über «Schlüsseldaten». Sobald sich die betroffene Person auf einer solchen Seite angemeldet und persönliche Identifikationsdaten hinterlegt hat, kann der Betreiber der Website die IP-Adresse des die Seite aufrufenden Rechners speichern und dem angemeldeten Benutzer zuord-

nen. Gleiches gilt natürlich auch für Nutzer, die auch ohne Registrierung personenbezogene Daten auf der Website hinterlassen (z.B. Kreditkartendaten beim Einkauf). Auch in solchen Fällen werden IP-Adressen zu personenbezogenen Daten.

Das Bundesgericht hält fest, dass eine abstrakte Feststellung, ob es sich bei IP-Adressen um Personendaten handelt, nicht möglich ist. Wie die Artikel-29-Datenschutzgruppe der EU⁴⁹ legt auch das Bundesgericht den IP-Adressen einen relativen Personenbezug zugrunde. Dies bedeutet, dass im Einzelfall entschieden werden muss, ob es sich bei IP-Adressen um Personendaten handelt. Damit sind IP-Adressen aber nicht nur in den seltensten Fällen als Personendaten zu qualifizieren. Betreiber von Websites müssen prüfen, ob es technisch möglich ist, über die bei ihnen gespeicherten Schlüsseldaten eine Beziehung zwischen betroffenen Personen und IP-Adressen herzustellen und ob eine interessierte Person den Aufwand der Identifizierung auf sich nehmen würde.⁵⁰ In einem solchen Fall sind nämlich IP-Adressen als Personendaten zu qualifizieren. Einen solchen Personenbezug sah das Bundesgericht auch im Fall Logistep als gegeben an.

2. Wann ist eine Datenbearbeitung persönlichkeitsverletzend?

Das Urteil des Bundesgerichts wurde bereits verschiedentlich als Pyrrhussieg für den Datenschutz kritisiert.⁵¹ Aus Sicht der Autoren ist dies allerdings Ergebnis einer verkürzten Sichtweise, welche der Argumentationslogik des Bundesgerichts zum Systemfehler nicht ausreichend Rechnung trägt.

Für Bearbeitungsmethoden, welche sich mit den Mitteln des Zivilprozessrechts nicht mehr angemessen beheben lassen, hat der Gesetzgeber das Konzept des Systemfehlers im Datenschutzrecht verankert.⁵² Demnach kann der EDÖB gestützt auf Art. 29 Abs. 1 lit. a DSGVO gegen Bearbeitungsmethoden, welche geeignet sind die Persönlichkeit einer grösseren Anzahl von Personen zu verletzen, Massnahmen ergreifen. Hierbei verfolgte der Gesetzgeber einen ergebnisorientierten Ansatz, wobei eine Datenbearbeitung, welche eine Persönlichkeitsverletzung verursachen kann, bereits als konzeptionell falsch eingestuft wird.⁵³ Im Hinblick auf die für ein Einschreiten des EDÖB geforderte grössere Anzahl von betroffenen Personen geht die Lehre und Praxis heute davon aus, dass diese bereits bei einigen wenigen Vorfällen erreicht sein kann.⁵⁴

43 BGE 136 II 523 f., medialex 2011, 51.

44 BGE 136 II 524 f., medialex 2011, 51.

45 BGE 136 II 524 f., medialex 2011, 51.

46 BGer, 08.09.2010, 1C_285/2009, E. 7.

47 BGE 136 II 525, medialex 2011, 51.

48 Vgl. hierzu Meyerdierts, Sind IP-Adressen personenbezogene Daten?, Multimediarecht 2009, 9 f.

49 Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 04/2007 zum Begriff «personenbezogene Daten», http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_de.pdf (06.07.2011).

50 BGE 136 II 524 f., medialex 2011, 51.; Basler Kommentar/Belser, Art. 3, N 6; Handkommentar zum Datenschutzrecht/Rosenthal, Art. 3, N 24 f.

51 Glarner, Rüfenacht, (Pyrrhus-)sieg für den Datenschutz, http://jusletter.weblaw.ch/article/de/_8934 (27.03.2011); Rosenthal, Wenn Datenschutz übertrieben wird oder: Hard cases make bad law, http://jusletter.weblaw.ch/article/de/_8686 (27.03.2011).

52 BBl 1988 II 479.

53 BGE 136 II 523 f., medialex 2011, 51.

54 BVGer A-3144/2008 E. 5.1.1 mit verweisen, VPB 69.106 E. 3.2; VPB 62.42 A und B S. 350 ff., Handkommentar zum Datenschutzgesetz/Rosenthal, Art. 29, N 11.

Im Rahmen der Prüfung, ob eine Bearbeitung von Personendaten geeignet ist die Persönlichkeit von betroffenen Personen zu verletzen, muss zwischen dem Inhalt der Daten, die bearbeitet werden, und der Art und Weise, wie Daten bearbeitet werden, unterschieden werden. Im ersten Fall ergibt sich die Persönlichkeitsverletzung bereits aus der Tatsache, dass Daten mit persönlichkeitsverletzendem Inhalt bearbeitet werden. Hingegen kann sich bei Daten, welche inhaltlich nicht persönlichkeitsverletzend sind, eine Persönlichkeitsverletzung auch durch die Art und Weise ihrer Bearbeitung ergeben. Dies hat zur Folge, dass neben der Tatsache, dass Daten bearbeitet werden, auch die Weise, wie sie bearbeitet werden, datenschutzrechtlich überprüft werden muss. In dem vom Bundesgericht zu beurteilenden Fall stellte sich vorwiegend die Frage, ob durch die von der Logistep AG gewählten Bearbeitungsmethoden eine Persönlichkeitsverletzung darstellen. Zwar hat das Bundesgericht in der Urteilsbegründung offengelassen, ob zur Ahndung von Urheberrechtsverletzungen Daten grundsätzlich bearbeitet werden dürfen, und nur darauf hingewiesen, dass es im Rahmen des Urteils nicht darum ging, dem Datenschutz generell den Vorrang gegenüber dem Schutz des Urheberrechts einzuräumen. Dennoch ist es für die Autoren undenkbar, dass das Bearbeiten von Personendaten zur Ahndung von Urheberrechtsverletzungen generell verboten sein soll. Eine solche Annahme zu treffen würde ja gerade dem Datenschutz generell den Vorrang gegenüber dem Schutz des Urheberrechts einräumen, was das Bundesgericht zu Recht verneint hat. Vielmehr stellt sich die Frage, ob die Art und Weise, wie Daten bearbeitet werden, im Hinblick auf eine mögliche Beeinträchtigung der informationellen Selbstbestimmung der betroffenen Personen gerechtfertigt werden kann. Hierzu hat der Gesetzgeber in Art. 12 DSG das System der Rechtfertigungsgründe einer Datenbearbeitung eingeführt, wonach eine Interessensabwägung zwischen den Interessen der Datenbearbeiter und den Persönlichkeitsinteressen der betroffenen Personen vorzunehmen ist.

Im Hinblick auf die im Rahmen der Revision des DSG im Jahre 2008 erfolgte Streichung der Rechtfertigungsgründe aus Art. 12 Abs. 2 lit. a DSG hat das Bundesgericht unmissverständlich festgehalten, dass Rechtfertigungsgründe zwar nicht generell ausgeschlossen sind, aber im konkreten Fall nur mit grosser Zurückhaltung bejaht werden können.⁵⁵ Dennoch geht das Bundesgericht nicht so weit, die Streichung der Rechtfertigungsgründe als ein Versehen⁵⁶ anzusehen, da durch die textliche Änderung verdeutlicht werden sollte, dass eine Rechtfertigung nicht vorschnell angenommen werden dürfte.⁵⁷ Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wann eine vorschnelle Rechtfertigung vorliegt, und in welchem Umfang Rechtfertigungsgründe bei einer Verletzung der Grundsätze der Datenbearbeitung herangezogen werden können.

In Lehre und Praxis herrscht bereits seit Inkrafttreten des DSG ein Streit darüber, was in welcher Form zu prüfen sei, um beurteilen zu können, ob durch eine Datenbearbeitung eine

widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung vorliegt. Auf der einen Seite wird die radikale Mindermeinung vertreten, dass eine Datenbearbeitung bereits schon dann rechtmässig ist, wenn (unabhängig von der Art und Weise ihrer Bearbeitung) ein Rechtfertigungsgrund vorliegt, die Daten zu bearbeiten.⁵⁸ Bei einer solchen Interpretation würde sich allerdings die Prüfung der Grundsätze der Datenbearbeitung erübrigen, da sie vorwiegend die Art und Weise der Datenbearbeitung betreffen. Der Zweck der Datenbearbeitung würde die Mittel heilen. Eine solche Auslegung ist daher abzulehnen. Auf der anderen Seite wird – streng nach Wortlaut von Art. 12 Abs. 2 lit. a DSG – die Meinung vertreten, dass eine Datenbearbeitung entgegen den Grundsätzen der Datenbearbeitung nicht mehr gerechtfertigt werden können soll.⁵⁹ Dies hätte zur Folge, dass eine Datenbearbeitung selbst bei Einwilligung des Verletzten widerrechtlich wäre.⁶⁰ Zu Recht hat das Bundesgericht diese Interpretationen abgelehnt, da sie auf der einen Seite der ursprünglichen Absicht des Gesetzgebers⁶¹ widersprechen und auf der anderen Seite zu rechtlich stossenden Ergebnissen führen würden.

Das Bundesgericht, das Bundesverwaltungsgericht wie auch der Grossteil der Lehre vertreten eine zwischen diesen Extrempositionen liegende Meinung.⁶² Die Bestimmung von Art. 12 Abs. 2 lit. a DSG ist so auszulegen, «dass eine Rechtfertigung der Bearbeitung von Personendaten entgegen der Grundsätze von Art. 4, Art. 5 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 DSG zwar nicht generell ausgeschlossen ist, dass Rechtfertigungsgründe im konkreten Fall aber nur mit grosser Zurückhaltung bejaht werden können».⁶³

Dass das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht dennoch zu unterschiedlichen Beurteilungen kamen, liegt vor allem in der Beurteilung der Tragweite der Art und Weise, wie die Daten durch die Logistep AG bearbeitet wurden. Das Bundesverwaltungsgericht hat in seiner Urteilsbegründung auf der einen Seite eine eher individualistische Sicht eingenommen, wobei es den Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Personen den in ihren Rechten verletzten Urheberrechtshabern gegenübergestellt hat. Es argumentierte, dass die von Logistep erhobenen Daten gerade objektiv notwendig seien, um die vermuteten Urheberrechtsverletzer identifizieren und anschliessend gegen sie vorgehen zu können. Demgegenüber erscheine der Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der betroffenen

58 Handkommentar zum Datenschutzgesetz/Rosenthal, Art. 12 Abs. 3, N 22.

59 Huber, Die Teilrevision des Eidg. Datenschutzgesetzes – ungenügende Pinselrenovation, recht 24/2006 S. 214.

60 Handkommentar zum Datenschutzgesetz/Rosenthal, Art. 12 DSG, N 19.

61 Vgl. BBl 1988 II 459, wonach die Grundsätze der Datenbearbeitung das ethische und rechtspolitische Fundament des Datenschutzgesetzes darstellen und nicht ohne zwingenden Grund gegen sie verstossen werden soll.

62 Bundesamt für Justiz, Änderung von Art. 12 Abs. 2 lit. a DSG: Auslegungshilfe, www.edoeb.admin.ch/themen/00794/00819/01086/index.html?lang=de, (06.01.2011); Brunner, Das revidierte Datenschutzgesetz und seine Auswirkungen im Gesundheits- und Versicherungswesen, in: *Datenschutz im Gesundheits- und Versicherungswesen*, 2008, S. 142 ff.; Drechsler, Die Revision des Datenschutzrechts, AJP 2007 S. 1474;

63 BGE 136 II 520 f., medialex 2011, 51.

55 BGE 136 II 520 f., medialex 2011, 51.

56 Andere Meinung: Handkommentar zum Datenschutzgesetz/Rosenthal, Art. 12 Abs. 3, N 16 ff.

57 Auslegungshilfe des BJ zur Änderung von Art. 12 Abs. 2 lit. a DSG: www.edoeb.admin.ch/themen/00794/00819/01086/index.html?lang=de, (5. November 2010) (vgl. FN 2).

Personen⁶⁴ nicht ausgesprochen schwerwiegend.⁶⁵ Zudem hat das Bundesverwaltungsgericht der Notwendigkeit der Datenbearbeitung eine grosse Bedeutung zugemessen und dies als Rechtfertigung für eine Verletzung der Grundsätze der Datenbearbeitung herangezogen.

Das Bundesgericht hat hingegen die gesamtgesellschaftliche Wirkung der Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen als weitere Dimension in seine Erwägungen mit einbezogen.⁶⁶ Es stellte fest, dass trotz den identischen Formulierungen von Art. 13 Abs. 1 DSGVO und Art. 28 Abs. 2 ZGB unterschiedliche Verfahren angewendet werden müssen, da sich im Zivilprozess lediglich zwei Parteien gegenüberstehen, wohingegen ein Vorgehen des EDÖB gemäss Art. 29 Abs. 1 lit. a DSGVO nur in Fällen stattfindet, die über ein Zweiparteienverhältnis hinausgehen.⁶⁷ Im Hinblick auf den Umfang der durch die Logistep AG bearbeiteten Daten hielt das Bundesgericht fest, dass die Bearbeitungsmethode «allgemein (...) wegen fehlender gesetzlicher Reglementierung 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» führt.⁶⁸ Damit anerkennt das Bundesgericht, dass die durch die Logistep AG im Rahmen der Datenbearbeitung bewirkten Persönlichkeitsverletzungen in der Gesellschaft zu einer Unsicherheit im Hinblick auf die Datenbearbeitung führen kann, welche dazu geeignet ist, das Vertrauen der Gesellschaft zu erschüttern.

Bemerkenswert an dieser Argumentation ist, dass das Bundesgericht eine Gesamtbetrachtung der Wirkungen der einzelnen Persönlichkeitsverletzungen anstellt. Selbst wenn einzelne durch die Bearbeitungsmethode verursachte Persönlichkeitsverletzungen – wie dies das Bundesverwaltungsgericht aufgezeigt hat – möglicherweise im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung gerechtfertigt werden könnten, können sie in ihrer Summe dennoch unzulässig sein. Hierbei stützt sich das Bundesgericht auf den Begriff des Systemfehlers, welcher gemäss dem Willen des Gesetzgebers vorliegt, wenn Fehler bei der Konzeption eines Informationssystems vorliegen, die sich mit den Mitteln des Zivilprozessrechts nicht mehr angemessen beheben lassen.⁶⁹ Im Rahmen des Zivilprozessrechts haben Betroffene die Möglichkeit gemäss Art. 28 Abs. 2 ZGB, der im Wortlaut mit Art. 13 Abs. 1 DSGVO identisch ist, gegen eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung zu klagen und den durch die Ver-

letzung entstandenen Schaden rückgängig zu machen bzw. sich für den erlittenen Schaden entschädigen zu lassen. Hingegen kann über einen Zivilprozess nach Art. 28 Abs. 2 ZGB der durch eine Bearbeitungsmethode entstandene Vertrauensverlust der Bevölkerung in die Bearbeitung von Daten nicht wiederhergestellt werden. Indem das Bundesgericht anerkennt, dass der Rahmen, in dem der EDÖB handelt, über ein Zweiparteienverhältnis hinausgeht,⁷⁰ bezieht es auch einen materiellen Aspekt in seine Überlegungen mit ein.

Damit zeigt das Bundesgericht auf, dass ein Datenbearbeiter, der die Personendaten einer grösseren Anzahl an betroffenen Personen bearbeitet, eine gesteigerte Verantwortung trägt, die über die reine individuelle Betrachtung im Einzelfall hinausgeht. Dies ist ein Aspekt, dem bei der unterschiedlichen Auslegung von Art. 28 Abs. 2 ZGB und Art. 13 Abs. 1 DSGVO bisher in Literatur und Praxis kaum Aufmerksamkeit geschenkt wurde.

Gleichzeitig wirft diese Unterscheidung wiederum eine Reihe neuer Fragen auf. Findet diese vom Bundesgericht angewendete Gesamtbetrachtung Anwendung, müssen in Zukunft Unternehmen prüfen, ob ihre Bearbeitungsmethode – auch wenn sie im Einzelfall gerechtfertigt werden kann – aufgrund ihrer Tragweite in der Bevölkerung für Verunsicherung im Hinblick auf das Vertrauen in die Bearbeitung von Daten sorgen kann und damit zu einem Systemfehler führt. Das bedeutet, dass Datenbearbeiter bei der Planung und Umsetzung der Datenbearbeitung eine gesteigerte Sorgfaltspflicht haben. Diese ist umso grösser, je umfangreicher die Datenbearbeitung und die Anzahl möglicher Betroffener ist. Insbesondere bei Datenbearbeitungen, von denen quasi sämtliche Schweizer betroffen sind, wie z.B. bei Kreditauskunfteien, bei Versicherungen aber auch bei Internetdienstleistern wie Suchmaschinen oder dem Service Google-Street-View, muss von einer gesteigerten Sorgfaltspflicht ausgegangen werden.

3. Ein Sieg für den Datenschutz, eine Chance für das Urheberrecht – die Interessensabwägung des Bundesgerichts

Bemerkenswert an der Urteilsbegründung ist, dass das Bundesgericht keine Interessensabwägung zwischen den Bearbeitungsinteressen der Urheberrechtsinhaber und der schützenswerten Interessen der einzelnen betroffenen Personen vorgenommen hat. Vielmehr kam es im Rahmen einer Gesamtbetrachtung der Situation zu dem Schluss, dass ganz allgemein die Tragweite der Persönlichkeitsverletzung und die mit der umstrittenen Vorgehensweise einhergehenden Unsicherheiten über die Datenbearbeitungsmethoden im Internet nicht mit dem Interesse an der wirksamen Bekämpfung von Urheberrechtsverletzungen durch Private zu rechtfertigen sei.

Mit diesem sicherlich für den Datenschutz wichtigen Urteil hat das Bundesgericht deutlich aufgezeigt, dass selbst wenn es grundsätzlich zulässig sein könnte, Inhalte zu bearbeiten, die Art und Weise, wie diese bearbeitet werden, als wichtige Komponente bei der Zulässigkeit einer Datenbearbeitung zu

64 Die Autoren gehen davon aus, dass das Bundesverwaltungsgericht hierbei sinngemäss von den einzelnen betroffenen Personen spricht.

65 BVGer, 27.05.2009, A-3144/2008, E. 12.3.2.

66 Die unterschiedliche Betrachtung aus Individual- und Gesamtsicht ist in der Ökonomie sehr bekannt, wo zwischen mikroökonomischen und makroökonomischen Modellen unterschieden wird. Wenn beispielsweise ein Haushalt anstatt Schulden zu machen, spart und damit weniger konsumiert, so hat dies positive Auswirkungen auf diesen Haushalt, ohne dass dies grosse gesamtwirtschaftliche Folgen hätte. Sparen hingegen in einer Volkswirtschaft allerdings alle Haushalte, anstatt Schulden zu machen, so hat dies gesamtwirtschaftlich starke Auswirkungen auf den Konsum, was zu einer Rezession führen kann.

67 BGE 136 II 523 f., medialex 2011, 51.

68 BGE 136 II 524 f., medialex 2011, 51.

69 BBl 1988 II 479.

70 BGE 136 II 523 f., medialex 2011, 51.

prüfen ist und daher ein eigenständiges Prüfungskriterium darstellt. Eine solche Interpretation sollte sich eigentlich ohne Weiteres aus Art. 4 DSGVO ergeben. In diesem Sinne hat das Bundesverwaltungsgericht der Art und Weise, wie die Daten bearbeitet werden, zu wenig Bedeutung beigemessen.

Wie das Bundesgericht festhält, ging es nicht darum, ob dem Datenschutz generell Vorrang gegenüber dem Schutz des Urheberrechts einzuräumen ist. Vielmehr hat es darauf verwiesen, dass es in diesem Fall Sache des Gesetzgebers und nicht der Richter sei, die allenfalls notwendigen Massnahmen zu treffen, um einen den technologischen Entwicklungen entsprechenden Urheberrechtsschutz zu gewährleisten.

Ohne vertiefte Kenntnis der Materie mag dies überraschen. Doch hat das Bundesgericht klargestellt, dass selbst wenn gegen Rechtsnormen verstossen wird (hier gegen das Urheberrecht), die Geschädigten nicht ohne Weiteres gegen andere Gesetze (hier gegen das Datenschutzgesetz) verstossen dürfen, um ihre Rechte durchzusetzen. Im vorliegenden Fall hat es festgestellt, dass die Logistep AG durch die Verletzung des Zweckmässigkeitsprinzips und des Erkennbarkeitsprinzips in gravierender Weise gegen das Datenschutzgesetz verstossen hat. Auch wenn die Urheberrechtsinhaber in ihren Rechten verletzt werden, so legitimiert sie diese Tatsache in keiner Weise, andere Gesetze, wie im vorliegenden Fall das Datenschutzgesetz, zu verletzen.

Vor diesem Hintergrund ist das Urteil des Bundesgerichts zu begrüssen. Alleine die Tatsache, dass der Gesetzgeber, keine Möglichkeiten geschaffen hat, die Urheberrechte in ausreichendem Masse zu schützen, kann keine Selbsthilfe legitimieren, die ihrerseits gegen Gesetze verstösst. Daher liegt es am Gesetzgeber für Verhältnisse zu sorgen, welche einen ausreichenden Schutz der Urheberrechte gewährleisten. Mit diesem Urteil dürfte der Druck auf den Gesetzgeber gestiegen sein, eine Lösung für die Gewährleistung eines ausreichenden Urheberrechtsschutzes bei der Nutzung der neuen Technologien zu finden. Dies stellt für das Urheberrecht eine Chance dar, die entsprechenden Bestimmungen den aktuellen Gegebenheiten anpassen zu können.

Damit hat das Bundesgericht den Datenschutz in keiner Weise zum Täterschutz gemacht, wie dies vorgebracht wurde.⁷¹ Falsch wäre es, auf dem Wege der Rechtsprechung dem Datenschutz allgemein weniger Gewicht beizumessen, wie dies gelegentlich gefordert wird.⁷² Dies hätte im vorliegenden Fall dazu geführt, dass dem Urheberrecht prinzipiell der Vorrang vor dem aus der Verfassung abgeleiteten Recht auf informationelle Selbstbestimmung gegeben worden wäre. Im Fall Logistep bestand kein direkter Zielkonflikt zwischen dem aus der Wirtschaftsfreiheit abgeleiteten Recht auf Urheberschutz und dem verfassungsmässigen Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Vielmehr kann durch eine geeignete Gesetzgebung ein

ausreichender Urheberrechtsschutz geschaffen werden, welcher im Einklang mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung steht. Art. 13 Abs. 1 DSGVO als Mechanismus zum Ausgleich der Interessen zu benutzen, um diese Nachlässigkeit des Gesetzgebers auszugleichen, würde dem Sinne einer Interessensabwägung im Rahmen der Einschränkung von Grundrechten gemäss Art. 36 der Bundesverfassung widersprechen und ist daher abzulehnen.

IV. Schlussbemerkungen

Bemerkenswert am Urteil des Bundesgerichts ist, dass es sich mit einer Reihe von grundsätzlichen Fragen im Bereich des Datenschutzes befasst hat, welche in der Zukunft einen grossen Einfluss auf Lehre und Praxis haben wird. Insbesondere hat das Bundesgericht wichtige Unterscheidungen zwischen den individuellen Persönlichkeitsrechten und dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung vorgenommen. Diese Unterscheidungen werden in Zukunft weitreichende Auswirkungen auf die Datenschutzrechtspraxis in der Schweiz haben. Insbesondere im Umgang mit neuen Technologien und dem damit verbundenen gesteigerten Risiko eines Systemfehlers hat das Bundesgerichtsurteil neue Massstäbe gesetzt, welche Impulse für die Weiterentwicklung des Datenschutzrechts in der Schweiz geben sollten.

Zusammenfassung Der eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) hat im Rahmen seiner Tätigkeit die Datenbearbeitungsmethoden der auf die Ahndung von Urheberrechtsverletzungen spezialisierten Firma Logistep AG untersucht und festgestellt, dass sie durch das Sammeln von IP-Adressen Persönlichkeitsrechte verletzt. Er empfahl die Datenbearbeitung unverzüglich einzustellen. Im anschliessenden Klageverfahren unterschied das Bundesgericht insbesondere zwischen der Natur des Systemfehlers auf kollektiver Ebene und der individuellen Persönlichkeitsverletzung. Die hierbei angestellten grundsätzlichen Überlegungen dürften in Zukunft weitreichende Auswirkungen auf die Anwendung des Datenschutzgesetzes haben.

Summary In a leading decision, relating to the collection of IP addresses by a private corporation aiming to trace copyright infringements, the Swiss Federal Court shed light on basic data protection issues. The Federal Court defined both the nature of IP addresses and the notion of «system failure». Moreover, it differentiated between the nature of civil actions for infringements of personal rights according to art. 28 ff et seqg. of the Swiss Civil Code and the actions taken by the Federal Data Protection and Information Commissioner according to art. 29 of the Swiss Data Protection Act.

⁷¹ Glarner, Rufenacht, (Pyrrhus-)sieg für den Datenschutz, http://jusletter.weblaw.ch/article/de/_8934 (27.03.2011), N 16 f.; Rosenthal, Wenn Datenschutz übertrieben wird oder: Hard cases make bad law, http://jusletter.weblaw.ch/article/de/_8686 (27.03.2011), N 10 ff.

⁷² So z.B.: Rosenthal, Wenn Datenschutz übertrieben wird oder: Hard cases make bad law, http://jusletter.weblaw.ch/article/de/_8686 (27.03.2011), N 11.

entscheidungen décisions

Die Entscheidung | La décision

- 11-110 **Aufsichtszuständigkeit des BAKOM für das übrige publizistische Angebot bejaht**
Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. April 2011 (A-6603/2010) 153
ANMERKUNGEN: PROF. CHRISTOPH BEAT GRABER, LUZERN
- 1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht**
- 1.1 Meinungsäusserungs- und Informationsfreiheit, Medienfreiheit**
- 11-111 **Strafe wegen illegalen Feuerwerkskaufs für dänische TV-Sendung war gerechtfertigt** 158
Zulässigkeitsentscheid des Menschenrechtsgerichtshofs (1. Kammer) vom 24. Mai 2011 (N° 22918/08 «Mikkelsen und Christensen c. Dänemark»)
ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN
- 11-112 **Journalistische Übernahme von Vorwürfen aus dem Internet: Rechtssicherheit unabdingbar** 160
Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (5. Kammer) vom 5. Mai 2011 (N° 33014/05 «Editorial Board of Pravoye Delo und Shtekel c. Ukraine»)
ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN
- 11-113 **Ausreichende Sorgfalt bei Berichterstattung über Vorgänge im Gerichtssaal** 162
Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (4. Kammer) vom 14. Juni 2011 (N° 28040/08 «Aquilina u.a. c. Malta»)
- 11-114 **Überrissene Sanktion für unsorgfältige Artikel missachtet Medienfreiheit** 162
Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (4. Kammer) vom 19. April 2011 (N° 22385/03 «Kasabova c. Bulgarien»)
ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN
- 11-115 **Unberechtigte Strafe nach Vorwürfen im politischen Diskurs** 163
Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (4. Kammer) vom 31. Mai 2011 (N° 5995/06 «Sabanović c. Montenegro und Serbien»)
- 11-116 **Abschätziges Werturteil war nachvollziehbar und respektierte den Rahmen erlaubter Polemik** 163
Urteil des EGMR (2. Kammer) vom 12. April 2011 (N° 4049/08 «Conceição Letria c. Portugal»)
- 11-117 **(Bewusste) Verzerrung von Fakten ist nicht durch Recht auf journalistische Übertreibung gedeckt** 163
Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (4. Kammer) vom 21. Juni 2011 (N° 35105/04 «Kania und Kittel c. Polen»)
- 11-118 **Unberechtigte Strafe für Nennung der Namen von Antiterrorpolizisten** 164
Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (2. Kammer) vom 5. April 2011 (N° 36635/08 «Tas c. Türkei»)
- 11-119 **Keine Pflicht zur Vorabinformation über kompromittierende Publikationen** 164
Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (4. Kammer) vom 10. Mai 2011 (N° 48009/08 «Mosley c. Grossbritannien»)
ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN
- 11-120 **Automatische Bestrafung wegen Abbildung von Untersuchungsakten missachtet Medienfreiheit** 166
Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (2. Kammer) vom 28. Juni 2011 (N° 28439/08 «Pinto Coelho c. Portugal»)
ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN

1.2 Recht des Informationszugangs der Öffentlichkeit

- 11-121 **Bundesgericht weist Beschwerde zweier Rechtsvertreter gegen Publikation eines Bundesgerichtsurteils ab** 167
Urteil des Bundesgerichts vom 24. Mai 2011 (1B_235/2011)

1.3 Radio- und Fernsehrecht

- 11-122 **Bundesgericht bestätigt UBI: Beiträge über Gefahren von Antibabypillen verstießen nicht gegen das Sachgerechtigkeitsgebot** 167
Urteil des Bundesgerichts vom 6. April 2011 (2C_644/2010)
ANMERKUNGEN: DR. IUR. THOMAS STEINER, ZÜRICH
- 11-123 **Bundesverwaltungsgericht weist Beiladungsgesuch zu Konzessionierungsverfahren ab** 169
Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 7. Februar 2011 (A-7841/2010)
- 11-124 **Nachträgliche Abmeldung von der Gebührenpflicht wurde vom Bundesverwaltungsgericht abgelehnt** 169
Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. April 2011 (A-3941/2010)
- 11-125 **Beschwerde gegen Festlegung der Konzessionsabgabe vom BVGer teilweise gutgeheissen** 170
Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. April 2011 (A-1847/2010)
- 11-126 **BAKOM beurteilt betreute Wohnhäuser einer Stiftung als einzelne Geschäftsstellen** 171
Verfügung des BAKOM vom 2. Februar 2011
- 11-127 **Le titulaire d'une concession télévisuelle a une obligation de diffusion égale et uniforme.** 172
Décision du 31 mars 2011 de l'OFCOM
- 11-128 **UBI weist Zugangsbeschwerde des VgT ab.** 172
Entscheid der UBI vom 22. Oktober 2011 (b.593/607)
- 11-129 **Beschwerde gegen Beiträge von Tele Züri zur Verhaftung von Carl Hirschmann von der UBI gutgeheissen.** 173
Entscheid der UBI vom 3. Dezember 2011 (b.616)

1.7 Weitere verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragen

- 11-130 **Ungenügender Schutz eines irrtümlich angeschossenen eingebetteten Journalisten.** 175
Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (2. Kammer) vom 14. Juni 2011 (N° 30812/07 «Trévalec c. Belgien»)
- 11-131 **Genugtuung für vorverurteilende Äusserungen an Medienkonferenz** 175
Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (3. Kammer) vom 28. Juni 2011 (N° 28834/08 «Lizaso Azconobieta c. Spanien»)
- 11-132 **Bundesgericht heisst Beschwerde wegen unklarem Urteilsdispositiv teilweise gut** 176
Urteil des Bundesgerichts vom 24. Mai 2011 (2C_665/2010)

3. Strafrecht

3.3 Rechtsgüter der Allgemeinheit

- 11-133 **Bundesgericht anerkennt Besitz an Daten im Cache-Speicher.** 177
Urteil des Bundesgerichts vom 12. Mai 2011 (6B_744/2010)

4. Privatrecht

4.1 Persönlichkeitsschutz (ZGB/UWG) und Datenschutz

- 11-134 **Bundesgericht beurteilt Zeitungsartikel über Bank als persönlichkeitsverletzend** 177
Urteil des Bundesgerichts vom 16. Dezember 2010 (5A_92/2010)

5. Urheberrecht

5.2 Verwertungsrecht

- 11-135 **Anschein einer Befangenheit der ehemaligen ESchK-Präsidentin: Bundesverwaltungsgericht hebt Genehmigung des GT 4e auf** 178
Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. April 2011 (B-4632/2010)

6. Wettbewerbsrecht

6.2 Weitere wettbewerbsrechtliche Fragen

- 11-136 **SWITCH hat Tochtergesellschaft gegenüber anderen Wholesale-Partnern bevorzugt** 179
Verfügung des BAKOM vom 11. April 2011

8. Ethik/Selbstregulierung

8.1 Ethik des Journalismus

- 11-137 **Aufgepasst bei Gerichtsberichten und Kooperationen von Redaktionen – Beschwerden gegen «Sarganserländer» und «K-Tipp»**. 180
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 17. Februar 2011 (6/2011; Maklerzentrum Schweiz AG c. «Sarganserländer»/«K-Tipp»)
- 11-138 **Bild einer Muslimin für unverhüllte Islamkritik missbraucht** 181
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 16. März 2011 (7/2011; X. c. «Weltwoche»)
- 11-139 **Wahrheit/Entstellung von Tatsachen/Sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigungen**. 181
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 17. Februar 2011 (8/2011; Schweizerischer Verein homöopathischer Ärztinnen und Ärzte c. «Das Magazin»)
- 11-140 **Menschenwürde/Opferschutz** 182
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 17. Februar 2011 (9/2011; X. c. «20 Minuten»)
- 11-141 **«SonntagsBlick» täuscht Leser mit Symbolbild**. 182
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 16. März 2011 (10/2011; Minelli/Luley c. «SonntagsBlick»)
- 11-142 **Identifizierung/Kinder**. 182
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 8. April 2011 (11/2011; Verein Espoir c. «Tages-Anzeiger Online»/«Blick Online»)
- 11-143 **Wahrheit/Entstellung von Informationen/Anhörung bei schweren Vorwürfen/ Berichtigung/Sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigungen/ Unschuldsvermutung** 183
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 8. April 2011 (12/2011; X. c. «Freiburger Nachrichten»)
- 11-144 **Le rôle du Conseil de la presse est uniquement de prendre position sur des pratiques journalistiques** 183
Prise de position du Conseil suisse de la presse du 8 avril 2011 (13/29011, X. c. «Le Matin»)
- 11-145 **Wahrheits- und Berichtigungspflicht** 183
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 15. April 2011 (14/2011; Verein gegen Tierfabriken c. «Tages-Anzeiger»)
- 11-146 **La «Déclaration» n'impose aucune obligation de rendre compte de manière objective** 183
Prise de position du Conseil suisse de la presse du 3 février 2011 (15/29011, Wawrinka c. «24 Heures»)
- 11-147 **Presserats- und Gerichtsverfahren** 184
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 29. April 2011 (16/2011; X. c. «Tages-Anzeiger»)

- 11-148 **Wahrheit/Unterschlagung von Informationen** 184
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 29. April 2011 (17/2011; Verein Ethik und Medizin Schweiz c. «NZZ am Sonntag»)
- 11-149 **Aucune règle de forme n'est en principe requise quant à la rectification de faits inexacts** 184
Prise de position du Conseil suisse de la presse du 6 mai 2011 (18/2011, Schouwey c. «Le Temps»)
- 11-150 **Wahrheitssuche/Trennung von Fakten und Kommentar/Anhörung bei schweren Vorwürfen/Recherchegespräche/Identifizierung** 185
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 25. Februar 2011 (19/2011; Truffer Herzog c. «Biel Bienne»)
- 11-151 **Ungenügende Überprüfung anonymer Quellen – Beschwerde gegen «Weltwoche» teilweise gutgeheissen** 185
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 5. Mai 2011 (20/2011; Gerichtskommission der Vereinigten Bundesversammlung c. «Weltwoche»)
- 11-152 **Verwendung eines Kinderbildes im Abstimmungskampf** 185
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 5. Mai 2011 (21/2011; Glanzmann & Co. c. «Kantonales Pfarreiblatt Luzern»)
- 11-153 **Sprachliche Diskriminierung von Homosexuellen? – Beschwerde gegen «Blick am Abend» abgewiesen** 186
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 11. Mai 2011 (22/2011; Gaynossinnen Juso Schweiz c. «Blick am Abend»)
- 11-154 **Publicità e testo redazionale devono rimanere separati – Accolto un reclamo contro il «Corriere del Ticino»** 186
Presa di posizione del Consiglio svizzero della stampa del 11 maggio 2011 (23/2011; Associazione Ticinese die Giornalisti c. «Corriere del Ticino»)
- 11-155 **Unterlassene Überprüfung einer Information – Beschwerde gegen «Tages-Anzeiger» teilweise gutgeheissen** 186
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 6. Mai 2011 (24/2011; Freidenker-Vereinigung der Schweiz/FreidenkerInnen Wallis c. «Tages-Anzeiger»)
- 11-156 **Kommentarfreiheit/Persönlichkeitsschutz/Menschenwürde** 187
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 3. Juni 2011 (25/2011; X. c. «Tages-Anzeiger»)
- 11-157 **Conditions à l'entrée en matière du Conseil suisse de la presse sur une question faisant déjà l'objet d'une procédure parallèle.** 187
Prise de position du Conseil suisse de la presse du 3 juin 2011 (26/2011, X. c. «Télévision Suisse Romande»)
- 11-158 **Wahrheit/Unterschlagung und Entstellung von Informationen/Berichtigung** 188
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 10. Juni 2011 (27/2011; X./Y. c. «Neue Zürcher Zeitung»)
- 11-159 **Leserbrief/Diskriminierung** 188
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 10. Juni 2011 (27/2011; X. c. «Bümpflizer Woche»)
- 11-16 **Das «Recht auf Vergessen» vergessen?** 188
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 10. Juni 2011 (28/2011; X. c. «Bümpflizer Woche»)
- 8.2 Ethik der kommerziellen Kommunikation**
- 11-161 **Jugendschutz – Plakat für Champagner Nähe Schulhaus und Kinderhort** 188
Beschluss der Schweizerischen Lauterkeitskommission vom 16. März 2011 (129/11)
- 11-162 **Vergleich – Krankenkassen-Vergleichsdienst** 189
Beschluss der Schweizerischen Lauterkeitskommission vom 16. März 2011 (186/10)
- 11-163 **Blutige Robbenköpfe – Plakatekampagne «Mordopfer!»** 189
Beschluss der Schweizerischen Lauterkeitskommission vom 16. März 2011 (407/10)

Aufsichtszuständigkeit des BAKOM für das übrige publizistische Angebot bejaht

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. April 2011 (A-6603/2010)

Zusammenfassung Ein Text, der im Rahmen des übrigen publizistischen Angebots der SRG im Internet publiziert wird, kann nicht als Sendung qualifiziert werden und ist zudem nicht zeitlich angesetzt. An einer Aufsicht des Bundesamtes für Kommunikation und damit an der Einhaltung des Leistungsauftrages besteht ein starkes öffentliches Interesse. Dieses überwiegt die Interessen der SRG und ihrer Medienschaffenden an der unkontrollierten Ausübung ihrer Tätigkeit und erweist sich als verhältnismässig.

Résumé On ne saurait qualifier d'émission un texte que la SSR a publié sur son site internet dans le cadre de ses autres services journalistiques; ce d'autant que la publication n'est pas liée à des contraintes horaires. Reste que l'intérêt public au respect du mandat de prestation et partant à une surveillance par l'Office fédéral de la communication est très grand. Il l'emporte sur celui de la SSR et de ses producteurs à échapper à tout contrôle. La mesure s'avère donc proportionnée.

Aufsichtszuständigkeit; übriges publizistisches Angebot; Verhältnismässigkeit

Art. 17, 36 BV; Art. 2 Bst. b, c, 25 Abs. 6, 82, 86, 89 RTVG

Sachverhalt (Zusammenfassung)

Einige Beiträge zum Klima im Online-Portal von SF Me-teo wurden von der Initiative gegen den Klima-Schwindel zuerst bei der Ombudsstelle DRS und anschliessend bei der UBI beanstandet. Sowohl die Ombudsstelle DRS als auch die UBI erklärten sich für die Informationen im Internet nicht zuständig, weshalb die Beschwerde ans UVEK überwiesen wurde. In der Folge befasste sich das BAKOM mit der Beschwerde, worauf die SRG mittels Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht gelangte, da sie die Zuständigkeit des BAKOM im Bereich des übrigen publizistischen Angebots (üpa) bestritt.

Erwägungen

1. (...)

2. Die Beschwerdeführerin rügt eine falsche Rechtsanwendung durch die Vorinstanz. Es bestehe keine genügende gesetzliche Grundlage für die von der Vorinstanz beabsichtigte inhaltliche Aufsicht über das übrige publizistische Angebot

(üpa) und sie verstosse gegen den in Art. 5 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) verankerten Grundsatz der Gesetzmässigkeit, der namentlich das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage für die staatliche Tätigkeit vorsehe. Zudem habe die Vorinstanz Art. 86 Abs. 1 und Art. 25 Abs. 3 Bst. b des Bundesgesetzes vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG, SR 784.40) in Verbindung mit den Bestimmungen ihrer Konzession falsch angewandt. Art. 25 Abs. 3 Bst. b RTVG ermächtige den Bundesrat, den Umfang und die Art des übrigen publizistischen Angebots in der Konzession zu regeln und damit auch einer Aufsicht durch das BAKOM zu unterstellen, nicht aber die Ausgestaltung, also den Inhalt desselben, wie die Vorinstanz argumentiere. Einer Aufsicht über den Inhalt des üpa fehle daher die notwendige gesetzliche Grundlage.

2.1. Die Vorinstanz bergründet ihre Zuständigkeit damit, dass sämtliche Gesetzesartikel, die das üpa erwähnen, auf Art. 25 Abs. 3 Bst. b RTVG Bezug nähmen. Dieser Artikel sei unter gesetzessystematischen Gesichtspunkten im Abschnitt über den Programmauftrag und die Konzession der SRG zu finden. Das üpa sei neben den Radio- und TV-Programmen der Beschwerdeführerin Bestandteil ihres konzessionierten und gebührenfinanzierten Angebotes. Der Programmauftrag sei somit zentraler Bestandteil des Begriffs üpa, weshalb sich das üpa am inhaltlichen Massstab für das Programm messen müsse. Der Programmauftrag habe seine Grundlage im RTVG, dieses lege die inhaltlichen Vorgaben für die Konzession der SRG fest. Mit Art. 12 Abs. 2 der SRG-Konzession würden einzig die gesetzlichen Vorgaben umgesetzt und konkretisiert, nicht aber die Befugnisse der Vorinstanz über den gesetzlichen Rahmen hinaus ausgedehnt.

2.2. Die Tätigkeit der Beschwerdeführerin erfordert gemäss Art. 25 Abs. 1 RTVG eine Konzession. Diese Konzession bestimmt namentlich die Anzahl und die Art der Radio- und Fernsehprogramme (Art. 25 Abs. 3 Bst. a RTVG) sowie den Umfang des übrigen publizistischen Angebots, das zur Erfüllung des Programmauftrags auf sprachregionaler, nationaler und internationaler Ebene notwendig ist (Art. 25 Abs. 3 Bst. b RTVG). Das üpa wird aus Gebühren finanziert (vgl. auch Art. 35 Abs. 2 RTVG). Art. 12 Abs. 1 der Konzession für die SRG SSR idée suisse sieht vor, dass das üpa die Online-Angebote nach Art. 13, den Teletext, programmassozierte Informationen, das publizistische Angebot für das Ausland im Sinne von Art. 28 Abs. 1 RTVG und Begleitmaterialien zu einzelnen Sendungen umfasst. Die inhaltlichen Grundsätze nach den Art. 4 bis 6 RTVG und die Qualitätsbestimmung in Art. 3 der Konzession gelten für das üpa sinngemäss (Art. 12 Abs. 2 Konzession).

Der Programmauftrag der Beschwerdeführerin wird in Art. 24 RTVG umschrieben. Es bestehen somit gesetzliche sowie aus der Konzession fließende Verpflichtungen an die Beschwerdeführerin hinsichtlich des üpA, deren Einhaltung sicherzustellen ist bzw. die einer Aufsicht zugänglich sind (vgl. Art. 25 Abs. 6 und Art. 89 RTVG).

Als Grundsatz legt Art. 86 Abs. 1 RTVG fest, dass die Vorinstanz über die Einhaltung des RTVG und der Ausführungsbestimmungen, der Konzession sowie der einschlägigen internationalen Übereinkommen wacht. Für die Behandlung von Beschwerden über den Inhalt redaktioneller Sendungen ist demgegenüber die Beschwerdeinstanz zuständig, d.h. gemäss Art. 82 ff. RTVG die unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI). Eine redaktionelle Sendung ist gemäss Legaldefinition in Art. 2 Bst. c RTVG ein formal und inhaltlich in sich geschlossener Teil eines Programms, der nicht Werbung ist. Art. 2 Bst. a RTVG definiert das Programm als eine Folge von Sendungen, die kontinuierlich angeboten, zeitlich angesetzt und fernmeldetechnisch übertragen werden sowie für die Allgemeinheit bestimmt sind. Den Parteien, aber auch der UBI, ist dahingehend zuzustimmen, dass ein Text, der im Rahmen des üpA im Internet publiziert wird, nicht als Sendung qualifiziert werden kann und ein Beitrag im Internet im Übrigen auch nicht zeitlich angesetzt ist (vgl. Entscheid der UBI b.606 vom 31. August 2009 E. 3). Im Internetauftritt der Beschwerdeführerin publizierte Texte oder Sammlungen von Texten zu einem Thema fallen daher nicht in die Zuständigkeit der UBI. Da die streitigen Fragen hinsichtlich des üpA auch nicht den Bereich der Finanzaufsicht betreffen, wofür gemäss Art. 36 RTVG das Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) zuständig ist, kommt für die Beurteilung, ob Art. 25 Abs. 3 Bst. b i.V.m. Art. 24 RTVG und die Konzession eingehalten sind, einzig die Vorinstanz infrage. Andere Aufsichtsbehörden hat das Parlament anlässlich der Beratungen zum RTVG diskutiert, namentlich eine unabhängige Kommission für Fernmeldewesen und elektronische Medien oder Publikumsräte, letztlich jedoch abgelehnt (Amtliches Bulletin der Bundesversammlung [AB] 2004 N 51 ff., AB 2005 S. 194 ff.; Rolf H. Weber, Rundfunkrecht, Bern 2008, S. 515 f.). Nicht anwendbar ist ferner innerhalb des Titels über die Aufsicht und den Rechtsschutz das 2. Kapitel (Art. 91–98 RTVG), da auch dieses nach dem Wortlaut auf redaktionelle Sendungen beschränkt ist.

2.3. Eine Aufsichtstätigkeit benötigt, wie jedes staatliche Handeln, eine gesetzliche Grundlage, die hinreichend klar und bestimmt sein muss, um dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit und damit den Anforderungen an die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns gemäss Art. 5 Abs. 1 BV zu genügen (Giovanni Biagini, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Zürich 2007, N. 8 ff. zu Art. 5 BV). Für ihre Aufsichtstätigkeit über das üpA kann sich die Vorinstanz auf Art. 86 RTVG abstützen. Ihre Aufsichtsbefugnis umfasst die Überprüfung, ob die dem RTVG unterstellten bzw. konzessionierten Programmveranstalter dieses Gesetz, die Ausführungsbestimmungen, eine allfällige Konzession und die einschlägigen internationalen Übereinkommen einhalten, also eine umfassende Rechtskontrolle. In diesem Rahmen verfügt die Aufsichtstätigkeit der Vorinstanz über eine hinreichend

bestimmte gesetzliche Grundlage. Ob die Vorinstanz Art. 86 und 24 f. RTVG richtig angewandt und zu Recht ihre Zuständigkeit bejaht hat, kann aber nicht nur anhand des Gesetzeswortlautes und des Gesetzmässigkeitsprinzips beurteilt werden, vielmehr sind insbesondere die einschlägigen Vorgaben der Bundesverfassung im Rahmen der Auslegung zu berücksichtigen.

3. Es ist daher weiter zu prüfen, ob der Schluss, dass die Vorinstanz für die Beaufsichtigung von Texten im Internetauftritt der Beschwerdeführerin umfassend zuständig ist, sich als verfassungskonform erweist.

3.1. Die Beschwerdeführerin bringt in diesem Zusammenhang vor, die Bejahung der Zuständigkeit zur umfassenden Aufsicht über das üpA verletze die in Art. 93 Abs. 3 BV verankerte Unabhängigkeit von Radio und Fernsehen sowie die Programmautonomie. Zudem greife die von der Vorinstanz beanspruchte aufsichtsrechtliche Zuständigkeit in die Medienfreiheit (Art. 17 BV) ein, ohne dass hierzu eine genügende gesetzliche Grundlage bestehe. Der beabsichtigten, systematisch und von Amtes wegen erfolgenden Inhaltskontrolle komme präventiver Charakter zu, und sie verstosse gegen das Verbot der Zensur (Art. 17 Abs. 2 BV). Da dieselbe Redaktion die Sendungen und das entsprechende Internetangebot erarbeiteten, wirke sich eine Inhaltskontrolle des Internetauftrittes auch auf die Sendungen aus. Die Überprüfung inhaltlicher Grundsätze habe der Gesetzgeber abschliessend geregelt und sei von der Frage der Erfüllung des Programmauftrages zu trennen. Soweit das Gesetz eine Aufsicht über den Programminhalt vorsehe, sei hierfür die UBI eingesetzt. Diese unterstehe besonderen verfahrensrechtlichen Regeln. Der Gesetzgeber habe keine lückenlose Aufsicht angestrebt, für das üpA sei keine solche Aufsicht vorgesehen.

3.2. Die Vorinstanz stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, der Gesetzgeber habe ihre Zuständigkeit in Kenntnis der verfassungsrechtlichen Problematik festgelegt und insbesondere eine umfassend zuständige, verwaltungsunabhängige Kommission für den gesamten Rundfunk- und Fernmeldebereich abgelehnt. Ebenso sei im Parlament die Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen UBI und BAKOM lange diskutiert worden. Im Bereich der Aufsicht bestehe daher keine Lücke. Hingegen habe die Vorinstanz die Aufsicht im Bereich des üpA verfassungskonform auszuüben, weshalb ihr eine rein fachliche Aufsicht verwehrt sei. Im Wissen um die Problematik der verfassungsrechtlichen Unabhängigkeit von Radio und Fernsehen habe sie in Aussicht gestellt, sich im Bereich des üpA an der Praxis der UBI zu orientieren und sich die nötige Zurückhaltung aufzuerlegen. Zudem bestehe die Möglichkeit, einen Aufsichtsentscheid an das Bundesverwaltungsgericht und anschliessend an das Bundesgericht weiterzuziehen, während gegen Entscheide der UBI nur der Gang ans Bundesgericht offen stehe. Endlich obliege ihr auch die Kontrolle, ob die SRG mit der Gesamtheit ihrer Programme den Leistungsauftrag erfülle, anlässlich derer ebenfalls konkrete publizistische Leistungen zu beurteilen seien. Zur Wahrung der verfassungsrechtlich garantierten Unabhängigkeit der SRG nehme sie die Aufsichtstätigkeit in diesem Bereich nicht selbst vor, sondern beauftrage damit unabhängige wissenschaftliche Institutio-

nen. Die Überprüfung der Inhalte des üpA sei nicht problematischer als die von der Beschwerdeführerin nicht bestrittene Kontrolle betreffend Einhaltung des Leistungsauftrages.

3.3. Art. 17 Abs. 1 BV gewährleistet die Medienfreiheit, d.h. die Freiheit von Presse, Radio und Fernsehen sowie anderer Formen der öffentlichen fernmeldetechnischen Verbreitung von Darbietungen und Informationen. Eine Internetpublikation fällt in den Schutzbereich der Medienfreiheit (Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 474). Das hier streitige üpA wird somit ohne Weiteres von Art. 17 BV erfasst und geschützt.

3.3.1. Für Radio und Fernsehen enthält Art. 93 BV besondere Bestimmungen, weil der Verfassungsgeber diese Medien als besonders regelungsbedürftig erachtet hat (Herbert Burkert, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl. Zürich/St. Gallen 2008, N. 2 zu Art. 93). Es ist daher zu prüfen, ob diese besonderen verfassungsmässigen Rechte auch für das üpA gelten.

Art. 93 Abs. 3 BV hält fest, dass die Unabhängigkeit von Radio und Fernsehen sowie die Autonomie in der Programmgestaltung gewährleistet ist. Damit wird die sog. Staatsfreiheit des Rundfunks verankert, die es dem Staat verbietet, selber Rundfunkprogramme zu betreiben, mittelbar auf ihre Gestaltung einzuwirken oder sich massgeblich an privaten Veranstaltern zu beteiligen (René Rhinow/Markus Schefer, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. Basel 2009, Rz. 1650). Diese Unabhängigkeit soll sowohl gegenüber den politischen Behörden als auch gegenüber aussenstehenden gesellschaftlichen Kräften und Gruppierungen gewährleistet werden (vgl. Jörg Paul Müller/Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz: im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 514 f.). Als organisatorisches Mittel zur Sicherstellung der Unabhängigkeit und Autonomie sieht Art. 93 Abs. 5 BV vor, dass Programmbeschwerden einer unabhängigen Beschwerdeinstanz vorgelegt werden können. Diese spezifische Unabhängigkeitsgarantie mit ihrer institutionellen Absicherung umfasst die anderen Formen der öffentlichen fernmeldetechnischen Verbreitung von Darbietungen und Informationen jedoch nicht (Biaggini, a.a.O., N. 15 zu Art. 93; Jean-François Aubert in: Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Zürich/Basel/Genf 2003, N. 7 zu Art. 93).

3.3.2. Art. 93 Abs. 1 BV enthält die Gesetzgebungskompetenz, aber auch einen Gesetzgebungsauftrag betreffend Radio und Fernsehen sowie anderer Formen der öffentlichen fernmeldetechnischen Verbreitung von Darbietungen und Informationen (Biaggini, a.a.O., N. 3 zu Art. 93). Der Gesetzgeber war somit ohne Weiteres ermächtigt, auch die anderen Formen der öffentlichen fernmeldetechnischen Verbreitung im RTVG zu regeln, insbesondere auch das üpA der Beschwerdeführerin. Ebenso konnte er die Grundsätze über den Leistungsauftrag gemäss Art. 93 Abs. 2 BV für anwendbar erklären (vgl. Biaggini, a.a.O., N. 11 zu Art. 93). Hingegen hatte der Gesetzgeber auf die Stellung und Aufgaben anderer Medien, vor allem der Presse, Rücksicht zu nehmen (Art. 93 Abs. 4 BV),

zumal der gebührenfinanzierte Internetauftritt der Beschwerdeführerin grundsätzlich geeignet ist, in Konkurrenz zu Internetauftritten anderer Medienunternehmen zu treten und den Wettbewerb zu verzerren. Nach dem Gesagten wäre es im Rahmen der Gesetzgebung möglich, nicht aber Pflicht gewesen, die UBI für Beschwerden zuständig zu erklären, die den Inhalt des üpA betreffen, insbesondere für die Frage, ob ein Internet-Dossier umfassend, vielfältig und sachgerecht informiert. Davon hat der Gesetzgeber nach eingehender Diskussion der Abgrenzung der Zuständigkeiten von UBI und Vorinstanz abgesehen und stattdessen in Art. 86 Abs. 1 RTVG als Grundsatz eine allgemeine Aufsicht der Vorinstanz im Rundfunkbereich vorgesehen. Die Aufsichtszuständigkeit der Vorinstanz ist demnach einzig dahingehend zu prüfen, ob sie die Medienfreiheit gemäss Art. 17 BV wahrt. Eine Verletzung der Unabhängigkeit gemäss Art. 93 Abs. 3 und 5 BV stellt sie hingegen nicht dar, weshalb sich die diesbezügliche Rüge als unbegründet erweist.

3.3.3. Die Medienfreiheit schützt den gesamten Prozess der Herstellung und Veröffentlichung eines Medienerzeugnisses, namentlich die Recherche des Journalisten, die Beschaffung von Informationen zur Berichterstattung, sowohl die sprachliche und gestalterische Erstellung des Beitrages als auch die technische Herstellung, etwa einer Datei, bis hin zu seiner Publikation, beispielsweise im Internet (Müller/Schefer, a.a.O., S. 443 f.). Ein Eingriff in eine dieser geschützten Tätigkeiten muss die Voraussetzungen von Art. 36 BV erfüllen. Zur Einschränkung der Medienfreiheit führte das Bundesgericht in BGE 136 I 167 E. 2.2 aus, dass «ein aufsichtsrechtliches Eingreifen des Staates in den pluralistischen Meinungsbildungsprozess eine Interessenabwägung zwischen der Medien- bzw. Programmfreiheit des Veranstalters einerseits und der Informationsfreiheit des Publikums oder verfassungsmässiger Rechte Dritter andererseits voraus[setzt] (BGE 135 II 296 E. 2.1 S. 300, BGE 135 II 224 E. 3.2.1 und 3.2.3; BGE 134 I 2 E. 3.2.2 S. 6; BGE 133 II 136 E. 5.1). Die jeweiligen Beschränkungen müssen gesetzlich vorgesehen sein, einem legitimen Zweck dienen und in einer demokratischen Gesellschaft erforderlich und verhältnismässig erscheinen (Art. 36 i.V.m. Art. 17 BV und Art. 10 Ziff. 2 EMRK; Rhinow/Schefer, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2008, N. 1645 und 1650). Eingriffe in die Rechtsstellung der (öffentlich-rechtlichen oder privaten) Programmveranstalter dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Realisierung des Programmauftrags und des pluralistischen Wettbewerbs der Meinungen in Staat und Gesellschaft nötig erscheint (BGE 135 II 224 E. 2.2.1, BGE 135 II 296 E. 4.3 S. 306; BGE 134 I 2 E. 3.2.2 S. 6).»

Die Aufsichtstätigkeit der Vorinstanz stellt einen Eingriff in die Medienfreiheit der Beschwerdeführerin dar, dessen Schwere von der konkreten Ausgestaltung der Aufsicht und den getroffenen Aufsichtsmaßnahmen abhängt. Die Aufsichtstätigkeit verfügt – wie bereits erwähnt – über eine gesetzliche Grundlage in Art. 86 RTVG. Wie in den rundfunkrechtlichen Aufsichtsverfahren dient auch die Aufsichtstätigkeit über das üpA dem Schutz der Meinungsbildung des Publikums (vgl. hierzu Urteil des Bundesgerichts 2C_59/2010 vom 2. Juni 2010, E. 2.2). Die Vorinstanz verfolgt damit den Zweck, im Bereich des üpA die Einhaltung der verfassungskonformen gesetzlichen sowie der in der Konzession enthaltenen Verpflichtungen der

Beschwerdeführerin sicherzustellen, insbesondere die aus dem Programmauftrag fließende Pflicht zur freien Meinungsbildung mittels umfassender, vielfältiger und sachgerechter Information und die entsprechende Verwendung der Empfangsgebühren. Die Aufsicht verfolgt somit einen legitimen Zweck im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

Der Eingriff in ein Grundrecht hat erforderlich zu sein, d.h., es darf keine geeignete, mildere Massnahme geben, um den legitimen Zweck zu erreichen. Zu beurteilen ist im derzeitigen Stand des vorinstanzlichen Verfahrens einzig, ob eine grundsätzliche Aufsicht durch die Vorinstanz, also ihre Zuständigkeit, erforderlich ist und diese Aufsicht den übrigen Anforderungen an eine Einschränkung der Medienfreiheit genügt. Erst in einem konkreten Anwendungsfall wird zu prüfen sein, ob eine konkret verfügte aufsichtsrechtliche Massnahme rechtmässig ist.

Von Gesetzes wegen besteht keine anderweitige Aufsicht oder Aufsichtsmöglichkeit über das üpA, weder die UBI noch eine andere Instanz sind dafür zuständig. Es ist nicht ersichtlich, wie im Bereich des üpA die Einhaltung des Leistungsauftrages und damit die Voraussetzungen für die freie Meinungsbildung überprüft und – falls erforderlich – auch durchgesetzt werden können. Aufgrund der starken Stellung und der grossen Bekanntheit der Beschwerdeführerin durch ihre landesweiten Programme sowie angesichts der Hinweise in ihrem Programm auf das üpA, etwa die regelmässige Angabe ihrer Internetadresse, dürften auch ihre Angebote im Internet grosse Beachtung finden und für die Meinungsbildung bedeutsam sein. Eine Selbstkontrolle durch die Beschwerdeführerin oder andere Massnahmen genügen für die Sicherstellung des Leistungsauftrages nicht. Die Existenz einer Aufsicht erweist sich damit als in einer demokratischen Gesellschaft notwendig.

An einer Aufsicht über das üpA und damit an der Einhaltung des Leistungsauftrages, der im Rahmen der Rechtsordnung die Vielfalt des Meinungsaustauschs bezüglich aller gesellschaftlich und individuell relevanten Belange in einer demokratisch-pluralistischen Gesellschaft gewährleistet, besteht ein starkes öffentliches Interesse (vgl. Rhinow/Schefer, a.a.O., Rz. 1649 ff.) Dieses überwiegt die Interessen der SRG und ihrer Medienschaffenden an der unkontrollierten Ausübung ihrer Tätigkeit und erweist sich damit als verhältnismässig. Die Bejahung der Zuständigkeit der Vorinstanz zur Aufsicht über das üpA erweist sich folglich als bundesrechtskonform, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist.

4. Auch wenn die Zulässigkeit einer Aufsicht durch die Vorinstanz grundsätzlich zu bejahen ist, gilt es festzuhalten, dass deren konkrete Ausgestaltung sich gemäss Art. 86 Abs. 1 Satz 1 RTVG auf eine Rechtskontrolle beschränken muss und verfassungskonform zu erfolgen hat. Sollte ein Aufsichtsverfahren betreffend das üpA nicht nur auf begründete Veranlassung hin – etwa nicht offensichtlich haltlose Beanstandungen aus der Bevölkerung –, sondern regelmässig und systematisch erfolgen, könnte dies eine unzulässige Vorzensur im Sinne von Art. 17 Abs. 2 BV darstellen (vgl. Müller/Schefer, a.a.O., S. 451). Weiter ist daran zu erinnern, dass gemäss Art. 86 Abs. 2 RTVG Aufsichtsmaßnahmen, die sich auf Produktion und Vorbereitung der Programme beziehen, sowie reine Zweckmässigkeitskontrollen nicht zulässig sind. Aufgrund des Zusammen-

hangs, den das üpA mit dem Programm aufweist und aufweisen muss (Art. 25. Abs. 3 Bst. b RTVG), ist stets im Rahmen des Eintretens zu klären, ob die entsprechenden Arbeiten sich noch auf die Produktion und Vorbereitung des Programms beziehen und daher auf die Einleitung eines Aufsichtsverfahrens zu verzichten ist. Die Aufsicht wird sich demnach auf bereits im Internet aufgeschaltete Beiträge und auf den Zeitraum nach der Ausstrahlung der zugehörigen Sendung beschränken, da erst dann die Zuständigkeits- und Eintretensfragen geklärt werden können. Ebenso versteht sich, dass die Aufsicht der Vorinstanz sich nicht auf über Internet zugängliche Sendungen erstrecken kann, sei es auf die zeitgleiche Übertragung (beispielsweise Live-Streaming) oder auf eine archivierte Sendung (Art. 86 Abs. 1 Satz 2 RTVG). Diese sind und bleiben Sendungen im Sinne von Art. 2 Bst. b und c RTVG und unterstehen der Aufsicht durch die UBI.

5. (...)

6. (...)

Anmerkungen Programmaufsicht durch eine Verwaltungsbehörde steht im Konflikt mit dem Grundrecht der Medienfreiheit (Art. 17 BV), das Verwaltungsunabhängigkeit gebietet. Das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) hat das Problem zwar im Grundsatz erkannt, kommt aber in seiner Rechtsgüterabwägung zum nicht überzeugenden Schluss, der Grundrechtseingriff sei verhältnismässig, weil ein starkes öffentliches Interesse an einer Aufsicht über das übrige publizistische Angebot (üpA) den «Interessen der SRG und ihrer Medienschaffenden an der unkontrollierten Ausübung ihrer Tätigkeit» vorgehe (E. 3.3.3). Diese Formulierung lässt aufhorchen, weil das aufseiten der SRG richtigerweise in die Waagschale zu werfende grundrechtlich geschützte Interesse die *verwaltungsunabhängige Programmaufsicht* gewesen wäre. Hat das BVGer damit die Schwierigkeit zu umschiffen versucht, in die es geraten wäre, wenn es die Grundrechtswidrigkeit von Art. 86 RTVG hätte feststellen müssen?

Die Grundrechtskontrolle von Bundesgesetzen ist den rechtsanwendenden Behörden durch Art. 190 BV verbaut. Dessen ungeachtet versagt das Bundesgericht Bundesgesetzen, die den Bestimmungen der EMRK widersprechen, seit gut zwölf Jahren die Anwendung (begründet wurde diese sog. «PKK-Rechtsprechung» durch BGE 125 II 417, E. 4.d). Damit will es verhindern, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) als einzige und letzte Instanz über solche Fälle entscheidet. Kernanliegen der Medienfreiheit unter den Bedingungen von Radio- und Fernsehen, wie sie auch durch Art. 10 EMRK geschützt wird, ist die Freiheit von Rundfunkunternehmen von staatlicher Beeinflussung (M. Holoubek, *Unabhängigkeit des Rundfunks durch Unabhängigkeit der Rundfunkregulierung?*, in: Kleist/Rossnagel/Scheuer, *Europäisches und nationales Medienrecht im Dialog*, 2010, S. 76). Zur Medienfreiheit von Rundfunkunternehmen gehört meines Erachtens auch die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde. Ein Indiz dafür, dass auch der EGMR das so sehen könnte, findet sich im unlängst ergangenen Urteil des EGMR vom 17.9.2009 in Sachen *Manole u.a. gegen Republik Moldau* (vgl. die Zusammenfassung in *medialex* 4/2009, S. 234). In diesem Leitentscheid

betonte der Strassburger Gerichtshof den grossen Wert, den die EMRK-Mitgliedstaaten auf die Garantie der Unabhängigkeit öffentlich-rechtlicher Rundfunkbehörden von Wirtschaft und Politik legen. Explizit verwies er dabei auf die Empfehlung Rec(2000)23 des Europarat-Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten betreffend die Unabhängigkeit und die Funktion der Regelungsbehörden vom 20.12.2000. Darin empfiehlt das Ministerkomitee den Mitgliedstaaten die Einrichtung unabhängiger Regelungsbehörden für den Rundfunk. Die Programmaufsicht über Radio und Fernsehen ist eine Regelungstätigkeit, die in verstärktem Masse nach staatlicher Unabhängigkeit ruft, weil es dabei um die Kontrolle von Inhalten geht.

Vor diesem Hintergrund ist es schade, dass die SRG das BVGer-Urteil nicht an das Bundesgericht weitergezogen hat. Das BVGer kam zum Schluss, dass die strittige Klima-Berichterstattung auf der Website von SF keine «Sendung» sei. Weil Art. 86 RTVG die Zuständigkeit der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) auf ausgestrahlte Radio- und Fernsehsendungen beschränkt, sei das BAKOM aufgrund seiner allgemeinen Aufsichtskompetenz zuständig. Das BVGer hat Art. 86 RTVG damit eine Auslegung gegeben, die einen Normenkonflikt mit Art. 10 EMRK entstehen lässt. Falls das Bundesgericht ebenfalls von einem Normenkonflikt ausgegangen wäre (und damit von einer nicht leicht zu rechtfertigenden weiten Interpretation des Begriffs «Sendung» abgesehen hätte), hätte es Art. 86 RTVG für nicht anwendbar erklären können. Das hätte den politischen Druck aufgebaut, der notwendig ist, um das Parlament zu einer raschen Revision von Art. 86 RTVG zu bewegen und die UBI auch für das üpÄ zuständig zu erklären.

Prof. Christoph Beat Graber, Luzern

1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht

1.1 Meinungsäusserungs- und Informationsfreiheit, Medienfreiheit

11-111

Strafe wegen illegalen Feuerwerkskaufs für dänische TV-Sendung war gerechtfertigt

Fernsehbeitrag; Feuerwerkkauf; illegale Recherchemethode; Medienfreiheit; Notwendigkeit des Rechtsbruchs; versteckte Kamera

Art. 10 EMRK

Zulässigkeitsentscheid des Menschenrechtsgerichtshofs (1. Kammer) vom 24. Mai 2011 (N° 22918/08 «Mikkelsen und Christensen c. Dänemark»)

Im November 2006 wurde im dänischen Fernsehen Danmarks Radio (DR) eine vielbeachtete, einstündige Dokumentation über den verbotenen Handel mit Feuerwerkskörpern («The Backers of Bombs») ausgestrahlt. Sie thematisierte die Vertriebskanäle des illegalen Handels, nannte Indizien für die Verwicklung offizieller Importeure und kritisierte die Passivität der Polizei. Im Rahmen ihrer umfangreichen Recherchen hatten zwei Journalisten am 12. Dezember 2005 in Kopenhagen acht Feuerwerkskörper gekauft, was in der Sendung mit mehreren Minuten dauernden Aufnahmen der versteckten Kamera belegt wurde. Unmittelbar nach dem Kauf waren die Journalisten Mikkelsen und Christensen mit den Feuerwerkskörpern (acht Chrysanthemum-Bomben, die nur mit Bewilligung der Stadtbehörde gekauft und mit einer Sicherheitsdistanz von mindestens 100 Metern zum Publikum durch eine Fachperson gezündet werden dürfen) zu einem Polizeiposten gefahren und hatten das illegale Material der Polizei übergeben.

Die Recherchemethode hatte noch vor der Ausstrahlung der Sendung strafrechtliche Konsequenzen: Wegen des unbewilligten Kaufs illegaler Feuerwerkskörper (Art. 7 des dänischen Gesetzes über Feuerwerk) wurden die beiden Journalisten im September 2006 zu Bussen von je 6000 dänischen Kronen (umgerechnet mehr als 1000 Fr.) verurteilt. Die Schuldsprüche wurden 2007 durch die oberen Gerichtsinstanzen bestätigt. Sie anerkannten zwar, dass das Thema der TV-Sendung von wesentlicher Bedeutung für die Gesellschaft war und die Ausstrahlung erheblichen Informationswert hatte. Für einen Rechtsbruch in diesem sicherheitsrelevanten Bereich fehlten aber ausreichende Gründe. Eine Beschwerde wegen Verletzung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte einstimmig als offensichtlich unbegründet eingestuft.

Die siebenköpfige 1. EGMR-Kammer bejahte zwar, dass die Bestrafung die Meinungsfreiheit beschränkte (was die dänischen Behörden bezweifelt hatten) und dass damit die Voraussetzungen von Art. 10 Abs. 2 EMRK erfüllt sein müssen.

«The Court notes that the applicants were convicted of having acquired illegal fireworks without permission from the municipality, contrary to section 7 of the Fireworks Act, and that the purchase was filmed and used in the applicants' journalistic documentary called «the Backers of Bombs», which dealt with illegal sales of fireworks. Consequently, in the Court's view there was an interference with the exercise of the applicants' right protected by Article 10 of the Convention.»

Das Gericht prüfte daher die Eingriffsvoraussetzungen von Art. 10 Abs. 2 EMRK: Die Beschränkung der freien Kommunikation beruhte unbestrittenerweise auf einer gesetzlichen Grundlage und diente einem legitimen Schutzzweck. Der Gerichtshof verneinte auch den Einwand der Journalisten, die Bestrafung sei in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig. Er teilte die Einschätzung der dänischen Behörden, eine Straflosigkeit recherchierender Medienschaffender komme nur aus triftigen Gründen («compelling reasons») in Betracht. Die dänische Regierung hatte in Strassburg u.a. darauf hingewiesen, dass der unbewilligte Kauf sehr gravierende Konsequenzen hätte haben können, wenn die Schachtel mit den acht Feuerwerkskörpern beim Transport explodiert wäre (was die Journalisten bestritten, da sie den polizeilichen Instruktionen gefolgt seien). Die beiden Journalisten argumentierten, sie hätten keine gefährliche Situation geschaffen, sondern ganz im Gegenteil die Behörden bei der Beschlagnahme illegalen Feuerwerks unterstützt, das sonst auf dem schwarzen Markt abgesetzt worden wäre. Der Kauf der acht Feuerwerkskörper sei nötig gewesen, um das behördliche Versagen beim Aufspüren der illegalen Vertriebskette zu dokumentieren, zumal die Seriennummer auf der gekauften Kiste mit polizeilich beschlagnahmter Ware übereinstimmte. Dies belege, dass auf der Strasse verkauftes Feuerwerk von einem organisierten kriminellen Netzwerk stamme. Der Gerichtshof folgte aber der Argumentation der dänischen Behörden, dass der Kauf für den Zweck der Sendung nicht notwendig war:

«The Court notes that before the domestic courts the applicants explained that they had wanted to show how easy it was to buy illegal fireworks, but also to gather information about the suppliers. It also notes that the applicants had access to a number of lots of illegal fireworks already seized by the police at various private locations in Denmark. The Court is therefore not convinced by the applicants' allegation that the purchased box with the eight chrysanthemum shells was the essential box needed to demonstrate that illegal fireworks sold on the street originated from an organised crime network, or that the purchase was necessary to make the documentary more credible, or that the applicants could not have reported on the failures of the authorities without being in violation of section 7 of the Fireworks Act (see, for example, *Sascha Adamek v. Germany* (dec.), 22107/05, on 25 March 2008).»

Nicht durchzudringen vermochte auch das Argument der Journalisten, die von ihr vorgängig kontaktierte Polizei habe ihnen für den Fall eines unbewilligten Kaufs Straffreiheit zugesichert. Entsprechende Auskünfte bezogen sich auf den Kauf von 50 Feuerwerkskörpern in Arhus (welcher übrigens in der Sendung nicht thematisiert worden war), nicht aber auf den Kauf in Kopenhagen.

Der EGMR prüfte auch die Höhe der Busse (in Franken ein vierstelliger Betrag), die er als nicht exzessiv einstufte. Die Beschwerde wurde daher als unzulässig erklärt.

Anmerkungen Die Bezeichnung «Danish Dynamite» ist seit der Fussball-Europameisterschaft 1992 international geläufig. Schon deshalb verlockt der oben zusammengefasste Strassburger Entscheid zur Wortspielerei. Man könnte etwa festhalten, die beiden gebüsten Journalisten hätten sich beim Spiel mit dem Feuer des Strafrechts die Finger verbrannt. Diese Umschreibung mag nicht ganz falsch sein. Sie wird aber weder der juristischen Dimension des Falles noch der Intention und dem Vorgehen der Medienschaffenden gerecht. Der Rechtsbruch war soweit ersichtlich nicht das Resultat unbedachter Spielerei einzelner auf Nervenkitzel abzielender Journalisten. Das illegale Vorgehen beruhte nicht auf Gedanken- und Verantwortungslosigkeit, sondern war ein überlegter, in der Redaktion diskutierter, von den Vorgesetzten abgesegneter und zumindest ansatzweise mit den Behörden besprochener Bestandteil einer seriösen Recherche zur Enthüllung eines Missstandes von erheblicher gesellschaftlicher Tragweite – mithin eine Tätigkeit im Kerngebiet geschützter redaktioneller Tätigkeit. Schon deshalb ist die Busse für die nun vorbestraften Journalisten Mikkelson und Christensen mehr als eine Anekdote.

Darüber hinaus sind die strafrechtlichen Grenzen des Enthüllungsjournalismus ganz allgemein von erheblichem praktischem und rechtlichem Interesse. Vielerorts haben Journalisten in den letzten Jahren aufgrund unkonventioneller Methoden fragwürdige Machenschaften oder sicherheitsrelevante Mängel ans Tageslicht befördert und sind deswegen mit dem Strafrecht in Konflikt geraten. Zu erwähnen ist etwa das holländische Fernsehprogramm «Undercover in Nederland». Dessen Präsentator Alberto Stegemann deckte u. a. gravierende Sicherheitsmängel im Flughafen Schiphol auf und wurde im April 2011 durch ein Gericht in Amsterdam mit Hinweis auf Art. 10 EMRK teilweise freigesprochen. Restriktiv ist hingegen die Praxis des schweizerischen Bundesgerichts bei der ausnahmsweisen Rechtfertigung des Rechtsbruchs durch Journalisten (vgl. etwa die kritischen Anmerkungen von Franz Riklin in medialex 4/2008, S. 184 f. zum Bundesgerichtsurteil vom 7.10.2008 in Sachen versteckter Aufnahmen eines Beratungsgesprächs mit einem Versicherungsberater für «Kassensturz»).

Der oben zusammengefasste dänische Entscheid zeigt, dass der EGMR ähnlich vorgeht, wie es das Bundesgericht im Rahmen des von ihm entwickelten, aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrundes der Wahrung berechtigter Interessen tut. Zwar wendet der Gerichtshof nicht einen eigentlichen Kriterienkatalog an. Die (meist) zentrale Frage ist aber in Strassburg dieselbe wie in Lausanne oder Kopenhagen: Ist die Missachtung strafrechtlicher Vorschriften für die Information der Öffentlichkeit notwendig, gibt es also keinen anderen Weg zur Aufdeckung eines Missstandes als den Rechtsbruch? Der hier kommentierte Zulässigkeitsentscheid deutet darauf hin, dass der EGMR diese Frage ähnlich zurückhaltend beurteilt wie das Bundesgericht. Bei näherer Betrachtung zeigen sich allerdings Nuancen:

1. Die EGMR-Rechtsprechung ist noch nicht gefestigt. So umfangreich und beinahe unüberblickbar die Judikatur zu angeblich rechtswidrigen (v. a. ehrverletzenden) Veröffentlichungen ist, so spärlich präsentiert sich die Praxis zum Rechtsbruch im Vorfeld journalistischer Publikation. Der in

der aktuellen Entscheidbegründung erwähnte Zulässigkeitsentscheid N° 22107/05 «Adamek c. Deutschland» (Medialex 2008, S. 93 f. mit Anmerkungen des Schreibenden) bezog sich zwar ebenfalls auf eine unzulässige Recherche (Abhören von Polizeifunk). Die vom Gerichtshof akzeptierte Verurteilung durch die deutsche Strafjustiz erfolgte allerdings nicht wegen des Abhörens, sondern wegen der Publikation, d. h. der Ausstrahlung der unbefugt aufgezeichneten Funksprüche.

2. Das im dänischen Fall von den Medienschaffenden verletzte bzw. gefährdete Rechtsgut lässt sich nur bedingt mit den Rechtsgütern in den bisher vom Bundesgericht beurteilten Fällen vergleichen. Das von den dänischen Behörden vorgebrachte Risiko für Leib und Leben beim Umgang mit explosiven Stoffen lässt sich schwerlich auf die gleiche Stufe stellen wie die Missachtung der Privatsphäre eines Versicherungsberaters in Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit (BGer 6B_225/2008 vom 7.10.2008 = Medialex 2008, S. 180 ff.) oder die Verletzung von Ordnungsvorschriften zum Grenzübertritt (BGE 127 IV 166 = Medialex 2001, S. 175). In Dänemark stand mehr auf dem Spiel als in der Schweiz. Das ist für die Güterabwägung relevant.

3. Beachtung verdient schliesslich die Formulierung des EGMR, der illegale Feuerwerkkauf sei nicht notwendig gewesen, um die Dokumentation für das dänische Fernsehpublikum glaubhafter zu machen («to make the documentary more credible»). Damit lässt der Gerichtshof durchblicken, dass die erhöhte Glaubwürdigkeit und Authentizität einer bestimmten audiovisuellen Darstellung ein relevantes Kriterium ist und in anderen Konstellationen die Notwendigkeit eines Rechtsbruchs begründen könnte. Dies dürfte nicht der schweizerischen Rechtslage entsprechen. Dass das Bewegtbild die TV-Berichterstattung authentischer und glaubwürdiger macht, war für das Bundesgericht bislang nicht massgebend. So hat es sich beim Einsatz versteckter Aufnahmegeräte dagegen ausgesprochen, für das Publikum hilfreiche (illegale) Darstellungsformen im Fernsehen zu akzeptieren, die in Zeitungen «angesichts der Art des Mediums gar nicht möglich» sind (BGer 6B_225/2008, E. 3.7.5).

Ob sich die restriktive bundesgerichtliche Rechtsprechung mit den Strassburger Überlegungen vereinbaren lässt, dürfte sich bei der noch ausstehenden Beurteilung des beim EGMR hängigen Falles um den Einsatz der versteckten Kamera durch die SRG zeigen (Beschwerde N° 21830/09 «Haldimann u. a. c. Schweiz»). Der Entscheid zum dänischen Feuerwerkkauf hat die Ausgangslage für die in der Schweiz verurteilten SRG-Mitarbeitenden jedenfalls nicht verbessert.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

11-112

Journalistische Übernahme von Vorwürfen aus dem Internet: Rechtssicherheit unabdingbar

Distanzierung; Entschuldigungspflicht; Europarat; Gefahrenpotenzial; gesetzliche Grundlage; Informationsquelle; Internet; Medienfreiheit; Rechtssicherheit; Wiedergabe von Vorwürfen in einer Zeitung; zivilrechtlicher Ansehensschutz

Art. 10 EMRK

Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (5. Kammer) vom 5. Mai 2011 (N° 33014/05 «Editorial Board of Pravoye Delo und Shtekel c. Ukraine»)

Die dreimal wöchentlich erscheinende Zeitung «Pravoye Delo» veröffentlichte mangels finanzieller Ressourcen oft aus anderen öffentlichen Quellen übernommene Informationen. So publizierte sie im September 2003 einen auf einer Website publizierten anonymen Brief, dessen vermuteter Autor ein Angestellter des ukrainischen Geheimdienstes war. Der Brief erhob Korruptionsvorwürfe und behauptete kriminelle Vorgänge. Unter anderem wurde der Präsident der ukrainischen Thai-Box-Vereinigung als Mitglied einer kriminellen Gruppierung bezeichnet. «Pravoye Delo» erwähnte, auf welcher Webseite sich der von ihr wiedergegebene Brief findet («Vlasti.net») und räumte ein, dass die im Brief gegebene Information falsch sein könnte. Die Zeitung erklärte sich bereit, Gegenpositionen und Kommentare aller interessierten Kreise zu veröffentlichen.

Der angegriffene Präsident der Thai-Box-Vereinigung bemühte sich nicht um die Publikation einer Entgegnung, sondern reichte gegen das Redaktionskomitee und den Chefredaktor Leonid Isaakovisch Shtekel Zivilklage ein wegen Diffamierung. Die ukrainische Justiz hiess die Klage gut und verurteilte die Beklagten zur Publikation einer Berichtigung und zur Bezahlung einer Genugtuungssumme von rund 2400 Euro. Der Chefredaktor wurde darüber hinaus zur Publikation einer offiziellen Entschuldigung verpflichtet.

Der Gerichtshof bejahte in seinem einstimmigen Urteil eine doppelte Verletzung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK). Zum einen war die Pflicht zur Veröffentlichung einer *Entschuldigung* im nationalen Gesetzesrecht nicht vorgesehen und widersprach auch der bisherigen ukrainischen Gerichtspraxis. Damit scheiterte die Beschränkung der Medienfreiheit am Kriterium, dass sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen muss (Art. 10 Abs. 2 EMRK).

Zum anderen fehlte im ukrainischen Recht eine Regelung für die wörtliche Wiedergabe von Vorwürfen, die schon in öffentlich zugänglichen Websites erhoben worden sind. Zwar entbindet das Presseggesetz Medienschaffende von jeglicher zivilrechtlichen Verantwortlichkeit, wenn sie lediglich Informationen aus anderen Presseprodukten wiedergeben. Diese Regelung entspricht nach den Worten des EGMR seiner Rechtsprechung zur Weiterverbreitung ehrenrühriger Vorwürfe aus anderen Quellen:

«61. Ukrainian law, specifically the Press Act, grants journalists immunity from civil liability for verbatim reproduction of material published in the press (see paragraph 25 above).

The Court notes that this provision generally conforms to its approach to journalists' freedom to disseminate statements made by others (see, for instance, *Jersild v. Denmark*, 23 September 1994, § 35, Series A no. 298; and *Thoma v. Luxembourg*, no. 38432/97, § 62, ECHR 2001-III).»

Eine entsprechende Haftungsbeschränkung fehlt jedoch für die Wiedergabe von Vorwürfen aus dem Internet. Der EGMR räumte zwar ein, dass sich die im Internet veröffentlichten Informationen von Publikationen in den gedruckten Medien unterscheiden und u.a. wegen des erhöhten Schadenspotenzials spezifischen Vorschriften unterstellt werden dürfen.

«63. It is true that the Internet is an information and communication tool particularly distinct from the printed media, in particular as regards the capacity to store and transmit information. The electronic network serving billions of users worldwide is not and potentially cannot be subject to the same regulations and control. The risk of harm posed by content and communications on the Internet to the exercise and enjoyment of human rights and freedoms, particularly the right to respect for private life, is certainly higher than that posed by the press. Therefore, the policies governing reproduction of material from the printed media and the Internet may differ. The latter undeniably have to be adjusted according to the technology's specific features in order to secure the protection and promotion of the rights and freedoms concerned.»

Die Besonderheiten des Internets vermögen aber nach Auffassung des Gerichtshofs keinen Verzicht auf jegliche rechtliche Regelung zu rechtfertigen. Vielmehr spiele das Internet gerade im Zusammenhang mit den Aktivitäten professioneller Medienschaffender eine wichtige Rolle. Der Gerichtshof verweist hiezu auf die Erklärung CM/Rec(2007)16 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten über Massnahmen zur Förderung der Internet-Grundversorgung sowie auf die gemeinsame Erklärung vom 21. Dezember 2005 des UN-Sonderberichterstatters, des OSZE-Vertreters und des OAS-Sonderberichterstatters für das Recht auf freie Meinungsäußerung. Die mit fehlenden Garantien verbundene Furcht vor Sanktionen hindert die Journalisten nach Ansicht des Gerichtshofs daran, ihre unentbehrliche Wächterfunktion wahrzunehmen. Ein völliger Verzicht auf die privilegierte Wiedergabe solcher Informationen sei daher unabhängig von einem konkreten Einzelfall geeignet, die Meinungsfreiheit zu verletzen:

«64. Nevertheless, having regard to the role the Internet plays in the context of professional media activities (see paragraphs 29–32 above) and its importance for the exercise of the right to freedom of expression generally (see *Times Newspapers Ltd v. United Kingdom* (nos. 1 and 2), no. 3002/03 and 23676/03, § 27, 10 March 2009), the Court considers that the absence of a sufficient legal framework at the domestic level allowing journalists to use information obtained from the Internet without fear of incurring sanctions seriously hinders the exercise of the vital function of the press as a «public watchdog» (see, *mutatis mutandis*, *Observer and Guardian v. the United Kingdom*, 26 November 1991, § 59, Series A no. 216). In the Court's view, the complete exclusion of such information from the field of application of the legislative guarantees for journalists' freedom may itself give rise to an unjustified interference with press freedom under Article 10 of the Convention.»

Darüber hinaus trugen die ukrainischen Gerichte im Fall von «Pravoye Delo» den von der Zeitung vorgebrachten Argumenten keinerlei Rechnung, sie habe im guten Glauben und ohne Schädigungsabsicht eine Diskussion zu einer allgemein interessierenden politischen Angelegenheit fördern wollen und deshalb alle Interessierten zu Kommentaren eingeladen.

Angesichts des fehlenden Schutzes für die journalistische Wiedergabe von Informationen aus dem Internet fehlte der Beschränkung der Meinungsfreiheit die gesetzliche Grundlage, denn die Medienschaffenden konnten die Konsequenzen einer Publikation nicht ausreichend vorhersehen. Der EGMR brauchte daher nicht zu prüfen, ob der Eingriff in einer demokratischen Gesellschaft notwendig (verhältnismässig) war.

Anmerkungen Mit diesem Urteil hat der Gerichtshof wieder einmal einen Meilenstein gesetzt. Er betrifft die Rolle des Internets für die freie (journalistische) Kommunikation und damit ein Thema von zentraler gesellschaftlicher Bedeutung, welches die Strassburger Rechtsprechung zwangsläufig weniger beschäftigt hat als die Berichterstattung herkömmlicher Massenmedien wie Presse, Radio oder Fernsehen. Gleichzeitig ist es kein Zufall, dass es im Urteil nicht nur – und nicht einmal primär – um die Online-Publikation an sich geht, sondern um ihr Zusammenspiel mit der anschliessenden Berichterstattung im gedruckten Medienprodukt. Gerade diese Kombination ist geeignet, sonst in den Weiten des Internets kaum beachteten Publikationen zusätzliche Aufmerksamkeit (und grösseres Schadenspotenzial) zu verschaffen. Die Begründung des einstimmig gefällten Urteils setzt verschiedene Orientierungspunkte und lässt naturgemäss auch Fragen offen, welche erst die spätere Praxis klären wird.

1. Was die Frage der Übernahme von in einem Medium publizierten Vorwürfen durch ein anderes Medium betrifft, so ist die massgebende, bloss zwei Sätze umfassende Urteilspassage (Ziff. 61) etwas gar knapp ausgefallen. Sie könnte glauben machen, der in der Ukraine vorgesehene Ausschluss jeglicher zivilrechtlichen Haftung bei wörtlicher Wiedergabe von Informationen aus anderen Printmedien entspreche dem Strassburger Minimalstandard. Dies ergibt sich aber in dieser Allgemeinheit weder aus den beiden zitierten EGMR-Urteilen (von denen nur das zweite die Wiedergabe von bereits in anderen Massenmedien publizierten Äusserungen betrifft) noch aus der übrigen Strassburger Rechtsprechung, welche differenzierter ist. Sie betont zwar die journalistischen Freiräume für die Wiedergabe anderswo veröffentlichter Vorwürfe, setzt sie aber nicht absolut (vgl. etwa das Urteil der Grossen Kammer N° 21279/02 «Lindon, Otchakovsky-Laurens & July c. Frankreich», Ziff. 65–67 [= medialex 4/2007, S. 205f.] zur unzulässigen Wiedergabe in einer Petition erhobener, gravierender Vorwürfe durch die Zeitung «La Libération»). Man kann das EGMR-Urteil so verstehen, dass die journalistische Sorgfalt im ukrainischen Fall keine Nachrecherche gebot (vgl. zu einer ähnlichen Konstellation das Urteil N° 33333/04 «Fedchenko c. Russland [N° 2]» vom 11.2.2010, Ziff. 57 [= medialex 2/2010, Urteil 10-84, S. 96f.]), oder zumindest so, dass hierüber keine ausreichende Rechtssicherheit bestand. Es war für die Medienschaffenden nicht klar – und wurde auch durch die nationale Justiz nicht geklärt –, ob und unter welchen Umständen nach ukrainischem Recht ausnahmsweise (?) eine Verifizierung der fremden

Vorwürfe oder trotz ausreichender Distanzierung ein Verzicht auf die Publikation geboten gewesen wäre.

2. Der Gerichtshof betont die Wichtigkeit des Internets für die öffentliche Meinungsbildung gerade im Zusammenhang mit professioneller, journalistischer Kommunikation. Dadurch deutet er an, dass er staatliche Beschränkungen an einem strengen Massstab messen wird. Das tut er schon seit Jahrzehnten bei Sanktionen gegen die Presse und später auch gegen Fernsehen und Radio. Bemerkenswert ist der Umstand, dass der EGMR als Erkenntnisquelle nicht nur auf Europaratsdokumente abstellt, sondern auch auf die Gemeinsame Erklärung 2005 der drei Sonderbeauftragten für Meinungsfreiheit von UNO, OSZE und OAS (vgl. deren deutsche Zusammenfassung auf <http://merlin.obs.coe.int/iris/2006/3/article2.de.html>). Sie verlangt die Anwendung internationaler Garantien der Meinungsfreiheit auf Online-Inhalte und eine Regulierung, die dem besonderen Charakter des Internets Rechnung trägt. Aus den verschiedenen Forderungen der Erklärung zitiert der Gerichtshof ein spezifisches Anliegen: Niemand soll für fremde Inhalte im Internet rechtlich belangt werden – es sei denn, er habe sie sich zu eigen gemacht oder deren Entfernung trotz gerichtlicher Anordnung verweigert. Die Urteilsbegründung macht zwar nicht deutlich, ob der Gerichtshof jede andere als die von den Sonderbeauftragten angeregte Haftungsregelung als Verstoss gegen Art. 10 EMRK einstuft. Es fällt jedenfalls auf, dass die schweizerische Rechtslage gerade in diesem Bereich nicht dem internationalen Standard entsprechen dürfte. So scheint nicht ausgeschlossen, dass die Wiedergabe eines im Internet veröffentlichten ehrenrührigen Briefs durch eine schweizerische Zeitung selbst bei einer Distanzierung vom Inhalt ähnliche (zivil-)rechtliche Konsequenzen hätte wie in der Ukraine.

3. Ebenfalls im Einklang mit internationalem Soft Law unterstreicht der Gerichtshof das spezifische, gegenüber der Presse erhöhte Schädigungspotenzial der Online-Publikation für die Privatsphäre. Dies erinnert an die ersten Urteile des Gerichtshofs zu den audiovisuellen Medien (vgl. statt vieler N° 15890/89 «Jersild c. Dänemark» vom 23.9.1994, Ziff. 31 und N° 53984/00 «Radio France c. Frankreich» vom 30.3.2004, Ziff. 39). Die Eigenheiten des Mediums können also rechtfertigen, dass der Staat im Internet verbreitete Äusserungen an einem anderen (d.h. oft: strengeren) Massstab misst als Presseveröffentlichungen. Nach den Worten des Gerichtshofs können die entsprechenden Vorgaben abweichen («may differ» – nicht aber «must differ»): Die Urteilsbegründung schneidet die Frage allfälliger staatlicher Pflichten zum Schutz vor überbordender Online-Publikation nicht an. Wesentlich ist jedenfalls, dass es überhaupt ausreichende Regelungen gibt («sufficient legal framework»), denn fehlende Rechtssicherheit ist Gift für unerschrockene Kommunikation. Auch in dieser Hinsicht scheint die schweizerische Rechtslage defizitär. So existiert anders als im EU-Raum (dort gestützt auf die E-Commerce-Richtlinie) keine spezifische gesetzliche Regelung der Verantwortlichkeit von Internet-Providern, Suchmaschinen-Betreibern oder Link-Setzern. Wie schweizerische Gerichte die allgemeinen zivil- oder strafrechtlichen Grundsätze auf die Situation des Internets anwenden werden, ist weitgehend ungewiss. Die unklare Rechtslage ist nicht nur ein Thema für die Rechtswissenschaft, sondern auch für die Politik. Ihr zu begegnen ist etwa das Anliegen der – nur das Strafrecht betreffenden – Parlamentarischen Initiative 08.418 «Mehr Rechtssicherheit bei Netzwerkkrimi-

nalität», für die sich die nationalrätliche Kommission für Rechtsfragen am 18. Februar 2011 ausgesprochen hat.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

11-113

Ausreichende Sorgfalt bei Berichterstattung über Vorgänge im Gerichtssaal

Genugtuung; Gerichtsberichterstattung; Sorgfaltspflicht; Medienfreiheit; Vorwurf gegen Anwalt; zivilrechtlicher Ansehensschutz

Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (4. Kammer) vom 14. Juni 2011 (N° 28040/08 «Aquilina u.a. c. Malta»)

Eine Gerichtsberichterstatteerin schilderte 1995 einen Bigamieprozess, der zunehmend chaotisch verlief. Da die Verantwortlichen den Gerichtssaal bereits verlassen hatten, konnten die Medienschaffenden nach Verhandlungsende keinen Einblick ins offizielle Protokoll nehmen. Die Journalistin – und auch einer ihrer Berufskollegen – verstand die Vorgänge so, dass der Richter einem der Anwälte eine Missachtung des Gerichts (contempt of court) vorgeworfen hatte. Sie hielt dies tags darauf in ihrem Zeitungsbericht fest («Lawyer found in Contempt of Court»). Auf Zivilklage des Anwalts wurden der Chefredaktor und die Journalistin wegen diffamierender Berichterstattung zur Bezahlung einer Genugtuung von umgerechnet rund 700 Euro verurteilt.

Der Gerichtshof hielt einstimmig fest, die Beschränkung der Medienfreiheit verstosse gegen Art. 10 EMRK. Zwar enthalte das (knapp) Verhandlungsprotokoll keinen Vermerk einer Missachtung des Gerichts durch den fraglichen Anwalt. Es wäre aber eine unzulässige Beschränkung der Medienarbeit, wenn die Gerichtsberichterstatte nicht ihre eigenen – und von anderen Anwesenden bestätigten – Wahrnehmungen schildern dürften. Sie wurden auch durch die Beobachtungen des Staatsanwaltes untermauert. Der Journalistin konnte daher keine Missachtung der journalistischen Sorgfaltspflicht vorgeworfen werden.

11-114

Überrissene Sanktion für unsorgfältige Artikel missachtet Medienfreiheit

Administrativbusse; Ansehensschutz; Korruptionsvorwurf; Medienfreiheit; Sorgfaltspflicht; überrissene Sanktionshöhe

Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (4. Kammer) vom 19. April 2011 (N° 22385/03 «Kasabova c. Bulgarien»)

Die bulgarische Journalistin Katya Georgieva Kasabova hatte vier Experten im Jahr 2000 in verschiedenen Zeitungsartikeln verdächtigt, im Zusammenhang mit der Aufnahme von Schulkindern in eine Sekundarschule Bestechungsgelder

kassiert zu haben. Die bulgarische Strafjustiz beanstandete die ungenügende journalistische Sorgfalt bei der Abklärung der ehrverletzenden Vorwürfe und verurteilte die Journalistin zur Bezahlung einer Administrativbusse («amende administrative») sowie einer Entschädigung an die Kläger in der Höhe von insgesamt 7,472 bulgarischen Lewa (umgerechnet etwa 3800 Euro). Diese Summe entsprach damals rund 70 monatlichen Mindestlöhnen von 110 Lewa und mehr als 35 Monatslöhnen der Journalistin. Der Gerichtshof bezeichnete diese Summe als überrissen, zumal die Journalistin belegen konnte, dass sie Jahre brauchte, um diesen Betrag abzutottern. Der EGMR bejahte wegen dieser exzessiven Sanktion einstimmig eine Verletzung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK).

Der Gerichtshof liess offen, ob eine massvollere Sanktion menschenrechtskonform gewesen wäre. Der von der bulgarischen Justiz erhobene Vorwurf mangelnder journalistischer Sorgfalt schien ihm zwar nicht aus der Luft gegriffen. Er wies aber auch auf die unbestrittenen Mängel bei der Aufnahme von Schülern und das Fehlen offizieller Informationen zum Verdacht gegen die Experten hin. Dies machte es nachvollziehbar, dass die Journalistin alle irgendwie greifbaren – und damit auch unbestätigte – Informationen veröffentlichte («could reasonably have prompted the applicant to report on anything that was available, including information which was uncorroborated»).

Anmerkungen Am selben Tag urteilte der Gerichtshof im Fall N° 3316/04 «Bozhkov c. Bulgarien» zugunsten eines Journalisten, welcher in einer anderen Zeitung ähnliche Vorwürfe gegen die Experten erhoben und deswegen eine Summe in der Höhe von 57 Mindestmonatslöhnen zu bezahlen hatte. In jenem Fall liess der Gerichtshof die Frage der journalistischen Sorgfalt nicht offen, sondern hielt ausdrücklich fest, der Medienschaffende habe seine professionelle Verantwortung wahrgenommen – auch wenn er seine Vorwürfe zurückhaltender hätte formulieren können.

Was das Einschreiten des EGMR bei exzessiven finanziellen Folgen einer Verurteilung Medienschaffender betrifft, so liegen die bulgarischen Fälle auf der Linie der neueren Strassburger Rechtsprechung. Zu erwähnen sind etwa die EGMR-Urteile N° 1529/08 «Gouveia Gomes Fernandes & Freitas e Costa c. Portugal» vom 9. März 2011 (Medialex 2011, Urteil 11-70, S. 99 f.) und N° 39324/07 «Publico u.a. c. Portugal» vom 7. Dezember 2010 (Medialex 2011, Urteil 11-5, S. 31). Die in den portugiesischen Fällen zugesprochenen Genugtuungssummen betragen zwar ein Vielfaches der bulgarischen Beträge, doch misst der Gerichtshof die abschreckende Wirkung der finanziellen Sanktionen richtigerweise an der Kaufkraft im fraglichen Land bzw. an den individuellen Verhältnissen der zu einer Zahlung verurteilten Medienschaffenden.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

11-115

Unberechtigte Strafe nach Vorwürfen im politischen Diskurs

Ansehensschutz; (bedingte) Freiheitsstrafe; Medienfreiheit; Strafrecht

Art. 10 EMRK

Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (4. Kammer) vom 31. Mai 2011 (N°5995/06 «Sabanović c. Montenegro und Serbien»)

Im Rahmen einer Pressekonferenz wehrte sich der Direktor eines lokalen Wasserversorgers gegen den in einer Tageszeitung erhobenen Vorwurf, das Trinkwasser sei bakteriell verseucht. Er stellte unter anderem die Behauptung auf, der im Zeitungsbericht zitierte oberste Wasserinspektor fördere auf Anweisung der Regierungspartei die Interessen von zwei privaten Wasserversorgungsunternehmen. Auf Strafantrag des Inspektors wurde der Direktor zu einer bedingten Gefängnisstrafe von drei Monaten verurteilt.

Der EGMR beanstandete einstimmig eine Missachtung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK). Der Direktor habe primär bezweckt, die Öffentlichkeit über die Unbedenklichkeit des Trinkwassers zu orientieren, und damit ein Ziel von grossem allgemeinem Interesse verfolgt. Montenegros Strafjustiz habe es unterlassen, diese Aussagen in den politischen Gesamtzusammenhang zu stellen.

11-116

Abschätziges Werturteil war nachvollziehbar und respektierte den Rahmen erlaubter Polemik

Ausreichende Tatsachengrundlage; Chilling Effect; Kritik an Politiker; sinngemässe Bezeichnung als Scharlatan; Verurteilung unverhältnismässig; Werturteil; strafrechtlicher Ansehensschutz; zulässige Formulierung

Art. 10 EMRK

Urteil des EGMR (2. Kammer) vom 12. April 2011 (N° 4049/08 «Conceição Letria c. Portugal»)

In der Tageszeitung «24 Horas» kritisierte der Journalist Joaquim Conceição Letria 2001 den früheren Bürgermeister von Castelo de Paiva für seine Aussagen vor einer parlamentarischen Kommission, welche die Ursachen eines gravierenden Brückeneinsturzes (59 Tote) abklären sollte. Der Bürgermeister war zu Abbaugenehmigungen für die Sandgewinnung befragt worden, an die er sich nicht erinnern konnte. Da später von ihm unterzeichnete Dokumente auftauchten, bezeichnete der Journalist den Bürgermeister sinngemäss der Lüge und bezeichnete ihn als «aldrabao» (der EGMR bezeichnet den

Begriff als nicht präzise übersetzbar, in der Nähe des französischen Wortes «bonimenteur» – auf deutsch käme vielleicht «Scharlatan» in Betracht). Wegen der Verwendung dieses ehrverletzenden Werturteils verurteilte ihn die portugiesische Strafjustiz zu einer Geldstrafe von 310 Tagessätzen (4650 Euro) und einer Entschädigung in der Höhe von 6500 Euro.

Der Gerichtshof hielt in seinem einstimmigen Urteil fest, der vorliegende Fall weise Parallelen zum EGMR-Urteil N° 20834/92 «Oberschlick c. Österreich (N° 2)» vom 1. Juli 1997 auf, welches eine Strafe für die Bezeichnung eines Politikers als «Trottel» angesichts der konkreten Umstände als Missachtung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) betrachtet hatte. Auch im portugiesischen Fall handle es sich nicht um einen grundlosen persönlichen Angriff, denn der Medienschaffende habe eine objektiv nachvollziehbare Begründung für seine Wortwahl gegeben. Das verwendete Werturteil war angesichts des widersprüchlichen Aussageverhaltens des Bürgermeisters nicht exzessiv und respektierte die Grenzen erlaubter Polemik. Der Eingriff in die Meinungsfreiheit war daher nicht notwendig. Portugal muss dem zu Unrecht verurteilten Journalisten eine Entschädigung für immateriellen Schaden in der Höhe von 5000 Fr. bezahlen.

11-117

(Bewusste) Verzerrung von Fakten ist nicht durch Recht auf journalistische Übertreibung gedeckt

Ausreichende Recherche; Korruptionsvorwurf gegen Minister; Pflicht zur Entschuldigung; Politiker; Tatsachenbehauptung; tatsachenwidriger Titel; unzulässige Formulierung; zivilrechtlicher Ansehensschutz

Art. 10 EMRK

Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (4. Kammer) vom 21. Juni 2011 (N° 35105/04 «Kania und Kittel c. Polen»)

Auf der Titelseite warf die polnische Tageszeitung «Super Express» im August 1997 einem Minister (und damaligen Chef des nationalen Sicherheitsbüros) sinngemäss vor, er habe ein teures Geschenk (Luxusauto) von einem Geschäftsmann angenommen, weshalb gegen ihn ermittelt werde. Die beiden Medienschaffenden Dorota Kania und Bertold Kittel hatten recherchiert, dass dem Chauffeur des Ministers ein dem Geschäftsmann gehörender Mitsubishi Pajero gestohlen worden war. Aufgrund einer Nachfrage bei der Anklagebehörde wussten sie aber auch, dass lediglich wegen des Diebstahls und nicht wegen Korruption ermittelt wurde. Die Formulierung auf der Titelseite verzerrte nach den Worten des EGMR die Realität gravierend. Diese bewusste Verdrehung von Fakten war nicht durch das Recht Medienschaffender zu einer gewissen Übertreibung und Provokation gedeckt. Eine solche Irreführung der Leserschaft konnte auch nicht dadurch gerechtfertigt werden, dass sich (hochrangige) Politiker ein höheres Mass an öffentlicher Kritik gefallen lassen müssen.

Der Gerichtshof akzeptierte deshalb einstimmig die Verurteilung der Medienschaffenden durch die polnische Ziviljustiz. Auch die Sanktionen waren nicht exzessiv. Die von den Zivilgerichten angeordnete Publikation einer Entschuldigung auf der Titelseite war nach Auffassung des EGMR verhältnismäßig, zumal sie neutral formuliert war und den Medienschaffenden weder Bösgläubigkeit noch fehlende Sorgfalt unterstellte. Die dem Minister zugesprochene Entschädigung war ebenfalls nicht übertrieben, zumal nicht behauptet wurde, der Geldbetrag habe eine seriöse Auswirkung auf die finanzielle Situation der Zeitung.

11-118

Unberechtigte Strafe für Nennung der Namen von Antiterrorpolizisten

Bekanntheit der Fakten; Buch; Chilling Effect; geringe Geldstrafe; Meinungsfreiheit; Namensnennung von Terrorbekämpfern

Art. 10 EMRK

Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (2. Kammer) vom 5. April 2011 (N° 36635/08 «Tas c. Türkei»)

In einem 2004 veröffentlichten Buch schilderte ein früheres Mitglied der verbotenen kurdischen Partei PKK seine Anwerbung durch eine staatliche Antiterrorereinheit und die durch diese Einheit verübten Morde. Der unter einem Pseudonym auftretende Autor veröffentlichte auch Namen und Funktionen von Offizieren und von anderen führenden Terrorismusbekämpfern und machte sie dadurch nach Ansicht des Prokurators zur Zielscheibe terroristischer Anschläge. Der Verleger wurde gestützt auf Art. 6 des Gesetzes zur Bekämpfung des Terrorismus 2008 zu einer Geldstrafe in der Höhe von damals rund 250 Euro verurteilt.

Der Gerichtshof beurteilte diese Beschränkung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) einstimmig als nicht notwendig. Angesichts der Schwere der im Buch geschilderten Vorfälle habe ein legitimes öffentliches Interesse daran bestanden, neben Informationen zum Verhalten der Verantwortlichen auch Angaben über deren Identität zu erhalten. Zwar sei nicht ausgeschlossen, dass diese Enthüllung die Betroffenen gefährde. Die Bestrafung beruhe aber insbesondere auf der Publikation der Namen von zwei Terrorismusbekämpfern, von denen einer bereits 1998 in einem Bericht (und danach von einer Tageszeitung) identifiziert worden und der andere 1993 verstorben war. Darüber hinaus waren die im Buch geschilderten Übergriffe im Publikationszeitpunkt bereits allgemein bekannt. Das Interesse am Schutz der Identität der Verantwortlichen war deshalb wesentlich vermindert. Der Gerichtshof unterstrich zudem, es sei in einer demokratischen Gesellschaft von vorrangiger Bedeutung, dass die öffentliche Debatte über besonders gravierende Vorfälle frei geführt werden kann. Vor diesem Hintergrund (Chilling Effect) war selbst eine relativ bescheidene Geldstrafe menschenrechtswidrig.

11-119

Keine Pflicht zur Vorabinformation über kompromittierende Publikationen

Chilling Effect; Europarat; geplante Publikation; internationaler Konsens; Intimsphäre; Nazi-Bezug; News of the World; Privatleben; Publikationsverbot; sexuelle Aktivitäten; staatliche Schutzpflicht; Video; vorsorglicher Rechtsschutz; Vorverständigung; Website; Zensur

Art. 8, 10 EMRK

Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (4. Kammer) vom 10. Mai 2011 (N° 48009/08 «Mosley c. Grossbritannien»)

Der frühere Präsident des internationalen Automobilverbands (FIA), Max Mosley, versucht beim Europäischen Gerichtshof (EGMR) ein Grundsatzurteil für den Ausbau des Rechts auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK) zu erwirken. In seiner Beschwerde wehrt er sich gegen die bisherige Rechtslage. Sie gibt von (geplanten) Medienäußerungen betroffenen Personen kein Recht, von Medienschaffenden im vornherein über beabsichtigte kompromittierende Publikationen unterrichtet zu werden.

Anlass für die Beschwerde war die Berichterstattung der englischen Sonntagszeitung «News of the World», die Mosley Ende März 2008 in einer Titelgeschichte sexuelle Perversionen mit Nazi-Bezug vorgeworfen hatte («F1 boss has sick Nazi orgy with 5 hookers»). Die Berichterstattung umfasste auch Standbilder einer heimlichen Videoaufzeichnung, die eine der fünf an den sexuellen Handlungen beteiligten Prostituierten gemacht hatte. Auf der Website der Zeitung wurde u.a. ein redaktionell bearbeiteter Auszug aus dem Video veröffentlicht, der mehr als eine Million Betrachter fand.

Die englische Justiz bejahte in einem von Mosley angestregten Zivilverfahren die Rechtswidrigkeit der Publikation und sprach ihm eine Genugtuung von 60000 Pfund sowie 420000 Pfund als Ersatz für seine Anwaltskosten zu. Es wurde unter anderem festgehalten, es bestehe kein Nazi-Bezug und daher auch kein öffentliches Interesse an der Publikation. Zuvor hatte die Justiz allerdings eine von Mosley verlangte vorsorgliche Verfügung abgelehnt, welche der Zeitung untersagen sollte, die Videoaufzeichnung auf ihrer Website zugänglich zu machen. Der High Court hatte den einstweiligen Rechtsschutz mit dem Argument verweigert, das Material sei wegen der großflächigen Publikation in Druckmedien und im Internet nicht mehr privater Natur.

Mosley argumentierte in Strassburg, er bleibe ungeachtet der ihm zugesprochenen Entschädigung ein Opfer der Verletzung seiner Privatsphäre (Art. 8 EMRK). Da «News of the World» das Video unangekündigt veröffentlichte, habe ihm eine wirksame Abwehrmöglichkeit gefehlt. Der englische Staat habe seine Schutzpflicht dadurch verletzt, dass er «News of the World» nicht dazu verpflichtet habe, ihn vorab über die geplante Veröffentlichung zu orientieren. Der fehlende Schutz vor überraschender Publikation habe ihm die Möglichkeit geraubt, die rechtswidrige Veröffentlichung des Materials rechtzeitig zu unterbinden.

In ihrem einstimmigen Urteil verneinte die 4. Kammer des Gerichtshofs, dass Art. 8 der Menschenrechtskonvention die Vertragsstaaten dazu verpflichtet, eine rechtlich verbindliche Pflicht zur Vorverständigung der von einer beabsichtigten Medienäusserung betroffenen Personen vorzusehen. Gehe es um staatliche Pflichten («positive obligations») zum Schutz des Privatlebens, so sei ein zurückhaltendes Vorgehen («prudent approach») angezeigt, zumal eine Vielzahl möglicher Massnahmen in Betracht komme. Das siebenköpfige Gericht betonte zum einen Ermessensspielraum, der den einzelnen EMRK-Vertragsstaaten bei der Ausgestaltung von Massnahmen zum Schutz der Privatsphäre zukommt. Die Urteilsbegründung hält fest, die bisherige EGMR-Rechtsprechung habe implizit akzeptiert, dass nach einer rechtswidrigen Publikation zugesprochene Entschädigungen eine ausreichende Abhilfe gegen Verletzungen des Anspruchs auf Achtung des Privatlebens sind. Eine Pflicht zur Vorverständigung («prenotification») hingegen existiere bislang soweit ersichtlich noch in keinem der 47 Konventionsstaaten. Es gebe also keinen Konsens in den EMRK-Staaten für die Notwendigkeit einer solchen Orientierungspflicht – eher einen Konsens für das Gegenteil («(...) it therefore appears that such consensus is against a prenotification requirement rather than in favour of it.») Mosleys Beschwerde nenne auch keine internationalen Texte, welche die Staaten zur Einführung einer solchen Pflicht auffordern. In Grossbritannien war die Notwendigkeit einer solchen Pflicht im Rahmen einer parlamentarischen Untersuchung zu Fragen der Privatsphäre geprüft und schliesslich verneint worden – was den Resolutionen der parlamentarischen Versammlung des Europarates entspreche.

Auch in Grossbritannien gehöre es zu guter journalistischer Praxis, der von einer geplanten Berichterstattung Betroffener vor der Publikation die Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen. «News of the World» hatte dies unter anderem unterlassen, weil die Zeitung gerichtliche Schritte Mosleys befürchtete. Vor diesem Hintergrund wäre nach Ansicht des Gerichtshofs eine Vorverständigungspflicht wenig hilfreich gewesen: Ein sich über die Berufsregeln hinwegsetzendes Medienunternehmen könnte auch eine rechtliche Verpflichtung missachten und stattdessen in Kauf nehmen, nachträglich eine Geldstrafe zu zahlen. Die Wirksamkeit einer Orientierungspflicht hänge damit von der Empfindlichkeit der für ihre Nichtbeachtung vorgesehenen Sanktionen ab.

Scharfe Sanktionen wären aber ihrerseits problematisch. Zwar verdiene das Verhalten der Boulevardzeitung im Falle Mosleys scharfe Kritik («the conduct of the newspaper in the applicant's case is open to severe criticism»), wobei die Publikation des Bildmaterials fraglos einen grösseren Schaden verursachte als die Beschreibung der sexuellen Aktivitäten. Eine allgemeine Orientierungspflicht würde aber nicht nur solche problematischen Publikationen treffen, sondern unweigerlich auch seriösen Journalismus, eingeschlossen der politischen und investigativen Berichterstattung, denen die EGMR-Rechtsprechung eine besonders hohe Schutzwürdigkeit attestiert. Die staatliche Regelung dürfe sich gerade in diesen Bereichen nicht in zensurähnlicher Weise auswirken. Eine allfällige Orientierungspflicht müsste deshalb Ausnahmen vorsehen. Dies gelte etwa für den Fall, dass eine Unterrichtung der Betroffenen öffentlichen Interessen zuwider laufen würde – etwa wenn die

vorherige Orientierung zu Vertuschungsmanövern oder zur Vernichtung von Beweismitteln führen könnte. Definiere ein Staat die Ausnahmen von der Vorverständigungspflicht zu eng, so verstärke dies ihren abschreckenden Charakter («chilling effect») auch für den seriösen Journalismus. Eine solche Regelung liefe Gefahr, ihrerseits die Menschenrechtskonvention zu verletzen, nämlich die in Art. 10 EMRK garantierte Meinungsfreiheit. Sie ist gerade dann besonders sorgsam zu beachten, wenn sich eine Massnahme noch vor der Veröffentlichung als eine Art Zensur auswirken könnte («as a form of censorship prior to publication»).

Wegen der Zweifel an der Wirksamkeit und des möglichen Abschreckungseffekts einer rechtlich verbindlichen Vorverständigungspflicht kam der Gerichtshof zum Schluss, die Rechtslage in Grossbritannien bewege sich innerhalb des dem Vertragsstaat zustehenden grossen Ermessensspielraums.

Anmerkungen Mit dem hier zusammengefassten Kammerurteil hat Strassburg möglicherweise noch nicht das letzte Wort gesprochen. Max Mosley hat am 24. Mai 2011 die Beurteilung seines Falles durch die Grosse Kammer des Gerichtshofs (17 Richter bzw. Richterinnen) beantragt. Über den Verweisungsantrag hat ein Ausschuss von fünf Richtern zu befinden. Massgebend ist gemäss Art. 43 Abs. 2 EMRK, ob der Fall eine schwerwiegende Frage der Auslegung oder Anwendung der Konvention oder eine schwerwiegende Frage von allgemeiner Bedeutung aufwirft.

Das Urteil der 4. EGMR-Kammer erging noch vor dem grossflächigen Bekanntwerden der empörenden Bespitzelungspraktiken von «News of the World», das zur Einstellung des Blattes im Juli führte. Schon im Mai erntete «News of the World» in Strassburg wenig Verständnis. Obwohl sich die Zeitung in diesem Rechtsstreit (vorerst) durchsetzen konnte, kann das Kammerurteil keineswegs als Freibrief für diese Art des Journalismus verstanden werden. Die Urteilsbegründung lässt wenig Zweifel an der Abneigung des Gerichtshofs gegen das Ausschlachten der Intimsphäre anderer Menschen zu lukrativen Zwecken aufkommen. Zwar sei auch eine solche Berichterstattung nicht von der Garantie der Medienfreiheit (Art. 10 EMRK) ausgeklammert. Falls ein öffentliches Interesse an der Veröffentlichung fehlt, gewichte aber bei der Enthüllung privater und intimer Vorgänge die Medienfreiheit weniger schwer als der menschenrechtliche Anspruch auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK).

Prekär ist allerdings die Grenzziehung: Auch eine aus niedrigen Motiven veröffentlichte Enthüllung kann Aspekte von legitimem Interesse ans Tageslicht fördern. Selbst im Falle Mosley war dies nicht von vornherein ausgeschlossen. Hätte das von «News of the World» behauptete – wenn auch schlampe-recherchierte – Nachspielen von Konzentrationslagern tatsächlich zugetroffen, so wäre zumindest deren Beschreibung nicht offensichtlich rechtswidrig gewesen, zumal sich Mosley als public figure und Sohn eines britischen Faschistenführers hier eine besonders kritische Beobachtung gefallen lassen muss.

In seinem Verweisungsantrag beschränkt Mosley die von ihm geforderte Vorverständigungspflicht auf die Orientierung über «intimate or sexual details». Losgelöst von seinem Fall ist festzuhalten, dass auch Geschichten mit sexuellen Bezügen durchaus Gegenstand von legitimen öffentlichen Debatten und damit auch von seriösem Journalismus sein

können. Zu denken ist etwa an sexuelle Verfehlungen kirchlicher Würdenträger, hochrangiger Politiker oder militärischer Führungspersonen, bei denen auch Einzelheiten (z.B. das Aufgeben sexueller Kontaktanzeigen unter falschem Namen) relevant sein können.

Ganz allgemein betrifft dieser Rechtsstreit nicht nur den sogenannten Schmuttel- oder Krawalljournalismus. Die von Mosley verlangte Vorverständigungspflicht würde sich nach Ansicht der Kammer nicht auf diese – wie immer umrisse- ne – publizistische Kategorie beschränken, sondern sie hätte erhebliche Auswirkungen auch für Veröffentlichungen, die wenig mit der von «News of the World» betriebenen Publizistik zu tun haben. Ernsthafter investigativer Journalismus würde tangiert, wenn sich Medienschaffende vor der Veröffentlichung einem – oft zeit- und kostenintensiven – Rechtsverfahren stellen müssten. Dies könnte dazu führen, dass Medien angesichts der absehbaren juristischen Probleme auch auf rechtmässige Publikationen verzichten. Denkbar wäre auch, dass eine rechtzeitige Behebung durch die Medien aufgedeckter Missstände daran scheitert, dass die brisanten Informationen wegen der rechtlichen Beurteilung (zu) lange von der öffentlichen Debatte ferngehalten werden. Und darüber hinaus stellt sich das Grundsatzproblem, dass der bisher den Medienschaffenden vorbehaltenen Entscheid für oder gegen eine geplante Veröffentlichung vermehrt bei der Obrigkeit (d.h. den Gerichten) liegen würde. Eine solche Entwicklung stünde in einem Spannungsfeld zum Verbot der Vorzensur.

Die 4. Kammer betonte in ihrer Begründung, es sei von den unerfreulichen Fakten des Einzelfalls zu abstrahieren und die Auswirkung neuer Rechtspflichten für die gesamte journalistische Branche im Auge zu behalten. Man kann ihr nicht vorwerfen, sie habe sich bei ihrem Urteil von Emotionen leiten lassen.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

11-120

Automatische Bestrafung wegen Abbildung von Untersuchungsakten missachtet Medienfreiheit

Abbilden von Prozessdokumenten; Authentizität; Bestrafung Journalistin; Chilling Effect; fehlende Güterabwägung; Fernsehensendung; hängiges Strafverfahren; Unschuldsvermutung; Untersuchungsgeheimnis; Vorverurteilung

Art. 10 EMRK

Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (2. Kammer) vom 28. Juni 2011 (N° 28439/08 «Pinto Coelho c. Portugal»)

Die renommierte Gerichtsberichterstatte Sofia Pinto Coelho berichtete im Juni 1999 in der Nachrichtensendung des nationalen Fernsehprogramms SIC über den Fall des ehemaligen Chefs der Justizpolizei, dem die Staatsanwaltschaft Indiskretionen in einem publizitätsträchtigen Verfahren vorwarf. Im TV-Beitrag wurde ein Faksimile der Anklageschrift und des vom Generalprokurator verfassten, das Untersuchungsverfah-

ren eröffnenden Dokuments abgebildet. Das zuständige Strafgericht verurteilte die Journalistin wegen der Veröffentlichung der Kopien zu einer Geldstrafe in der Höhe von 40 Tagessätzen (zu 10 Euro), denn die Publikation solcher Verfahrensakten in der Presse war durch Artikel 88 der portugiesischen Strafprozessordnung vor dem erstinstanzlichen Strafurteil verboten. Das portugiesische Verfassungsgericht hielt 2007 fest, es sei nicht befugt, die fragliche Gesetzesnorm und deren Anwendung auf eine allfällige Verfassungswidrigkeit zu prüfen.

Einstimmig urteilte der Gerichtshof, diese automatische Bestrafung der Medienschaffenden missachte die Meinungsfreiheit. Er beanstandete, dass die portugiesischen Gerichte auf eine Interessenabwägung verzichtet hatten. Der Nachrichtenbeitrag behandelte klarerweise ein Thema von öffentlichem Interesse und die Behörden hatten nicht behauptet, die Abbildung der Dokumente habe die laufende Strafuntersuchung beeinträchtigt oder die Unschuldsvermutung verletzt. Die von der Journalistin gewählte Publikationsform (Abbildung offizieller Dokumente) schien dem Gerichtshof nicht nutzlos, denn sie habe für das Fernsehpublikum die Glaubwürdigkeit der journalistischen Darstellung untermauert:

«38. Dans ces conditions, il est difficile de voir comment les «devoirs et responsabilités» de la requérante pouvaient l'emporter sur l'intérêt d'informer le public. La cour rappelle à cet égard que le fait de montrer les fac-similés des pièces en cause au cours du reportage dont la requérante était l'auteur servait non seulement l'objet mais aussi la crédibilité des informations communiquées, attestant de leur exactitude et de leur authenticité (*Dupuis et autres c. France*, no 1914/02, § 46, CEDH 2007-VII).»

Vor diesem Hintergrund erwies sich selbst die moderate finanzielle Sanktion gegen die Journalistin als menschenrechtswidrig, denn auch sie war geeignet, Medienschaffende vor einem ähnlichen Verhalten abzuschrecken («chilling effect»).

Anmerkungen Einmal mehr wendet sich der Gerichtshof gegen formelle Geheimhaltungsvorschriften, welche hängige Justizverfahren abschirmen. Eine Bestrafung ist grundsätzlich nur menschenrechtskonform, wenn die journalistische Tätigkeit konkrete Gefahren schafft. Droht keine Missachtung der Unschuldsvermutung oder Beeinträchtigung des ordnungsgemässen Verfahrensganges, so wird eine Beschränkung der medialen Tätigkeit meist unverhältnismässig sein (vgl. dazu etwa das Urteil N° 17107/05 «Campos Damaso c. Portugal» vom 24.4.2008 in *medialex* 2/2008, S. 92f., mit Anmerkungen des Schreibenden). Dies begrenzt die staatlichen Bemühungen, bestimmte Verfahrensphasen in grösstmöglicher Diskretion abzuwickeln – wobei sich die Quellen von Indiskretionen häufig (wenn auch längst nicht immer) bei den Behörden selber finden.

Beachtung verdient die – ebenfalls nicht zum ersten Mal verwendete – Formulierung des EGMR, eine an sich verbotene Publikationsform habe die Glaubwürdigkeit der journalistischen Arbeit untermauert. Medienschaffende zeigen ihrem Publikum gerne in Bild und Ton, dass ihre Vorwürfe präzise und authentisch sind. Der Gerichtshof stuft dieses Anliegen als legitim ein und akzeptiert, dass Journalisten deswegen den Buchstaben des Gesetzes ritzen. Dies ist nicht nur für die Berichterstattung über hängige Gerichtsverfahren wichtig.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

1.2 Recht des Informationszugangs der Öffentlichkeit

11-121

Bundesgericht weist Beschwerde zweier Rechtsvertreter gegen Publikation eines Bundesgerichtsurteils ab

Gegendarstellung; rechtliches Gehör; unlautere Herabsetzung; Urteilspublikation

Art. 29 Abs. 2, 30 Abs. 3 BV; Art. 27 BGG; Art. 3 lit. a UWG; Art. 28g ff. ZGB

Urteil des Bundesgerichts vom 24. Mai 2011 (1B_235/2011)

Das Bundesgericht wies eine Beschwerde zweier Anwälte gegen die Publikation eines Bundesgerichtsurteils, an dem sie als Rechtsvertreter mitgewirkt hatten, ab, weil offensichtlich keine Verletzung von Art. 3 lit. a UWG gegeben war.

Zwei Rechtsanwälte vertraten vor Bundesgericht (4A_230/2010) die Beschwerdeführerinnen. Die Beschwerde wurde abgewiesen und das Urteil im Internet auf der Website des Bundesgerichts publiziert. Aus dem veröffentlichten Urteil waren die Namen der Rechtsvertreter der Verfahrensbeteiligten ersichtlich, weshalb diese beim Bundesgericht um eine Gegendarstellung gestützt auf Art. 28g ff. ZGB ersuchten, da mit der Publikation im Internet in der Öffentlichkeit ein ungünstiges Bild ihrer beruflichen Fähigkeiten entstehe. Das Bundesgericht lehnte die verlangte Gegendarstellung ab, worauf die beiden Rechtsanwälte an den National- und Ständerat gelangten und einen Antrag um Ermächtigung zur Strafverfolgung der drei Mitglieder des Bundesgerichts stellten. Die Kommission für Rechtsfragen ersuchte die beiden Rechtsanwälte, bei der zuständigen Behörde einen Strafantrag einzureichen, damit diese prüfen könne, ob die Begehung einer Straftat in Betracht zu ziehen sei und Anlass bestehe, an die Bundesversammlung zu gelangen. Dies taten die beiden Rechtsanwälte und reichten bei den Strafverfolgungsbehörden des Kantons Waadt Strafanzeige gegen die drei am betreffenden Urteil mitwirkenden Bundesrichter ein. Der Procureur général des Kantons Waadt verfügte die Nichtanhandnahme der verlangten Strafuntersuchung, was vom Kantonsgericht der Waadt bestätigt wurde. Dagegen gelangten die beiden Rechtsanwälte ans Bundesgericht und verlangten, der Entscheid des Kantonsgerichts Waadt sei aufzuheben und die Sache sei an den Procureur général mit der Anweisung zurückzuweisen, die Ermächtigung zur Strafverfolgung einzuholen und eine Strafuntersuchung zu eröffnen.

Zuerst hielt das Bundesgericht in seinen Erwägungen fest, dass der angefochtene Entscheid den Anforderungen an das rechtliche Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV genüge. Das Kantonsgericht habe hinreichend begründet, dass keine Strafuntersuchung durchzuführen sei, weil kein unlauterer Wettbewerb im Sinne von Art. 3 lit. a UWG vorliege. Dass sich das Kantonsgericht auf die aus seiner Sicht wesentlichen Punkte beschränkt und sich nicht in allen Einzelheiten mit der

Argumentation der Rechtsanwälte auseinandergesetzt habe, stelle keine Verweigerung des rechtlichen Gehörs dar. Weiter erläuterte das Bundesgericht, dass das Kantonsgericht zu Recht die Eröffnung einer Strafuntersuchung abgelehnt habe, weil das Bundesgericht im publizierten Urteil 4A_230/2010 lediglich die Vorbringungen der Beschwerdeführerinnen beurteilt und kein Werturteil über die Qualität der Arbeit ihrer Rechtsvertreter abgegeben habe. Somit sei keine Herabsetzung der Leistung der Rechtsanwälte im Sinne von Art. 3 lit. a UWG erfolgt und die Nennung der Namen der Anwälte im Urteil, das im Internet einsehbar sei, stelle keine Missachtung von Vorschriften des UWG dar. Folglich sei zu Recht kein Strafverfahren eröffnet worden. Auch sei durch den angefochtenen Entscheid kein Bundesrecht verletzt worden. Gerichtliche Urteilsverfahren seien grundsätzlich öffentlich (Art. 30 Abs. 3 BV), was dazu führe, dass auch die Namen der an einem gerichtlichen Verfahren beteiligten Personen öffentlich bekannt würden. Das Bundesgericht sei verpflichtet, seine Urteile in geeigneter Form zu veröffentlichen (Art. 27 BGG). Diese Veröffentlichung erfolge auf der Website des Bundesgerichts, wobei im Gegensatz zu den Verfahrensparteien die Namen von Rechtsvertretern nicht anonymisiert würden. Dies sei auch beim beanstandeten Urteil so gehandhabt worden. Da jedoch offensichtlich keine herabsetzende oder sonst wie widerrechtliche Würdigung der Tätigkeit der genannten Rechtsvertreter vorliege, falle eine Bestrafung im Sinne von Art. 3 lit. a UWG ausser Betracht.

1.3 Radio- und Fernsehrecht

11-122

Bundesgericht bestätigt UBI: Beiträge über Gefahren von Antibabypillen verstiessen nicht gegen das Sachgerechtigkeitsgebot

Anwaltschaftlicher Journalismus; Meinungsbildungsmöglichkeit; Sachgerechtigkeitsgebot

Art. 4 Abs. 2 RTVG

Urteil des Bundesgerichts vom 6. April 2011 (2C_644/2010)

Drei Berichte in «10 vor 10» über die Nebenwirkungen von Antibabypillen verstiessen nicht gegen das Sachgerechtigkeitsgebot, weil die Beiträge so ausgestaltet waren, dass sie dem Publikum erlaubten, sich eine eigene Meinung zu bilden.

Das Schweizer Fernsehen strahlte in der Sendung «10 vor 10» drei Beiträge zu den Gefahren von Antibabypillen aus. Der erste Beitrag mit dem Titel «Der Schicksalsschlag» drehte sich um die Geschichte der jungen Frau Céline, die mit 16 Jahren die Antibabypille «Yasmin» genommen habe und heute nach einer Lungenembolie schwerstbehindert sei. Der zweite Beitrag mit dem Titel «Der Fall Céline» behandelte Reaktionen auf den ersten Bericht zu diesem Thema und präsentierte einen zweiten Fall von Lungenembolie, der im Zusammenhang mit der

Einnahme von «Yasmin» stehen könnte. Zum dritten Bericht mit dem Titel «Swissmedic reagiert» gab die Ankündigung von Swissmedic Anlass, weitere Abklärungen zum Risiko von Antibabypillen zu treffen, womit die Sendung wieder der Pille «Yasmin» gewidmet war. Gegen diese drei Beiträge gelangte die Bayer (Schweiz) AG an die UBI und machte eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots (Art. 4 Abs. 2 RTVG) geltend. Die Beschwerde wurde mit Entscheid vom 19. Februar 2010 abgewiesen (Zusammenfassung des Entscheids b.608 erschienen in *medialex* 4/2010), worauf die Bayer AG Beschwerde beim Bundesgericht erhob.

Zum ersten Beitrag («Der Schicksalsschlag») führte das Bundesgericht aus, dass dieser anwaltschaftlich aufgebaut und mit der These ergänzt sei, die meistverschriebene Antibabypille «Yasmin» könnte aufgrund des Falles Céline und der Anzahl von «Spontanmeldungen» gefährlicher sein als bisher angenommen. Dabei sei für die Präsentation der Blickwinkel von Céline bzw. von anderen Konsumentinnen dieser Pille gewählt worden, was für den Fernsehzuschauer erkennbar gewesen sei. Im Beitrag werde zudem nicht behauptet, «Yasmin» sei tatsächlich gefährlicher als andere Antibabypillen, sondern es werde bloss die Frage aufgeworfen, ob dies der Fall sei. Zudem habe die Bayer AG wiederholt Gelegenheit erhalten, sich zu den verschiedenen Vorwürfen und der Sicherheit ihres Produkts zu äussern. Das Bundesgericht war deshalb der Ansicht, dass ihr Standpunkt hinreichend klar in die Berichterstattung eingeflossen sei. Weiter sei ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass nicht nur «Yasmin», sondern auch andere Antibabypillen Nebenwirkungen verursachen, vor allem die moderneren Präparate (Antibabypillen der vierten Generation). Somit kam das Bundesgericht zum Ergebnis, dass die UBI zu Recht keine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots angenommen hat. Auch der zweite Beitrag («Der Fall Céline») habe sich an die rundfunkrechtlichen Vorgaben gehalten. Aufgrund der im Beitrag gemachten Relativierungen sei hinreichend klar geworden, dass die angebliche Gefährlichkeit von «Yasmin» nicht erstellt war und die gezeigten – allenfalls schweren – gesundheitlichen Nebenwirkungen auch bei anderen neueren Antibabypillen eintreten können. Aus diesem Grund sei es dem Publikum auch bei diesem Beitrag möglich gewesen, sich ein eigenes Bild zu machen. Bezüglich des dritten Beitrags, der in erster Linie über die Reaktion von Swissmedic berichtete, kam das Bundesgericht ebenfalls zum Schluss, dass keine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots vorlag. Einerseits sei auch hier eine Stellungnahme der Bayer AG eingeblendet worden und andererseits habe die Moderatorin nochmals darauf hingewiesen, Bayer betone, dass die Ursache von Célines Behinderung nicht nachweislich auf die Einnahme der Antibabypille zurückzuführen sei. Auch hier stütze das Bundesgericht die Annahme der UBI, der Zuschauer habe sich ein hinreichendes Bild machen können und sei nicht manipuliert worden.

Zusammenfassend stellte das Bundesgericht fest, dass die umstrittenen Beiträge in einzelnen Punkten allenfalls anders und möglicherweise auch besser hätten gestaltet werden können, was jedoch nicht genüge, um ein aufsichtsrechtliches Einschreiten seitens der UBI gestützt auf das Sachgerechtigkeitsgebot zu rechtfertigen. Die Programmautonomie erlaube es den Veranstaltern, ein Thema anhand eines Einzelfalles anwaltschaftlich zu behandeln, wenn die journalistische Fairness

insgesamt gewahrt bleibt, was mit Blick auf die Meinungsbildungsmöglichkeit des Publikums vorliegend der Fall gewesen sei. Entgegen der Auffassung der Bayer AG könne nicht gesagt werden, dass geradezu grob und sachlich nicht gerechtfertigt simplifiziert wurde. Das tragische Schicksal von Céline habe aufgerüttelt. Darin habe jedoch keine verfälschende «unnötige Skandalisierung» der behandelten Problematik gelegen. Es sei trotz der emotionalen Bindung des Zuschauers durch Bild und Ton ein Gegengewicht geschaffen worden zur von den Journalisten vertretenen These. Die Betroffene habe in einer Art und Weise Stellung nehmen können, die es dem Zuschauer erlaubte, sich ohne manipulative Elemente ein eigenes Bild zu machen. Folglich wies das Bundesgericht die Beschwerde als unbegründet ab.

Anmerkungen Gemäss Praxis des Bundesgerichts ist die Programmaufsicht «nicht (...) als Rechtsschutz für den Einzelnen gedacht» (BGE 132 II 290 E. 3.2.3 S. 296 f. [«SpiderCatcher»]), sondern dient dem Schutz der unverfälschten Willens- und Meinungsbildung des Publikums (BGE 134 II 260 E. 6.2 S.262 [«Schönheitschirurg»]). Gegenstand der Programmaufsicht bildet ausschliesslich die Einhaltung rundfunkrechtlicher Regeln. Ausserhalb der Prüfungszuständigkeit liegen hingegen «(in erster Linie) der Durchsetzung privater Anliegen» dienende Rügen, wie angebliche Verletzungen von Persönlichkeitsrechten und des UWG (BGE 134 II 260 E. 6.2 S. 262; 132 II 290 E. 3.2.3 S. 296 f.). Es ist bemerkenswert, mit welcher Klarheit das Bundesgericht im vorliegenden Urteil diese Grenze zwischen Publikumsschutz und Individualrechtsschutz zieht.

Das besprochene Urteil weist einige Gemeinsamkeiten auf mit dem im Zivilverfahren ergangenen Urteil «Contra-Schmerz» vom 8. Januar 1998 (BGE 124 III 72). Im einen wie im anderen Fall wurde in einer Fernsehsendung ein Präparat exemplarisch als Vertreter einer ganzen Kategorie von Präparaten (Antibabypillen der vierten Generation – Schmerzmittel-Kombinationspräparate) infrage gestellt. Im Urteil «Contra-Schmerz» hielt das Bundesgericht fest, es sei unlauter im Sinne von Art. 3 lit. a UWG, wenn der irreführende Eindruck erweckt werde, das als einziges namentlich genannte Medikament zeichne sich in einmaliger Weise durch negative Eigenschaften aus, die einer ganzen Kategorie von Medikamenten insgesamt zugeschrieben werden können (BGE 124 III 72 E. 2b S. 78 [«Contra-Schmerz»]). Vor dem Hintergrund der erwähnten Praxis zur Abgrenzung von Publikumsschutz und Individualrechtsschutz konnten solche Überlegungen im hier besprochenen Urteil nur insoweit Beachtung finden, als damit zugleich die Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots von Art. 4 Abs. 2 RTVG gerügt wurde. Es ging mithin nicht darum, vorfrageweise eine allfällige Verletzung von Art. 3 lit. a UWG zu prüfen oder zu klären, ob die erhobenen Vorwürfe tatsächlich zutreffen. Bei der Prüfung der Vereinbarkeit der Beiträge mit dem Sachgerechtigkeitsgebot war für das Bundesgericht entscheidend, ob die Betroffene – hier die Vertreiberin der Antibabypille «Yasmin» – in einer Art und Weise zu den geäusserten Vorwürfen Stellung nehmen konnte, die es dem Publikum erlaubte, sich ohne manipulative Elemente ein eigenes Bild zu machen (E. 2.1.3). Der Zuschauer müsse erkennen können, dass und inwiefern eine Aussage umstritten ist. Das Bundesgericht hat sorgfältig begründet, weshalb die Voraussetzungen der Erkennbarkeit und der Möglichkeit, sich ein eigenes Bild zu machen, vorliegend gegeben waren. Die Beiträge wirkten

insgesamt nicht manipulativ. Das Sachgerechtigkeitsgebot wurde nicht verletzt. Unter den Kriterien des Programmrechts – «bei geeigneter Einbettung» – kann in einer Fernsehsendung ein allgemeines Problem somit weiterhin auch anhand eines einzelnen Beispiels illustriert werden (E. 2.1.2, mit Hinweisen auf BGE 131 II 253 E. 2.1 S. 256 [«Rentenmissbrauch»] und Urteil 2A.32/2000 vom 12. September 2000 E. 2c [«Vermietungen im Milieu»]).

Dr. iur. Thomas Steiner, Zürich

11-123

Bundesverwaltungsgericht weist Beiladungsgesuch zu Konzessionierungsverfahren ab

Beiladungsgesuch; Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt; Konzessionierungsverfahren; Parteistellung

Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 6, 29 VwVG

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 7. Februar 2011 (A-7841/2010)

Das Bundesverwaltungsgericht wies ein Beiladungsgesuch der Radio Argovia AG zu einem Konzessionierungsverfahren in einem anderen Versorgungsgebiet ab, da diese vom Ausgang des Verfahrens nicht unmittelbar in rechtlicher oder tatsächlicher Weise beeinflusst werde.

Das UVEK verteilte die UKW-Radiokonzession für das Versorgungsgebiet 15 (Region Aargau) der Radio Argovia AG und für das Versorgungsgebiet 32 (Region Südostschweiz) der Radio Südostschweiz AG und wies gleichzeitig die Bewerbungen der Radio AG bzw. der Radio Südost AG ab. Am gleichen Tag erteilte es der Tele Ostschweiz AG die Regionalfernseh-Konzession für das Versorgungsgebiet 11 (Region Ostschweiz) und erteilte der Bewerbung der Tele Säntis AG eine Absage. Diese drei Konzessionsverfügungen wurden vom Bundesverwaltungsgericht aufgrund mangelhafter Abklärung des Sachverhalts in Bezug auf die Konzessionsvoraussetzung der fehlenden Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt aufgehoben. Das BAKOM stellte daraufhin den Beteiligten des Konzessionierungsverfahrens betreffend das Versorgungsgebiet 11 eine Definition der medienrelevanten Märkte und einen Fragebogen zur Klärung der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse im Bereich lokal-regionaler Informationen und Werbung in den Medien zu und setzte ihnen eine Frist, sich dazu zu äussern. Gestützt auf diese Marktdefinition solle die Marktbefragung durchgeführt werden und die Prüfung eines allfälligen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung in den Versorgungsgebieten 11, 15 und 32 erfolgen, erklärte das BAKOM in seiner Mitteilung. Darauf ersuchten die Radio Argovia AG und die Radio AG um Beiladung ins Konzessionierungsverfahren für das Versorgungsgebiet 11, begrenzt auf die Prozesshandlungen betreffend die Erarbeitung und Festlegung der Marktdefinition. Das UVEK wies die beiden Beiladungsgesuche ab, da sie verspätet erfolgt seien, worauf die Radio Argovia AG (nicht aber die Radio AG) Beschwerde beim Bundesverwal-

tungsgericht erhob und die Beiladung ins Konzessionierungsverfahren betreffend das Versorgungsgebiet 11 verlangte.

Das Bundesverwaltungsgericht prüfte in seinen Erwägungen gestützt auf die geltende Praxis, ob die Radio Argovia AG vom Ausgang des Konzessionierungsverfahrens betreffend das Versorgungsgebiet 11 unmittelbar in ihren rechtlichen oder tatsächlichen Interessen berührt sei und deshalb Parteistellung im Sinne von Art. 6 VwVG beanspruchen könne. Es sei unstrittig, führte es dazu aus, dass der Marktdefinition, dem Fragebogen für die Marktbefragung und dem darauf gestützten Gutachten der WEKO über das betroffene Versorgungsgebiet 11 hinaus auch Bedeutung für die Versorgungsgebiete 15 und 32 zukomme. Der Radio Argovia AG sei somit grundsätzlich nicht zu widersprechen soweit sie geltend mache, dass der rechtskräftige Entscheid im Konzessionierungsverfahren betreffend das Versorgungsgebiet 11 die Gefahr eines Präjudizes hinsichtlich der Marktdefinition und der Grundsätze der marktbeherrschenden Stellung in den beiden anderen Konzessionierungsverfahren schaffe. Diese Gefahr eines derartigen Präjudizes bedeute jedoch nicht, dass die Radio Argovia AG in das Konzessionierungsverfahren betreffend das Versorgungsgebiet 11 beizuladen sei. Der Konzessionsentscheid im betreffenden Verfahren lege weder die Marktdefinition noch die Grundsätze der darauf beruhenden Prüfung der marktbeherrschenden Stellung für das Konzessionsverfahren der Radio Argovia AG verbindlich fest noch berühre er diese auf andere Weise unmittelbar. Er wirke sich auf diese nur insoweit aus, als er deren eigenes Konzessionsverfahren hinsichtlich dieser Punkte zu beeinflussen vermöge. Da die Radio Argovia AG wenn überhaupt nur mittelbar vom betreffenden Entscheid berührt werde, konnte sie nach Meinung des Bundesverwaltungsgerichts weder Parteistellung im Konzessionierungsverfahren betreffend das Versorgungsgebiet 11 noch Beiladung in dieses Verfahren beanspruchen. Die Abweisung des Beiladungsgesuchs stellte somit weder eine Verletzung von Art. 6 und Art. 29 VwVG noch von Art. 29 Abs. 2 BV dar und erschien auch nicht als unangemessen, weshalb das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde als unbegründet abwies.

11-124

Nachträgliche Abmeldung von der Gebührenpflicht wurde vom Bundesverwaltungsgericht abgelehnt

Radio- und Fernsehempfangsgebühren

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. April 2011 (A-3941/2010)

A. beantragte die Aufhebung des Entscheids des BAKOM betreffend die Pflicht zur Bezahlung von Radio- und Fernsehempfangsgebühren von Oktober 2003 bis Januar 2008, da sie in diesem Zeitraum mit B. in einem Konkubinat gelebt habe.

Das Bundesverwaltungsgericht führt aus, dass unbestritten sei, dass sich A. im Januar 2008 für den Radio- und Fernsehempfang ab Februar 2008 an ihrer neuen Adresse (Haus-

halt mit B.) angemeldet habe. Ebenso habe sie der Billag im Oktober 2008 eine schriftliche Meldung betreffend ihren gemeinsamen Haushalt mit B. bzw. eine Abmeldung ihres eigenen Radio- und Fernsehempfanges für die Zeit von Oktober 2003 bis Januar 2008 zukommen lassen. Eine früher erfolgte schriftliche Mitteilung sei nicht aktenkundig und werde von A. auch nicht geltend gemacht. Da eine Meldung über ein die Gebührenpflicht beendendes Ereignis nicht rückwirkend zu einer Beendigung der Gebührenpflicht führe, kam das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass A. auch in der Zeit von Oktober 2003 bis Januar 2008 gebührenpflichtig war und den für diese Zeit geschuldeten Betrag bezahlen müsse.

11-125

Beschwerde gegen Festlegung der Konzessionsabgabe vom BVGer teilweise gutgeheissen

Berechnungskoeffizienten für Beratungskommission und Verkaufsprovision; Gegengeschäfte; Konzessionsabgabe; Rechtliches Gehör; Rechtsgrundlage; Revision; Sponsoring; Werbung

Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 34 Abs. 2 aRTVV

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. April 2011 (A-1847/2010)

Das Bundesverwaltungsgericht hiess eine Beschwerde der Espace Media AG gegen die Festlegung der Konzessionsabgabe durch das BAKOM teilweise gut, da dieses in Bezug auf den Berechnungskoeffizienten für die Beratungskommission und die Verkaufsprovision sowie in Bezug auf die Beurteilung der Gegengeschäfte den Sachverhalt ungenügend abgeklärt und ihre Verfügung nicht ausreichend begründet hatte.

Die Espace Media AG, Betreiberin von Telebärn, ist als Veranstalterin eines Regionalfernsehprogrammes mit einer Konzession ausgestattet, für die sie jährliche Abgaben zu leisten hat. Aus diesem Grund reichte sie beim BAKOM die Konzessionsabgabe-Erklärung für das Jahr 2006 ein. Bei der Prüfung der Unterlagen fiel dem BAKOM auf, dass die Kommissionen an die Conradio-TV AG im Vergleich zum Vorjahr um 10 % erhöht worden waren. Da die Deklaration in der Konzessionsabgabe-Erklärung für den fraglichen Zeitraum dennoch einen praktisch unveränderten Werbeumsatz aufwies, sah sich das BAKOM zu einer Revision veranlasst. In der Folge erliess das BAKOM eine Verfügung und legte darin eine Konzessionsabgabe fest, die fast dreieinhalb Mal höher war, als von der Espace Media AG in ihrer Selbstdeklaration berechnet. Letzgenannte gelangte gegen diese Verfügung an das Bundesverwaltungsgericht und verlangte ihre Aufhebung aufgrund von formellen und materiellen Mängeln.

Zu Beginn seiner Erwägungen prüfte das Bundesverwaltungsgericht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV). Es führte aus, dass die Espace Media AG vom BAKOM den Revisionsbericht zur Jahresrechnung 2005 erhalten habe, woraus die beabsichtigten Aufrechnungen und damit

die voraussichtliche Höhe der Konzessionsabgaben 2006 hervorgingen. Indem die Espace Media AG dazu Stellung genommen habe und das BAKOM dies in ihre Verfügung einfliessen liess, habe sie Gelegenheit erhalten, sich im Vorfeld zu sämtlichen wesentlichen Punkten, die den rechtserheblichen Sachverhalt betreffen, zu äussern. Mit dieser Begründung verneinte das Bundesverwaltungsgericht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs und bemerkte, dass eine allfällige Verletzung sich ohnehin hätte heilen lassen, da es im vorliegenden Fall über eine grundsätzlich umfassende Kognition verfüge. Das Bundesverwaltungsgericht führte weiter aus, dass der massgebliche Sachverhalt sich vor Inkrafttreten des neuen RTVG abgepielt habe, weshalb die altrechtlichen Bestimmungen des aRTVG und der aRTVV anwendbar seien. Es prüfte weiter, ob sich die durch das BAKOM durchgeführte Revision auf eine rechtliche Grundlage stützen lasse. Aufgrund der durchgeführten Auslegung kam das Bundesverwaltungsgericht zum Ergebnis, dass der Wortlaut des Gesetzes die Möglichkeit, Revisionen durchzuführen, zwar nicht ausdrücklich vorsehe, dies dem BAKOM aber sowohl nach Sinn und Zweck aber auch nach dem Willen des Gesetzgebers (auch) nach der alten Radio- und Fernsehgesetzgebung zustehen müsse. Weiter vertrat es die Ansicht, dass das BAKOM berechtigt gewesen wäre, eine Revision bei der Conradio-TV AG durchzuführen und in die dort vorhandenen Geschäftsbücher der Espace Media AG Einsicht zu nehmen. Obwohl im Wortlaut von Art. 34 Abs. 2 aRTVV lediglich von Konzessionär gesprochen werde, würde es sich um eine rechtsmissbräuchliche Gesetzesumgehung handeln, wenn ein Konzessionär die Führung seiner Geschäfte an einen Dritten delegieren könnte, um die Offenlegung seiner Geschäftsbücher zu verhindern.

Das Bundesverwaltungsgericht untersuchte im weiteren Verlauf seiner Erwägungen die konkreten Berechnungen des BAKOM. Die Espace Media AG rügte diesbezüglich, das BAKOM hätte angesichts der klaren Zahlen die Aufrechnung der Provisionen präzise beziffern können und keinen Berechnungskoeffizienten zu Hilfe nehmen müssen. Das Bundesverwaltungsgericht vertrat die Ansicht, dass die grundsätzliche Festlegung eines Koeffizienten durch das BAKOM nicht zu beanstanden sei. Jedoch sei das BAKOM bei seiner Berechnung des durchschnittlichen Tarifs im Revisionsbericht von der Annahme ausgegangen, dass nur auf der Hälfte des Umsatzes Beraterkommissionen und Vermittlungsprovisionen abgerechnet würden. Die Espace Media AG habe in ihrer darauffolgenden Stellungnahme dagegen festgehalten, dass bloss bei 7 bzw. 18 % der Aufträge Vermittlungsprovision und Beratungskommission bezahlt werde. Dessen ungeachtet sei das BAKOM in seiner Verfügung nicht vom Revisionsbericht abgewichen. Dieses Vorgehen wurde vom Bundesverwaltungsgericht als unzulässig beurteilt: «Selbst wenn dem Konzessionär im Verfahren zur Festlegung der Konzessionsabgaben eine weitgehende Mitwirkungspflicht zukommt (...), geht es nicht an, dass die Vorinstanz gar nicht erst auf deren Vorbringen eingeht. Zeigen sich Unklarheiten, ist sie gehalten, diesen nachzugehen und den Sachverhalt näher abzuklären.» Mit dem Festhalten an der Annahme, es würden auf der Hälfte des Umsatzes Beraterkommissionen und Vermittlungsprovisionen abgerechnet, obwohl Unklarheiten vorlagen, habe das BAKOM seine Pflicht verletzt, den rechtserheblichen Sachverhalt vollständig zu erheben,

weshalb die Rüge in diesem Punkt gutzuheissen und zur neuerlichen Beurteilung an das BAKOM zurückzuweisen sei. Weiter rügte die Espace Media AG, die vom BAKOM gemachten Einschätzungen betreffend Gegengeschäfte seien nicht korrekt, da es sich um ein typisches Sponsoring handle, welches erst seit der Revision des Radio- und Fernsehgesetzes für die Konzessionsabgabe zu berücksichtigen sei. Das Bundesverwaltungsgericht hatte folglich zu prüfen, ob es sich beim Kleidersponsoring um Werbung oder Sponsoring handelt. Es kam dabei zum Ergebnis, dass aus der Verfügung des BAKOM in keiner Weise hervorgehe, inwiefern das Kleidersponsoring als Werbung zu qualifizieren sei. Es setze sich nicht mit der Unterscheidung von Werbung und Sponsoring auseinander, obwohl dies vorliegend von entscheidender Bedeutung und entgegen der Ansicht des BAKOM nicht eindeutig sei. Da dem Bundesverwaltungsgericht weitere Angaben zu Art und Weise der Ausstattung, deren Ausstrahlung, Dauer und konkreten Umständen nicht bekannt waren, war es ihm nicht möglich, die Frage abschliessend zu beurteilen. Deshalb wies es diese Frage zur ergänzenden Sachverhaltsabklärung und neuerlichen Beurteilung an das BAKOM zurück. In Bezug auf alle weiteren Rügen der Espace Media AG kam das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass diese unbegründet seien. Es auferlegte sich dabei eine gewisse Zurückhaltung, da sich das BAKOM in diesen Spezialfragen durch ein besonderes Fachwissen auszeichne und über einen gewissen Handlungsspielraum verfügen müsse.

11-126

BAKOM beurteilt betreute Wohnhäuser einer Stiftung als einzelne Geschäftsstellen

Geschäftsstelle; Melde- und Gebührenpflicht für Radio- und Fernsehempfang

Art. 68 Abs. 2 RTVG

Verfügung des BAKOM vom 2. Februar 2011

Das BAKOM stützte die Ansicht der Billag, dass drei verschiedene betreute Wohngruppen einer Stiftung als einzelne Geschäftsstellen zu betrachten seien und somit für alle einzeln eine kommerzielle Melde- und Gebührenpflicht für den Radio- und Fernsehempfang bestehe.

Eine Stiftung, die sich der ganzheitlichen Betreuung von psychisch erkrankten Menschen widmet, erhob beim BAKOM Beschwerde gegen einen Entscheid der Billag, dass je einzeln eine Gebührenpflicht für die Wohngruppe A (privater Empfang) sowie für die Häuser B, C und D (kommerzieller Empfang) erhoben werde. Sie war der Ansicht, dass die Stiftung als Ganzes nur einmal der Melde- und Gebührenpflicht unterliege und nicht jeder Standort einzeln, da die einzelnen Einrichtungen keine unabhängigen Geschäftsstellen seien.

Zu Beginn der Erwägungen legte das BAKOM den Begriff Geschäftsstelle aus, da Art. 68 Abs. 2 RTVG bestimmt, dass pro Haushalt oder Geschäftsstelle die Empfangsgebühren einmal geschuldet sind. Es kam dabei zum Schluss, dass die Geschäfts-

stelle im gewerblich/kommerziellen Bereich das Pendant zum Haushalt im privaten Bereich ist. «Die Geschäftsstelle ist analog eine räumliche Einheit, in welcher statt Wohnpartnern oder Familienmitglieder, Arbeitskollegen und Kunden eine Gemeinschaft bilden, die ihren normalen Alltag relativ unabhängig selbstständig leben. Sie entscheiden über Büroeinrichtung, Pausenzeiten oder auch, ob sie Radio oder Fernsehen in ihren Räumen empfangen wollen. Sofern sie Radio und Fernsehen empfangen, können ihre Kollegen desselben Betriebs im Nachbarhaus nicht davon profitieren.» Deshalb sei es sinnvoll, all diejenigen Einheiten je einzeln der Gebührenpflicht zu unterstellen, welche Empfangsgeräte nutzen, und vor allem die Reichweite einer Gebührenpflicht mit der Reichweite der Nutzungsmöglichkeiten in Beziehung zu setzen. Aus diesen Erörterungen folgerte das BAKOM, dass die räumlich Trennung von Betriebsteilen ein Indiz für eine Geschäftsstelle sei. Ein weiteres Indiz sei, wenn regelmässig dieselben Personen über eine längere Zeit bzw. dieselben Angestellten während des grössten Teils ihrer Arbeitszeit im Betriebsteil anwesend seien. Nun prüfte das BAKOM die vier Einheiten getrennt auf ihre Gebührenpflicht. Bezüglich Wohngruppe A kam es zum Ergebnis, dass es sich um einen Haushalt handle, der somit der privaten Gebührenpflicht unterstellt sei. Der privaten Gebührenpflicht würden aber weder die Stiftung noch die Wohngruppe unterliegen, sondern die Personen, welche im Haushalt wohnen. Folglich sei die Stiftung für die Wohngruppe A nicht gebührenpflichtig, weshalb die Beschwerde in diesem Punkt gutzuheissen sei. Bei den Häusern B, C und D kam das BAKOM hingegen zum Schluss, dass diese als Geschäftsstellen im Sinn von Art. 68 Abs. 2 RTVG zu betrachten seien und somit für jedes Haus eine eigene kommerzielle Melde- und Gebührenpflicht bestehe. Dies begründete es mit der Selbstständigkeit bezüglich Organisation ihres Arbeits- und Wohnplatzes und der täglichen Bedürfnisabdeckung der Häuser. Zudem würden die Angestellten resp. Betreuenden ihre Aufgaben täglich, sogar rund um die Uhr in den einzelnen Einheiten vornehmen. Weiter habe jedes Haus eine eigene Leitung, die für die Führung des Hauses verantwortlich sei. Dass die finanzielle und administrative Leitung über die Geschäftsleitung erfolge, ändere nichts daran, dass die Wohnheime faktisch eine eigene Einheit bilden würden. Vom Radio- und Fernsehempfang profitierten nur die Angestellten und Bewohner der einzelnen Häuser und nicht auch die der anderen Häuser. Ebenso bestätige der geografische Abstand der Häuser zur Geschäftsleitung die Ansicht, dass es sich bei diesen um eigene Geschäftsstellen handle.

11-127

Le titulaire d'une concession télévisuelle a une obligation de diffusion égale et uniforme

Concession pour la diffusion de programmes; programmes différenciés

Art. 39, 59, 89 LRTV

Décision du 31 mars 2011 de l'OFCOM

En 2008, le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication a octroyé à Canal 9 une concession pour la diffusion d'un programme de télévision régional en Valais. Cette concession donne droit à une quote-part de la redevance et est assortie d'un mandat de prestations. Ce dernier exige de Canal 9 qu'il diffuse un programme de télévision régional fournissant principalement une information quotidienne sur les aspects politiques, économiques et sociaux de la région, et contribuant à la vie culturelle de la zone de desserte.

Canal 9 a décidé de scinder son offre en deux et de fournir son programme «premium», soit sa fenêtre francophone incluant «L'Emission en Direct», aux fournisseurs de services de télécommunications (FST) soutenant financièrement la chaîne, les autres opérateurs devant se contenter d'une version de base de la fenêtre francophone.

L'OFCOM a déclaré que la différenciation de programme opérée par Canal 9 n'est pas en adéquation avec l'obligation implicite de diffusion qui lui incombe conformément à l'art. 2 de la concession. Le pendant logique du droit de diffuser son programme sur des lignes dans sa zone de desserte (art. 59 al.1 let. b LRTV) est en effet l'obligation de livrer son programme indifféremment à tous les FST actifs dans ladite zone, afin d'atteindre l'ensemble des ménages. Il ressort en effet des art. 3 al. 1 Concession et art. 39 al. 2 let. b LRTV qu'est exigée et subventionnée la réalisation d'un mandat de prestations identique pour tous les téléspectateurs et ce, indépendamment de l'origine des ressources financières.

Si l'autorité de surveillance constate une violation du droit, elle peut prendre des mesures administratives, conformément à l'art. 89 al. 1 lit. a LRTV. Canal 9 a été sommée de remédier aux manquements constatés en livrant, dans un délai de trois mois, un signal complet et identique à tous les FST de sa zone et d'en informer l'OFCOM après exécution.

11-128

UBI weist Zugangsbeschwerde des VgT ab

Diskriminierung; Programmautonomie; Zugangsbeschwerde

Art. 97 Abs. 2 Bst. b RTVG

Entscheid der UBI vom 22. Oktober 2010 (b.593/607)

Die UBI prüfte anlässlich einer Zugangsbeschwerde, ob das Schweizer Fernsehen den VgT in verfassungs- und konventionswidriger Weise diskriminiert hat, und kam dabei zum Ergebnis, dass keine Diskriminierung vorlag.

Der VgT, vertreten durch seinen Präsidenten, erhob bei der UBI Beschwerde (b.593) gegen das Programm des Schweizer Fernsehens und beanstandete, dass er systematisch und seit Jahren durch dieses boykottiert werde. Die UBI beschloss, auf die Beschwerde nicht einzutreten, worauf der VgT Beschwerde beim Bundesgericht erhob. Dieses hiess die Beschwerde gut (BGE 136 I 167 – «Die Entscheidung» mit Kommentar von Prof. Graber, erschienen in *medialex* 1/2010), hob den Nichteintretensentscheid auf und wies die Sache zur materiellen Beurteilung an die UBI zurück. Mittels einer zweiten Eingabe (b.607) erhob der Präsident des VgT Beschwerde bei der UBI und beanstandete, dass keine Nachrichtensendung des Schweizer Fernsehens über den Entscheid der Grossen Kammer des EGMR vom 30. Juni 2009 berichtet hatte. In diesem Entscheid hatte der EGMR festgestellt, dass die Schweiz durch das anhaltende Verbot der Ausstrahlung eines Werbespots des VgT im Werbeteil des Schweizer Fernsehens die EMRK verletzt habe. Auch hier trat die UBI nicht auf die Beschwerde ein, wogegen der VgT ebenfalls ans Bundesgericht gelangte, welches die Beschwerde guthiess (2C_59/2010 – Zusammenfassung erschienen in *medialex* 3/2010) und die Sache zu materiellem Entscheid an die UBI zurückwies. In seinen Erwägungen wies das Bundesgericht darauf hin, dass die UBI das Verfahren b.607 «sinnvollerweise» im Zusammenhang mit dem Verfahren b.593 behandeln sollte, was sie folglich auch tat.

Die UBI führte zu Beginn ihrer Erwägungen aus, dass es sich vorliegend um eine Zugangsbeschwerde gemäss Art. 97 Abs. 2 Bst. b RTVG handle. Diese sei insofern atypisch, als der VgT nicht geltend mache, dass ein Gesuch zur Teilnahme an einer Sendung abgelehnt worden sei, sondern dass er seit Jahren durch das Schweizer Fernsehen systematisch boykottiert werde, indem dieses keine Informationen in Zusammenhang mit dem VgT ausstrahle. Folglich stehe bei der Prüfung der Rechtswidrigkeit der Zugangsverweigerung vorliegend im Zentrum, ob das Schweizer Fernsehen den VgT in verfassungs- und konventionswidriger Weise diskriminiert habe.

Die UBI analysierte in einem ersten Schritt, wie oft das Schweizer Fernsehen im beanstandeten Zeitraum von 1998 bis Mitte 2009 über den VgT berichtet hatte, und kam dabei zum Ergebnis, dass drei deutschsprachige Beiträge ausgestrahlt wurden, die den VgT thematisierten. Einer davon behandelte den grundlegenden und ersten Entscheid des EGMR i.S. VgT gegen die Schweiz vom 28. Juni 2001. In einem zweiten Schritt untersuchte die UBI, wie oft über andere Schweizer Tierschutzorganisationen berichtet wurde. Aus dieser Analyse resultierte, dass

einerseits über den Schweizerischen Tierschutz STS mehr berichtet wurde. Andererseits seien die Umweltorganisationen WWF und Greenpeace mehr im Programm erwähnt worden, jedoch nur zu einem kleinen Teil im Zusammenhang mit tierschutzrelevanten Aspekten. Über alle anderen in der Schweiz tätigen Tierschutzorganisationen sei im gleichen Zeitraum etwa gleich häufig wie über den VgT oder gar nicht berichtet worden. Da in deutschsprachigen Sendungen drei Mal über den VgT berichtet worden sei, könne nicht davon gesprochen werden, dass dieser systematisch boykottiert werde. Über andere Tierschutzorganisationen sei etwa im gleichen Ausmass oder sogar weniger berichtet worden. Einzig der Schweizerische Tierschutz STS sei deutlich häufiger genannt worden, was sich jedoch damit erklären lasse, dass es sich dabei um die älteste in der Schweiz tätige Tierschutzorganisation handle, die thematisch breit abgestützt und in der öffentlichen Diskussion eine breite Anerkennung geniesse. Aus diesen Gründen stelle die vergleichsweise häufige Nennung des STS keine Diskriminierung von anderen Tierschutzorganisationen dar. Generell habe die allgemeine Aufmerksamkeit und die Medienaufmerksamkeit für Tierschutz in der Schweiz abgenommen, der Ton sei sachlicher geworden und der anwaltschaftliche Fokus spiele keine herausragende Rolle mehr. Diese Abnahme stelle aber keine Diskriminierung dar, sondern habe ihre Ursache in Relevanzveränderungen in der Medienberichterstattung. Zudem habe die Berichterstattung von SF nicht dazu geführt, dass gewisse Tierschutzthemen wie Massentierhaltung und Tierversuche in erheblicher Weise vernachlässigt worden seien, wie die UBI anhand der Aufzählung von ausgestrahlten Beiträgen zu diesen Themen darlegt. Die unterlassene Berichterstattung über den Entscheid des EGMR vom 30. Juni 2009 vermochte die UBI zwar zu erstaunen. Gleichwohl stelle diese Nichterwähnung noch keine Diskriminierung dar, da im Rahmen der Zugangsbeschwerde nicht zu beurteilen sei, über welche Ereignisse Nachrichtensendungen im Einzelnen zu berichten hätten. Auch aus einer etwas unglücklichen Formulierung eines ehemaligen Chefredaktors könne nicht gefolgert werden, dass eine Weisung des Schweizer Fernsehens oder der Chefredaktion vorliege, den VgT zu boykottieren. Folglich kam die UBI zum Ergebnis, dass im vorgegebenen Zeitraum von 1998 bis Mitte 2009 keine Diskriminierung des VgT durch das Schweizer Fernsehen vorliege und die Beschwerde deshalb abzuweisen sei. Entgegen den Behauptungen des VgT seien Beiträge über ihn ausgestrahlt worden. Die vergleichsweise geringe Anzahl lasse sich durch sachliche Gründe wie die beschränkte Sendezeit, die Konkurrenzsituation unter Schweizerischen Tierschutzorganisationen und die sich verändernde Relevanz der Tätigkeit von Organisationen für die Medienberichterstattung erklären. Diesbezüglich sei zudem die verfassungsrechtlich gewährte Programmautonomie mit der freien Themenwahl angemessen zu berücksichtigen.

11-129

Beschwerde gegen Beiträge von Tele Züri zur Verhaftung von Carl Hirschmann von der UBI gutgeheissen

Menschenwürde; Sachgerechtigkeitsgebot; Unschuldsvermutung; Zurückhaltung bei Berichterstattungen über laufende Strafverfahren

Art. 4 Abs. 2, 4 Abs. 4, 89 Abs. 1, 97 Abs. 2 Bst. a RTVG

Entscheid der UBI vom 3. Dezember 2010 (b.616)

Die UBI hiess eine Beschwerde gegen zwei auf Tele Züri ausgestrahlte Berichte zu den Umständen, welche zur Verhaftung von Carl Hirschmann geführt hatten, gut, da in beiden Beiträgen das Sachgerechtigkeitsgebot verletzt wurde.

Der Fernsehsender Tele Züri strahlte in seiner Sendung «ZüriNews» den Beitrag «Schwere Vorwürfe» aus, in dem er die Verhaftung von Carl Hirschmann und die Vorwürfe gegen ihn wegen angeblicher sexueller Belästigungen thematisierte. Etwas mehr als einen Monat später berichtete er ebenfalls in den «ZüriNews» in einem Beitrag mit dem Titel «Druck» ein weiteres Mal über die Vorwürfe gegen Carl Hirschmann. Bezugnehmend auf den Beitrag «Schwere Vorwürfe» ging die Redaktion der Frage nach, ob der zwischenzeitliche Widerruf der damaligen Anschuldigungen aufgrund von Drohungen aus dem Umfeld von Carl Hirschmann erfolgt sei. Überdies wurde die Glaubwürdigkeit der Aussagen einer jungen Frau thematisiert, welche diese im ersten Beitrag zu dieser Thematik gemacht hatte. Carl Hirschmann erhob daraufhin gegen die beiden erwähnten Beiträge Beschwerde bei der UBI und machte eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots geltend. Zudem verlangte er, dass in sämtlichen mit der Sendung belieferten Archiven und in sämtlichen Medienberichterstattungen, in welchen Bezug auf die Sendung genommen wurde, ein Vermerk anzubringen sei, dass für ihn bis zur rechtskräftigen Verurteilung die Unschuldsvermutung gelte.

Die UBI hielt zu Beginn ihrer Erwägungen fest, dass auf das Begehren von Hirschmann, auf archivierten Sendungen und Berichten ein Hinweis auf die Unschuldsvermutung anzubringen, nicht einzutreten sei. Zuerst müsse im Rahmen des Beschwerdeverfahrens festgestellt werden, ob die beanstandeten Beiträge Bestimmungen über den Inhalt redaktioneller Sendungen verletzt hätten (Art. 97 Abs. 2 Bst. a RTVG). Dabei könnten nicht gleichzeitig Massnahmen verfügt werden, sondern die UBI könne erst nach einer festgestellten Rechtsverletzung in einem nachfolgenden Verfahren über die zu treffenden Vorkehrungen zur Vermeidung künftiger ähnlicher Verletzungen (Art. 89 Abs. 1 RTVG) die beantragten Massnahmen prüfen und einen entsprechenden Antrag an das Departement stellen.

Im weiteren Verlauf ihrer Erwägungen prüfte die UBI die beanstandeten Beiträge auf Vereinbarkeit mit dem Sachgerechtigkeitsgebot (Art. 4 Abs. 2 RTVG). Das Vielfaltsgebot (Art. 4 Abs. 4 RTVG) fand keine Anwendung, da Tele Züri über keine Konzession verfügt. In Bezug auf den ersten Beitrag, «Schwere Vorwürfe», war die UBI der Ansicht, dass dem Publikum der falsche Eindruck vermittelt werde, wonach Carl Hirschmann

aufgrund von sexuellen Übergriffen gegen mehrere Mädchen verhaftet worden sei. Dies habe zum Zeitpunkt der Ausstrahlung des Beitrages nicht der Sachlage entsprochen, da damals nicht bekannt war, warum Carl Hirschmann verhaftet wurde. Erst im Nachhinein sei publik geworden, dass die Verhaftung ausschliesslich wegen Körperverletzung erfolgt sei. Die Ermittlungen wegen den behaupteten sexuellen Übergriffen seien erst zu einem späteren Zeitpunkt aufgrund der Medienberichterstattung aufgenommen worden. Zudem seien in diesem Beitrag gemachte, umstrittene Aussagen für das Publikum nicht als solche erkennbar gewesen. Neben den nicht korrekt vermittelten Gründen der Verhaftung seien auch die gravierenden Anschuldigungen zweier junger Frauen gegen Carl Hirschmann unwidersprochen geblieben. Sein Standpunkt komme in keiner Weise zum Ausdruck. Ebenso habe man es unterlassen, zu erwähnen, aus welchen Gründen keine Stellungnahme von Hirschmann zu den diversen Anschuldigungen ausgestrahlt worden sei. Weiter habe es Tele Züri unterlassen, auf die geltende Unschuldsvermutung hinzuweisen, obwohl im Beitrag strafrechtlich gravierende Anschuldigungen von anonymisierten Personen im vermeintlichen Zusammenhang mit der Verhaftung von Carl Hirschmann erhoben wurden. Generell war die UBI der Ansicht, dass die Gestaltung des Beitrags geradezu in diametraler Weise der gebotenen Zurückhaltung bei der Berichterstattung über laufende Strafverfahren widerspreche. Besonders bedenklich sei diesbezüglich der letzte Teil des Beitrags, in dem nahegelegt werde, dass Frauen die Sucht von Carl Hirschmann seien. Dies werde durch einen Ausschnitt aus der Sendung «Talk Täglich» illustriert, wo Hirschmann eine diesbezügliche Frage des Moderators nicht verneine, sondern dazu nur verschmitzt lache. Der Beitrag ende anschliessend mit dem folgenden Satz des Off-Kommentators: «Seine Sucht ist dem millionenschweren Partykönig jetzt zum Verhängnis geworden. Aus dieser Situation hilft ihm kein Geld auf dieser Welt.» Dieser unzweideutige Kommentar der Redaktion stellt nach Ansicht der UBI eine eigentliche Vorverurteilung und damit einen krassen Verstoss gegen die Unschuldsvermutung dar. Den angeführten Zeitdruck in Nachrichtensendungen liess die UBI als Entschuldigung nicht gelten, da dieser in keiner Weise die Verletzungen elementarer Sorgfaltspflichten wie der Transparenz und der fairen Darstellung anderer Meinung rechtfertige. Aus diesen Gründen kam die UBI zum Schluss, dass durch den Beitrag «Schwere Vorwürfe» das Sachgerechtigkeitsgebot verletzt worden sei, da sich das Publikum weder zu den behandelten Themen im Einzelnen – Verhaftung des Beschwerdeführers, anonyme Anschuldigungen der jungen Frauen – noch zum Beitrag als Ganzes eine eigene Meinung bilden können. Eine Verletzung der gebotenen Achtung der Menschenwürde (Art. 4 Abs. 1 Satz 2 RTVG) lehnte die UBI hingegen ab, da Tele Züri nicht vorgeworfen werden könne, Archivaufnahmen vom mediengewandten Carl Hirschmann ausgestrahlt zu haben, da seine Bekanntheit auch auf Auftritten in den Medien beruhe und die Aufnahmen und Ausschnitte nicht dazu gedient hätten, ihn blosszustellen oder lächerlich zu machen.

Die UBI prüfte danach den zweiten beanstandeten Beitrag, «Druck», der sich damit befasste, ob der Widerruf der Vorwürfe einer jungen Frau auf Druck von Hirschmann oder seines Umfelds erfolgt sei, auf Vereinbarkeit mit dem Sachgerechtigkeitsgebot. Im Gegensatz zum ersten behandel-

ten Beitrag enthalte dieser Bericht zwar eine Stellungnahme des Medienbeauftragten von Hirschmann. Die Redaktion habe es aber auch hier unterlassen, explizit zu erwähnen, dass Carl Hirschmann die erhobenen Vorwürfe als falsch erachte. Dies wäre nach Ansicht der UBI jedoch zwingend notwendig gewesen, um die freie Meinungsbildung zu gewährleisten, da die von einer jungen Frau anonym erhobenen Vorwürfe aus dem Beitrag «Schwere Vorwürfe» im vorliegenden Beitrag noch einmal ausgestrahlt wurden. Zudem übernehme Tele Züri in diesem Bericht die Rolle der Ermittlungsbehörden und prüfe die Glaubwürdigkeit von strafrechtlich gravierenden Anschuldigungen, wobei die Beurteilung allerdings in parteiischer Weise erfolge. Diese Vorgehensweise diene nach Meinung der UBI offensichtlich dazu, die erhobenen Anschuldigungen der anonymen jungen Frau im ersten Beitrag, «Schwere Vorwürfe», zu rechtfertigen. Dieser tendenziöse Charakter sei für das Publikum allerdings nicht ohne Weiteres erkennbar gewesen, da der Grossteil der Zuschauer wohl kein detailliertes Vorwissen über die verschiedenen thematisierten Sachverhalte hatte. Zudem habe es die Redaktion unterlassen, über die strafrechtlichen Ermittlungen und Verfahren gegen die junge Frau aufgrund der gemachten Anschuldigungen zu informieren, obwohl es sich dabei um wesentliche Fakten im Rahmen der behandelten Themen gehandelt habe. Auch die Unschuldsvermutung sei nicht zum Ausdruck gekommen. Aufgrund der fehlenden Darstellung von wesentlichen Fakten, der ungenügenden Erwähnung des Standpunktes von Carl Hirschmann und des tendenziösen Charakters des Beitrages sei es dem Publikum nicht möglich gewesen, sich eine eigene Meinung zur Relevanz der geäusserten anonymen Anschuldigungen der jungen Frau zu bilden, weshalb die UBI auch beim zweiten Bericht eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots konstatierte und die Beschwerde folglich guthiess.

1.7 Weitere verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragen

11-130

Ungenügender Schutz eines irrtümlich angeschossenen eingebetteten Journalisten

Embedded Journalist; Polizei; Putativnotwehr; Recht auf Leben; Schusswaffeneinsatz; staatliche Schutzpflicht; ungenügende Kommunikation

Art. 2 EMRK

Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (2. Kammer) vom 14. Juni 2011 (N° 30812/07 «Trévalec c. Belgien»)

Der Journalist Yves Trévalec erhielt von der Polizei in Lüttich die Erlaubnis, für einen Beitrag im französischen Fernsehen die Arbeit einer Spezialeinheit («peloton anti banditisme») zu begleiten. Während eines nächtlichen Einsatzes am 12. Januar 2003 gegen vermeintlich bewaffnete Mitglieder einer Jugendbande geriet Trévalec in die Schusslinie einer anderen Polizeieinheit und erlitt eine ernsthafte Verletzung am Bein. Zwei Polizisten hatten die Filmkamera des Journalisten in der Hitze des Gefechts mit einer Waffe verwechselt und in vermeintlicher Notwehr sieben Schüsse auf ihn abgefeuert.

Zwar hatte die Polizei dem Journalisten und seinem Kollegen kugelsichere Westen abgegeben und mit ihnen eine Besprechung durchgeführt. Die Untersuchung des Vorfalls ergab aber, dass die anderen am Einsatz beteiligten Polizeieinheiten nicht im Detail im Bild waren, wann und wo das Filmteam die fragliche Einheit begleiten würde. Sie wussten lediglich, dass eine TV-Equipe einen Dokumentarfilm über die Spezialeinheit drehte, waren aber nicht per Funk über Einzelheiten orientiert worden. Der Gerichtshof räumt ein, dass der Journalist um die bei einem Einsatz gegen gefährliche Personen bestehende Gefahr wissen musste und sich höchstwahrscheinlich nicht genügend vorsichtig verhalten hatte. Nach einstimmiger Ansicht des EGMR änderte dies aber nichts daran, dass die belgischen Behörden durch die Zulassung des Journalisten die Verantwortung für seine Sicherheit übernommen hatten. Diese Verantwortung hatten sie bezüglich der Orientierung anderer Polizeieinheiten nicht ausreichend wahrgenommen und damit ihre menschenrechtliche Pflicht zum Schutz seines Rechts auf Leben (Art. 2 EMRK) missachtet.

11-131

Genugtuung für vorverurteilende Äusserungen an Medienkonferenz

Behördenäusserung; Genugtuung; Medienkonferenz; Terrorismusvorwurf; Unschuldsvermutung; Vorverurteilung

Art. 6 Abs. 2 EMRK

Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (3. Kammer) vom 28. Juni 2011 (N° 28834/08 «Lizaso Azconobieta c. Spanien»)

Drei Tage nach seiner Verhaftung wurde José Francisco Lizaso Azconobieta an einer behördlichen Medienkonferenz im Mai 1994 auf Nachfrage von Journalisten unter voller Namensnennung als Mitglied des Kommandos der Terroristenorganisation E.T.A. und sinngemäss als Verantwortlicher für drei Attentate bezeichnet. Die Äusserungen des Gouverneurs wurden im Fernsehen wiedergegeben. Tags darauf setzte ein Richter Lizaso Azconobieta auf freien Fuss. Er wurde nicht angeklagt.

Wegen der ehrverletzenden Äusserungen an der Medienkonferenz verurteilte ein unterinstanzliches Zivilgericht den Gouverneur 1998 zur Bezahlung einer Genugtuungssumme von rund 30 000 Euro. Dieses Urteil wurde aber 2004 aufgehoben.

Die nicht genügend nuancierten Ausführungen an der Medienkonferenz missachteten nach einstimmiger Ansicht des Gerichtshofs die Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK). Der EGMR betonte, zum Zeitpunkt der Medienkonferenz sei der Verhaftete noch nicht einmal dem Richter vorgeführt worden. Dies hätte aber besondere Zurückhaltung bei den behördlichen Formulierungen geboten, welche der Gouverneur vermissen liess.

«43. Prises dans leur ensemble, les déclarations du gouverneur civil, dans la mesure où elles reflètent une appréciation préalable des charges pouvant être retenues contre le requérant et fournissent à la presse l'identification de ce dernier, ne se concilient pas avec le respect de la présomption d'innocence. La conférence de presse ainsi réalisée, d'une part, incitait le public à croire en la culpabilité du requérant et, de l'autre, préjugait de l'appréciation des faits par les juges compétents.»

Der Gerichtshof verurteilte Spanien zur Bezahlung einer Genugtuung von 12 000 Euro an Lizaso Azconobieta.

11-132

Bundesgericht heisst Beschwerde wegen unklarem Urteilsdispositiv teilweise gut

Unabhängige Rechtsmittelinstanz; unsubstanzierte Weisung; Verjährung; Verletzung des rechtlichen Gehörs

Art. 30 BV; Art. 12 lit. a, 19 Abs. 1 BGFA; § 10 des Luzerner Anwaltsgesetzes

Urteil des Bundesgerichts vom 24. Mai 2011 (2C_665/2010)

Das Bundesgericht hiess die Beschwerde eines Anwalts gegen die Anweisung der Aufsichtsbehörde, auf seiner Website publizierte unsachliche und beleidigende Äusserungen gegen Gerichte und Behörden zu entfernen, teilweise gut, da aus den Anweisungen nicht klar hervorging, welche Namen zu löschen waren.

Der im Anwaltsregister des Kantons Luzern eingetragene X. publizierte und kommentierte auf einer Website angebliche Fehlleistungen und Fehlerurteile verschiedener Gerichte und Behörden als Beispiele für den «Missstand der Justiz in der Schweiz». Die Aufsichtsbehörde über Anwältinnen und Anwälte des Kantons Luzern disziplinierte ihn mit einer Busse von 5000 Fr. mit der Begründung, dass er auf der erwähnten Website unsachliche Kritik an Behörden, Parteien, Anwaltskollegen und Richtern geübt habe. Auf Beschwerde hin hob das Obergericht diesen Entscheid wegen einer Verletzung des rechtlichen Gehörs auf und wies die Sache an die Aufsichtsbehörde zurück. Diese büsste X. in einem neuen Entscheid wegen Verletzung von Berufsregeln mit einer «Disziplinarstrafe» von 4000 Fr. und verpflichtete ihn, «sämtliche Namen von angegriffenen Mitgliedern aus Verwaltung und Justiz» von der Website zu entfernen. Da das beim Obergericht erhobene Rechtsmittel gegen diesen Entscheid erfolglos blieb, reichte X. beim Bundesgericht Beschwerde ein.

Das Bundesgericht hatte sich in seinen Erwägungen mit vielen verschiedenen Rügen von X. auseinanderzusetzen. X. machte zuerst geltend, dass das Obergericht keine unabhängige Rechtsmittelinstanz sei, weil sie gleichzeitig Wahlgremium der Aufsichtsbehörde sei und Obergericht in der Aufsichtsbehörde Einsitz nehmen würden. Das Bundesgericht lehnte diese Rüge mit einem Verweis auf das Bundesgerichtsurteil 2A.295/2003 ab, in dem es in einer vergleichbaren Konstellation die Unabhängigkeit des Obergerichts des Kantons Zürich als Rechtsmittelinstanz festgelegt hatte. Auch die Geltendmachung einer Verletzung des rechtlichen Gehörs, welche von X. in verschiedener Weise begründet wurde, wies das Bundesgericht zurück. Ebenso kam es entgegen der Ansicht von X. zum Schluss, dass das Obergericht richtig besetzt war und deshalb keine Verletzung von Art. 30 BV vorgelegen habe. Weiter rügte X., dass die disziplinarische Ahndung der ihm vorgeworfenen Berufspflichtverletzung gemäss Art. 19 Abs. 1 BGFA verjährt sei. Das Bundesgericht sah jedoch keinen Anlass, vom klaren Wortlaut von Art. 19 Abs. 1 BGFA abzuweichen, und nahm deshalb den Zeitpunkt der tatsächlichen Kenntnis der Aufsichtsbehörde vom beanstandeten Vorfall als Beginn der Verjährungsfrist an. Aus diesem Grund gingen die diversen in diesem

Zusammenhang erhobenen Rügen von X. fehl. Dieser machte weiter eine «Fehlanwendung» von Art. 12 lit. a BGFA geltend, da die interessierende Website nichts mit seiner Anwaltstätigkeit zu tun habe und er insbesondere nicht für «angeblich angegriffen-kritische» Artikel, welche zudem teilweise von anderen Personen geschrieben worden seien, disziplinarrechtlich verantwortlich gemacht werden könne. Das Bundesgericht kam zum gegenteiligen Schluss, dass ein hinreichender Bezug zu seiner Stellung als Anwalt gegeben sei, da es sich bei den Beiträgen auf der Website nicht um eine von seiner anwaltschaftlichen Tätigkeit losgelöste Aktivität handle. Er habe die erwähnte Website dazu benutzt, «(...) seine Meinung zu bestimmten Gerichtsverfahren, an denen er als Anwalt beteiligt war, zu äussern». Dabei habe er mit den Gerichten, Behörden und ihren Mitgliedern in unsachlicher bzw. beleidigender Weise abgerechnet. Auch die beantragte Reduzierung der Busse wurde vom Bundesgericht nicht vollzogen, da es sich Zurückhaltung auferlegt, wenn es um anzuordnende Massnahmen geht und sich vorliegend die Höhe der Busse nicht als klar unverhältnismässig erwies. Soweit X. rügte, die Aufsichtsbehörde sei nicht kompetent, ihm die Weisung zur Entfernung von Namen aus der interessierenden Website zu erteilen, widersprach ihm das Bundesgericht: Einerseits handle es sich vorliegend nicht um eine Beseitigung einer Persönlichkeitsverletzung, sondern um das öffentliche Interesse an der Wahrung des Vertrauens in die Verwaltung und Rechtspflege. Andererseits diene die Massnahme nicht dazu, X. zu disziplinieren, sondern dazu, den rechtskonformen Zustand wiederherzustellen, weshalb das eidgenössische Anwaltsgesetz der auf § 10 des Luzerner Anwaltsgesetzes gestützten Weisung nicht entgegenstehe. Insofern X. allerdings geltend machte, dass die Weisung unsubstanziert sei, da nicht klar sei, welche Namen gemäss der Weisung zu löschen seien, wurde er vom Bundesgericht bestätigt. Dieses befand entgegen der Auffassung des Obergerichts, dass weder aus der Weisung als solcher noch aus den Ausführungen der Vorinstanzen genügend klar hervorgehe, welche Namen bzw. Passagen gelöscht werden sollen. Nach ihrem Wortlaut wären auch die Namen von Personen zu entfernen, an denen bloss sachliche Kritik geäussert wurde, was mit Blick auf die Meinungsäusserungsfreiheit unzulässig wäre. Deshalb hiess das Bundesgericht die Beschwerde in diesem Punkt gut und wies die Angelegenheit mit der Anweisung an das Obergericht zurück, es müsse klar festgelegt werden, welche Namen bzw. Passagen zu entfernen seien. Im Übrigen wurde die Beschwerde abgewiesen, soweit das Bundesgericht darauf eintrat.

3. Strafrecht

3.3 Rechtsgüter der Allgemeinheit

11-133

Bundesgericht anerkennt Besitz an Daten im Cache-Speicher

Begrenzte zeitliche Sachherrschaft; Besitz; harte Pornografie; Herrschaftsmacht

Art. 197 Ziff. 3^{bis} StGB

Urteil des Bundesgerichts vom 12. Mai 2011 (6B_744/2010)

Das Bundesgericht anerkannte im Widerspruch zu seiner bisherigen Praxis den Besitz des Computerbenutzers an Daten im temporären Internetspeicher, sofern der User um die automatische Speicherung weiss und die Dateien nach der Internetsitzung nicht löscht.

Bei X. wurden im temporären Internetspeicher etwa vierzig elektronische Daten gefunden, welche unter anderem sexuelle Handlungen mit Tieren zeigten. Deswegen wurde er vom Kreisgericht wegen Pornografie verurteilt. Das Obergericht sprach ihn im Berufungsverfahren vom Vorwurf der Pornografie in Bezug auf die im temporären Internetspeicher befindlichen Daten frei, weshalb der Generalprokurator mittels einer Beschwerde in Strafsachen vors Bundesgericht gelangte.

Das Bundesgericht erläuterte zuerst seine bisherige Praxis, nach der es bis anhin den Besitz des durchschnittlichen Benutzers an Daten im temporären Internetspeicher grundsätzlich verneint hatte. Es war der Ansicht, dass den Usern zwar faktisch die Herrschaftsmacht über die Cache-Dateien ihrer Computer zukomme. Hingegen fehle es am Herrschaftswillen, unabhängig davon, ob die User über die technische Funktionsweise des Cache-Speichers Bescheid wüssten. Die bisherige Rechtsprechung und Literatur habe gezeigt, so das Bundesgericht weiter, dass die Abgrenzung zwischen straflosem Konsum und strafbarem Besitz von harter Pornografie insbesondere bei elektronisch gespeicherten Daten Schwierigkeiten bereite. Deshalb sei diese bisherige Praxis im Folgenden zu überprüfen. Das Bundesgericht führte aus, dass der Computerbenutzer hinsichtlich der Daten im Cache-Speicher aus objektiver Sicht über die Herrschaftsmacht verfüge, da ihm auf der Festplatte eine Kopie der im Internet besuchten Seiten zur Verfügung stehe. Dabei blieben die Cache-Dateien für eine gewisse Zeitdauer gespeichert, bis sie automatisch überschrieben oder manuell gelöscht werden. Nach Meinung des Bundesgerichts spricht diese begrenzte zeitliche Sachherrschaft nicht gegen den Besitz, zumal die Daten selbst nach dem Überschreiben oder Löschen mittels handelsüblicher Software in vielen Fällen wiederhergestellt werden können. Insoweit kam das Bundesgericht zum Ergebnis, dass die Auffassung, wonach die Vergänglichkeit der Cache-Dateien gegen Besitz spreche, jedenfalls bei Benutzern, die über entsprechende Kenntnis verfügen, nach dem heutigen Stand der Technik zu relativieren sei. Im Folgenden prüfte das Bundesgericht den subjektiven Tatbestand. Es vertrat die Ansicht, dass bezüglich der Bejahung des subjektiven Tatbestan-

des bei pornografischen Dateien im Cache-Speicher Zurückhaltung geboten sei. Ein ungeübter Computerbenutzer, der von der Existenz des Cache-Speichers und den darin enthaltenen Daten nichts wisse, entfalle als Täter nach Art. 197 Ziff. 3bis StGB. Ob er von den Daten Kenntnis habe, sei nach den konkreten Umständen des Einzelfalles zu entscheiden, wobei sich Hinweise darauf beispielsweise aus der Änderung der automatischen Interneteinstellungen, dem Vorhandensein von Programmen wie Cache-Viewer bzw. Cache-Reader, der manuellen Löschung des Cache-Speichers, dem Nachweis eines Offline-Zugriffs oder der allgemeinen Fachkenntnis im Zusammenhang mit Computer und Internet ergeben würden. Allgemein hielt das Bundesgericht fest, dass wer um die automatische Speicherung der strafbaren pornografischen Daten wisse und diese im Nachgang an eine Internetsitzung nicht lösche, dadurch seinen Besitzwillen manifestiere, selbst wenn er nicht mehr darauf zugreife. Das bewusste Belassen von verbotenen pornografischen Daten im Cache falle somit unter den Tatbestand des Besitzens nach Art. 197 Ziff. 3bis StGB, weshalb an der bisherigen Rechtsprechung nicht festgehalten werden könne. Da für die Beurteilung des konkreten Falles die nötigen Sachverhaltsfeststellungen fehlten, hiess das Bundesgericht die Beschwerde gut und wies die Sache zur neuen Entscheidung an das Obergericht zurück.

4. Privatrecht

4.1 Persönlichkeitsschutz (ZGB/UWG) und Datenschutz

11-134

Bundesgericht beurteilt Zeitungsartikel über Bank als persönlichkeitsverletzend

Informationsauftrag der Presse; Persönlichkeitsverletzung; Pressefreiheit; vorsorgliche Massnahme Art. 17 Abs. 2 BV; Art. 28c ZGB

Urteil des Bundesgerichts vom 16. Dezember 2010 (5A_92/2010)

In der Januar-Ausgabe 2004 der Zeitung «L'inchiesta» erschien ein Artikel mit der Überschrift «BSI: Gefährliche Streitigkeiten», begleitet vom Untertitel «Die Luganer Bank hat Prozesse über exorbitante Summen am laufen. Ein Ökonomie-Professor warnt vor dem Risiko eines Zusammenbruches und verlangt eine Intervention der Behörden.» Kurz gesagt, wurde im Artikel die Bank als schlecht geführt und unsicherer Ort für Ersparnisse dargestellt. Es wurden fünf hängige Zivilverfahren erwähnt mit einem Streitwert von über einer Milliarde Fr., die geeignet seien, die Bank in existenzielle Schwierigkeiten zu stürzen. Weiter wurden die Geschäftstätigkeit der Bank in Verbindung gebracht mit den Kriminalfällen «Pizza connection» und «mani pulite». Mit der Wiedergabe von Auszügen aus der Antwort des Bundesrates auf die Anfrage von Nationalrat Jean

Spielmann wurden kritische Ansichten gegenüber einem ehemaligen Mitglied der Eidg. Bankenkommission und dem Sekretär einer Schweizer Vereinigung für Anlegerschutz aufgegriffen.

Als superprovisorische Massnahme erwirkte die BSI AG am 31. Dezember 2003 ein Verbot der Publikation dieser Ausgabe sowie die Sperrung der Website dieser Zeitschrift. Am 17. Februar 2004 erwirkte die BSI AG mit superprovisorischer Verfügung gegenüber der Herausgeberin der Zeitschrift und dem Chefredaktor ein Verbot, neue Artikel zu verbreiten oder im Internet zur Verfügung zu stellen, die mit dem eben genannten Artikel in Bezug stehen. In der März-Ausgabe dieser Zeitschrift erschien eine unsignierte Kurzmeldung sowie ein Feld mit dem Titel «verboten über ... zu schreiben», in welchem auf die vorsorgliche Massnahmen Bezug genommen wurde. Im Mai 2004 veröffentlichte die Zeitschrift «L'inchiesta» einen Artikel mit dem Titel «Geheimnisvolle Vorladungen aus Libyen».

In seinen Erwägungen (Nr. 6) zum hier interessierenden Thema des Persönlichkeitsschutzes rief das Bundesgericht zunächst einmal in Erinnerung, dass erstens der Informationsauftrag der Presse kein absoluter Rechtfertigungsgrund ist und zweitens die Publikation unwahrer, persönlichkeitsverletzender Nachrichten per se rechtswidrig ist. Ein überwiegendes Interesse für die Verbreitung derartiger Nachrichten kann nur in Ausnahmefällen vorliegen; beispielsweise dann, wenn kommentarlos über eine Pressemitteilung der Polizei berichtet wird, wobei die Quelle angegeben werden muss. Allerdings führt nicht jede journalistische Ungenauigkeit dazu, dass eine Nachricht in ihrer Gesamtheit betrachtet unwahr ist. Ein Artikel ist dann geeignet, die Persönlichkeit einer betroffenen Person zu verletzen, wenn wesentliche Punkte des Inhalts unwahr sind und als Folge davon ein offenkundig falsches Bild dieser Person vermittelt wird, sodass ihr Ansehen in den Augen Dritter empfindlich herabgesetzt wird (im Vergleich mit dem tatsächlichen Sachverhalt). Werturteile sind hingegen zulässig, solange sie aufgrund des ihnen zugrundeliegenden Sachverhalts als vertretbar erscheinen. Sofern sie aber die Richtigkeit einer unwahren Tatsachendarstellung suggerieren (gemischtes Werturteil) oder unnötig herabsetzend sind, verletzen auch sie die Persönlichkeit. Beurteilt werden das Vorliegen und die Schwere einer Persönlichkeitsverletzung aufgrund des Gesamteindrucks, welcher der Artikel erweckt, wobei auf den Wahrnehmungshorizont eines Durchschnittslesers abgestellt werden muss.

Sofern vorsorgliche Massnahmen gegen eine drohende Persönlichkeitsverletzung ergriffen werden sollen, kann das Gericht aus dem Verhalten des Beklagten auf das Vorliegen einer solchen Gefahr schliessen. Dies ist vor allem dann möglich, wenn der Beklagte bereits einen derartigen Eingriff in die Persönlichkeit vorgenommen hat und damit droht, ihn zu wiederholen, oder dessen Widerrechtlichkeit bestreitet. Besondere Aufmerksamkeit widmete das Bundesgericht dem Aspekt des Bevorstehens der drohenden Persönlichkeitsverletzung.

Das Bundesgericht schloss sich der Erwägung der Vorinstanz an, wonach der Artikel einen grundlosen Angriff auf die Persönlichkeit der BSI darstellte, der nicht durch die Pressefreiheit gerechtfertigt werde. Es befand, dass aufgrund der Intention seitens der Beschwerdeführer, weitere Artikel zu veröffentlichen, die auf derselben irreführenden Prämisse beruhen, die Gefahr einer weiteren Verbreitung persönlichkeitsschädigen-

der Behauptungen via Presse dem normalen Lauf der Dinge entspricht. Die Befürchtungen der BSI, sich nochmals mit Berichten konfrontiert zu sehen, die ihre Persönlichkeit schädigen könnten, erschien nach Auffassung des Bundesgerichts daher gerechtfertigt, womit die Voraussetzungen für eine vorsorgliche Massnahme gegeben waren.

Bemerkenswert ist zudem, dass die Beschwerdeführer vom Bundesgericht die Feststellung verlangten, dass die vorsorgliche Massnahme vom 17. Februar 2004 gegen Art. 17 Abs. 2 BV sowie gegen Art. 28c ZGB versties. Das Bundesgericht hielt diesem Begehren entgegen, dass den Beschwerdeführern ein rechtlich geschütztes Interesse an einer solchen Feststellung fehle, da die Vorinstanz ihrem Begehren auf Aufhebung der vorsorglichen Massnahme stattgegeben hatte.

5. Urheberrecht

5.2 Verwertungsrecht

11-135

Anschein einer Befangenheit der ehemaligen ESchK-Präsidentin: Bundesverwaltungsgericht hebt Genehmigung des GT 4e auf

Ausstandsbegehren; Befangenheit; Beschwerdelegitimation

Art. 10 Abs. 1 Bst. d, 48 Abs. 1 Bst. c VwVG; Art. 16 Abs. 3 URV

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. April 2011 (B-4632/2010)

Das Bundesverwaltungsgericht hiess eine Beschwerde gegen die Genehmigung des «Gemeinsamen Tarifs 4e» durch die ESchK gut, da Anhaltspunkte in Bezug auf die damalige ESchK-Präsidentin bestanden, die den Anschein der Befangenheit gemäss Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG erweckten.

Die ESchK genehmigte am 18. März 2010 den «Gemeinsamen Tarif 4e» (GT 4e) betreffend die Vergütung auf digitalen Speichern in Mobiltelefonen, die zum privaten Überspielen verwendet werden. Die Genehmigung schloss eine Änderung der Gültigkeitsdauer und eine Senkung der geschuldeten Vergütung pro Einheit an Speicherkapazität ein. SWICO (Schweizerischer Wirtschaftsverband der Informations- Kommunikations- und Organisationstechnik), Samsung Electronic Austria GmbH, Swisstream und Swisscom erhoben gegen diesen Beschluss Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht und machten vornehmlich das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage für den Tarif und dessen Unangemessenheit geltend. In einer Replik machten die Beschwerdeführer weiter geltend, Frau X., die während des erstinstanzlichen Verfahrens als Präsidentin der ESchK amtierte, sei bei der Begründung des Entscheids vom 18. März 2010 befangen gewesen und hätte somit in den Ausstand treten müssen. Daher sei der angefochtene Entscheid bereits aus formellen Gründen aufzuheben.

Das Bundesgericht prüfte in einem ersten Schritt die Beschwerdelegitimation der vier Parteien. Dabei kam es zum Ergebnis, dass Samsung und Swisscom das schutzwürdige Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung im Sinne von Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG abzusprechen sei. Deshalb trat es aufgrund der fehlenden Beschwerdelegitimation nicht auf deren Beschwerden ein. Die Beschwerdelegitimation von SWICO und Swisstream wurde hingegen anerkannt, weshalb das Bundesgericht auf die Beschwerden dieser beiden Beschwerdeführer eintrat.

In einem zweiten Schritt prüfte das Bundesverwaltungsgericht eine Verletzung der Ausstandspflicht durch Frau X. Zuerst untersuchte es, ob das Ausstandsbegehren zu jenem Zeitpunkt, in dem es gestellt wurde, noch zulässig war. Es vertrat dabei die Ansicht, vorliegend sei es nicht unzulässig gewesen, das Ausstandsbegehren erst im Beschwerdeverfahren zu stellen, da den Beschwerdeführern der Wechsel von Frau X. ins Präsidentsamt der Swisstream im Verlaufe des erstinstanzlichen Verfahrens noch nicht bekannt gewesen sei. Da in der Beschwerde bereits die Aufhebung des angefochtenen Entscheids verlangt worden sei, könne in den in der Replik geltend gemachten Ausstandsgründen auch keine unzulässige Erweiterung des Streitgegenstands gesehen werden. Somit verstosse die Geltendmachung der Ausstandsgründe nicht gegen Treu und Glauben und sei folglich nicht unzulässig verspätet. Ebenso vertrat das Bundesverwaltungsgericht die Auffassung, dass die möglichen Ausstandsgründe gegen Frau X. genügend substantiiert seien. Gemäss den Akten sei davon auszugehen, dass Frau X. spätestens ab dem 14. oder 15. April 2010 darüber informiert war, dass sie vom Vorstand der Swisstream zur Wahl als Präsidentin vorgeschlagen werden würde. Sie habe aufgrund der zweimaligen Anfrage und der gesamten Vorgeschichte davon ausgehen können, dass sie von der Delegiertenversammlung der Swisstream auch tatsächlich zur Präsidentin gewählt werden würde, auch wenn sie bis zur Wahl am 17. Juni 2010 diesbezüglich keine Gewissheit gehabt habe. Da die Zustellung des schriftlichen Entscheids der ESchK erst am 26. Mai 2010 erfolgte und dieses Datum für den Beginn der Rechtsmittelfrist massgeblich sei (Art. 16 Abs. 3 URV), habe Frau X. auch nach dem 14./15. April 2010 die Möglichkeit gehabt, Einfluss auf das Verfahren zu nehmen. Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts hätte Frau X. somit ab dem 14./15. April 2010 bis zur Erledigung des erstinstanzlichen Verfahrens den beteiligten Kommissionsmitgliedern offenlegen müssen, dass sie aufgrund ihrer Zusage in den Anschein eines Interessenkonflikts geraten sei oder geraten könnte. Da sie dies unterliess, kam das Bundesverwaltungsgericht zum Ergebnis, dass die vorliegenden Gründe ausreichen würden, um objektiven Zweifel an der Unbefangenheit von Frau X. aufkommen zu lassen. Es bejahte deswegen den Anschein einer Befangenheit und sah den Tatbestand des Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG als erfüllt an. Da der vorliegende Mangel durch das Bundesverwaltungsgericht nicht geheilt werden konnte, hob es den angefochtenen Beschluss auf und wies ihn zur neuerlichen Beurteilung an die Vorinstanz zurück.

6. Wettbewerbsrecht

6.2 Weitere wettbewerbsrechtliche Fragen

11-136

SWITCH hat Tochtergesellschaft gegenüber anderen Wholesale-Partnern bevorzugt

Aufsichtsverfahren; Diskriminierungsverbot; Transparenzgebot; unrechtmässige Wettbewerbsvorteile

Art. 13a Abs. 1 AEFV

Verfügung des BAKOM vom 11. April 2011

Das BAKOM kam anlässlich eines Aufsichtsverfahrens zum Ergebnis, dass SWITCH ihrer Tochtergesellschaft switchplus ag ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteile verschafft und dadurch die anderen Wholesale-Partnerinnen diskriminiert hat.

Die Stiftung SWITCH, welche die Top-Level-Domain «.ch» verwaltet, gründete unter der Firma switchplus ag eine Tochtergesellschaft. Diese sollte zu Beginn die Registrierung von Domain-Namen anbieten und später Dienstleistungen wie E-Mail und Webhosting erbringen. Aufgrund einer Aufsichtsbeschwerde von elf Firmen eröffnete das BAKOM ein Aufsichtsverfahren gegen SWITCH. Zur Begründung führte es aus, es bestünden verschiedene Anhaltspunkte, dass SWITCH als Registerbetreiberin für die Domain «.ch» ihrer Tochtergesellschaft switchplus ag ungerechtfertigte Vorteile verschaffe, die zu einer Diskriminierung der anderen Wholesale-Partnerinnen führten.

Zu Beginn seiner Erwägungen hielt das BAKOM fest, dass SWITCH bei ihrer Tätigkeit als Registerbetreiberin die Grundsätze rechtstaatlichen Handelns zu beachten habe, insbesondere auch die im Fernmelderecht explizit genannten Prinzipien der Transparenz und Nichtdiskriminierung (Art. 13a Abs. 1 AEFV). Diese Grundsätze würden insbesondere bei den Rechtsbeziehungen zwischen SWITCH und ihren Wholesale-Partnerinnen, zu denen auch die switchplus ag gehöre, gelten. Das Gleichbehandlungsgebot, so das BAKOM weiter, verpflichte SWITCH, allen Partnerinnen das gleiche Wholesale-Angebot zu gleichen Preisen und Geschäftsbedingungen anzubieten und darauf zu achten, keiner Partnerin unrechtmässige Wettbewerbsvorteile zu verschaffen.

Konkret prüfte das BAKOM, ob die switchplus ag unrechtmässige Wettbewerbsvorteile gegenüber ihren Wholesale-Konkurrentinnen erlangt hat, die zu Wettbewerbsverzerrungen führen könnten. Bezüglich eines ersten Prüfungspunkts war das BAKOM der Ansicht, dass SWITCH bei ihrer Tochtergesellschaft weniger strenge Voraussetzungen verlangt habe, um den Status als Wholesale-Partnerin zu erhalten, womit die anderen Partner diskriminiert worden seien. Um Wholesale-Partner von SWITCH zu werden, müsse ein Unternehmen bei Abschluss des Partnervertrags in der Datenbank von SWITCH für mindestens 1 000 Domain-Namen als Rechnungskontakt für Dritte

eingetragen sein. Bei switchplus ag seien knapp 80% der registrierten Domain-Namen direkt von SWITCH oder auf den Namen von deren Mitarbeitenden registriert worden, weshalb es offensichtlich sei, dass die switchplus ag von SWITCH profitiert habe, um über mindestens 1000 verwaltete Domain-Namen zu verfügen. Dadurch habe die switchplus ag erhebliche Kosten für Werbung und Kundenakquisition einsparen können, was ihr gegenüber Mitkonkurrentinnen einen Wettbewerbsvorteil verschafft habe. Das BAKOM verzichtete jedoch auf die Anordnung von Aufsichtsmaßnahmen, da davon ausgegangen werden könne, dass switchplus ag seit ihrer Gründung durch eigene Geschäftstätigkeit mindestens 1000 Domain-Namen registrieren konnte, weshalb die ursprüngliche Ungleichbehandlung dahingefallen sei. In einem zweiten Prüfungspunkt kam das BAKOM zum Ergebnis, dass SWITCH durch die entgeltliche Überlassung ihrer Registrar-Software ihrem Tochterunternehmen eine unabdingbare Infrastruktur zur Verfügung stellte, die anderen Partnern nicht oder zumindest nicht zu diesen Bedingungen zur Verfügung steht. Somit bestehe diesbezüglich eine Ungleichbehandlung zwischen der switchplus ag und anderen Partnern, die nicht zu rechtfertigen sei und eine Diskriminierung darstelle. SWITCH sei deshalb zu verpflichten, anderen Partnern dieselben Leistungen anzubieten, wie sie der switchplus ag hinsichtlich der Registrar-Software zukomme. In einem dritten Prüfungspunkt hielt das BAKOM fest, dass mit den von SWITCH eingereichten Unterlagen zur gegenseitigen Verrechnung von internen Leistungen nicht überprüft werden könne, welche Leistungen tatsächlich ausgetauscht und zu welchen Preisen sie verrechnet wurden. SWITCH sei deshalb zu verpflichten, sämtliche mit ihren Leistungen an die switchplus ag verbundenen Kosten sachgerecht und in einer getrennten Kostenrechnung gegenüber dem BAKOM auszuweisen. Unter einem vierten Prüfungspunkt hielt das BAKOM schliesslich fest, dass die switchplus ag nach wie vor mit dem Bekanntheitsgrad von SWITCH beworben werde und für die potenziellen Kunden nicht erkennbar sei, dass es sich um unterschiedliche Unternehmen handle. SWITCH habe deshalb in Zukunft dafür zu sorgen, dass die switchplus ag nicht mit der Marke SWITCH oder mit Hinweisen auf die unternehmerische Nähe zu SWITCH werbend auftritt, sofern anderen Partnern ein vergleichbarer werbender Auftritt nicht möglich sei. Zudem müsse die Tätigkeit der beiden Unternehmen so dargestellt werden, dass für jedermann mit durchschnittlicher Auffassungsgabe ohne Weiteres erkennbar sei, dass es sich um zwei selbstständig auftretende Unternehmen mit unterschiedlichem Tätigkeitsbereich handle.

8. Ethik/Selbstregulierung

8.1 Ethik des Journalismus

11-137

Aufgepasst bei Gerichtsberichten und Kooperationen von Redaktionen – Beschwerden gegen «Sarganserländer» und «K-Tipp»

Entstellung von Tatsachen; Unterschlagung von wichtigen Informationen; Wahrheit; Zusammenarbeit zwischen Redaktionen

Ziffern 1, 3 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 17. Februar 2011 (6/2011; Maklerzentrum Schweiz AG c. «Sarganserländer»/«K-Tipp»)

Wer über laufende Gerichtsverfahren oder komplexe Gerichtsurteile berichtet, muss sorgfältig arbeiten. Und: Aufgepasst bei Kooperationen. Wer Artikel von anderen Zeitungen übernimmt, muss dies entweder kenntlich machen oder sich den Bericht als eigenen anrechnen lassen. Dies hat der Presserat in einem Entscheid gegen die Zeitung «Sarganserländer» entschieden. Der «Sarganserländer» berichtete im Oktober 2010 über den Kampf der Krankenkassen gegen Versicherungsvermittler, die die Kundinnen und Kunden mit fragwürdigen Methoden zu einem Kassenwechsel bewegen. Im Artikel ging es auch um einen Gerichtsentscheid, der in dieser Sache bereits ergangen war. Dabei wurde der Eindruck vermittelt, das Bundesgericht habe ein besonderes Verhalten der Makler als unlauter eingestuft. Dies entspricht allerdings nicht den Tatsachen. Das Besondere an diesem Fall war, dass sich die Beschwerde gegen den «Sarganserländer» und damit gegen den Zweitverwerter des fehlerhaften Artikels richtete. Damit stellt sich die Frage, ob sich die Zeitung den Fehler anrechnen lassen muss. Da der «Sarganserländer» nicht ausdrücklich darauf hinwies, dass er den Artikel von der «Südostschweiz» übernommen hatte, entschied der Presserat, die Redaktion müsse sich den Text als eigenen anrechnen lassen. Weiter hat das Selbstkontrollorgan der Medienschaffenden eine Beschwerde gegen den «K-Tipp» gutgeheissen. Die Konsumentenzeitschrift unterliess es, in einer Kurzmeldung über das gleiche Verfahren auf den vorläufigen Charakter eines Bundesgerichtsurteils hinzuweisen.

11-138

Bild einer Muslimin für unverhüllte Islamkritik missbraucht

Nicht deklariertes Symbolbild; persönlichkeitsverletzende Illustration

Ziffern 3, 7, 8 der «Erklärung»; Richtlinien 1.1, 2.3, 3.3, 3.4, 7.1 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 16. März 2011 (7/2011; X. c. «Weltwoche»)

Der Presserat hat die Beschwerde einer Muslimin gegen die «Weltwoche» gutgeheissen. Die «Weltwoche» hatte in ihrer Ausgabe 19/2010 einen islamkritischen Artikel mit einem Teilsatz aus dem Koran betitelt: «Tötet sie, wo immer ihr sie antrefft.» Der Autor zog in seinem Artikel den Schluss, dass «der muslimische Glaube mit Rechtsstaat und Demokratie nicht vereinbar» sei und «konsequenterweise» verboten werden müsste. Das Hauptbild zum Artikel zeigte einige Muslime, die auf dem Berner Bundesplatz demonstrieren. Eine der Abgebildeten, deren Gesicht gut erkennbar waren, legte beim Presserat Beschwerde ein: Das Bild sei einige Jahre früher bei einer friedlichen Demonstration gegen die dänischen Mohammed-Karikaturen aufgenommen worden und erscheine hier aus dem Zusammenhang gerissen.

Der Presserat anerkannte in seiner Stellungnahme das Recht der Medien, am Islam und allen anderen Religionen fundamentale Kritik zu üben. Doch darf ein Medium einen solchen Meinungsartikel nicht mit irgendwelchen Archivbildern aus einem ganz anderen Kontext illustrieren. Das Hauptbild der «Weltwoche» war kein Symbolbild; zudem hatten die Abgebildeten nicht ihr Einverständnis für eine erneute Veröffentlichung in diesem ganz andern Zusammenhang gegeben. Wer friedlich für seine Religion demonstriert, hat nicht hinzunehmen, dass sein Bild später als Illustration eines Artikels dient, der diese Religion und damit auch die abgebildete Person als potenziell gewalttätig und verfassungsfeindlich denunziert. Die negativen Aussagen eines Artikels fallen unweigerlich auf die dazu abgebildeten Personen zurück. Und niemand muss als Sündenbock mit seinem Gesicht für Vorwürfe haften, die weder etwas mit seiner Person noch mit der Situation zu tun haben, in der das Bild entstanden ist. Deshalb stellte der Presserat fest, dass die «Weltwoche» mit der Bildpublikation auch die Privatsphäre der Beschwerdeführerin verletzt hatte.

11-139

Wahrheit/Entstellung von Tatsachen/Sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigungen

Entstellung/Unterschlagung von Informationen; sachlich ungerechtfertigte Anschuldigungen; Wahrheit

Ziffern 1, 3, 7 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 17. Februar 2011 (8/2011; Schweizerischer Verein homöopathischer Ärztinnen und Ärzte c. «Das Magazin»)

Im «Magazin» erschien ein Editorial mit dem Titel «Homöopathischer Bockmist». Darin wurde behauptet, es gebe «(...) keine einzige Studie, welche die Wirksamkeit von homöopathischen Methoden beweisen würde; das (...) Heilverfahren ist Scharlatanerie». Ebenso sei es erstaunlich, dass diese moderne Form von «Aberglauben» von Apothekern unterstützt werde, und es sei tragisch, dass Schweizer Krankenkassen künftig verpflichtet sein könnten, diesen «Bockmist» zu bezahlen. Gegen dieses Editorial beschwerte sich der Schweizerische Verein Homöopathischer Ärztinnen und Ärzte (SVHA) beim Presserat und machte eine Verletzung der Ziffern 1 (Wahrheit), 3 (Entstellung/Unterschlagung von Informationen) und 7 (sachlich ungerechtfertigte Anschuldigungen) der «Erklärung» geltend.

Der Presserat untersuchte zuerst eine Verletzung von Ziffer 1 (Wahrheit) und führte dazu aus, dass es sich vorliegend um ein Editorial und somit um eine Form des Kommentars handle, weshalb ein grosser Freiraum zuzugestehen sei. Die vorliegend gemachten Wertungen und ihre Grundlagen seien für die Leserschaft des «Magazins» ohne Weiteres erkennbar, weshalb der beanstandete Text offensichtlich durch die Kommentarfreiheit gedeckt sei. Weiter prüfte der Presserat Ziffer 7 (sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigungen) und war dabei der Ansicht, dass keine Anschuldigungen gegenüber bestimmten Personen erhoben würden. Diese Ziffer bezwecke den Schutz der Persönlichkeit von individuellen Personen und nicht denjenigen von Personengruppen, deren Mitglieder im beanstandeten Medienbericht nicht individualisierbar beschrieben würden. Kontrovers diskutierte der Presserat hingegen den Satz «Es gibt keine einzige Studie, welche die Wirksamkeit von homöopathischen Mitteln beweisen würde» und die damit einhergehende Frage, ob ein Editorial eine eindeutig unwahre Behauptung enthalten dürfe. Der Presserat vertrat die Meinung, dass es reihenweise Studien gebe, welche über die positiven Erfahrungen mit der Homöopathie berichten würden, selbst wenn der Wirksamkeitsnachweis mit anerkannten naturwissenschaftlichen Methoden nicht möglich oder zumindest umstritten sei. Der umstrittene Satz lege aber das Gegenteil nahe, es gebe keine einzige derartige Studie, was in dieser Absolutheit und Verkürzung nicht stimme. Nun stellte sich für den Presserat noch die Frage, ob diese verkürzende Formulierung als blosser Unschärfe zu werten sei oder doch als so relevant betrachtet werden muss, dass daraus eine Verletzung der Ziffern 1 (Wahrheit) und 3 (Entstellung von Informationen) abzuleiten sei. Die Mehrheit der entscheidenden Kammer war dabei

der Ansicht, dass die pauschale Aussage sachlich unrichtig und nicht bloss ungenau sei. Zudem sei der umstrittene Satz relevant, da er im Kontext der politischen Auseinandersetzung über die Aufnahme homöopathischer Behandlungen in die Grundversicherung stehe. Auch sei die Unrichtigkeit für die Leser nicht leichtin erkennbar, weshalb die Beschwerde in diesem Punkt vom Presserat gutgeheissen wurde.

11-140

Menschenwürde / Opferschutz

Menschenwürde

Ziffer 8 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 17. Februar 2011 (9/2011; X. c. «20 Minuten»)

Unter dem Titel «Kind angeklebt – Mutter muss in Knast» veröffentlichte «20 Minuten» eine Meldung über die Misshandlung eines zweijährigen Kindes, welches von seinen Eltern an die Wand geklebt wurde. Der Bericht war mit Bildern des an die Wand geklebten Kindes illustriert. Gegen diese Berichterstattung beschwerte sich X. beim Presserat und monierte einen Verstoß gegen Ziffer 8 der «Erklärung» (Menschenwürde).

Der Presserat beurteilte die Veröffentlichung der Bilder des misshandelten Kindes nach einer sorgfältigen Abwägung zwischen dem öffentlichen Informationsinteresse und der Menschenwürde des Opfers als unverhältnismässig. Durch die Art und Weise, wie die Eltern das Kind behandelten, fotografierten und im Internet ausstellten, werde das Kind zu einem wehrlosen Objekt degradiert. «20 Minuten» perpetuiere diese Blossstellung des Opfers und dessen Reduktion auf ein wehrloses Objekt mit der unverhältnismässigen Reproduktion der Bilder noch zusätzlich. Im konkreten Fall wirke die Veröffentlichung der Bilder zudem auch gerade deshalb unnötig sensationell, weil es kein Foto brauche, um sich die Tat vorzustellen. Aus diesen Gründen hiess der Presserat die Beschwerde gut.

11-141

«SonntagsBlick» täuscht Leser mit Symbolbild

Nicht deklariertes Symbolbild; Wahrheit

Ziffern 1, 3 der «Erklärung»; Richtlinie 3.4 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 16. März 2011 (10/2011; Minelli/Luley c. «SonntagsBlick»)

Der Schweizer Presserat rügt den «SonntagsBlick», weil er ein Symbolbild nicht als solches deklarierte. Die Zeitung hatte am 12. September 2010 den Artikel «Verhaftet nach Freitod» über den Suizid eines Briten in Zürich veröffentlicht. Er war mit

Unterstützung der Sterbehilfeorganisation Dignitas aus dem Leben geschieden. Die Redaktion bebilderte den Bericht mit dem Foto eines anderen Engländers, der mit Dignitas Suizid begangen hatte, gab in der Bildunterschrift aber vor, es handle sich um ersteren.

Darauf gingen beim Presserat zwei Beschwerden von Dignitas-Leiter Ludwig A. Minelli und eines weiteren Mitarbeiters seiner Organisation gegen den «SonntagsBlick» ein. Der Rat gab ihnen Recht. Mit der Legende, die den vollen Namen des Briten nannte, täuschte der «SonntagsBlick» seine Leserschaft und verletzte den Journalistenkodex. Denn Journalisten sollten Symbolbilder, die nicht direkt mit dem Textinhalt zu tun haben, eindeutig kennzeichnen.

Bei weiteren Textpassagen, die der Dignitas-Mitarbeiter als falsch oder irreführend bemängelte, wies der Presserat die Beschwerde mit einer Ausnahme ab. Im Artikel hatte es geheissen, der Sarg des Verstorbenen sei nach England transportiert worden. In Wahrheit hat Dignitas den Briten in Zürich eingeschert. Damit versties «SonntagsBlick» auch gegen die Wahrheitspflicht.

11-142

Identifizierung / Kinder

Identifizierung; Kinder

Ziffer 7 der «Erklärung»; Richtlinien 7.2, 7.3 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 8. April 2011 (11/2011; Verein Espoir c. «Tages-Anzeiger Online»/«Blick Online»)

Der Presserat wies eine Beschwerde gegen den auf Tages-Anzeiger Online erschienen Artikel mit dem Titel «Ich werde Y. wieder in Markus Obhut geben» und gegen die auf Blick Online erschienen Berichte mit den Titeln «Das sagt die Schwester der toten X.» und «Arzt von X. (4) ist noch heute geschockt» ab, da mit der Berichterstattung Ziffer 7 der Erklärung (Identifizierung/Kinder) nicht verletzt wurde.

11-143

Wahrheit/Entstellung von Informationen/Anhörung bei schweren Vorwürfen/Berichtigung/Sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigungen/Unschuldsvermutung

Anhörung bei schweren Vorwürfen; Berichtigung; Entstellung von Informationen; sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigungen; Unschuldsvermutung; Wahrheit

Ziffern 1, 3, 5, 7 der «Erklärung»; Richtlinien 3.8, 7.5 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 8. April 2011 (12/2011; X. c. «Freiburger Nachrichten»)

Die Beschwerde gegen den in den «Freiburger Nachrichten» erschienen Artikel «Kleberstreit geht weiter» wurde teilweise gutgeheissen, weil der Presserat Ziffer 3 der «Erklärung» (Anhörung bei schweren Vorwürfen) verletzt sah. Darüber hinaus wies er die Beschwerde ab, da keine Verletzung der Ziffern 1 (Wahrheit), 3 (in Bezug auf den Vorwurf der Entstellung von Tatsachen), 5 (Berichtigung) und 7 (sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigungen, Unschuldsvermutung) der «Erklärung» gegeben war.

11-144

Le rôle du Conseil de la presse est uniquement de prendre position sur des pratiques journalistiques

Effacement de contenus sur internet; Plainte tardive

Art. 10 al. 1 du Règlement

Prise de position du Conseil suisse de la presse du 8 avril 2011 (13/2011, X. c. «Le Matin»).

En 2011, X. adresse une plainte au Conseil de la presse au motif qu'on trouve toujours, via Google, un article du «Matin» de 1999 à son sujet. Il demande que «Le Matin» mentionne expressément son acquittement de 2005 et fasse en sorte que Google ne cite plus ce journal sans mentionner la suite de la procédure.

Selon l'art. 10 al. 1 le Conseil suisse de la presse n'entre pas en matière sur une plainte lorsque la publication du compte rendu de presse contesté date de plus de six mois. Le plaignant aurait dû saisir le Conseil de la presse juste après son acquittement. Une prolongation du délai de plainte ne se justifie pas ici.

Un tribunal civil peut entrer en matière tant que le trouble subsiste. Le Conseil de la presse, lui, se situe sur le terrain de la déontologie professionnelle et ne peut pas imposer à une publication de retirer une page de ses archives internet ou éliminer ses coordonnées. Il publiera prochainement une prise de

position sur la problématique des rectificatifs et de l'effacement de contenus médiatiques erronés sur internet. Néanmoins, le délai de plainte doit continuer d'être observé.

11-145

Wahrheits- und Berichtigungspflicht

Berichtigung; Wahrheit

Ziffern 1, 5 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 15. April 2011 (14/2011; Verein gegen Tierfabriken c. «Tages-Anzeiger»)

Der Presserat stellte fest, dass der «Tages-Anzeiger» mit dem Bericht «Neue Regeln für die Lizenz zum Töten» und der darin enthaltenen Aussage «Ohne vorherige Betäubung darf in der Schweiz – anders als in der EU, die Juden und Muslimen das rituelle, betäubungslose Töten erlaubt – kein Tier geschlachtet werden» Ziffer 1 der «Erklärung» (Wahrheit) verletzt hat. Hinzu kam eine Verletzung von Ziffer 5 der «Erklärung» (Berichtigung), da es der «Tages-Anzeiger» in seiner Printausgabe unterlassen hatte, die Falschmeldung zu berichtigen.

11-146

La «Déclaration» n'impose aucune obligation de rendre compte de manière objective

Audition lors de reproches graves; Montages; Recherche de la vérité; Vie privée

Chiffre 7 de la «Déclaration»; Directives 3.6, 3.8, 7.2 relatives à la «Déclaration»

Prise de position du Conseil suisse de la presse du 3 février 2011 (15/2011, Wawrinka c. «24 Heures»)

En août 2010, «24 Heures» publie un article intitulé «Les parents Wawrinka accusés de despotisme», selon lequel 55 éducateurs et auxiliaires du Centre social et curatif (ci-après CSC) de St-Barthélémy ont dénoncé l'omniprésence, la tyrannie et l'inflexibilité des époux Wawrinka, parents du tennisman Stanislas Wawrinka, qui gèrent le CSC.

Selon la directive 7.2, «les journalistes soupèsent avec soin les intérêts en jeu (droit du public à être informé, protection de la vie privée). La mention du nom et/ou le compte rendu identifiant est admissible (...) si la personne exerce un mandat politique ou une fonction dirigeante étatique ou sociale et que la relation médiatique s'y rapporte.»

En l'occurrence, les époux Wawrinka sont coresponsables d'un office public de renom. Qu'en est-il de la mention de la parenté avec leur fils ? Ce lien étant de notoriété publique, le chiffre 7 de la «Déclaration» n'est pas violé.

Le chiffre 3.8 des directives relatives à la «Déclaration» stipule que les journalistes ont pour devoir d'entendre avant publication une personne faisant l'objet de reproches graves et de reproduire brièvement et loyalement sa position dans le même article ou la même émission. Selon la jurisprudence du conseil, lorsqu'un journaliste formule des reproches graves à l'égard d'une personne, il doit la confronter avec les reproches concrets (prise de position 38/2010). Or, le journaliste a simplement fait savoir aux plaignants qu'il avait des témoignages accablants, sans aucune indication quant à la gravité des reproches formulés.

En revanche, le libre choix des informations publiées constitue une partie essentielle du travail journalistique et de la liberté de l'information. En l'occurrence, l'article de «24 Heures» se concentre sur le conflit entre la direction et le personnel du CSC. Il relevait donc de la liberté du journaliste de renoncer à une enquête auprès des parents et tuteurs des résidents.

La directive 3.6 indique que les photomontages doivent être très clairement signalés comme tels, afin d'éviter aux lecteurs tout risque de confusion. En l'espèce, la déclaration du photomontage est correcte – même si l'écriture est petite.

11-147

Presserats- und Gerichtsverfahren

Nichteintreten

Art. 10 Abs. 2 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 29. April 2011 (16/2011; X. c. «Tages-Anzeiger»)

Der Presserat trat gemäss Art. 10 Abs. 2 Geschäftsreglement nicht auf eine Beschwerde gegen den im «Tages-Anzeiger» erschienen Artikel «Die eingebildete Astronautin» ein, da gleichzeitig ein Gerichtsverfahren eingeleitet wurde und sich keine grundlegenden berufsethischen Fragen stellten.

11-148

Wahrheit/Unterschlagung von Informationen

Unterschlagung von Informationen; Wahrheit

Ziffern 1, 3 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 29. April 2011 (17/2011; Verein Ethik und Medizin Schweiz c. «NZZ am Sonntag»)

Der Presserat kam zum Schluss, dass die «NZZ am Sonntag» mit ihrem Artikel «Cholesterinsenker sind nichts für Gesunde» nicht gegen die Ziffern 1 (Wahrheit) und 3 (Unterschla-

gung von Informationen) der «Erklärung» verstossen hatten, und wies deshalb die erhobene Beschwerde ab.

11-149

Aucune règle de forme n'est en principe requise quant à la rectification de faits inexacts

Faits significatifs; Portée du devoir de rectification

Chiffre 5 de la «Déclaration»

Prise de position du Conseil suisse de la presse du 6 mai 2011 (18/2011, Schouwey c. «Le Temps»)

Christophe Schouwey dépose plainte contre «Le Temps» pour violation du chiffre 5 de la «Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste», en dépit de la publication de sa lettre de lecteur et de celle du conseiller national R. Nordmann abondant dans son sens. Il estime que la «Déclaration» implique que le journal doit corriger son erreur, non pas simplement donner la parole à des gens qui seraient en désaccord. La portée est toute autre, car dans le deuxième cas de figure, le lecteur peut s'imaginer qu'il y a simple différence d'interprétation. (...)

Le chiffre 5 de la «Déclaration» oblige les journalistes à «rectifier toute information publiée qui se révèle matériellement inexacte». La directive 5.1 précise que «le devoir de rectification est mis en œuvre spontanément par le/la journaliste; il participe de la recherche de la vérité». Dans sa pratique, le Conseil suisse de la presse a souligné que sous réserve du principe de la proportionnalité, le devoir de rectification «s'étend à tous les faits significatifs d'un article» (prises de position 6/1994, 28/2000). En revanche, aucune règle de forme n'est en principe requise (39/2005). Néanmoins, suite à la rectification d'une information fautive le public doit être en mesure d'évaluer les faits correctement (8/2005).

Il est vrai qu'une rectification formelle de la part d'une rédaction a plus de poids que la publication d'une lettre de lecteur. Toutefois, vu que le texte contesté est reconnaissable comme une opinion d'auteurs extérieurs à la rédaction et que «Le Temps» avait déjà publié une rectification antérieure concernant le même sujet, il serait disproportionné de demander au journal de publier une rectification supplémentaire en complément des deux lettres de lecteurs. La plainte est rejetée.

11-150

Wahrheitssuche/Trennung von Fakten und Kommentar/Anhörung bei schweren Vorwürfen/Recherchegespräche/Identifizierung

Anhörung bei schweren Vorwürfen; Identifizierung; Recherchegespräch; Trennung von Fakten und Kommentar; Wahrheit

Ziffern 1, 2, 3, 4, 7 der «Erklärung»; Richtlinien 1.1, 2.3, 3.8, 7.2 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 6. Mai 2011 (19/2011; Truffer Herzig c. «Biel Bienne»)

Eine Beschwerde wurde vom Presserat teilweise gutgeheissen, da «Biel Bienne» mit der Veröffentlichung des Berichts «Spitalzentrum Biel. Der grosse Krach» gegen Ziffer 3 der «Erklärung» (Anhörung bei schweren Vorwürfen) verstossen hatte. Der Rest der Beschwerde wurde abgewiesen, da der Presserat keine Verletzung der Ziffern 1 (Wahrheit), 2 (Trennung von Fakten und Kommentar), 4 (Recherchegespräche) und 7 (Identifizierung) der «Erklärung» feststellen konnte.

11-151

Ungenügende Überprüfung anonymer Quellen – Beschwerde gegen «Weltwoche» teilweise gutgeheissen

Berichtigung; Fairnessprinzip; Lauterkeit der Recherche; sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigungen; Wahrheit

Ziffern 1, 4, 5, 7 der «Erklärung»; Richtlinien 1.1, 5.1 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 5. Mai 2011 (20/2011; Gerichtskommission der Vereinigten Bundesversammlung c. «Weltwoche»)

Der Schweizer Presserat rügt die «Weltwoche», weil sie die Behauptung von zwei anonymen Quellen, die Gerichtskommission der Vereinigten Bundesversammlung habe sich über geltende Bundesgesetze hinweggesetzt und einem Bewerber einer Richterstelle am Bundespatentgericht einen «illegalen Bonus» zugesichert, vor der Publikation sorgfältig hätte überprüfen müssen. Zudem habe das Wochenmagazin die Falschmeldung zu spät und nur unzureichend berichtet.

Die «Weltwoche» vermeldete im Juni 2010 in der Rubrik «Personenkontrolle», die Gerichtskommission habe einem Bewerber für eine Richterstelle am Bundespatentgericht reglementswidrig einen «illegalen Bonus» in Form eines Zuschlags von jährlich 30 000 Fr. zum Anfangslohn zugesichert. Die Gerichtskommission dementierte umgehend, sie habe, für keinen der von ihr je zur Wahl vorgeschlagenen Kandidaten je einen solch rechtswidrigen Anfangslohn oder Lohnzuschlag vorge-

sehen. Erst im September 2010 präziserte die «Weltwoche», formal habe die Kommission nicht das Gesetz verletzt, hingegen aber die «interne Richtlinie zur Festsetzung der Löhne der Richter».

Der Presserat heisst die daraufhin eingereichte Beschwerde der Gerichtskommission gegen die «Weltwoche» teilweise gut. Vor der ersten Publikation wäre das Wochenmagazin verpflichtet gewesen, die Kommission mit dem Vorwurf zu konfrontieren. Die erst dreieinhalb Monate nach der Publikation der ersten Meldung erfolgte Präzisierung sei zudem zu spät und unvollständig gewesen. Die «Weltwoche» hätte zumindest darauf hinweisen müssen, dass die Kommission jegliche Unregelmässigkeiten bestreite. Nicht verletzt sieht der Presserat hingegen das Gebot der Lauterkeit der Recherche. Die «Weltwoche» habe die ihr durch eine Indiskretion zugetragene Information veröffentlichen und das Verhalten der Kommission gegenüber ihrem Journalisten kritisieren dürfen.

11-152

Verwendung eines Kinderbildes im Abstimmungskampf

Menschenwürde; Privatsphäre; Quellennennung

Ziffern 3, 7, 8 der «Erklärung»; Richtlinie 3.1 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 5. Mai 2011 (21/2011; Glanzmann & Co. c. «Kantonales Pfarreiblatt Luzern»)

Der Presserat hat die Beschwerde von drei CVP-Nationalräten gegen das «Kantonale Pfarreiblatt Luzern» teilweise gutgeheissen. Das «Pfarreiblatt» illustrierte im Februar 2011 eine Zusammenfassung der Stellungnahme der bischöflichen Kommission Justizia und Pax zur Waffeninitiative mit dem undatierten Bild eines Knaben, der sich eine Pistole in den Mund steckt. Aus der Publikation war nicht ersichtlich, dass das Bild keine echte Pistole sondern eine Glacée in Form einer Waffe zeigt.

Laut Presserat hätte das «Pfarreiblatt» zumindest darauf hinweisen müssen, dass es sich um einen Jux mit Wassereis handelt. Zudem gehe es nicht an, einen Artikel ohne Einwilligung des Betroffenen mit einem Personenbild zu illustrieren, dass in ganz anderem Zusammenhang aufgenommen wurde. Wer sich bereitwillig an einer öffentlichen Aktion einer Kunsthochschule fotografieren lasse und einwilligt, dass das Bild im Internet veröffentlicht wird, gebe damit nicht zwingend sein Einverständnis dafür, das gleiche Bild in einem anderen, politischen, Kontext zu verwenden. Nicht verletzt sieht der Presserat hingegen die Menschenwürde des abgebildeten Kindes sowie der Leserschaft des «Pfarreiblatts». Zwar erscheine die Illustration des Berichts im konkreten Fall verfehlt und geschmacklos. Das Bild des Kindes mit dem Wassereis dränge sich dem unbefangenen Betrachter jedoch nicht als Schockbild auf, sondern wirkt im Kontext der Meldung «Kirche für Schutz vor Waffen» bloss deplatziert.

11-153

Sprachliche Diskriminierung von Homosexuellen? – Beschwerde gegen «Blick am Abend» abgewiesen

Diskriminierung

Ziffer 8 der «Erklärung»; Richtlinie 8.2 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 11. Mai 2011 (22/2011; Gaynossinnen Juso Schweiz c. «Blick am Abend»)

Der Schweizer Presserat hält es zwar für problematisch, im konkreten Fall jedoch nicht für diskriminierend, in einem Lifestyle-Bericht über Sommermode auf verallgemeinernde Klischees über Homosexuelle zurückzugreifen. Er weist deshalb eine Beschwerde der Gaynossinnen Juso Schweiz gegen den «Blick am Abend» ab.

Im Juni 2010 berichtete «Blick am Abend» über Sommermodetrends aus Mailand. Die im Artikel «Achtung Männer, Tunten-Falle!» gezeigten Kleidungsstücke und Modeaccessoires werden in die beiden Kategorien «cool» und «schwul» eingeteilt und dahingehend kommentiert, ob sie «bedenkenlos» getragen werden könnten oder nicht zu empfehlen seien. Die Gaynossinnen Juso Schweiz, eine Arbeitsgruppe der Juso Schweiz, beschwerte sich beim Presserat über den «homophoben und diskriminierenden» Bericht, der Kleidungsstücke für «richtige Männer» positiv und solche für «Schwule» negativ bewerte.

Das Plenum des Presserats hat die Beschwerde kontrovers diskutiert. Zusammen mit dem Titel («Achtung Männer, Tunten-Falle!») vermittele der Bericht der Leserschaft gestützt auf generalisierende Vorurteile über Homosexuelle die Botschaft, bei der Kleiderwahl ja darauf zu achten, nicht so herumzulaufen, wie Schwule sich angeblich typischerweise kleiden. Mit dieser Stossrichtung suggeriere der Bericht ein Stück weit, Schwule seien keine richtigen «Männer» und würdige damit die Minderheit der homosexuellen Männer kollektiv herab. Für eine Minderheit des Presserats wirkt der Bericht deshalb diskriminierend.

Eine Mehrheit des Presserats findet die Heranziehung von verallgemeinernden Klischees über Homosexuelle zwar problematisch. Im Bericht von «Blick am Abend» stehe jedoch nicht der Gegensatz «schwul» und «nichtschwul» im Vordergrund, sondern die Bewertung aktueller Modetrends aus dem subjektiven Blickwinkel einer Journalistin. «Blick am Abend» habe deshalb die verhältnismässig hoch anzusetzende Schwelle zur Diskriminierung nicht überschritten.

11-154

Publicità e testo redazionale devono rimanere separati – accolto un reclamo contro il «Corriere del Ticino»

Separazione tra parte redazionale e pubblicità

Direttiva 10.1 della «Dichiarazione»

Presenza di posizione del Consiglio svizzero della stampa del 11 maggio 2011 (23/2011; Associazione Ticinese dei Giornalisti c. «Corriere del Ticino»)

Il Consiglio della stampa ha accolto un reclamo dell'Associazione Ticinese dei Giornalisti contro il «Corriere del Ticino». Il giornale aveva ospitato la pubblicità per una marca di sigarette nella parte redazionale senza segnalare in modo evidente la separazione tra testo e pubblicità con un simbolo grafico o una scritta.

Il «Corriere del Ticino» aveva pubblicato, nel marzo del 2010, un annuncio pubblicitario di una marca di sigarette («Where Friendship Happens»), di forma circolare, del diametro di circa 15 centimetri e al centro di una pagina di testo. L'Associazione Ticinese dei Giornalisti si è rivolta al Consiglio svizzero della stampa denunciando una violazione della Direttiva che prescrive di separare la parte redazionale da quella pubblicitaria. Il Consiglio, nell'ultima sua seduta plenaria, ha accertato la violazione nel caso concreto. Pur ammettendo che nella pagina pubblicata la separazione era tipograficamente evidente, situare una réclame al centro di una pagina di testo rappresenta un tranello per il lettore, perché induce lo sguardo a cadere quasi obbligatoriamente sulla pubblicità. Questo tipo di commistione contrasta con l'obbligo della separazione. Semmai si sarebbe resa necessaria un'identificazione concettuale (ad esempio, la dicitura «annuncio pubblicitario»).

11-155

Unterlassene Überprüfung einer Information – Beschwerde gegen «Tages-Anzeiger» teilweise gutgeheissen

Anhörung bei schweren Vorwürfen; Berichtungspflicht; Wahrheitspflicht

Ziffern 1, 3, 5 der «Erklärung»; Richtlinien 1.1, 3.1, 3.8, 5.1 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 6. Mai 2011 (24/2011; Freidenker-Vereinigung der Schweiz/FreidenkerInnen Wallis c. «Tages-Anzeiger»)

Der Schweizer Presserat heisst eine Beschwerde der Freidenker-Vereinigung Schweiz (FVS) und deren Walliser Sektion gegen den «Tages-Anzeiger» teilweise gut. Die Zeitung hatte es vor der Veröffentlichung eines Berichts über eine geplante

«Bibel- und Koran-Verbrennung» vor dem Bundeshaus unterlassen, die Behauptung zweier Informanten zu überprüfen, der Präsident der Walliser Sektion der FVS trage die umstrittene Aktion mit.

Im November 2010 berichtete der «Tages-Anzeiger», eine «Freidenker-Gruppe» plane eine «Bibel- und Koranverbrennung» vor dem Bundeshaus. Die Gruppe, zu der auch der «umstrittene Walliser Lehrer und Präsident der Walliser Sektion der Freidenker-Bewegung Valentin Abgottspon» gehöre, gehe mit dieser Aktion noch einen Schritt weiter als mit ihrer kürzlich geforderten «Bibelzensur für Kinder und Jugendliche». Einen Tag später korrigierte die Zeitung die Darstellung vom Vortag («Freidenker verurteilen Bibel- und Koranverbrennung scharf»). Trotzdem beschwerten sich die FVS und ihre Walliser Sektion beim Presserat.

Dieser kommt zum Schluss, die Zeitung habe die Wahrheitspflicht verletzt, da sie sich ohne Rückfrage bei Abgottspon nicht auf die Behauptung zweier Informanten hätte verlassen dürfen, der Präsident der Walliser FreidenkerInnen trage die geplante Bücherverbrennung mit. Mit der Veröffentlichung des korrigierenden Nachziehers habe der «Tages-Anzeiger» die Berichtigungspflicht hingegen erfüllt.

11-156

Kommentarfreiheit/Persönlichkeitschutz/Menschenwürde

Kommentarfreiheit; Menschenwürde; Persönlichkeitsschutz

Ziffern 2, 7, 8 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 3. Juni 2011 (25/2011; X. c. «Tages-Anzeiger»)

Da eine Beschwerde gegen den im «Tages-Anzeiger» unter dem Titel «Der grüne Messias» erschienen Artikel nicht gegen die Ziffern 2 (Kommentarfreiheit), 7 (Persönlichkeitsschutz) und 8 (Menschenwürde) der «Erklärung» versties und offensichtlich unbegründet war, trat der Presserat darauf nicht ein.

11-157

Conditions à l'entrée en matière du Conseil suisse de la presse sur une question faisant déjà l'objet d'une procédure parallèle

Identité des faits; Plaintes parallèles; Questions déontologiques

Art. 10 al. 2 du Règlement

Prise de position du Conseil suisse de la presse du 3 juin 2011 (26/2011, X. c. «Télévision Suisse Romande»).

Dans une édition de son téléjournal, la TSR a diffusé un dossier sur le projet de musée consacré à Chaplin, dans lequel elle indiquait notamment que «les propriétaires du manoir Chaplin avaient des liens avec un homme d'affaires russe, X – nommément cité – (...) soupçonné de lien avec la Mafia».

Le même jour, la TSR publie sur ses sites TSRinfo et TSRmobile un article sur le même sujet, mentionnant de nouveau le nom de X.

X. a saisi l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision (AIEP) concernant la séquence du téléjournal. Il a en parallèle porté plainte contre l'article publié sur TSRinfo et TSRmobile auprès du Conseil suisse de la presse.

Selon l'art. 10 alinéa 2 de son règlement, «le Conseil suisse de la presse (CSP) 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, si des questions déontologiques fondamentales sont soulevées».

Il faut toutefois que la plainte déposée au conseil soulève des questions déontologiques se distinguant nettement de celles traitées dans la procédure de droit audiovisuel.

Même si la plainte devant l'AIEP concerne une émission de la télévision et celle au CSP un article publié online, les deux plaintes se rapportent à des faits identiques et donnent lieu aux mêmes griefs du plaignant. Le Conseil de la presse n'entre donc pas en matière.

11-158

Wahrheit/Unterschlagung und Entstellung von Informationen/Berichtigung

Berichtigung; Quellenschutz; sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigungen; Unterschlagung und Entstellung von Informationen; Wahrheit

Ziffern 1, 3, 5, 6, 7 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 10. Juni 2011 (27/2011; X./Y. c. «Neue Zürcher Zeitung»)

Eine gegen den in der «Neuen Zürcher Zeitung» erschienenen Artikel «Im Heiligen Land» erhobene Beschwerde wegen Verletzung der Ziffern 1 (Wahrheit), 3 (Unterschlagung und Entstellung von Informationen), 5 (Berichtigung), 6 (Quellenschutz), 7 (sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigungen) wurde vom Presserat abgewiesen, soweit er darauf eintrat.

11-159

Leserbrief/Diskriminierung

Diskriminierungsverbot; Leserbriefe

Ziffer 8 der «Erklärung»; Richtlinien 5.2, 8.2 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 10. Juni 2011 (28/2011; X. c. «Bümplizer Woche»)

Eine Beschwerde gegen die Veröffentlichung des Leserbriefs «Einbrecher im Westen» in der «Bümplizer Woche» wurde vom Presserat abgewiesen, da er darin keine Verletzung des Diskriminierungsverbots (Ziffer 8 der «Erklärung») sah.

11-160

Das «Recht auf Vergessen» vergessen?

Anonymisierung; Berichtigung; Gegendarstellung; Identifizierung; Persönlichkeitsschutz; Recht auf Vergessen

Ziffern 3, 4, 5, 6, 7 der «Erklärung»; Richtlinien 5.1, 7.2, 7.5, 7.6 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 10. Juni 2011 (28/2011; X. c. «Bümplizer Woche»)

Ist ein «Recht auf Vergessen» im digitalen Zeitalter nicht mehr realistisch? Müssen wir damit leben, dass Informationen über lang zurückliegende Ereignisse, wenn sie einmal digitalisiert und ins Internet gestellt sind, auf unbestimmte Zeit mit wenigen Mausklicks für jedermann zugänglich bleiben? Der

Presserat hat versucht, Antworten auf diese schwierigen Fragen zu finden.

Nach Auffassung des Presserates sind die meisten Menschen kaum bereit, schulterzuckend hinzunehmen, dass beispielsweise eine publik gewordene Verurteilung auf ewig im Netz abgerufen werden kann. Deshalb sei am «Recht auf Vergessen» auch in Bezug auf Online-Medien und digitale Archive festzuhalten. Nicht zuzumuten ist den Redaktionen laut Presserates allerdings, im Internet frei zugängliche archivierte Artikel regelmässig daraufhin zu durchforsten, ob eine identifizierende Berichterstattung aus heutiger Sicht nach wie vor gerechtfertigt erscheint oder ob aufgrund veränderter Verhältnisse eine Aktualisierung eines Medienberichts angebracht wäre. Erst recht gelte dies für digitale Archive, bei denen der Zugang nur mit Benutzernamen und Passwort möglich ist. Bei begründeten Gesuchen um nachträgliche Anonymisierung oder Aktualisierung von Medienberichten sollten die Redaktionen ausgehend vom Verhältnismässigkeitsprinzip jedoch sorgfältig prüfen, ob ein identifizierender Bericht und dessen Inhalt aus heutiger Sicht die Persönlichkeit des Betroffenen verletzt sowie ob der Betroffene glaubhaft macht, dass ihm aus der Identifizierung oder mangelnden Aufdatierung ein aktueller, gewichtiger Nachteil droht. Darüber hinaus fordert der Presserat die Journalistinnen und Journalisten auf, ihre Quellen gerade bei Internet- und Archivrecherchen kritisch zu überprüfen und sich Informationen von mehreren Seiten bestätigen zu lassen. Zentral ist zudem, sicherzustellen, dass Berichtigungen und Gegendarstellungen immer elektronisch mit den ursprünglichen Berichten verlinkt sind. Bei relevanten Berichtigungen, die über die Korrektur von blossen Unschärfen sowie für das Verständnis des Publikums nicht wesentlichen Fakten hinausgehen, empfiehlt der Presserat den Redaktionen schliesslich, die Berichtigung oder Gegendarstellung als zusätzlichen Vermerk anzubringen, anstatt bloss die vorangehende Version zu überschreiben.

8.2 Ethik der kommerziellen Kommunikation

11-161

Jugendschutz – Plakat für Champagner Nähe Schulhaus und Kinderhort

Beschluss der Schweizerischen Lauterkeitskommission vom 16. März 2011 (129/11)

Durch ein Plakat in der Nähe eines Schulhauses und eines Kinderhorts, welches zur Bewerbung eines Champagners diente, wurde Grundsatz Nr. 5.9 der Lauterkeitskommission verletzt, weil Werbung für alkoholische Getränke an jenen Orten unlauter ist, wo sich hauptsächlich Jugendliche aufhalten.

11-162

Vergleich – Krankenkassen-Vergleichsdienst

Beschluss der Schweizerischen Lauterkeitskommission vom
16. März 2011 (386/10)

Ein SMS-Krankenkassenvergleichsdienst, der behauptete, dem Kunden «die drei günstigsten Angebote» per SMS zukommen zu lassen, wurde von der Lauterkeitskommission gerügt, da die Alleinstellungsbehauptung «die drei günstigsten Angebote» unrichtig war und deshalb einen Verstoss gegen Art. 3 lit. e UWG darstellte.

11-163

**Blutige Robbenköpfe – Plakatekampagne
«Mordopfer!»**

Beschluss der Schweizerischen Lauterkeitskommission vom
16. März 2011 (407/10)

Eine Beschwerde gegen ein Plakat, welches blutige Robbenköpfe zeigt und gegen Pelzmode wirbt, wurde von der Lauterkeitskommission abgewiesen, da weder Art. 2 (Verletzung der herrschenden Vorstellung von Anstand), Art. 4 (diskriminierende Kommunikation, welche mit Angst spielt oder zu unsozialem Verhalten aufruft) noch Art. 18 (Regelungen für an Kinder und Jugendliche gerichtete Marketingkommunikation) des «ICC Kode» verletzt waren.

Neue medienrechtliche Literatur aus Deutschland und Österreich

Ernst Fricke, *Recht für Journalisten*, 2. Aufl. Konstanz 2010: UVK, 572 S.

Marian Paschke, *Medienrecht*, Springer-Lehrbuch, 3. Aufl. Hamburg 2009, 527 S.

Michael Holoubek/Klaus Kassai/Matthias Traimer, *Grundzüge des Rechts der Massenkommunikation*, 4. Aufl. Wien 2010: Springer, 326 S.

Reinhard Christl/Daniela Süssenbacher (Hrsg.), *Der öffentlich-rechtliche Rundfunk in Europa*, [insbes.] Österreich, Schweiz, Deutschland, Niederlande, Dänemark/Schweden/Norwegen, Grossbritannien, Frankreich; Wien 2010: Falter, 279 S.

Aus der reichhaltigen medienrechtlichen Literatur in Deutschland und Österreich werden vier neue, sehr unterschiedliche Titel mit hohem Nutzwert angeboten.

Frickers «Recht für Journalisten» hatte sich seit 1997 rasch zum Klassiker entwickelt. Ein zwölfseitiges Inhaltsverzeichnis, Randtitel über jedem Absatz, grau hinterlegte Gesetzes- und Urteilszitate sowie Grafiken zu komplexen juristischen Zuständigkeiten machen das Buch sehr benutzerfreundlich. Das Schwergewicht der Urteile liegt auf der Praxis der letzten Jahre. Auch Prozessuales wie die Unterlassungserklärungen, die oft langwierige Gerichtsverfahren entbehrlich machen, aber aus zivilrechtlichen Vorschriften abgeleitet sind, kommt ausführlich zur Darstellung. Verwandt damit ist die strafbewehrte Abmahnung, das auf Aufforderung des Verletzten abgegebene Versprechen, eine beanstandete Äusserung nicht zu wiederholen – mit Konventionalstrafe bei Zuwiderhandlung. Im «Fall Kachelmann» machten die Verteidiger in Deutschland und in der Schweiz davon Gebrauch. Auch die Technik der Güterabwägung «zwischen öffentlichem Informationsinteresse und schutzwürdigen Belangen des Betroffenen» wird unter der Maxime der Sorgfaltspflicht mit zehn Verweisen ausgelotet – etliche Male zum Stichwort der Namensnennung von Beschuldigten und Verdächtigten.

Paschkes «Medienrecht» bekennt sich zum Anspruch, ein Lehrbuch zu sein: «Vom Recht der Medien zum Medienrecht», das aus der Medienfreiheit systematisch berechtigende und verpflichtende Folgen ableitet. «Die Veröffentlichung eines Interviews darf nicht ohne Zustimmung des Interviewten erfolgen, da jeder Gesprächspartner über seine in der Medienöffentlichkeit erscheinenden Äusserungen selber entscheiden kann.» Zu den häufig daraus entstehenden Streitfällen über die «Autorisierung» sagt Paschke aber nichts. Zitat zum Aspekt der Namensnennung in der Gerichtsberichterstattung: «Eine identifizierende Berichterstattung ist unzulässig. Andererseits erlaubt die Medienfreiheit für die aktuelle Berichterstattung, insbesondere über schwere Straftaten, die Namensnennung

und Abbildung des Täters und die Berichterstattung über sein «persönliches Leben», soweit es in unmittelbarer Beziehung zur Tat steht, Aufschlüsse über Motive gibt ...»

Aus Österreich legen Holoubek u.a. eine knappe Grundlegung samt Gesetzesauszügen vor. Das ist willkommen, da die Rechtslage für Aussenstehende nicht leicht greifbar scheint: Der Persönlichkeitsschutz ist nicht nur im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, im Strafgesetzbuch und im Urheberrechtsgesetz (Bildrecht), sondern auch im Mediengesetz (dort mitsamt der Gegendarstellung) geregelt. Es gibt ein «Haftungsprivileg der Journalisten», das diesen die Pflicht zur Wahrhaftigkeit, nicht aber zur objektiven Wahrheit auferlegt. Bestandteil der Sorgfaltspflicht unter dem Wahrhaftigkeitspostulat ist die Pflicht, vor Publikation von Vorwürfen die Betroffenen einzuholen (in der Schweiz: «Fairnesspostulat»).

Eine nützliche Grundlegung für rundfunkpolitisch Interessierte breiten Christl und ein Wiener Fachhochschul-Forschungsteam aus: Auf je etwa 40 Seiten skizzieren sie die sehr unterschiedlichen westeuropäischen Modelle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Die Schweizerin Regula Troxler liefert nach gegebenem und grafisch verdeutlichtem Raster die Kapitel «Schweiz» und «Frankreich»; sie trägt – mit fünf Kolleginnen – annähernd zur Klärung der Begriffe «Service Public» (vor allem Schweiz, Frankreich) und «Public Value» (Grossbritannien, Österreich) bei.

Dr. iur Peter Studer, Rüschiikon

Aufsätze/Etudes

Dumermuth Martin, Die Bedeutung des Europarechts für die Medienregulierung in der Schweiz, in: Rossnagel Alexander/Scheuer Alexander/Kleist Thomas (Hrsg.), Europäisches und nationales Medienrecht im Dialog. Festschrift aus Anlass des 20-jährigen Bestehens des Instituts für Europäisches Medienrecht e.V. (EMR), Baden-Baden 2010, S.119–129.

Grandjean Michel, Symptômes de fraude dans le milieu des diffuseurs privés de radio et de télévision suisses, in: Blais Etienne/Perrin Bertrand (Ed.), La lutte contre la criminalité économique: Réponses interdisciplinaires à un défi global. ILCE volume 4, Zurich 2010, p. 191–202.

Schäfer Marc Frédéric, Aktuelle Fälle aus der Praxis des EDÖB: Kreditauskunfteien und die Bearbeitung von Bonitätsdaten, in: Datenverknüpfung: Problematik und rechtlicher Rahmen, 2011, S. 53–69.

Weber Rolf, Externe und interne Einflüsse der Vielfalt auf die Medienordnung im föderalen Bundesstaat, in: Kleist/Roßnagel/Scheuer (Hrsg.), Europäisches und nationales Medienrecht im Dialog. Festschrift aus Anlass des 20-jährigen Bestehens des Instituts für Europäisches Medienrecht e.V. (EMR), Baden-Baden 2010, S.119–129.

Bücher/Livres

Beutler Christine, Schutz der sachlichen Kommunikation, Bern 2011, 162 Seiten.

Blais Etienne/Perrin Bertrand (Ed.), La lutte contre la criminalité économique : Réponses interdisciplinaires à un défi global. ILCE volume 4, Zurich 2010, 326 pages.

Emery Yves/Martin Noémi, Le service public au XXI^e siècle : identités et motivations au sein de l'après-fonctionariat , Paris 2010, 263 pages.

Hettich Peter/Keller Claudia/Rechsteiner Stefan/Bleuer Daniel, Telekommunikationsrecht, Recht der audiovisuellen Medien, Stromversorgungsrecht (Entwicklungen 2010), Bern 2011, 220 Seiten.

Haug Thomas, Bildberichterstattung über Prominente: unter besonderer Berücksichtigung der Zulässigkeit der gerichtlichen Beurteilung des Informationswertes von Medienberichten, Baden-Baden 2011, 236 Seiten.

Hotz Sandra/Zelger Ulrich (Hrsg.), Kultur und Kunst (Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich), Zürich 2010, 424 Seiten.

Züllig Riccarda B., Das Werk der bildenden Kunst im Urheberrecht, Zürich 2011, 229 Seiten.

Zeitschriften/Revue

Bernreuther Friedrich, Zur Interessenabwägung bei anonymen Meinungsäußerungen im Internet, in: AfP 3/2011, S. 218–222.

Degenhart Christoph, Die Entwicklung des Rundfunkrechts 2009/2010 – Ein Rechtsprechungsbericht (Teil 2), K&R 2011, 443 ff., Kommunikation & Recht, S. 462–469.

Hören Thomas/Herring Eva Maria, WikiLeaks und das Erstveröffentlichungsrecht des Urhebers, MMR 8/2011, S. 493–560.

Vassilios Skouris, Medienrechtliche Fragen in der Rechtsprechung des EuGH, MMR 7/2011, S. 421–492.

NEUERSCHEINUNG IM STÄMPFLI VERLAG

Barbara K. Müller/Mark Schweizer

Kennzeichenrecht

Entwicklungen 2010

njus.ch
108 Seiten, broschiert, CHF 58.–,
ISBN 978-3-7272-8074-0, 6/2011

Im Rahmen von njus.ch werden alljährlich in einzelnen, separaten Bänden die Entwicklungen des vergangenen Jahres in der Rechtsetzung, der Rechtsprechung und der Literatur eines bestimmten Praxisgebiets aufgezeigt. Das gesamte Angebot ist auch online unter www.njus.ch verfügbar.

Im Bereich der Rechtsetzung werden bereits beschlossene Änderungen sowie Rechtsetzungsprojekte dargestellt. Im Teil über die Rechtsprechung wird insbesondere eine Darstellung der wichtigsten amtlich und nicht amtlich publizierten Bundesgerichtsentscheidungen geboten. Und bezüglich der Literatur wird nicht nur umfassend auf Neuerscheinungen hingewiesen, sondern es werden von ausgewählten Publikationen auch deren Hauptausagen dargestellt.

njus.ch ermöglicht den Leserinnen und Lesern, in kürzester Zeit auf den neuesten Stand der Entwicklungen in einem bestimmten Rechtsgebiet zu gelangen.

Ich bestelle _____ Ex.

Name _____

Strasse/PLZ, Ort _____

Datum/Unterschrift _____



Zu beziehen bei:

Buchstämpfli

Versandbuchhandlung

Wölflistrasse 1

Postfach 5662

3001 Bern

Telefon 031 300 66 77

Fax 031 300 66 88

order@buchstaempfli.com

www.buchstaempfli.com

Stämpfli

Verlag AG

www.staempfliverlag.com