

LE JUGEMENT

DAS URTEIL

«Kassensturz»-Aufnahmen mit versteckter Ton-Bild-Kamera

Bundesgerichtsentscheid vom 7. Oktober 2008 (6B_225/2008)

Die heimliche Tonaufnahme eines mangelhaften Beratungsgesprächs eines Versicherungsvertreters in einer Privatwohnung, das später mit Stimm- (und Gesichts-)verfremdung im Fernsehen ausgestrahlt wurde, verstösst in Bezug auf die für die Aufnahme und Ausstrahlung Verantwortlichen gegen Art. 179^{bis} Abs. 1 und 2 StGB (Aufnahmen fremder Gespräche), in Bezug auf die Gesprächsteilnehmerin gegen Art. 179^{ter} Abs. 1 StGB (Unbefugtes Aufnehmen von Gesprächen). Verneinung des Vorliegens des Rechtfertigungsgrundes der Wahrnehmung berechtigter Interessen und der Berufspflicht.

L'enregistrement sonore clandestin – diffusé à la télévision avec une voix modifiée – d'un conseiller d'assurance peu scrupuleux, en action dans un appartement privé contrevient aux articles 179^{bis} CP (écoute et enregistrement de conversations entre d'autres personnes) et 179^{ter} CP (enregistrement non autorisé de conversations). Ni l'intérêt public prépondérant ni le devoir professionnel n'a été retenu in casu.

Sachverhalt (Zusammenfassung):

Auf Grund von Jahresberichten der Ombudsstelle für Privatversicherungen und Zuschriften von Zuschauern an die Redaktion der Fernsehsendung «Kassensturz» ergab sich, dass sich Versicherungsnehmer über Mängel bei der Beratung durch Versicherungsvertreter beklagten. Deshalb bereitete eine Redaktorin der Sendung einen Beitrag über Kundenberatungen durch Versicherungsvertreter für gemischte Lebensversicherungen vor. Sie vereinbarte mit dem Redaktionsleiter der Sendung und mit dem Chefredaktor von SF DRS, dass konkrete Beratungsgespräche mit Versicherungsvertretern mit versteckter Ton-Bild-Kamera aufgenommen werden, um Fehlleistungen von Versicherungsvertretern bei den Beratungsgesprächen zu dokumentieren. Solche Beratungsgespräche wurden in der Privatwohnung einer Kollegin der Redaktorin durchgeführt und von einem Versicherungsexperten kommentiert und beurteilt. Ein solches Gespräch fand am 26.2.2003 statt. Eingeladen war der Vertreter eines Versicherungsunternehmens, der auf telefonische Anfrage hin erschienen war. Eine Journalistin von SF DRS (im Entscheid als Beschwerdeführerin 4 bezeichnet) gab sich als Kundin aus und gab vor, dass sie sich für den Abschluss einer Lebensversicherung der Säule 3a interessiere. Das Gespräch wurde mit zwei Ton-Bild-Kameras in ein Nebenzimmer übertragen, wo sich die Redak-

torin und der Versicherungsexperte befanden und die Ton- und Bildaufnahmen auf einem Monitor mitverfolgten sowie ein Kameramann und eine Tontechnikerin, die das Gespräch aufzeichneten. Nach dessen Abschluss gaben sich die Beteiligten zu erkennen. Die Redaktorin hielt dem Versicherungsvertreter gestützt auf die Einschätzung des Versicherungsexperten vor, dass er eine schlechte Vorsorgeberatung geleistet und kapitale Fehler gemacht habe. Der Betroffene lehnte eine Stellungnahme ab.

In der Folge beschlossen der Chefredaktor und der Redaktionsleiter, das aufgezeichnete Beratungsgespräch in einer kommenden Sendung (auszugsweise) auszustrahlen. Das Versicherungsunternehmen wurde schriftlich angefragt, ob es zum Beratungsgespräch und zur dagegen erhobenen Kritik Stellung nehmen wolle, wobei zugesichert wurde, dass die Aufnahmen des Gesichts und der Stimme seines Vertreters bei der Ausstrahlung des Gesprächs verfremdet würden. Das Unternehmen lehnte eine Stellungnahme ab und der Interviewte versuchte vergeblich, mit einer zivilrechtlichen vorsorglichen Massnahme die Ausstrahlung zu verhindern.

In der Sendung «Kassensturz» vom 25.3.2003 wurden Ausschnitte aus dem Beratungsgespräch ausgestrahlt, wobei

die Aufnahmen des Gesichts und der Stimme des Versicherungsverteters unkenntlich gemacht wurden.

Der erstinstanzliche Richter sprach den Chefredaktor, den Redaktionsleiter und die Redaktorin vom Vorwurf des Abhörens und Aufnehmens fremder Gespräche im Sinne von Art. 179^{bis} Abs. 1 und 2 StGB sowie die Journalistin, die sich als Kundin ausgegeben hatte (Beschwerdeführerin 4), vom Vorwurf des unbefugten Aufnehmens von Gesprächen im Sinne von Art. 179^{ter} Abs. 1 StGB frei. Auf Berufung der Oberstaatsanwaltschaft des Kt. Zürich und des Geschädigten hin verurteilte das Obergericht des Kantons Zürich Chefredaktor, Redaktionsleiter und Redaktorin wegen Aufnehmens fremder Gespräche im Sinne von Art. 179^{bis} Abs. 1 und 2 StGB sowie Verletzung des Geheim- oder Privatbereichs durch Aufnahmegeräte im Sinne von Art. 179^{quater} Abs. 1 und 2 StGB und die «Kundin» (Beschwerdeführerin 4) wegen unbefugten Aufnehmens von Gesprächen im Sinne von Art. 179^{ter} Abs. 1 StGB und Verletzung des Geheim- oder Privatbereichs durch Aufnahmegeräte im Sinne von Art. 179^{quater} Abs. 1 StGB zu bedingten Geldstrafen.

Aus den Erwägungen:

2-4 (Erw. 1, welche die Rückweisung der Akten an die Vorinstanz zur neuen Entscheidung in Bezug auf den behaupteten Verstoss gegen Art. 179^{quater} StGB wegen Verletzung des Anklagegrundsatzes, eventualiter des Rechts auf Verteidigung begründet, wird nachstehend übersprungen)

2.1 Gemäss Art. 179^{bis} StGB wird wegen Abhörens und Aufnehmens fremder Gespräche, auf Antrag, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer ein fremdes nichtöffentliches Gespräch, ohne die Einwilligung aller daran Beteiligten, mit einem Abhörgerät abhört oder auf einen Tonträger aufnimmt (Abs. 1); wer eine Tatsache, von der er weiss oder annehmen muss, dass sie auf Grund einer nach Absatz 1 strafbaren Handlung zu seiner Kenntnis gelangte, auswertet oder einem Dritten bekannt gibt (Abs. 2); wer eine Aufnahme, von der er weiss oder annehmen muss, dass sie durch eine nach Absatz 1 strafbare Handlung hergestellt wurde, aufbewahrt oder einem Dritten zugänglich macht (Abs. 3). Nach Art. 179^{ter} StGB wird wegen unbefugten Aufnehmens von Gesprächen, auf Antrag, mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft, wer als Gesprächsteilnehmer ein nichtöffentliches Gespräch, ohne die Einwilligung der anderen daran Beteiligten, auf einen Tonträger aufnimmt (Abs. 1); wer eine Aufnahme, von der er weiss oder annehmen muss, dass sie durch eine nach Absatz 1 strafbare Handlung hergestellt wurde, aufbewahrt, auswertet, einem Dritten zugänglich macht oder einem Dritten vom Inhalt der Aufnahme Kenntnis gibt (Abs. 2).

2.2 Die Beschwerdeführer machen geltend, diese Tatbestände seien vorliegend nicht erfüllt. Das Gespräch zwischen der Beschwerdeführerin 4 und dem Beschwerdegegner sei

kein nichtöffentliches gewesen. Es habe nicht den Geheim- oder Privatbereich des Beschwerdegegners betroffen. (...).

2.3 Das Gespräch zwischen der Beschwerdeführerin 4 und dem Beschwerdegegner war offensichtlich ein nichtöffentliches Gespräch, da es in der privaten Wohnung einer Kollegin der Beschwerdeführerin 3 geführt wurde und nicht von unbestimmt vielen Personen hätte wahrgenommen werden können. Dass das Gespräch über Versicherungsfragen allenfalls nicht den Geheim- oder Privatbereich des Beschwerdegegners betraf, ist unerheblich. Wohl sind Art. 179^{bis} und Art. 179^{ter} StGB im Dritten Titel des Strafgesetzbuches betreffend «Strafbare Handlungen gegen die Ehre und den Geheim- oder Privatbereich» (Art. 173-179^{novies} StGB) eingereiht. Daraus folgt aber nicht, dass ein Gespräch nur unter den Schutzbereich von Art. 179^{bis} und Art. 179^{ter} StGB fällt, wenn es den Geheim- oder Privatbereich desjenigen Gesprächsteilnehmers betrifft, ohne dessen Einwilligung es auf einen Tonträger aufgenommen wurde. Durch Art. 179^{bis} und Art. 179^{ter} StGB wird ein Gespräch geschützt, wenn und weil es nichtöffentlich ist, auch wenn es keine Tatsachen zum Inhalt hat, die zum Geheim- oder Privatbereich eines Gesprächsteilnehmers gehören. Die Tatbestände von Art. 179^{bis} und Art. 179^{ter} StGB unterscheiden sich insofern vom Tatbestand von Art. 179^{quater} StGB, welcher nur Tatsachen aus dem Geheimbereich oder nicht jedermann ohne weiteres zugängliche Tatsachen aus dem Privatbereich eines anderen schützt. (...).

2.4 Das Gespräch.... wurde von Mitarbeitenden des Fernsehens SF DRS, die sich in der Wohnung in einem Nebenzimmer aufhielten, aufgenommen. Bis anhin ist die Identität dieser Mitarbeitenden, offenbar ein Kameramann und eine Tontechnikerin, unbekannt geblieben und gegen sie kein Strafverfahren eröffnet worden (...).

2.5.1 Die Beschwerdeführer 1-3 waren in ihrer Eigenschaft als Chefredaktor, Redaktionsleiter und Redaktorin an der Planung und Entschlussfassung massgeblich beteiligt und sind daher in Bezug auf die Straftat des Aufnehmens fremder Gespräche auf einen Tonträger (Art. 179^{bis} Abs. 1 StGB) als Mittäter zu qualifizieren. Für die Beschwerdeführer 1-3 war das Gespräch zwischen der Beschwerdeführerin 4 und dem Beschwerdegegner ein fremdes, da sie daran nicht teilnahmen. Die Beschwerdeführer 1-3 handelten offensichtlich mit Wissen und Willen und somit vorsätzlich.

2.5.2 Das am 26. Februar 2003 aufgezeichnete Gespräch wurde aufgrund eines von den Beschwerdeführern 1-3 in der Folge gemeinsam gefassten Entschlusses in der Fernsehsendung «Kassensturz» vom 25. März 2003 auszugsweise ausgestrahlt, wobei die Tonaufnahme der Stimme des Beschwerdegegners verfremdet und die Bildaufnahme des Gesichts durch Verpixelung offenbar weitgehend unkenntlich gemacht wurden. Dadurch haben die Beschwerdeführer 1-3 vorsätzlich und in mittäterschaftlichem Zusammenwirken im Sinne von Art. 179^{bis} Abs. 2 StGB eine Tatsache, von der

sie wussten, dass sie auf Grund einer nach Absatz 1 strafbaren Handlung zu ihrer Kenntnis gelangte, Dritten bekannt gegeben. Den Tatbestand von Art. 179^{bis} Abs. 2 StGB kann auch erfüllen, wer zuvor das Gespräch, aus welchem er Tatsachen Dritten bekannt gibt, selber als Täter oder Mittäter auf einen Tonträger aufgenommen hat. Jedenfalls wenn der Entschluss zur Bekanntgabe an Dritte, wie im vorliegenden Fall, erst nach der Aufnahme des Gesprächs auf einen Tonträger gefasst wird, liegt gemäss den zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil (...) Realkonkurrenz vor.

2.5.3 Die Beschwerdeführer 1–3 haben somit nach der zutreffenden Auffassung der Vorinstanz den Tatbestand des Aufnehmens fremder Gespräche im Sinne von Art. 179^{bis} Abs. 1 und 2 StGB objektiv und subjektiv erfüllt.

2.6.1 Die Beschwerdeführerin 4 hat das Gespräch, an dem sie teilnahm, nicht selber auf einen Tonträger aufgenommen. Sie war an der Ausführung der Tathandlung des Aufnehmens des Gesprächs nicht massgeblich beteiligt. Zwar musste sie jeweils an ihrem verborgenen Mikrofon den Schalter auf «on» stellen, wenn sie sprach, doch ist dies kein Mittäterschaft begründender Tatbeitrag, wovon zu Recht auch die Vorinstanz ausgeht. Die Beschwerdeführerin 4 hat auch an der Planung und Entschlussfassung, das Gespräch auf einen Tonträger aufzunehmen, nicht massgeblich mit den Beschwerdeführern 1–3 mitgewirkt.

Die Beschwerdeführerin 4 hat jedoch in Kenntnis der Umstände und im Einverständnis damit das Gespräch mit dem Beschwerdegegner geführt. Sie leistete damit als Hauptbeteiligte einen wesentlichen Tatbeitrag. Denn das Aufnehmen des Gesprächs war nur möglich, wenn ein solches überhaupt geführt wurde.

2.5.2 (recte **2.6.2**) Allerdings kann die Beschwerdeführerin 4 den Tatbestand von Art. 179^{bis} StGB nicht erfüllen, da sie am Gespräch teilnahm. Die Beschwerdeführer 1–3 ihrerseits können den Tatbestand von Art. 179^{ter} StGB nicht erfüllen, da sie am Gespräch nicht teilnahmen. (...).

2.5.3 (recte **2.6.3**) Die Verurteilung der Beschwerdeführerin 4 wegen unbefugten Aufnehmens von Gesprächen im Sinne von Art. 179^{ter} Abs. 1 StGB verstösst somit nicht gegen Bundesrecht.

3.1 Die Beschwerdeführer machen geltend, die inkriminierte Aufnahme des Gesprächs auf einen Tonträger und die auszugsweise Ausstrahlung des Gesprächs in einer Fernsehsendung seien nicht rechtswidrig. Zur Begründung führen sie zusammengefasst im Wesentlichen aus, bei der gebotenen Berücksichtigung der Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 BV), der Medienfreiheit (Art. 17 BV), der Aufgaben des Journalisten in einer demokratischen Gesellschaft und der dabei zu beachtenden Sorgfaltspflichten sei das inkriminierte Verhalten vor allem durch den aussergesetz-

lichen Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen sowie auch durch den Rechtfertigungsgrund der Berufspflicht (Art. 32 aStGB, Art. 14 StGB) gerechtfertigt. Die Information über Missstände in den Beratungsgesprächen im Versicherungsgeschäft liege im öffentlichen Interesse. Es sei notwendig gewesen, ein konkretes Beratungsgespräch mit einem Versicherungsvertreter aufzuzeichnen und auszugsweise in einer Fernsehsendung auszustrahlen, um die Behauptung eines herrschenden Missstandes betreffend die Qualität der Beratungsgespräche im Versicherungsgeschäft zu dokumentieren und einerseits gegenüber dem Fernsehpublikum und andererseits – im Falle eines gegen die Journalisten angestregten Zivil- und/oder Strafverfahrens – gegenüber den Behörden zu beweisen. Die Aufzeichnung eines konkreten Beratungsgesprächs sei insoweit der einzig mögliche Weg gewesen. Ohne eine solche Aufzeichnung stünden Aussage gegen Aussage und befänden sich die Journalisten in einem für sie riskanten Beweisnotstand, wodurch die Erfüllung ihrer Aufgaben erschwert würde. (...).

3.2 Der aussergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen setzt nach der Rechtsprechung voraus, dass die Tat ein zur Erreichung des berechtigten Ziels notwendiges und angemessenes Mittel ist, sie insoweit den einzig möglichen Weg darstellt und offenkundig weniger schwer wiegt als die Interessen, welche der Täter zu wahren sucht (BGE 134 IV 216 E. 6.1; BGE 127 IV 122 E. 5c, 166 E. 2b; 126 IV 236 E. 4b, je mit Hinweisen).

Es ist vorliegend nicht darüber zu befinden, ob und unter welchen Voraussetzungen im Rahmen von (verdeckten) journalistischen Recherchen die Aufzeichnung eines nicht-öffentlichen Gesprächs ohne die Einwilligung aller daran Beteiligten durch den aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen gerechtfertigt sein kann. Zu entscheiden ist hier einzig der konkrete Fall.

3.3 (Darstellung der Position der Vorinstanzen)

3.4 Es besteht grundsätzlich ein erhebliches Interesse einer breiteren Öffentlichkeit an der Information über allfällige Missstände in der Kundenberatung im Versicherungsgeschäft. Dieses Interesse kann offenkundig schwerer wiegen als die Verletzung der Rechtsgüter des Beschwerdegegners durch Aufzeichnung eines Beratungsgesprächs und dessen (auszugsweise) Ausstrahlung in einer Fernsehsendung unter Verfremdung der Stimme.

3.5 Journalisten können sich für ihre Berichterstattung auf den aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen auch berufen, wenn an sich die Möglichkeit bestünde, den Rechtsweg zu beschreiten. Die Information der Öffentlichkeit auch über Missstände aller Art gehört zu den Aufgaben der Journalisten. Diesen kann daher nicht entgegengehalten werden, dass beispielsweise die Möglichkeit bestanden hätte, die in der Berichterstattung angegriffene Person bei den Strafverfolgungsbehörden

oder bei einer allfälligen Aufsichtsbehörde anzuzeigen. Insoweit haben Journalisten eine besondere Stellung, die sich namentlich aus der Medienfreiheit (Art. 17 BV) ergibt.

3.6 Der aussergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen setzt voraus, dass das inkriminierte Verhalten ein notwendiges Mittel zur Erreichung des angestrebten berechtigten Ziels ist. Erforderlich ist mithin, dass dieses Ziel nicht auf andere Weise erreicht werden kann. Dieses Erfordernis erklärt sich damit, dass der aussergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen Ähnlichkeiten mit dem Notstand aufweist. Dieser setzt unter anderem voraus, dass die Gefahr «nicht anders abwendbar» ist. Nur unter dieser Voraussetzung kann rechtfertigender oder zumindest entschuldbarer Notstand vorliegen (siehe Art. 17 und Art. 18 StGB; vergleiche auch Art. 34 aStGB).

Das inkriminierte Verhalten war aus nachstehenden Gründen zur Erreichung des angestrebten Ziels der Information der Öffentlichkeit über Missstände bei der Beratung im Versicherungsgeschäft nicht notwendig und ist daher nicht durch den aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen gerechtfertigt.

3.7.1 Für eine kritische Berichterstattung über allfällige Missstände bei der Kundenberatung im Privatversicherungsgeschäft bestehen vielfältige Möglichkeiten. Die Journalisten können die Jahresberichte der Ombudsstelle für Privatversicherungen darstellen und kommentieren, Mitarbeiter der Ombudsstelle befragen, unmittelbar betroffene Kunden zu Wort kommen lassen, konkret abgeschlossene Verträge kommentieren, aus welchen sich ergeben kann, dass sie nicht auf die Bedürfnisse der Versicherungsnehmer zugeschnitten und diese offenkundig schlecht beraten worden sind, und anderes mehr.

Den Beschwerdeführern ist allerdings darin zuzustimmen, dass ein Missstand bei der Kundenberatung nicht ohne weiteres allein gestützt auf Aussagen von betroffenen Kunden behauptet werden kann, da solche Aussagen aus verschiedenen Gründen unzutreffend oder ungenau sein können und daher einer Überprüfung bedürfen. (...)

3.7.3 Durch das inkriminierte Verhalten wurde gezeigt und «bewiesen», was ein bestimmter Versicherungsvertreter (...) im Rahmen eines bestimmten Beratungsgesprächs (...) im Einzelnen gesagt hatte. In der Fernsehsendung erläuterte ein Versicherungsexperte, inwiefern das Beratungsgespräch im Hinblick auf den Abschluss einer Lebensversicherung der Säule 3a aus seiner Sicht mangelhaft war. Durch das inkriminierte Verhalten wurde mithin den Fernsehzuschauern vorgeführt, dass ein konkretes Beratungsgespräch eines bestimmten Versicherungsvertreters mangelhaft war. Das ist indessen eine banale Tatsache. Dass es unter den zahlreichen Versicherungsvertretern auch solche gibt, die – sei es aus Unfähigkeit, sei es, um Kunden zum Abschluss einer unnötigen oder ungünstigen Versicherung zu veranlassen –

schlechte Beratungsgespräche führen, kann als eine Tatsache angesehen werden, die dem durchschnittlichen Fernsehzuschauer bekannt ist. Für die Öffentlichkeit von Interesse wäre aber gerade das Ausmass solcher schlechter Beratungsgespräche, mithin die Frage, ob es sich dabei um Einzelfälle handelt, ob schlechte Beratungsgespräche relativ häufig sind oder gar Methode haben oder sogar systemimmanent sind. All dies kann aber die tatbestandsmässige Aufzeichnung eines konkreten Beratungsgesprächs und dessen (auszugsweise) Ausstrahlung in der Fernsehsendung nicht dokumentieren und «beweisen».

3.7.4 Selbst wenn aber die Darstellung eines konkreten schlechten Beratungsgesprächs ein Indiz für einen herrschenden Missstand sein könnte, wäre das inkriminierte Verhalten nicht notwendig gewesen. Soweit das Führen von Beratungsgesprächen zum Zwecke des (verdeckten) Recherchierens zulässig ist (siehe dazu E. 3.7.2 hievor), bedarf es zur Berichterstattung darüber keiner tatbestandsmässigen Aufnahme des Gesprächs auf einen Tonträger. Zwar dürfte es unrealistisch sein, dass der Journalist während des Gesprächs darüber ein Protokoll führt, da dieses auffällige Verhalten den Versicherungsvertreter misstrauisch machen könnte. Ein Journalist sollte aber in der Lage sein, die wesentlichen Äusserungen des Versicherungsvertreters im Beratungsgespräch nach dessen Abschluss auf Grund von knappen Notizen sinngemäss zu protokollieren, um auf dieser Grundlage darüber zu berichten.

3.7.5 Allerdings stehen sich im Fall eines Streits über den tatsächlichen Inhalt des Beratungsgesprächs gleichsam die Aussagen des Journalisten und jene des Versicherungsvertreters gegenüber. Daher erscheint aus der Sicht des Journalisten die Aufnahme des Gesprächs auf einen Tonträger und dessen (auszugsweise) Ausstrahlung in der Fernsehsendung gleichsam als Beweis zuhanden des Fernsehzuschauers als nützlich und hilfreich. Dies rechtfertigt indessen das inkriminierte Verhalten nicht. Das Risiko, dass Aussage gegen Aussage steht, hat der Fernsehjournalist genauso hinzunehmen wie etwa der Zeitungsjournalist, dem ein solcher Beweis zuhanden des Lesers angesichts der Art des Mediums gar nicht möglich ist. Dadurch wird die kritische Berichterstattung nicht in unzulässiger Weise erschwert.

Im Übrigen ist davon auszugehen, dass auch und gerade in der heutigen Zeit den journalistischen Beiträgen im Bereich des Konsumentenschutzes vom Publikum ein vergleichsweise hohes Vertrauen in deren Zuverlässigkeit und Wahrhaftigkeit entgegengebracht wird und das Publikum in Anbetracht der Interessenlage im Streitfall den Aussagen des recherchierenden Journalisten über den Inhalt eines bestimmten Gesprächs eher Glauben schenken wird als den Aussagen beispielsweise eines Versicherungsvertreters. Auch aus diesem Grunde ist es nicht notwendig, das Gespräch ohne die Einwilligung des Gesprächspartners auf einen Tonträger aufzunehmen und in einer Fernsehsendung (auszugsweise) auszustrahlen, zumal der durchschnittliche Fern-

sehzuschauer als Laie in Versicherungsfragen aus dem Gespräch allein ohnehin nicht erkennen kann, inwiefern die Beratung im Einzelnen fachlich mangelhaft war.

3.7.6 Die Aufnahme des Gesprächs auf einen Tonträger ohne die Einwilligung aller Gesprächsteilnehmer kann auch nicht im Hinblick auf einen allfälligen Prozess gegen den Journalisten gerechtfertigt werden, bei welchem der Inhalt des Beratungsgesprächs eine Rolle spielen könnte. Dass im Streitfall Aussage gegen Aussage steht, ist nichts Ungeöhnliches. Dieses Risiko hat auch der Journalist hinzunehmen. Dadurch wird die kritische Berichterstattung nicht in unzulässiger Weise eingeschränkt. Aus der Medienfreiheit ergibt sich nicht, dass dem Journalisten im Rahmen von Recherchen die Aufzeichnung von Gesprächen auf einen Tonträger ohne die Einwilligung aller daran Beteiligten zur Beweissicherung im Hinblick auf einen allfälligen Prozess und damit zur Minimierung der Prozessrisiken erlaubt ist. In der Konstellation von Aussage gegen Aussage liegt nicht ein «Beweisnotstand», der die tatbestandsmässige Aufnahme des Gesprächs rechtfertigt.

3.8 (Begründung, warum der in der heutigen Fassung des StGB nicht mehr ausdrücklich erwähnte Rechtfertigungsgrund der Berufspflicht nicht angerufen werden kann).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1. Die Beschwerde wird, soweit die Verurteilung der Beschwerdeführer wegen Verletzung des Geheim- oder Privatbereichs durch Aufnahmegeräte (Art. 179^{quater} StGB) betreffend, gutgeheissen und die Sache in diesem Punkt zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen. (...) ■

ANMERKUNGEN:

Zuzustimmen ist dem Entscheid in Bezug auf die Anwendbarkeit von Art. 179^{ter} Abs. 1 StGB auf die Beschwerdeführerin 4 und sowohl von Art. 179^{bis} Abs. 1 als auch Abs. 2 StGB auf die übrigen Beschuldigten (Erw.2).

Höchst bedenklich ist der Entscheid jedoch in seinem Umgang mit dem Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen, nicht nur in inhaltlicher Hinsicht, sondern auch formal und wegen seines lebensfremden Medienverständnisses (Erw.3).

Zum Inhaltlichen: Es erstaunt, dass ein wichtiges Faktum in den bundesgerichtlichen Erwägungen ausgeblendet wird: Die vorgenommene Verfremdung der Stimme und die Verpixelung des Gesichts des Aufgenommenen. In den Art. 179^{bis} ff. StGB geht es um den Persönlichkeitsschutz, den strafrechtlichen Schutz des Rechts am eigenen Wort und des Rechts am eigenen Bild. Und in jedwelter Literatur zum privat- und strafrechtlichen Persönlichkeitsschutz wird für die Annahme einer medialen Persönlichkeitsverletzung verlangt oder vorausgesetzt, dass der Betroffene identifizierbar ist. Das war für das Bundesgericht kein vertiefungswürdiges Thema. Zugegeben, strafrechtlich wird eine Normverletzung bereits durch die Aufnahme begangen und nicht erst durch deren (allenfalls anonymisierte) Verbreitung. Die Diskussion über das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes setzt aber gerade voraus, dass der Beschuldigte tatbestandsmässig handelt, d.h. formal überhaupt einen Straftatbestand erfüllt. In besonderen Rechtfertigungsfällen wird jedoch ein tatbestandsmässiges Verhalten als nicht

wertwidrig angesehen, wenn es dazu dient, einen höheren Wert als den des geschützten Rechtsguts zu verwirklichen (Schultz, AT I, 148). Allen Rechtfertigungsgründen liegen deshalb Wertkollisionen zugrunde (Noll, ZStrR 1964, 163). Es geht stets um eine Interessenabwägung. Und bei dieser müsste im vorliegenden Fall die Anonymisierung eine Rolle spielen, und zwar eine ganz zentrale. Der Eingriff war relativ geringfügig (Aufnahme im Hinblick auf eine anonymisierte Veröffentlichung), die Interessenlage auf der Medien- seite höher (Medienfreiheit etc.). Wäre nicht anonymisiert worden (ein solcher Kassensturzfall mit versteckter Ton-Bild-Kamera ist ja noch hängig und die Problematik wurde in *Medialex* 2007 S. 55f. kritisch diskutiert), bräuchte es bezüglich der betroffenen Rechtsgüter des Aufgenommenen (sofern er nicht nachträglich in die Ausstrahlung einwilligt) sehr viel höhere (öffentliche) Gegeninteressen, um die heimliche Aufnahme und die nicht anonymisierte Ausstrahlung zu rechtfertigen. Statt eine solche Interessenabwägung vorzunehmen laviert der hier besprochene Entscheid verschiedentlich auf Nebengeleisen, etwa wenn gesagt wird, Journalisten könnten sich auch auf den genannten Rechtfertigungsgrund berufen, wenn die Möglichkeit bestünde, den Rechtsweg zu beschreiten (Erw. 3.5). Hoffentlich! Oder muss man gar noch froh sein, dass das Bundesgericht nicht verbietet, über etwas zu berichten, gegen das man auch auf dem Rechtsweg vorgehen könnte?

In der juristischen Literatur wird der Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen grundsätzlich anerkannt und bezüglich seiner Voraussetzungen diskutiert. Auch das Bundesgericht hat sich in alten Zeiten auf ihn gestützt. Zwischen 1942 und 1950 hat es im Ehrverletzungsrecht mit Hilfe dieses Rechtfertigungsgrundes den damals noch nicht kodifizierten Gutglaubensbeweis als Strafausschlussgrund anerkannt. In jüngerer Zeit finden jedoch – jedenfalls in Medienfällen – nur noch Alibiübungen statt. Durch die Erwähnung dieses Rechtfertigungsgrundes wird vorge-täuscht, auch aus der Sicht des Bundesgerichts gebe es ihn, dann wird er aber an so rigide Voraussetzungen geknüpft, dass er jedes Mal den Kürzeren zieht. Praktiziert wird dies mit der auch in diesem Entscheid zitierten Floskel, die Tat müsse ein zur Erreichung des berechtigten Ziels notwendiges und angemessenes Mittel sein und insoweit den einzig möglichen Weg darstellen sowie offenkundig weniger schwer wiegen als die Interessen, welche der Täter zu wahren suche. Zwar ist es richtig, dass bei Rechtfertigungsgründen der Grundsatz der Verhältnismässigkeit und der Subsidiarität gegenüber Alternativen gilt. Auch muss gerade der zur Diskussion stehende Rechtfertigungsgrund auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben und darf nicht dazu benutzt werden, Wertungen des Gesetzgebers in ihr Gegenteil zu verkehren. Aber das Bundesgericht wendet die erwähnte Floskel derart rigide an, worauf nachstehend noch eingegangen wird, dass sie zu einer wahren «Killerfloskel» geworden ist.

Zum Formellen: Zur Erhärtung dieser Floskel zitiert sich das Bundesgericht jeweils selber, im konkreten Fall u.a. auch mit BGE 127 IV 122, worin es eine journalistische Anfrage wegen Vorstrafen von Beschuldigten an die Staatsanwaltschaft als Anstiftung zu einer Amtsgeheimnisverletzung bewertete und in der Folge in Strassburg in einem einstimmig gefällten Entscheid wegen Verstoßes gegen das Recht auf freie Meinungsäusserung Schiffbruch erlitt (Urteil des EGMR Nr. 77551/01 vom 25.4.2006 i.S. Dammann gegen Schweiz). Diesen seinen Fehlentscheid sollte das Bundesgericht gelegentlich aus seinen Textbausteinen entfernen. Lehrmeinungen, die sich mit dem Anwendungsbereich und den Voraussetzungen dieses Rechtfertigungsgrundes befassen, haben demgegenüber nicht die Ehre, in die bundesgerichtlichen Erwägungen einzufliessen und schon gar nicht Strassburger Urteile, wie etwa der Entscheid Nr. 15890/89 vom 23.9.1994 i.S. Jersild gegen Dänemark, wo ein Journalist Recht bekam, der in einer Sendung über eine rechtsextreme Jugendgruppe Interviews ausstrahlte, die rassistische Aussagen enthielten, um die Geisteshaltung dieser Jugendlichen realistisch zu dokumentieren. Er musste sich gerade nicht damit begnügen, bloss verbal zu sagen, in dieser Gruppe gehörten rassistische Aussagen zur Tagesordnung.

Zum Medienverständnis: Aus der erwähnten «Killerklausel» wird namentlich jener Teil hervorgehoben, der besagt, dass das inkriminierte Verhalten ein notwendiges Mittel zur Erreichung des angestrebten berechtigten Zieles sein müsse. Dabei liest man Sätze, die

L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

ein grosses Unverständnis über das journalistische Handwerk und die Medienwirkung offen legen. So wird sinngemäss gesagt, die Darstellung dieses Falles sei banal gewesen, weil dem durchschnittlichen Fernsehzuschauer klar gewesen sei, dass es unter den zahlreichen Versicherungsvertretern auch solche gebe, die schlechte Beratungsgespräche führen. Viel wichtiger wäre es für die Zuschauer gewesen, etwas über die Häufigkeit solcher Gespräche zu erfahren. Dabei wird übersehen, dass in der Sendung bzw. in ihrem Vorspann das zum Ausdruck kam, was bei der Sachverhaltschilderung des Bundesgerichts ganz am Anfang gesagt wird: Die Ombudsstelle für Privatversicherungen und Zuschriften an den Kassensturz hätten sich über Mängel bei der Versicherungsberatung beklagt, die Ombudsstelle auch über den bestehenden Beweisnotstand. Ferner kam in der Sendung zum Ausdruck, dass von sieben zum Schein befragten Beratern nur einer überzeugte. Folglich wurde dem Zuschauer die Grundproblematik vermittelt und der hier zur Diskussion stehende Fall pars pro toto als typisches Ereignis realitätsnah geschildert. Das hätte man jedoch laut Bundesgericht höchstens deskriptiv aber nicht real mit versteckter Ton-Bild-Kamera tun dürfen. Mit dieser Logik könnte man z.B. auch die Abbildung der Verletzungen eines Folteropfers oder einer Stallung mit tierquälerisch gehaltenen Tieren als journalistisch irrelevant bezeichnen, weil man ja weiss, dass auf dieser Welt vielerorts gefoltert wird und in Tierfarmen immer wieder illegale Zustände herrschen. Und statt die Tagesschau auszustrahlen könnte man auch bloss den trockenen Teletext einblenden. Die Wirkung realistischer Darstellungen wird vom Bundesgericht völlig übersehen. Zugegeben, der Kassensturzfal unterscheidet sich vom erwähnten Beispiel mit dem Folteropfer dadurch, dass ein Straftatbestand erfüllt wurde. Aber deswegen müsste man eben eine Güter- oder Interessenabwägung vornehmen, welche das Bundesgericht in diesem Entscheid ausblendet. Erstaunen wecken zwei weitere Überlegungen des Bundesgerichts angesichts des Problems. dass bei einer bloss verbalen Berichterstattung über das geführte Gespräch im Bestreitungsfall Aussage gegen Aussage gestanden hätte. Aus der Sicht der journalistischen Correctness meint unser höchstes Gericht, ein Fernsehjournalist habe dies hinzunehmen und es rechtfertige das inkriminierte Verhalten nicht, zumal bei den Printmedien ein direkter Beweis wegen der Art des Mediums ebenfalls nicht möglich wäre; dadurch werde die Berichterstattung nicht in unzulässiger Weise erschwert. Daran ist einzig richtig, dass dies dann hinzunehmen ist,

wenn als Alternative nur eine erhebliche Rechtsgutsverletzung zur Verfügung steht. Und eine solche Abwägung findet wie erwähnt im Entscheid gar nicht statt, abgesehen davon, dass natürlich auch ein Zeitungsjournalist ein Gespräch heimlich aufnehmen und im Bestreitungsfall die Aufnahme publik machen kann. Und in einer zweiten Überlegung überbrückt das Bundesgericht das erwähnte Aussage-gegen-Aussage-Dilemma mit der kühnen Behauptung, in der heutigen Zeit werde vom Publikum journalistischen Beiträgen im Bereich des Konsumentenschutzes vergleichsweise hohes Vertrauen in deren Zuverlässigkeit und Wahrhaftigkeit entgegengebracht und angesichts der Interessenlage dem recherchierenden Journalisten eher Glauben geschenkt als dem bestreitenden Versicherungsvertreter. Den Kassensturz wirts freuen. Dem ist zweierlei entgegenzuhalten: Erstens ist das Ansehen von Medienberufen in allen Umfragen ziemlich schlecht (was bereits eine simple Google-Recherche belegt) und zweitens wäre dann, wenn einer Sendung wie dem Kassensturz eine hohe Glaubwürdigkeit zugeschrieben werden sollte, dies gerade eine Folge davon, dass diese Sendung Missstände nicht einfach nur behauptet, sondern je nach den Gegebenheiten durch Laboranalysen anerkannter Institutionen, Gespräche mit Experten, die Vorlage von Dokumenten, die direkte Konfrontation Angegriffener mit Kamera und Tonband mit den erhobenen Vorwürfen sowie in diesem Fall durch ein Livegespräch mit einem «schwarzen Schaf» dokumentiert.

Es gab vor kurzem bereits einen Entscheid mit einer ähnlichen Konfliktlage, BGE 127 IV 166. Auch dort verfolgte ein (italienischer) Journalist legitime Ziele, indem er sich zu Recherchezwecken unter dem Namen eines Kosovo-Albaners zusammen mit wahren Flüchtlingen durch ein Loch im Grenzzaun an der Südgrenze der Schweiz in unser Land einschleusen liess, um aus erster Hand über das Schicksal dieser heimlich auf Schweizer Boden weilenden Personen zu berichten. Er verletzte mit seinem illegalen Grenzübertritt nur unwesentlich Rechtsvorschriften. Auch dieser Journalist fiel der «Killerfloskel» zum Opfer. Der NZZ-Korrespondent meinte damals, es sei schlicht naiv, zu glauben, auf dem als Alternative vorgeschlagenen Weg der Befragung wären auch nur annähernd gleichwertige Informationen zu beschaffen gewesen. Das Bundesgericht liess sich offensichtlich von dieser Feststellung nicht beeindrucken.

EM. PROF. FRANZ RIKLIN, FREIBURG

UBI darf Persönlichkeitsverletzungen in Rundfunksendungen nicht beurteilen

Bundesgerichtsentscheid vom 26. Juni 2008 (BGE 134 II 260)

Bei Aufnahmen mit versteckter Kamera bei einem Schönheitschirurgen müssen Veranstalter von Radio- und Fernsehsendungen die Grundrechte und namentlich die Menschenwürde beachten. Die Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen hat keine Kompetenz, Persönlichkeitsverletzungen im Zusammenhang mit einer Radio- oder Fernsehsendung zu beurteilen.

Le diffuseur d'une émission radio-TV doit prendre en considération les droits fondamentaux et en particulier la dignité humaine lorsqu'il effectue des prises d'images en caméra cachée chez un chirurgien esthétique. En revanche, l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision ne saurait connaître de la violation de droits de la personnalité en rapport avec la diffusion d'une émission de radio ou de télévision.

Sachverhalt (Zusammenfassung):

Das Schweizer Fernsehen strahlte am 6. Februar 2007 in der Sendung «Kassensturz» einen Beitrag über Schönheitschirurgen aus. Dieser sollte – gleich wie ein früherer Beitrag vom 19. Dezember 2006 und ein späterer vom 13. Februar 2007 – die Zuschauer auf fragwürdige Praktiken aufmerksam machen. Insbesondere sollte belegt werden, dass der bekannte Schönheitschirurg Dr. med. R. bereit sei, selbst bei einer Frau mit perfekten Körpermassen eine Brustvergrösserung vorzunehmen. Um dies nachzuweisen, suchte die 19-jährige M., damals Miss Z., zusammen mit einer Fernsehjournalistin die Praxis von R. auf. Letztere filmte in der Arztpraxis mit versteckter Kamera. In der Sendung vom 6. Februar 2007 wurden Ausschnitte der dabei aufgenommenen Bilder ausgestrahlt. Diese zeigten unter anderem den nicht anonymisierten Arzt bei der Untersuchung von M. und bei einem Gespräch mit ihr.

Die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) hiess eine Programmbeschwerde des Schönheitschirurgen am 31. August 2007 gut und stellte fest, dass der erwähnte Beitrag die Programmbestimmungen verletze. Die gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde der SRG beim Bundesgericht heisst das Bundesgericht gut und hebt den angefochtenen Entscheid der UBI auf.

Aus den Erwägungen:

6.1 Nach Art. 58 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen (aRTVG; AS 1992 S. 601) beurteilt die UBI Beschwerden gegen ausgestrahlte Radio- und Fernsehsendungen schweizerischer Veranstalter. Gemäss Art. 62 Abs. 2 aRTVG muss die Beschwerde mit kurzer Begründung angeben, wodurch Programmbestimmungen des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen, seiner Ausführungsbestimmungen oder der Konzession verletzt worden sind. Die UBI stellt anschliessend fest, ob eine Verlet-

zung der erwähnten Programmbestimmungen oder derjenigen einschlägiger internationaler Übereinkommen gegeben ist (Art. 65 Abs. 1 aRTVG).

6.2 Gemäss ständiger Rechtsprechung bildet Gegenstand dieses Aufsichtsverfahrens ausschliesslich die Einhaltung rundfunkrechtlicher Regeln. Für angebliche Verletzungen anderer Normen (z.B. Strafrecht, Persönlichkeitsrecht, unlauterer Wettbewerb usw.) bleiben die ordentlichen (Zivil- und Straf-)Gerichte zuständig. Die Programmaufsicht dient dem Schutz der unverfälschten Willens- und Meinungsbildung der Öffentlichkeit und nicht in erster Linie der Durchsetzung privater Anliegen (vgl. BGE 132 II 290 E. 3.2.3 S. 296 f.; BGE 122 II 471 E. 2b S. 475 f.; BGE 121 II 359 E. 2a S. 362 f., je mit Hinweisen). Die Veranstalter haben zwar auch die Grundrechte und namentlich die Menschenwürde zu beachten (vgl. Botschaft vom 18. Dezember 2002 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen, BBl 2003 S. 1668 Ziff. 2.1.2.1.2; Art. 4 Abs. 1 des neuen Bundesgesetzes vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen [RTVG; SR 784.40] sowie nachfolgende E. 6.6). Diese gehören aber nur insoweit zu den rundfunkrechtlichen Regeln, deren Einhaltung von der UBI überprüft werden kann, als es sich um programmrelevante, objektive Schutzziele handelt, wie zum Beispiel der Religionsfrieden, die Vermeidung von Rassenhass, der Jugendschutz; dementsprechend sind gemäss Art. 6 Abs. 1 aRTVG etwa Sendungen unzulässig, welche die öffentliche Sittlichkeit gefährden oder in denen Gewalt verharmlost oder verherrlicht wird.

6.3 In dieser Richtung hatte sich im Wesentlichen bereits der Bundesrat in seiner Botschaft vom 28. September 1987 zum Bundesgesetz über Radio und Fernsehen geäussert. Demnach war das Verfahren vor der UBI nicht als Rechtsschutz für Einzelne gedacht, sondern zur Überprüfung von Sendungen im Interesse der Öffentlichkeit und ihrer unge-

hinderten Willensbildung als wichtiges Element der Demokratie (BBl 1987 III 689, insbes. S. 708 Ziff. 126).

Dies wollte das Parlament verdeutlichen, als es dem Gesetzesentwurf des Bundesrates auf Vorschlag von Ständerat Rhinow unter anderem die Regelung des Art. 64 Abs. 3 aRTVG hinzufügte (vgl. im neuen Recht die entsprechende Regelung in Art. 96 Abs. 3 RTVG). Dieser Bestimmung zufolge kann die UBI die Behandlung einer Beschwerde ablehnen oder sistieren, soweit zivil- oder strafrechtliche Rechtsbehelfe offenstehen oder unbenutzt geblieben sind. Die Kann-Formulierung dieser Bestimmung ist nicht im Sinne einer Kompetenzerweiterung der UBI zu verstehen. Sie wurde vielmehr nur gewählt, weil es Fälle geben kann, in denen verschiedene Aspekte derart nahe beieinander liegen, dass eine Kompetenzattraktion nötig wird; das soll aber die Ausnahme bleiben. Die UBI soll demnach keine umfassende Rechtspflegeinstanz sein, die alle möglichen Rügen und Rechtsverletzungen prüft. Wenn es in erster Linie um Persönlichkeitsverletzungen geht, soll sie nicht entscheiden. Eine Doppelspurigkeit verschiedener Instanzen in Bezug auf gleiche Rügen ist zu vermeiden (vgl. Begründung des Antrags des Ständerats Rhinow in AB 1990 S 615 f.).

Auch im Zusammenhang mit anderen Bestimmungen hat das Parlament erklärt, dass das Tätigkeitsfeld der UBI einzugrenzen sei und diese demnach im Kompetenzbereich der Straf- und Zivilgerichte keine Entscheide treffen solle (vgl. Voten der Nationalräte David, Zölch, Uchtenhagen, Frey und von Bundesrat Ogi in AB 1989 N 1676 f.).

6.4 Ein Bedürfnis zu einer Ausweitung der Zuständigkeit der UBI auf den individualrechtlichen Persönlichkeitsschutz besteht nicht, da dieser durch die Zivil- und Strafinstanzen genügend gewährleistet wird (ähnlich PETER NOBEL/ROLF H. WEBER, Medienrecht, 3. Aufl. 2007, N. 184 zum 8. Kapitel, S. 458). Eine derartige Kompetenzerweiterung der UBI stünde zudem im Widerspruch zum eigentlichen Sinn und Zweck der rundfunkrechtlichen Aufsicht, welche in erster Linie im Interesse der Allgemeinheit ausgeübt wird.

6.5 Diese Lösung steht auch im Einklang mit Art. 93 Abs. 5 BV, wonach «Programmbeschwerden» einer unabhängigen Beschwerdeinstanz vorgelegt werden können. Diese Verfassungsbestimmung verlangt nicht, dass der Individualrechtsschutz im Zusammenhang mit Radio- und Fernsehsendungen von einer solchen Instanz gewährleistet wird (vgl. JEAN-FRANÇOIS AUBERT, in: Aubert/Mahon [Hrsg.], Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, 2003, N. 23 zu Art. 93 BV).

6.6 Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem für die Schweiz seit dem 1. Mai 1993 verbindlichen Europäischen Übereinkommen vom 5. Mai 1989 über das grenzüberschreitende Fernsehen (EÜGF; SR 0.784.405). Zwar müssen nach Art. 7 Ziff. 1 EÜGF alle – grenzüberschreitend ausgestrahlten – Sendungen eines Programms im Hinblick auf ih-

re Aufmachung und ihren Inhalt «die Menschenwürde und die Grundrechte anderer» achten; insbesondere dürfen sie nicht unsittlich sein und namentlich keine Pornographie enthalten (lit. a) sowie Gewalt nicht unangemessen herstellen und nicht geeignet sein, zum Rassenhass aufzustacheln (lit. b). Das schliesst aber nicht aus, dass individuelle Persönlichkeitsverletzungen nur vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden können. Das Abkommen verlangt hierfür kein spezielles Verfahren vor der UBI oder einer vergleichbaren Instanz.

6.7 Im Übrigen handelt es sich beim hier angerufenen Persönlichkeitsrecht des Arztes, das zumindest zivilrechtlich auch das berufliche und gesellschaftliche Ansehen mitumfasst, um höchstpersönliche Rechte, die nicht übertragbar sind (vgl. BGE 118 II 1 E. 5b S. 5; Urteil 5A_78/2007 vom 24. August 2007, E. 4, publ. in: sic! 12/2007 S. 895). Bereits dieses schliesst aus, dass Dritte diese Rechte anrufen und gestützt darauf Massnahmen verlangen können. Demzufolge scheint es auch nicht angezeigt, dass sich die UBI auf Beschwerde eines Dritten hin damit befasst, ob eine Persönlichkeitsverletzung des Arztes gegeben ist.

7. Wie ausgeführt (vgl. nicht publizierte E. 3), betrachtet die UBI im vorliegenden Fall das Sachgerechtigkeitsgebot als eingehalten; das Publikum werde nicht der Gefahr einer verfälschten Willens- oder Meinungsbildung ausgesetzt. Die diesbezüglichen Erwägungen der UBI sind nicht zu beanstanden. Nach dem Gesagten überschreitet diese aber mit ihrer Feststellung, die Persönlichkeit des Schönheitschirurgen R. sei verletzt worden, die ihr nach dem Bundesgesetz vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen eingeräumte Prüfungskompetenz bzw. Zuständigkeit. Die Beschwerde der SRG erweist sich demnach als begründet und ist gutzuheissen; der angefochtene Entscheid der UBI ist aufzuheben. Damit ist nicht gesagt, dass keine Persönlichkeitsverletzung vorliegt. Darüber werden aber die zuständigen Stellen, die der direkt Betroffene angerufen hat, befinden müssen. ■

ANMERKUNGEN:

Endlich korrigiert das Bundesgericht eine falsche Praxis der UBI, die ihren Ursprung bereits im Entscheid «10 vor 10: IV-Rente» vom 20.8.2004 hatte! In jenem Entscheid leitete die UBI einen «rundfunkrechtlichen Persönlichkeitsschutz» aus den Grundrechten und speziell aus Art. 13 BV ab (VPB 69/2005, Nr. 71, E. 7.1.1, S. 838-839). Damit weitete die UBI ihre Prüfungszuständigkeit in Bereiche aus, die bislang Sache des Zivilrichters waren. Wir kritisierten diese Kompetenzaufblähung in der Übersicht zur rundfunkrechtlichen Rechtsprechung 2004–2006 (*medialex* 4/2006, S. 229-230) und bemängelten, dass die UBI mit der Anerkennung eines «rundfunkrechtlichen Persönlichkeitsschutzes» in die bereits vom Gesetzgeber vorgenommene Abwägung der für den Rundfunkbereich relevanten verfassungsrechtlichen Rechtsgüter eingreife und diese – gegen den Willen des Gesetzgebers – nachträglich zu Lasten der Programmautonomie der Rundfunkveranstalter abändere.

Seit dem Entscheid «IV-Rente» von 2004 bestätigte die UBI ihre fragwürdige Praxis in drei weiteren Fällen: zuerst im Entscheid «Kassensturz: Nutzlose Adressregister» vom 3.11.2006, dann in «ZürInfo: «Pelz frei»-Label» vom 4.5.2007 und schliesslich im nun vom Bundesgericht aufgehobenen Entscheid «Kassensturz: Schön-

heitschirurgen» vom 31.8.2007. Im zweiten Entscheid wies die UBI unsere (oben erwähnte) Kritik zurück und stellte sich auf den Standpunkt, dass die (neue) Rechtsprechung einen direkten Zusammenhang zum rundfunkrechtlichen Gebot der Sachgerechtigkeit aufweise, weil «das Zeigen von Bildern einer Person oder die Nennung von Namen im Zusammenhang mit der Behandlung eines Themas [geeignet seien], die Meinungsbildung des Publikums wesentlich zu beeinflussen» (E. 4.2). Dass dieses Argument auch die UBI selbst nicht so richtig überzeugt, zeigt allein ihr Entscheid «Kassensturz: Schönheitschirurgen», wo die Beschwerdestanz eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots nach ausführlicher Prüfung verneinte (E. 6.7) und die Beschwerde trotzdem wegen «Verletzung des rundfunkrechtlichen Persönlichkeitsschutzes» guthieß (E. 7). Insgesamt beachtet die UBI zu wenig, dass die Programmaufsicht «nicht (...) als Rechtsschutz für den Einzelnen gedacht» ist (BGE 132 II 290 E. 3.2.3 S. 296 f.), sondern den Anliegen des Publikums auf Schutz eines Informationsstandards in Radio- und Fernsehen dient.

Es ist zwar zu begrüßen, dass das Bundesgericht die UBI nun in die Grenzen des Rundfunkrechts zurückpfeift, es muss sich aber vorwerfen lassen, die falsche Praxis mit einer missverständlichen Formulierung im Urteil 2A.74/2007 «Kassensturz: Nutzlose Adressregister» vom 5. Juli 2007 (teilweise abgedruckt in sic! 11/2007, S. 812-814) selbst gefördert zu haben. In jenem Urteil schrieb das Bundesgericht: «Dem rundfunkrechtlichen Schutz seiner Persönlichkeit wurde insofern Rechnung getragen, als sein Gesicht bloss abgedeckt gezeigt wurde.» (E. 4.2.2). Obwohl es sich dabei um ein *obiter dictum* handelt, verwies die UBI im Entscheid «Schönheitschirurgen» darauf, um ihre Praxis zu begründen. Auch im hier besprochenen Entscheid tut sich das Bundesgericht nicht leicht, die Grenze zwischen den ausserhalb des Programmrechts liegenden subjektiven Anliegen Privater und den objektiven, durch das RTVG geschützten Interessen, klar zu ziehen. Verwirrung stiftet hier insbe-

sondere der im Rahmen der RTVG-Revision ins Gesetz gelangte erste Satz von Art. 4 Abs. 1 RTVG, wonach alle Sendungen «die Grundrechte beachten müssen». Unpräzise ist auch die Botschaft (BBI 2003 1668), welche die in Art. 4 Abs. 1 enthaltenen Anforderungen als justiziabel bezeichnet, ohne den ersten Satz auszunehmen. Keinesfalls darf diese Bestimmung so verstanden werden, dass der UBI damit die Kompetenz zugesprochen würde, generell Fragen des Grundrechtsschutzes in Radio- und Fernsehsendungen zu prüfen. Vielmehr handelt es sich bei diesem Satz um eine präambelartige Selbstverständlichkeit mit bloss deklaratorischer Wirkung, hat doch der Gesetzgeber im Radio- und Fernsehgesetz eine umfassende Abwägung aller für den Rundfunkbereich massgeblichen Grundrechte bereits vorgenommen und das Resultat in den Bestimmungen des RTVG konkretisiert. An diese Vorentscheidung haben sich ein Gericht oder eine gerichtsähnliche Behörde wie die UBI schon aus Gründen der Gewaltenteilung zu halten.

Die Frage bleibt, wo bei der Darstellung von Personen in Radio- und Fernsehsendungen die programmrechtliche Grenze zwischen privaten Anliegen und objektiven Schutzinteressen in Zukunft gezogen werden soll. Wir meinen dort, wo ein von der Sensibilität einzelner Betroffener unabhängiges öffentliches Interesse verlangt, dass Verletzungen der Menschenwürde und weiterer elementarer Grundrechtspositionen in Radio- und Fernsehsendungen nicht toleriert werden dürfen. Zu denken ist hier vor allem an Sendungen, die Jugendliche gefährden, zu Rassenhass aufstacheln oder Gewalt verherrlichen oder verharmlosen. Das ist auch der Standard, den der zweite Satz von Art. 4 Abs. 2 RTVG in Übereinstimmung mit Art. 7 Ziff. 1 des Europäischen Übereinkommens vom 5. Mai 1989 über das grenzüberschreitende Fernsehen (EÜGF; SR 0.784.405) hochhält.

PROF. CHRISTOPH BEAT GRABER, BERN

EN DIRECT DE STRASBOURG
AUS STRASSBURG

**Karikatur zu «9-11»
rechtfertigt Bestrafung**

Urteil der 5. Kammer
«Leroy c. Frankreich» vom 2.10.2008
(N° 36109/03)

Vier Tage nach den Terroranschlägen vom 11. September 2001 publizierte die politisch links stehende baskische Wochenzeitung Ekaitza eine Zeichnung des Karikaturisten Denis Leroy (alias Guezmer). Sie zeigte die in einer Staubwolke einstürzenden Hochhäuser (Twin Towers) und den einen Werbespruch von Sony persiflierenden Text «NOUS EN AVIONS TOUS RÊVÉ ... LE HAMAS L'A FAIT».

Die Karikatur löste schockierte Reaktionen eines Teils der Leserschaft aus. In der folgenden Ausgabe der Zeitschrift erklärte der Karikaturist die Gründe für die Publikation. Er hielt unter anderem fest:

«Un mauvais dessin nécessite une explication pour sa compréhension et il est évident que j'en dois quelques-unes à propos de celui paru dans Ekaitza la semaine passée. Quand j'ai fait ce dessin, dans l'heure qui suivit les attentats contre le World Trade Center et le Pentagone, j'ai voulu illustrer la chute de symboles et je n'ai pas pris en compte la douleur humaine, ni envisagé les répercussions à venir. De plus, le texte a gêné certains lecteurs du journal qui se sont sentis englobés dans le «nous», quand je voulais parodier une publicité: «vous en avez rêvé, Sony l'a fait». D'autres ont trouvé l'affirmation de la culpabilité du Hamas dangereuse, au vu du trop répandu amalgame Hamas = arabe = terroriste. Quand un dessinateur réagit sur l'actualité, il n'a pas toujours le bénéfice du recul. Les médias nous ont abreuvé de douleur humaine, je ne peux qu'être conscient du malheur

causé aux victimes et à leurs familles. Mais qu'est-ce qui rend leur douleur tellement plus médiatique que celle des Irakiens bombardés tous les mois par les avions Américaines et Anglaises? (...)

Je sais que je n'ai pas été le seul à voir dans ces attentats des attaques contre les symboles même des Etats-Unis et je ne pense pas que les personnes et les groupes ayant apporté leur support à Ekaitza après la sur-médiatisation de ma daube ne l'aient fait pour affirmer leur fanatisme sanguinaire. J'ai aussi pris conscience, après des répercussions à venir: elles ne sont que trop effrayantes. La guerre sainte: «Les Biens contre le Mal», tout l'Occident qui s'apprête à la croisade contre un ennemi indéterminé. Il faudra massacrer les Musulmans du monde entier pour rendre sa sérénité aux Etats-Unis. Quelle sera la garantie de leur tranquillité, alors qu'ils sont déjà attaqués par les pions qu'ils ont armés, financés, et formés au terrorisme et à la guérilla. Quand je vois à quelle vitesse nous nous laissons entraîner vers ce tourbillon, j'ai peur et j'ai envie de crier: «JE NE SUIS PAS AMERICAIN».

Der Karikaturist wurde durch die französische Strafjustiz zu einer Busse in der Höhe von 1500 Euro verurteilt. Nach Ansicht der zuständigen Gerichte missachtete die Karikatur Artikel 24 Absatz 6 des Gesetzes vom 29 Juli 1881 über die Presse. Diese Bestimmung untersagt die Rechtfertigung/Verteidigung (frz. «apologie»; engl. «condoning») des Terrorismus: «Seront punis (...) ceux qui (...), auront provoqué directement aux actes de terrorisme prévus par le titre II du livre IV du code pénal, ou qui en auront fait l'apologie.»

Die 5. Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) hielt in ihrem einstimmigen Urteil fest, die Bestrafung des Karikaturisten stelle eine rechtmäßige Beschränkung der Meinungsfreiheit dar (Art. 10 Abs. 2 EMRK). Zwar umfasse die journalistische Freiheit auch ein bestimmtes Mass an Übertreibung und Provokation. Dieses erlaubte Mass habe der Abdruck der Karikatur aber gesprengt:

«41. La Cour relève d'emblée que les actes tragiques du 11 septembre 2001 qui sont à l'origine de l'expression litigieuse ont entraîné un chaos mondial et que les questions abordées à cette occasion, y compris l'interprétation qu'en fait le requérant, relèvent du débat d'intérêt général.»

42. La Cour note que le dessin montrant la destruction des tours accompagné de la légende «nous en avons tous rêvé, le Hamas l'a fait», pastichant un slogan publicitaire d'une grande marque, a été considéré par les juridictions nationales comme constitutif de complicité d'apologie du terrorisme. Selon les autorités, même non suivie d'effet, la publication litigieuse revendique l'efficacité de l'acte terroriste en idéalisant les attentats perpétrés le 11 septembre. Ainsi, la cour d'appel a jugé «qu'en faisant une allusion di-

recte aux attaques massives dont Manhattan a été le théâtre, en attribuant ces événements à une organisation terroriste notoire, et en idéalisant ce funeste projet par l'utilisation du verbe rêver, donnant une valorisation non équivoque à un acte de mort, le dessinateur justifie le recours au terrorisme, adhérant par l'emploi de la première personne du pluriel («nous» à ce moyen) de destruction, présenté comme l'aboutissement d'un rêve et en encourageant indirectement en définitive le lecteur potentiel à apprécier de façon positive la réussite d'un fait criminel». Le requérant reproche à la cour d'appel d'avoir nié sa véritable intention, qui relevait de l'expression politique et militante, celle d'afficher son antiaméricanisme à travers une image satirique et d'illustrer le déclin de l'impérialisme américain. Selon lui, les éléments constitutifs de l'apologie du terrorisme n'étaient pas réunis en l'espèce pour justifier une restriction à la liberté d'expression.

43. La Cour ne partage pas l'analyse du requérant. Elle estime au contraire que le critère mis en œuvre par la cour d'appel de Pau pour juger du caractère apologétique du message délivré par le requérant est compatible avec l'article 10 de la Convention. Certes, l'image des quatre immeubles de grande hauteur qui s'effondrent dans un nuage de poussière peut en soi démontrer l'intention de l'auteur. Mais vue ensemble avec le texte qui l'accompagne, l'œuvre ne critique pas l'impérialisme américain, mais soutient et glorifie sa destruction par la violence. A cet égard, la Cour se base sur la légende accompagnant le dessin et constate que le requérant exprime son appui et sa solidarité morale avec les auteurs présumés par lui de l'attentat du 11 septembre 2001. De par les termes employés, le requérant juge favorablement la violence perpétrée à l'encontre des milliers de civils et porte atteinte à la dignité des victimes. La Cour approuve l'avis de la cour d'appel selon laquelle «les intentions du requérant étaient étrangères à la poursuite»; celles-ci n'ont d'ailleurs été exprimées que postérieurement et n'étaient pas de nature, au vu du contexte, à effacer l'appréciation positive des effets d'un acte criminel. Elle relève à cet égard que la provocation n'a pas à être nécessairement suivie d'effet pour constituer une infraction (voir, paragraphe 14 ci-dessus; voir également le paragraphe 19, et particulièrement l'article 8 de la Convention pour la prévention du terrorisme).»

Die Gewalt verherrlichende Publikation sei selbst in satirischer Form exzessiv gewesen. Dabei spielte auch der Zeitpunkt (unmittelbar nach den Anschlägen) und der Ort der Publikation (Baskenland) eine Rolle:

«44. Certes, cette provocation relevait de la satire dont la Cour a dit qu'il s'agissait d'une «forme d'expression artistique et de commentaire social [qui] par ses caractéristiques intrinsèques d'exagération et de distorsion de la réalité, (...) vise naturellement à provoquer et à susciter l'agitation (Vereinigung Bildender Künstler, précité, § 33). Elle a ajouté aussi que toute atteinte au droit d'un artiste de recourir à

pareil mode d'expression doit être examinée avec une attention particulière (ibidem). Toutefois, il n'en reste pas moins que le créateur, dont l'œuvre relève de l'expression politique ou militante, n'échappe pas à toute possibilité de restriction au sens du paragraphe 2 de l'article 10: quiconque se prévaut de sa liberté d'expression assume, selon les termes de ce paragraphe, des «devoirs et responsabilités».

45. A cet égard, si les juridictions internes n'ont pas pris en compte l'intention du requérant, elles ont en revanche, en vertu de l'article 10, examiné si le contexte de l'affaire et l'intérêt du public justifiaient l'éventuel recours à une dose de provocation ou d'exagération. Force est de constater à cet égard que la caricature a pris une ampleur particulière dans les circonstances de l'espèce, que le requérant ne pouvait ignorer. Le jour des attentats, soit le 11 septembre 2001, il déposa son dessin et celui-ci fut publié le 13 septembre, alors que le monde entier était sous le choc de la nouvelle, sans que des précautions de langage ne soient prises de sa part. Cette dimension temporelle devait passer, selon la Cour, pour de nature à accroître la responsabilité de l'intéressé dans son compte rendu – voire soutien – d'un événement tragique, qu'il soit pris sous son angle artistique ou journalistique. De plus, l'impact d'un tel message dans une région politiquement sensible n'est pas à négliger; nonobstant son caractère limité du fait de sa publication dans l'hebdomadaire en question, la Cour constate cependant que celle-ci entraîna des réactions (paragraphe 10 ci-dessus), pouvant attiser la violence et démontrant son impact plausible sur l'ordre public dans la région.

46. La Cour parvient en conséquence à la conclusion que la «sanction» prononcée contre le requérant repose sur des motifs «pertinents et suffisants».

Die französische Regierung hatte sogar geltend gemacht, eine Berufung des Karikaturisten auf die Meinungsfreiheit wäre in diesem Fall missbräuchlich (Art. 17 EMRK). Die Voraussetzungen für eine Beschränkung der Meinungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 EMRK) müssten deshalb gar nicht erst geprüft werden. Diesen Einwand verwarf der Gerichtshof:

«23. Le Gouvernement soutient que la requête est irrecevable en application de l'article 17 de la Convention. Il considère qu'il doit s'appliquer au cas d'espèce, dans la mesure où les actes de terrorisme, tels que définis en droit français, en ce qu'ils sont en relation avec une entreprise ayant pour but de troubler l'ordre public par l'intimidation et la terreur, entrent manifestement dans le champ d'application de l'article 17. Et ce d'autant plus que ces actes constituent une réalité actuelle et un risque majeur. Le Gouvernement considère que peut-être encore plus que les propos négationnistes, l'apologie des actes de terrorisme entre dans le champ d'application de l'article 17.

24. Le Gouvernement invoque à l'appui de son argumentation plusieurs décisions de la Commission et de la Cour qui

se fondent soit directement soit indirectement sur l'article 17 de la Convention pour déclarer irrecevables des requêtes dont les auteurs alléguaient une atteinte à leur droit à la liberté d'expression (Glimmerveen et autres c. Pays-Bas, no 8348/78; Remer c. Allemagne, no 25096/94; Marais c. France, no 31159/96, décisions de la Commission des 11 octobre 1979, 6 septembre 1995 et 24 juin 1996 respectivement; Lehideux et Isorni c. France, arrêt du 23 septembre 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-VII, § 47; Garaudy c. France, no 65831/01, ECHR 2003-IX; Norwood c. Royaume Uni (déc.), no 23131/03, 15 novembre 2004; Witzsch c. Allemagne (déc.), no 7485/03, 13 décembre 2005).

25. Le requérant conteste cette thèse. L'illustration de l'actualité chaque semaine en réalisant un ou deux dessins destinés à être publiés ne constitue pas une «activité» au sens de l'article 17. Il conteste par ailleurs avoir commis une apologie de terrorisme.

26. La Cour rappelle que «l'article 17, pour autant qu'il vise des groupements ou des individus, a pour but de les mettre dans l'impossibilité de tirer de la Convention un droit qui leur permette de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés reconnus dans la Convention; qu'ainsi personne ne doit pouvoir se prévaloir des dispositions de la Convention pour se livrer à des actes visant à la destruction des droits et libertés visés (...)» (Lawless c. Irlande, arrêt du 1er juillet 1961, § 7).

27. La Cour est d'avis que l'expression litigieuse ne rentre pas dans le champ d'application des publications qui se verraient soustraites par l'article 17 de la Convention à la protection de l'article 10. D'une part, publiée sous la forme humoristique certes controversée d'une caricature, le message de fond visé par le requérant – la destruction de l'impérialisme américain – ne vise pas la négation de droits fondamentaux et n'a pas d'égal avec des propos dirigés contre les valeurs qui sous-tendent la Convention tels que le racisme, l'antisémitisme (Garaudy, précité, Ivanov c. Russie (déc.), no 35222/04, 20 février 2007) ou l'islamophobie (Norwood, précité). D'autre part, nonobstant la qualification d'apologie de terrorisme retenue par les juridictions nationales, la Cour est d'avis que le dessin litigieux et le commentaire qui l'accompagne ne constituent pas une justification à ce point non équivoque de l'acte terroriste qui les feraient échapper à la protection garantie par l'article 10 de la liberté de la presse. Enfin, l'offense faite à la mémoire des victimes des attentats du 11 septembre 2001 à travers la publication litigieuse doit être examinée à la lumière du droit, non absolu, protégé par l'article 10 de la Convention; la Cour a déjà examiné la teneur de propos similaires sous l'angle de cette disposition (Kern c. Allemagne (déc.), no 26870/04, 29 mai 2007). Partant, la liberté d'expression revendiquée par le requérant doit être couverte par cette disposition et son grief n'est pas incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention au sens de l'article 35 § 3 de la Convention.» ■

ANMERKUNGEN:

Der Anlass für dieses Strassburger Urteil erscheint nicht weltbewegend: Eine vom Zeichner selber als missglückt bezeichnete Karikatur («un mauvais dessin»), abgedruckt in einer Zeitung mit einer Auflage von bloss 2'000 Exemplaren, führt zu einer relativ moderaten Geldbusse. Die Begründung des Europäischen Gerichtshofs enthält aber verschiedene Passagen von grundsätzlicher Tragweite, die über den etwas obskuren Einzelfall und über die Grenzen Frankreichs hinausreichen. Drei Aspekte seien herausgegriffen:

1. Der Umfang des Freiraums für (satirische) journalistische Provokationen hat den Gerichtshof schon mehrmals beschäftigt. Meist erfolgte die rechtliche Beurteilung der Publikationen vor dem Hintergrund des Ehrenschutzes (vgl. etwa die EGMR-Urteile N° 5266/03 «Nikowitz & Verlagsgruppe News GmbH c. Österreich» in *medialex* 2/2007, S. 94f. und N° 13071/03 «Standard Verlags GmbH c. Österreich» in *medialex* 1/2007, S. 46). Im vorliegenden Fall tangierte die antiimperialistische Verballhornung des Sony-Werbeslogans nicht primär individuelle Interessen. Das französische Verfahren diene dem Schutz allgemeiner Anliegen wie der öffentlichen Sicherheit und der Bekämpfung des Verbrechens (Terrorismus). Die Begründung des Gerichtshofs zeigt, dass die Satire bei der Abwägung gegen solche Schutzzwecke tendenziell einen schwereren Stand hat. Dies gilt gerade dann, wenn einer Publikation grosses Schädigungspotenzial zugesprochen wird. Der Gerichtshof unterstreicht hier die geringe zeitliche Distanz zum aufwühlenden Ereignis und die besondere Gefährlichkeit solcher Veröffentlichungen in Problemregionen wie dem Baskenland. Die Überlegungen des EGMR sind nachvollziehbar. Dennoch belegt der Sachverhalt die Behauptung der französischen Regierung nicht wirklich, diese isolierte Karikatur habe eine grosse Gefahr («un risque majeur») für die öffentliche Sicherheit verursacht.

2. Das Urteil leistet in gewisser Hinsicht einen Beitrag zur Klärung der bislang wenig stringenten Praxis des Gerichtshofs zu Artikel 17 EMRK. Diese Norm richtet sich gegen Handlungen, die auf Abschaffung der in der Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten zielen. Sie wird vom Gerichtshof in Fragen der Meinungsfreiheit immer häufiger angewandt. Schuldig blieb er aber bislang eine konsequente Rechtsprechung und erst recht eine überzeugende Begründung dafür, weshalb der Staat bei Eingriffen in die freie Kommunikation punktuell vom Nachweis eines gesetzeskonformen und verhältnismässigen Verhaltens entbunden werden soll (vgl. dazu die Anmerkungen des Schreibenden in *medialex* 3/2008, S. 141). Eine solche Begründung liefert auch das vorliegende Urteil nicht. Immerhin macht es deutlich, dass der Gerichtshof eine ausufernde Anwendung dieser problematischen Bestimmung ablehnt.

3. Der Fall zeigt anschaulich, dass die Anwendung von Artikel 17 EMRK nicht nur theoretischer Natur ist. Hätte der Gerichtshof einen Missbrauch der Grundrechte bejaht, so hätte die Sanktion gegen den Medienschaffenden auch ohne eine ausdrückliche Grundlage im Gesetz nicht gegen die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) verstossen. Ein solches Resultat wäre höchst fragwürdig, denn das Erfordernis einer ausreichend präzisen gesetzlichen Grundlage hat gerade für den Journalismus eine wichtige Funktion. Es dient dazu, den Medienschaffenden im vornherein die Grenzen des Erlaubten aufzuzeigen. Wer der Meinungsfreiheit hier eine Grenze ziehen will, soll dies im ordentlichen, demokratisch abgestützten Gesetzgebungsverfahren tun. Im Gegensatz zu Frankreich hat dies die Schweiz bislang nicht getan. Im schweizerischen Strafrecht existiert keine spezifische Vorschrift, welche die (öffentliche) Rechtfertigung des Terrorismus unter Strafe stellt. Die Karikatur erfüllt auch keinen allgemeinen Straftatbestand des schweizerischen Strafgesetzbuchs wie die öffentliche Aufforderung zur Gewalt in Art. 259 (mangels einer motivierenden Aussage) oder Art. 260^{ter} (mangels einer eigentlichen Unterstützungshandlung für eine kriminelle Organisation). In der Schweiz wäre die Karikatur daher nicht strafbar gewesen.

DR. FRANZ ZELLER, BERN

Meinungsfreiheit trotz späterem Freispruch tangiert

Urteil der 2. Kammer
«Aktan c. Türkei» vom 23.9.2008
(N° 20863/02)

Im Dezember 1999 publizierte Sakine Aktan in der Tageszeitung *Özgür Bakis* einen Bericht über den Präsidenten der kurdischen Journalistenvereinigung, welcher den türkischen Staat sowie die türkischen Medien (wegen ihrer Berichterstattung über den Fall Öcalan) scharf kritisierte. Wegen Anstiftung des Volkes zu Hass und zur Feindlichkeit (Art. 312 Abs. 2 des damaligen Strafgesetzbuchs) wurde die Journalistin im Mai 2001 durch das Sicherheitsgericht Istanbul zu einer Gefängnisstrafe von 20 Monaten und einer Geldbusse verurteilt. Die Verurteilte verliess die Türkei im September 2001 und erhielt in der Schweiz Asyl. 2003 wurde der rechtskräftige Vollzug der Strafe suspendiert, weil Art. 312 des Strafgesetzbuchs in der Zwischenzeit revidiert worden war. Nach Wiedereröffnung des Verfahrens wurde sie 2004 erstinstanzlich erneut verurteilt, im August 2007 aber freigesprochen. Diesen Freispruch focht die Staatsanwaltschaft im Oktober 2007 an.

Die Journalistin hatte sich im Januar 2002 mit einer Beschwerde wegen Missachtung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gewandt. Die Türkei argumentierte in Strassburg, Sakine Aktan sei wegen des Freispruchs in ihrer Meinungsfreiheit gar nicht tangiert. Der Gerichtshof bejahte mit 6 gegen 1 Stimme jedoch die Opfereigenschaft der ursprünglich verurteilten Medienschaffenden.

«27. La Cour rappelle qu'en principe une décision ou une mesure favorable au requérant ne suffit pour lui retirer la qualité de «victime» que si les autorités nationales ont reconnu, explicitement ou en substance, puis réparé la violation de la Convention (Öztürk c. Turquie [GC], no 22479/93, § 73, CEDH 1999-VI). En l'espèce, il est vrai que la requérante fut acquittée le 31 août 2007 par le tribunal de première instance à la suite de l'entrée en vigueur du nouveau code pénal turc. Toutefois, il convient de ne pas perdre de vue que la requérante avait été condamnée définitivement le 17 octobre 2001 et avait vécu sous la menace d'un emprisonnement durant deux périodes: du 23 novembre 2001 (date de la communication de la fiche d'exécution) jusqu'au 18 décembre 2003 (date de la suspension de la condamnation) et du 25 février 2004 (date de la seconde condamnation) jusqu'au 6 juin 2005 (date de la cassation). Le risque d'emprisonnement après sa condamnation avait contraint la requérante à quitter son pays vers la Suisse où elle avait obtenu un statut de réfugié politique. De même, elle ne pouvait plus retourner dans son pays pendant ce laps de temps. Toutes ces circonstances, y compris deux

condamnations même non exécutées, ont certainement eu des effets dissuasifs pendant des années, quant à l'exercice de la liberté d'expression de la requérante qu'un acquittement ne saurait effacer (voir, mutatis mutandis, Lombardo et autres c. Malte, no 7333/06, § 61, 24 avril 2007, Dupuis et autres c. France, no 1914/02, § 48, 7 juin 2007, A/S Diena et Ozoliņš c. Lettonie, no 16657/03, § 87, 12 juillet 2007, et Hachette Filipacchi Associés c. France, no 71111/01, § 44, 14 juin 2007).

28. Dès lors, la Cour estime que dans le cas d'espèce, le jugement d'acquiescement intervenu le 31 août 2007 – qui n'est toujours pas définitif – n'est pas de nature à remédier à la situation que la requérante a vécue dans la mesure où il ne peut passer pour prévenir ou réparer toutes les conséquences d'une procédure pénale dont elle a subi directement et en cascade les dommages en raison d'une durée excessive. La Cour avait d'ailleurs attaché, dans sa jurisprudence, une importance particulière à la réparation de toutes les conséquences d'une procédure pénale, ce qui l'avait amené à conclure à l'existence de la qualité de victime même dans les cas de sursis de la procédure pénale (Yasar Kaplan c. Turquie, no 56566/00, § 32, 24 janvier 2006, et Aslı Günes c. Turquie (déc.), no 53916/00, 13 mai 2004).

En conséquence, il convient de rejeter l'exception préliminaire du Gouvernement concernant l'absence de qualité de victime de la requérante. La Cour relève par ailleurs que la requête ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Elle la déclare donc recevable.»

Der türkische Richter betonte in seiner abweichenden Meinung vergeblich, die von der Gerichtsmehrheit in Ziff. 28 erwähnten Präjudizien liessen sich mit dem Fall der Journalistin nicht vergleichen:

«Dans l'affaire Yasar Kaplan (Yasar Kaplan c. Turquie, no 56566/00, 24 janvier 2006), le requérant était resté en détention provisoire pendant quarante-deux jours, de sorte qu'il y a eu privation de liberté, et dans l'affaire Aslı Güne (Aslı Günes c. Turquie, no 53916/00, 27 septembre 2005), l'exécution de la peine infligée à la requérante a été suspendue pendant trois ans. Dans cette dernière affaire, le sursis à l'exécution de la peine a eu pour effet de restreindre – ou plutôt de censurer – partiellement les activités de l'intéressée; on peut donc considérer clairement que pendant la période de sursis l'exercice de la liberté d'expression de la requérante a été limitée. Pour ces raisons, j'estime que ces deux affaires sont différentes de l'espèce.»

Die Gerichtsmehrheit war der Auffassung, dass das Vorgehen der türkischen Behörden die Meinungsfreiheit der Journalistin beschränkte und dass dieser Eingriff in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig (Art. 10 Abs. 2 EMRK) war. Die virulente Kritik hatte die gemäss der Strassburger Praxis massgebende Grenze des Aufrufs zu Gewalt oder Hass nicht überschritten:

«41. La Cour a examiné les motifs figurant dans les décisions des juridictions internes, qui ne sauraient être considérés en eux-mêmes comme suffisants pour justifier l'ingérence dans le droit de la requérante à la liberté d'expression (mutatis mutandis, Sürek c. Turquie (no 4) [GC], no 24762/94, § 58, 8 juillet 1999). Elle observe notamment que si certains passages, particulièrement acerbes, de l'article brossent un tableau des plus négatifs de l'Etat turc, et donnent ainsi au récit une connotation hostile, ils n'exhortent pas pour autant à l'usage de la violence, à la résistance armée, ni au soulèvement, et qu'il ne s'agit pas d'un discours de haine, ce qui est aux yeux de la Cour l'élément essentiel à prendre en considération (voir, a contrario, Sürek c. Turquie (no 1) [GC], no 26682/95, § 62, CEDH 1999 IV, et Gerger c. Turquie [GC], no 24919/94, § 50, 8 juillet 1999).» ■

ANMERKUNGEN:

Anders als die meisten Strassburger Urteile zur Meinungsfreiheit ist der vorliegende Fall nicht durch die Güterabwägung (d.h. die Prüfung der Notwendigkeit des Eingriffs) geprägt. Dass sich die Waage zugunsten der Journalistin Sakine Aktan senken würde, lag angesichts einer schier unüberblickbaren Fülle von Präjudizien zu ähnlichen (türkischen) Beschwerden auf der Hand.

Weit weniger offensichtlich war aber die Frage, ob das türkische Vorgehen in diesem Fall die Meinungsfreiheit überhaupt tangierte. Die Journalistin war im Zeitpunkt des Strassburger Urteils nicht (mehr) rechtskräftig verurteilt. Eine formalistische Betrachtungsweise könnte daher zum Schluss verleiten, die Journalistin sei gar nicht Opfer einer Menschenrechtsverletzung. Der Gerichtshof ist mehrheitlich anderer Auffassung. Er ist offenkundig zur Überprüfung staatlicher Massnahmen oder Unterlassungen gewillt, die trotz unterschiedlicher juristischer Etikettierung ein ähnliches Einschüchterungspotenzial haben wie förmliche Verurteilungen. Dieser Einschüchterungseffekt («chilling effect/effet dissuasif») ist Dreh- und Angelpunkt der Betrachtung. Dass trotz des (prekären) Freispruchs eine jahrelange Einschüchterung Sakine Aktans vorlag, begründet die Gerichtsmehrheit überzeugend.

Mit Spannung kann man auf weitere Entwicklungen dieser Rechtsprechung warten. So scheint es nicht ausgeschlossen, dass die Meinungsfreiheit in weiteren Konstellationen tangiert sein könnte. Zu denken ist etwa an ein exzessives Zuwarten mit einer gerichtlichen Beurteilung angeklagter Medienschaffender (vgl. dazu den UNO-Menschenrechtsausschuss im Fall N° 909/2000 «Kankanamge c. Sri Lanka») oder auch an eine erst nach (über)langer Zeit erfolgte Korrektur eines unterinstanzlichen Schuldspruchs.

DR. FRANZ ZELLER, BERN

Weitere Strassburger Rechtsprechung:

– Verletzung der Meinungsfreiheit durch die Bestrafung virulenter politischer Kritik, welche – zumindest im Gesamtzusammenhang – die Grenze des Aufrufs zu Gewalt, bewaffnetem Widerstand oder Hass nicht überschritt. (Urteile der 2. Kammer N° 17129/02 «Isak Tepe c. Türkei» und N° 13799/04 «Kanat & Bozan c. Türkei» sowie der 3. Kammer N° 5290/02 «Unay c. Türkei» vom 21.10.2008)

L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

- Konventionswidrige Verurteilung eines russischen Journalisten zur Bezahlung einer Genugtuungssumme an einen Polizeioffizier. Der Journalist hatte die Vorwürfe von zwei ehemaligen Tatverdächtigen zitiert, die der Polizei körperliche Misshandlung vorwarfen. Die russische Ziviljustiz bezeichnete die vom Journalisten angebotenen Beweismittel als untauglich zur Entlastung, da der Staatsanwalt die Eröffnung eines Strafverfahrens gegen die Polizisten abgelehnt hatte. Nach einstimmiger Ansicht des Gerichtshofs war der Journalist dennoch dazu berechtigt, die Vorwürfe der Polizeibrutalität zu publizieren. Diese gravierenden Tatsachenbehauptungen beruhten auf einer ausreichenden Faktenbasis und wurden trotz einer emotionalisierenden Zuspitzung nicht verzerrt wiedergegeben. (Urteil der 3. Kammer N° 37406/03 «Dyundin c. Russland» vom 14.10.2008)
- Konventionswidrige Verurteilung eines russischen Journalisten zur Publikation einer Berichtigung und zur Bezahlung einer Genugtuung von ca. 200 Euros an die Polizeibeamten der Antidrogeneinheit von Oryol. Der Journalist hatte der Polizei die Einstellung von Verfahren gegen Drogendealer aus Gründen der Korruption vorgeworfen und ihr eine Mitverantwortung für das Scheitern der Drogenbekämpfung angelastet. Der Gerichtshof legte Wert darauf, dass die Zeitung die fraglichen Polizisten nicht namentlich angegriffen und keine vertraulichen Informationen publiziert hatte. Es handle sich um einen fairen Kommentar zu einer Angelegenheit von evidentem öffentlichem Interesse, der den Rahmen akzeptabler Kritik nicht gesprengt habe. (Urteil der 1. Kammer N° 14888/03 «Godlevskiy c. Russland» vom 23.10.2008)
- Unzulässige Bestrafung eines Ex-Verwaltungsrats der Moschee von Lyon, der in einem Zeitungsinterview dem Direktor der Moschee vorgeworfen hatte, seine Geschäftsführung sei unklar und er füttere sich um die Religion. Diese Werturteile beruhten auf einer ausreichenden Tatsachengrundlage und waren nicht übertrieben scharf formuliert. Als öffentliche Person musste der Direktor mit entsprechender Kritik rechnen. (Urteil der 5. Kammer N° 35016/04 «Chalabi c. Frankreich» vom 18.9.2008)
- Konventionswidrige Bestrafung eines Journalisten, der gutgläubig fundierte Täuschungsvorwürfe im Zusammenhang mit der privaten Vermittlung von Arbeitsmöglichkeiten in Deutschland erhoben hatte und dem lediglich ein Fehler bei der Anzahl von Kursteilnehmern unterlaufen war. Die journalistische Kritik bezog sich nicht auf das Privatleben des kritisierten Präsidenten des Deutschenforums, sondern beschränkte sich auf dessen öffentliche Tätigkeit (Durchführen kostspieliger deutscher Sprachkurse). (Urteil N° 5945/03 «Barb c. Rumänien» vom 7.10.2008)
- Offensichtlich unzulässige Beschwerde eines Journalisten gegen seine Verurteilung zum Bezahlen einer Genugtuungssumme von 180 Euros an einen militanten Musiker, dessen musikalische Fähigkeiten er in einer Tageszeitung lächerlich gemacht hatte («[...] si on lui demandait maintenant de distinguer la note 'mi' de la note 'fa', en serait-il capable, ou dirait-il que «Fa» est une marque de savon? [...]). (Zulässigkeitsentscheid der 2. Kammer N° 29413/05 «Dilipak c. Türkei» vom 23.9.2008)
- Rechtmässige Verurteilung eines Journalisten wegen exzessiver Kritik am Dekan einer medizinischen Fakultät (und Parlamentsmitglied), dem der Journalist ohne ausreichende Verifizierung unter anderem Gesetzesbruch und Plagiat vorwarf und seine Kritik mit übertrieben abschätzigen Werturteilen versah. (Urteil der 3. Kammer N° 36157/02 «Cuc Pascu c. Rumänien» vom 16.9.2008)
- Rechtmässige Entlassung eines Beamten, der in seinem Privatleben sadomasochistische Treffen organisierte und auf von ihm verlinkten Websites bei entsprechenden Aktivitäten halbnackt zu sehen war. Die Entlassung tangierte zwar die Meinungsfreiheit (und das Recht auf Privatleben; Art. 8 EMRK), sie war aber angesichts der spezifischen Funktion des betreffenden Beamten (Bewährungshelfer) in einer demokratischen Gesellschaft notwendig. (Zulässigkeitsentscheid der 4. Kammer N° 32792/05 «Pay c. Grossbritannien» vom 16.9.2008)
- Missachtung der Meinungsfreiheit durch Busse wegen des Besitzes verbotener Literatur (Zeitschrift), die nicht auf einer ausreichend vorhersehbaren Anwendung des Strafgesetzbuchs basierte. (Urteil der 3. Kammer N° 1606/03 «Salihoglu c. Türkei» vom 21.10.2008) ■

D'AUTRE PART

UND AUSSERDEM

**Lettre de lecteur visant
Pierre Keller: atteinte à la
personnalité confirmée**

Arrêt du Tribunal fédéral
du 26 juin 2008 (5A_60/2008)

En date du 20 juillet 2003, un article intitulé «le sulfureux étalon vaudois» est paru dans «Le Matin Dimanche».

Ce papier se faisait l'écho de la polémique née autour d'un équidé grandeur nature en polyester que les organisateurs du Marché-Concours de Saignelégier avaient proposé à chaque canton d'acquérir pour le transformer en œuvre originale. Le canton de Vaud avait choisi de présenter l'oeuvre créée par un étudiant de l'ECAL. Le cheval présenté se singularisait par le fait qu'il était vêtu d'un masque en cuir, de lanières hérissées de pics et de chaînettes en métal reliant ses pattes.

L'auteur de l'article y tenait notamment les propos suivants: «Des petits, des grands, des frêles, en cent ans d'existence, le Marché-Concours de Saignelégier en a vu défiler, des chevaux. Mais un comme celui-là, avec masque en cuir, lanières hérissées de pics et chaînettes reliant ses pattes, la parfaite panoplie sado-maso, jamais! (...). Des septante projets de l'ECAL, c'est en tout cas le sien qui a été retenu par un jury de professeurs, présidé par Pierre Keller, le fameux directeur de l'école... Militant de la cause gay. D'où cette question: comment, dans ce choix, ne pas voir la patte de ce personnage charismatique, extraverti, libertin, ouvertement militant de la cause gay? (...)».

Dans le même article, il est relevé que Pierre Keller, joint au téléphone sur son lieu de vacances a déclaré: «...Un cheval comme outil de plaisir et de désir avec son côté provocant, oui, ça m'a plu.».

En date du 27 juillet 2003, le journal susmentionné a publié deux lettres de lecteurs relatives à l'article sur l'étalon en polyester.

L'une d'elles, intitulée «une mocheté» était le fait d'un courtier en art, Sergio Witzig. Elle avait la teneur suivante: «Cela m'étonnerait que le cheval «vaudois» genre sado-maso, qui sera présenté au Marché-Concours de Saignelégier prochainement, fasse scandale, la banalisation des pratiques sexuelles, y compris les plus déviantes, ne faisant plus guère recette depuis déjà pas mal de temps parmi le grand public.

Il n'y a plus que ce plouc de directeur de l'ECAL, Pierre Keller, pour y croire encore, la preuve.

Car, si le jeune homme brésilien qui a créé cette mocheté a choisi ce thème du sadomasochisme, c'est bien parce qu'il est étudiant dans cette école, où, c'est désormais bien connu, pour s'y faire bien voir du directeur, il faut créer de préférence dans le genre «sex» tendance déviant (sic), crade, pervers, etc., à l'image de la boîte de jouets sexe et du botte-cul sexe, précédemment également produits (...).

Ce cheval ne fera donc qu'apporter une lourde pierre de plus au jardin du mauvais goût du susnommé, mais ne devrait susciter que de l'indifférence dans le public.».

Le 29 août 2003, Pierre Keller a saisi le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois d'une action en protection de la personnalité dirigée contre Sergio Witzig.

Par jugement du 29 septembre 2006, le magistrat a constaté que le courrier des lecteurs rédigé par le défendeur portait une atteinte illicite aux droits de la personnalité du demandeur, condamné le défendeur à payer au demandeur le montant de 1'000 fr., à verser en mains de l'association «l'elac», et fait interdiction au défendeur de tenir quelque propos que ce soit, en particulier par voie de presse, susceptible de porter une atteinte illicite à la personnalité du demandeur. Par arrêt du 17 octobre 2007, le Tribunal cantonal vaudois a partiellement admis le recours du défendeur et réformé le jugement en annulant la condamnation à une indemnité ainsi que l'interdiction faite de tenir tout propos de nature à porter atteinte à la personnalité du demandeur. Le Tribunal cantonal a confirmé le jugement attaqué pour le surplus.

Selon l'arrêt cantonal, la lettre de lecteur incriminée échappait à toute critique dans la mesure où elle avait émis des pronostics ou jugements de valeur et utilisé le terme de «plouc»; en revanche, elle avait porté une atteinte illicite à la personnalité du demandeur en mettant en doute sa probité intellectuelle et son honnêteté artistique dans sa fonction de directeur de l'ECAL et en énonçant un fait objectivement faux au sujet de la manière dont celui-ci assumait cette direction.

Le défendeur a interjeté un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral, concluant principalement à la réforme de la décision attaquée en ce sens que les conclusions du demandeur sont intégralement rejetées, subsidiairement au renvoi de la cause à l'autorité cantonale pour nouvel arrêt.

Pour le Tribunal fédéral, le recourant, dans sa lettre de lecteur, ne s'est guère attardé sur le sujet même de l'article «Le sulfureux étalon vaudois» paru le 20 juillet et les critères ayant conduit le jury, sous la présidence de l'intimé, à choisir le cheval vaudois genre «sado-maso». Sur ce point, il ne s'est pas livré, comme on aurait pu en attendre d'un courtier en art, à une véritable critique artistique, mais il s'est contenté de quelques pronostics, évaluations et jugements

de valeur, qu'il était certes en droit d'émettre en vertu de sa liberté d'opinion, comme l'a retenu à juste titre l'autorité cantonale, même si ses propos pouvaient apparaître sévères, voire dévalorisants («mocheté», «ce plouc de directeur de l'ECAL», «mauvais goût» de l'intimé). Un lecteur moyen était en mesure de reconnaître, par la référence au Marché-Concours de Saignelégier et les photographies illustrant le texte litigieux, le contexte dans lequel les propos en question avaient été proférés.

Pour le TF, le recourant est toutefois sorti volontairement du cadre de l'oeuvre en question, qui ne lui a servi, semble-t-il, que de prétexte, pour faire carrément comprendre au lecteur que si le lauréat avait choisi le thème du sadomasochisme pour décorer son cheval, c'était pour se faire bien voir de l'intimé, non pas en tant que président du jury connu pour apprécier et encourager la création d'oeuvres sur ce thème, mais en sa qualité de directeur de l'ECAL favorisant les étudiants qui font dans le genre «sexe, tendance déviant, crade, pervers», à l'image de produits précédemment créés («boîte de jouets sexe», «botte-cul sexe»). Le recourant a clairement laissé entendre par là au lecteur moyen que, d'une manière générale, le directeur de l'école favorisait la création d'oeuvres à connotation sexuelle et «sadoso» au détriment d'autres genres de création, et que si l'on voulait réussir dans son école, il fallait faire dans le genre. Le fait que le recourant a ajouté «de préférence» ne change rien à cela. Ainsi que l'a retenu l'autorité cantonale, le recourant a, dans sa lettre de lecteur, bel et bien mis en doute la probité intellectuelle et l'honnêteté artistique de l'intimé dans sa fonction de directeur de l'ECAL.

Il appartenait au recourant d'établir la véracité des faits attentatoires aux droits de la personnalité de l'intimé pour échapper au reproche d'illicéité. Or, au terme de son examen fouillé des éléments du dossier, l'autorité cantonale est arrivée non seulement à la conclusion que le recourant n'avait pas réussi à prouver ce qu'il avançait, à savoir qu'il fallait créer dans le domaine du sexe pour plaire au directeur de l'ECAL, mais encore que l'intimé avait lui-même apporté la preuve du contraire.

Le recourant ne démontre pas que l'autorité cantonale a conclu arbitrairement à la fausseté des faits en question. Il se trompe lorsqu'il croit qu'il suffisait de prouver que le fait que l'étudiant («jeune homme brésilien») s'était bien fait voir de son directeur en créant son oeuvre «sadoso» et que celle-ci avait plu à celui-ci, était conforme à la vérité. Ce qu'il lui appartenait en effet de prouver – et qu'il n'a pas réussi à faire –, c'était son assertion selon laquelle pour plaire au directeur de l'ECAL et implicitement réussir dans cette école, un étudiant devait créer dans le domaine du sexe et du «sadoso».

Le Tribunal fédéral a rejeté le recours, dans la mesure de sa recevabilité. ■

Zur Ausübung des Kurzberichterstattungsrechts

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. August 2008 (A-7970/2007; nicht rechtskräftig)

Die SRG, welche während der Saison 2006/07 über Exklusiv- oder Erstausstrahlungsrecht für die Übertragung von Fussball- und Eishockeyspielen verfügte, gewährte den regionalen Privatfernsehveranstaltern keine Drehgenehmigungen vor Ort mehr, da praktisch alle Spiele live und mit einem hohen Kamerastandard produziert würden. Dagegen sowie gegen die angekündigte Tarifpolitik wehrten sich die Privaten. Das Bundesamt für Kommunikation (Bakom) ordnete mittels Verfügung den sog. Physical Access und den Signal Access für die Privaten an, d.h. sie wurden ermächtigt, vor Ort selber Aufnahmen herzustellen und auch das Übertragungssignal der SRG zu festgelegten Bedingungen zu benutzen. Bei beschränkten Kapazitäten verfügte das BAKOM die folgende Priorisierung: «Zunächst ist der Zugang an Veranstalter zu gewähren, welche aufgrund vertraglicher Vereinbarungen mit der SRG SSR bzw. des Ereignisveranstalters einen Anspruch darauf haben. Im Falle weiterer Kapazitäten ist auch Veranstaltern, die eine möglichst umfassende Versorgung in der Schweiz gewährleisten, Zugang zu gewähren, sowie Regionalveranstaltern mit Leistungsauftrag, falls Heim- oder Auswärtsspiele von Mannschaften aus dem konzessionierten Verbreitungsgebiet dieser Veranstalter betroffen sind. Im Falle weiterer Kapazitäten sind auch die übrigen Veranstalter zu berücksichtigen».

Das Bundesverwaltungsgericht bestätigt im Wesentlichen die Verfügung des BAKOM. Die Auslegung von Art. 72 Abs. 3 Bst. a RTVG, wonach der Organisator eines öffentlichen Ereignisses und der Programmveranstalter den Zugang zum Ereignis, soweit es die technischen und räumlichen Gegebenheiten erlauben, ermöglichen müssen, spreche insgesamt dafür, dass die Herstellung eigener Spielbilder im Rahmen des Kurzberichterstattungsrechts bzw. des Physical Access erlaubt und die von der Vorinstanz verfügte Prioritätenordnung nicht zu beanstanden ist.

Auch die finanziellen Abgeltungen beim Signal Access bestätigt das Bundesverwaltungsgericht. Zulässig ist demnach die Erhebung einer pauschalen Gebühr für Personal- und Technikkosten, die in direktem Zusammenhang mit der Einräumung des Signal Access entstehen, soweit sie auf überprüfbareren Abgaben basiert. Die Pauschalgebühr von Fr. 300.– für eine Videoaufzeichnung des ganzen Spiels in sendefähiger Qualität ist mit Blick auf den technischen Aufwand, die Material- und Infrastrukturkosten und im internationalen Vergleich als angemessen zu betrachten. Pauschale Akkreditierungskosten von Fr. 100.– pro Sportveranstaltung für den Physical Access erachtet das Bundesverwaltungsgericht aber als nicht unzulässig. Der administrative

Aufwand hinsichtlich Organisation des Physical Access könne zwar in Rechnung gestellt werden, er müsse aber ausgewiesen werden. ■

«Glanz & Gloria»-Fragen verletzen Jugendschutzbestimmungen nicht

Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 4. Juli 2008 (b. 582)

Im Rahmen des „People“-Magazins «Glanz & Gloria» werden in der Rubrik «Doppelpack» jeweils zwei prominenten Gästen zahlreiche Fragen gestellt. In der Sendung vom 16. Februar 2008 stellten sich Amanda Ammann, die amtierende Miss Schweiz, und ihre Vorgängerin, Christa Rigozzi, den Fragen der Redaktion. Beanstandet wurden Fragen wie «Onanieren Sie?» oder «Wo hätten Sie gerne Sex?» gestellt worden. Da die entsprechende Sendung bereits kurz vor 19 Uhr ausgestrahlt worden sei, habe das Schweizer Fernsehen den Jugendschutz gemäss Art. 5 RTVG verletzt. Auch Art. 4 Abs. 1 2. Satz RTVG (öffentliche Sittlichkeit) sei durch die Ausstrahlung berührt.

Die UBI weist in ihrem Entscheid zuerst darauf hin, dass die beanstandete Sendung unterhaltenden Charakter hat. «Die Rubrik ist gleichzeitig ein – nicht ernsthaftes – Spiel zwischen zwei Prominenten, welche sich darin versuchen, schlagfertig zu sein und die verschiedenen Fragen in origineller Weise zu beantworten, ohne sich eine Blösse zu geben (...). Die vom Beschwerdeführer beanstandeten Fragen aus dem Intim- und insbesondere Sexualleben sind jedoch trotz der besonderen Form der Rubrik geeignet, voyeuristische Neigungen des Publikums zu befriedigen (...). Die beanstandeten Fragen [richteten sich] an medienerfahrene Prominente, welchen überdies die Rubrik und damit auch die Art der Fragen bekannt sein dürfte. Diese hatten überdies die Möglichkeit, intime Fragen – wie Amanda Ammann in einem Fall – gar nicht zu beantworten, oder dies auf lustige, originelle und nicht ernsthafte Weise zu tun. Die Menschenwürde der beiden befragten Frauen ist deshalb nicht berührt worden (...). Die beanstandeten Fragen sind zwar nicht geeignet, die körperliche, geistig-seelische, sittliche und soziale Entwicklung von Minderjährigen zu fördern, gefährden diese aber auch nicht. In dieser Rubrik steht schon durch die schnelle Abfolge von Fragen und Antworten das spielerische Element im Vordergrund. Es wird nichts hinterfragt oder vertieft. Das Thema der Fragen wechselt teilweise sehr abrupt. Dem Publikum bleibt nicht viel Zeit, um die in der Regel sehr kurzen Antworten zu registrieren oder gar zu analysieren. Entwicklungsstörungen bei Jugendlichen lassen sich

aufgrund des klar erkennbaren unverbindlichen und nicht ernsthaften Charakters der Rubrik ausschliessen. Die vom Beschwerdeführer beanstandeten Fragen hinsichtlich der Sexualität nehmen im Übrigen nur einen kleinen Teil im Rahmen der ganzen Rubrik ein. Weder den Fragen noch den sehr knappen Antworten der beiden Frauen, die sich überdies auch im sprachlichen Ausdruck sehr gesittet zeigen, kommt ein pornographischer Charakter zu (BGE 133 II 136 E. 5.3.ff. S. 144ff. [«Lovers TV»]).» ■

Kassensturz-Bericht über «Babyphones» war sachgerecht

Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 10. März 2008 (b.573)

Am 2. Oktober 2007 strahlte das Schweizer Fernsehen im Rahmen des Konsumentenmagazins «Kassensturz» einen rund sechsminütigen Beitrag über Babyphones aus. Im Zentrum standen die Resultate von Produktetests. Verschiedene Babyphones wurden hinsichtlich Reichweite, Störempfindlichkeit, Handhabung, Stromverbrauch und Strahlung getestet. Beanstandet wurde im Wesentlichen, dass wesentliche Informationen im Zusammenhang mit der Gefahr von Strahlung (Elektromog) dem Publikum nicht vermittelt worden seien und die «Kassensturz»-Redaktion habe sich auf eine einseitige Stellungnahme der Vertreterin des Bundesamts für Gesundheit gestützt.

Die UBI weist die Beschwerde ab und stellt fest, dass im Rahmen des eigentlichen Themas des Beitrags, einem Test von acht markt gängigen Babyphones, nicht notwendig war, eine grundsätzliche Debatte über Elektromog zu führen. «Die Redaktion erwähnte alle wesentlichen Fakten im Zusammenhang mit dem Produktetest wie die Namen und Hersteller der getesteten Geräte, die Kriterien, welche Anwendung fanden, die Namen der Institute, welche die Tests durchführten und die Begründung der Ergebnisse.»

«Die Problematik einer Strahlenbelastung von Kleinkindern durch Babyphones wird im Beitrag keineswegs verharmlost. Vielmehr erklärt die Moderatorin schon einleitend, dass «zucker-süsse unschuldige» Babys durch solche Geräte zuviel Strahlung abbekommen würden. Der Baubiologe empfiehlt im Filmbericht, «die Belastung so gering wie möglich zu halten». Die Vertreterin des BAG und die Moderatorin am Schluss geben konkrete Tipps, um die Strahlenbelastung für Kleinkinder möglichst klein zu halten. In den Tests erhalten Produkte mit einer hohen Strahlenbelastung durchwegs schlechte Noten. Insgesamt vermittelte der Beitrag die Bot-

.....

schaft, dass beim Kauf eines Babyphones (inkl. Kabel- und Netzteile) besonders auf die Strahlenbelastung zu achten sei («Nur mit einem strahlungsarmen Babyphone sind die Träume der Babys auch wirklich süß.») und sensibilisierte damit das Publikum für die entsprechende Problematik.» ■

.....

Temps Présent: la TSR a violé l'article 4 LRTV

Décision de l'AIEP
du 10 mars 2008 (b.566)

Le 31 mai 2007, la Télévision suisse romande (ci-après: TSR) a diffusé, dans le cadre de l'émission «Temps Présent», un reportage intitulé «le juge, le psy et l'accusé» illustrant, sur la base de cinq volets, le lien complexe existant entre la justice, l'expertise psychiatrique et l'accusé. L'un de ces volets était consacré au cas genevois d'une fillette accusant son père et ses deux oncle d'actes sexuels et d'attouchements. Le Dr S. était intervenu en qualité d'expert au cours de cette procédure. Agissant par le biais d'une plainte déposée devant l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision (ci-après: AIEP), il critique le caractère unilatéral de l'émission. A son sens, la présentation de cette affaire serait manifestement orientée, allant même jusqu'à déployer un effet manipulateur en présentant une version unilatérale des événements et en le faisant passer pour un professionnel incompetent, entêté et lâche. Pour lui, les journalistes ne se seraient pas livrés à un travail journalistique tel qu'imposé par l'art. 4 LRTV. L'AIEP a admis la plainte à l'unanimité, estimant notamment que des comparaisons étaient établies avec l'affaire d'Outreau alors que les situations étaient fondamentalement dissemblables et que le point de vue du Dr S. – quand bien même celui-ci avait décliné l'offre de s'exprimer à l'antenne pour des raisons de secret professionnel – n'avait pas été suffisamment pris en compte. Pour l'Autorité de plainte, les journalistes ont violé les exigences de diligence journalistique en ce qui concerne l'obligation de transparence et d'impartialité, le choix des personnes interviewées et la nécessité de bien connaître le sujet et de vérifier les allégations reprises de tiers: «En conclusion, il apparaît que la version des faits présentée par le reportage est unilatérale. Des éléments importants relatifs au dossier pénal manquent au public pour la bonne compréhension de l'affaire et les déclarations controversées ne sont pas reconnaissables comme telles. Les téléspectateurs n'ont pas pu se former librement une opinion sur la base des informations diffusées dans le reportage. La virulence des propos de Me A, mais surtout son intervention récurrente durant la totalité du volet incriminé oriente dangereusement ce dernier. Et aucun élément à décharge ne vient contrebalancer cette impression. En principe, une émission doit aussi être appréciée dans son ensemble (ATF 131 II 253,

cons. 3.2, p. 259ss [«Rentennissbrauch»]). Le fait que les quatre premiers volets ne soient pas examinés par l'AIEP ne l'empêche pourtant pas de constater une violation de l'art. 4 al. 2 LRTV; les volets sont en effet indépendants les uns des autres et requièrent une analyse distincte pour chacun d'entre eux.

Du point de vue de la diligence journalistique, les journalistes concernés ont commis plusieurs manquements. Le refus du plaignant de participer à l'émission ne les dispensait pas, au contraire, d'apporter d'autres éléments à décharge dans leur reportage. En choisissant de donner, sans aucune réserve, la parole au conseil de l'une des parties à l'affaire pénale, les journalistes n'ont pas tenu compte du rôle partial qu'il représentait. Vu l'absence de connaissances du public (tant en ce qui concerne le procès lui-même qui s'était déroulé à huis clos que le thème abordé), les journalistes auraient dû prendre un certain nombre de précautions pour faire apparaître le point de vue du plaignant, ce qui n'a pas été fait. Les journalistes ont violé les exigences de diligence journalistique en ce qui concerne l'obligation de transparence et d'impartialité, le choix des personnes interviewées et la nécessité de bien connaître le sujet et de vérifier les allégations reprises de tiers.»

L'AIEP a en revanche écarté la plainte, à raison d'incompétence matérielle, en ce qu'elle visait un site internet qui n'était pas affilié à la TSR mais permettait l'accès à l'émission mise en cause et qui était agrémenté de commentaires virulents à l'endroit du plaignant. ■

.....

Gentest-Beitrag in «Puls» war sachgerecht

Entscheid der Unabhängigen
Beschwerdeinstanz für Radio und
Fernsehen vom 10. März 2008 (b. 572)

Am 24. September 2007 strahlte das Schweizer Fernsehen im Rahmen des Gesundheitsmagazins «Puls» einen Schwerpunkt zum Thema Gentests aus. In drei Filmberichten und Studiogesprächen mit Dr. Hansjakob Müller, einem medizinischen Genetiker, wurden die Funktion und die verschiedenen Anwendungsgebiete von Gentests beleuchtet. Die gegen diese Sendung erhobene Beschwerde mit der Rüge, der Beitrag würde einseitig die Sicht der Schulmedizin darstellen, weist die UBI ab. «Im Rahmen des gewählten Themas war es daher auch nicht notwendig, auf die Gegensätze von Schulmedizin und Alternativmedizin generell und speziell auf die Methode der Zellulärmedizin zur Behandlung von Krebszellen hinzuweisen. Es handelt sich dabei nicht um wesentliche Fakten im Rahmen der in den bean-

standeten Beiträgen behandelten Themen. Die ausgestrahlten Beiträge erlaubten dem Publikum, sich eine eigene Meinung hinsichtlich der Anwendung von Gentests zur Bestimmung von Erbkrankheiten und bei der medikamentösen Behandlung zu bilden. Die derzeitigen Möglichkeiten und Grenzen von Gentests in der Medizin werden mittels illustrativer Beispiele in einer auch für Laien verständlichen Form aufgezeigt. Das äusserst sachliche Studiogespräch mit dem medizinischen Genetiker vermittelt dem Publikum zusätzliche relevante Informationen zum Thema. Dass ein Thema wie Gentests nicht im Rahmen eines knapp 18-minütigen Beitrags umfassend und vertieft abgehandelt werden kann, versteht sich von selbst. Die nach Ausstrahlung der Beiträge aufgeschaltete Telefon-Hotline ermöglichte Interessierten aber zusätzlich, sich über spezifische Aspekte von Gentests mit Experten zu unterhalten.» ■

.....

Canal Onex: plainte admise contre une émission politique

Décision de l'AIEP
du 7 décembre 2007 (b.567)

En date du 22 août 2007, S., candidat du Mouvement des citoyens genevois (MCG) à l'exécutif de la commune d'Onex (GE), a déposé une plainte devant l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision (AIEP) contre trois émissions de la chaîne de télévision communale Canal Onex, estimant que celles-ci, diffusées fin mai 2007, violaient les principes applicables à l'information de l'art. 4, al. 2 et 4 de la loi fédérale sur la radio et la télévision, dans la mesure où il n'avait pas pu prendre position sur tous les reproches formulés à l'encontre de sa propre

personne et de son parti, de surcroît à quelques jours du second tour à l'élection au Conseil administratif. Le plaignant met enfin en doute l'impartialité de Canal Onex, qui relève économiquement de la commune. «Le fait que les propos de M sont reconnaissables comme des avis personnels ne change rien à la problématique. Le choix des personnes auxquelles on a donné la possibilité de s'exprimer joue un rôle clé dans la libre formation de l'opinion du public. M a pu largement s'exprimer sur l'adversaire de R, alors qu'il était doublement intéressé par l'issue du second tour, la réélection de son collègue au Conseil administratif et son propre avenir politique étant en jeu. De son côté, S n'a pas eu la possibilité dans ce reportage de présenter son point de vue et de prendre position concernant les reproches virulents formulés par un adversaire politique à l'encontre de sa personne et de son parti dans le contexte du second tour à l'exécutif. Le choix unilatéral des personnes qui pouvaient s'exprimer concernant la politique communale à Onex, a porté atteinte à la formation de l'opinion du public dans ce contexte et contribuait aussi à porter préjudice à l'égalité des chances des candidats lors du second tour au conseil administratif. Canal Onex n'a pas respecté ses devoirs de vigilance journalistiques accrus dans un contexte de veille électorale, en particulier l'obligation d'assurer une couverture équitable. Le reportage contesté a donc violé les principes d'information, notamment celui de l'exigence de pluralité de l'art. 4, al. 4 LRTV.»

L'AIEP a admis la plainte, par cinq voix contre trois, en ce qu'elle visait l'émission intitulée «Dernière séance au Conseil Municipal». Elle a en revanche rejeté les griefs visant les émissions «Un homicide sème le trouble» (à l'unanimité) et «Un tract pirate dans les boîtes aux lettres onésiennes» (par sept voix contre une). Enfin, l'Autorité de plainte n'est pas entrée en matière sur la prétendue absence d'indépendance de Canal Onex, eu égard à son appartenance à la commune, estimant que cette question ressortissait exclusivement au droit constitutionnel et à la réglementation applicable aux concessions. ■