



**Willi Egloff**, Dr. iur., Rechtsanwalt, Bern, ist Mitglied des Vorstands der Verwertungsgesellschaft Swisssperform, Gesellschaft für Leistungsschutzrechte, sowie Mitglied der Eidg. Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten.

willi.egloff@advocomplex.ch

## Polemik um Plagiate

Warum es bei Plagiaten nicht um Urheberrecht geht

**Résumé** Des accusations de plagiat font la une des médias. Des carrières politiques et scientifiques sont brisées, car le plagiat en question a été prouvé. Les médias font état de vol de propriété intellectuelle ou de violation de droits d'auteur. Ce n'est pourtant presque jamais le cas. Le plagiat ne touche en effet les droits d'auteur que dans des cas exceptionnels.

Plagiatsvorwürfe an die Adresse prominenter Personen sind zum Mittel politischer und wissenschaftlicher Auseinandersetzung geworden. Ein deutscher Verteidigungsminister und eine deutsche Bildungsministerin verloren ihre Ämter, weil sich in ihren Doktorarbeiten Plagiate fanden, ebenso eine ganze Reihe weiterer Politikerinnen und Politiker in deutschen Bundesländern. In Neuchâtel muss sich ein Wirtschaftsprofessor mit Plagiatsvorwürfen herumschlagen, und der Sachbuchautor Rolf Dobelli wird von einem US-amerikanischen Kollegen beschuldigt, erhebliche Teile seines Bestsellers «Die Kunst des klaren Denkens» abgeschrieben zu haben. Dank sogenannter «Plagiaterkennungssoftware», mit welcher grosse Textmengen auf sprachliche Ähnlichkeiten hin analysiert werden können, werden sich derartige Fälle in nächster Zukunft häufen. Die Suche nach Plagiaten scheint zum Volkssport zu werden.

In den Berichten über solche Plagiatsvorwürfe ist mit schöner Regelmässigkeit von der Verletzung von Urheberrechten oder vom Diebstahl geistigen Eigentums die Rede. Dies weist darauf hin, dass mit dem Begriff «Urheberrecht» weithin unzutreffende Vorstellungen verbunden werden. Denn Plagiate sind in den meisten Fällen keine Verstösse gegen urheberrechtliche Vorschriften.

### Plagiat = fehlende Angabe der Quelle

Angeblich geht der Begriff «Plagiat» auf den römischen Dichter Marcus Valerius Martialis zurück. Dieser bezeichnet in einem seiner Epigramme einen andern Dichter, der seine Gedichte als eigene vortrug, als Plagiarius, als Sklavendieb. In dieser Auseinandersetzung einen Urheberrechtsstreit zu er-

blicken, ist schon deshalb abwegig, weil es im Altertum kein Rechtsinstitut gab, das auch nur im Entferntesten mit Urheberrecht oder einer andern Ausprägung von geistigem Eigentum verglichen werden könnte. Urheberrecht gibt es erst in einer Gesellschaft, in welcher auch intellektuelle Leistungen Warencharakter annehmen, also im Kapitalismus. Davon konnte Martial noch keine Vorstellung haben. Worüber er sich beklagte, war der ihm zugefügte Verlust an Ehre und Ruhm.

Auch der Mathematiker Nassim Nicholas Taleb, welcher die Plagiatsvorwürfe gegen Rolf Dobelli erhebt, sieht sich in seiner Ehre verletzt, weil er die Quellenangaben für ungenügend hält. «You can write whatever you want so long as the reader knows at any point in time what came from you and what came from someone else's, whether directly or indirectly», schreibt Taleb in seinem Pamphlet gegen Dobelli. Diesen Anforderungen genügt in seinen Augen das Buch von Dobelli nicht, obwohl dieser schon im Vorwort, im Anhang, in den Literaturhinweisen und auch in fast jedem Kapitel Taleb ausführlich als Quelle seiner Inspiration nennt. Nach Talebs Vorstellung müsste eben bei jedem Gedanken, bei jedem Satz, «at every point», auf die ursprüngliche Quelle verwiesen werden.

### Keine urheberrechtliche Grundlage

Eine solche Forderung entbehrt offensichtlich einer urheberrechtlichen Grundlage. Das Urheberrecht schützt Werke, also «geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst, die individuellen Charakter haben» (Art. 2 Abs. 1 URG). Auch Teile von Werken sind geschützt, sofern es sich um geistige Schöpfungen mit individuellem Charakter handelt (Art. 2 Abs. 4 URG). Das Urheberrecht schützt aber nicht Inhalte gegen deren Weiterverwendung. Es schützt nur das jeweilige Werk, also die Darstellung eines Inhalts in der vom Urheber oder von der Urheberin gewählten Form. Wenn sich Taleb darüber beklagt, dass Dobelli von ihm bestimmte Anekdoten, Anschauungsbeispiele, Bonmots oder auch nur einzelne Begriffe übernommen habe, so kann er sich dafür nicht auf das Urheberrecht berufen: Zum einen handelt es sich in der Regel um keine geschützten Werke,

weil diesen Textelementen jeder individuelle Charakter abgeht, zum andern ist die Übernahme des Inhalts erlaubt, solange sie in einer andern textlichen Form erfolgt.

Diese begriffliche Einschränkung des Urheberrechtsschutzes ist in § 102 (b) des US Copyright Act ausdrücklich festgeschrieben: «In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work», heisst es dort. Trotzdem sind es gerade US-amerikanische Autorinnen und Autoren bzw. deren Verlage, die immer wieder versuchen, mithilfe des Urheberrechts Inhalte zu ihrem Eigentum zu erklären. Ihnen kann nur ebenso konstant entgegengehalten werden, dass gerade dies nicht der Sinn des Urheberrechts sein darf: Urheberrecht soll Werke schützen, aber in keinem Fall Inhalte monopolisieren.

Besonders stossend wird die Berufung auf urheberrechtlichen Schutz dort, wo es nicht einmal um eigene Inhalte geht. So wirft Taleb Dobelli etwa vor, von ihm den seit vielen Jahrhunderten verwendeten Begriff «via negativa» für Negativumschreibungen oder auch den umgangssprachlichen Ausdruck «heisse Luft» für die Qualifizierung wirtschaftlicher Publikationen übernommen zu haben. Er rügt, dass Dobelli über die gleichen psychologischen Versuchsanordnungen berichtet, die auch in seinen Publikationen referiert werden. Ebenso beanstandet er, dass Dobelli die gleichen Quellen zitiert wie er. All diese Vorwürfe sind urheberrechtlich offenkundig irrelevant; sie manifestieren einen Monopolanspruch auf Inhalte, den es so nicht geben kann und im Interesse der Kommunikationsfreiheit auch nicht geben darf.

### Anerkennung wissenschaftlicher Leistungen

Der Kern der Plagiatsdiskussion liegt denn auch gar nicht im Urheberrecht, sondern in der Anerkennung wissenschaftlicher Leistungen. Das Anstössige liegt einerseits in der unverdienten wissenschaftlichen Qualifikation des Plagiarius für eine nicht von ihm erbrachte Leistung, andererseits in der fehlenden Reverenz gegenüber derjenigen Person, welche die Leistung tatsächlich erbracht hat. Ob diese Leistung sich in einem urheberrechtlich geschützten Werk niedergeschlagen hat oder in einer urheberrechtlich nicht geschützten Publikation, z.B. in einer Datensammlung, einer mathematischen Falllösung oder in einer wissenschaftlichen Systematisierung, spielt gar keine Rolle. Es geht einzig um die richtige Zuschreibung.

Wissenschaftliche Leistung besteht ja durchaus nicht nur in der Schaffung von neuen Inhalten. Auch das Zusammentragen von Gegenständen, das Referieren früherer Erkenntnisse, das Systematisieren von Vorhandenem ist wissenschaftliche Arbeit. Warum denn sollte das Übernehmen fremder Inhalte unlauter sein? Es macht einen wesentlichen Teil von Wissenschaft und Forschung aus.

Es ist auch keineswegs so, dass wissenschaftliche Erkenntnisse notwendigerweise in urheberrechtlich geschützter Form publiziert werden. Gerade im Bereich der Naturwissenschaften beruhen viele Darstellungen auf standardisierten Systemen und standardisierten Publikationsformen und haben daher im

urheberrechtlichen Sinn keinen individuellen Charakter. Das ändert nichts daran, dass sie wissenschaftlich wertvoll sein können und dass die Leistungen denjenigen Personen zugeschrieben werden müssen, welche sie erbracht haben. Fehlt diese Zuschreibung und werden diese Leistungen als eigene ausgegeben, so handelt es sich um Plagiate, und zwar unabhängig von jeglicher urheberrechtlicher Qualifikation.

Es erscheint durchaus als angemessen, solche Plagiate zumindest im Bereich der Wissenschaft zu sanktionieren. Sie geben zum einen Leistungen vor, die nicht erbracht wurden, und führen dadurch zum Erschleichen wissenschaftlicher Anerkennung. Sie verhindern zum andern das Nachvollziehen der Entwicklung wissenschaftlicher Erkenntnisse, verunmöglichen so deren Überprüfung und verstossen damit gegen die wissenschaftliche Ethik. Der Entzug wissenschaftlicher Titel und Auszeichnungen, die auf diese Weise erworben wurden, ist berechtigt, ja notwendig. Ob das beanstandete Verhalten auch noch eine Verletzung eines Urheberrechts darstellt oder nicht, sollte dagegen keine Rolle spielen.

### Fazit

Unter Plagiaten sollte das verstanden werden, was mit der ursprünglichen Bedeutung des Begriffs gemeint war: die Verwendung einer fremden intellektuellen Leistung ohne Angabe der benutzten Quelle. Ob diese Quelle ein urheberrechtlich geschütztes Werk ist oder nicht, macht keinen Unterschied. Deshalb sollte der Begriff des Plagiats im Urheberrecht wohl besser nicht mehr verwendet werden; er stiftet dort nur Verwirrung.

---

**Zusammenfassung** Plagiatsvorwürfe machen Schlagzeilen. Politische und wissenschaftliche Karrieren werden abrupt beendet, weil den Betroffenen Plagiate nachgewiesen werden. In den Medien ist dabei oft vom Diebstahl geistigen Eigentums oder von Urheberrechtsverletzungen die Rede. Das ist fast immer unzutreffend. Plagiate haben nur in Ausnahmefällen etwas mit Urheberrecht zu tun.

---

**Michel Heinzmann**, Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Assoziierter Professor an der Universität Freiburg.  
michel.heinzmann@unifr.ch

**Bettina Bacher**, lic. iur., Rechtsanwältin, Lektorin an der Universität Freiburg.  
bettina.bacher@unifr.ch

## Art. 266 ZPO: Alter Wein in neuen Schläuchen?

Eine Analyse des Medienprivilegs aus zivilprozessualer Sicht

**Résumé** Avec l'entrée en vigueur de la nouvelle procédure civile fédérale, le privilège des médias de l'art. 28c al. 3 aCC a été transféré à l'art. 266 CPC. De nombreux principes de l'ancien droit restent valables sous le nouveau droit. Il se pose toutefois la question de savoir si les termes, légèrement modifiés lors de la transposition dans le CPC, mènent à une restriction ou à une augmentation du privilège. La nouvelle réglementation n'agrandit pas le champ d'application du privilège. En cas de mesures superprovisionnelles prises à leur encontre, les médias ne disposent plus de voie de recours. La seule possibilité qui leur est offerte afin de contrer de telles mesures est d'introduire un mémoire préventif. Avec la nouvelle procédure, les preuves peuvent être administrées par le biais d'une requête de preuve à futur, à laquelle le privilège des médias n'est pas applicable.

### I. Einleitung

Zu Beginn der 80er-Jahre publizierte die französischsprachige Walliser Tageszeitung «Le Nouvelliste» eine Serie von Zeitungsartikeln, in der ein Ingenieurbüro aus dem Oberwallis im Zusammenhang mit dem Savro-Skandal bezichtigt wurde, es habe überhöhte Honorarrechnungen gestellt und öffentliche Gelder veruntreut.<sup>1</sup> Ein vom Ingenieurbüro im Frühling 1981 eingereichtes Gesuch um vorsorgliche Massnahmen hiess das Bezirksgericht Sitten gut. Es ordnete ein (vorübergehendes) Publikationsverbot für zukünftige Artikel und die kostenlose Publikation einer vom Gericht formulierten Berichtigung an.<sup>2</sup>

1 BGE 107 Ia 277.

2 Die Verfügung lautete wie folgt (BGE 107 Ia 278 f.):

«1. Il est fait interdiction à André Luisier de publier dans Le Nouvelliste et Feuille d'Avis du Valais, jusqu'à droit connu, soit des articles présentant comme certain que le bureau Schneller, Schmidhalter et Ritz a calculé des devis et des honoraires surfaits lors de ses travaux pour l'Etat du Valais, soit des articles assimilant le comportement de ce bureau à des malversations ayant un caractère pénal.

2. Ordre est donné à André Luisier de publier dans Le Nouvelliste et Feuille d'Avis du Valais, en première page, avec la disposition habituelle et sans commentaire, le texte suivant: Les calculs de devis et honoraires du Bureau d'ingénieurs Schneller, Schmidhalter et Ritz à Brigue ont été taxés de surfaits à plusieurs reprises ces derniers mois par divers articles publiés par Le Nouvelliste et Feuille d'Avis du Valais. Ce bureau d'ingénieurs communique au

Das Bundesgericht schützte diesen Entscheid mit der Begründung, weder dem Publikationsverbot noch der Berichtigungspflicht liege eine willkürliche Anwendung des kantonalen Zivilprozessrechts zugrunde.

Würde ein solcher Fall heute anders entschieden? Zweifel sind angebracht, denn kurz nach dem bundesgerichtlichen Entscheid wurde im Rahmen der Revision des Persönlichkeitsrechts das sogenannte Medienprivileg in das Gesetz aufgenommen (Art. 28c Abs. 3 aZGB), das – gewissermassen als Ausgleich zur mit der Novelle bezweckten Stärkung des Persönlichkeitsschutzes – «eine Art Zensur» periodisch erscheinender Medien verhindern sollte.<sup>3</sup> Das Medienprivileg wurde mit dem Inkrafttreten der ZPO aus dem Zivilgesetzbuch herausgelöst und in den Art. 266 ZPO überführt. Gesetzgeber und Lehre gehen davon aus, dass diese Überführung keine Änderungen nach sich gezogen hat.<sup>4</sup> Ist somit alles beim Alten geblieben? Dieser und ein paar anderen Fragen soll im vorliegenden Beitrag nachgegangen werden.

### II. Alt(bewährt?)es

Die Regelung in Art. 28c ff. aZGB diene als Modell für die Gestaltung des einstweiligen Rechtsschutzes in der ZPO.<sup>5</sup> Die Bestimmungen in Art. 261 ff. ZPO regeln nun das Verfahren für sämtliche vorsorglichen Massnahmen.

public qu'il conteste formellement ces accusations, qui ne reposent selon lui que sur des affirmations unilatérales, confirmées seulement partiellement par un premier expert et contredites par un second expert. Aucune action civile ni pénale n'a été introduite à ce sujet contre le Bureau SSR. Par contre, le Bureau SSR vient d'agir sur les plans civil et pénal contre le rédacteur du Nouvelliste, pour obtenir réparation des articles qu'il considère comme une atteinte illicite à ses intérêts personnels et à l'honneur moral et professionnel de chacun de ses membres.

Bureau d'ingénieurs Schneller, Schmidhalter et Ritz. Ce texte sera publié sur requête du Bureau Schneller, Schmidhalter et Ritz, dans les 10 jours dès la notification de la présente ordonnance et aux frais de l'intimé.»

3 Botschaft Persönlichkeitsschutz, 645, 667.

4 Botschaft ZPO, 7357; Expertenbericht ZPO, 134; statt vieler ZürcherKomm/Huber, Art. 265 ZPO, N 1.

5 Botschaft ZPO, 7353.

## 1. Voraussetzungen

### A. Allgemeine Voraussetzungen

Art. 261 Abs. 1 ZPO regelt die allgemeinen Voraussetzungen für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme. Die gesuchstellende Partei muss glaubhaft machen, dass ein ihr zustehender zivilrechtlicher Anspruch verletzt oder eine Verletzung zu befürchten ist und ihr ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht; zudem muss zeitliche Dringlichkeit bestehen.<sup>6</sup> Bei vorsorglichen Massnahmen gegen periodisch erscheinende Medien steht die Verletzung der Ansprüche aus dem zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz nach Art. 28a ZGB im Vordergrund.<sup>7</sup>

### B. Spezifische Voraussetzungen

Richtet sich das Gesuch um einstweiligen Rechtsschutz gegen periodisch erscheinende Medien, kommen nach Art. 266 ZPO verschärfte Voraussetzungen zur Anwendung. Diese müssen zusätzlich zu den allgemeinen Voraussetzungen nach Art. 261 Abs. 1 ZPO erfüllt sein.<sup>8</sup>

#### a) Periodisch erscheinende Medien

Als periodisch erscheinende Medien gelten neben Presse, Radio und Fernsehen sämtliche Informationsübertragungsmittel, die für jedermann zugänglich sind und damit einen unbestimmten Empfängerkreis haben.<sup>9</sup> Diese Kriterien gelten auch für die digitale Kommunikation.<sup>10</sup> Eine E-Mail ist daher grundsätzlich kein Medium, ein digitaler Newsletter mit offenem Abonnementkreis hingegen schon.<sup>11</sup> Teilweise wird auch vorgeschlagen, nur nach journalistischen Kriterien aufbereitete Internetauftritte unter dem Medienbegriff zu subsumieren.<sup>12</sup> Periodisch ist ein Medium, wenn es sich in regelmässigen Abständen an ein bestimmtes, relativ unverändertes Publikum richtet.<sup>13</sup> Die Inhalte eines solchen Kommunikationsmittels sind veränderbar und werden regelmässig aktualisiert.<sup>14</sup> Bei Internetpublikationen wird Periodizität zumeist bejaht, wenn eine Website in regelmässigen Abständen erneuert wird.<sup>15</sup>

#### b) Besonders schwerer Nachteil und offensichtliches Fehlen eines Rechtfertigungsgrundes

Vorsorgliche Massnahmen gegen Medien werden nur ausgesprochen, wenn dem Gesuchsteller ein besonders schwerer Nachteil droht und ein Rechtfertigungsgrund offensichtlich fehlt. Auch hier beschreitet die ZPO kein Neuland, sodass auf die existierende Rechtsprechung und Lehre verwiesen werden kann. Aus zivilprozessualer Sicht erwähnenswert ist allerdings eine bisher – soweit ersichtlich – unbemerkt gebliebene Andeutung des Bundesgerichts. Bekanntlich genügt bei vorsorglichen Massnahmen nach Art. 261 ZPO die Glaubhaftmachung der rechtserheblichen Tatsachen. Laut höchstrichterlicher Rechtsprechung ist eine Tatsache glaubhaft gemacht, «wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte»<sup>16</sup>. In zwei neueren unpublizierten Entscheiden scheint das Bundesgericht für den besonders schweren Nachteil und für das offensichtliche Fehlen eines Rechtfertigungsgrundes nun aber einen strengeren Massstab anlegen zu wollen, indem es für deren Nachweis eine «quasi-certitude» verlangt.<sup>17</sup> Dieses Kriterium erinnert an die Beweiserleichterung, welche die Rechtsprechung im Zusammenhang mit Art. 42 Abs. 2 OR entwickelt hat. Demnach muss der Geschädigte für den geltend gemachten Schaden zwar nicht den vollen Beweis erbringen, aber es reicht nicht aus, dass der Schaden im Bereich des Möglichen liegt, sondern er muss als annähernd sicher erscheinen.<sup>18</sup> Diese Erleichterung erlaubt es dem Geschädigten in Fällen, in denen der strikte Nachweis des Schadens und insbesondere der Nachweis von dessen Höhe naturgemäss nicht möglich ist, seinem Recht zum Durchbruch zu verhelfen. Die Ausgangslage in Art. 266 ZPO ist aber eine andere, geht es doch hier nicht um die Durchsetzung des materiellen Rechts im Falle der Beweisnot, sondern um den Schutz der Medien. Wenn das Gesetz vom Vorliegen eines besonders schweren Nachteils spricht, knüpft es am «nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil» von Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO an, der nicht «normal», sondern eben «besonders schwer» sein muss. Diese Verschärfung bezieht sich auf die Qualifikation des Tatbestandsmerkmals, beschlägt das Beweismass hingegen nicht. Gleich verhält es sich mit dem zweiten Tatbestandselement, dem «offensichtlichen Fehlen eines Rechtfertigungsgrundes», welches bedeutet, dass die Interessenabwägung klar

6 Zum Ganzen BaslerKomm/Sprecher, Art. 261 ZPO, N 10ff.

7 Das Medienprivileg gilt auch in verwandten Gebieten (UWG, KG usw.; vgl. von Büren/Marbach/Ducrey, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., Bern 2008, N 1028), auf die nicht mehr eingegangen wird.

8 Statt vieler BaslerKomm/Sprecher, Art. 266 ZPO, N 21.

9 Grundlegend BGE 113 II 369; vgl. Tercier, Le nouveau droit de la personnalité, Zürich 1984, N 1318ff.

10 Es ist nicht ganz zutreffend, wenn «das Internet» als Medium bezeichnet wird. «Das Internet» als solches ist lediglich ein Transportweg für Daten, es ist per se genauso wenig ein Medium wie die Post. Vgl. BaslerKomm/Dasser, Art. 139 IPRG, N 8; Riemer, Gegendarstellungsrecht (Art. 28g–28l ZGB), insbesondere offene und kontroverse Fragen, recht 2004, 115.

11 BaslerKomm/Sprecher, Art. 266 ZPO, N 12.

12 Studer, Publikationsverbote und Grundrechte, in: Niggli et al. (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin: zur Emeritierung und zugleich dem 67. Geburtstag, Zürich 2007, 689, m.H. auf eine Stellungnahme des Presserates aus dem Jahre 2000.

13 Statt vieler Tercier (Fn. 9), N 1331.

14 Statt vieler Bucher, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 4. Aufl., Basel 2009, N 665f.

15 Statt vieler Hausheer/Aebi-Müller, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. Aufl. Bern 2012, N 15.31;

a.M. Deschenaux/Steinauer, Personnes physiques et tutelle, 4. Aufl., Bern 2001, N 668a. Periodizität bejaht bei Blogs zu Fernsehsendungen, BGE 136 IV 150.

16 BGE 130 III 325 m.w.H. Die Umschreibungen in Lehre und Rechtsprechung variieren, gemeint ist aber immer dasselbe (vgl. BaslerKomm/Sprecher, Art. 261, N 52).

17 BGer, 23.2.2012, 5A\_641/2011, E. 7.1: «Le Tribunal fédéral a précisé que le degré ordinaire de la preuve en matière de mesures provisoires – la vraisemblance – ne semble pas suffire; que l'atteinte au droit de fond ne soit manifestement pas justifiée signifie que le requérant doit apporter au juge une quasi-certitude; de même, un dommage particulièrement grave ne saurait résulter que d'une preuve plus stricte que l'apparence (arrêt 5A\_706/2010 du 20 juin 2011 consid. 4.2.1; consid. 5, non publié aux ATF 118 II 369).» Ganz sicher scheint sich das Bundesgericht seiner Sache allerdings nicht zu sein («ne semble suffire»).

18 BGE 122 III 221.

zugunsten der Gesuchstellerin ausfallen muss.<sup>19</sup> Am Beweismass ändert dies nichts. Kurzum: Der nicht leicht wiedergutzumachende, besonders schwere Nachteil und die Persönlichkeitsverletzung müssen nach unserem Dafürhalten von der gesuchstellenden Partei entgegen den bundesgerichtlichen Andeutungen lediglich glaubhaft gemacht werden.<sup>20</sup>

## 2. Massnahmen

### A. Massnahmekategorien

Art. 262 ZPO zählt mögliche Massnahmen auf, die der Richter im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes anordnen kann, und lässt im Sinne einer Generalklausel jede gerichtliche Anordnung zu, die geeignet ist, den drohenden Nachteil abzuwenden. Prinzipiell können sämtliche Ansprüche des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes (Art. 28a ZGB) auch als einstweilige Verfügungen geltend gemacht werden.<sup>21</sup> Die gesuchstellende Partei kann demnach vorsorglich den Eintritt einer Persönlichkeitsverletzung verhindern oder die Ursache für eine eingetretene und noch andauernde Persönlichkeitsverletzung beseitigen lassen.

Umstritten ist, inwieweit auch ein vorsorgliches Feststellungsbegehren zulässig ist.<sup>22</sup> Mit der Feststellungsklage nach Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB kann der Kläger feststellen lassen, dass ein bestimmtes abgeschlossenes Verhalten des Beklagten, das nicht anders beseitigt werden kann, sich weiterhin störend auswirkt und eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung verursacht.<sup>23</sup> Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts dient die Feststellungsklage im Persönlichkeitsschutz der Beseitigung einer Verletzung, sodass auch von einer «Leistungs-(Beseitigungs-)klage im Gewande der Feststellungsklage» die Rede ist.<sup>24</sup> Ein möglicher Störungszustand, der «mit der auf Beseitigung zielenden Feststellungsklage behoben werden soll, ist dabei im Fortbestand der verletzenden Äusserung auf einem Äusserungsträger zu erblicken, der geeignet ist, die Verletzung fortwährend kundzutun und hierdurch Persönlichkeitsgüter des Verletzten unablässig oder erneut zu beeinträchtigen»<sup>25</sup>. Deswegen ist eine provisorische Feststellung u. E. denkbar,

wenn sie unter den gegebenen Umständen dazu führt, dass ein Störungszustand (provisorisch) behoben wird.<sup>26</sup> Entsprechend ist auch eine provisorische Urteils publikation nicht *a priori* ausgeschlossen.<sup>27</sup> In der Praxis dürften solche Konstellationen freilich selten vorkommen.

Akzessorisch zu den negatorischen Klagen ist nach der Rechtsprechung die Anordnung einer vorsorglichen Berichtigung gegenüber periodisch erscheinenden Medien nur zulässig, wenn die Voraussetzungen der Gegendarstellung nicht erfüllt sind.<sup>28</sup> Das Bundesgericht räumt richtigerweise ein, dass die Unterscheidung zwischen einer gegendarstellungsfähigen Tatsachendarstellung und einem Werturteil, das von der Gegendarstellung ausgeschlossen ist, schwerfallen kann.<sup>29</sup> Der Richter darf die gesuchstellende Partei deshalb nicht leichtfertig auf die Gegendarstellung verweisen, zumal sich mit der Gegendarstellung keine vorsorgliche Unterlassung oder Beseitigung der Veröffentlichung erreichen lässt. Einzelne Vertreter bejahen die Subsidiarität der vorsorglichen Massnahmen gegenüber der Gegendarstellung daher zu Recht nur dort, wo mit der Massnahme nichts anderes als eine Gegendarstellung beabsichtigt ist.<sup>30</sup>

### B. Verhältnismässigkeit der Massnahme

Als dritte Voraussetzung nennt Art. 266 lit. c ZPO die Verhältnismässigkeit der Massnahme und übernimmt auch hier altes Recht.<sup>31</sup> Zutreffend wurde drauf hingewiesen, dass diese Voraussetzung redundant ist und ersatzlos gestrichen werden könnte, muss doch jede vorsorgliche Massnahme verhältnismässig sein.<sup>32</sup> Die Erwähnung des Verhältnismässigkeitsgebots in Art. 266 lit. c ZPO ist sogar irreführend. Denn in Wirklichkeit handelt es sich dabei nicht um eine Voraussetzung, sondern um einen vom Gericht mit Blick auf die Rechtsfolge zu beachtenden Grundsatz.<sup>33</sup> Hat die gesuchstellende Partei eine (drohende) Rechtsverletzung, die einen nicht leicht wiedergutzumachenden, besonders schweren Nachteil verursachen kann, glaubhaft gemacht, so muss das Gericht eine vorsorgliche Massnahme anordnen.<sup>34</sup> Das Verhältnismässigkeitsgebot beantwortet

19 Bucher (Fn. 14), N 628.

20 Gl. M. Bugnon, Les mesures provisionnelles de protection de la personnalité, in: Gauch et al. (Hrsg.), La protection de la personnalité, bilan et perspectives d'un nouveau droit, contributions en l'honneur de Pierre Tercier pour ses cinquante ans, Fribourg 1993, 41f.; a. M. Hohl, L'exécution anticipée «provisoire» des droits privés, PJA 1992, 585 und 589.

21 Der Zusammenhang der Bestimmung zu den vorsorglichen Massnahmen mit Art. 28a ZGB bleibt auch unter dem neuen Recht bestehen. Vgl. BGE 118 II 373f.

22 Vgl. den Überblick bei CommRomand/Jeandin, Art. 28c, FN 23. Die ZPO schliesst dies nicht grundsätzlich aus, Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2013, § 22 N 8; ZürcherKomm/Huber, Art. 261 ZPO, N 17; zurückhaltender BaslerKomm/Sprecher, Art. 262 ZPO, N 12; ablehnend BernerKomm/Güngerich, Art. 262 ZPO, N 50.

23 Hausheer/Aebi-Müller (Fn. 15), N 14.27.

24 BGE 127 III 485.

25 Ibid. Ein hinreichendes Feststellungsinteresse besteht daher ganz allgemein, wenn der Verletzte ein schützenswertes Interesse an der Beseitigung der Verletzung hat.

26 CommRomand/Jeandin, Art. 28c ZGB, N 14.

27 Tercier (Fn. 9), 1151.

28 BGE 118 II 372. BGer, 17. 11. 2005, 5P.259/2005, E 6.6. Es ist fraglich, inwieweit sich diese zwei Rechtsbehelfe gegenseitig ausschliessen, denn ihre Funktion ist unterschiedlich: Während es beim Gegendarstellungsrecht um die Tatsachendarstellung der betroffenen (aber nicht notwendigerweise in ihrer Persönlichkeit verletzten) Person geht, zielt eine vorsorgliche Berichtigung auf die provisorische Richtigstellung einer persönlichkeitsverletzenden Publikation durch das Gericht.

29 BGE 118 II 371. Die Unterscheidung war im zu behandelnden Fall eindeutig.

30 BaslerKomm/Sprecher, Art. 266 ZPO, N 44; vgl. Bucher (Fn. 14), N 631f.

31 Art. 28c Abs. 3 i. f. aZGB.

32 Statt vieler BaslerKomm/Sprecher, Art. 266 ZPO, N 34.

33 ZürcherKomm/Huber, Art. 261, N 23, will die Verhältnismässigkeit als Voraussetzung sowie als Kriterium für die Ausgestaltung der Massnahme verstanden wissen.

34 Vgl. BGE 94 I 10f.; gl. M. bzgl. vorsorglicher Massnahmen im Allgemeinen CommRomand/Bohnet, Art. 261 CPC, N 17; DikeKomm/Zürcher, Art. 261 ZPO, N 29; a. M. offenbar Tercier (Fn. 9), N 1166.

tet mit anderen Worten nicht die Frage nach dem Ob, sondern diejenige nach dem Wie der Massnahme.

Mit Hinweis auf das Verhältnismässigkeitsgebot geht ein Teil der Lehre davon aus, die Dispositionsmaxime werde im Bereich vorsorglicher Massnahmen aufgeweicht.<sup>35</sup> Der Richter bedürfe einer gewissen Flexibilität, um die am besten geeignete und mildeste Massnahme treffen zu können. Obschon diese Bedenken nicht unberechtigt sind, geht das Bundesgericht richtigerweise davon aus, dass die Dispositionsmaxime auch bei vorsorglichen Massnahmen zum Tragen kommt.<sup>36</sup> Die neue ZPO bestätigt diese Sichtweise. Nach Art. 58 ZPO darf das Gericht einer Partei nichts anderes zusprechen als diese verlangt, es sei denn, das Gesetz sehe etwas anderes vor. Weder den Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen (Art. 261 ff. ZPO) noch denjenigen über das summarische Verfahren (Art. 248 ff. ZPO) lässt sich eine solche Ausnahmeregelung entnehmen. Die gesuchstellende Partei ist deshalb gut beraten, im Zweifelsfalle zu viel zu verlangen, mithin eine möglicherweise unverhältnismässige Massnahme zu beantragen. Das angerufene Gericht wird ihr gegebenenfalls weniger zusprechen, als sie verlangt hat.<sup>37</sup> Auch der Gefahr, dass die gesuchstellende Partei ihre Rechtsbegehren zu allgemein formuliert und so einen Nichteintretensentscheid riskiert,<sup>38</sup> kann mit zivilprozessualen Mitteln begegnet werden. Rechtsbegehren sind gemäss Art. 52 ZPO nach Treu und Glauben sowie mit Blick auf die Begründung des Gesuchs zu interpretieren, und im Dispositiv des Entscheids ist gegebenenfalls eine präzisere Formulierung zu verwenden.<sup>39</sup> Nicht zu vergessen ist ausserdem Art. 56 ZPO, der das Gericht verpflichtet (und nicht nur berechtigt!), unklare und unbestimmte Vorbringen einer Partei durch entsprechende Fragen klarstellen und ergänzen zu lassen.

### III. Neues

#### 1. Neuer Wortlaut

##### A. Drohende Rechtsverletzung

In Art. 28c Abs. 3 aZGB war von einer «Verletzung» die Rede, die das Gericht «vorsorglich verbieten oder beseitigen» konnte. Im Unterschied dazu spricht Art. 266 ZPO nur von einer «drohenden Verletzung». Es stellt sich die Frage, ob die Än-

derung des Wortlauts auch den Inhalt der Norm verändert und welche Konsequenzen dies nach sich ziehen würde.

In zwei kürzlich erschienenen Publikationen<sup>40</sup> geht Schwaibold davon aus, dass der neue Wortlaut auch den Norminhalt revidiert. Er führt aus, Art. 266 lit. a ZPO beziehe sich nur auf künftige, noch nicht eingetretene Rechtsverletzungen. Zwar unterscheidet auch Art. 262 ZPO zwischen Verbot und Beseitigung und damit zwischen drohender und eingetretener Verletzung. Art. 266 ZPO stehe jedoch allein, sodass man nicht mit Hinweis auf die Systematik argumentieren könne, die drohende Verletzung schliesse die bestehende Verletzung mit ein. Vielmehr komme Letztere in der Bestimmung nicht mehr vor.

Daher seien vorsorgliche Massnahmen gegen periodisch erscheinende Medien nur noch im Falle einer drohenden Rechtsverletzung zulässig. Gegen tatsächlich eingetretene Rechtsverletzungen seien sie hingegen ausgeschlossen. Erfolgte Rechtsverletzungen könnten nur nachträglich in einem Hauptverfahren sanktioniert werden. Selbst eine persönlichkeitsverletzende Publikation, die nach Gesuchseinreichung, aber vor dem Urteil erfolgt, könne nicht mehr verboten werden. So gelte bei periodisch erscheinenden Medien der Grundsatz «erst publizieren, dann prozessieren».<sup>41</sup>

##### B. Stellungnahme

###### a) Nicht nur der Wortlaut zählt

Ohne Zweifel unterscheidet sich der Wortlaut der neuen Bestimmung von dem ihres Vorbilds im ZGB. Allerdings lässt sich über Tragweite und Interpretation dieser Neuerung diskutieren. Schwaibold stützt sich bei seinem Verständnis von Art. 266 ZPO primär auf den geänderten Wortlaut. Herrschende Lehre und Praxis beziehen indessen stets auch Gesetzssystematik, Entstehungsgeschichte der Norm sowie Sinn und Zweck der Bestimmung in die Auslegung mit ein.<sup>42</sup>

Da es sich vorliegend um eine erst kürzlich erfolgte Gesetzesrevision handelt, soll die Entstehungsgeschichte der Norm Ausgangspunkt unserer Überlegungen sein. In der Botschaft hielt der Bundesrat zu Art. 266 ZPO (Art. 262 E-ZPO) lapidar fest, die Sonderregelung entspreche geltendem Recht, sodass Art. 28c Abs. 3 aZGB aufgehoben werden könne.<sup>43</sup> Dasselbe schrieb die Expertenkommission, die zudem präziserte, sie wolle diese rechtspolitische Lösung unangetastet lassen.<sup>44</sup> In den eidgenössischen Räten gab die Bestimmung keinen Anlass für Diskussionen, sondern wurde – soweit ersichtlich – im Laufe der Beratungen nicht einmal erwähnt.<sup>45</sup> Aufgrund der Entste-

35 BernerKomm/Güngerich, Art. 262, N 51 f. m. w. H.; Bugnon (Fn. 20), 44.

36 BGer, 7.7.2008, 4A\_103/2008, E. 10.1.

37 Ähnlich Staehelin/Staehelin/Grolimund (Fn. 22), § 22 N 29. Zwar zeitigt ein Überklagen gemäss Art. 106 Abs. 2 ZPO im Prinzip Kostenfolgen für die gesuchstellende Partei. Allerdings kann der Richter angesichts der Schwierigkeit, in diesem Bereich «treffende» Rechtsbegehren zu formulieren, gestützt auf Art. 107 ZPO die Prozesskosten trotzdem (vollumfänglich) der nur teilweise unterliegenden Gegenpartei auferlegen.

38 BGE 137 II 617 m. w. H.

39 Ähnlich Berti, Vorsorgliche Massnahmen im schweizerischen Zivilprozessrecht, ZSR 1997 II, 218 f., der u. E. den Bogen allerdings überspannt, wenn er dem Gericht die Möglichkeit einräumt, andere Massnahmen anzuordnen als diejenigen, die von der Gesuchstellerin vorgeschlagen wurden.

40 Schwaibold, Superprovisorische Massnahmen gegen Medien im Persönlichkeitsrecht, in: Furrer (Hrsg.), Aktuelle Anwaltspraxis 2013, 135 ff.; gekürzte Fassung: Eine versehentliche Reform: Massnahmen gegen periodische Medien gemäss Art. 266 ZPO, SZP 2013, 355 ff.

41 Schwaibold (Fn. 40), Anwaltspraxis, 150.

42 Vgl. z. B. BGE 131 III 315 f.; BernerKomm/Emmenegger/Tschentscher, Art. 1 ZGB, N 134, 182 ff.

43 Botschaft ZPO, 7357. Art. 262 E-ZPO und Art. 283 VE-ZPO stimmen überein.

44 Expertenbericht ZPO, 134.

45 Im Jahre 1983 waren die vorsorglichen Massnahmen gegen periodisch erscheinende Medien hingegen Gegenstand ausführlicher Beratungen in beiden Räten. Vgl. AB N 1983 1389, AB S

hungsgeschichte der Norm ist davon auszugehen, dass die eidgenössischen Räte der Ansicht waren, sie würden eine bestehende Regelung unverändert in ein neues Gesetz transponieren. Anhaltspunkte für eine andersgeartete Regelungsabsicht des Gesetzgebers lassen sich den Materialien nicht entnehmen. Insofern deutet einiges auf ein gesetzgeberisches Versehen hin, wie dies beispielsweise auch in Art. 49 OR<sup>46</sup> der Fall ist.

Auch mit Blick auf die Gesetzssystematik ist die Auslegung von Schwaibold keineswegs zwingend. Seinem Verständnis nach ist Art. 266 ZPO eine *lex specialis* zu Art. 261 ZPO, welche die vorsorglichen Massnahmen gegen periodisch erscheinende Medien vollständig regelt. Ein «Mitlesen» der allgemeinen Bestimmungen schliesst er mit Blick auf die «drohende Verletzung» aus. Nicht ausgeschlossen sei dies hingegen in Bezug auf den Nachteil. Dieser soll nicht nur nach Art. 266 lit. a ZPO besonders schwer, sondern kumulativ gemäss Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO auch nicht leicht wiedergutzumachen sein.<sup>47</sup> Folgte man Schwaibolds Argumentation in Bezug auf die Verletzung, wäre ausschliesslich ein besonders schwerer Nachteil glaubhaft zu machen, da ja Art. 266 ZPO die vorsorglichen Massnahmen gegenüber periodisch erscheinenden Medien losgelöst von Art. 261 ZPO regeln soll. Der besonders schwere Nachteil träte ebenso an die Stelle des nicht wiedergutzumachenden Nachteils, wie die drohende Verletzung an die Stelle der bestehenden und zu befürchtenden Verletzung treten soll. Weshalb nun ein systematisches Verständnis der Norm in Bezug auf das eine Kriterium ausgeschlossen sein soll, in Bezug auf ein weiteres aber nicht, ist nicht ersichtlich.

Vor allem erscheinen die Konsequenzen, die Schwaibold aus der Änderung des Wortlauts zieht, im Hinblick auf Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung fragwürdig. Es ist unbestritten, dass die Betroffenen im Bereich des Persönlichkeitsschutzes die Möglichkeit zu raschem und umfassendem Rechtsschutz haben sollen. In Bezug auf periodisch erscheinende Medien wurde der Befürchtung einer richterlichen Vorzensur mit dem Medienprivileg Rechnung getragen. Hingegen stand nie infrage, periodisch erscheinende Medien grundsätzlich von vorsorglichen Massnahmen auszunehmen. Dies wäre aber die Konsequenz der Ausführungen von Schwaibold: Gegen periodisch erscheinende Medien soll – ausser im Falle einer drohenden Verletzung – lediglich der ordentliche Rechtsweg offenstehen. Das materielle Recht sieht jedoch ausdrücklich für alle Phasen einer Persönlichkeitsverletzung entsprechende Klagemöglichkeiten vor. Aufgrund seiner dienenden Funktion darf das Prozessrecht die Verwirklichung des materiellrechtlich vorgesehenen Systems nicht vereiteln, und zwar auch nicht in Bezug auf den einstweiligen Rechtsschutz. Eine derartige Rechtsschutzlücke lässt sich auch mit der Medienfreiheit nicht rechtfertigen, zumal es sich beim Persönlichkeitsschutz eben-

falls um ein Grundrecht handelt,<sup>48</sup> das der Medienfreiheit hierarchisch gleichgeordnet ist.

#### b) Einschränkung des Medienprivilegs?

Bleibt die Änderung des Wortlauts damit ein redaktionelles Versehen ohne Konsequenzen? Es ist denkbar. Denkbar wäre aber auch, Art. 266 ZPO lediglich als eine *lex specialis* in Bezug auf das Kriterium der zu befürchtenden Verletzung in Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO zu betrachten. Dies hätte zur Folge, dass nur Massnahmen gegen drohende Verletzungen dem Medienprivileg unterstellt wären, während alle anderen Massnahmen, auch gegen periodisch erscheinende Medien, nach den allgemeinen Regeln des einstweiligen Rechtsschutzes in Art. 261 ZPO ergingen. Insbesondere stünden bereits erfolgte Verletzungen nicht mehr unter dem Schutzschirm des Medienprivilegs, was sich mit Blick auf Sinn und Zweck der Regelung durchaus rechtfertigen liesse.<sup>49</sup> Zwar fehlt es auch für diese Auslegung an Anhaltspunkten für eine entsprechende Regelungsabsicht des Gesetzgebers. Hingegen kommt dieses Verständnis ohne systematische Widersprüche aus, indem die Bestimmungen zum einstweiligen Rechtsschutz konsequent als Ganzes gelesen werden. Den Bedenken gegenüber einer richterlichen Vorzensur würde weiterhin Rechnung getragen, denn diese beschlagen bei periodisch erscheinenden Medien primär die Zeit vor der Publikation. Vor allem aber ergäben sich keine Rechtsschutzlücken in einem Bereich, in dem den vorsorglichen Massnahmen eine zentrale Bedeutung zukommt. Schliesslich würde sich der Wegfall des Privilegs in Bezug auf bestehende Verletzungen in die grundsätzliche Tendenz in Lehre und Rechtsprechung<sup>50</sup> einordnen, für einen wirksameren Persönlichkeitsschutz zu sorgen.

## 2. Neues Gesetz

### A. Allgemeines

Mit der Überführung von Art. 28c Abs. 3 aZGB in den neuen Art. 266 ZPO erfolgte eine offenbar unbeabsichtigte systematische Änderung. Das Medienprivileg wurde nämlich aus dem Kontext des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes herausgerissen, sodass sich zunächst die Frage stellt, ob dadurch sein Anwendungsbereich verallgemeinert wurde. Anders formuliert: Gelten die strengeren Voraussetzungen von Art. 266 ZPO nunmehr für sämtliche (drohenden) Rechtsverletzungen gegenüber periodisch erscheinenden Medien?<sup>51</sup> Unseres Erachtens muss diese These verworfen werden. Es ist nicht einzusehen, warum das Medienprivileg auch ausserhalb des Persön-

1983 142 ff.

46 Bei der Revision im Jahre 1984 entfiel das besonders schwere Verschulden als Voraussetzung für die Ausrichtung einer Genugtuung. Nach Lehre und Rechtsprechung handelt es sich dabei um ein redaktionelles Versehen, vgl. BK-Brehm, Art. 49 N 12 m. w. H.

47 Dies entspricht herrschender Lehre. Das Bundesgericht hielt in Bezug auf die alte Regelung ausdrücklich fest, dass Art. 28c Abs. 3 im Kontext der Abs. 1 und 2 der Norm zu lesen sei, BGE 118 II 271.

48 Schwaibold (Fn. 40), 160, scheint dies anders zu sehen, wenn er formuliert: «Das nicht gewährte Superprovisorium mag allenfalls eine Verletzung eines Persönlichkeitsrechts zur Folge haben, aber dies erscheint summa summarum weniger problematisch als der Eingriff in ein Grundrecht auf bloss einseitiges Vorbringen hin (...)»

49 Tercier (Fn. 9), N 1151, hielt bereits 1984 fest: «Elle [das Medienprivileg] n'a plus la même justification lorsque l'atteinte a eu lieu.» Ebenso Deschenaux/Steinauer (Fn. 15), N 678.

50 Vgl. bspw. die Ausführungen bei Bucher (Fn. 14), N 623 ff., oder die Erwägungen des Bundesgerichts in BGE 133 III 163.

51 Vgl. Fn. 7.

lichkeitsrechts Wirkungen zeitigen sollte, denn die Regelung dient unverändert dazu, die Gefahr einer richterlichen Vorzensur zu bannen.<sup>52</sup> Die herrschende Lehre geht daher zu Recht (meist implizit) davon aus, dass Art. 266 ZPO weiterhin primär im Bereich des Persönlichkeitsschutzes anwendbar ist.<sup>53</sup> Auch in Zukunft soll sich ein Medium nicht auf Art. 266 ZPO berufen können, um sich gegen die vorsorgliche Anordnung eines Bauhandwerkerpfandrechts zur Wehr zu setzen.<sup>54</sup>

Obwohl der sachliche Anwendungsbereich unverändert geblieben ist, hat das Inkrafttreten der ZPO eine nicht zu unterschätzende Neuregelung der vorsorglichen Massnahmen zur Folge. Während die frühere ZGB-Regelung lediglich die Eckpfeiler einschlug und den Kantonen die Detailregelung überliess,<sup>55</sup> enthält die ZPO nunmehr eine abschliessende Regelung. Zu beachten sind insbesondere die Bestimmungen über das summarische Verfahren (Art. 248 bis 270 ZPO) und – sinngemäss ergänzend – diejenigen über das ordentliche Verfahren (Art. 220 bis 242 ZPO), der allgemeine Teil der ZPO (Art. 1 bis 196 ZPO) sowie der Titel über die Rechtsmittel (Art. 308 bis 334 ZPO) und das Kapitel über die Vollstreckung von Entscheiden (Art. 335 bis 346 ZPO). Eine umfassende Analyse aller Regelungen würde den Rahmen dieser Arbeit allerdings sprengen. Im Folgenden werden daher drei ausgewählte Aspekte behandelt, die im vorliegenden Zusammenhang besonders bedeutsam sind.

### B. Superprovisorische Massnahmen und Schutzschrift

Wie bereits Art. 28d Abs. 2 aZGB erlaubt auch Art. 265 ZPO die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ohne Anhörung der Gegenpartei. Solche superprovisorischen Verfügungen bedürfen des Nachweises einer besonderen Dringlichkeit, die im Zusammenhang mit persönlichkeitsverletzenden Publikationen durch die Medien – man denke etwa an die Tagespresse – nicht selten gegeben sein dürfte. Die Gesuchstellerin darf die Dringlichkeit allerdings nicht durch eine abwartende Haltung herbeiführen. Art. 28d aZGB hielt deshalb fest, dass eine superprovisorische Massnahme nur angeordnet werden dürfe, wenn «der Gesuchsteller [...] sein Gesuch nicht offensichtlich hinausgezögert [hat]». Obwohl diese Voraussetzung in Art. 265 ZPO nicht mehr erwähnt wird, hat sich an der Rechtslage nichts geändert, denn der zitierte Passus wurde unter altem Recht als Konkretisierung des Rechtsmissbrauchsverbots verstanden,<sup>56</sup> das sich nunmehr aus Art. 52 ZPO ergibt.<sup>57</sup>

Eine bislang offenbar nicht besprochene Frage betrifft das Verhältnis zwischen Beweislast und fehlender Anhörung der Gesuchsgegnerin. Im Rahmen des Persönlichkeitsschutzes trägt nämlich Letztere die Beweislast für die Rechtfertigungsgründe.<sup>58</sup> Wie kann sich das Medium aber gegen die negativen Folgen der Beweislosigkeit wehren, wenn es gar nicht angehört wird? Auch wenn die Gesuchstellerin vermutlich dazu neigen wird, rechtshindernde Tatsachen zu verschweigen, muss ihr eine gewisse Wahrheitspflicht – oder besser: eine Vollständigkeitspflicht – auferlegt werden. Als Ausgleich für den Aufschub des rechtlichen Gehörs soll sie den relevanten Sachverhalt nach Treu und Glauben möglichst vollständig darstellen.<sup>59</sup> Dagegen verstiesse beispielsweise ein Gesuch, in dem eine im Vorfeld erfolgte Zustimmung zur Veröffentlichung verschwiegen wird. Gegenüber periodisch erscheinenden Medien ist das Problem insofern entschärft, als eine summarische Beurteilung des wichtigsten Rechtfertigungsgrundes, nämlich des öffentlichen Interesses an der Publikation einer möglicherweise persönlichkeitsverletzenden Äusserung, regelmässig aufgrund des Gesuchs selber vorgenommen werden kann. Die gesuchstellende Partei wird kaum eine (drohende) besonders schwere Persönlichkeitsverletzung glaubhaft machen können, ohne dem Gericht zugleich die potenziellen Argumente für das Vorliegen eines öffentlichen Interesses an der strittigen Publikation zu liefern. Die ZPO bietet der Gesuchsgegnerin ausserdem eine Möglichkeit, sich vorzeitig Gehör zu verschaffen. Mit einer Schutzschrift nach Art. 270 ZPO kann sie eine superprovisorische Massnahme antizipieren und dem Gericht ihren Standpunkt vorsorglich darlegen. Welche Bedeutung dieses Institut im Bereich des Persönlichkeitsschutzes erlangen wird, ist noch nicht absehbar. Aber es ist nicht ausgeschlossen, dass sich die Massenmedien vermehrt dieses Verteidigungsinstruments bedienen werden.<sup>60</sup>

Schliesslich ist auf eine Neuerung bei den Rechtsmitteln hinzuweisen. Das kantonale Prozessrecht regelte die Rechtsmittel auf kantonaler Ebene, und zwar auch für die vorsorglichen Massnahmen nach Art. 28c ff. aZGB. In gewissen Kantonen konnten bereits superprovisorische Verfügungen vor der nächsthöheren Instanz angefochten werden.<sup>61</sup> Das ist nicht mehr möglich. Das Bundesgericht hat in einem Grundsatzentscheid festgehalten, dass gegen superprovisorische Massnahmen kein Rechtsmittel zur Verfügung steht.<sup>62</sup> Erst der nach Anhörung der Gegenpartei erfolgte Massnahmeentscheid kann angefochten werden.<sup>63</sup>

### C. Prosequierungspflicht

Dringt die gesuchstellende Partei mit ihren Anträgen (teilweise) durch, setzt ihr das Gericht eine Frist zu Klageeinreichung, ansonsten die Massnahme gemäss Art. 263 ZPO *ipso*

52 Vgl. Botschaft Persönlichkeitsschutz, 667, wo der Bundesrat ausdrücklich vom Schutz sämtlicher Medienaktivitäten von der Recherche bis zur Informationsverbreitung spricht.

53 KurzKomm/Ehrenzeller, Art. 266, N 1 und 3; CommRomand/Bohnet, Art. 266 CPC, N 11; BernerKomm/Güngerich, Art. 266 ZPO, N 1; a. M. BaslerKomm/Sprecher, Art. 266, N 23 und 25, und offenbar auch DikeKomm/Zürcher, Art. 266, N 1. Auch das Walliser Kantonsgericht scheint in diese Richtung zu weisen: KGER VS, ZWR 2012, 256 f. Noch nicht festgelegt hat sich das Bundesgericht: BGer, 23. 2. 2012, 5A\_641/2011.

54 In BGE 137 III 563 haben die Richter in Mon Repos die erstaunlicherweise umstrittene Frage geklärt und festgehalten, dass die vorsorgliche Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts eine vorsorgliche Massnahme darstellt.

55 Botschaft Persönlichkeitsschutz, 666.

56 Tercier (Fn. 9), N 1183.

57 ZürcherKomm/Huber, Art. 265 ZPO, N 9; BernerKomm/Güngerich, Art. 265 ZPO, N 9.

58 BGE 136 III 414.

59 Berti (Fn. 39), 220.

60 Zwar existierte die Schutzschrift bereits vor Inkrafttreten der ZPO, aber ihre Zulässigkeit war umstritten und die Handhabung kantonal unterschiedlich. Für einen Rückblick vgl. BaslerKomm/Hess-Blumer, Art. 270 ZPO, N 3 ff. m. w. H.

61 Z. B. im Kanton Solothurn: vgl. BGer, 3. 10. 2000, 5P.342/2000.

62 BGE 137 III 417; die Präzisierung in BGer, 28. 8. 2012, 5A\_508/2012, ist vorliegend bedeutungslos.

63 Ibid.



*iure*<sup>64</sup> dahinfällt, worauf im Entscheid ausdrücklich hingewiesen werden muss. Die Prosequierungspflicht ist nicht neu. Allerdings sah Art. 28e Abs. 2 aZGB hierfür eine maximale Frist von 30 Tagen vor. Eine solche Grenze kennt das neue Recht nicht mehr, obwohl die 30-tägige Frist weiterhin als Richtschnur herangezogen werden dürfte.<sup>65</sup> Sofern es die Umstände rechtfertigen, ist auch eine längere Frist zulässig, wobei diese höchstens drei Monate betragen sollte.<sup>66</sup> Nicht ausgeschlossen ist im Übrigen eine Fristverlängerung nach Art. 144 Abs. 2 ZPO.

Gegen die (teilweise) Gutheissung des Gesuchs wird das Medium möglicherweise ein Rechtsmittel einlegen. Da es sich um eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit handelt, unterliegt die vorsorgliche Massnahme der Berufung nach Art. 308 ff. ZPO.<sup>67</sup> Entgegen dem Regelfall hat die Berufung gegen vorsorgliche Massnahmen gemäss Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung. Das macht Sinn, soll doch die Massnahme die glaubhaft gemachte Rechtsverletzung zunächst einmal provisorisch verhindern. Würde der Entscheid durch die Einlegung des Rechtsmittels aufgeschoben, könnte die persönlichkeitsverletzende Veröffentlichung nicht rechtzeitig unterbunden werden und das Medium hätte es in der Hand, auf rechtmässigem Weg nicht wiedergutzumachende Fakten zu schaffen. Zu beachten ist ausserdem, dass nicht nur die in der Verfügung angeordnete Massnahme sofort vollstreckbar ist. Auch die im Dispositiv des Entscheids verfügte Frist beginnt nach Art. 142 Abs. 1 ZPO am Tag nach dessen Zustellung zu laufen. Die gesuchstellende Partei muss daher während des Rechtsmittelverfahrens eine Klage<sup>68</sup> beim zuständigen Gericht anhängig machen, ansonsten die Massnahme nach Art. 263 ZPO dahinfällt. Das Berufungsverfahren würde seinerseits infolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben.

In der Literatur kontrovers diskutiert wird die Frage, ob in gewissen Fällen von einer Fristansetzung und somit auch von einer Prosequierungspflicht abgesehen werden kann. Die Befürworter dieser These verweisen zur Begründung auf frühere kantonale Regelungen, die diese Möglichkeit explizit vor-

sahen.<sup>69</sup> Art. 263 ZPO ist aber nichts Dahingehendes zu entnehmen, und das Gesetzgebungsverfahren scheint eher darauf hinzuweisen, dass von solchen Ausnahmen abgesehen werden sollte.<sup>70</sup> Es mag zwar sein, dass eine Prosequierung in gewissen Fällen sinnlos oder unnötig ist. Gerade im Bereich der Medien wird eine erfolgreich erstrittene vorsorgliche Massnahme oftmals nicht mehr prosequiert.<sup>71</sup> Regelmässig hat die gesuchstellende Partei ihr Ziel bereits im einstweiligen Rechtsschutz erreicht, und das Medium will seiner Leserschaft keinen kalten Kaffee auftischen. Und trotzdem: Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, über die Prosequierungswürdigkeit der verfügten Massnahme zu urteilen. Ob ein Hauptverfahren eingeleitet werden soll, hat aufgrund der Dispositionsmaxime die gesuchstellende Partei zu entscheiden. Die Tatsache, dass auf eine Prosequierung verzichtet wird, bedeutet im Übrigen nicht, dass die vorsorglichen Massnahmen im Sinne von Art. 264 Abs. 2 ZPO ungerechtfertigt waren.<sup>72</sup> Vielmehr ist diese Frage aufgrund der Umstände zu beurteilen, wie sie sich zum Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs präsentiert haben. Aus diesem Grund und weil eben unklar ist, ob eine Prosequierung überhaupt stattfinden wird, empfiehlt es sich, bereits im Rahmen der vorsorglichen Verfügung einen Kostenentscheid zu fällen und die Kostenfrage nicht gestützt auf Art. 104 Abs. 3 ZPO ins Hauptverfahren zu verweisen.

#### D. Vorsorgliche Beweisführung

Unter altem Recht ging die herrschende Lehre davon aus, dass die betroffene Person mittels vorsorglicher Massnahmen einen Einblick in eine möglicherweise persönlichkeitsverletzende Publikation erzwingen kann.<sup>73</sup> Denn: Wie soll ein Gesuch auf Unterlassung begründet werden, wenn man den Inhalt der bevorstehenden Veröffentlichung nur errahnt? Zu Recht wurde darauf hingewiesen, dass es sich dabei keineswegs um eine Vorzensur handelt und auch kein Einblick in die Recherarbeiten der Journalisten gewährt werden soll.<sup>74</sup> Vielmehr soll der betroffenen Person ermöglicht werden, in Kenntnis der Sachlage einen Entscheid über die Notwendigkeit und Opportunität eines Massnahmeverfahrens zu fällen. Aus zivilprozessualer Sicht muss ausserdem berücksichtigt werden, dass die gesuchstellende Partei ihre Rechtsbegehren möglichst genau formulieren muss, ansonsten sie einen Nichteintretensentscheid

64 Gl. M. statt vieler BaslerKomm/Sprecher, Art. 263 ZPO, N 24; a. M. KurzKomm/Ehrenzeller, Art. 264, N 8; Staehelin/Staehelin/Grolimund (Fn. 22), § 22, N 37 (Aufhebung v. A. w.).

65 BaslerKomm/Sprecher, Art. 263 ZPO, N 19; DikeKomm/Zürcher, Art. 263, N 2.

66 CommRomand/Bohnet, Art. 263 CPC, N 14; BernerKomm/Güngerich, Art. 263 ZPO, N 3.

67 Auf dem Persönlichkeitsschutz beruhende vorsorgliche Massnahmen gegen Medien sind nicht vermögensrechtlicher Natur, sodass sie immer mit Berufung anzufechten sind (Art. 308 Abs. 1 lit. b e contrario in Verbindung mit Abs. 2 ZPO). Vor Bundesgericht steht die Beschwerde in Zivilsachen zur Verfügung (Art. 74 Abs. 1 BGG e contrario), wobei zu beachten ist, dass gemäss Art. 98 BGG nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden kann.

68 Ein Schlichtungsverfahren findet gemäss Art. 198 lit. h ZPO nicht statt. Eingeleitet wird das Hauptverfahren direkt mit einer Klage, und zwar einer ordentlichen, da es sich – wie gesagt (Fn. 67) – um eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit handelt, die nach Art. 243 Abs. 1 e contrario im ordentlichen Verfahren zu behandeln ist. Denkbar ist ausserdem ein auf Art. 257 ZPO (Rechtsschutz in klaren Fällen) gestütztes Gesuch, das im summarischen Verfahren zu behandeln ist.

69 Siehe insbesondere BaslerKomm/Sprecher, Art. 263 ZPO, N 16, der auf Art. 330 aZPO/BE hinweist, der vorsah, dass dem Gesuchsteller «gegebenenfalls» eine angemessene Frist anzusetzen sei.

70 Die in Art. 277 Abs. 2 VE-ZPO vorgesehenen Ausnahmen für das Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht wurden bereits im Rahmen des Entwurfs unter Hinweis auf die Möglichkeit des Rechtsschutzes in klaren Fällen gestrichen (Botschaft ZPO, 7355 f.).

71 Breitschmid, Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit aus Sicht eines Gerichtsjuristen, AJP 1995, 870.

72 CommRomand/Bohnet, Art. 263 CPC, N 11, und Art. 264 CPC, N 10.

73 BaslerKomm/Sprecher, Art. 266 ZPO, N 43 m. w. H.; Geiser, Persönlichkeitsschutz: Pressezensur oder Schutz vor Medienmacht?, SJZ 1996, 82.

74 Geiser, Zivilrechtliche Fragen des Kommunikationsrechts, medialex 1994, 214. A. M. Barrelet, Mesures provisionnelles et présomption d'innocence, Plädoyer 1994, 55.

riskiert.<sup>75</sup> Ohne vorangehende Einsichtnahme kann sie dieser Anforderung unter Umständen nicht gerecht werden, sodass eine prinzipielle Verneinung der Vorvisionierung einer Rechtsverweigerung gleichkommen kann.

Auch nach neuem Recht ist die Zulässigkeit einer gerichtlich erzwingbaren Einsichtnahme zu bejahen. Die Voraussetzungen für ein entsprechendes Gesuch richten sich nun nach Art. 158 Abs. 1 lit. b 2. Satzhälfte ZPO, wonach das Gericht jederzeit – d. h. insbesondere auch im Vorfeld eines Prozesses – Beweis abnimmt, wenn die gesuchstellende Partei ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht. In einem Grundsatzentscheid hat das Bundesgericht festgehalten, dass die blosser Behauptung eines Bedürfnisses, Beweis- und Prozessaussichten abzuklären, nicht genügt; vielmehr muss auch der materiellrechtliche Anspruch glaubhaft gemacht werden.<sup>76</sup> Eine Ausnahme gilt für diejenigen Tatsachen, die mit dem vorsorglich abzunehmenden Beweismittel belegt werden sollen. Für diese bedarf es laut Bundesgericht keiner eigentlichen Glaubhaftmachung, ansonsten der Zweck von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO vereitelt würde.<sup>77</sup> Wenn das abzunehmende Beweismittel das einzige darstellt, mit dem die Gesuchstellerin ihren Anspruch beweisen kann, muss es genügen, dass sie das Vorliegen der anspruchsbegründenden Tatsachen substantiiert behauptet.<sup>78</sup> Diese Ausnahme dürfte im hier interessierenden Zusammenhang regelmässig zum Tragen kommen, stellt doch die bevorstehende Publikation im Prinzip das einzige Beweismittel dar, mit dem die Persönlichkeitsverletzung im Massnahmeverfahren glaubhaft gemacht werden kann. Im Übrigen kann eine Vorvisionierung durchaus auch im Interesse des Mediums selber sein, da sich die betroffene Person rechtzeitig davon überzeugen kann, dass die bevorstehende Veröffentlichung rechtlich unbedenklich ist. Aussichtslose Prozesse können so vermieden werden.<sup>79</sup>

Für den Verfahrensablauf verweist Art. 158 Abs. 2 ZPO auf die Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen.<sup>80</sup> Diese Verweisung bezieht sich unseres Erachtens nicht auf die in Art. 266 ZPO vorgesehenen strengeren Voraussetzungen.<sup>81</sup> Es ist in der Tat nicht ersichtlich, warum das Medienprivileg bereits im Stadium der vorsorglichen Beweisführung zum Tragen kommen soll, denn der Entscheid über die Vorvisionierung präjudiziert ein allfälliges Veröffentlichungsverbot nicht. Die Pressefreiheit bleibt durch eine vorsorgliche Beweisführung unangetastet, sodass sich kein besonderer Schutz der periodisch erscheinenden Medien rechtfertigt. In der Einsichtnahme ist – wie gesagt – keine Vorzensur zu erkennen.

#### IV. Schlusswort

Der lapidaren Feststellung des Bundesrates, die Sonderregelung von Art. 266 ZPO entspreche geltendem Recht, sodass Art. 28c Abs. 3 aZGB aufgehoben werden könne, kann nur teilweise zugestimmt werden. Zwar trifft es zu, dass das Kernanliegen dieser Bestimmung, Publikationsverbote mittels vorsorglicher Massnahmen gegen periodisch erscheinende Medien zu erschweren, *tel quel* bestehen bleibt. Nichtsdestotrotz bleibt die Überführung von Art. 28c Abs. 3 aZGB nicht ohne Folgen. Denn die Einbettung des Medienprivilegs in das Kapitel über die vorsorglichen Massnahmen bewirkt nicht zu vernachlässigende prozessuale Neuerungen. Einige davon wurden im vorliegenden Beitrag angesprochen, andere gilt es noch zu erforschen ...

---

**Summary** With the introduction of the new civil procedure, media privilege provided by the old article 28c paragraph 3 of the Civil Code was transferred to article 266 of the Civil Procedure Code (CPC). However, the wording was slightly changed in the process, thus bringing up the question: has media privilege been limited or enlarged? The new regulations do not widen the scope of media privilege. In case of ex-parte interim measures, the media cannot make use of any appellate remedies. The only way media companies can protect themselves from such measures is by filing a protective letter. In order to safeguard evidence, parties can apply for precautionary taking of evidence as stipulated in article 158 CPC. Media privilege has no effect whatsoever on such taking of evidence.

---



---

**Zusammenfassung** Mit der neuen Zivilprozessordnung wurde das Medienprivileg von Art. 28c Abs. 3 aZGB in Art. 266 ZPO überführt. Zahlreiche Grundsätze des alten Rechts bleiben auch unter der neuen Regelung bestehen. Fraglich ist indessen, ob der leicht geänderte Wortlaut zu einer Einschränkung oder einer Aufwertung des Medienprivilegs führt. Die neue Regelung weitet den Anwendungsbereich des Privilegs nicht aus. Bei superprovisorischen Massnahmen steht dem Medienunternehmen aufgrund der ZPO neu die Schutzschrift zur Verfügung, während Rechtsmittel gegen superprovisorische Anordnungen nunmehr ausgeschlossen sind. Beweissicherungsmassnahmen erfolgen neu im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung; wie bislang sind diese vom Medienprivileg ausgenommen.

---

<sup>75</sup> Statt vieler BernerKomm/Killias, Art. 221 ZPO, N 8 ff.

<sup>76</sup> BGE 138 III 81 f.

<sup>77</sup> Ibid.

<sup>78</sup> Ibid.

<sup>79</sup> Botschaft ZPO, 7315.

<sup>80</sup> BernerKomm/Brönnimann, Art. 158 ZPO, N 20 ff.

<sup>81</sup> Bereits nach bisherigem Recht galt das Medienprivileg nicht für die Beweissicherung (statt vieler CommRomand/Jeandin, Art. 28c ZGB, N 19).

**Daniel Kämpfer**, MLaw, Jurist beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten EDÖB in der Einheit 3/Öffentlichkeitsprinzip, Bern.\*

danielkae@hotmail.com

**Astrid Schwegler**, lic. iur., RA, M.M., Juristin beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten EDÖB in der Einheit 3/Öffentlichkeitsprinzip, Bern.\*

astrid\_schwegler@gmx.ch

## Öffentlichkeitsgesetz: Bundesgericht befreit Medienschaffende von Gebühren – zu Unrecht?

Irrungen und Wirrungen bei der Gebührenerhebung gegenüber Medienvertretern für den Zugang zu amtlichen Dokumenten

**Résumé** Selon les dispositions de la loi fédérale sur la transparence, aucun défenseur des intérêts des médias ou tout autre administré ne peut prétendre à un accès gratuit aux documents officiels. Cependant, toute personne qui fait valoir son droit d'accès n'a pas à justifier un intérêt particulier ou à faire connaître son identité, et par conséquent, les avantages retirés d'une demande d'accès ne jouent aucun rôle. Dans un premier jugement rendu en matière de perception d'émoluments en relation avec la loi sur la transparence, le Tribunal fédéral est parvenu à la conclusion que, dans le cas d'espèce, un journaliste peut prétendre à la perception d'un émolument modeste. Dans le cadre de la pesée des intérêts, le Tribunal fédéral fait en premier lieu la distinction entre les différents professionnels de la presse, ainsi qu'entre ces derniers et les autres demandeurs. En second lieu, il a tenu compte du fait que le journaliste en question travaille pour le compte d'un magazine de consommateurs et que l'objet de sa recherche présente un intérêt public. Cette différence de traitement entre plusieurs catégories de demandeurs, de même que la pondération des avantages retirés des informations requises après pesée des intérêts en relation avec la question des émoluments ne sont pas compatibles avec la conception actuelle de la loi sur la transparence.

### I. Einleitung

In der letzten Ausgabe von medialex (3/13, 105 f.) erschien ein Artikel von Christoph Born, worin zu lesen war, das Bundesgericht sei in seinem Grundsatzurteil<sup>1</sup> zur Gebührenpflicht für den Zugang zu amtlichen Dokumenten im Rahmen des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öf-

fentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) zum Schluss gelangt, dass Medienschaffende einen Anspruch auf Reduktion oder Erlass von Gebühren haben («Medienbonus»). Der vorliegende Beitrag widmet sich der Frage, inwieweit dieses Fazit zutrifft, ob die bundesgerichtlichen Erwägungen im erwähnten Entscheid zu überzeugen vermögen und ob die damit eingeleitete Änderung der Verwaltungspraxis vor der konzeptionellen Ausgestaltung des Öffentlichkeitsgesetzes überhaupt standhalten kann.

### II. Das Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten

Mit Inkrafttreten des Öffentlichkeitsgesetzes am 1. Juli 2006 leitete der Gesetzgeber einen eigentlichen Paradigmenwechsel in der Verwaltungsöffentlichkeit auf Bundesebene ein.<sup>2</sup> Wo bis dahin das gesamte Verwaltungshandeln mehr oder weniger im Verborgenen abliefe, gilt seither die Vermutung des freien Zugangs zu grundsätzlich allen amtlichen Dokumenten der Bundesverwaltung. Dieser Anspruch steht jeder Person zu. Die Einreichung eines Zugangsgesuches ist an keinen Interessennachweis geknüpft. Will eine Behörde den Zugang zu einem Dokument aufschieben, einschränken oder verweigern, obliegt ihr die Beweislast in Bezug auf das Vorhandensein der im Gesetz abschliessend genannten Ausnahmetatbestände.<sup>3</sup> Insofern gilt das Öffentlichkeitsprinzip nicht absolut. Im Streitfall sieht das Gesetz ein Schlichtungsverfahren beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) vor. Dieses kostenlose Verfahren ist dem ordentlichen Verwaltungsverfahren vorgelagert und findet seinen Abschluss mit einer Einigung der Parteien oder gegebenenfalls mit einer Empfehlung an die betroffene Behörde im Falle der Uneinigkeit. Im

\* Die Autoren vertreten in diesem Beitrag ihre persönliche Meinung.

1 Urteil des BGER 1C\_64/2013 vom 26. April 2013, mittlerweile publiziert unter BGE 139 I 114.

2 Mader, Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes – Einführung in die Grundlagen, in: Ehrenzeller (Hrsg.), Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes, Band 39, St. Gallen 2006, 15.

3 Urteil des BGER A-1200/2012 vom 27. November 2012, E. 3.1; Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ), BBl 2003 2002.

Anschluss an dieses informelle Verfahren steht mittels Verfügung der jeweiligen Behörde der ordentliche Verwaltungsrechtsweg offen. Diese Verfügung kann die Behörde von sich aus oder auf Ersuchen der am Verfahren Beteiligten erlassen, je nachdem, zu wessen Gunsten die Empfehlung ausfällt bzw. ob die gesuchstellende Person, ein beteiligter Dritter oder die Behörde mit der Empfehlung nicht einverstanden ist.

### 1. Informationszugang ist nicht kostenlos

Als Gegengewicht zum voraussetzungslosen Zugang zu amtlichen Dokumenten, und nicht zuletzt als Lenkungsinstrument zur Verhinderung von Missbräuchen, hat der Gesetzgeber die Möglichkeit einer Gebührenerhebung vorgesehen (Art. 17 Abs. 1 BGÖ).<sup>4</sup> Diese Kostenregelung ist nicht ungewöhnlich. Auch die Europäische Transparenzverordnung (VO 1049/2001/EG) sieht gemäss Art. 10 Abs. 1 keine Kostenfreiheit für den Informationszugang vor. Letztlich ist die Frage der Kostenregelung rechtspolitischer Natur.

Weder der Gesetz- noch der Ordnungsgeber wollte eine Kostenfreiheit für den Zugang zu amtlichen Dokumenten. Aus dem Wortlaut von Art. 17 Abs. 1 BGÖ «Für den Zugang zu amtlichen Dokumenten wird *in der Regel* eine Gebühr erhoben»<sup>5</sup> geht hervor, dass der mit dem Gesuch befassten Behörde ein Ermessensspielraum in Bezug auf die Frage zusteht, ob sie für ein bestimmtes Gesuch Gebühren erheben will oder nicht. Das Gesetz räumt der Behörde demzufolge ein Gebührenerhebungsrecht ein, wogegen es ihr keine entsprechende Pflicht auferlegt.<sup>6</sup> Die Festlegung der Einzelheiten sowie des Gebührentarifs hat der Gesetzgeber mittels Delegationsnorm in Art. 17 Abs. 3 BGÖ an den Bundesrat abgetreten. Dieser hat jedoch von der theoretischen Möglichkeit einer Gebührenerleichterung für Medienschaffende bewusst keinen Gebrauch gemacht. Folglich verfügen weder Medienschaffende noch andere gesuchstellende Personen über einen Anspruch auf Gebührenbefreiung.

Für die Gebührenbemessung im Einzelfall ist der Anhang I der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31) massgebend. Dieser unterscheidet lediglich zwischen den Kosten für Reproduktionen (Ziffer 1) und den Kosten für die Prüfung und Vorbereitung von amtlichen Dokumenten (Ziffer 2). Art. 15

VBGÖ enthält einige wenige Konkretisierungen zum Erlass bzw. zur Reduktion von Gebühren. Schliesslich erklärt Art. 14 VBGÖ die Bestimmungen der Allgemeinen Gebührenverordnung (AllgGebV; SR 172.041.1) für subsidiär anwendbar. Diese Norm ist deklaratorischer Natur, da die AllgGebV als allgemeiner Teil des Gebührenrechts für die gesamte Bundesverwaltung gilt, sofern das Objekt der Gebührenerhebung Verfügungen oder Dienstleistungen sind (Art. 1 AllgGebV).<sup>7</sup>

### 2. Verhältnismässigkeit als Obergrenze

Im Öffentlichkeitsgesetz fehlt eine betragsmässige Gebührenobergrenze,<sup>8</sup> weshalb die Gefahr besteht, dass die Behörden prohibitive Gebühren erheben. Die Praxis zeigt denn auch, dass eine fehlende Gebührenobergrenze die Türe für überhöhte und damit abschreckende Gebühren öffnet.<sup>9</sup> Aufgrund des gesetzlichen Ermessensspielraumes, nicht nur in Bezug auf die Frage, ob Gebühren erhoben werden, sondern auch, in welchem Umfang dies erfolgen soll, dient der Verhältnismässigkeitsgrundsatz als Massstab. In der kurzen Zeit seit Inkrafttreten des Öffentlichkeitsgesetzes konnte sich zur Frage der Verhältnismässigkeit von Gebühren jedoch noch keine Gerichtspraxis entwickeln. Immerhin hat der EDÖB in einigen Empfehlungen Stellung genommen und für die Verwaltungspraxis zumindest klare Signale setzen können.<sup>10</sup> Der dem besagten Bundesgerichtsurteil zugrunde liegende Gebührenstreit zwischen einem Redaktor der Konsumentenzeitschrift «K-Tipp» und dem Bundesamt für Energie (BFE) ist hingegen in einem ordentlichen Verfahren über eine Gebührenverfügung nach der allgemeinen Gebührenverordnung beurteilt worden und nicht im Rahmen eines Schlichtungsverfahrens nach dem Öffentlichkeitsgesetz. Möglicherweise blieb in der Folge der Fokus der richterlichen Erwägungen schwergewichtig auf einer rein grundrechtlich orientierten Interessenabwägung auf der Basis der Allgemeinen Gebührenverordnung.

### 3. Gebührenerhebung im konkreten Einzelfall

Im Rahmen des gesetzlichen Ermessensspielraumes und unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die Obergrenze ist die mit einem konkreten Zugangsgesuch befasste Behörde keineswegs völlig frei in der Festsetzung des Gebührenbetrages. Einzig die Frage, ob überhaupt Gebühren erhoben werden sollen, liegt – unter Vorbehalt, dass das Gesuch nicht bloss einen geringen Aufwand (<CHF 100.–) erfordert

4 Vgl. dazu Stämpfli HandKomm/Burkert, Art. 17 BGÖ, RZ 4; AB 2004 N1255 Votum BR Blocher: «Es kann natürlich sein, dass das ins «dicke Tuch» geht, wenn man das Öffentlichkeitsprinzip exzessiv anwendet und ganz komplizierte Dinge, die einen Riesenaufwand erfordern, herausgeben muss – und das auch noch gebühren- und kostenfrei, ohne Begründung. Dazu kommen wir dann bei der Gebührenerhebung. Ich bin der Meinung, dass für aufwendige Informationen eben auch entsprechende Kosten erhoben werden müssen, und zwar einfach, um diesen Extremfällen Einhalt zu gebieten.»

5 Hervorhebung durch die Autoren.

6 Burkert spricht zwar im Zusammenhang mit Art. 17 Abs. 1 BGÖ ebenfalls von einer Gebührenerhebung, relativiert diese aber sogleich erheblich, indem er ausführt, dieser Grundsatz sei im Lichte seiner Entstehung, seines Zwecks und aufgrund der systematischen Betonung der Ausnahmen einschränkend auszulegen und zurückhaltend umzusetzen (Fn. 4, RZ 10).

7 Braunschweig, Gebührenerhebung durch die Bundesverwaltung – Übersicht über die Neuordnung, in: LEGES 2/2005, 9.

8 Analog etwa dem Deutschen Informationsfreiheitsgesetz IFG (Obergrenze bei 500 EURO), vgl. dazu die Anlage der Verordnung über die Gebühren und Auslagen nach dem Informationsfreiheitsgesetz (Informationsgebührenverordnung – IFGGebV).

9 Vgl. EDÖB Empfehlung vom 7. August 2013 BLW.

10 Siehe EDÖB Empfehlungen vom 7. August 2013 BLW, 4. Dezember 2012 EFK, 4. Dezember 2012 Swissmedic, 12. November 2012 EFK, 16. Dezember 2011 BFE.

(vgl. Art. 17 Abs. 2 Bst. a BGÖ sowie Art. 15 Abs. 1 VBGÖ) – im Ermessen des jeweiligen Amtes. Nach dem allgemeinen Gebührenrecht sind bei der Bemessung der Gebühren im Einzelfall sowohl das Kostendeckungs- als auch das Äquivalenzprinzip zu beachten (Art. 4, 5 und 7 AllgGebV).<sup>11</sup>

Nach dem Kostendeckungsprinzip soll der Gebührenbetrag die gesamten Kosten der betreffenden Verwaltungsstelle nicht oder nur geringfügig übersteigen. Neben dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz formuliert das Kostendeckungsprinzip folglich im Umkehrschluss ebenso eine Art betragsmässige Obergrenze für Gebühren.<sup>12</sup> Mit anderen Worten ist es der Verwaltung untersagt, durch die Gebührenerhebung einen Gewinn zu erzielen.

Nach Art. 7 Abs. 2 AllgGebV hat die Behörde im Einzelfall die Gebühr festzulegen, wobei sie die konkreten Umstände berücksichtigen muss. Diese Norm greift das Äquivalenzprinzip auf, welches das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Willkürverbot konkretisiert.<sup>13</sup> Das Äquivalenzprinzip bestimmt, dass eine Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen halten muss. Massgebend sind die Verhältnisse in einem konkreten Einzelfall einer bestimmten Gebührenerhebung.<sup>14</sup> Darin eingeschlossen ist eine Abwägung der involvierten öffentlichen und privaten Interessen.

Staatliche Dienstleistungen haben in der Regel für die Empfänger einen Nutzen. Sofern dieser jedoch finanziell nicht bezifferbar ist, hilft das Äquivalenzprinzip nicht weiter. Das Bundesgericht hat dieses oft bloss als Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes bezeichnet.<sup>15</sup> Da die Dienstleistung im Öffentlichkeitsgesetz, nämlich der Anspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten, voraussetzungslos jedermann zusteht, darf der Nutzen der gesuchstellenden Person an der verlangten Information weder hinsichtlich der Frage des Zugangs noch in Bezug auf die Gebührenerhebung berücksichtigt werden. Deshalb ist im Bereich des Öffentlichkeitsgesetzes das Äquivalenzprinzip – wenn überhaupt – nur modifiziert, d. h. im Sinne eines Übermassverbotes, anwendbar.<sup>16</sup>

#### 4. Praxisprobleme bei der Gebührensatzsetzung

In der Praxis zeigt sich ein dem Öffentlichkeitsgesetz immanentes Spannungsverhältnis zwischen dem Anspruch jeder Person auf voraussetzungslosen Zugang zu amtlichen Dokumenten und dem behördlichen Recht zur Gebührenerhebung

deutlich. Einerseits wirken sich unangemessen hohe Gebühren unmittelbar auf die Wahrnehmung des grundsätzlichen Transparenzanspruches aus, andererseits verursacht die Gewährung des Zugangs zu amtlichen Dokumenten nicht unerheblichen Verwaltungsaufwand, welcher mit Blick auf das Verursacherprinzip nicht ohne Weiteres auf den Steuerzahler abgewälzt werden darf. Im Rahmen des Öffentlichkeitsgesetzes bedeutet dies, dass die Gebührenerhebung so gestaltet sein muss, dass der in Art. 1 BGÖ normierte Sinn und Zweck der Transparenznormen nicht grundsätzlich infrage gestellt wird.<sup>17</sup> Der Bundesrat hielt in der Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz ausdrücklich fest, dass die Kostengünstigkeit, neben der Einfachheit und Schnelligkeit, ein Schlüsselement des Öffentlichkeitsprinzips darstellt.<sup>18</sup>

Problematisch ist allerdings die Bemessung des objektiven Wertes einer behördlichen Leistung, da der Nutzen einer Information für die gesuchstellende Person in aller Regel verborgen bleibt. Mit anderen Worten baut die gesetzgeberische Konzeption des Öffentlichkeitsgesetzes gerade darauf auf, dass weder die Identität der gesuchstellenden Person<sup>19</sup> noch deren beruflicher Hintergrund oder sonstige von ihr mit einem Zugangsgesuch verfolgte Zwecke oder Zielsetzungen (Interessen) für die Beurteilung der Zugänglichkeit der verlangten Dokumente von Belang sind<sup>20</sup> und demnach auch für die Gebührenbemessung nicht berücksichtigt werden dürfen. Ansonsten bestünde die Gefahr, über den Umweg der Gebühren eine systemwidrige Ungleichbehandlung zwischen verschiedenen Arten von Antragstellern zu schaffen, welche sich ihrerseits direkt auf Modalitäten und Umfang des Zugangsrechts auswirkt. Dies stünde im Widerspruch zu Art. 2 VBGÖ, wonach ein einmal gewährter Zugang jeder weiteren Person in demselben Umfang zusteht (sog. «access to one, access to all»-Prinzip). Kurz gesagt geht das Öffentlichkeitsgesetz von der absoluten Gleichbehandlung aller gesuchstellenden Personen aus.

Ebenso gilt es im Rahmen der Gebührenerhebung zu beachten, dass Art. 3 Abs. 2 Bst. a AllgGebV – welcher neben BGÖ und VBGÖ subsidiär zur Anwendung gelangt – gerade im Bereich des Öffentlichkeitsgesetzes nur als Leitlinie für einen einzelfallweisen Gebührenverzicht bei besonders gewichtigem öffentlichem Interesse an der Zugänglichkeit einer bestimmten Information bzw. an einem bestimmten Dokument herangezogen werden kann. Als allgemeingültiger Grundsatz im Bereich des Öffentlichkeitsprinzips kann diese Bestimmung hingegen kaum dienen, da mit ihr eine weitere Interessenabwägung vorgenommen wird, welche das Konzept des Öffentlichkeitsgesetzes so nicht kennt. Die Behörde hat im Einzelfall zu prüfen, ob überwiegende private oder öffentliche Interessen eine Einschränkung bzw. die Verweigerung des Zugangs gebieten.<sup>21</sup> Eine eigentliche Interessenabwägung ist jedoch einzig im Rahmen der Fälle gemäss Art. 7 Abs. 2 i. V. m. Art. 9 Abs. 2 BGÖ vorzunehmen, soweit sich das Zugangsgesuch auf Dokumente

11 Dazu ausführlich das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1200/2012 vom 27. November 2012, E. 3.4.1, 3.4.2 und 3.4.3.

12 Botschaft zum Entlastungsprogramm 2003 für den Bundeshaushalt (EP 03), BBl 2003 5761.

13 Braunschweig (Fn. 7), 33, sowie BGE 130 III 228 E. 2.3.

14 Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich 2010, RZ 2642, m. w. H.

15 Braunschweig (Fn. 7), 17, insbesondere Fn. 37, m. w. H.

16 Vgl. dazu Schoch/Klöpper, Informationsfreiheitsgesetz (IFG-ProfE), Beiträge zum Informationsfreiheitsgesetz, Band I, 174; Schoch, Informationsfreiheitsgesetz Kommentar, München 2009, § 10 RZ 54; Schoch, Informationsfreiheitsgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Die Verwaltung 35 (2002), 149 ff.

17 Burkert (Fn. 4), RZ 6.

18 Botschaft BGÖ, BBl 2003 2026.

19 Vorbehalten bleiben z. B. Zugangskontrollen bei Verwaltungsgebäuden im Falle einer Einsichtnahme in amtliche Dokumente vor Ort (vgl. Art. 4 Abs. 3 VBGÖ).

20 Vgl. BVGE 2011/52 E. 3.

21 Mader (Fn. 2), 16.

bezieht, welche nicht anonymisierbare Personendaten enthalten. In den Ausnahmefällen des Art. 7 Abs. 1 sowie Art. 8 BGÖ hat der Gesetzgeber diese Interessenabwägung bereits vorweggenommen, indem er in abschliessender Weise die verschiedenen Fälle öffentlicher oder privater Interessen aufzählt, welche den Zugang beschränken oder ausschliessen.<sup>22</sup> Im Ergebnis bedeutet folglich jede Zugangsgewährung gewissermassen ein Obsiegen des öffentlichen Interesses an der verlangten Information bzw. dem verlangten Dokument. Weitere Interessenabwägungen kennt das Öffentlichkeitsgesetz hingegen nicht. Würde jedoch die in Art. 3 Abs. 2 Bst. a AllgGebV vorgesehene Interessenabwägung auch im Bereich des Öffentlichkeitsgesetzes gewissermassen automatisch zur Anwendung gebracht, so hätte dies unweigerlich zur Konsequenz, dass jede (teilweise) Zugangsgewährung wegen des damit berücksichtigten (gewichtigen) öffentlichen Interesses den Entscheid über einen allfälligen Gebührenverzicht aufgrund der Interessenabwägung von Art. 3 Abs. 2 Bst. a AllgGebV vorwegnehmen würde.

### III. Bundesgerichtliche Erwägungen stiften Verwirrung

Auch wenn die Bestimmungen des BGÖ, der VBGÖ und der AllgGebV die Gebührenfrage nicht abschliessend regeln und gewisse Fragen, insbesondere im Zusammenhang mit der Gebührenbemessung, offenlassen, hat das Bundesgericht im eingangs erwähnten Urteil zur Thematik der Gebührenerhebung im Öffentlichkeitsgesetz für zusätzliche Unsicherheiten gesorgt – zumindest aufseiten der Bundesverwaltung.

Einig waren sich das Bundesverwaltungs- und das Bundesgericht zwar noch bei der Feststellung, dass weder die Informationsfreiheit noch die Medienfreiheit einen unmittelbaren, direkt durchsetzbaren Anspruch auf eine Gebührenbefreiung für Medienschaffende vermitteln.<sup>23</sup> Das Bundesgericht hat jedoch unter Bezugnahme auf den erläuternden Bericht des Bundesamtes für Justiz vom 24. Mai 2006 (S. 19) die an sich nicht abschliessende Aufzählung der Erlass- oder Reduktionsgründe in Art. 15 VBGÖ dahin gehend erweitert, dass – entgegen der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts – davon auszugehen sei, dass ein öffentliches Interesse am Zugang der Medien zu öffentlichen Dokumenten bestehe, welches einen Gebührenverzicht rechtfertigen könne, selbst wenn die Informationsbeschaffung nicht von geradezu existenzieller Bedeutung sei.<sup>24</sup> Dies obwohl eine entsprechende explizite gesetzliche Regelung zur Privilegierung von Medienschaffenden fehlt. Diese Erweiterung ist an sich nicht zu beanstanden, da das vom Bundesverwaltungsgericht geprüfte Kriterium der existenziellen Bedeutung einer behördlichen Leistung im Rahmen des Öffentlichkeitsgesetzes ohnehin kaum praxistauglich sein dürfte, da der Nutzen einer Information für die gesuchstellende Person unerheblich ist. Das Bundesgericht geht in einem solchen Fall zwar einzig von der Möglichkeit eines Gebührenverzichts aus.

Demgegenüber argumentiert es weiter, dass Behörden «(unter Beachtung des Rechtsgleichheitsgebotes) im Einzelfall entscheiden, indem sie bei der Gebührenfestsetzung – neben dem Wert der Leistung für den Leistungsempfänger bzw. dem Kostenaufwand der konkreten Inanspruchnahme – das öffentliche Interesse am Zugang der Medien zu den amtlichen Dokumenten («Medienbonus») berücksichtigen. Dies kann – je nach den konkreten Umständen – zu einer Reduktion oder einem Verzicht auf eine Gebührenerhebung führen»<sup>25</sup>. Diese Argumente sind an sich gereiht verwirrend, dass das Bundesgericht im gleichen Entscheid festhält, es sei grundsätzlich davon auszugehen, dass ein öffentliches Interesse am Zugang der Medien zu öffentlichen Dokumenten bestehe, welches einen Gebührenverzicht rechtfertigen könne. Im Ergebnis wird damit vermutlich ungewollt die allgemeingültige Regel aufgestellt, dass aufgrund des öffentlichen Interesses am Zugang der Medien zu amtlichen Dokumenten (Medienbonus) von einem generellen Verzicht auf eine Gebührenerhebung gegenüber Medienschaffenden auszugehen ist. Damit wird verkannt, dass sich der Gesetzgeber klar gegen den Grundsatz der Kostenlosigkeit ausgesprochen hat.<sup>26</sup>

### IV. Rückweisung an das BFE mit offenem Ergebnis?

Das Bundesgericht anerkennt im konkret zu beurteilenden Fall einerseits den Verwaltungsaufwand. Andererseits berücksichtigt es die Tatsache, dass der Beschwerdeführer (Medienschaffender) zum einen für eine Konsumentenzeitschrift arbeitet und zum anderen seine Recherche ein Thema von öffentlichem Interesse betrifft. Schliesslich wertet es diese Umstände dahin gehend, dass es zur Schlussfolgerung gelangt, damit überwiege das öffentliche Interesse am Zugang zum fraglichen Bericht klarerweise das Interesse an einer rationalen Verwaltung, weshalb von einem Anspruch auf einen besonderen (günstigen) Gebührensatz ausgegangen werden könne.<sup>27</sup> Zu guter Letzt hebt das Bundesgericht sowohl das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts wie auch die Gebührenverfügung des Bundesamtes für Energie (BFE) auf und weist die Sache «zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an das Bundesamt» zurück.

Da einerseits nach Art. 15 Abs. 1 VBGÖ ein Betrag unter CHF 100.– nicht in Rechnung gestellt werden darf und andererseits die Gebührenverfügung des BFE über CHF 250.– unter Hinweis auf einen Anspruch auf einen besonderen (günstigen) Gebührensatz aufgehoben wurde, blieb der Behörde innerhalb dieser Bandbreite ein offensichtlich bloss theoretischer Ermessensspielraum zur Neufestsetzung der Gebühr. Aufgrund dieses Ergebnisses stellt sich daher die Frage, ob gemäss Bundesgericht Medienschaffende im Rahmen ihrer Zugangsgesuche nach dem Öffentlichkeitsgesetz grundsätzlich Gebührenfreiheit geniessen sollen.

22 Stämpfli HandKomm/Cottier/Schweizer/Widmer, Art. 7 BGÖ, RZ 3.

23 BGE 139 I 118 E. 4.

24 BGE 139 I 119 E. 4.3.

25 BGE 139 I 120 E. 4.3.

26 Urteil des BVer A-1200/2012 vom 27. November 2012, E. 3.5 sowie A-3363/2012 vom 22. April 2013, E. 4.4.

27 BGE 139 I 120 E. 4.4.

## V. Fazit

Aufgrund der Konzeption des Öffentlichkeitsgesetzes sowie der bis zum Erlass des Bundesgerichtsurteils geltenden Verwaltungspraxis dürfte wohl Einigkeit darüber geherrscht haben, dass eine Gebührenerhebung grundsätzlich auch gegenüber Medienschaffenden zulässig ist. Dem hat selbst das Bundesgericht nicht explizit widersprochen, indem es Privilegierungen hinsichtlich der Gebührenerhebung gegenüber Medienschaffenden als bloße Kann-Regeln formuliert. Verwirrend sind hingegen die Ausführungen über die angeblich vorzunehmende Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse am Zugang und dem Interesse an einer rationellen und effektiven Verwaltung unter Bezugnahme auf Art. 3 Abs. 2 Bst. a AllgGebV, welche der Konzeption des Öffentlichkeitsgesetzes fremd ist.

Aus den bundesgerichtlichen Erwägungen resultiert im Ergebnis eine Ungleichbehandlung von Medienschaffenden untereinander, je nachdem für welches Presseerzeugnis sie tätig sind. Darüber hinaus führt diese Praxis ebenso zu einer systemwidrigen Ungleichbehandlung zwischen Medienschaffenden und weiteren gesuchstellenden Personen. Dies ist u. E. als doppelte Verletzung des Rechtsgleichheitsgebotes (Art. 8 Abs. 1 BV) zu werten. Letztlich wird durch diese Praxis sogar der Zweck des Öffentlichkeitsgesetzes infrage gestellt, wonach jeder Bürgerin/jedem Bürger ein voraussetzungsloser und direkter Zugang zu amtlichen Dokumenten zugestanden werden soll.

---

**Zusammenfassung** Weder Medienschaffende noch andere Personen haben nach den Bestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes einen Anspruch auf kostenlosen Zugang zu amtlichen Dokumenten. Gemeinsam ist allen gesuchstellenden Personen, dass für Zugangsgesuche weder ein Interessennachweis erforderlich ist und somit der Nutzen eines Gesuches gerade keine Rolle spielt. Das erste Urteil des Bundesgerichtes über Gebühren im Öffentlichkeitsgesetz kam zum Schluss, dass im konkret zu beurteilenden Fall der Journalist einen Anspruch auf einen besonderen (günstigen) Gebührenansatz hat. Das Bundesgericht trifft bei seiner Interessenabwägung erstens eine Unterscheidung zwischen Medienschaffenden untereinander sowie eine Unterscheidung zwischen Medienschaffenden und anderen gesuchstellenden Personen. Zweitens trägt es dem Umstand Rechnung, dass der Journalist für eine Konsumentenzeitschrift arbeitet und das Thema seiner Recherche von öffentlichem Interesse ist. Die Ungleichbehandlung verschiedener Kategorien von antragstellenden Personen sowie die Gewichtung des Nutzens der verlangten Informationen bei einer Interessenabwägung in Bezug auf die Gebührenfrage sind mit dem geltenden Konzept des Öffentlichkeitsgesetzes nicht vereinbar.

---



---

**Summary** Neither journalists nor other persons are entitled to free access to official documents under the provisions of the Freedom of Information Act. Common to all applicants is the fact that neither proof of interest nor proof of identity is required for applications to access and thus the application's benefit is irrelevant. The first judgment of the Federal Supreme Court concerning fees in the Freedom of Information Act came to the conclusion that in the case at hand, the journalist is entitled to a special (low) fee. Firstly, the Federal Supreme Court, in the evaluation of conflicts of interest, establishes a distinction among journalists themselves, as well as a distinction between journalists and other applicants. Secondly, it takes into account the fact that the journalist works for a consumer magazine and that his research is of public interest. As for an evaluation of conflicts of interest in regard to the issue of fees, the unequal treatment of different categories of applicants and the weighting of benefits of requested information are not compatible with the current concept of the Freedom of Information Act.

---

**entscheidungen décisions****Die Entscheidung | La décision**

- 13-151 **Rechtswidriger Zeitungsartikel muss nicht aus Internetarchiv gelöscht werden** . . . . . 176  
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (4. Kammer)  
«Węgrzynowski und Smolczewski c. Polen» vom 16. Juli 2013 (N° 33846/07)  
**ANMERKUNGEN: DR. IUR. BRUNO GLAUS, UZNACH**
- 1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht – Droits constitutionnel et administratif**
- 1.1 Meinungsäusserungs- und Informationsfreiheit, Medienfreiheit – Libertés d'expression et de l'information, liberté des médias**
- 13-152 **Exzessive Vorwürfe eines Politikers gegen italienische Magistraten** . . . . . 180  
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (2. Kammer)  
«Belpietro c. Italien» vom 24.9.2013 (N° 43612/10)  
**ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN**
- 13-153 **Satirische Vorwürfe gegen Politiker verdienten keine Strafe** . . . . . 181  
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (2. Kammer)  
«Welsh & Silva Canha c. Portugal» vom 17.9.2013 (N° 16812/11)  
**ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN**
- 13-154 **Disziplinierung einer Richterin nach kritischem Interview war konventionskonform** . . . . . 182  
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (2. Kammer)  
«Di Giovanni c. Italien» vom 9.7.2013 (N° 51160/06)
- 13-155 **Bestrafung eines Anwalts nach Vorwurf amtlicher Kungelei war konventionskonform** . . . . . 182  
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (5. Kammer)  
«Morice c. Frankreich» vom 11.7.2013 (N° 29369/10)  
**ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN**
- 13-156 **Interviewpartner zu Unrecht für Formulierung des Titels belangt** . . . . . 183  
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (1. Kammer)  
«Stojanovic c. Kroatien» vom 19.9.2013 (N° 23160/09)  
**ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN**
- 13-157 **Zulässige Kritik am Präsidenten eines Fussballvereins** . . . . . 183  
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (2. Kammer)  
«Sampaio e Paiva de Melo c. Portugal» vom 23.7.2013 (N° 33287/10)
- 13-158 **Caroline III: Gerichtshof bestätigt Kurs der deutschen Justiz** . . . . . 184  
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (5. Kammer)  
«Caroline von Hannover c. Deutschland (N° 3)» vom 19.9.2013 (N° 8772/10)  
**ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN**
- 13-159 **Ablehnung eines Inserats für kritisches Buch respektiert EMRK** . . . . . 184  
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (4. Kammer)  
«Remuszko c. Polen» vom 16.7.2013 (N° 1562/10)  
**ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN**
- 1.2 Recht des Informationszugangs der Öffentlichkeit – Accès général à l'information**
- 13-160 **Zugang verneint, da Dokumente nicht vorhanden** . . . . . 186  
Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 11. September 2013 (GS-UVEK/Angaben zu Konzerngesellschaften der Schweizerischen Post)



- 13-161 **Zugang zu den Listen der Empfänger der Verkäsungs- und Siloverzichtsulage** . . . 186  
Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 7. August 2013 (BLW/Empfängerlisten Verkäsungs- und Siloverzichtsulage)
- 13-162 **EDÖB gewährt Zugang zu Dokumentenliste betreffend Zulassung von Pflanzenschutzmitteln** . . . . . 187  
Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 8. Juli 2013 (BLW/Auszüge aus dem Dokumentenverwaltungssystem)
- 1.3 Radio- und Fernsehrecht – Droit de la radiodiffusion**
- 13-163 **Trotz EMRK-Verletzung: kein neues Lizenzierungsverfahren notwendig** . . . . . 188  
Zulässigkeitsentscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (3. Kammer) «Meltex Ltd. c. Armenien» vom 21.5.2013 (N° 45199/09)
- 13-164 **Une demande de rectification ressortit au droit de réponse, non à la réclamation** . . . . . 188  
Arrêt du Tribunal fédéral suisse du 20 août 2013 (2C\_402/2013)
- 13-165 **Radiokonzession Südostschweiz: Beschwerde wird aufschiebende Wirkung entzogen** . . . . . 189  
Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. September 2013 (A-2252/2013)
- 13-166 **Une décision ne peut être inopportune en l'absence de liberté d'appréciation** . . 189  
Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 22 août 2013 (A-4602/20129)
- 13-167 **TV-Nutzungsdaten: Gesuch um vorsorgliches Publikationsverbot abgewiesen** . . 190  
Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. Juli 2013 (A-3464/2013)
- 13-168 **«ESO.TV» verletzt Verbot gesundheitsgefährdender Werbung** . . . . . 191  
Verfügung des Bundesamtes für Kommunikation vom 8. August 2013
- 13-169 **Beschwerde gegen Reportage über Schwimmbussen abgewiesen** . . . . . 191  
Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 3. Mai 2013 (b.660)
- 13-170 **«Tagesschau»-Beitrag zur Revision des Tierseuchengesetzes: Beschwerde des VgT abgewiesen** . . . . . 192  
Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 3. Mai 2013 (b.666)
- 1.4 Filmrecht – Droit du cinéma**
- 13-171 **Le tournage d'un film faisant l'objet d'une demande de subvention ne doit pas débiter avant que soit rendue la décision à ce sujet** . . . . . 193  
Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 3 juillet 2013 (C-4345/2012)
- 1.7 Weitere verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragen –  
Autres questions constitutionnelles ou administratives**
- 13-172 **Vorverurteilung durch belgische Staatsanwaltschaft nicht belegt** . . . . . 193  
Zulässigkeitsentscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (5. Kammer) «ASBL Eglise de Scientologie c. Belgien» vom 27.8.2013 (N° 43075/08)  
**ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN**
- 13-173 **Bundesverwaltungsgericht gewährt rückwirkend Zustellermässigung** . . . . . 194  
Urteile des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. September 2013 (A-437/2013, A-453/2013, A-466/2013)

- 13-174 **Mehrwertsteuer im Zusammenhang mit Radio- und Fernsehempfangsgebühren** . 195  
Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 11. September 2013 (A-4130/2013)
- 13-175 **Zustellermässigung vom Bundesverwaltungsgericht gutgeheissen** . . . . . 195  
Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 6. August 2013 (A-189/2013)
- 3. Strafrecht – Droit pénal**
- 3.1 Ehrenschutz (StGB/UWG) – Atteintes à l'honneur (CP/LCD)**
- 13-176 **Pour être punissable, une offense doit être dirigée contre une personne identifiée ou identifiable** . . . . . 196  
Arrêt du Tribunal fédéral du 30 juillet 2013 (6B\_482/2013 et 6B\_483/2013)
- 13-177 **UWG-Strafbestimmung: Bundesgericht bestätigt Einstellungsverfügung** . . . . . 197  
Urteil des Bundesgerichts vom 4. Juli 2013 (6B\_188/2013)
- 13-178 **L'administrateur d'un site internet a un devoir particulier de vérification des propos qui y sont publiés** . . . . . 197  
Jugement du 29 mai 2013, juge de district de Monthey, Valais
- 3.4 Redaktionsgeheimnis – Secret rédactionnel**
- 13-179 **Wohnungsdurchsuchung bei TV-Journalistin missachtete EMRK** . . . . . 198  
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (4. Kammer)  
«Nagla c. Lettland» vom 16. 7. 2013 (N° 73469/10)  
**ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN**
- 13-180 **Ein Hinweis auf eine Rechtsverletzung genügt nicht, um einem Journalisten den Schutz nach Art. 28a StGB zu entziehen** . . . . . 199  
Entscheidung des Appellationsgerichts in Strafsachen von Neuenburg vom 10. September 2013 (ARMP.2013.94/sk-ae) (nicht rechtskräftig)  
**ANMERKUNGEN: DR. IUR. PETER STUDER, RÜSCHLIKON**
- 4. Privatrecht – Droit privé**
- 4.1 Persönlichkeitsschutz (ZGB/UWG) und Datenschutz – Protection de la personnalité (CC/LCD) et protection des données**
- 13-181 **Klage gegen «NZZ»-Artikel: Berufung der «Weltwoche» abgewiesen** . . . . . 201  
Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 9. August 2013 (LB120062-O/U.doc)  
**ANMERKUNGEN: DR. IUR. PETER STUDER, RÜSCHLIKON**
- 13-182 **Gegendarstellung: Kostenbeschwerde abgewiesen** . . . . . 202  
Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 11. März 2013 (PF130001-O/U)
- 5. Urheberrecht – Droit d'auteur**
- 5.2 Verwertungsrecht – Gestion des œuvres**
- 13-183 **Bundesverwaltungsgericht bestätigt Genehmigung des GT S 2011–2013** . . . . . 203  
Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. Juli 2013 (B-2612/2011)
- 8. Ethik/Selbstregulierung – Ethique/autorégulation**
- 8.1 Ethik des Journalismus – Ethique du journalisme**
- 13-184 **Nichteintreten weil Beschwerde offensichtlich unbegründet** . . . . . 204  
Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 14. Juni 2013  
(31/2013; X. c. «Limmattaler Zeitung»)
- 13-185 **Presserat tritt auf offensichtlich unbegründete Beschwerde nicht ein** . . . . . 204  
Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 14. Juni 2013  
(32/2013; X. c. «Tages-Anzeiger»/«Der Bund»)

13-186	<b>Nichteintreten wegen laufenden Gerichtsverfahrens</b> . . . . .	205
	Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 14. Juni 2013 (33/2013; X. c. «Blick»/«Blick Online»)	
13-187	<b>Nichteintreten weil Beschwerde offensichtlich unbegründet</b> . . . . .	205
	Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 14. Juni 2013 (34/2013; X. c. «Idea-Spektrum»)	
13-188	<b>Nichteintreten weil Beschwerde offensichtlich unbegründet</b> . . . . .	205
	Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 14. Juni 2013 (35/2013; Botschaft der Republik Iran c. «Basler Zeitung»)	
13-189	<b>Beschwerde gegen falschen Titel gutgeheissen</b> . . . . .	205
	Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 21. Juni 2013 (36/2013; Widmer/Schweizerische Flüchtlingshilfe/Meyer/Rasmussen c. «Blick am Abend»)	
13-190	<b>Beschwerde gegen Artikel über Crowdfunding abgewiesen</b> . . . . .	205
	Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 12. Juli 2013 (37/2013; X. c. «SonntagsZeitung»)	
13-191	<b>Beschwerde gegen identifizierende Berichterstattung gutgeheissen</b> . . . . .	205
	Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 12. Juli 2013 (38/2013; X. c. «Neue Nidwaldner Zeitung»)	
13-192	<b>Beschwerde gegen «K-Tipp»-Artikel abgewiesen</b> . . . . .	206
	Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 12. Juli 2013 (39/2013; X. GmbH c. «K-Tipp»)	
13-193	<b>Beschwerde wegen falscher Bildunterschrift abgewiesen</b> . . . . .	206
	Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 9. August 2013 (40/2013; Verein gegen Tierfabriken Schweiz c. «NZZ am Sonntag»)	
13-194	<b>Strafverfahren gegen Spitalapothekerin: Beschwerde gegen Artikel abgewiesen</b> . . . . .	206
	Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 9. August 2013 (41/2013; X. c. «Beobachter»)	
13-195	<b>Rapporter un témoignage, même contesté, de façon objective n'est pas contraire à la «Déclaration»</b> . . . . .	206
	Prise de position du Conseil suisse de la presse du 28 juin 2013 (42/2013; L'Aéroport de Genève c. «20 minutes»)	
13-196	<b>Artikel über Strafanzeige gegen Mario Fehr: Beschwerde gutgeheissen</b> . . . . .	206
	Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 23. August 2013 (43/2013; X. c. «Tages-Anzeiger»/«Blick am Abend»)	
13-197	<b>Artikel über Prozess gegen Kessler: Beschwerde gutgeheissen</b> . . . . .	207
	Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 23. August 2013 (44/2013; Verein gegen Tierfabriken Schweiz c. «Basler Zeitung»)	
13-198	<b>Nichteintreten auf Beschwerde</b> . . . . .	207
	Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 23. August 2013 (45/2013; X. c. «Tages-Anzeiger»)	
13-199	<b>Nichteintreten auf Beschwerde</b> . . . . .	207
	Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 23. August 2013 (46/2013; X. c. «Blick»)	

## Rechtswidriger Zeitungsartikel muss nicht aus Internetarchiv gelöscht werden

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (4. Kammer)  
«Węgrzynowski und Smolczewski c. Polen» vom 16. Juli 2013 (N° 33846/07)

13-151

Es ist nicht die Aufgabe von Gerichten, darauf hinzuwirken, dass die Geschichte neu geschrieben wird, indem sie die Löschung aller Veröffentlichungen verlangen, die in der Vergangenheit für rechtswidrig befunden wurden. Das legitime Interesse der Öffentlichkeit am Zugang zu öffentlichen Pressearchiven im Internet wird von Art. 10 EMRK geschützt.

Il n'appartient pas aux autorités judiciaires de réécrire l'histoire en ordonnant le retrait du domaine public de toute trace de publications qui, dans le passé, ont été considérées, par des décisions judiciaires finales, comme ayant porté des atteintes injustifiées à des réputations individuelles. L'intérêt légitime de tout un chacun à pouvoir accéder aux archives publiques de la presse sur internet est protégé par l'article 10 de la CEDH.

**Stichworte** Internetarchiv; Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens; Recht auf freie Meinungsäußerung; Recht der Öffentlichkeit auf Zugang zu Informationen

Art. 8, 10 EMRK

### Sachverhalt (Zusammenfassung)

In einem in der polnischen Zeitung «Rzeczpospolita» erschienenen Artikel wurden die zwei Anwälte Węgrzynowski und Smolczewski beschuldigt, durch zweifelhafte Geschäfte mit Politikern zu Vermögen gekommen zu sein. Die verantwortlichen Journalisten wurden zu einer Busse und zur Veröffentlichung einer Entschuldigung verurteilt, weil sie die Anschuldigungen in keiner Art beweisen konnten. Einige Zeit später klagten die beiden Anwälte Węgrzynowski und Smolczewski nochmals gegen die «Rzeczpospolita», weil der betreffende Artikel auf der Website der Zeitung immer noch abrufbar war. Sie verlangten die Entfernung des Artikels und die Veröffentlichung einer Entschuldigung. Die polnischen Gerichte wiesen die Klage ab, worauf die beiden Anwälte an den EGMR gelangten.

### Erwägungen

49. The second applicant submitted that his rights to respect for his private life and reputation had been breached as a result of the second set of civil proceedings. The judicial authorities had failed in their positive obligation to apply the law in a manner that would make it possible for him to obtain the effective protection of his rights under Article 8 of the Convention. These rights had been breached as a result of the continued presence on the newspaper's website of an article which had already been found by the courts to be in violation of the applicant's rights falling within the ambit of this provision.

50.–52. (...)

53. The essential object of Article 8 of the Convention is to protect the individual against arbitrary interference by public authorities. Any interference under the first paragraph of Article 8 must be justified in terms of the second paragraph as being "in accordance with the law" and "necessary in a democratic society" for one or more of the legitimate aims listed therein. According to the Court's settled case-law, the notion of necessity implies that the interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to one of the legitimate aims pursued by the authorities (see, among other authorities, *Olsson v. Sweden* [No. 1], 24 March 1988, § 67, Series A no. 130).

54. In addition, there may also be positive obligations inherent in effective «respect» for private life. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of relations between individuals, including both the provision of a regulatory framework of adjudicatory and enforcement machinery protecting individuals' rights, and the implementation, where appropriate, of specific measures (see, among other authorities, *X and Y v. the Netherlands*, 26 March 1985, § 23, Series A no. 91, and *R.R. v. Poland*, no. 27617/04, §§ 183–184, ECHR 2011 [extracts]).

55. The notion of «respect» for private life within the meaning of Article 8 of the Convention for the purposes of the State's positive obligations is not clear-cut. In view of the diversity of the practices followed and the situations obtaining in the Contracting States, the notion's requirements will vary considerably from case to case. Accordingly, this is an area in

which the Contracting Parties enjoy a wide margin of appreciation in determining the steps to be taken to ensure compliance with the Convention, account being taken of the needs and resources of the community and of individuals. Nonetheless, Article 8, like any other provision of the Convention or its protocols, must be interpreted in such a way as to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective (see *Armonienė v. Lithuania*, no. 36919/02, § 38, 25 November 2008, and *Biriuk v. Lithuania*, no. 23373/03, § 37, 25 November 2008).

56. In particular, in cases concerning newspaper publications, the Court has previously held that the protection of private life has to be balanced, among other things, against the freedom of expression guaranteed by Article 10 of the Convention (see *Karakó v. Hungary*, no. 39311/05, § 26, 28 April 2009; *Armonienė*, cited above, § 39; *Biriuk*, cited above, § 38; *Axel Springer AG v. Germany* [GC], no. 39954/08, § 89 et seq., 7 February 2012). This interplay between Article 10 and Article 8 was highlighted by the Court on numerous occasions (see, for instance, *Von Hannover v. Germany*, no. 59320/00, ECHR 2004-VI, *Karakó v. Hungary*, cited above). As a matter of principle the rights guaranteed by these provisions deserve equal respect (see *Hachette Filipacchi Associés [ICI PARIS] v. France*, no. 12268/03, § 41, 23 July 2009; *Timciuc v. Romania* [dec.], no. 28999/03, § 144, 12 October 2010; and *Mosley v. the United Kingdom*, no. 48009/08, § 111, 10 May 2011).

57. The Court has reiterated on numerous occasions that freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and in that context the safeguards guaranteed to the press are particularly important. The Court has also observed that the most careful of scrutiny under Article 10 is required where measures or sanctions imposed on the press are capable of discouraging the participation of the press in debates on matters of legitimate public concern (*Blaadet Tromsø and Stensaas v. Norway* [GC], no. 21980/93, § 64, ECHR 1999-III). Furthermore, particularly strong reasons must be provided for any measure limiting access to information which the public has the right to receive (see *Timpul Info-Magazin and Anghel v. Moldova*, no. 42864/05, § 31, 27 November 2007). At the same time the Court has observed that the press must not overstep certain bounds, particularly as regards the reputation and rights of others (see *Tammer v. Estonia*, no. 41205/98, § 62, ECHR 2001-I, and *Dalban v. Romania* [GC], no. 28114/95, § 49, ECHR 1999-VI).

58. The Court has held that the Internet is an information and communication tool particularly distinct from the printed media, especially as regards the capacity to store and transmit information. The electronic network, serving billions of users worldwide, is not and potentially will never be subject to the same regulations and control. The risk of harm posed by content and communications on the Internet to the exercise and enjoyment of human rights and freedoms, particularly the right to respect for private life, is certainly higher than that posed by the press. Therefore, the policies governing reproduction of material from the printed media and the Internet may differ. The latter undeniably have to be adjusted according to

technology's specific features in order to secure the protection and promotion of the rights and freedoms concerned (see Editorial Board of *Pravoye Delo* and *Shtekel v. Ukraine*, no. 33014/05, § 63, ECHR 2011 [extracts]).

59. According to the case-law of the Court, Internet archives fall within the ambit of the protection afforded by Article 10 (see *Times Newspapers Ltd*, cited above, § 27). The Court stressed the substantial contribution made by Internet archives to preserving and making available news and information. Such archives constitute an important source for education and historical research, particularly as they are readily accessible to the public and are generally free. While the primary function of the press in a democracy is to act as a "public watchdog", it has a valuable secondary role in maintaining and making available to the public archives containing news which has previously been reported (see *Times Newspapers Ltd*, cited above, § 27). The maintenance of Internet archives is a critical aspect of this role.

The Court has held, in the context of an Article 10 complaint brought by a newspaper, that a requirement to publish an appropriate qualification to an article contained in an Internet archive, where it has been brought to the notice of a newspaper that a libel action has been initiated in respect of that same article published in the written press, did not constitute a disproportionate interference with the right to freedom of expression. The Court was of the view that such an obligation in respect of an Internet archive managed by a publisher of a newspaper itself was not excessive. The Court also noted with approval that the domestic courts had not suggested that potentially defamatory articles should be removed from archives altogether (see *Times Newspapers*, cited above, § 47).

60. Turning to the circumstances of the present case, the Court notes that it is not in dispute that that article published by «Rzeczpospolita» in December 2000 was in breach of the applicant's rights. The domestic courts expressly acknowledged that in their first two judgments. They allowed the applicant's claim on the grounds consonant with the Convention standards (see paragraphs 6–8 above). However, the instant case concerns issues arising in connection with the second set of civil proceedings where the presence of the offending article on the newspaper's website and the State's positive obligations under Article 8 of the Convention arising in this context were examined.

61. The Court observes that during the first set of the civil proceedings the applicants failed to make claims regarding the article's presence on the Internet. Therefore the courts could not adjudicate on this matter. The judgments given in the first case did not create for the applicants a legitimate expectation to have the article removed from the newspaper's website.

It should be further noted that the domestic courts found that the article had been published on the newspaper's website simultaneously with the print edition in December 2000. The applicant did not challenge this finding in his appeals. Therefore the second case against «Rzeczpospolita» brought by the applicant in 2004 concerned the same factual circumstances.

62. The Internet archive of «Rzeczpospolita» is a widely known legal resource for Polish lawyers and for the general public, often used and accessed to by members of legal professions. No arguments have been submitted to the Court to justify the applicant's failure to ensure that the scope of the first defamation claim encompassed the article's presence on the newspaper's website.

63. The Court observes that the Warsaw Regional Court stated in its judgment of 28 September 2005 that the case brought by the applicant was not *res judicata* (see paragraph 12 above). The applicant was therefore given an opportunity to bring his claims concerning the Internet version of the article before the courts and to have them examined in judicial proceedings incorporating a full array of procedural guarantees.

64. The Court further observes that the applicant made his claim under Articles 23 and 24 of the Civil Code. The courts accepted that the claim could be examined under these provisions and that they also applied to publications disseminated on the Internet. The Court therefore considers that it has not been demonstrated that no appropriate legal framework was in place at the relevant time and that the absence of such a framework made it impossible for the applicant to defend his rights (compare and contrast *K. U. v. Finland*, no. 2872/02, § 49, ECHR 2008).

65. The Court further notes the finding made by the Warsaw Regional Court that the article in question had been published in the print edition of the newspaper. That court expressed the view that it was not for the courts to order that the article be expunged as if it had never existed (see paragraph 12 above). The Court accepts that it is not the role of judicial authorities to engage in rewriting history by ordering the removal from the public domain of all traces of publications which have in the past been found, by final judicial decisions, to amount to unjustified attacks on individual reputations. Furthermore, it is relevant for the assessment of the case that the legitimate interest of the public in access to the public Internet archives of the press is protected under Article 10 of the Convention.

66. The Court is of the view the alleged violations of rights protected under Article 8 of the Convention should be redressed by adequate remedies available under domestic law. In this respect, it is noteworthy that in the present case the Warsaw Court of Appeal observed that it would be desirable to add a comment to the article on the website informing the public of the outcome of the civil proceedings in which the courts had allowed the applicants' claim for the protection of their personal rights claim (see paragraph 12 above). The Court is therefore satisfied that the domestic courts were aware of the significance which publications available to the general public on the Internet could have for the effective protection of individual rights. In addition, the courts showed that they appreciated the value of the availability on the newspaper's website of full information about the judicial decisions concerning the article for the effective protection of the applicant's rights and reputation.

67. However, the Court emphasises that in the proceedings in the present case the applicant did not submit a specific request for the information to be rectified by means of the addition of a reference to the earlier judgments in his favour. It was neither shown nor even argued before the Court that under the applicable legal framework they could not request the court to specify the steps that they wished to be taken in respect of the Internet publication with a view to securing the effective protection of their reputation (compare and contrast with *K.U. v. Finland*, referred to above, where no such possibility was available to the applicant).

68. Taking into account all the circumstances of the present case, the Court accepts that the State complied with its obligation to strike a balance between the rights guaranteed by Article 10 and, on the other hand, Article 8 of the Convention. A limitation on freedom of expression for the sake of the applicant's reputation in the circumstances of the present case would have been disproportionate under Article 10 of the Convention (see *Karakó v. Hungary*, no. 39311/05, § 28, 28 April 2009).

69. The Court therefore upholds the Government's preliminary objection.

70. Having regard to the circumstances of the case seen as a whole, the Court finds that there has been no violation of Article 8 of the Convention.

---

**Anmerkungen** Muss persönlichkeitsverletzendes Archivmaterial aus digitalen Archiven gelöscht werden? Oder genügt eine Berichtigung bzw. eine relativierende Anmerkung? Der Entscheid vom 16. Juli 2013 bringt weitere Klärung. Die Notwendigkeit der Archivnachschiebung ist in weiten Kreisen unbestritten. Denn im IT-Zeitalter gibt es kein Vergessen. Es geht um die Qualitätssicherung beim Wieder-Verwerten. Und diese liegt auch im Interesse von rezyklierenden Medienschaffenden (vergl. *medialex* 2008, 199, «Nachführungs- oder Säuberungspflicht in Archiven?»), Stellungnahme des Presserates 29/2011). Mit einem rechtskräftigen Urteil des Amtsgerichts Luzern-Land vom 26. November 2010 wurden der Anspruch auf «Richtigkeit in der Zeit» und die damit verbundene Nachschreibepflicht auf nationaler Ebene erstmals gerichtlich bestätigt (*medialex* 2011, 22). Archive sollen nachgeschrieben werden, wenn das überwiegende persönliche Interesse eines Betroffenen das verlangt: Es bedarf einer Güterabwägung. Hat ein Verletzter gar Anspruch auf Löschung oder Vernichtung des *Corpus Delicti*? Ja, entschied das Züricher Handelsgericht mit Urteil vom 22. April 2013. Es qualifizierte eine Reihe von Aussagen der «Sonntagszeitung» und des «Tages-Anzeigers» über die Sicherheitsunternehmung Aegis als herabsetzend und unlauter (UWG). Zwar wies es Schadenersatzforderungen der Aegis ab (30000 Franken + 10000 Pfund Sterling), doch verfügte das Gericht ein Wiederholungsverbot und die Löschung in den Archiven – wie 15 Jahre zuvor das Kreisgericht See Gaster in einem rechtskräftigen Entscheid gegen Ringier. In einem kunstrechtlichen Kontext sanktionierte das Bundesgericht die Konfiszierung von (angeblich) persönlichkeitsverletzenden Bildern des Malers Heinz Julen (kritisch zu den

Entscheiden 5C.26/2003 und 5P.40/2003 Studer in medialex 2003, 177). Der Entscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 16. Juli 2013 (Węgrzynowski und Smolczewski gegen Polen, Appl. no. 33846/07) hat neue Akzente gesetzt: Solange es das mildere Mittel der Berichtigung, des Bestreitungsvermerkes oder der Nachschreibung gibt und die Persönlichkeitsverletzung relativiert bzw. berichtigt werden kann, ist die Löschung im Internetarchiv unverhältnismässig. Dem Recht auf Vergessen steht das Recht auf korrekte Erinnerung gegenüber (siehe Glaus in medialex 2004, 81). Damit schreibt der EGMR seine Praxis im Entscheid *Times United Ltd vs. United Kingdom* vom 10. März 2009 fort, wo er zur korrigierenden Anmerkung in Archiven ausführte: «Where it is known that archive material is or may be defamatory, the attachment of an appropriate notice warning against treating it as the truth will normally remove any sting from the material.» Den Einwand der Zeitung, selbst dies sei unverhältnismässig, wies das Gericht schon damals zurück. Eine kurze Klarstellung müsse allerdings genügen, eine vollständige Darlegung des gesamten Sachverhaltes sei nicht gefordert. Im Polen-Entscheid hatten die Anwälte – fahrlässig – nur die Löschung, nicht – eventualiter – auch die berichtigenden Anmerkung verlangt. In beiden erwähnten Entscheiden hob der EGMR nicht nur die «watchdog»-Funktion der Medien hervor, sondern auch «the substantial contribution made by Internet archives to preserving and making available news and information», anderseits aber auch deren «risk of harm». Deshalb sei in diesem Spannungsfeld ein Bestreitungsvermerk (Gegendarstellungsvermerk) schon im Verlauf eines Gerichtsverfahrens kein unzulässiger und unverhältnismässiger Eingriff in die Pressefreiheit. Hingegen sei unter den besonderen Umständen des Einzelfalles eine Löschung des Berichts im Internet nicht mit der Informationsfreiheit zu vereinbaren. Dabei würdigte der Europäische Gerichtshof die Tatsache positiv, dass die Vorinstanz dem Medium nahegelegt hatte, den verletzenden Bericht mit einem (richtigstellenden) Kommentar zu versehen. Das Gericht hielt abschliessend fest, dass eine Löschung nicht infrage kommen könne, solange es mildere Mittel gebe, die Rufschädigung zu beseitigen. Festzuhalten ist, dass die Entscheidung wie immer «unter den im Einzelfall gegebenen Umständen» fiel. Gegenstand des Lösungsbegehrens waren kritische Berichte über zwei polnische Anwälte, welchen in (seriösen) journalistischen Recherchen vorgeworfen wurde, mit dubiosen Geschäften von Politikern viel Geld verdient zu haben. Bei einem schwerwiegend verletzenden, völlig tatsachenwidrigen Bericht kann die Löschung nach hier vertretender Auffassung verhältnismässig sein, weil erfahrungsgemäss selbst mit einem Berichtigungsvermerk immer «etwas hängen bleibt». In gravierenden Ausnahmefällen müsste die Interessengüterabwägung des EGMR zugunsten der Löschung ausfallen.

Dr. iur. Bruno Glaus, Uznach

## 1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht – Droits constitutionnel et administratif

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

13-152

#### Exzessive Vorwürfe eines Politikers gegen italienische Magistraten

Ansehensschutz; Beleidigung; Chefredaktor; chilling effect; Ehrverletzung; Gefängnisstrafe; Genugtuung; Kontrollpflicht; Meinungsfreiheit; Nichtverhinderung; parlamentarische Immunität; Politiker; Zeitung

Art. 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (2. Kammer) «Belpietro c. Italien» vom 24. 9. 2013 (Nº 43612/10)

Die Tageszeitung «Il Giornale» druckte im November 2004 einen umfangreichen Text des Senators R. I. ab, der sich kritisch mit der Bekämpfung der Mafia befasste. Unter dem Titel «Mafia, tredici anni di scontri tra P.M. e carabinieri» («Mafia, treize ans de différends entre le parquet et les carabinieri») schilderte der Politiker den seit 1991 andauernden Krieg der Magistraten (Staatsanwaltschaft) gegen die Polizei (Carabinieri) anhand von vier Themenbereichen. Verschiedene Protagonisten wurden im Beitrag namentlich erwähnt, darunter die beiden Staatsanwälte Guido Lo Forte und Giancarlo Caselli. Sie empfanden die Schilderung als ehrverletzend und reichten eine Strafklage gegen den Senator und den Chefredaktor der Tageszeitung ein.

Der Klage gegen den Senator wurde keine Folge gegeben, da die Äusserungen nach Auffassung des Senats durch die parlamentarische Immunität (Art. 68 der italienischen Verfassung) gedeckt waren. Der Chefredaktor wurde erstinstanzlich freigesprochen und 2009 durch das Appellationsgericht Mailand zu einer bedingten Gefängnisstrafe von vier Monaten verurteilt. Darüber hinaus wurde das Zeitungsunternehmen zur Bezahlung von Genugtuungssummen in der Höhe von je 50000 Euro verurteilt. Nach Auffassung des Appellationsgerichts ergab sich aus dem Gesamteindruck des Artikels klarerweise, dass der Autor die Staatsanwaltschaft von Palermo herabsetzen wollte und den beiden Staatsanwälten grundlos bösgläubiges Verhalten beim Ausüben ihres Amtes vorwarf. Der Chefredaktor habe den Wahrheitsgehalt eines Artikels auch dann zu prüfen, wenn er von einem Parlamentarier geschrieben worden sei.

Der Gerichtshof hat in seinem einstimmigen Urteil keine grundsätzlichen Bedenken gegen die Bestrafung des Chefredaktors für die von einem Dritten erhobenen Vorwürfe. Er sei seiner Kontrollpflicht nicht enthoben gewesen, zumal Senator

R. I. seit Jahren provokative (und teils rechtskräftig als ehrverletzend eingestufte) Vorwürfe gegen die gleichen Magistraten publiziert habe.

«58. Il est vrai que (...) la présente affaire porte sur la condamnation du directeur du journal dans lequel l'article avait été publié, pour avoir omis d'exercer le contrôle nécessaire à la prévention de la commission d'infractions par voie de presse. Cependant, la Cour ne saurait ni considérer comme contraire à la Convention l'article 57 du CP, qui pose ce devoir de contrôle (...), ni estimer que la qualité de membre du Parlement de l'auteur d'un article puisse automatiquement exonérer le directeur d'un journal de toute obligation de refuser la publication d'affirmations diffamatoires. Conclure autrement équivaldrait à attribuer aux députés et aux sénateurs le droit inconditionné de publier et diffuser par la presse toute opinion liée à l'exercice de leur mandat parlementaire, si insultante soit-elle. A cet égard, la Cour rappelle que la liberté d'expression des élus du peuple n'est pas illimitée; elle a estimé, notamment, qu'elle ne saurait justifier un déni total d'accès à la justice lorsque des affirmations perçues comme diffamatoires par autrui sont faites par un membre du Parlement en l'absence d'un lien évident avec une activité parlementaire (voir, entre autres, Cordova (nº 1), précité, § 59–66). Le requérant n'était donc pas exempté de son devoir de contrôle, et cela d'autant plus au vu des antécédents de M.R.I. qui, en dépit de sa qualité de sénateur, avait déjà fait l'objet de condamnations pénales définitives pour diffamation (§ 22–25 ci-dessus).»

Darüber hinaus sei der Chefredaktor für die Aufmachung der Äusserungen des Senators verantwortlich. Sie habe dazu beigetragen, die (unberechtigten) Vorwürfe zu untermauern:

«59. Il faut également avoir égard au fait que le directeur d'un journal est responsable de la manière dont un article est présenté et de l'importance qui lui est attribuée au sein de la publication. En l'espèce, l'article de M.R.I. était accompagné d'une photographie qui montrait le général Mori devant un édifice de la police du fisc avec une légende qui faisait référence à la «persécution» de cet officier et à la «guerre faite aux carabinieri» (§ 20 ci-dessus). De l'avis de la Cour, cette présentation graphique contribuait à corroborer auprès des lecteurs les thèses exposées dans l'article, y compris celles pouvant s'analyser en une attaque envers la réputation professionnelle des magistrats du parquet.»

Vor diesem Hintergrund erscheint dem Gerichtshof die Verurteilung von Chefredaktor Belpietro menschenrechtskonform. Übermässig streng und für die ganze Branche abschreckend («chilling effect») war jedoch das Strafmass. Die Gefängnisstrafe von vier Monaten sei unverhältnismässig, selbst wenn sie bedingt ausgesprochen werde.

«61. (...) Bien qu'il y ait eu sursis à l'exécution de cette sanction, la Cour considère que l'infliction en particulier d'une peine de prison a pu avoir un effet dissuasif significatif. Par ailleurs, le cas d'espèce, portant sur un manque de contrôle dans le cadre d'une diffamation, n'était marqué par aucune circonstance exceptionnelle justifiant le recours à une sanction aussi sévère. (...)»

Bezüglich der verhängten Sanktion bejaht der Gerichtshof einen Verstoß gegen die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) und verurteilt Italien zur Bezahlung einer Genugtuung von 10000 Euro an den Chefredaktor.



**Anmerkungen** Die EMRK setzt einen Minimalstandard, den die 47 Vertragsstaaten übertreffen dürfen. Es steht ihnen frei, die Meinungsfreiheit innerstaatlich stärker zu schützen, als es der EGMR tut (falls dieser erhöhte Schutz nicht gleichzeitig andere Konventionsgarantien wie das Recht auf Privatleben missachtet). Ein Beispiel für den ausgebauten Schutz freier Kommunikation ist die exklusive strafrechtliche Verantwortlichkeit des Autors einer rechtswidrigen Äusserung, welche etwa die Schweiz kennt.

1. Nach Art. 28 des schweizerischen Strafgesetzbuchs (StGB) ist der Autor allein strafbar, falls er bekannt ist und hierzulande vor Gericht gestellt werden kann. Nach den Vorstellungen des schweizerischen Gesetzgebers soll die ausschliessliche Haftung des Autors die Veröffentlichung neuer Gedanken erleichtern, da die Redaktion unmöglich alle Äusserungen auf ihren Wahrheitsgehalt überprüfen kann und aus Furcht vor eigener Strafbarkeit auf die Publikation selbst rechtmässiger Beiträge verzichten könnte. Diese plausible Überlegung hat bislang in der Strassburger Gerichtspraxis keinerlei Niederschlag gefunden. Nach der bisherigen Rechtsprechung hätte der Gerichtshof keine Bedenken gehabt, wenn als Reaktion auf den umstrittenen «Il Giornale»-Artikel sowohl der Autor als auch der Chefredaktor (massvoll) bestraft worden wären.

2. Der vorliegende Fall ist durch die Besonderheit geprägt, dass der Autor parlamentarische Immunität genoss und daher nicht vor Gericht gestellt werden konnte. Dies bewahrte den Chefredaktor nicht vor strafrechtlichen Konsequenzen (diesbezüglich kritisch Ó Fathaigh/Voorhoof, *Newspaper Editor Criminally Liable for Senator's Op-Ed, But Prison Sentence Violated Article 10: Belpietro v. Italy*, <http://strasbourgobservers.com/>). Einmal unterstellt, das schweizerische Parlament hätte nach einer solchen Publikation die Freiheit vor strafrechtlicher Verfolgung (relative Immunität) ebenso grosszügig gewährt wie das italienische, so wäre das Resultat des Rechtsstreits vermutlich ähnlich gewesen wie in Italien: Der Chefredaktor wäre (ersatzweise) zur Rechenschaft gezogen worden – wenn auch nicht wegen übler Nachrede, sondern wegen Nichtverhinderns einer strafbaren Veröffentlichung (Art. 322<sup>bis</sup> StGB), denn gemäss den Ausführungen in der Urteilsbegründung kommt hier ein schuldhaftes (vorsätzliches oder zumindest fahrlässiges) Verhalten des redaktionell Verantwortlichen in Betracht.

3. Art. 322<sup>bis</sup> StGB sieht bei vorsätzlicher Nichtverhinderung eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren (oder eine Geldstrafe) vor. Das aktuelle EGMR-Urteil deutet wieder einmal darauf hin, dass das schweizerische Recht in dieser Hinsicht den menschenrechtlichen Mindeststandard ritzt bzw. unterschreitet. Zumindest bei herkömmlichen Ehrverletzungsstreitigkeiten wäre die Verurteilung des verantwortlichen Redaktors zu einer Freiheitsstrafe (und sei sie auch nur bedingt ausgesprochen) wohl konventionswidrig. In der wenig einheitlichen – und anscheinend nicht einmal vom EGMR selber wirklich überblickten – Strassburger Praxis finden sich sogar Urteile, die bei solcher Konstellation jegliche Androhung strafrechtlicher Konsequenzen ablehnen (vgl. in dieser Ausgabe die Anmerkungen zum EGMR-Urteil N° 16812/11 «Welsh & Silva Canha c. Portugal» vom 17. 9. 2013).

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

13-153

### Satirische Vorwürfe gegen Politiker verdienten keine Strafe

Ansehensschutz; Beleidigung; chilling effect; Ehrverletzung; Genugtuung; guter Glaube; Korruptionsvorwurf; Medienfreiheit; Politiker; Satire; Wahrheitsbeweis; Zeitschrift

Art. 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (2. Kammer) «Welsh & Silva Canha c. Portugal» vom 17. 9. 2013 (N° 16812/11)

Die satirische Zeitschrift «Garajau» publizierte ab 2004 mehrere kritische Artikel gegen den Vizepräsidenten der Region Madeira. So habe er sich zur Verteidigung seiner privaten Interessen öffentlicher Gelder bedient, was zu gerichtspolizeilichen Ermittlungen geführt habe. Auf Strafklage des angegriffenen Politikers wurden die beiden Direktoren der Zeitschrift wegen Diffamierung zu Geldbussen von 140 und 220 Tagesstrafen sowie zur Bezahlung von 5000 Euro Genugtuung verurteilt. Es sei ihnen nicht gelungen, die Wahrheit ihrer Vorwürfe zu beweisen.

Einstimmig bejaht der Gerichtshof eine Missachtung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK). Er erinnert an den grossen Freiraum für öffentliche Kritik an (relativ) bekannten Politikern, die sich wissentlich einer Kontrolle ihrer Tätigkeit aussetzen. Besonders streng prüft der EGMR Sanktionen für satirische Äusserungen, die wesensmässig durch Übertreibung und Provokation geprägt sind. Im vorliegenden Fall widerspricht er den portugiesischen Behörden, die den Journalisten den guten Glauben absprachen. Ihre Darstellung habe im Publikationszeitpunkt den Normen eines verantwortungsvollen Journalismus entsprochen. Die Verurteilung war daher in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig.

Besondere Kritik übt der EGMR daran, dass der Publikation mit dem Mittel des Strafrechts begegnet worden war, dessen Einsatz nur bei besonders gravierenden Fällen in Betracht komme:

«32. Compte tenu de ce qui précède, la Cour conclut que la condamnation des requérants a rompu le juste équilibre entre la protection de leur droit à la liberté d'expression et de celui de C.S. à la protection de sa réputation. De surcroît, elle considère qu'indépendamment de la sévérité de la condamnation infligée, l'existence même d'une sanction pénale dans le cadre de cette affaire est de nature à provoquer un effet dissuasif sur la contribution de la presse aux débats d'intérêt général et ne saurait se concevoir sans raisons particulièrement sérieuses (Colação Mestre et SIC – Sociedade Independente de Comunicação, S.A. c. Portugal, nos 11182/03 et 11319/03, § 31, 26 avril 2007).»

**Anmerkungen** Ein Dutzendfall zu den Grenzen des Ehrenschutzes bei publizistischer Kritik am politischen Establishment? Über weite Strecken enthält die Begründung der 2. Kammer in der Tat oft Gelesenes. Immer wieder sind in

Strassburg die grossen Freiräume in der politischen Debatte und beim Einsatz des Stilmittels der Satire betont worden. Weniger gefestigt sind hingegen die grundsätzlichen Vorbehalte des Gerichtshofs gegen die Androhung jeglicher strafrechtlichen Sanktion (also nicht nur von unbedingten oder bedingten Freiheitsstrafen) bei herkömmlichen Ehrverletzungen in der Presse.

Zwar sind die oben geschilderten Bedenken des EGMR gegen die einschüchternde Androhung von Strafen nicht neu. In diesem Punkt war der Gerichtshof bislang allerdings alles andere als gradlinig (vgl. die Anmerkungen des Schreibenden zu drei wenig kohärenten EGMR-Urteilen in *medialex* 2010, 154). Es bleibt abzuwarten, ob die Strassburger Rechtsprechung künftig konsequenter sein wird als in den vergangenen Jahren. Spätestens wenn dies der Fall wäre, müsste man sich auch in der Schweiz ernsthafte Gedanken machen über die künftige Ausgestaltung und Anwendung verschiedener Tatbestände (z. B. der Ehrverletzungsdelikte: Art. 173 f. StGB).

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

13-154

### Disziplinierung einer Richterin nach kritischem Interview war konventionskonform

Ansehensschutz; Beleidigung; Disziplinarmassnahme; Interview; Meinungsfreiheit; Richterin; Verwarnung; Vetterwirtschaft

Art. 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (2. Kammer) «Di Giovanni c. Italien» vom 9. 7. 2013 (N° 51160/06)

Mit 5 gegen 2 Stimmen hat die 2. EGMR-Kammer die Disziplinarmassnahme gegen eine Richterin akzeptiert. Sie hatte 2003 in zwei Interviews mit der Tageszeitung «Liberio» einen reputierten Berufskollegen wegen Bevorteilens seiner Tochter bei der Verteilung von Richterposten angegriffen und wurde deswegen durch die Aufsichtsbehörde verwarnt.

Die Mehrheit der 2. Kammer bezeichnet die Beschränkung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) als gerechtfertigt. Die Richterin sei nicht wegen ihrer Kritik am italienischen Justizapparat diszipliniert worden, sondern wegen gravierender Angriffe auf einen anderen Richter. Durch die Verbreitung der unbegründeten Gerüchte habe die Magistratin die zum Schutz des Vertrauens in die Justiz gebotene Zurückhaltung vermissen lassen. Die Gerichtsminderheit wendet sich u. a. gegen die Auffassung, dass Richter selbst bei Provokationen nicht an die Presse gelangen sollten. Bei aller Diskretion könne von Richtern nicht verlangt werden, gegenüber öffentlichen Angriffen stumm zu bleiben. Wer auf dem öffentlichen Forum attackiert werde, solle sich auch dort verteidigen dürfen.

13-155

### Bestrafung eines Anwalts nach Vorwurf amtlicher Kungelei war konventionskonform

Ansehensschutz; Anwalt; Beleidigung; Bestrafung; Meinungsfreiheit; Untersuchungsrichterin; Vertrauen in die Justiz; Whistleblower

Art. 6, 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (5. Kammer) «Morice c. Frankreich» vom 11. 7. 2013 (N° 29369/10)

Als Anwalt der Witwe des 1995 unter mysteriösen Umständen verstorbenen Richters Borel kritisierte Maître Olivier Morice das Verhalten der zuständigen Untersuchungsrichterin. Er verdächtigte sie einseitiger Ermittlungen und der Kungelei mit hochrangigen Amtsträgern in Djibouti. Seine Vorwürfe äusserte Borel in einem Brief an den Justizminister und tags darauf auch gegenüber Journalisten der Zeitung «Le Monde».

Auf Strafklage der Untersuchungsrichterin wurde Anwalt Borel wegen Ehrverletzung verurteilt. Die 5. Kammer verneint mit 6:1 Stimmen einen Verstoß gegen die Meinungsfreiheit. Durch seine negative Bewertung (Indizien für Parteilichkeit und Kungelei) habe er die Magistratin und die Funktionsfähigkeit der Justiz öffentlich attackiert, ohne das Ergebnis seines Beschwerdebriefs an das Justizministerium abzuwarten. Wenn es Grund gebe, dem Funktionieren der Justiz zu misstrauen, sei es die primäre Aufgabe der Anwaltschaft, auf rechtlichem Wege vorzugehen.

In ihrer abweichenden Sondermeinung distanziert sich die Richterin aus der Ukraine deutlich vom anwaltlichen Rollenverständnis der Mehrheit. Das Justizverfahren werde weniger durch pointierte Kritik beeinträchtigt als durch den Versuch, es als geschlossenen Raum auszugestalten, in dem man nicht gewohnt ist, «schmutzige Wäsche zu waschen».

**Anmerkungen** Der Fall Morice behandelt grundsätzliche Fragen zur Rolle des Anwalts und hat auch Bezüge zur Whistleblowerproblematik. Gerade im Hinblick auf die Enthüllung von Missständen im Justizapparat hat die restriktive Haltung der 5. Kammer bereits Kritik geerntet (vgl. den Beitrag von Maximilian Steinbeis, <http://www.verfassungsblog.de/de/kein-recht-auf-whistleblowing-fur-anwalte/>). Noch ist ungewiss, ob der Gerichtshof in dieser Angelegenheit das letzte Wort gesprochen hat. Ein Antrag auf Prüfung des Falles durch die Grosse Kammer (17 Richterinnen und Richter) ist hängig.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

13-156

### Interviewpartner zu Unrecht für Formulierung des Titels belangt

Ansehensschutz; Beleidigung; Genugtuung; Interview; Intrigenvorwurf; Medienfreiheit; Politiker; Überschrift; Zeitschrift; Zivilrecht

Art. 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (1. Kammer) «Stojanovic c. Kroatien» vom 19. 9. 2013 (Nº 23160/09)

In verschiedenen Beiträgen berichtete die kroatische Wochenzeitschrift «Imperijal» 1997 über die Vorwürfe von Josip Stojanovic gegen den damaligen Gesundheitsminister H. Der erste Artikel war auf der Frontseite angekündigt mit der Schlagzeile «By exposing H.'s machinations I did not set up President T.». Auf Zivilklage des angegriffenen Politikers verurteilte die kroatische Justiz neben dem Zeitschriftenverlag auch Stojanovic, der den Gesundheitsminister im Interview angegriffen hatte.

Den in der Überschrift verwendeten Begriff der Intrige («machinations») hatte Stojanovic zwar nicht selber benützt. Im anschliessenden Gerichtsverfahren zeigte er sich aber mit der Formulierung des Medienschaffenden einverstanden. Der EGMR hält einstimmig fest, dass dies keine Verurteilung für die Publikation zu begründen vermag. Es sei etwas anderes, den Vorwurf der Intrige zu erheben oder ihm lediglich zuzustimmen.

«61. (...) For the Court it is one thing to describe someone's actions as «machinations» in the press, and quite another to agree with such a description, when formulated by someone else and published in the press, in the courtroom. The Court is aware that under certain circumstances slandering someone or reiterating earlier libellous statement in a courtroom may constitute a separate cause of action for defamation. However, in the present case the cause of action was the applicant's statements to the media, and not those he made before the first-instance court in the ensuing civil proceedings. In particular, the domestic courts held the applicant liable for damages because the word «machinations» was used in the title of the article to describe A. H.'s actions, and not because the applicant subsequently agreed with that description at the hearing before the first-instance court (...). In those circumstances, as the Court already observed above (see paragraph 60 above), under section 14(3) of the Public Information Act any liability for the words in the title of the article could have been imputed only to the editor-in-chief of the magazine and not to the applicant himself.»

In diesem (und einem anderen) Punkt war die Verurteilung von Interviewpartner Stojanovic daher konventionswidrig, während sie bezüglich eines weiteren von ihm erhobenen Vorwurfs (falsche Behauptung hoch entlohnter Ämterkumulation) die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) respektierte. Der Gerichtshof verurteilt Kroatien zur Bezahlung einer Genugtuung von 1500 Euro an Stojanovic.

**Anmerkungen** Das Urteil betrifft einen im journalistischen Alltag gängigen Vorgang: Kritische Äusserungen eines Interviewpartners werden durch Medienschaffende in der Überschrift zugespitzt. Die Begründung des Gerichtshofs macht deutlich, dass die Frage der (zivilrechtlichen) Verantwortlichkeit für persönlichkeitsverletzende Vorwürfe differenziert zu betrachten ist. Es geht nicht an, alle Beteiligten unterschiedslos ins Recht zu fassen. Vielmehr ist die Formulierung des Titels dem Interviewten selbst dann nicht zuzurechnen, wenn er sie nach der Publikation billigt oder sich darüber freut. Anders dürfte sich die Situation präsentieren, wenn dem Interviewten die journalistische Formulierung der Überschrift vor der Publikation vorgelegt wurde und er sie autorisiert hat.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

13-157

### Zulässige Kritik am Präsidenten eines Fussballvereins

Ansehensschutz; Beleidigung; Buch; Fussballpräsident; Geldstrafe; Prominenter; public figure; Strafrecht; Werturteil

Art. 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (2. Kammer) «Sampaio e Paiva de Melo c. Portugal» vom 23. 7. 2013 (Nº 33287/10)

In einem 2006 in einer Auflage von 4500 Exemplaren veröffentlichten Buch über das portugiesische Fussballnationalteam an der WM-Endrunde übte ein Journalist scharfe Kritik an einem prominenten Vereinspräsidenten, welcher der Nationalmannschaft feindlich gesinnt sei. Der Autor beschrieb den Präsidenten in Anspielung auf zahlreiche gegen ihn geführte Strafverfahren als nationalen Champion der Ermittlungen («champion national des mis en examen du football portugais»). Wegen dieser diffamierenden Formulierung verurteilte die portugiesische Strafjustiz den Autor auf Klage des Präsidenten zu einer Geldstrafe. Die aus dem Zusammenhang gerissenen Vorwürfe dienten bloss dazu, den Präsidenten verächtlich zu machen.

Der Gerichtshof betrachtet die Bestrafung als unverhältnismässig. Es sei unbestritten, dass der Präsident zum fraglichen Zeitpunkt in verschiedene Strafverfahren verwickelt war. Die Umschreibung des Autors war fraglos abwertend, stützte sich aber auf allgemein bekannte Tatsachen. Das Werturteil ist nach Auffassung des EGMR nicht exzessiv, zumal es nicht das Privatleben betraf, sondern das öffentliche Verhalten des Präsidenten eines grossen Fussballclubs, welcher sich ähnlich scharfe Kritik gefallen lassen müsse wie ein Politiker. Einstimmig verurteilt der EGMR Portugal zur Bezahlung einer Genugtuung von 3250 Euro an den Buchautor.

13-158

**Caroline III: Gerichtshof bestätigt Kurs der deutschen Justiz**

Ferienbilder; Fotografie; Kontext der Bildpublikation; Medienfreiheit; Privatsphäre; Prominente; Publikationsverbot; Regenbogenpresse; Vorwand; Zeitschrift

Art. 8, 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (5. Kammer) «Caroline von Hannover c. Deutschland (N° 3)» vom 19.9.2013 (N° 8772/10)

Einstimmig bestätigt die 5. EGMR-Kammer die Haltung der deutschen Justiz, welche das von Prinzessin Caroline beantragte Verbot der Publikation einer 2002 in der Adelszeitschrift «7 Tage» abgedruckten Fotografie verweigert hatte. Das an einem unbekanntem Ort aufgenommene Bild zeigt Caroline zusammen mit ihrem Gatten Ernst August Prinz von Hannover und illustrierte einen Text über die Vermietung ihrer Ferienvilla in Kenia. Der Bericht wurde mit der Aussage eingeleitet, auch die Schönen und Reichen seien «sparsam. Viele vermieten ihre Villen an zahlende Gäste.» Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts (Beschluss 1 BvR 1606/07 vom 26.2.2008) kommentierte der Bericht die Vermietung der Villa der Eheleute und ähnliche Aktionen von Prominenten mit wertenden Anmerkungen, die durchaus sozialkritische Überlegungen der Leserschaft auslösen konnten. Die Fotografie schein die Prinzessin auch nicht bei einer Tätigkeit zu zeigen, die typischerweise Entspannungsbedürfnissen gewidmet und damit erhöht schutzbedürftig wäre.

Nach Ansicht der Prinzessin birgt die deutsche Rechtsprechung die Gefahr, dass ein Medium beliebige zeitgeschichtliche Ereignisse als Vorwand für die Publikation von Bildern aus ihrem Privatleben benutzen könnte. Nach einstimmiger Auffassung des EGMR wirkt der Zusammenhang zwischen dem Bild und dem Text im fraglichen Zeitschriftenartikel aber nicht rein künstlich («purement artificiel»). Dass die deutschen Gerichte das Thema des Artikels als allgemein interessierend einstufen, schein nicht unvernünftig. «La Cour peut donc accepter que la photo litigieuse, considérée dans le contexte avec l'article, a apporté, au moins dans une certaine mesure, une contribution à un débat d'intérêt général.»

Gesamthaft gesehen habe die deutsche Justiz die für eine Publikation von privaten Bildern prominenter Personen massgebenden Grundsätze konventionskonform berücksichtigt. Sie habe insbesondere festgestellt, dass der Inhalt des eher kleinformatigen Fotos die Persönlichkeitsrechte respektierte und nichts darauf hindeutete, dass es sich um eine heimliche oder sonstige besonders problematische Aufnahme handelte. Bei ihrer Abwägung zwischen dem Recht auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK) und der Freiheit der Medien (Art. 10 EMRK) beachteten die deutschen Gerichte den durch die Konvention eingeräumten Ermessensspielraum.

**Anmerkungen** Die Rechtmässigkeit unerwünschter Bildpublikationen misst der Gerichtshof an einem eigentlichen Kriterienkatalog. Dies dokumentiert, wie sehr sich die Strassburger Rechtsprechung in den nunmehr über neun Jahren seit dem ersten grundlegenden Urteil zur Publikation von Fotos aus dem Privatleben («Von Hannover c. Deutschland» vom 24. Juni 2004; medialex 2004, 158 ff.) entwickelt und verfeinert hat. Massgebend sind die Bekanntheit der abgebildeten Person, ihr früheres Verhalten, die Methode der Bildbeschaffung, Inhalt, Form und Folgen der Publikation sowie der Beitrag des Bildberichts zu einer Debatte von berechtigtem allgemeinem Interesse (für Einzelheiten der Strassburger Praxis vgl. etwa die Ausführungen des Schreibenden im Beitrag Das eigene Bild und sein begrenzter Schutz, Digma – Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit 2013, 51 f.)

Das mittlerweile dritte Urteil in Sachen Prinzessin Caroline bestätigt den neueren Kurs des Gerichtshofs. Er ist geprägt durch einen relativ grossen Spielraum für die nationale (d. h. deutsche) Justiz und eine entsprechende Zurückhaltung des EGMR. Zudem zeigt sich der Gerichtshof tendenziell grosszügig gegenüber der Presse, wenn es um die Frage geht, ob eine Veröffentlichung (in Kombination von Bild und Text) zur Debatte über ein Thema von legitimem Allgemeininteresse beiträgt. Praktisch bedeutsam ist insbesondere, dass die Fotografie selber keine wesentlichen Informationen vermitteln muss. Es genügt, dass das fragliche Bild einen Textbeitrag von öffentlichem Interesse illustriert – zumindest solange der Konnex zum Text nicht komplett gekünstelt erscheint. Diese Rechtsprechung mag aus Sicht des freien Medienschaffens erfreuen, hat im Onlinezeitalter allerdings ihre Tücken: Können Personenbilder über Suchmaschinen im Internet abgerufen werden, so tritt der ursprüngliche Zusammenhang zum Textbeitrag stark in den Hintergrund.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

13-159

**Ablehnung eines Inserats für kritisches Buch respektiert EMRK**

Boycott; Buch; Drittwirkung; Medienfreiheit; Meinungsfreiheit; Inserat; Presse; Schutzpflichten; Werbung; Wirtschaftsfreiheit

Art. 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (4. Kammer) «Remuszko c. Polen» vom 16.7.2013 (N° 1562/10)

Journalist Stanislaw Remuszko veröffentlichte ein Buch über die 1989 gegründete Tageszeitung «Gazeta Wyborcza», deren Entstehen und finanzielle Hintergründe er in einem unvoreilhaftem Licht schilderte. Nach Erscheinen der 2. Auflage im Jahre 2003 gelangte er an sieben Zeitungen zwecks Abdruck eines bezahlten Inserates:

«It does not make for pleasant reading for [the editor-in-chief of] Gazeta Wyborcza, friends. The truth about Gazeta Wyborcza. Previously unseen documents and new witnesses. Stanislaw Remuszko, a former journalist [at the newspaper], today working freelance, has written the first ever book in Poland, Europe and the world about Gazeta Wyborcza and its background. Do you have the faintest idea where the wealth of Gazeta Wyborcza comes from? Information available at [www.remuszko.pl](http://www.remuszko.pl).»

Sämtliche Zeitungen lehnten die Publikation der Anzeige ab, worauf Remuszko Zivilverfahren anstrebte (in deren Verlauf die polnische Justiz zwei der Zeitungen zum Abdruck verpflichtete, was diese akzeptierten). Die Zeitung «Rzeczpospolita» verweigerte den Abdruck mit Hinweis auf ihr publizistisches Profil und den möglicherweise erweckten Eindruck, sie versuche mit der «Gazeta Wyborcza» eine ihrer Konkurrentinnen herabzusetzen. Ihre ablehnende Haltung wurde vom Warschauer Regionalgericht, vom Appellationsgericht und 2009 auch vom polnischen Bundesgericht geschützt.

In seiner Beschwerde an den EGMR argumentierte Remuszko, die polnische Justiz habe ihre positive Pflicht zum Schutz seiner Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) missachtet. Sein Buch über eine mächtige Tageszeitung sei von allgemeinem Interesse. Dennoch habe die Presse keine Rezensionen veröffentlicht. Es sei wichtig, dass auch von den Mainstream-Medien verschwiegene Fakten öffentlich diskutiert würden.

In seinem einstimmigen Urteil erinnert der Gerichtshof an seine Rechtsprechung, wonach Zeitungen redaktionelle Freiheit zum Entscheid für oder gegen den Abdruck von Artikeln, Kommentaren oder Leserbriefen genießen und Privatpersonen oder Organisationen kein uneingeschränktes Recht auf Zugang zu den Medien haben. Diese Grundsätze müssten auch für den Abdruck von (kommerziellen) Inseraten gelten. Pressefreiheit beinhalte das Recht, auch bezüglich des Inhalts bezahlter Anzeigen eine eigene publizistische Linie zu verfolgen.

Obwohl das Buch Angelegenheiten von öffentlichem Interesse thematisierte, dienten die abgewiesenen Anzeigen nach Auffassung des Gerichtshofs primär einem kommerziellen Zweck (Absatzsteigerung). Es stand dem Journalisten auch frei, das Publikum auf anderen Kanälen (z. B. online) über das Buch und dessen Bedeutung zu informieren.

Nach den Worten des Gerichtshofs erkannten die polnischen Gerichte, dass die Krux des Falles in der Kollision zweier fundamentaler Rechtspositionen liegt: einerseits Remuszkos Recht zur Verbreitung seiner Ideen, andererseits des Verlegers Recht auf Presse- und Wirtschaftsfreiheit. Der Gerichtshof billigt der polnischen Justiz zu, dass sie die legitimen Anliegen sorgfältig abgewogen und damit ihrer menschenrechtlichen Schutzpflicht genügt hat. Der EGMR akzeptiert die Schlussfolgerung, wonach Verleger in einer pluralistischen Medienlandschaft nicht zum Abdruck bestimmter bezahlter Inserate verpflichtet sind.

«86. The Court agrees with the analysis of the case carried out by the domestic courts. It finds that their conclusion that, in a pluralistic media market press, publishers should not be obliged to carry advertisements proposed by private parties is compatible with the freedom of expression standards under the Convention.»

Der Gerichtshof verwirft auch den Einwand Remuszkos, die polnische Rechtsprechung sei inkonsistent. Nach seiner Auffassung gibt es im massgebenden Fallrecht keine Widersprüche, welche Rechtsunsicherheit schaffen. Die Rüge einer Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK sei deshalb offensichtlich unbegründet.

**Anmerkungen** Der Fall Remuszko dreht sich um eine rechtlich und praktisch wichtige Thematik. Die Ablehnung kontroverser Inserate durch die Presse führt seit Jahrzehnten auch in der Schweiz immer wieder zu Diskussionen (vgl. etwa die Ausführungen des Schreibenden, Hat die Presse eine Pflicht zur Annahme von politischen Inseraten?, Medien und Recht 1986, Nr. 3, 4 f.).

In seiner Begründung hält der Gerichtshof fest, er habe sich erstmals mit genau dieser Konstellation zu befassen. Die bisherige Rechtsprechung habe nicht die Rückweisung einzelner bezahlter Werbebotschaften betroffen, sondern allgemeine Schranken wie das Verbot politischer Werbung am Fernsehen (so etwa im Fall «Animal Defenders c. Grossbritannien» vom 22. 4. 2013, *medialex* 2013, 135 ff.).

Der EGMR betritt also ein Stück weit neues Territorium, wobei sich als Orientierungshilfe seine bisherige Rechtsprechung betreffend den Zugang zu anderen Foren anbietet (etwa zu einem privaten Einkaufszentrum für eine Unterschriftensammlung im Urteil N° 44306/98 «Appleby u. a. c. Grossbritannien» vom 6. 5. 2003 oder zu einem öffentlichen Platz für eine Kundgebung im Urteil N° 34202/06 «Berladir u. a. c. Russland» vom 10. 7. 2012). Unbeschränkte Zugangsansprüche gibt es nicht. Für die Abwägung spielt eine wesentliche Rolle, ob den Zurückgewiesenen ersatzweise andere Äusserungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen (z. B. an anderen Örtlichkeiten oder im Internet).

Da es nach Auffassung des Gerichtshofs auch für Buchautor Remuszko geeignete Alternativen gab (z. B. seine eigene Website) und die Medienlandschaft in Polen pluralistisch ausgestaltet ist, war das Schicksal seiner Beschwerde absehbar. Wichtig scheint für den Gerichtshof auch, dass die polnische Ziviljustiz seine Argumente einlässlich geprüft hat. Tenor des Urteils dürfte sein, dass in einer solchen Konstellation der Verweis des ablehnenden Verlags auf die publizistische Linie der Zeitung («editorial profile or character of the newspaper») menschenrechtlich ausreichend ist.

Die Urteilsbegründung enthält einige problematische Passagen. So greift es eher kurz, die mit Werbung beabsichtigte Absatzsteigerung für ein öffentlich interessierendes, politisch relevantes Buch als primär kommerziell motiviert einzustufen. Ausgeblendet bleibt auch die Appellwirkung alternativer Äusserungskanäle: Der Gerichtshof fragt nicht danach, ob durch eine private Website beim Kampf um die öffentliche Aufmerksamkeit ein auch nur annähernd vergleichbares Publikum erreicht werden kann wie durch auflagenstarke Presseprodukte.

Daneben gibt es zahlreiche Fragen, welche die Ablehnung bezahlter Inserate in künftigen Fällen aufwerfen könnte. Zwei Aspekte seien herausgegriffen:

1. Wie wäre die Situation zu beurteilen, wenn die Ablehnung eines Inserates ohne jegliche Angabe von Gründen erfolgt? Im polnischen Fall wurden zumindest sachliche Argumente (wie eben die publizistische Linie und das Vermeiden falscher Eindrücke bei der Leserschaft) vorgebracht. Wäre unter Hinweis auf alternative Kommunikationsmöglichkeiten

selbst eine Abweisung konventionskonform, welche eine diskriminierende Motivation des Verlags vermuten lässt (z.B. aufgrund der Zugehörigkeit zu einer Volksgruppe, des Alters, des Geschlechts oder der sexuellen Orientierung)?

2. Wie wäre die Verweigerung bei einer Monopolzeitung oder einem abgestimmten Verhalten aller massgebenden Presseprodukte (Boycott) zu beurteilen? Klar ist, dass selbst dann keine Verpflichtung zum Abdruck rechtswidriger Inserate besteht. Vermöchte aber etwa ein Verstoß gegen Grundsätze oder Ethik, des guten Geschmacks oder eben des publizistischen Profils auch in Monopolsituationen eine Ablehnung zu rechtfertigen?

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

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

13-160

### Zugang verneint, da Dokumente nicht vorhanden

Geschäftsgeheimnis; Zugangsgesuch

Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ

Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 11. September 2013 (GS-UVEK/Angaben zu Konzerngesellschaften der Schweizerischen Post)

Da die verlangten Dokumente beim GS-UVEK nicht vorhanden waren, konnte der EDÖB den Zugang nicht gewähren.

Ein Journalist ersuchte bei der damaligen Postregulierungsbehörde PostReg (neu Eidgenössische Postkommission PostCom) um Geschäftsberichte von Swiss Post International (SPI). Aus den entsprechenden Dokumenten sollten die Erwerbsdaten, der Kaufpreis, allfällige Verkaufsdaten, der Verkaufspreis und Erfolgsrechnungen von ausländischen Konzerngesellschaften hervorgehen. Das Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation GS-UVEK nahm zum Gesuch Stellung und teilte dem Journalisten mit, dass Informationen zu den vom ihm verlangten Dokumenten im Geschäftsbericht der Schweizerischen Post zu finden seien, welcher öffentlich zugänglich sei. Das UVEK verfüge nicht über amtliche Dokumente, welche die vom antragstellenden Journalisten verlangten Angaben zu ausländischen Konzerngesellschaften beinhalten. Zudem würden die verlangten Unterlagen Geschäftsgeheimnisse der Schweizerischen Post gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ beinhalten, weshalb auch deshalb der Zugang zu verweigern wäre. Der Journalist reichte deshalb ein Schlichtungsgesuch beim EDÖB ein.

Der EDÖB hat zuerst bei der PostCom angefragt, weshalb das Zugangsgesuch nicht von deren Vorgängerbehörde, der

PostReg, an welche das Gesuch gerichtet war, sondern vom GS-UVEK beantwortet wurde. Die PostCom antwortete darauf, dass die verlangten Informationen keinen Zusammenhang mit der Grundversorgung der Post aufweisen und somit nicht in den Zuständigkeitsbereich der PostCom (bzw. der ehemaligen PostReg) fallen würden. Hingegen nehme das GS-UVEK die Eigeninteressen der Post wahr und sei folglich für das vorliegende Zugangsgesuch zuständig. Mit dieser Antwort erachtet der EDÖB es als rechtsgenügend begründet, weshalb das GS-UVEK und nicht die PostReg das Zugangsgesuch bearbeitet hat.

Der EDÖB führt weiter aus, das UVEK habe ihm schriftlich mitgeteilt, dass es nicht im Besitz der verlangten Dokumente bzw. Informationen sei. Er sehe vorliegend keinen Anlass, diese Zusicherung seitens des GS-UVEK in Zweifel zu ziehen. Es könne deshalb offenbleiben, so der EDÖB weiter, ob die entsprechenden Angaben nicht ohnehin als Geschäftsgeheimnisse i.S.v. Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ zu qualifizieren wären. Folglich kommt der EDÖB zum Schluss, dass die vom antragstellenden Journalisten verlangten Informationen – soweit sie nicht bereits im Geschäftsbericht der Schweizerischen Post veröffentlicht wurden – beim GS-UVEK nicht vorhanden sind, weshalb der Zugang nicht gewährt werden kann.

13-161

### Zugang zu den Listen der Empfänger der Verkäsungs- und Siloverzichtsulage

Anonymisierung von Personendaten; Gebühr; Interessenabwägung; Privatsphäre

Art. 5 Abs. 2, Art. 7 Abs. 2, Art. 9 Abs. 1, 2, Art. 11, Art. 12 Abs. 4, Art. 14 BGÖ; Art. 19 DSG; Art. 3 Abs. 1, Art. 6 Abs. 2 Bst. c, Art. 10 Abs. 3 VBGÖ

Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 7. August 2013 (BLW/Empfängerlisten Verkäsungs- und Siloverzichtsulage)

Das BLW und ein Journalist konnten sich nicht darüber einigen, in welcher Form und zu welcher Gebühr der Zugang zu den Listen über die Empfänger der Verkäsungs- und Siloverzichtsulage gewährt werden soll. In seiner Empfehlung hielt der EDÖB fest, dass die enthaltenen Personendaten nicht zu anonymisieren sind und die vom BLW verlangte Gebühr unangemessen ist.

Ein Journalist verlangte beim BLW Zugang zu den Empfängerlisten der Verkäsungszulage der Jahre 2006 bis 2011 sowie zu den Empfängerlisten der Zulagen für die Fütterung ohne Siloanlage der Jahre 2006 bis 2011. Da das BLW ihm den Zugang nicht in der gewünschten Form gewähren wollte, reichte der Journalist beim EDÖB einen Schlichtungsantrag ein. In einer Stellungnahme stellte das BLW die Erhebung einer Gebühr von Fr. 275 000.– in Aussicht. In der Folge fand eine Schlichtungsverhandlung statt, bei der sich der Journalist und das BLW dahin gehend einigten, dass das Zugangsgesuch auf die 40 grössten Empfänger der Verkäsungs- und der Siloverzichts-

zulage der Jahre 2006 bis 2012 reduziert wird. In Bezug auf die Gebühr konnte keine Einigung erzielt werden.

Zuerst prüft der EDÖB die Anonymisierung der Personendaten. Dazu führt er zuerst aus, dass eine Anonymisierung der in den Zulagenempfängerlisten enthaltenen Personendaten nicht möglich sei, da der antragstellende Journalist einen nicht anonymisierten Zugang zu den Personendaten der Liste verlangt habe. Da zudem die Bekanntgabe der einfachen Personendaten die Privatsphäre der Zulagenempfänger – wenn überhaupt – lediglich geringfügig beeinträchtigt, bestehe keine Anonymisierungspflicht nach Art. 9 Abs. 1 BGÖ. Zu diesem Resultat komme man auch, wenn man den Schutz der Personendaten nach Art. 9 Abs. 2 BGÖ i. V. m. Art. 19 DSG beurteilt. Aufgrund der Interessenabwägung nach Art. 9 Abs. 2 BGÖ i. V. m. Art. 19 Abs. 1<sup>bis</sup> DSG, Art. 6 Abs. 2 Bst. c VBGÖ und Art. 7 Abs. 2 BGÖ überwiegt nach Ansicht des EDÖB das öffentliche Interesse am Zugang zu den Namen der Zulagenempfänger sowie der ausbezahlten Beträge deren Interesse am Schutz ihrer Privatsphäre. Der EDÖB kommt deshalb zum Schluss, dass der Zugang zu der Liste der Empfänger der Verkäsungs- und Siloverzichtsulage der Jahre 2006–2012 zu gewähren ist.

Weiter untersucht der EDÖB, ob das BLW das Öffentlichkeitsgesetz im Zugangsgesuchsverfahren richtig angewendet hat. Er kommt dabei zum Ergebnis, dass das BLW mit der nicht vorgenommenen Interessenabwägung, der fehlenden summarischen Begründung der Ablehnung des Zugangsgesuches (Art. 12 Abs. 4 BGÖ, Art. 11 BGÖ), der fehlenden Unterstützung des Gestaltstellers (Art. 3 Abs. 1 VBGÖ) sowie der fehlenden Ankündigung betreffend die Gebühren im Zugangsgesuchsverfahren (Art. 10 Abs. 3 VBGÖ) das Öffentlichkeitsgesetz nicht rechtmässig angewendet hat.

Der EDÖB prüft im einem nächsten Schritt, ob die Behörde verpflichtet ist, die 49 Zulagenempfänger zu konsultieren und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme gemäss Art. 11 BGÖ einzuräumen. Er ist der Meinung, dass keine Anhörungspflicht besteht, da die Bekanntgabe der Daten der Liste die Privatsphäre der Zulagenempfänger nicht beeinträchtigt und zudem die Anhörung der 49 Zulagenempfänger das Verfahren unverhältnismässig verzögert. Deshalb ist seiner Ansicht nach durch das BLW keine Anhörung durchzuführen, weshalb auch die diesbezüglich angekündigten Verwaltungsgebühren und Versandkosten entfallen.

Schliesslich setzt sich der EDÖB noch damit auseinander, ob die vom BLW verlangte Gebühr rechtmässig und angemessen ist. Er begann mit der Gebühr für die Anhörung. Der EDÖB kommt dabei zum Ergebnis, dass zwischen dem Verwaltungsaufwand für die Anhörung und der dafür veranschlagten Gebühr von Fr. 4900.– ein Missverhältnis besteht, was klar dem vom Gesetzgeber gewollten Transparenzprinzip widerspricht. Eine solche Berechnung der Gebühr habe objektiv betrachtet eine offensichtlich abschreckende Wirkung für potenzielle Gestaltsteller, nicht nur für Medienschaffende, sondern auch für Bürger. Der Endbetrag, der für den Verwaltungsaufwand in Rechnung gestellt werde, sei im Endergebnis unangemessen. Ebenso verhält es sich mit der Gebühr für die Versandkosten (Fr. 490.–), die in Anwendung von Art. 14 BGÖ i. V. m. Art. 6 Abs. 2 Bst. c AllGebV zusammen mit den Verwaltungskosten im Endresultat nicht angemessen sei. Schliesslich ist der EDÖB

auch der Ansicht, dass das BLW für die Erstellung der Liste der 49 Zulagenempfänger keine Kosten in Rechnung stellen darf. Auch wenn mehrere Arbeitsschritte notwendig sind, handle es sich bei der Liste um ein einfaches elektronisches Dokument gemäss Art. 5 Abs. 2 BGÖ.

13-162

### EDÖB gewährt Zugang zu Dokumentenliste betreffend Zulassung von Pflanzenschutzmitteln

Anhörungspflicht; Anonymisierungspflicht; Gebühr; Personendaten; Zugangsgesuch

Art. 9, 11 Abs. 1 BGÖ; Art. 19 DSG; Art. 45 PSMV

Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 8. Juli 2013 (BLW/Auszüge aus dem Dokumentenverwaltungssystem)

Der EDÖB gewährt den Zugang zu einer Dokumentenliste betreffend die Zulassung von drei Pflanzenschutzmitteln. Das BLW hat seiner Ansicht nach den Zugang zu Unrecht verweigert, da für die in der Liste enthaltenen Personendaten keine Anonymisierungspflicht besteht. Zudem besteht gegenüber den betroffenen Bewilligungsinhabern keine Anhörungspflicht.

Eine Journalistin ersuchte beim Bundesamt für Landwirtschaft (BLW) um Zugang zur Dokumentenliste (nicht um die Dokumente selber) betreffend die Zulassung von drei Pflanzenschutzmitteln der beiden Bewilligungsinhaber Syngenta Agro AG und Bayer (Schweiz) AG. Das BLW teilte der Journalistin mit, dass sich die verlangte Dokumentenliste auf die genannten Bewilligungsinhaber beziehe und somit Personendaten von Drittpersonen beinhalte. Die Betroffenen müssten deshalb gemäss Art. 11 Abs. 1 BGÖ zuerst angehört werden. Für die Bearbeitung des Zugangsgesuchs stellte das BLW zudem eine Gebühr von voraussichtlich Fr. 440.– in Aussicht. Die Journalistin war nicht damit einverstanden, dass das BLW den Zugang zu den verlangten Dokumentenlisten insofern einschränkt, als es eine anonymisierte Herausgabe ohne Anhörung verweigert. Sie reichte deshalb einen Schlichtungsantrag beim EDÖB ein.

Der EDÖB kommt bei seiner Prüfung zum Ergebnis, dass entgegen der Ansicht des BLW für die in der verlangten Dokumentenliste enthaltenen Personendaten keine Anonymisierungspflicht nach Art. 9 Abs. 1 BGÖ besteht. Für den EDÖB ist nicht ersichtlich, inwiefern die Bekanntgabe der Firmennamen der Syngenta Agro AG und der Bayer (Schweiz) AG im Zusammenhang mit den drei Pflanzenschutzmitteln die Privatsphäre der beiden Unternehmen beeinträchtigen könnte. Selbst wenn eine solche Anonymisierungspflicht im vorliegenden Fall bestünde, so der EDÖB weiter, würde eine Anonymisierungshandlung bereits daran scheitern, dass die in den Dokumenten enthaltenen Personendaten gar nicht anonymisierbar wären, da die antragstellende Journalistin nämliche Personendaten bereits in ihrem Zugangsgesuch genannt hat.

Der EDÖB prüft weiter, ob die Dokumentenliste gestützt auf Art. 9 Abs. 2 BGÖ i. V. m. Art. 19 DSGVO zugänglich gemacht werden muss. Er bejaht dies, da einerseits für eine Bekanntgabe in Art. 45 PSMV eine gesetzliche Grundlage besteht (Art. 19 Abs. 1 DSGVO). Andererseits kommt er zum Ergebnis, dass die in der Dokumentenliste enthaltenen Personendaten wegen des überwiegenden öffentlichen Interesses zugänglich gemacht werden müssen (Art. 19 Abs. 1<sup>bis</sup> DSGVO).

Schliesslich befasst sich der EDÖB mit der Frage, ob eine Anhörungspflicht der betroffenen Bewilligungsinhaber besteht. Er kommt dabei zum Schluss, dass nach Art. 11 Abs. 1 BGÖ keine Anhörung vorzunehmen ist. Er begründet diesen Entscheid damit, «(...) dass die bekannt zu gebenden Personendaten bereits vom BLW selbst gestützt auf eine gesetzliche Grundlage öffentlich zugänglich gemacht wurden, eine entsprechende Bekanntgabe mit grösster Wahrscheinlichkeit keine Beeinträchtigung der Privatsphäre der beiden Unternehmen mit sich bringt und schliesslich kein vernünftiger Hinweis auf in den Dokumentenlisten enthaltene Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse besteht, welcher eine Anhörung zu rechtfertigen vermöchte.»

Nach diesen Ausführungen kommt der EDÖB zum Schluss, dass das BLW der Journalisten den Zugang zu den verlangten Dokumenten zu gewähren hat. Da das zu beurteilende Zugangsgesuch gerade keinen besonderen Aufwand verursacht hat, sei von der Erhebung einer Gebühr abzusehen.

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

13-163

#### Trotz EMRK-Verletzung: kein neues Lizenzierungsverfahren notwendig

Fernsehen; Lizenzierung; Wiederaufnahme

Art. 10, 35 EMRK

Zulässigkeitsentscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (3. Kammer) «Meltex Ltd. c. Armenien» vom 21. 5. 2013 (N° 45199/09)

Als offensichtlich unbegründet bezeichnet der Gerichtshof die Beschwerde des armenischen Fernsehunternehmens «Meltex Ltd.», welches eine ungenügende Umsetzung des EGMR-Urteils N° 32283/04 vom 17. Juni 2008 behauptete. Der Gerichtshof hatte im damaligen Urteil bemängelt, das armenische Lizenzierungsverfahren biete keine ausreichende Sicherung gegen hoheitliche Willkür, zumal die Beschlüsse der TV-Lizenzierungsbehörde nicht begründet werden. Dem Strassburger Urteil zum Trotz weigerte sich das armenische Kassationsgericht, das Verfahren wieder aufzunehmen.

Der Gerichtshof erinnert zwar daran, dass die EMRK-Vertragsstaaten verpflichtet sind, die erforderlichen Massnahmen zur Behebung eines vom EGMR festgestellten Konventionsver-

stosses zu ergreifen. Ob dies geschehen ist, hat im System der EMRK jedoch nicht der Gerichtshof zu beurteilen, sondern das Ministerkomitee des Europarats. Es war über die verweigerte Wiederaufnahme informiert worden und akzeptierte das Verhalten der armenischen Behörden. Vor diesem Hintergrund wäre eine Überprüfung durch den Gerichtshof nur in Betracht gekommen, wenn ein neuerlicher Verstoss gegen die EMRK zur Diskussion gestanden hätte. Dies verneint die 3. Kammer aber einstimmig, denn anders als etwa im Fall N° 32772/02 «Verein gegen Tierfabriken c. Schweiz (no. 2)» habe das zuständige Gericht seine Weigerung nicht mit relevanten neuen Argumenten begründet. Nach Auffassung des Gerichtshofs ist die Beschwerde deshalb *ratione materiae* (Art. 35 EMRK) unzulässig.

13-164

#### Une demande de rectification ressortit au droit de réponse, non à la réclamation

Demande de droit de réponse; formalisme excessif; péremption du délai; réclamation auprès de l'organe de médiation

Art. 28g ss CC; art. 92 ss LRTV

Arrêt du Tribunal fédéral suisse du 20 août 2013  
(2C\_402/2013)

Le 13 mai 2012, la Radio Télévision Suisse (ci-après: la RTS) a diffusé dans le cadre de l'émission «Mise au point» un reportage intitulé «Très raffiné: enquête sur les pollutions générées par la raffinerie T.».

Par courrier du 1<sup>er</sup> juin 2012, T. SA a contesté différents points évoqués dans le reportage et demandé à la RTS de procéder à une rectification à l'occasion de la prochaine émission de «Mise au point». La RTS a considéré le courrier comme une demande de droit de réponse et a refusé d'y donner suite.

Le 15 juin 2012, T. SA a adressé au médiateur de la RTS une réclamation soutenant que le reportage litigieux violait gravement le devoir d'objectivité.

Le médiateur a constaté que la réclamation du 15 juin 2012 était irrecevable car tardive.

Saisie à son tour, l'Autorité de plainte a refusé d'entrer en matière sur la plainte, au même motif de tardiveté de la réclamation.

T. SA a déposé un recours en matière de droit public au TF, que celui-ci a rejeté.

Le contenu du courrier du 1<sup>er</sup> juin 2012 («Au vu de ce qui précède, T. SA vous demande de procéder à une rectification à l'occasion de la prochaine émission de «Mise au point» qui devra faire état des éléments décrits ci-dessus. [...] Au cas où vous ne donneriez pas suite à sa demande, ma cliente se réserve d'agir par toute voie de droit.») exprimant clairement le but de la recourante, à savoir d'obtenir une rectification, prévue aux art. 28g ss CC, à l'occasion de la prochaine émission de «Mise au point», il ne laissait pas de place pour être considéré comme une réclamation au sens des art. 92 ss LRTV et transmis d'office au médiateur par le diffuseur.



L'Autorité de plainte n'a pas fait preuve de formalisme excessif en l'espèce: il appartenait à la recourante de déposer une réclamation parallèlement à sa demande de droit de réponse afin de sauvegarder le délai péremptoire de l'art. 92 al. 1 LRTV, ce d'autant plus qu'elle était représentée par un mandataire professionnel, qui ne pouvait ignorer les dispositions légales et les différentes voies de droit qui s'offraient à sa cliente.

13-165

### Radiokonzession Südostschweiz: Beschwerde wird aufschiebende Wirkung entzogen

Aufschiebende Wirkung; Beschwerde; Radiokonzession

Art. 5 Abs. 2 BV; Art. 38 ff. RTVG; Art. 55 Abs. 1, 2 VwVG

Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. September 2013 (A-2252/2013)

Gegen die Konzessionserteilung an die Südostschweiz Radio/TV AG (Radio Grischa) durch das UVEK wurde Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht erhoben. Das Bundesverwaltungsgericht entzieht der Beschwerde nun in einer Zwischenverfügung die aufschiebende Wirkung. Damit werde sichergestellt, dass auch der Kanton Glarus und das bündnerische Misox mit Radio Grischa versorgt werden, bis die Beschwerde entschieden ist.

Nach einem längeren Rechtsstreit erhielt die Südostschweiz Radio/TV AG am 6. März 2013 vom UVEK eine Konzession für ein UKW-Radio für die Region Südostschweiz (Versorgungsgebiet 32). Gleichzeitig wies das UVEK die Bewerbung der Radio Südost AG (in Gründung) um Erteilung einer entsprechenden Konzession ab. Gegen diese Verfügung erhoben Roger Schawinski, Daniel Sigel und Stefan Bühler gemeinsam für die Radio Südost AG Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragten, die Verfügung des UVEK sei aufzuheben und die genannte Konzession sei ihnen zu erteilen. In ihrer Beschwerdeantwort beantragte die Südostschweiz Radio/TV AG unter anderem den Entzug der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde.

In einer Zwischenverfügung äussert sich das Bundesverwaltungsgericht zum beantragten Entzug der aufschiebenden Wirkung. Es führt aus, der Beschwerde komme in der Regel von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zu (Art. 55 Abs. 1 VwVG). Die aufschiebende Wirkung könne aber entzogen werden, wenn die angefochtene Verfügung nicht eine Geldleistung zum Gegenstand habe (Art. 55 Abs. 2 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet deshalb, dass bezüglich der Auflegung der Kosten die aufschiebende Wirkung entzogen werden kann. Für die Erteilung bzw. Verweigerung der Bewilligung sei ein Entzug der aufschiebenden Wirkung hingegen möglich. Es prüft somit, ob überzeugende Gründe dafür sprechen, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen. Dazu führt es aus, aufgrund einer provisorischen Veranstalterkonzession versorge die Südostschweiz Radio/TV AG als Betreiberin von Radio Grischa momentan das Versorgungsgebiet 32 mit Ausnahme des Kantons Glarus und des bündnerischen Misox.

Im Kanton Glarus und im bündnerischen Misox werde kein Lokalradioprogramm verbreitet. Es bestehe demnach ein gewichtiges öffentliches Interesse daran, dass im gesamten Versorgungsgebiet 32 einschliesslich des Kantons Glarus und des bündnerischen Misox ein Lokalradioprogramm verbreitet wird. Da nicht demnächst mit einem Entscheid in der Hauptsache gerechnet werden könne, sei ein Grund für die Anordnung des Entzugs der aufschiebenden Wirkung gegeben. Das Bundesverwaltungsgericht prüft weiter, ob der Entzug der aufschiebenden Wirkung verhältnismässig ist (Art. 5 Abs. 2 BV). Aus Art. 38 ff. RTVG sowie Anhang 1, Ziffer 4 RTVV ergebe sich, dass auch in den Gebieten Glarus und bündnerisches Misox ein Lokalradioprogramm verbreitet werden muss. Der Entscheid in der Hauptsache werde damit nicht präjudiziert, und eine mildere Massnahme sei nicht denkbar. Von der Gegenseite (Radio Südost AG) und von der Vorinstanz (UVEK) würden keine Gründe genannt, welche der sofortigen Verbreitung von Radio Grischa auch in den nicht erschlossenen Gebieten entgegenstehen. Das Bundesverwaltungsgericht kommt deshalb zum Schluss, dass der Entzug der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde sich somit als geeignet, erforderlich und zumutbar und damit als verhältnismässig erweist. Es entzieht deshalb der Beschwerde – abgesehen von der Verlegung der Kosten – die aufschiebende Wirkung.

13-166

### Une décision ne peut être inopportune en l'absence de liberté d'appréciation

Critères; opportunité; soutien à la diffusion de programmes

Art. 190 Cst; art. 38, 57 LRTV; art. 49 ORTV; art. 10 O-DETEC

Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 22 août 2013 (A-4602/20129)

L'Office fédéral de la communication (OFCOM) a constaté, sur la base des comptes 2011 qui lui ont été soumis, qu'au prorata des personnes desservies, les coûts d'exploitation de Radio Chablais SA s'établissaient en dessous du seuil de 0.57 franc donnant droit à une contribution financière. Il a dès lors refusé d'allouer à Radio Chablais un tel soutien pour la diffusion de programmes de radio dans les régions de montagne pour l'année 2012.

Le TAF a rejeté le recours interjeté par Radio Chablais, qui soulevait en particulier le grief d'inopportunité contre la décision litigieuse.

D'après l'art. 57 al. 1 LRTV, l'OFCOM accorde une contribution aux concessionnaires ayant droit à une quote-part de la redevance selon l'art. 38 al. 1 let. a LRTV lorsque la diffusion par voie hertzienne terrestre de leurs programmes de radio dans les régions de montagne occasionne des frais supplémentaires. Le mode de calcul à appliquer figure à l'art. 49 ORTV, qui délègue la compétence de déterminer la dépense minimale au DETEC, qui l'a matérialisé à l'art. 10 al. 1 O-DETEC; celui-ci prévoit que le diffuseur a droit à cette contribution lorsque

la diffusion du programme et le transport du signal vers l'émetteur engendrent des coûts d'exploitation annuels supérieurs à 0.57 franc par personne desservie.

Conformément à l'art. 190 Cst., le juge ne peut examiner la constitutionnalité des lois fédérales et, par voie de conséquence, des normes de délégation qu'elles contiennent. Il doit se borner à vérifier si la disposition litigieuse est propre à réaliser objectivement le but visé par la loi sans se soucier de savoir si elle constitue le moyen le mieux approprié pour atteindre ce but.

En l'espèce, rien ne laisse supposer que l'art. 10 al. 1 O-DETEC ne serait pas propre à réaliser objectivement le but visé par la loi ou serait contraire à la loi ou à la Constitution. Au vu de sa teneur claire, l'autorité inférieure ne disposait d'aucune liberté d'appréciation dans son application.

13-167

### **TV-Nutzungsdaten: Gesuch um vorsorgliches Publikationsverbot abgewiesen**

Vorsorgliche Massnahme; superprovisorische Massnahme

Art. 17, 27 BV

Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. Juli 2013 (A-3464/2013)

Im Streit um die Veröffentlichung der mit einem neuen Messsystem erhobenen Fernsehnutzungsdaten hat das Bundesverwaltungsgericht einen Zwischenentscheid gefällt. Es beurteilt die vorsorgliche Anordnung eines Publikationsverbots als nicht verhältnismässig und weist ein dahin gehendes Gesuch deshalb ab.

Seit dem 1. Januar 2013 wird die Fernsehnutzung in der Schweiz durch ein neues Messsystem von Kantar Media erhoben. Nach einer ersten Verschiebung wurden die erhobenen Fernsehnutzungsdaten den Kunden der Mediapulse-Gruppe zur internen Verwendung zugänglich gemacht. Mit Verfügung vom 27. März 2013 verbot das Präsidium des Obergerichts Nidwalden der Mediapulse-Gruppe mittels superprovisorischer Verfügung, die von Kantar Media erhobenen Fernsehnutzungsdaten zu veröffentlichen. Diese Verfügung hob das Präsidium des Obergerichts Nidwalden am 11. Juni 2013 wieder auf. Mit Verfügung vom 23. Mai 2013 stellte das UVEK fest, dass die Mediapulse-Gruppe bei der Einführung des neuen Messsystems die Vorgaben des RTVG eingehalten hat und dass die erhobenen Daten die gesetzlichen Grundanforderungen erfüllen. Gegen diese Verfügung des UVEK erhob X. Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. X. beantragte die Aufhebung der Verfügung und die Feststellung, dass bei der Einführung des neuen Messsystems die Vorgaben des RTVG nicht eingehalten wurden und dass die damit erhobenen Daten die gesetzlichen Anforderungen nicht erfüllen. Zudem verlangte X., der Mediapulse-Gruppe sei superprovisorisch zu verbieten, die von Kantar Media erhobenen Fernsehnutzungsdaten zu veröffentlichen. Der Instruktionsrichter hiess diesen superprovisorischen Antrag gut und untersagte der Mediapulse-Gruppe proviso-

risch, die erhobenen Fernsehnutzungsdaten öffentlich zu machen. Die Mediapulse-Gruppe beantragte in einer Stellungnahme die Aufhebung der superprovisorischen Massnahme.

Das Bundesverwaltungsgericht unterzieht die superprovisorisch angeordneten Massnahmen einer Prüfung. Es führt dazu aus, dass X. durch die Publikation falscher TV-Nutzungsdaten ein schwerer, nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Einerseits könne durch eine Publikation der Anspruch auf die Lieferung korrekter TV-Nutzungsdaten vereitelt werden. Andererseits drohe ein erheblicher Reputationsschaden, wenn tiefere Marktanteile publiziert werden. Schliesslich sei damit auch ein Schaden in Form entgangener Werbeeinnahmen verbunden. Das Bundesverwaltungsgericht ist deshalb der Ansicht, dass es vorliegend ausnahmsweise zulässig ist, mit dem begehrten Publikationsverbot eine über den Streitgegenstand hinausgehende vorsorgliche Massnahme zu treffen. Nur dadurch könne ein effektiver, einstweiliger Rechtsschutz erreicht werden.

Folglich prüft das Bundesverwaltungsgericht die weiteren Voraussetzungen für die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme. Das Vorliegen eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils hat es bereits bejaht. Deshalb ist nur noch die Frage der Verhältnismässigkeit zu klären. Zu diesem Zweck führt das Bundesverwaltungsgericht eine Interessenabwägung zwischen den Interessen von X. und den Interessen der Mediapulse-Gruppe durch. X. macht neben einem Reputationsschaden und Werbeeinnahmeverlusten auch noch eine Verletzung der Medien- und Wirtschaftsfreiheit (Art. 17 und 27 BV) geltend. Das Bundesverwaltungsgericht führt deshalb aus, dass die Interessenabwägung wahrscheinlich zugunsten von X. ausfallen würde, wenn es alleine um die Gegenüberstellung der gegenläufigen Interessen der Verfahrensparteien ginge. Allerdings seien bei der Interessenabwägung auch die Interessen Dritter zu berücksichtigen. Im grossen Fernsehwerbungsmarkt komme den TV-Nutzungsdaten grundlegende Bedeutung zu. Die Einschaltquoten seien die Masseinheit, an welche sich Werbeverträge hielten. Deshalb hätten diejenigen Fernsehsender, deren Nutzungsdaten sich seit Einführung des neuen Systems erhöht haben, einen finanziellen Schaden, da sie keine Steigerung der Werbeeinnahmen erzielen können. Das Bundesverwaltungsgericht kommt zu folgendem Ergebnis: «Das Publikationsverbot beeinträchtigt somit mit dem in den verschiedenen betroffenen Branchen bestehenden Interesse an der Verfügbarkeit der fraglichen Daten, den finanziellen Interessen anderer Programmveranstalter und Vermarktungsagenturen sowie dem Interesse der Betroffenen an einem funktionierenden und berechenbaren Fernsehwerbemarkt Drittinteressen, denen in ihrer Gesamtheit ein erhebliches Gewicht zukommt. (...) Obschon die Interessen der Beschwerdeführerin, wie dargelegt, nicht von untergeordneter Bedeutung sind, erscheinen sie angesichts der ihnen in der Gesamtheit gegenüberstehenden Interessen (...) als weniger gewichtig. Sie vermögen daher den verlangten vorsorglichen Rechtsschutz nicht zu rechtfertigen.» Auch die von X. angerufenen öffentlichen Interessen mögen nach Meinung des Bundesverwaltungsgerichts diese Interessengewichtung nicht zu beeinflussen. Das Bundesverwaltungsgericht kommt deshalb zum Schluss, dass das beantragte einstweilige Publikationsverbot unverhältnismässig ist. Es weist deshalb das Gesuch um Anordnung dieses Verbots ab und hebt das superprovisorisch angeordnete Verbot auf.

13-168

**«ESO.TV» verletzt Verbot gesundheitsgefährdender Werbung**

Aufsichtsverfahren; gesundheitsgefährdende Werbung

Art. 10 Abs. 4 Bst. c, 89 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1, 2 RTVG

Verfügung des Bundesamtes für Kommunikation vom 8. August 2013

In einem Aufsichtsverfahren stellte das BAKOM fest, dass in der auf 3+ und 4+ ausgestrahlten Sendung «ESO.TV» gegen das Verbot gesundheitsgefährdender Werbung verstossen wurde. Eine Beraterin hatte in der Sendung geäussert, eine Mischung aus Magerquark und Leinöl senke hohe Cholesterinwerte und könne auch Krebs heilen.

Das BAKOM eröffnete gegen die 3 Plus Group AG ein Aufsichtsverfahren, da es einen Verstoss gegen das Verbot gesundheitsgefährdender Werbung vermutete (Art. 10 Abs. 4 Bst. c RTVG). Im Fokus des Verfahrens stand die Sendung «ESO.TV». Dabei handelt es sich um eine Lebensberatungssendung, worin Wahrsagerinnen, Kartenleger, Hellseherinnen oder Schamanen Fragen beantworten, die ihnen Zuschauer telefonisch über eine Mehrwertnummer stellen. Am 13. Februar wurde auf «ESO.TV» unter anderem von «Simone, afrikanische Ritualmeisterin» moderiert. Die Anruferin erkundigte sich nach einem Hausmittel von Simone, um hohe Cholesterinwerte zu senken. Simone verwies auf ein Gemisch aus Magerquark und Leinöl, die sogenannte Budwig-Methode. Sie bestätigte auf Nachfrage der Zuschauerin, dass man damit die Cholesterinwerte wirklich senken könne und dass Frau Budwig mit dieser Methode sogar Krebs geheilt habe.

Das BAKOM führt aus, die vorliegend zu beurteilende Sequenz entstamme einer Beratersendung, die als Werbung gekennzeichnet sei. In der Sequenz würden Aussagen zur Wirkung von Lebensmitteln zur Behandlung von Krankheiten gemacht. Konkret sei einer Anruferin versichert worden, dass eine Magerquark-Leinöl-Mischung die hohen Cholesterinwerte senke und sogar heilende Wirkung gegen Krebs habe. Diese Äusserungen sind für das BAKOM aus mehreren Gründen problematisch. Einerseits handelt es sich bei der Beraterin nicht um eine Ärztin. Zudem erfolgt die Diagnose per Telefon als Ferndiagnose. Schliesslich erwähnt die Beraterin Simone mit keinem Wort, dass sie nicht über eine medizinische Ausbildung verfüge, und relativiert ihre Ferndiagnose in keiner Weise. Folglich sprach sie den Lebensmitteln Magerquark und Leinöl heilende Wirkung für schwere Krankheiten zu, ohne dass sie die Aussagen umgehend relativierte und auf ihre fehlende medizinische Kompetenz verwies. Das BAKOM ist deshalb der Ansicht, dass die Beraterin Simone durch dieses Verhalten einerseits die konkrete Anruferin bezüglich Cholesterinsenkung gefährdet hat. Andererseits hat sie durch ihre allgemeine Aussage zur angeblich nachgewiesenen Heilwirkung der Magerquark-Leinöl-Mischung gegen Krebs das gesamte Publikum gefährdet. Daraus ergebe sich zumindest die Gefahr, dass Anrufende und Zuschauer sich auf diese Aussagen stützen, auf einen Arztbesuch verzichten, die ärztliche Behandlung ausset-

zen oder sich entgegen der ärztlichen Beratung verhalten. Das BAKOM kam deshalb zum Schluss, dass in der auf 3+ und 4+ ausgestrahlten Sendung «ESO.TV» Werbung ausgestrahlt wurde, welche die Gesundheit gefährdet. Die 3 Plus Group AG gab bekannt, dass der Beraterin Simone weitere Einsätze in «ESO.TV» verboten werden und dass sie sich gegenüber der Produktion bezüglich der Rechtskonformität zukünftiger Sendungen vertraglich abgesichert hat. Aus diesen Ausführungen der 3 Plus Group AG geht hervor, dass die geeigneten und notwendigen Massnahmen nach Art. 89 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 und 2 RTVG bereits getroffen wurden. Da die beanstandete Sequenz bloss knapp drei Minuten dauerte, verzichtete das BAKOM im vorliegenden Fall auch auf eine Einziehung der erzielten Einnahmen.

13-169

**Beschwerde gegen Reportage über Schwimmbussen abgewiesen**

Sachgerechtigkeitsgebot

Art. 4 Abs. 2 RTVG

Entscheidung der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 3. Mai 2013 (b.660)

Eine Reportage auf Telebasel beschäftigte sich mit dem Thema Schulschwimmobligatorium und den bei Missachtung ausgesprochenen Bussen. Eine gegen diese Reportage erhobene Beschwerde wurde von der UBI abgewiesen. Telebasel habe die wesentlichen Fakten korrekt vermittelt, und der anwaltschaftliche Blickwinkel sei für das Publikum erkennbar gewesen.

Das konzessionierte Lokalfernsehen Telebasel strahlte im Magazin «Report» eine Reportage mit dem Titel «Inquisition gegen Muslime – Warum Schwimmbussen an den Integrationsabsichten vorbeiziel» aus. Im Zentrum der beanstandeten Sendung stand die Familie D. mit ihren fünf Mädchen. Der Vater musste kürzlich eine Busse von Fr. 2500.– bezahlen, weil eine Tochter nicht am obligatorischen Schulschwimmunterricht teilnahm. Er und seine älteste Tochter legten dar, dass eine Teilnahme von Mädchen am Schwimmunterricht mit ihrem islamischen Glauben nicht vereinbar sei. Zwei Vertreter der Schulleitung verteidigten das Schulschwimmobligatorium und die auferlegten Bussen. Die weiteren befragten Personen (ein anderer muslimischer Vater, seine Anwältin, ein Schwimmstruktor sowie drei Vertreter eines interreligiösen Dialogs) äussern sich vorwiegend negativ zum obligatorischen Schwimmunterricht und zur Bussenpraxis in den beiden Basler Kantonen. Der Kanton Basel-Stadt, der Generalsekretär des Erziehungsdepartements des Kantons Basel-Stadt und der Kanton Basel-Landschaft erhoben gegen die Reportage Beschwerde bei der UBI und machten eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots geltend.

Die UBI stellt zu Beginn fest, dass der Generalsekretär des Erziehungsdepartements und der Kanton Basel-Landschaft nicht hinreichend zur Beschwerde legitimiert sind. Da die Be-

schwerdelegitimation des Kantons Basel-Stadt gegeben war, trat sie auf die Beschwerde trotzdem ein. Die UBI führt aus, dass aufgrund des Informationsgehalts der Sendung das Sachgerechtigkeitsgebot von Art. 4 Abs. 2 RTVG anwendbar sei. Zuerst erläutert sie die bundesgerichtliche Haltung zum obligatorischen Schwimmunterricht. Lange Zeit hat das Bundesgericht die Dispensation vom gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht geschützt, bevor es eine Praxisänderung vornahm. In dieser Entscheidung stellte das Bundesgericht fest, dass das Schulschwimmobligatorium keinen unzulässigen Eingriff in die Religionsfreiheit darstellt, wenn es mit geeigneten flankierenden Massnahmen verbunden wird. Weiter führt die UBI aus, insbesondere seit der Einführung der Bussenpraxis bei Verweigerung des obligatorischen Schwimmunterrichts durch das Erziehungsdepartement des Kantons Basel-Stadt hätten regionale, aber auch nationale Medien regelmässig über das Thema berichtet. Das Publikum habe somit über ein beträchtliches Vorwissen hinsichtlich der Bussenpraxis der Basler Erziehungsdepartemente bei Verweigerung der Teilnahme am obligatorischen Schwimmunterricht verfügt. Es sei zwar unbestritten, so die UBI weiter, dass die beanstandete Sendung einseitig und nicht ausgewogen war, sondern einen anwaltschaftlichen Fokus verfolgte. Zwar habe Telebasel nicht ausdrücklich darauf hingewiesen, aber der einseitige Fokus der Sendung sei für das Publikum schon aufgrund der Gestaltung der Sendung klar erkennbar gewesen. Die rundfunkrechtlichen Informationsgrundsätze würden zwar keine ausgewogene Berichterstattung bedingen. Im Lichte des Sachgerechtigkeitsgebots stellt sich die UBI aber die Frage, ob die Sichtweise der für die Schwimmbussen verantwortlichen Erziehungsdepartemente in angemessener Weise zum Ausdruck gekommen ist. Diesbezüglich gibt sie zu bedenken, dass die in der Reportage geäusserten Vorwürfe politischer Natur seien. Telebasel habe primär widerlegen wollen, dass ein Zwang zum Schwimmunterricht der Integration von strenggläubigen Moslems dienlich ist. Den drei Beschwerdeführern oder den beiden involvierten Regierungsräten wurde aber kein unrechtmässiges Verhalten vorgeworfen. Unter diesem Aspekt ist die UBI der Ansicht, dass die wichtigsten Argumente für die geltende Praxis der Erziehungsdepartemente Eingang in die Sendung gefunden haben. Zwar hätten ihrer Meinung nach in der Sendung selber die einzelnen Gründe für die Verweigerung von Ausnahmen aus religiösen Gründen allenfalls prägnanter und detaillierter sowie grundrechtliche Aspekte um die Glaubens- und Gewissensfreiheit vertiefter dargestellt werden können. Angesichts des besonderen und erkennbaren Fokus der Sendung seien die behördlichen Ansichten zur Bussenpraxis aber in für die freie Meinungsbildung des Publikums ausreichender Weise zum Ausdruck gekommen. Des Weiteren ist die UBI auch der Meinung, Telebasel habe die wesentlichen Fakten zum behandelten Thema korrekt vermittelt. Die nicht präzise Erwähnung der Bussenhöhe in den beiden Kantonen sowie die in keiner Weise belegte Behauptung, wonach das Bundesgericht der unterlegenen Anwältin das Honorar gekürzt habe, stellen Mängel in Nebenpunkten dar, die nicht geeignet sind, die Meinungsbildung des Publikums zur Sendung insgesamt in wesentlicher Weise zu beeinflussen. Die UBI gestand weiter zwar ein, dass die beanstandete Sendung in mehreren Sequenzen tendenziös erschienen sei. Eine differenziertere Darstellung der beiden divergierenden Positionen

zur Bussenpraxis wäre ihrer Meinung nach für die Meinungsbildung des Publikums wohl förderlich gewesen. Die teilweise tendenziöse Vermittlung der Problematik war für die Zuschauernden allerdings offensichtlich und deshalb auch weitgehend als solche erkennbar. Aufgrund dieser Transparenz in Bezug auf die Stossrichtung der Sendung und der korrekten Vermittlung der wesentlichen Fakten sei das Publikum trotz der vereinfachten und stark zugespitzten Darstellung der Problematik nicht irreführt worden. Zusammenfassend kam die UBI deshalb zum Schluss, dass das Sachgerechtigkeitsgebot durch die beanstandete Reportage nicht verletzt wurde, weshalb sie die Beschwerde abwies.

13-170

### «Tagesschau»-Beitrag zur Revision des Tierseuchengesetzes: Beschwerde des VgT abgewiesen

Sachgerechtigkeitsgebot

Art. 4 Abs. 2 RTVG

Entscheidung der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 3. Mai 2013 (b.666)

Der Präsident des VgT beschwerte sich bei der UBI, weil die «Tagesschau» in einem Beitrag über die Abstimmung zur Revision des Tierseuchengesetzes Bilder von Nutztierhaltungen verwendet habe, die nicht repräsentativ seien. Die UBI weist die Beschwerde ab, weil diese Bilder die Meinungsbildung des Publikums zum eigentlichen Thema der Sendung – nämlich der bevorstehenden Abstimmung zur Revision des Tierseuchengesetzes – nicht beeinflusst hätten.

SF 1 strahlte in der Hauptausgabe der «Tagesschau» einen Beitrag zur Abstimmung über die Revision des Tierseuchengesetzes vom 25. November 2012 aus und informierte darin über die Argumente der Befürworter. Der Verein gegen Tierfabriken (VgT), vertreten durch seinen Präsidenten Erwin Kessler, erhob gegen diesen Beitrag Beschwerde bei der UBI und machte eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots geltend. Er rügte, die im Beitrag gezeigten Archivaufnahmen von Nutztierhaltungen seien manipulativ. Sie würden den Eindruck erwecken, die Schweinehaltung in der Schweiz sei tierfreundlich, was nicht der Fall sei.

Die UBI führt aus, Thema des beanstandeten Beitrags hätten die Argumente des befürwortenden Komitees zum revidierten Tierseuchengesetz gebildet. Die Aufnahmen von Nutztieren seien nur während weniger Sekunden parallel zu den Botschaften dieses Komitees eingeblendet worden. Die Frage zur Haltung von Schweinen oder anderen Nutztieren sei im Beitrag weder ausdrücklich noch implizit zur Sprache gekommen. Dieser Aspekt habe daher auch kein für die Meinungsbildung relevantes Unterthema gebildet. Die UBI ist der Ansicht, dass sie nicht beurteilen muss, ob die beanstandeten Bilder von Schweinen mit viel frischem Stroh der in der Schweiz üblichen Haltung widersprechen, wie vom Beschwerdeführer erwähnt.

Der Beitrag beschränke sich in für das Publikum transparenter Weise darauf, die Argumente der Befürworter des revidierten Tierseuchengesetzes darzustellen. Mit den verwendeten Symbolbildern werde illustriert, dass es bei dieser Abstimmungsvorlage insbesondere um Nutztiere geht. Die UBI kommt daher zum Schluss, die allenfalls nicht repräsentativen Bilder zur Schweinehaltung hätten die Meinungsbildung des Publikums zum eigentlichen Thema des Beitrags nicht beeinflusst. Der Beitrag habe deshalb das Sachgerechtigkeitsgebot (Art. 4 Abs. 2 RTVG) nicht verletzt.

## 1.4 Filmrecht – Droit du cinéma

13-171

### Le tournage d'un film faisant l'objet d'une demande de subvention ne doit pas débiter avant que soit rendue la décision à ce sujet

Encouragement du cinéma; intérêt à recourir; tournage anticipé

Art. 8, 11 aOECin; art. 15 OECin

Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 3 juillet 2013 (C-4345/2012)

F. SA a déposé auprès de l'Office fédéral de la culture (OFC) une demande de contribution à la réalisation d'un film de fiction pour 600000 francs.

L'OFC a refusé d'entrer en matière sur la demande du fait que la structure de coproduction ne correspondait pas aux exigences de l'art. 8 de la Convention européenne du 2 octobre 1992 sur la coproduction cinématographique ni à celui de l'art. 8 de l'ordonnance du Département fédéral de l'intérieur (DFI) du 2 décembre 2002 sur l'encouragement du cinéma (OECin).

A l'occasion d'échanges d'écritures, F. SA a expliqué que le film avait entretemps été produit, mais qu'elle avait toujours un intérêt à ce que la question, qui pouvait se représenter en tout temps, soit tranchée.

Le DFI a rejeté le recours de F. SA. Le TAF en a fait de même.

L'art. 11 OECin (dans sa version en vigueur en 2011) règle l'encouragement à la réalisation de films. Les al. 3 à 5 de cette disposition expliquent à quelles conditions une réalisation anticipée peut être requise (actuellement art. 15 OECin). L'art. 11 al. 3 OECin pose le principe suivant: «Le tournage d'un film pour lequel une demande d'aide financière a été déposée ne doit pas débiter avant que la décision relative à cette demande n'ait été prise», sauf exceptions soumises à des conditions strictes.

En l'espèce, le film pour lequel la recourante demande une subvention est une œuvre de fiction pour laquelle l'exception prévue à l'art. 11 al. 4 OECin n'entre pas en considération (puisqu'elle est réservée aux films documentaires). Aucune demande

de tournage anticipé au sens de l'art. 11 al. 3 OECin, bien que nécessaire, n'a été déposée. En outre, la recourante a affirmé que la production a pu être bouclée nonobstant la décision de non-entrée en matière de l'OFC et qu'elle a entrepris et conclu le tournage. Ainsi, elle a perdu tout intérêt pratique à recourir, puisque l'admission du recours ne serait pas de nature à réparer le préjudice qu'elle aurait subi et que l'intérêt qui subsiste est purement théorique. Le DFI n'aurait pas dû entrer en matière sur le recours contre la décision de l'OFC, mais le déclarer irrecevable.

L'hypothèse de la recourante selon laquelle une situation identique peut se reproduire indéfiniment ne suffit pas à prouver un intérêt au prononcé d'une décision sur une aide financière qu'elle n'est de toute façon plus en mesure d'obtenir.

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

13-172

### Vorverurteilung durch belgische Staatsanwaltschaft nicht belegt

Behördenauskunft; Pressemitteilung; Scientology; Staatsanwaltschaft; Unschuldsvermutung; Untersuchungsgeheimnis; Vorverurteilung; Wiedergabe

Art. 6 Abs. 2 EMRK

Zulässigkeitsentscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (5. Kammer) «ASBL Eglise de Scientology c. Belgien» vom 27. 8. 2013 (N° 43075/08)

Im Rahmen einer Strafuntersuchung wegen Betrugs und Veruntreuung führten die belgischen Behörden Hausdurchsuchungen bei Scientology durch, über die der Untersuchungsrichter 1999 in einem Pressecommuniqué orientierte. In der Folge berichteten Belgiens Medien immer wieder über den Untersuchungsstand und die Einschätzungen der Staatsanwaltschaft. Nach Ansicht von Scientology liessen die Justizbehörden bei ihren mündlichen Auskünften an die Presse die gebotene Diskretion vermissen. Die rechtlichen Schritte von Scientology gegen die Verletzung des Untersuchungsgeheimnisses und der Unschuldsvermutung blieben indessen vergeblich.

Kein Erfolg ist auch dem Gang nach Strassburg beschieden. Die 5. EGMR-Kammer bezeichnet die Beschwerde als offensichtlich unbegründet. Zwar verlange die Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK) von allen Behörden Zurückhaltung bei öffentlichen Äusserungen über hängige Verfahren. Vorliegend sei aber unklar, welchen Inhalt die amtlichen Auskünfte hatten. Belgien bestreitet gegenüber dem Gerichtshof die korrekte Wiedergabe der behördlichen Aussagen durch die Medien. Der EGMR konnte sich nicht wie in früheren Fällen auf audiovisuelle oder schriftliche Aufzeichnungen der amtlichen Statements

stützen. Scientology legte bloss die Publikationen in den Medien vor. Nach Einschätzung des Gerichtshofs ist es aber durchaus denkbar, dass die Journalisten die Worte der Behörden nicht in allen Nuancen zutreffend wiedergaben. Scientology sei somit den Nachweis schuldig geblieben, dass die Staatsanwaltschaft gegen ihre Diskretionspflicht verstossen hatte.

**Anmerkungen** Die Strassburger Rechtsprechung zum Problem der Vorverurteilung durch amtliche Äusserungen ist mittlerweile recht umfangreich. Seit dem Grundsatzurteil N° 15175/89 «Allenet de Ribemont c. Frankreich» vom 10. 2. 1995 hat der Gerichtshof die Grenzen behördlicher Zurückhaltung anhand verschiedener Formulierungen geprüft (vgl. nun Vera Beutler, Für den mutmasslichen Täter gilt die Unschuldsumutung, Zürich 2013, S. 214 ff.). Von all diesen Fällen unterscheidet sich der Scientology-Entscheid dadurch, dass sich der EGMR mangels Klarheit über deren präzisen Inhalt gar nicht mit der behördlichen Wortwahl befasste. Dies hinterlässt gemischte Gefühle.

Zwar leuchtet ein, dass zwischen der amtlichen Formulierung und ihrer Umsetzung durch die Medienschaffenden sorgfältig zu differenzieren ist und es nicht angeht, die mediale Darstellung unbesehen den Behörden zuzurechnen. Sicherlich trifft es im Allgemeinen zu, dass im Rahmen der journalistischen Umsetzung (und infolge oft unvermeidlicher Verknappung) wesentliche sprachliche Nuancen verloren gehen können. Es fragt sich jedoch, ob dieser theoretisch immer mögliche Nuancenverlust gerade bei der Berichterstattung über Scientology vorlag. Dies thematisiert der Gerichtshof mit keinem Wort. Der Entscheid lässt vermuten, dass die belgische Regierung mit einer beiläufigen und unbelegten Pauschalbehauptung durchgedrungen ist: «Le Gouvernement soutient que (...) les déclarations prétendument attentatoires à la présomption d'innocence étant imputables aux seuls journalistes, qui d'ailleurs n'auraient pas exactement repris les propos des membres du parquet en cause.»

Sicherlich erschwert das Fehlen schriftlicher oder akustischer Aufzeichnungen die Abklärung des Sachverhalts. Dies schliesst aber nicht aus, dass das Gericht zumindest nach plausiblen Anhaltspunkten für oder gegen journalistische Verzerrungen sucht. Wenig stichhaltig ist das Argument unpräziser journalistischer Wiedergabe beispielsweise, wenn ein Medienschaffender der Behörde wörtliche Zitate vor der Publikation vorgelegt und sie deren Veröffentlichung autorisiert hat. Von Interesse wäre auch, welche journalistische Formulierung die Behörde im Einzelnen als unzutreffend bezeichnet und ob sich die behauptete Unkorrektheit nur in einem einzelnen Medienprodukt findet oder aber in einer Vielzahl von Publikationen (was ein starkes Indiz gegen journalistische Verfälschung sein dürfte).

Gesamthaft erweckt die Lektüre der knappen Begründung den Eindruck, der Gerichtshof habe es sich und den belgischen Behörden etwas (zu) einfach gemacht.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

13-173

### Bundesverwaltungsgericht gewährt rückwirkend Zustellermässigung

Echte tatsächliche Noven; Mindestumfang; Mitgliedschafts- und Stiftungspresse; Zustellermässigung

Art. 16 Abs. 4 Bst. b PG; Art. 36 Abs. 3 Bst. 1 VPG

Urteile des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. September 2013 (A-437/2013, A-453/2013, A-466/2013)

Das BAKOM hat die Gesuche von drei Organisationen um Zustellermässigung für ihre Zeitschriften abgelehnt, weil diese den erforderlichen Mindestumfang nicht erfüllten. Nachdem die betroffenen Organisationen Beschwerde führten und Belegexemplare mit ausreichendem Umfang einreichten, gewährt das Bundesverwaltungsgericht rückwirkend auf den 1. Januar 2013 die Ermässigung. Es berücksichtigte die Verletzung der Mitwirkungspflichten der drei Organisationen bei der Verlegung der Kosten.

Die «Schweizerische Hilfe für Mutter und Kind (SHMK)», der Verein «Mamma» und das überparteiliche Komitee «Abtreibungsfinanzierung ist Privatsache» stellten für ihre Zeitschriften «SHMK-Nachrichten», «Mamma-Info» und «Initiativpost» ein Gesuch um Zustellermässigung ab dem 1. Januar 2013. Mit den Verfügungen vom 13. Dezember 2012 wies das BAKOM die drei Gesuche um Presseförderung ab. Es begründete diese ablehnenden Verfügungen damit, dass Zeitungen und Zeitschriften der Mitgliedschafts- und Stiftungspresse nur dann einen Anspruch auf Ermässigung hätten, wenn sie einen Mindestumfang von sechs A4-Seiten aufweisen. Diese Voraussetzung sei bei den vorliegenden Zeitschriften nicht erfüllt. Die drei Organisationen erhoben deshalb Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragten, ihren Zeitschriften sei rückwirkend per 1. Januar 2013 die Zustellermässigung zu gewähren.

Gemäss Art. 16 Abs. 4 lit. b PG werden Ermässigungen gewährt für die Zustellung von Zeitungen und Zeitschriften von nicht gewinnorientierten Organisationen an ihre Abonnenten, Mitglieder oder Spender (Mitgliedschafts- und Stiftungspresse). Art. 36 Abs. 3 VPG bestimmt anhand von verschiedenen Kriterien, welche Zeitungen und Zeitschriften als Mitgliedschafts- und Stiftungspresse gelten. Unter anderem muss eine Zeitung oder Zeitschrift gemäss Art. 36 Abs. 3 lit. 1 VPG einen Mindestumfang von sechs A4-Seiten aufweisen, um von der Zustellermässigung zu profitieren. Begründet wird dies damit, dass Zeitungen und Zeitschriften mit geringerer Seitenzahl nur einen marginalen Beitrag zur Meinungs- und Pressevielfalt leisten. Zudem könne mit dieser Regelung auch die Förderung von reinen Spendenaufrufen weitgehend verhindert werden.

Das BAKOM hat das Gesuch um Zustellermässigung der drei beschwerdeführenden Organisationen abgelehnt, weil sie Belegexemplare mit weniger als sechs A4-Seiten eingereicht hatten. Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts hat das BAKOM korrekt gehandelt. Mit ihren Beschwerden haben die drei Organisationen aber neue Belegexemplare eingereicht, die

den Mindestumfang von sechs A4-Seiten erfüllen. Das Bundesverwaltungsgericht berücksichtigt diesen Sachverhaltsumstand als echtes tatsächliches Novum. Die Beschwerdeführer hätten damit nachgewiesen, dass ihre Zeitschriften den erforderlichen Mindestumfang ab Januar 2013 erfüllen. Das Bundesverwaltungsgericht kommt deshalb zum Schluss, dass die Zeitschriften der drei Organisationen ab Januar 2013 sämtliche Voraussetzungen von Art. 36 Abs. 3 VPG erfüllen und damit Anspruch auf Zustellermässigung haben. Es hob folglich die Verfügungen des BAKOM auf und gewährte den drei Zeitschriften rückwirkend ab 1. Januar 2013 die Zustellermässigung.

Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts wäre es den drei Organisationen allerdings ohne Weiteres möglich gewesen, vor Erlass der Verfügungen des BAKOM vom 13. Dezember 2012 einen ausreichenden Nachweis über die Seitenzahl der im Jahr 2013 erscheinenden Zeitschriften einzureichen. Dies hätte in Form eines definitiven Druckauftrags erfolgen können. Deshalb war das Bundesverwaltungsgericht der Meinung, dass die drei Organisationen ihre Mitwirkungspflichten verletzt haben. Es berücksichtigte diese Pflichtverletzung insoweit, als es den drei Organisationen die Verfahrenskosten in der Höhe von je Fr. 1000.– auferlegte.

13-174

### Mehrwertsteuer im Zusammenhang mit Radio- und Fernsehempfangsgebühren

Mehrwertsteuer; Nichtigkeit; Radio- und Fernsehempfangsgebühren; Zivilrichter

Art. 6 Abs. 2 MWSTG; Art. 69 Abs. 1 Satz 1 RTVG; Art. 65 Abs. 2 Bst. b RTVV

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 11. September 2013 (A-4130/2013)

Für die Beurteilung von Streitigkeiten betreffend Steuerüberwälzung ist der Zivilrichter zuständig. Dies stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, nachdem sich ein Gebührenzahler gegen eine Verfügung der Billag gewehrt hatte, die ihn zusätzlich zu den Radio- und Fernsehempfangsgebühren auch zur Zahlung von Mehrwertsteuern verpflichtete.

X. wollte die Mehrwertsteuern, welche die Billag im Zusammenhang mit den privaten Radio- und Fernsehempfangsgebühren einforderte, nicht bezahlen. Er ersuchte die Billag deshalb um Erlass einer anfechtbaren Verfügung. Die Billag verweigerte ihm eine solche Verfügung mit der Begründung, sie sei dafür nicht zuständig. Darauf erhob X. Rechtsverweigerungsbeschwerde beim BAKOM. Das BAKOM wies die Billag unter Gutheissung der Beschwerde an, eine Verfügung zu erlassen. Darauf verfügte die Billag am 12. Februar 2013, gegenüber X. sei noch eine Restforderung in der Höhe von insgesamt Fr. 32.58 offen und geschuldet. Gegen diese Verfügung erhob X. Beschwerde beim BAKOM. Das BAKOM ersuchte das Bundesverwaltungsgericht um Behandlung der Beschwerde als sogenannte Sprungbeschwerde.

Bevor das Bundesverwaltungsgericht die Frage beantwortet, ob diese Verfügung (direkt) beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden kann, will es klären, ob die Billag überhaupt zuständig war, die angefochtene Verfügung zu erlassen. Zu dieser Frage führt es aus, die Billag sei insbesondere dafür zuständig, Verfügungen betreffend die Erhebung von Empfangsgebühren zu erlassen (Art. 69 Abs. 1 Satz 1 RTVG i. V. m. Art. 65 Abs. 2 Bst. b RTVV). Vorliegend gehe es aber um die Verfügungskompetenz betreffend Mehrwertsteuern für Radio- und Fernsehdienstleistungen. Deshalb seien das MWSTG und die MWSTV anwendbar. Gemäss Art. 6 Abs. 2 MWSTG sei der Zivilrichter für die Beurteilung von Streitigkeiten betreffend die Steuerüberwälzung zuständig. Dieser hätte dann gegebenenfalls vorfrageweise über die Steuerbarkeit der Leistungen des BAKOM/UVEK im Bereich von Radio und Fernsehen zu entscheiden bzw. das Verfahren bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Steuerentscheides der ESTV gegenüber dem Leistungserbringer (BAKOM/UVEK) auszusetzen. Folglich sei der Billag die Befugnis abgegangen, die angefochtene Verfügung zu erlassen. Dass die Verfügung der Billag vom 12. Februar 2013 von einer sachlich unzuständigen Behörde erlassen wurde, stelle einen schwerwiegenden Rechtsfehler dar und habe ihre Nichtigkeit zur Folge. Das Bundesverwaltungsgericht tritt deshalb nicht auf die vorliegende Beschwerde ein, da es aufgrund der Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung an einem tauglichen Anfechtungsobjekt fehlt. Es stellt fest, dass die Verfügung der Billag vom 12. Februar 2013 nichtig ist und für die Beurteilung der vorliegenden Streitigkeit der (kantonale) Zivilrichter zuständig ist.

13-175

### Zustellermässigung vom Bundesverwaltungsgericht gutgeheissen

Echte tatsächliche Noven; Mindestumfang; Mitgliedschafts- und Stiftungspresse; Zustellermässigung

Art. 16 Abs. 4 Bst. b PG; Art. 36 Abs. 3 Bst. 1 VPG

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 6. August 2013 (A-189/2013)

Der Verein «Kirche in Not» konnte im Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht belegen, dass seine Zeitschrift «Echo der Liebe» ab Januar 2013 einen Umfang von sechs A4-Seiten aufwies. Deshalb wurde ihm die Zustellermässigung rückwirkend auf den 1. Januar 2013 gewährt.

Der Verein «Kirche in Not» reichte am 18. Oktober 2012 beim BAKOM für die Zeitschrift «Echo der Liebe» ein Gesuch um Zustellermässigung ab dem 1. Januar 2013 ein. Das BAKOM wies dieses Gesuch mit der Begründung ab, gemäss Art. 36 Abs. 3 Bst. 1 VPG hätten Zeitungen und Zeitschriften der Mitgliedschafts- und Stiftungspresse nur dann Anspruch auf Ermässigung, wenn sie einen Mindestumfang von sechs A4-Seiten aufweisen. Am 14. Januar 2013 reichte die «Kirche in Not» Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht ein und verlangte

die Gewährung der Zustellermässigung ab 1. Januar 2013. Aufgrund des Entscheids des BAKOM würden sie nun bei allen Ausgaben sechs A4-Seiten vorsehen und ersuchten deshalb das Bundesverwaltungsgericht, ihr Gesuch um Presseförderung erneut zu prüfen. Am 15. Februar 2013 stellte die «Kirche in Not» beim BAKOM ein neues Gesuch um Presseförderung. Sie legte dem Gesuch die Ausgaben Nr. 1 und 2 ihrer Zeitschrift bei. Das BAKOM hiess das Gesuch ab 1. Februar 2013 gut, da es nach Prüfung der eingereichten Zeitschriften zum Schluss kam, dass die Zeitschrift alle Voraussetzungen für die Zustellermässigung erfüllt. Im Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht hielt die «Kirche in Not» fest, sie ersuche weiterhin um Zustellermässigung ab 1. Januar 2013, weil ihre Zeitschrift die Anforderung des Mindestumfangs bereits ab der Ausgabe Nr. 1 vom Januar erfüllt habe.

Gemäss Art. 16 Abs. 4 Bst. b PG werden Ermässigungen für Zeitungen und Zeitschriften von nicht gewinnorientierten Organisationen an ihre Abonnenten, Mitglieder oder Spender (Mitgliedschafts- und Stiftungspresse) in der Tageszustellung gewährt. In Art. 36 Abs. 3 VPG hat der Bundesrat weitere Kriterien dafür festgelegt, wann Zeitungen und Zeitschriften als Mitgliedschafts- und Stiftungspresse gelten. Gemäss Bst. l müssen sie dafür einen Mindestumfang von sechs A4-Seiten haben. Zur konkreten Beschwerde führt das Bundesverwaltungsgericht aus, im Gesuch vom 18. Oktober 2012 habe die «Kirche in Not» nicht vermerkt, dass ihre Zeitschrift den Mindestumfang von sechs A4-Seiten erfüllt und entsprechend auch ein Belegexemplar mit vier A4-Seiten eingereicht. In der Beschwerde habe die «Kirche in Not» jedoch dargelegt, sie werde in Zukunft bei sämtlichen Ausgaben den Mindestumfang einhalten, und zudem die Ausgabe Nr. 1 (Januar) beigelegt, die sechs A4-Seiten aufweist. Diesen Sachverhaltsumstand berücksichtigt das Bundesverwaltungsgericht als echtes tatsächliches Novum. Die «Kirche in Not» habe damit den Nachweis erbracht, dass ihre Zeitschrift den erforderlichen Mindestumfang von sechs A4-Seiten ab Januar 2013 erfüllt. Deshalb hat sie nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts Anspruch auf Zustellermässigung ab dem 1. Januar 2013. Das Bundesverwaltungsgericht heisst deshalb die Beschwerde gut und gewährt der Zeitschrift «Echo der Liebe» rückwirkend per 1. Januar 2013 Zustellermässigung. Bezüglich der Kosten ist das Bundesverwaltungsgericht der Ansicht, dass die «Kirche in Not» ihre Mitwirkungspflichten verletzt hat, indem sie das Gesuchsformular nicht korrekt ausgefüllt und dem BAKOM ein Belegexemplar mit bloss vier Seiten eingereicht hat. Das vorliegende Beschwerdeverfahren sei deshalb aufgrund einer Verletzung der Mitwirkungspflichten unnötigerweise verursacht worden, weshalb die «Kirche in Not» die Verfahrenskosten zu tragen habe.

### 3. Strafrecht – Droit pénal

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

13-176

##### **Pour être punissable, une offense doit être dirigée contre une personne identifiée ou identifiable**

Atteintes à l'honneur; identification des personnes visées; publication sur les réseaux sociaux; remarques d'ordre général

Art. 173, 174, 177 CP

Arrêt du Tribunal fédéral du 30 juillet 2013 (6B\_482/2013 et 6B\_483/2013)

Le Ministère public genevois a refusé d'entrer en matière sur les plaintes déposées par A. et B. contre Y. pour calomnie, diffamation et injure. La Chambre pénale de recours de la Cour de justice genevoise a rejeté les recours de A. et B.

A son tour, le TF a rejeté leur recours.

A. est la mère de B., qui est séparé de son épouse, laquelle entretient une relation avec Y. Celui-ci a publié différents messages à plusieurs reprises sur son mur Facebook. Ceux-ci ont notamment la teneur suivante:

«Il existe des sortes d'«animaux» capables de considérer leur compagne comme un objet à posséder (...) capables de leur taper dessus, de leur faire des enfants et de ne pas les aimer. (...) ces primitifs ont des génitrices qui arrivent encore à approuver ce qui a été fait et à se retourner contre la victime de leur progéniture. (...) des êtres pareils ne méritent pas leur humanité. (...) ce texte s'adresse à tous ceux qui se sentiront concernés, et malheureusement, ces dernières années j'en ai croisé une bonne vingtaine.»

Les délits contre l'honneur, en l'occurrence la diffamation (art. 173 ch. 1 CP), la calomnie (art. 174 CP) ou l'injure (art. 177 al. 1 CP), supposent que l'offense soit dirigée contre une personne qui, si elle n'est pas désignée nommément, doit au moins être reconnaissable ou identifiable.

La Cour cantonale a retenu que les publications visées ne mentionnaient à aucun moment le nom des recourants et ne comportaient aucune indication permettant de les identifier. Les termes utilisés par l'auteur étaient beaucoup trop généraux pour admettre qu'ils les concernaient personnellement. Les réactions des internautes étaient tout aussi générales, et aucune d'elles ne mentionnait les recourants. Le fait que ceux-ci se soient personnellement sentis visés par l'auteur ne suffisait pas à les rendre clairement reconnaissables par des tiers. Les termes utilisés sont trop génériques – et peuvent désigner n'importe quel couple rencontrant des difficultés liées à sa séparation – et les détails trop peu nombreux pour rendre les recourants reconnaissables, même pour leurs proches. C'est dès lors à bon droit que la Cour cantonale a refusé d'entrer en matière sur les infractions de diffamation et de calomnie.



S'agissant de l'infraction d'injure, il ne suffit pas que les recourants se soient sentis visés par les textes pour que l'infraction soit envisageable, encore faut-il que l'intimé s'adresse bien à eux. A cet égard, l'auteur du texte indique que celui-ci «s'adresse à tous ceux qui se sentiront concernés, et malheureusement, ces dernières années j'en ai croisé une bonne vingtaine». On ne peut en déduire que l'intimé parle de personnes précises, encore moins des recourants en particulier.

13-177

### UWG-Strafbestimmung: Bundesgericht bestätigt Einstellungsverfügung

Anwendbarkeit des UWG; in dubio pro duriore

Art. 173 StGB; Art. 3 lit. a 23 UWG

Urteil des Bundesgerichts vom 4. Juli 2013 (6B\_188/2013)

Das Bundesgericht bestätigt die Einstellung eines Strafverfahrens wegen Widerhandlung gegen das UWG. Es kommt in Übereinstimmung mit der Vorinstanz zum Schluss, der beanstandete Artikel sei nicht als Wettbewerbshandlung zu qualifizieren, weshalb die Anwendbarkeit des UWG zu Recht verneint worden sei.

X. veröffentlichte im Jusletter vom 1. März 2010 eine Abhandlung zum Thema «Minarettverbot: Offene Fragen zur Umsetzung». Der Text von Y. mit dem Titel «Minarettverbot: Ein Versuch zu seiner Infragestellung – Antwort auf den Jusletter von X.» wurde auf der Website des Aktionskomitees «Gegen die strategische Islamisierung der Schweiz» (KSIS) veröffentlicht. X. erstattete gegen Y. Strafanzeige wegen übler Nachrede (Art. 173 StGB) und unlauteren Wettbewerbs (Art. 3 lit. a i. V. m. Art. 23 UWG). Die Staatsanwaltschaft stellte das Strafverfahren gegen Y. am 21. Februar 2012 ein. Das Obergericht wies die Beschwerde von X. gegen die Einstellungsverfügung am 14. Januar 2013 ab, worauf dieser mittels Beschwerde in Strafsachen ans Bundesgericht gelangte.

X. bringt verschiedene strafprozessuale Gründe vor, weshalb das Verfahren nicht hätte eingestellt werden dürfen. Er macht geltend, der Gerichtsstand sei nicht geklärt gewesen, die Abweisung von Beweisanträgen sei nicht begründet worden und man habe sich ungenügend mit seinen Vorbringungen auseinandergesetzt. Das Bundesgericht weist alle diese Rügen als unbegründet zurück. Schliesslich machte X. eine Verletzung des Grundsatzes «in dubio pro duriore» geltend, der die Staatsanwaltschaft verpflichtet, im Zweifel Anklage zu erheben. X. vertritt die Ansicht, Y. habe den Tatbestand des unlauteren Wettbewerbs (Art. 3 lit. a i. V. m. Art. 23 UWG) erfüllt, weshalb eine Anklage gerechtfertigt sei. Das Bundesgericht führt dazu aus, für einen Verstoß gegen das UWG werde zwar kein Wettbewerbsverhältnis vorausgesetzt, es seien aber nur Verhaltensweisen untersagt, welche als Wettbewerbshandlungen zu qualifizieren sind. Das Obergericht als Vorinstanz ist zum Schluss gekommen, der Artikel von Y. sei politisch motiviert und nicht als Wettbewerbshandlung zu qualifizieren,

die objektiv auf eine Beeinflussung der Wettbewerbsverhältnisse angelegt sei. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern der Artikel geeignet sein sollte, auf einen ökonomischen Vor- oder Nachteil zu zielen. Eine Verurteilung von Y. erscheine deshalb als unwahrscheinlich. Diese vorinstanzliche Würdigung sei nicht zu beanstanden, findet das Bundesgericht. Zwar könne das Verhältnis von Anwälten zueinander sowie jenes zwischen Anwälten und ihren Klienten durch herabsetzende Äusserungen beeinflusst werden. Ein (Zeitung-)Artikel, in dem auf die Tätigkeit eines Anwalts eingegangen wird, könne deshalb grundsätzlich auch unter die Strafbestimmung des UWG fallen. Jedoch, so das Bundesgericht weiter, habe Y. seinen Artikel im Jusletter nicht in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt verfasst und damit keinen ökonomischen Vorteil bezweckt. Vielmehr habe er in einer Fachzeitschrift seinen juristischen Standpunkt aufgezeigt. Er sei kein Markt- oder Wettbewerbs Teilnehmer, sondern verfolge mit seinem Artikel politische Ziele. Y. habe beabsichtigt, die Argumente von X. zu entkräften und die öffentliche Meinung bezüglich eines bestimmten politischen Themas zu beeinflussen. Es sei nicht erkennbar, inwiefern sein Handeln geeignet gewesen wäre, den Wettbewerb zu beeinflussen. Das Bundesgericht kommt deshalb zum Schluss, dass das Obergericht die Anwendbarkeit des UWG zu Recht verneint hat. Unter diesen Umständen erscheine eine Verurteilung von Y. nicht deutlich wahrscheinlicher als ein Freispruch, weshalb die Einstellung des Verfahrens zu Recht erfolgt sei. Das Bundesgericht wies die dagegen erhobene Beschwerde folglich ab.

13-178

### L'administrateur d'un site internet a un devoir particulier de vérification des propos qui y sont publiés

Calomnie; diffamation; preuves libératoires; responsabilité d'un administrateur de site internet

Art. 173, 174 CP

Jugement du 29 mai 2013, juge de district de Monthey, Valais

En sa qualité d'administrateur du site internet «champery-magouilles.ch», Guy Borgeat a publié sur ledit site des propos à l'encontre de Michel Dupey; celui-ci y était notamment accusé d'avoir «promis à chaque client des choses qui n'auraient pas été tenues» ou «d'avoir présenté à ses clients des appartements témoins de plus haut standing que ceux réellement vendus ensuite», et il lui était reproché le fait que «deux entrepreneurs auraient aussi fait faillite suite au non-respect de promesses.»

Michel Dupey a déposé une plainte pénale contre Guy Borgeat, qui a été reconnu coupable de diffamation par le procureur du Bas-Valais. Suite à l'opposition de Guy Borgeat à l'ordonnance de condamnation, le juge de district de Monthey a confirmé ce verdict.

L'art. 173 ch. 1 CP (diffamation) réprime le comportement de celui qui, en s'adressant à un tiers, aura accusé une personne ou jeté sur elle le soupçon de tenir une conduite contraire à l'honneur, ou de tout autre fait propre à porter atteinte à sa considération, ou aura propagé une telle accusation ou un tel soupçon, y compris par le moyen d'une citation.

La calomnie (art. 174 CP) est une forme qualifiée de diffamation, qui implique que l'auteur doit avoir eu connaissance de la fausseté de ses allégations. Cette connaissance ne pouvant être prouvée en l'espèce, seule doit être retenue la diffamation.

L'art. 173 ch. 2 CP prévoit deux preuves libératoires: la preuve de la vérité – qui en l'espèce n'a pas été apportée – et la preuve de la bonne foi, par laquelle l'auteur établit qu'il avait des raisons sérieuses de tenir de bonne foi ses allégations pour vraies.

Le Tribunal a considéré que, quand bien même le prévenu avait toujours utilisé du conditionnel et mentionné que les éléments allégués l'étaient «sous toutes réserves», il avait fait preuve de légèreté: les allégations litigieuses ont été formulées publiquement et largement diffusées via internet. Il n'a jamais procédé à la moindre vérification, alors qu'il lui était facile de le faire; il n'a pas démontré avoir accompli les actes qu'on pouvait attendre de lui, selon les circonstances et sa situation personnelle, pour contrôler la véracité de ses allégations et les considérer comme établies.

En conséquence, sa bonne foi ne saurait être admise.

### 3.4 Redaktionsgeheimnis – Secret rédactionnel

13-179

#### Wohnungsdurchsuchung bei TV-Journalistin missachtete EMRK

Beschlagnahme; Datenleck; Dringlichkeit; Fernsehen; Hausdurchsuchung; Medienfreiheit; Polizeiaktion; Quellenschutz; Rechtsschutz; Staatsanwaltschaft; Wohnung; Zeitungsredaktion

Art. 8, 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (4. Kammer) «Nagla c. Lettland» vom 16. 7. 2013 (N° 73469/10)

Am 14. Februar 2010 berichtete der öffentlich-rechtliche Fernsehveranstalter «Latvijas televīzija» (LTV) in seinem wöchentlichen Informationsmagazin «De facto» über ein gravierendes Datenleck bei der lettischen Finanzbehörde (VID). Die «De facto»-Journalistin Ilze Nagla stützte sich auf Angaben eines anonymen Informanten mit Decknamen «Neo». Eine Woche nach Ausstrahlung des TV-Beitrags begann «Neo» über Twitter von ihm abgerufene Informationen über die Gehälter verschiedener Staatsangestellter zu publizieren, was erhebliche Medienaufmerksamkeit provozierte.

Am 19. Februar verlangte die Polizei von der Journalistin des Transkript der Sendung sowie Zugang zu ihrer E-Mail-Korrespondenz mit «Neo». Unter Hinweis auf das gesetzliche Recht zum Quellenschutz verweigerte Ilze Nagla alle Informationen, die zur Enthüllung des anonymen Informanten führen könnten. Am 11. Mai stellten die Ermittlungsbehörden fest, dass die IP-Adresse des Eindringlings ins VID-Datensystem einem gewissen I. P. gehörte, welcher mehrmals mit Ilze Nagla telefoniert hatte. Gleichentags schritt die Polizei bei I. P. und in der Wohnung der Journalistin zu Hausdurchsuchungen. Ein Laptop und verschiedene Datenträger wurden beschlagnahmt (und versiegelt). Tags darauf wurde die (wegen befürchteter Beweisvernichtung) dringliche Hausdurchsuchung – wie im Gesetz vorgesehen – durch den Untersuchungsrichter bestätigt. Danach wurde eine technische Untersuchung der bei der Journalistin beschlagnahmten Datenträger vorgenommen. Ein Spezialist kopierte die Daten, und die Datenträger wurden der Journalistin am 21. Mai zurückgegeben.

Das Vorgehen der lettischen Behörden war nach einheitlicher Ansicht des EGMR konventionswidrig. Der aus der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) fließende Schutz journalistischer Informationsquellen wurde ohne ausreichende Gründe missachtet. Zwar besteht im lettischen Gesetzesrecht eine genügende Grundlage für die Beschlagnahme und war eine Prüfung des polizeilichen Vorgehens durch eine unabhängige Instanz zumindest noch vor dem Zugriff auf das beschlagnahmte Material vorgesehen. Anders als im Fall «Sanoma Uitgevers c. Niederlande» (medialex 2010, 223 ff.) bestand damit im Grundsatz ausreichender Rechtsschutz.

Die konkreten Zwangsmassnahmen gegen die Journalistin waren aber nicht verhältnismässig, d. h. in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig. Die Enthüllungen (über das Datenleck und die Gehälter in der öffentlichen Verwaltung) leisteten einen Beitrag zur öffentlichen Debatte allgemein interessierender Fragen. Der Journalistin selber wurde kein strafbares Vorgehen vorgeworfen. Ob sich ihre Informationsquelle illegal verhalten habe, falle zwar ins Gewicht, sei aber nur einer von mehreren Faktoren in der Interessenabwägung. Die Wohnungsdurchsuchung geschah rund drei Monate nach Ausstrahlung der TV-Sendung (und dem letzten Telefongespräch der Journalistin mit I. P.). Gründe für die Dringlichkeit des Vorgehens nannten weder der Untersuchungsrichter noch die Justiz. Sie beschränkten sich auf die (unzutreffende) Feststellung, die Massnahme habe den journalistischen Quellenschutz gar nicht betroffen. Dieses Vorgehen vermag den Gerichtshof nicht zu überzeugen.

«101. The Court considers that any search involving the seizure of data storage devices such as laptops, external hard drives, memory cards and flash drives belonging to a journalist raises a question of the journalist's freedom of expression including source protection and that the access to the information contained therein must be protected by sufficient and adequate safeguards against abuse. In the present case, although the investigating judge's involvement in an immediate post factum review was provided for in the law, the Court finds that the investigating judge failed to establish that the interests of the investigation in securing evidence were sufficient to override the public interest in the protection of the journalist's freedom of expression, including source protection and protection

against the handover of the research material. The scarce reasoning of the President of the court as to the perishable nature of evidence linked to cybercrimes in general, as the Ombudsman rightly concluded, cannot be considered sufficient in the present case, given the investigating authorities' delay in carrying out the search and the lack of any indication of impending destruction of evidence. Nor was there any suggestion that the applicant was responsible for disseminating personal data or was implicated in the events other than in her capacity as a journalist; she remained «a witness» for the purposes of these criminal proceedings. If the case materials did include any indication in that regard, it was the investigating judge's responsibility to carry out the necessary assessment of the conflicting interests, which was not done.»

Der Gerichtshof stellt einstimmig einen Verstoß gegen Art. 10 EMRK fest und verurteilt Lettland zur Bezahlung einer Genugtuung von 10000 Euro an die Journalistin.

---

**Anmerkungen** Das Urteil liegt auf der Linie der bisherigen Strassburger Rechtsprechung zum Schutz journalistischer Informationsquellen. Gleichzeitig liefert es den Staaten weitere Hinweise darauf, welche menschenrechtlichen Anforderungen bei der verfahrensrechtlichen Ausgestaltung zu beachten sind (rechtzeitige und ausreichend begründete Prüfung von Zwangsmassnahmen durch eine gerichtsähnliche Instanz).

Die Begründung deutet an, dass die Güterabwägung möglicherweise anders ausgefallen wäre, wenn der Journalistin selber ein strafbares Verhalten zur Last gelegt worden wäre oder es Anhaltspunkte dafür gegeben hätte, dass sie Beweismittel vernichten könnte. Übertragen auf die schweizerische Rechtslage sind solche Gedankenspiele zumindest teilweise von Belang. Der journalistische Quellenschutz nach Art. 28a des Strafgesetzbuchs bzw. Art. 172 der Strafprozessordnung greift hierzulande nur, falls die Medienschaffende nicht selber einer Straftat verdächtigt (beschuldigt) ist (ausführlich zu dieser Konstellation: Schmohl, Der Schutz des Redaktionsgeheimnisses in der Schweiz, Zürich 2013, 260 ff.). Würde sie hingegen wie im lettischen Fall als blosse Zeugin eingestuft, so wäre eine weitere Güterabwägung bei vergleichbarer Sachlage nach schweizerischem Recht überflüssig: Die dem anonymen Informanten vorgeworfenen Delikte figurieren nicht im gesetzlichen Katalog der ausnahmsweise eine Durchbrechung des Quellenschutzes ermöglichenden, schweren Straftaten (Art. 28a Abs. 2 StGB). In der Schweiz wäre der Quellenschutz (und das damit verbundene Verbot von Zwangsmassnahmen gegen selber nicht tatverdächtige Medienschaffende) in jedem Fall gegeben.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

---

13-180

### Ein Hinweis auf eine Rechtsverletzung genügt nicht, um einem Journalisten den Schutz nach Art. 28a StGB zu entziehen

---

Beschlagnahmung; Hausdurchsuchung; Journalist; Quellenschutz

Art. 28a StGB; 172, 309, 312 StPO

---

Entscheid des Appellationsgerichts in Strafsachen von Neuenburg vom 10. September 2013 (ARMP.2013.94/sk-ae) (nicht rechtskräftig)

Anfang August 2013 hat die Staatsanwaltschaft des Kantons Neuenburg eine Untersuchung gegen den Journalisten Ludovic Rocchi, Korrespondent von «Le Matin», eröffnet (Art. 309 StPO). Am 8. August beauftragte sie die Polizei (Art. 312 StPO), «überall dort, wo Rocchi und X. [Mitverdächtiger] Zugang haben, Dokumente oder Objekte zu beschlagnahmen». Und zwar solche, die sich «auf den Kläger [Professor Y. an der Universität Neuenburg] beziehen oder aufzeigen, wovon Rocchi Kenntnis hatte, als er die umstrittenen Artikel verfasste, und die Aufschluss geben über Verfasser/Umstände der Weitergabe von Informationen, die vom Amtsgeheimnis gedeckt sind». Mit diesem Auftrag bewaffnet meldeten sich vier Polizeibeamte, begleitet vom befassten Staatsanwalt und einem Informatiker, am 13. August um 6.40 Uhr an Rocchis Wohnungstür in La Chaux-de-Fonds. Frau Rocchi eröffnete den Beamten, ihr Mann befinde sich am Filmfestival in Locarno. Trotz ihrem Protest nahmen die Männer die Laptops von Gattin und Sohn mit, ferner einige CDs, Discs und Notizhefte. Um 9.30 beschlagnahmten zwei Tessiner Polizisten auf ein Rechtshilfesuch des Neuenburger Staatsanwalts hin in einem Locarneser Hotel Rocchis Laptop samt Inhalt. – Rocchi erwirkte über den Anwalt des «Matin» sogleich die Versiegelung der beschlagnahmten Objekte. Versiegelung ist möglich, wenn die Betroffenen behaupten, der Beschlagnahme stehe ein besseres Recht entgegen, insbesondere ein Aussage- oder Zeugnisverweigerungsrecht (Art. 248 Abs. 1 StPO: Beschlagnahmte Objekte dürfen dann von den Strafbehörden «weder eingesehen noch verwendet werden»). – Am 15. August, also erst nach den Beschlagnahmungen, war Rocchi einvernommen worden: von der Neuenburger Polizei (zum Plagiatsvorwurf gegenüber einem von ihm journalistisch mit Fragezeichen versehenen Professor der Universität Neuenburg) wie auch vom Staatsanwalt (zu den angeblichen Amtsgeheimnisverletzungen). – Am 23. August rekurrierten Ludovic Rocchi und seine Ehefrau gegen die Eröffnung der Strafuntersuchung, aber auch gegen die Akte der Beschlagnahme: Diese seien gesetz- und verfassungswidrig. Beides sei richtig zu erklären.

Die Rekursinstanz in Strafsachen des Kantonsgerichts Neuenburg urteilte am 10. September 2013. Sie gab dem Rekurs der Rocchis statt, hob die umstrittenen Entscheide auf und befahl die sofortige Rückgabe der versiegelten Gegenstände. Kosten zulasten Staat, Umtriebsentschädigung zugunsten der Rekurrenten CHF 1000.–. Am 14. Oktober 2013 zog die Staatsanwaltschaft Neuenburg den Kantonsgerichtsentscheid

gemäss Art. 102 des Bundesgerichtsgesetzes an das Bundesgericht weiter.

Zwar habe das Bundesgericht schon früher erwogen, ein Rekurs sei nicht entgegenzunehmen, wenn der Strafverfolgungsakt bereits ausgeführt und abgeschlossen sei – ein aus der Haft Entlassener könne sich nicht mehr «aktuell» über die frühere Verhaftung beschweren; wohl aber dürfe er eine Verfassungs- und EMRK-Verletzung rügen (BGE 1B\_161/2010). Dass eine Durchsuchung privater oder privat genutzter Räume die persönliche Freiheit von Betroffenen beeinträchtigt, sei «kaum zu bestreiten». Die Berechtigung solcher Beeinträchtigungen dürfe von Gerichten auf Verlangen abgeklärt werden. Jedenfalls würden die Umstände der Hausdurchsuchung im Morgenrauen grundrechtliche Bedenken wecken. Mithin gehe es um Art. 393 Abs. 1 StPO (Beschwerde gegen Verfahrensakte von Polizei und Staatsanwaltschaft, Rüge der Rechtsverletzung oder Unangemessenheit) und Art. 248/265 StPO (Beschlagnahme, Rückgabe aus der Versiegelung).

Gegen Berufsjournalisten, die für periodisch erscheinende Medien arbeiten, dürfen «zum Zeugnis über die Identität des Autors oder über Inhalt und Quellen ihrer Informationen» keine Zwangsmassnahmen angeordnet oder angedroht werden (Art. 28 a StGB, Quellenschutz). Der Schutz gilt nicht, wenn «der Richter feststellt», dass das Zeugnis für eine ganze Reihe von Tatbeständen erforderlich ist, sei es zur Rettung aus unmittelbarer Gefahr für Leib und Leben, sei es zur Aufklärung von besonders aufgezählten rund 30 Tatbestandsverletzungen (Art. 28 a Abs. 2). Ausserhalb dieser Aufzählung «geniesst der Journalist als Zeuge ein absolutes Zeugnisverweigerungsrecht» (Kantonsgericht NE). Die vom Staatsanwalt im Durchsuchungs- und Beschlagnahmemandat festgehaltenen Gründe – Abklärung von Amtsgeheimnisverletzung, üble Nachrede, Verleumdung, allenfalls Beteiligung daran – «erreichen in keiner Weise die in Art. 28 a abschliessend definierte Schwere». Beweiselemente in diesem Kontext beschaffen, um Rocchi gegebenenfalls zu entlasten? «Das ist unsinnig», findet das Gericht. Diese Entlastungsmühe könne man Rocchi im Falle eines Prozesses selber überlassen. Sicherung von Beweisen für sehr wahrscheinliche Rechtsverletzungen Rocchis? Unglaublich, meinte das Gericht. Erst nach der Durchsuchung/Beschlagnahme, nämlich am 20. August, forderte der Staatsanwalt beim klagenden Universitätsprofessor Hinweise auf die Rechtswidrigkeit in Rocchis Verhalten an. Aus den Umständen sei kaum zu bezweifeln, dass es dem Staatsanwalt darum ging, die Amtsgeheimnisverletzungen auszuleuchten, die allenfalls Rocchis investigativen Artikeln im Zusammenhang mit dem klagenden Professor dienten. Anstiftung (Art. 24 StGB) ist möglich, wenn der Journalist den Geheimnisträger «vorsätzlich zur Begehung des Delikts bestimmt hat». Der EGMR hat (2006) ein Bundesgerichtsurteil (BGE 127 IV 122) als menschenrechtswidrig bezeichnet, das bereits journalistisches Fragen – ohne Anreiz oder Drohung – als Anstiftung zum Geheimnisverrat ahnden wollte (EGMR 77551/01). Auch Gehilfenschaft (Art. 25 StGB) wäre möglich. Das Gericht hält jedoch die «Möglichkeit, dass Rocchi hier als Anstifter oder Gehilfe der Amtsgeheimnisverletzung gewirkt hat, für sehr schwach». Vom Plagiatsvorwurf und von angeblichen Ungereimtheiten rund um den klagenden Professor wussten nämlich auch andere.

Von daher erscheint die Einleitung einer Strafuntersuchung gegen Rocchi als Handlung zur Hausdurchsuchung/Beschlagnahme insgesamt als «verfrüht» und «übereilt». Rocchi als Zeuge oder als Angeschuldigter – es fehlte in der Argumentation jede Abwägung, zumal es auch um eine Reihe von Verfassungsgütern (von der persönlichen Freiheit bis zur Medienfreiheit) geht. In einem weiteren Rahmen waren die «Lecks» der jüngeren Vergangenheit mit ihren Echos in den Medien vielleicht dazu angetan, den Staatsanwalt zu einer «starken Aktion» zu motivieren, um das Gut des Amtsgeheimnisses zu verteidigen. Aber das entbindet ihn nicht davon, «skrupulös die Verhältnismässigkeit der eingesetzten Mittel und Methoden zu beachten, um die andern öffentlichen Interessen und damit die Glaubwürdigkeit [der Strafverfolgung] zu wahren».

---

**Anmerkungen** Das Neuenburger Kantonsgericht – wie schon das Bundesgericht in BGE 132 I 187 («Turina») – hat dem Zeugnisverweigerungsrecht der Journalisten einen hohen Stellenwert zuerkannt. Ausnahmen vom Quellenschutz sind in Art. 28 a Abs. 2 StGB abschliessend aufgezählt; selbst wenn eine mögliche Ausnahme vorliegt, ist eine genaue Abwägung im Einzelfall notwendig. Die vom Neuenburger Staatsanwalt aufgereihten Tatbestände stehen nicht im Ausnahmekatalog von Art. 28 a StGB Abs. 2. «Treiber» hinter dem Quellenschutz von Art. 28 a war der EGMR, der den Quellenschutz als «einen der Ecksteine der Pressefreiheit» bezeichnete. Der Staatsanwalt hat aber den Journalisten Rocchi nicht nur als Zeugen, sondern als Angeschuldigten heimgesucht (Ehrverletzungen, Teilnahme an Amtsgeheimnisverletzungen). Im Gespräch betonten auch Staatsanwälte anderer Kantone, dass hier eine deutliche Trennlinie zu ziehen sei. Das Neuenburger Gericht hat dem Staatsanwalt von La Chaux-de-Fonds aber hinsichtlich der Behandlung Rocchis als Angeschuldigter ebenfalls die Rote Karte gezeigt. Der Weiterzug nach Lausanne wird jetzt das Bundesgericht nötigen, sich zu beiden Aspekten zu äussern. Es ist höchste Zeit, denn in andern Kantonen schwelt die Rechtsunsicherheit auf ähnliche Weise – so im Kanton Zürich, wo Universität und Staatsanwaltschaft in der «Causa Mörgeli» drastische Methoden zur Klärung von angeblichen Amtsgeheimnisverletzungen zugunsten einer Redaktion anwenden.

Dr. iur. Peter Studer, Rüschlikon

---

## 4. Privatrecht – Droit privé

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

13-181

#### Klage gegen «NZZ»-Artikel: Berufung der «Weltwoche» abgewiesen

Persönlichkeitsschutz; Rechtfertigungsgründe; unlautere Herabsetzung

Art. 3 lit. a UWG

Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 9. August 2013 (LB120062-O/U.doc)

Die «NZZ» schreibt in einem Artikel über das Machtgefüge in der Schweizer Presse. Dabei thematisiert sie auch die Übernahme der «Weltwoche» durch Roger Köppel und die seither vorherrschenden unklaren Machtverhältnisse beim Wochenmagazin. Roger Köppel und die Weltwoche Verlags AG erhoben Klage gegen die «NZZ» wegen Persönlichkeitsverletzung und Verstoß gegen das UWG. Das angerufene Bezirksgericht Zürich wies die Klage ab. Die gegen dieses Urteil erhobene Berufung wurde vom Obergericht des Kantons Zürich nun ebenfalls abgewiesen. Es bestätigt das vorinstanzliche Urteil vollumfänglich.

Am 16. Februar 2010 erschien in der «NZZ» ein Beitrag mit dem Titel «Keine gläserne Informationswelt – Medien, Macht und Dunkelmänner». Darin wurde anlässlich des Verkaufs der «Basler Zeitung» über das Machtgefüge in der Schweizer Zeitungsbranche diskutiert. Der Autor äusserte sich im Artikel auch zur «Weltwoche». Im siebten Abschnitt thematisiert er deren Verkauf:

«Der Verkauf der «Basler Zeitung» brachte auch die «Weltwoche» wieder in den Fokus von medienkritischen Beobachtern. Denn Ende 2006 wurden die Jean-Frey-Titel ans Medienhaus Axel Springer verkauft, während die «Weltwoche» herausgelöst und an Roger Köppel übertragen wurde. Die Hintergründe der Transaktion blieben im Dunkeln. Und damit gärt weiterhin die Frage: Wer wirkte als edler Gönner?»

Im neunten Abschnitt werden weitere Äusserungen zu den Machtverhältnissen und der Ausrichtung der «Weltwoche» gemacht:

«Im Wettbewerb der Marken und Images verfügt jener über einen Vorteil, der klar ausweisen kann, wer das letzte Wort im Betrieb hat. Wenn aber eine eindeutige Produktedeklaration fehlt, müssen weder Leser noch Journalisten im Dunkeln tappen. Die Frage, ob beispielsweise der «Weltwoche»-Verleger irgendwelche Direktiven erhält oder nicht, spielt letztlich keine Rolle für die Identifizierung mit dem Produkt. Wer den Titel liest, weiss, was er in den Händen hält. Er erkennt etwa, dass die «Weltwoche» vom rechtsliberalen zum nationalkonservativen Blatt sich verändert.»

Roger Köppel und die Weltwoche Verlags AG setzten sich mittels Klage gegen den erwähnten Artikel zur Wehr. Die Kläger verlangten, es sei festzustellen, dass dieser Bericht ihre Persönlichkeit verletzt und zudem die Weltwoche Verlags AG in unlauterer und widerrechtlicher Weise in ihren Geschäftsverhältnissen herabgesetzt habe. Weiter beantragten sie, der betreffende Artikel müsse aus den Internetarchiven entfernt werden. Schliesslich sei der «NZZ» zu verbieten, die verletzenden Behauptungen zu wiederholen. Das Bezirksgericht Zürich (3. Abteilung) wies die Klage ab. Deshalb erhoben die beiden Kläger Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich und beantragten, die Klage sei gutzuheissen und den vor Bezirksgericht gestellten Anträgen sei stattzugeben.

Vor Obergericht monieren Roger Köppel und die Weltwoche Verlags AG, das Bezirksgericht habe die eigenständige Anwendbarkeit des UWG fälschlicherweise nicht geprüft, weil es zu Unrecht davon ausgegangen sei, dass Art. 3 lit. a UWG einen Anwendungsfall der Persönlichkeitsverletzung darstelle. Das Obergericht verneint eine Rechtsverletzung des Bezirksgerichts. Die Kläger hätten nicht aufgezeigt, welcher konkrete Aspekt unter lauterkeitsrechtlichen Gesichtspunkten zusätzlich zu prüfen gewesen wäre und vom Bezirksgericht ausser Acht gelassen wurde. Weiter bringen die Kläger vor, die Frage nach einem «edlen Gönner» und die Äusserungen über die «Hintergründe der Transaktion», die «im Dunkeln» geblieben seien, müssten als Herabsetzung qualifiziert werden. Damit wiederholen sie nach Ansicht des Obergerichts bloss die Vorbringungen vor Bezirksgericht, ohne die vorinstanzlichen Begründungen einer substanziierten Kritik zu unterziehen. Zudem sei in der «Weltwoche» vom 19. Januar 2012 eingeräumt worden, dass Tito Tettamanti die Kredite von Roger Köppel abgesichert hatte. Vor diesem Hintergrund lasse sich die im «NZZ»-Artikel behauptete Intransparenz der Besitzverhältnisse und Existenz einer Gewährsperson nicht mehr als Unwahrheit hinstellen. Aus diesem Grund kommt das Obergericht zum Ergebnis, dass die Klage in lauterkeitsrechtlicher Hinsicht mangels unwahr und damit herabsetzender Äusserungen ins Leere läuft.

Die Kläger bemängeln weiter, das Bezirksgericht sei «ohne jegliche Auseinandersetzungen mit den (...) notwendigen Rechtfertigungsgründen» zum Schluss gekommen, es liege keine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung vor, da Roger Köppel die in den Medien kursierenden Übernahmewerte für die Weltwoche AG nie entkräftet habe. Das Obergericht ist hingegen der Ansicht, das Bezirksgericht sei in sorgfältiger Würdigung der Akten und unter Heranziehung von Empfehlungen des Presserates zum Ergebnis gelangt, dass vorliegend aufgrund der Umstände der Transaktion und der Verlautbarungen von Roger Köppel unklare Verhältnisse herrschen würden, die aufgrund der Funktion der Medien und medialen Beeinflussungsmöglichkeiten öffentlich thematisiert werden durften. Weiter führt das Obergericht aus, die Kläger hätten nicht aufgezeigt, welche anderen Rechtfertigungsgründe das Bezirksgericht unberücksichtigt liess. Sie würden einzig darauf hinweisen, das Bezirksgericht lasse unklar, was sie hätten vorkehren können, um dem Vorwurf der Intransparenz zu entgehen. Das Obergericht schreibt dazu, es sei nicht Aufgabe des Bezirksgerichts, den Klägern aufzuzeigen, wie sich Gerüchte und Spekulationen über fehlende Transparenz allenfalls hätten beseitigen lassen. Ohnehin hätten die Kläger wiederholt mit Stillschweige-

abkommen argumentiert. Selbstredend genüge die Berufung auf (unbekannte) Stillschweigevereinbarungen nicht, um dem Vorwurf der Intransparenz zu entgehen oder überwiegende private Interessen geltend zu machen. Ansonsten wäre es ein leichtes Spiel, Forderungen nach Transparenz und unliebsamen Diskussionen aus dem Weg zu gehen. Somit kam das Obergericht auch in diesem Punkt zum Schluss, dass die Berufung unbegründet ist.

Schliesslich machen die Kläger verschiedene unrichtige Ausübungen des Ermessens durch das Bezirksgericht geltend. Das Obergericht erachtet auch diese Rügen als ungenügend substantiiert. Es kommt deshalb zum Schluss, dass die Berufung insgesamt unbegründet ist, und weist sie ab.

---

**Anmerkungen** Dem Urteil ist grundsätzlich zuzustimmen. Das Zürcher Obergericht folgt implizit der neuerdings mehrfach bekräftigten Formel des Bundesgerichts, wonach als scharfer Kritiker «rechtmässig handelt, wer ein Interesse nachweisen kann, das dem grundsätzlich schutzwürdigen Interesse des Verletzten mindestens gleichwertig ist». Das Gericht wäge die Interessen gegeneinander ab und prüfe Ziel und Mittel des Verletzers, wobei auch die Pressefreiheit und die Meinungsäusserungsfreiheit zu berücksichtigen seien. Kritik dürfe nicht so streng beurteilt werden, dass der Kritiker sich nicht mehr getraue, selbst begründete Kritik vorzutragen (BGE 5A\_489/2012, «Tierschützer»). Erfreulicherweise stütze das Obergericht die Auffassung der ersten Instanz, «dass aufgrund der überragenden Bedeutung der Medien die Frage nach der Einflussnahme im Sinne des öffentlichen Interesses gestellt werden darf». Wenn Kläger Köppel wiederholt mit Stillschweigeabkommen zum Vertragsinhalt Köppel/Tettamanti über den Kauf der «Weltwoche» argumentiert habe, wecke eben gerade der verschwiegene Inhalt Misstrauen. Offenbar Pech hatte Köppel, dass die «Weltwoche» selber fast zwei Jahre nach dem «NZZ»-Artikel – aber noch vor dem erstinstanzlichen Urteil – die Medienkolumne eines regelmässigen Autors publizierte, wonach Verkäufer Tettamanti die Kredite von Köppel eben doch abgesichert habe. Köppel hatte das früher zwar bestritten, aber er musste sich natürlich den späteren Text in der von ihm straff geleiteten «Weltwoche» anrechnen lassen. Ein rein hausinterner Tadel an die Adresse des Kolumnisten, den Köppel ausgesprochen haben will, änderte nichts daran. – Bei Presseberichten, die Betroffene wegen Persönlichkeitsverletzung und Schädigung des geschäftlichen Rufs einklagen, «steht der kumulativen Anwendung von Art. 28 ZGB und Art. 3a UWG nichts entgegen», betonte das Zürcher Obergericht. Beide Gesetzesartikel gehen von «weitgehend identischen Tatbestandsvoraussetzungen aus» (BaslerKomm/Meili, Art. 28 ZGB, N 29; Stämpflis Handkomm/Spitz, Art. 3a UWG, N 12 und 42). Beide «bezwecken den Schutz vor unwarhen/irreführenden Herabsetzungen». Zudem sei der «NZZ»-Text «in keiner Weise reisserisch geschrieben gewesen». Köppel gelang es also nicht, die beiden Zürcher Gerichtsstufen von einer rechtswidrigen Herabsetzung zu überzeugen. – Nur in einem Nebenpunkt enttäuscht mich der sorgfältig begründete Obergerichtsentscheid. Köppel hatte sich darüber beschwert, dass Stadler, Doyen der schweizerischen Medienkritik, ihn vor der Publikation der umstrittenen Kolumne zu den Punkten «edler Gönner» und «im Dunkel gebliebene Hintergründe» nicht angefragt habe. In der

Tat verlangt der Schweizer Presserat in ständiger Praxis, dass der kritische Journalist den Betroffenen vor der Publikation «schwerer Vorwürfe» mit diesen konfrontiere und das Gesagte knapp in den Artikel einbaue. Das Zürcher Obergericht hat das Ausbleiben solcher Befragung früher in einem besonders krassen Fall (Urteil «Melkmeister» gegen «SonntagsBlick», Medialex 2005, 53) als Sorgfaltsverletzung gerügt. Diesmal fand es ohne nähere Begründung, die Unterlassung mache einen Artikel «nicht per se rechtswidrig». Das ermutigt Journalisten hoffentlich nicht, das medienethische Angebot künftig zu relativieren!

Dr. iur. Peter Studer, Rüschiikon

---

13-182

### Gegendarstellung: Kostenbeschwerde abgewiesen

---

Gegendarstellung; Prozesskosten

Art. 110 ZPO

---

Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 11. März 2013 (PF130001-O/U)

Da die vom Bezirksgericht festgelegten Prozesskosten für ein Gegendarstellungsverfahren zwar hoch waren, aber immer noch innerhalb des Gebührenrahmens lagen, wies das Obergericht eine Kostenbeschwerde ab.

Mit Urteil vom 7. Januar 2013 des Bezirksgerichts Dielsdorf wurde die A. AG verpflichtet, eine Gegendarstellung im Sportteil ihrer Zeitung zu veröffentlichen. Die Entscheidungsgebühr von Fr. 5000.– wurde der A. AG auferlegt. Zudem wurde sie verpflichtet, dem Kläger B. eine Parteientschädigung von Fr. 7500.– zu bezahlen. Die A. AG erhob daraufhin Kostenbeschwerde (Art. 110 ZPO) ans Obergericht des Kantons Zürich und beantragte, die Gerichtsgebühr sei auf maximal Fr. 3000.– und die Parteientschädigung auf maximal Fr. 4000.– festzusetzen.

Das Obergericht hält zuerst fest, dass die A. AG keine Überprüfung der Kostenaufgabe, sondern explizit nur die Herabsetzung der Prozesskosten beantragt habe. Weiter führt es aus, es sei der A. AG zuzustimmen, dass sich sowohl die Gerichtsgebühr als auch die Parteientschädigung mit Blick auf das tatsächliche Streitinteresse, den Zeitaufwand des Gerichts und der Anwälte sowie die Schwierigkeit des Falles am obersten Rand des für dieses Verfahren Angezeigten befinden. Allerdings würden die Beträge immer noch klar innerhalb des vorgesehenen Gebührenrahmens liegen. Das Obergericht kam angesichts dessen, dass sich die Rechtsmittelinstanz bei der Angemessenheitskontrolle eine gewisse Zurückhaltung aufzulegen hat und die angefochtenen Beträge zwar hoch, aber noch vertretbar sind, zum Schluss, dass ein Eingriff in das Ermessen des Bezirksgerichts bei der Festlegung der Prozesskosten nicht angezeigt sei. Es wies die Beschwerde deshalb ab.

## 5. Urheberrecht – Droit d'auteur

### 5.2 Verwertungsrecht – Gestion des œuvres

13-183

#### Bundesverwaltungsgericht bestätigt Genehmigung des GT S 2011–2013

Angemessenheit des Tarifs; Beweisführungslast; Dreiprozentregel; Leistungsschutzrechte; Regelhöchstsätze; Werbekostenabzug

Art. 15, 16 WPPT; Art. 60 Abs. 2 URG

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. Juli 2013  
(B-2612/2011)

Die ESchK genehmigte den GT S 2011–2013 mit Ausnahme einer Bestimmung, die einen Zuschlag von 50% für Sender mit Werbeeinnahmen vorsah. Die Swissperform führte gegen diesen Beschluss Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Das Bundesverwaltungsgericht kommt zwar zum Schluss, dass die ESchK Art. 60 Abs. 2 URG zu Unrecht im Sinne von fixen Höchstsätzen angewendet hat. Der Swissperform sei es aber nicht gelungen, die Unangemessenheit der genehmigten Regelung glaubhaft zu machen, weshalb es die Beschwerde trotzdem abweist.

Die Swissperform und die Suisa beantragten bei der ESchK die Genehmigung eines neuen «Gemeinsamen Tarifs S Sender» (GT S 2011–2013). Der neue Tarif soll auch die Leistungsschutzrechte entschädigen. Die Tarifvergütungen werden in Prozenten der Einnahmen des Senders berechnet. Von diesen Einnahmen kann gemäss Ziffer 9 des Tarifs folgender «Werbekostenabzug» geltend gemacht werden:

«Von den Einnahmen aus Aufträgen für Werbung, Sponsoring, Mitteilungen und Anzeigen können die effektiven Kosten für das Einholen dieser Aufträge abgezogen werden – höchstens jedoch 40% der von den Auftraggebern bezahlten Beträge.»

Dafür werden Werbeeinnahmen des Senders als Einnahmen angerechnet. Sender mit Werbeeinnahmen sollen gemäss Ziffer 7.2 des GT S 2011–2013 für die Leistungsschutzrechte zudem 50% höhere Vergütungen bezahlen. Die Swissperform und die Suisa führen als Begründung dafür an, die schweizerischen Vergütungsansätze bei werbefinanzierten Sendern seien im Vergleich zum Ausland zu tief. Bei Radios mit Werbeeinnahmen würden besondere Verhältnisse gelten. Durch die «Musikfarbe» des Programms werde eine spezifische Hörerbindung erreicht. Diese Hörerbindung werde auf dem Werbemarkt gezielt genutzt, womit Musik werbefinanzierter Sender von unmittelbar wirtschaftlicher Bedeutung sei und eine höhere Beteiligung der Inhaber von Leistungsschutzrechten rechtfertige. Mit Beschluss vom 4. November 2010 genehmigte die ESchK den GT S 2011–2013 mit Ausnahme von Ziffer 7.2 und kleinen Änderungen. Sie begründete diesen Entscheid damit, dass der Zuschlag von 50% auf den Leistungsschutzrechten nicht gerechtfertigt

sei. Der im Tarif vorgesehene Abzug von maximal 40% für Werbeakquisitionskosten dürfe nicht einseitig für die Leistungsschutzrechte durch einen Zuschlag kompensiert werden. Damit würde ein Überschreiten der Dreiprozentregel von Art. 60 Abs. 2 URG in Kauf genommen. Die Swissperform erhob deshalb Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragte, im GT S 2011–2013 sei für das Jahr 2011 ein Zuschlag von 10%, für das Jahr 2012 ein Zuschlag von 20% und für das Jahr 2013 ein Zuschlag von 30% auf den Leistungsschutzrechten vorzusehen.

In formeller Hinsicht hat das Bundesverwaltungsgericht sich unter anderem zur Frage zu äussern, wem die Beweisführungslast für die Angemessenheit des Tarifs obliegt. Die Swissperform hat gerügt, es sei völkerrechtswidrig, wenn von ihr ein Nachweis für die Unangemessenheit der Dreiprozentregel von Art. 60 Abs. 2 URG verlangt werde. Das Bundesverwaltungsgericht führt dazu aus: «Im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung. (...) Im Tarifgenehmigungs- und anschliessenden Beschwerdeverfahren bestehe eine erhöhte Mitwirkungspflicht der Verfahrensbeteiligten, die über die erforderlichen Zahlen und Statistiken verfügen. Sind sie mit dem Entscheid der Vorinstanz nicht einverstanden, haben sie substantiiert auszuführen und zu belegen, von welchen Fakten die Gestaltung des Tarifs stattdessen ausgehen muss. (...) Insbesondere bei Ansätzen, die über die gesetzlich festgelegten Regelsätze hinausgehen, obliegt den Verwertungsgesellschaften der Nachweis der Tatsachen, welche die Beurteilung der Angemessenheit ermöglichen.» Zur konkreten Rüge erwog das Bundesverwaltungsgericht, dass auch die ESchK die Beweise frei zu würdigen habe und eine vorgängige Beweisanordnung deshalb nicht statthaft wäre. Entgegen der Ansicht von Swissperform könne ihre Beweisführungslast nicht durch vorweggenommene Beweisregeln antizipiert oder auf die ESchK verschoben werden, weshalb sich die Rüge als unbegründet erweise.

In materieller Hinsicht kritisierte Swissperform, die ESchK habe zu Unrecht angenommen, dass die Dreiprozentregel von Art. 60 Abs. 2 URG nur im Ausnahmefall überschritten werden dürfe und das Verhältnis zwischen Urheber- und Leistungsschutzrechten in jedem Fall 10:3 betragen müsse. Das Bundesverwaltungsgericht beruft sich in seinen Ausführungen auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts. Das Bundesgericht geht davon aus, dass es sich bei den in Art. 60 Abs. 1 und 2 URG genannten Kriterien um verbindliche Vorgaben für die ESchK handelt, die jedoch zum Teil sehr offen formuliert seien und bei ihrer Anwendung und Gewichtung einen grossen Beurteilungsspielraum liessen. Aus dieser Rechtsprechung des Bundesgerichts folgert das Bundesverwaltungsgericht, dass die ESchK somit nicht frei sei, die Regelhöchstsätze entgegen dem Wortlaut des Gesetzestextes als unüberwindliche Obergrenzen für die Leistungsschutzrechte auszulegen. Aufgrund des Vorbehalts der angemessenen Entschädigung dürften die in Art. 60 Abs. 2 URG genannten Ansätze folglich auch im Regelfall überschritten werden, wenn sie so tief sind, dass sie als unangemessen erscheinen. Der Swissperform sei somit zuzustimmen, dass die Ansätze von Art. 60 Abs. 2 URG keine Höchstwerte darstellen, die nur in einzelnen Ausnahmefällen überschritten werden können. Damit sei auch widerlegt, so das Bundesverwaltungsgericht weiter, dass die urheberrechtlichen und leis-

tungsschutzrechtlichen Vergütungen in einem festen Verhältnis von 10:3 stehen müssten, wie dies die ESchK annehme. Eine solche Annahme würde den Grundsatz des angemessenen Entgelts verletzen, weil die einzelnen Angemessenheitskriterien unter Umständen eine unterschiedliche Zumessung bei den Urheber- und Leistungsschutzrechten erfordern. Demzufolge dürfen die Inhaber von Leistungsschutzrechten auch von den Urhebern abweichende Tarifvorstellungen erbringen. Weiter führte das Bundesverwaltungsgericht aus, die Verbindlichkeit der Vorbehalte von Art. 60 Abs. 2 URG verpflichte die ESchK, hohe Tarifvergütungen zu genehmigen, wenn sie sie in Würdigung der ihr vorliegenden Tatsachen und mit Blick auf den hypothetischen oder realen Marktwert der fraglichen Leistung als angemessen betrachtet. Die Swissperform erachtete weiter die Regelhöchstsätze von Art. 60 Abs. 2 URG als unvereinbar mit Art. 15 Abs. 1 und Art. 16 WPPT. Zur Vereinbarkeit mit Art. 15 WPPT vertritt das Bundesverwaltungsgericht die Ansicht, dass Art. 60 Abs. 2 URG keine über Art. 15 WPPT hinausgehenden Vorschriften zur Angemessenheit enthält, sondern diese konkretisiert. Er sei deshalb mit dem Konventionsrecht vereinbar. Art. 16 WPPT richte sich primär an den Gesetzgeber und sei somit nicht direkt anwendbar. Art. 60 Abs. 2 URG enthalte keine starren Höchstwerte für die Entschädigung, sondern Regelhöchstwerte, die durch den Zusatz «in der Regel» sowie den Vorbehalt des angemessenen Entgelts relativiert würden. Es ist deshalb nach Meinung des Bundesverwaltungsgerichts ohne Weiteres möglich, Art. 60 Abs. 2 URG konventionskonform auszulegen. Das Bundesverwaltungsgericht kam deshalb zum Zwischenergebnis, dass Art. 60 Abs. 2 URG konventionskonform ausgelegt werden kann und der Genehmigung des Tarifs mit Vergütungen, die angemessen sind und 3% bzw. 10% übersteigen, nicht entgegensteht.

Weiter erachtete die Swissperform die Höhe der Entschädigung des strittigen Tarifs als unangemessen tief. Das Bundesverwaltungsgericht führte zu diesen Vorbringungen der Swissperform Folgendes aus: «Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass weder aufgrund der im Tarifgenehmigungsverfahren noch der im Beschwerdeverfahren vorgelegten Belege glaubhaft gemacht worden ist, dass der bestehende Wortlaut des strittigen Tarifs unangemessen sei. Auch die Nachweise zum Stellenwert der Musik in Privatradios sind nicht geeignet, insbesondere aufgrund der im GT S bereits vorgesehenen Berücksichtigung des Anteils gespielter Musik, die Unangemessenheit der Entschädigung für Leistungsschutzrechte glaubhaft zu machen. Ein aussagekräftiger Vergleich mit dem hypothetischen Marktwert der strittigen Beiträge kann aufgrund der vorliegenden Unterlagen nicht gemacht werden; sämtliche Stellungnahmen vermögen nicht aufzuzeigen, dass bei individueller Verwertung der Rechte auf dem Schweizer Markt mehr Einkommen für Interpreten erzielt würde.»

Das Bundesverwaltungsgericht kommt deshalb Schluss, auch wenn die ESchK Art. 60 Abs. 2 URG zu Unrecht im Sinne von fixen Höchstsätzen angewendet habe, sei es der Swissperform nicht gelungen, die Unangemessenheit der bestehenden Regelung glaubhaft zu machen. Auch in Würdigung der Gutachten sowie der nachträglich eingereichten Belege würden keine hinreichenden Beweismittel zur Marktsituation in der Schweiz vorliegen. Es weist die Beschwerde deshalb ab und bestätigte den Beschluss der ESchK vom 4. November 2010.

## 8. Ethik/Selbstregulierung – Ethique/autorégulation

### 8.1 Ethik des Journalismus – Ethique du journalisme

13-184

#### Nichteintreten weil Beschwerde offensichtlich unbegründet

Berichtigung; Unterschlagung von wichtigen Informationen

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

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom  
14. Juni 2013 (31/2013; X. c. «Limmattaler Zeitung»)

Der Presserat tritt nicht auf eine Beschwerde ein, weil nur kleine Ungenauigkeiten in einem Zeitungsartikel beanstandet wurden.

13-185

#### Presserat tritt auf offensichtlich unbegründete Beschwerde nicht ein

Anhörung bei schweren Vorwürfen; Namensnennung

Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement; Richtlinie 3.8, 7.2 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom  
14. Juni 2013 (32/2013; X. c. «Tages-Anzeiger»/«Der Bund»)

Der Presserat trat auf eine Beschwerde gegen eine Kolumne nicht ein, weil die in der Kolumne geäußerten Vorwürfe nicht schwer waren und die kritisierte Person in Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit auch öffentlich in Erscheinung tritt.



13-186

**Nichteintreten wegen laufenden Gerichtsverfahrens**

Presserats- und Gerichtsverfahren

Art. 10 Abs. 2 Geschäftsreglement; Ziffern 1, 2, 3, 4, 5, 7 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 14. Juni 2013 (33/2013; X. c. «Blick»/«Blick Online»)

Da bereits ein Gerichtsverfahren in der gleichen Sache hängig war und sich keine Grundsatzfragen stellten, trat der Presserat auf eine Beschwerde nicht ein.

13-187

**Nichteintreten weil Beschwerde offensichtlich unbegründet**

Bearbeitung von Leserbriefen

Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement; Ziffer 3 der «Erklärung»; Richtlinie 5.2 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 14. Juni 2013 (34/2013; X. c. «Idea-Spektrum»)

Da ein Leserbrief geschickt und fair gekürzt wurde, trat der Presserat auf eine gegen die Kürzung erhobene Beschwerde nicht ein.

13-188

**Nichteintreten weil Beschwerde offensichtlich unbegründet**

Diskriminierung; Kommentarfreiheit; Wahrheits- und Berichtigungspflicht

Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement; Ziffern 1, 2, 3, 5, 8 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 14. Juni 2013 (35/2013; Botschaft der Republik Iran c. «Basler Zeitung»)

Die pauschalen und ohne Begründung vorgebrachten Beanstandungen der iranischen Botschaft, die «Basler Zeitung» berichte unausgewogen und iranfeindlich, liessen den Presserat auf die Beschwerde nicht eintreten.

13-189

**Beschwerde gegen falschen Titel gutgeheissen**

Diskriminierung; Wahrheits- und Berichtigungspflicht

Ziffern 1, 3, 5, 8 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 21. Juni 2013 (36/2013; Widmer/Schweizerische Flüchtlingshilfe/Meyer/Rasmussen c. «Blick am Abend»)

«Blick am Abend» hat eingestanden, dass der veröffentlichte Titel «60% der Asylbewerber sind HIV-positiv» unzutreffend war, weshalb der Presserat eine dagegen erhobene Beschwerde guthiess.

13-190

**Beschwerde gegen Artikel über Crowdfunding abgewiesen**

Berichtigung; Entstellung von Informationen; sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigungen

Ziffern 3, 5, 7 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 12. Juli 2013 (37/2013; X. c. «SonntagsZeitung»)

Aussage, dass Fotobuch «mit Sensationen spiele», ist im Rahmen der Kommentarfreiheit.

13-191

**Beschwerde gegen identifizierende Berichterstattung gutgeheissen**

Identifizierung

Ziffer 7 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 12. Juli 2013 (38/2013; X. c. «Neue Nidwaldner Zeitung»)

Die Nennung von zwei Restaurants, in denen ein wegen Sozialhilfemissbrauch Verurteilter gearbeitet hat, war unverhältnismässig.

13-192

**Beschwerde gegen «K-Tipp»-Artikel  
abgewiesen**Berichtigungspflicht; Fairness; Lauterkeit der Recherche;  
Wahrheitspflicht

Ziffern 1, 4, 5 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 12. Juli 2013  
(39/2013; X. GmbH c. «K-Tipp»)

Eine Namensverwechslung wurde korrekt berichtigt, weshalb der Presserat eine dahin gehende Beschwerde abwies.

13-193

**Beschwerde wegen falscher Bildunterschrift  
abgewiesen**

Berichtigungspflicht; Wahrheitspflicht

Ziffern 1, 5 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom  
9. August 2013 (40/2013; Verein gegen Tierfabriken  
Schweiz c. «NZZ am Sonntag»)

Eine falsche Bildunterschrift beurteilte der Presserat nicht als Verstoß gegen die Erklärung, da die «NZZ am Sonntag» den Fehler mit der danebenstehenden Tabelle indirekt korrigiert hat.

13-194

**Strafverfahren gegen Spitalapothekerin:  
Beschwerde gegen Artikel abgewiesen**Anhörung bei schweren Vorwürfen; Berichtigungspflicht;  
Entstellung von Informationen; «Recht auf Vergessen»; sachlich  
nicht gerechtfertigte Anschuldigungen; Unschuldsvermutung;  
Wahrheitspflicht

Ziffern 1, 2, 3, 5, 7 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom  
9. August 2013 (41/2013; X. c. «Beobachter»)

Da der «Beobachter» ein Bundesgerichtsurteil wahrheitsgemäß wiedergab, verletzte er weder die Wahrheits- noch die Anhörungspflicht.

13-195

**Rapporter un témoignage, même contesté,  
de façon objective n'est pas contraire à  
la «Déclaration»**Audition lors de reproches graves; distinction entre l'information  
et les appréciations; traitement des sources

Chiffres 1, 2, 3, 4, 5, 6 de la «Déclaration»

Prise de position du Conseil suisse de la presse  
du 28 juin 2013 (42/2013; L'Aéroport de Genève  
c. «20 minutes»)

«20 Minutes» en ligne a publié un article intitulé: «Un passager voyage avec ses munitions de tir». Le sous-titre affirme: «Oublié par une employée de la sécurité de l'aéroport, un voyageur dit s'être retrouvé avec une dizaine de balles de fusil et de pistolet dans la cabine.»

Il est de la liberté du journaliste de choisir les informations qu'il publie, pour autant qu'il ne dénature pas les faits. En l'occurrence, «20 minutes» a fait état des doutes du porte-parole de l'aéroport de façon résumée mais correcte.

Le journaliste se contente de rapporter un témoignage et les réactions qu'il suscite, sans prendre position contre le plaignant, distinguant ainsi l'information du commentaire.

Contrairement à ce que soutient le plaignant, le Conseil de la presse ne voit pas en quoi «20 minutes» aurait mis en danger l'auteur du témoignage en citant son prénom (avec son accord) et en précisant les données du vol. Il rejette la plainte dans son intégralité.

13-196

**Artikel über Strafanzeige gegen Mario Fehr:  
Beschwerde gutgeheissen**Berichtigung; Entstellung von Informationen; Lauterkeit der  
Recherche; Privatsphäre; Wahrheit

Ziffern 1, 3, 4, 5, 7 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom  
23. August 2013 (43/2013; X. c. «Tages-Anzeiger»/  
«Blick am Abend»)

Indem der «Tages-Anzeiger» schrieb, Mario Fehr sei «von der Piratenpartei» angezeigt worden, verstieß er in zweierlei Hinsicht gegen die Wahrheitspflicht. Mario Fehr wurde von X. angezeigt, der zu diesem Zeitpunkt nicht mehr Mitglied der Piratenpartei war.

13-197

**Artikel über Prozess gegen Kessler:  
Beschwerde gutgeheissen**

---

Berichtigung; Wahrheit

Ziffern 1, 5 der «Erklärung»

---

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom  
23. August 2013 (44/2013; Verein gegen Tierfabriken  
Schweiz c. «Basler Zeitung»)

Die «Basler Zeitung» berichtete unzutreffenderweise, gegen Erwin Kessler sei ein Urteil ergangen, das ihn zur Zahlung einer Busse von Fr. 6000.– verpflichtete.

13-198

**Nichteintreten auf Beschwerde**

---

Berichtigung; Wahrheit

Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement

---

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom  
23. August 2013 (45/2013; X. c. «Tages-Anzeiger»)

Eine gegen den Artikel «Ein Pfänderli Apartheid» erhobene Beschwerde war offensichtlich unbegründet.

13-199

**Nichteintreten auf Beschwerde**

---

Diskriminierung; Menschenwürde

Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement

---

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom  
23. August 2013 (46/2013; X. c. «Blick»)

Auf eine Beschwerde gegen die «nackten Seite-1-Girls» im «Blick» trat der Presserat nicht ein, da diese offensichtlich unbegründet war.

## Bücher/Livres

**Auberson Géraldine**, Personnalités publiques et vie privée: étude de droit privé suisse à la lumière du droit américain, Genève 2013.

**Böttcher Horst**, Die urheberrechtliche Erschöpfung und ihre Bedeutung im digitalen Umfeld, Bern 2013.

**Gelke Erik**, Mashups im Urheberrecht, Baden-Baden 2013.

**Oswald-Brügel Hannes**, Mediale Selbstdarstellung als persönliche geistige Schöpfung, Baden-Baden 2013.

**Schmohl Denise**, Der Schutz des Redaktionsgeheimnisses in der Schweiz: eine strafrechtliche Betrachtung unter Berücksichtigung der europäischen und verfassungsrechtlichen Grundlagen, Zürich 2013.

**Seiler Zoé**, Cinéma: droit d'auteur et droit du travail: étude de droit comparé, Genève 2012.

**Studer Peter**, Medienrecht der Schweiz, Zürich 2013.

## Aufsätze/Études

**Aebi-Müller Regina E.**, Aktuelle Entwicklungen im Persönlichkeitsschutz, in: Fellmann/Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2013: Beiträge zur Tagung vom 5. Juni 2013 in Luzern, Zürich 2013, S. 43–68.

**Baumgartner Tobias/Weber Rolf H.**, Kommunikation und Medien, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU, Überblick und Kommentar 2012/13, Zürich/St. Gallen 2013.

**Rehbinder Manfred**, Die Aufgaben der Anwaltschaft in der Mediengesellschaft, in: Kriminologie, Kriminalpolitik und Strafrecht aus internationaler Perspektive: Festschrift für Martin Killias zum 65. Geburtstag, Bern 2013, S. 1071–1077.

**Zeller Franz**, Kommentar zu Art. 28 und Art. 28a StGB (Strafbarkeit der Medien/Quellenschutz), in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht, 3. Auflage, Basel 2013, 539–620.

**Zeller Franz**, Kommentar zu Art. 322 und 322<sup>bis</sup> StGB (Verletzung der Auskunftspflicht der Medien / Nichtverhinderung einer strafbaren Veröffentlichung), in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht, 3. Auflage, Basel 2013, 2834–2847.

**Zeller Franz/Stämpfli Michael**, Marktzugangsvorschriften, Medienkonzentrationsregeln, Wettbewerbsrecht und sonstige Ansätze zur Begrenzung von Marktmacht in der Schweiz, in: Nikoltchev Susanne (Hrsg.), IRIS Spezial: Konvergierte Märkte – konvergierte Macht? Regulierung und Fallrecht, Strassburg 2012, S. 39–49.

## Zeitschriften/Revues

**Baeriswyl Bruno et al.**, Bilddaten, in: Digma, Zürich 2/2013, S. 45–80.

**Baggi Marcello/Cottier Bertil**, La nuova Legge sull'informazione e sulla trasparenza dello Stato, in: Rivista ticinese di diritto, Bellinzona 1/2013, p. 375–416.

**Caspar Johannes**, Soziale Netzwerke und Einwilligung der Nutzer, in: Digma, Zürich 2/2013, S. 60–65.

**Graber Christoph Beat**, Collective Rights Management, Competition, Policy and Cultural Diversity: EU Lawmaking at a Crossroads, The WIPO Journal, Vol. 4, 1/2012, pp. 35–43.

**Hansjakob Thomas**, Wichtige Entwicklungen der Bundesgerichtspraxis zu Überwachungen des Post- und Fernmeldeverkehrs: Bemerkungen zu den Bundesgerichtsentscheiden 138 IV 232 vom 6. 11. 2012 und 1B\_481/2012 vom 22. 1. 2013, Forum poenale 6/2013, S. 173–177.

**Hochreutener Inge**, Collage: Inspiration versus Plagiat? – von der künstlerischen Freiheit in der bildenden Kunst: die freie Benutzung: ein juristischer Fallstrick im Bereich einer vermeintlichen künstlerischen Freiheit, in: Jusletter, 2. 9. 2013.

**Métille Sylvain**, L'informatique en nuage au sein d'une étude d'avocats, in: Plaidoyer, Lausanne 5/2013, pp. 39–43.

**Piotet Denis**, Législation et signature électronique: la dernière teneur de l'Ordonnance sur le registre du commerce (ORC) continue à violer la loi, GesKR 2/2013, pp. 255–257.

**Schwaibold Erich Karl Matthias**, Eine versehentliche Reform: Massnahmen gegen periodische Medien gemäss Art. 266 ZPO, in: Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht, Basel 4/2013, S. 355–362.

**Weber Rolf/Volz Stephanie**, MEDIA-Abkommen: Zukunftsperspektiven: Zusammenarbeit zwischen der Schweiz und Europa im Filmbereich: Erkenntnisse und Aussichten, in: Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht, Bern 2012/2013, S. 317–334.

**Zeller Franz**, Das eigene Bild und sein begrenzter Schutz, in: Digma, Zürich 2/2013, S. 50–53.