

LE JUGEMENT

DAS URTEIL

Verbot religiöser Radiowerbung respektiert Menschenrechte

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (3. Kammer) vom
10.7.2003 «Murphy c. Irland» (Beschwerde N° 44179/98)

Das Verbot religiöser Werbung an Radio und Fernsehen in Irland bedeutet eine zulässige Einschränkung der Meinungsfreiheit (Art. 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention, EMRK). Es dient den legitimen Zielen, die öffentliche Ordnung und Sicherheit aufrecht zu erhalten sowie die Rechte und Freiheiten anderer zu schützen. Es respektiert auch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit.

L'interdiction en Irlande de la publicité religieuse constitue une limitation admissible de la liberté d'opinion (art. 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, CEDH). Elle poursuit des buts légitimes, soit le maintien de l'ordre et de la sécurité publics, ainsi que la protection des droits et des libertés d'autrui. Cette interdiction respecte aussi le principe de la proportionnalité.

Sachverhalt (Zusammenfassung):

1995 wollte die christliche Glaubensgemeinschaft «Irish Faith Centre» durch einen kommerziellen Lokalradioveranstalter einen Werbespot für die öffentliche Vorführung eines Videos ausstrahlen lassen. Der Text des geplanten Spots lautete: «What think ye of Christ? Would you, like Peter, only say that he is the son of the living God? Have you ever exposed yourself to the historical facts about Christ? The Irish Faith Centre are presenting for Easter week an hour long video by Dr Jean Scott Phd on the evidence of the resurrection from Monday 10th - Saturday 15th April every night at 8.30 and Easter Sunday at 11.30am and also live by satellite at 7.30pm.» Der Radioveranstalter war zwar zur Ausstrahlung bereit, doch die «Independent Radio and Television Commission (IRTC)» stoppte den Werbespot. Sie stützte sich auf das sämtliche irischen Rundfunkveranstalter bindende Verbot religiöser Werbung in Artikel 10 Absatz 3 des Radio- und Fernsehgesetzes 1988: «No advertisement shall be broadcast which is directed towards any religious or political end or which has any relation to an industrial dispute.»

Die irische Justiz verneinte, dass diese Norm und ihre Anwendung durch die Kommission die Menschenrechte missachtete. Der für die Glaubensgemeinschaft tätige Pfarrer Roy Murphy beschwerte sich in Strassburg wegen einer Verletzung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) und der religiösen Freiheit (Art. 9 EMRK).

Aus den Erwägungen:

Der Gerichtshof prüfte die Angelegenheit unter dem Blickwinkel von Artikel 10 EMRK. Er verwarf zunächst den Ein-

wand der irischen Regierung, dass die verhinderte Ausstrahlung des Spots die Meinungsfreiheit gar nicht tangiere (Ziff. 60f. der Urteilsbegründung). Der EGMR kam einstimmig zum Schluss, dass der Eingriff in die Meinungsfreiheit zulässig ist. Das Verbot war gesetzlich vorgesehen und diente den legitimen Zielen, die öffentliche Ordnung und Sicherheit aufrecht zu erhalten sowie die Rechte und Freiheiten anderer zu schützen (Ziff. 63f.). Der Gerichtshof bejahte auch, dass der Eingriff in einer demokratischen Gesellschaft notwendig war (Ziff. 65 – 82) und umriss zunächst die allgemeinen Grundsätze für die Prüfung solcher Fälle.

«66. No restriction on freedom of expression, whether in the context of religious beliefs or in any other, can be compatible with Article 10 unless it satisfies, inter alia, the test of necessity as required by the second paragraph of that Article. In examining whether restrictions to the rights and freedoms guaranteed by the Convention can be considered «necessary in a democratic society» the Court has, however, consistently held that the Contracting States enjoy a certain but not unlimited margin of appreciation (the above-cited Wingrove judgment, § 53).

67. In this latter respect, there is little scope under Article 10 § 2 of the Convention for restrictions on political speech or on debate of questions of public interest (see, mutatis mutandis, among many other authorities, Lingens v. Austria, judgment of 8 July 1986, Series A no. 103, § 42; Castells v. Spain, judgment of 23 April 1992, Series A no. 236, § 43; and Thorgeir Thorgeirson v. Iceland, judgment of 25 June 1992, Series A no. 239, § 63). However, a wider

margin of appreciation is generally available to the Contracting States when regulating freedom of expression in relation to matters liable to offend intimate personal convictions within the sphere of morals or, especially, religion. Moreover, as in the field of morals, and perhaps to an even greater degree, there is no uniform European conception of the requirements of «the protection of the rights of others» in relation to attacks on their religious convictions. What is likely to cause substantial offence to persons of a particular religious persuasion will vary significantly from time to time and from place to place, especially in an era characterised by an ever growing array of faiths and denominations. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements with regard to the rights of others as well as on the «necessity» of a «restriction» intended to protect from such material those whose deepest feelings and convictions would be seriously offended (the above-cited *Wingrove* judgment, at § 58).

The Court therefore observes that it is this margin of appreciation which distinguishes the present case from the above-cited case of *Vgt Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland*. In the latter case, the Court considered that the advertisement prohibited concerned a matter of public interest to which a reduced margin of appreciation applied.

68. It is for the European Court to give a final ruling on the restriction's compatibility with the Convention and it will do so by assessing in the circumstances of a particular case, *inter alia*, whether the interference corresponded to a «pressing social need» and whether it was «proportionate to the legitimate aim pursued». Indeed, such supervision can be considered to be all the more necessary given the rather open-ended notion of respect for the religious beliefs of others and the risks of excessive interferences with freedom of expression under the guise of action taken against allegedly offensive material. In this regard, the scope of the restriction in the legislation is especially important. The Court's task in this case is therefore to determine whether the reasons relied on by the national authorities to justify the measures interfering with the applicant's freedom of expression are «relevant and sufficient» for the purposes of Article 10 § 2 of the Convention (the above-cited *Wingrove* judgment, §§ 53 and 58-59).

69. Moreover, it is recalled that the potential impact of the medium of expression concerned is an important factor in the consideration of the proportionality of an interference. The Court has acknowledged that account must be taken of the fact that the audio-visual media have a more immediate and powerful effect than the print media (*Jersild v. Denmark*, judgment of 23 September 1994, Series A no. 298, § 31).»

Danach prüfte der Gerichtshof die Verhältnismässigkeit des Eingriffs im konkreten Fall. Aus folgenden Überlegungen bezeichnete er die irischen Argumente für das Verbot der religiösen Werbung als «highly relevant»:

«71. The main factor which the Government considered justified the impugned prohibition was the particular religious sensitivities in Irish society which they submitted were such that the broadcasting of any religious advertising could be considered offensive. (...)

72. The Court agrees that the concepts of pluralism, tolerance and broadmindedness on which any democratic society is based (the above-cited *Handyside* judgment, at § 49) mean that Article 10 does not, as such, envisage that an individual is to be protected from exposure to a religious view simply because it is not his or her own. However, the Court observes that it is not to be excluded that an expression, which is not on its face offensive, could have an offensive impact in certain circumstances. The question before the Court is therefore whether a prohibition of a certain type (advertising) of expression (religious) through a particular means (the broadcast media) can be justifiably prohibited in the particular circumstances of the case.

73. Turning therefore to the country-specific religious sensitivities relied on by the Government, the Court has noted that the Minister identified, during the debate on the introduction of section 20(4) of the 1960 Act, the potential impact on religious sensitivities as justifying prudence in the context of the broadcasting of religious advertising and he drew a distinction between advertising time which was purchased and programming (paragraph 22 above). Section 20(4) was then applied to independent broadcasters through section 10(3) of the 1988 Act, the provision at issue in the present case. The Court has noted that, during the detailed debate on a proposed dilution of section 10(3) in April 1999, the Minister emphasised at some length the extreme sensitivity of the question of broadcasting of religious advertising in Ireland and the consequent necessity to proceed towards any proposed amendment of section 10(3) with care and on the basis of a full consideration of the issues and options (paragraphs 27-28 above).

Moreover, the domestic courts found that the Government were entitled to be prudent in this context. In particular, the High Court considered relevant the fact that religion had been a divisive issue in Northern Ireland. It further considered that Irish people with religious beliefs tended to belong to a particular church so that religious advertising from a different church might be considered offensive and open to the interpretation of proselytism. Indeed, the High Court pointed out that it was the very fact that an advertisement was directed towards a religious end which might have been potentially offensive to the public. The Supreme Court also emphasised that the three subjects highlighted by section 10(3) of the 1988 Act concerned subjects which

had proven «extremely divisive in Irish society in the past» and it also agreed that the Government had been entitled to take the view that Irish citizens would resent having advertisements touching on these topics broadcast into their homes and that such advertisements could lead to unrest.

74. The Court has also observed that the impugned provision was designed to correspond, and was indeed limited, to these particular concerns and that the bounds of the prohibition are an important consideration in the assessment of its proportionality (see paragraph 68 above). The prohibition concerned only the audio-visual media. The State was, in the Court's view, entitled to be particularly wary of the potential for offence in the broadcasting context, such media being accepted by this Court (see paragraph 69) and acknowledged by the applicant, as having a more immediate, invasive and powerful impact including, as the Government and the High Court noted, on the passive recipient. He was consequently free to advertise the same matter in any of the print media (including local and national newspapers) and during public meetings and other assemblies. Moreover, the prohibition related only to advertising. This Court considers that this limitation reflects a reasonable distinction made by the State between, on the one hand, purchasing broadcasting time to advertise and, on the other, coverage of religious matters through programming (including documentaries, debates, films, discussions and live coverage of religious events and occasions). Programming is not broadcast because a party has purchased airtime and, as outlined by the Government, must be impartial, neutral and balanced, the objective value of which obligation the parties did not dispute. The applicant retained the same right as any other citizen to participate in programmes on religious matters and to have services of his church broadcast in the audio-visual media. Advertising, however, tends to have a distinctly partial objective: it cannot be, and is not, therefore subject to the above-outlined principle of impartiality and the fact that advertising time is purchased would lean in favour of unbalanced usage by religious groups with larger resources and advertising. Consequently, other than advertisements in the broadcast media, the applicant's religious expression was not otherwise restricted.»

Der Gerichtshof verwarf auch den Einwand des Beschwerdeführers, es habe mildere Mittel zum Erreichen der vom Staat angestrebten Ziele gegeben als ein völliges Verbot religiöser Werbung. Er führte dafür fünf Gründe an:

«77. In the first place, the Court would accept that a provision allowing one religion, and not another, to advertise would be difficult to justify and that a provision which allowed the filtering by the State or any organ designated by it, on a case by case basis, of unacceptable or excessive religious advertising would be difficult to apply fairly, objectively and coherently (the above-cited case of *United Christian Broadcasters Ltd v. the United Kingdom*). There is, in

this context, some force in the Government's argument that the exclusion of all religious groupings from broadcasting advertisements generates less discomfort than any filtering of the amount and content of such expression by such groupings. The applicant suggested that such a filtering process is already applied through the application of the principle of neutrality to programmes and programming. However, and as the Court has noted above, the distinct nature of advertising and programming means that the regulatory tools employed for programming are not directly applicable to advertising. The applicant also referred to the fact that advertisements (other than those prohibited by the impugned provision) are already subjected to advertising standards control. The Court does not, however, consider that the same public sensitivities and issues of neutrality arise in the case of religious advertisements and those concerning, for example, commercial services, goods or products.

78. Secondly, the Court considers it reasonable for the State to consider it likely that even a limited freedom to advertise would benefit a dominant religion more than those religions with significantly less adherents and resources. Such a result would jar with the objective of promoting neutrality in broadcasting and, in particular, of ensuring a «level playing field» for all religions in the medium considered to have the most powerful impact.

79. Thirdly, the applicant did not dispute the Government's concern that allowing limited religious advertising would result in unequal consequences for the national and independent broadcasters.

80. Fourthly, while the State has, subsequent to the facts of the present case, diluted section 10(3) of the 1988 Act (through section 65 of the 2001 Act), the Minister's comments in April 1999 together with the limited nature of the 2001 amendment do not undermine, and indeed are consistent with, the State's view of the religious sensitivities in Ireland in 1988 and its understanding of the consequent necessity for full reflection and prudence when considering any evolution including a relaxation of the provisions of section 10(3) of the 1988 Act. In addition, the nature of the assessment required by section 65 of the 2001 Act (whether or not the advertisement amounted only to an announcement of the fact that a religious publication is for sale or that a religious event will take place) has been clearly chosen for its relatively objective and, consequently, uncontroversial nature.

81. Finally, and as to the parties' submissions concerning the existence of similar prohibitions on the broadcasting of religious advertising in other countries, the Court observes that there appears to be no clear consensus between the Contracting States as to the manner in which to legislate for the broadcasting of religious advertisements. Certain States have similar prohibitions (for example, Greece, Swit-

erland and Portugal), certain prohibit religious advertisements considered offensive (for example, Spain and see also Council Directive 89/552/EEC) and certain have no legislative restriction (the Netherlands). There appears to be no «uniform conception of the requirements of the protection of the rights of others» in the context of the legislative regulation of the broadcasting of religious advertising (see paragraph 67 above).»

ANMERKUNGEN:

Der sorgfältig begründete Strassburger Leitentscheid zur Zulässigkeit des Verbots religiöser Werbung ist auch für die Schweiz bedeutsam. Wie der EGMR antönt, gehört die Schweiz zu den Staaten, die ein entsprechendes Verbot kennen (Art. 18 Abs. 5 RTVG) und die im Grundsatz daran festhalten wollen (vgl. Art. 10 Abs. 1 Bst. d des vom Bundesrat vorgelegten RTVG-Entwurfs vom 18.12.2002, BBl 2003 1677 und 1783: «Unzulässig ist Werbung für religiöse Bekenntnisse und die sie vertretenden Institutionen und Personen»).

Das EGMR-Urteil ist von grundsätzlicher Tragweite für alle Staaten, welche die religiöse Werbung beschränken. Daran dürfte der Umstand wenig ändern, dass die irische Regierung ihre Argumentation in Strassburg stark auf die landesspezifischen religiösen Empfindlichkeiten stützte. Es ist jedenfalls nur schwierig vorstellbar, dass der EGMR dem griechischen, portugiesischen oder schweizerischen Staat verweigert, was er dem irischen Staat zugesteht: Dass er die Problematik religiöser Werbung durch ein allgemeines, ausnahmsloses Verbot der Radio- und Fernsehwerbung regelt. Selbst wenn die schweizerische Situation wesentlich entspannter ist als die irische, lassen sich die meisten Argumente des Gerichtshofs für die Zulässigkeit des irischen Verbots wohl auch auf die Schweiz übertragen.

Wichtig ist insbesondere die Feststellung des Gerichtshofs, dass den einzelnen EMRK-Vertragsstaaten im religiösen Bereich ein grösserer Beurteilungsspielraum zukommt als auf dem Gebiet der politischen Werbung (Ziff. 67 der Urteilsbegründung). Bei diesem Aspekt sieht der EGMR denn auch den entscheidenden Unterschied zum Fall «Verein gegen Tierfabriken c. Schweiz» (Urteil N° 24699/94 vom 28.6.2001, *medialex* 3/01, S. 158f.), welcher das Verbot der politischen Werbung an Radio und Fernsehen betraf und die Haltung der schweizerischen Behörden zu einem konkreten tierschützerischen Werbespot als menschenrechtswidrig bezeichnete. Beim VgT-Urteil handelte es sich erklärermassen nicht um einen grundsätzlichen Entscheid gegen jegliches Verbot politischer Werbung in den Rundfunkprogrammen der Mitgliedstaaten (vgl. Ziff. 75 der VgT-Urteilsbegründung). Es lässt sich also nicht sagen, der Gerichtshof untersage den Staaten generell im Bereich politischer Werbung Massnahmen, die er ihnen auf dem Gebiet religiöser Werbung ohne weiteres gestattet.

Es ist verdienstvoll, dass der EGMR in seinem aktuellen Urteil den Bezug zu seiner Rechtsprechung über die politische Werbung herstellt. Der Gerichtshof kam in den beiden Fällen je einstimmig zu einem vordergründig gegensätzlichen Ergebnis. Dies schafft Erklärungsbedarf. Zusammen mit dem Umstand, dass im Fall VgT das gesetzliche Verbot politischer Werbung nicht per se zur Diskussion stand und es primär um einen einzelnen Werbespot ging, macht der zutreffende Hinweis des EGMR auf den unterschiedlichen staatlichen Beurteilungsspielraum nachvollziehbar, wieso die beiden Beschwerden zu abweichenden Resultaten führten. Auch so lassen sich allerdings die Begründungen der zwei Strassburger Entscheide nicht mühelos zu einem harmonischen Gesamtbild zusammenfügen. Es stellt sich vielmehr die Frage, ob das Urteil Murphy bestimmte Elemente und Passagen der VgT-Urteilsbegründung (unausgesprochen) relativiert. Dies gilt etwa für folgende Punkte:

1. Im Fall VgT legte der Gerichtshof Wert auf den Umstand, dass das fragliche Werbeverbot nur für bestimmte Medien (Radio und Fernsehen, nicht aber die Presse) galt. Das Argument des schwei-

zerischen Bundesgerichts, die elektronischen Medien hätten einen stärkeren Einfluss auf das Publikum, vermochte den EGMR nicht davon zu überzeugen, dass ein bloss für Radio und Fernsehen geltendes Werbeverbot auf besonders zwingenden Gründen - «particularly pressing nature» - beruht (Ziff. 74 des Entscheids, vgl. zu diesem Aspekt auch Denis Barrelet, *Faut-il autoriser la publicité politique à la radio-TV?*, *medialex* 3/02, S. 150). Im Fall Murphy hingegen unterstreicht der Gerichtshof die in verschiedenen Urteilen bejahte besondere, unmittelbare und invasive Wirkung von Radio und Fernsehen auf das passive Publikum. Dies sei ein wichtiger Faktor für die Beurteilung der Frage, ob ein staatlicher Eingriff verhältnismässig ist (Ziff. 69, 74 und 78). Mit anderen Worten: Dass sich das Verbot auf die elektronischen Medien beschränkt, ist für den Gerichtshof ein Argument für – und nicht, wie im Fall VgT: gegen – die Zulässigkeit des staatlichen Eingriffs in die Meinungsfreiheit.

2. Im Fall VgT befasste sich der Gerichtshof mit der Rolle finanzkräftiger Werbetreibender. Im Zentrum stand die Befürchtung, dass solche Akteure Druck auf den Radio- und Fernsehveranstalter ausüben könnten (Ziff. 73). Im Fall Murphy stellt der EGMR ein anderes, praktisch wesentlich belangreicheres Argument in den Vordergrund: Der Zugang zu den (kostspieligen) Werbeblöcken würde den religiösen Gruppierungen mit den grösseren (finanziellen) Ressourcen einen Vorteil in der öffentlichen Wahrnehmung verschaffen und so die Chancengleichheit beeinträchtigen (Ziff. 74 und 78). Damit scheint der EGMR auf dem Gebiet der religiösen Werbung das Argument zu akzeptieren, welches der Bundesrat für die Einschränkung der politischen Werbung ins Zentrum stellt: Die einseitige Beeinflussung der öffentlichen Willensbildung durch wirtschaftlich mächtige Akteure und die Benachteiligung finanzschwacher Gruppierungen (RTVG-Botschaft, BBl 2003 1676).

3. Im Fall VgT bemängelte der Gerichtshof, die schweizerischen Behörden hätten nicht dargetan, dass gerade der «Verein gegen Tierfabriken» eine finanzkräftige Gruppierung sei, welche die Unabhängigkeit des Veranstalters gefährden oder die öffentliche Willensbildung ungebührlich beeinflussen könnte (Ziff. 75). Im Fall Murphy verwirft der Gerichtshof ausdrücklich das Konzept, dass ein vom Staat bezeichnetes Organ jeden einzelnen Werbespot darauf hin untersuchen könnte, ob er akzeptabel ist. Es sei schwierig, eine solche Einzelfallprüfung fair, objektiv und kohärent durchzuführen (Ziff. 77). Zwar bezieht sich diese Passage auf den Inhalt des Werbespots und nicht – wie im Fall VgT – auf dessen Auftraggeber. Auch dort scheint es indessen kaum möglich, sinnvolle Abgrenzungskriterien zu finden. Zudem ist ein weiteres Argument des Falles Murphy zu bedenken: Eine auch nur teilweise Lockerung des Marktes für (religiöse) Werbung würde wahrscheinlich dazu führen, dass die dominanten Kräfte (Religionen) mehr profitieren als die Gruppierungen mit beschränkteren Ressourcen (Ziff. 78).

4. Die Erwägungen im Fall VgT befassen sich nicht mit der Tatsache, dass es neben der Schweiz zahlreiche andere europäische Staaten gibt, welche die politische Werbung an Radio und Fernsehen beschränken. Der rechtsvergleichende Aspekt hatte im Fall VgT wohl eine geringe Tragweite, weil der EGMR nicht ausschloss, dass ein Verbot der politischen Werbung in bestimmten Situationen mit Artikel 10 EMRK vereinbar sein könnte (Ziff. 75). Im Fall Murphy wirft der Gerichtshof einen Blick auf die Rechtsauffassung in anderen europäischen Staaten und legt gewisses Gewicht darauf, dass bezüglich der Zulässigkeit religiöser Werbung am Rundfunk kein klarer europäischer Konsens besteht (Ziff. 81).

Hätte der EGMR die Beschwerde von Roy Murphy gutgeheissen, so hätte er die europäische Rechtslage faktisch auf einen Schlag vereinheitlicht. Da der Gerichtshof – aus nachvollziehbaren Gründen – darauf verzichtet hat, wird sein Entscheid vermutlich keine unmittelbaren praktischen Konsequenzen haben. Immerhin: Der Fall Murphy hat dank der facettenreichen, gut formulierten Urteilsbegründung das Potenzial, eines der viel zitierten Strassburger Urteile zur Meinungsfreiheit zu werden.

DR. FRANZ ZELLER, BERN/AMSTERDAM

D'AUTRE PART
UND AUSSERDEM

Verbotene Live-Übertragung eines spektakulären Strafprozesses

Zulässigkeitsentscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (3. Kammer) vom 6.5.2003
«P4 Radio Hele Norge ASA c. Norwegen» (Beschwerde N° 76682/01)

Der norwegische Radioveranstalter «P4 Radio» verlangte im März 2001 beim zuständigen Richter die Bewilligung, die öffentliche Hauptverhandlung in einem Mitte April beginnenden Strafprozess wegen dreifachen Mordes ganz oder ausschnittsweise übertragen zu dürfen. Zur Begründung führte «P4 Radio» an, der so genannte Orderud-Fall sei der wahrscheinlich spektakulärste und medienwirksamste Kriminalfall der norwegischen Geschichte. Einem Sohn wurde vorgeworfen, seine Eltern und seine Schwester auf besonders brutale Weise umgebracht zu haben. Das Gesuch um Live-Übertragung wurde abgelehnt und Rechtsmittel gegen diese Verfügung blieben erfolglos.

Die massgebende norwegische Rechtsnorm verbietet während mündlicher Verhandlungen in Straffällen Ton- und Bildaufnahmen im Gerichtssaal sowie auf dem Weg zur Gerichtsverhandlung. Falls besondere Gründe vorliegen, kann das Gericht während der Verhandlungen eine Ausnahme von diesem Verbot zulassen. Vorausgesetzt ist, dass dies die Prüfung des Falls nicht ungebührlich erschwert und keine anderen zwingenden Gründe gegen die Aufnahmen sprechen. Bevor eine solche Ausnahme gewährt wird, sind die Prozessparteien anzuhören.

«P4 Radio» beschwerte sich in Strassburg wegen einer Missachtung der Meinungsfreiheit (Art. 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention, EMRK). Es sei unverhältnismässig, dass nicht einmal die akustische Übertragung der anwaltlichen Eröffnungs- und Schlussvorträge sowie des richterlichen Urteilsspruchs zugelassen wurde. Das Recht der Allgemeinheit auf Information über einen solchen Strafprozess könne durch blosser Presseberichterstattung nicht ausreichend befriedigt werden, da es sich zwangsläufig um bloss zusammenfassende, subjektiv gefärbte Schilderungen der Journalisten handle. Die Radioübertragung hätte eine unvoreingenommene Berichterstattung sichergestellt. Dies hätte es dem Publikum erlaubt, sich eine eigene Meinung über das Prozessgeschehen zu bilden.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) ging von der Annahme aus, dass das fragliche Verbot in ei-

nem gewissem Mass («to a degree») in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit eingriff. Dieser umfasse nicht nur den Inhalt einer Information, sondern auch die Art der Berichterstattung («means of transmission or reception»). Der EGMR prüfte deshalb, ob das Verbot den Voraussetzungen für einen Menschenrechtseingriff gemäss Artikel 10 Absatz 2 EMRK genüge. Es beruhe auf einer gesetzlichen Grundlage im norwegischen Recht und diene den legitimen Zielen, den «guten Ruf oder die Rechte anderer» sowie «das Ansehen und die Unparteilichkeit der Rechtsprechung» zu schützen.

Zur Frage, ob das Verbot in einer demokratischen Gesellschaft notwendig war, führte der Gerichtshof zunächst aus, dass es in den EMRK-Mitgliedstaaten keine gemeinsame Rechtsauffassung über die Zulässigkeit von Radio- oder Fernsehaufnahmen aus dem Gerichtssaal gebe. Die Vertragsstaaten berücksichtigen nach den Worten des EGMR nicht nur das Bedürfnis nach einer transparenten Rechtsprechung, sondern auch das Bedürfnis, dass der Prozessablauf nicht gestört oder beeinflusst wird. Unter gewissen Umständen («depending on the circumstances») könne eine Live-Übertragung die Charakteristik eines Prozesses ändern, zusätzlichen Druck auf die Prozessbeteiligten ausüben und sogar ihr Verhalten ungebührlich beeinflussen, was die faire Rechtsfindung beeinträchtigen würde. Zudem habe eine Live-Übertragung zwar den Vorteil, einem grossen Publikum die Beobachtung des Prozessgeschehens zu ermöglichen; sie beruhe aber normalerweise auf einer journalistischen Auswahl und Filterung, wenn auch in einem anderem Mass als die Presseberichterstattung. Die nationalen Behörden seien besser geeignet als der EGMR, die Gefahren einer Live-Übertragung für die faire Rechtsfindung zu beurteilen. Dies treffe insbesondere für die Gerichte zu, nachdem sie die Ansichten der betroffenen Parteien zur Kenntnis genommen haben. Deshalb komme den einzelnen Staaten ein weiter Beurteilungsspielraum für die Regelung von Live-Übertragungen zu. Eine gesetzliche Vermutung gegen die Zulässigkeit von Live-Übertragungen wie in Norwegen verstosse für sich alleine nicht gegen Artikel 10 EMRK.

Auch die Anwendung dieser Regel im konkreten Fall betrachtete der EGMR als verhältnismässig. Der Fall betraf Anklagen wegen besonders schwerer Verbrechen im Familienkreis, die in einem öffentlichen Gerichtsverfahren verhandelt wurden. Dies erlaubte es dem Publikum, den Gerichtssaal zu besuchen und den Aussenstehenden darüber zu berichten. Eine Mehrheit der urteilenden EGMR-Kammer bezeichnete die Beschwerde von «Radio P4» deshalb als offensichtlich unbegründet (Art. 35 Abs. 3 EMRK) und damit als unzulässig.

ANMERKUNGEN:

Soweit ersichtlich ist dies der erste Strassburger Entscheid zu einer Frage, die seit Jahrzehnten eine der umstrittensten auf dem Gebiet der Medienberichterstattung überhaupt ist: Inwiefern sind auch in Europa Ton- und Bildaufnahmen aus Gerichtsverhandlungen zuzulassen? Diese Kontroverse hat unlängst das deutsche Bundes-

verfassungsgericht beschäftigt (Urteil des BVerfG vom 24.1.2001, EuGRZ 2001, S. 59ff.), und sie ist auch in der Schweiz wieder aufgeflammt (vgl. etwa das Editorial «Justiz oder Zirkus?» von DENIS BARRELET in *medialex* 4/02, S. 173 sowie die Gegenmeinungen von Edy Salmina, L'exclusion de la radio-TV des salles d'audience, *medialex* 4/02, S. 177f. und von MICHEL PERRIN, Justice et télévision, *medialex* 1/03, S. 64f.)

Auf den ersten Blick stärkt der Rechtsspruch aus Strassburg jenen Kreisen den Rücken, die sich jeder Öffnung der Gerichtslöcher für die audiovisuelle Medienberichterstattung widersetzen: Der Vorstoss aus Norwegen scheiterte bereits an der Zulässigkeitshürde. «Radio P4» konnte den Gerichtshof also nicht einmal zu einer vertieften Prüfung seiner Beschwerde und einem einlässlich begründeten Urteil veranlassen. Dies geschah, obwohl die in Strassburg erhobene Forderung des Radioveranstalters nach vermehrter (Audio-)Transparenz zumindest in der Hinsicht massvoll war: Sie bezog sich lediglich auf einzelne Prozessphasen und klammerte die besonders heiklen Verfahrensabschnitte aus (nämlich die Befragung von Angeklagten und Zeugen).

Lässt der vorliegende (Un-)Zulässigkeitsentscheid also darauf schliessen, dass der EGMR audiovisuelle Aufnahmen aus Gerichtsverhandlungen generell ablehnt? Oder zumindest darauf, dass aus Strassburg keine Argumente für eine allfällige Lockerung der bestehenden Berichterstattungsverbote zu erwarten sind? Solche Schlussfolgerungen wären voreilig. Die eher vorsichtig und recht differenziert formulierte Begründung zeigt auf, dass der EGMR nicht einem ausnahmslosen Verbot von Ton- und Bildaufnahmen in europäischen Gerichtssälen das Wort redet. Bei näherem Hinsehen enthält die Begründung verschiedene Schattierungen, welche ein weniger eindeutiges Gesamtbild ergeben:

1. Der Gerichtshof hat darauf verzichtet, eine wesentlich direktere Begründungslinie zu wählen. Hätte er dies getan, so hätte er sich der Auffassung des obersten norwegischen Gerichts anschliessen können: Ein blosses Verbot von Bild- und Aufnahmen einer publikumsöffentlichen Gerichtsverhandlung berührt den Geltungsbereich von Artikel 10 EMRK gar nicht. Es muss daher auch nicht an den Voraussetzungen für eine Einschränkung der Meinungsfreiheit gemessen werden. So einfach wollte es sich der EGMR offensichtlich nicht machen. Er hat das Verhalten der norwegischen Behörden darauf hin überprüft, ob es den konventionsrechtlichen Voraussetzungen für eine Einschränkung der Meinungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 EMRK) genügt. Zwar vermeidet es der Gerichtshof, den Schutzbereich von Artikel 10 EMRK klipp und klar als tangiert zu bezeichnen. Er lässt diese Frage aber auch nicht einfach offen. Vielmehr basiert er seinen Entscheid ausdrücklich auf die Annahme, dass eine Einschränkung der Meinungsfreiheit vorliegt und untermauert dies durch seine bisherige Rechtsprechung, wonach Artikel 10 neben dem Inhalt auch die Form der Berichterstattung schützt. Bezogen auf die Gerichtsberichterstattung heisst dies: Es geht nicht nur darum, dass über eine Verhandlung berichtet werden darf. Es ist ebenfalls eine Frage der Meinungsfreiheit, wie diese Berichterstattung erfolgen kann. Die Auffassung, dass Verbote audiovisueller Berichterstattung an den Voraussetzungen von Art. 10 Abs. 2 EMRK zu messen sind, hat erhebliche praktische Konsequenzen: Wollen die zuständigen Gerichtsbehörden Bild- oder Tonaufnahmen verbieten, so benötigen sie eine ausreichende Grundlage im massgebenden Gesetz. Und ihre Auslegung der entsprechenden Vorschrift muss sich daran messen lassen, ob sie die Meinungsfreiheit nicht übermässig einschränkt. Eine Verweigerung muss sich auf relevante und ausreichende Gründe stützen.

2. Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz ist auch für den nationalen Gesetzgeber massgebend. Der Strassburger Entscheid räumt den einzelnen Mitgliedstaaten bei der Regulierung dieser Frage zwar viel Spielraum ein, da sie besser geeignet sind als der EGMR, die für und gegen Live-Übertragungen aus Strafprozessen sprechenden Argumente zu beurteilen. Daraus lässt sich aber nicht der Schluss ziehen, dass die EMRK-Vertragsstaaten in diesem Bereich

Narrenfreiheit geniessen. Der EGMR beschränkt sich nicht darauf, die Risiken audiovisueller Aufnahmen für die Prozessparteien und die Rechtsfindung zu erwähnen. Aus der Begründung ergibt sich, dass audiovisuelle Berichterstattung auch Vorteile hat; erwähnt wird insbesondere das Informationsinteresse der Allgemeinheit. Es stehen also verschiedene Interessen auf dem Spiel stehen, die gegeneinander abzuwägen sind. Der Staat ist gehalten, nicht nur die gegen eine audiovisuelle Berichterstattung sprechenden Aspekte zu berücksichtigen. Er hat alle legitimen Anliegen (auch jene der elektronischen Medien und ihres Publikums) zu berücksichtigen und nach ausgewogenen, differenzierten Lösungen zu suchen.

3. Im vorliegenden Fall akzeptierte der EGMR die Ausbalancierung der Interessen durch die norwegischen Behörden. Der vorliegende Entscheid betraf einen Strafprozess, der – wie der EGMR zu Recht erwähnt – einen familiären (und damit im Ausgangspunkt nicht öffentlichen) Kontext aufwies. Zudem bezog er sich ausschliesslich auf eine Live-Übertragung des Prozessgeschehens. In anderen, für die Persönlichkeitsrechte und die Rechtsfindung weniger problematischen Gerichtsfällen dürfte der Spielraum für nationale Berichterstattungsverbote aus dem Verhandlungslokal geringer sein: Was in einem erstinstanzlichen Strafprozess – gerade zum Schutz der Prozessbeteiligten – zwingend geboten ist, kann in einem höchstrichterlichen Gerichtsverfahren über die Zulässigkeit eines grossen Bauprojekts, die Luftreinhaltung, die Gültigkeit einer Initiative oder die Aufhebung einer Volksabstimmung völlig überflüssig sein. Und eine Live-Übertragung des Prozessgeschehens wird in aller Regel wesentlich problematischer sein als zeitverschoben, vielleicht nach Prozessende ausgestrahlt und möglicherweise vom Gericht ausgewählte (sowie von den Verfahrensbeteiligten abgeseignete) Aufnahmen. Der vorliegende Entscheid erwähnt dies zwar nicht ausdrücklich. Dass dem legitimen Anliegen einer gewissen audiovisuellen Transparenz differenziert Rechnung getragen werden kann, dokumentiert der Gerichtshof aber seit Jahren mit seiner Haltung in seinen eigenen Verfahren: Fernsehaufnahmen von der Verlesung des begründeten Urteilspruchs durch den zuständigen Richter des EGMR sind in Strassburg üblich. Und der EGMR hat in einem englischen Fall über Fluglärm auch schon audiovisuelle Aufnahmen der öffentlichen Gerichtsverhandlung über seine Website zugänglich gemacht. Dass die Strassburger Verfahren deswegen zu einer unwürdigen Zirkusveranstaltung degradiert würden, wird wohl niemand ernsthaft behaupten wollen.

4. Der Unzulässigkeitsentscheid des Gerichtshofs erfolgte nicht einstimmig. Die Argumente der Minderheit sind zwar nicht bekannt und deshalb kaum zu interpretieren. Die Vermutung ist aber zumindest nicht abwegig, dass es in Strassburg richterliche Auffassungen gibt, die eine vermehrte Zulassung von Ton- und Bildaufnahmen in bestimmten Konstellationen unterstützen. Dies ist beispielsweise auch in Deutschland zu beobachten, wo drei von acht Mitgliedern des Verfassungsgerichts eine Öffnung von bestimmten Verfahrensabschnitten und Verfahrensarten für audiovisuelle Aufnahmen als rechtlich geboten bezeichneten (vgl. die abweichende Meinung zum Urteil des BVerfG vom 24.1.2001, EuGRZ 2001, S. 67ff.)

5. Gesamthaft gesehen ist der Zulässigkeitsentscheid des EGMR sicherlich nicht von einer reflexartigen Abwehrhaltung gegenüber vermehrter audiovisueller Präsenz im Gerichtssaal geprägt. Vielmehr bemüht er sich um eine ausgewogene Betrachtung dieser umstrittenen Problematik. Sie ist wohl noch nicht reif für eine einheitliche, den gesamten europäischen Raum umfassende Mindestvorgabe aus Strassburg. Sie wird in den einzelnen Staaten jedoch Gegenstand rechtspolitischer Diskussionen bleiben. Es ist davon auszugehen, dass sich die Kontroversen über die Zulassung von Ton- und Bildaufnahmen in einzelnen aktuellen, Aufsehen erregenden Gerichtsverfahren eher zuspitzen werden. Vor diesem Hintergrund sei die Prognose gewagt, dass es nicht wieder Jahrzehnte dauern wird, bis sich der EGMR ein weiteres Mal mit dieser Thematik zu befassen hat.

DR. FRANZ ZELLER, BERN/AMSTERDAM

Keine schrankenlose Immunität für Äusserungen von Parlamentariern

Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (1. Kammer) vom 30.1.2003 «Cordova c. Italien» (Beschwerde N° 40877/98 und N° 45649/99)

Ende Dezember 2002 hielt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) fest, dass es menschenrechtlich zulässig ist, wenn ein Staat für Äusserungen im Parlament eine absolute Immunität vor straf- und zivilrechtlicher Verfolgung vorsieht (Urteil der 2. Kammer des EGMR N° 35373/97 A. c. Grossbritannien vom 17.12.2002; vgl. *medialex* 1/03, S. 52f). In zwei weiteren Urteilen macht der EGMR nun deutlich, dass diese Immunität Grenzen finden muss, wenn die fraglichen Äusserungen ausserhalb des Parlaments getan werden.

Einstimmig hat er zwei Beschwerden gutgeheissen, die der frühere Staatsanwalt Agostino Cordova wegen Missachtung des Rechts auf Zugang zu einem Gericht (Art. 6 Abs. 1 EMRK) eingereicht hatte. Er war 1993 von Ex-Präsident (und Senator auf Lebenszeit) Francesco Cossiga in sarkastischen Briefen und 1994 vom Parlamentarier Vittorio Sgarbi im Rahmen von Wahlveranstaltungen persönlich angegriffen worden. In beiden Fällen liess das Parlament die Ehrverletzungsklagen an der parlamentarischen Immunität scheitern. Der Gerichtshof hielt fest, dass die umstrittenen Äusserungen keinen offensichtlichen Zusammenhang mit der Ausübung des parlamentarischen Mandats hatten, sondern eher auf einem Disput unter Privatpersonen beruhten. Dass eine Streitigkeit politischer Natur sei, vermöge für sich alleine keine Verweigerung des Zugangs zur gerichtlichen Beurteilung zu rechtfertigen. Eine solche Beschränkung der Rechte ist gemäss EGMR besonders dann nur in engem Rahmen zulässig, wenn sie – wie hier – durch ein politisches Gremium beschlossen wird und wenn die betroffene Privatperson keine anderen Möglichkeiten zum Schutz ihrer Reputation hat. ■

Ehrverletzender Vorwurf gegenüber Polizeichef

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (1. Kammer) vom 19.6.2003 «Pedersen & Baadsgaard c. Dänemark» (Beschwerde N° 49017/99)

Das dänische Fernsehen erhob zu Beginn der 90er Jahre in Zusammenhang mit einem 1981 geschehenen Mordfall schwere Vorwürfe gegen die Polizei. Die Fernsehjournalisten liessen unter anderem eine Taxifahrerin zu Wort kom-

men, die den (1982 wegen Ermordung seiner Frau verurteilten Ehemann) am Tag des Verbrechens gesehen haben wollte. Von den Journalisten mit dem Protokoll ihrer damaligen Aussage konfrontiert, erklärte die Frau, im Schriftstück fehle dieser Teil ihrer Aussage. Anschliessend warf der Sprecher die Frage auf, weshalb die entscheidenden Äusserungen der Taxifahrerin verschwunden seien und wer in der Polizei oder der Staatsanwaltschaft dafür verantwortlich sei. Danach wurden der namentlich erwähnte Polizeichef sowie der Chefinspektor im Bild gezeigt. Auf Klage des Polizeichefs verurteilte die dänische Strafjustiz zwei Fernsehjournalisten wegen Ehrverletzung zu Geldbussen und zur Bezahlung einer Genugtuungssumme. Der EGMR bezeichnete diesen Eingriff in die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) mit 4 gegen 3 Stimmen als rechtmässig. Die drei überstimmten Gerichtsmitglieder argumentierten, dass die beiden Journalisten ausreichende Gründe hatten, sich auf die Aussagen der Taxifahrerin zu verlassen. Die Gerichtsmehrheit hingegen war der Ansicht, für diese schwer wiegende Tatsachenbehauptung habe eine ausreichende Grundlage gefehlt. Sie zweifelte daran, dass die journalistische Recherche für einen so gravierenden Vorwurf wie die Unterdrückung von Beweismaterial ausreichte (Ziff. 82), zumal die Medienschaffenden die Angaben der neun Jahre nach dem Vorfall als Zeugin aufgetauchten Taxifahrerin nicht überprüft hatten (Ziff. 78). Wegen des im Sendezeitpunkt hängigen Revisionsverfahrens war der Polizeichef faktisch an einer Erwiderung der Vorwürfe gehindert (Ziff. 80). Zwar gehöre die kritische Beobachtung der Polizeiarbeit zur Rolle der Medien als «public watchdogs». Der Zweck der fraglichen Sendungen habe es aber keineswegs erfordert, solche Vorwürfe zu formulieren (Ziff. 83). ■

ANMERKUNGEN:

Die Gerichtsminderheit hielt in ihrer abweichenden Meinung fest, das vorliegende Urteil schwäche die Rolle der Medien erheblich, in Angelegenheiten öffentlicher Bedeutung eine entschlossene Kontrolle auszuüben. Diese Befürchtung scheint übertrieben. Man kann sich zwar darüber streiten, ob die in der Sendung formulierten Fragen tatsächlich zu weit gingen und ob sie einen strafrechtlichen Schuldspruch erforderten. Letztlich aber scheiterten die beiden Medienschaffenden einzig daran, dass sie ihre – an sich berechtigten – Fragen personalisierten, ihre gravierenden Vorwürfe ohne journalistisch zwingenden Grund auf einzelne Personen zuspitzten. Nach der Lektüre des Strassburger Entscheides wird jedenfalls nicht deutlich, welchen Informationswert die Personalisierung des Themas für das dänische Fernsehpublikum hatte.

DR. FRANZ ZELLER, BERN/AMSTERDAM

Persönlichkeitsschutz vor Kunstfreiheit

Bundesgerichtsentscheide vom 27. Mai 2003 (5C.26/2003 und 5P.40/2003)

Mit Urteil vom 27. Mai 2003 hat das Bundesgericht eine Berufung sowie eine staatsrechtliche Beschwerde des in

Zermatt lebenden Künstlers Heinz Julen gegen ein Urteil des Kantonsgerichts Wallis vom 10. Dezember 2002 (vgl. *medialex* 1/03, S. 58) abgewiesen. Das Kantonsgericht beurteilte die Ausstellung zweier Porträts im Rahmen einer Bildinstallation von Julen als widerrechtlichen Eingriff in die Persönlichkeit der Betroffenen, welche vorgängig nicht um Erlaubnis gefragt worden sind. Die Porträts zeigten die Betroffenen mit entblösstem Oberkörper.

Das Bundesgericht machte einmal mehr deutlich, dass das Recht am eigenen Bild ein Teilgehalt des Persönlichkeitsrechts ist. Die Verletzung des Rechts am eigenen Bild stellt folglich eine Persönlichkeitsverletzung dar, die widerrechtlich ist, sofern keine Rechtfertigungsgründe vorliegen. Eine Rechtfertigungsgrund vermochte das Bundesgericht auch nicht in der in Art. 21 BV garantierten Kunstfreiheit auszumachen. «Es ist nicht zu beanstanden, dass das Kantonsgericht die Porträrierung der Kläger in einen größeren Zusammenhang gestellt und dabei auch die Art und Weise beziehungsweise die Umstände der Veröffentlichung und die Wirkung auf den Durchschnittsbetrachter in seine Überlegungen miteinbezogen hat. Es hat hierzu ausgeführt, Auslöser sei das Scheitern des gemeinsamen Hotelprojektes gewesen, dass der Bekl. nach seinen eigenen Aussagen auf der Ebene der Kunst habe verarbeiten müssen. Ob dieses Vorgehen eine persönliche Abrechnung darstelle, wie dies die Kläger behaupteten, könne als innere Tatsache nur aus den Umständen, vorliegend in erster Linie aus dem Flugblatt zur Ausstellung, abgeleitet werden. Darin werde die Botschaft vermittelt, die reiche Familie Schärer habe mit Hilfe ihrer Finanzen den Visionären Beklagten an der unmittelbar bevorstehenden Vollendung seines einzigartigen Hotel und Kunstwerkes gehindert bzw. ihn aus seinem eigenen Projekt hinaus gedrängt und wollen nun mit riesigem finanziellen Aufwand seine Handschrift völlig aus dem Hotel löschen, einzig weil er in der Öffentlichkeit immer in den absoluten Mittelpunkt des Projektes gestellt worden sei. Das Kantonsgericht hat in diesem Zusammenhang erwogen, der nicht bewiesene Vorwurf an den Kläger und dessen familiäres Umfeld, er habe das Projekt einseitig aus Neid und unter Missbrauch seiner finanziell bevorzugten Lage scheitern lassen, sei ehrenrührig und beinhalte eine persönliche Abrechnung (...). Dass die Installation eine persönliche Abrechnung mit dem Kläger bedeutet, bestreitet letztlich auch der Beklagte nicht. Vielmehr führt er in der Berufungsschrift aus, sein Vorgehen habe darin seine Rechtfertigung gefunden, dass er durch die abrupte Beendigung des Hotelprojektes selbst eine massive Persönlichkeitsverletzung erlitten habe, in dem ihn der Kläger vor aller Welt als unfähig habe erscheinen lassen und er unter solchen Umständen die erlittene Schmach als Künstler habe verarbeiten müssen. Die Ausführungen des Beklagten machen deutlich, dass er die erlittene Kränkung nicht auf sich hat sitzen lassen wollen. Insofern erscheint die Ausstellung der porträtierten Kläger im Rahmen einer «Bilderinstallation» und namentlich im Kontext des die Kläger scharf angreifenden Flugblatts als ein Akt der Abrechnung. Der Beklagten bestreitet denn übrigens

auch nicht, dass er den Zweck der persönlichen Abrechnung durch die im Flugblatt vermittelte Botschaft einem jeden Ausstellungsbesucher deutlich vermittelt und damit für eine breitere Öffentlichkeit klar sichtbar gemacht hat. Bei dieser Sachlage kann sich der Beklagte nicht darauf berufen, das Kantonsgericht habe bei der Interessenabwägung das Persönlichkeitsrecht der Kläger zu stark und die Kunstfreiheit zu wenig gewichtet.» ■

ANMERKUNGEN:

1. Einmal mehr beharrt das Bundesgericht darauf, dass die Anfertigung eines Porträts der Zustimmung des Porträtierten bedürfe. Andernfalls sei das Recht am eigenen Bild verletzt, und damit liege bereits eine Persönlichkeitsverletzung vor (so schon BGE 127 III 481, «Minelli», E. 3). Das läuft der Lebenspraxis zuwider. Der Künstler darf im Park frei Passantenköpfe skizzieren, der Hobbyfotograf pittoreske Personen aufnehmen – es sei denn, er verbreite das Konterfei oder nutze es kommerziell (CHRISTIAN BRÜCKNER, Personenrecht, Zürich 2000, N 629; MARC BÄCHLI, Das Recht am eigenen Bild, Basel 2002, S. 64).

2. Folglich wäre erst in einem zweiten Schritt zu prüfen gewesen, ob der Einbau der individuell bewerteten Brustbilder von Alexander Schärer und Maryana Bilski in eine öffentlich ausgestellte 30teilige Porträtinstallation die Privatsphäre der beiden verletzt. Dann läge eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 28 ZGB vor, ausser es überwäge ein Rechtfertigungsgrund (Art. 28 Abs. 2 ZGB). Zu den Rechtfertigungsgründen kann die vertretbare Ausübung der Kunstfreiheit zählen (Art. 21 BV; so auch BRÜCKNER, N 456, BÄCHLI, S. 52). Das Bundesgericht liess sich aber allein aus dem Flugblatt (und nicht etwa aus den Bildern) «die Botschaft vermitteln», Julen habe in den Bildern bloss eine ehrenrührige persönliche Abrechnung mit dem reichen Paar Schärer/Bilski durchziehen wollen. Das sei kein schutzwürdiges Kunstziel. Auch deswegen verletzte das unbewilligte Abbild der Kläger-schaft deren Persönlichkeitsrechte.

Dabei scheint das Gericht zu übersehen, dass es Julen eher um einen Künstlerprotest als um eine ehrenrührige Persönlichkeitsverletzung ging. Solche Proteste sind im Kunstdiskurs seit jeher gängige Münze: Spätestens, seit Michelangelo in seinem «jüngsten Gericht» (1541) dem Höllenrichter Minos ungestraft die Züge des päpstlichen Zeremonienmeisters verlieh, weil dieser die Nacktheit der Gestalten gerügt hatte. Im Schlussteil des Flugblatts klagt Julen, dass das Konventionelle über das Unkonventionelle, das Geld über den Geist siege. So tönt es auch in den Konflikten rund um das Zürcher Schauspielhaus, ohne dass gleich «Ehrenrührigkeit» behauptet würde. Und vor allem: Unbeurteilt bleibt, ob die ausgestellten Bilder – der eigentliche Prozessgegenstand – in sich persönlichkeitsverletzend sind oder nicht.

Wenn Kunstfreiheit inhaltlich etwas bedeuten soll, muss ein Kunstwerk auch provozieren dürfen (DENIS BARRELET, Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 737). In seinem Leiterteil BGE 120 II 225 hat Lausanne einer Autorin, die einen erkennbaren einzelnen Beamten als «stinkenden Wirsing», «ekelhaftes Weisskohl-Borstenschwein» und «strosackblöd» diffamierte, zu Recht die Berufung auf die Kunstfreiheit verweigert. Schon Durchschnittsmenschen müssen sich aber gewisse «Beeinträchtigungen» gefallen lassen, etwa Telefonanrufe zur Unzeit (BGE 126 IV 216, E. 2) – bis die Grenze zur «Verletzungsintensität» und damit zur Widerrechtlichkeit überschritten wird. Als Referenzbegriff für diese Grenzziehung bietet sich die Menschenwürde an (ANDREAS MELI, Basler Kommentar ZGB, Basel 2002, N 38 zu Art. 28 ZGB, mit Verweisen). Bei Personen der Zeitgeschichte liegt die Schwelle höher. Das Klägerpaar gehört – jedenfalls was den Hotelkonflikt in Zermatt betrifft – zu den relativen Personen der Zeitgeschichte, hatte es doch Einweihungsfeiern und Medienkonferenzen mit internationalem Zuspruch absolviert. Ist nun die Klägerschaft in den beiden harmlos wirkenden, mit einem ironisierenden Hauch überzogenen Einzelbildern nach Ansicht kunstgewohnter Rezipienten so diffamierend dargestellt, dass ihre Menschenwürde verletzt wird – zumal wenn

man Zeitgeschichtlichkeit und Kunstfreiheit mit erwägt? Ein grosses Fragezeichen.

3. Erst recht fragt sich, ob die Beschlagnahme dieser beiden Teile einer ambitionierten Installation und das Verbot, dasselbe Sujet mit dem Klägerpaar nochmals aufzugreifen, im Lichte der Kunstfreiheit verhältnismässig ist (Art 36 Abs. 3 BV).

DR. IUR. PETER STUDER, RÜSCHLIKON

Streit um Marke «Puls» gerichtlich beigelegt

Bundesgerichtsentscheid vom
17. März 2003 (4C. 343/2002)

Am 23. Oktober 1997 gaben Schweizer Fernsehen DRS und die Puls Media AG in einem gemeinsamen Pressekomuniké bekannt, dass die Fernsehsendung Puls und die Zeitschrift Puls-Tip ihre Zusammenarbeit einvernehmlich ab sofort beendeten und die offenen Fragen - insbesondere nach den Titelrechten - vertraglich regeln würden. Nachdem es offensichtlich zu keiner einvernehmlichen Lösung gekommen ist, musste nun das Bundesgericht die Frage entscheiden, wer denn nun die Marke Puls gebrauchen könne.

Nach Ansicht des Bundesgerichts soll der Gebrauch der Marke Puls beim Fernsehen DRS verbleiben. Aus der Vorbemerkung der Vereinbarungen zwischen den beiden Parteien gehe eindeutig hervor, dass mit der Herausgabe der Zeitung Puls-Tip der Zweck verfolgt wurde, die Fernsehsendung Puls zu begleiten bzw. zu ergänzen, wobei gemäss Vertrag eine enge Zusammenarbeit zwischen der Zeitungs- und der Fernsehredaktion vorgesehen war und diese eine Inhaltskontrolle ausüben konnte. Aus diesem Vertragswerk ergebe sich, dass ein selbstständiges Weiterbestehen der Zeitung Puls-Tip ohne sendebegleitende Funktion von der Puls Media AG nicht erwartet werden konnte. Sie könne daher auch aus dem Umstand, dass sie die Firma Puls Media AG trägt, nicht ableiten, Fernsehen DRS habe sich mit der nachvertraglichen Verwendung des Firmenbestandteils Puls als Titel für eine nicht sendebegleitende Zeitung einverstanden erklärt.

Das Gericht hatte sich weiter mit der lauterkeitsrechtlichen Verwendung der Marke Puls zu befassen: «So ist als unlauter zu qualifizieren, wenn eine Partei nach dem Auseinanderbrechen einer partnerschaftlichen Kooperation ein von der anderen Partei zuerst verwendetes jedoch nicht registriertes Zeichen hinterlegt und gebraucht und damit die Gefahr der Verwechslung mit den Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb der Partei schafft, welche das Zeichen zuerst benutzte (...) Da sich die Klägerin [Fernsehen DRS] nach unbenutztem Ablauf der Gebrauchs-Schonfrist nicht mehr auf die von ihr eingetragene Marke Puls berufen kann, kommt der Beklagten [Puls Media AG], welche die

Bezeichnung Puls später i. V. m. ergänzenden Zusätzen als Marke hat eintragen lassen, markenrechtliche Priorität zu. Da die Klägerin das Zeichen Puls jedoch vor der Beklagten verwendete, kann entgegen der Annahme der Beklagten nicht sie, sondern die Klägerin gemäss Art. 14 Markenschutzgesetz das Recht beanspruchen, das Zeichen Puls im bisherigen Umfang weiter zu gebrauchen. Die Beklagte hat aber das von der Klägerin zuerst gebrauchte Zeichen Puls auch nach Beendigung der Zusammenarbeit mit ihr für Informationen zu Gesundheitsfragen gebraucht. Damit hat die Beklagte die konkrete Gefahr hervorgerufen, dass die Empfänger dieser Informationen zu Unrecht eine weitere Zusammenarbeit bzw. einen Zusammenhang mit der allgemein bekannten klägerischen Fernsehsendung Puls bzw. dem Geschäftsbetrieb der Klägerin annahmen (...). Die Beklagte hat demnach mit der weiteren Verwendung der Bezeichnungen Puls für Informationen auf dem Gesundheitsgebiet gegen Art. 3 lit. d UWG verstossen und damit unlauter gehandelt, weshalb die Beklagte insoweit keinen markenrechtlichen Schutz beanspruchen kann.» ■

Strafbare «Blutgeil»-Filmbilder im Internet

Urteil des Bezirksgericht Zürich vom
6. November 2002 (GG020432)

Der sich «Seelenlos» nennende Beschuldigte veröffentlichte als Verantwortlicher der Internet-Seite www.blutgeil.com brutale Szenen aus dem Film «Blutgeil». Dieser wurde von der I. Strafkammer des Zürcher Obergerichts am 6.9.1995 (SJZ 1997, S. 69 ff., Nr. 9; ZR 1997, S. 20 ff., Nr. 5) als Gewaltdarstellung im Sinne von Art. 135 Abs. 1 StGB qualifiziert. Das Bezirksgericht hatte zu beurteilen, ob auch die Abbildungen einer strafbaren Filmszene unter die «Brutalnorm» fallen oder nicht. Die im Internet abrufbare Bildabfolge zeigt in 11 Fotografien, wie ein Mann mit einem Beil in das Knie eines Menschen hackt, worauf Blut aus der dadurch entstandenen Wunde spritzt. Daraufhin reisst der Täter dem Verletzten den Unterschenkel ab und verzehrt Teile davon.

Das Gericht führt aus, diese Darstellungen seien fraglos als grausame Gewalttätigkeiten im Sinne des Gesetzes zu qualifizieren, da die gezeigten Einwirkungen auf den Körper des Menschen auf die Zufügung schwerer Leiden abzielten. Weiter wurde deshalb geprüft, ob die Bilder auch das Tatbestandsmerkmal der Eindringlichkeit erfüllten. Im Unterschied zum Film waren nicht bewegte Bildsequenzen, sondern einzelne Fotos zu beurteilen. Gemäss dem Urteil sind auch Fotografien grundsätzlich zur Gewaltdarstellung im Sinne von Art. 135 StGB geeignet, welche von ihrer Intensität her aber nicht mit einem Film vergleichbar seien, der durch Grossaufnahmen, Wiederholungen und Ton auf den

Betrachter viel suggestiver wirken könne. Die veröffentlichten Farbbilder seien in Bezug auf Auflösung und Schärfe im Vergleich zu gängigen Darstellungen im Internet von relativ hoher Qualität und ziemlich grossformatig. Deshalb sei die Eindrücklichkeit der Bilder für den Betrachter gross. Auch wenn die Fotografien zweifellos abtossend wirkten, würden sie dennoch nicht die geforderte Intensität erreichen, um das Tatbestandsmerkmal der Eindringlichkeit zu erfüllen. Dazu fehlten ihnen Stilmittel wie die Aneinanderreihung von Gross- und Detailaufnahmen und die Einbettung der Bilder in eine entsprechende Geräuschkulisse, aufgrund derer das Obergericht des Kantons Zürich in seinem Urteil zum Film «Blutgeil» denn auch zum Schluss gekommen war, das Tatbestandsmerkmal der Eindringlichkeit sei für die entsprechende Filmsequenz gegeben. Im Weiteren sei der «Fotogalerie Part I», wo die Abbildungen abrufbar sind, eine gewisse satirische Komponente nicht abzuspüren, weil neben den Filmbildern Fotografien von lachenden Zuschauern des Films abgebildet seien. Wohl würden satirische Einlagen Eindringlichkeit nicht von vornherein ausschliessen, im vorliegenden Fall schafften die eingefügten Aufnahmen jedoch Distanz zu den Filmbildern, wodurch diese unrealistischer erscheinen und damit zusätzlich an Suggestivkraft einbüßen würden. Aufgrund des fehlenden Tatbestandsmerkmals der Eindringlichkeit sei der objektive Tatbestand von Art. 135 StGB somit nicht erfüllt. Deshalb konnte offen gelassen werden, ob die Darstellungen einen schutzwürdigen kulturellen oder wissenschaftlichen Wert hatten. Der Angeklagte wurde aus diesen Gründen vom Vorwurf der Gewaltdarstellungen im Sinne von Art. 135 Abs. 1 StGB freigesprochen. ■

ANMERKUNGEN:

Bis heute befassten sich nur wenige Entscheide ausschliesslich mit Gewaltdarstellungen. Namentlich das Bundesgericht hat noch kein Urteil gefällt, das direkt Art. 135 StGB betraf.

Die «Brutalnorm» weist wenig präzise Konturen auf (vgl. TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997, Art. 135 N 1). Wegen der Kumulation von Ermessensbegriffen bereitet die Abgrenzung zwischen der legitimen oder doch zu tolerierenden und einer unerlaubten Darstellung von Gewalt erhebliche Schwierigkeiten (vgl. RIKLIN, Strafrechtliche Aspekte der Anwendung des neuen UWG auf Medienschaffende, in: AJP 1993, S. 620 ff., S. 624). Die Praxis soll für ein Mindestmass an Rechtssicherheit sorgen, indem sie den Tatbestand auf die wirklich krassen und eindeutigen Fälle einschränkt (STRATENWERTH/JENNY, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, 6. Aufl., Bern 2003, § 4 N 92).

Die Problematik der Norm zeigt sich auch beim vorliegenden Urteil, weil es sinngemäss die Straflosigkeit der im Internet abrufbaren Filmbilder mit den Unterschieden zu den strafbaren Blutgeilfilmszenen begründet. Wenn man den Film für strafbar hält, müsste man jedoch die Filmbilder wohl eher auch als strafbar bewerten, weil die geltend gemachten Abweichungen nicht derart bedeutsam sind. Die Eindringlichkeit wird mit der Begründung negiert, dass bei den Bildern Stilmittel wie die Aneinanderreihung von Gross- und Detailaufnahmen und eine akustische Einbettung nicht gegeben seien. Diese Begründung erscheint wenig plausibel, weil einerseits eine Abwechslung von Gross- und Detailaufnahmen gegeben ist und andererseits ein Tönhintergrund bei Abbildungen naturgemäss fehlt und wohl kaum das entscheidende Abgrenzungskriterium bilden kann. Was die satirische Komponente anbetrifft, muss auch von Bildadressaten ausgegangen werden, wel-

chen die Zürcher Wohlgroth-Besetzerszene und die filmische Vorgeschichte unbekannt sind, die also nicht wissen, ob die Filmfotos satirisch-provokativ gemeint sind oder nicht. Der Aspekt der Satire kommt jedenfalls nicht pointiert zum Ausdruck. Es erscheint fraglich, ob aufgrund der lachenden Zuschauer von Satire ausgegangen werden kann.

Wenn man mit TRECHSEL (a.a.O., Art. 135 N 4) davon ausgeht, dass die strafbaren Blutgeilfilmszenen krasse Beispiele von (grausamen) Gewalttätigkeiten darstellen, muss man sich fragen, welche Abbildungen ohne Tönhintergrund überhaupt das Erfordernis der Eindringlichkeit erfüllen können. Jedenfalls muss Art. 135 Abs. 1 StGB auch auf Abbildungen Anwendung finden können. Der Gesetzgeber hat nur Schriften vom Anwendungsbereich von Art. 135 StGB ausgeklammert (CASSANI, Les représentations illicites du sexe et de la violence, ZStrR 1993, S. 428 ff., 442 ff.; Amtl. Bull. NR 1989, Seite 713 und Botschaft vom 26.6.1985, BBl 1985 II, S. 1045 ff.), nicht aber Abbildungen (vgl. NIGGLI/WIPRÄCHTIGER-AEBERSOLD, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, Basel 2003, Art. 135 N 8 m.w.N.).

SILVAN FLUECKIGER, RECHTSANWALT, SOLOTHURN

Publicité comparative: des exigences sévères

Arrêt du Tribunal fédéral du
2 mai 2003 (4C.375/2002)

Entre le 20 mai et le 6 juin 2001, Y. avait repris à son compte les résultats d'une étude comparative effectuée par le magazine d'information des consommateurs Z. au printemps 2001, portant sur les prix pratiqués dans le secteur de la lunetterie et qui concernait une douzaine d'opticiens dont X. et Y.. Elle avait fait paraître dans plusieurs journaux suisses un article publicitaire, aux termes duquel elle affirmait notamment être «leader du marché suisse de l'optique» et «le moins cher». Cet article contenait un tableau chiffré avec des explications sur les prix pratiqués dans le secteur de l'optique. X. a requis des mesures provisionnelles à l'encontre de Y., afin de faire cesser cette campagne publicitaire jugée trompeuse et mensongère. La Cour de justice du canton de Genève a rejeté cette requête. Le 3 septembre 2001, X. a assigné Y. devant la Cour de justice genevoise pour faire constater le caractère illicite de l'article publicitaire de Y., lui faire interdiction d'utiliser certaines phrases et ordonner la publication du dispositif de l'arrêt. La Cour de justice l'ayant déboutée, X. recourt en réforme au Tribunal fédéral, qui lui donne raison.

Selon les juges de Mon-Repos, la cour cantonale a violé le droit fédéral en admettant l'objection des «unclean hands» soulevée par la défenderesse. La volonté du législateur est que tout concurrent lésé par des agissements contraires à la bonne foi doit pouvoir exercer les actions prévues par la loi. Par ailleurs, en raison du caractère tridimensionnel du droit de la concurrence, aussi bien les concurrents que la collectivité et les consommateurs sont protégés. Dans le domaine de la publicité comparative, «l'accent est mis au premier chef sur la protection du consommateur et la transparence des informations qu'elle suppose». D'autre

part, pour déterminer si une publicité comparative contient des indications inexactes ou fallacieuses, le juge doit se placer du point de vue du destinataire. Ce qui importe, c'est le sens que le lecteur est fondé de bonne foi à donner à la publicité selon l'expérience de la vie et les circonstances du cas particulier. «Il s'agit d'un acheteur suisse moyen, non professionnel et normalement doué». Selon le Tribunal fédéral, il se justifie de «poser des exigences relativement sévères, s'agissant d'apprécier le caractère trompeur d'une publicité comparative, sous peine d'ouvrir la porte à tous les abus». En l'espèce, Y. a reproduit le tableau comparatif du magazine Z. d'une façon tronquée et a inversé l'ordre de présentation, mais elle a surtout complété le tableau par une information inexacte. Y. avait en effet ajouté une colonne «Total» à son tableau, faisant croire au lecteur que ladite colonne se trouvait déjà dans le tableau repris de Z.. Cet agissement suffit à rendre son comportement déloyal. L'indication inexacte est en outre de nature à tromper le public cible. «Le risque de tromperie du public suffit pour qu'une publicité comparative puisse être qualifiée de fallacieuse. Tolérer que des prix soldés et des prix normaux soient mis sur un pied d'égalité sans plus ample précision est manifestement contraire à ce principe». Enfin, le Tribunal fédéral considère que l'article publicitaire litigieux viole également les principes concernant la publicité superlative. Ayant admis enfin un intérêt légitime de X. à constater judiciairement l'illicéité des affirmations de Y., le Tribunal fédéral fait donc droit à la conclusion constatatoire. Il admet également la conclusion en interdiction de trouble, mais rejette en revanche la demande en publication de l'arrêt. ■

Limites de la satire religieuse à la radio

Décision de l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision, du 21 mars 2003 (b. 460)

Au lendemain de Pâques 2002, «La Soupe est pleine», émission satirique hebdomadaire de la Radio suisse romande, avait notamment assimilé la résurrection du Christ à un «bobard» de 1^{er} avril et raillé l'eucharistie. Les plaignants ont fait valoir qu'il s'agissait là d'une attaque grossière contre la foi des chrétiens. Selon l'AIEP, la satire peut porter sur tous les sujets, religion comprise. Mais par ailleurs, les sentiments religieux doivent être protégés en tant que tels. Il s'agit donc de mettre en balance la liberté d'opinion et la liberté de croyance. L'AIEP admet qu'il y a une violation du droit des programmes lorsque les éléments essentiels de la foi sont touchés; mais il faut qu'ils le soient d'une manière notable («erheblich»). Cette précision constitue

un changement de jurisprudence. En l'espèce, l'AIEP constate que les expressions utilisées dans les deux sketches incriminés n'ont pas heurté le domaine sensible des sentiments religieux d'une manière notable. Certes, le contenu des sketches était parfois de mauvais goût, mais cela n'est pas du ressort de l'AIEP. L'émission n'a donc pas violé le mandat culturel de l'art. 3 al. 1 LRTV. Pour la première fois, la décision de l'AIEP est complétée par une opinion dissidente. ■

REMARQUES:

On le dira tout net, la présente décision ne marque pas une simple évolution de la jurisprudence, mais une véritable révolution. En effet, l'AIEP fait désormais fi du délicat équilibre entre l'acceptable et l'inacceptable qu'elle avait consacré jusqu'alors au fil de ses nombreux prononcés dans une matière aussi sensible que la satire des sentiments religieux (dernier exemple en date sa décision du 6 décembre 2002). En bref, la religion n'était pas en soi un sujet qui échappait à la plaisanterie; mais il ne fallait pas dépasser certaines limites: si l'on pouvait railler l'Eglise en tant qu'institution, on ne pouvait s'en prendre aux éléments centraux de la foi. Pondérant sagement les intérêts des humoristes et des chrétiens convaincus, cette ligne de démarcation avait aussi l'avantage d'être claire, car objective; définis dans les dogmes, ces «essentialia» sont aisément reconnaissables, tel, dans le cas qui nous occupe, la croyance en la résurrection du Christ ou le sacrement de l'eucharistie.

Et voilà maintenant que l'AIEP - dans sa majorité, car trois de ses membres ont, heureuse première à notre connaissance, publié leur opinion dissidente - livre les fondements de la foi à la pâture des esprits moqueurs, à condition que l'atteinte ne soit pas «notable». Il ne s'agit pas seulement d'une regrettable élévation du seuil du tolérable, mais aussi d'un dérapage qualitatif. De purement objectif, le critère est en effet devenu subjectif, car le caractère notable ou non de l'atteinte est affaire d'appréciation; et en matière de liberté religieuse, l'appréciation échappe au raisonnement pour ne dépendre que des convictions personnelles. A témoin la célèbre affaire du crucifix de l'école Cadro (ATF 116 la 252): la décision de le faire tomber du mur de la classe a finalement été prise par trois juges fédéraux protestants contre deux juges catholiques...

L'arbitraire guette donc; et vu le monde toujours plus déchristianisé que nous connaissons, il est à craindre que la minorité des pratiquants ne fasse les frais de la complaisance de l'AIEP. A cet égard, déjà la présente décision ne présage rien de bon. En effet, on ne comprend pas pourquoi les atteintes en l'espèce n'ont pas été qualifiées de notables. A cela, il y avait pourtant trois bonnes raisons. Premièrement la violence des propos: il ne s'agissait pas d'impertinences mais de grossièretés destinées à blesser les chrétiens et à les faire passer pour de méprisables arriérés. Deuxièmement, ces railleries ont été proférées à une période particulièrement sensible, celle de Pâques. Comme l'a justement relevé le Conseil de la presse dans sa décision 19/2002 concernant deux articles irrévérencieux du Journal du Jura, on pourrait attendre plus de respect pour les convictions d'autrui en périodes de fêtes (en l'occurrence, les billets litigieux ont été publiés avant Noël). Enfin, les attaques émanent du diffuseur de service public, celui-là même dont la concession, à son article 3, lui enjoit expressément de veiller à «la cohésion» du pays. Or c'est faire peu de cas de la paix confessionnelle que de traîner dans la boue la foi chrétienne.

Anticipant les reproches, l'AIEP souligne d'emblée que ces moqueries se réduisent à quelques piques isolées qui doivent être examinées (et pardonnées) à l'aune de l'ensemble d'une émission parfaitement honorable. Voire: jamais une phrase assassine n'a perdu de son venin par la grâce de l'entier du discours, aussi édifiant soit-il.

PROF. BERTIL COTTIER, PRÉVERENGES

Chronique de la jurisprudence 2001/2002: Le droit civil de la personnalité

Franz Werro

Professeur à l'Université de Fribourg

Avec la collaboration de Grégoire Varone, lic. iur, assistant à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg

I. Droit civil/Zivilrecht

1. Erlaubtes Werturteil in politischer Debatte (Art. 10 EM-RK). (Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (2. Kammer) vom 12. Juli 2001 «Feldek c. Slowakei» (Beschwerde No 29032/95); *medialex* 2001, 237 f.).

2. Zulässige Werturteile im politischen Diskurs (Art. 10 EM-RK). (Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (3. Kammer) vom 26. Februar 2002 (Dichand u.a. c. Österreich, N° 29271/95) und «Unabhängige Initiative Informationsvielfalt c. Österreich» (No 28525/95); *medialex* 2002, 97 f.; AJP/PJA 2002, 1484).

3. Exemplarische Berichterstattung über Missstände (Art. 28, 28a ZGB). (Bundesgerichtsentscheid vom 15. Mai 2002 (5C.31/2002); *medialex* 2002, 209 ff.).

4. UFO-Sekten-Streit: Keine Persönlichkeitsverletzung (Art. 28, 28a ZGB). (Bundesgerichtsentscheid vom 6. Juni 2002 (5C.252/2001); plädoyer 2002, 59).

5a. Livre sur Ben Laden: La justice genevoise compétente (art. 68 al. 1 lit. e OJ). (Arrêt du Tribunal fédéral du 4 juillet 2002 (5C.110/2002); *medialex* 2002, 163).

5b. Livre sur Ben Laden: Levée de l'interdiction provisoire de vente (art. 28, 28a CC). (Arrêt du Tribunal fédéral du 17 décembre 2002 (5P.362/2002); plädoyer 2003, 59).

6. Zeitungsartikel über das Schächtverbot (Art. 8, 28 ZGB). (Bundesgerichtsentscheid vom 13. November 2002 (5C.155/2002), BGE 129 III 49; *medialex* 2003, 55; AJP/PJA 2003, 686; sic! 2003, 225 ff.).

7. «Okay Media» (Art. 28, 28a ZGB). (Obergericht Zürich, 5. Oktober 2001; sic! 2002, 34 ff.).

8. Le droit de réponse se limite aux faits (art. 28g CC). (Arrêt de la Cour de justice de Genève du 26 septembre 2002 (C/17277/2002); *medialex* 2002, 219 f.).

II. UWG-Zivilrecht

1. Fall Hertel II: EGMR schützt Bundesgericht (Art. 10 EM-RK, Art. lit. a UWG). (Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (3. Kammer) vom 17. Januar 2002 (Hertel c. Schweiz, N° 53440/99); *medialex* 2002, 95 f.; AJP/PJA 2002, 1484; plädoyer 2002; VPB 2002 Nr. 121 S. 1340 ff.).

2. Protection du nom de domaine «Montana.ch» (art. 29 CC, art. 3 let. d LCD). (Arrêt du Tribunal fédéral du 23 juillet 2002 (4C.25/2002), ATF 128 III 353; *medialex* 2002, 215 s; plädoyer 2002, 62; sic! 2002, 766 ff.; SJ 2003 I, 1 ss).

3. Städtename Luzern als Domainname (Art. 29 ZGB). (Bundesgerichtsentscheid vom 23. Juli 2002 (4C.9/2002); *medialex* 2002, 216; sic! 2002, 860 ff; Vorinstanz: *medialex* 2002, 49).

4. «www.frick.ch» gehört der Gemeinde Frick (Art. 29 ZGB). (Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 30. August 2001 (OR.2001.0001); *medialex* 2001, 229 ff.).

5a. «www.djbobo.de» gehört DJ Bobo. (Urteil des Kantonsgerichts Nidwalden vom 7. November 2001 (13/00 Z); *medialex* 2002, 102; AJP/PJA 2002, 1488, 1492).

5b. «www.djbobo.de»: Domainname geschützt. (Bundesgerichtsentscheid vom 7. November 2002 (4C.141/2002); *medialex* 2003, 118).

1. Jugements de valeur dans le débat politique (Arrêt I/1)

La Cour européenne des droits de l'homme a étoffé sa jurisprudence concernant les jugements de valeur dans le débat politique. La condamnation par les juges slovaques de M. Feldek à la publication d'une lettre rectificative, suite aux accusations de «passé fasciste» qu'il avait lancées contre le ministre de la culture et de l'éducation, a été jugée contraire à l'art. 10 CEDH (*medialex* 2001, p. 237s., avec le commentaire de F. ZELLER). Cet arrêt précise l'opinion de la Cour sur deux points.

Premièrement, les juges de Strasbourg ont rappelé que les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un homme politique visé en cette qualité qu'à l'égard d'un simple particulier. La liberté d'expression a en effet une signification particulière dans le contexte du débat politique et elle ne doit être limitée que pour des raisons particulièrement impérieuses. Permettre de larges restrictions dans tel ou tel cas affecterait sans nul doute le respect de la liberté d'expression en général dans l'Etat concerné.

Deuxièmement, la Cour a rappelé que sa pratique distingue entre faits et jugements de valeur: si la preuve de la véracité des premiers est une restriction admissible de la liberté d'expression, une telle exigence au sujet des seconds est incompatible avec l'art. 10 CEDH. En revanche, lorsqu'un jugement de valeur ne repose pas sur une base factuelle suffisante, il peut se révéler excessif. Quant à la question de savoir si l'exposé des faits doit systématiquement accompagner le jugement de valeur, les juges de Strasbourg y ont répondu par la négative: la nécessité d'un lien entre un jugement de valeur et les faits qui l'étayaient peut varier selon les cas.

En l'espèce, la déclaration du requérant avait été rédigée dans un contexte éminemment politique. En outre, le jugement de valeur formulé se fondait sur des informations déjà connues du grand public, notamment en raison de la bibliographie même du ministre en question. Par conséquent, la sanction – déjà peu sévère – prononcée contre M.

Feldek, a été jugée disproportionnée au sens de l'art. 10 CEDH.

A noter que ces principes ont été confirmés dans deux arrêts postérieurs, à savoir «Dichand et autres c. Autriche» (requête n° 29271/95) et «Unabhängige Initiative Informationsvielfalt c. Autriche» (requête n° 28525/95).

2. La critique exemplative retrouve sa légitimité (Arrêt I/3)

Dans cette affaire (*medialex* 2002, p. 209 ss, avec le commentaire de F. RIKLIN), le TF avait à juger de la licéité d'un article paru dans la revue «Beobachter», qui dénonçait les pratiques critiquables en vigueur dans nombre d'établissements médico-sociaux (EMS). Un EMS situé à Brunnen (SZ) avait été particulièrement stigmatisé: ses responsables, s'estimant lésés dans leurs droits de la personnalité, portèrent le cas devant la justice. S'il n'est pas nécessaire de passer en revue le détail de toutes les allégations que le TF a examinées, deux points retiendront ici notre attention.

Premièrement, le TF a été amené à préciser sa jurisprudence concernant le problème de la *critique exemplative* (*exemplifizierende Kritik*). Dans l'arrêt *Contra-Schmerz* (ATF 124 III 72; *medialex* 1998, p. 100 ss, avec le commentaire de U. SAXER), le TF avait en effet jugé qu'il est contraire à la LCD de donner, dans une émission télévisée, une information négative sur un produit décrit nommément, par laquelle est éveillée l'impression fautive que le caractère négatif est spécifique au produit, alors qu'il s'agit de l'attribut commun d'un groupe de produits. Les juges de Strasbourg avaient en outre approuvé cette décision sous l'angle de l'art. 10 CEDH (*medialex* 2001, p. 101 ss, avec le commentaire de U. SAXER). Notre Haute Cour a maintenant - fort heureusement - précisé la portée de cette jurisprudence en soulignant que l'arrêt rendu avait été motivé par le fait que le nombre de produits en cause était relativement restreint. Face à la multitude d'EMS, une présentation comparative de tous les établissements est pratiquement impossible. Dans un tel cas, une critique exemplative est permise à condition qu'elle n'éveille pas l'impression que le manquement en question ne concerne précisément que le cas donné en exemple.

Deuxièmement, le TF a émis quelques remarques importantes concernant la licéité de la critique d'un acteur du *domaine de la santé publique*. Il existe un intérêt public éminent à une information dans ce domaine; cet intérêt peut justifier une atteinte aux droits de la personnalité d'institutions privées. Celui qui offre des services dans le délicat secteur des soins et de l'encadrement des personnes âgées ne peut pas invoquer le droit des «communs mortels» à ne pas être nommément cités: il n'est à cet égard pas nécessaire qu'il puisse être qualifié de personne publique (absolute oder relative Person der Zeitgeschichte).

3. Quelques illustrations de la marge de manœuvre des juges lors de l'appréciation du caractère attentatoire à l'honneur d'une déclaration

Selon les formules consacrées du TF, «pour juger si une déclaration est propre à porter atteinte à la considération d'une personne, il faut utiliser des critères objectifs et se placer du point de vue du *lecteur moyen*, en tenant compte également du *contexte* dans lequel la déclaration a été publiée» (arrêt «Bin Laden» du 17 décembre 2002, consid. 2 et réf.). En outre «n'importe quelle incorection, imprécision, généralisation ou raccourci ne suffit pas à faire apparaître un compte-rendu comme inexact dans son ensemble; un écrit ne sera considéré comme *globalement* inexact et attentatoire aux droits de la personnalité que s'il ne correspond pas à la réalité sur des points essentiels et fait apparaître la personne concernée sous un faux jour ou en donne une image faussée à tel point que cette personne s'en trouve sensiblement rabaisée dans l'estime de ses semblables» (idem).

Les citations reproduites ci-dessus contiennent trois critères fréquemment utilisés par le TF pour analyser le caractère attentatoire à l'honneur d'une déclaration: la perception du *lecteur moyen*, le *contexte* qui accompagne la publication, et l'*impression générale* qui se dégage de l'écrit en cause. Les arrêts qui suivent illustrent la marge d'appréciation que ces critères confèrent aux juges.

a) Arrêt «Raël»: le lecteur moyen connaît le sens pénal du terme «escroc» (Arrêt I/4)

Dans cet arrêt, le TF a jugé contraire aux droits de la personnalité un article qui critiquait sévèrement la secte des Raéliens et traitait notamment son chef d'escroc. Il a approuvé l'opinion des juges cantonaux, pour qui les attaques portées dans le journal étaient inutilement blessantes et donc illicites; il a retenu que les conditions de l'escroquerie au sens de l'art. 146 CP n'étaient pas réunies. Le défendeur a essayé en vain de se défendre en invoquant le fait qu'il avait voulu utiliser le terme «escroc» dans son sens populaire, et non pénal: le TF a rappelé que dans le domaine des droits de la personnalité, c'est bien la perception objective du lecteur moyen qui est décisive, lequel pouvait en l'occurrence comprendre le terme «escroc» dans son sens pénal.

b) Arrêt «Bin Laden»: un lecteur moyen «à deux degrés»? (Arrêt I/5b)

Dans cet arrêt, le TF a confirmé la levée de l'interdiction provisoire de vente qui pesait sur le livre «Bin Laden, la vérité interdite». Le demi-frère d'Ossama Bin Laden, Yeslam Bin Laden, ainsi que la société Saudi Investment Company, SICO SA, avaient saisi la justice genevoise, estimant que

L'ouvrage portait atteinte à leur honneur en donnant au lecteur l'impression générale qu'ils étaient impliqués dans les attentats perpétrés aux Etats-Unis le 11 septembre 2001.

Saisi d'un recours de droit public, le TF a estimé que les juges genevois pouvaient sans arbitraire affirmer (1) qu'un lecteur moyen ne retiendrait que la thèse majeure proposée par les auteurs – à savoir que le régime saoudien aurait couvé en son sein le mouvement taliban et les mouvements terroristes que celui-ci suscitait – et (2) que même si un lecteur moyen s'intéressait à la personne d'un des membres de la nombreuse fratrie d'Ossama Bin Laden ou aux sociétés qu'elle possède, il n'en retiendrait pas pour autant que ceux-ci étaient «partie liée» avec les menées terroristes attribuées à Ossama Bin Laden, mais retiendrait seulement qu'ils entretiennent des liens pouvant être considérés comme usuels dans le monde des affaires avec la famille Bin Laden.

L'arrêt paraît convaincant. Relevons tout de même que le TF semble distinguer deux lecteurs moyens: il y a celui qui s'intéresse à un membre particulier de la fratrie d'Ossama Bin Laden et celui qui ne s'y intéresse pas. Le point surprend un peu: n'y a-t-il pas, par définition, qu'un seul et même lecteur moyen?

c) Arrêt «Schächtverbot»: toute incorrection ou généralisation ne doit pas être sanctionnée (Arrêt I/6)

En juin 2001, le journal «Der Bund» a publié le compte rendu d'une thèse sur les problèmes historiques et actuels de l'abattage des animaux selon le rite juif. L'article expliquait notamment que l'auteur de cette thèse avait apporté la preuve que les rangs des opposants à cette pratique comprenaient de nombreux antisémites. Parmi eux, l'article citait le défenseur de la nature E.K., déjà condamné en vertu de la norme anti-racisme (art. 261^{bis} CP) pour ses positions radicales sur la question du rite juif d'abattage, et affirmait que ce dernier avait entretenu des *contacts avec les milieux néonazis et révisionnistes*. E.K. a par la suite saisi la justice dans le but de faire constater que l'affirmation selon laquelle il avait entretenu des *contacts avec les milieux néonazis* était fautive et portait atteinte à sa personnalité, du moment que seuls ses contacts avec des révisionnistes avaient pu être prouvés.

L'opinion du tribunal cantonal de Thurgovie selon laquelle on ne peut tolérer l'amalgame entre révisionnisme et néonazisme n'a pas été suivie par le TF. Pour les juges fédéraux, si on peut envisager une telle distinction dans un autre contexte, il ne faut pas perdre de vue que celui qui minimise ou nie les crimes perpétrés par les national-socialistes, notamment le génocide du peuple juif, se solidarise avec la pensée national-socialiste. Partant, il peut aujourd'hui

d'hui être qualifié de néonazi, sans que ce rapprochement ternisse son image auprès du lecteur moyen davantage que s'il était simplement qualifié de révisionniste.

4. Arrêt «Okay Media»: la tentation d'une indemnité punitive ? (Arrêt I/7)

Dans cet arrêt, le Tribunal cantonal de Zurich a été saisi du cas d'une jeune femme qui avait accepté de distribuer contre rémunération des préservatifs devant l'entrée d'une discothèque zurichoise où avait lieu une manifestation de l'industrie pornographique. Elle fut à cette occasion photographiée et les clichés furent publiés à son insu dans un magazine pornographique.

Lors de l'examen de la licéité de l'atteinte, les juges ont rappelé que si la photographie d'une personne sur le domaine public est en soi permise, les circonstances qui accompagnent sa publication peuvent conduire à une atteinte à la personnalité: tel est le cas lorsqu'une personne figure à son insu sur un cliché publié dans un magazine pornographique. Ce point n'appelle pas de commentaire. En revanche, il en va différemment des considérants sur la sanction de l'atteinte: on peut faire deux observations.

Premièrement, le tribunal zurichois a estimé que lorsque la photographie d'une jeune femme n'ayant aucun rapport avec la pornographie ou la prostitution est publiée dans un magazine d'annonces pour prostituées, il faut *obligatoirement* («zwingend») déduire de l'expérience générale de la vie qu'il en résulte pour la victime un *tort moral*. Cette phrase est d'autant plus douteuse qu'elle était en l'occurrence inutile: en effet, les conditions d'un tort moral subjectif étaient en l'espèce réunies. On ne peut s'empêcher de penser que les juges cantonaux se sont en réalité servi du tort moral pour punir le comportement du média: le réflexe des juges est peut-être compréhensible, mais il ne faudrait pas perdre de vue que le tort moral a pour but de réparer une diminution du bien-être de la victime, et non de sanctionner l'auteur de l'atteinte (sur cette question cf. F. WERRO «La tentation des dommages-intérêts punitifs en droit des médias» in *medialex* 2002, p. 81 ss).

Deuxièmement, l'arrêt zurichois traite rapidement de la question de l'*action en constatation* du caractère illicite d'une atteinte à la personnalité par voie de médias, plus précisément par la publication de photographies. Rappelons brièvement que l'interprétation des art. 28 a al. 1 ch. 3 CC et 9 al. 1 let. c LCD a été l'objet d'une controverse doctrinale helvétique (cf. not. D. BARRELET in *medialex* 1996, p. 158 et *medialex* 2001, p. 233 s.; P. TERCIER in *medialex* 1997, p. 111 s.; F. WERRO in *medialex* 1998 p. 44 ss) qui a même divisé le TF: la deuxième Cour civile était d'avis que, pour que son action en constatation soit admise, le demandeur doit prouver que l'atteinte conserve des effets

concrets actuels, sauf lorsqu'elle peut-être qualifiée de grave, ces derniers étant alors présumés (cf. not. ATF 120 II 371 et réf.; ATF 123 III 385 et réf.). La première Cour civile estimait en revanche que le simple fait qu'une atteinte ait été fixée sur un support suffit à engendrer un trouble durable, dont les manifestations concrètes n'ont pas à être prouvées (cf. ATF 123 III 354). Dans un arrêt récent (ATF 127 III 481), la deuxième Cour civile s'est finalement ralliée à l'opinion de la première, mettant fin à la dispute.

4. Affaire HERTEL: dernier épisode (Arrêt II/1)

Avec son arrêt Hertel II, la Cour européenne des droits de l'homme a mis fin à la «saga judiciaire Hertel». On rappellera qu'en 1993, suite à un article de Hans Ulrich Hertel affirmant la nocivité pour l'homme de l'ingestion d'aliments préparés dans un four à micro-ondes, le Tribunal de commerce du canton de Berne a interdit à ce scientifique (1) d'affirmer que les aliments préparés dans les fours à micro-ondes sont dangereux pour la santé et (2) d'utiliser, dans des publications et dans des discours publics concernant les fours à micro-ondes, l'image de la mort.

Saisi d'un recours en réforme, le TF a ensuite confirmé ces interdictions, en développant l'argumentation suivante (ATF 120 II 76): si les déclarations faites dans les cercles académiques échappent à la sanction de la LCD, celles faites dans la sphère commerciale (i.e. accessibles au public profane) sont soumises à cette loi. La qualité de l'auteur des déclarations (concurrent ou non-concurrent) et son intention (volonté d'exprimer une opinion scientifique ou volonté de porter atteinte de façon déloyale au fonctionnement de la concurrence) ne jouent en outre aucun rôle lors de l'application de la LCD. Ainsi, du moment qu'elles sont accessibles au public, des allégations scientifiques qui ne correspondent pas aux connaissances reconnues par la science et qui ne font pas clairement état des controverses existant à leur propos sont déloyales au sens de l'art. 3 litt. a LCD: partant, elles ne sont pas protégées par la liberté d'expression. Deux critiques s'imposent déjà à ce stade: premièrement, le TF a opéré une distinction entre publication destinée au monde scientifique et publication destinée au grand public qui ne saurait convaincre (cf. F. WERRO in *medialex* 2/99, p. 101 s.). Deuxièmement, il a donné son aval à une sanction (i.e. l'interdiction absolue de publier le résultat de ses recherches) allant au-delà de la règle générale qu'il pose dans l'arrêt (i.e. le principe de l'interdiction de la publication d'une opinion scientifique minoritaire sans distance critique).

C'est précisément ce manque de proportionnalité dans la sanction que la Cour européenne des droits de l'homme, saisie d'un recours de M. Hertel, a ensuite condamné dans son arrêt Hertel I (*medialex* 4/98, p. 213 ss, avec le commentaire de U. SAXER). Celle-ci a estimé que l'atteinte à la liberté d'expression ne répondait pas à un besoin social impérieux, et que l'arrêt suisse violait par conséquent l'art. 10 CEDH. Pour les juges de Strasbourg, s'il est vrai que la Suisse dispose d'une marge d'appréciation en matière commerciale, et notamment dans le domaine de la concurrence, il faut la relativiser du moment que la participation d'un individu à un débat touchant l'intérêt général, comme la santé publique, est en jeu.

Fort de cette victoire, M. Hertel a introduit en 1998 une demande de révision devant le TF, par laquelle il comptait notamment obtenir la levée des interdictions qui pesaient toujours sur lui. Notre Haute Cour a cependant rejeté pour l'essentiel cette dernière, se contentant de restreindre la première interdiction aux allégations scientifiques destinées au grand public qui dénoncent les dangers des fours à micro-ondes *sans faire référence aux controverses existantes*. Ce faisant, le TF a malheureusement (1) persisté dans sa distinction étrange entre publication académique et publication grand public et (2) refusé de reconnaître que l'application de la LCD à un discours de nature idéale ou à tout autre discours tenu par un non-concurrent ne peut en réalité se justifier que dans les cas où l'auteur s'exprime avec *l'intention de porter atteinte de façon déloyale* au fonctionnement de la concurrence (à ce sujet, cf. F. WERRO in *medialex* 2/99, p. 102 et réf.).

Le cas a été porté une deuxième fois devant les juges de Strasbourg, qui ont rendu en janvier 2002 une décision d'irrecevabilité du recours interjeté par M. Hertel, qui certes déçoit, mais ne surprend pas, vu la retenue déjà adoptée dans l'arrêt Contra-Schmerz (*medialex* 2/01, p. 101 ss, avec le commentaire de U. SAXER). La Cour européenne des droits de l'homme a en effet estimé que, compte tenu de la marge d'appréciation des Etats dans le domaine commercial, la précision apportée par le TF – i.e. le fait de passer d'une interdiction absolue de publier le résultat de ses recherches à une interdiction de le publier sans référence aux controverses scientifiques – suffisait à faire apparaître l'atteinte aux droits du requérant comme proportionnée, donc acceptable au regard de l'art. 10 CEDH. Lorsque la liberté d'expression entre en conflit avec le droit suisse de la concurrence, c'est ainsi le noyau dur de l'art. 10 CEDH que la Cour entend protéger: seule l'interdiction absolue d'exprimer une opinion scientifique pouvant influencer sur la concurrence est jugée inacceptable (cf. U. SAXER in *medialex* 2/02, p. 95 ss). ■