

## 1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht

### 1.1 Meinungsäusserungs- und Informationsfreiheit, Medienfreiheit – Libertés d'expression et de l'information, liberté des médias

12-42

#### Berechtigt: identifizierender Zeitungsbericht über festgenommenen Schauspieler

Drogenkonsum; einstweilige Verfügung; Festnahme; Gerichtsbericht; Identifizierung; Medienfreiheit; Polizeiauskunft; Publikationsverbot; public figure; Schauspieler; Wortbericht; Zivilverfahren

Art. 8, 10 EMRK

Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (Grosse Kammer) vom 7. Februar 2012 (N° 39954/08 «Axel Springer AG c. Deutschland»)

Die «Bild»-Zeitung berichtete am 29. September auf ihrer Titelseite über einen Fernsehschauspieler, der am 23. September am Oktoberfest in München wegen Kokainbesitzes festgenommen worden war. Gemäss der eidesstattlichen Versicherung einer «Bild»-Journalistin basierte die Information auf einer von ihr eingeholten Auskunft der Polizei, die anschliessend durch die Staatsanwaltschaft bestätigt worden sei.

Der Schauspieler erwirkte am 30. September beim Hamburger Landgericht eine einstweilige Verfügung, welche der «Bild»-Zeitung jede weitere Veröffentlichung des nahezu vollständigen Inhalts des Wortberichts untersagte. Am 6. Oktober verbot das Zivilgericht auch die Publikation der dem Artikel beigefügten Fotos des Schauspielers. Bezüglich der Fotoveröffentlichung ging die Axel Springer AG nicht in Berufung.

Im Juli 2005 berichtete «Bild» über den Ausgang des Strafverfahrens gegen den geständigen Schauspieler, der zu einer Geldstrafe von 18000 Euro verurteilt wurde. Auch die weitere Publikation dieses zweiten Artikels untersagte das Landgericht Hamburg auf Klage des Schauspielers mit ähnlicher Begründung.

Der EGMR bezeichnet die Beschränkung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) als menschenrechtswidrig. Mit 12 gegen 5 Stimmen verneint die Grosse Kammer des Gerichtshofs die Verhältnismässigkeit des Eingriffs. Für die Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit und dem Recht auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK) sei eine Reihe von Kriterien massgebend. So ist relevant, inwiefern die von der Berichterstattung betroffene Person in der Öffentlichkeit steht. Die EGMR-Mehrheit kommt zum Schluss, dass es sich um eine «public figure» handelt: Der Festgenommene war zwischen 1998 und 2003 in 54 Folgen einer TV-Serie als Kommissar zu sehen gewesen. Die auf einem deutschen Privatsender ausgestrahlte Serie erreichte

ein Millionenpublikum (Einschaltquoten bis zu 4,7 Mio.) Es sei auch zu beachten, dass der festgenommene Schauspieler in der Serie die Rolle des für die Rechtsdurchsetzung und Verbrechensverhütung zuständigen Kommissars spiele. Obwohl zwischen dem Schauspieler und der durch ihn verkörperten fiktiven Figur unterschieden werden müsse, verstärkte dies das Interesse der Allgemeinheit an einer Berichterstattung über die ihm vorgeworfene Straftat. Zudem war der Schauspieler in der Öffentlichkeit (in einem Bierzelt) festgenommen worden.

Weitere Kriterien für die Güterabwägung sind die (hier unbestrittene) Wahrheit der publizierten Informationen sowie die Methode der Informationsbeschaffung. Den Medienschaffenden konnte kein bösgläubiges Verhalten vorgeworfen werden, da sie sich auf die Angaben der Polizei und der Staatsanwaltschaft München gestützt hatten. Dies entband die Zeitung allerdings nach Auffassung der deutschen Ziviljustiz nicht von der Pflicht, eine Güterabwägung vorzunehmen und sich über die Rechtmässigkeit einer identifizierenden Berichterstattung eigene Gedanken zu machen. Die EGMR-Mehrheit sieht keine Anhaltspunkte für eine fehlende Güterabwägung («balancing exercise»). Im vorliegenden Fall habe «Bild» keine ausreichenden Gründe für die Annahme gehabt, die Anonymität des Festgenommenen müsse gewahrt bleiben.

Ferner wurde die berechtigte Erwartung des Schauspielers auf wirksamen Schutz seiner Privatsphäre durch den Umstand reduziert, dass er zuvor aus freien Stücken in verschiedenen Interviews Einzelheiten aus seinem Privatleben offenbart hatte. «Bild» beschrieb die Umstände der Festnahme und des Schuldspruchs, enthüllte darüber hinaus jedoch keine Details aus dem Privatleben. Die Zeitung verzichtete auch auf herabwürdigende Formulierungen oder unbegründete Behauptungen. Dass die Darstellung der Boulevardzeitung darauf abzielte, die Aufmerksamkeit der Leserschaft zu wecken, spricht gemäss EGMR nicht gegen ihre Rechtmässigkeit.

Die fünfköpfige Gerichtsminderheit bemängelt vor allem, die Mehrheit überprüfe die Überlegungen der deutschen Zivilgerichte zu detailliert und enge damit deren Ermessensspielraum übermässig ein. Sie warnt auch davor, dass der Gerichtshof zu einer vierten Instanz verkommt, welche nochmals die einlässlichen und umfangreichen Bewertungen der deutschen Gerichte vornimmt. Der EGMR sollte lediglich einschreiten, wenn die nationale Justiz die massgebenden Kriterien offensichtlich unvernünftig, unvollständig oder nachlässig angewandt habe. Dies sei hier nicht der Fall gewesen.

**Anmerkungen** Das Urteil der Grossen Kammer erging am gleichen Tag wie das als «DIE ENTSCHEIDUNG» in dieser Ausgabe abgedruckte und besprochene Urteil zur Bildpublikation über Prinzessin Caroline von Hannover («Caroline II»). Nicht von ungefähr hat die EGMR-Kanzlei die zwei Leiterteile in einer einzigen Pressemitteilung gebündelt: Die beiden Fälle weisen unter dem Strich mehr Gemeinsamkeiten auf als Unterschiede.

Eher zweitrangig ist etwa der Unterschied, dass es beim Fall Caroline II primär um Bildberichterstattung geht und beim Fall des festgenommenen deutschen Schauspielers fast ausschliesslich um Wortberichterstattung (denn die «Bild»-Zeitung hatte das Verbot der Fotopublikation nicht angefochten). Viel wichtiger als solche Differenzen sind die Gemeinsam-

keiten bei der Prüfmethode: Der Gerichtshof wendet die gleichen sechs Kriterien auf die beiden Fälle an. Und er kommt zu einem ähnlichen Ergebnis:

1. Betroffen sind jeweils «public figures» – bei allen Unterschieden zwischen einer internationalen Topprominenten wie einer weltweit bekannten Prinzessin und einem höchstens in deutschsprachigen Regionen (einigermassen) bekannten TV-Schauspieler.

2. Es wurde bei der Informationsbeschaffung auf heimtückische oder gar illegale Recherchemethoden verzichtet – bei allen Unterschieden zwischen der Aufnahme an sich nicht peinlicher, sondern höchstens in der Summe lästiger Fotos im öffentlichen Raum (Strasse in St. Moritz) und der auf behördliche Informationsquellen gestützten Enthüllung einer durchaus peinlichen polizeilichen Festnahme.

3. Es besteht ein gewisses, die blosser Befriedigung der Neugier übersteigendes, öffentliches Interesse an der Berichterstattung – bei allen Unterschieden zwischen einer medialen Erörterung der Ferienaufenthalte begüterter Berühmtheiten mit erkrankten Verwandten und der Berichterstattung über (eher geringfügige) Straftaten eines Schauspielers. Man könnte das vom EGMR bejahte Interesse der Allgemeinheit in beiden Fällen als etwas konstruiert qualifizieren. Jenseits der seichten People-Berichterstattung auf farbigem Hochglanzpapier gibt es jedenfalls auch hinsichtlich Prominenter wesentlichere Aspekte und Missstände, welche die Medien thematisieren können (und dürfen).

In der Abwägung zwischen freier Kommunikation (Art. 10 EMRK) und abgeschirmtem Privatleben (Art. 8 EMRK) senkte sich die Waage damit zweimal zugunsten der ungehinderten Publikation. Das ist über die zum Teil etwas speziell liegenden Einzelfälle hinaus von wesentlicher Bedeutung für den journalistischen Umgang mit Prominenten, zumal die Waage für einmal von der Grossen Kammer des Gerichtshofs – und damit von 17 statt von 7 Richtern – bedient worden ist.

Bei aller Aufmerksamkeit, welche die Grenzziehung bei journalistischer Berichterstattung über gesellschaftliche Berühmtheiten verdient, ist der Schutz des Privatlebens anderer Personenkategorien nicht aus dem Auge zu verlieren. Die Grenzen identifizierender Medienpublikationen haben den Gerichtshof in den letzten Monaten auffällig oft beschäftigt. Die unten zusammengefassten Urteile betreffen Presseberichte über Polizeibeamte, Bankmanager und jugendliche Opfer von Straftaten. So entsteht in Strassburg nach und nach ein differenziertes und zumindest in den groben Zügen stimmiges Gesamtbild.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

12-43

### Berechtigt: identifizierender Pressebericht über angeklagten Polizisten

Akteneinsicht; Amtsmissbrauch; Busse; Dokumentenzugang; Genugtuung; hängiges Strafverfahren; Identifizierung; Medienfreiheit; Namensnennung; Polizist; Unschuldsvermutung; Vorverurteilung; Wortbericht

Art. 8, 10 EMRK

Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (4. Kammer) vom 17. Januar 2012 (N° 29576/09 «Lahtonen c. Finland»)

Der Chefredaktor der auf Kriminalberichterstattung spezialisierten finnischen Monatszeitschrift «Alibi» berichtete unter Nennung von Namen und Geburtsjahr über den Fall eines Polizisten, der sich wegen Straftaten vor Gericht verantworten musste. Der Polizist hatte 2003 ausserdienstlich – aber unter Vorzeigen seines Dienstaussweises und Vorspiegelung eines Notfalls – ein Auto gestoppt und behändigt. Da das Gefährt nicht wunschgemäss lief, versuchte er seine Masche erneut, doch sassen diesmal zwei Polizisten (in Zivil) am Steuer. Ihnen drohte er mit Gewalt, bevor er mit krass überhöhtem Tempo davorraste. Der Polizist bekannte sich im Februar 2004 in der Verhandlung vor Bezirksgericht schuldig und akzeptierte, sich zwecks Beurteilung seiner Schuldfähigkeit psychiatrisch begutachten zu lassen.

Der «Alibi»-Bericht vom März 2004 basierte auf den Dokumenten, die der Journalist im Anschluss an die erste Gerichtsverhandlung zur Einsichtnahme erhalten hatte. Ende Mai wurde der Polizist in allen Anklagepunkten schuldig gesprochen. Da er als unzurechnungsfähig eingestuft wurde, nahm das Gericht von einer Bestrafung Abstand.

Der Polizist empfand die identifizierende Berichterstattung als unethisch und rechtswidrig. Er wehrte sich erfolgreich gegen den Beschluss der Staatsanwaltschaft, auf ein Strafverfahren gegen den «Alibi»-Journalisten zu verzichten. Der Medienschaffende wurde 2007 wegen der Veröffentlichung von Informationen verurteilt, die das Privatleben missachten (was nach finnischem Strafgesetzbuch eine strafbare Handlung ist). Die finnische Strafjustiz hielt u. a. fest, beim Polizisten handle es sich zwar um einen erfahrenen, aber nicht um einen hochrangigen Beamten. Der Journalist wurde zu einer Busse von 30 Tagessätzen und – gemeinsam mit dem Medieninhaber – zur Bezahlung einer Genugtuung von 5000 Euro verurteilt.

Der Gerichtshof kommt einstimmig zum Schluss, die Bestrafung des Journalisten missachte die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK). Der zum Schutz des Privatlebens (Art. 8 EMRK) vorgenommene Eingriff war in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig. Der Chefredaktor hatte die Fakten in objektiver Weise dargestellt. Die von ihm publizierten Informationen hatte der angeklagte Polizist zudem in einem Interview mit einem anderen Magazin freiwillig preisgegeben. Darüber hinaus bestand ein öffentliches Interesse an der Berichterstattung: Der Polizist hatte zwar in seiner Freizeit delinquent, dabei aber seine amtliche Funktion missbraucht. Sein Verhalten warf auch die Frage auf, ob er als Polizist noch tragbar war.

Zwar erschien der Bericht während des hängigen Strafverfahrens. Er war aber nicht vorverurteilend formuliert und respektierte die Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK).

Darüber hinaus schoss die Sanktion über das Ziel hinaus. Eine Bestrafung wegen Verletzung des Rechts auf Privatleben sei nur unter ausserordentlichen Umständen menschenrechtskonform. Solche lagen hier nicht vor.

12-44

### **Berechtigt: identifizierender Zeitungsbericht über Verantwortung für Bankskandal**

Bankskandal; Identifizierung; Manager; Medienfreiheit; Persönlichkeitsrecht; political speech; public figure; Unschuldsvermutung; Wortbericht

Art. 8, 10 EMRK

Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (1. Kammer) vom 10. Januar 2012 (N° 34702/07 «Standard Verlags GmbH gegen Österreich [Nr. 3]»)

Die Tageszeitung «Der Standard» berichtete im April 2006 in ihrem Wirtschaftsteil über strafrechtliche Ermittlungen wegen verlustreicher Spekulationen der Hypo Alpe-Adria Bank («Kärntner Hypo-Skandal»). Unter der Schlagzeile «Justiz ermittelt in Haider's Hypo» wurde Treasury-Bereichsleiter Christian Rauscher als angeblich für die Verluste Verantwortlicher mit vollem Namen genannt. Das Oberlandesgericht Wien sprach Rauscher wegen Verletzung von § 7a Mediengesetz (Schutz vor Bekanntgabe der Identität in besonderen Fällen) eine Entschädigung von 5000 Euro zu.

In seiner Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) und dem Recht Rauschers auf Schutz seines Privatlebens (Art. 8 EMRK) kommt der Gerichtshof einstimmig zum Ergebnis, das Recht auf freie Kommunikation wiege hier schwerer. Zwar teilt der EGMR die Auffassung der österreichischen Strafjustiz, Rauscher sei an sich keine «public figure». Weder seine Funktion als leitender Bankangestellter noch der Umstand, dass er Sohn eines Politikers ist, machten ihn zu einem Prominenten. Man könne auch nicht sagen, Rauscher habe freiwillig die öffentliche Arena («the public scene») betreten und müsse sich deshalb Beschränkungen seiner Privatsphäre gefallen lassen. Die Frage der Prominenz ist laut EGMR aber nur eines von zahlreichen Kriterien, welche bei der Abwägung zu berücksichtigen sind.

Zugunsten des Mediums sprach vor allem, dass es sich um einen Vorfall von erheblichem Interesse für die Allgemeinheit handelte – und zwar sowohl in wirtschaftlicher als auch in politischer Hinsicht:

“40. It is not in dispute in the present case that the article reported on an issue of public interest. It concerned a banking scandal which led to enormous losses by a bank, 45% of which was owned by the Land of Carinthia. Against this background, the article dealt with the fact that politics and banking were intertwined on the one hand and reported on the

opening of an investigation by the public prosecutor on the other hand. In this connection the Court reiterates that there is little scope under Article 10 § 2 of the Convention for restrictions on political speech or on debate on questions of public interest (...).”

Rauscher war bei der Bank für Fremdwährungsgeschäfte verantwortlich. Zwar sei die Bekanntgabe der Identität eines Tatverdächtigen gerade in der ersten Phase eines Strafverfahrens besonders problematisch. Der «Standard»-Bericht befasse sich aber weniger mit der juristischen Komponente des Skandals als mit der politischen. Und für die Schilderung der politischen Verwicklungen und Verfilzungen war eine Namensnennung der Akteure kaum zu vermeiden:

“43. (...) Apart from reporting the fact that the public prosecutor had opened an investigation into the bank's senior management on suspicion of embezzlement, the article does not deal with the conduct or contents of the investigation as such.

44. The article's focus is instead on the extent to which politics and banking are intertwined and on the political and economic responsibility for the bank's enormous losses. It mentions that Mr Haider, who himself also represented the Land as a shareholder and performed a supervisory function at the bank, and Mr Kulterer from the bank's executive board, were trying to put the blame on the claimant and in this context refers to his father, member of the Socialist Party and former member of the regional government, thus hinting at motives of party politics. Names, persons and personal relationships are clearly of considerable importance in this sphere. It is difficult to see how the applicant company could have reported on these issues in a meaningful manner without mentioning the names of all those involved, including the claimant (see, *mutatis mutandis*, *Flinkkilä and Others*, cited above, § 85, where the Court also considered that the disclosure of the identity of the person concerned had a direct bearing on matters of public interest). That distinguishes the present case from a case in which the Court declared inadmissible the complaint by the publisher of an Austrian news magazine, which had been ordered to pay compensation for having disclosed the name of a police officer at an early stage of criminal proceedings against him. The Court found in that case that the disclosure of the police officer's name did not add anything to the information already given in the article (*Wirtschafts-Trend Zeitschriften-Verlagsgesellschaft mbH v. Austria* [no. 2] [dec.], no. 62746/00, ECHR 2002-X).”

**Anmerkungen** Unter dem Titel «Should bankers be named and shamed?» werden die Auswirkungen des oben zusammengefassten Strassburger Urteils im UK Human Rights Blog (<http://ukhumanrightsblog.com/>) kritisch eingeschätzt. Das EGMR-Urteil über die Namensnennung im Kärntner Hypo-Skandal liefere Medienschaffenden einen Vorwand, ihre Story über eine hängige Strafsache mit voller Namensnennung der Tatverdächtigen aufzupeppen. Für die identifizierende Berichterstattung genüge ein Hinweis auf die politische Dimension des Straffalls – unabhängig davon, ob die Anprangerung des Verdächtigen einen ernsthaften Beitrag zur öffentlichen Debatte zu erbringen vermöge.

Die Kritik aus England schießt über das Ziel hinaus, denn die differenzierte Begründung des einstimmig gefällten

EGMR-Urteils liefert keine solide Basis für eine solche Befürchtung. Sowohl der Gerichtshof als auch das erstinstanzliche österreichische Gericht verneinen zumindest implizit, dass die politische Komponente dieses Skandals als Feigenblatt für unbegründete Angriffe auf einen willkürlich an den Pranger gestellten Tatverdächtigen diene. Das Wiener Landesgericht für Strafsachen argumentierte etwa, dass die Verluste der zu 45 Prozent in öffentlichem Eigentum stehenden Bank auch durch die Steuerzahlenden zu tragen sind. Sie hätten daher ein legitimes Interesse an Informationen über die Identität der möglicherweise für diese enormen Verluste Verantwortlichen und ihre politischen Verstrickungen.

Zwar meinte das Oberlandesgericht anschliessend, die Namensnennung habe bloss die Sensationsgier der Leserschaft befriedigt und jeglichen Informationswert vermissen lassen. Sie sei bloss wegen der Person von Christian Rauschers Vater (einem für Finanzen zuständigen Exmitglied der Landesregierung) erfolgt. In diesem frühen Verfahrensstadium sei die Verdachtslage nämlich derart unsicher, dass keine ausreichende Aussage über die Verantwortung für eine allfällige Straftat möglich sei. Diese Argumentation vermischt aber verschiedene Aspekte. Solche Berichterstattung mag – gerade wegen möglicher Vorverurteilung – problematisch sein, den Informationswert wird man ihr aber kaum absprechen können. Selbst ein vager behördlicher Verdacht strafbaren Verhaltens kann auf dem *politischen* Parkett durchaus relevant sein und beispielweise zu Rücktrittsforderungen gegen amtierende Politiker führen. Dass mitunter auch Personen ohne politisches Mandat in den Strudel einer an sich berechtigten öffentlichen Debatte hineingezogen werden, scheint dem EGMR – wohl zu Recht – unvermeidlich. Wer in einer bedeutenden Bank immerhin für die Fremdwährungsgeschäfte verantwortlich ist, ist zwar vielleicht keine public figure im engen Sinne des Wortes. Er wird bei finanziellen Verlusten von skandalösem Ausmass aber kritische journalistische Fragen zu seinem Geschäftsgebaren und seinen politischen Verbindungen hinzunehmen haben.

Zutreffend ist allerdings, dass die Berichterstattung über einzelne Tatverdächtige nicht zu einer Anprangerung verkommen darf, welche die Unschuldsvermutung mit Füßen tritt. Auch bei politisch brisanten Skandalen ist die Grenze zwischen legitimer Schilderung der Verdachtslage und vorverurteilender Fertigmacherei oft schwierig zu ziehen. In Strassburg dominiert jedenfalls die Ansicht, dass die Berichterstattung im «Standard» diese prekäre Grenze respektierte.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

12-45

### Unberechtigt: identifizierende Zeitungsberichte über junges Verbrechensopfer

Bildberichterstattung; Fotopublikation; Gewaltverbrechen; höchstpersönlicher Lebensbereich; Identifizierung; Jugendschutz; Kindsmisshandlung; Medienfreiheit; Namensnennung; Opferschutz; public figure; Sexualstraftat; Website; Widerruf der Einwilligung; Wortberichterstattung; Zeitung

Art. 8, 10 EMRK

Urteile des Menschenrechtsgerichtshofs (1. Kammer) vom 17. Januar 2012 (N° 3401/07 «Kurier Zeitungsverlag und Druckerei GmbH c. Österreich» sowie N° 33497/07 «Krone Verlag GmbH & Co KG und Krone Multimedia GmbH & Co KG c. Österreich»)

2005 fand in Österreich ein Strafprozess wegen eines äusserst gravierenden Falles von Kindsmisshandlung statt. Der Vater und die Stiefmutter eines zum Tatzeitpunkt rund zehnjährigen Mädchens wurden wegen schweren sexuellen Missbrauchs und Quälens von Unmündigen sowie absichtlicher schwerer Körperverletzung zu Gefängnisstrafen von je 15 Jahren verurteilt.

Die österreichischen Massenmedien berichteten im Februar 2005 ausführlich über den Strafprozess. In zwei Gerichtsberichten schilderte der «Kurier» die Einzelheiten der Misshandlungen und veröffentlichte die vollen Namen samt Fotos der beiden Angeklagten sowie den Vornamen des misshandelten Mädchens. Die «Kronenzeitung» sowie die Onlinezeitung «www.krone.at» nannten ebenfalls den Vornamen des Opfers und die vollen Namen von Vater und Stiefmutter. Neben Bildern der Angeklagten publizierten sie auch Fotos des Mädchens.

Im August 2005 klagte das Mädchen (vertreten durch die regionale Jugendwohlfahrtsbehörde) gegen die Inhaber der erwähnten Medienunternehmen. Die Berichterstattung missachte § 7a des österreichischen Mediengesetzes (Bekanntgabe der Identität des Opfers einer strafbaren Handlung) und bezüglich zwei Berichten auf «www.krone.at» auch § 7 (Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs). Die österreichische Justiz verurteilte die Medienunternehmen zur Bezahlung von Entschädigungen: Im Falle des «Kurier» betragen sie 10000 Euro (wegen zwei rechtswidriger Artikel), bei der «Kronenzeitung» 8000 Euro (zwei rechtswidrige Berichte) sowie bei «www.krone.at» 12000 Euro (ebenfalls zwei rechtswidrige Berichte).

Eine Beschwerde der verurteilten Medieninhaber wegen Verletzung ihres Rechts auf freie Meinungsäusserung (Art. 10 EMRK) hat der EGMR einstimmig abgewiesen. Der Gerichtshof hält fest, dass das Mädchen keine «public figure» war und man auch nicht sagen kann, sie habe die öffentliche Arena («public scene») dadurch betreten, dass sie einer aufsehenerregenden Straftat zum Opfer gefallen war. Die fraglichen Verbrechen betrafen zwar eine Thematik von legitimem allgemeinem Interesse. Die Kenntnis der Identität der Beteiligten war aber für das Verständnis der Vorgänge nicht notwendig:

“52. The Court considers further that the articles at issue dealt with a matter of public concern, a crime involving vio-

lence against a child and sexual abuse committed within the family and could well give rise to a public debate on how the commission of similar crimes could be prevented. However, given that neither the offenders nor the victim were public figures or had previously entered the public sphere, it cannot be said that the knowledge of the identity of these persons was material for understanding the particulars of the case (see 'Wirtschafts-Trend' Zeitschriften-Verlagsgesellschaft mbH [no. 2] v. Austria [dec.], no. 6274/00, 14 November 2002). In this connection the Court notes that the applicant company was not prevented from reporting on all the details concerning the case of C, only from revealing her identity."

Auf der anderen Seite verdiene die Anonymität der Opfer von (Sexual-)Verbrechen gerade bei Kindern wegen ihrer Verletzlichkeit fraglos einen ganz besonderen Schutz

"53. On the other hand there is no doubt that the identity of the victim of a crime deserves particular protection on account of his or her vulnerable position, all the more so in the instant case as C was a child at the time of the events and had become the victim of violence and sexual abuse. In this connection the Court refers to Article 31 of the Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, which obliges the Contracting States 'to take the necessary legislative or other measures to protect the rights and interests of victims, by protecting their ... identity and ... by taking measures in accordance with international law to prevent the public dissemination of any information that could lead to their identification'. The same concept of protecting the identity of victims of crime has also been recognised in various recommendations adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe (see Recommendations Rec[85]11, Rec[2001]16 and Rec[2003]13, quoted in §§ 24–26 above) as well as in the Court's case-law on Articles 8 and 10 of the Convention (see *Egeland and Hanseid v. Norway*, no. 34438/04, §§ 59–61, 16 April 2009, and *A. v. Norway*, cited above, §§ 71–73)."

Im Fall der «Kronenzeitung» stellte sich zudem die Frage der Einwilligung: Die biologische Mutter des missbrauchten Mädchens – welche zum fraglichen Zeitpunkt kein Sorgerecht an ihrer Tochter hatte – hatte im Jahr 2003 mit der Zeitung kooperiert und ihr auch ein Bild des Mädchens zur Verfügung gestellt. Diese Zustimmung widerrief sie 2005 aber ausdrücklich:

"59. (...) The Court (...) reiterates that the fact that a person cooperated with the press on previous occasions cannot serve as an argument for depriving that person of protection against the publication by the press of photographs revealing his or her identity (see *Egeland and Hanseid*, cited above, § 62)."

---

**Anmerkungen** Wenn der Schutz des Privatlebens für eine Personenkategorie besonders dringlich und wertvoll ist, dann ist er es für die Opfer schwerer Straftaten. Dies gilt besonders für Sexualdelikte und erst recht für minderjährige Opfer. Der Gerichtshof unterstreicht dies in den beiden österreichischen Urteilen zwar nicht zum ersten Mal (vgl. etwa den Zulässigkeitsentscheid N° 30881/09 «Yleisradio Oy u. a. c. Finnland» vom 8. Februar 2011 = *medialex* 2011/2, Urteil 11–71, S. 200 f.); in der Formulierung tut er dies aber besonders sorgfältig und eindringlich.

Seine Begründung lässt kaum Raum für Zweifel an der Notwendigkeit des Vorgehens der österreichischen Behörden. Angesichts der einstimmigen Ausführungen hätte es nicht überrascht, wenn die Angelegenheit im Verfahren für offensichtlich unbegründete Beschwerden erledigt worden wäre.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

---

12-46

### **Pflicht zur Entschuldigung für unfundierte Vorwürfe in privatem Brief ans Fernsehen**

---

Ansehensschutz; Brief an Medien; Ehrverletzung; Entschuldigungspflicht; Meinungsfreiheit; Parlamentarier; public figure; Sorgfaltsmassstab; Tatsachengrundlage

Art. 10 EMRK

---

Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (5. Kammer) vom 21. Februar 2012 (N° 34472/07 «Gasiór c. Polen»)

2003 sandte Wanda Gasiór einen Brief an den Chefredaktor einer polnischen Fernsehsendung, in dem sie scharfe Kritik an einem prominenten Parlamentarier übte, der wegen der Bezahlung eines Hausbaus mit ihrem Schwiegersohn im Streit lag. Ihre schweren Vorwürfe (Unehrlichkeit, Geiz, Übervorteilung) entbehrten nach Ansicht des EGMR einer ausreichenden sachlichen Grundlage. Sie sprengten selbst die weit gezogenen Grenzen, die bei einer Kritik an Politikern zu beachten sind. Die strafrechtliche Verurteilung wegen Ehrverletzung (Pflicht zur Veröffentlichung einer Entschuldigung und zur Bezahlung der Parteikosten des klagenden Parlamentariers) betrachtet der EGMR mit 6 gegen 1 Stimme als verhältnismässig.

In einer abweichenden Sondermeinung weist der isländische Richter darauf hin, dass sich dieser Fall von den üblicherweise zu beurteilenden Diffamierungsfällen unterscheidet, da es hier um eine private Korrespondenz gehe. Die Pflicht zur Publikation einer öffentlichen Entschuldigung für den Inhalt eines unpublizierten privaten Briefs sei unverhältnismässig. Zu beachten sei auch, dass von einer Privatperson nicht dieselbe Sorgfalt verlangt werden könne wie von ausgebildeten Medienschaffenden.

12-47

**Anti-Korruptions-Website hat höhere Sorgfaltspflicht als herkömmliche Presse**

Ansehensschutz; Ehrverletzung; Genugtuung; Identifizierung; Korruptionsvorwurf; Meinungsfreiheit; Namensnennung; NGO; öffentlicher Widerruf; Website

Art. 10 EMRK

Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (5. Kammer) vom 2. Februar 2012 (N° 20240/08 «Ruzovy Panter O.S. c. Tschechien»)

Der Gerichtshof akzeptiert die Verurteilung der privaten Anti-Korruptions-Organisation «Ruzovy Panter» (rosaroter Panther), die 2004 den vollen Namen einer Privatperson veröffentlichte und gleichzeitig die (zumindest irreführende) Andeutung publizierte, sie geschäfte mit Personen, die in Zusammenhang mit einer Steuerhinterziehungsaffäre wegen Mordversuchs verurteilt worden waren. Die tschechische Justiz verpflichtete die Organisation zum öffentlichen Widerruf der Vorwürfe sowie zur Zahlung einer Entschädigung.

Der Gerichtshof betrachtet die Beschränkung der Meinungsfreiheit einstimmig als verhältnismässig. Er teilt die Auffassung der tschechischen Justiz, dass für Publikationen auf der Website einer gegen Korruption kämpfenden Nichtregierungsorganisation (NGO) strengere Sorgfaltsanforderungen gelten als für Veröffentlichungen der herkömmlichen Presse. Eine NGO habe zwar das Recht, mit ihren Publikationen zur Transparenz der behördlichen Aktivitäten beizutragen, müsse dabei aber mit der notwendigen Aufmerksamkeit und Zurückhaltung vorgehen.

33. «(...) En raison de ces devoirs et responsabilités, la protection offerte par l'article 10 est subordonnée à la condition que les intéressés agissent de bonne foi et sur la base de faits exacts, de manière à fournir des informations fiables et précises (voir, *mutatis mutandis*, Fressoz et Roire c. France [GC], n° 29183/95, § 54, CEDH 1999-I; McVicar c. Royaume-Uni, n° 46311/99, § 73, CEDH 2002-III). La Cour souligne que, en l'occurrence, le texte litigieux n'a pas été publié dans la presse commune mais sur le site internet de l'association requérante, qui déclare vouloir lutter contre la corruption dans l'administration; de ce fait, il convient de souscrire à l'avis des tribunaux nationaux selon lequel le public était susceptible de considérer de telles informations comme crédibles et sérieuses. Ainsi, s'il est vrai que, pour mener sa tâche à bien, l'intéressée doit pouvoir divulguer des faits de nature à intéresser le public et contribuer ainsi à la transparence des activités des représentants du pouvoir public, il lui incombe, ce faisant, d'agir avec la vigilance et la modération nécessaires.»

**Anmerkungen** In der Strassburger Rechtsprechung lassen sich allmählich Konturen für unterschiedliche Sorgfaltsmassstäbe bei verschiedenen Publikationen erkennen. Von bestimmten Veröffentlichungen verlangt der Gerichtshof bei ehrenrührigen Vorwürfen tendenziell weniger Abklärung

und Zurückhaltung als von den herkömmlichen Massenmedien. Andere Publikationen hingegen haben sogar höheren Anforderungen zu genügen als die Presse oder der Rundfunk.

Entscheidend ist die Erwartungshaltung der Leserschaft. Von gewissen Organisationen ist sie sich Einseitigkeit und Polemik gewohnt. Zu denken ist etwa an Flugblätter radikaler Gruppierungen oder an gewerkschaftliche Kampfschriften (vgl. dazu das EGMR-Urteil N° 32820/09 «Vellutini & Michel c. Frankreich», medialex 1/2012, Fall 12-8, S. 27 f.: «Gewerkschafter dürfen schärfer polemisieren als Medienschaffende»).

Andere Publikationen hingegen stehen für besondere Seriosität, Sorgfalt und Glaubwürdigkeit. Von ihnen darf das Publikum in der Recherche und der Formulierung tendenziell einen höheren Standard (u. a. weniger Vereinfachung, Verknappung und Zuspitzung) erwarten als von den oft unter erhöhtem Zeitdruck arbeitenden Massenmedien. Dies gilt etwa für wissenschaftliche Veröffentlichungen (z. B. auf historischem Gebiet). Ähnliche Anforderungen stellt das aktuelle Urteil nun auch an die Publikationen von Nichtregierungsorganisationen. Das ist schon deshalb nachvollziehbar, weil der Gerichtshof in anderen Zusammenhängen für seine eigene Argumentation nicht selten auf die Berichte etablierter Menschenrechtsorganisationen (wie Amnesty International) abstellt. Fragen kann man sich höchstens, ob bereits der eigene Anspruch einer Organisation («qui déclare vouloir lutter contre la corruption dans l'administration») bei der Leserschaft eine erhöhte Glaubwürdigkeit zu begründen vermag.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

12-48

**Unbelegte Vorwürfe gegen Untersuchungsrichter verdienten eine Strafe**

Ansehensschutz; Busse; Drohungsvorwurf; Genugtuung; Medienfreiheit; Untersuchungsrichter; Urteils publikation; Strafrecht; Wahrheitsbeweis

Art. 10 EMRK

Zulässigkeitsentscheid des Menschenrechtsgerichtshofs (5. Kammer) vom 10. Januar 2012 (N° 29064/08 und 29979/08 «Floquet & Esménard c. Frankreich»)

In ihrem «Bericht über die Omerta» übte die Journalistin Sophie Floquet 2003 Kritik an der juristischen Aufarbeitung des Todes von Richter Bernard Borrel, der 1995 in Djibouti unter mysteriösen Umständen ums Leben gekommen war. Sie warf zwei französischen Untersuchungsrichtern vor, sie hätten ihre These der Selbsttötung einseitig verfolgt und einem Zeugen mit schweren Nachteilen gedroht.

Auf Strafklage der im Bericht angegriffenen Richter wurden die Journalistin und der Herausgeber zu Bussen von je 2000 Euro und zu einer Genugtuung von insgesamt 5500 Euro sowie zur Urteils publikation in einer Tageszeitung verurteilt. Der EGMR betrachtet diese Sanktionen als menschenrechtskon-

form. Mit Mehrheitsentscheid bezeichnet die 5. Kammer des Gerichtshofs eine Beschwerde wegen Verletzung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) als offensichtlich unbegründet.

Die Journalistin habe ihre gravierenden Vorwürfe gegen die Untersuchungsrichter – die auch das Vertrauen der Öffentlichkeit in das ordnungsgemässe Funktionieren der französischen Justiz schwer beeinträchtigten – nicht belegen können. Im Gerichtsverfahren habe sie nicht einmal versucht, den Wahrheitsbeweis für ihre Anschuldigungen zu erbringen. Die ausgesprochenen Strafen sowie die den angegriffenen Untersuchungsrichtern zugesprochenen Entschädigungen waren nach Auffassung des EGMR nicht überrissen. Der Eingriff sei daher verhältnismässig (in einer demokratischen Gesellschaft notwendig).

12-49

### **Rechtmässig: kritische Artikel über türkischen Premierminister**

Ansehensschutz; Faktengrundlage; Genugtuung; Geschmacklosigkeit; Medienfreiheit; Polemik; Premierminister; Provokation; public figure; Satire; Vorwurf der Geisteskrankheit; Werturteil; Zivilklage

Art. 10 EMRK

Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (2. Kammer) vom 21. Februar 2012 (N° 32131/08 und 41617/08 «Tusalp c. Türkei»)

Journalist Erbil Tuşalp, warf in der Zeitung «Birgün» hochrangigen Politikern rechtswidrige Machenschaften und Korruption vor. Die in zwei Zeitungsartikeln geäusserte Kritik bezog sich auch auf Premierminister Recep Tayyip Erdogan. Premierminister Erdogan empfand verschiedene Formulierungen als persönlichkeitsverletzend und klagte bei der türkischen Ziviljustiz gegen den Journalisten und den Zeitungsverlag.

Nach Auffassung der türkischen Justiz sprengten die Vorwürfe gegen Erdogan die Grenzen akzeptabler Kritik an einem Premierminister. Dies galt etwa für die Unterstellung, der Premierminister leide an psychischen Problemen und sei feindlich gesinnt, sowie die Andeutung, Erdogan sei geisteskrank. Der Journalist und der Verleger wurden zur Bezahlung einer Genugtuungssumme von TRY 10000 (umgerechnet mehr als 5000 Franken) verurteilt.

Nach einstimmiger Auffassung des Gerichtshofs handelte es sich um Werturteile zu Angelegenheiten, die in einer demokratischen Gesellschaft wichtig sind. Sie beruhten auf einer ausreichenden Faktenbasis (u. a. bereits länger öffentlich bekannten Tatsachen) und bewegten sich auch in ihrer Formulierung innerhalb des Erlaubten. Sie waren zwar provokativ und konnten als geschmacklos empfunden werden. Es handelte sich aber nicht um eine mutwillige Verunglimpfung, zumal sie ein satirisches Element hatten. Die drastische Wortwahl könne in diesem Zusammenhang auch als ein Stilmittel gesehen werden.

12-50

### **Absolutes Geheimnis der Beratung unter Geschworenen ist menschenrechtskonform**

Busse; contempt of court; Geheimnis; Geschworenengericht; Medienfreiheit; Meinungsfreiheit; Missachtung des Gerichts; Urteilsberatung; Verhältnismässigkeit

Art. 10 EMRK

Zulässigkeitsentscheid des Menschenrechtsgerichtshofs (4. Kammer) vom 24. Januar 2012 (N° 32844/10 und 33510/10 «Seckerson & Time Newspapers Limited c. Grossbritannien»)

Im englischen Recht ist es absolut untersagt, Informationen über die Beratungen der Geschworenen in einem Strafprozess zu veröffentlichen. Die Times Newspapers Ltd. wurde deshalb – gemeinsam mit dem Sprecher der Geschworenen – wegen Missachtung des Gerichts («contempt of court») verurteilt. Der Sprecher hatte die «Times» 2007 nach dem Schuldspruch in einem Strafprozess wegen Kindstötung kontaktiert, den die Jury nach dreitägiger Beratung mit 10 gegen 2 Stimmen gefällt hatte.

Die Verletzung des Vertraulichkeitsgebots in zwei Sätzen eines längeren Zeitungsberichts (Titel: «Jurors break silence to insist childminder did not kill baby») trug der «Times» eine auf den Contempt of Court Act 1981 gestützte Busse in der Höhe von 15000 britischen Pfund ein.

Nach einstimmiger Auffassung des EGMR ist bezüglich Beratungen einer Jury auch eine ausnahmslose Vertraulichkeit nicht unverhältnismässig, denn die absolute Geheimhaltung soll eine offene, freie und unerschrockene Beratung gerade unter Laienrichtern ermöglichen. Dies diene auch dem Ansehen und der Unabhängigkeit der Justiz. Jede Ausnahme vom Beratungsgeheimnis würde unweigerlich Unsicherheiten schaffen, was den Zweck der Vertraulichkeit aushöhlen könnte. Die Beschwerde wegen Verletzung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) sei offensichtlich unbegründet.

12-51

### **Strafe für homophobe Flugblätter respektiert Meinungsfreiheit**

Meinungsfreiheit

Art. 10 EMRK

Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (5. Kammer) vom 9. Februar 2012 (N° 1813/07 «Vejdeland u. a. c. Schweden»)

Vier Männer im Alter zwischen 26 und 34 Jahren klebten Flugblätter an die Garderobenschränke eines Gymnasiums. Die Flugblätter stammten von der Organisation «National Youth», die – wenn man Wikipedia (<http://en.wikipedia.org/>

wiki/National\_Youth) glauben darf – neofaschistisches und rassistisches Gedankengut verbreitet und sich gegen Pädophilie und entartete Kunst einsetzt. Sie wandten sich gegen homosexuelle Propaganda und beklagten sich darüber, dass die schwedische Gesellschaft, die vor einigen Jahrzehnten die Homosexualität noch abgelehnt habe, heute diese abartige sexuelle Neigung bereitwillig annehme. Obwohl die schwedischen Lehrer wüssten, dass Homosexualität eine moralisch zerstörerische Wirkung auf das Fundament der Gesellschaft habe, würden sie sie als etwas Normales und Gutes darstellen. Die Schüler wurden in den Flugblättern aufgefordert, ihren Lehrern mitzuteilen, dass HIV und AIDS mit den Homosexuellen entstanden seien und dass deren promiskuitiver Lebenswandel einer der primären Gründe dafür darstelle, dass diese neuzeitliche Pest Fuss fassen konnte. Sie sollten ihren Lehrern zudem mitteilen, dass Lobbying-Organisationen der Homosexuellen versuchen würden, Pädophilie zu verharmlosen und diese sexuelle Abweichung zu legalisieren.

Die vier Männer wurden vom zuständigen Strafgericht verurteilt. Das Berufungsgericht erblickte darin eine Verletzung der Meinungsfreiheit und hob die Verurteilungen auf. Der schwedische Supreme Court dagegen verurteilte sie letztinstanzlich zu bedingten Bussen in der Höhe zwischen 200 und 2000 Euro, einen von ihnen auf Bewährung.

Der EGMR weist die dagegen erhobene Beschwerde einstimmig ab. Die Meinungsfreiheit nach Art. 10 EMRK sei betroffen, ihre Einschränkung aber gerechtfertigt. Mit der Verteilung der Flugblätter hätten die Betroffenen eine Auseinandersetzung über einen Mangel an Objektivität in schwedischen Schulen anstossen wollen. Dies stelle wohl einen legitimen Zweck dar, die Formulierungen auf den Flugblättern müssten aber ebenfalls in Betracht gezogen werden. Sie würden zwar nicht direkt hasserfüllte Taten befürworten, aber trotzdem sehr ernste und abwertende Anschuldigungen erheben. Nach Ansicht des Gerichtshofs setzt die Anstachelung zu Hass nicht notwendigerweise voraus, dass zu Gewalt oder strafbaren Handlungen aufgerufen wird. Im Zusammenhang mit rassistischen Äusserungen hatte er vor drei Jahren festgehalten, Angriffe auf Menschen durch Beleidigung, Lächerlichmachen oder Beschimpfung wegen ihrer Zugehörigkeit zu einer besonderen Gruppe könnten genügen, um behördliches Eingreifen zu rechtfertigen. Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung sei genauso ernsthaft wie Rassendiskriminierung. Zudem seien die Flugblätter im vorliegenden Fall an Menschen in einem besonders empfindlichen Alter gerichtet gewesen, die leicht beeindruckbar seien. Darüber hinaus hätten die Schüler über keine Möglichkeit verfügt, sich den Flugblättern zu entziehen. Die vier Männer hätten die fragliche Schule nicht besucht und keinen freien Zugang zu ihr gehabt.

Der schwedische Supreme Court habe festgehalten, den vier Männern komme zwar das Recht zu, ihren Meinungen Ausdruck zu verleihen. Damit einher gehe aber unter anderem die Pflicht, solche Äusserungen zu unterlassen, die andere Menschen in unverantwortlicher Weise beleidigen und einen Angriff auf deren Rechte darstellen.

Angesichts der relativ milden Strafen erachtet das Gericht die Einschränkung von Art. 10 EMRK als gerechtfertigt.

Der Urteilsbegründung sind drei zustimmende Sondervoten (concurring opinions) beigefügt. Zwei dieser Sondervoten

schliessen sich der Meinung des Gerichts, wonach die Einschränkung von Art. 10 EMRK gerechtfertigt sei, nur sehr zurückhaltend an. Ein Sondervotum betont demgegenüber, die Meinungsfreiheit sei vorliegend klarerweise verletzt worden.

**Anmerkungen** Der vorliegende Entscheid des EGMR ist der erste, in welchem das Gericht die Grenzen zulässiger homophober Äusserungen zu skizzieren versucht. Er ist nur sehr cursorisch begründet und wird in seiner Argumentation nur von zwei der sieben Richter getragen. Die drei concurring opinions beleuchten die zentralen Fragen sehr deutlich, die sich im Zusammenhang mit Einschränkungen rassistischer, homophober und anderer Äusserungen, die gewisse Bevölkerungsgruppen herabwürdigen und verletzen, stellen.

1. Der slowenische Richter Zupančič legt seiner Analyse die Praxis des U.S. Supreme Court zugrunde. Diese gründet auf der Einsicht, dass kein objektiver Massstab für die Wahrheit und Richtigkeit einer Äusserung zur Verfügung steht, sich diese vielmehr erst in der kommunikativen Auseinandersetzung in der Öffentlichkeit herauskristallisiert. Diese Einsicht wurde letztlich von Richter Holmes in seiner dissenting opinion zum Entscheid *Abrams v. New York* aus dem Jahr 1919 in den rechtswissenschaftlichen Diskurs eingeführt und dominiert die U.S.-amerikanische Praxis bis heute. Angesichts der menschlichen Tendenz, die eigene Meinung als die richtige zu verstehen und radikale Gegenmeinungen zu unterdrücken, hatte Holmes verlangt, dass nicht der Inhalt der Äusserung Anlass für ihre Einschränkung geben darf, sondern erst die von der Äusserung geschaffene unmittelbare, konkrete Gefahr einer rechtswidrigen Handlung. Vor diesem Hintergrund lässt der U.S. Supreme Court in seiner heutigen Praxis Einschränkungen rassistischer Äusserungen erst dann zu, wenn mit ihnen bezweckt wird, bei den Angesprochenen Todesangst oder jedenfalls Angst vor körperlicher Verletzung hervorzurufen (zu den sog. «true threats» siehe *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 [2003]).

Im vorliegend besprochenen Fall des EGMR lag ohne Zweifel keine solche Situation vor. In Anlehnung an die ebenfalls U.S.-amerikanische Figur der «captive audience» gelangt Richter Zupančič jedoch zum Schluss, dass die Bestrafung der vier Männer eine zulässige Einschränkung von Art. 10 EMRK darstellt. Schulen seien keine der breiten Öffentlichkeit zugänglichen Kommunikationsforen, sondern in gewissem Masse gegenüber Einwirkungen von aussen geschützt. In solchen Situationen hatte der U.S. Supreme Court festgehalten, dass der Freiheit, unpopuläre Äusserungen zu verbreiten, die Interessen der Gesellschaft gegenüberzustellen sind, die Schüler die Grenzen gesellschaftlich angemessenen Verhaltens zu lehren.

Damit gelangt diese concurring opinion zum Ergebnis, die fraglichen Äusserungen hätten im vorliegenden Fall nur deshalb eingeschränkt werden dürfen, weil sie im geschützten Umfeld der Schule stattgefunden hatten. In einer Zeitung beispielsweise dürften sie dagegen wohl nicht verboten werden.

2. Diese U.S.-amerikanisch inspirierte Sicht liegt unausgesprochen auch der concurring opinion des Abteilungspräsidenten Spielmann (Luxemburg) zugrunde. Er verweist zu Beginn seiner Begründung auf die dissenting opinion, die Richter Sajó zum Entscheid *Féret v. Belgium* (15615/07 [2009]) verfasst hatte. In diesem Entscheid hatte der EGMR Sanktionen wegen rassistischer, ausländerfeindlicher Äusserungen

in der Öffentlichkeit als vereinbar mit Art. 10 EMRK beurteilt. In einer sehr an Oliver Wendell Holmes erinnernden Passage hatte Richter Sajó dort ausgeführt: «Les êtres humains, y compris les juges, tendent à qualifier les opinions qui ne leur conviennent pas de proprement inadmissibles et, partant, à exclure de la sphère de l'expression protégée. Or, c'est justement lorsque nous sommes confrontés à des idées qui provoquent notre haine ou notre dégoût que notre jugement doit être le plus réfléchi, dans la mesure où nos convictions personnelles risquent d'influencer nos idées sur ce qui est véritablement dangereux».

Vor diesem Hintergrund, so Abteilungspräsident Spielmann, hätten die mit den infrage stehenden homophoben Äusserungen verfolgten Ziele bedeutend eingehender abgeklärt werden müssen. Er scheint eine Einschränkung von Art. 10 EMRK dann als zulässig zu erachten, wenn die fraglichen Äusserungen vom verdeckten Ziel getragen wären, Homosexuelle zu erniedrigen, zu verletzen oder Hass gegen sie zu säen. Damit unterscheidet er sich vom U.S.-amerikanischen Ansatz, der nur eine Motivation berücksichtigt, die auf körperliche Verletzung oder den Tod zielt.

Trotzdem gelangt er zum Schluss, dass im vorliegenden Fall die Bestrafung vor Art. 10 EMRK stand hält. Entscheidend sind für ihn letztlich dieselben Gründe, wie sie Richter Zupančič in seiner concurring opinion aufführt. Darüber hinaus weist Spielmann ausdrücklich darauf hin, dass homophobes bullying und homophobe Diskriminierung in Schulen ein reales Problem darstellen und auch aus diesem Grund die Einschränkung von Art. 10 EMRK gerechtfertigt erscheint.

3. Am unproblematischsten erscheint die Bestrafung der vier Männer aus Sicht der Meinungsfreiheit Richterin Yudkivska (Ukraine). Homophobe Äusserungen würden von Art. 10 EMRK nicht geschützt; vorliegend handle es sich um solche. Die tragischen Erfahrungen des letzten Jahrhunderts zeigten deutlich, dass rassistische und extremistische Äusserungen bedeutend grösseres Unheil anrichten können als Einschränkungen der Meinungsfreiheit. Es müsse nicht gewartet werden, bis hasserfüllte Äusserungen zu einer realen und unmittelbaren Gefahr für die Gesellschaft würden. Vor dem Hintergrund seiner Geschichte könne sich Europa den Luxus des U.S.-amerikanischen Ansatzes nicht leisten.

4. Die Begründung des Gerichts und die drei concurring opinions stimmen in ihrer Ablehnung homophober Äusserungen überein: Sie verletzen gleichgeschlechtlich orientierte Menschen, setzen sie herab und tangieren sie in ihrer Würde. Keine der Begründungen kann als Verharmlosung solcher Äusserungen gelesen werden.

Eine zentrale Bruchlinie zwischen den vier Begründungen betrifft die Einschätzung der gesellschaftlichen Auswirkungen homophober und anderer diskriminierender Äusserungen. Richter Zupančičs holmesianische Sichtweise auf der einen Seite vertraut implizit darauf, dass unsere Gesellschaft genügend gefestigt ist, um derartigen Äusserungen die notwendige Resistenz entgegenzusetzen zu können, nicht mit Strafbestimmungen, sondern mit «more speech». Sie ist in dem Sinne optimistisch, dass sie der diskursiven Auseinandersetzung in der Öffentlichkeit zutraut, eine überwiegende Mehrheit von der menschenverachtenden Dummheit homophober Äusserungen überzeugen zu können. Diesen Optimismus teilt die concurring opinion von Richterin Yudkivska nicht. Jedenfalls in Europa, so ihre Begründung, belehrt uns die Geschichte eines Besseren. Keine der beiden Begründungen diskutiert diese Frage offen. Sie legen die Gründe

nicht dar, weshalb unsere Gesellschaft heute weitgehend dagegen gefeit ist, dass diskriminierende und entwürdigende Rhetorik in Verletzung und gar Vernichtung umschlagen kann. Ebenso wenig wird näher ausgeführt, weshalb auf der andern Seite die historischen Erfahrungen Europas heute noch eine pessimistische Sicht gesellschaftlicher Resistenz gegenüber menschenverachtender Polemik rechtfertigen. Solche Argumente wären aber unabdingbar, um die beiden Begründungen von Richter Zupančič und Richterin Yudkivska in ihren konträren Ansätzen rational nachvollziehbar zu machen.

Eine weitere Bruchlinie liegt in der Identifikation des Rechtsgutes, das mit der Einschränkung von Art. 10 EMRK vorliegend geschützt werden soll. Der U.S.-amerikanisch inspirierte Ansatz in den concurring opinions von Richter Zupančič und Abteilungspräsident Spielmann geht zunächst davon aus, dass die von den fraglichen Äusserungen betroffenen Menschen vor körperlicher Verletzung geschützt werden sollen. Deshalb sollen solche Äusserungen nur verboten werden dürfen, wenn sie mit genügender Wahrscheinlichkeit zu verletzenden Handlungen führen. Demgegenüber bezweckt die Einschränkung der Meinungsfreiheit nach Ansicht des Gerichts, die betroffenen Einzelnen darüber hinaus vor Entwürdigung und Herabsetzung zu schützen. Dieses Schutzgut wird auch in den Begründungen von Abteilungspräsident Spielmann und von Richterin Yudkivska ins Zentrum gerückt. Die Differenzen zwischen diesen drei Begründungen bestehen nicht in der Anerkennung dieses Schutzgutes. Vielmehr unterscheiden sie sich darin, wie intensiv und unmittelbar dieses Schutzgut tangiert sein muss, um eine Einschränkung der Meinungsfreiheit rechtfertigen zu können. Entsprechend kritisiert Abteilungspräsident Spielmann das Gericht dahingehend, der Massstab, an dem solche Einschränkungen zu messen sind, sei zu vage.

5. Wie eingangs erwähnt, erging der vorliegend diskutierte Entscheid trotz all diesen Differenzen einstimmig. Entscheidend dafür ist, dass die fraglichen Flugblätter in einer Schule aufgehängt wurden. Alle sieben Richterinnen und Richter sind sich letztlich wohl darin einig, dass die vier Männer keinen Zutritt zur Schule hatten und die Schüler angesichts ihres Alters besonders verletzlich sind. Zudem ist es gerade in einer Schule von besonderer Bedeutung, dass auch die Kunst eines engagierten und trotzdem respektvollen Miteinanders im Rahmen diskursiver Auseinandersetzungen eingeübt wird. Dies hatte das Schweizer Bundesgericht mit Bezug auf Hochschulen schon vor vierzig Jahren mit dem Satz festgehalten: «Die Hochschulen können ihre Aufgabe nur erfüllen, wenn eine geistige Atmosphäre herrscht, in der Studenten und Dozenten sich gegenseitig in Achtung begegnen, in Achtung vor dem Können, vor dem kritischen Sinn, vor dem Andersdenken, vor der Menschenwürde all derer, die in der Hochschule arbeiten» (BGE 98 Ib 301 E3 S. 307). Und einig dürften sich die Strassburger Richter auch in der Einsicht gewesen sein, dass Homosexuelle an Gymnasien leicht dem bullying und der Diskriminierung vonseiten ihrer Mitschüler ausgesetzt sein können.

6. Der Entscheid würde wohl mehr zur Entwicklung einer kohärenten Dogmatik im schwierigen Bereich der hate speech beitragen, wenn er enger auf diese Fragen ausgerichtet wäre. Dies hätte es dem Gericht erlaubt, weniger fraktioniert aufzutreten und die im vorliegenden Fall letztlich tragenden Gründe eingehender zu diskutieren.

Prof. Markus Schefer, Basel

12-52

**Kundgebung des VgT zu Unrecht nicht bewilligt**

Bewilligung; gesetzliche Grundlage; Meinungsfreiheit; öffentliches Interesse; Religionsfreiheit; Verhältnismässigkeit; Versammlungsfreiheit

Art. 15, 16, 22, 36 Abs. 3 BV

Urteil des Bundesgerichts vom 19. Dezember 2011  
(1C\_322/2011)

Der VgT hatte für eine Kundgebung am Ostersonntag um eine Bewilligung ersucht, welche ihm allerdings verweigert wurde. Gegen diesen ablehnenden Entscheid erhob er Beschwerde und bekam vom Bundesgericht Recht, da statt einem absoluten Verbot auch mildere Massnahmen (Auflagen) möglich gewesen wären.

Der Verein gegen Tierfabriken (VgT) stellte ein Gesuch um Bewilligung einer Kundgebung am Ostersonntag, 24. April 2011, bei der römisch-katholischen Kirche in Sirnach. Der Verein wollte damit auf die seiner Meinung nach tierquälerische Kaninchenhaltung durch Mitglieder der Kirchenpflege aufmerksam machen. Die Politische Gemeinde Sirnach wies das Gesuch ab. Die in der Folge erhobenen Beschwerden beim kantonalen Departement für Inneres und Volkswirtschaft (DIV) und beim kantonalen Verwaltungsgericht blieben ebenfalls erfolglos. Deshalb wandte sich der VgT ans Bundesgericht und machte eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend, da die Kundgebung hätte bewilligt werden müssen.

Zu Beginn legte das Bundesgericht die Argumentation des vorinstanzlichen kantonalen Verwaltungsgerichts dar. Dieses hatte in § 5 Abs. 2 des kantonalen Ruhetagesgesetzes eine hinreichende gesetzliche Grundlage für die Einschränkung der Meinungs- und Versammlungsfreiheit (Art. 16 und 22 BV) gesehen. Es hat dabei ebenfalls dem öffentlichen Interesse der Religionsfreiheit den Vorzug gegenüber der Meinungs- und Versammlungsfreiheit gegeben und deren Einschränkung als verhältnismässig beurteilt. Das Bundesgericht war mit dieser Argumentation der Vorinstanz nicht einverstanden und erläuterte zuerst die Absichten der Kundgebungsteilnehmer. Diese wollten am Ostersonntag bei den drei Hauptzugängen der Kirche auf dem Trottoir auf die angeblichen Missstände aufmerksam machen, wobei die Organisatoren ausdrücklich zusagten, den Verkehr nicht zu behindern und auf Lärm zu verzichten. Für das Bundesgericht war nicht ersichtlich, wie eine derartige Kundgebung geeignet sein könnte, die Religionsausübung der Kirchenbesucher und damit deren nach Art. 15 BV geschützte Glaubens- und Gewissensfreiheit ernsthaft zu beeinträchtigen. Es vertrat die Ansicht, dass ein absolutes Verbot der Kundgebung nicht notwendig sei, um den Zielsetzungen des Ruhetagesgesetzes nachzukommen. Vielmehr könne die Bewilligungsbehörde mittels Auflagen wie etwa der Verpflichtung zur Wahrung einer bestimmten Distanz zur Kirche oder der Beschränkung der Kundgebung auf zwei der drei Eingänge dafür sorgen, dass die Kirchenbesucher nicht übermässig behindert oder belästigt werden. Zudem könne den Veranstaltern unter-

sagt werden, Lautsprecher einzusetzen oder auf andere Weise die Sonntagsruhe zu stören. Der angefochtene Entscheid gehe nicht auf mildere Massnahmen im Verhältnis zum Kundgebungsverbot ein, obwohl Art. 36 Abs. 3 BV eine solche Prüfung verlange. Die vom Veranstalter angekündigten zwei bis drei Demonstranten an jedem Kircheneingang können nach Meinung des Bundesgerichts bei Einhaltung einer gewissen Distanz zur Kirche offensichtlich keine ernsthafte Bedrohung für den österlichen Frieden darstellen. Aus diesem Grund befand es ein absolutes Verbot der Kundgebung als nicht gerechtfertigt. Folglich hiess es die Beschwerde gut und stellte fest, dass die Kundgebung hätte bewilligt werden müssen.

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

12-53

**Medienzugang zu spektakulärem Jugendstrafprozess per Losentscheid**

Auswahl per Losentscheid; Gleichbehandlungsgebot; Informationsfreiheit; Jugendstrafprozess; Medienzulassung; Öffentlichkeitsausschluss; verweigerter Poollösung; Zufallsprinzip

Art. 10, 14 EMRK

Zulässigkeitsentscheid des Menschenrechtsgerichtshofs (5. Kammer) vom 13. März 2012 (N° 44585/10 «Axel Springer AG c. Deutschland»)

Die Jugendstrafkammer des Landgerichts Ulm beurteilte 2009 die Tötung eines Ehepaares und von dessen Töchtern (in den deutschen Medien als «Vierfachmord von Eisingen» bezeichnet). Da die beiden Angeklagten zum Zeitpunkt der Waffenbeschaffung minderjährig waren, wurde der Strafprozess unter Ausschluss der Öffentlichkeit durchgeführt. Im Gegensatz zum allgemeinen Publikum liess der Vorsitzende der zuständigen Jugendkammer neun ausgeloste Medienschaffende zur Hauptverhandlung zu. Zur Auswahl aus den 40 interessierten Medienschaffenden bildete der Gerichtsvorsitzende drei Kategorien (drei Vertreter der regionalen Presse, drei Vertreter der überregionalen Presse bzw. von Presseagenturen sowie drei Vertreter von Radio und Fernsehen). Innerhalb dieser Kategorien bestimmte er die Zugelassenen durch Losentscheid.

Die im Axel-Springer-Verlag erscheinende «Bild»-Zeitung gehörte im Gegensatz zu «Spiegel», «Stern» und der Nachrichtenagentur dpa («Deutsche Presse Agentur») nicht zu den Ausgelosten. Die «Bild»-Zeitung verlangte danach vergeblich ein anderes Auswahlverfahren als das Zufallsprinzip. Sie konnte sich zwar auf die Berichterstattung der im Sitzungssaal anwesenden Nachrichtenagentur sowie auf die regelmässigen Communiqués des Gerichts stützen, war aber im Gegensatz zu den

vom Losglück profitierenden Medienunternehmen an einer auf eigener Wahrnehmung beruhenden Erörterung gehindert. Dies bedeutete nach Ansicht des Axel-Springer-Verlags eine gravierende Ungleichbehandlung, welche das Diskriminierungsverbot (Art. 14 in Verbindung mit Art. 10 EMRK) missachte.

Der Verlag wehrte sich weder gegen den grundsätzlichen Öffentlichkeitsausschluss noch gegen die Beschränkung der Anzahl zugelassener Medienschaffender. Das Auswahlverfahren hingegen hätte weniger diskriminierend ausgestaltet werden müssen. Dies wäre durch eine Poollösung zu realisieren gewesen, bei der die zugelassenen Berichtersteller ihre Texte den anderen Medienschaffenden zur Verfügung zu stellen hätten. Weniger diskriminierend wäre auch eine alleinige Zulassung von Nachrichtenagenturen gewesen.

Der Gerichtshof hält in seinem einstimmigen Zulässigkeitsentscheid zunächst fest, der einem Medium im Gegensatz zu anderen Medien verweigerte Zugang zum Sitzungslokal tangiere die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK). Es treffe auch zu, dass die «Bild»-Zeitung durch die ihr verweigerte Anwesenheit gegenüber den zugelassenen Medienschaffenden benachteiligt worden sei. Die beschränkte Zulassung diene aber einem berechtigten Zweck, nämlich dem Schutz der jungen Angeklagten. Das von der «Bild»-Zeitung kritisierte Auswahlverfahren war neutral und eröffnete allen Interessierten eine identische Teilnahmechance. Die «Bild»-Zeitung sei auch nicht an jeglicher Berichterstattung gehindert gewesen, denn sie konnte sich u. a. auf die dpa-Texte stützen. Dass die Zulassung einer Presseagentur bloss einem (glücklichen) Zufall zu verdanken sei, tue nichts zur Sache. Der Gerichtshof habe nur den konkreten Fall zu beurteilen und nicht das Auswahlverfahren an sich. Die deutschen Behörden hätten sich im Rahmen des ihnen zustehenden Entscheidungsspielraums bewegt. Die Beschwerde sei daher offensichtlich unbegründet.

**Anmerkungen** Mit der Frage des gleichberechtigten Zugangs von Medienunternehmen zu Informationen hatte sich der Gerichtshof bislang erst selten zu befassen. Nicht nur deshalb ist es bedauerlich, dass die knapp gehaltene Entscheidungsbegründung inhaltlich wenig hergibt.

Das grösste Problem bei der hoheitlichen Auswahl unter verschiedenen Medienunternehmen ist die verkappte Bestrafung inhaltlich unerwünschter Publikationen bzw. die Belohnung behördenfreundlicher Hofberichterstattung. Eine solche Diskriminierungsgefahr besteht bei einer Auswahl nach dem Zufallsprinzip gerade nicht. Vor diesem Hintergrund ist das Ergebnis des Strassburger Verfahrens nicht überraschend.

Ein näheres Hinsehen weckt allerdings gewisse Zweifel an der in Ulm praktizierten Selektionsmethode. Die Zweifel betreffen nicht den guten Willen des vor einer anspruchsvollen Aufgabe stehenden Gerichtsvorsitzenden. Es lässt sich aber schwerlich bestreiten, dass die von der «Bild»-Zeitung aufgezeigte Alternative einer Poollösung seiner Methode überlegen scheint. Sie hätte der gebotenen Gleichbehandlung konkurrierender Medienunternehmen besser Rechnung getragen und dem Medienpublikum eine zumindest vergleichbare Qualität und Vielfalt ermöglicht. Die Poollösung scheint trotz absehbaren praktischen Schwierigkeiten auch nicht von vornherein unpraktikabel: In den audiovisuellen Medien gibt es mit dem Kurzberichterstattungsrecht bei

öffentlichen Ereignissen ein zumindest ansatzweise ähnliches Instrument, das sich nicht schlecht bewährt.

Die Auswahl per Losentscheid erscheint jedenfalls nicht optimal. Dies gilt gerade bei einseitiger Verteilung des Losglücks unter direkten Konkurrenten am Lesermarkt – etwa im theoretisch denkbaren Fall, dass von zwei primär am Kiosk verkauften Sonntagszeitungen nur die eine ausgelost wird. Das braucht nicht zu heissen (und heisst es nach vertretbarer Strassburger Auffassung auch nicht), dass das suboptimale Auswahlverfahren den durch die Menschenrechte abgesteckten, relativ weiten staatlichen Beurteilungsspielraum sprengt. Es kann aber heissen: Was (noch) rechtmässig ist, ist nicht zwangsläufig zweckmässig – und auch nicht unbedingt nachahmenswert.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

12-54

### La condamnation pénale d'un professeur pour refus de donner accès à ses travaux ne porte pas atteinte à la Convention

Droit au respect de la vie privée et familiale; liberté d'expression

Art. 8, 10 CEDH

Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (Grande Chambre) du 3 avril 2012 (n° 41723/06 «Gillberg c. Suède»)

Le requérant, Christopher Gillberg, est professeur et directeur du département de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent à l'Université de Göteborg. Il a été responsable pendant plusieurs années d'un projet de recherche de longue durée sur l'hyperactivité. Des assurances de confidentialité absolues furent données aux parents des enfants qui participaient à l'étude, et par la suite aux jeunes gens eux-mêmes. En 2002, l'Université de Göteborg rejeta la demande, émanant de deux autres chercheurs, de consulter les travaux de recherche; en février 2003, la Cour administrative d'appel jugea qu'il fallait leur accorder l'accès aux documents dès lors qu'ils avaient démontré avoir un intérêt légitime et que l'on pouvait supposer que le traitement de données confidentielles leur était familier. Il revenait à l'université de préciser les conditions d'accès, aux fins de protéger l'intérêt des individus concernés par l'étude. Informé en août 2003 que les deux chercheurs avaient un droit d'accès immédiat aux documents conformément aux arrêts de la Cour administrative d'appel, M. Gillberg refusa de remettre les documents. A la suite de discussions à ce sujet, l'université décida, en janvier et en février 2004 respectivement, de refuser l'accès aux documents. Cette décision fut annulée par deux arrêts de la Cour administrative d'appel du 4 mai 2004. Quelques jours plus tard, des collègues de M. Gillberg détruisirent les travaux de recherche. En juin 2005, M. Gillberg fut condamné pour abus de fonction à une peine avec sursis et à une amende d'un montant équivalant à 4000 euros. Le pré-

sident de l'université et les fonctionnaires qui avaient détruit les travaux de recherche furent également condamnés. En février 2006, la condamnation de M. Gillberg fut confirmée par la Cour d'appel. Dans son arrêt de chambre du 2 novembre 2010, la Cour a conclu à la non-violation des articles 8 et 10 de la Convention.

La Grande Chambre souligne que la Cour n'est compétente que pour examiner si la condamnation pénale de M. Gillberg a emporté violation des droits de l'intéressé découlant des articles 8 et 10. Ce qu'il appartient à la Cour de rechercher, c'est si la condamnation pénale du requérant pour abus de fonction s'analyse en une ingérence dans sa «vie privée» au sens de l'article 8. Elle observe que d'après sa jurisprudence, une personne ne peut – comme l'a fait M. Gillberg – invoquer l'article 8 pour se plaindre d'une atteinte à sa réputation qui résulterait de manière prévisible de ses propres actions, telle une infraction pénale. De plus, elle n'a jamais admis dans sa jurisprudence qu'une condamnation pénale – susceptible de causer une souffrance sur le plan personnel – constitue en soi une atteinte au droit de la personne condamnée au respect de sa vie privée. La condamnation de M. Gillberg, en vertu du Code pénal, pour abus de fonction commis en tant que fonctionnaire n'est pas le résultat d'une application imprévisible des dispositions pertinentes. L'infraction en question n'a pas de lien évident avec le droit du requérant au respect de sa vie privée, puisqu'elle concerne des actes et omissions d'ordre professionnel commis par des fonctionnaires dans l'exercice de leurs tâches. La Cour en conclut qu'il n'y a pas eu atteinte aux droits du requérant découlant de l'article 8.

La Cour n'exclut pas qu'un droit «négatif» à la liberté d'expression – tel celui invoqué par M. Gillberg – soit protégé par l'article 10 de la Convention. Concernant cependant les circonstances de l'espèce, elle observe que les documents qu'il a refusé de remettre étaient la propriété de l'Université de Göteborg. Il s'agissait dès lors de documents publics soumis au principe de l'accès public en vertu de la législation suédoise applicable, c'est-à-dire de la Loi sur la liberté de la presse et de la Loi sur le secret. Il s'ensuit que le caractère confidentiel ou non des documents ne pouvait être déterminé qu'après le dépôt d'une demande d'accès, et qu'une autorité publique ne pouvait par avance conclure avec une tierce partie un accord visant à soustraire certains documents officiels à ce droit d'accès. Les juridictions suédoises qui ont condamné M. Gillberg ont considéré que les assurances de confidentialité données aux participants à l'étude étaient allées plus loin que ne l'autorisait la Loi sur le secret. De plus, les juridictions pénales étaient liées par les décisions des juridictions administratives, qui avaient réglé la question de savoir s'il fallait remettre les documents aux deux chercheurs, et à quelles conditions. Selon les juridictions suédoises, les déclarations internationales adoptées par l'Association médicale mondiale – sur lesquelles M. Gillberg s'appuyait, affirmant que l'éthique en matière de recherche lui interdisait de divulguer les documents – n'avaient aucune primauté sur la législation suédoise. Dans ce contexte, la Cour note que M. Gillberg n'était pas lié par le secret professionnel comme s'il avait été le médecin ou le psychiatre des participants à l'étude. De plus, aucune obligation légale de confidentialité ni aucun ordre émanant de son employeur public n'empêchaient M. Gillberg de se conformer aux arrêts de la Cour administrative d'ap-

pel. L'intéressé n'a pas présenté d'éléments à l'appui de son argument selon lequel les assurances de confidentialité aux participants avaient été une exigence du comité d'éthique de l'université. La Cour ne saurait souscrire au point de vue de M. Gillberg selon lequel il avait un droit «négatif» autonome à la liberté d'expression, alors que les travaux de recherche étaient la propriété de l'université. Conclure que le requérant jouissait d'un tel droit irait à l'encontre du droit de propriété de l'université.

Enfin, la Cour estime que la situation de M. Gillberg ne peut être comparée à celle d'un journaliste protégeant ses sources ou à celle d'un avocat lié par le secret professionnel vis-à-vis de ses clients. Les informations qu'un journaliste diffuse en s'appuyant sur ses sources appartiennent généralement au journaliste lui-même ou au média concerné, tandis qu'en l'espèce les éléments du dossier de recherche étaient la propriété de l'université et relevaient dès lors du domaine public. Etant donné que le requérant n'avait pas été mandaté par les participants à l'étude, il n'était pas lié par le secret professionnel comme un avocat aurait pu l'être. La Cour conclut qu'il n'y a pas eu d'atteinte aux droits de M. Gillberg découlant de l'article 10.

---

**Commentaire** Il est heureux que cette décision ait été prise à l'unanimité des juges. En effet, la communauté scientifique attendait la Grande Chambre au tournant, et d'éventuelles opinions dissidentes n'auraient fait qu'aviver son ressentiment à l'égard d'un prononcé qui, selon elle, freine le recrutement de volontaires pour des études sur l'être humain. Les chercheurs, en premier lieu ceux qui opèrent dans les domaines de la médecine et des sciences sociales où les garanties de confidentialité sont un gage de succès, attendaient en effet plus de compréhension pour l'un des leurs, une sommité de la neuropsychiatrie coupable d'avoir privilégié la déontologie, qui lui commandait de respecter l'anonymat promis, sur le principe de publicité des documents officiels, une institution qui, en Suède, a valeur de pierre angulaire de la démocratie. À témoin, la peine privative de liberté qui sanctionne sévèrement qui fait obstacle à la transparence. Que les scientifiques se rassurent: ce jugement ne consacre nullement la primauté absolue de la publicité des documents officiels sur les promesses de confidentialité. Comme l'a, à juste titre, souligné la Grande Chambre, le présent litige trouve son origine dans l'accès consenti par la justice suédoise à deux collègues du recourant, désireux de vérifier la pertinence de la méthodologie mise en œuvre par le fameux professeur suédois. Qui plus est, l'autorisation de consultation avait été assortie de charges destinées à protéger la personnalité des enfants impliqués; on notera en particulier l'obligation d'examiner sur place les documents requis et l'interdiction de les copier. Dans ces conditions, pas question pour le premier curieux venu d'invoquer l'arrêt Gillberg pour accéder à des données sensibles sur l'un ou l'autre participant à des études scientifiques. Cela dit, il importe de mettre en exergue deux enseignements du présent arrêt, lesquels valent leur pesant d'or dans des pays qui, comme le nôtre, ne peuvent se targuer d'une longue et solide tradition de publicité de documents officiels. Premier enseignement: en aucun cas les textes déontologiques ne l'emportent sur les règles de droit contraignant (considérant 87). Rien de plus logique à vrai dire; les pré-

ceptes que se donnent les professionnels, aussi louables soient-ils, ne sauraient mettre en échec la volonté du législateur, démocratiquement investi du pouvoir de régir la société. Concrètement parlant, la déclaration dite d'Helsinki, qui pose les principes éthiques appelés à gouverner la recherche médicale, doit s'effacer devant le principe de transparence des institutions étatiques, qui vaut également pour les universités publiques. Autrement dit, il appartient à la seule législation sur la publicité des documents officiels de définir, que ce soit explicitement par des normes circonstanciées ou généralement par le biais de clauses de secret de la vie privée, sujettes à interprétation, dans quelle mesure et à quelles conditions la consultation des données brutes d'une recherche peut être limitée au nom de la protection de la personnalité des sujets étudiés. Le renversement du paradigme du secret par celui de la publicité ayant fait perdre à l'administration toute maîtrise sur le statut des documents qu'elle détient, il ne lui est plus loisible de les frapper, à sa guise, du sceau du secret. Partant, promettre à des tiers que les informations qui les concernent demeureront en tout état de cause confidentielles est désormais impossible.

Deuxième enseignement: de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme, qui proclame la liberté de l'information, ne se déduit pas l'existence d'une quelconque protection des sources des chercheurs; si les journalistes peuvent se prévaloir de cette disposition pour refuser de révéler l'identité de leurs informateurs, il n'en va pas de même des scientifiques. «Inégalité de traitement!», prétendaient, à corps et à cris, les avocats du professeur Gillberg. «Nullément!», a répondu la Cour, qui relève que les données en jeu sont de nature différente: «Les informations qu'un journaliste diffuse en s'appuyant sur ses sources appartiennent généralement au journaliste lui-même ou au média concerné, tandis qu'en l'espèce les éléments du dossier de recherche étaient considérés comme étant la propriété de l'université de Göteborg et comme relevant dès lors du domaine public» (considérant 95).

Enfin, on se doit de rapprocher le présent arrêt du jugement du Tribunal fédéral du 28 octobre 2010 (1C-284/2010; publié in «Medialex» 2011, p. 38s avec un commentaire de A. Flückiger) qui, en dépit d'assurances de confidentialité, avait autorisé la révélation des noms des personnes interviewées lors d'une étude sur la montée de la violence urbaine réalisée par un professeur de psychologie de l'Université de Berne. Les deux sentences soulignent l'importance de connaître les conditions dans lesquelles des travaux de recherche ont été conduits. Sans accès aux sources, l'exercice de la critique, qui conditionne tout progrès scientifique, est gravement entravé. On saura gré aux juges de Strasbourg et de Lausanne d'avoir pris le parti de cette exigence qualitative; quitte à écorner un anonymat promis trop hâtivement.

Prof. Bertil Cottier, Lugano/Lausanne

12-55

### Zugang zum Arbeitsvertrag von alt Bundesanwalt Beyeler muss gewährt werden

Anwendungsbereich; besonders schützenswerte Personendaten; Interessenabwägung; öffentliches Interesse; Privatsphäre

Art. 27 Abs. 3 BPG; Art. 2 Abs. 1, 2, Art. 3 Bst. b, Art. 7 Abs. 2, Art. 9 Abs. 2 BGÖ; Art. 19 DSG; Art. 7 BPDV

Empfehlung des EDÖB vom 22. Februar 2012

Der EDÖB sprach sich im ersten Teil seiner Erwägungen dafür aus, dass die Bundesanwaltschaft weiterhin in den Anwendungsbereich des BGÖ fällt, soweit sie administrative Aufgaben erledigt. In einem zweiten Teil nahm er eine Interessenabwägung vor und kam zum Schluss, dass die öffentlichen Interessen an einer Zugänglichmachung des Arbeitsvertrages mit dem ehemaligen Bundesanwalt Erwin Beyeler dessen private Interessen überwiegen.

Ein Journalist reichte bei der Bundesanwaltschaft ein Gesuch um Zugang zum «Arbeitsvertrag, der Bundesanwalt Erwin Beyeler das Verweilen in der Bundesanwaltschaft bis Ende Februar 2012 ermöglicht» ein. Die Bundesanwaltschaft wies dieses Gesuch ab, worauf der betreffende Journalist einen Schlichtungsantrag beim EDÖB einreichte.

Zuerst hatte sich der EDÖB mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die Bundesanwaltschaft in den Anwendungsbereich des BGÖ fällt. Bis zum 31. Dezember 2010 wurde sie nämlich im Anhang 1 der RVOV als Verwaltungseinheit der dezentralen Bundesverwaltung aufgeführt und war deshalb gestützt auf Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ dem Öffentlichkeitsgesetz unterstellt. Mit dem Inkrafttreten des StBOG am 1. Januar 2012 wurde auch der Anhang 1 der RVOV angepasst und die Bundesanwaltschaft dort nicht mehr aufgeführt. Deshalb stellte sich für den EDÖB die Frage, ob das BGÖ weiterhin auf die Bundesanwaltschaft Anwendung finden soll. Er kam nach einer Analyse des StBOG zum Ergebnis, dass eine spezialgesetzliche Bestimmung fehlt, die den Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes für die Bundesanwaltschaft explizit regelt. Nun war zu klären, ob es sich dabei um eine echte Gesetzeslücke handelt oder ob der Gesetzgeber im Sinne eines qualifizierten Schweigens bewusst auf eine Regelung verzichtet hat. Dazu analysierte der EDÖB die Entstehungsgeschichte des StBOG. Die Bundesanwaltschaft unterstand dem BGÖ seit dessen Inkrafttreten. Auch gemäss dem ursprünglichen Entwurf des StBOG war die Bundesanwaltschaft noch in die Bundesverwaltung eingegliedert. Im Verlauf der parlamentarischen Beratung wurde die Bundesanwaltschaft dann aber als Organ der Rechtsanwendung aus der Bundesverwaltung herausgelöst, womit auch der direkte Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes (Art. 2 Abs. 2 Bst. a BGÖ) wegfiel. Die Aufsicht über die Bundesanwaltschaft war der umstrittenste Teil der StBOG-Vorlage. Man einigte sich schliesslich darauf, die Bundesanwaltschaft durch eine von der Vereinigten Bundesversammlung gewählte Behörde beaufsichtigen zu lassen. Damit wollte man ihre Unabhängigkeit besser schützen. Der EDÖB sieht

allerdings keine Anhaltspunkte dafür, dass man damit die Bundesanwaltschaft vom BGÖ ausnehmen wollte. Einerseits habe eine beträchtliche Minderheit bis zuletzt dem früheren Aufsichtsmodell (Eingliederung in die Bundesverwaltung) den Vorzug gegeben, andererseits werde die Bundesanwaltschaft im StBOG systematisch nach wie vor unter dem Titel «Strafverfolgungsbehörde des Bundes» aufgeführt. Zudem ist nach Meinung des EDÖB nicht nachvollziehbar, warum die Bundesanwaltschaft vom Öffentlichkeitsgesetz ausgenommen sein soll, wenn selbst die Bundesgerichte das BGÖ in administrativen Belangen sinngemäss anwenden. Aus diesen Gründen ging der EDÖB davon aus, dass es sich bei der fehlenden Regelung im StBOG betreffend Öffentlichkeitsgesetz für die Bundesanwaltschaft nicht um ein qualifiziertes Schweigen, sondern um eine echte Gesetzeslücke handelt. Diese planwidrige Unvollständigkeit sei von den rechtsanwendenden Organen zu beheben, womit das Öffentlichkeitsgesetz für die Bundesanwaltschaft anwendbar sei, soweit diese administrative Angelegenheiten erfülle. In der Folge kam der EDÖB auch zum Schluss, dass der Abschluss eines Arbeitsvertrages durch die Bundesanwaltschaft als administrative Aufgabe gilt, da die Bundesanwaltschaft in diesem Bereich Verfügungskompetenz besitzt. Da zudem eine explizite Bestimmung fehlt, welche die Bundesverwaltung vom Öffentlichkeitsgesetz ausnehmen würde, subsumierte er die vorliegende Angelegenheit unter den persönlichen Geltungsbereich von Art. 2 Abs. 1 Bst. b BGÖ.

Danach hatte der EDÖB konkret zu prüfen, ob gemäss BGÖ ein Recht auf Zugang zum Arbeitsvertrag von Erwin Beyeler besteht. Dabei kam er entgegen der Auffassung der Bundesanwaltschaft zum Schluss, dass Art. 27 Abs. 3 BPG bzw. Art. 7 BPDV das Öffentlichkeitsgesetz nicht als *lex specialis* verdrängen. Gesuche um Zugang zu einem Dokument aus einem Personaldossier seien deshalb entsprechend den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes zu beurteilen. Da im vorliegenden Fall eine Anonymisierung nicht möglich war, musste der EDÖB die Sache nach den Vorschriften des DSG über die Bekanntgabe von Personendaten durch Bundesorgane beurteilen (Art. 9 Abs. 2 BGÖ i. V. m. Art. 19 DSG). Bei Zugangsbegehren zu Dokumenten aus dem Personaldossier geht in der Regel die Privatsphäre des einzelnen Bundesangestellten dem Interesse der Allgemeinheit vor. Allerdings kann gemäss Art. 19 Abs. 1<sup>bis</sup> DSG der Zugang zu Dokumenten aus dem Personaldossier gewährt werden, wenn die betreffenden Personendaten im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben stehen (Bst. a) und die Behörde zum Schluss gelangt, dass das öffentliche Interesse den Schutz der Privatsphäre der betroffenen Person überwiegt (Bst. b). Der EDÖB prüfte die zwei Bedingungen in der Folge. Er kam dabei zum Schluss, dass Herr Beyeler in seiner Funktion als Bundesanwalt eine Person des öffentlichen Lebens ist und deshalb ein öffentliches Interesse an seinem Wirken und insbesondere an seiner Weiterbeschäftigung nach der Nicht(wieder)wahl besteht. Gerade weil es sich beim fraglichen Dokument nicht um einen Arbeitsvertrag, sondern um einen Vertrag mit Spezialkonditionen handle, der einzig zum Zweck abgeschlossen wurde, alt Bundesanwalt Beyeler eine vorzeitige Pensionierung ohne grössere finanzielle Einbussen zu ermöglichen, bestehe ein erhebliches Interesse der Öffentlichkeit, zu erfahren, zu welchen Bedingungen diese Weiterbeschäftigung erfolgt sei. Damit würden Spekulationen über eine unge-

bührliche Privilegierung verhindert. Bei der Interessenabwägung hatte der EDÖB auf der anderen Seite das Interesse der betroffenen Person am Schutz ihrer Privatsphäre zu berücksichtigen. Da sich die Bundesanwaltschaft weigerte, dem EDÖB den Arbeitsvertrag von Herrn Beyeler offenzulegen, konnte jener nicht abschliessend beurteilen, ob das fragliche Dokument auch besonders schützenswerte Personendaten gemäss Art. 3 Bst. c DSG enthält. Da ein solcher Vertrag üblicherweise keine besonders schützenswerten Personendaten enthalte, werde die Privatsphäre von Erwin Beyeler – wenn überhaupt – nur geringfügig beeinträchtigt. Der EDÖB entschied deshalb, dass die Bundesanwaltschaft Zugang zum Arbeitsvertrag gewähren müsse, den sie mit Herrn Beyeler für den Zeitraum von Januar 2012 bis Februar 2012 abgeschlossen hat.

---

**Commentaire** Si une phrase de cette recommandation doit être retenue, c'est bien la suivante: «Mangelnde Verwaltungsöffentlichkeit fördert Spekulationen darüber, ob die Verwaltung Einzelne ungebührlich benachteiligt oder privilegiert» (cons. 34 in fine). Ainsi est défini, en quelques mots bien sentis, l'enjeu du présent litige. Tout tourne en effet autour du risque de voir l'exception de protection de la vie privée, instituée à l'art. 7 al. 2 LTrans, servir de paravent à de douteux arrangements.

Conscient de ce risque, le législateur avait consacré une exception à l'exception: la clause de vie privée peut être mise en échec si «un intérêt public à la transparence est exceptionnellement jugé prépondérant» (art. 7 al. 2 LTrans in fine). Le lecteur attentif aura toutefois remarqué que si *exception à l'exception* il y a, celle-ci ne peut être invoquée qu'*exceptionnellement*. Autant dire que ces chassés-croisés d'un législateur embarrassé – à l'heure de consacrer pour la première fois la publicité des documents officiels, il peinait encore à rompre avec la profonde culture de la confidentialité qui caractérise notre pays – laissaient augurer des temps plutôt difficiles pour le peu de transparence des données personnelles concédé par la loi.

Heureusement, il n'en a rien été. Le Préposé fédéral à la transparence veillait au grain: à chaque fois qu'il a soupçonné un détournement de l'exception de vie privée (ou de son dérivé, celle de secret d'affaires), il a émis une recommandation favorable à la publicité; notamment lorsque des personnalités publiques ou des haut-fonctionnaires étaient impliqués. Ainsi s'est-il prononcé en faveur de la consultation de documents relatifs à des détournements de fonds commis par le président d'une importante fondation publique (recommandation du 11 décembre 2008); il en est allé de même, par la suite, des conventions de départ de deux ex-secrétaires généraux du DFJP (recommandation du 9 février 2009, confirmée par le TAF le 11 février 2011). Dernier cas en date, celui qui nous occupe. De tous, c'est sans hésitation le plus emblématique; rien de plus étrange en effet que le réengagement, après sa non-réélection par le parlement, de l'ancien procureur de la Confédération pour une durée très limitée de deux mois; avec, à la clef, des rumeurs d'entourloupe destinée à conforter la caisse de retraite d'une personne abruptement congédiée. Qu'un journaliste veuille y voir plus clair était donc parfaitement justifié.

Outre qu'elle témoigne, une fois de plus, de la ferme volonté du Préposé de ne pas surpondérer la protection de la *privacy*, cette affaire jette une lumière crue sur les manœuvres dilatoires du Ministère public pour si ce n'est empêcher, du moins

retarder à tout prix l'accès au contrat litigieux. Après avoir tenté d'arguer, à tort, de son non-assujettissement à la LTrans, il s'est obstiné à refuser de remettre copie de l'objet du litige au Préposé (alors qu'il en a l'obligation en vertu de l'art. 20 al. 1 LTrans). Mal lui en a pris: le Préposé n'ayant pu prendre connaissance du document litigieux, il ne lui a pas été possible de tenir compte d'éventuelles données personnelles sensibles qui auraient pu, le cas échéant, faire pencher la balance vers un refus d'accès.

Prof. Bertil Cottier, Lugano/Lausanne

12-56

### **EDÖB heisst die Veröffentlichung von Sitzungsprotokollen der AHV/IV-Kommission gut**

Datenschutz; Geltungsbereich; öffentliches Interesse; Personendaten; Privatsphäre; Zugangsgesuch

Art. 2 Abs. 2 Bst. a, Art. 4 Bst. a, Art. 8 Abs. 1 Bst. a, Art. 9 Abs. 1 BGÖ; Art. 19 Abs. 1<sup>bis</sup> DSG; Art. 57a RVOG; Art. 7a RVOV

Empfehlung des EDÖB vom 22. Dezember 2011

Der EDÖB gewährte Zugang zu Sitzungsprotokollen der AHV/IV-Kommission und verneinte die Einwände des Bundesamtes für Sozialversicherung (BSV) hinsichtlich des Geltungsbereichs des BGÖ und des Datenschutzes.

Ein Journalist verlangte von der Eidgenössischen Kommission für die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung Zugang zu ihren Sitzungsprotokollen vom 1. Januar 2009 bis zum 8. Mai 2010. Vom Bundesamt für Sozialversicherung (BSV) erhielt er die Antwort, dass eine Veröffentlichung nicht möglich sei, da ausserparlamentarische Kommissionen vom Geltungsbereich des BGÖ ausgenommen seien und die Protokolle Personendaten enthalten würden. Als Reaktion auf diese Antwort reichte der Journalist einen Schlichtungsantrag beim EDÖB ein.

Zuerst nahm sich der EDÖB des Arguments des BSV an, die AHV/IV-Kommission unterstehe als ausserparlamentarische Kommission nicht dem BGÖ. Er wies in seiner Stellungnahme darauf hin, dass das Bundesverwaltungsgericht in seinem Entscheid vom 17. Juni 2011 entschieden hat, dass Verwaltungskommissionen seit dem 1. Januar 2009 dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehen. Ergänzend komme hinzu, dass Art. 7a RVOV seit dem 1. August 2010 vorsehe, dass zur dezentralen Bundesverwaltung auch die ausserparlamentarischen Kommissionen nach Art. 57a RVOG gehören. Folglich kam der EDÖB zum Schluss, dass die AHV/IV-Kommission als Verwaltungskommission der Bundesverwaltung im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Bst. a BGÖ zuzurechnen ist und deswegen das BGÖ auf die von ihr erstellten Dokumente anwendbar sei. Der EDÖB befand die Protokolle für grundsätzlich zugänglich, da keine spezielle Geheimhaltungsnorm gemäss Art. 4 Bst. a BGÖ vorlag und für die Sitzungsprotokolle der Ausnahmegrund von Art. 8 Abs. 1 Bst. a BGÖ nicht anwendbar war.

Deshalb überprüfte der EDÖB in der Folge, ob der Zugang aus Datenschutzgründen nicht gewährt werden kann, wie dies das BSV behauptete. Dabei führte er zuerst aus, dass der in Art. 9 Abs. 1 BGÖ vorgesehene Schutz von Personendaten nicht im gleichen Umfang für Mitarbeitende der öffentlichen Verwaltung und für Kommissionsmitglieder gelte. Diese Personen müssten sich die in ihrer öffentlichen Funktion vertretenen Ansichten und Positionen anrechnen lassen, wenn deren Veröffentlichung keine konkreten Nachteile für sie habe. Da der EDÖB in der Veröffentlichung der Protokolle keine konkreten Nachteile für Mitglieder der öffentlichen Verwaltung und Kommissionsmitglieder erkannte, mussten ihre Namen nicht anonymisiert werden. Danach wandte sich der EDÖB den in den Sitzungsprotokollen erwähnten Drittpersonen und privaten Institutionen zu. Zuerst wies er darauf hin, dass gemäss Art. 19 Abs. 1<sup>bis</sup> DSG in Ausnahmefällen auch Personendaten bekannt gegeben werden, wenn diese im Zusammenhang mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe stehen und an deren Bekanntgabe ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht. In der Bekanntgabe der Namen der beteiligten Institutionen und Organisationen sah der EDÖB keine Beeinträchtigung der Privatsphäre. Ebenso vertrat er die Ansicht, dass an der Veröffentlichung von Personendaten eines Unternehmens, das an einer Sitzung eine Werbekampagne präsentierte, ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht. Er gestattete allerdings eine Einschwärzung der Vertreter der Institutionen und Organisationen, soweit sie nicht in behördlicher Funktion tätig sind, sowie der Mitarbeiter des betreffenden Unternehmens.

12-57

### **Les tarifs de primes d'assurance-maladie constituent, avant leur publication, un secret d'affaires digne de protection**

Notions de document officiel et de secret d'affaires

Art. 5, 7, 14 LTrans

Recommandation du 19 décembre 2011 du PFPDT

Le 19 mai 2010, l'OFSP a accordé au demandeur (journaliste) un accès intégral et sans restriction aux tarifs de primes soumis par deux assureurs-maladie, ainsi qu'aux lettres d'approbation pertinentes. Il a refusé de lui donner accès aux autres documents, en invoquant les exceptions prévues à l'art. 7, al. 1, let. b et g LTrans, notamment la protection des secrets d'affaires.

En vertu de l'art. 5 LTrans, le principe de transparence ne s'applique qu'aux documents officiels, soit lorsque les trois conditions suivantes, fixées à l'al. 1, sont réunies: l'information doit: avoir été enregistrée sur un quelconque support (let. a); être détenue par l'autorité dont elle émane ou à laquelle elle a été communiquée (let. b); concerner l'accomplissement d'une tâche publique (let. c).

Selon l'art. 7, al. 1, let. g LTrans, «le droit d'accès est limité, différé ou refusé [...] lorsque l'accès à un document offi-

ciel peut révéler des secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication». Le Tribunal fédéral définit le secret d'affaires comme «toute connaissance particulière qui n'est ni de notoriété publique ni facilement accessible et que son détenteur a un intérêt légitime à garder secrète. Par secrets commerciaux, on entend des informations qui peuvent avoir une incidence sur le résultat commercial; il peut s'agir notamment de connaissances relatives à l'organisation, la calculation des prix, la publicité et la production.»

Le Préposé est d'avis que la divulgation de ces données commerciales créerait un avantage concurrentiel pour un autre assureur. Ces informations constituent donc un secret d'affaires au sens de l'art. 7, al. 1, let. g LTrans.

12-58

### EDÖB heisst Veröffentlichung von KNS-Protokoll mit zwei geschwärzten Passagen gut

Gebühren; Verhältnismässigkeit; Zugangsgesuch

Art. 8 Abs. 2 BGÖ

Empfehlung des EDÖB vom 16. Dezember 2011

Der EDÖB prüfte auf Anfrage eines Journalisten, wie weit ein Protokoll der Eidgenössischen Kommission für nukleare Sicherheit (KNS) veröffentlicht werden muss. In einem Gespräch einigte er sich mit der KNS und dem Bundesamt für Energie (BFE) auf die Schwärzung von zwei Passagen und eine Gebühr von CHF 250.–.

Ein Journalist stellte ein Gesuch um Einsicht in das «jüngste verfügbare» Protokoll der KNS. Das BFE einigte sich mit dem Antragsteller auf eine Gebühr von CHF 50.– und liess ihm per E-Mail eine Kopie des Sitzungsprotokolls vom 10. März 2010 zukommen. In einem Begleitschreiben hielt das BFE fest, dass das Dokument fast gänzlich abgedeckt werden musste, da es viele Passagen enthalte, die erst zugänglich gemacht werden dürften, wenn der politische oder administrative Entscheid getroffen worden sei. Da der Journalist den Gebührenbetrag für einen fast gänzlich eingeschwärzten Bericht als nicht gerechtfertigt empfand, reichte er beim EDÖB einen Schlichtungsantrag ein.

Der EDÖB traf sich mit dem BFE und der KNS zu einer Besprechung, worauf diese bereit waren, den Zugang zu den meisten Textstellen zu gewähren. Dies hing unter anderem damit zusammen, dass in der Zwischenzeit entsprechende politische und rechtliche Entscheide in der Sache gefällt worden waren. Zwei Passagen des Sitzungsprotokolls sollten allerdings weiterhin abgedeckt bleiben. Einerseits sollte eine Textpassage, die mit dem noch ausstehenden Entscheid des Bundesrates zur Etappe 2 des Standortauswahlverfahrens im Rahmen des Sachplans Geologische Tiefenlager zusammenhing, geschwärzt werden. Andererseits sollte eine Mitteilung des Kommissionspräsidenten betreffend Entschädigungen nicht zugänglich gemacht werden, da diese Passage Ausführungen und Überlegungen zu laufenden Diskussionen enthalte. Der EDÖB war in seiner Stel-

lungnahme damit einverstanden, dass der Zugang zu diesen beiden Passagen gestützt auf Art. 8 Abs. 2 BGÖ zum gegenwärtigen Zeitpunkt aufgeschoben werden kann. Ebenso war er der Ansicht, dass die Gebühr von CHF 250.– angesichts des konkreten Dokuments und der Umstände verhältnismässig war.

### 1.3 Radio- und Fernsehrecht – Droit de la radiodiffusion

12-59

### Schweizer Fernsehen hat VgT nicht diskriminiert

Diskriminierung; Medienfreiheit; Zugangsbeschwerde

Art. 10 EMRK; Art. 91 Abs. 3 lit. b RTVG

Urteil des Bundesgerichts vom 24. Februar 2012  
(2C\_408/2011)

Das Bundesgericht bestätigte einen Entscheid der UBI, die eine Diskriminierung des VgT durch das Schweizer Fernsehen verneint hatte. Der VgT hatte moniert, er werde vom Schweizer Fernsehen boykottiert, und war deshalb mit zwei Zugangsbeschwerden an die UBI gelangt.

Der Verein gegen Tierfabriken (VgT) beabsichtigte 1994, einen Fernsehspot von der SRG ausstrahlen zu lassen, der auf die tierquälische Nutztierhaltung aufmerksam machen sollte. Der EGMR verurteilte die Schweiz zweimal wegen einer Verletzung von Art. 10 EMRK, weil die SRG sich geweigert hatte, den betreffenden Spot auszustrahlen. Darauf revidierte das Bundesgericht im Jahr 2009 seine Urteile und lud die SRG ein, für eine Lösung zur Umsetzung des EGMR-Urteils Hand zu bieten. In der Folge strahlte das Schweizer Fernsehen den Werbespot dreimal aus und berichtete in der «Tagesschau» über die Verurteilung der Schweiz und die Ausstrahlung des Spots.

Der VgT beanstandete 2008 bei der UBI, dass er durch das Schweizer Fernsehen «systematisch und seit Jahren» boykottiert werde. Die UBI trat auf diese Beschwerde nicht ein (Entscheid b.593). Diesen Nichteintretensentscheid hob das Bundesgericht auf. Es war der Ansicht, dass die UBI die Beschwerde als Zugangsbeschwerde hätte prüfen müssen. Der VgT gelangte wiederum an die UBI und beantragte, es sei festzustellen dass das Schweizer Fernsehen mit der Nichterwähnung des Urteils der Grossen Kammer des EGMR das Vielfaltsgebot verletzt habe. Die UBI ihrerseits trat auch diesmal nicht auf die Beschwerde des VgT ein (Entscheid b.607). Das Bundesgericht stützte diesen Entscheid, soweit die Beschwerde als Programmbeschwerde zu verstehen war. Soweit die Eingabe allerdings als Zugangsbeschwerde formuliert war, wies es die Sache zur materiellen Entscheidung an die UBI zurück. Es wies die UBI an, der Frage nachzugehen, ob die unterlassene Berichterstattung über das Urteil der Grossen Kammer des EGMR Teil einer verfassungsrechtlich unzulässigen Diskriminierung des VgT durch das

Schweizer Fernsehen bilde. Dies soll sie sinnvollerweise im Zusammenhang mit der bereits an sie zurückgewiesenen Angelegenheit tun. Mit Entscheid vom 22. Oktober 2010 wies die UBI beide Beschwerden ab. Sie kam zum Schluss, dass keine Hinweise für eine Diskriminierung vorliegen. In der Folge beantragte der VgT beim Bundesgericht, den erwähnten Entscheid der UBI aufzuheben.

Das Bundesgericht führte zuerst aus, dass der EGMR bei einer Ungleichbehandlung nach Art. 10 EMRK prüfe, (1) ob überhaupt eine Ungleichbehandlung vorliegt und (2) gegebenenfalls eine sachliche und vernünftige Rechtfertigung für diese besteht. Demnach könne sich ein Rechtsanspruch auf Zugang zum Programm im Rahmen von Art. 91 Abs. 3 lit. b RTVG und Art. 10 EMRK nur dann ergeben, wenn ein Veranstalter gewissen Parteien, Personen und Gruppierungen direkt oder indirekt Zugang zum Programm gewährt, vergleichbaren Parteien, Personen oder Gruppierungen einen solchen jedoch ohne sachlichen und vernünftigen Grund verwehrt und sie damit rechtsungleich behandelt bzw. diskriminiert.

Der VgT lege allerdings nicht dar, inwiefern er gegenüber anderen Organisationen in vergleichbarer oder rechtserheblich ähnlicher Lage ungleich behandelt worden wäre. Wie die UBI korrekt darlege, komme die journalistische Arbeit mit Blick auf die Informationsmenge, die Anzahl möglicher Themen und die beschränkte Sendezeit nicht ohne eine massive Selektion der verbreitungswürdigen Geschehnisse aus. Die den Programmveranstaltern zugestandene Autonomie diene gerade dazu, ihnen die entsprechende Auswahl zu überlassen und diesen Prozess nicht staatlich zu steuern, sondern lediglich im Rahmen von allfälligen Programmbeschwerden nachträglich zu überprüfen. Eingriffe in die Rechtsstellung der Programmveranstalter dürften nicht über das hinausgehen, was zur Realisierung des Programmauftrags und des pluralistischen Wettbewerbs der Meinungen in Staat und Gesellschaft nötig erscheint. Deshalb soll auch im Rahmen einer Zugangsbeschwerde lediglich aus spezifischen Interessen, beispielsweise zur Herstellung der Chancengleichheit im demokratischen Prozess, im Sinne einer positiven Schutzpflicht des Staates als Garant für die mediale Vielfalt ins Programm eingegriffen werden.

Was die konkrete Berichterstattung des Schweizer Fernsehens über den VgT betrifft, war das Bundesgericht der Ansicht, dass über andere Tierschutzvereinigungen und deren Anliegen teilweise etwas mehr berichtet worden sei. Dies sei jedoch jeweils informations-, themen- und damit sachbedingt gewesen. Allein die Tatsache, dass die zahlreichen in der Schweiz tätigen Tierschutzorganisationen nicht gleich häufig oder gleichwertig Gegenstand von Beiträgen des Schweizer Fernsehens bilden, stelle noch keine diskriminierende Zugangsverweigerung dar. Vielmehr handle es sich dabei um einen Ausfluss der verfassungs- und konventionsrechtlich garantierten Medienfreiheit des Veranstalters. Da der Veranstalter auch gewissen journalistischen Sorgfaltspflichten und qualitativen Vorgaben genügen müsse, könne er nicht in der gleichen Einseitigkeit und Kompromisslosigkeit berichten, wie dies der VgT tun kann. Vor diesem Hintergrund war es für das Bundesgericht sachlich nachvollziehbar, dass unter Umständen andere, grössere Tierschutzorganisationen und deren Einschätzungen tierschutzrelevanter Probleme im Schweizer Fernsehen etwas stärker beachtet werden. Da der VgT über hinreichende andere

Kanäle und Möglichkeiten verfüge, um auf seine Anliegen aufmerksam zu machen, sah das Bundesgericht im Rahmen der vorliegenden Zugangsbeschwerde keine Veranlassung, im Sinne einer positiven staatlichen Schutzpflicht in die Programm- und Medienfreiheit der SRG einzugreifen. Für die relativ geringe Anzahl von Beiträgen bestünden sachliche Gründe (beschränkte Sendezeit, Konkurrenzsituation unter schweizerischen Tierschutzorganisationen, Beachtung journalistischer Sorgfaltspflichten usw.). Zwar habe die SRG unmittelbar nach dem zweiten Urteil des EGMR nicht über dieses berichtet, jedoch im Zusammenhang mit der Ausstrahlung des umstrittenen Werbespots und dem damit verbundenen definitiven Abschluss des entsprechenden Rechtsstreits, was gemäss Bundesgericht gegen eine Diskriminierung spricht. Der blosser Umstand, dass der VgT dieses Ereignis oder andere Anliegen als sehr wichtig empfinde, bedeute nicht, dass ihre Nichterwähnung rechtswidrig wäre. Es gäbe Tausende von anderen Personen und Organisationen, die einen gleichwertigen Anspruch auf Erwähnung geltend machen könnten, was angesichts der beschränkten Sendezeit nicht möglich sei. Als Folge dieser Ausführungen wies das Bundesgericht die Beschwerde des VgT ab, soweit es darauf eintrat.

12-60

### Diskussionssendung «Fokus» versties nicht gegen das Sachgerechtigkeitsgebot

---

Sachgerechtigkeitsgebot; Vielfaltsgebot

Art. 4 Abs. 2 RTVG

---

Urteil des Bundesgerichts vom 19. Dezember 2011  
(2C\_139/2011)

Das Bundesgericht hiess eine Beschwerde der TVO AG gegen einen Entscheid der UBI gut. Die von der UBI beanstandete Diskussionssendung «Fokus» habe das Sachgerechtigkeitsgebot nicht verletzt.

Das UVEK erteilte der TVO AG die Konzession für ein Regionalfernsehen im Versorgungsgebiet 11 (Ostschweiz) und wies zugleich die Bewerbung der Tele Säntis AG ab. Die unterlegene Tele Säntis AG wandte sich gegen diesen Entscheid an das Bundesverwaltungsgericht. Dieses hiess die Beschwerde gut und wies die Sache an das UVEK zurück. Das UVEK solle zusätzlich abklären, ob keine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsfreiheit besteht. Falls eine marktbeherrschende Stellung der TVO AG tatsächlich zu verneinen sei, könne das UVEK die Konzession der TVO AG vergeben.

In der Folge berichtete TVO unter anderem in der Diskussionssendung «Fokus» vom 16. Dezember 2009 über den Entscheid. In der wöchentlich ausgestrahlten Sendung diskutieren in der Regel zwei Gäste unter der Leitung eines Moderators über aktuelle wirtschaftliche, politische und gesellschaftliche Fragen. In der beanstandeten Sendung, die sich mit dem erwähnten Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts und dessen Konsequenzen befasste, nahmen Josef Keller, Regierungsrats-

präsident des Kantons St. Gallen, sowie André Moesch, Geschäftsführer der TVO AG, teil. Die Tele Sántis AG erhob unter anderem gegen diese Ausstrahlung von «Fokus» Beschwerde bei der UBI. Diese hiess die Beschwerde in Bezug auf «Fokus» gut und stellte fest, dass der Beitrag das Sachgerechtigkeitsgebot verletzt habe. Gegen diesen Entscheid der UBI erhob die TVO AG Beschwerde beim Bundesgericht.

Das Bundesgericht hatte zu prüfen, ob die UBI zu Recht einen Verstoß gegen das Sachgerechtigkeitsgebot (Art. 4 Abs. 2 RTVG) durch die Sendung «Fokus» vom 16. Dezember 2009 festgestellt hatte. In seinen Erwägungen hielt es zu Beginn fest, dass das Sachgerechtigkeitsgebot im Gegensatz zum Vielfaltsgebot keine besonderen Anforderungen an die Ausgewogenheit einer Sendung stellt. Das Sachgerechtigkeitsgebot verlange nur, dass Ansichten und Kommentare als solche erkennbar sind. Indem die UBI bei ihrer Beurteilung die Zusammensetzung der Diskussionsrunde überprüfte, habe sie eine Vermischung mit dem Vielfaltsgebot vorgenommen. Das Vielfaltsgebot falle allerdings in Bezug auf die TVO AG von vornherein ausser Betracht, da ihm nur konzessionierte Veranstalter unterstehen.

Weiter untersuchte das Bundesgericht, ob der Zuschauer – wie vom Sachgerechtigkeitsgebot gefordert – durch die vermittelten Tatsachen und Auffassungen in die Lage versetzt wurde, sich eine eigene Meinung zu bilden. Es kam im Gegensatz zur UBI zum Ergebnis, dass für die Zuschauer klar gewesen ist, wer diskutierte und wessen Interessen die Diskussionsteilnehmer vertraten. In der Gesamtwürdigung konnte das Bundesgericht aufgrund der in der Sendung geäußerten Meinungen und Standpunkte keine negative Darstellung bzw. Herabwürdigung der Tele Sántis AG feststellen: «Die Ausführungen zu den möglichen Folgen des Urteils wie auch der wesentlichen Entscheidungsgründe erscheinen keineswegs manipulativ, sondern erweisen sich als sachgerecht. Namentlich die Ausführungen von Josef Keller waren geeignet, dem Zuschauer die Bildung einer Meinung zur Frage der Medienkonzentration im Kanton St. Gallen zu erlauben.» Das Bundesgericht hiess die Beschwerde folglich gut und stellte fest, dass der beanstandete Beitrag das Sachgerechtigkeitsgebot nicht verletzt hat.

12-61

### Beitrag in «Cash TV» zur BVG-Revision war sachgerecht

Berichterstattung im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen; Sachgerechtigkeitsgebot; Vielfaltsgebot

Art. 4 Abs. 2, 4 Abs. 4 RTVG

Urteil des Bundesgerichts vom 18. November 2011  
(2C\_880/2010)

Das Bundesgericht hiess eine Beschwerde der Presse TV AG gegen einen Entscheid der UBI gut. Es stellte fest, dass der von der UBI beanstandete Beitrag in der Sendung «Cash TV» zur Anpassung des Mindestumwandlungssatzes in der beruflichen Vorsorge das Sachgerechtigkeitsgebot nicht verletzt hat.

Die Presse TV AG strahlte im Vorfeld der Abstimmung betreffend die Änderung des BVG (Anpassung des Mindestumwandlungssatzes) am 7. Februar 2010 in der Sendung «Cash TV» ein rund vierminütiges Gespräch zum Thema aus. Der Moderator befragte den Geschäftsleiter von «Swisscanto Vorsorge» zu verschiedenen Aspekten der Rentenberechnung. Die UBI hiess eine Beschwerde gegen diesen Beitrag gut. Der Vertreter der Swisscanto Vorsorge habe die Gelegenheit erhalten, während des gesamten Beitrags seinen partikulären Standpunkt als Befürworter der Abstimmungsvorlage darzulegen. Damit habe die Presse TV AG das Prinzip der Chancengleichheit der verschiedenen Lager im Zusammenhang mit der Berichterstattung im Vorfeld von Abstimmungen verletzt und folglich gegen das Sachgerechtigkeitsgebot verstossen. Gegen diesen Entscheid erhob die Presse TV AG Beschwerde beim Bundesgericht. Sie machte geltend, die UBI habe bei der Beurteilung der Sachgerechtigkeit des Beitrags aus dem Vielfaltsgebot abgeleitete Kriterien angewandt. Als private meldepflichtige Veranstalterin unterliege sie nicht dem Vielfaltsgebot. Das Sachgerechtigkeitsgebot sei seinerseits nicht verletzt worden.

Das Bundesgericht hält in seinen Erwägungen fest, dass die Presse TV AG als meldepflichtige Veranstalterin nicht an das Vielfaltsgebot (Art. 4 Abs. 4 RTVG) und an die in der Rechtsprechung daraus abgeleiteten Grundsätze gebunden ist. Die programmrechtliche Zulässigkeit des Beitrags beurteile sich daher einzig nach den Grundsätzen des Sachgerechtigkeitsgebots (Art. 4 Abs. 2 RTVG). Nur konzessionierte Veranstalter seien zusätzlich an das Vielfaltsgebot gebunden. Diesem müssten sie im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen wegen der ihnen zur Sicherung des Meinungspluralismus übertragenen besonderen Aufgaben bereits im Rahmen einzelner Sendungen und Beiträge Rechnung tragen. Bei nicht konzessionierten, bloss meldepflichtigen Veranstaltern jedoch sei der Gesetzgeber von hinreichendem Aussenwettbewerb ausgegangen, der eine zusätzliche Anbindung an das Vielfaltsgebot erübrigt. Verlangt sei mithin einzig, dass Veranstalter nicht in Verletzung journalistischer Sorgfaltspflichten den Zuschauer in dem Sinn manipuliert, dass er sich kein eigenes Bild mehr machen kann. Dies schliesse auch im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen einseitige Stellungnahmen zum Thema nicht aus, solange für das Publikum erkennbar bleibt, dass bezüglich des Themas unterschiedliche Standpunkte bestehen.

Das Bundesgericht berücksichtigte in seiner Beurteilung des Beitrags, dass der Moderator den Interviewten zumindest mit einem Teil der Gegenargumente konfrontierte und die Gegenposition der Gewerkschaften damit zumindest in Frageform teilweise aufgenommen wurde. Der Beitrag sei zudem relativ früh vor dem Abstimmungstermin ausgestrahlt worden und habe sich an ein avisiertes Publikum gerichtet. Dieses habe sich dreissig Tage vor der Abstimmung nicht ausschliesslich oder wesentlich anhand dieses vierminütigen Beitrags eine definitive Meinung zur komplexen Frage der Reduktion des Umwandlungssatzes gebildet. Die Vor- und Nachteile der Vorlage seien zu diesem Zeitpunkt auch in den Printmedien und in den Programmen mit Leistungsauftrag zusehends breiter diskutiert worden. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass die Problematik der Anpassung des Mindestumwandlungssatzes zwar auch anders und journalistisch allenfalls besser hätte aufgearbeitet werden können. Dennoch sei der Beitrag nicht mani-

pulativ gewesen. Vielmehr sei für den Zuschauer klar geblieben, dass bezüglich des Themas unterschiedliche Standpunkte bestanden. Folglich sei das Sachgerechtigkeitsgebot nicht verletzt worden.

**Anmerkungen** Dieses Urteil des Bundesgerichts ist richtig und bringt eine für meldepflichtige Programmveranstalter wichtige Klarstellung: Auch im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen sind in Sendungen meldepflichtiger Programmveranstalter einseitige Stellungnahmen zum Thema zulässig. Die Beiträge müssen jedoch sachgerecht bleiben und die Meinungsbildung des Publikums ermöglichen (Art. 4 Abs. 2 RTVG). Entscheidend ist, dass der Zuschauer erkennen kann, dass und inwiefern eine Aussage umstritten ist. Ein redaktioneller Beitrag darf nicht in Missachtung der journalistischen Sorgfaltspflichten den Zuschauer in dem Sinn manipulieren, dass er sich kein persönliches Bild mehr machen kann (E. 2.1 mit Verweis auf BGE 132 II 290 E. 2.1 S. 292).

Nicht erforderlich ist hingegen, dass der Standpunkt von Befürwortern und Gegnern einer Abstimmungsvorlage ausgewogen und chancengleich zum Ausdruck kommt. Solche in der Rechtsprechung des Bundesgerichts aus dem Vielfaltsgebot (Art. 4 Abs. 4 RTVG) und nicht etwa aus dem Sachgerechtigkeitsgebot abgeleiteten Beurteilungskriterien (BGE 134 I 2 E. 3.3.2 S. 7; 125 II 497 3 b) dd) S. 504) gelten gemäss Art. 4 Abs. 4 RTVG einzig für konzessionierte Programme, und zwar in Bezug auf die Gesamtheit ihrer redaktionellen Sendungen sowie – gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung – bereits im Rahmen einzelner Sendungen und Beiträge, sofern diese einen konkreten Bezug zu einem unmittelbar bevorstehenden Volksentscheid haben (BGE 136 I 167 E. 3.2.1 S. 171; 134 I 2 E. 3.3.2 S. 7). Unter dem Blickwinkel des auch für meldepflichtige Programmveranstalter in Bezug auf redaktionelle Sendungen mit Informationsgehalt massgebenden Sachgerechtigkeitsgebots (Art. 4 Abs. 2 RTVG) hingegen darf die UBI diese Beurteilungskriterien nicht berücksichtigen. Ansonsten vermischt sie in bundesrechtswidriger Weise das Sachgerechtigkeitsgebot mit dem Vielfaltsgebot (vgl. zuletzt auch Urteil 2C\_139/2011 des Bundesgerichts vom 19. Dezember 2011, zusammengefasst in dieser Ausgabe).

Dr. iur. Thomas Steiner, Zürich

12-62

### Radioempfangsgebühr: Computer mit Breitbandinternet gilt als betriebsbereites Empfangsgerät

Betriebsbereites Empfangsgerät; Empfangsgebühr; multifunktionale Geräte; Rechtsgleichheitsgebot

Art. 8 Abs. 1, 190 BV; Art. 68 Abs. 1 RTVG; Art. 57 Bst. a, b RTVV

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. April 2012 (A-2811/2011)

Das Bundesverwaltungsgericht wies eine Beschwerde gegen die Verpflichtung zur Bezahlung der Radioempfangsgebühr ab. Auch Computer mit Breitbandanschluss würden unter die Radiogebührenpflicht fallen, weil sie hinsichtlich Vielfalt des Programmangebots und Empfangsqualität gleichwertig wie herkömmliche Radiogeräte seien.

X. ersuchte die Billag AG in einem Schreiben um den Erlass einer Feststellungsverfügung, wonach er von der Pflicht zur Leistung von Gebühren für den privaten Radioempfang zu befreien sei. Dies begründete X. damit, dass allein der Besitz eines Computers mit Breitbandinternetanschluss keine Gebührenpflicht für den privaten Radioempfang zu begründen vermöge. Die Billag AG hielt mit einer Feststellungsverfügung fest, dass X. eigenen Angaben zufolge einen Computer mit Breitbandinternetanschluss besitze und demzufolge in der Lage sei, über Internet Radioprogramme zu empfangen. Er verfüge somit über ein betriebsberechtigtes Empfangsgerät i. S. v. Art. 57 Bst. b RTVV und sei für den privaten Radioempfang gebührenpflichtig. Die von X. gegen diese Verfügung erhobene Beschwerde wurde vom BAKOM abgewiesen. Deshalb gelangte er ans Bundesverwaltungsgericht.

Nach einigen formellen Rügen, die es alle abwies, hatte das Bundesverwaltungsgericht in materieller Hinsicht zu prüfen, ob ein Computer mit Breitbandinternetanschluss ein betriebsberechtigtes Empfangsgerät im Sinne von Art. 68 Abs. 1 RTVG darstellt. Es begann seine Erläuterungen mit dem Hinweis, dass gemäss Art. 68 Abs. 1 RTVG jeder, der ein zum Empfang von Radioprogrammen geeignetes Gerät (Endgerät) zum Betrieb bereithält oder betreibt, eine Empfangsgebühr bezahlen muss. Nach Art. 57 Bst. a RTVV würden Geräte unter die Gebührenpflicht fallen, die zum Programmempfang bestimmt sind oder ausschliesslich zum Empfang bestimmte Bestandteile enthalten. Gemäss Art. 57 Bst. b RTVV seien auch Besitzer von multifunktionalen Geräten gebührenpflichtig, falls diese hinsichtlich Vielfalt des empfangbaren Programmangebots und Empfangsqualität den Geräten nach Art. 57 Bst. a RTVV gleichwertig sind. Aus der Auslegung dieser Normen folgte das Bundesverwaltungsgericht, dass Computer mit Breitbandanschluss grundsätzlich unter die Gebührenpflicht fallen, wenn sie hinsichtlich Vielfalt des empfangbaren Programmangebots und der Empfangsqualität mit Geräten gleichwertig sind, die zum Radioempfang bestimmt sind. X. als Besitzer eines Computers mit Breitbandinternetanschluss bestritt die Gebührenpflicht mit Hinweis auf die technischen Unterschiede zwischen dem

herkömmlichen Radioempfang und jenem über das Internet. Das Bundesverwaltungsgericht kam allerdings zum gegenteiligen Ergebnis: «Nach dem klaren Wortlaut von Art. 57 Bst. b RTVV bestimmt sich die Gleichwertigkeit des Empfangs jedoch einzig nach Programmvielfalt und -qualität. Die Art, wie Radioprogramme übertragen werden, ist ohne Belang.» Deshalb sei das BAKOM zu Recht davon ausgegangen, dass es sich bei einem Computer mit Breitbandinternetanschluss um ein Empfangsgerät i. S. v. Art. 68 Abs. 1 RTVG handle.

Als Nächstes hatte das Bundesverwaltungsgericht die Verfügung des BAKOM auf ihre Verfassungsmässigkeit hin zu überprüfen. Dabei liess es die Frage von X. offen, ob die Empfangsgebühr weiterhin als Konzessionsabgabe bzw. als Regalgebühr zu qualifizieren ist. Diese Gebührenpflicht sei in einem Gesetz im formellen Sinne geregelt und deshalb gemäss Art. 190 BV für das Bundesverwaltungsgericht verbindlich. X. monierte weiter, dass die angefochtene Verfügung gegen das Rechtsgleichheitsgebot i. S. v. Art. 8 Abs. 1 BV verstosse. Er rügte eine Ungleichbehandlung von Radio- und Fernsehempfang via Internet. Während es beim Radioempfang ausreiche, dass jemand über einen Breitbandinternetanschluss und die entsprechende, frei zugängliche Software verfüge, werde beim Fernsehempfang zusätzlich der Abschluss eines Abonnements oder eine Registrierung bei einem Anbieter von kostenlosem Zugang vorausgesetzt, damit ein Empfangsgerät unter die Gebührenpflicht falle. Das Bundesverwaltungsgericht hielt dem entgegen, dass hinsichtlich des Fernsehempfangs eben (noch) kein gleichwertiger Empfang i. S. v. Art. 57 Bst. b RTVV möglich sei, ohne dass ein Abonnement abgeschlossen oder eine Registrierung vorgenommen wurde. Entsprechend sei dies Voraussetzung dafür, dass ein Empfangsgerät unter die Gebührenpflicht falle. Im Gegensatz zum Fernsehempfang bestehe beim Empfang von Radioprogrammen weder die Pflicht zum Abschluss eines Abonnements noch einer Registrierung, weshalb dies auch nicht Voraussetzung für einen gleichwertigen Empfang i. S. v. Art. 57 Bst. b RTVV sei. X. machte weiter eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung von privatem und gewerblichem Empfang von Radioprogrammen geltend. Ein Betrieb könne von der gewerblichen Gebührenpflicht hinsichtlich multifunktionaler Geräte ausgenommen werden, indem den Angestellten in einer internen schriftlichen Weisung der Empfang von Radioprogrammen über Internet am Arbeitsplatz verboten werde. Das Bundesverwaltungsgericht hielt dem entgegen, dass diese Möglichkeit der Befreiung von der gewerblichen Gebührenpflicht ein Subordinationsverhältnis und damit eine Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers voraussetzt. Im Gegensatz zu Betrieben bestehe eine solche Möglichkeit bei Einzelunternehmen nicht, weshalb diese sich auch nicht von der gewerblichen Gebührenpflicht befreien könnten. Diese Unterscheidung sei sachlich gerechtfertigt, weshalb sie nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstosse. Da entgegen der Ansicht von X. auch die Empfangsfreiheit, das Äquivalenzprinzip und der Grundsatz von Treu und Glauben nicht verletzt waren, wies das Bundesverwaltungsgericht seine Beschwerde ab.

12-63

### Seules les dépenses effectives font l'objet de subventions fédérales

Concession télévisuelle; quote-part du produit de la redevance de réception

Art. 17 al. 2 aLRTV; art. 3 al. 1, art. 14 LSu

Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 8 mars 2012 (A-1351/2011)

L'association B. a été au bénéfice d'une concession pour diffuser des programmes de télévision locale.

L'OFCOM (autorité inférieure) a retenu que les charges d'exploitation déterminantes de B. pour l'année 2008 s'élevaient à Fr. 659 168.–, a calculé sur cette base le montant de la quote-part de la redevance 2008 à verser à B. et lui a réclamé la restitution du trop perçu.

B. a formé recours contre la décision de l'OFCOM devant le Tribunal administratif fédéral. Elle maintient qu'il était usuel – et même «admis avec une certaine tolérance» par l'autorité inférieure – pour les télévisions locales de déclarer certaines charges (les «prestations offertes») qui n'ont pas été effectivement supportées par celles-ci.

Selon l'art. 17 al. 2 aLRTV, applicable en vertu du droit transitoire, «[u]n diffuseur (...) peut bénéficier (...) d'une quote-part du produit de la redevance de réception (...)».

L'attribution de quotes-parts de la redevance radio-télévision constitue une subvention fédérale au sens de l'art. 3 al. 1 LSu. Dès lors, les dispositions topiques de l'aLRTV et de l'aORTV doivent être envisagées à la lumière de la LSu. En particulier de l'art. 14 al. 1 LSu, selon lequel «[N]e sont prises en compte que les dépenses effectivement supportées et pour autant qu'elles aient été absolument nécessaires à un accomplissement approprié de la tâche».

Le recours est rejeté.

12-64

### Film «Antarktis – Vom Verschwinden eines Kontinents» war sachgerecht

Sachgerechtigkeitsgebot

Art. 4 Abs. 2 RTVG

Entscheid der UBI vom 25. August 2011 (b.632)

Die UBI sah in der Ausstrahlung eines Films über Umweltveränderungen in der Antarktis keine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots, da sich das Publikum eine eigene Meinung zum behandelten Thema bilden konnte.

Das Schweizer Fernsehen strahlte in der Sendung «Horizonte» den Dokumentarfilm «Antarktis – Vom Verschwinden eines Kontinents» aus. Im Zentrum des Films stehen Beobach-

tungen von verschiedenen Forschern zu Umweltveränderungen in der Antarktis. Gegen diesen Film wurde Beschwerde bei der UBI erhoben. Dabei wurde argumentiert, der Film sei tendenziös und fehlerhaft und ein Element einer unausgewogenen, politisch motivierten Kampagne des Schweizer Fernsehens im Zusammenhang mit Klimafragen.

Die UBI hatte im Zusammenhang mit dem Sachgerechtigkeitsgebot (Art. 4 Abs. 2 RTVG) zu prüfen, ob das Publikum sich zu den im Film vermittelten Fakten und Ansichten eine eigene Meinung bilden konnte. Den Vorwürfen des Beschwerdeführers hielt die UBI entgegen, dass die Suche nach Ursachen für die Klimaerwärmung nicht im Zentrum des Films stehe. Einzig im Zusammenhang mit dem Ozonloch führen zwei Forscher aus, dass dieses gemäss einer Theorie auf den Menschen zurückzuführen sei und sich seit dem Verbot des Gebrauchs von FCKW nicht mehr ausgedehnt habe. Im Übrigen enthalte der Film keine konkreten Aussagen zu den Ursachen der Klimaerwärmung und zur klimapolitischen Debatte. Es würden vielmehr die von Forschergruppen festgestellten Auswirkungen der höheren Temperaturen in der Antarktis thematisiert. Die UBI vertrat die Ansicht, dass für das Publikum klar erkennbar sei, von wem welche Aussagen stammen, da die namentlich erwähnten Forscherinnen und Forscher sich jeweils zu ihren Studien und den dabei gewonnen Erkenntnissen äussern. Soweit im Film über mögliche Folgen der Beobachtungen der Forscher berichtet werde, seien die Formulierungen mehrheitlich sehr vorsichtig. Deshalb gehe aus dem Film klar hervor, dass es sich bei den möglichen Auswirkungen der festgestellten Klimaveränderungen nicht um erhärtete Tatsachen, sondern um die Ansichten der porträtierten Antarktisforscher handelt. Dabei sei es entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht Aufgabe der UBI, die im Film dargestellten Beobachtungen auf ihre wissenschaftliche Richtigkeit hin zu überprüfen. Umso weniger, als die Erkenntnisse für das Publikum klar als persönliche Ansichten erkennbar und vorsichtig formuliert waren. Deshalb kam die UBI zum abschliessenden Ergebnis, dass das Sachgerechtigkeitsgebot von Art. 4 Abs. 2 RTVG durch den Film nicht verletzt wurde.

12-65

### **Beitrag über den Streit um Ökostromprojekte mit dem Sachgerechtigkeitsgebot vereinbar**

Sachgerechtigkeitsgebot

Art. 4 Abs. 2 RTVG

Entscheidung der UBI vom 2. Dezember 2011 (b.639)

Die UBI wies eine Beschwerde gegen einen Beitrag über Ökostromprojekte ab. Das Publikum habe sich zum behandelten Thema eine eigenen Meinung bilden können. Der Beitrag habe das Sachgerechtigkeitsgebot nicht verletzt.

In der Sendung «10vor10» strahlte das Schweizer Fernsehen einen Beitrag über den Streit um Ökostromprojekte aus. Darin wurde berichtet, dass zahlreiche Wasser- und Windkraft-

vorhaben durch Einsprachen aus Landschafts- und Umweltschutzkreisen blockiert sind. Im Beitrag kamen der Präsident der SP des Kantons Bern sowie Vertreter des Verbands Kleinwasser-Kraftwerke, der Stiftung für Landschaftsschutz Schweiz sowie von Pro Natura zu Wort. Gegen diesen Beitrag führte S. Beschwerde an die UBI. Er machte geltend, durch den Beitrag werde der falsche Eindruck vermittelt, dass ausschliesslich Landschafts- und Umweltschutzverbände Projekte im Bereich der erneuerbaren Energien blockierten. Dabei werde verschwiegen, dass insbesondere auch Privatpersonen für die hohe Zahl von Einsprachen verantwortlich seien. Zudem habe der Beitrag den falschen Eindruck vermittelt, dass ein Atomausstieg nur mit Abstrichen beim Landschafts- und Umweltschutz möglich sei. Schliesslich hätten im Beitrag Ausführungen zum Verbandsbeschwerderecht gefehlt.

Die UBI hatte die Vereinbarkeit des Beitrags mit dem Sachgerechtigkeitsgebot von Art. 4 Abs. 2 RTVG zu prüfen. Der Beitrag habe sich mit der aktuellen politischen Debatte beschäftigt, ob Landschafts- und Umweltschutzverbände ihre bisher vielfach ablehnende Position gegenüber dem Ausbau von Wind- und Wasserkraftwerken aufgeben würden, um den Ausfall von Atomstrom nach einem Ausstieg zu kompensieren. Für die Meinungsbildung des Publikums sei es dabei nicht notwendig gewesen, auch die Einsprachen von Privatpersonen zu thematisieren, auf andere Alternativen zum Atomstrom einzugehen und das Verbandsbeschwerderecht zu thematisieren. Der Beitrag sei transparent gewesen und habe die Fakten und Meinungen der einzelnen Protagonisten im Wesentlichen korrekt vermittelt. Das Publikum habe sich folglich zum beanstandeten Beitrag insgesamt eine eigene Meinung bilden können. Das Sachgerechtigkeitsgebot sei nicht verletzt worden.

12-66

### **Le public doit pouvoir reconnaître les commentaires sujets à controverse**

Compétence *rationae materiae* de l'AIEP; droits de la personnalité

Art. 6 al. 2 CEDH; art. 2, 4 LRTV

Décision de l'AIEP du 2 décembre 2011 (b.634)

La TSR a diffusé un reportage enquêtant sur le projet de musée consacré à Chaplin.

Le plaignant invoque notamment une violation de l'art. 4 al. 1 LRTV, reprochant au diffuseur d'avoir indiqué faussement qu'il aurait des relations avec le crime organisé russe. Il estime ne disposer d'aucune notoriété justifiant que son nom apparaisse ou que des images de son domicile soient diffusées.

On ne saurait déduire de l'art. 4 al. 1 LRTV une protection de la personnalité propre au droit des programmes, qui interviendrait en sus des règles civiles et pénales en la matière.

Les articles publiés en ligne, qui appartiennent aux autres services journalistiques, ne sauraient être considérés comme

un programme au sens de l'art. 2 lit. a LRTV et sont donc exclus du champ d'application de la LRTV. Leur contrôle en incombe à l'OFCOM.

L'AIEP n'est pas non plus habilitée à se prononcer sur le respect des règles professionnelles consacrées par la Charte d'entreprise de la SSR et par celle de la TSR, ou par la Déclaration des devoirs et des droits du journaliste.

Le public doit pouvoir se faire l'idée la plus juste possible des faits ou d'un sujet, être à même de se forger son propre avis, et reconnaître les commentaires sujets à controverse. Il ne suffit pas, sous l'angle du droit des programmes, qu'il soit reconnaissable que l'affirmation ou l'opinion en question émane d'un tiers.

Dans les émissions relatant des procédures pénales en cours, il y a lieu de tenir compte du principe de la présomption d'innocence (art. 6 al. 2 CEDH).

Le reportage ne se contente pas de spéculer sur le rôle de T. en tant qu'investisseur possible. Il émet aussi de vifs soupçons sur son appartenance au crime organisé russe. Si pour une raison ou une autre, la personne accusée n'est pas en mesure de se déterminer ou si elle refuse de collaborer avec le diffuseur, le reportage doit en faire mention et préciser les motifs invoqués.

La violation de l'art. 4 al. 2 LRTV est retenue.

12-67

### La connaissance générale d'un sujet par les téléspectateurs ne délie pas le diffuseur de son devoir d'octroyer un droit de réponse

Droit de réponse; présentation fidèle des événements

Art. 4 LRTV

Décision de l'AIEP du 20 octobre 2011 (b.636)

La TSR a diffusé un reportage revenant sur le différend diplomatique entre la Suisse et la Libye, qui avait conduit à la détention sur sol libyen de deux otages suisses.

M<sup>e</sup> P. a formé une plainte. Il fait grief au diffuseur de ne pas lui avoir offert l'opportunité de répondre aux graves reproches formulées contre lui par un membre du Gouvernement genevois, François Longchamp, qui l'accuse de trahison pour avoir accepté d'être l'avocat de la Libye.

La présentation fidèle des événements n'exige pas que tous les points de vue soient représentés de manière équivalente sur le plan qualitatif ou quantitatif.

M<sup>e</sup> P. est une personnalité publique, pour qui la critique admissible est plus large que pour un simple particulier. François Longchamp met directement en cause l'intégrité morale du plaignant. Ces reproches sont d'autant plus sérieux qu'ils sortent de la bouche d'un conseiller d'Etat.

M<sup>e</sup> P. n'a pas été expressément confronté aux accusations le concernant, n'était pas à même d'expliquer le bien-fondé de son choix et de défendre ainsi sa personne aux yeux des téléspectateurs.

Dans tous les cas, la SSR était pour le moins tenue d'informer les téléspectateurs du refus de P. de prendre position sur la question. Or, cette mention fait défaut.

Les téléspectateurs étaient informés de l'affaire avant la diffusion de l'émission, via d'autres médias. Toutefois, la connaissance générale d'un sujet par les téléspectateurs ne délie pas le diffuseur de son devoir d'octroyer un droit de réponse lorsqu'une personne est gravement mise en cause.

On ne saurait tenir compte d'un droit de réponse, d'un rectificatif ou d'une excuse formulés dans une émission tierce, car tant l'émission que le public diffèrent.

Les téléspectateurs n'ont pas pu se forger librement leur opinion sur la base des informations diffusées dans le reportage, en raison de l'absence injustifiée du point de vue du plaignant sur les graves critiques dont il fait l'objet. Le diffuseur n'ayant pas respecté ses obligations de diligence journalistique, la plainte pour violation du principe de présentation fidèle des événements de l'art. 4 al. 2 LRTV doit être admise au fond.

## 1.7 Weitere verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragen – Autres questions constitutionnelles ou administratives

12-68

### Zeitschriften ohne regionalen Charakter haben keinen Anspruch auf Beförderung zum Vorzugstarif

Regional- oder Lokalpresse; Spezialpresse; Vorzugstarif

Art. 15 Abs. 2 PG

Urteile des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. März 2012 (A-3049/2011; A-3051/2011; A-3216/2011)

Das Bundesverwaltungsgericht wies eine Beschwerde von drei Zeitschriften ab, die sich dagegen wehrten, dass sie von der Post nicht mehr zum Vorzugstarif befördert werden. Die Beschwerde wurde abgewiesen, da die drei Wochenzeitschriften das Kriterium «Regional- oder Lokalpresse» gemäss Art. 15 Abs. 2 PG nicht erfüllten.

Die Zeitschriften «Sonntag» und «Leben und Glauben» der Herausgeberin CAT Medien AG sowie die Zeitschrift «Echo magazine» der Herausgeberin Saripress AG wurden bislang von der Post im Rahmen der indirekten Presseförderung zum ermässigten Tarif (Vorzugstarif) befördert. Anlässlich der regelmässigen Überprüfung der indirekten Presseförderung reichten die beiden Herausgeberinnen im Oktober 2009 ein Gesuch um weitere Gewährung des Vorzugstarifs ein. Die Post informierte die Herausgeberinnen in der Folge darüber, dass die Ermässigungen für die Beförderung von abonnierten Tages- und Wochenzeitungen in Zukunft nicht mehr gewährt würden. Die

Post begründete ihren Entscheid damit, dass es den Zeitschriften einerseits an der lokalen bzw. regionalen Ausrichtung fehle. Andererseits würden die Zeitschriften als katholische («Sonntag» und «Echo magazine») bzw. evangelische («Leben und Glauben») Wochenmagazine in die Rubrik Spezialpresse fallen, welche gesetzlich von der Förderung ausgeschlossen sei. Gegen diesen Entscheid erhoben die beiden Herausgeberinnen CAT Medien AG und Saripress AG Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und verlangten, dass die genannten drei Titel weiterhin zum Vorzugstarif befördert werden.

Das Bundesverwaltungsgericht erklärte zu Beginn der Ausführungen, dass in den vorliegenden Fällen strittig sei, ob die Post den drei Wochenzeitschriften die Gewährung von Vorzugspreisen gestützt auf Art. 15 Abs. 2 PG verweigern durfte. Um diese Frage zu klären, mussten die beiden Begriffe «Spezialpresse» sowie «Regional- und Lokalpresse» näher ausgelegt werden. Zur Frage der Spezialpresse vertrat die Post die Ansicht, dass die drei Titel von Artikeln mit religiösem Hintergrund geprägt seien und sich deshalb an ein beschränktes Publikum richteten. Das Bundesverwaltungsgericht war hingegen der Meinung, dass es sich bei den betreffenden Zeitschriften um Publikumspreise handle und sie deshalb nicht unter den Ausnahmekatalog von Art. 15 Abs. 2 Bst. e PG fallen. Es würden in den drei Titeln Themen aus verschiedenen Bereichen behandelt, wobei religiösen Inhalten ein zentraler Stellenwert zukomme. Trotzdem würde es gemäss Bundesverwaltungsgericht zu weit führen, diese drei Zeitschriften allein aufgrund ihrer religiösen Prägung als Spezialpresse im Sinne von Art. 15 Abs. 2 Bst. e PG einzuordnen. Wohl die Mehrheit der Publikationen in der Schweiz weise eine gewisse politische, religiöse oder gesellschaftliche Ausrichtung auf. Es sei nicht zu verkennen, dass die drei Wochenzeitschriften ein weites Spektrum von Themen behandeln und von einer Beschränkung auf kirchliche oder religiöse Themen nicht gesprochen werden könne. Sie würden vielmehr einen Beitrag zur politischen Meinungsbildung leisten und zum Erhalt der vielfältigen Presselandschaft beitragen. Die Zeitschriften würden zwar vorwiegend ein christlich interessiertes Zielpublikum ansprechen, vermöchten allerdings angesichts ihres breiten Themenspektrums auch Leserinnen und Leser ausserhalb dieses Kreises zu interessieren. Damit würden die drei vorliegenden Zeitschriften sämtliche Merkmale aufweisen, die das Bundesverwaltungsgericht für die Publikumspreise festgelegt habe.

Im Weiteren hatte das Bundesverwaltungsgericht den Begriff «Regional- und Lokalpresse» auszulegen. Die Post als Vorinstanz hatte sich dagegen ausgesprochen, dass die drei Zeitschriften Regional- und Lokalpresse im Sinne von Art. 15 Abs. 2 PG seien. Die Zeitschriften würden in der gesamten Deutschschweiz («Sonntag» und «Leben und Glauben») oder Westschweiz («Echo magazine») verteilt, wobei die einzelnen Sprachgebiete nicht als Regionen im Sinne des Gesetzes gelten würden. Nach einer allgemeinen Auslegung von Art. 15 Abs. 2 PG kam das Bundesverwaltungsgericht zum Ergebnis, dass die Beförderung zu Vorzugspreisen auf die Regional- sowie Lokalpresse zu beschränken sei. Nachdem dies geklärt war, wandte es sich der Frage zu, ob die betreffenden Zeitschriften unter den Begriff Regional- bzw. Lokalpresse fallen. Zur Klärung dieser Frage sei nach der Rechtsprechung sowohl auf das Versorgungsgebiet wie auch auf die inhaltliche Ausrichtung abzustellen. Die Post

sei dabei zu Recht davon ausgegangen, dass die einzelnen Sprachgebiete der Schweiz nicht als Regionen im Sinne des PG gelten können. Da in der schweizerischen Presselandschaft die meisten Publikationen keine sprachübergreifende Verbreitung finden, hätte eine derartige Auslegung zur Folge, dass praktisch alle Presseerzeugnisse vom Vorzugstarif profitieren könnten. Dies würde nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts dem Willen des Gesetzgebers zuwiderlaufen, der eine gezielte Förderung der regionalen und lokalen Presseerzeugnisse beabsichtigte. Die vorliegend zu beurteilenden drei Zeitschriften konzentrierten sich nicht auf ein bestimmtes Verbreitungsgebiet, sondern würden in der gesamten Deutsch- bzw. Westschweiz verbreitet. Zudem sei ihre Berichterstattung auf landesweite und internationale Themen ausgerichtet, ein erforderlicher regionaler Charakter fehle. Aus diesen Gründen kam das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass die drei Zeitschriften dem Kriterium der Regionalpresse nicht entsprechen. Es wies darum die Beschwerde ab, da die drei Wochenzeitschriften die Voraussetzungen für die Beförderung zu Vorzugspreisen gemäss Art. 15 Abs. 2 PG nicht erfüllen.

### 3. Strafrecht

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

12-69

#### Bundesgericht bestätigt Verurteilung wegen übler Nachrede aufgrund von Blog-Beiträgen

Ehrverletzung; üble Nachrede

Art. 173 Ziff. 1 StGB

Urteil des Bundesgerichts vom 30. Dezember 2011  
(6B\_648/2011)

Y. wirft X. vor, er habe ihn in seinen «Internet-Blogs» als «hochverschuldeten Hochstapler von Serbien und Montenegro» bezeichnet und ihn damit in seiner Ehre verletzt. Der Gerichtspräsident von Solothurn-Lebern sprach X. vom Vorwurf der üblen Nachrede frei, verurteilt ihn allerdings wegen anderer Delikte. Deswegen appellierten X. und Y. beim Obergericht des Kantons Solothurn. Dieses sprach X. der üblen Nachrede schuldig und erteilte ihm die Weisung, den beanstandeten Blog zu entfernen. Gegen dieses Urteil erhob X. Beschwerde beim Bundesgericht.

Das Bundesgericht war der Meinung, dass das Obergericht die beanstandete Äusserung zu Recht als ehrverletzend gemäss Art. 173 Ziff. 1 StGB beurteilt hatte. Dies wurde von X. auch nicht in Abrede gestellt. Er vertritt allerdings die Ansicht, er habe aufgrund eines Betreibungsregisterauszugs von 2005 davon ausgehen dürfen, dass Y. ein Hochstapler sei. Zudem erweise sich die Behauptung als zutreffend, da auch im Jahr 2009 noch Betreibungen registriert seien und Y. Sozialhilfeempfänger

ger sei. Das Bundesgericht hingegen vertrat die Ansicht, dass X. keine Argumente habe, die ein hochstaplerisches Verhalten von Y. belegen würden. Genauso wenig zeige er auf, inwiefern er Y. in guten Treuen als Hochstapler hätte bezeichnen können.

Das Bundesgericht wollte auch den Vorbringungen von X. nicht folgen, dass die Löschung eines ganzen Blogs unmöglich sei. Es sei offensichtlich, dass die von ihm getätigten Einträge in seiner eigenen Internetpublikation ohne Weiteres gelöscht werden könnten. Bei allfälligen Einträgen in fremden Blogs könne die Löschung zwar nicht selber erfolgen. Der obergerichtlichen Weisung sei allerdings Genüge getan, wenn die betroffenen Dritten von X. dazu angehalten würden, dessen ehrverletzende Einträge zu entfernen. Aufgrund dieser Erwägungen kam das Bundesgericht zum Ergebnis, dass das Obergericht X. zu Recht wegen übler Nachrede verurteilt hatte.

12-70

### «Hacking»-Vorwurf: Verurteilung wegen übler Nachrede

---

Entlastungsbeweis; Gutgläubensbeweis; üble Nachrede

Art. 173 Ziff. 1 StGB

---

Urteil des Bundesgerichts vom 29. Dezember 2011  
(6B\_647/2011)

Das Bundesgericht verurteilte einen Arbeitgeber, weil er der neuen Personalverantwortlichen eines ehemaligen Arbeitnehmers mitgeteilt hatte, dieser sei «ein gefährlicher Hacker und vorbestraft». Der beschuldigte Arbeitnehmer war zuvor in einem Prozess von allen «Hacking»-Vorwürfen freigesprochen worden.

X. kündigte A. den Arbeitsvertrag. Wenige Tage später erfolgte ein «Hacking»-Angriff auf den Webserver des Unternehmens von X., wobei sämtliche Kundenwebsites durch ein Kriegsbild ersetzt wurden. In der Folge erstattete X. aufgrund der «Hacking»-Angriffe Anzeige gegen A. Dieser wurde allerdings von allen Vorwürfen freigesprochen. Etwa zwei Jahre später klagte A. gegen X. unter anderem wegen übler Nachrede. Er warf ihm vor, sich telefonisch an die Personalverantwortliche des neuen Arbeitgebers von A. gewandt und behauptet zu haben, A. sei ein gefährlicher «Hacker» und vorbestraft. X. wurde daraufhin wegen mehrfacher übler Nachrede (Art. 173 Ziff. 1 StGB) schuldig gesprochen. Da die gegen diesen Entscheid erhobene Berufung von X. vom Kantonsgericht St. Gallen abgewiesen wurde, wandte er sich ans Bundesgericht.

X. argumentiert in seiner Beschwerde, der Tatbestand der üblen Nachrede sei nicht erfüllt, weil A. tatsächlich vorbestraft sei. Somit sei seine entsprechende Äusserung wahr. Zudem sei er nach wie vor der Ansicht, dass A. der Urheber des «Hacker»-Angriffs auf sein Unternehmen gewesen sei, weshalb der begründete Verdacht bestanden habe, dass auch die Vorstrafe von A. im Zusammenhang mit einem ähnlichen Delikt ausgesprochen worden sei. Schliesslich habe er A. gar nicht als «Hacker» bezeichnet, sondern seinen neuen Arbeitgeber nur darauf aufmerksam gemacht, dass diesbezüglich ein Strafverfahren laufe.

Das Bundesgericht vertrat in Übereinstimmung mit der Vorinstanz die Meinung, dass für X. keine Veranlassung bestand, dem neuen Arbeitgeber von A. eine Vorstrafenbusse von CHF 500.–, die überdies keine mit «Hacking» vergleichbaren Delikte betraf, mitzuteilen. Ebenso sei die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen, dass die Aussage, A. sei ein «Hacker», den Tatbestand der üblen Nachrede erfüllt. Diese Äusserungen seien geeignet, den Ruf und das Gefühl von A., ein ehrbarer Mensch zu sein, zu beeinträchtigen. Weiter fand das Bundesgericht in Übereinstimmung mit der Vorinstanz, dass der Einwand von X. nicht überzeuge, er habe den neuen Arbeitgeber von A. bloss darauf aufmerksam machen wollen, dass gegen A. ein Strafverfahren läuft. Schliesslich vertrat das Bundesgericht die Meinung, dass X. der Entlastungs- und Gutgläubensbeweis zu Recht verwehrt wurde. Er habe die inkriminierte Äusserung, A. sei vorbestraft, ohne Wahrung öffentlicher Interessen und ohne begründete Veranlassung getätigt. Vielmehr habe überwiegend die Absicht bestanden, A. Übles vorzuwerfen. Als Folge dieser Argumentation kam das Bundesgericht zum Schluss, dass X. zu Recht wegen übler Nachrede gemäss Art. 173 Ziff. 1 StGB verurteilt wurde, und wies deshalb die Beschwerde ab.

---

**Commentaire** En substance, X. reproche aux premières juridictions d'avoir méconnu l'art. 6 al. 3 let. d CEDH, qui permet à l'accusé de pouvoir interroger ou faire interroger les témoins à charge (*audiatur et altera pars*). Notre Haute Cour saisit l'occasion pour réaffirmer certains principes. La garantie procédurale susmentionnée constitue un aspect particulier du droit à un procès équitable selon l'art. 6 al. 1 CEDH. Mis à part certaines exceptions où une confrontation n'est pas possible pour des motifs objectifs qui ne dépendent pas des autorités de poursuite, un témoignage à charge n'est utilisable que si l'accusé a eu, une fois au moins au cours de la procédure, la possibilité d'être confronté directement avec le témoin à charge et de l'interroger. Pour pouvoir utiliser valablement son droit de poser des questions, l'accusé doit pouvoir examiner la crédibilité personnelle du témoin et vérifier la valeur probante de ses déclarations. Cela étant, il lui importe de déposer une requête dans les délais et selon les règles de forme. Dans le cas contraire, il ne pourra reprocher plus tard aux autorités d'avoir refusé une confrontation avec un témoin à charge ou la possibilité de lui poser des questions complémentaires. La jurisprudence admet cependant la recevabilité de moyens de droit nouveaux lorsque l'autorité cantonale de dernière instance disposait d'un pouvoir d'examen libre et devait appliquer le droit d'office. Cette exception vaut pour tous les griefs qui ne se confondent pas avec l'arbitraire, et notamment pour celui tiré de la violation du droit à un procès équitable, à la condition que le comportement du recourant ne soit pas contraire à la règle de la bonne foi. Ici, X. avait eu l'occasion de soulever préalablement le grief lié à la conduite de la procédure. Puisqu'il ne l'a pas fait, ce moyen doit être écarté. En fin de compte, adopter une solution contraire favoriserait les manœuvres dilatoires. Sur le fond, le recourant conteste avoir diffamé son ancien employé. Invoquant la sauvegarde d'intérêts légitimes, convaincu que A. avait déjà été condamné pour du piratage informatique (la justice l'avait en effet astreint autrefois à des amendes, mais pour des faits autres), il aurait procédé de la sorte pour protéger son nouvel employeur. X. aurait ainsi agi sans volonté de nuire, dans un but altruiste en quelque sorte.

Au surplus, d'après lui, en l'absence d'atteinte à l'honneur, la question de l'admission aux preuves libératoires ne se posait pas. Selon les magistrats de Mon-Repos, l'art. 173 CP protège la réputation d'être une personne honorable, c'est-à-dire de se comporter comme une personne digne a coutume de le faire selon les conceptions généralement reçues. L'honneur protégé par le droit pénal est conçu de façon générale comme un droit au respect qui est lésé par toute assertion propre à exposer la personne visée au mépris en sa qualité d'homme. Echappent à la répression les sanctions qui, sans faire apparaître l'individu comme méprisable, sont seulement propres à ternir la réputation dont il jouit dans son entourage ou à ébranler sa confiance en lui-même par une critique visant en tant que tel l'homme de métier, l'artiste ou le politicien. Pour apprécier si une déclaration est attentatoire à l'honneur, il faut se fonder non pas sur le sens que lui donne la personne visée, mais sur une interprétation objective selon le sens qu'un destinataire non prévenu doit, dans les circonstances d'espèce, lui attribuer. Dans le cas présent, qualifier une personne de hacker est assurément attentatoire à l'honneur. L'argument avancé par X. (motif justificatif extralégal) ne tient pas la route. De la sorte, il ne lui est pas loisible d'apporter des preuves libératoires.

Prof. Stéphane Werly, Genève/Neuchâtel

### 3.4 Redaktionsgeheimnis – Secret rédactionnel

12-71

#### Teilweiser Verzicht auf das Zeugnisverweigerungsrecht des Quellenschutzes nicht zulässig

Widerruf des Zeugnisverweigerungsrechts des Quellenschutzes

Art. 28a StGB; § 132 Abs. 2 StPO/ZH

Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. Februar 2012 (SB090413-O/Z9/tm)

Das geplante Aussageverhalten eines Journalisten wurde vom Obergericht für nicht vereinbar mit der StPO des Kantons Zürich erklärt. Der Journalist hatte angekündigt, bei einem Prozess wegen Amtsgeheimnisverletzung den Angeschuldigten mit seinen Aussagen entlasten zu wollen, sich aber bei Fragen zur eigentlichen Quelle auf das Zeugnisverweigerungsrecht für Medienschaffende zu berufen.

Mit Beschluss vom 9. Februar 2010 entschied das Obergericht des Kantons Zürich, den Journalisten Karl Wild, der für die «Sonntagszeitung» schreibt, im Berufungsverfahren als Zeugen einzuvernehmen. Der angeklagte Polizeibeamte Fredi Hafner soll ihm Dokumente und Informationen im Zusammenhang mit dem Fall des wenig später zurückgetretenen Armeechefs Nef zugänglich gemacht haben, die dem Amtsgeheimnis unterstehen. Bis anhin hatte sich der involvierte

Journalist auf das Zeugnisverweigerungsrecht des Quellenschutzes gemäss Art. 28a StGB berufen und war deshalb nicht einvernommen worden. Wild teilte dem Gericht in der Folge mit, dass er nun bereit sei, als Zeuge Aussagen zu machen. Er werde dabei die Aussage des Angeklagten Hafner bestätigen, dass er die fraglichen Dokumente nicht von ihm (Fredi Hafner) erhalten habe. Zudem werde er zum Treffen mit dem Angeklagten Auskunft geben. Hinsichtlich der Herkunft der Dokumente werde er sich aber weiterhin auf den Quellenschutz gemäss Art. 28a StGB berufen. Als Reaktion auf diese Ankündigung nahm das Obergericht in seinem Beschluss vom 9. Februar 2010 den Hinweis auf, dass das geplante Aussageverhalten Karl Wilds aus prozessualen Gründen nicht zulässig sei: Ein Verzicht auf das Zeugnisverweigerungsrecht des Quellenschutzes beziehe sich auf den gesamten Fragekomplex über die Informationsquelle, weshalb es nicht möglich sei, sich grundsätzlich zur Aussage zu entschliessen und dann doch die Beantwortung einzelner Fragen zu verweigern. Gemäss § 132 Abs. 2 StPO/ZH sei ein einmal erklärter Verzicht auf ein Zeugnisverweigerungsrecht verbindlich und könne nicht widerrufen werden. Der Vertreter von Wild beantragte deshalb einen Zwischenentscheid zur Zulässigkeit des oben beschriebenen Aussageverhaltens.

Zu Beginn seiner Ausführungen hielt das Obergericht fest, dass für die vorliegende Frage nicht – wie vom Vertreter Karl Wilds gefordert – die neue eidgenössischen StPO, sondern das bisherige kantonale Recht (StPO/ZH und GVG/ZH) massgebend sei. Danach wandte es sich der materiellen Beurteilung des angekündigten Aussageverhaltens von Karl Wild zu. Die Verteidigung und der Vertreter Karl Wilds machten geltend, Karl Wild verzichte durch sein angekündigtes Aussageverhalten gerade nicht auf das Zeugnisverweigerungsrecht des Quellenschutzes. Das Verweigerungsrecht betreffe Aussagen nur in Bezug auf die eigentliche Quelle, nicht aber auf die Nichtquelle. Dieser Ansicht widersprach das Obergericht, da sie zur Folge hätte, dass Medienschaffenden bei Fragen, welche nicht auf die tatsächliche Quelle zielen, gar kein Zeugnisverweigerungsrecht zustehen würde. Das würde bedeuten, dass der Medienschaffende eine Frage, ob die Person XY die Quelle sei, dann beantworten müsste, wenn die Antwort «nein» lautet. Im Gegenzug dürfte er nur dann das Zeugnis verweigern, wenn die Strafbehörde mit ihrer Frage die richtige Person trifft und die Antwort damit «ja» wäre. Für das Obergericht war offensichtlich, dass eine solche Auslegung nicht dem Sinn von Art. 28a StGB entsprechen könne. «Das Zeugnis über die Quellen ihrer Informationen» im Sinne von Art. 28a StGB betrifft nach Ansicht des Obergerichts somit nicht nur jene Fragen der Strafbehörden, mit welchen diese bereits den tatsächlichen Informanten «im Visier» haben, sondern auch alle anderen Fragen, die mit diesem Thema im Zusammenhang stehen. Wenn Karl Wild nun also Aussagen machen wolle, verzichte er somit grundsätzlich auf das Zeugnisverweigerungsrecht des Quellenschutzes. Deshalb prüfte das Obergericht im Weiteren, ob es zulässig ist, anschliessend die Beantwortung bestimmter Fragen dann doch wieder zu verweigern, oder ob Karl Wild verpflichtet sei, auch weiter gehende Fragen nach der Quelle zu beantworten. Dabei hielt es fest, dass ein Verzicht grundsätzlich umfassend sei und es einen teilweisen Verzicht auf die Geltendmachung des Zeugnisverweigerungsrechts nicht gebe. Aus diesen Feststellungen folgerte das Obergericht, dass das von Karl Wild ins Auge ge-

fasste Aussageverhalten prozessrechtlich unter dem Aspekt der Zulässigkeit eines Widerrufs des einmal erklärten Verzichts auf das Zeugnisverweigerungsrecht zu beurteilen sei. Gemäss Art. 132 Abs. 2 StPO/ZH ist die in der Untersuchung abgegebene Erklärung, Zeugnis ablegen zu wollen, auch für die Hauptverhandlung verbindlich. Daraus folgert das Obergericht, dass ein Zeuge, der auf die Geltendmachung des Zeugnisverweigerungsrechts verzichtet, im späteren Verlauf des Verfahrens nicht mehr auf diesen Verzicht zurückkommen kann. Zwar gebe es Lehrmeinungen, die unter gewissen Umständen die Widerruflichkeit eines Verzichts auf die Geltendmachung des Zeugnisverweigerungsrechts bejahen. Trotzdem fand das Obergericht es nicht vertretbar, einen Widerruf des Verzichts auf das Zeugnisverweigerungsrecht entgegen dem unmissverständlichen Wortlaut von § 132 Abs. 2 StPO/ZH zu bejahen, da sich dies weder auf eine herrschende Lehrmeinung noch auf ein Präjudiz abstützen lasse. Zudem komme im vorliegenden Fall hinzu, dass Herr Wild nicht eine frühere Aussagebereitschaft für den Rest des Verfahrens widerrufen möchte. Vielmehr möchte er in derselben Einvernahme abwechslungsweise auf die Inanspruchnahme seines Zeugnisverweigerungsrechts verzichten und diesen Verzicht wieder widerrufen. Somit kam das Obergericht zum Schluss, dass das von Karl Wild angekündigte Aussageverhalten gemäss § 132 Abs. 2 StPO/ZH unzulässig sei. Deshalb sei er, falls er auf die Geltendmachung des Zeugnisverweigerungsrechts verzichte, gemäss Art. 28a Abs. 1 StGB verpflichtet, auch weiter gehende Fragen des Gerichts nach der Quelle seiner Information zu beantworten.

Obwohl das Obergericht zu Beginn die Anwendbarkeit des kantonalen Strafprozessrechts bejaht hatte, äusserte es sich auch noch zur (hypothetischen) Frage, ob das Aussageverhalten von Karl Wild unter der eidgenössischen StPO zulässig wäre. Zwar sehe Art. 175 Abs. 1 StPO vor, dass sich ein Zeuge jederzeit auf sein Zeugnisverweigerungsrecht berufen oder den Verzicht darauf widerrufen könne. Diese Bestimmung hat gemäss dem Obergericht jedoch offenkundig die Zeitachse im Auge und nicht die Konstellation, dass ein Zeuge im Verlauf derselben Einvernahme aus taktischen Gründen je nach Frage mehrfach das Zeugnisverweigerungsrecht anruft und wieder darauf verzichtet. Würde man dieses Aussageverhalten trotzdem unter Art. 175 Abs. 1 StPO subsumieren, könnte nach Meinung des Obergerichts auch noch das Rechtsmissbrauchsverbot dagegen zur Anwendung kommen.

**Anmerkungen** Der freie Journalist Karl Wild hatte bei der Einvernahme als Zeuge am 19. November 2011 nur bestätigen mögen, dass er die amtsgeheimnisrelevanten Unterlagen nicht vom stadtpolizeilichen Detektivkadermann Fredi Hafner, sondern von sonst jemandem erhalten habe. Zur genauen Herkunft der fraglichen Dokumente wollte er sich weiterhin auf den Quellenschutz gemäss Art. 28a StGB berufen. Die Strafkammer des Obergerichts hatte schon zuvor argumentiert, dass sich ein medienberuflich privilegierter Zeuge nicht grundsätzlich zur Aussage entschliessen und dann doch die Beantwortung einzelner Fragen verweigern könne. Die Strafkammer argumentierte im 13-seitigen Beschluss «noch etwas pointierter»: Untersuchungsrichterfragen, ob die Person XY Wilds Quelle sei, «müsste der Medienschaffende [Wild] dann beantworten, wenn die Antwort «nein» lautet,

währendem er das Zeugnis nur dann verweigern dürfte, wenn die Strafbehörde mit ihrer Frage die richtige Person trifft und die Antwort demnach «ja» wäre». Ein solches Jo-Jo-Spiel könne doch nicht der Sinn von Art. 28a StGB sein. Es würde auf einen Missbrauch des Zeugnisverweigerungsrechts hinauslaufen. Eine Ausnahme sei nur, etwa beim nicht voll bewussten familiären Zeugnisverweigerungsrecht eines potenziellen Zeugen denkbar. Hätte das Gericht andernfalls Massnahmen gemäss (alt-)§ 134 (alt-)Zürcher StPO in die Wege zu leiten, wie der Beschluss dunkel androht? Für das Prestige des Gerichts kann man nur hoffen, dass es nicht erwägt, eine frühneuzzeitlich anmutende (konkret nutzlose) «Beugehaft» von bis zu 24 Stunden zu verhängen.

Dr. iur. Peter Studer, Rüslikon

## 4. Privatrecht

### 4.1 Persönlichkeitsschutz (ZGB/UWG) und Datenschutz – Protection de la personnalité (CC/LCD) et protection des données

12-72

#### Klage wegen vermeintlich persönlichkeitsverletzender Äusserungen gegen Tierschützer abgewiesen

Durchschnittsleser; Persönlichkeitsverletzung

Art. 28 ZGB

Urteil des Bundesgerichts vom 29. Februar 2012 (5A\_850/2011)

Die Klage wegen Persönlichkeitsverletzung gegen einen Bericht in einem Wochenmagazin wurde vom Bundesgericht abgewiesen. Es begründete diesen Entscheid damit, dass in der betreffenden Rubrik humoristische Kurzmeldungen über Prominente veröffentlicht würden, weshalb der Durchschnittsleser dort keine ernsthaften Abhandlungen erwarte.

Das Wochenmagazin Z. veröffentlichte in seiner Rubrik «Namen» folgenden Beitrag: «M. – Weil sie sich angeblich als Liebhaberin von Hummer und Gänseleber zu erkennen gab, geriet Moderatorin M. ins Visier des gnadenlosen Tierschützers Y. Auf dem Umschlag seiner in die Briefkästen verteilten X.-Zeitung (Auflage 643 000 Exemplare) wird M. als «Botox-TV-Moderatorin» verunglimpft, die mit ihrem «Schönheitsfimmel» und ihrer «rücksichtslos-tierverachtenden Einstellung» die grausame Tierquälerei unterstütze. Völlig unklar bleibt jedoch, was eine allfällige Schönheitsbehandlung der 48-jährigen Fernsehjournalistin mit ihren persönlichen Essgewohnheiten zu tun haben soll.» Der Verein X. beanstandete den letzten Satz dieses Beitrags und verlangte erfolglos eine Berichtigung in Form eines Leserbriefs oder einer Gegendarstellung. Danach gelangte

er mit diesem Begehren an den Presserat, der auf die Beschwerde nicht eintrat, sowie ans Bezirksgericht und ans Obergericht, die sein Begehren zurückwiesen. Deshalb beantragte Y. mit einer Klage, es sei festzustellen, dass mit dem beanstandeten letzten Satz des Berichts seine Persönlichkeit gemäss Art. 28 ZGB widerrechtlich verletzt worden sei. Sowohl das Bezirksgericht als auch das Obergericht wiesen diese Klage ab, weshalb Y. mit seinem Begehren ans Bundesgericht gelangte.

Y. machte konkret geltend, der Beitrag über M. unterstriche das wesentliche, dem Durchschnittsleser nicht bekannte Element, dass die Produktion von Botox mit schwerer Tierquälerei verbunden sei. Dadurch werde beim Durchschnittsleser die unrichtige Vorstellung hervorgerufen, im X.-Magazin sei eine Person ohne sachlichen Zusammenhang mit Tierquälerei in geradezu perfider Weise persönlich, wegen etwas Privatem angegriffen worden. Dieser Vorwurf mindere den journalistischen Wert der X.-Nachrichten und die Glaubwürdigkeit von Y. als deren Herausgeber. Das Bundesgericht führte zu den geäusserten Vorwürfen aus, dass Y. bei seinen Ausführungen den Gesamtzusammenhang ausblende, in dem der beanstandete Bericht stehe. In der Rubrik «Namen» würden in Form von Kurzmeldungen (Klatsch & Tratsch) Medienmitteilungen und andere Nachrichten über Personen aus Politik, Kultur und Gesellschaft zusammengetragen, verballhornt oder bewusst verkürzt, manchmal ironisch-witzig oder auch nur schnoddrig kommentiert. Was in dieser Rubrik gedruckt werde, wisse der Leser auch richtig einzuordnen. Er erwarte dort keinen ernsthaften Bericht über Tierquälerei oder Botox, sondern humoristisch zugespitzte Informationen über mehr oder weniger bekannte Persönlichkeiten. Die in den ersten beiden Sätzen des Beitrags insgesamt korrekt wiedergegebene Information, dass Y. in seinen X.-Nachrichten Vorwürfe der Tierquälerei gegen M. wegen ihrer angeblichen Vorliebe für Hummer und Gänseleber und ihres angeblichen Gebrauchs von Botox erhebe, werde im beanstandeten dritten Satz unerwartet, aber erkennbar ins Komische, Absurde oder auch Grotteske gewendet. Die Vorwürfe von Y. würden zwar ironisch hinterfragt, doch kann nach Meinung des Bundesgerichts nicht gesagt werden, dass die Äusserungen das zulässige Mass sprengen und Y. in einem falschen Licht zeigen, indem sie ihm unsachliche Vorwürfe gegenüber M. unterstellten. Mit dieser Begründung wies das Bundesgericht die Beschwerde ab, da es in Übereinstimmung mit dem Obergericht keine Persönlichkeitsverletzung erkannte.

12-73

### **Zum Beweismass bei vorsorglichen Massnahmen gegen periodisch erscheinende Medien**

Glaubhaftmachen; Persönlichkeitsschutz; Regelbeweismass; vorsorgliche Massnahmen

Art. 28 ZGB; Art. 28c aZGB; Art. 261 Abs. 1, 266 ZPO

Urteil des Bundesgerichts vom 20. Juni 2011 (5A\_706/2010)

Von jeher gilt für vorsorgliche Massnahmen der Beweisgrad des blossen Glaubhaftmachens. Nun aber hat das Bundesgericht in einem Entscheid betreffend den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz (Urteil des BGer 5A\_641/2011 vom 23. Februar 2012, E. 7.1) kurzerhand die Anwendbarkeit des Regelbeweismasses für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen gegen periodisch erscheinende Medien postuliert. Der jüngste Entscheid bietet Anlass, das Urteil des BGer 5A\_706/2010 vom 20. Juni 2011 zu besprechen, wo diese Praxis in die Wege geleitet wurde.

Im September 2009 veröffentlichte die Genfer Tageszeitung «Tribune de Genève» einen Artikel unter dem Titel «Charles Poncet inculpé de tentative d'extorsion». Darin wurde berichtet, dass der Genfer Rechtsanwalt im Rahmen einer Strafuntersuchung der Mailänder Staatsanwaltschaft des Erpressungsversuches «angeklagt» sei. Poncet habe sich fragwürdiger Methoden bedient, um seine Mandantin Margherita Agnelli in Sachen Erbschaft Giovanni Agnelli zu verteidigen. Um die an zwei Anwälte im Zusammenhang mit der Erbteilung Giovanni Agnelli ausbezahlten Honorarquoten herauszufinden, habe Poncet einen italienischen Anwaltskollegen bei der Mailänder Anwaltskommission sowie bei der dortigen Staatsanwaltschaft angezeigt. Letztere habe daraufhin strafrechtliche Ermittlungen gegen Poncet aufgenommen. Der erwähnten Publikation folgten diverse andere Artikel mit ähnlichem Inhalt.

Poncet ersuchte in der Folge um vorsorgliche Massnahmen. Diese wurden ihm in zweiter Instanz gewährt und die «Tribune de Genève» angewiesen, die betreffenden Artikel provisorisch von ihrer Internetseite zu entfernen sowie die Bezeichnung «inculpé» für den Betroffenen vorläufig zu unterlassen. Dagegen erhob die Tageszeitung Beschwerde an das Bundesgericht, welches den vorinstanzlichen Entscheid aufhob, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten von Poncet.

Im Zusammenhang mit den spezifischen Klagen des Persönlichkeitsschutzes können vorsorgliche Massnahmen i. S. v. Art. 261 Abs. 1 ZPO (Art. 28c Abs. 1 aZGB) angeordnet werden, wenn der Gesuchsteller glaubhaft macht, dass er in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt ist oder eine solche Verletzung unmittelbar droht, und ihm aus dieser Verletzung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Zum Zwecke der Vermeidung verpönter privater Vorzensur stellt das Gesetz erhöhte Anforderungen an den Erlass vorsorglicher Massnahmen gegen periodisch erscheinende Medien: Das Gericht darf eine vorsorgliche Massnahme gemäss Art. 266 ZPO (Art. 28c Abs. 3 aZGB) nur anordnen, wenn dem Gesuchstel-

ler ein besonders schwerer Nachteil droht, offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund vorliegt und die Massnahme nicht unverhältnismässig erscheint (E. 4.2.1).

Anwendbares Beweismass ist seit je das sog. *Glaubhaftmachen*. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache, wenn für deren Vorhandensein aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass es sich auch anders verhalten könnte (BGE 130 III 321 E. 3.3; BGE 120 II 393 E. 4c). Nun aber hat das Bundesgericht für vorsorgliche Massnahmen im Bereich periodisch erscheinender Medien kurzerhand den Beweisgrad angehoben, indem es erwägt, dass «le degré ordinaire de la preuve en matière de mesures provisoires – la vraisemblance – ne semble pas suffire; que l'atteinte au droit de fond ne soit manifestement pas donnée signifie que le requérant doit apporter au juge une *quasi-certitude*; de même un dommage particulièrement grave ne saurait résulter que d'une preuve plus stricte que l'apparence» (E. 4.2.1, Hervorhebung hinzugefügt). Unter Anwendung des Regelbeweismasses hat Poncet insbesondere die Voraussetzung, dass ein Rechtfertigungsgrund offensichtlich fehlt, nicht rechtsgenügend bewiesen.

Der Begriff «*incolpato*», auf welchen sich die «Tribune de Genève» stützte, bezeichnet nach italienischem Strafprozessrecht diejenige Person, gegen welche im Rahmen eines Untersuchungsverfahrens ermittelt wird, ohne dass indes formell Anklage erhoben worden ist (frz. «*prévenu*», dt. «Angeschuldigter»). Im Gegensatz dazu wird der Terminus «*imputato*» erst in einem späteren Verfahrensstadium verwendet, nämlich mit der Anklageerhebung (frz. «*inculpé*», dt. «Angeklagter»). Fälschlicherweise übersetzte die Tageszeitung «*incolpato*» also mit «*inculpé*», anstatt richtig mit «*prévenu*» (E. 4.2.2).

Nach Auffassung der Vorinstanz, welche die vorsorglichen Massnahmen angeordnet hatte, war diese Äusserung von den tatsächlichen Begebenheiten her offensichtlich nicht gerechtfertigt: Es fehlte offensichtlich an einem Rechtfertigungsgrund für die drohende Persönlichkeitsverletzung, weil die Aussage eindeutig falsch war (E. 4.2.2 m. Verw. auf BBl 1982 II 636 ff., 691). Das Bundesgericht differenziert hier allerdings zu Recht.

Eine durch die Verbreitung falscher Tatsachen erfolgte Persönlichkeitsverletzung ist zwar grundsätzlich widerrechtlich (statt vieler BGE 126 III 209 E. 3a). Jedoch konstituiert nicht jede unwahre Behauptung eine Persönlichkeitsverletzung: Nicht jede journalistische Unkorrektheit oder Ungenauigkeit lässt eine Berichterstattung insgesamt als unwahr erscheinen. Vielmehr muss die Behauptung ein *gewisses Mass an Falschinformation* erreichen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erscheint eine solch unwahre Presseäusserung erst «dann als insgesamt unwahr und persönlichkeitsverletzend, wenn sie in wesentlichen Punkten nicht zutrifft und die betroffene Person dergestalt in einem falschen Licht zeigt bzw. ein spürbar verfälschtes Bild von ihr zeichnet, das sie im Ansehen der Mitmenschen – verglichen mit dem tatsächlich gegebenen Sachverhalt – empfindlich herabsetzt» (BGE 126 III 305 E. 4b/aa; BGE 129 III 49 E. 2.2; m. w. H. Hausheer Heinz/Aebi-Müller Regina E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Aufl., Bern 2008, Rz. 12.110).

Nach Auffassung des Bundesgerichts sind die beiden inkriminierenden Begriffe (im Stadium der vorsorglichen Massnahmen) aus der *Perspektive des Durchschnittslesers* zu würdi-

gen. Obgleich die Berichterstattung dahin gehend inexakt ist, dass Poncet im Mailänder Verfahren lediglich «Angeschuldigter» und nicht «Angeklagter» war, erfüllt sie den Tatbestand der Persönlichkeitsverletzung kaum. Die Behauptung vermag das Image des Rechtsanwaltes in den Augen der Gesellschaft nicht herabzusetzen. In den Augen des Durchschnittslesers sind diese juristischen Differenzierungen bzw. Finessen nämlich bedeutungslos (E. 4.2.2). Die im Konjunktiv gehaltenen Formulierungen machen zudem hinreichend deutlich, dass einstweilen nur der Verdacht einer Straftat besteht, und lassen den Betroffenen nicht als schuldig oder bereits gerichtlich verurteilt erscheinen (vgl. BGE 126 III 305 E. 4b/aa; BGE 116 IV 31 E. 5b).

---

**Anmerkungen** Für die Heraufsetzung des Beweismasses im Rahmen vorsorglicher Massnahmen gegen periodisch erscheinende Medien stützt sich unser höchstes Gericht auf BGE 118 II 369 E. 5 (nicht publ.) sowie auf einen Aufsatz der vorsitzenden Richterin, in welchem diese für die Anwendung des Regelbeweismasses der mit an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit plädiert (Hohl Fabienne, *L'exécution anticipée «provisoire» des droits privés*, AJP 1992, S. 576 ff., 585). Liesse sich die Erwägung in BGER 5A\_706/2010 noch als «Äusrutscher» qualifizieren, wird sie in BGER 5A\_641/2011, E. 7.1 quasi bereits als gefestigte Rechtsprechung rezipiert. Stillschweigend übergeht das Bundesgericht damit die konstante herrschende Lehre und Praxis, wonach bei vorläufigen, zumeist unter Beweismittelbeschränkungen getroffenen Entscheiden wie den vorsorglichen Massnahmen das Beweismass des Glaubhaftmachens gilt (Bucher Andreas, *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz*, 4. Aufl., Basel 2009, Rz. 630; Bugnon Hubert, *Les mesures provisionnelles de protection de la personnalité*, in: Gauch Peter et al. (Hrsg.), *La protection de la personnalité*, FS Tercier, Freiburg 1993, S. 35 ff., 41; Hausheer/Aebi-Müller, a. a. O., Rzn 14, 88 ff.; m. w. H. Sprecher Thomas, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), *Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Basel 2010, N 38 zu Art. 266 ZPO; Nobel Peter/Weber Rolf H., *Medienrecht*, 3. Aufl., Bern 2007, Rzn 157 ff.; vgl. BGE 130 III 321 E. 3.3). Die neue Rechtsprechung lässt sich kaum aufrechterhalten, und zwar aus mehreren Gründen.

Erstens hat der Gesetzgeber früh erkannt, dass die Persönlichkeitsrechte in Art. 28 ZGB wenig nützen, wenn die Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes wegen langer Prozessdauer zu spät erfolgt. Mit der Einführung von Art. 28c aZGB wollte er dem Verletzten ein *wirksames Mittel zur Wahrung seiner Rechte* zur Verfügung stellen; eben die Möglichkeit, noch vor der Durchführung des ordentlichen Prozesses in einem raschen, beweiserleichterten Verfahren eine vorsorgliche Massnahme erwirken zu können (vgl. BBl 1982 II 636 ff.). Diese Stärkung des vorläufigen Rechtsschutzes war dem Gesetzgeber offenbar derart wichtig, dass er mit Art. 28c aZGB eine prozessuale Bestimmung bundesrechtlich – damals systemwidrig! – verankerte. Im Stadium des Provisoriums, geschweige denn Superprovisoriums, können die Voraussetzungen des Art. 266 ZPO gegen periodisch erscheinende Medien kaum je mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bewiesen werden. Bereits aus dem Wesen des Rechtsinstituts der vorsorglichen Massnahmen ergibt sich also, dass ein voller Beweis nicht verlangt werden kann (gl. M. Bucher, a. a. O., Rz. 630). Die jüngste bundesgerichtliche Rechtsprechung hätte praktisch zur Folge, dass entsprechende Massnahmen

nie mehr angeordnet würden, und verkennt damit den legislatorischen Willen.

Zweitens indiziert die Verwendung der Wörter «kann» sowie «erscheint» in Art. 266 lit. a bzw. c ZPO die Anwendbarkeit des Glaubhaftigkeitsbeweises. Auch kann die zweite Voraussetzung in lit. b ohne Weiteres so ausgelegt werden, dass lediglich *glaubhaft* sein muss, dass «offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund vorliegt» (gl. M. Bugnon, a. a. O., S. 41; a. M. Hohl, a. a. O., S. 585). Entgegen Hohl steht das «offensichtlich» also nicht für die Einführung des Regelbeweismasses. Anzumerken ist allerdings an dieser Stelle, dass das Bundesgericht die Vorgabe des Gesetzes, wonach offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund vorliegen darf, bereits in einem älteren (in den beiden jüngsten Entscheiden unerwähnten) Urteil des BGer, 4A\_254/2007 vom 29. Januar 2008, E. 3.2, beweisrechtlich strenger interpretierte: Es stützte die Auffassung der Vorinstanz, welche vom Gesuchsteller den Nachweis verlangt hatte, dass die Widerrechtlichkeit der Presseäusserung «manifest und zweifelsfrei erwiesen» sein müsse. Ein solch strenger Massstab darf nicht angelegt werden.

Drittens ist mit der Heraufsetzung des Beweismasses selbst der Presse nicht gedient: Das Medienunternehmen müsste dann nämlich konsequenterweise *ebenfalls* mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit darlegen (und nicht nur glaubhaft machen!), dass eine Publikation gerechtfertigt ist, die Behauptung bspw. offensichtlich der Wahrheit entspricht. Das kann nicht verlangt werden. Es muss genügen, wenn sowohl Gesuchsteller als auch Gesuchsgegner die erforderlichen Voraussetzungen glaubhaft machen.

Im Ergebnis ist dem Bundesgericht freilich zuzustimmen, wenn es die ungenaue Presseäusserung als nicht geeignet betrachtet, den betroffenen Rechtsanwalt in den Augen des Durchschnittslesers empfindlich herabzusetzen. Fraglich bleibt aber, ob es Poncet unter Anwendung des tieferen (und, wie aufgezeigt, korrekten) Beweismasses gelungen wäre, die Voraussetzungen gemäss Art. 28c Abs. 3 aZGB, insbesondere dass offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund für die Publikation besteht, glaubhaft darzutun. Es ist jedenfalls zu hoffen, dass die Lausanner Richter künftig wieder von dieser Rechtsprechung Abstand nehmen (oder sich mit den zahlreichen abweichenden Auffassungen zumindest inhaltlich auseinandersetzen).

MLaw Laura Jetzer, Luzern

12-74

### Verwendung einer Bildmontage für Werbezwecke (Abzocker-Initiative)

Öffentliches Interesse; Persönlichkeitsrecht; Privatsphärenschutz; Recht am eigenen Bild

Art. 28, 28a ZGB

Urteil des Bezirksgerichts Baden (3. Abteilung) vom 27. September 2011 (OZ.2011.24/hu)

Die Publikation einer Bildmontage, welche im Kontext der «Abzocker-Initiative» einen Wirtschaftsführer praktisch nackt darstellt mit der Warnung, er müsse sich «warm

anziehen», stellt eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung dar.

«In der Gratiszeitung «20 Minuten» wurde am 2. 11. 2010 über die gesammelten Unterschriften für die «1:12-Initiative» der Beklagten 1 [JUSO Schweiz] berichtet. Neben dem Text wurde eine von der JUSO herausgegebene Bildmontage des Klägers [Daniel Vasella] abgedruckt. Darauf ist der Kläger zwischen zwei weiteren Wirtschaftsführern [nämlich Brady Dougan sowie Oswald Grübel] zu sehen. Der Kopf des Klägers wurde auf den Körper eines vollständig unbedeckten Mannes gesetzt, der sich mit den Händen knapp die Blösse verdeckt. Darüber steht geschrieben «1:12-Initiative gesammelt» und «Abzocker, zieht euch warm an». Die Fotomontage wurde spätestens am selben Tag auch auf der Homepage der Beklagten 1 aufgeschaltet, versehen mit einem Link, um das «Plakat» als PDF-Dokument herunterzuladen. Nach Eingang einer Klage beim Bezirksgericht Winterthur wurde am 24. 11. 2010 auf der Homepage der Beklagten 1 eine neue Bildmontage aufgeschaltet. Die Abbildung wurde insofern abgeändert, als die Augenpartie und das Geschlechtsteil des Klägers mit einer 1000- bzw. einer 10-Franken-Note abgedeckt wurden. Die Abbildung trug die Unterschrift «Corpus Delicti: Dani V. mittlerweile unkenntlich gemacht...». Der Kläger war weiterhin als er selbst zu identifizieren. Bis zum Entscheid des Bezirksgerichts Baden [betreffend vorsorgliche Massnahmen in der gleichen Sache] vom 19. 1. 2011 waren sowohl die originale als auch die modifizierte Bildmontage auf der Homepage der Beklagten einsehbar und konnten heruntergeladen und verteilt werden. Die Bildmontage wurde am 10. 2. 2011 dadurch abgeändert, dass der Körper des Klägers mit einem schwarzen Balken überdeckt wurde, auf welchem folgender Text eingefügt wurde: «Zensur! Vor Gericht wird sich zeigen: Kann in der Schweiz ein Abzocker die Meinungsfreiheit einfach kaufen? Wir lassen uns die Wahrheit aber nicht verbieten». Auch dieses Bild kann auf der Homepage der Beklagten 1 eingesehen werden (...» (E. 3).

«Auf einer dritten Version der Fotomontage ist der Kläger überwiegend mit einem schwarzen Balken verdeckt, einzig die Beine sind vom Knie an abwärts noch ersichtlich. Der Balken ist mit folgendem Text versehen: «Zensur! An dieser Stelle stand eine Fotomontage mit Dr. Dr. h.c. Daniel Vasella. Er «verdient jedes Jahr Millionen und will gleichzeitig tausende entlassen, weil sie zu «teuer» sind. Mit einem Nobelmanwalt hat er uns vorläufig verboten, diese Fotomontage zu zeigen. Vor Gericht wird sich zeigen: Kann in der Schweiz ein Abzocker die Meinungsfreiheit einfach kaufen? Wir lassen uns die Wahrheit aber nicht verbieten – Daniel Vasella, zieh dich warm an!» Die beiden weiteren Führungspersonen werden unverändert, d.h. nackt, lediglich die Geschlechtsteile abdeckend, abgebildet. Für den etrachter ist in diesem Kontext erkennbar, dass an Stelle des Balkens eine Abbildung des Klägers in gleicher Form gestanden hat» (E. 5.2).

Das Bezirksgericht musste sich zunächst (E. 2.2.2) mit der strittigen Frage der Passivlegitimation des Beklagten 2, Cédric Wermuth, befassen, der geltend machte, er sei zwischenzeitlich als Präsident der JUSO Schweiz zurückgetreten und habe vereinsintern keine Einflussmöglichkeit mehr. Mit Recht weist das Bezirksgericht diesen Einwand zurück: Der Beklagte 2 hatte an der umstrittenen Veröffentlichung mitgewirkt, weshalb er ohne Weiteres die Voraussetzungen von Art. 28 Abs. 1 ZGB erfüllt,

wonach jeder, der an der Verletzung mitwirkt, passivlegitimiert ist. Im Übrigen hatte der Beklagte 2 in keiner Weise von der Initiative oder von der JUSO Schweiz Abstand genommen.

Hinsichtlich der Frage, ob eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung vorliege, fasst das Bezirksgericht (E. 5.2) zunächst die durch das Bundesgericht herausgearbeiteten Grundsätze zum Schutz der sozialen Geltung einer Person zusammen. Es fährt anschliessend mit Blick auf den konkreten Sachverhalt weiter: «Nach dem objektiven Massstab eines Durchschnittsadressaten beurteilt, ist die Darstellung geeignet, das berufliche und gesellschaftliche Ansehen des Klägers herabzusetzen. Die ersten beiden Darstellungen zeigen den Kläger vermeintlich nackt und noch dazu in einer Körperhaltung, die ein Scham- oder Angstgefühl des Klägers suggerieren will. Dadurch wird der Kläger blossgestellt, lächerlich gemacht und in ein falsches Licht gerückt, denn es ist offensichtlich, dass er sich so nicht präsentieren will. Die Art und Weise der Darstellung ist grundsätzlich geeignet, jeden beliebigen Menschen in einem ungünstigen Licht erscheinen zu lassen – unabhängig von dessen beruflicher oder privater Stellung [...]. Auch wenn es sich beim Kläger um eine Person der Zeitgeschichte handelt, muss er sich einen solchen Eingriff nicht gefallen lassen. Hinzu kommt, dass eine Nacktdarstellung die Geheim- oder Intimsphäre betrifft, in der auch öffentliche Personen Schutz genießen [...]. Die Verletzung dieser Sphäre nützt die Publikation geradezu aus, indem sie eine Körperhaltung zeigt, die ein Schamgefühl suggeriert. Damit ist eine Persönlichkeitsverletzung ausgewiesen.»

Den Einwand der Beklagten, der Kläger könne sich nicht auf eine Verletzung des Rechts am eigenen Bild berufen, da er sich in dieser Beziehung als absolute Person der Zeitgeschichte grössere Einschränkungen gefallen lassen müsse, weist das Gericht mit dem Hinweis zurück, dass die Verletzung nicht in der blossen Publikation eines Bildes des Klägers ohne dessen Einwilligung bestehe: «Entscheidend ist, dass eine Abbildung des Klägers auf jene einer (nackten) Drittperson montiert wurde. Dabei geht es nicht bloss um die Verletzung des Rechts am eigenen Bild als eine Sonderform der Persönlichkeitsverletzung.»

Erfolglos blieb auch der Einwand, die Fotomontage sei nicht ehrverletzend, weil im politischen Kontext eine härtere Gangart zulässig sei. Dem ist, wie das Gericht ausführt, «entgegenzuhalten, dass ehrverletzende Äusserungen und Darstellungen selbst in politischen Debatten Persönlichkeitsverletzungen i. S. v. Art. 28 Abs. 1 ZGB darstellen. Hinzu kommt, dass es sich beim Kläger um einen Wirtschaftsführer und nicht um einen Politiker handelt. Es gehört weder zu seinen primären Aufgaben, sich in politische Debatten einzuschalten, noch setzt er sich solchen gezielt und bewusst aus. Zudem kann eine politische Diskussion um die Höhe von Kaderlöhnen auch ohne persönlichkeitsverletzende Darstellung des Klägers in Gang gesetzt und geführt werden. Das politische Motiv vermag daher nichts am persönlichkeitsverletzenden Charakter der Veröffentlichung zu ändern.»

Zur Frage der Widerrechtlichkeit der Verletzung halten die Bezirksrichter Folgendes fest: «Die entscheidende Frage lautet [...], ob ein öffentliches Interesse daran besteht, den Kläger mittels Bildmontage persönlichkeitsverletzend darzustellen. [...] Zu prüfen ist somit, ob ein sachliches Informationsinteresse an

der umstrittenen Darstellung besteht. In diesem Kontext ist vorab festzuhalten, dass kein legitimes öffentliches Interesse daran bestehen kann, Personen nackt darzustellen, die sich so in der Öffentlichkeit nicht präsentieren wollen. Die konkrete Darstellung hat zudem keinerlei sachlichen Zusammenhang zur Rolle, die der Kläger im Wirtschafts- bzw. Gesellschaftsleben eingenommen hat. Mit anderen Worten geht es den Beklagten mit der Bildkomposition nicht darum, eine Diskrepanz aufzuzeigen zwischen den Eigenschaften oder der Verhaltensweise des Klägers einerseits und seiner öffentlichen Rolle andererseits, vielmehr wird erst durch die Verbindung verschiedener Bilder und Worte eine Botschaft vermittelt. Die Darstellung suggeriert nämlich, der Kläger sei «in flagranti» bei einem Fehlverhalten (beim «Abzocken») erwischt worden, schäme sich dafür und fürchte sich vor den Konsequenzen seines Handelns. Dieser Eindruck wird durch den Bildtext untermauert, indem festgehalten wird, der Kläger sein ein «Abzocker» und müsse sich nun «warm anziehen». Damit werden ihm Konsequenzen für ein angebliches Fehlverhalten angedroht. Die dem Durchschnittsbetrachter so vermittelte Information entspricht nicht der Realität, sondern ist konstruiert. [...] Die persönlichkeitsverletzende Darstellung versucht mit einer konstruierten Botschaft auf einen angeblichen Missstand hinzuweisen und dient auf diese Weise als «Eye-Catcher» für eine politische Kampagne. Diese Funktion vermag für sich allein den Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Klägers nicht zu rechtfertigen. Eine politische Diskussion kann auch ohne persönlichkeitsverletzende Bilddarstellung in Gang gesetzt werden. Ein legitimes Informationsinteresse der Öffentlichkeit wird mit der umstrittenen Darstellung nicht gestillt.» Ferner, so das Bezirksgericht weiter, reicht der «Informations- bzw. Kontrollanspruch der Öffentlichkeit gegenüber dem Kläger [...] weniger weit als bei einem demokratisch gewählten Behördenmitglied oder einem Chefbeamten», da der Kläger als Wirtschaftsführer zwar eine gesellschaftliche Verantwortung trägt, aber «der Allgemeinheit zur Erlangung seiner öffentlichen Rolle keine Versprechungen abgegeben» hat und ebenso wenig «in einer besonderen Beziehungsnähe zum Staat [steht], die ihn zur Einhaltung bestimmter Werte verpflichtet» (E. 5.3.3.).

In der folgenden Erwägung befasst sich das Bezirksgericht mit dem von den Klägern angerufenen Satireprivileg und verwirft dieses mit der Überlegung, dass die Beklagten keinen künstlerischen, sondern einen politischen Zweck verfolgten: «Da es bereits an einem eigenen künstlerischen Interesse der Beklagten fehlt, kann auch kein öffentliches Interesse daran bestehen, dass sich die Beklagten in einer persönlichkeitsverletzenden Weise und unter Berufung auf das Satireprivileg äussern dürfen, nur um die von ihnen verfolgten – statutarisch klar festgelegten – rein politischen Ziele zu erreichen» (E. 5.3.4.).

Im Ergebnis geht das Bezirksgericht somit von einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung aus und klärt in den nächsten Erwägungen deren Rechtsfolgen: Das Bezirksgericht spricht ein Verbot aus, die Bildmontagen, die den Kläger weitgehend nackt zeigen, auf der Homepage der Beklagten 1 oder sonst im Internet oder anderswo zu zeigen. Dieses Verbot wird mit der Ungehorsamsstrafe nach Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO i. V. m. Art. 292 StGB verbunden. Ferner wird auch das Begehren um Feststellung der Widerrechtlichkeit der Verletzung gutgeheissen.

**Anmerkungen** Der Entscheid wirft einige interessante Fragen auf, die durch das Bezirksgericht nur teilweise beantwortet werden und die eingehender Diskussion bedürften.

Erstens stellt sich die ganz grundsätzliche Frage, welcher Teilaspekt der Persönlichkeit verletzt ist, wenn das Bildnis einer Person für eine Bildmontage verwendet wird. Unbestrittenermassen war der Kläger im vorliegenden Verfahren eine Person des öffentlichen Interesses und sein Porträt (in unverfremdeter Form) im Internet tausendfach verfügbar. Wird damit eine Bildmontage angefertigt, ist daher keineswegs klar, dass das Recht am eigenen Bild verletzt wird. Dies leuchtet sogleich ein, wenn man sich eine Verfremdung vorstellt, der jeglicher Realitätswert abgeht (z. B. Darstellung des Kopfes auf einem Tierkörper). Solche Bildmontagen betreffen eher die Ehre als den Bildnis- oder Geheimnisschutz. Bildmontagen, welche in an sich realistischer Weise den Kopf einer Person auf einen fremden Körper setzen, sind keine echten Verletzungen der Geheimsphäre, da der eigene Körper des Betroffenen mit all seinen individuellen Merkmalen nicht gezeigt wird. Derartige Darstellungen sind vielleicht eher vergleichbar mit erfundenen Interviews.

Somit geht es, wie das Bezirksgericht richtig festhält, in beiden Sachlagen (realistische und unrealistische Verfremdung) um andere Aspekte der sozialen Persönlichkeit, nämlich darum, nicht öffentlich dem Spott oder aber dem Eindruck ausgesetzt zu werden, man habe sich tatsächlich in der vorliegenden Form ablichten lassen. Verglichen mit echten Nacktaufnahmen stellen Bildmontagen (oder gemalte Akte, vgl. BGer 5P.40/2003 und dazu Aebi-Müller, ZBJV 2004, S. 244 ff.) wohl meist eine weniger schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung dar. Dies gilt jedenfalls dann, wenn aus den Umständen erkennbar ist, dass in Wirklichkeit Körper und Gesicht nicht zusammengehören. Im vorliegenden Fall trifft dies zu, denn ein unbefangener Betrachter erkennt sofort, dass sich Vasella für ein derartiges Fotoshooting unter keinen Umständen zur Verfügung gestellt hätte. Es handelt sich gewissermassen nicht um eine Tatsachendarstellung, sondern (zufolge der Verfremdung) vielmehr um ein Werturteil, das im Rahmen von Art. 28 ZGB in der Regel eher hinzunehmen ist. Selbstredend fällt dieses Werturteil hier, wenn man die gesamten Umstände der Veröffentlichung und auch die mit dem Bild abgedruckten Texte beachtet, für den Betroffenen äusserst negativ aus und überschreitet klar die Grenzen der normalerweise zu tolerierenden Kritik. Bei der Interessenabwägung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB ist allerdings dem Umstand, dass keine echte Fotografie aus dem Privat- oder Geheimbereich des Betroffenen verwendet wurde, angemessen Rechnung zu tragen.

Im Rahmen dieser Interessenabwägung legt das Bezirksgericht den Schwerpunkt seiner Erwägungen auf das Informationsinteresse der Öffentlichkeit. Ein solches überwiegendes Interesse wird insbesondere aus zwei Gründen verneint: weil einerseits die Fotografie als Montage keinen zutreffenden Sachverhalt wiedergebe (und an unzutreffenden Informationen zum vornherein kein legitimes Informationsinteresse bestehen kann) und weil andererseits der Informations- und Kontrollanspruch der Bevölkerung hinsichtlich des beruflichen Verhaltens eines Wirtschaftsführers, auch wenn dieser aufgrund seiner herausragenden Stellung eine Person der Zeitgeschichte ist, weniger weit gehe als bei Politikern oder Angestellten des öffentlichen Dienstes. Beide Argumente sind grundsätzlich nicht falsch. Allerdings ging

es den Beklagten vorliegend mit ihrer Bildmontage weniger um eine (sachliche) Information der Bevölkerung als vielmehr darum, die Diskussion um ihre Initiative und deren «Zielobjekte» zu beleben. Dies erkennt zwar auch das Bezirksgericht, es führt den Gedanken allerdings nicht weiter aus. Diese Zurückhaltung ist zu bedauern. Denn es lässt sich durchaus auch argumentieren, dass neben dem blossen Informationsinteresse der Bevölkerung in einer demokratischen und pluralistischen Gesellschaft auch ein schützenswertes, im Rahmen von Art. 28 Abs. 2 ZGB zu berücksichtigendes Interesse daran besteht, mit ungewöhnlichen, vielleicht gar provozierenden Darstellungen die eigene politische Auffassung kundzutun und die Auseinandersetzung um wichtige gesellschaftliche Fragen zu beleben. Dies auch dann, wenn sich die Diskussion nicht direkt mit Politikern und deren Amtsführung, sondern mit Führungspersonen aus der Wirtschaft befasst. Nicht das Informations-, sondern das Diskussionsinteresse der Öffentlichkeit steht bei diesen Überlegungen infrage. Selbst wenn man ein solches Diskussionsinteresse anerkennt, bleibt freilich höchst zweifelhaft, ob dieses genügen würde, um die vorliegend interessierende Darstellung zu rechtfertigen.

Prof. Regina E. Aebi-Müller, Luzern

## 4.2 Arbeitsrecht – Droit du travail

12-75

### Arbeitnehmervertreter darf aus wirtschaftlichen Gründen gekündigt werden

Arbeitnehmervertreter; Kündigungsfreiheit; missbräuchliche Kündigung; Missbrauchsverbot; wirtschaftliche Gründe

Art. 335 Abs. 1 lit. b, 336 Abs. 2, 340c Abs. 2 OR

Urteil des Bundesgerichts vom 19. März 2012  
(4A\_415/2011)

Das Bundesgericht wies die Beschwerde eines Arbeitnehmervertreters ab, der sich gegen seine Entlassung mithilfe von Art. 336 Abs. 2 lit. b OR zur Wehr gesetzt hatte. Es stellte sich in seinen Erwägungen auf den Standpunkt, dass der Gesetzgeber die Arbeitnehmervertreter nicht vor Entlassungen aus wirtschaftlichen Gründen schützen wollte.

Infolge einer Neuorganisation und des damit einhergehenden Stellenabbaus wurde der bei Tamedia angestellte Redaktor X. entlassen. Da er gleichzeitig Präsident der Personalkommission (Peko) des «Tages-Anzeigers» war, erhob er dagegen Einsprache und verlangte eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung gemäss Art. 336 Abs. 2 OR. Das Arbeitsgericht Zürich hiess seine Klage gut und sprach ihm eine Entschädigung von rund 30000 Franken zu. Auf Berufung der Tamedia wies das Zürcher Obergericht das Begehren von X. ab, weshalb X. seinen Anspruch vor dem Bundesgericht geltend machte.

Das Bundesgericht betonte zu Beginn seiner Erwägungen, dass ein unbefristetes Arbeitsverhältnis grundsätzlich unter Einhaltung von Fristen gekündigt werden könne (Art. 335 Abs. 1 OR). Diese Kündigungsfreiheit werde allerdings durch das Missbrauchsverbot eingeschränkt. Unter anderem werde eine Kündigung dann als missbräuchlich qualifiziert, wenn sie gemäss Art. 336 Abs. 2 lit. b OR ausgesprochen wird, «während der Arbeitnehmer gewählter Arbeitnehmervertreter in einer betrieblichen oder einer dem Unternehmen angeschlossenen Einrichtung ist, und der Arbeitgeber nicht beweisen kann, dass er einen begründeten Anlass zur Kündigung hatte». In der Folge hatte sich das Bundesgericht mit der Frage auseinanderzusetzen, ob wirtschaftliche Gründe auch zum «begründeten Anlass» nach Art. 336 Abs. 2 lit. b OR zu zählen seien. Dabei verwies es auf einen früheren Entscheid (BGE 133 III 512), in dem es bestimmt hatte, dass einem Arbeitnehmervertreter nicht nur aus Gründen, die er selber gesetzt hat, sondern auch aus rein objektiven Gründen gekündigt werden dürfe. Diese Rechtsprechung wurde von X. infrage gestellt. Er vertrat die Ansicht, dass eine ausschliesslich auf wirtschaftlichen Gründen beruhende Entlassung missbräuchlich sei und die Klage deshalb gutgeheissen werden müsse. Zumindest sei aber die Interpretation des Arbeitsgerichts zu übernehmen, wonach objektive Gründe als «begründeter Anlass» nur beschränkt zuzulassen seien, nämlich dann, wenn keine Verhandlungen zwischen Arbeitgeberschaft und Arbeitnehmerschaft anstehen oder laufen würden.

Das Bundesgericht nahm deshalb eine Auslegung von Art. 336 Abs. 2 lit. b OR vor. Dabei war es der Meinung, aus den Materialien gehe deutlich hervor, dass ein Schutz vor wirtschaftlich begründeten Kündigungen mit dem geltenden Art. 336 OR nicht angestrebt worden sei. Es treffe zwar zu, dass weder in der Botschaft noch in den parlamentarischen Beratungen darüber diskutiert worden sei, ob wirtschaftliche Gründe unter den Begriff des «begründeten Anlasses» nach Art. 336 Abs. 2 lit. b OR fallen. Allerdings sei man sich in der im Parlament geführten Grundsatzdiskussion einig gewesen, dass der «begründete Anlass» in Art. 336 Abs. 2 lit. b OR und Art. 340c Abs. 2 OR die gleiche Tragweite habe. Wenn X. daraus schliesse, dass bei diesen beiden Artikeln wirtschaftliche Gründe für eine Entlassung ausser Betracht fallen, verkenne er den unterschiedlichen Kontext und Wortlaut der beiden Normen. Bereits aus dem Zusatz «ihm» im Wortlaut von Art. 340c Abs. 2 OR gehe hervor, dass lediglich der Arbeitnehmer den begründeten Anlass setzen könne. Deshalb würden wirtschaftliche Gründe seitens des Arbeitgebers hier ausser Betracht fallen. Diese Einschränkung finde sich in Art. 336 Abs. 2 lit. b OR nicht, weshalb nach Ansicht des Bundesgerichts auch wirtschaftliche Gründe für eine Kündigung zugelassen seien. Dieses Ergebnis werde im Übrigen auch durch die ratio legis gestützt. Zweck der Bestimmung sei es, Arbeitnehmervertreter vor einer Entlassung zu schützen, welche in einem Zusammenhang mit seiner Tätigkeit in der Personalkommission steht. Die Interpretation, dass ein Arbeitnehmervertreter auch aus wirtschaftlichen Gründen nicht entlassen werden dürfe, würde nach Ansicht des Bundesgerichts einer Privilegierung gegenüber anderen Arbeitnehmern bei Massenkündigungen gleichkommen. Damit würde dem Arbeitgeber verunmöglicht, die effizientesten und sozialverträglichsten Massnahmen zu

ergreifen, was sich zulasten der übrigen Arbeitnehmer auswirken könnte. Auch die Auslegung des Arbeitsgerichts, wonach bereits bestehende Verhandlungen des Arbeitgebers mit dem Arbeitnehmervertreter dessen Entlassung verbieten sollen, liess das Bundesgericht nicht gelten: «Eine solche Auslegung würde in tatsächlicher Hinsicht einer Sperrfrist gleichkommen, da der Arbeitgeber, welcher aus wirtschaftlicher Bedrängnis einen Stellenabbau erwägt, regemässig zu Verhandlungen verpflichtet sein dürfte, womit die Privilegierung der Mitarbeitervertreter stets zum Tragen kommen würde.» Aus diesen Gründen lehnte das Bundesgericht die Beschwerde von X. ab. Zum Schluss seiner Erwägungen wies es noch darauf hin, dass eine Gesetzesänderung vonnöten wäre, wollte man die Arbeitnehmervertreter vor Kündigungen aus wirtschaftlichen Gründen schützen.

---

**Anmerkungen** Den Markstein für seinen Entscheid, der die Kündigung des langjährigen Redaktors und Präsidenten der «Personalkommission Tages-Anzeiger» für rechtmässig erklärt, hatte das Bundesgericht schon 2007 gesetzt. In BGE 133 III 512 erklärte es, die Kündigung eines gewählten Arbeitnehmervertreters sei dann nicht missbräuchlich, wenn der Arbeitgeber beweisen könne, dass er einen «begründeten Anlass» zu Kündigung hatte – und «begründet» sei ein Anlass nicht nur, wenn selbst gesetzte «subjektive» Gründe im Arbeitnehmerverhalten vorlägen (etwa schlechte Leistungen des Arbeitnehmers); auch «aus rein objektiven Gründen» (etwa bei ungenügender Ertragslage) dürfe dem gewählten Arbeitnehmervertreter gekündigt werden. Im Fall «Tages-Anzeiger» hatte das Arbeitsgericht Zürich als erste Instanz dem entlassenen Personalkommissionspräsidenten Daniel Suter noch recht gegeben: Dabei argumentierte es teleologisch, nämlich von der Schutzbedürftigkeit der schwächeren Partei im Arbeitskonflikt aus. «Wenn mitten in einem laufenden Verhandlungsverfahren um einen Sozialplan rein objektive Gründe für eine Kündigung von Arbeitnehmervertretern zugelassen werden, wird diese Schutzbestimmung [OR 336 II b] ihrer Bedeutung beraubt.» Arbeitnehmervertreter müssen «ohne Angst um ihren Arbeitsplatz auf Augenhöhe mit der Unternehmensvertretung verhandeln können». Hat wie hier ein gewählter Arbeitnehmervertreter «mitten im [Konsultations- oder Sozialplanverfahren bei Massenentlassungen]» eine Kündigung hinzunehmen, so kann er «im Ungewissen über seine Zukunft» die Arbeitnehmerinteressen kaum mit der nötigen Gelassenheit präsentieren. Zumal nach den Regeln des «Tages-Anzeiger»-Personalkommissionsreglements, das die Informations- und Mitwirkungsrechte sämtlicher Mitarbeiter auf die Personalkommission überträgt. Man hätte sich vorstellen können, dass das Bundesgericht statt seiner Lektion über die Hindernisse einer Praxisänderung etwas teleologischer überlegt hätte. Das tat dann der Bundesrat, als er in seinem Vorentwurf zu einer Teilrevision des Obligationenrechts (September 2010) nahe am Urteil des Arbeitsgerichts Zürich argumentierte. Dieses hatte übrigens keineswegs am Grundsatz der Kündigungsfreiheit herumgeschraubt, sondern bloss vorgeschlagen, die Kündigung von Arbeitnehmervertretern beschränkt zuzulassen, nämlich nur dann, «wenn keine Verhandlungen zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretung laufen» (Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 13. 7. 2010).

Dr. iur. Peter Studer, Rüschtikon

---

### 4.3 Weitere zivilrechtliche Fragen – Autres questions de droit privé

12-76

#### Droit d'accès au programme en période électorale

Droits politiques et fondamentaux; mesures provisionnelles;  
protection de la personnalité

Art. 34, 35 Cst.; art. 28, 28a CC

Décision du Tribunal cantonal du Valais du 12 janvier 2012  
(C1 11 170)

A une date indéterminée, M<sup>e</sup> C., membre du parti socialiste valaisan, a qualifié, dans le journal «Le Peuple valaisan», les membres de l'association «La Gauche» de «salauds qui manipulent» et les a également accusés d'avoir rejoint une «secte de débiles».

En date du 12 septembre 2011, Olivier Cottagnoud et l'association «La Gauche» ont déposé devant le juge du district de Sion une requête de mesures préprovisionnelles et provisionnelles tendant à ce qu'ordre soit donné à la SSR et à la RTS de donner accès à un pupitre sur le plateau au représentant valaisan de leur association durant toute la durée de l'émission électorale qui devait se tenir le 30 septembre 2011 et à lui accorder le même traitement lors de l'émission radiophonique du 22 septembre 2011.

Cette requête, notamment mue par le fait que les requérants disaient craindre des débordements verbaux de la part d'autres politiciens de gauche lors des émissions visées, se fondait, d'une part, sur les articles relatifs à la protection de la personnalité (art. 28 et 28a CC) et, d'autre part, sur les dispositions constitutionnelles visant les droits politiques et fondamentaux (art. 34 et 35 Cst, d'autre part). Les requérants soutenaient enfin que tous les partis répondant aux critères de l'article 3.1 des règles RTS devaient être mis sur un pied d'égalité.

Par décision du 20 septembre 2011, le juge du district de Sion a fait droit à cette requête.

Un avis qui n'a pas été partagé par le Tribunal cantonal du Valais par devant qui l'affaire a été portée en appel par la SSR et la RTS.

Pour le Tribunal, les requérants – qui semblaient craindre que les autres participants de l'alliance de gauche aux débats des 22 et 30 septembre 2011 ne tiennent à cette occasion des propos attentatoires à leur honneur – ont échoué à établir qu'ils étaient menacés par une atteinte imminente et propre à leur causer un préjudice particulièrement grave, conditions *sine qua non* à toutes mesures provisionnelles visant un média à caractère périodique.

Le juge n'a pas davantage fait droit aux arguments des requérants s'agissant de la violation alléguée de leurs droits politiques. Il a estimé, après avoir rappelé que s'il «ne faisait

pas de doute que la SSR, en tant que concessionnaire fournissant une tâche d'utilité publique, devait respecter les droits fondamentaux des citoyens», qu'avant les élections fédérales, la SSR était toutefois autorisée à faire des différences entre les partis, par exemple sur la base de leur représentation au Parlement, en octroyant un temps d'écoute et des heures d'intervention moins favorables aux petites formations.

Enfin, le Tribunal a relevé que la SSR n'entendait nullement empêcher Olivier Cottagnoud de s'exprimer lors de ces débats, mais qu'il aurait simplement dû le faire depuis une place dans le public et n'aurait été autorisé à prendre la parole qu'à deux reprises. Ce traitement différencié n'aurait pas été de nature à lui faire subir une atteinte particulièrement grave à ses droits politiques.

Le conditionnel passé est de mise, puisqu'à la suite de la décision de première instance sur mesures préprovisionnelles et provisionnelles, Olivier Cottagnoud a finalement pu bénéficier du même traitement que les représentants des autres formations politiques, la RTS et la SSR s'étant conformées en tous points à la décision du juge du district de Sion.

**Commentaire** Intervenue sur un terrain électoral fébrile où les requérants disaient craindre des débordements à l'antenne à la suite de propos outranciers tenus par un bouillant socialiste valaisan, cette décision sonne comme une piqûre de rappel: s'il découle de la garantie des droits politiques que chaque citoyen a la possibilité de participer, comme électeur ou candidat, à une élection avec les mêmes chances de succès (pour autant qu'il remplisse certaines exigences), il n'est pas nécessaire pour autant de donner le même espace à toutes les idées pour que leur diversité soit convenablement représentée. De la sorte, et comme l'a déjà admis par le passé le Tribunal fédéral, un temps d'écoute moins grand et à des heures moins favorables qu'à celui octroyé aux formations plus importantes peut être accordé aux petits partis (voir notamment l'arrêt «Tamborini», ATF 125 II 497, «Medialex» 2000 p. 497 et ATF 119 Ib 250 consid. 3c).

Avec le Tribunal, on relèvera que le préjudice allégué sous l'angle du droit de la personnalité était des plus hypothétiques, pour ne pas dire fantaisiste. Ainsi, le fait qu'un homme politique valaisan se soit laissé aller, dans les colonnes d'un journal de parti, à des propos peu amènes et dépourvus de subtilité à l'endroit des requérants ne fondait pas pour autant de vraisemblance d'une atteinte. C'est d'autant plus vrai que l'octroi de mesures provisionnelles dites d'exécution anticipée contre des médias à caractère périodique n'est possible qu'à la double condition que, d'une part, la prétention du requérant apparaisse comme manifestement bien fondée et que, d'autre part, l'atteinte soit imminente et particulièrement grave.

On peut toutefois rester plus dubitatif face aux lignes de démarcations posées par le Tribunal entre le juge civil et l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision (AIEP). Selon le Tribunal, l'AIEP ne serait pas compétente pour juger des éventuelles atteintes aux droits individuels et fondamentaux garantis par les dispositions invoquées par les requérants. Or s'il est vrai que le Tribunal fédéral a jugé, en 2008, que l'AIEP n'était pas compétente pour juger des éventuelles violations de la personnalité en relation avec une émission (ATF 134 II 260, consid. 6.2 et 6.4), il n'en va pas forcément de même s'agissant des droits poli-

tiques, et plus particulièrement du respect des règles édictées par la RTS, lesquelles visent en premier lieu la garantie du principe de la libre formation de l'opinion. A cet égard, la saisine concurrente de l'AIEP et du juge civil est parfaitement possible.

lic. iur. Nicolas Capt, Genève

## 5. Urheberrecht

### 5.1 Rechtsschutz – Protection juridique

12-77

#### Verwertungsrechte von Filmregisseuren und -produzenten

Gesetzliche Vergütungsansprüche; Urheberrecht; Vermiet- und Verleihrecht; Verwertungsrechte

Art. 1, 2 Kabel- und Satellitenrichtlinie (93/83/EWG); Art. 2, 3 Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft (2001/29/EG); Art. 2 Schutzdauer richtlinie (2006/116/EG)

Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 9. Februar 2012 (C-277/10)

Der EuGH hatte sich aufgrund eines Vorabentscheidungs-gesuchs des Handelsgerichts Wien mit den Verwertungsrechten des Regisseurs und des Produzenten eines Films auseinanderzusetzen.

Im Zentrum des vorliegenden Falles standen der Regisseur und der Produzent eines Dokumentarfilms über die deutsche Kriegsphotografie im Zweiten Weltkrieg («Fotos von der Front»). In einer Vereinbarung hatten diese beiden Parteien ihre Aufgabenbereiche abgegrenzt. Im selben Vertrag hatten sie die Abmachung getroffen, dass alle Urheberrechte und verwandten Schutzrechte, abgesehen von bestimmten, separat abzurechnenden Verbreitungs Kanälen (u. a. Verbreitung in geschlossenen Benutzerkreisen und im Bezahlfernsehen), dem Produzenten zufallen sollen. Diese Abmachung enthielt keine weiteren Angaben zu gesetzlichen Vergütungsansprüchen (beispielsweise Leerkassettenvergütung oder Abgaben auf Aufzeichnungen). Streit entstand deshalb, weil der Produzent die Rechte für den Film an eine Online-Filmplattform für Video-on-Demand-Dienste verkaufte und den Film online verfügbar machte. Der Regisseur vertrat die Ansicht, dass der Produzent damit den Vertrag und seine Urheberrechte verletzt habe, da diese Verwertungsform gemäss Vertrag einzig ihm zustehe. Der Produzent vertrat die gegenteilige Ansicht, dass er der Exklusivhaber aller Verwertungsrechte sei. Zudem beanspruchte er alle gesetzlichen Vergütungsansprüche für sich. Das österreichische Gericht kam zum Ergebnis, dass gemäss österreichischem Recht die Verwertungsrechte originär und unmittelbar dem Hersteller eines Films zustehen. Von dieser Regelung ab-

weichende Vereinbarungen seien unwirksam. Im Gegensatz dazu würden die gesetzlichen Vergütungsansprüche gemäss Urheberrechtsgesetz je hälftig dem Filmproduzenten und dem Filmregisseur zustehen, wobei aber von diesem Grundsatz abweichende Vereinbarungen zulässig seien. Um die Vereinbarkeit dieser österreichischen Regelung mit dem Unionsrecht zu klären, gelangte das nationale Gericht mit mehreren Fragen zur Vorabentscheidung an den EuGH.

Mit der ersten Frage wollte das österreichische Gericht klären, ob es mit dem Recht der Europäischen Union (insbesondere mit Art. 1 und 2 der Kabel- und Satellitenrichtlinie 93/83/EWG, Art. 2 und 3 der Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft 2001/29/EG sowie mit Art. 2 der Schutzdauer richtlinie, 2006/116/EG) vereinbar ist, wenn ein nationales Gesetz die Verwertungsrechte an einem Film ausschliesslich seinem Produzenten zuweist. Der EuGH vertrat die Ansicht, dass ein Regisseur gemäss EU-Recht das Recht am geistigen Eigentum seines Films rechtmässig erlangt habe, weshalb eine Verweigerung dieser Verwertungsrechte «einem Entzug seines rechtmässig erworbenen Rechts des geistigen Eigentums» gleichkäme. Folglich sei eine nationale Regelung, welche die Verwertungsrechte ausschliesslich dem Produzenten eines Werks zugestehe, nicht mit dem EU-Recht vereinbar.

Die zweite Frage hatte die Abtretung des Vermiet- und Verleihsrechts an den Filmproduzenten zum Gegenstand. Nach Meinung des EuGH lässt das EU-Recht zu, dass Mitgliedstaaten eine Vermutung der Abtretung des Vermietrechts an den Produzenten eines Films in ihre Rechtsordnung aufnehmen. Allerdings dürfe diese Vermutung nicht unwiderlegbar sein, und dem Regisseur eines Films müsse die Möglichkeit gewährt werden, eine abweichende Abmachung zu vereinbaren.

In der dritten und vierten Frage hatte sich der EuGH mit dem Recht auf gerechten Ausgleich zu beschäftigen. Er hatte dabei die Frage zu beantworten, ob der Regisseur als Urheber eines Films ein Anrecht auf einen gerechten Ausgleich (für Privatkopien) hat. Zudem musste der EuGH eine Antwort auf die Frage finden, ob die automatische Vermutung, dass ein Regisseur auf seinen Anspruch auf gerechten Ausgleich verzichtet, gemäss EU-Recht statthaft ist. Der EuGH äusserte sich dahin gehend, dass einem Filmregisseur unmittelbar ein Anspruch auf einen gerechten Ausgleich zustehe. Allerdings dürfe das nationale Recht keine automatische Vermutung beinhalten, die eine Abtretung dieses Rechts an den Filmproduzenten vorsieht. Dabei spiele es keine Rolle, ob eine solche Vermutung widerlegbar sei oder nicht.

Das EU-Recht verpflichtete seine Mitgliedstaaten, so der EuGH in einer Zusammenfassung, einem Regisseur die Verwertungsrechte an seinen Filmen sowie ein Recht auf gerechten Ausgleich einzuräumen. Zwar dürfe eine Vermutung der Abtretung der Verwertungsrechte an den Filmproduzenten im nationalen Recht verankert werden, aber nur dann, wenn der Regisseur die Möglichkeit habe, eine davon abweichende Vereinbarung zu treffen. Nicht mit dem EU-Recht vereinbar sei im Gegenzug eine Vermutung der Abtretung beim Recht auf gerechten Ausgleich.

## 5.2 Verwertungsrecht – Gestion des œuvres

12-78

### Keine Verpflichtung des Host-Providers zur Kontrolle der gespeicherten Inhalte

Haftung des Host Providers; Urheberrechtsverletzungen in sozialen Netzwerken

Art. 8, 10 EMRK; Art. 17 Abs. 2, Art. 18 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union 2010 (2010/C 83/02); Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (2004/48/EG); Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr (2000/31/EG); Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (2001/29/EG)

Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 16. Februar 2012 (C-360/10)

Die Firma Netlog NV betreibt eine Plattform für ein soziales Netzwerk im Internet, auf der jede Person, die sich dort anmeldet, einen persönlichen Bereich, das sogenannte «Profil», zur Verfügung gestellt bekommt, den sie selbst mit Inhalten füllen kann und der weltweit zugänglich ist. Die belgische Verwertungsgesellschaft SABAM hat festgestellt, dass auf dieser Plattform auch musikalische und audiovisuelle Werke aus ihrem Repertoire genutzt werden. Nachdem sie von Netlog NV vergeblich die Bezahlung einer Vergütung oder die Abgabe einer Unterlassungsverpflichtung verlangt hat, beantragt sie beim zuständigen Gericht unter anderem, Netlog NV unter Androhung eines Zwangsgeldes zu verpflichten, ab sofort jede unzulässige Zurverfügungstellung musikalischer oder audiovisueller Werke aus dem Repertoire von SABAM zu unterlassen.

Netlog macht demgegenüber geltend, dass ihr durch dieses Rechtsbegehren eine allgemeine Überwachungspflicht auferlegt werden solle, was gegen Art. 15 Abs. 1 der EU-Richtlinie 2000/31 verstosse. Die Plattformbetreiberin wäre gezwungen, auf eigene Kosten und ohne zeitliche Beschränkung für sämtliche Kunden generell und präventiv ein System einzurichten, das den grössten Teil der auf ihren Servern gespeicherten Informationen filtere und gegebenenfalls den Austausch dieser Dateien blockiere.

Das belgische Gericht setzt das Verfahren aus und legt dem EuGH folgende Frage zur Vorabentscheidung vor:

«Können die Mitgliedstaaten aufgrund der Richtlinien 2001/29 und 2004/48, in Verbindung mit den Richtlinien 95/46, 2000/31 und 2002/58, ausgelegt im Licht insbesondere der Art. 8 und 10 der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, dem nationalen Richter erlauben, in einem Verfahren zur Hauptsache allein aufgrund der gesetzlichen Vorschrift, wonach die nationalen Gerichte auch eine Unterlassungsanordnung gegen Vermittler erlassen

können, deren Dienste von einem Dritten zur Verletzung eines Urheberrechts oder verwandten Schutzrechts genutzt werden, gegen einen Hosting-Anbieter die Anordnung zu erlassen, auf eigene Kosten und ohne zeitliche Beschränkung für sämtliche Kunden generell und präventiv ein System einzurichten, das den grössten Teil der auf seinen Servern gespeicherten Informationen zur Ermittlung von Dateien mit musikalischen, filmischen oder audiovisuellen Werken, an denen SABAM Rechte zu haben behauptet, auf diesen Servern filtert und sodann den Austausch dieser Daten blockiert?»

Der EuGH beantwortete die Frage mit den folgenden Erwägungen:

(38) Angesichts des Vorstehenden ist festzustellen, dass die dem Hosting-Anbieter auferlegte Anordnung, das streitige Filtersystem einzurichten, ihn verpflichten würde, eine aktive Überwachung fast aller Daten sämtlicher Nutzer seiner Dienste vorzunehmen, um jeder künftigen Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums vorzubeugen. Daraus folgt, dass diese Anordnung den Hosting-Anbieter zu einer allgemeinen Überwachung verpflichten würde, die nach Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31 verboten ist (vgl. entsprechend Urteil Scarlet Extended, Randnr. 40).

(39) Um zu beurteilen, ob diese Anordnung mit dem Unionsrecht im Einklang steht, ist zudem den Anforderungen Rechnung zu tragen, die sich aus dem Schutz der vom vorliegenden Gericht genannten anwendbaren Grundrechte ergeben.

(40) Insofern ist darauf hinzuweisen, dass die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Anordnung das Ziel verfolgt, den Schutz der Urheberrechte sicherzustellen, die Teil des Rechts am geistigen Eigentum sind und die durch Art und Inhalt bestimmter, mittels des Dienstes des Hosting-Anbieters gespeicherter und der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellter Informationen verletzt werden können.

(41) Der Schutz des Rechts am geistigen Eigentum ist zwar in Art. 17 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden: Charta) verankert. Gleichwohl ergibt sich weder aus dieser Bestimmung noch aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs, dass dieses Recht schrankenlos und sein Schutz daher bedingungslos zu gewährleisten wäre (Urteil Scarlet Extended, Randnr. 43).

(42) Wie nämlich aus den Randnrn. 62 bis 68 des Urteils vom 29. Januar 2008, Promusicae (C-275/06, Sig. 2008, I-271), hervorgeht, ist der Schutz des Grundrechts auf Eigentum, zu dem die an das geistige Eigentum anknüpfenden Rechte gehören, gegen den Schutz anderer Grundrechte abzuwägen.

(43) Insbesondere ist Randnr. 68 des genannten Urteils zu entnehmen, dass die nationalen Behörden und Gerichte im Rahmen der zum Schutz der Inhaber von Urheberrechten erlassenen Massnahmen ein angemessenes Gleichgewicht zwischen dem Schutz dieses Rechts und dem Schutz der Grundrechte von Personen, die von solchen Massnahmen betroffen sind, sicherzustellen haben.

(44) Unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens müssen die nationalen Behörden und Gerichte daher insbesondere ein angemessenes Gleichgewicht zwischen dem Schutz des Rechts am geistigen Eigentum, den Inhaber von Urheberrechten geniessen, und dem Schutz der unternehmerischen Freiheit, der Wirtschaftsunternehmern wie den Hosting-

Anbietern nach Art. 18 der Charta zukommt, sicherstellen (vgl. Urteil Scarlet Extended, Randnr. 46).

(45) Im Ausgangsverfahren bedeutet jedoch die Anordnung, das streitige Filtersystem einzurichten, dass im Interesse dieser Rechtsinhaber sämtliche der bei dem betreffenden Hosting-Anbieter gespeicherten Informationen oder der grösste Teil davon überwacht werden, wobei diese Überwachung zudem zeitlich unbegrenzt ist, sich auf jede künftige Beeinträchtigung bezieht und nicht nur bestehende Werke schützen soll, sondern auch Werke, die zum Zeitpunkt der Einrichtung des Systems noch nicht geschaffen waren.

(46) Somit würde eine solche Anordnung zu einer qualifizierten Beeinträchtigung der unternehmerischen Freiheit des Hosting-Anbieters führen, da sie ihn verpflichten würde, ein kompliziertes, kostspieliges, auf Dauer angelegtes und allein auf seine Kosten betriebenes Informatiksystem einzurichten, was im Übrigen gegen die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2004/48 verstiesse, wonach die Massnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums nicht unnötig kompliziert oder kostspielig sein dürfen (vgl. entsprechend Urteil Scarlet Extended, Randnr. 48).

(47) Unter diesen Umständen ist festzustellen, dass die Anordnung, das streitige Filtersystem einzurichten, als Missachtung des Erfordernisses der Gewährleistung eines angemessenen Gleichgewichts zwischen dem Schutz des Rechts am geistigen Eigentum, das Inhaber von Urheberrechten geniessen, und dem Schutz der unternehmerischen Freiheit, der Wirtschaftsunternehmern wie den Hosting-Anbietern zukommt, einzustufen ist (vgl. entsprechend Urteil Scarlet Extended, Randnr. 49).

(...)

(52) Nach alledem ist auf die vorgelegte Frage zu antworten, dass die Richtlinien 2000/31, 2001/29 und 2004/48, bei einer Gesamtbetrachtung und einer Auslegung im Hinblick auf die sich aus dem Schutz der anwendbaren Grundrechte ergebenden Anforderungen, dahin auszulegen sind, dass sie der Anordnung an einen Hosting-Anbieter, das streitige Filtersystem einzurichten, entgegenstehen.

**Anmerkungen** Bereits in seinem Urteil vom 24. November 2011 (Scarlet Extended, C-70//10) hatte sich der Europäische Gerichtshof gegen die Zulässigkeit von nationalen Vorschriften ausgesprochen, welche Service-Provider dazu verpflichten würden, die von Dritten vermittelten Inhalte auf ihre urheberrechtliche Zulässigkeit hin zu überprüfen. Ging es bei jenem ersten Fall noch um einen Access-Provider, so nimmt dieses neue Urteil mit praktisch gleich lautender Begründung auch die Host-Provider aus der Schusslinie. Auch ihnen darf nach Meinung des EuGH nicht zugemutet werden, die bei ihnen gespeicherten Inhalte präventiv auf Urheberrechtsverletzungen hin zu überprüfen. Damit ist die von der SABAM geforderte Einrichtung von Filtersystemen wohl definitiv vom Tisch.

Allerdings darf das Urteil nicht als allgemeiner Freipass für die Service-Provider missverstanden werden. Der EuGH äussert sich nur zur Zulässigkeit genereller präventiver Inhaltskontrollen. Zur Zulässigkeit reaktiver Massnahmen und selektiv präventiver Kontrollen macht das Urteil keine Aussage, da solche nicht Gegenstand des Verfahrens waren.

Diesbezüglich gelten auch für die EU weiterhin die Überlegungen, welche der EuGH in seinem Urteil vom 12. Juli 2011 (L'Oréal SA/eBay – C-324/09) angestellt hat. Danach kann ein Host-Provider für unzulässige Inhalte in den bei ihm gespeicherten Dateien haftbar sein, wenn er seine Kundinnen und Kunden bei der Präsentation ihrer Angebote unterstützt, also bei der Aufbereitung der Inhalte eine aktive Rolle spielt. Ausserdem ist er verpflichtet, unverzüglich einzuschreiten, wenn er von Urheberrechtsverletzungen durch bei ihm gespeicherte Inhalte sichere Kenntnis erhält. Schliesslich erlauben die infrage stehenden EU-Richtlinien gemäss ausdrücklicher Feststellung des EuGH durchaus auch die Anordnung von präventiven Massnahmen, sofern diese «gerecht und verhältnismässig und nicht übermässig kostspielig» sind. Dabei wird aber nicht weiter präzisiert, welche Massnahmen diese Voraussetzungen allenfalls erfüllen könnten.

Das referierte Urteil schiebt also einen Riegel gegen alle Versuche, die Service-Provider generell zur rechtlichen Prüfung der von ihnen vermittelten Inhalte zu zwingen. Es lässt aber offen, bis zu welcher Grenze nationale Gesetze eine Pflicht zu selektiver Prüfung zulässigerweise anordnen können. Und es ändert nichts an der Haftbarkeit von Host-Providern für die bei ihnen gespeicherten Inhalte, von deren Unzulässigkeit sie gesicherte Kenntnis haben.

Dr. iur. Willi Egloff, Bern

12-79

## BVGer heisst «Tarif A Fernsehen» gut

Art. 12 Rom-Abkommen; Art. 35 URG

Auslegung; Leistungsschutzrechte; Tarifvereinbarung; Ton- und Tonbildträger

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. Januar 2012 (B-1769/2010)

Das Bundesverwaltungsgericht wies eine Beschwerde der SRG ab, die verlangte, dass in der von der ESchK genehmigten Tarifvereinbarung «Tarif A Fernsehen» die Ziff. 14 abgeändert und die Ziff. 15 gestrichen wird.

Die Swisssperform als Verwertungsgesellschaft für Leistungsschutzrechte legte der SRG einen neuen Entwurf «Tarif A Fernsehen» vor. Mit dieser Tarifvereinbarung sollte die Pauschalvergütung festgelegt werden, welche die SRG für die Benutzung im Handel erhältlicher Ton- und Tonbildträger zu leisten hat. Die ESchK genehmigte in einem Beschluss vom 9. November 2009 den vorgeschlagenen «Tarif A Fernsehen» mit einer Gültigkeitsdauer vom 1. Januar 2010 bis 31. Dezember 2012. Die SRG war mit Ziff. 14 und 15 der genehmigten Tarifvereinbarung nicht einverstanden und gelangte dagegen ans Bundesverwaltungsgericht. Der von der ESchK genehmigte Wortlaut von Ziff. 14 des Tarifs lautete folgendermassen:

«Als geschützte Tonbildaufnahmen im Sinne von Ziff. 7 gelten von Dritten zum Zwecke der Sendung im freien Fernsehen erworbene Tonbildaufnahmen von audiovisuellen Werken, sofern auf der Auf-

nahme die Darbietung mindestens einer ausübenden Künstlerin oder eines ausübenden Künstlers festgehalten ist, der oder die aufgrund von Art. 35, Abs. 1, in Verbindung mit Art. 35, Abs. 4 URG, oder aufgrund internationaler Abkommen oder Gegenrecht Anspruch auf eine angemessene Vergütung hat.»

Die SRG verlangte die Einsetzung des folgenden Wortlauts für Ziff. 14:

«Als geschützte Tonbildaufnahmen im Sinne von Ziff. 7 gelten im Handel erhältliche Tonbildträger, die zum Zwecke der Sendung im freien Fernsehen verwendet werden, sofern auf der Aufnahme die Darbietung mindestens einer ausübenden Künstlerin oder eines ausübenden Künstlers festgehalten ist, der aufgrund von Art. 35 Abs. 1 URG in Verbindung mit Art. 35 Abs. 4 Anspruch auf eine angemessene Vergütung hat.»

Sie argumentierte, dass Art. 35 URG und Art. 12 des Rom-Abkommens durch die genehmigte Fassung falsch angewendet würden. Unter Ton- oder Tonbild-«Träger» sei eine körperliche Festlegung und keine unkörperliche Aufnahme zu verstehen. Deshalb sei ein Ton- oder Tonbildträger im Sinne dieser Bestimmungen «im Handel erhältlich», wenn «(...) der zum Zweck der Sendung verwendete Träger tatsächlich als solcher im freien Handel erworben worden sei oder wenn ein zu Werbezwecken an die Sendeunternehmen verteilter «Bemusterungsträger» verwendet worden sei, der in gleicher Form hätte im Handel erworben werden können.»

Das Bundesverwaltungsgericht hatte in der Folge eine Auslegung von Art. 35 Abs. 1 URG vorzunehmen, der lautet: «Werden im Handel erhältliche Ton- oder Tonbildträger zum Zweck der Sendung, der Weitersendung, des öffentlichen Empfangs (...) oder der Aufführung verwendet, so haben ausübende Künstler und Künstlerinnen Anspruch auf Vergütung.» Es vertrat dabei die Ansicht, dass allein aus dem Wortlaut von Art. 35 Abs. 1 URG nicht beantwortet werden könne, ob Ton- oder Tonbildträger im Sinne der SRG physische Datenträger (Schallplatte, CD, Tonband) oder nach Lesart der ESchK elektronisch lesbare Datenabfolgen darstellen. Da der Begriff aus der Zeit analoger Ton- und Bildaufnahmen stamme, sei sein Sinn in der digitalen Welt unklar geworden, weil die verschiedenen Technologien konvergiert haben. Da das URG den Begriff nicht definiert, nahm es eine Auslegung vor. Diese führte zum Ergebnis, dass der Begriff des Ton- und Tonbildträgers zwar immer noch im Zusammenhang mit physischen Datenträgern verwendet werde, jedoch nicht mehr an eine spezifische Erscheinungsform gebunden sei.

Weiter hatte das Bundesverwaltungsgericht den Begriff «im Handel erhältlich» auszulegen. Nach einer Analyse der Fachliteratur kam es zum Schluss, dass sich der Begriff «im Handel erhältlich» nicht auf den konkret verwendeten physischen Datenträger bezieht, sondern auf die verwendete Festlegung, die in einer beliebigen Form und einem beliebigen Datenformat im Handel erhältlich ist. Als Nächstes nahm es eine geltungszeitliche Auslegung vor und stellte sich die Frage, wie die rasante technische Entwicklung bei der Auslegung berücksichtigt werden muss. Es kam dabei zu folgendem Ergebnis: «Die tatsächliche Form der Datenübernahme ist völlig nebensächlich geworden und die Unterschiede verschiedener Erscheinungsformen verschwimmen. Die für Ton- und Tonbildträger notwendigen Daten können auf fast jedem beliebigen Datenträger, mittels Internet sogar auf weit entfernten Servern, ge-

speichert werden. (...) Unter diesen Umständen sind die Begriffe «Tonträger», «Tonbildträger» und «Datenträger» nur noch als beispielhafte Aufzählung zu verstehen. Eine Anbindung von Art. 35 Abs. 1 URG an den physischen Erwerb eines Datenträgers eines bestimmten Formats erschiene unter diesen Umständen sachfremd.» In der Folge nahm das Bundesverwaltungsgericht auch noch eine teleologische Auslegung vor. Es folgerte, mit Art. 35 URG werde primär bezweckt, dass ausübende Künstler ihre Vergütungsansprüche im Gegenzug für die ihnen entzogenen Verbotsansprüche möglichst einfach und flächendeckend geltend machen können.

Nach dieser Auslegung von Art. 35 URG wandte sich das Bundesverwaltungsgericht dem Begehren der SRG zu. Diese wolle die Wendung «von Dritten zum Zwecke der Sendung im freien Fernsehen erworbene Tonbildaufnahmen» durch «im Handel erhältliche Tonbildträger» ersetzen, weil sie die von ihr verwendeten und nach ihrer (bestrittenen) Sachverhaltsdarstellung allein im Spezialhandel erhältlichen Digi-Beta-Kassetten vom Wortlaut ausschliessen möchte. Aufgrund der vorher gemachten Auslegung beziehe sich «im Handel erhältlich» jedoch nicht auf den konkret verwendeten physischen Datenträger, sondern auf die verwendete Festlegung. Deshalb erübrige sich die Prüfung, ob die Digi-Beta-Filme im Handel erhältlich sind. Unter «Tonbildträger» seien die Vervielfältigungen von Ton- und Videosequenzen zu verstehen, ungeachtet des physischen Aufzeichnungsmediums. Die geänderte Ziff. 14 des Vertrags hätte folglich keinen anderen Sinn als die genehmigte Fassung, nämlich dass sie sich auf bearbeitete wie unbearbeitete Festlegungen von Film- oder Videosequenzen von Werken beziehe, die in einem beliebigen Format im Handel erhältlich sind. Auch bezüglich der restlichen vorgeschlagenen Umformulierungen von Ziff. 14 vertrat das Bundesverwaltungsgericht die Ansicht, dass sie die Rechtsposition der SRG nicht verändern. Deshalb wies es die Beschwerde in Bezug auf die Änderung von Ziff. 14 des Tarifs ab.

Weiter machte die SRG geltend, dass Ziff. 15 des Tarifs gestrichen werden soll. Sie begründete dies damit, dass der Tonträgerschutz von Art. 35 URG sich nicht auf Tonaufnahmen erstrecke, die in audiovisuellen Werken integriert sind, weil diese keine ausschliesslich auf den Ton beschränkte Festlegung mehr darstellten. Der Wortlaut der betreffenden Ziffer lautete folgendermassen:

«Ist eine geschützte Tonaufnahme gemäss Ziff. 13 in eine nach Ziff. 14 geschützte Tonbildaufnahme integriert, so wird lediglich die Vergütung für die geschützte Tonbildaufnahme berechnet.

Ist eine Tonbildaufnahme lediglich im Hinblick auf die auf ihrer Tonspur enthaltenen Tonaufnahmen geschützt, so wird lediglich die Sendedauer dieser Tonaufnahme als entschädigungspflichtige Sendezeit im Sinne von Ziff. 7 berechnet.»

Das Bundesverwaltungsgericht nahm seine Beurteilung nach Abschnitten getrennt vor und begann bei Abs. 1 von Ziff. 15. Es vertrat die Meinung, eine Streichung dieser Bestimmung hätte nicht zur Folge, dass das Senden des Tonbildträgers als Tonträgnutzung und nicht mehr als Tonbildträgnutzung geltend würde, selbst wenn sämtliche auf einer Bildspur auftretenden Künstler unter den Gegenrechtsvorbehalt von Art. 35 Abs. 4 URG fielen. Deshalb sei diese Bestimmung auch unter Art. 35 Abs. 4 URG nicht problematisch und die Streichung erweise sich in Bezug auf Abs. 1 als unbegrün-

det. In Bezug auf Abs. 2 von Ziff. 15 argumentierte das Bundesverwaltungsgericht folgendermassen: «Ziff. 15 Abs. 2 setzt zwar voraus, dass ein derartiger Tonbildträger überhaupt unter die Vergütungspflicht von Art. 35 URG fällt und sein Schutz nicht «ausgeschlossen» ist, wie die Beschwerdeführerin [SRG] geltend macht, legt dies aber nicht ausdrücklich fest. Die Beschwerdeführerin [SRG] kann diesen Absatz gestützt auf ihre Argumentation darum anfechten, doch erscheint zweifelhaft, ob entsprechende Tonbildträger allein durch die angebehrte Streichung dieser Bestimmung, solange mit der Beschwerde nicht die Einfügung einer entsprechenden Richtigstellung verlangt wird, von einer Vergütungspflicht befreit würden. Die Frage kann indessen offen gelassen werden. (...) Welche Rechte am Tonträger durch die Integration zurückbleiben, braucht vorliegend nicht geprüft zu werden. Vielmehr besteht Einigkeit, dass durch die Integration ein Leistungsschutzrecht am Bildtonträger entsteht, das sowohl den Bild- als auch den Tonteil gleichermassen schützt.» Infolgedessen lehnte das Bundesverwaltungsgericht auch die Streichung des Abs. 2 von Art. 15 ab.

## 8. Ethik/Selbstregulierung

### 8.1 Ethik des Journalismus – Ethique du journalisme

12-80

#### Respektierung der Menschenwürde

Ansehen des Journalistenberufes; Diskriminierung; Menschenwürde

Ziffern 2, 8 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 9. November 2011 (55/2011; LICRA c. «Il Mattino della domenica»)

Der Gegen einen am 10. Juli 2011 vom «Il Mattino della domenica» publizierten Artikel wurde beim Presserat Beschwerde erhoben. Die Beschwerde wies der Presserat mit der Begründung ab, der infrage stehende Artikel habe weder die Pflicht zur Verteidigung des Ansehens des Journalistenberufes noch jene zur Respektierung der Menschenwürde bzw. das Diskriminierungsverbot verletzt.

Am 10. Juli 2011 erschien in der Zeitschrift «Il Mattino della domenica» ein Beitrag über einem grauenhaften Mord, welcher ein minderjähriger Junge mit Migrationshintergründen begangen hatte; dabei wurde die Herkunft des Täters in den Vordergrund gestellt. Der Präsident der Schweizerischen LICRA (Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme) reichte daraufhin beim Schweizer Presserat eine Beschwerde gegen die Zeitschrift ein mit der Begründung, der Artikel verstosse gegen Ziffer 2 und vor allem Ziffer 8 der «Erklärung».

In seiner Stellungnahme erinnert der Presserat zunächst daran, dass, wenn es der Tatbestand erfordert und dadurch nicht willkürlich eine besondere Ethnie infrage gestellt wird,

die Frage nach dem «Wer» ein wesentliches Merkmal einer Nachricht darstellt. In einer früheren Stellungnahme wurde diesbezüglich insbesondere die Erwähnung der Nationalität dann für gerechtfertigt erklärt, wenn eine Zeitschrift diese Praxis regelmässig mit dem Ziel anwendet, das Publikum vollumfänglich zu informieren. Als diskriminierend sei laut dem Presserat dagegen jene verallgemeinerte und nicht korrekte Beschreibung anzusehen, die geeignet ist, den Ruf einer Gruppe zu beschädigen.

Der Presserat räumt der Tatsache, dass im kritisierten Artikel die abscheuliche, von einem Ausländer begangene Tat als beispielhafter Beweis für das Scheitern der Migrationspolitik angesehen wird, eine wesentliche Bedeutung ein. Zudem stellt er in seinen Überlegungen darauf ab, dass nirgends im Artikel die Verantwortung für die Bluttat unrechtmässig einer bestimmten Ethnie oder im Allgemeinen den Ausländern zugeschoben wird. Ebenfalls sei zu berücksichtigen, dass während des geführten Schriftenwechsels die Leitung der Zeitschrift selbst zugegeben hat, die Nennung der Nationalität sei bei schweren Verbrechen eine gängige Praxis der Zeitschrift. Somit könne nicht behauptet werden, die Angabe der Ethnie des Täters stelle vorliegend einen Verstoss gegen Ziff. 8 der Erklärung der Pflichten der Journalistinnen und Journalisten dar.

Gegenüber Ziffer 2 der «Erklärung» vertritt der Presserat die Ansicht, dass das Ansehen des Journalistenberufes nicht auf die Beachtung einer Political Correctness reduzierbar sei. Folglich ist vorliegend die Beurteilung nur auf den angefochtenen Artikel zu beziehen und nicht auf den immer unmissverständlicher ausländerfeindlichen Ton der Zeitschrift auszudehnen.

Aus diesen Gründen kommt der Presserat zum Schluss, dass durch die Publizierung des bestrittenen Artikels weder gegen Ziffer 2 noch Ziffer 8 der «Erklärung» verstossen wurde, und weist die Beschwerde in der Folge ab.

12-81

#### Diskriminierung

Diskriminierung; Nichteintreten

Ziffer 8 der «Erklärung»; Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 23. Dezember 2011 (56/2011; X. c. «Blick am Abend»)

Der Presserat trat nicht auf eine Beschwerde gegen einen Artikel im «Blick am Abend» mit dem Titel «Melanie (11) starb wegen Schlamperei in der Türkei. Niemand will verantwortlich sein» ein, da diese als offensichtlich unbegründet erschien.

12-82

**Diskriminierung**

Diskriminierung; Nichteintreten

Ziffer 8 der «Erklärung»; Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom  
23. Dezember 2011 (57/2011; X. c. «Blick am Abend»)

Auf eine Beschwerde gegen einen im «Blick am Abend» erscheinenden Artikel mit dem Titel «Und wer rettet die Deutschen?» trat der Presserat nicht ein, da er diese als offensichtlich unbegründet beurteilte.

12-83

**Le Conseil suisse de la presse ne prend position que par rapport à des articles précis**

Discrimination

Chiffre 8 de la «Déclaration»

Prise de position du Conseil suisse de la presse du  
23 décembre 2011 (58/2011; X. c. «Le Matin»)

Le plaignant accuse le journal, qui publie une rubrique intitulée «Le coin de la blonde», de participer «activement à la stigmatisation de toute une catégorie de personnes, généralisant des jugements de valeur négatifs et encourageant des préjugés dévalorisants». Le Conseil suisse de la presse ne traite pas des plaintes qui se dirigent contre la simple existence ou le titre d'une rubrique dans un journal. Dans ses avis, le Conseil ne prend position que par rapport à des articles précis. Dès lors, l'entrée en matière est refusée.

12-84

**Wahrheitssuche/Trennung von Fakten und Kommentar/Archivdokumente/Illustrationen/Anhörung bei schweren Vorwürfen/Interview/Diskriminierung/Bilder über Kriege und Konflikte**Anhörung bei schweren Vorwürfen; Archivdokumente;  
Bilder über Kriege und Konflikte; Diskriminierungsverbot;  
Illustrationen; Interview; Trennung von Fakten und Kommen-  
tar; Wahrheitssuche

Ziffern 1, 2, 3, 4, 8 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom  
23. Dezember 2011 (59/2011; KVAS c. «20 Minuten»)

Der Presserat wies eine Beschwerde gegen «20 Minuten» ab, da er der Ansicht war, dass mit der Veröffentlichung des Berichts «ESC 2012 in Baku: Es drohen Chaos und Schwulenhass» und der dazugehörigen Online-Bilder-Strecke «Aserbai... was?» nicht gegen die Ziffern 1 (Wahrheitssuche), 2 (Trennung von Fakten und Kommentar), 3 (Archivdokumente, Illustration sowie Anhörung bei schweren Vorwürfen) 4 (Interview) und 8 (Diskriminierungsverbot, Bilder über Kriege und Konflikte) verstossen wurde.

12-85

**Pour que sa rectification soit exigible, une im-  
précision doit revêtir une certaine importance**

Rectification

Chiffre 5 de la «Déclaration»

Prise de position du Conseil suisse de la presse du  
23 décembre 2011 (60/2011; X. c. «L'Hebdo»)

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 ce devoir de rectification est mis en œuvre spontanément par le/la journaliste. En principe, le devoir de rectification «s'étend à tous les faits significatifs d'un article». Selon le principe de la proportionnalité, une faute doit avoir une certaine importance pour faire objet d'une réprimande.

L'imprécision du raccourci journalistique («glaciologue et évangéliste de l'ère glaciaire» devenant «découvreur de l'âge glaciaire») n'est pas d'une telle importance pour la compréhension du lectorat qu'on puisse en déduire une violation du chiffre 5 de la «Déclaration», surtout dans le contexte d'un questionnaire avec 100 questions et réponses.

L'entrée en matière est refusée.

12-86

**Kommentarfreiheit**

Freiheit des Kommentars und der Kritik

Ziffer 2 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 23. Dezember 2011 (61/2011; Lindt c. «Der Landbote»)

Der Presserat hatte die Beschwerde eines Schriftstellers zu beurteilen, dessen Kolumne mit dem Titel «Xenia muss töten – wir Menschen nicht» die Redaktion von «Der Landbote» dazu bewogen hatte, diese abzusetzen. Die gegen die Absetzung erhobene Beschwerde lehnte der Presserat ab, da er darin keinen Verstoss gegen Ziffer 2 der «Erklärung» (Freiheit des Kommentars und der Kritik) erkennen konnte.

12-87

**Wahlberichterstattung/  
Aussenseiterkandidaturen**

Berichtigung; Nichteintreten; Wahrheit

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

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 23. Dezember 2011 (62/2011; Stadelmann c. «Tages-Anzeiger»)

Der Presserat trat auf die Beschwerde des Zürcher Ständeratskandidaten Toni Stadelmann nicht ein, da diese offensichtlich unbegründet war. Er hatte moniert, dass der «Tages-Anzeiger» ihm und zwei Mitkandidierenden die Aufnahme in die Berichterstattung über den Ständeratswahlkampf verweigert habe.

12-88

**Illustrationen**

Illustrationen; Menschenwürde/Diskriminierung; Nichteintreten; Unterschlagung/Entstellung von Informationen; sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigungen; Wahrheit

Ziffern 1, 3, 7, 8 der «Erklärung»; Richtlinie 3.4 zur «Erklärung»; Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 23. Dezember 2011 (63/2011; X. c. «20 Minuten Online»)

Auf eine Beschwerde gegen eine Bildzusammenstellung mit dem Titel «Karriere-Killer. Männer zwischen Macht, Gewalt

und Sex», die von «20 Minuten Online» veröffentlicht worden war, trat der Presserat nicht ein, da sie seiner Ansicht nach offensichtlich unbegründet war.

12-89

**Verspätete Beschwerde**

Verspätete Beschwerde

Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 23. Dezember 2011 (64/2011; Verband Soziale Unternehmen beide Basel c. «Basler Zeitung»)

Auf eine Beschwerde gegen den in der «Basler Zeitung» erschienen Artikel mit dem Titel «Sexvorwürfe gegen Basler Heimleiter» trat der Presserat nicht ein, da die Veröffentlichung des beanstandeten Medienberichts länger als sechs Monate zurücklag.

12-90

**Verweigerter Abdruck der «Replik»  
eines Referendumskomitees**

Nichteintreten; Unterschlagung/Entstellung von Informationen

Ziffer 3 der «Erklärung»; Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 30. Dezember 2011 (65/2011; Verein freie Arztwahl c. «Tages-Anzeiger»)

Der Presserat trat auf eine Beschwerde gegen den «Tages-Anzeiger» nicht ein, da er diese offensichtlich unbegründet fand. Der Präsident des Vereins der freien Arztwahl hatte nach einem kritischen Bericht über die Unterschriftensammlung für ein Referendum die Veröffentlichung einer Replik gefordert, was der «Tages-Anzeiger» ablehnte.

12-91

**Zeichnung von Medienmitteilungen und Leserbriefen**

Leserbriefe; Quellenbearbeitung

Ziffer 5 der «Erklärung»; Richtlinien 3.1, 5.2 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 30. Dezember 2011 (66/2011; Aktion gegen Fluglärm c. «St. Galler Tagblatt»)

Der Presserat kam in diesem Entscheid zum Ergebnis, dass das «St. Galler Tagblatt» mit der Zeichnung eines Leserbriefs mit dem Namen der AgF und ihres Präsidenten die Ziffer 5 der «Erklärung» (Leserbrief) nicht verletzt hat.

12-92

**Wahrheits- und Berichtigungspflicht/ Unschuldsvormutung**

Berichtigung; Unschuldsvormutung; Wahrheit

Ziffern 1, 5, 7 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 30. Dezember 2011 (67/2011; X. c. «20 Minuten Online»)

Eine Beschwerde gegen den Bericht «King of Mess», erschienen in «20 Minuten Online», wurde vom Presserat abgewiesen, da mit dessen Veröffentlichung die Ziffern 1 (Wahrheit), 5 (Berichtigung) und 7 (Unschuldsvormutung) nicht verletzt wurden.

12-93

**Menschenwürde/Diskriminierung**

Diskriminierung; Menschenwürde

Ziffer 8 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 30. Dezember 2011 (68/2011; X. c. «Zentralschweiz am Sonntag»)

Der Presserat vertrat in diesem Entscheid die Ansicht, dass die «Zentralschweiz am Sonntag» mit der Veröffentlichung des Artikels «Roma haben sich in Malterts eingeknistet» die Ziffer 8 der «Erklärung» (Menschenwürde) nicht verletzt habe und wies deshalb eine entsprechende Beschwerde ab.

12-94

**Privatsphäre**

Privatsphäre

Ziffer 7 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 30. Dezember 2011 (69/2011; Vekselberg c. «Zentralschweiz am Sonntag»)

Der Presserat hiess eine Beschwerde gegen einen Bericht der «Zentralschweiz am Sonntag» gut, der das künftige Zuger Domizil von Viktor Vekselberg veröffentlichte. Die namentliche Nennung der Strasse und die Veröffentlichung eines Bildes des Rohbaus des künftigen Domizils verletzte nach Ansicht des Presserates die Ziffer 7 der «Erklärung» (Privatsphäre).

12-95

**Der eingebettete Kolumnist**

Unabhängigkeit

Ziffer 2 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 21. Dezember 2011 (70/2011; X. c. «Neue Zürcher Zeitung»)

Das Signaturkürzel kann für einen Journalisten zum Markenzeichen werden. Verwendet er es aber als Kolumnist weiter, nachdem er den Beruf gewechselt hat, dann kann aus einem Markenzeichen ein Etikettenschwindel werden. Dies befand der Schweizerische Presserat im Fall eines prominenten NZZ-Kolumnisten. Von 1981 bis Ende Oktober 2010 war Gerhard Schwarz Wirtschaftsredaktor der «Neuen Zürcher Zeitung», und sein Kürzel G.S. war vielen Lesern ein Begriff. Im November 2010 trat Schwarz sein neues Amt als Direktor von Avenir Suisse an. Fünf Monate später startete die NZZ in ihrem Wirtschaftsband die neue, exklusiv von Gerhard Schwarz geschriebene, monatliche Kolumne «Die wirtschaftspolitische Grafik». In der ersten Ausgabe der Kolumne wies die Redaktion darauf hin, dass Gerhard Schwarz NZZ-Redaktor mit dem «Markenzeichen» G.S. gewesen und nun Direktor von Avenir Suisse sei. Doch in allen folgenden Monatskolumnen fehlte jeder Hinweis auf das aktuelle Amt des Kolumnisten, der weiterhin mit seinem alten Kürzel G.S. zeichnete. Daran nahm ein NZZ-Leser Anstoss: Avenir Suisse sei als Thinktank der schweizerischen Wirtschaft in gesellschaftspolitischen Fragen eindeutig Partei – mithin fehle dem Kolumnisten G.S. die erforderliche journalistische Unabhängigkeit. Darum müsse sein politisches Amt bei Avenir Suisse der NZZ-Leserschaft offengelegt werden. Die Chefredaktion der NZZ räumte zwar ein, dass das Kürzel G.S. in den letzten 30 Jahren zum Markenzeichen und quasi zum zweiten Namen von Gerhard Schwarz geworden sei. Doch gerade weil der Kolumnist so bekannt sei, meinte die NZZ, wirke

es geradezu lächerlich, wenn seine heutige Funktion bei jeder Kolumne wiederholt werden müsse. Der Presserat war anderer Ansicht und hiess die Beschwerde gut: Wenn die NZZ-Redaktion ihren ehemaligen Kollegen derart organisch in den Wirtschaftsbund einbette, dann sei es realitätsfremd, zu glauben, jedermann wisse sofort, dass hier nicht mehr der alte NZZ-Journalist schreibe, sondern der neue Avenir-Suisse-Direktor. In den Medien sei darum die Deklaration auch von prominenten Kolumnisten nötig und allgemein üblich – wie es zum Beispiel die «NZZ am Sonntag» vorbildlich mache.

12-96

### Lauterkeit der Recherche/ Recht am eigenen Bild

---

 Unabhängigkeit
 

---

 Ziffern 4, 7 der «Erklärung»; Richtlinie 7.1 zur «Erklärung»
 

---

 Stellungnahme des Schweizer Presserates vom  
21. Dezember 2011 (71/2011; Esseiva c. «Blick»)

Der berufsethische Persönlichkeitsschutz beschränkt sich räumlich nicht in auf den privaten, häuslichen Bereich. Auch wer sich im öffentlichen Raum, beispielsweise im Internet, exponiert, verzichtet damit nicht gänzlich auf den Schutz seiner Persönlichkeit. Eine Einwilligung der Betroffenen für die Weiterverbreitung eines Bildes durch eine Zeitungsredaktion ist deshalb auch dann erforderlich, wenn ein «Oben ohne Bild» wegen einer technischen Panne vorübergehend ohne schützenden Balken im Internet zugänglich ist. Die FDP-Frauen warben im Vorfeld der eidgenössischen Wahlen 2011 mit dem Slogan «Nicht mehr oben ohne» für mehr Frauen in Spitzenämtern von Politik und Wirtschaft. Als Blickfang benutzte die Kampagne eine Bild mit dem nackten Oberkörper von Esseiva, der allerdings durch einen schwarzen Balken abgedeckt war. «Blick» machte sich unter dem Titel «Freisinnige Nacktpanne» darüber lustig, der schwarze Balken mit dem Slogan fehle, wenn der Computer zu langsam sei. Und in der französischen Version des Flyers könne man ihn einfach wegklicken. Zur Illustration zeigte Blick je eine Version des Bildes mit und ohne Balken. Der Presserat heisst eine Beschwerde von Claudine Esseiva teilweise gut. Zwar sei nicht belegt, dass «Blick» das Bild manipuliert habe. Hingegen hätte die Zeitung die angebliche «technische Panne» nicht zum Vorwand nehmen dürfen, das Bild ohne Balken ohne Zustimmung der FDP-Frauensekretärin zu veröffentlichen. Denn ihre Einwilligung zur Veröffentlichung habe sich offensichtlich nur auf das Bild mit Balken erstreckt. Und selbst wenn man ein öffentliches Interesse an der Berichterstattung über die provokative Kampagne bejahte, wäre es unverhältnismässig, das Bild ohne Balken zu veröffentlichen, zumal die Leserschaft auch ohne Abdruck des «Pannenbildes» in der Lage gewesen wäre, sich dieses vorzustellen.

12-97

### Wahrheit/Entstellung von Tatsachen/Anhörung bei schweren Vorwürfen/sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigungen/Menschenwürde

---

 Anhörung bei schweren Vorwürfen; Respektierung der Menschenwürde; sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigungen; Wahrheit
 

---

 Ziffern 1, 3, 5, 7, 8 der «Erklärung»; Richtlinien 1.1, 3.8, 5.2 zur «Erklärung»
 

---

 Stellungnahme des Schweizer Presserates vom  
21. Dezember 2011 (72/2011; Ziegler/Kantonsgericht  
Schwyz c. «SonntagsBlick»)

Stützt sich ein schwerer Vorwurf auf eine amtliche Quelle, ist eine Anhörung des Betroffenen vor der Veröffentlichung nicht zwingend. Verzichten sie ausnahmsweise auf eine Anhörung, haben Journalistinnen und Journalisten jedoch besonders sorgfältig darauf zu achten, dass sie keine wichtigen Informationen unterschlagen. Im Juni 2011 kritisierte der «SonntagsBlick» das Kantonsgericht Schwyz und insbesondere Kantonsgerichtspräsident Martin Ziegler harsch. Anlass dazu bot die umstrittene Haftentlassung eines geständigen Angeeschuldigten, dem sexuelle Handlungen mit einem 13-jährigen, behinderten Mädchen vorgeworfen werden. Besonderen Anstoss erregte der Umstand, dass der Angeschuldigte weiterhin im gleichen Haus wie sein Opfer wohnt. Zudem kritisierte der «SonntagsBlick», Kantonsgerichtspräsident Ziegler habe bereits bei den Tötungsdelikten «Boi» und «Lucie» umstrittene Entscheide gefällt, aufgrund derer eine parlamentarische Untersuchungskommission eingesetzt worden sei. Der Presserat heisst eine Beschwerde von Martin Ziegler und des Kantonsgerichts Schwyz teilweise gut. Zwar bewege sich die harsche, polemische Justizkritik des «SonntagsBlick» grundsätzlich im weit auszuliegenden Rahmen der Kommentarfreiheit. Und die Zeitung habe die Beschwerdeführer vor der Veröffentlichung der sich teils auf amtliche Quellen stützenden und teils nicht neuen, massiven Kritik nicht zwingend anhören müssen. Hingegen hätte der «SonntagsBlick» zwei wichtige Informationen nicht unterschlagen dürfen: Zunächst, dass die umstrittene Haftentlassung nach Auffassung des Kantonsgerichts rechtlich unausweichlich war, weil gemäss der neuen gesamtschweizerischen Strafprozessordnung die Verlängerung der Untersuchungshaft wegen Wiederholungsgefahr nur möglich sei, wenn ein Beschuldigter bereits einschlägig vorbestraft ist. Zudem unterschlug die beanstandete Berichterstattung, dass die erwähnte parlamentarische Untersuchung das Verhalten des Kantonsgerichtspräsidenten als korrekt beurteilt hat.

12-98

**Kombination von Informationen ermöglicht Identifizierung**

Identifizierung; Resozialisierung

Richtlinien 7.2, 7.4 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 8. Februar 2012 (1/2012; X. c. «Aargauer Zeitung»)

Ein Buchhalter, der vor Gericht der Veruntreuung angeklagt war, beschwerte sich beim Presserat: Die «Aargauer Zeitung» habe ihn in ihrer Gerichtsberichterstattung indirekt identifiziert. Der Presserat heisst die Beschwerde gut. Die Nennung des Wohnorts des Angeklagten sowie die Erwähnung der früheren ehrenamtlichen Tätigkeit für einen namentlich genannten Sportverband seien für die Berichterstattung nicht zwingend gewesen. Ein regionaler Bezug hätte auch mit der Erwähnung der Wohnregion hergestellt werden können, und für das Verständnis des Delikts sei die genaue Bezeichnung des Verbands nicht entscheidend. Die «Aargauer Zeitung» habe deshalb die Ziffer 7 der «Erklärung» (Identifizierung) verletzt.

12-99

**Fotos und Videos des toten Muammar al-Gaddafi**

Menschenwürde; Quellenüberprüfung

Ziffern 3, 8 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 8. Februar 2012 (2/2012; X. c. «20 Minuten Online»/Y. c. «20 Minuten»)

Die Frage, ob die Medien Aufnahmen von der Leiche eines brutal getöteten Diktators verbreiten dürfen, beantwortet der Presserat mit Ja. Aber auch wer die Menschenwürde anderer nie respektiert hat, darf nach seinem Tod nicht in einer Art und Weise dargestellt werden, die seine eigene Menschenwürde verletzt.

Nach der Festnahme des libyschen Machthabers am 20. Oktober 2011 zeigten Online-Newsportale und Printmedien aussergewöhnlich blutige Aufnahmen des schwer verletzten, später des toten Muammar al-Gaddafi, darunter «20 Minuten» und «20 Minuten Online». Die Printausgabe des Gratisblatts druckte zwei der Fotos relativ kleinformatig, online aber waren immer wieder neue Bilder zu sehen, teilweise stark vergrössert, später auch diverse Videos der Misshandlung Gaddafis. Zwei Leser beschwerten sich beim Presserat, die Fotos der «brutale(n) Exekution eines zum Todeszeitpunkt wehrlos ausgelieferten Menschen» sei menschenunwürdig – «egal, was man von Gaddafi als Mensch oder als Politiker halten will». «20 Minuten» und «20 Minuten Online» argumentierten, die Bilder seien historische Dokumente, welche «das definitive Ende des

Machtregimes von Gaddafi» festgehalten hätten; es überwiege das öffentliche Interesse an der Publikation gegenüber dem Recht auf Totenruhe.

Der Presserat stellt dazu fest: Ein historisches Ereignis wird nicht dadurch historischer, dass es aus verschiedenen Blickwinkeln gezeigt und durch Zoom-Technik nahe an den Betrachter herangeholt wird. Eine unverhältnismässige, sensationalistische Berichterstattung bedient bloss die öffentliche Neugier des Publikums, die nicht mit öffentlichem Interesse gleichzusetzen ist. Das Foto- und Videoangebot über Misshandlung und Tod von Muammar al-Gaddafi auf «20 Minuten Online» versties deshalb gegen die Menschenwürde. «20 Minuten» dagegen hat mit seinen visuell deutlich zurückhaltenderen Berichten über den Tod von Gaddafi die «Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalistinnen und Journalisten» nicht verletzt.

12-100

**«Blick» verletzt Privatsphäre von FCZ-Fan**

Identifizierung; Menschenwürde; Privatsphäre

Ziffern 7, 8 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 8. Februar 2012 (3/2012; X. c. «Blick»/«Blick.ch»)

Mit ihrer Berichterstattung über den Anhänger des FC Zürich, der sich in Rom mit einer Petarde verletzt hatte, haben «Blick» und «Blick.ch» den Betroffenen in unzulässiger Art und Weise an den Pranger gestellt. Der Presserat heisst deshalb die Beschwerde eines Lesers teilweise gut. Unter dem Titel «Petarden-Trottel» veröffentlichten «Blick» und «Blick.ch» im November 2011 eine Artikelserie über den 25-jährigen Mann, dem vor dem Euro-League-Spiel FCZ gegen Lazio Rom eine Petarde in der Hand explodierte. Dabei wurden ihm drei Finger abgerissen. Die Berichte waren gespickt mit Einzelheiten aus dem Privat- und Berufsleben des Betroffenen, die dessen Identifizierung ermöglichten und ihn so an den Pranger stellten. Damit bedienen die «Blick»-Redaktionen bloss die öffentliche Neugier, die nicht mit dem öffentlichem Interesse an einer Berichterstattung verwechselt werden darf. Nach Auffassung des Presserates unverhältnismässig war zudem auch die Art und Weise der «Blick»-Recherchen im Umfeld des Betroffenen. Der Beschwerdeführer kritisierte zudem die Bezeichnung «Petarden-Trottel» als menschenunwürdig. In diesem Punkt weist der Presserat die Beschwerde ab. Die Bezeichnung sei für den Betroffenen zwar hart, sie bewege sich aber innerhalb des weit zu definierenden Rahmens der Kommentarfreiheit.

12-101

**Entstellung von Tatsachen**

Entstellung von Tatsachen

Ziffer 3 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 9. März 2012 (4/2012; X. c. «Tages-Anzeiger Online»)

Der Presserat wies eine Beschwerde gegen den im «Tages-Anzeiger» erschienen Artikel mit dem Titel «Den Algo-Tradern wird das Handwerk gelegt» ab, da mit dessen Veröffentlichung kein Verstoß gegen Ziffer 3 der «Erklärung» (Entstellung von Tatsachen) begangen wurde.

12-102

**Anhörung bei schweren Vorwürfen/  
Berichtigung**

Anhörung bei schweren Vorwürfen; Berichtigung; Wahrheit

Ziffern 1, 3, 5 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 9. März 2012 (5/2012; Handel c. «Der Sonntag»/«Aargauer Zeitung Online»)

Der Presserat hatte eine Beschwerde gegen zwei Berichte der Zeitung «Der Sonntag» («Im Internet ist nicht alles erlaubt» und «Thür: Ein bedeutsames Urteil») und gegen einen Artikel in der «Aargauer Zeitung Online» («Aargauer Obergericht entscheidet: Im Internet ist nicht alles erlaubt») zu beurteilen. Er wies die Beschwerde gegen die Zeitung «Der Sonntag» ab, da er keine Verletzung der Ziffern 3 (Anhörung bei schweren Vorwürfen) und 5 (Berichtigung) feststellen konnte. Die Beschwerde gegen die «Aargauer Zeitung Online» hiess er hingegen gut, was die Ziffer 1 (Wahrheit) betraf, wies sie jedoch ab, soweit die Ziffern 3 (Anhörung bei schweren Vorwürfen) und 5 (Berichtigung) der «Erklärung» beanstandet wurden.

12-103

**Audition lors de reproches graves/Dignité  
humaine/Respecter la sphère privée**

Audition lors de reproches graves; respecter la dignité humaine; respecter la vie privée des personnes

Chiffres 3, 7, 8 de la «Déclaration»

Prise de position du Conseil suisse de la presse du 17 février 2012 (6/2012; X. c. «Tribune de Genève»)

En publiant, sur un document photographique accompagnant un article, le nom et la signature d'une personne accusée d'une faute grave, sans lui avoir donné l'occasion de s'expliquer dans le texte, la «Tribune de Genève» a contrevenu au principe d'équité et au précepte éthique général consistant à entendre les deux parties dans un conflit, comme le stipule la «Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste» (chiffre 3).

Le 4 juin 2011, le quotidien genevois avait publié un article intitulé «Carnet de notes controversé: un élève saisit les tribunaux». Cet article évoquait le cas d'un collégien non promu, dans un établissement de la place. Le litige portait en particulier sur une anomalie apparaissant sur son carnet de note. La décision du redoublement, signée par le doyen du collège, semblait antérieure par rapport à l'avis manuscrit de l'enseignant. Le nom du doyen était clairement lisible sur la reproduction photographique du carnet scolaire accompagnant l'article. Or le doyen n'a pas été contacté par le journal pour qu'il puisse donner son point de vue sur l'affaire. Seule la direction du Département de l'instruction publique (DIP) et le directeur du Service de la scolarité concerné ont été cités dans l'article. Pour le Conseil suisse de la presse, que la hiérarchie scolaire ait interdit au collège et à son doyen de répondre à pareille accusation n'y change rien. Faute de pouvoir auditionner le doyen, la «Tribune de Genève» aurait dû au moins mentionner clairement dans l'article qu'il n'avait pas l'autorisation du DIP de s'exprimer ou alors se passer de publier son nom. Et si le journal tenait à publier une photographie du carnet de notes, «par souci de clarté envers ses lecteurs», il aurait dû au moins flouter le nom et la signature du doyen.

12-104

**Pesée des intérêts et principe de proportionnalité en matière d'information**

Audition lors de reproches graves; identification; loyauté de la recherche; protection des victimes; vérité; vie privée

Chiffres 1, 7 de la «Déclaration»; directives 7.2, 7.5 relatives à la «Déclaration»

Prise de position du Conseil suisse de la presse du 17 février 2012 (7/2012, X. c. «Le Temps»/«Blick»/«Le Matin»)

Selon la directive 7.5 relative à la «Déclaration», les personnes condamnées ont un droit à l'oubli. Mais ce droit n'est pas absolu. On peut rendre compte de procédures passées, pour autant qu'un intérêt prépondérant le justifie, en particulier un nouveau rebondissement, et que soit opérée une pesée des intérêts entre l'intérêt public à être informé et la protection des proches.

En ne publiant pas en toutes lettres le nom de B., «Le Temps» a respecté les limites imposées par la protection de la vie privée. Les sources, même anonymes, sont indiquées comme telles.

Si la photo du fugitif se justifiait, la révélation de son nom en revanche n'augmentait en rien les chances de le repérer. La plainte est donc sur ce point admise.

En publiant l'article «B. absent des obsèques de sa mère», «Le Matin» a violé le chiffre 7 (respecter la sphère privée) de la «Déclaration». Les personnes frappées par un deuil méritent le respect de leur sphère privée, sauf intérêt public prépondérant.

En publiant des reproches graves déjà publiés auparavant sans les relativiser de manière adéquate, «Le Temps» a contrevenu au chiffre 3 (ne pas supprimer des éléments des informations essentiels) de la «Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste».

L'article litigieux ne fait pas que décrire le dispositif qui a servi à Nick Klonoski à se suicider, description nécessaire à la compréhension du lecteur. Il met en scène l'acte lui-même en décrivant les gestes que le suicidé a dû faire pour parvenir à ses fins. La description détaillée que donne l'article du *modus operandi* dépasse «la plus grande retenue» exigée en pareil cas. La directive 7.9 est violée.

«Le Matin» pouvait-il nommer Nick Klonoski? Le fait que la famille en ait ouvertement parlé, notamment dans le cadre de sa campagne contre les kits suicide, y autorise la rédaction. La présentation d'objets comme le kit suicide ou le mannequin n'est pas considérée comme une atteinte aux «intérêts de la victime et des personnes concernées». De plus, l'article n'est pas irrespectueux pour la victime ou ses proches.

12-105

**Les médias doivent respecter la plus grande retenue dans les cas de suicide**

Identification; protection des victimes; suicide

Directives 7.2, 7.9, 8.3 relatives à la «Déclaration»

Prise de position du Conseil suisse de la presse du 17 février 2012 (8/2012, Stop suicide c. «Le Matin»)

La directive 7.9 relative à la «Déclaration» engage les médias à respecter «la plus grande retenue dans les cas de suicide», qui ne peuvent faire l'objet d'une information que par exception. «Afin d'éviter les risques de suicide par imitation, les journalistes renoncent à des indications précises et détaillées sur les méthodes et les produits utilisés.»