

1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht – Droits constitutionnel et administratif

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

12-107

Ehrverletzende Kritik eines Lokalpolitikers an einem TV-Journalisten

Ansehenschutz; Diffamierung; Faktenbasis; Internet; Manipulationsvorwurf; public figure; Politikerkritik; Strafrecht; üble Nachrede; Website; Werturteil

Art. 8, 10 EMRK

Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (4. Kammer) vom 26. Juni 2012 (N° 12484/05 «Ciesielczyk c. Polen»)

Der polnische Lokalpolitiker Marek Ciesielczyk lag mit dem Fernsehveranstalter S Tar TV in heftigem Streit und übte wiederholt harsche Kritik am Unternehmen und an einzelnen Journalisten. 2003 reagierten der Sender und zwei seiner Medienschaffenden mit einer Ehrverletzungsklage. Ciesielczyk wurde in erster Instanz in fünf Punkten schuldig gesprochen. Nach Ansicht des zweitinstanzlichen Strafgerichts bewegten sich jedoch drei der Vorwürfe innerhalb des Rahmens zulässiger Kritik. Gesprengt wurde dieser Rahmen lediglich gegenüber einem der Journalisten, den Ciesielczyk an einer öffentlichen Kundgebung und im Internet der Manipulation und der engen Kollaboration mit inkompetenten Politikern bezichtigt hatte. Ciesielczyk wurde zur Bezahlung eines Geldbetrags an eine wohltätige Organisation und zur Übernahme der Verfahrenskosten (gesamthaft rund 450 Euro) verurteilt.

Die 4. Kammer des Gerichtshofs erachtet die Beschränkung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) mit 4:3 Stimmen als konventionskonform. Der Lokalpolitiker hatte zwar Grund zur Kritik an S Tar TV, welches in der Tat unzutreffende Informationen über Ciesielczyk verbreitet hatte. Für diese journalistische Fehlleistung war der persönlich angegriffene Journalist als Kameramann jedoch nicht verantwortlich. Die gegen ihn gerichteten Vorwürfe entbehrten jeglicher tatsächlichen Grundlage. Ohne ausreichende Faktenbasis können nach der Strassburger Praxis auch Werturteile als exzessiv geahndet werden. Im öffentlichen Meinungsstreit sei zwar eine gewisse Portion Provokation und Übertreibung erlaubt. Es sei den Gerichten aber nicht verboten, gegen grundlose Beleidigungen einzuschreiten.

Die überrissene Kritik des Politikers sei zudem geeignet gewesen, das öffentliche Vertrauen auszuhöhlen, auf das Medienschaffende in der Ausübung ihres für eine demokratische Gesellschaft unentbehrlichen Berufs angewiesen seien. Für die Gerichtsmehrheit ist auch relevant, dass die Vorwürfe der Ma-

nipulation und der Kollaboration in einem bis 1989 totalitären Staat wie Polen besonders schwer wiegen. Die moderate Bestrafung des Lokalpolitikers sei daher verhältnismässig.

Die Gerichtsminderheit äussert in ihrer abweichenden Meinung schwerwiegende Bedenken gegen zwei Aspekte der Urteilsbegründung. Zum einen habe der Lokalpolitiker ausreichenden Grund für Ressentiments auch gegenüber dem fraglichen Medienschaffenden gehabt. Zum anderen sei es verfehlt, Medienschaffenden wegen ihrer Rolle im demokratischen Diskurs einen erhöhten Schutz vor unberechtigten Vorwürfen zu gewähren. Vielmehr seien auch sie public figures, die nicht dünnhäutiger reagieren dürften als Politiker:

“Bearing in mind the importance of the media and the possible impact the media and journalists can have on public debate, the media, and journalists in particular, must be ready, like politicians, to tolerate and accept criticism and commentary to a far greater extent than private individuals (see *Petrina v. Romania*, no. 78060/01, § 19, 14 October 2008, § 40). A journalist, just like a regular blogger on the internet, becomes to a greater or lesser extent a public figure. In the same way as the applicant, as a politician and participant in public debate, was expected to be thick-skinned enough to allow his every word and act to be critically examined, so also Mr. G. J., as a journalist, should have been prepared for harsh, exaggerated and even unfair commentary on his past and present work in the media field, not only in the form of value judgments but also as concerns the presentation of ‘facts’ (see, for instance, the observation in case no. 41486/04 *Seleckis v. Latvia* [dec.] 2 March 2010, § 32). Moreover, it is also highly relevant that as a journalist Mr. G. J. had ample opportunity to reply publicly to any insinuations which allegedly were directed at him concerning his work as journalist, rather than resorting to defamation proceedings to suppress or punish such criticism. This is how a media-driven public debate in a democratic society works and should have worked in the instant case.”

Anmerkungen Stärker im Austeilen als im Einstecken: Was Medienschaffenden im In- und Ausland gemeinhin nachgesagt wird, mag auf manche Volksvertreter ebenfalls zutreffen. Von Politikern erwartet die Strassburger Rechtsprechung allerdings beträchtliche Nehmerqualitäten, denn sie setzen sich als public figures bewusst ins grelle Licht der Öffentlichkeit und müssen damit rechnen, dass all ihre Worte und Handlungen kritisch begleitet werden. Brauchen auch Medienschaffende eine Elefantenhaut? Die EGMR-Richter Björgvinsson, Hirvelä und De Gaetano sind explizit dieser Ansicht, ihre vier Kollegen in der 4. EGMR-Kammer eher nicht.

Die Gerichtsmehrheit schreibt zwar nicht ausdrücklich, professionelle Medienschaffende hätten wegen ihrer anerkannten Funktion für eine demokratische Gesellschaft Anspruch auf eine besondere Abschirmung gegen ehrenrührige Vorwürfe. Ihre Ausführungen lassen sich aber durchaus so interpretieren – und werden von der Minderheit der Kammer auch so verstanden. Es ist das Verdienst ihrer abweichenden Meinung, dass sie diese Differenz deutlich benennt. Gleichzeitig schildert sie in konziser Weise die gegen eine Sonderbehandlung sprechenden Argumente. Zwar lässt sich darüber streiten, ob etwa ständigen Bloggern im öffentlichen Meinungsstreit ein ähnliches Mass an auf die Person zielen-

der Kritik zuzumuten ist wie professionellen Medienschaffenden. Dass aber profilierte Journalisten – gerade in den audiovisuellen Medien – als public figures zu betrachten sind, ist kaum zu bestreiten. Und es ist schwierig zu begründen, weshalb ihnen die Justiz mehr Schutz vor Kratzern am Image gewähren sollte als anderen im öffentlichen Rampenlicht stehenden Personen. Glaubwürdigkeit mag durchaus das Kapital der Medienbranche (oder wenigstens eines Teils der Branche) sein, doch lässt sich dies wohl auch für die Politik und andere Zweige des öffentlichen Lebens behaupten.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

12-108

Zulässige Polemik gegen Direktor eines umweltverschmutzenden Unternehmens

Amtsbericht; Ansehensschutz; Ehrverletzung; Informationsquelle; Medienfreiheit; Provokation; Recherche; Umweltfragen; Verifizierung; Wortbericht; Zeitungsartikel

Art. 8, 10 EMRK

Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (3. Kammer) vom 19. Juni 2012 (N° 3490/03 «Tanasoica c. Rumänien»)

Gestützt auf einen amtlichen Bericht über die Wasserqualität übte Zeitungsjournalist Petre Tanasoica 2001 scharfe Kritik am Direktor des Unternehmens S. C. A., welches das Trinkwasser verseuchte («S. C. A. vergiftet uns mit Ammonium»). Auf Strafklage des Direktors wurde Tanasoica wegen Ehrverletzung zur Bezahlung einer Busse (umgerechnet rund 160 Euro) und einer Entschädigung (rund 320 Euro) verurteilt.

Die Sanktion bedeutete nach einstimmiger Ansicht des EGMR eine unverhältnismässige Beschränkung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK). An der Transparenz in Umweltfragen bestehe ein grosses öffentliches Interesse. Der Journalist durfte ohne weitere Recherchen auf die Richtigkeit der Angaben im amtlichen Bericht vertrauen. Obwohl es sich um technische Angaben handelte, war keine Rückfrage bei einem Experten geboten. Die provokativen Formulierungen des Journalisten bewegten sich innerhalb der weit gezogenen Grenzen zulässiger Übertreibung.

12-109

Blossstellung eines Scheidungskinds: 130 000 Euro Entschädigung angemessen

Bildberichterstattung; Entschädigung; Fotopublikation; höchstpersönlicher Lebensbereich; Identifizierung; Intimsphäre; Jugendschutz; Medienfreiheit; Namensnennung; Opferschutz; public figure; Sexualstraftat; Wortberichterstattung; Zeitung

Art. 8, 10 EMRK

Urteile des Menschenrechtsgerichtshofs (1. Kammer) vom 19. Juni 2012 (N° 1593/06 «Kurier Zeitungsverlag und Druckerei GmbH c. Österreich [No. 2]» und N° 27306/07 «Krone Verlag GmbH c. Österreich»)

Wegen der geballten Berichterstattung über einen erbiterten Sorgerechtsstreit um einen achtjährigen Knaben («Fall Christian») klagte die Mutter gegen die österreichischen Zeitungen «Krone» und «Kurier». Sie hatten im Frühjahr 2004 in Wort und Bild über die Durchsetzung eines gegen den Vater ergangenen Gerichtsurteils berichtet. Die vom Vater orientierten Medien schilderten in bebilderten Beiträgen u. a. einen Einsatz der Gendarmerie, bei dem sich der Knabe weinend gegen die Wegnahme gewehrt hatte.

Die österreichische Justiz verurteilte die Zeitungen wegen Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereiches nach § 7 des Mediengesetzes zu Entschädigungen sowie zur Urteilsveröffentlichung. In beiden Fällen bejaht der EGMR einstimmig die Notwendigkeit des Eingriffs in die freie Meinungsäusserung (Art. 10 EMRK).

Im Falle des «Kurier» ging es um drei Artikel, die das Kind mit vollem Namen nannten und unter anderem dessen Bild beim Polizeieinsatz zeigten. Der EGMR verwirft das Argument des Verlags, der Abdruck des Fotos sei notwendig, um die Öffentlichkeit aus ihrer Apathie zu wecken und durch die Abbildung des Leidens und der Verzweiflung die nötige Aufmerksamkeit zu erreichen. Für den Gerichtshof gibt es keinen Zweifel, dass die Bewahrung des intimsten Lebensbereiches eines verwundbaren Minderjährigen, der als Opfer eines Sorgerechtsstreits die öffentliche Bühne nicht freiwillig betreten habe, besonderen Schutz verdient.

Dies galt auch für insgesamt 13 rechtswidrige Berichte in der «Kronenzeitung». Sie argumentierte ebenfalls vergeblich, die Publikation von Fotos, welche Angst, Schock und Schmerz im Gesicht des Kindes zeigen, sollten der Öffentlichkeit klar machen, zu welchen Massnahmen die Republik Österreich im angeblichen Kindesinteresse greife. Auch hier räumt der Gerichtshof ein, die zwangsweise Durchsetzung gerichtlicher Entscheidungen über das Sorgerecht sei durchaus ein Thema von öffentlichem Interesse. Die Veröffentlichung von Bildern und Texten, welche lediglich auf die Befriedigung der Neugier einer bestimmten Leserschaft abziele, vermöge jedoch keinen Beitrag zu dieser Debatte von allgemeinem Interesse zu leisten:

“55. (...) In this connection, the Court notes that it was acceptable for the applicant company to report on all relevant details concerning the case of Christian, in particular as re-

gards the problematic attempt to enforce the decision taken in the custody proceedings by the court officers on 26 January 2004, but not to reveal the identity of Christian while publishing the most intimate details about him, or publish a picture of him from which he could be recognised.

56. Moreover, the Court is not persuaded by the applicant company's argument that the publication of the photograph which showed the pain in Christian's face was necessary in order to ensure the credibility of the story. In this regard the Court reiterates that the publication of photographs and articles the sole purpose of which is to satisfy the curiosity of a particular readership regarding the details of a public figure's private life cannot be deemed to contribute to any debate of general interest to society despite the person being known to the public. In such conditions freedom of expression calls for a narrower interpretation (see *MGN Limited*, cited above, § 143, with further references). The Court considers that such considerations also apply to persons, like Christian, who are not public figures."

Bezüglich der Entschädigungen war der Betrag von 9000 Euro für drei rechtswidrige Berichte im «Kurier» weniger problematisch als der aussergewöhnlich hohe Betrag von 130000 Euro, zu dessen Bezahlung die «Kronenzeitung» verurteilt worden war. Angesichts der konkreten Umstände (Anzahl gravierend rechtswidriger Publikationen, hoher Marktanteil) und der Schutzmechanismen gegen überhöhte Entschädigungen bejaht der EGMR dennoch die Verhältnismässigkeit:

"59. In the present case the applicant company reported on the case of Christian in a series of thirteen articles, each time repeating information on his strictly private sphere revealing intimate details of his life, his emotional state and his health, and repeatedly publishing photographs of him. Even though these news items had already become known to the public, at a certain point their frequent repetition was capable of creating a climate of continual harassment inducing in the person concerned a very strong sense of intrusion into their private life or even of persecution [...].

60. Another element which has to be taken into account is the particularly wide circulation of the applicant company's newspaper, which rendered the interference more intense. In this connection, the Government submitted, and this was not disputed by the applicant company, that (in 2006) the Kronen Zeitung reached 43.6% of the entire Austrian population, amounting to approximately eight million inhabitants – and up to 60% of the population in some of the Länder – as readers, which, in relative terms, makes it one of the newspapers with the highest circulation in the world.

61. Lastly, the Court has to examine whether in domestic law there existed adequate and effective domestic safeguards against disproportionate awards [...]. In this regard, the Court observes that a maximum amount for compensation in a single case is provided for in section 7(1) of the Media Act, which provides that damages must not exceed EUR 20,000. Moreover, section 6(1) of the Media Act contains clear guidelines for the fixing of the amount of damages, and provides, inter alia, that the compensation must not endanger the economic existence of the media owner. The Court considers that these safeguards are adequate and effective preventing disproportionate

awards. The Court therefore concludes that the amount awarded in damages was not disproportionate in the particular circumstances of the case."

Anmerkungen In der Rangordnung schutzwürdiger Anliegen kann die Abschirmung Jugendlicher vor unerwünschter Publizität in Strassburg einen Spitzenplatz beanspruchen. Vor diesem Hintergrund war das Schicksal der Beschwerden von «Kronenzeitung» und «Kurier» gegen ihre Verurteilung zu hohen Entschädigungssummen absehbar: einstimmige Abweisung mit nicht sonderlich nuancierter Begründung. «Kurier» und «Kronenzeitung» waren bereits im Januar in einem teilweise ähnlich gelagerten Fall beim Gerichtshof gescheitert (vgl. die beiden Urteile vom 17. 1. 2012 in *Medialex* 2012, 12-45, S. 75 f.: «Unberechtigt: identifizierende Zeitungsberichte über junges Verbrechenopfer»). Damals stand die Tatsache im Vordergrund, dass die Zeitungen ein (junges) Opfer gravierender Straftaten (u. a. schweren sexuellen Missbrauchs) blossgestellt hatten. Die neuen Urteile machen deutlich, dass identifizierende Medienveröffentlichungen auch ausserhalb des eng verstandenen Schutzes für Opfer von Straftaten streng zu beurteilen sind, falls es um Kinder oder Jugendliche geht. Wegen ihrer besonderen Verletzlichkeit verdienen sie besonderen Schutz («particular protection on account of his or her vulnerable position»).

Der Schutzbedarf steigt, wenn es nicht um einmalige mediale Überbordungen geht, sondern um eine wiederholte, systematische Blossstellung von Personen, die nicht freiwillig in die öffentliche Arena gestiegen sind. Finanzkräftige Verlage können in einer solchen Konstellation in Strassburg nicht mit viel Verständnis rechnen – selbst dann nicht, wenn sie im Ansatz eine allgemein interessierende Thematik (wie den behördlichen Umgang mit Sorgerechtskonflikten) aufgreifen. Der Gerichtshof setzt sich kaum mit ihrem Argument auseinander, die identifizierende Berichterstattung sei kein Selbstzweck gewesen, sondern habe dem Aufrütteln der Öffentlichkeit gedient. In wenigen Worten unterstellt der EGMR den Boulevardmedien, ihre indiskrete Darstellung eines Einzelschicksals ziele nicht auf die beispielhafte Illustration eines gesellschaftlichen Missstandes, sondern allein auf die voyeuristische Befriedigung der Neugier ihrer Lesermasse. Die vom EGMR gewählte Begründungslinie über das Motiv der Berichterstattung («sole purpose») vermag nicht restlos zu überzeugen. Einleuchtender wäre eine Argumentation über den Effekt, den die Berichterstattung auf eine an die Öffentlichkeit gezerrte Einzelperson hat. Massgebend wäre dann, ob der von einem Betroffenen zu bezahlende Preis der Entblössung in einem vernünftigen Verhältnis zum (behaaupteten) Nutzen journalistischer Aufklärung steht. Das war im vorliegenden Fall in der Tat äusserst zweifelhaft.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

12-110

Betätigungsverbot für Verein, der Gedanken der Völkerverständigung beeinträchtigt

Betätigungsverbot; Gedanken der Völkerverständigung; Meinungsfreiheit; Religionsfreiheit; Vereinigungsfreiheit

Art. 11, 17 EMRK

Zulässigkeitsentscheid des Menschenrechtsgerichtshofs (5. Kammer) vom 12. Juni 2012 (N° 31098/08 «Hizb Ut-Tahrir v. Germany»)

Der Zulässigkeitsentscheid der 5. Kammer schützt ein Betätigungsverbot, welches die deutsche Regierung gegen einen Verein erlassen hatte, weil er sich gegen den Gedanken der Völkerverständigung richtete.

Die Vereinigung Hizb Ut-Tahrir war im Jahr 1953 gegründet worden. Sie verfolgt den Sturz der Regierungen muslimischer Staaten und an ihrer Stelle die Wiedererrichtung eines Kalifats. Dessen Aufgabe bestehe darin, Israel als Staat zu vernichten und die Juden zu töten. Nachdem die Vereinigung diese Ziele auch in Deutschland mit Flugblättern, Broschüren, auf dem Internet und in anderen Veröffentlichungen publik gemacht hatte, wurden ihre Tätigkeiten vom deutschen Innenministerium verboten und ihr Vermögen beschlagnahmt und eingezogen. Zur Begründung berief sich das Ministerium auf Art. 9 Abs. 2 des Grundgesetzes (GG), wonach Vereinigungen, die sich «gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten», verboten werden können. Das Bundesverwaltungsgericht wies zwei Klagen dagegen ab. Das Bundesverfassungsgericht trat auf eine Beschwerde nicht ein.

Die 5. Kammer erachtet die Beschwerde als unzulässig und weist sie zurück. Der Verein könne sich nicht auf die Vereinigungsfreiheit nach Art. 11 EMRK berufen. Er habe dieses Grundrecht für Ziele eingesetzt, die klarerweise im Widerspruch zu den Werten der Konvention stünden. Mit der Ablehnung eines Existenzrechts Israels, der Forderung nach einer gewaltsamen Zerstörung dieses Staates und der Vertreibung und Tötung seiner Einwohner verletze der Verein das Bekenntnis der EMRK zur friedlichen Lösung internationaler Konflikte und zur Unverletzlichkeit (der vom Gericht verwendete Begriff «sanctity» könnte auch mit «Heiligkeit» übersetzt werden) menschlichen Lebens. Damit habe er die Vereinigungsfreiheit nach Art. 11 EMRK gemäss Art. 17 EMRK missbraucht und entsprechend verwirkt. Gleiches gelte mit Bezug auf die Religionsfreiheit nach Art. 9 EMRK und die Meinungsfreiheit nach Art. 10 EMRK.

Anmerkungen Der vorliegende Entscheid führt die Praxis zur Missbrauchsbestimmung von Art. 17 EMRK fort. Um ihn in die bisherige Rechtsprechung einordnen zu können, wird diese im Folgenden skizziert:

1. Die Rechtsprechung zu Art. 17 EMRK nahm ihren Anfang im Jahr 1957, als die damalige Kommission das Verbot der Kommunistischen Partei Deutschlands überprüfte (EKMR N° 250/57 «German Communist Party c. Deutschland»). Sie gelangte zum Schluss, die Kommunistische Partei ziele darauf, durch eine proletarische Revolution und die Diktatur des

Proletariats ein sozialistisch-kommunistisches System zu errichten. Art. 17 EMRK bezwecke aber, totalitäre politische Strömungen daran zu hindern, die Grundsätze der EMRK zugunsten ihrer eigenen Interessen auszunutzen. Für eine Prüfung, ob das Parteiverbot die Voraussetzungen einer rechtmässigen Einschränkung von Art. 10 und 11 EMRK einhalte, bleibe damit kein Raum.

2. Ihrer nachfolgenden Praxis legte die Kommission jedoch einen anderen Ansatz zugrunde: Sie prüfte die Frage des Missbrauchs nach Art. 17 EMRK als einen Aspekt der rechtmässigen Einschränkung der Kommunikationsgrundrechte. Dies wurde etwa im Entscheid N° 8348/78 Glimmerveen & Hagenbeek c. Niederlande (1979) deutlich oder bei ihrer Überprüfung der Bestrafung des Neonazis Kühnen wegen Propaganda für eine verfassungswidrige Organisation (EKMR N° 12194/86, «Kühnen c. Deutschland» [1988]). Zunächst folgte auch der Gerichtshof diesem Ansatz. So ging er in seinem Fallrecht bis etwa im Jahr 2003 mit der Anwendung von Art. 17 EMRK äusserst zurückhaltend um. Er führte in konstanter Praxis aus, die Anwendbarkeit von Art. 17 EMRK könne im konkreten Fall erst beurteilt werden, nachdem die Zulässigkeit einer Einschränkung von Art. 11 oder 10 EMRK sorgfältig analysiert worden ist (Urteil 19392/92 der Grossen Kammer «United Communist Party of Turkey c. Türkei», [1998] und weitere). Aufgrund dieser Praxis blieb etwa in den grossen Fällen zu den Parteiverboten in der Türkei, die um die Jahrtausendwende vom Gericht entschieden wurden, das Missbrauchsverbot von Art. 17 EMRK letztlich ohne Bedeutung. Dies gilt insbesondere auch für jenen Entscheid, in welchem das Gericht ein Parteienverbot schützte (N° 41340/98 «Refah Partisi c. Türkei» [2003]).

3. Diese Praxis war nicht auf Parteienverbote beschränkt, sondern kam auch etwa auf revisionistische Äusserungen zur Anwendung. Im Urteil N° 24662/94 «Lehideux & Isorni c. Frankreich» von 1998 prüfte die Grosse Kammer eingehend, ob die Bestrafung wegen öffentlicher Äusserungen zur Rehabilitation von Pétain mit der Meinungsfreiheit vereinbar war, und gelangte zum Schluss, für die Anwendung von Art. 17 EMRK bleibe kein Raum (Ziff. 57). Auch in seinem ersten Entscheid zum Deutschen Hans-Jürgen Witzsch analysierte der EGMR die Aspekte von Art. 17 EMRK als Teile der Einschränkungsprüfung: Witzsch hatte Briefe an bayerische Politiker versandt, in welchen er die Einführung des Straftatbestandes «Anstachelung zum Rassenhass» als «antidemokratisches Sondergesetz» bezeichnete. Die politischen Parteien im Bundestag seien «so weit von rechtsstaatlichem Denken entfernt und (hätten) einem antidemokratischen Ungeist Tür und Tor geöffnet». Er nahm auf «Geschichtslügen» Bezug und bezeichnete Gaskammern als «sogenannte Gaskammern» (Witzsch v. Germany [No. 1], 41448/98 [1999]).

4. Im Jahr 2003 hat das Gericht seine Praxis jedoch geändert. In Anknüpfung an obiter dicta in früheren Entscheiden (insbesondere Lawless c. Irland [no. 3], 332/57 [1961] Ziff. 7 und Lehideux & Isorni c. Frankreich [GC], 24662/94 [1998] Ziff. 53) wendet der Gerichtshof Art. 17 EMRK direkt auf Äusserungen «dirigé contre les valeurs qui sous-tendent la Convention» an (Garaudy c. Frankreich [AD], 65831/01 [2003] S. 28, m. H. auf Lehideux). Eine Prüfung der Einschränkungsvoraussetzungen findet nicht statt; vielmehr hat die Anwendung von Art. 17 EMRK zur Folge, dass der Schutzbereich (insbesondere von Art. 10, 11 und 9 EMRK) entsprechend eingeengt wird.

5. Das Gericht führt nicht näher aus, welches diese Werte sind, die der EMRK zugrunde liegen; es umschreibt sie lediglich vage mit dem Schutz der demokratischen Ordnung

und der in der EMRK gewährleisteten Grundrechte (vgl. etwa im Zulässigkeitsentscheid N° 7485/03 «Witzsch c. Deutschland» [No. 2], [2005] S. 8) oder gar mit den «ideals and values of a democratic society» («Refah Partisi c. Türkei», Ziff. 99). Es hält jedoch fest, dass Art. 17 EMRK nur in aussergewöhnlichen und extremen Fällen zur Anwendung kommen könne (N° 34932/04 «Paksas c. Litauen» [2011] Ziff. 87). Konkret schliesst das Gericht die folgenden Äusserungen vom Schutzbereich der Kommunikationsgrundrechte mit der Anwendung von Art. 17 EMRK aus:

- die Behauptung, es gebe keine Hinweise in den Parteiprogrammen der NSDAP, dass die NSDAP und Hitler den Massenmord an den Juden planten (Zulässigkeitsentscheid N° 7485/03 «Witzsch c. Deutschland (No. 2), (2005);
- die systematische Infragestellung der Verbrechen gegen die Menschlichkeit, welche die Nazis den Juden gegenüber begangen hatten (Garaudy);
- die Behauptung, die Polen seien gegenüber den Juden schlechter gestellt gewesen und von diesen verfolgt worden (N° 42264/98 «W. P. c. Polen» [2004]);
- die Juden seien eine Quelle des Bösen in Russland (Zulässigkeitsentscheid N° 35222/04 «Ivanov c. Russland» [2007]);
- ein 60 × 38 cm grosses Poster mit einer Fotografie der brennenden Türme des World Trade Center in New York mit dem Text: «Islam out of Britain – Protect the British People» (Zulässigkeitsentscheid N° 23131/03 «Norwood c. Grossbritannien» [2004]).

6. Demgegenüber erachtet der EGMR Art. 17 EMRK als auf die folgenden Äusserungen nicht anwendbar, sodass sie vom Schutzbereich der Kommunikationsgrundrechte erfasst werden:

- die Publikation der Memoiren eines Veteranen des Algerienkrieges, in welchen dieser festhielt, dass Folter und standrechtliche Erschiessungen damals legitim und angesichts der Umstände unumgänglich waren (N° 20985/05 «Orban c. Frankreich» [2009]);
- die Veröffentlichung einer Zeichnung von vier Hochhäusern umgeben von einer Staubwolke, die vom Aufschlag zweier Flugzeuge herrührt, mit dem Slogan «nous avions tous rêvé ... le hamas l'a fait». Der Slogan war an einen Werbespruch von Sony angelehnt. Die Publikation erfolgte am 13. September 2001 in einer Wochenzeitung (N° 36109/03 «Leroy c. Frankreich» [2008]);
- das Tragen eines roten fünfzackigen Sterns durch einen Redner an einer Demonstration einer linken politischen Partei im Zentrum Budapests, am Ort, an welchem früher eine Statue von Karl Marx stand (N° 33629/06 «Vajnai c. Ungarn» [2008]).

7. In einer dritten Gruppe von Fällen führt der EGMR allerdings seine frühere Praxis fort, wonach Art. 17 EMRK als ein Aspekt im Rahmen der Prüfung der Rechtmässigkeit der Einschränkung der Kommunikationsgrundrechte zum Tragen kommt. Infrage standen folgende Äusserungen:

- grob ausländer- und islamfeindliche Traktate des belgischen Front National: Europäische Arbeitnehmer müssten Priorität haben, Immigranten seien zurückzuschaffen, Politik der Pseudointegration sei zu beenden, die Islamisierung Belgiens sei zu stoppen, aussereuropäische Arbeitslose seien zurückzuschicken, die Sozialversicherung sei den Belgiern und Europäern vorzubehalten etc. (N° 15615/07 «Féret c. Belgien» [2009]);
- das Buch «La colonisation de l'Europe: discours vrai sur l'immigration», welches die These vertrat, die europäi-

sche Zivilisation sei im selben geografischen Gebiet mit der islamischen unvereinbar (N° 15948/03 «Soulas c. Frankreich» [2008]).

Der vorliegend besprochene Entscheid Hizb Ut-Tahrir fällt klar in die Gruppe jener Fälle, in denen der EGMR einer Äusserung allein wegen ihres offensiven Inhalts gestützt auf Art. 17 EMRK den Schutz durch die Kommunikationsgrundrechte entzieht. Wie in den anderen Fällen dieser Gruppe steht auch hier eine klare und undifferenzierte, von Hass getragene und auf die Zerstörung oder Herabwürdigung von Menschen gerichtete Äusserung infrage. Dies ist die typische Situation, in welcher der EGMR den Schutzbereich unter Rückgriff auf Art. 17 EMRK einschränkt. Insofern macht die Praxis des Gerichts deutlich, dass nur jene Äusserungen dem Schutz der Kommunikationsgrundrechte entzogen werden, die sich in destruktiver Unmenschlichkeit erschöpfen und nicht bezwecken, provokativer Anstoss zu einer öffentlichen Debatte zu sein.

Es fragt sich allerdings, weshalb nicht auch solche Äusserungen im Rahmen rechtmässiger Einschränkungen der Kommunikationsgrundrechte analysiert werden. In den bisher beurteilten Fällen, in denen gestützt auf Art. 17 EMRK der Schutzbereich eng gezogen wurde, standen stets plakative, einfach gestrickte Äusserungen infrage, die zwar gegen die demokratische Organisation des Gemeinwesens und gegen die Anerkennung aller Menschen als grundsätzlich Gleiche gerichtet waren, aber in keiner Weise auch nur die entfernte Gefahr schufen, dass sie diese Ziele tatsächlich hätten erreichen können. So auch im vorliegend besprochenen Fall: Die israelfeindlichen, herabwürdigenden Publikationen der fraglichen Vereinigung waren nicht geeignet, die deutsche Politik in ihrem Sinne auch nur im Geringsten zu beeinflussen. Indem der EGMR ihnen den Schutz der Kommunikationsgrundrechte entzieht, stützt er einzig auf den Inhalt dieser Äusserungen ab, ohne Rücksicht auf ihre praktischen Folgen. Geschützt werden damit letztlich nur ein bestimmtes Verständnis der richtigen politischen Ordnung und ein spezifisches Menschenbild.

Wie die erwähnten Fälle insbesondere zum passiven Wahlrecht und zu den türkischen Parteienverboten zeigen, fasst der EGMR den Schutzbereich der Kommunikationsgrundrechte dort weit, wo zwar demokratiefeindliche oder menschenverachtende Äusserungen infrage stehen, die jedoch nicht nur schlagwortartig in den politischen Prozess eingeführt werden, sondern mit dem klaren Ziel, eine politische Auseinandersetzung zu führen. In solchen Fällen – liesse sich argumentieren – ist die Gefahr regelmässig grösser, dass die Äusserungen auch tatsächlich Konsequenzen haben könnten. Indem der EGMR ihnen den Schutz der Kommunikationsgrundrechte zuspricht, anerkennt er, dass auch undemokratische und menschenrechtswidrige politische Strömungen in der politischen Auseinandersetzung zu Wort kommen dürfen. Dies muss umso eher gelten, wenn die fraglichen Äusserungen praktisch keine Aussicht haben, breit aufgenommen zu werden.

Der Entzug des Schutzes durch Art. 10 und 11 EMRK in den genannten Fällen steht auch in einem gewissen Gegensatz zum Urteil N° 1813/07 «Vejdeland c. Schweden (2012)», das an dieser Stelle besprochen wurde (Medialex 2012, Fall 12-51, S. 79f.). Dort setzten sich fünf der sieben Richter derselben Abteilung, die den hier diskutierten Fall entschieden hat, intensiv mit der Frage auseinander, ob der Konnex zwischen den infrage stehenden homophoben Äusserungen und deren Folgen genügend eng war. Alle Richter analysierten je-

nen Fall als Frage der Einschränkung, nicht als Problem des Schutzbereichs. Es ist nicht recht einsichtig, weshalb grob homophobe Äusserungen nicht genauso gegen die Werte verstossen, welche die EMRK tragen, wie demokratiefeindliche und andere entwürdigende Äusserungen.

Insgesamt erscheint der Ansatz des EGMR, plakative demokratiefeindliche oder entwürdigende Äusserungen nicht unter den (beschränkbaren) Schutz der Kommunikationsgrundrechte zu stellen, wenig überzeugend. Die bisherige Praxis des EGMR macht deutlich, dass die anderen Publikationen und Handlungen, die für das demokratische Zusammenleben gefährlich sein können, vom Geltungsbereich von Art. 10 und 11 EMRK erfasst werden. Entsprechend legt der EGMR dort das Schwergewicht auf die Analyse der Einschränkungen. Dieser Ansatz sollte erst recht auch dort verfolgt werden, wo Äusserungen infrage stehen, die keine Aussicht darauf haben, sich im politischen Prozess durchzusetzen.

Prof. Markus Schefer, Basel

12-111

Böswillige Pressekampagne gegen Konkurrenzbetrieb darf geahndet werden

Bösgläubigkeit; Genugtuung; Herabsetzung; Imageschädigung; Konkurrent; öffentliches Interesse; Pressekampagne; Tageszeitung; unlauterer Wettbewerb

Art. 10 EMRK

Zulässigkeitsentscheid des Menschenrechtsgerichtshofs (3. Kammer) vom 10. April 2012 (N° 877/04 «Florian Goldstein & S. C. Ring Press SRL c. Rumänien»)

Die rumänische Tageszeitung Bursa publizierte ab 2001 mehr als 50 Artikel über die schwierige Finanzlage des konkurrierenden Medienkonzerns M. P., den der Staat in steuerlicher Hinsicht bevorteile. Auf Klage des Konzerns wurde der Bursa-Eigentümer wegen unlauteren Wettbewerbs zur Bezahlung einer Genugtuung und zur Urteils publikation verurteilt. Nach Auffassung der rumänischen Justiz zielte Bursas Medienkampagne darauf ab, das Image und die Reputation des Konkurrenten zu zerstören.

Der Gerichtshof ist zwar der Ansicht, dass die Bursa-Berichterstattung zu einer allgemein interessierenden Debatte beitrug, die auch von anderen Zeitungen geführt wurde und die sich auf in- und ausländische Quellen stützte. Die rumänischen Gerichte hätten aber in ihren sorgfältig begründeten Urteilen dargelegt, dass es Bursa um die böswillige Herabsetzung des Mitbewerbers gegangen war. Die Beschränkung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) war nach einer Auffassung der Kammermehrheit offensichtlich gerechtfertigt und die Beschwerde daher unzulässig.

12-112

Zweijähriges Berufsverbot für Chefredaktor: klar exzessiv

Berufsverbot; Bürgermeister; Chefredaktor; chilling effect; Berichtigung; Meinungsvielfalt; Nichtabdruck; politische Debatte; Publikationspflicht; Wochenzeitung

Art. 8, 10 EMRK

Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (4. Kammer) vom 3. April 2012 (N° 43206/07 «Kaperzynski c. Polen»)

Der Chefredaktor einer polnischen Lokalzeitung kritisierte 2005 die gesundheitsgefährdende Abwassersituation in der Stadt Ilawa und warf dem Bürgermeister Untätigkeit vor. Der Bürgermeister reagierte umgehend mit einem teils ironisch formulierten Brief an die Wochenzeitung, welcher neben persönlichen Angriffen auf den Chefredaktor auch die Forderung nach dem Abdruck einer Richtigstellung («rectification» nach Art. 31 des polnischen Pressegesetzes) enthielt.

Der Chefredaktor publizierte weder die Gegendarstellung noch beantwortete er den Brief. Vor Gericht argumentierte er, das Schreiben könne mangels objektiver Formulierungen vernünftigerweise nicht als Begehren um eine Gegendarstellung angesehen werden und genüge auch den gesetzlichen Anforderungen nicht (u. a. weil es doppelt so umfangreich war wie der vom Bürgermeister beanstandete Zeitungsbericht).

Gestützt auf die Strafnorm bei Verweigerung des Abdrucks einer Berichtigung (Art. 46 des polnischen Pressegesetzes) wurde Chefredaktor Kaperzynski 2006 zu einer bedingten Strafe (Leistung von gemeinnütziger Arbeit) sowie einem zweijährigen Berufsverbot verurteilt.

Für den Gerichtshof gibt es keinen Zweifel, dass das Berufsverbot eine unverhältnismässige Beschränkung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) darstellt. Es handle sich um ein drastische Sanktion mit enormem Abschreckungspotenzial:

“74. The Court is of the view that a criminal sentence depriving a media professional of the right to exercise his or her profession must be seen as very harsh. Moreover, it heightens the above mentioned danger of creating a chilling effect on the exercise of public debate. Such a conviction imposed on a journalist can only be said to have, potentially, an enormous dissuasive effect for an open and unhindered public debate on matters of public interest (see *Cumpana and Mazare v. Romania* [GC], no. 33348/96, § 118, ECHR 2004-XI).”

Die Bestrafung beruhte zudem auf unklaren Rechtsnormen aus der kommunistischen Zeit, die auch vom polnischen Verfassungsgericht beanstandet worden waren. Der EGMR verurteilte Polen dazu, dem konventionswidrig verurteilten Chefredaktor eine Genugtuung von 3000 Euro zu bezahlen.

Die Pflicht zum Abdruck einer Berichtigung oder Gegendarstellung an sich missachtete die Meinungsfreiheit hingegen nicht. Gerade in der politischen Debatte diene sie der Meinungsvielfalt und beschränke die Rechte der Redaktion nicht in unvernünftigem Ausmass.

“66. The Court is of the view that a legal obligation to publish a rectification or a reply may be seen as a normal ele-

ment of the legal framework governing the exercise of the freedom of expression by the print media. It cannot, as such, be regarded as excessive or unreasonable. Indeed, the Court has already held that the right of reply, as an important element of freedom of expression, falls within the scope of Article 10 of the Convention. This flows from the need not only to be able to contest untruthful information, but also to ensure a plurality of opinions, especially on matters of general interest such as literary and political debate (see *Melnychuk v. Ukraine* [dec.], no. 28743/03, ECHR 2005-IX). Likewise, an obligation to inform the party concerned in writing about the reasons for a refusal to publish a reply or rectification is not, in the Court's opinion, of itself open to criticism. Such an obligation makes it possible, for example, for the person who feels aggrieved by a press article to present his reply in a manner compatible with the editorial practice of the newspaper concerned."

Nach Auffassung des in diesem Punkt überstimmten isländischen Richters Thor Björgvinsson greifen diese Ausführungen hingegen zu kurz, wenn es um behördliche Gegendarstellungsbegehren geht. In seinem abweichenden Sondervotum hält er fest:

"By using this approach the majority implies that the municipality's right to reply and the applicant's duty to publish it has some basis in Article 10 of the Convention. I disagree. Clearly a public authority, like the municipality of Ilawa, cannot invoke rights under Article 10 of the Convention to impose on private parties a duty to publish a reply to criticism of its activities. It follows that recourse to national law for this purpose is contrary to Article 10 of the Convention and is another ground for finding a violation in the present case."

Anmerkungen Das zweijährige Berufsverbot als staatliche Reaktion auf eine Lappalie taugt als Lehrbuchbeispiel für grotesk übertriebene Sanktionen gegen Medienschaffende. Ansonsten ist es nicht der Rede wert.

Interessanter ist die vom isländischen Richter aufgeworfene Grundsatzfrage nach der Berechtigung behördlicher Replikrechte. Sie ist v. a. auf kantonaler Ebene auch in der Schweiz relevant (vgl. etwa BGE 112 Ia 398 zum Berichtigungsrecht der Behörden im Waadtländer Gesetz über die Presse sowie 113 Ia 309 E. 5b S. 321 f. zur im Aargauer Gerichtsorganisationsgesetz vorgesehenen Pflicht, durch das Gericht formulierte Berichtigungen zu veröffentlichen). Zudem haben einzelne Behördenmitglieder (wie ein Stadtpräsident) gestützt auf das Zivilgesetzbuch ein Gegendarstellungsrecht, wenn sie eine Tatsachenbehauptung in einem periodischen Medium unmittelbar in ihrer Persönlichkeit betrifft (Art. 28g Abs. 1 ZGB). Die Kammermehrheit dürfte diese Regelung wohl als konventionskonform einstufen. Die Ausführungen von Richter Thor Björgvinsson zeigen immerhin, dass solche Vorschriften nicht unproblematisch sind, falls die Medienkritik ausschliesslich die Amtsführung eines Behördenmitglieds betrifft und nicht dessen Privatleben.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

12-113

De vagues craintes d'atteinte à l'ordre public ne justifient pas de limiter la liberté d'expression

Usage accru du domaine public (tenue d'un stand d'information), conditions, principe de proportionnalité

Art. 10 CEDH; 36 Cst.

Arrêt du Tribunal fédéral du 7 mai 2012, Mouvement suisse contre l'islamisation (MOSCI) contre Ville de Fribourg, 1C_9/2012

Au cours de la campagne de votations fédérales portant sur l'initiative populaire «Contre la construction des minarets», le MOSCI a requis de la Ville de Fribourg l'autorisation de tenir un stand sur la place Georges-Python, pour dispenser de l'information sur ses activités, récolter des signatures dans le cadre d'une pétition et collecter des fonds.

La Direction de la police locale a rejeté cette requête. Le Conseil communal de Fribourg a confirmé la décision. Le préfet du district de la Gruyère, puis le Tribunal cantonal ont rejeté les recours interjetés par le MOSCI.

Sous réserve des restrictions mentionnées notamment à l'art. 10 par. 2 CEDH, la liberté d'expression vaut non seulement pour les informations ou les idées accueillies avec faveur, ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population. En outre, les opinions sont protégées pour elles-mêmes, même si elles ne correspondent pas à la vérité, car, par définition, elles ne se prêtent pas à une démonstration de véracité.

Il existe en principe, sur la base de la liberté d'opinion, d'information et de réunion, un droit conditionnel à l'usage accru du domaine public pour des manifestations. Les organisateurs ne peuvent pas exiger de pouvoir effectuer une manifestation à un endroit et à un moment déterminés, ainsi qu'à des conditions-cadres qu'ils auraient eux-mêmes définies.

En vertu de l'art. 36 Cst., outre qu'elle doit être fondée sur une base légale et proportionnée au but visé, une restriction de la liberté d'expression doit notamment être justifiée par un intérêt public. Il doit pouvoir être établi de façon concrète que l'exercice de la liberté d'expression portera atteinte à d'autres droits fondamentaux; de vagues craintes ne suffisent pas.

La Ville de Fribourg n'a pas rendu vraisemblable que la tenue, le jour en question, du stand litigieux était susceptible de provoquer de graves troubles à l'ordre public. La restriction aux libertés d'opinion et d'information n'est donc justifiée par aucun intérêt public suffisant.

Sous l'angle du principe de proportionnalité, si la Ville de Fribourg craignait des troubles pour la sécurité publique, elle aurait dû envisager d'autres mesures, moins incisives pour les libertés invoquées. Elle aurait ainsi pu se renseigner sur le contenu des documents qui allaient être distribués sur le stand litigieux et imposer des conditions précises aux organisateurs. Elle aurait aussi pu prendre des mesures pour prévenir tout risque de heurts.

Le recours de droit public est admis et l'arrêt attaqué annulé. La cause est renvoyée au Tribunal cantonal pour qu'il statue sur les frais et les dépens de la procédure cantonale.

Anmerkungen Dieser Entscheid ist in zweifacher Hinsicht bemerkenswert:

1. Das Bundesgericht prüft im Rahmen von Art. 36 Abs. 1 BV, ob die von Fribourg geltend gemachte gesetzliche Grundlage für die Einschränkung der Meinungsfreiheit auf öffentlichem Grund genügt. Obwohl die Lehre seit Längerem die Ansicht vertritt, dass auch bei der Benützung des öffentlichen Grundes Grundrechtseinschränkungen einer gesetzlichen Grundlage bedürfen, hat das Bundesgericht bisher die Regelungskompetenz des Gemeinwesens in seiner Herrschaft über die öffentlichen Sachen erblickt und keine gesetzliche Grundlage verlangt. Im vorliegenden Entscheid verweist das Gericht nicht auf diese Praxis, sondern prüft wie selbstverständlich, ob die fraglichen Rechtsnormen genügen. Ob darin eine Praxisänderung liegt, lässt sich aufgrund dieses Entscheids noch nicht mit Sicherheit beurteilen; das Bundesgericht wird dazu noch ausdrücklich Stellung nehmen müssen.

2. Ein weiterer, höchst interessanter Aspekt des Entscheids bezieht sich auf das von den kantonalen Behörden geltend gemachte öffentliche Interesse an der Verweigerung der Bewilligung, einen Stand aufzustellen. Sie hatten festgehalten, anlässlich eines Standes derselben Vereinigung in Lausanne sei es zu Übergriffen gekommen; aus Gründen der öffentlichen Sicherheit könne der Stand deshalb nicht bewilligt werden.

Das Bundesgericht erachtet diese Begründung als ungenügend, da es ihr an jeder Präzision mangle. So fehle beispielsweise ein Rapport der Waadtländer Polizei dazu, und es sei nicht erstellt, welche Publikationen in Lausanne verteilt wurden. Es könne deshalb nicht mit der nötigen Sicherheit prognostiziert werden, dass auch der Stand in Fribourg Anlass zu Ausschreitungen gebe. Die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit sei nicht mit der notwendigen Wahrscheinlichkeit erstellt. In seiner bisherigen Praxis hat das Bundesgericht verschiedentlich auch nur relativ vage Vermutungen über eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit genügen lassen. Es ist höchst erfreulich, dass es in diesem Entscheid nun die notwendigen Präzisierungen vornimmt und konkrete, aktenmässig belegte Risiken für eine Einschränkung der Kommunikationsgrundrechte auf öffentlichem Grund verlangt. Auch diesbezüglich setzt sich das Gericht aber nicht mit seiner bisherigen Rechtsprechung auseinander, weshalb die präjudizielle Kraft dieser Erwägungen schwer zu beurteilen ist.

Prof. Markus Schefer, Basel

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

12-114

BAG hat Beilage zum Protokoll der EAK-Sitzung zu Recht anonymisiert

Aktive Informationspflicht; amtliche Dokumente; Anonymisierung; Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse; Personendaten

Art. 2 Abs. 1 Bst. a, 4, 5, 6 Abs. 3, 7 Abs. 1 Bst. g, 8 Abs. 2, 9 BGÖ; Art. 19 Abs. 1^{bis} DSG; Art. 12, 62 HMG

Empfehlung des EDÖB vom 25. Juni 2012

Der EDÖB kam in einer Empfehlung zum Ergebnis, dass das BAG die Beilage zum Protokoll der EAK-Sitzung korrekterweise zum Teil anonymisiert hat. Diesen Entscheid begründete er damit, dass bei einer vollständigen Veröffentlichung einerseits Geschäftsgeheimnisse und Fabrikationsgeheimnisse betroffen wären und die Dokumente andererseits Personendaten enthalten.

Ein Journalist beantragte beim Bundesamt für Gesundheit (BAG) Zugang zu den Sitzungsprotokollen der letzten Sitzung der Eidgenössischen Arzneimittelkommission (EAK). Das BAG veröffentlichte diese Dokumente teilweise anonymisiert. Die Einschwärzungen betrafen hauptsächlich die «Beilagen zum Protokoll der EAK-Sitzung des Schulmedizinischen Ausschusses vom 4. Mai. 2010» (sog. Résumés). Das BAG begründete die Anonymisierung zum einen damit, dass gewisse Dokumente die Grundlage für einen administrativen Entscheid bilden würden, der noch nicht getroffen worden sei. Zum anderen würde das Protokoll Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse enthalten. Der Journalist gelangte daraufhin an den EDÖB und bat diesen, abzuklären, ob das BAG die Protokollbeilagen zu Recht über weite Strecken eingeschwärzt hat.

Der EDÖB hielt zu Beginn seiner Erwägungen fest, dass es sich bei der EAK, die das BAG bei der Erstellung der Spezialitätenliste berät, um eine ausserparlamentarische Verwaltungskommission mit beratender Funktion handelt, die der dezentralen Bundesverwaltung zugeordnet ist. Deshalb falle die EAK in den Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ). Die sogenannten Résumés, zu denen der Antragsteller Zugang erhalten möchte, fassen die Gesuche der Pharmaunternehmen betreffend Aufnahme in die Spezialitätenliste summarisch zusammen und protokollieren die diesbezüglichen Ergebnisse der Beratung der EAK. Deshalb vertrat der EDÖB die Ansicht, dass sie einer öffentlichen Aufgabe dienen und damit amtliche Dokumente i. S. v. Art. 5 BGÖ darstellen. Weiter erwähnte der EDÖB in seiner Empfehlung, dass das BAG im Rahmen seiner aktiven Informationspflicht auf seiner Website unter anderem eine öffentlich zugängliche Excel-Tabelle mit allen zugelassenen kassenpflichtigen Medikamenten mit verschiedenen Angaben aufführt. Ebenso sind die sog.

Fachinformationen zu Medikamenten online zugänglich. Er hält dazu fest, dass der Anspruch des Antragsstellers als erfüllt gilt, soweit er im Zusammenhang mit der Spezialitätenliste Zugang zu Informationen verlangt, die das BAG auf seiner Website veröffentlicht (Art. 6 Abs. 3 BGÖ). Der EDÖB stellte weiter fest, dass die EAK bei zahlreichen Gesuchen noch keine Empfehlung zuhanden des BAG betreffend die Aufnahme in die Spezialitätenliste abgegeben hat. Seiner Ansicht nach wurde deshalb der Zugang zu diesen Informationen gestützt auf Art. 8 Abs. 2 BGÖ zu Recht verweigert, da der politische oder administrative Entscheid zu diesem Dokument noch nicht getroffen wurde. Von verschiedenen betroffenen Unternehmen wurde argumentiert, dass Art. 12 und Art. 62 HMG spezialgesetzliche Bestimmungen i. S. v. Art. 4 BGÖ darstellen und deshalb dem Öffentlichkeitsgesetz vorgehen würden. Der EDÖB war diesbezüglich anderer Meinung und verwies auf die Begründung, welche er in seiner Empfehlung in Sachen Swissmedic dargelegt hatte.

Im Hauptteil seiner Empfehlung hatte der EDÖB zu untersuchen, ob das BAG in den Résumés zu Recht einzelne Passagen anonymisiert hat. Das BAG berief sich auf Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ, um die Anonymisierung zu rechtfertigen, und argumentierte, dass ohne die Einschwätzungen Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse veröffentlicht worden wären. Ein Geheimnis liegt dann vor, wenn die fraglichen Tatsachen relativ unbekannt sind, der Geheimnisherr ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse hat und ein Geheimniswille besteht. Der EDÖB prüfte in seiner Empfehlung das Vorliegen dieser drei Elemente. Er bejahte die relative Unbekanntheit, da er zum Schluss kam, dass die Einreichung eines Gesuchs beim BAG um Aufnahme in die Spezialitätenliste weder offenkundig noch allgemein zugänglich ist. Er bejahte auch das Vorliegen eines objektiv berechtigten Interesses an der Geheimhaltung der Tatsache, dass beim BAG ein SL-Gesuch eingereicht wurde. Dabei argumentierte er in erster Linie mit wirtschaftlichen Nachteilen, die eine Veröffentlichung für das betroffene Unternehmen mit sich bringen kann. Schliesslich bejahte er auch den Geheimhaltungswillen, da ein solcher von den Unternehmen ausdrücklich kundgetan wurde. Der EDÖB kam somit zum Schluss, dass es sich bei den in den Résumés anonymisierten Textpassagen um Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse i. S. v. Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ handelt, weshalb das BAG den Zugang zu diesen Informationen zu Recht verweigert hat.

Schliesslich hatte der EDÖB noch zu prüfen, ob auch der Namen des Unternehmens eingeschwärzt werden muss. Gemäss Art. 9 BGÖ sind amtliche Dokumente, die Personendaten enthalten, nach Möglichkeit vor der Einsichtnahme zu anonymisieren. Deshalb kam der EDÖB zum Ergebnis, dass alle Angaben, anhand derer ein Pharmaunternehmen bestimmt werden kann, zu anonymisieren sind. Auch wenn man davon ausgehen würde, dass eine Anonymisierung nach Art. 9 Abs. 1 BGÖ nicht möglich ist, gelange man spätestens aufgrund einer Interessenabwägung nach Art. 9 Abs. 2 BGÖ i. V. m. Art. 19 Abs. 1^{bis} DSG i. V. m. Art. 7 Abs. 2 BGÖ zum selben Ergebnis. Da ein gewichtiges privates Interesse seitens der Pharmaunternehmen am Schutz ihrer Personendaten bestehe und kein überwiegendes öffentliches Interesse an deren Offenlegung vorliege, seien diese Angaben in den Résumés zu anonymisieren.

12-115

Datenblatt über Acrylamidgehalt von Lebensmitteln muss anonym veröffentlicht werden

Amtliches Dokument; Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnis; Personendaten; privates Interesse; öffentliches Interesse; subjektives Zugangsrecht

Art. 5, 6 Abs. 3, 7 Abs. 1 Bst. g, 2, Art. 9 BGÖ

Empfehlung des EDÖB vom 19. Juni 2012

Der EDÖB kam in einer Empfehlung zum Ergebnis, dass ein Datenblatt über eine Untersuchung zum Acrylamidgehalt von Lebensmitteln nur anonymisiert veröffentlicht werden muss. Dies begründete er mit den darin enthaltenen Personendaten, die ohne grossen Aufwand eingeschwärzt werden können.

Das Bundesamt für Gesundheit (BAG) beauftragte das Kantonale Labor Zürich (KL ZH), eine Untersuchung über möglicherweise krebserregende Moleküle in Lebensmitteln, das sogenannten Acrylamid, durchzuführen. Das KL ZH analysierte knapp 300 Stichproben und stellte die Untersuchungen in einer Datentabelle zusammen, die es dem BAG zusammen mit einem Schlussbericht einreichte. In der Folge wurde in der Zeitschrift «Food additives and Contaminants» ein wissenschaftlicher Bericht publiziert. Ein Antragsteller reichte beim BAG ein Gesuch um Zugang zur vom KL ZH erstellten Datentabelle ein. Das BAG verweigerte zuerst eine Veröffentlichung, erklärte sich nach einem Gespräch mit dem EDÖB allerdings bereit, die Liste in anonymisierter Form zugänglich zu machen. Der Antragsteller bestand jedoch weiterhin auf dem vollständigen Zugang zur betreffenden Liste, weshalb der EDÖB eine Empfehlung erliess.

Zu Beginn seiner Empfehlung hielt der EDÖB fest, dass es sich bei der Datentabelle um ein amtliches Dokument im Sinne von Art. 5 BGÖ handelt und diese deshalb grundsätzlich zugänglich sei. Danach prüfte er, ob das subjektive Zugangsrecht des Antragstellers bereits durch die Publikation in der Zeitschrift «Food additives and Contaminants» erfüllt wurde. Dabei kam der EDÖB allerdings zum Ergebnis, dass die Fachzeitschrift weder vom BAG noch unter seiner Leitung herausgegeben werde und deshalb kein Publikationsorgan nach Art. 6 Abs. 3 BGÖ sei. Zudem handle es sich beim publizierten Artikel um eine in englischer Sprache verfasste wissenschaftliche Arbeit, die nur entgeltlich zugänglich sei. Deshalb kann nach Meinung des EDÖB nicht davon gesprochen werden, dass das BAG das Zugangsrecht nach dem Öffentlichkeitsprinzip gemäss Art. 6 Abs. 3 BGÖ erfüllt hat. Folglich untersuchte der EDÖB weiter, ob dem Zugang zum fraglichen Dokument gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. g ein Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnis entgegensteht. Dabei vertrat er die Ansicht, dass die in der Liste vorhandenen Tatsachen keine Geheimnisse darstellen, da diese für Dritte leicht zugänglich seien, deshalb keine relative Unbekanntheit bestehe und dadurch auch der Geheimhaltungswille des betroffenen Unternehmens entfalle. Schliesslich prüfte der EDÖB, ob sich das BAG zu Recht auf den Schutz der Personendaten (Art. 9 BGÖ) und auf das fehlende überwiegende

öffentliche Interesse (Art. 7 Abs. 2 BGÖ) berief. Dazu führte er aus, dass sich die einzelnen Tatsachen in der Datentabelle jeweils einem Unternehmen zuordnen lassen, womit es sich um Personendaten handle. Da Personendaten in amtlichen Dokumenten nach Möglichkeit vor der Einsichtnahme zu anonymisieren sind (Art. 9 Abs. 1 BGÖ) und im vorliegenden Fall die Unternehmensnamen und Produkte ohne grossen Aufwand eingeschwärzt werden konnten, kam der EDÖB zum Schluss, dass eine Veröffentlichung in anonymisierter Form gerechtfertigt sei. Auch eine Interessenabwägung gemäss Art. 9 Abs. 2 BGÖ würde seiner Meinung nach zum Ergebnis führen, dass das private Interesse der Unternehmen am Schutz ihrer Personendaten das öffentliche Interesse an der vollständigen Offenlegung der Untersuchungsergebnisse überwiegt. Denn eine Veröffentlichung könnte nach Einschätzung des EDÖB zur Folge haben, dass die betroffenen Unternehmen in Misskredit gebracht würden, obwohl ihre Produkte den gesetzlichen Bestimmungen entsprechen. Deshalb kam der EDÖB schliesslich zum Ergebnis, dass das BAG das betreffende Datenblatt in anonymisierter Form zu veröffentlichen habe, sodass keine Rückschlüsse auf ein Unternehmen gezogen werden können.

Annotations La présente recommandation est intéressante moins parce qu'elle traite en long et en large de la notion de secret commercial – les prononcés du Préposé en la matière sont légions, car ce motif d'occultation est le plus couramment invoqué – mais parce qu'elle précise une disposition très rarement appliquée jusqu'alors: l'art. 6 al. 3 de la LTrans qui dispose que si le document requis a déjà été publié par la Confédération sur papier ou par voie électronique, la transparence est acquise. Partant, l'administration peut se contenter de donner au requérant les références nécessaires pour lui permettre de le consulter dans une bibliothèque ou sur internet.

En l'espèce, le document requis avait été publié dans une revue de sciences naturelles certes accessible en ligne, mais éditée par un consortium privé, en anglais et contre paiement. Trois défauts irrémédiables aux yeux du Préposé.

C'est aller un peu loin. A notre avis, seul le critère de la gratuité est pertinent pour justifier d'une publication préalable au sens 6 al. 3 LTrans: une consultation payante est incontestablement un obstacle à la transparence (même si la LTrans ne garantit pas la gratuité). Au reste, l'accès en ligne devrait suffire; peu importe que la Confédération soit éditeur ou simplement pourvoyeur du document requis. Quant à exiger l'accès à la version originale rédigée dans une langue nationale, cela devrait dépendre du contexte. Dans le cas présent, on peut estimer que, vu le caractère très pointu des données requises, le requérant maîtrise l'anglais (l'idiome aujourd'hui quasi officiel des publications en chimie) et qu'il aurait pu parfaitement se contenter d'une version dans la langue de Newton.

Prof. Bertil Cottier, Lugano/Lausanne

12-116

Zugangsgesuch beim SECO vom EDÖB abgelehnt

Amtliches Dokument; Zugangsgesuch

Art. 5 Abs. 1 Bst. b BGÖ

Empfehlung des EDÖB vom 3. April 2012

Die Anforderungen an ein amtliches Dokument gemäss BGÖ waren nicht erfüllt, da das SECO nicht im Besitz der fraglichen Liste war.

Vor dem Hintergrund einer Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrags im Carrossiergewerbe ersuchten einige Antragsteller das SECO um eine Liste der Betriebe, welche von dieser Allgemeinverbindlicherklärung erfasst sind. Das SECO übermittelte den Antragstellern eine Liste der Betriebe in der Deutschschweiz, welche entweder keine Arbeitnehmer oder nur einen Arbeitnehmer beschäftigen. Es erklärte zudem, dass es keine weiteren Listen besitze und verwies auf die Paritätische Landeskommission Carrossiergewerbe (PLK). Nachdem die Antragsteller von der PLK zurückgewiesen wurden, wandten sie sich mit Schlichtungsanträgen gegen das SECO und die PLK an den EDÖB.

Der EDÖB führte in seiner Empfehlung aus, dass aufgrund der Angaben des SECO angenommen werden müsse, dass sich keine weiteren Listen in seinem Besitz befinden. Zudem sei nicht davon auszugehen, dass das SECO Hauptadressat von dem Antragsteller noch nicht zugestellten Listen im Rahmen der Allgemeinverbindlicherklärung gewesen sei. Folglich fehle bereits eines der drei kumulativ erforderlichen Kriterien für die Definition eines amtlichen Dokumentes gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. b BGÖ. Somit liege kein amtliches Dokument vor, weshalb das Öffentlichkeitsgesetz keine Anwendung finde.

1.3 Radio- und Fernsehrecht – Droit de la radiodiffusion

12-117

Staatliche Pflicht zur Zuteilung von Frequenzen an konzessionierten Veranstalter

Dienstleistungsfreiheit; EU-Gerichtshof; Fernsehveranstalter; Frequenzen; gesetzliche Grundlage; Gewährleistungspflichten; Konzessionierung; Medienkonzentration; Schutzpflichten; terrestrische Verbreitung; Übergangsfristen; Vielfalt; Vorhersehbarkeit

Art. 10 EMRK; Art. 1 der 1. ZP

Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (Grosse Kammer) vom 7. Juni 2012 (N°38433/09 «Centro Europa 7 S.R.L. & Di Stefano c. Italien»)

1999 erhielt der italienische Programmveranstalter «Centro Europa 7» eine Lizenz zur terrestrischen Ausstrahlung eines nationalen Fernsehprogramms, welches 80 Prozent des Landes abdeckt. Die dazu benötigten Sendefrequenzen sollten gemäss dem Frequenzzuteilungsplan von 1998 von bestehenden Fernsehveranstaltern stammen. Der Plan sah vor, dass sie ihre analogen Frequenzen an Neueinsteiger abgeben, sobald sie bestimmte Medienkonzentrationsschwellen überschreiten. Wegen einer Rechtsänderung wurde dieser Plan nie umgesetzt und musste der Mediaset-Sender Retequattro seine Frequenzen nicht abgeben.

Centro Europa 7 führte verschiedene Verfahren vor der italienischen Verwaltungsjustiz, die aber bloss zu Teilerfolgen führten. In einem ersten Verfahren verlangte der Consiglio di Stato zwar die Frequenzzuteilung. Dieses Urteil wurde jedoch nicht sofort umgesetzt. Im Vollstreckungsverfahren wurde lediglich die Lizenz von Centro Europa 7 verlängert.

In einem zweiten Verfahren beantragte Centro Europa 7 die Anerkennung des Rechts auf Frequenzzuteilung und den Ersatz des erlittenen Schadens. Als Rechtsmittelinstanz holte der Consiglio di Stato eine Vorabentscheidung des EU-Gerichtshofs ein. Der EuGH hielt im Urteil C-380/05 vom 31. Januar 2008 fest, die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG) und verschiedene Richtlinien verlangten im Bereich elektronischer Kommunikationsnetze vom Staat nicht nur die Erteilung von Sendegenehmigungen, sondern auch die Zuteilung der für die Verbreitung nötigen Sendefrequenzen. Dem Inhaber einer Konzession seien die Frequenzen auf der Grundlage objektiver, transparenter, nicht diskriminierender und angemessener Kriterien zuzuteilen.

Der Consiglio di Stato hielt am 31. Mai 2008 fest, er selber könne weder Frequenzen zuteilen noch die italienische Regierung zur Zuteilung zwingen. Mit Urteil vom 20. Januar 2009 sprach er Centro Europa 7 einen Schadenersatz von etwas mehr als einer Million Euro zu.

Im Juli 2009 wandte sich der Sender mit einer Beschwerde an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Er wehrte sich gegen die Nichtanwendung des Rundfunkgesetzes

von 1997, die verweigerte Durchsetzung von Urteilen des italienischen Verfassungsgerichts und das dadurch gestützte Duopol im italienischen Fernsehmarkt (RAI und Mediaset). Das der Familie des damaligen Ministerpräsidenten Silvio Berlusconi gehörende Unternehmen Mediaset werde bevorzugt behandelt, was die Zuteilung von Frequenzen für andere Sender jahrelang verzögert habe.

Der Gerichtshof liess die Angelegenheit wegen ihrer grundsätzlichen Tragweite durch die Grosse Kammer beurteilen. Sie bejaht mit 16 gegen 1 Stimme eine Missachtung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) und mit 14 gegen 3 Stimmen eine Verletzung des Rechts auf Eigentum (Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK).

Die Urteilsbegründung der Grossen Kammer hält fest, in empfindlichen Bereichen wie den audiovisuellen Medien treffe den Staat eine positive Pflicht zur Gewährleistung effektiver Vielfalt. Es untergrabe die Funktion freier Kommunikation in einer Demokratie, wenn mächtige politische oder wirtschaftliche Kreise eine Dominanz über die audiovisuellen Medien erlangen, sie unter Druck setzen und letztlich die redaktionelle Freiheit beschränken könnte. Dies gelte auch, wenn die Dominanz durch den Staat oder einen öffentlichen Veranstalter ausgeübt werde. Die zuständigen Behörden müssen gemäss EGMR einen angemessenen gesetzlichen und administrativen Rahmen schaffen. Dies sei gerade in Situationen wie in Italien wünschbar, wo das nationale audiovisuelle System von einem Duopol geprägt ist. Zur Gewährleistung echter Vielfalt im audiovisuellen Sektor genüge es nicht, wenn der Staat für die Existenz mehrerer Kanäle Sorge oder für potenzielle Betreiber die (bloss) theoretische Möglichkeit schaffe, den Markt zu betreten.

Die ausgebliebene Frequenzzuteilung machte die 1999 erteilte Lizenz für Centro Europa 7 während fast eines Jahrzehnts praktisch wertlos. Dies bedeutete einen Eingriff in die Meinungsfreiheit, der nach Art. 10 Abs. 2 EMRK auf einer ausreichend präzisen gesetzlichen Grundlage beruhen müsste, welche für die Beteiligten Vorhersehbarkeit schafft. Dies war in Italien nicht gegeben. Centro Europa 7 konnte aufgrund der Auflage, ihre Installationen innert 24 Monaten anzupassen, mit einem Beginn der Sendetätigkeit bis 2001 rechnen. Dann aber kamen immer neue gesetzliche Vorschriften, welche die Abtretung der Frequenzen zugunsten der bisherigen Inhaber weiter hinauszögerten. Die vagen Vorschriften regelten den Umfang und den Ablauf des Übergangsregimes nicht genau genug.

Dem Unternehmen fehlten wirksame Mittel, um die italienischen Behörden zur Respektierung des Gesetzes und der Urteile des Verfassungsgerichts zu zwingen. Es war der Willkür schutzlos ausgeliefert.

Diese Defizite führten nach Ansicht des EGMR zu einem geringeren Wettbewerb im audiovisuellen Sektor. Der Staat verletzte dadurch seine Pflicht, einen angemessenen legislativen und administrativen Rahmen zu schaffen, der effektive Medienvielfalt garantiert hätte:

“156. In conclusion, the Court considers that the legislative framework, as applied to the applicant company, which was unable to operate in the television broadcasting sector for more than ten years despite having been granted a licence in a public tendering procedure, did not satisfy the foreseeability requirement under the Convention and deprived the company

of the measure of protection against arbitrariness required by the rule of law in a democratic society. This shortcoming resulted, among other things, in reduced competition in the audiovisual sector. It therefore amounted to a failure by the State to comply with its positive obligation to put in place an appropriate legislative and administrative framework to guarantee effective media pluralism.”

Die Verstöße gegen die EMRK führten bei Centro Europa 7 zu einer langen Ungewissheit bei der Geschäftstätigkeit sowie zu Gefühlen der Hilflosigkeit und Frustration. Der Gerichtshof verurteilt Italien mit 9:8 Stimmen dazu, Centro Europa 7 einen Schadenersatz in der Höhe von 10 Mio. Euro zu bezahlen. Für die Gerichtsmehrheit ist es angebracht, eine Pauschalentschädigung für erlittene Verluste und entgangenen Gewinn zuzusprechen.

Anmerkungen Die verhängnisvolle Verquickung politischer, ökonomischer und medialer Macht ist ein weltweites Phänomen. Selten hat es sich so zugespitzt präsentiert wie im Italien Silvio Berlusconi. Resolutionen der parlamentarischen Versammlung des Europarats und anderer internationaler Gremien zeugen davon. Sie werden im Grundsatzurteil des EGMR auf nicht weniger als 14 Seiten zitiert. Das – für Strassburger Verhältnisse ziemlich rasch gefällte – Urteil der Grossen Kammer ist für Italien von grosser Bedeutung, zumal es an der Glaubwürdigkeit der italienischen Medienregulierung rüttelt (vgl. dazu die fundierte Analyse von Oreste Pollicino, *Has the never-ending Europa 7 saga finally ended? A guide to understand how the Italian audiovisual conundrum has been able to make our Nation sadly famous not only in Luxembourg, but also in Strasbourg*; abrufbar unter <http://www.medialaws.eu/analyses>).

Auch von ausseritalienischer Warte ist die Strassburger Begründung in verschiedener Hinsicht bemerkenswert:

1. Auffällig – und rekordverdächtig – ist die Höhe der von der (knappen) Gerichtsmehrheit zugesprochenen Entschädigung für den jahrelang faktisch versperrten Marktzutritt.
2. Die Grosse Kammer bejaht eine staatliche Pflicht zur Gewährleistung des Pluralismus auch ausserhalb des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, wo die 4. Kammer bereits 2009 eine entsprechende Verpflichtung angenommen hatte (vgl. das EGMR-Urteil «Manole c. Moldawien» vom 17. 9. 2009; *Medialex* 2009, 09-177, S. 233f.: «Ungenügender Schutz des öffentlichen Rundfunks vor politischer Einflussnahme»). Es ist denkbar, dass sich Strassburgs Anerkennung dieser Pflicht zur *Gewährleistung* der Pluralität – und nicht bloss zu deren *Achtung*, wie in Art. 11 Abs. 2 der EU-Grundrechtecharta – auch auf das Recht der Europäischen Union auswirken wird (vgl. dazu die Ausführungen von Hanspeter Lehofer, *Medienvielfalt garantieren oder [bloss] achten? Noch eine Anmerkung zum Urteil Centro Europa 7 des EGMR*, <http://blog.lehofer.at/2012/06/medienvielfalt-garantieren-oder-blo.html>).
3. Zudem hält der Gerichtshof erstmals – wenn auch nicht sonderlich überraschend – fest, zur Gewährleistung echter Vielfalt im audiovisuellen Sektor genüge es nicht, für die Existenz mehrerer Kanäle zu sorgen oder interessierten Bewerbern die bloss theoretische Möglichkeit des Marktzutritts zu verschaffen. Dies verdeutlicht, dass vermeintlich (frequenz-)technische Angelegenheiten auch eine menschenrechtliche Dimension haben können. Dabei geht es nicht nur – und nicht einmal primär – um wirtschaftliche Aspekte (wie sie das 1. Zusatzpro-

tokoll zur EMRK sichert). Im Vordergrund steht vielmehr die für die Meinungsbildung im demokratischen Staat zentrale Frage, wer sich effektiv Zugang zum Forum der Kommunikation über die nach wie vor begehrten Rundfunkfrequenzen verschaffen kann.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

12-118

Fehlende Durchsetzung des gerichtlich eingeräumten Zugangs zum Radiostudio

Berufsausübung; Durchsetzung Gerichtsbeschluss; Radioveranstalter; Schutzpflichten; Zwangsmittel

Art. 10 EMRK

Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (3. Kammer) vom 10. Mai 2012 (N°25329/03 «Frasila und Ciocirlan c. Rumänien»)

Nach komplizierter Vorgeschichte erkämpften sich zwei beim Lokalradio «Radio M Plus» Angestellte 2002 gegen die Eigentümer von «Tele M» vor Gericht das Recht auf Zutritt zu den Redaktionsräumen. In der Folge scheiterten aber mehrere Versuche zur Durchsetzung des Gerichtsbeschlusses. Weder der Beizug eines Gerichtsweibels noch eine Strafanzeige (gegen die den Zutritt nach wie vor verwehrenden Vertreter des im gleichen Gebäude sitzenden Rundfunkveranstalters «Tele M») waren vom Erfolg gekrönt.

Der Gerichtshof bejaht einstimmig eine Missachtung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK). Zwar hätten die rumänischen Behörden im vorliegenden Fall keine direkte Verantwortung für die Beschränkung der Meinungsfreiheit, die auf dem Verhalten des privaten Unternehmens «Tele M» beruhte. Mit blosser Nichteinmischung des Staates sei es aber nicht immer getan. Als oberster Garant des Pluralismus in einer demokratischen Gesellschaft müsse der Staat die notwendigen Vorkehrungen zur Durchsetzung der Meinungsfreiheit treffen. Unter bestimmten Umständen müssten die Behörden im Verhältnis unter Privaten positive Massnahmen zum Schutz freier Kommunikation ergreifen. Eine aktive Rolle der Behörden sei besonders wichtig, wenn äusserer Druck von politischen oder wirtschaftlichen Machttägern die Unabhängigkeit der Medien gefährde. Im vorliegenden Fall habe Petru Frasila seine Mehrheitsbeiligung an «Tele M» abgestossen, weil er angeblich unter Druck gesetzt worden sei. Dies mache ein staatliches Einschreiten besonders wichtig.

Seine Pflicht zum Schutz der Meinungsfreiheit vor privater Beeinträchtigung nahm der rumänische Staat nach Ansicht des EGMR nicht ausreichend wahr. Frasila und Ciocirlan hatten alle zumutbaren Anstrengungen zur Durchsetzung des Gerichtsbeschlusses unternommen. Sie wurden aber durch den Staat nicht genügend unterstützt. So verzichtete der Weibel trotz klarer Anordnung des Gerichts darauf, den rechtswidrig verweigerten Zugang zu den Redaktionsräumen durchzusetzen und zu diesem Zweck polizeiliche Unterstützung anzufordern. Unter den vorliegenden Umständen war ein Einschreiten dringend geboten. Vor diesem Hintergrund war auch die Mög-

lichkeit einer Busse gegen die den Zugang zur Redaktion blockierenden Personen unzureichend. Eine derartige indirekte Massnahme hätte nicht unmittelbar zum Ziel geführt. Gesamthaft erwies sich das Vorgehen der rumänischen Behörden als derart unzureichend und ineffizient, dass es die Garantie von Art. 10 EMRK jedes praktischen Nutzens beraubte. Die betroffenen Medienschaffenden konnten deswegen von 2002 bis 2004 nicht für «Radio M Plus» arbeiten.

Der Gerichtshof verwirft zudem den Einwand der rumänischen Regierung, die beiden Beschwerdeführenden hätten auch auf andere Weise professionell kommunizieren können als durch «Radio M Plus», beispielsweise durch Publikationen in Printmedien. Der EGMR verneint, dass valable Alternativen existierten:

«63. (...) En effet, il n'appartient pas à la Cour, ni aux juridictions nationales d'ailleurs, de se substituer à la presse pour dire quelle technique de compte rendu les journalistes doivent adopter (*Jersild*, précité, § 31). Il convient également de prendre en compte l'impact potentiel du canal de transmission des opinions qui a une certaine importance lorsqu'il s'agit de la liberté d'expression car l'on s'accorde à dire que les médias audiovisuels ont des effets souvent beaucoup plus immédiats et puissants que la presse écrite (*Purcell et autres*, précité). En conséquence, la Cour ne peut non plus accueillir l'argument du Gouvernement consistant à dire que les requérants avaient d'autres alternatives pour manifester leur liberté d'expression.»

Die beiden Beschwerdeführenden erlitten sowohl einen materiellen wie einen immateriellen Schaden. Als Ausgleich für die EMRK-Verletzung verurteilt der Gerichtshof Rumänien dazu, ihnen eine Entschädigung von insgesamt 18 000 Euro zu entrichten.

Anmerkungen Die Strassburger Rechtsprechung zu den staatlichen Schutz- und Leistungspflichten im Bereich freier Kommunikation ist bislang nicht sonderlich umfangreich (zur bisherigen Praxis vgl. etwa Martin Dumermuth, Subjektive und objektive Elemente der Radio- und Fernsehfreiheit, in: Sethe u. a. [Hrsg.], Festschrift für Rolf H. Weber, Bern 2011, S. 680 ff.). Der ziemlich speziell gelagerte rumänische Streit um den Zutritt zu den Redaktionsräumen hat dem Gerichtshof die Gelegenheit geboten, sie um eine Facette zu erweitern. Die Begründung zeigt, dass die fehlende Durchsetzung von Gerichtsurteilen mehr ist als ein allgemeines rechtsstaatliches Defizit, wenn sie dazu führt, dass sie die Berechtigten an der Kommunikation auf den ihnen zustehenden Kanälen hindert. Das Urteil unterstreicht, dass aktives staatliches Eingreifen besonders wichtig ist, wenn die journalistische Tätigkeit durch politisch und wirtschaftlich mächtige Kreise unter Druck gesetzt wird. Diese Machtfrage prägt auch das wenige Wochen später ergangene Leiterteil der Grossen Kammer zu den verweigerten Sendefrequenzen für «Centro Europa 7», welches vorne in dieser Medialex-Ausgabe dargestellt ist. Im Gegensatz zum italienischen geht es beim rumänischen Fall allerdings nicht primär um eine typisch rundfunkrechtliche Fragestellung. Eine aktive Rolle des Staates wäre auch nötig gewesen, wenn es um die Durchsetzung des Zugangs zu den Räumen einer Printredaktion gegangen wäre.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

12-119

Bundesgericht verneint Verletzung des rechtlichen Gehörs durch UBI

Rechtliches Gehör; Rechtsmissbrauch; Replikrecht; Popularbeschwerde

Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 57 Abs. 2 VwVG; Art. 94 Abs. 2 RTVG

Urteil des Bundesgerichts vom 12. April 2012
(2C_943/2011; 2C_127/2012)

X. erhob zwischen 2008 und 2011 mehrere Beschwerden gegen verschiedene Ausstrahlungen der Sendungen «Tageschau» und «10 vor 10» des Schweizer Fernsehens. Die UBI hiess die Beschwerde b.590 gut und die Beschwerde b.591 teilweise gut. Die restlichen Beschwerden (b.603, b.615, b.628, b.630) lehnte sie ab oder trat nicht auf sie ein. X. gelangte mittels zweier Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht und rügte eine Verweigerung des «Rechts auf Replik» bezüglich Eingaben der SRG, mithin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs.

Das Bundesgericht vereinigte die beiden Beschwerdeverfahren. Es stellte fest, dass ein zweiter Schriftenwechsel grundsätzlich dem pflichtgemässen Ermessen der Beschwerdeinstanz anheimgestellt ist (Art. 57 Abs. 2 VwVG). Allerdings gelte bei Verfahren vor Verwaltungs- und Gerichtsbehörden, die durch individuell-konkrete Anordnung abzuschliessen sind, ein bedingter verfassungsmässiger Anspruch (Art. 29 Abs. 2 BV), sich zu Eingaben von Vorinstanz oder Gegenpartei zu äussern, soweit die in der Eingabe vorgebrachten Noven prozessual zulässig und materiell geeignet sind, den Entscheid zu beeinflussen.

Ein weiter gehendes Recht auf Stellungnahme, unabhängig davon, ob die Eingabe der Gegenpartei neue oder erhebliche Gesichtspunkte enthält, bestehe im Verfahren vor der UBI nicht. Dieses vom EGMR bezüglich Art. 6 Ziff. 1 EMRK unterliegenden Gerichtsverfahren entwickelte unbedingte Recht auf Stellungnahme sei auf das UBI-Verfahren nicht anwendbar. Die Praxis des Bundesgerichts habe dieses Recht, soweit Art. 29 Abs. 1 BV gleich auszulegen sei wie Art. 6 Ziff. 1 EMRK, auf ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 6 Ziff. 1 EMRK liegende Gerichtsverfahren ausgedehnt, nicht aber auf Verwaltungsinstanzen. Auch im vorliegenden Entscheid sah das Bundesgericht keinen Anlass, aus Art. 29 BV ein Recht auf Kenntnisnahme von und Stellungnahme zu Eingaben der übrigen Verfahrensbeteiligten auch im Verfahren vor anderen als gerichtlichen Behörden abzuleiten. Die allgemeinen Verfahrensgarantien von Art. 29 BV gelten zwar für alle Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen, was aber nicht ausschliesse, dass bei der Konkretisierung der in Art. 29 BV enthaltenen Verfahrensgrundsätze den sachlichen Unterschieden zwischen den verschiedenen Behörden und Verfahrenskonstellationen Rechnung getragen werde.

Die bisherige Rechtsprechung habe offengelassen, ob die UBI eine klassische richterliche Instanz sei, und habe auf sie nicht unbedenken die für Gerichte geltenden Verfahrensregeln angewendet. Die Aufgabe der UBI bestehe in der Aufsicht über

den Inhalt redaktioneller Sendungen. Sie könne in diesem Rahmen feststellen, dass Sendungen Programmvorschriften verletzt haben, und vom Veranstalter verlangen, den Mangel zu beheben. Ihre Aufgabe gleiche damit eher derjenigen einer Aufsichtsbehörde. Dementsprechend sei auch eine Programmbeschwerde zulässig von Personen, die keine enge Beziehung zum Gegenstand der beanstandeten Sendung haben, sofern sie mindestens 20 Unterschriften beibringen (Art. 94 Abs. 2 RTVG). Diese Popularbeschwerde diene nicht in erster Linie dem Rechtsschutz Privater, sondern dem allgemeinen Interesse und der staatlichen Aufsicht über Radio und Fernsehen. Die Popularbeschwerdeführer hätten denn auch keine Parteistellung vor Bundesgericht, sollte der die Beschwerde gutheissende Entscheid der UBI vom Veranstalter beim Bundesgericht angefochten werden. Dies alles verdeutliche, dass das Beschwerdeverfahren vor der UBI eher den Charakter einer besonders gelagerten Aufsichtsbeschwerde aufweise als denjenigen eines Gerichtsverfahrens. Insgesamt sei somit die UBI jedenfalls im Rahmen der hier zur Diskussion stehenden Popularbeschwerden nicht als gerichtliche Behörde im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu betrachten. Dementsprechend bestehe in den von ihr geführten Verfahren kein unbedingtes Recht auf Kenntnisnahme von und Stellungnahme zu Eingaben der übrigen Verfahrensbeteiligten gemäss der Praxis des EGMR.

Das Bundesgericht hielt im Weiteren fest, dass die Beschwerde auch dann abzuweisen wäre, wenn für das Verfahren vor der UBI ein solches Recht bestünde. Der Beschwerdeführer mache vor Bundesgericht nicht geltend, dass er beabsichtigt hätte, tatsächlich eine Eingabe einzureichen. Die Berufung auf das Recht auf Kenntnisnahme von und Stellungnahme zu Eingaben der übrigen Verfahrensbeteiligten erweise sich daher vorliegend auch als rechtsmissbräuchlich.

12-120

TV-Jugendprogramm Joiz: Bundesgericht bestätigt Aufschaltverpflichtung

Aufschaltverpflichtung, Must-Carry-Programm

Art. 59, 60 RTVG; Art. 52 RTVV; Art. 67, 39 Abs. 2 BV

Urteil des Bundesgerichts vom 22. März 2011
(2C_790/2011)

Das Bundesgericht entschied, dass die upc cablecom GmbH das TV-Jugendprogramm Joiz während dreier Jahre im analogen und digitalen Kabelnetz in der Deutschschweiz verbreiten muss. Wie schon das Bundesverwaltungsgericht bestätigte es eine entsprechende Aufschaltverfügung des BAKOM.

Das Bundesgericht betont in seinen Erwägungen, dass ein privater (nur meldepflichtiger) Programmveranstalter, der eine Aufschaltung im Sinne von Art. 60 RTVG erwirken will, in seinem Gesuch überzeugend darlegen muss, dass und inwiefern sein Angebot geeignet ist, einen «besonderen» Beitrag zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Leistungsauftrags im Sinne von Art. 93 Abs. 2 BV zu erbringen («Outputorientie-

rung»). Seine publizistische Leistung habe eine Lücke im Programmangebot der verschiedenen Radio- und TV-Veranstalter hinsichtlich der kulturellen Entfaltung, der meinungsvermittelnden bzw. -formenden Kommunikation und der sozial relevanten Unterhaltung zu schliessen oder das Angebot zumindest sinnvoll zu ergänzen. Der Veranstalter müsse über die hierfür erforderlichen strukturell-organisatorischen Voraussetzungen verfügen («Inputorientierung»).

Erforderlich sei ein originelles und finanziell realisierbares Gesamtprogramm, das über die bestehenden Angebote hinaus in qualitativ und quantitativ relevanter Weise zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrags beiträgt und die bestehende audiovisuelle Medienlandschaft thematisch sinnvoll ergänzt und bereichert (« Mehrwert-Erfordernis»). Beim aufschaltberechtigten Angebot müsse es sich nicht um ein «Vollprogramm» handeln. Auch ein Spartenkanal oder ein Zielpublikumsprogramm könne, wie die Vorinstanzen zu Recht festgestellt hätten, die entsprechenden Voraussetzungen erfüllen und einen Mehrwert darstellenden Beitrag zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrags erbringen. Gerade die Kriterien für ausländische Must-Carry-Programme (Art. 52 RTVV i. V. m. Art. 59 Abs. 2 RTVG), die bei der Auslegung von Art. 60 Abs. 1 RTVG als Orientierungshilfe beizuziehen seien, zeigten, dass die relevanten Mehrwerte – namentlich spezifische redaktionelle Programme für Jugendliche (Art. 52 Abs. 1 lit. d RTVV) – für sich selber und losgelöst von einem Vollprogramm unter Umständen ebenfalls eine Aufschaltspflicht im Rahmen von Art. 60 Abs. 1 RTVG zu rechtfertigen vermögen.

Dabei relativierte das Bundesgericht aber die nach seiner Auffassung zu weit gehenden Überlegungen des BAKOM, wonach für den Erlass einer Aufschaltverfügung jeweils nicht die Art des Programms (Voll-, Zielgruppen- oder Spartenprogramm), sondern ausschliesslich der Umfang und die Qualität des Beitrags zum Leistungsauftrag entscheidend seien. Das Bundesgericht betont, dass sich der Umfang und die Qualität des Beitrags zum Leistungsauftrag auch aufgrund der Art des Programms definieren. So könne die Aufschaltung eines Zielgruppenprogramms vor allem im analogen Bereich dazu führen, dass weiteren Aufschaltgesuchen für Programme, welche die gleiche Zielgruppe ansprechen, nicht mehr stattgegeben werden könne, weil die bestehenden Programme das entsprechende Bedürfnis bereits hinreichend abdecken.

Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass sich die Vorinstanzen an den vorstehend dargelegten Beurteilungsspielraum gehalten und kein Bundesrecht verletzt hatten, wenn sie davon ausgegangen sind, dass das TV-Jugendprogramm Joiz in besonderem Mass zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrags beiträgt und sich eine Aufschaltspflicht rechtfertigt. Das Programm behandle neben einem musikalischen Schwerpunkt im Rahmen verschiedener Sendegefässe querschnittsweise und in einer unkonventionellen Art zahlreiche Themen, die ein spezifisch jugendliches Publikum bewegen. Im Vergleich zu ähnlichen Angeboten (z. B. MTV oder StarTV) zeichne sich Joiz durch zahlreiche Eigenformate aus. Inhalt und Machart des Programms wiesen dank der Zusammenarbeit mit Jugendverbänden und -beratungsstellen eine für das Mediensystem interessante Originalität und Provokation auf. Als Mehrwert zu berücksichtigen sei zudem der starke Miteinbezug von Social-Media-Plattformen, über die Moderatoren und Publikum

die Diskussion zu den spezifisch das jugendliche Publikum bewegenden Themen weiterführen bzw. interaktiv mitgestalten können. Mit seinem Aufschaltungsentscheid trage das BAKOM nicht zuletzt auch zur Verwirklichung von Art. 67 BV bei, der vorsieht, dass Bund und Kantone bei der Erfüllung ihrer Aufgaben «den besonderen Förderungs- und Schutzbedürfnissen von Kindern und Jugendlichen» Rechnung tragen. Insgesamt biete Joiz ein originelles, neuartiges Gesamtprogramm für eine im Fernsehen bisher eher wenig berücksichtigte Bevölkerungsgruppe. Das Programm trage gesamthaft betrachtet in kultureller Hinsicht wie auch bezüglich der informierenden Inhalte in besonderem Mass zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Leistungsauftrags bei.

Die der upc cablecom auferlegte Aufschaltverpflichtung sei nicht unverhältnismässig. Mit einer Aufschaltverpflichtung solle sichergestellt werden, dass ein im öffentlichen Interesse aufschaltwürdiges Programm sein Publikum möglichst umfassend erreiche. Nach wie vor sei ein wesentlicher Teil der Haushalte nur über das analoge Kabelfernsehen erreichbar, weshalb es weiterhin notwendig erscheine, dass ein Programm, das die Voraussetzungen von Art. 60 Abs. 1 RTVG erfülle, auch analog verbreitet werde. Vorliegend sei nicht ohne Bedeutung, dass Jugendliche den Wechsel zum Digitalfernsehen im elterlichen Haushalt nur beschränkt beeinflussen könnten. Da der Bundesrat die Höchstzahl der Must-Carry-Programme im analogen Kabelnetz auf 25 festgelegt habe und es vorliegend erst um den achtzehnten Must-Carry-Sender gehe, sei die im öffentlichen Interesse liegende Beschränkung der verfassungsmässigen Rechte der upc cablecom noch im Rahmen des verfassungsmässig Vertretbaren.

12-121

Le mandat de prestations qui accompagne une concession télévisuelle a un caractère contraignant

Diffusion de programmes différenciés

Art. 38 et 45 LRTV

Arrêt du Tribunal administratif fédéral (TAF) du 21 mai 2012, Canal 9 contre Office fédéral de la communication OFCOM, A-2806/2011

A la suite de l'arrivée dans sa zone de desserte de nouveaux fournisseurs de services de télécommunication (FST) refusant de participer au prélèvement de la taxe volontaire, Canal 9, concessionnaire de télévision régionale, a décidé de procéder à la livraison de programmes différenciés afin de pérenniser cette source de revenus. Son offre est, depuis lors, scindée en deux: le signal entier de la recourante n'est plus transmis qu'aux seuls FST acceptant de participer au prélèvement de la taxe; les autres reçoivent une version allégée du programme.

Selon l'art. 38 al. 1 let. a de la loi fédérale du 24 mars 2006 sur la radio et la télévision (LRTV), des concessions assor-

ties d'un mandat de prestations et donnant droit à une quote-part de la redevance peuvent être octroyées aux diffuseurs locaux et régionaux qui diffusent, dans une région ne disposant pas des possibilités de financement suffisantes, des programmes de radio et de télévision qui tiennent compte des particularités de cette région en fournissant une large information portant notamment sur les réalités politiques, économiques et sociales, et contribuant à la vie culturelle dans la zone de desserte considérée.

Pour éviter un saupoudrage inefficace, une quote-part de la redevance n'est en principe versée qu'à un seul diffuseur radio ou télévision par zone, ce afin de faciliter la réalisation de programmes professionnels de haute qualité accessibles à la population. La concession est octroyée sur la base d'un critère qualitatif, soit au diffuseur qui est le mieux à même d'exécuter le mandat de prestations (art. 45 al. 3 LRTV).

En consacrant une partie de ses ressources financières à la production d'une émission dont la diffusion est réservée aux seuls abonnés des FST participant à son financement, la recourante utilise une partie de la quote-part qui lui est reversée de façon non conforme à son mandat de prestations.

La différenciation de programmes mise en oeuvre par la recourante pose également problème sous l'angle de l'égalité de traitement à laquelle peuvent prétendre les téléspectateurs de sa zone. En effet, l'accès à l'intégralité du programme de la recourante est fonction non pas de la participation du téléspectateur au financement de la chaîne par le biais de la taxe volontaire, mais du FST auquel il est abonné. De ce fait, cette pratique est constitutive d'une violation de la concession qui lui a été octroyée.

12-122

BVGer heisst Beschwerde der Cablecom gegen Kostenauflegung gut

Akzessorische Normenkontrolle; Aufschaltverfügung; Kosten für technische Beschränkungsmassnahmen; Vielfaltsgebot

Art. 2 Bst. g, 40 Abs. 2, 59 RTVG; Abs. 2, 3 der Ziff. 1 von Anhang 2 zur RTVV

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. Mai 2012 (A-511/2011)

Das Bundesverwaltungsgericht hiess eine Beschwerde der Cablecom GmbH gegen die unrechtmässige Nichtanwendung einer Verordnungsbestimmung durch das BAKOM gut. Die Cablecom hatte sich dagegen gewehrt, dass ihr die Kosten für technische Massnahmen zur Verhinderung einer Überverbreitung in ein angrenzendes Konzessionsgebiet auferlegt wurden.

Das UVEK hat der Tele Top AG am 31. Oktober 2008 eine Konzession für ein Regionalfernsehen im Versorgungsgebiet Nr. 10 (Region Zürich-Nordostschweiz) erteilt. Ausser in den Bezirken Dielsdorf und Bülach, die unstreitig im Versorgungsgebiet Nr. 10 liegen, kann Tele Top im gesamten Versorgungsgebiet Nr. 10 bereits über Leitungen empfangen werden. Die zwei

genannten Bezirke werden von einer im Kanton Aarau gelegenen Kopfstation mit Fernsehsignalen versorgt. Um einen Overspill ins angrenzende Konzessionsgebiet zu verhindern, sind technische Massnahmen erforderlich. Am 25. Februar 2010 reichte die Tele Top AG ein Gesuch um Aufschaltverfügung beim BAKOM ein und verlangte eine Verpflichtung der Cablecom GmbH zur Verbreitung von Tele Top in den Bezirken Dielsdorf und Bülach. Das BAKOM verfügte am 26. November 2010, dass die Cablecom GmbH innerhalb dreier Monate das Programm von Tele Top in diesen beiden Bezirken in ihrem Kabelnetz verbreiten müsse. Zudem habe die Cablecom die Kosten für die technische Massnahme zur Vermeidung von erheblichen Überversorgungen zu tragen. Mittels Beschwerde gegen diesen Entscheid gelangte die Cablecom ans Bundesverwaltungsgericht.

BAKOM und Cablecom waren sich nicht einig, wer die Kosten für die technischen Massnahmen zur Verhinderung einer Überverbreitung in einem angrenzenden Konzessionsgebiet zu tragen hat. Das BAKOM vertrat die Ansicht, dass Abs. 2 und 3 der Ziff. 1 Anhang 2 zur RTVV dem Art. 59 Abs. 3 RTVG aufgrund eines gesetzgeberischen Versehens widersprechen und deshalb nicht angewendet werden dürfen. Deshalb seien die Kosten für die gesetzlich vorgeschriebene Verbreitungsbeschränkung gemäss Art. 59 Abs. 3 RTVG der Cablecom aufzuerlegen. Diese vertrat ihrerseits die Meinung, dass sich aus Ziff. 1 Abs. 2 Anhang 2 zur RTVV i. V. m. der Konzession eine Kostentragungspflicht für die Tele Top AG ergebe.

Das Bundesverwaltungsgericht prüfte im Rahmen einer akzessorischen Normenkontrolle, ob Ziff. 1 Abs. 2 i. V. m. Abs. 3 Anhang 2 zur RTVV Art. 59 Abs. 3 RTVG widerspricht und daher vom BAKOM zu Recht nicht angewandt wurde. Dabei analysierte es Art. 2 Bst. g RTVG, Art. 40 Abs. 2 RTVG und Art. 59 RTVG, konnte aber aus keiner dieser Bestimmungen eine Regelung über die Kostentragung bei technischen Beschränkungsmassnahmen ableiten. Es kam zum Schluss, dass der Gesetzgeber die Kostentragung nicht eindeutig festgelegt hat und dem Verordnungsgeber somit in diesem Bereich ein gewisser Regelungsspielraum zukommt. Der Bundesrat habe die Frage geklärt, wer die Kosten für Beschränkungsmassnahmen zu tragen hat. Ziff. 1 Abs. 2 Anhang 2 zur RTVV sprengt den dem Bundesrat zugestandenen Regelungsspielraum nicht und sei auch nicht gesetzeswidrig. Solange diese Verordnungsbestimmung in Kraft stehe, habe die Vorinstanz diese zu beachten. Sie habe Ziff. 1 Abs. 2 Anhang 2 zur RTVV somit zu Unrecht nicht angewandt.

12-123

TV-Programm im Onlineangebot der SRG verstösst nicht gegen Konzession

Aufsichtsbeschwerde; Interessenabwägung; übriges publizistisches Angebot

Art. 25 Abs. 3 Bst. b RTVG; Art. 13 Konzession SRG

Verfügung des BAKOM vom 30. März 2012

Das BAKOM stellte in einem Aufsichtsverfahren fest, dass das TV-Programm auf der Website der SRG, welches auch Informationen zu Nicht-SRG-Programmen enthält, nicht gegen die SRG-Konzession verstösst.

Aufgrund einer Aufsichtsbeschwerde, die die detaillierten Informationen zu den TV-Programmen anderer Sender im Onlineangebot der SRG beanstandete, eröffnete das BAKOM ein Aufsichtsverfahren. Es vermutete, dass die SRG mit dem Aufschalten des Programmguides auf tvprogramm.sf.tv den Rahmen der erlaubten Onlineaktivitäten gemäss Art. 13 Konzession SRG überschreite, soweit sich der Programmguide nicht auf Programme der SRG oder auf Programme bezieht, an denen die SRG beteiligt ist. Die verschiedenen TV-Programme werden auf den Internetseiten der SRG in Form eines Electronic Program Guides (EPG) zur Verfügung gestellt. Dabei werden neben den Programmen der SRG auch eine Auswahl von Programmen weiterer öffentlich-rechtlicher und privater Veranstalter des In- und Auslands berücksichtigt.

Die rechtliche Beurteilung begann das BAKOM mit der Feststellung, dass der EPG aus Nutzersicht nicht als Teletext, wie dies die SRG behauptet, sondern als Onlineangebot wahrgenommen wird. Dies habe allerdings insofern keine Relevanz, als sowohl der Teletext als auch das Onlineangebot dem übrigen publizistischen Angebot (Art. 25 Abs. 3 Bst. b RTVG) zuzurechnen seien. In Art. 13 Abs. 1 Konzession SRG werden die zulässigen Bestandteile des Onlineangebots abschliessend umschrieben. Demnach soll dem Onlineauftritt eine Ergänzungs- und Vertiefungsfunktion zukommen. Er soll aber auch der Verankerung der Programme im Publikum dienen. Der Auftritt soll gemäss Art. 25 Abs. 3 Bst. b RTVG nur so weit gehen, wie er zur Unterstützung des Programmauftrags notwendig sei. Das BAKOM zog daraus den Schluss, dass die Informationen zum eigenen Programm oder zu Programmen, an denen die SRG beteiligt ist, klarerweise als zulässige Inhalte im Sinne des RTVG und der SRG-Konzession einzustufen seien.

Soweit die Informationen in- und ausländische Programme ausserhalb der SRG betreffen, bedürfe es einer Interessenabwägung. Grundsätzlich sei es zu begrüssen, dass die SRG mit ihrer starken Marktstellung nicht nur über eigene Programme informiere, sondern auch auf Programme von anderen Veranstaltern hinweise. Damit werde dem Interessierten eine Übersicht dazu vermittelt, was im eigenen Programm und was zeitgleich als Alternative bei anderen Veranstaltern läuft. Ebenso spreche das Vielfaltsgebot, welches auch für das übrige publizistische Angebot gelte, für einen EPG, der nicht ausschliesslich auf eigene Programme hinweist. Diesen öffentlichen Interessen stehen die Geschäftsinteressen von Konkurren-

ten im Markt der Programmzeitschriften gegenüber. Das BAKOM kam bei seiner Interessenabwägung zum Schluss, dass beim EPG, den die SRG im Onlineangebot zur Verfügung stellt, das öffentliche Interesse an einer vielfältigen Information und das Interesse der Rundfunkveranstalter an einer Berücksichtigung ihrer Programme das Interesse der Konkurrenten im Markt der Programmzeitschriften überwiegen. Dabei falle vor allem ins Gewicht, dass der EPG der SRG nur relativ wenige Kommentarfunktionen und Hinweise auf das Programm enthalte und sich im Übrigen auf öffentlich zugängliche Informationen stütze. Eine weiter gehende redaktionelle Aufarbeitung und Kommentierung von Nicht-SRG-Programmen wäre allerdings nicht zulässig. Folglich kam das BAKOM zum Ergebnis, dass die SRG mit ihrem EPG in der heutigen Ausgestaltung nicht gegen Art. 13 ihrer Konzession verstösst.

12-124

Beratung in der Sendung Eso.TV verstiesst gegen Werbeverbot des RTVG

Aufsichtsverfahren; gesundheitsgefährdende Werbung

Art. 10 Abs. 4 Bst. c RTVG

Verfügung des BAKOM vom 8. Februar 2012

Das BAKOM entschied, dass in der Sendung Eso.TV auf 3+ Werbung ausgestrahlt wurde, welche die Gesundheit gefährdet und damit Art. 10 Abs. 4 Bst. c RTVG verletzt. Konkret ging es um medizinische Diagnosen und Behandlungstipps, welche von Telefonberatern ohne medizinische Ausbildung erteilt wurden.

Das BAKOM eröffnete ein Aufsichtsverfahren gegen die 3 Plus Group AG (3+), da es in drei Fällen eine Verletzung von Art. 10 Abs. 4 Bst. c RTVG vermutete. Diese Bestimmung verbietet Werbung, die zu einem Verhalten anregt, das die Gesundheit gefährdet. Konkret ging es um die Sendung Eso.TV. Darin beantworten Wahrsagerinnen, Hellseherinnen, Schamanen u. dgl. Fragen, die ihnen Zuschauer telefonisch über eine Mehrwertdienstnummer stellen. Am 19. Juni 2011 wurde die Sendung unter anderem von «Papa Wango» und seinem Assistenten «Djali» moderiert, die mithilfe von Muscheln die ihnen gestellten Fragen beantworteten und Ratschläge erteilten. Dabei veranlassten insbesondere folgende Passagen das BAKOM zur Eröffnung eines Aufsichtsverfahrens: Auf die konkrete Frage einer Zuschauerin, ob sie einen Tumor habe, antwortete Papa Wango: «Nein, nein, momentan gibt nicht.» Zudem gab er dieser Frau, die Schilddrüsenprobleme hat, den Tipp, kein Schweinefleisch mehr zu essen. Einer zweiten Anruferin, die berichtete, dass die Ärzte bei ihr Weichteilrheuma diagnostiziert hätten, gab Papa Wango die Antwort: «Rheuma hast du schon ein bisschen, aber nicht so, wie sie sagen.» Einem dritten Anrufer, der über Beinprobleme seiner Tochter berichtete, gab er den Tipp: «Sie muss zudem die Beine ins Meerwasser halten. Sie soll die Beine jeden Abend ins Salzwasser halten.»

Das BAKOM führte in seiner rechtlichen Würdigung aus, dass Art. 10 Abs. 4 Bst. c RTVG im Gegensatz zu absoluten Werbeverboten nicht an bestimmte Produkte anknüpft, sondern an Aussagen in Werbespots zu irgendwelchen Produkten oder Dienstleistungen. Das BAKOM fand es problematisch, dass in einer als Werbung gekennzeichneten Beratungssendung Aussagen zur Gesundheit von Anrufern gemacht werden. Bei den Beratern handle es sich nicht um Ärzte. Zudem würden diese mit keinem Wort darauf hinweisen, dass sie nicht über eine medizinische Ausbildung verfügen und ein Gang zum Arzt angebracht wäre. Im Gegenteil, sie würden sogar die von den Anrufern erwähnten medizinischen Diagnosen infrage stellen. Weiter erfolge die Beratung durch das Werfen von Muscheln und aufgrund von rudimentären Aussagen der Anrufenden, als Ferndiagnose mittels Telefon. Trotzdem würden die Berater ohne entsprechende Ausbildung und ohne direkten Kontakt zu den Patienten selber Diagnosen stellen oder Behandlungstipps geben. Durch diese Anmassung einer medizinischen Beratung besteht nach Ansicht des BAKOM die Gefahr, dass sich Anrufer auf diese Beratung stützen und ärztliche Behandlungen aussetzen oder sich entgegen der ärztlichen Empfehlung verhalten. Die Berater Papa Wango und Djali erweckten damit beim Publikum den Eindruck, dass durch einen Anruf in die Sendung unkompliziert eine medizinische Diagnose erhältlich sei. Aufgrund dieser Überlegungen entschied das BAKOM, dass in der Sendung Eso.TV auf 3+ am 19. Juni 2011 gesundheitsgefährdende Werbung ausgestrahlt wurde. Es ordnete an, dass Massnahmen getroffen werden, damit sich die Verletzung nicht wiederholt.

12-125

Die SRG verbreitet Sponsornennung mit verkaufsförderndem Inhalt

Sponsornennung mit unzulässigem Inhalt

Art. 12 Abs. 3 RTVG; Art. 20 Abs. 3 RTVV

Verfügung vom 16. Januar 2012 des Bundesamtes für Kommunikation, BAKOM

Während der Übertragung der French-Open-Spiele von Roger Federer und Stanislas Wawrinka im Juni 2011 strahlte die SRG SSR (nachfolgend: SRG) ein Sponsor-Billboard der Generali-Online-Autoversicherung auf SF2, TSR2 und RSI LA 2 aus. In den Sprachen Deutsch, Französisch und Italienisch war folgender Text zu hören: «Tennis auf SF mit der Online-Autoversicherung von Generali – günstig und einfach.»

Das BAKOM eröffnete ein Aufsichtsverfahren gegen die SRG wegen möglichen Verstosses gegen Art. 12 Abs. 3 RTVG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 RTVV, wonach Sponsornennungen nicht unmittelbar zum Abschluss von Rechtsgeschäften über Waren oder Dienstleistungen anregen dürfen – insbesondere nicht durch verkaufsfördernde Hinweise auf diese Waren oder Dienstleistungen.

Gegenstand des Verfahrens bildete die Annahme, dass die Adjektive «günstig», «avantageuse» bzw. «vantaggiosa» Aussagen zum Preis enthalten und somit eine Verletzung von Art. 12 Abs. 3 RTVG i. V. m. Art. 20 Abs. 3 RTVV vorliege.

Das BAKOM kommt zum Schluss, dass die Bedeutung eines Adjektivs nicht losgelöst von seiner Verwendung bestimmt werden kann. Vorliegend werden die umstrittenen Adjektive zur Beschreibung einer Online-Autoversicherung verwendet. Es sei naheliegend, dass diese Beschreibung vom durchschnittlichen Zuschauer als «preiswert» verstanden werde und nicht, wie die SRG in ihrer Stellungnahme schreibt, als förderlich. Es handle sich um eine klare Aussage zum Preis und sei daher verkaufsfördernd. Generali werbe auch auf seiner Website mit den «günstigen Online-Tarifen», was die Auslegung des Adjektivs günstig als preiswert bestätige.

Aufgrund der Unmöglichkeit einer Mangelbehebung beschloss die Aufsichtsbehörde die Einziehung der effektiv aufgrund der unrechtmässig ausgestrahlten Sponsornennung erzielten Nettoeinnahmen der SRG.

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

12-126

Verfügung zur Beförderung zu Vorzugstarifen darf ex nunc aufgehoben werden

Beförderung zu Vorzugstarifen; ex tunc; ex nunc; Interessenabwägung; Publikumspresse; Regional- und Lokalpresse; Spezialpresse; Vertrauensschutz; Widerruf einer Verfügung

Art. 9 BV; Art. 15 Abs. 2 PG

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. April 2012 (A-4777/2011)

Das Bundesverwaltungsgericht hatte zu beurteilen, ob die Post eine Verfügung zu Recht widerrufen hat, die der Herausgeberin einer Zeitschrift eine Beförderung zu Vorzugstarifen ermöglichte. Es kam zum Ergebnis, dass die betreffende Verfügung ursprünglich rechtlich fehlerhaft war, jedoch aufgrund des Vertrauensschutzes nur ex nunc aufgehoben werden darf.

Die Genossenschaft Zeit-Fragen ist Herausgeberin der Zeitschrift «Zeit-Fragen/Horizons et débats», die wöchentlich erscheint. Die Schweizerische Post gewährte der Zeitschrift mit einer Verfügung vom 29. November 2007 die Beförderung zu Vorzugstarifen. Anlässlich einer Überprüfung dieses Anspruches forderte die Post die Genossenschaft Zeit-Fragen am 30. September 2009 auf, das Gesuch um Presseförderung «Regional- und Lokalpresse» einzureichen. Mittels einer Verfügung ordnete die Post an, dem Titel «Zeit-Fragen/Horizons et débats» ab dem 1. Juni 2011 die Ermässigung für die Beförderung von

abonnierten Tages- und Wochenzeitungen nicht mehr zu gewähren. Gegen diesen Entscheid gelangte die Genossenschaft Zeit-Fragen ans Bundesverwaltungsgericht und verlangte dessen Aufhebung.

Für das Bundesverwaltungsgericht stellte sich vorliegend die Frage, ob die Post berechtigt war, auf die Verfügung vom 29. November 2007 zurückzukommen und damit der Zeitschrift «Zeit-Fragen/Horizons et débats» die indirekte Presseförderung ab dem 1. Juni 2011 zu entziehen. Da das Postgesetz keine Regelung über den Rückzug von Verfügungen enthält, seien die allgemeinen Grundsätze zum Widerruf formell rechtskräftiger Dauerverfügungen anzuwenden. Nach der Praxis des Bundesgerichts könne eine Verfügung wegen ursprünglich unrichtiger Sachverhaltsfeststellung, ursprünglich fehlerhafter Rechtsanwendung oder nachträglicher Änderung der Sach- sowie Rechtslage widerrufen werden. Ob sich ein solches Vorgehen im Einzelfall als zulässig erweist, sei aufgrund einer Interessenabwägung zu entscheiden. Demnach seien das Interesse an der Verwirklichung des objektiven Rechts und dasjenige an der Wahrung der Rechtssicherheit sowie des Vertrauensschutzes gegeneinander abzuwägen.

Folglich hatte das Bundesverwaltungsgericht in einem ersten Schritt zu prüfen, ob sich die Verfügung als rechtlich oder tatsächlich mangelhaft erweist. Dabei stellte es zuerst fest, dass der Sachverhalt in den wesentlichen Punkten unverändert sei. Danach wandte es sich der Frage zu, ob die Verfügung rechtlich mangelhaft war. Zwischen den Parteien war umstritten, ob die Zeitschrift «Zeit-Fragen/Horizons et débat» die Voraussetzungen gemäss Art. 15 Abs. 2 PG hinsichtlich der Zugehörigkeit zur Spezialpresse einerseits sowie zur Lokal- und Regionalpresse andererseits erfüllt. Das Bundesverwaltungsgericht begann mit der Voraussetzung der Spezialpresse und definierte diese als Presse, die sich an einen durch gleichartige Interessen miteinander verbundenen Leserkreis richtet, dem sie bestimmte Informationen, Kenntnisse und vertiefte Meinungen über ein bestimmtes Untersuchungsobjekt vermittelt. Bei der Zeitschrift «Zeit-Fragen/Horizons et débat» sei das Themenspektrum mit der Ausrichtung auf die Menschenrechte und die dem Einzelnen in der Gesellschaft zustehenden Partizipationsrechte im Vergleich zu anderen Wochenzeitschriften enger gefasst. Sie deswegen von der indirekten Presseförderung auszuschliessen, ginge nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts indes zu weit. Die Beschränkung der indirekten Pressehilfe auf die Publikumspresse (Gegenteil von Spezialpresse) basiere auf der Idee, dass die Publikumspresse umfassender und stärker zur Meinungsbildung beitrage. Vor diesem Hintergrund erschien die Zeitschrift «Zeit-Fragen/Horizons et débat» dem Bundesverwaltungsgericht förderungswürdig, da sie eine fundierte Auseinandersetzung mit zentralen gesellschaftlichen Problemen biete und so zur politischen Meinungsbildung beitrage. Aufgrund dieser Überlegungen betrachtete das Bundesverwaltungsgericht die Zeitschrift «Zeit-Fragen/Horizons et débat» als Publikumspresse im Sinne von Art. 15 Abs. 2 Bst. e PG.

Als Nächstes hatte das Bundesverwaltungsgericht zu untersuchen, ob die Zeitschrift «Zeit-Fragen/Horizons et débat» zur Erhaltung einer vielfältigen Regional- und Lokalpresse beiträgt. Es hielt dabei an seiner Auslegung von Art. 15 Abs. 2 PG fest, dass nur eine Zeitung oder Zeitschrift von der indirekten Presseförderung profitieren kann, die der Erhaltung der Lokal-

und Regionalpresse dient. In Bezug auf den konkreten Fall führte das Bundesverwaltungsgericht aus, die Zeitschrift «Zeit-Fragen/Horizons et débat» werde in der Schweiz und im lokalen Ausland verbreitet und ihre Berichterstattung sei auf landesweite und internationale Themen ausgerichtet. Zwar würden immer wieder lokale Ereignisse aufgegriffen, jedoch ohne dass ein regionaler Schwerpunkt erkennbar sei. Deshalb kam das Bundesverwaltungsgericht zum Ergebnis, dass die Zeitschrift «Zeit-Fragen/Horizons et débat» die Voraussetzungen von Art. 15 Abs. 2 PG nicht erfülle, da sie nicht der Regional- oder Lokalpresse zuzuordnen sei. Deshalb könne sie keine Beförderung zu Vorzugstarifen beanspruchen. Das Bundesverwaltungsgericht kam somit zum Schluss, dass die Verfügung der Post vom 29. November 2007 als ursprünglich rechtlich mangelhaft einzustufen sei.

In einem zweiten Schritt hatte das Bundesverwaltungsgericht deshalb zu prüfen, ob die Post auf die betreffende Verfügung zurückkommen und der Genossenschaft Zeit-Fragen die indirekte Presseförderung entziehen durfte. Zu diesem Zweck hatte es eine Abwägung zwischen den Interessen an der objektiven Rechtsverwirklichung und den einem solchen Vorgehen entgegenstehenden Interessen durchzuführen. Es führte dazu aus, dass ein erhebliches öffentliches Interesse am Widerruf der Verfügung bestehe, da mit jeder zu Unrecht gewährten indirekten Presseförderung das damit angestrebte Ziel infrage gestellt werde. Zudem habe die Öffentlichkeit ein erhebliches finanzielles Interesse am Widerruf der ursprünglich fehlerhaften Verfügung. Gegen diese Interessen hatte das Bundesverwaltungsgericht die Interessen an der Wahrung der Rechtssicherheit sowie des Vertrauensschutzes abzuwägen. Dem Rechtssicherheitspostulat kam nach Meinung des Bundesverwaltungsgerichts im vorliegenden Fall keine massgebliche Bedeutung zu, da der Genossenschaft Zeit-Fragen klar sein musste, dass mit der Verfügung nur ein bedingt rechtsbeständiger Zustand geschaffen wurde. Weiter hatte das Bundesverwaltungsgericht den aus Art. 9 BV abgeleiteten Vertrauensschutz zu prüfen. Es führte aus, dass eine ursprünglich fehlerhafte Dauerverfügung nach Lehre und Rechtsprechung rückwirkend auf den Zeitpunkt ihres Erlasses (ex tunc) oder mit dem Wirksamwerden der neuen Verfügung (ex nunc) abgeändert werden könne. Da im vorliegenden Fall die Post die Fehlerhaftigkeit der ursprünglichen Verfügung zu vertreten hatte, da sie Art. 15 Abs. 2 PG falsch ausgelegt hatte, kam für das Bundesverwaltungsgericht nur ein Widerruf mit Wirkung ex nunc, d. h. ab dem 1. Juli 2011, infrage. Einem solchen Vorgehen stehe der Vertrauensschutz nicht entgegen.

Abschliessend kam das Bundesverwaltungsgericht somit zum Schluss, dass im vorliegenden Fall die Interessen an der Verwirklichung des objektiven Rechts den einem Widerruf der Verfügung vom 29. November 2007 entgegenstehenden Interessen vorgehen. Die Post war also berechtigt, auf diese Verfügung zurückzukommen und der Genossenschaft Zeit-Fragen den Anspruch auf Beförderung zu Vorzugstarifen zu entziehen. Allerdings darf sie eine solche Anordnung nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts nur mit Wirkung ex nunc treffen. In diesem Punkt hiess es die Beschwerde teilweise gut.

3. Strafrecht – Droit pénal

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

12-127

Des frais peuvent être imputés à l'auteur d'un acte illicite même en cas de retrait de la plainte à son encontre

Retrait de plainte; acte illicite; frais et dépens

Art. 426 CPP; 28 CC

Arrêt du Tribunal fédéral du 27 avril 2012, X. contre
Ministère public du canton de Vaud, 6B_87/2012

X. a publié un article dans le journal A., décrivant le comportement de B. sous le titre: «B.: des méthodes de gangster».

Par convention, B. a retiré la plainte pénale déposée contre X; le président du Tribunal a ordonné la cessation des poursuites pénales dirigées contre X. et mis les frais de la cause à sa charge.

Selon l'art. 426 al. 2 CPP, lorsque la procédure fait l'objet d'une ordonnance de classement ou que le prévenu est acquitté, tout ou partie des frais de procédure peuvent être mis à sa charge s'il a, de manière illicite et fautive, provoqué l'ouverture de la procédure ou rendu plus difficile la conduite de celle-ci. Un retrait de plainte s'apparente d'un point de vue procédural à un classement.

L'assertion litigieuse était propre, en soi, à diminuer la considération dont peut bénéficier B. aux yeux d'un citoyen moyen, violant en cela l'article 28 CC.

La plainte pénale a été déposée à la suite de la publication de l'article contenant le terme litigieux, laquelle a donc provoqué l'ouverture de la procédure. Le recours est rejeté.

3.3 Rechtsgüter der Allgemeinheit – Biens juridiques de la collectivité

12-128

Le droit d'être entendu implique de pouvoir se déterminer sur tous les motifs retenus

Pornographie; droit d'être entendu

Art. 197 ch. 3^{bis} CP; 29 Cst.

Arrêt du Tribunal fédéral du 30 mars 2012, X. contre Ministère public du canton de Genève, 6B_819/2011

Le principe d'accusation est une composante du droit d'être entendu consacré par l'art. 29 al. 2 Cst. Il implique que le prévenu sache exactement les faits qui lui sont imputés et quelles sont les peines et mesures auxquelles il est exposé. Le droit d'être entendu doit également être respecté lorsqu'une autorité fonde sa décision sur une norme ou un motif juridique non évoqué dans la procédure antérieure.

Selon l'ordonnance de condamnation, qui, conformément à la procédure genevoise alors applicable, valait acte d'accusation en cas d'opposition du prévenu, il a été reproché au recourant d'avoir acquis par voie électronique des représentations pornographiques montrant des scènes de violence en téléchargeant de tels fichiers sur le disque dur de son ordinateur.

Or, la Chambre pénale a plutôt admis que les fichiers litigieux avaient été téléchargés automatiquement dans la mémoire cache. Elle a en outre déduit des connaissances en informatique du recourant la culpabilité de celui-ci. De la sorte, elle a fondé la condamnation sur des éléments qui n'étaient pas circonscrits par l'acte d'accusation.

En se basant, pour ce faire, sur une nouvelle jurisprudence postérieure aux débats d'appels sans donner la possibilité au recourant de se déterminer à cet égard, la Chambre pénale a violé son droit d'être entendu. Le recours est admis.

3.4 Redaktionsgeheimnis – Secret rédactionnel

12-129

Hausdurchsuchung nach Publikation geheimer Justizdokumente über Doping

Amtsgeheimnisverletzung; Doping; Hausdurchsuchung; Hehlerei; Strafuntersuchung; Telefonabhörung; Zeitungsberichte; Zwangsmassnahmen

Art. 10 EMRK

Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (5. Kammer) vom 28. Juni 2012 (N° 15054/07 und 15066/07 «Ressiot u. a. c. Frankreich»)

Im Januar 2004 berichtete die Zeitung «Le Point» über den Dopingverdacht gegen das Radsportteam Cofidis und zitierte dabei aus den (geheimen) Abschriften behördlicher Telefonabhörungen und aus Listen über Beschlagnahmen. Im April publizierte «L'Equipe» weitere Berichte zur selben Thematik. Im Rahmen der folgenden Ermittlungen wegen Verletzung des Untersuchungsgeheimnisses wurden zahlreiche Polizeibeamte und verschiedene Medienschaffende befragt. Im Januar 2005 ordnete der Untersuchungsrichter eine Hausdurchsuchung in den Zeitungsredaktionen an, welche Hinweise auf die rechtswidrig zugespielten Dokumente liefern sollte. Zudem wurden ihre Telefone abgehört.

Im Strafverfahren wegen Geheimnisbruchs wurden die Journalisten freigesprochen. Die französische Justiz bezeichnete zudem die Telefonabhörung als unzulässig, nicht aber die Durchsuchungen und Beschlagnahmen. Auch Letztere waren jedoch nach einstimmiger Ansicht des EGMR in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig. Die von den Medien aufgeworfenen Fragen über das Doping im professionellen Radsport betrafen die öffentliche Gesundheit. Sie waren Teil einer öffentlichen Debatte von sehr grosser Bedeutung für die Allgemeinheit («intérêt public très important»). Die von den Behörden angestrebte Aufdeckung der Informationsquelle hatte – auch angesichts der relativ späten Durchführung – nicht das grosse Gewicht, das für eine konventionskonforme Durchbrechung des Quellenschutzes verlangt ist.

Anmerkungen Die beiden Strassburger Urteile zu den ähnlich gelagerten französischen Fällen «Martin u. a.» sowie «Ressiot u. a.» verfolgen die EGMR-Praxis zum Quellenschutz konsequent weiter. Dessen hoher Stellenwert verbietet in den meisten Konstellationen staatliche Zwangsmassnahmen gegen Medienschaffende, welche das Aufspüren einer undichten Stelle in der Verwaltung oder der Justiz bezwecken. Zielt die behördliche Massnahme also (auch) darauf ab, den Geheimnisverletzer zu enthüllen, so lässt sich die Missachtung der Medienfreiheit nicht mit dem Argument «retten», der Zwang richte sich gegen einen selber tatverdächtigen Medienschaffenden.

Der Strassburger Standard ist auch für die Schweiz bedeutsam. Es ist nicht ausgeschlossen, dass eine schweizerische Behörde nach einer Indiskretion die Zwangsmassnahme damit rechtfertigen würde, der Medienschaffende sei der Anstiftung zur Verletzung des Amtsgeheimnisses verdächtig und der Quellenschutz nach Art. 28a StGB bzw. Art. 172 StPO greife daher nicht. Eine derartige Argumentation dürfte in aller Regel Art. 10 EMRK missachten.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

12-130

Unverhältnismässige Hausdurchsuchung bei investigativen Journalisten

Amtsgeheimnisverletzung; Beschlagnahme; Hausdurchsuchung; Investigationsjournalismus; Tageszeitung; Quellenschutz; Redaktionsgeheimnis; Zwangsmassnahmen

Art. 10 EMRK

Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (5. Kammer) vom 12. April 2012 (N° 30002/08 «Martin u. a. c. Frankreich»)

Die Tageszeitung «Midi Libre» veröffentlichte im Oktober 2005 umfangreiche Ausschnitte aus einem vertraulichen Berichtsentwurf der *Chambre régionale des comptes* (C. R. C.), welcher den Umgang mit öffentlichen Geldern (u. a. durch einen Senator) kritisierte. Im November wurde ein Strafverfahren wegen Verletzung des Amtsgeheimnisses (*secret professionnel*) und Hehlerei dazu eröffnet. Auf Anordnung des zuständigen Untersuchungsrichters fand im Juli 2006 eine Durchsuchung der Redaktionsräume statt, bei der verschiedene Dokumente beschlagnahmt und Harddisks kopiert wurden. Trotz dieser Zwangsmassnahmen gelang es den Behörden nicht, die für die Weitergabe der geheimen Daten verantwortliche Amtsperson zu ermitteln. In der Folge wurde auch das Verfahren gegen vier der Hehlerei verdächtige «Midi Libre»-Journalisten eingestellt.

Die französische Regierung argumentierte im Verfahren in Strassburg, die Zwangsmassnahmen hätten das Redaktionsgeheimnis – und damit die in Art. 10 EMRK geschützte Meinungsfreiheit – gar nicht tangiert: Es sei zwischen dem anerkannten Zeugnisverweigerungsrecht der Medienschaffenden und dem Einsatz behördlicher Zwangsmittel zur Überführung von Straftätern zu unterscheiden. Die umstrittene Beschlagnahme habe für die Medienschaffenden keinerlei Konsequenzen gehabt. Nach einstimmiger Auffassung des EGMR ändert dies nichts an der Beschränkung der Meinungsfreiheit. Massgebend sei nicht das Resultat einer Hausdurchsuchung, sondern deren Zweck. Sie habe darauf abgezielt, die Quelle der den Journalisten zugespielten Information zu eruieren.

Der EGMR anerkennt in seinem einstimmigen Urteil, dass die gesetzlich vorgesehene Zwangsmassnahme den Schutz vertraulicher Informationen und des guten Rufs (insbesondere der Unschuldsvermutung) bezweckte. Sie war aber in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig. Es sei gerade die Auf-

gabe investigativer Journalisten, über gesellschaftliche Missstände wie den fragwürdigen Umgang mit öffentlichen Geldern zu informieren. Die Medienschaffenden hätten die journalistischen Berufsregeln respektiert und gutgläubig informiert. Zur Aufdeckung der Geheimnisverletzung hätten die Untersuchungsbehörden andere Massnahmen nachdrücklicher ergreifen müssen als eine Hausdurchsuchung, die erst acht Monate nach Publikation der fraglichen Berichte stattfand. Die Durchbrechung des Quellenschutzes war daher unverhältnismässig.

4. Privatrecht – Droit privé

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

12-131

Äusserungen gegen Tagesschau-Moderatorin waren persönlichkeitsverletzend

Ehre; Meinungsfreiheit; öffentliches Interesse; Persönlichkeitsschutz

Art. 10 EMRK; Art. 292 StGB; Art. 28 ZGB

Urteil des Bundesgerichts vom 20. Juni 2012 (5A_888/2011)

Das Bundesgericht bestätigte die persönlichkeitsverletzende Natur der Äusserungen, welche der Tierschützer Erwin Kessler auf seiner Homepage über die Tagesschau-Moderatorin Katja Stauber veröffentlicht hat. Er hatte ihr unter anderem tierquälerische Motive unterstellt und den Gebrauch von Botox vorgeworfen.

Erwin Kessler ist Präsident des Vereins gegen Tierfabriken (VgT), der insbesondere den Tierschutz bezwecket. Er betreibt zu diesem Zweck eine Website und gibt eine Zeitschrift heraus. Katja Stauber ist Moderatorin und Redakteurin der «Tagesschau» und zeichnete sich für einen Beitrag zum Jahreswechsel verantwortlich, in dem unter anderem eine Sequenz über Foie gras und Hummer in St. Moritz ausgestrahlt wurde. Als Reaktion auf diesen Beitrag veröffentlichte Erwin Kessler auf seiner Homepage mehrere Beiträge, in denen er sich über das Aussehen von Katja Stauber lustig machte und ihr die Benutzung von Botox unterstellte. Zudem brachte er sie mit Tierquälerei in Verbindung. Er illustrierte die Beiträge mit Bildern ab dem Fernsehschirm, welche die Moderatorin mit teilweise unnatürlichen Gesichtszügen zeigte. Dagegen erhob Katja Stauber eine Klage wegen Persönlichkeitsverletzung. Das zuständige Bezirksgericht erteilte Erwin Kessler die Weisung, die beanstandeten Publikationen aus dem Internet zu entfernen und die Veröffentlichung von solchen Äusserungen zu unterlassen, unter Androhung einer Bestrafung gemäss Art. 292 StGB. Einen Anspruch auf Genugtuung von Katja Stauber

lehnte es allerdings ab. Deshalb erhoben sowohl Erwin Kessler als auch Katja Stauber Berufung ans Obergericht, welches in der Sache zum selben Urteil kam wie die Vorinstanz. Gegen diesen Entscheid gelangte Erwin Kessler schliesslich ans Bundesgericht.

In der Sache beanstandete Erwin Kessler die rechtliche Beurteilung der Persönlichkeitsverletzung durch die kantonalen Gerichte. Das Bundesgericht führte aus, Erwin Kessler habe bereits im kantonalen Verfahren nicht bestritten und anerkannt, dass seine Äusserungen unnötig verletzend und beleidigend sind. Dem sei nichts beizufügen. Es seien nicht so sehr die einzelnen Äusserungen, sondern das Gesamtbild massgebend, das sie beim Durchschnittsleser bewirken. Die beanstandeten Äusserungen würden auf die Person Katja Stauber und vorab auf deren äussere Erscheinung zielen. Dabei würden sie Katja Stauber als Fernsehmoderatorin in ihrer beruflichen Ehre und sozialen Geltung schwer treffen, in aller Öffentlichkeit verächtlich machen und sie im Ansehen ihrer Mitmenschen empfindlich herabsetzen. Deshalb war das Bundesgericht der Ansicht, dass die kantonalen Gerichte eine korrekte Beurteilung vorgenommen hatten, wenn sie eine Verletzung der Persönlichkeitsrechte – hier der Ehre – bejaht hatten.

Zur Hauptsache wandte sich Erwin Kessler gegen die Verneinung eines Rechtfertigungsgrundes für seine die Ehre von Katja Stauber verletzenden Äusserungen in Wort und Bild. Sowohl das Bezirks- als auch das Obergericht haben einen Rechtfertigungsgrund für die persönlichkeitsverletzenden Äusserungen verneint. Sie haben die Frage, ob die Äusserungen von Erwin Kessler korrekt waren, offengelassen, da die eingeklagten Texte und Bilder in ihrer Form und Gestaltung Katja Stauber unnötig verletzt hätten. Das Bundesgericht pflichtete dieser Beurteilung bei. Zwar sei ein öffentliches Interesse an einer Diskussion über den Tierschutz ohne Weiteres anzuerkennen. Damit könne allerdings die auf die Person Katja Stauber und auf ihre Arbeit fokussierte Kritik, die in eine regelrechte Hetzkampagne ausgeartet sei, nicht gerechtfertigt werden. Die Ausfälligkeiten gegen die Fernsehmoderatorin hätten mit der angeblich beabsichtigten sachlichen Diskussion über das Thema «Tierschutz» nichts zu tun und könnten mit einem öffentlichen Interesse daran nicht gerechtfertigt werden. Dieser Beurteilung steht nach der vom Bundesgericht vertretenen Auffassung auch die Rechtsprechung zur Meinungsfreiheit gemäss Art. 10 EMRK nicht entgegen. Art. 10 EMRK schütze keine Äusserungen, die das berufliche und gesellschaftliche Ansehen einer Person verletzen und nicht oder nur in losem Zusammenhang mit einer im öffentlichen Interesse geführten Diskussion stehen. Aus diesen Gründen kam das Bundesgericht zum Schluss, die kantonalen Gerichte hätten korrekterweise angenommen, die Verletzung von Katja Stauber in ihrem beruflichen und gesellschaftlichen Ansehen sei durch das öffentliche Interesse an einer Diskussion über Fragen des Tierschutzes nicht gerechtfertigt.

Alle weiteren Rügen von Erwin Kessler, in denen er unter anderem eine Verletzung des Bestimmtheitsgebots und der Verhältnismässigkeit geltend machte, wurden vom Bundesgericht ebenfalls abgelehnt. Ebenso wies das Bundesgericht die von Erwin Kessler erhobene Widerklage ab. Darin beantragte er die Feststellung, dass Katja Stauber durch ihre öffentlich zur Schau gestellte Verwendung von Botox oder ihren Anschein, Botox zu

verwenden, seine Persönlichkeit verletze. Die kantonalen Gerichte hatten die Abweisung unter anderem damit begründet, dass es nicht nachvollziehbar sei und auch nicht plausibel gemacht werde, weshalb das Auftreten von Katja Stauber als Moderatorin einen Angriff auf die Person von Erwin Kessler darstellen soll. Das Bundesgericht befand diese Begründung für ausreichend. Folglich wies es die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.

Anmerkungen Das Bundesgericht hat mit grosser Klarheit daran erinnert, dass auch militanter Tierschutz einen minimalen Menschen- und Persönlichkeitsschutz respektieren muss. Ausgangspunkt für eine jahrelange Kampagne des Tierschützers Erwin Kessler, die das Bundesgericht jetzt gerügt hat, war die «Tagesschau»-Hauptausgabe vom 31. Dezember 2007. Wie üblich zeigte sie auch einen Beitrag aus der Nobelhotellerie, wo sich die die Schönen und Reichen ein Stelldichein geben. Die langjährige Moderatorin der «Tagesschau» zeichnete nicht – wie das Bundesgericht schrieb – verantwortlich für den Beitrag zum Jahreswechsel im St. Moritzer Luxushotel Kulm. Sie hatte lediglich nach Stichworten des Produzenten eine 45-sekündige «Anmoderation» verfasst, während eine Reporterin den mehrminütigen Beitrag einschliesslich Gesprächen mit Küchenchef und Hotelkadern verantwortete. Dahinter stand natürlich der Produzent dieser Ausgabe. Der Veganer Erwin Kessler sah rot, als Stauber in gebotener Textkurze erwähnte, dass das Sylvestermenü auch Hummerschwänze, Foie gras und Dessertkreationen enthielt, an denen sich die 340 Gäste gütlich taten. Foie gras ist ein Reizwort für Kessler. Aus dieser Stopfleber wird, grausam, der Hauptstoff für das Schönheitsmittel Botox gewonnen, das dazu dient, erschlaffte Gesichtshaut zu regenerieren. Medikament muss man Botox in der Alltagssprache nicht gerade nennen. Aber verboten ist das Mittel nicht. Es wird ärztlich verabreicht. Kessler will festgestellt haben, «die alternde Moderatorin Stauber mit ihren immer grösseren Augenringen habe mit sichtlicher Freude und Bewunderung» rapportiert, wie die dicksten Geldsäcke fressen. Das habe sie schamlos aus ihrem grossen Maul gelassen. «Man konnte ihr ansehen, wie gerne sie auch dazu gehören würde.»

Ich habe mir diese Anmoderation nochmals angeschaut. Der Vorwurf ist absurd. Stauber hatte knapp und kühl moderiert, mit einem leichten Schuss Ironie. Wie sie das heute noch hochprofessionell tut, übrigens. Aber Kessler hatte eine Zielscheibe für eine mehrjährige beispiellose Kampagne gefunden. Neun Monate später fragte er sie an, ob sie Botox spritze. Stauber verweigerte die Antwort, wie sie auch nicht bekannt gibt, ob sie ihre Haare färbt oder was sie mit ihren Kindern unternimmt. Privatsache, Intimsphäre, geschützt durch Art. 28 ZGB.

Frau Stauber liess Dr. Kessler vielmehr auffordern, die beleidigenden Interneteinträge zu löschen. Sie sind im Verhalten der Moderatorin in keiner Weise belegt. Das sanktionierten das Bezirksgericht Meilen und das Zürcher Obergericht. Eine Genugtuungsklage wies das Obergericht ab, weil der seelische Schmerz des Kessler-Opfers nicht genau genug dokumentiert worden sei: keine Psychiater- und Apothekerrechnungen, zum Beispiel. Obwohl Kessler oder seine Anhänger ihr Wohndorf und das SF-Studiogelände mit Hassplakaten gegen die «Botox-Moderatorin» zuglulplusterten und die Kinder in der Schule ständig gepiesackt wurden. Aber

jetzt hat das Bundesgericht Kesslers Beschwerde gegen die vom Obergericht festgestellte Persönlichkeitsverletzung abgewiesen. Alle die prozesstaktischen Verzögerungsversuche von Kessler sind endlich beiseitegeschoben. Die Wiederholungsverbote sind mit Art. 292 StGB bewehrt, Busse bis Fr. 10 000.–.

Kessler dürfte an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg gelangen, der ihm auch schon – damals begründet – Recht gegeben hatte. Nur: Reklame an den EGMR hindern die Rechtskraft des Bundesgerichtsurteils nicht. Sollte der EGMR ihm darin zustimmen, es handle sich um eine Beeinträchtigung der Meinungsäusserungsfreiheit, Art. 10 EMRK, was ich aufgrund der Praxis nicht annehme, könnte Kessler nach Jahren in Lausanne eine Revision des Bundesgerichtsurteils verlangen. Dazu wird es vermutlich nicht kommen.

Dr. iur. Peter Studer, Rüschiikon

12-132

Bundesgericht trat auf unzureichend begründete Beschwerde nicht ein

Beweislastverteilung; Feststellungsbegehren; Persönlichkeitsverletzung; Unterlassungsbegehren

Art. 8 ZGB

Urteil des Bundesgerichts vom 10. Mai 2012 (5A_71/2012)

Das Bundesgericht trat nicht auf die Beschwerde eines Anwalts ein, da diese insgesamt unzureichend begründet war. Der Kläger hatte sich dagegen gewehrt, dass seine Äusserungen in einer E-Mail-Kampagne als persönlichkeitsverletzend beurteilt wurden.

Y. ist Rechtsanwalt und vertritt seit Jahren den russischen Staatsangehörigen V. und dessen Unternehmung. X. ist Inhaber eines schweizerischen Anwaltspatents und führt seit 2006 gegen Y. eine E-Mail-Kampagne. Er wirft ihm in zahlreichen E-Mails gegenüber ausgewählten Adressaten (darunter Mitarbeitern, Mitgliedern des Zürcher Anwaltsverbands und Mitarbeitern diverser Banken und Behörden) strafbares Verhalten vor. Darauf klagte Y. gegen X. und beantragte eine Feststellung der Verletzung seiner Persönlichkeit durch den Inhalt zahlreicher E-Mails aus dem Zeitraum von Februar 2007 bis März 2009. Das angerufene Bezirksgericht stellte eine widerrechtliche Verletzung der Persönlichkeit von Y. fest und verbot X., die beanstandeten Äusserungen zu wiederholen. Daraufhin erhob X. Berufung und beantragte vor dem Obergericht des Kantons Zürich die Aufhebung des Urteils des Bezirksgerichts. Dieses bestätigte jedoch das Urteil des Bezirksgerichts in der Sache, worauf X. ans Bundesgericht gelangte.

X. bestritt zunächst das Rechtsschutzinteresse von Y. sowohl am Feststellungs- wie auch an den Unterlassungsbegehren. Dabei ging er allerdings nicht auf die Ausführungen des Bezirksgerichts, auf welche das Obergericht in seiner Urteilsbegründung verweist, ein. Deshalb sah sich das Bundesgericht gezwungen, auf diesen Teil seiner Beschwerde nicht einzutreten.

Weiter rügte X., das Obergericht habe nicht abgeklärt, ob seine Tatsachenbehauptungen wahr seien oder nicht, obwohl er entsprechende Dokumente ins Recht gelegt habe. Gemäss der Beweislastregel von Art. 8 ZGB müsse der Kläger die Unwahrheit der Tatsachenbehauptung des Beklagten beweisen. Vorliegend sei die Unwahrheit nicht erstellt, weshalb die Klage abgewiesen werden müsse. Das Bundesgericht führte dazu aus, dass das Obergericht im Einklang mit dem Bezirksgericht die beanstandeten Äusserungen als Tatsachenbehauptungen bzw. gemischte Werturteile qualifiziert habe. Entgegen der Ansicht von X. hätten sich das Bezirksgericht und das Obergericht zur Wahrheit der Aussagen geäußert und diese für unwahr befunden. Zuweilen habe es das Bezirksgericht auch als unerheblich erachtet, ob die Vorwürfe wahr seien, da jedenfalls die Art und Weise der Äusserungen von X. persönlichkeitsverletzend sei. Während sich X. mit Letzterem gar nicht befasst habe, gehe die Rüge der fehlerhaften Beweislastverteilung von vornherein an der Sache vorbei, soweit die Vorinstanzen einen bestimmten Sachverhalt als erwiesen erachtet hätten. Soweit X. davon ausgehe, die Vorinstanzen hätten für die Bestimmung der Wahrheit seiner Vorwürfe strafbaren Verhaltens auf ein falsches Kriterium abgestellt, vertrat das Bundesgericht die Meinung, dass X. nicht auf die detaillierten Erwägungen des Bezirksgerichts eingehe. Auch die weiteren Rügen von X. fand das Bundesgericht nicht ausreichend begründet. Somit kam es zum Ergebnis, dass die Beschwerde insgesamt unzureichend begründet sei, und trat deshalb nicht darauf ein.

12-133

Genugtuungsanspruch der juristischen Person aus UWG-Verletzung

Genugtuung; Herabsetzung; juristische Person; Persönlichkeitsverletzungen; unlauterer Wettbewerb

Art. 47, 49 OR; Art. 2, 3 lit. a, 9 Abs. 3 UWG; Art. 28, 53 ZGB

Urteil des Bundesgerichts vom 11. April 2012 (4A_741/2011)

Ob eine juristische Person Anspruch auf Genugtuung hat, wird in der Lehre seit jeher kontrovers diskutiert. Hauptargument der Gegner ist dabei, dass die juristische Person keinen Schmerz (immaterielle Unbill) empfinden könne. Unbeeindruckt von dieser Kritik bestätigt das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung und spricht im vorliegenden Entscheid der juristischen Person das Recht auf Genugtuung zu, wenn sie in ihrer Persönlichkeit verletzt wurde.

Y. ist eine im Seehandel tätige Genfer Aktiengesellschaft. Am 30. Oktober 2009 kündigte die Y. AG das Arbeitsverhältnis mit ihrem Geschäftsführer X. fristlos. X. gestaltete während seiner Anstellung die offizielle Internetseite «Y.ch», die er nach seiner Kündigung als Racheakt unter dem Domainnamen «Y.com» nachbildete. Sehr detailliert gibt dabei das Bundesgericht den Inhalt der inoffiziellen Seite «Y.com» wieder, auf welcher X. neben alten und abgenutzten Schiffen mit dem Logo von Y. AG auch Bilder des Verwaltungsratspräsidenten A.

und dem Verwaltungsratsmitglied B. in gelassener Pose mit Jeans und Poloshirts, der eine mit einer Frucht, der andere mit einem Fotoapparat in der Hand, aufschaltete. Die beschriebene Internetseite war während zweier Monate abrufbar.

Am 14. September 2010 stellte Y. vor dem Genfer Cour de justice folgende Begehren: Es sei festzustellen, der Inhalt von «Y.com» stelle einen Akt unlauteren Wettbewerbs gegen Y. AG dar. X. sei zu verpflichten, die Domain «Y.com» auf Y. AG zu übertragen, und es sei ihm zu verbieten, einen solchen Domainnamen zu benutzen. Weiter sei X. zu verpflichten, der Y. AG Schadenersatz in der Höhe von CHF 200'000.– und Genugtuung in der Höhe von CHF 50'000.– zzgl. Zinsen zu bezahlen. X. wurde zur Übertragung der Domain «Y.com» und zur Zahlung einer Genugtuungssumme von CHF 25'000.– verurteilt, wogegen er Beschwerde vor Bundesgericht erhob.

Das Bundesgericht weist zunächst auf das UWG hin, wonach der durch unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen Bedrohte oder Verletzte gestützt auf Art. 9 Abs. 3 UWG Genugtuung nach Massgabe des Obligationenrechts verlangen kann. Unbestritten blieb, dass das Aufschalten der Internetseite «Y.com» ein unlauteres Verhalten i. S. v. Art. 2 UWG und eine Herabsetzung nach Art. 3 lit. a UWG darstellte, weshalb die Widerrechtlichkeit durch den Verstoss gegen die UWG-Vorschriften bereits gegeben war. X. bestritt jedoch das Vorliegen einer schweren Persönlichkeitsverletzung, welche für die Begründung eines Genugtuungsanspruchs nach Art. 49 OR vorausgesetzt ist.

Das Bundesgericht wandte sich als Erstes der generellen Frage zu, ob auch juristische Personen Anspruch auf Genugtuung hätten. Dabei erinnerte es zunächst an seine konstante Rechtsprechung, wonach der juristischen Person auch der Persönlichkeitsschutz nach Art. 28 ZGB zusteht, sofern es sich nicht um Eigenschaften handelt, die ihrer Natur nach nur natürlichen Personen zukommen. In seiner früheren Rechtsprechung hatte es der juristischen Person das Ehrgefühl (BGE 96 IV 148, 148 f.), den Schutz der Privat- und Geheimsphäre (BGE 97 II 97, 100, E. 2), das Recht auf soziale Geltung und freie wirtschaftliche Entfaltung (BGE 121 III 168, 171, E. 3a) zugestanden.

Unter Berücksichtigung seiner früheren Rechtsprechung zum Genugtuungsanspruch der juristischen Person (BGE 60 II 326, 331, E. 2; 64 II 14, 21 f., E. 4; 95 II 481, 502, E. 12b; vgl. 108 II 422) sowie unterschiedlicher Lehrmeinungen kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die juristische Person als Konstrukt der Rechtsordnung ausschliesslich durch natürliche Personen handle, die ihre Organe bildeten. Letztere seien Teil der juristischen Person als solche. Mit anderen Worten seien die Handlungen der Organe denjenigen der juristischen Person gleichgestellt, sodass im Prinzip eine Handlungseinheit in dem Sinne bestehe, dass die juristische Person und ihre Organe als miteinander identisch zu betrachten seien. In Anlehnung an die Realitätstheorie gelte analog, dass das Organ für die juristische Person einen seelischen Schmerz empfinde, wenn Letztere in ihrer Persönlichkeit verletzt sei. Dieser seelische Schmerz des Organs berechtige die juristische Person zur Geltendmachung einer Genugtuung in ihrem eigenen Namen.

In einem zweiten Schritt bestätigte das Bundesgericht, dass der Inhalt der Website «Y.com», welche die Schiffe von Y. in schlechtem, rostigen Zustand mit den beiden Verwaltungs-

räten in gelassener Pose zeige, ein negatives und wenig professionelles Bild hinterlasse, was die Ehre und das Recht der Gesellschaft auf freie wirtschaftliche Entfaltung beeinträchtige. Die Persönlichkeitsverletzung wiege dabei genügend schwer, um einen Genugtuungsanspruch zu begründen.

Als Letztes äusserte sich das Bundesgericht zur Höhe der Genugtuungssumme, indem es frühere Urteile verglich. Mangels entsprechender Rechtsprechung zur Höhe der Genugtuungssumme infolge Persönlichkeitsverletzung (Art. 49 OR) juristischer Personen zog es auch die Urteile zu Art. 47 OR betreffend Tötung eines Menschen oder Körperverletzung als Hilfe heran. Dabei handelte es sich um ein Urteil des Zürcher Obergerichts, welches dem Kind einer ermordeten Mutter CHF 20'000.–, ein Bundesgerichtsurteil, mit welchem dieses den Kindern eines getöteten Vaters je CHF 25'000.–, und weitere Urteile, mit welchen das Bundesgericht Personen, die in Verkehrsunfällen schwere körperliche Schäden erlitten hatten, CHF 15'000.– bzw. CHF 20'000.– als Genugtuungssumme zusprach.

Im Lichte dieser Entscheide erachtete das Bundesgericht die von der kantonalen Instanz festgesetzte Genugtuungssumme von CHF 25'000.– als zu hoch («[...] la somme de 25 000 [...] apparaît trop élevée, à telle enseigne qu'elle doit être considérée comme inéquitable et disproportionnée»). Bei der Festlegung einer solchen Summe müssten (in Anlehnung an Brehm, Berner Kommentar, N 86 zu Art. 49 OR) zwei Kriterien berücksichtigt werden: Erstens müsse unterschieden werden zwischen Persönlichkeitsverletzungen vorübergehender und andauernder Natur. Zweitens spiele es bei Ehrverletzungen auch eine Rolle, ob sich dabei die Verletzung in einer einmaligen Handlung erschöpfe oder durch die Medien verbreitet wurde. Im letzteren Falle sei die Persönlichkeitsverletzung schwerer zu gewichten, was sich auf die Höhe der Genugtuungssumme auswirke.

Die Internetseite war nur während einer kurzen Zeit von zwei Monaten abrufbar, was zu keiner dauernden Verletzung führte. Auf der anderen Seite sei jedoch zu beachten, dass die Persönlichkeitsverletzung über das Internet verbreitet wurde und somit jedermann auf der Welt rund um die Uhr zugänglich war. Dieses Kriterium sei v. a. für ein internationales Transportunternehmen wichtig, da sein Markt geografisch nicht begrenzt ist.

Gestützt auf die ausgeführten Erwägungen hielt das Bundesgericht eine Genugtuungssumme von CHF 10'000.– für angemessen.

Anmerkungen Ob juristische Personen Recht auf Genugtuung haben, hängt davon ab, ob sie eine seelische Unbill erleiden können und ob eine Genugtuungssumme auch ihnen einen seelischen Ausgleich verschaffen kann (Brehm, Berner Kommentar, N 40 zu Art. 49 OR).

In mehreren früheren Entscheiden sprach das Bundesgericht der juristischen Person das Recht auf Genugtuung zu. Hervorzuheben ist insbesondere BGE 64 II 14, 21 f., E. 4, in dem das Bundesgericht festhielt, dass juristische Personen Anspruch auf Genugtuung hätten, sofern die Verletzung Interessen berühre, die nicht einzig den natürlichen Personen zustehen.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts wurde von verschiedenen Autoren kritisiert (m. Verw. E. 6.1). So argumentiert

u. a. Tercier (Le nouveau droit de la personnalité, 1984, Rz. 2041), dass es weder einsehbar sei, wie eine juristische Person Schmerz erleiden könne, noch, wie es möglich sein soll, diesen mit einer Geldsumme zu stillen.

Brehm (Berner Kommentar, N 42 zu Art. 49 OR) hingegen erwidert, dass die juristische Person ihrem Willen durch ihre Organe Ausdruck gebe, welche für die juristische Person handeln und empfinden würden. Deshalb sei es nicht massgebend, ob eine juristische Person eine Genugtuung empfinden könne, sondern es genüge, festzustellen, dass ihre Organe dies für sie tun können. Allerdings unterliege die Anspruchsberechtigung der juristischen Person einem strengeren Massstab, da ein Organ eine Persönlichkeitsverletzung weniger stark empfinde, wenn diese gegen die juristische Person gerichtet war, als wenn seine eigene Person getroffen ist.

In eine ähnliche Richtung argumentiert das Bundesgericht, wenn es sagt, dass bei einer Persönlichkeitsverletzung der juristischen Person ihre Organe einen seelischen Schmerz empfinden, was die juristische Person wiederum berechtige, in ihrem eigenen Namen Genugtuung geltend zu machen. Die Anknüpfung des Genugtuungsanspruchs an die Fähigkeit ihrer Organe, seelischen Schmerz zu empfinden, missachtet nach Ansicht des Rezensenten Art. 53 ZGB, wonach die juristische Person aller Rechte und Pflichten fähig ist, die nicht die natürlichen Eigenschaften des Menschen, wie das Geschlecht, das Alter oder die Verwandtschaft, zur notwendigen Voraussetzung haben. Denn folgt man der Argumentation konsequent und handelt es sich bei den Organen um natürliche Personen, so gesteht man der juristischen Person im Endeffekt jegliche Rechte und Pflichten einer natürlichen Person ohne Rücksicht auf Art. 53 ZGB zu. Die Begründung des Bundesgerichts bildet folglich ein Einfallstor, durch das der juristischen Person bspw. auch das Recht auf psychische Integrität zukäme, da schliesslich die Organe eine solche Gefühlssphäre für die juristische Person besitzen würden.

Darüber hinaus lässt sich ein Genugtuungsanspruch der juristischen Person nicht aus den ihr zuerkannten Persönlichkeitsrechten herleiten. Denn es sind zwei verschiedene Fragen, ob die juristische Person bspw. eine Ehre hat oder ob sie seelischen Schmerz empfinden kann. Für beide Eigenschaften ist separat zu prüfen, ob sie durch den «Filter» von Art. 53 ZGB passieren. Aufgrund der fehlenden Empfindungsfähigkeit der juristischen Person kann sie keine immaterielle Unbill erleiden. Die Ehre hingegen, verstanden als die Geltung, auf die eine Person in der Gesellschaft Anspruch hat, bedarf nicht zwingend der Eigenschaft eines Menschen, weshalb sie auch der juristischen Person zukommt.

Dem Bundesgericht ist jedoch dahin gehend zuzustimmen, dass Organe durch eine schwere Persönlichkeitsverletzung ihrer juristischen Person je nach Einzelfall selber eine seelische Unbill erleiden können. Eine solche Konstellation könnte auch dann vorliegen, wenn bspw. ausschliesslich havarierte Schiffe der juristischen Person mit dem Firmenlogo abgebildet wären, ohne die Darstellung von konkreten Organen wie Verwaltungsräten. Dies würde jedoch im Sinne einer Reflexgenugtuung wiederum nur die eine seelische Unbill erleidenden Organe legitimieren, im eigenen Namen Genugtuung einzuklagen, und nicht die juristische Person an sich.

Die von der Vorinstanz festgesetzte Genugtuungssumme von CHF 25 000.– erachtet das Bundesgericht als zu hoch, indem es sie u. a. mit Urteilen, bei denen Kinder von verstorbenen Elternteilen CHF 20 000.–25 000.– bekamen, vergleicht. Der Vergleich mit den genannten Urteilen hinkt. Besser geeignet wären Urteile bezüglich Ehrverletzungen gewesen. Für

schwere Ehrverletzungen werden meistens Summen zwischen CHF 5000.– und 7000.– zugesprochen, bei ausserordentlich schwerwiegenden Ehrverletzungen wie publikumswirksamen Pressekampagnen bis zu CHF 10 000.– oder mehr (Landolt, Zürcher Kommentar, N 157 zu Art. 49 OR). Die Genugtuungssumme von CHF 10 000.– würde vor dem Hintergrund dieser Urteile folglich als angemessen erscheinen, wenn man bedenkt, dass die Persönlichkeitsverletzung über das Internet verbreitet wurde und somit einem grossen Publikum zugänglich war. Geht man jedoch wiederum von der Argumentation aus, die Organe würden für die juristische Person die seelische Unbill erleiden, müsste man sich auch die Frage stellen, ob die Genugtuungssumme je nach Anzahl der Organe nicht entsprechend höher angesetzt werden müsste. Denn je mehr Organe von der Persönlichkeitsverletzung ihrer juristischen Person betroffen sind, desto stärker wiegt der seelische Schmerz insgesamt.

MLaw Anil Akikol, Luzern

12-134

L'exercice d'un prétendu droit de réponse

Protection de la personnalité, droit de réponse

Art. 28g ss CC

Arrêt du Tribunal fédéral du 7 février 2012 (5A_192/2011)

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a été confronté avec l'exercice d'un prétendu droit de réponse dans un journal de protection des consommateurs tessinois. Notre Haute Cour – après les considérants initiaux sur la recevabilité du recours (consid. 1) et sur l'objet du litige (consid. 2) – a analysé le texte issu de l'exercice de ce droit en deux étapes: tout d'abord elle l'a évalué ponctuellement (consid. 3.1 à 3.4.4), ensuite elle l'a examiné de façon globale (consid. 3.5).

Dans le premier passage étudié, le Tribunal fédéral indique qu'une réponse volontairement incomplète et tendancieuse ne configure pas un moyen acceptable d'exercer le droit de réponse. Il ajoute à ce sujet que la concision exigée par l'art. 28h al. 1 CC ne peut pas justifier un texte pareil. Par conséquent, une telle réponse doit être refusée (consid. 3.1.3). *In concreto*, selon le journal «1» – édité par l'association des consommateurs «A» –, le Conseil suisse de la presse avait considéré que «non vi è stata ricerca della verità» dans les enquêtes menées par les revues «2» et «3» dont le recourant est l'éditeur. Certes, le Tribunal fédéral a retenu le texte de la revue «1» imprécis, mais la réponse fournie par le recourant – et corrigée par le *Pretore* –, bien que rectifiant l'inexactitude, restait néanmoins incomplète et tendancieuse. L'intéressé a en effet consciemment omis d'évoquer la critique reçue par le Conseil de la presse d'avoir construit une information inexacte sur X., objet de ses recherches. Par ce comportement – poursuit le Tribunal fédéral – le recourant a utilisé le droit de réponse pour colporter une image partielle des articles critiqués et, surtout, incompatible avec les avis émis par le Conseil de la presse. La réponse proposée est donc manifestement inexacte.

En ce qui concerne le deuxième passage analysé, le Tribunal fédéral se limite à renvoyer à l'examen fait au considérant précédent. Il s'agissait à nouveau d'une formulation impropre de la part de la revue «1». Cependant, le recourant a encore une fois omis de présenter les critiques que ses recherches avaient reçues. Son texte est dès lors non seulement unilatéral, mais surtout manifestement erroné (consid. 3.2.3).

Dans le troisième extrait du texte, le Tribunal fédéral a été confronté avec un sujet sémantique: la distinction entre pilules *proibite* ou *non autorizzate* (consid. 3.3.1). Abstraction faite de l'éventuelle différence entre les vocables, selon le Tribunal fédéral, le recourant, dans la réponse litigieuse, a joué avec les mots, attendu qu'il a voulu sans doute donner, au-delà des termes employés, une image négative de X.. Le poids linguistique des mots utilisés revêtait par conséquent une importance secondaire, qui ne justifiait pas à elle seule l'exercice du droit de réponse (consid. 3.3.3).

Enfin, par le dernier élément analysé, le Tribunal fédéral insiste sur la nécessité – qui est inhérente à l'idée du droit de réponse, régi par le principe «faits contre faits» – d'une réponse impartiale. Dans le cas concret, le Tribunal fédéral a nié que la réponse du recourant était neutre. Le Tribunal fédéral a également indiqué que la réponse doit être rédigée par la personne qui s'estime lésée, le cas échéant avec l'aide de la partie adverse. Le juge peut intervenir uniquement pour combler des lacunes minimales (consid. 3.4.3). Cela car le texte même amendé par le juge ne doit pas proposer des affirmations qui vont au-delà de celles mentionnées dans le texte proposé par le prétendu lésé (consid. 2.3).

Après ce parcours concret, le Tribunal fédéral a effectué une évaluation globale du texte de réponse, analyse qui lui permet de mettre en évidence quelques éléments généraux. Il a considéré que, malgré les soins apportés par le *Pretore*, l'écrit restait manifestement inexact (art. 28h al. 2 CC), qu'il était rédigé de mauvaise foi, et qu'il constituait ainsi un abus de droit expressément prohibé dans ce contexte. En bref, le texte était illicite.

Cette conclusion se justifie – selon les juges de Mon Repos – par deux ordres de raisons. Primo, le recourant, par les liens tissés astucieusement qui mélangent parts de vérité et omissions, suggère une idée contraire à ce qu'avait soutenu le Conseil suisse de la presse. Secundo, le Tribunal fédéral n'a certes pas méconnu que le texte publié par la revue «1» était impropre sur plusieurs points et qui, dès lors, devait être stigmatisé. Cependant – a souligné encore le Tribunal fédéral – la réponse doit être analysée par elle-même. Elle doit, par conséquent, être correcte indépendamment du texte auquel elle veut s'opposer. Autrement dit, un article inexact ne justifie pas une réponse inexacte. Face à un article incorrect, le prétendu lésé devra soit ouvrir action au fond en protection de la personnalité – le cas échéant avec des mesures provisionnelles – soit, s'il opte pour le droit de réponse, respecter ses règles rigides. Ceci pour éviter d'interminables querelles journalistiques.

(Résumé: Davide Cerutti)

12-135

Obergericht: Bildmontage von Vasella war als satirische Darstellung zulässig

Bildmontage; öffentliches Interesse; Persönlichkeitsverletzung; Recht am eigenen Bild; Satire; Widerrechtlichkeit

Art. 28 ZGB

Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 19. Juni 2012 (ZOR.2012.48/AK/rb)

Das Bezirksgericht hatte eine Bildmontage, die den vermeintlich nackten Daniel Vasella zeigte, als widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung beurteilt. Dieser Entscheidung wurde vom Obergericht umgestossen, da es in der Abbildung eine zulässige satirische Darstellung erkannte.

In der Zeitung «20 Minuten» wurde anlässlich einer Berichterstattung über die «1:12-Initiative» der JUSO eine Bildmontage von Daniel Vasella veröffentlicht. Die gleiche Fotomontage wurde auch auf der Homepage der JUSO aufgeschaltet. Darauf ist Herr Vasella zwischen zwei weiteren Wirtschaftsführern (Oswald Grübel und Brady Dougan) abgebildet, wobei sein Kopf auf den Körper eines vollständig unbedeckten Mannes gesetzt wurde, dessen Hände knapp die Blösse verdecken. Über dem Bild stand geschrieben: «1:12-Initiative gesammelt» und «Abzocker, zieht euch warm an». Nach Eingang einer Klage wurde auf der Homepage der JUSO eine neue Bildmontage aufgeschaltet, auf der die Augenpartie und das Geschlechtsteil von Herrn Vasella mit Banknoten verdeckt wurden. Nachdem die JUSO mithilfe einer vorsorglichen Massnahme verpflichtet wurde, die Bildmontage zu entfernen, überdeckten sie Herrn Vasella mit einem schwarzen Balken und schrieben darunter: «Zensur! Vor Gericht wird sich zeigen: Kann in der Schweiz ein Abzocker die Meinungsfreiheit einfach kaufen? Wir lassen uns die Wahrheit nicht verbieten.» Herr Vasella beantragte in der Folge vor dem Bezirksgericht Baden, die erwähnte Bildmontage sei von der Homepage der JUSO zu entfernen. Zudem sei festzustellen, dass die betreffenden Bildmontagen seine Persönlichkeit widerrechtlich verletzen. Das Bezirksgericht Baden hiess seine Klage gut und verbot der JUSO, die beanstandeten Bildmontagen weiterhin zu zeigen (*Zusammenfassung und Kommentar von Prof. Regina Aebi-Müller in medialex 2/2012, S. 100 ff.*). Es stellte zudem fest, dass die auf der Homepage der JUSO gezeigten Bildmontagen das Persönlichkeitsrecht von Herrn Vasella verletzen. Die JUSO erhob gegen diesen Entscheid Berufung beim Obergericht des Kantons Aargau und verlangte dessen Aufhebung.

Das Obergericht prüfte zu Beginn seiner Erwägungen, ob mit der Veröffentlichung der Bilder von Herrn Vasella dessen Persönlichkeit verletzt wurde. Das Bezirksgericht hatte dies in seinem Urteil bejaht. Zum gleichen Schluss kam das Obergericht. Es beurteilte die von der JUSO veröffentlichten Bilder schon deswegen als persönlichkeitsverletzend, weil sie Herrn Vasella in einem Zustand zeigen, in dem er sich bei der Erstellung des für die Bildmontage verwendeten Porträts mutmasslich nicht befand und in dem er sich auch nicht abgebildet sehen wollte. Grundsätzlich müsse niemand gegen seinen Willen

dulden, in der Öffentlichkeit nackt abgebildet zu werden. Dass es sich beim Gesamtbild um eine Fotomontage handle, unterstreiche den persönlichkeitsverletzenden Charakter noch zusätzlich. Denn solche Manipulationen berühren nach Ansicht des Obergerichts das Recht am eigenen Bild und damit das Persönlichkeitsrecht, einerlei ob sie in guter oder verletzender Absicht vorgenommen werden oder ob der Betrachter die Veränderungen als vorteilhaft oder nachteilig für den Dargestellten bewertet. Herr Vasella geniesse als Person der Zeitgeschichte nur insoweit einen verminderten Persönlichkeitsschutz, als der persönlichkeitsverletzende Sachverhalt für seine besondere Aufgabe und Stellung in der Öffentlichkeit von Bedeutung sei. Ein Bild von Herrn Vasella in nacktem Zustand stehe aber in keinerlei ersichtlichem Zusammenhang mit seinen Funktionen in der Führung von Novartis.

In einem zweiten Teil seiner Erwägungen untersuchte das Obergericht, ob allenfalls von einer Satire ausgegangen werden könnte, um die Persönlichkeitsverletzung zu rechtfertigen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung können Satire und Karikatur nur unter ganz erschwerten Umständen angefochten werden und die Persönlichkeit nur dann widerrechtlich verletzt, wenn sie die ihrem Wesen eigenen Grenzen in unerträglichem Mass überschreiten. Das Bezirksgericht hat zum Rechtfertigungsgrund der Satire ausgeführt, dass die JUSO keinen künstlerischen, sondern einen politischen Zweck verfolge. Da es an einem künstlerischen Interesse fehle, könne auch kein öffentliches Interesse daran bestehen, dass sich die JUSO in persönlichkeitsverletzender Weise und unter Berufung auf das Satireprivileg äussern dürfe, um damit ein rein politisches Ziel zu erreichen. Nach Ansicht des Obergerichts greift der Entscheid des Bezirksgerichts zu kurz. Im Gegensatz zum Bezirksgericht war das Obergericht der Meinung, dass die gestalterische Eigenheit der Satire, mit Verfremdungen, Verzerrungen und Übertreibungen zu arbeiten, auch bei Meinungsäusserungen verwirklicht sein kann, die nicht unter den klassischen Kunstbegriff fallen. Deshalb könnten Darstellungen satirischer Art, auch wenn sie klassischen künstlerischen Ansprüchen nicht genügen, trotzdem als erlaubt gelten, wenn sie die persönliche und sittliche Qualität des Angegriffenen nicht herabwürdigen. Gemäss dem Obergericht erfordert die rechtliche Beurteilung der Satire eine Entkleidung des in «Wort und Bild gewählten satirischen Gewandes», um ihren eigentlichen Inhalt zu ermitteln. Dieser Aussagekern (Tatsachekern) einerseits und seine Einkleidung (die typische überspitzte Form) andererseits seien sodann gesondert zu darauf zu prüfen, ob sie eine Kundgabe der Missachtung gegenüber der karikierten Person enthalten. Dabei sei zu beachten, dass die Massstäbe für die Beurteilung der Einkleidung anders und in der Regel weniger streng sind als die für die Bewertung des Aussagekerns. In der Folge beurteilte das Obergericht die vorliegende Bildmontage unter den genannten Gesichtspunkten. Es identifizierte als Aussagekern die Voraussage, Herr Vasella müsse sich als Grossverdiener «warm anziehen», also auf Unangenehmes gefasst machen. In Anbetracht der massiven Konsequenzen, die eine Annahme der 1:12-Initiative für ihn als Grossverdiener hätte, beurteilte das Obergericht diesen Aussagekern als nicht persönlichkeitsverletzend. Weiter hatte es zu prüfen, ob die «Einkleidung» dieser Aussage, nämlich die verfremdete Darstellung von Herrn Vasella als nackte Person, als Persönlich-

keitsverletzung zu qualifizieren sei. Es vertrat diesbezüglich die Ansicht, Herr Vasella werde zwar nackt gezeigt, jedoch könne der unter seinen Kopf «montierte» Körper keineswegs als unansehnlich qualifiziert werden. Im Gegensatz zu anderen Fällen fehle der vorliegenden Darstellung der krass herabsetzende oder gar schmähende Charakter. Zudem richte sich der Angriff nicht gegen Herrn Vasella als individuelle Person im Sinne eines persönlichen Angriffs. Vielmehr werde er neben zwei anderen Persönlichkeiten des schweizerischen Wirtschaftslebens mit sehr hohem Einkommen als Repräsentant des mit der 1:12-Initiative anvisierten Verhaltens angegriffen. Deshalb kam das Obergericht zum Schluss, dass die montierte Darstellung das Wesen der satirischen Darstellung nicht in unerträglichem Mass überschreitet und somit keine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung darstellt. Eine Minderheit des Obergerichts wollte die Widerrechtlichkeit der Persönlichkeitsverletzung bejahen, da Herr Vasella durch die nackte Abbildung unnötigerweise ins Lächerliche gezogen werde und deshalb die Grenzen einer satirischen Darstellung in unerträglichem Mass überschritten seien.

5. Urheberrecht – Droit d'auteur

5.2 Verwertungsrecht – Gestion des œuvres

12-136

Vergütungspflicht für Hintergrundmusik

Hintergrundmusik; öffentliche Wiedergabe; Öffentlichkeit; Gewinnabsicht

Art. 3 Abs. 2 Bst. b der Richtlinie 2001/29; Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115/EG; Art. 10 der Richtlinie 2006/115

Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 15. März 2012 (C-135/10; C-162/10)

Der EuGH hatte in zwei Fällen über die angemessene Vergütung für Hintergrundmusik zu befinden, die ein Nutzer seinen Kunden an einem in seiner Verfügungsgewalt befindlichen Ort anbietet. Er kam dabei zum Ergebnis, dass für einen speziellen Fall «öffentlicher Wiedergabe» folgende Kriterien erfüllt sein müssen: Es muss eine «Öffentlichkeit» vorliegen, eine unbestimmte, grosse Anzahl von potenziellen Zuhörern, die gleichzeitigen Zugang zur Musik haben. Zudem muss mit der Ausstrahlung von Musik ein Gewinn angestrebt werden. Sind diese Kriterien erfüllt, handelt es sich um eine «öffentliche Wiedergabe», die vergütungspflichtig ist.

In der Rechtssache C-135/10 klagte die italienische Verwertungsgesellschaft für Rundfunk und verwandte Schutzrechte gegen einen Zahnarzt, der in seinem Wartezimmer Hintergrundmusik spielte, ohne eine Vergütung dafür zu bezahlen. Das Berufungsgericht Turin ersuchte den EuGH in einem Vorabentscheidungsersuchen um eine Antwort auf die folgende Frage: Stellt die kostenlose Wiedergabe von Tonträgern an ei-

nem nicht öffentlichen Ort, an dem Personen einer beruflichen Tätigkeit nachgehen, für die Patienten, die unabhängig von ihrem Willen in den Genuss dieser Wiedergabe kommen, eine «öffentliche Wiedergabe» oder eine «öffentliche Zugänglichmachung» im Sinne des Art. 3 Abs. 2 Bst. b der Richtlinie 2001/29 dar, und muss dafür eine Vergütung an die Tonträgerproduzenten bezahlt werden?

In der Rechtssache C-162/10 verklagte die irische Verwertungsgesellschaft als Vertreterin der Tonträgerproduzenten die irische Regierung und machte einen Verstoß gegen EU-Recht geltend, da Hotelbetreiber von der Bezahlung einer angemessenen Vergütung für Musik in den Hotelzimmern ausgenommen wurde. Der angerufene High Court ersuchte um die Beantwortung der folgenden Vorabentscheidungsfragen: Ist ein Hotelbetreiber, der Fernseher und/oder Radios in Hotelzimmern bereitstellt, ein «Nutzer», der den Hotelgästen die Musik zugänglich macht und eine «öffentliche Wiedergabe» im Sinne von Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115/EG vornimmt? Ist ein Hotelbetreiber, der seinen Gästen Geräte anderer Art als Fernseher und/oder Radios zur Verfügung stellt, mit denen Tonträger in digitaler oder physischer Form abgespielt werden können, ein «Nutzer», der eine öffentliche Wiedergabe vornimmt? Ist es den Mitgliedstaaten nach Art. 10 der Richtlinie 2006/115 in diesen Fällen gestattet, Hotelbetreiber von der Verpflichtung zur Zahlung «einer einzigen angemessenen Vergütung» freizustellen, weil es sich um eine «private Benutzung» handelt?

In diesen beiden Fällen stellte sich die Frage, ob es sich beim Abspielen von Hintergrundmusik um eine «öffentliche Wiedergabe» handelt.

Um diese Frage zu beantworten, beschäftigte sich der EuGH zunächst mit der Rolle der Nutzer, da ohne deren Zutun der Kunde nicht in den Genuss der abgespielten Werke käme. Als «öffentliche Wiedergabe» definierte der EuGH das öffentliche Erzeugen von Tönen oder Tonaufzeichnungen mittels eines Tonträgers. Folglich kam er zum Ergebnis, dass das Zurverfügungstellen von Geräten zum Abspielen von Musik eine öffentliche Wiedergabe darstellt. Ebenso qualifizierte er das Abspielen von Musik mit solchen Geräten als öffentliche Wiedergabe.

Weiter ging der EuGH in seinen Erwägungen auf den Begriff «öffentlich» ein. Dieser impliziere einerseits eine unbestimmte Anzahl potenzieller Zuhörer sowie eine grosse Anzahl von Personen. Der Begriff «unbestimmt» sei nicht begrenzt auf spezielle Einzelpersonen, die zu einer geschlossenen Gruppe gehören, sondern beziehe sich auf Personen im Allgemeinen. Die Patienten eines Zahnarztes in der Rechtssache C-135/10 würden eine bestimmte Personengruppe darstellen, weil sie (einzig) zu Behandlungen bei diesem speziellen Zahnarzt Zugang hätten. Deshalb können sie nach Ansicht des EuGH nicht als «Personen» im allgemeinen Sinne betrachtet werden. Zudem sei die Anzahl der Personen, die sich zeitgleich in einer Zahnarztpraxis aufhalten können, sehr begrenzt. Deshalb würden sie normalerweise nicht dieselbe Musik zu hören bekommen. Im Gegensatz dazu würden die Hotelgäste in der Rechtssache C-162/10 eine unbestimmte Anzahl potenzieller Hörer darstellen, da sie aufgrund einer persönlichen Entscheidung auf die Musik zugreifen und der Zugang nur durch die Aufnahmekapazität des Hotels beschränkt wird. Deshalb sind Hotel-

gäste nach Meinung des EuGH als «Personen im Allgemeinen» zu betrachten. Da es sich bei den potenziellen Leistungsempfängern in einem Hotel um recht viele handle, könnten dies als «öffentlich» angesehen werden.

Als drittes Kriterium prüfte der EuGH, in welchem Ausmass ein Gewinn erzielt wurde. Grundsätzlich könne die Bereitstellung von Musik den Preis für das gesamte Produkt erhöhen. Bei einem Zahnarzt habe die Hintergrundmusik allerdings überhaupt keinen Einfluss auf das Einkommen, da nicht erwartet werden könne, dass die Musik in einer Zahnarztpraxis zu mehr Kunden oder Einkommen führe. Im Gegensatz dazu könne die Möglichkeit, in einem Hotel Musik zu hören, dessen Ruf und die Zimmerpreise beeinflussen. Die Gäste seien aufgrund dieser zusätzlichen Dienstleistung wahrscheinlich bereit, mehr für ein Zimmer zu bezahlen, weshalb der Hotelbetreiber seinen Gewinn steigern könne.

Der EuGH kam folglich zum Ergebnis, dass in der Rechtssache C-162/10 das Abspielen von Hintergrundmusik im Gegensatz zur Rechtssache C-135/10 eine «öffentliche Wiedergabe» im Sinne der Richtlinie darstellt.

Den Antrag auf Ausnahme wegen privater Nutzung der Hotelbetreiber lehnte der EuGH ab, da Hotelgäste als «öffentlich» zu betrachten seien und deshalb nicht gleichzeitig privat sein könnten.

12-137

GT3a umfasst keine Hotel- und Spitalzimmer sowie Ferienwohnungen

Aufsichtskompetenzen des IGE; Fristansetzungspflicht; Geltungsbereich des GT3a

Art. 44, 45 Abs. 2, 54 Abs. 1 URG

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. Mai 2012 (B-3896/2011)

Das Bundesverwaltungsgericht lehnte eine Beschwerde der schweizerischen Verwertungsgesellschaften ab, da das IGE Hotel- und Spitalzimmer sowie Ferienwohnungen zu Recht nicht unter den Tarif GT3a subsumiert hat.

Das Institut für Geistiges Eigentum (IGE) wies die schweizerischen Verwertungsgesellschaften mittels Verfügung an, bis zum Vorliegen einer rechtsgenügenden Tarifgrundlage auf den Einzug von Vergütungen für Radio- und Fernsehnutzung in Hotel- und Spitalzimmern sowie in Ferienhäusern und Ferienwohnungen zu verzichten. Die Verwertungsgesellschaften erhoben dagegen Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragten, die Verfügung sei aufzuheben.

Die Verwertungsgesellschaften machten in der Beschwerde geltend, dass das IGE seine Kompetenzen im Bereich der Aufsicht überschritten habe, weil es seine Verfügung auf Tarifauflegungen stütze, die in die Kompetenz der ESchK fielen. Das Bundesverwaltungsgericht führte dazu aus, die ESchK sei für die Genehmigung der Tarife der Verwertungsgesellschaften, nicht aber für die Aufsicht über deren Vollzug zuständig.

Das IGE seinerseits habe die Geschäftsführung der Tarife der Verwertungsgesellschaften zu prüfen. Dabei beschränke sich seine Aufsichtsfunktion nicht auf die eigentliche Geschäftsführung, sondern umfasse auch die sich aus Art. 44 ff. URG ergebenden Pflichten, einschliesslich der Abklärung, ob bei der Verwertung nach festen Regeln vorgegangen wird (Art. 45 Abs. 2 URG). Das Bundesverwaltungsgericht legte in der Folge die Materialien zum URG aus und zog daraus den Schluss, dass eine verbesserte Kontrolle der Verwertungsgesellschaften durch das IGE angestrebt wurde. Die im Bereich der Bundesaufsicht umfassenden Kompetenzen des IGE seien Ausfluss dieser Bestrebungen. Deshalb kam das Bundesverwaltungsgericht zum Ergebnis, dass das IGE dazu legitimiert war, zu prüfen, ob die Verwertungsgesellschaften die Verwertung nach festen Regeln betrieben beziehungsweise ob die geltenden Tarife eingehalten wurden.

Weiter machten die Verwertungsgesellschaften geltend, dass das IGE Art. 54 Abs. 1 URG verletzt habe, da es vor seiner Anordnung den Verwertungsgesellschaften keine Frist zur Herstellung des rechtmässigen Zustands eingeräumt habe. Das Bundesverwaltungsgericht vertrat hingegen die Ansicht, dass die Pflicht zur Ansetzung einer Frist nur bei Sachverhalten gilt, in denen eine Verwertungsgesellschaft eine ihr gebotene Handlung unterlässt, nämlich einen rechtmässigen Zustand pflichtwidrig nicht herstellt. In der vorliegenden Angelegenheit habe es keinen Fall verzögerter Handlung gegeben. Vielmehr hätten die Verwertungsgesellschaften Verwertungshandlungen vorgenommen, für welche keine Rechtsgrundlage besteht. Deshalb kam das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass die Anordnung des IGE, den Einzug der strittigen Gebühr sofort einzustellen, nicht unter die Abmahnungs- und Fristansetzungspflicht von Art. 54 Abs. 1 URG fällt.

Schliesslich beschäftigte sich das Bundesverwaltungsgericht mit der eigentlichen Hauptfrage, ob Hotel- und Spitalzimmer sowie Ferienwohnungen in den Geltungsbereich des Tarifs GT3a fallen. Gemäss Ziff. 2.1 bezieht sich der Tarif auf die Verwendung von Ton- und Tonbildträgern, auf den Empfang von Sendungen zur Hintergrundunterhaltung in Verkaufsgeschäften, Restaurants, Aufenthaltsräumen, Arbeitsräumen etc. sowie für «music-on-hold». Das Bundesverwaltungsgericht führte dazu aus, dass Hotel- und Spitalzimmer sowie Ferienwohnungen in dieser nicht abschliessenden («etc.») Geltungsbereichsdefinition nicht erwähnt würden. Allerdings werde in Ziff. 3.1 festgehalten, dass nicht ausdrücklich erwähnte Verwendungen nicht durch diesen Tarif geregelt würden. Damit sei die Anwendung des Tarifs auf andere als die in Ziff. 2.1 ausdrücklich erwähnten Verwendungen ausgeschlossen. Das Bundesverwaltungsgericht widersprach auch den Ausführungen der Verwertungsgesellschaften, die über den Begriff «Hintergrundunterhaltung» auch den Radio- und Fernsehempfang in Hotel- und Spitalzimmern sowie Ferienwohnungen unter den Tarif GT3a subsumieren wollten. Es führte dazu aus, dass in Hotel- oder Spitalzimmern sowie Ferienwohnungen von einem Gebrauch im Vordergrund auszugehen sei. Das bedeute, dass ein Radio- oder Fernsehgerät eingeschaltet werde, weil man in diesem Raum Sendungen hören oder schauen möchte. Dies stehe im Gegensatz zur Hintergrundunterhaltung, die beispielsweise im Ladengeschäft oder in einer Hotellobby eine freundliche Stimmung schaffen soll. Zudem

sei die Aufzählung in Ziff. 2.1 des GT3a als einschränkendes Kriterium zu verstehen. Sie beziehe sich auf Räume, die einem global und nicht eindeutig definierten Personenkreis zugänglich sind, während sich bei Hotel- und Spitalzimmern sowie Ferienwohnungen die Berechtigten in der Regel selbst im Nachhinein genau eruieren liessen. Deshalb kam das Bundesverwaltungsgericht nach seiner Auslegung zum abschliessenden Resultat, dass Ziff. 2.1 des GT3a eine Unterstellung von Hintergrundunterhaltung und Music-on-hold in öffentlich zugänglichen Räumen, jedoch nicht von Sendeempfang in Hotel- und Spitalzimmern sowie Ferienwohnungen ergibt. Deshalb wies es die Beschwerde der schweizerischen Verwertungsgesellschaften vollumfänglich ab.

5.3 Weitere urheberrechtliche Fragen – Autres questions de droit d'auteur

12-138

Herausgabe von personenbezogenen Daten bei einer Urheberrechtsverletzung

Anwendungsbereich; personenbezogene Daten; Urheberrecht

Art. 3, 5, 11 Richtlinie 2006/24; Art. 8 Richtlinie 2004/48; Art. 2 Richtlinie 2002/58; Art. 53c schwedisches Urheberrecht

Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 19. April 2012 (C-461/10)

Bonnier Audio und andere sind Verlage mit einem Exklusivrecht an der Vervielfältigung, Veröffentlichung und öffentlichen Verbreitung von Hörbüchern. Diese Verlage waren der Ansicht, dass ihre Exklusivrechte durch die Verbreitung von Hörbüchern über Onlinetauschbörsen verletzt wurden. Sie wollten deshalb vom Internetprovider ePhone, über den der Datenaustausch abgewickelt wurde, die personenbezogenen Daten zur IP-Adresse erhalten, von der die Daten hochgeladen wurden. Diesen Anspruch wollten die Verlage mittels einstweiliger Verfügung bei einem schwedischen Bezirksgericht gestützt auf das schwedische Urheberrechtsgesetz erwirken. Das schwedische Bezirksgericht erliess die einstweilige Verfügung, worauf ePhone erfolgreich Berufung einlegte. Die Verlage gelangten darauf vor den Obersten Gerichtshof Schwedens, worauf dieser zwei Vorabfragen an den EuGH stellte:

1. Schliesst Richtlinie 2006/24 (insbesondere Art. 3 bis 5 und 11) die Anwendung einer einzelstaatlichen Bestimmung aus, die sich auf Art. 8 der Richtlinie 2004/48 (Durchsetzungsrichtlinie) stützt, und erlaubt sie es, einen Internetdienstleister in einem Zivilrechtsverfahren dazu zu verpflichten, zur Identifizierung eines Internetabonnenten einem Urheberrechtsinhaber Informationen über den Abonnenten zu geben, dem der Internetdienstanbieter eine spezifische IP-Adresse zugewiesen hat, die bei dem mutmasslichen Verstoss verwendet wurde?

2. Fällt die Antwort auf die erste Frage genauso aus, wenn der Mitgliedstaat Richtlinie 2006/24 ungeachtet der Tatsache, dass die Umsetzungsfrist abgelaufen ist, nicht umgesetzt hat?

Der EuGH vertritt die Ansicht, dass Richtlinie 2006/24 so ausgelegt werden soll, dass sie die einzelstaatliche Gesetzgebung nicht ausschliesst, die sich auf Art. 8 der Richtlinie 2004/48 stützt. Die Richtlinie 2006/24 regle lediglich den Umgang mit und die Vorratsspeicherung von Daten zum Zwecke der Untersuchung, Aufdeckung und Verfolgung von schwerwiegenden Straftaten. Im vorliegenden Sachverhalt würde die Mitteilung aus einem anderen Zweck verlangt, nämlich um einen Verstoss gegen Rechte am geistigen Eigentum festzustellen. Damit sei der fragliche Sachverhalt nicht vom Anwendungsbereich von Richtlinie 2006/24 gedeckt. Deshalb sei es irrelevant, ob die Richtlinie umgesetzt wurde oder nicht. Der EuGH bediente sich seiner Kompetenz, Bestimmungen des EU-Rechts zu berücksichtigen, die vom nationalen Gericht nicht geltend gemacht wurden, und zog die Richtlinie 2002/58 (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) heran. Er erklärte, dass die personenbezogenen Daten, welche die Verlage herausverlangt hätten, unter Art. 2 der Richtlinie 2002/58 fallen, weshalb diese Richtlinie zur Anwendung komme. Der EuGH führte weiter aus, dass das Ziel eines effektiven Urheberrechtsschutzes, welches mit der Mitteilung der personenbezogenen Daten erreicht werden will, in den Anwendungsbereich von Richtlinie 2004/48 fällt. Es werde den Mitgliedstaaten in Art. 8 der Richtlinie 2004/48 nicht verwehrt, eine Offenlegung von personenbezogenen Daten anzuordnen, damit ein zivilrechtliches Verfahren wegen Urheberrechtsverstössen eingeleitet werden kann. Das schwedische Urheberrechtsgesetz enthalte in Art. 53c eine solche Verpflichtung.

Der EuGH kam zum Ergebnis, Richtlinie 2002/58 und Richtlinie 2004/48 seien so auszulegen, dass sie die Anwendung des staatlichen Rechts nicht hindern, soweit das nationale Recht dem nationalen Gericht ermöglicht, die betroffenen entgegenstehenden Interessen gegeneinander abzuwägen. Bei dieser Abwägung durch das nationale Gericht müsse allerdings sowohl den Tatsachen im Einzelfall als auch dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz des EU-Rechts Rechnung getragen werden.

8. Ethik/Selbstregulierung – Ethique/autorégulation

8.1 Ethik des Journalismus – Ethique du journalisme

12-139

Wahrheit/anonyme Informationen/Lauterkeit der Recherche/Menschenwürde

Nichteintreten

Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 14. Mai 2012 (21/2012; X. c. «Blick am Abend»)

Auf eine Beschwerde gegen den im «Blick am Abend» erschienenen Artikel «Gekommen um zu motzen» trat der Presserat nicht ein, da diese offensichtlich unbegründet war.

12-140

Presserats- und Gerichtsverfahren

Nichteintreten

Art. 10 Abs. 2 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 14. Mai 2012 (19/2012; X. c. «Blick»)

Der Presserat trat nicht auf eine Beschwerde gegen den im «Blick» erschienenen Artikel «Das tote Mädchen aus der Limmat» ein, da die Einleitung eines Zivilverfahrens angekündigt wurde und die Beschwerde keine grundlegenden berufsethischen Fragen aufwarf.

12-141

Menschenwürde/diskriminierende Anspielungen

Nichteintreten

Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 14. Mai 2012 (20/2012; X. c. «20 Minuten Online»)

Der Presserat trat auf eine Beschwerde gegen den in «20 Minuten Online» erschienenen Artikel mit dem Titel «Roma-

Zuhälter muss im Knast bleiben» nicht ein, da diese offensichtlich unbegründet war.

12-142

Kommentarfreiheit

Nichteintreten

Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 14. Mai 2012 (22/2012; X. c. «Rigi Anzeiger»)

Weil die Beschwerde gegen den im «Rigi Anzeiger» erschienen Artikel «Kleinkrieg mit schwerem Geschütz» offensichtlich unbegründet war, trat der Presserat nicht darauf ein.

12-143

Identifizierender Bericht über Todesfall

Menschenwürde; Privatsphäre

Ziffern 7, 8 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 9. Mai 2012 (18/2012; X. c. «Blick»)

Medien dürfen über Unfälle berichten. Identifizierend aber nur, sofern daran ein den Schutz der Privatsphäre der Betroffenen überwiegendes öffentliches Interesse besteht. Daran erinnert der Presserat in seiner Stellungnahme 18/2012.

«Blick» berichtete im Januar 2012: «Bankerin (27) aus Baar stirbt in den Tauchferien». Die Verstorbene war gestützt auf mehrere Angaben im Artikel und ein Foto identifizierbar, weshalb sich ihre Schwester beim Presserat beschwerte. Da die verunfallte Frau keine Person des öffentlichen Interesses war, hätte die Redaktion auf die Publikation des Fotos und weiterer identifizierender Angaben verzichten sollen, hält der Presserat in seinem Entscheid fest.

Nicht verletzt hat «Blick» aus Sicht des Presserates hingegen die Menschenwürde der Verstorbenen. Weder diese noch ihre Angehörigen wurde durch den Bericht in ihrem Menschsein herabgesetzt. Ebenso wenig hat «Blick» die Fakten in sensationeller Weise dargestellt.

12-144

Wahrheits- und Berichtigungspflicht/Entstellung von Tatsachen/Recherchegespräche

Entstellung von Tatsachen; Meinungspluralismus; sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigungen; Wahrheitspflicht

Ziffern 1, 3, 4, 5 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 20. April 2012 (12/2012; Roth c. «Berner Oberländer»)

Der «Berner Oberländer» hat mit seinen Berichten «Droht Grindelwald eine neue Ewap-Lawine?» und «Peter Roth: «Da herrscht absolute Willkür» die Ziffern 1 (Wahrheit), 3 (Entstellung von Informationen), 4 (Lauterkeit; Recherchegespräche) und 5 (Berichtigung) der «Erklärung» nicht verletzt.

12-145

Anonymisierung/Verwendung eines echten Namens für ein Pseudonym

Diskriminierung; Persönlichkeitsschutz

Ziffern 7, 8 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 20. April 2012 (13/2012; X. c. «20 Minuten»/«20 Minuten Online»/«Tages-Anzeiger Online»/«Newsnet»)

«20 Minuten», «20 Minuten Online» und «Tages-Anzeiger Online»/«Newsnet» haben mit der Verwendung eines richtigen Namens als Pseudonym zur Anonymisierung der Berichte «Juniorentainer verprügelt Kids», «Juniorentainer verprügelt als brutaler Gangboss Kids», «Terror mit Methode» und «Der Prügel-Schiri lebt in zwei Welten» die Ziffern 7 (Persönlichkeitsschutz) und 8 (Diskriminierung) der «Erklärung» nicht verletzt.

12-146

Privatsphäre/Menschenwürde

Menschenwürde; Privatsphäre

Ziffern 7, 8 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 20. April 2012 (14/2012; X. c. «Neue Zürcher Zeitung»)

Die «Neue Zürcher Zeitung» hat mit dem Artikel «Tragisches Ende eines Kämpfers» die Ziffern 7 (Privatsphäre) und 8 (Menschenwürde) nicht verletzt.

12-147

Identité des participants aux forums en ligne: le Conseil de la presse tempère

Courrier des lecteurs

Chiffre 5 de la «Déclaration»

Prise de position du Conseil suisse de la presse du 20 avril 2012 (16/2012; Suva c. «Le Matin»)

Les médias doivent-ils enquêter pour connaître la véritable identité des intervenants sur leurs forums en ligne? Dans cette prise de position (16/2012), le Conseil de la presse précise que s'il prône l'identification, il admet qu'il serait «disproportionné» d'exiger des médias la vérification des informations fournies par les internautes. La plupart des sites de médias demandent aux participants à leurs forums en ligne de s'identifier – nom, prénom, adresse électronique, éventuellement postale. Mais rien ne leur permet a priori de connaître l'authenticité de ces informations. Doivent-ils alors enquêter pour débusquer les faussaires? La question est apparue à l'occasion d'une plainte reçue par le Conseil de la part d'un lecteur du «Matin» dont le nom avait été emprunté, du moins phonétiquement. Suite à un débat en ligne lancé par le quotidien concernant la sécurité sur les pistes de ski, un internaute signant «Henry Mathys» était intervenu en mettant en cause la Suva. Or le plaignant, responsable de la communication de cette assurance pour la Suisse romande, s'appelle (...) Henri Mathis. Pour lui, la ressemblance des noms ne pouvait s'expliquer que par la volonté de lui nuire. Il s'est offusqué de ce qu'un média accepte des contributions sans en vérifier l'origine. A noter que, sitôt contacté, «Le Matin» a retiré le commentaire litigieux de son site. Pour ce qui est de la version papier reflétant le forum, parue le lendemain, il n'y avait plus rien à faire. Le Conseil de la presse conclut qu'il n'y a pas violation de la «Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste». Il s'est basé sur sa prise de position 52/2011 concernant l'anonymat en ligne dans laquelle, s'il préconise l'identification des participants aux forums, pour des raisons de crédibilité et de respect du public, le Conseil fait aussi le parallèle avec le courrier des lecteurs. Il rappelle que la directive 5.2 qui lui est consacrée ne mentionne pas la vérification de l'identité des auteurs (quelques rares médias le font néanmoins). Dès lors, le Conseil de la presse estime qu'il ne serait pas cohérent de l'exiger lors de forums en ligne.

12-148

Reproche de copinage – les informations étaient d'intérêt public

Audition lors de reproches graves; méthodes déloyales; protection des enfants; rectification; suppression d'informations importantes; vérité; vie privée

Chiffres 1, 3, 4, 5, 7 de la «Déclaration»

Prise de position du Conseil suisse de la presse du 20 avril 2012 (15/2012; Drahusak. c. «Le Matin»)

En octobre 2011, «Le Matin» a publié deux articles concernant l'engagement, par la magistrate socialiste de la Ville de Genève Sandrine Salerno, du Vert Boris Drahusak au poste de directeur des Ressources humaines de la Ville. Le quotidien y parle de «passe-droit», de «copinage» et de «politique des petits copains». Il affirme, entre autres, que Sandrine Salerno est la marraine d'une des filles de l'écologiste. Il précise que, «contactés, Sandrine Salerno et Boris Drahusak n'ont pas souhaité répondre à nos questions». A la suite de ces allégations, M. Drahusak a porté plainte auprès du Conseil suisse de la presse, principalement pour violation de sa vie privée, de la protection d'enfants et du devoir d'audition lors de reproches graves.

Le Conseil suisse de la presse rejette la plainte de M. Drahusak. Il estime qu'il était d'intérêt public de publier que Sandrine Salerno est la marraine d'une des filles du plaignant, dans la mesure où cette information permet au public de mieux juger du niveau de proximité existant entre M^{me} Salerno et M. Drahusak. De plus, cette information reste suffisamment générale pour qu'on ne puisse la considérer comme un outrage à la vie privée de l'enfant.

D'autre part, le Conseil suisse de la presse estime qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'audition en cas de reproches graves. Il aurait été judicieux que «Le Matin» précise que le plaignant invoquait son secret de fonction pour ne pas répondre au journaliste. Mais, selon le Conseil, il serait toutefois disproportionné d'en déduire une violation de ce principe.

12-149

Compte rendu judiciaire: présence personnelle non exigée

Vérité; méthodes déloyales; compte rendu judiciaire

Chiffre 1, 4, 7 de la «Déclaration»

Prise de position du Conseil suisse de la presse du 20 avril 2012 (17/2012; Poncet c. «Tribune de Genève»)

Les médias peuvent rendre compte d'événements même s'ils n'y assistent pas sur place. Le Conseil suisse de la presse le précise dans une prise de position concernant une plainte por-

tant sur un compte rendu judiciaire. En décembre 2011, la «Tribune de Genève» rendait compte d'un procès pénal concernant l'affaire Aranda. Charles Poncet, l'un des défenseurs de l'accusé, a porté plainte contre le quotidien, estimant que l'auteur du compte rendu avait fait croire qu'elle avait assisté au procès, alors que ce n'était pas le cas. Sur le principe, le plaignant s'est demandé si un média pouvait rendre compte d'un procès sans avoir assisté aux débats. Dans sa prise de position 17/2012, le Conseil suisse de la presse souligne que les médias rendent fréquemment compte d'événements – dont des décisions judiciaires – sans y assister directement. Dans le compte rendu contesté, seule la formulation «en regardant le juge» laisse entendre que la journaliste était présente. De l'avis du Conseil de la presse, les lecteurs ne sont pas induits en erreur de façon générale au point de faire croire que l'auteur du compte rendu aurait assisté aux débats du tribunal.

12-150

Recherche in Spitälern: Presserat präzisiert seine Richtlinie

Menschenwürde; Privatsphäre

Ziffern 7, 8 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 28. März 2012 (10/2012; Mc Donald's Schweiz c. «Blick»)

Gemäss der den Journalistenkodex erläuternden Richtlinie 7.8 ist «für Recherchen vor Ort in Spitälern und ähnlichen Institutionen (...) die Einwilligung der Verantwortlichen einzuholen». Laut Presserat ist damit allerdings nicht gemeint, dass Medienschaffende vor jedem Gespräch an einem Spitalbett verpflichtet sind, die Einwilligung der Spitalleitung oder der Spitaladministration einzuholen. Ansprechpersonen für Medienschaffende seien vielmehr primär die behandelnden Ärzte und das Pflegepersonal. Grundsätzlich entscheiden Patientinnen und Patienten auch in einer Spitalumgebung frei darüber, ob sie Medienschaffenden Auskunft erteilen.

Ende 2011 berichtete «Blick» über eine Schiesserei im Mc Donald's in Biel. Der Bericht schildert den Überfall aus Sicht des verantwortlichen Schichtleiters, der von drei Schüssen getroffen wurde. Eine «Blick»-Journalistin besuchte den Verletzten am Tag danach im Spital und bewog diesen dazu, sich gegenüber der Zeitung zu äussern und seine Verletzung fotografieren zu lassen. Mc Donald's Schweiz beschwerte sich daraufhin beim Presserat, die Journalistin habe ihren Beruf nicht von Anfang an offengelegt und das noch unter Schock stehende Opfer so lange bedrängt, bis es seine Wunde habe fotografieren lassen. Dies verletze die Privatsphäre und die Menschenwürde des betroffenen Mitarbeiters. «Blick» wendete dazu ein, die Journalistin sei in Begleitung eines Fotografen erschienen und habe sich korrekt vorgestellt. Zudem sei das Gespräch durch eine Arztvisite unterbrochen worden, und später sei auch noch die Ehefrau des Verletzten hinzugekommen, ohne dass jemand Einwände vorgebracht habe.

Der Presserat weist die Beschwerde ab. Einen Verletzten einen Tag nach einer mehrfachen Schussverletzung im Spital aufzusuchen und zu befragen, könne die Privatsphäre zwar unter Umständen verletzen. Im konkreten Fall sei aber nicht erwiesen, dass der Mc Donald's-Mitarbeiter nach wie vor unter Schock stand. Aufgrund der gesamten Umstände sei vielmehr davon ausgehen, dass der Verletzte Fragen der Journalisten freiwillig beantwortet habe. Weder habe er von der üblicherweise an einem Spitalbett vorhandenen Klingel Gebrauch gemacht, noch habe er sich den Ärzten oder seiner Familie gegenüber dahin gehend geäußert, er wünsche von «Blick» in Ruhe gelassen zu werden. Unter diesen Umständen sei von einer zumindest stillschweigenden Einwilligung auszugehen. Ebenso wenig sei belegt, dass die «Blick»-Journalistin die Notlage eines noch unter Schock stehenden Opfers ausgenutzt und damit dessen Menschenwürde verletzt habe.

12-151

Publikationssperre für Leserbriefschreiber und Onlinekommentatoren ist unzulässig

Entstehung von Tatsachen; Meinungspluralismus; sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigungen; Wahrheitspflicht

Ziffern 1, 2, 3, 7 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 28. März 2012 (11/2012; X. c. «Südostschweiz»)

Redaktionen dürfen Personen oder Organisationen nicht generell von den Leserbrief-, Meinungsseiten oder Internetforen ausschliessen. Weigern sich Redaktionen grundsätzlich, die Texte von jemandem oder von einer Personengruppe zu veröffentlichen, verstossen sie damit gegen den Grundsatz der Informationsfreiheit. Redaktionen dürfen und sollen entscheiden, ob sie einzelne Leserbriefe oder Internetkommentare veröffentlichen. Für eine Publikationssperre braucht es aber besonders gewichtige Gründe.

Der Presserat beurteilte die Beschwerde eines Lesers der «Südostschweiz». Dieser äusserte sich im Internetforum der Zeitung häufig und teilweise sehr kritisch. Der Chefredaktor bewertete die Beiträge als «nervig» und «ewiggleich rechthaberisch». Schliesslich entschied er, keine weiteren Beiträge des Lesers zu veröffentlichen. Dieser beschwerte sich über die Sperre beim Presserat und warf der «Südostschweiz» zudem vor, in zwei Artikeln die Wahrheitspflicht verletzt zu haben.

Der Presserat verneint eine Verletzung der Wahrheitspflicht. Hingegen wertet er die generelle Publikationssperre als Verletzung der Informationsfreiheit (Ziffer 2 der «Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalistinnen und Journalisten»). Dies gilt umso mehr, wenn ein Medium – wie die «Südostschweiz» – eine regionale Vormachtstellung hat, hält der Presserat in seiner Stellungnahme fest.

Auch für Redaktionen mühsame Leserbriefschreiber und Teilnehmer in Internetforen – im Internetjargon als «Trolle» bezeichnet –, welche die Diskussionen in Foren allein schon mit

der Zahl ihrer Beiträge dominieren, dürfen nur aus besonders gewichtigen Gründen ausgeschlossen werden.

Redaktionen können den Zugang zu den Internetforen ebenso beschränken wie den Zugang zur Leserbriefseite, beispielsweise durch strenge Anforderungen an Inhalt, Relevanz oder Qualität. Die Regeln für Leserbriefschreiber und Benutzer von Internetforen sollten publiziert werden. Für jede und jeden soll klar sein, welche Texte nicht veröffentlicht werden. Dabei soll es immer um den Inhalt der Texte gehen und nicht um deren Autoren.

12-152

Le journaliste qui rapporte des accusations doit en vérifier la véracité, dans la mesure du possible

Déclarations non officielles, nécessité de vérification

Chiffres 1 (vérité), 2 (distinction entre l'information et les appréciations) et 3 (omission d'informations importantes) de la «Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste».

Prise de position du Conseil suisse de la presse du 17 février 2012 (9/2012, PB. c. «L'Express» et «L'Impartial»)

Les quotidiens «L'Express» et «L'Impartial» publient un article évoquant le fait que PB a saisi la Cour cantonale de droit public pour réclamer la continuation du versement de sa pen-

sion d'ancien conseiller communal. L'article relève que PB, qui occupe désormais la fonction de chimiste cantonal, juge «discriminatoire et arbitraire» de ne plus la recevoir.

Dans un autre article publié dans les quotidiens précités, le journaliste relate les propos de JBW, député PLR au Grand Conseil neuchâtelois, s'exprimant après une séance du Parlement. Il évoque le cas «d'un ancien président du PS qui n'a pas tous les papiers et se voit confier la tâche de chimiste cantonal». Le journaliste précise qu'il s'agit de PB.

En ce qui concerne le premier article, le Conseil suisse de la presse estime que la Directive 2.3 n'a pas été enfreinte. En effet, le public est à même de faire la distinction entre l'information et les appréciations critiques de l'auteur. Le Conseil pense également qu'il n'y a pas de violation de la Directive 3.8. PB n'avait pas à être entendu avant la parution de l'article, car celui-ci rend compte d'une décision officielle qui ne requiert pas d'audition.

Quant au second article, il rapporte des déclarations non officielles et en l'espèce inexactes. Or, le journaliste s'est contenté de préciser l'identité de PB, sans vérifier les faits, ce qui lui aurait été aisé.

Le devoir d'audition lors de reproches graves tombe si le média a déjà publié une accusation auparavant. Mais il convient toutefois de republier le démenti d'alors. Le Conseil de la presse estime donc qu'il y a violation du chiffre 3 de la «Déclaration» sous l'aspect de l'omission d'informations importantes.