

# «Caroline» und die Privatsphäre Prominenter in der Schweiz

Urs Saxer

Dr. iur, Rechtsanwalt, Privatdozent an der Universität Zürich, Zürich

## I. Einleitung

Im umstrittenen Urteil von *Hannover gegen Deutschland*<sup>1</sup> schützte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in sehr weitgehender Weise das Privatleben Caroline von Hannovers gegenüber der deutschen Regenbogenpresse. Im Vergleich zu Deutschland<sup>2</sup> wurde das Urteil in der Schweiz weniger kontrovers rezipiert<sup>3</sup>. Dies mag auch daran liegen, dass in der schweizerischen Gerichtspraxis der Persönlichkeitsschutz gegenüber den Medien ei-

nen höheren Stellenwert hat. Trotzdem könnte das Urteil Auswirkungen auf die Schweiz haben, denn die schweizerische Dogmatik des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes orientiert sich teilweise an der deutschen Doktrin, so z.B. mit Bezug auf die vom EGMR besonders kritisierte Figur der absoluten Person der Zeitgeschichte<sup>4</sup>. Die Folgen hängen indes auch von der nicht durchwegs klaren Lesart des Urteils ab. Darauf sei zuerst eingegangen.

## II. Das Caroline-Urteil: Eine kritische Würdigung

### 1. Demokratisch-funktionale Grundrechtsinterpretation

Aus grundrechtsdogmatischer Sicht bildet Kern des Urteils die Koordination von konventionsrechtlich garantiertem Schutz des Privatlebens (Art. 8 EMRK) und der Meinungsfreiheit der Medien (Art. 10 EMRK) auf dem Weg der Abwägung<sup>5</sup> bzw. - um den von Konrad Hesse geprägten Begriff zu verwenden - der Herstellung praktischer Konkordanz konkurrierender und möglicherweise konfligierender Menschenrechtsgehalte bei der konkreten Anwendung<sup>6</sup>.

Der EGMR liess sich nun bei dieser Abwägung sehr stark vom Zweck der Meinungsfreiheit und deren Funktion in einer demokratischen Gesellschaft, nämlich der Möglichkeit der Verbreitung von Ideen und Informationen, leiten<sup>7</sup>. Normalerweise dient in der Praxis des EGMR der Hinweis auf die Funktion der Meinungsfreiheitsgarantie und auf die gesellschaftliche Rolle der Medien dazu, deren besondere Bedeutung bei einer Gegenüberstellung mit kollidierenden Interessen und Werten hervorzuheben<sup>8</sup>. Im Caroline-Urteil kommt es demgegenüber zu einer *demo-*

**Résumé:** *L'arrêt Caroline de Monaco récemment rendu par la Cour européenne des droits de l'homme renforce, de manière plus ou moins notable selon les pays d'Europe, la sphère privée des personnalités qui n'endossent ni rôle officiel ni fonction particulière. En Suisse, on ne devrait s'attendre qu'à une légère accentuation de la protection accordée à sphère privée des personnalités, l'article 28 CC protégeant déjà celle-ci de manière forte. Des interventions ne sont qu'exceptionnellement admises et les besoins de pur divertissement n'ont qu'un faible poids dans la balance en tant qu'intérêts prépondérants. Suite à cet arrêt, la figure de la personne publique va perdre encore en importance. Sera avant tout améliorée la protection de la sphère privée des stars et célébrités, lesquelles bénéficieront de plus en plus d'une «sphère privée ambulante», y compris lorsqu'elles apparaissent en public. Cela favorisera la commercialisation de la protection de la personnalité. Il est douteux que cette évolution soit couverte par les garanties idéales contenues dans la CEDH.*

Dieser Artikel ist die überarbeitete Fassung eines anlässlich der Berliner Tagung der Arbeitsgemeinschaft der deutschen Verlagsjustitiare vom 12. November 2004 gehaltenen Vortrags.

- 1 Case of von Hannover v. Germany (Application no. 59320/00), Urteil der Dritten Sektion des EGMR vom 24. Juni 2004, teilweise wiedergegeben in *medialex* 3/04, S. 158-161.
- 2 Zu den Reaktionen in Deutschland vgl. z.B. GRABENWARTER C., Schutz der Privatsphäre versus Pressefreiheit: Europäische Korrektur eines deutschen Sonderwegs? AfP 4/2002, S. 309-16; HELDRICH A., Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit nach der Europäischen Menschenrechtskonvention, NJW 37/2004, 2634-36; HERRMANN G., Anmerkungen zum Urteil des EGMR vom 24. 6. 2004, ZUM 8/9/2004, 665 f.;
- 3 Zu den Reaktionen in der Schweiz vgl. z.B. STUDER P., Zum «Caroline-Urteil» des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte - Klatschmedien könnten ins Schwitzen kommen, Tagesanzeiger vom 3. 9. 2004; RIKLIN F., Editorial: Vom Schutz der Persönlichkeit, *medialex* 3/04, S. 117; BARRELET D., Urteilscommentar in *medialex* 3/04, S. 167.
- 4 Hierzu anstatt vieler MEILI A., Basler Kommentar, ZGB I, Art. 28, Rz 19 ff. m.w.N. Eingehender nachfolgend III./2.
- 5 So mit Recht GRABENWARTER (FN 2), 309; vgl. auch HELDRICH (FN 2), passim.
- 6 Vgl. HESSE K., Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Auflage, Heidelberg 1999, Rz 72 und 317 ff. m.w.N.
- 7 Vgl. auch GRABENWARTER (FN 2), S. 309 ff.
- 8 Darauf weist im Übrigen auch der EGMR im Caroline-Urteil hin: vgl. von Hannover v. Germany, Ziff. 60 m.N.

**Zusammenfassung:** Das Caroline-Urteil des EGMR stärkt gesamteuropäisch die Privatsphäre von Prominenten ohne offizielle oder amtliche Rolle je nach Land zum Teil erheblich. In der Schweiz dürften sich indes nur geringfügige Akzentverschiebungen ergeben, da Art. 28 ZGB die Privatsphäre Prominenter schon jetzt recht stark schützt. Eingriffe sind nur ausnahmsweise zulässig, und rein unterhaltende Bedürfnisse haben als überwiegende Informationsinteressen einen geringen Stellenwert. Die Figur der Person der Zeitgeschichte wird wegen des Urteils noch stärker an Bedeutung verlieren. Verbessert wird vor allem der Privatsphärenschutz von Stars und Celebrities, welche zunehmend in den Genuss einer «ambulanten Privatsphäre» auch in der Öffentlichkeit kommen. Dies fördert die Kommerzialisierung des Persönlichkeitschutzes. Es ist fraglich, ob dies dem ideellen Gehalt der EMRK-Garantien entspricht.

kratisch-funktionalen Reduktion des Rechts auf freie Meinungsäußerung. Letztere soll bei einer Abwägung mit dem Schutz des Privatlebens nur dann eine wesentliche Bedeutung haben, wenn Gegenstand der Meinungsäußerung die Verbreitung von Ideen und Informationen ist, welche einen Beitrag zu einer öffentlichen Debatte leisten können.

Auf die Problematik einer solchen demokratisch-funktionalen Grundrechtsauffassung hat Böckenförde schon vor über 30 Jahren hingewiesen<sup>9</sup>. Sie führt tendenziell zu einer Begrenzung des Gehalts der Meinungsfreiheit auf eine öffentliche, demokratiekonstituierende Funktion unter Vernachlässigung der genuin menschenrechtlichen Dimension, die sich auch auf den nichtöffentlichen Bereich bezieht<sup>10</sup>. Die Ausübung des Grundrechts wird daran gemessen, ob und inwieweit sie zum demokratischen politischen Prozess beizutragen vermag und in diesem Sinne funktionalisiert und begrenzt. Dies zeigt sich sehr deutlich an der vom EGMR vorgenommenen Grenzziehung zwischen der Meinungsfreiheit der Medien und dem Schutz des Privatlebens. Deren Resultate und Auswirkungen sind teilweise wenig sinnvoll und schränken die Meinungsfreiheit erheblich ein.

## 2. Auswirkungen

Im Zentrum des Urteils steht unter anderem die Beurteilung der Rechtsfigur der absoluten Person der Zeitgeschichte, welche im Urteil kritisiert und dafür verantwortlich gemacht wird, dass das Privatleben von Caroline von Hannover in Deutschland nicht hinreichend geschützt wird<sup>11</sup>. Nach der Auffassung des EGMR ist Caroline keine öffentliche Person, weil sie keine öffentlichen Funktionen ausübt - also eine Privatperson<sup>12</sup>. Diese doch eher erstaunliche Feststellung resultiert aus einer Auffassung öffentlicher Personen, welche stark auf den politischen Prozess bezogen ist, nämlich auf Politikerinnen und Politiker sowie auf Personen, welche Ämter bzw. sonst offizielle Funktionen innehaben<sup>13</sup>. Die Konsequenz dieser Auffassung ist ein weit gehendes Zustimmungserfordernis für die Berichterstattung über das Privatleben Prominenter. Eine Ausnahme mag mit Bezug auf Personen in öffentlichen Ämtern

oder mit offiziellen Funktionen bestehen<sup>14</sup>, nicht aber bei anderen öffentlichen Personen wie z.B. bei Show Stars, Sportlern und Künstlern, die oft selber freiwillig ihr Privatleben ganz oder in Teilen öffentlich machen. Dieses realitätsferne Verständnis der öffentlichen Person rührt von einer verengten Auffassung der Rolle der Medien als *public watchdog* in einer demokratischen Gesellschaft<sup>15</sup>, dies ganz im Sinne einer demokratisch-funktionalen Auffassung. Mit Recht wird demgegenüber in den Sondervoten zum Urteil darauf hingewiesen, dass Caroline selbstverständlich eine öffentliche Person sei, auch wenn sie keine offizielle Funktion bekleide<sup>16</sup>.

Ganz demokratisch-funktional geprägt sind auch die Erwägungen des Gerichts zur inhaltlichen Reichweite von Art. 10 EMRK. Die zu beurteilende Wort-/Bildberichterstattung bezog sich auf harmlose private Betätigungen von Caroline in der Öffentlichkeit. Der EGMR reduzierte nun die Meinungsfreiheit auf die Verbreitung von Informationen und Ideen, welche zu einer öffentlichen Debatte im allgemeinen Interesse beitragen<sup>17</sup>. Einen solchen Beitrag leisteten die fraglichen Beiträge nicht. Sie würden höchstens die Neugierde eines Teils des Publikums befriedigen; das Publikum habe indes kein berechtigtes Interesse zu erfahren, wo sich Caroline in ihrem Privatleben jeweils aufhalte<sup>18</sup>.

Auch diese Einengung ist zu kritisieren<sup>19</sup>. Die Garantie der Meinungsfreiheit, welche

9 BÖCKENFÖRDE E.-W., Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 27 (1974), 1529-38, insb. 1534 f.

10 BÖCKENFÖRDE (FN 9), NJW 27 (1974), S. 1535.

11 Vgl. von Hannover v. Germany, Ziff. 72-75.

12 Vgl. von Hannover v. Germany, Ziff. 62 und 72.

13 Damit stellt sich der Gerichtshof auch in Gegensatz zur Resolution 1165 (1998) der parlamentarischen Versammlung des Europarats, welche den Begriff der öffentlichen Person weiter umschreibt; vgl. die Hinweise bei GRABENWARTER (FN 2), S. 310.

14 Wenn auch in relativ engen Grenzen; vgl. von Hannover v. Germany, Ziff. 64 («in certain special circumstances»).

15 Ähnlich auch GRABENWARTER (FN 2), S. 309 f.

16 Vgl. die Sondervoten der Richter Cabral Barreto und Zupancic.

17 Vgl. auch GRABENWARTER (FN 2), S. 311 f.; ferner von Hannover v. Germany, Ziff. 59, 60, 63 und 76.

18 Von Hannover v. Germany, Ziff. 65 und 77.

19 Vgl. auch die Kritik bei GRABENWARTER (FN 2), S. 311 f.

im Übrigen auch die Informations-, Presse-, Rundfunk- und Kunstfreiheit erfasst, kann sich nur schon angesichts ihres auch individuellen, menschenrechtlichen Gehalts keinesfalls nur auf politische oder andere öffentliche Debatten beziehen. Die auch gesellschaftlich relevante Vorbildfunktion von Stars für viele Menschen sollte einschliessen, dass - innerhalb zu bestimmender Grenzen - das Privatleben Gegenstand einer Berichterstattung sein kann. Zur Sicherstellung des Privatlebens ist die vom EGMR vorgenommene Eingrenzung nicht erforderlich. Vielmehr wäre es durchaus möglich, den Schutz des Privatlebens differenziert im Hinblick auf die öffentliche Rolle einer Person und den konkret zu beurteilenden Vorgang vorzunehmen.

### 3. Vorläufige Würdigung

Das Urteil, das innerhalb der sonstigen Praxis des EGMR eher isoliert wirkt, wirft Fragen auf, so dass eine Würdigung vorläufiger Natur sein muss. So ist nicht völlig geklärt, ob die Erwägungen des Gerichts nur für die Bild-, oder auch für die Wortberichterstattung gelten<sup>20</sup>. Immerhin dürften an eine harmlose Wortberichterstattung kaum dieselben Massstäbe anzulegen sein, betont doch der Gerichtshof das besondere Gefährdungspotential der Veröffentlichung von Fotografien für das Privatleben. Ungewiss bleibt ferner, ob das Einwilligungserfordernis für eine Berichterstattung aus dem Privatleben Prominenter ein allgemeines ist. So liegt es nahe, dass bei Personen, welche selber ihr Privatleben öffentlich machen oder eine Berichterstattung hierüber dulden, der Schutz der Privatsphäre nur noch reduziert gelten sollte. Völlig offen ist schliesslich, wie sich das Urteil im Bereich der elektronischen Medien umsetzen lässt<sup>21</sup>.

Klar ist auf jeden Fall, dass das Caroline-Urteil den Schutz des Privatlebens Prominenter nunmehr auf europäischer Ebene erheblich verstärkt. Im Einzelnen ist allerdings eine gewisse Skepsis gegenüber den Urteilsabwägungen angebracht. Die Umschreibungen der öffentlichen Person und der inhaltlichen Reichweite der Meinungsfreiheit der Medien sind zu eng und zu weit entfernt von der Wirklichkeit. Zweifel erheben sich auch gegenüber einer Generalisierung des Zustimmungserfordernisses bei einer Berichterstattung über das Privat-

ben Prominenter. Wäre generell eine vorgängige Autorisierung erforderlich, so hätte der EGMR einen gesamt europäischen Maximalstandard geschaffen, der sich kaum mit seiner Rolle als internationalem Gericht und mit dem Charakter der EMRK-Garantien als Mindeststandard verträgt. Schliesslich hat das Gericht wohl übersehen, dass es mit dem Zustimmungserfordernis der Kommerzialisierung des Rechts auf Privatleben von Stars und anderen *Celebrities* aus Show Business, Sport und Unterhaltung erheblich Vorschub geleistet hat. Das Gericht ist auf dem besten Weg, das Privatleben Prominenter zu einem kommerziellen, lizenzierbaren Gut zu machen - dies bei Personen, welche oft selber ihr Privatleben kommerzialisieren. Dies dürfte kaum dem ideellen Gehalt von Art. 8 EMRK entsprechen.

## III. Mögliche Auswirkungen auf den Persönlichkeitsschutz Prominenter gegenüber den Medien

### 1. Allgemeines

In der Schweiz ist die Zulässigkeit einer Bild- und Wortberichterstattung über das Privatleben Prominenter vor allem im Licht von Art. 28 ZGB, also der Grundnorm des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, zu prüfen. Aus dem dort statuierten Zustimmungserfordernis leitet sich im Grundsatz ein Recht am eigenen Bild ab<sup>22</sup>, welches sich unabhängig vom Verfahren (Fotografie, Gemälde, Aufzeichnungen mit der Kamera etc.) einerseits auf das

20 GRABENWARTER (FN 2), S. 312 und 314 f. scheint davon auszugehen, dass sich das Urteil vor allem auf die Publikation von Fotografien bezieht. Vgl. demgegenüber die eine Wortberichterstattung einschliessenden Schlussfolgerungen des Gerichts: «As the Court has stated above, it considers that the decisive factor in balancing the protection of private life against freedom of expression should lie in the contribution that the published photos and articles make to a debate of general interest»; von Hannover v. Germany Ziff. 76.

21 Hierzu auch GRABENWARTER (FN 2), S. 316.

22 RIKLIN F., Schweizerisches Presserecht, Bern 1996, S. 20 ff.; HAUSHEER H./AEBI-MÜLLER R., Persönlichkeitsschutz und Massenmedien, recht 3/2004, S. 138 f.; MELI (FN 4), Art. 28 Rz 19 ff.; BRÜCKNER C., Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000, Ziff. 627 ff. S. 188 f. Vgl. auch BGE 127 III 441 ff., E. 3 (Minelli).

Abbilden einer Person<sup>23</sup> und andererseits auf die Verbreitung von deren Bild<sup>24</sup> bezieht. Das Bundesgericht hat ferner in einem neueren Urteil relativ unvermittelt das Datenschutzgesetz (DSG) auf ein in einer Zeitschrift veröffentlichtes Personenbildnis zur Anwendung gebracht und damit das Recht am eigenen Bild auch im DSG verankert<sup>25</sup>. Das schweizerische Recht verlangt dementsprechend im Normalfall die Zustimmung des Betroffenen für die Publikation von dessen Bild und befindet sich damit in weitgehender Übereinstimmung mit dem Tenor der Caroline-Entscheidung.

Sowohl für eine Bild-, als auch für eine Wortberichterstattung über das Privatleben Prominenter gilt sodann der Grundsatz von Art. 28 ZGB, wonach eine Persönlichkeitsverletzung immer widerrechtlich ist, wenn sie nicht durch die Einwilligung des Verletzten, durch Gesetz oder durch ein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse gerechtfertigt werden kann<sup>26</sup>. Dabei ist festzuhalten, dass es sich beim Privatleben Prominenter um ein von Art. 28 ZGB geschütztes Gut handelt. Berichten daher Medien über dieses Privatleben ohne

Einwilligung oder eine rechtfertigende Norm, ist eine Abwägung zwischen den betroffenen Persönlichkeitsrechten und entgegenstehenden, überwiegenden öffentlichen Interessen vorzunehmen<sup>27</sup>. Bei den Medien steht hierbei der Rechtfertigungsgrund eines Informationsinteresses der Öffentlichkeit im Vordergrund<sup>28</sup>. Abzuwägen ist damit – ebenfalls ganz ähnlich wie im Caroline-Urteil – das Informationsinteresse mit den tangierten Persönlichkeitsgütern, insbesondere mit dem Schutz der Privatsphäre.

Diese Abwägung hat auch EMRK- und verfassungsbezogen vor dem Hintergrund der konstitutionell geschützten Rolle der Medien zu erfolgen. Das Bundesgericht trägt dieser Rolle der Medien im demokratischen Gemeinwesen Rechnung<sup>29</sup> und anerkennt deren Aufgabe, Missstände offen zu legen und Kritik an im öffentlichen Leben stehenden Personen zu üben<sup>30</sup>. Die Verbreitung wahrer Tatsachen ist sodann gemäss der Bundesgerichtspraxis durch die Funktion der Medien in einer demokratischen Gesellschaft grundsätzlich gedeckt, ohne dass eine Abwägung erforderlich wäre. Dies gilt allerdings nur, sofern es sich nicht um eine Berichterstattung aus dem Privat- oder Geheimbereich handelt<sup>31</sup>. Die allgemeine Freiheit der Berichterstattung, sofern diese wahrheitsgetreu ist<sup>32</sup>, geht also nicht zu Lasten des Schutzes der Privatsphäre<sup>33</sup> – auch nicht bei Prominenten. Erlaubt ist demgegenüber eine wahrheitsgetreue Berichterstattung über Prominente ausserhalb des Privat- oder Geheimbereichs. Auch insoweit besteht eine Übereinstimmung der schweizerischen Praxis mit dem Caroline-Urteil.

Echte Eingriffe in die persönlichen Verhältnisse von Personen können zwar angesichts eines öffentlichen Interesses an möglichst vollständiger und freier Information statthaft sein<sup>34</sup>. Allerdings muss angesichts der konkreten Umstände das Informationsinteresse die betroffenen Persönlichkeitsrechte, welche ja ihrerseits eine Verfassungsgrundlage in der Garantie der persönlichen Freiheit (Art. 10 BV) und im Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV) haben, überwiegen. Dies erfordert in der Regel eine auf den konkreten Fall bezogene Interessen- und Güterabwägung. In der Schweiz wird diese Abwägung auch bestimmt durch die

- 23 Vgl. HAUSHEER H./AEBI-MÜLLER R., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 1999, S. 144. Hierzu den Entscheid des Bundesgerichts i.S. Julien vom 27. Mai 2003, 5C.26/2003, in welchem festgestellt wurde, dass die Anfertigung eines gemalten Portraits einer Person ohne deren Zustimmung Art. 28 ZGB verletze; zur Kritik dieses sehr weit gehenden Urteils vgl. den Urteils-kommentar von STUDER P., *medialex* 3/03, S. 178 f.
- 24 HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 23), S. 144. Vgl. z.B. BGE 127 III 481, 492; vgl. schon den berühmten Fall der Witwe Hodler BGE 70 II 130 ff.; eingehend MEILI (FN 4), Art. 28, Rz 19 f. m.w.N.
- 25 BGE 127 III 481, 493 f. Nach Auffassung des Gerichts erfolgt mit der nicht autorisierten Veröffentlichung eines fotografischen Portraits eine Bekanntgabe von Personendaten, was im Grundsatz das im DSG konkretisierte Recht auf informationelle Selbstbestimmung verletzen könne.
- 26 MEILI (FN 4), Art. 28, Rz 45; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 23), S. 111 ff.; eingehend zu den Rechtfertigungsgründen BRÜCKNER (FN 22), Ziff. 439 ff., S. 130 ff.
- 27 Vgl. auch RIKLIN (FN 22), S. 197 ff.; BARRELET D., *Droit de la communication*, Bern 1998, Rz 1303 ff.; MEILI (FN 4), Art. 28, Rz 49; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 23), S. 112 f.
- 28 MEILI (FN 4), Art. 28, Rz 49 f. m.z.N.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 23), S. 113 f.
- 29 Vgl. z.B. BGE 122 III 457 und 126 III 212, wo vom Wächteramt der Presse die Rede ist.
- 30 Vgl. schon BGE 42 I 91; 52 I 265: «Die Pressefreiheit gibt das Recht zur Kritik von im öffentlichen Leben stehenden Personen auch wegen ihrer persönlichen Eigenschaften, sofern diese für die Stellung der Betroffenen im öffentlichen Leben von Bedeutung sind.»
- 31 Vgl. BGE 129 III 49, 51; vgl. auch HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 23), S. 128.
- 32 Das Bundesgericht qualifiziert die Veröffentlichung unwahrer Tatsachen als in aller Regel per se widerrechtlich; vgl. BGE 126 III 49, 51; 126 III 209 ff.
- 33 Vgl. auch HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 23), S. 128
- 34 Vgl. z.B. BGE 95 II 494.

Sphärentheorie, d.h. die Unterscheidung zwischen Geheim-, Privat- und Gemein- bzw. Öffentlichkeitssphäre<sup>35</sup>, und durch die Figur der Person der Zeitgeschichte<sup>36</sup>. In diesem Zusammenhang, also bei der Umschreibung von Prominenz und Sphäre, können sich unter Umständen Auswirkungen des Caroline-Urteils ergeben.

## 2. Prominenz als Berichterstattungsinteresse: Zu den Personen der Zeitgeschichte bzw. des öffentlichen Lebens

Prominenz schafft ein besonderes Berichterstattungsinteresse, dem das Recht Rechnung trägt. Als Folge der öffentlichen Rolle Prominenter und dem sich daraus ergebenden Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit reduziert sich der Geltungsumfang des Persönlichkeitsschutzes zugunsten der Berichterstattungsfreiheit. Dogmatische Grundlage zur Erfassung von Prominenz ist die Rechtsfigur der Person der Zeitgeschichte und deren Untergliederung in absolute und relative Personen der Zeitgeschichte<sup>37</sup> als Kategorien, welche typisierend das Berichterstattungsinteresse und damit auch die Einschränkungsmöglichkeiten der Persönlichkeitsrechte umschreiben<sup>38</sup>. In einem neueren Urteil hat das Bundesgericht allerdings diese Unterscheidung zugunsten einer vermehrt einzelfallbezogenen Betrachtung verwischt<sup>39</sup>, in deren Rahmen zu prüfen sei, «ob an der Berichterstattung über die betroffene, relativ prominente Person ein schutzwürdiges Interesse besteht, das deren Anspruch auf Privatsphäre überwiegt»<sup>40</sup>. Dies ändert indes nichts daran, dass mit der Prominenz, wenn auch stark einzelfallbezogen und damit vermehrt an eine konkrete Interessenabwägung gebunden, ein Sachverhalt umschrieben wird, bei welchem zugunsten des Informationsinteresses stärkere Eingriffe in Persönlichkeitsrechte möglich sind als bei beliebigen Privatpersonen<sup>41</sup>. Über Prominente kann im Grundsatz ohne deren Zustimmung berichtet werden – dies im Unterschied zu Nichtprominenten.

Das Caroline-Urteil ist diesbezüglich von Bedeutung, weil es öffentliche Personen stark demokratieorientiert umschreibt, was nicht unbedingt der schweizerischen Praxis entspricht. Zwar besteht eine gefestigte Doktrin, dass Personen, die öffentliche Äm-

ter bekleiden, sich vergleichsweise stärkere Eingriffe in die Persönlichkeit gefallen lassen müssen. Unbestritten war indes bis jetzt, dass dies generell für Prominente, für Personen des öffentlichen Lebens gilt. Es ist aus schweizerischer Sicht wenig verständlich, dass Celebrities und Show-Stars einen stärkeren Privatsphärenschutz geniessen sollen als z.B. hohe Amtsträger. Gerade bei letzteren spielte die Beschränkung von Eingriffsmöglichkeiten auf die öffentliche Funktion unter Ausschluss der Privatsphäre eine erhebliche Rolle, weit weniger demgegenüber bei anderen Prominenten<sup>42</sup>. Hier widersprechen sich die Wertungen. Es wird daher wohl auch in der Schweiz in Zusammenhang mit der Privatsphäre zu einer engeren Umschreibung des Begriffs der öffentlichen Person kommen müssen. Dies lässt die neuere Bundesgerichtspraxis, welche ja die Konzeption der Person der Zeitgeschichte erheblich relativiert hat, ohne weiteres zu.

## 3. Berichterstattungsinteresse und Persönlichkeitssphären

Die Berichterstattungsmöglichkeiten der Medien werden auch dadurch bestimmt, ob sich ein Handeln oder eine Tatsache in der Öffentlichkeit abspielt oder nicht. Die Persönlichkeitssphären haben also – im Rahmen der Güterabwägung – Einfluss auf die Festlegung des überwiegenden öffentlichen Interesses in der Form des Berichterstattungsinteresses.

### A. Berichterstattung aus der Öffentlichkeitssphäre

Nach einer allgemeinen Regel ist die Wiedergabe von Tatsachen aus der Öffentlich-

35 Hierzu auch HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 22), S. 138; diess. (FN 23), S. 128 ff.; BRÜCKNER (FN 22), Ziff. 482 ff. S. 141 ff.; MEILI (FN 4), Art. 28, Rz 23 ff. Diese Unterscheidung ist nicht unumstritten; vgl. die Hinweise bei HAUSHEER/AEBI-MÜLLER a.a.O. (FN 22).

36 MEILI (FN 4), Art. 28, Rz 52.

37 Vgl. hierzu die Kritik von BRÜCKNER (FN 22), Rz 631, FN 143 S. 189, der diese Begriffsbildungen als sprachlich monströs bezeichnet; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 23), S. 132 f. verwenden den Begriff der Person des öffentlichen Lebens.

38 Zur Unterscheidung von absoluten und relativen Personen der Zeitgeschichte vgl. z.B. BGE 127 III 481, 489; ferner MEILI (FN 4), Art. 28, Rz 52 m.w.N.; BRÜCKNER (FN 23), Rz 631, FN 143, S. 189.

39 Vgl. BGE 127 III 481

40 Vgl. BGE 127 III 481, 490.

41 Vgl. MEILI (FN 4), Art. 28, Rz 52.

42 Vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 23), S. 133.

keitssphäre im Normalfall nicht persönlichkeitsverletzend; da diese Tatsachen unbeschränkt zur Kenntnis genommen werden können, dürfen sie weiterverbreitet werden<sup>43</sup>. Dies gilt auch für die Bildberichterstattung, soweit Personen als Beiwerk, als Staffage wiedergegeben werden, ohne dass sie speziell erkennbar sind<sup>44</sup>.

Allerdings kennt das schweizerische Recht durchaus Grenzen der Berichterstattungsfreiheit aus der Öffentlichkeitsphäre. So bleiben vor allem Privatpersonen, also Nichtprominente, stark geschützt. Diese dürfen nach herrschender Lehre und Praxis nicht fotografisch oder filmisch besonders hervorgehoben werden<sup>45</sup>. Bei ihnen ist sodann eine identifizierende Berichterstattung, sofern sie nicht mit einem besonderen Ereignis in Zusammenhang steht, häufig unzulässig<sup>46</sup>. Privatpersonen geniessen daher auch in der Öffentlichkeit gegenüber den Medien sehr weitgehend eine Privatsphäre. Ganz allgemein gibt es ferner Persönlichkeitsgüter, welche auch in der Öffentlichkeit zu achten sind, so z.B. die Ehre oder der Schutz der Gefühle einer Person, und welche Aufnahmen von Foto- oder Filmaufnahmen und deren Verbreitung ohne Zustimmung verunmöglichen<sup>47</sup>.

Bei öffentlichen Personen schlägt demgegenüber der typisierende Rechtfertigungsgrund der Person der Zeitgeschichte durch: Eine Wort- und Bildberichterstattung über Öffentlichkeitsauftritte Prominenter ist zustimmungslos möglich<sup>48</sup>. Das Recht am eigenen Bild ist insoweit eingeschränkt, als Prominente Aufnahmen bei öffentlichen Auftritten zu dulden haben, ebenso die Wiedergabe ihres Bildes in Zusammenhang mit einer Berichterstattung über sie<sup>49</sup>.

Diese Praxis steht grundsätzlich mit den Erwägungen des Caroline-Urteils in Übereinstimmung. Dieses lässt eine Berichterstattung über den öffentlichen Auftritt von Personen der Zeitgeschichte ohne weiteres zu. Die Kernfrage ist allerdings, ob auch Prominente ähnlich wie Privatpersonen in der Öffentlichkeit eine Privatsphäre geniessen und ob das schweizerische Recht diesbezüglich den Anforderungen des Caroline-Urteils genügt.

## B. Berichterstattung aus der Privat- und Geheimsphäre

Der Begriff der Privatsphäre ist nach schweizerischer Auffassung nicht nur räumlich im Sinne der Abwesenheit von Öffentlichkeit zu verstehen<sup>50</sup>. Vielmehr wird er in der Gerichtspraxis auch durch ein voluntatives Element bestimmt, nämlich durch den Willen eines Betroffenen, eine Lebensäußerung nicht öffentlich zu machen<sup>51</sup>. Damit wird die Selbstbestimmung der Person im Umgang mit Informationen aus dem Bereich der Privat- oder Geheimsphäre geschützt<sup>52</sup>. Die Einwilligung bzw. deren Fehlen kann damit bis zu einem gewissen Grad über den Umfang der Privatsphäre entscheiden, dies auch bei privaten Betätigungen in der Öffentlichkeit<sup>53</sup>.

Einflüsse des Caroline-Urteils sind vor allem in diesem Zusammenhang auszumachen. Das Urteil schützt berechnete Erwartungen Prominenter, dass Aspekte ihrer Privatsphäre auch in der Öffentlichkeit geachtet werden<sup>54</sup>, schafft also eine Art «ambulante Privatsphäre»<sup>55</sup>. Auch dies ist für das schweizerische Recht nicht grundlegend neu. So wird die relative Prominenz einer Person im Normalfall durch ein Ereignis oder einen Vorgang begründet, der ausserhalb der Privatsphäre liegt. Damit muss diese von den Medien geachtet wer-

- 43 MEILI (FN 4), Art. 28, Rz 27 m.N. Vgl. auch BGE 118 IV 45.  
44 RIKLIN (FN 22), S. 204; MEILI (FN 4), Art. 28, Rz 20.  
45 MEILI (FN 4), Art. 28, Rz 21; vgl. auch STUDER P./MAYR VON BALDEGG R., Medienrecht für die Praxis, Zürich 2000, S. 91.  
46 Dies gilt u.a. generell für Opfer von Straftaten; vgl. Art. 5 Abs. 2 OHG.  
47 Vgl. die Beispiele bei RIKLIN (FN 22), S. 204; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 22), S. 140 f.; ferner BGE 112 II 465, 127 III 494; allgemein MEILI (FN 4), Art. 28, Rz 21. Allgemein zur Privatsphäre in der Öffentlichkeit HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 23), S. 129.  
48 Vgl. MEILI (FN 4), Art. 28, Rz 27; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 23), S. 145.  
49 Es ist diesbezüglich von einer Parallelität der Zulässigkeit von Wort- und Bildberichterstattung auszugehen; vgl. BGE 127 III 481,494 (Minelli).  
50 Vgl. MEILI (FN 4), Art. 28, Rz 28 m.N. Der Schutz der Privatsphäre umfasst z.B. auch Mitgliedschaften in einem Verein, politische und religiöse Überzeugungen und finanzielle Verhältnisse; vgl. MEILI, a.a.O. Ausführlich zur Privatsphäre BRÜCKNER (FN 22), Ziff. 480 ff., S. 140 ff.  
51 Vgl. z.B. BGE 118 IV 45, wo von Lebensäußerungen die Rede ist, welche der einzelne nur mit nahe verbundenen Personen teilen will; ferner BGE 97 II 101, der von Lebenserscheinungen spricht, die nicht dazu bestimmt sind, eine breiteren Öffentlichkeit zugänglich gemacht zu werden, weil die betroffene Person für sich bleiben will.  
52 So mit Recht BRÜCKNER (FN 22), Ziff. 487, S. 142.  
53 Die Umschreibung der Privatsphäre in der Praxis des Bundesgerichts lässt auf jeden Fall eine solche Interpretation zu; vgl. hierzu BGE 118 IV 45 und 97 II 101.  
54 Das Gericht spricht von «*legitimate expectations*», vgl. von Hannover v. Germany Ziff. 51, 69, 78.  
55 So die Umschreibung in einem Interview mit GRIMM D. in FAZ Nr. 161 vom 14. 8. 2004, S. 34.

den. Ferner kennt die geltende Lehre und Praxis zum Schutz der Menschenwürde und höchstpersönlicher Gefühle Einschränkungen der Freiheit der Berichterstattung über den Auftritt Prominenter in der Öffentlichkeit<sup>56</sup>, welche auch im Privatsphärenschutz verortet werden können. Das Caroline-Urteil führt insoweit zu einer Erweiterung der geschützten Bereiche und Tätigkeiten, ohne aber etwas völlig Neues in den schweizerischen Persönlichkeitsschutz einzuführen.

Generell sind sodann bei Prominenten publizistische Einmischungen in die Privatsphäre nur insoweit gerechtfertigt, als ein Zusammenhang mit der besonderen Stellung dieser Person in der Öffentlichkeit besteht<sup>57</sup>. Die Informationen aus dem Privatleben müssen für die öffentliche Stellung einer Person von Bedeutung sein, oder es muss sonst ein öffentliches Interesse bestehen<sup>58</sup>. Dies gilt auch für die Veröffentlichung von Bildern aus dem Privatleben<sup>59</sup>. Daher kann normalerweise das Privatleben von Politikern nicht zum Gegenstand einer Berichterstattung gemacht werden<sup>60</sup>, es sei denn, es bestünden Bezüge zu deren Amt<sup>61</sup>. Erst recht trifft dies für die Berichterstattung über der Geheim- und Intimsphäre zuzurechnende Tatsachen und Vorgänge zu<sup>62</sup>. Ferner ist immer der Grundsatz der Verhältnismässigkeit und - davon abgeleitet - der schonenden Rechtsausübung zu beachten. Es muss das richtige Mittel für den richtigen Zweck eingesetzt werden. Selbst wenn also eine Publikation zulässig wäre, kann sie in der Art der Berichterstattung bzw. in der Aufmachung die Grenzen des Zulässigen sprengen<sup>63</sup>.

Auch diesbezüglich ist im Grundsatz eine weit gehende Übereinstimmung mit dem Caroline-Urteil festzustellen. Namentlich deuten die Erwägungen des EGMR darauf hin, dass eine Berichterstattung über das Privatleben Prominenter wie in der Schweiz nur bei einem sachlichen Zusammenhang mit der öffentlichen Rolle zulässig und dass sie verhältnismässig sein soll<sup>64</sup>. Der wesentliche Unterschied zur bestehenden schweizerischen Praxis dürfte auch hier sein, dass das Caroline-Urteil der Berichterstattung über das Privatleben von Show-Stars und anderen Prominenten ohne öffentliche Funktion engere Grenzen setzt. Es sind vor allem diese Personen, wel-

che von der «ambulanten Privatsphäre» profitieren.

#### 4. Interessenabwägung

Die wesentlichen Grundsätze der Interessenabwägung unter Art. 28 ZGB bleiben durch die Caroline-Entscheidung unberührt. Dies gilt einmal für den Grundsatz, dass die Zulässigkeit von Eingriffen in die Privatsphäre abhängig von der Art der Prominenz und von der Bedeutung der öffentlichen Stellung einer Person ist; je wichtiger die Person, desto eher sind Eingriffe durch eine Medienberichterstattung möglich<sup>65</sup>. Ähnlich wie in der Entscheidung des EGMR haben sodann in der Schweiz reine Unterhaltungsbedürfnisse keinen hohen Stellenwert als überwiegendes Informations- und Berichterstattungsinteresse. Ferner besteht auch in der schweizerischen Praxis die Tendenz, die öffentliche Aufgabe der Medien stark unter demokratisch-funktionalen Aspekten zu umschreiben. Insoweit ist eine erhebliche Übereinstimmung festzustellen.

Akzentverschiebungen können sich demgegenüber bei der Würdigung der entgegenstehenden Interessen des Persönlichkeitsschutzes ergeben. So ist mit Bezug auf den Schutz des Familienlebens zu erwarten, dass die schweizerischen Gerichte der Auffassung des deutschen Bundesverfassungsgerichts folgen und nicht autorisierte Aufnahmen Prominenter mit deren Kindern nicht mehr zulassen werden<sup>66</sup>. Als

56 HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 22), S. 145. Vgl. die Beispiele bei RIKLIN (FN 22), S. 205 (ein sich im Schmerzen windender, verletzter Sportler, oder das schmerzverzerrte Gesicht eines an einem Herzanfall zusammengebrochenen Politikers).

57 HAUSHEER-/AEBI-MÜLLER, a.a.O., (FN 56).

58 So wäre es zulässig, von einem Bewerber für ein öffentliches Amt zu berichten, dass er mehrfach vorbestraft oder Alkoholiker ist; Beispiel bei RIKLIN (FN 22), S. 209.

59 Vgl. RIKLIN (FN 22), S. 205 f.

60 Daher war z.B. die Frage an den damaligen Bundesrat Kaspar Villiger, ob er Beziehungen zu Dirnen pflege, rechtswidrig; vgl. hierzu auch STUDER/MAYR VON BALDEGG (FN 45), S. 104.

61 Vgl. auch HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 23), S. 133.

62 Vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 23), S. 131 f.

63 HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 23), S. 140 f.

64 Vgl. Caroline von Hannover v. Germany, insb. Ziff. 64.

65 HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 23), S. 140.

66 Verfassungsrechtlich kann sich die Praxis hierbei auf den in Art. 13 BV gewährleisteten Schutz der Privatsphäre, welcher - wie Art. 8 EMRK - auch das Familienleben umfasst, sowie auf Art. 11 BV, welcher dem grundrechtlichen Schutz der Kinder und Jugendlichen gewidmet ist, stützen.

weitere Akzentverschiebung wird sich ein vergleichsweise höheres Gewicht des Anspruchs auf Privatsphäre Prominenter im Vergleich zum Informations- und Berichterstattungsinteresse ergeben. Mit dem Caroline-Urteil wird nun deutlicher als früher in der Schweiz ein Privatsphärenschutz Prominenter in der Öffentlichkeit eingeführt<sup>67</sup>. Dies bedeutet im Wesentlichen eine noch stärkere Beschränkung des Berichterstattungsinteresses auf die öffentliche Rolle Prominenter. Allerdings wird die Gerichtspraxis wohl weiterhin einen kasuistischen Ansatz pflegen, in dessen Rahmen geprüft wird, ob eine öffentliche Person berechtigterweise die Einhaltung ihrer Privatsphäre erwarten kann. Dabei wird auch berücksichtigt werden, ob das geltend gemachte Informations- und Berichterstattungsinteresse rein unterhaltender Natur ist oder darüber hinausgeht. Demgegenüber ist kaum zu erwarten, dass ein neuer, strikter Standard geschaffen wird. Dies ist angesichts einer derzeit eher isolierten Entscheidung des EGMR auch richtig.

#### IV. Versuch einer Würdigung

Der Grundvorwurf des EGMR im Caroline-Urteil lautete, das deutsche Recht schütze das Privatleben von Caroline ungenügend. In der Schweiz besteht mit der Regel, wonach Verletzungen der Persönlichkeit, wozu auch die Privatsphäre zählt, grundsätzlich unzulässig sind, es sei denn, sie liessen sich im Einzelfall durch ein überwiegendes öffentliches Interesse rechtfertigen, ein relativ starker Schutz der Persönlichkeit. Das überwiegende Informations- und Berichterstattungsinteresse wird in Zusammenhang mit der Privatsphäre ebenfalls restriktiv umschrieben. Ferner gelangt die Rechtsfigur der Person der Zeitgeschichte weit we-

niger stringent zur Anwendung als in Deutschland. Daher werden die Auswirkungen des Caroline-Urteils in der Schweiz weniger klar ausfallen als in Deutschland. Zu erwarten sind allenfalls Akzentverschiebungen, nicht aber eine echte Veränderung der Praxis.

Eine gewisse Stärkung wird durch das Urteil das Recht der informationellen Selbstbestimmung erfahren. Es wird nun auch Prominenten eher möglich sein darüber zu entscheiden, welche Tatsachen und Vorgänge aus ihrem Privatleben öffentlich sein sollen. Dies wird vor allem Einflüsse auf das Recht am eigenen Bild haben. Das Caroline-Urteil hat die Bedeutung des Zustimmungserfordernisses, das bereits in Art. 28 Abs. 2 ZGB und in Art. 3 DSGVO verankert ist, erheblich verstärkt. Die nicht autorisierte Publikation von Fotografien aus der engeren Privatsphäre sowie aus dem sich in der Öffentlichkeit abspielenden Privatleben dürfte wohl nur noch zulässig sein, wenn Prominente aufgrund der Umstände keine berechtigten Erwartungen an einem Schutz der Privatsphäre geltend machen können und ein überwiegendes Berichterstattungsinteresse besteht. Insoweit wird der Grundsatz des Bundesgerichts, wonach das Publikationsinteresse bei der Beurteilung der Wort- und Bildberichterstattung parallel verläuft, wohl Einschränkungen erfahren und sich den Verhältnissen bei Privatpersonen annähern.

Es stellt sich die Frage, ob das Caroline-Urteil die bei Prominenten festzustellende Tendenz zur Kommerzialisierung bzw. Vermarktung des Persönlichkeitsrechts verstärken wird<sup>68</sup>. Zwar dient nach der schweizerischen Rechtsprechung der Persönlichkeitsschutz nicht vermögensrechtlichen Interessen<sup>69</sup>; das Bundesgericht lehnt daher vermögensrelevante Persönlichkeitsattribute ab. Dies ändert indes nichts daran, dass Prominente die Möglichkeit haben, unter dem Schutz des Zustimmungserfordernisses gemäss Art. 28 ZGB Nutzungsrechte an Informationen aus der Privatsphäre einzuräumen<sup>70</sup>. Rein faktisch betrachtet werden diese Möglichkeiten auch in der Schweiz erweitert. ■

Eine ausführlichere Fassung dieses Beitrages ist unter der Rubrik «Dossier» auf [www.medialex.ch](http://www.medialex.ch) abrufbar.

67 Zum Privatsphärenschutz in der Öffentlichkeit vgl. auch HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 23), S. 129.

68 Zu dieser Problemstellung vgl. WEBER R.H., Persönlichkeit als Immaterialgut, in: *Privatrecht und Methode*, FS Ernst A. Kramer, Basel/Genf/München 2004, S. 411-227; SEEMANN B., Prominenz als Eigentum. Parallele Rechtsentwicklungen einer Vermarktung der Persönlichkeit im amerikanischen, deutschen und schweizerischen Persönlichkeitsschutz, Diss. Zürich 1996; BIENE D., Starkult, Individuum und Persönlichkeitsgüterrecht. Überlegungen zur interessengerechten rechtlichen Gestaltung der wirtschaftlichen Nutzung von Persönlichkeitsrechten, Diss. Zürich 2004.

69 Vgl. BGE 110 II 411, 420; 129 III 715, 724 ff. Hierzu auch WEBER (FN 68), S. 425 m.w.N.

70 Vgl. auch WEBER (FN 68), S. 423 f.



# Le droit de réponse vingt ans après: une fausse bonne idée?

Denis Masméjan

Dr en droit, journaliste, Genève

## I. Introduction

Le droit de réponse a fait son apparition dans la législation fédérale il y a vingt ans. Les nouvelles dispositions des articles 28 et suivants du Code civil relatifs à la protection de la personnalité sont entrées en vigueur le 1er juillet 1985. Depuis lors, le droit de réponse dans les médias fait l'objet d'une réglementation détaillée de cinq articles (art. 28g à 28l).

Le législateur voulait instaurer un mode de résolution simple et rapide des conflits entre les médias et les particuliers. Il s'agissait d'éviter autant que possible le recours au juge. Le droit de réponse devait rétablir une sorte «d'égalité des armes» en permettant à la personne «directement touchée dans sa personnalité» (art. 28g al.1) de donner sa version des faits.

Vingt ans ont donc passé, et les voix se multiplient pour affirmer que le législateur a manqué son but, ou qu'il a été trahi par la jurisprudence. Le droit de réponse, écrit IVAN CHERPILLOD, «paraît s'être pris dans les mailles des arguties d'une jurisprudence beaucoup trop légaliste, au point qu'un droit de réponse, soumis à tant d'écueils, ne peut pas être exercé sans le recours à un

avocat spécialisé.»<sup>1</sup> Et encore: dans une célèbre affaire, qui a donné lieu à un arrêt du Tribunal fédéral (Trumpf Buur<sup>2</sup>), la SSR, dont on présume qu'elle dispose de justes conseils en droit des médias, n'est pas arrivée à trouver du premier coup la bonne formule d'un droit de réponse de quelques lignes. Cela donne, il est vrai, à réfléchir si l'on se rappelle, avec PIERRE TERCIER, que «le droit de réponse est conçu dans notre système comme un mécanisme simple et en principe automatique [...]»<sup>3</sup> A l'heure de l'extension du droit de réponse à la communication en ligne<sup>4</sup>, un réexamen de l'institution s'impose.

Avant de s'associer à ces critiques, ou de s'en démarquer, il fallait savoir comment le droit de réponse était perçu et pratiqué par les médias eux-mêmes (chap. II). Nos recherches ne prétendent pas à l'exhaustivité. Nous ne saurions leur conférer la qualité «d'enquête»; il s'agit tout au plus de coups de sonde lancés dans la presse suisse. Sur la base de ces résultats empiriques, nous avons repris l'analyse de l'un des principaux griefs adressés par la doctrine à la mise en œuvre du droit de réponse (chap. III). L'impossibilité, pour l'auteur de la réponse, de répondre à autre chose qu'à la présentation des faits contestée, à l'exclusion des jugements de valeur, serait, à entendre certaines voix, la source de problèmes insurmontables. Il nous a paru nécessaire de confronter cette analyse à l'expérience française. Le droit de réponse en France semble à première vue, mais à première vue seulement, répondre aux vœux de simplicité exprimés par une partie de la doctrine (chap. IV). Finalement, certains assouplissements du droit de réponse en Suisse nous sont apparus certes justifiés, mais probablement pas aptes à modifier radicalement l'utilisation de cet instrument dans la pratique (chap. V).

**Zusammenfassung:** Das Gegendarstellungsrecht ist auf nationaler Ebene vor 20 Jahren, am 1. Juli 1985, in Kraft getreten. Verschiedene Autoren bescheinigen ihm, dass es seine Versprechen nicht eingehalten habe. Tatsächlich wird vom ihm nicht oft Gebrauch gemacht. Auch in Frankreich, wo die Voraussetzungen liberaler sind, werden Gegendarstellungen nicht einfach so zugelassen. Soll man das Institut des Gegendarstellungsrechts ausweiten und ebenfalls Werturteile miteinbeziehen? Fraglich ist, ob das mit der Meinungsäußerungsfreiheit vereinbar wäre. Wollte man eine solche Erweiterung, müsste mindestens gefordert werden, dass die Ansichten der betroffenen Person im entsprechenden Medienbeitrag nicht ausreichend berücksichtigt wurden.

1 CHERPILLOD I., Information et protection des intérêts personnels: Les publications des médias, in *Revue de droit suisse* 1999 II p. 88 ss, 173. Dans le même sens: BUCHER A., Personnes physiques et protection de la personnalité, 4<sup>e</sup> édition, Bâle, Genève, Munich 1999, n° 672, p.156.  
2 ATF 119 II 104.  
3 TERCIER P., A propos d'une limitation du droit de réponse, in: *Revue fribourgeoise de jurisprudence* 1998, p.314, note sous Cour civile du Tribunal cantonal, arrêt du 13 février 1998.  
4 Voir à ce sujet: COTTIER B./AUGET V., Droit de réponse en ligne: quo vadis?, in *medialex* 4/2004, p. 203 ss.

**Résumé:** *Le droit de réponse est entré en vigueur sur le plan fédéral il y a vingt ans, le 1<sup>er</sup> juillet 1985. Plusieurs auteurs lui reprochent de ne pas avoir tenu ses promesses. Effectivement, il n'est pas d'un usage quotidien. Mais même en France, où les conditions légales sont plus larges, les droits de réponse ne sont pas admis facilement. Faut-il étendre le droit de réponse et l'admettre également contre des jugements de valeur? Cela poserait la question de sa compatibilité avec la liberté d'expression. A tout le moins, il faudrait subordonner le droit de réponse au fait que le point de vue de la personne touchée n'ait pas été équitablement présenté.*

## II. La mise en œuvre parcimonieuse du droit de réponse par les médias

Nous avons demandé à plusieurs médias un bilan aussi complet que possible des droits de réponse reçus et publiés, ainsi qu'une appréciation d'ensemble de l'institution. Nous disposons des renseignements fournis par la Neue Zürcher Zeitung (NZZ), le Blick, Tamedia (Tages-Anzeiger, y compris Das Magazin, SonntagsZeitung et Facts), et, en Suisse romande, 24 Heures. En général, les rédactions concernées ne disposent pas de statistiques précises. Les réponses que nous avons obtenues, et dont nous remercions vivement les rédactions qui ont bien voulu nous les transmettre, sont en partie fondées sur des estimations. Des tendances claires se dessinent toutefois.

### 1. Droits de réponse publiés

Le premier résultat qui se dégage de notre questionnaire ne constitue guère une surprise. Quel que soit le média concerné, seule une minorité des demandes adressées aux rédactions sont suivies de la publication d'un droit de réponse désigné comme tel, sans que des changements substantiels soient apportés au texte proposé. La NZZ indique ainsi publier sans modifications ou avec des changements d'importance minimale 2 à 3 droits de réponse sur la douzaine de demandes qui lui parviennent, selon des estimations empiriques, chaque année. Sur 3 demandes reçues en 2002, le Blick relève n'en avoir admis aucune sans modification. Sur la durée, Tamedia évalue entre 20 à 25% la proportion de droits de réponse que ses rédactions acceptent de publier. Le Tages-Anzeiger en reçoit en moyenne 20 à 25 par année. Entre mai 2002 et mai 2003, le Tages-Anzeiger et la SonntagsZeitung en ont publié chacun.

### 2. Droits de réponse modifiés

Les renseignements que nous avons pu réunir montrent l'importance de la discussion qui s'engage, le plus souvent, après une demande de droit de réponse. Au vu de la définition relativement complexe de cette institution, il semble rare qu'une demande n'offre aucune prise à la négociation. Les rédactions sont souvent amenées

à proposer des changements dans le texte qui leur est adressé. Lorsque la demande était justifiée dans son principe, les rédactions de Tamedia ont publié un texte modifié dans 80 à 90% des cas, représentant 16 à 22% de la totalité des droits de réponse demandés. Le plus souvent, les modifications apportées ont consisté à raccourcir le texte.

### 3. Motifs d'un refus de publication

Parmi les motifs les plus fréquents avancés pour refuser la publication d'un droit de réponse figurent la longueur excessive du texte proposé, une réponse ne s'en tenant pas à la présentation des faits (Tamedia), ou encore le recours à des accusations ou des suppositions (24 Heures).

Par ailleurs, les rédactions reçoivent un certain nombre de demandes manifestement infondées. Sans les chiffrer, Tamedia signale l'existence de courriers désignés comme droits de réponse mais dont les auteurs ignorent manifestement le sens juridique attaché à cette expression et ne s'en réclament d'ailleurs pas autrement que par le titre qu'ils donnent à leur missive pour réagir à un article. La NZZ indique, elle, que 3 ou 4 affaires sur la douzaine de demandes qu'elle reçoit chaque année se terminent après que la rédaction est parvenue à convaincre l'auteur que son droit de réponse était infondé.

### 4. Publication sous une autre forme que le droit de réponse

Les demandes sont fréquemment publiées sous une autre forme que celle du droit de réponse: rectificatif, précision, courrier des lecteurs, voire contribution rédactionnelle, une interview par exemple. Cette offre des rédactions, on le sait, est juridiquement équivalente à un refus du droit de réponse. Elle est néanmoins souvent mise en pratique. La NZZ déclare traiter sous forme de précision ou de rectification la moitié des cas («une demi-douzaine»). Le Blick dit avoir pu liquider 10 à 20% des demandes par l'offre d'un courrier de lecteur. Tamedia évalue à 30% le nombre de demandes que ses rédactions règlent par une publication sous une autre forme que le droit de réponse. Du côté des médias, une telle offre est perçue comme pouvant être fréquem-

ment dans l'intérêt de la personne mise en cause. Cette dernière peut se défendre plus librement, en effet, dans une lettre de lecteur. Elle est plus à l'aise en particulier pour répondre à des jugements de valeur.

## 5. Evolution

Parmi les réponses que nous avons reçues, seul le Blick constate, ces dernières années, à la fois une baisse sensible du nombre de demandes ces dernières années et une raréfaction des procédures judiciaires. 24 Heures, qui a reçu une dizaine de demandes en 2004, observe plutôt une tendance à exiger un droit de réponse dans des cas où, quelques années auparavant, les personnes concernées semblaient se contenter d'un rectificatif ou d'un courrier de lecteur.

## 6. Appréciations des rédactions

Le droit de réponse ne fait pas l'objet, en lui-même, d'appréciations franchement négatives. Le jugement des rédactions est en général positif. Cependant, l'utilité du droit de réponse pour les personnes touchées est parfois mise en doute, compte tenu de limitations légales dont il est l'objet. Le fait qu'au sein des rédactions, les journalistes sont plutôt sur la défensive quand l'un de leurs articles suscite une demande de droit de réponse est reconnu.

### III. Faut-il ouvrir le droit de réponse aux jugements de valeur?

#### 1. La réglementation légale

La réglementation du droit de réponse, avertissent les auteurs cités au début de cet article, est devenu trop compliquée pour offrir une solution «simple, efficace et à l'abri des querelles judiciaires»<sup>5</sup> et donc répondre aux objectifs du législateur. L'un des principaux problèmes cités par la doctrine réside dans l'extrême difficulté à distinguer les faits, qui seuls donnent lieu au droit de réponse, et les jugements de valeur, auxquels la personne touchée ne peut rien opposer<sup>6</sup>. Certains auteurs proposent l'abandon ou au moins une forte relativisation de cette distinction<sup>7</sup>.

La délimitation opérée entre les faits et les jugements de valeur, voire les opinions, dé-

coule de la loi. Il n'y a de réponse possible, selon l'article 28g alinéa 1 du Code civil, qu'à une présentation des faits touchant directement l'intéressé dans sa personnalité. Le législateur a été conscient des difficultés d'interprétation que pareille limitation pouvait susciter. Il l'a votée en connaissance de cause<sup>8</sup>.

#### 2. La jurisprudence

Le Tribunal fédéral reconnaît que la délimitation de ce qui relève de la présentation des faits n'est pas aisée<sup>9</sup>. Les faits sont définis comme ce qui est perceptible, mesurable, pouvant être objectivement établi. Pour distinguer le fait et le jugement de valeur, diverses méthodes d'interprétation ont été proposées. Ce qui est susceptible d'être prouvé relève du fait. Un fait peut être vrai ou faux. En revanche, un jugement de valeur ne peut qu'être partagé ou rejeté<sup>10</sup>.

Les exemples tirés de la jurisprudence ne sont pas toujours convaincants. Le Tribunal fédéral a ainsi considéré comme un jugement de valeur non susceptible d'un droit de réponse l'avis par lequel une organisation de psychologues qualifiait certaines pratiques de dénuées de toute base sérieuse et de contraires aux règles professionnelles et aux lois en vigueur<sup>11</sup>. La juridiction suprême a également dénié le caractère d'une présentation des faits au titre: «Denner: Aufstand der Mitarbeiter»<sup>12</sup>. Dans

5 CHERPILLOD (n.1), p. 174.

6 Ibid.

7 CHERPILLOD (n. 1), p. 174; COTTIER B., Remarques sous Arrêt de la Cour de justice de Genève du 26 septembre 2002 (C/17277/2002), Parti du travail genevois c. Le Temps, in *medialex* 4/2002, p. 219s; KOCIAN ELMALEH K., Gegendarstellungsrecht - Droit de réponse, Eine rechtsvergleichende Studie zum Medienrecht von Deutschland, Frankreich und der Schweiz, Berne 1993, p. 211 ss. Voir aussi, pour une critique de cette limitation: BUCHER (n. 1), n° 691, p. 161. Pour la défense d'un droit de réponse limité aux faits: BÄNNINGER B., Die Gegendarstellung in der Praxis unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen und kantonalen Rechtsprechung, Zurich 1998, p. 118.

8 Voir Message du Conseil fédéral concernant la révision du Code civil suisse (Protection de la personnalité: art. 28 CC et 49 CO) du 5 mai 1982, FF 1982 II, p. 697; BÄNNINGER (n. 7), p. 107.

9 Arrêt 5C.135/2003 du 15 septembre 2003, cons. 3.2.1; BUCHER (n. 1), n° 697, p. 162; BARRELET D., Droit de la communication, Berne 1998, n° 1450, p. 419.

10 Voir BÄNNINGER (n. 7), p.122-124.

11 Arrêt 5C.42/1993 du 26 mai 1993, cité par BÄNNINGER (n. 7), p. 119.

12 Arrêt 5C.32/1994 du 3 août 1994, cité par BÄNNINGER (n. 7), p. 135.

l'arrêt *Trumpf Buur*, elle a laissé ouverte la question de savoir si le reproche adressé à la SSR de ne pas être dirigée selon les principes de la gestion d'entreprise relevait de la présentation des faits ou du jugement de valeur<sup>13</sup>.

Le Tribunal fédéral a admis que le droit de réponse peut porter sur des assertions comportant un «jugement de valeur mixte.» Il a confirmé récemment cette jurisprudence à notre avis bienvenue. «On est en présence d'un tel jugement lorsque l'expression d'une opinion comporte une allégation de fait ou constitue le prolongement d'une analyse portant sur des faits. Il donne droit à une réponse lorsque les assertions de faits fondant le jugement de valeur ressortent expressément du texte ou sont du moins reconnaissables pour un lecteur moyen. Seules ces assertions-là sont susceptibles d'être l'objet du droit de réponse [...].<sup>14</sup>» En l'espèce, le Tribunal fédéral a admis que de qualifier un conseiller municipal de «discret» tant en séance plénière qu'en commission était un jugement de valeur mixte ouvrant un droit de réponse.

### 3. Le principe «fait contre fait»

Corollaire d'un droit de réponse limité aux faits et à l'objet de la présentation contestée (article 28h al. 1 CC), le principe «fait contre fait» est interprété très strictement par le Tribunal fédéral<sup>15</sup>. Cette limitation supplémentaire est également critiquée en doctrine. IVAN CHERPILLOD la qualifie d'«inutile», et estime qu'une réponse devrait pouvoir contenir «quelques développements qui, sans être le pendant des assertions contestées, seraient en connexité avec celles-ci»<sup>16</sup>. Nous pouvons suivre cet auteur, sa suggestion nous paraissant

d'ailleurs possible dans le cadre d'une interprétation souple de l'article 28h alinéa 1. Mais la connexité dont il parle risque elle aussi d'amener des problèmes: où placer la limite?

### 4. Autres questions

Les problèmes auxquels peut se heurter la mise en œuvre du droit de réponse ne découlent pas tous de ce qu'il ne permet pas de s'exprimer sur autre chose que la «présentation des faits» donnée par les médias. Dans la perspective qui nous retient ici, nous nous contenterons de mentionner que la doctrine a également critiqué une jurisprudence trop restrictive à ses yeux, subordonnant le droit de réponse à une présentation «peu favorable» de la personne concernée<sup>17</sup> et restreignant donc encore davantage le champ du droit de réponse.

### 5. Appréciation

La limitation du droit de réponse à la présentation des faits répondait, chez le législateur, au souci de préserver la liberté des médias, en particulier leur liberté de critique. Ce souci est louable, mais il faut admettre que le moyen choisi est partiellement inadéquat. Dans le langage journalistique, la critique ne passe pas exclusivement par des expressions assimilables à ce que les juristes considèrent comme des jugements de valeur. Il est des critiques d'autant plus dévastatrices qu'elles s'en tiennent aux faits. Si donc l'objectif était de soustraire la liberté de critique des médias au droit de réponse, il ne pouvait qu'être en partie manqué. La formule du législateur a par ailleurs pour effet paradoxal d'exposer au droit de réponse une critique étayée par des faits, et d'y faire échapper de purs jugements de valeur, peut-être hâtifs voire franchement gratuits.

BERTIL COTTIER considère qu'en limitant le droit de réponse aux faits, le législateur «a placé l'exactitude au centre du débat et partant a créé la confusion avec la rectification judiciaire qui elle procède d'une autre logique, celle du jugement, donc celle du vainqueur et du vaincu: la réponse prend alors les apparences de la version définitive et sa publication sonne comme un verdict de culpabilité contre des journalistes sans scrupules.»<sup>18</sup> L'auteur y voit l'explication

13 ATF 119 II 104, consid. 3b.

14 Arrêt 5C.135/2003 du 15 septembre 2003, consid. 3.2.1 et les arrêts cités: 5C.75/2002 du 29 août 2002, consid. 3.2.; 5C.20/1998 du 27 avril 1998, consid. 2a.; ATF 117 II 115 consid. 3a, publié in *Praxis* 81/1992 n° 228, p. 898; ATF 117 II 1 consid. 1/3a résumé in *SJ* 1991, p. 356, ch. 6.

15 Voir notamment ATF 123 III 145, cons. 4b; Arrêt 5C.20/1998 du 27 avril 1998, consid. 4, publié in *medialex* 3/1998, p. 156, note D. BARRELET: le Tribunal fédéral exclut en l'espèce que le droit de réponse puisse évoquer la manière dont le média s'est procuré une information (4b).

16 CHERPILLOD (n. 1), p. 174.

17 BUCHER (n. 1), n° 688, p. 160, CHERPILLOD (n. 1), p. 174. Avec des nuances: BARRELET (n. 9), n° 1457, p. 420 s.

18 COTTIER (n. 7), p. 220.

de la crispation des médias autour du droit de réponse. A l'entendre, le système tourne sur un cercle vicieux, puisque les droits de réponse, difficiles à obtenir, se font rares, le lecteur les percevant toujours plus comme un événement exceptionnel, «ce qui fortifie en lui l'impression que la vérité de la victime vient chasser la contre-vérité du journaliste.»<sup>19</sup>

Cette analyse constitue une objection sérieuse aux définitions actuelles du droit de réponse. Avant d'être suivie, elles méritent toutefois d'être confrontée avec l'expérience française du droit de réponse, conçu de manière extrêmement large.

#### IV. Le droit français: un exemple à suivre?

##### 1. Les bases légales

L'examen du droit français est intéressant pour notre propos, parce que la définition que la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse donne du droit de réponse paraît conforme, précisément, aux vœux des auteurs réclamant, en Suisse, une simplification de sa réglementation pour permettre à l'institution de rester fidèle à ses objectifs initiaux.

Le droit de réponse dans la presse écrite est régi par les articles 13 et 13-1 de la loi de 1881. Le droit de réponse pour la radio et la télévision est défini, à des conditions nettement plus restrictives, par l'article 6 de la loi n°82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle. Le droit de réponse sur internet est désormais consacré par l'article 6 IV de la loi n°2004-575 «pour la confiance dans l'économie numérique» du 21 juin 2004<sup>20</sup>. Le législateur a choisi d'aligner le droit de réponse en ligne sur le régime très large de la presse écrite.

Selon l'article 13 alinéa 1 de la loi de 1881, le directeur de la publication est tenu d'insérer les réponses de toute personne nommée ou désignée dans un journal ou un périodique sous peine de 3750 euros d'amende. Les autres dispositions de cet article règlent les modalités du droit de réponse, notamment quant à sa taille, ainsi que la procédure en cas de refus d'insertion.

L'article 13-1, adopté en 1990, ouvre le droit de réponse à certaines associations, en particulier celles qui combattent le racisme, «lorsqu'une personne ou un groupe de personnes auront, dans un journal, fait l'objet d'imputations susceptibles de porter atteinte à leur honneur ou à leur réputation à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une race ou une religion déterminée.» La formule limitant le droit de réponse aux cas «d'imputations susceptibles de porter atteinte à l'honneur ou à la réputation» des personnes concernées est reprise de la loi de 1982 sur la communication audiovisuelle, qui s'inspire elle-même d'une loi antérieure de 1972<sup>21</sup>. Ces restrictions - qui vont au-delà ce que prévoit le code civil suisse - ont été expliquées par la crainte que les demandes soient trop nombreuses en ce qui concerne les médias audiovisuels<sup>22</sup>.

Tel qu'il est formulé à l'article 13 alinéa 1 de la loi de 1881 pour la presse écrite et à l'article 6 IV de la loi de 2004 pour la communication en ligne, le droit de réponse se distingue de son pendant dans la législation suisse d'une part par la sanction pénale dont est assorti un refus d'insérer, de l'autre par des conditions d'exercice extrêmement larges. Il suffit à la personne d'avoir été «nommée ou désignée» pour avoir le droit de répondre.

##### 2. Les limites imposées par la jurisprudence

Proclamé droit «général et absolu», le droit de réponse est l'objet, en réalité, de restrictions toujours plus importantes imposées par la jurisprudence. «En définitive, note Yves Mayaud, le droit de réponse subit les attaques d'une relativité très forte. Il s'agit d'une prérogative de plus en plus conditionnée par la sanction des abus qui peuvent le caractériser, abus doublement sen-

19 Ibid.

20 Journal officiel n° 143 du 22 juin 2004, p. 11168.

21 Sur l'historique de cette disposition, voir COISNE M./COLLIN J., Le droit de réponse dans la communication audiovisuelle, in Liberté de la presse et droits de la personne, Paris 1997, p. 19.

22 DERIEUX E., Droit de la communication, 3e édition, Paris 1999, p. 399. Pour cet auteur, rien ne justifie en réalité cette différence de traitement entre la presse écrite et audiovisuelle.

sibles, et dans les termes de la réponse, et dans le droit à la réponse.»<sup>23</sup>

Une ancienne jurisprudence a d'abord exclu les réponses contraires aux lois, aux bonnes mœurs, à l'intérêt légitime de tiers et à l'honneur du journaliste<sup>24</sup>. Mais à ces restrictions classiques, dont on retrouve plus ou moins l'équivalent en droit suisse, s'en sont ajoutées d'autres, d'apparition plus récentes. En particulier, le large recours que le Front national de Jean-Marie Le Pen a fait au droit de réponse semble avoir suscité, en réaction, des jurisprudences nettement limitatives<sup>25</sup>.

Dans un important arrêt de 1996, la Cour d'appel de Paris a ainsi déclaré mal fondée la demande d'insertion d'un droit de réponse du Front national dans le quotidien *Le Monde*<sup>26</sup>. Mis en cause par l'article du journal relatant de possibles liens entre des jeunes gens soupçonnés d'un meurtre raciste et le Front national, ce dernier, a estimé la Cour, n'en est pas pour autant légitimé à répondre. La nature politique de la mise en cause, par *Le Monde*, du parti de Jean-Marie Le Pen appelle des limitations du droit de réponse, sous peine, écrivent les juges d'appel, de méconnaître la liberté du journal. Dans ce contexte, la réponse doit se borner aux explications ou aux protestations qu'aurait pu susciter cette mise en cause. Dans sa note critique, Emmanuel DERIEUX relève que «semblant vouloir limiter le droit de réponse à la rectification de faits qui auraient été inexactement rapportés, la cour paraît confondre droit de rectification et droit de réponse.» L'auteur souligne les difficultés d'interprétation et d'analyse du droit de réponse que cette jurisprudence risque d'engendrer.

Dans une autre direction, la jurisprudence française récente tend également à limiter le droit de réponse à ce qui est strictement nécessaire à la protection de la réputation et des droits d'autrui, analysant l'institution comme une ingérence dans la liberté de la presse au sens de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>27</sup>.

### 3. Appréciation

L'évolution de la jurisprudence française montre en tout cas que la portée absolue du droit de réponse qui semble découler du texte légal a été considérablement affaiblie par la jurisprudence. Les tribunaux se sont trouvés confrontés à des situations où une mise en œuvre du droit de réponse se heurtait à d'autres intérêts légitimes que celui de la personne «nommée ou désignée». D'une conception objective du droit de réponse, faisant de cette institution une forme de contre-pouvoir à la puissance des médias, on est passé à une conception subjective, inscrivant le droit de réponse dans les droits de la personnalité et empêchant son exercice lorsqu'une atteinte ne peut être établie<sup>28</sup>. Le droit de réponse en France, ainsi interprété, n'est plus a priori d'une utilisation plus simple que son pendant helvétique.

Nous aurions bien sûr dû avoir la curiosité de soumettre à quelques médias français le même questionnaire que celui nous avons adressé à des rédactions en Suisse. Ne l'ayant pas fait, nous resterons prudents. Nous ne croyons pas, néanmoins, que les médias acceptent, sans y opposer une résistance qui reste à mesurer, le droit de réponse comme une manière d'ouvrir le débat en permettant aux intéressés de faire entendre leur propre version de manière presque automatique. Du moins la lecture régulière de plusieurs titres de la presse française nationale d'information ne nous enseigne pas que les droits de réponse y soient fréquents ni banalisés. Il en va peut-être différemment de la presse people française, qui n'a d'ailleurs pas d'exact équivalent en Suisse.

### V. Quelques perspectives

Il est indiscutable que le droit de réponse, idéalement, devrait être accordé à des

23 MAYAUD Y., L'abus de droit en matière de droit de réponse, in: Liberté de la presse et droit de la personne, op. cit., p. 6.

24 DERIEUX E. (n. 22), p. 395 s.

25 Voir LEVY J.-P., Pratique du droit de réponse dans la presse écrite et la communication audiovisuelle, in Liberté de la presse et droit de la personne, op. cit., p. 31 ss.

26 Cour d'appel de Versailles, 3 juillet 1996, JCP 1996.II.22732, note E. DERIEUX.

27 Voir la jurisprudence citée par MAYAUD Y. (n. 23), p. 11, en particulier Tribunal de grande instance de Paris, 11 septembre 1996: «[le droit de réponse] ne doit pas dégénérer en tribune libre et ouverte, à laquelle ne pourrait se soustraire l'organe de presse, celui-ci étant libre d'émettre une opinion sans être contraint de réserver ses colonnes à la publication d'une opinion contraire aux idées qu'il a exprimées.»

28 MAYAUD (n. 23), p. 10.

conditions aussi simples que possible. Plus il fait intervenir de définitions juridiques complexes, plus il donne prise aux contestations et moins il est apte à remplir son rôle de régulateur extra-judiciaire des conflits.

De ce strict point de vue, il devrait être ouvert aux jugements de valeur. La distinction des faits et des jugements de valeur a donné lieu à une jurisprudence trop complexe pour que la limite puisse être aisément décelée, et par l'auteur de la réponse et par le média concerné. Pour les mêmes raisons, un assouplissement du principe «fait contre fait» pourrait se justifier.

A notre sens, de telles inflexions ne résoudraient pourtant pas fondamentalement les problèmes mis en évidence par la doctrine. Sans doute l'extension du droit de réponse aux jugements de valeur et une interprétation plus ouverte du cadre de l'objet de la présentation contestée sont-elles de nature à rendre plus facile la publication d'un droit de réponse et à modifier l'attitude aujourd'hui souvent trop restrictive des médias face aux demandes qui leur parviennent.

Mais il faut analyser jusqu'au bout les ambiguïtés du droit de réponse. Son paradoxe consiste à réglementer dans la loi un processus dont on espère qu'il restera en dehors de la contestation juridique et judiciaire. Ce postulat s'adapte mal à la réalité des rapports qu'entretiennent entre eux les médias et les personnes dont ils sont amenés à parler en termes parfois critiques. La réglementation légale du droit de réponse ne peut avoir, dans ce contexte, que des ambitions limitées. Le droit de réponse n'est finalement que le prolongement, ou le renforcement sur le terrain légal, des règles déontologiques des médias. Il ne les remplace en tout cas pas. Le fait de donner la parole à la personne mise en cause est l'une des règles fondamentales de l'éthique journalistique<sup>29</sup>. Nous ne prétendons pas que cette règle soit toujours effective. C'est probablement son effectivité insuffisante qui a fait naître l'idée d'un droit de réponse. Mais les échanges qui se nouent entre le

média et la personne «touchée» passent nécessairement par des médiations multiples dont le droit de réponse n'est que l'une des facettes, pas la principale. Les autres relèvent du travail journalistique ordinaire: citations dans le corps de l'article, interviews, tribunes, lettres de lecteurs, rectifications, précisions, etc. Le droit de réponse ne peut devenir le canal normal par lequel s'exprimerait le point de vue de la personne concernée. Il est donc, par sa nature même, réservé à des cas sinon exceptionnels, du moins hors norme, comme le montre bien l'évolution du droit de réponse en France. Son utilité est peut-être d'abord indirecte: inciter les médias à donner la parole à celui qui est mis en cause.

Par ailleurs, la référence faite à la Convention européenne des droits de l'homme par la jurisprudence française ouvre des perspectives encore trop peu présentes dans l'analyse qui est faite de la question en Suisse. Il nous paraît évident que la publication forcée d'un texte, quel qu'en soit le motif, est une restriction à la liberté de la presse; la question se pose donc de savoir à quelles conditions de telles restrictions peuvent être imposées aux médias. Cette problématique sera particulièrement sensible sur le terrain des jugements de valeur, à supposer qu'ils soient ouverts au droit de réponse. Est-il conforme à la liberté de la presse d'imposer à un journal qui aurait écrit que telle secte est dangereuse une réponse affirmant qu'elle ne l'est pas? Nous en doutons fort.

Une ouverture du droit de réponse aux jugements de valeur passerait par une révision de la loi. Il faudrait alors, probablement, redéfinir toute l'institution. L'octroi d'un droit de réponse devrait explicitement dépendre, à notre avis, de la condition que le point de vue de la personne touchée n'a pas été équitablement présenté par le média. ■

<sup>29</sup> Cf. en particulier Conseil suisse de la presse, Directive 3.8. relative à la Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste: audition lors de reproches graves ([www.presserat.ch/directives.htm](http://www.presserat.ch/directives.htm)).

# Zur Berichterstattung über Aussagen und Bilder mit strafbarem Inhalt

*Franz Riklin*

*Prof. Dr. iur, Professor für Strafrecht an der Universität Freiburg, Freiburg*

**Résumé:** *Il arrive fréquemment qu'à l'occasion de contributions journalistiques ayant pour objet des procédures judiciaires en cours ou d'autres événements d'intérêt public, ou diffuse ou publie des propos ou des images présentant un caractère délictueux. Il en est ainsi notamment lors de reportages sur des atteintes à l'honneur, des violations de la LCD, des publications de nature pornographique, des violations de la norme anti-raciste ou encore des atteintes portées à la liberté de croyance et des cultes. Ces diffusions sont admissibles, sur la base des libertés de communication en relation avec l'exception de sauvegarde d'intérêts légitimes, ou en vertu de l'article 27 al. 4 CP qui stipule que l'auteur d'un compte rendu véridique de débats publics ou de déclarations officielles d'une autorité n'encourra aucune peine. Demeure toutefois la question de la délimitation. La répression n'entre en considération que dans des cas graves où la diffusion de tels propos ou images apparaît clairement comme abusive.*

## I. Fakten

Bei der Berichterstattung über Gerichtsverfahren und andere öffentliche Ereignisse sowie bei der Kritik an gesetzlichen Regelungen oder einer Gerichtspraxis stellt sich im Zusammenhang mit Gedankenäusserungsdelikten immer wieder die Frage, ob als deliktisch angesehene Aussagen oder Bilder wiedergegeben werden dürfen.

Als Faktum sei vorweg vermerkt, dass dies gang und gäbe ist. Verwiesen sei namentlich auf Medienberichte über Ehrverletzungen, über UWG-Zuwiderhandlungen, über pornographische Publikationen, über die Störung der Glaubens- und Kultusfreiheit, aber auch über Verstösse gegen die Rassistennorm.

So ist es beispielsweise alltäglich, dass bei der Berichterstattung über öffentlich interessierende Vorgänge, wenn Gegenstand solcher Geschehnisse ehrverletzende Äusserungen sind, der ehrverletzende Ausdruck erwähnt wird<sup>1</sup>, ohne dass es deswegen bisher zu Strafverfahren wegen Weiterverbreitung einer ehrverletzenden Aussage gegen den Berichtersteller gekommen wäre. Als z.B. Kritiker der Milchpulverpraxis von Nestlé am 24. 6. 1976 vom Richteramt VIII in Bern wegen Ehrverletzung verurteilt wurden, weil sie geschrieben hatten, «Nestlé tötet Babies»<sup>2</sup>, wurde in der Medienberichterstattung vor, während und nach diesem Verfahren jeweils die inkriminierte Aussage wiederholt. Ferner sei statt vieler auf den Kurzkommentar TRECHSEL verwiesen<sup>3</sup>, in dem eine reichhaltige Kasuistik wiedergegeben wird, z.T. mit den Namen der Betroffenen und der ehrverletzenden Aussage.

Dasselbe gilt für den UWG-Bereich. Erwähnt sei z.B. das Bernina-Urteil (BGE 117 IV 193 ff.), wo bei der Berichterstattung, aber auch bei der Kritik<sup>4</sup>, immer wieder gesagt wurde, der beschuldigte Journalist habe geschrieben, Bernina-Modelle seien bereits beim Erscheinen auf dem Markt technisch überholt, eine Passage, die das Bundesgericht als strafbar ansah.

Auch im Pornographiebereich sind Publikationen dieser Art bekannt, etwa wenn es um die Frage geht, ob ein Kunstwerk pornografisch sei. Berühmt ist jener Bundesgerichtsentscheid, der die Einziehung und Vernichtung eines chinesischen Romans absegnete, wobei in der offiziellen Urteilsammlung die als unzüchtig erachteten Schilderungen wiedergegeben wurden (BGE 87 IV 73 ff.). Generationen von Studierenden der Rechtswissenschaft haben diesen Entscheid schon bald nach Studienbeginn gelesen.

Erwähnt sei ferner der Tatbestand der Störung der Glaubens- und Kultusfreiheit (Art. 261 StGB). In BGE 86 IV 19 wurde ein Bild von Kurt Fahrner mit dem Titel «Kreuzigung» als Verstoß gegen diese Norm be-

1 Vgl. RIKLIN F., Schweizerisches Presserecht, Bern 1996, § 5 N 28; ders., Kommentar zu den Ehrverletzungsdelikten, in: Niggli M.A./Wiprächtiger H. (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht, Art. 111-401 StGB, Basel/Genf/ München 2003, Art. 173 N 26 ff.; vgl. dazu auch BGE 118 IV 162.

2 Vgl. KALT M., »Nestlé tötet Babies« - Tötet Nestlé Babies? (<http://www.unibas.ch/afrika/nocolonies/kalt.paper.rtf>).

3 TRECHSEL ST., Schweizerisches Strafrecht, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997, Art. 173 N 23.

4 Vgl. z.B. RIKLIN (Anm. 1, Presserecht) § 10 N 16.



wertet. Es handelte sich um die Darstellung einer gekreuzigten nackten Frau. In der Zeitschrift Plädoyer<sup>5</sup>, in einer Publikation von SCHUBARTH<sup>6</sup> über den Fahrner-Prozess und in einer unlängst erschienenen Veröffentlichung des Präsidenten des Presserats als Co-Autor, PETER STUDER<sup>7</sup>, wurde das deliktische Bild abgedruckt.

Nicht anders verhält es sich mit der Rassismusklausur des Art. 261<sup>bis</sup> StGB. Im Kommentar NIGGLI<sup>8</sup> oder im Kurzkomentar TRECHSEL<sup>9</sup> sowie in einer Publikation über die Gerichtspraxis zu dieser Norm<sup>10</sup> werden eine Vielzahl rassendiskriminierender Ausdrücke wiedergegeben, die Gegenstand von Gerichtsurteilen waren bzw. als strafbar angesehen werden.

So auch im Zivilrecht. Caroline von Monaco errang kürzlich vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg einen Sieg, weil Bilder über ihre privaten Auftritte in der Öffentlichkeit als Verletzung der Privatsphäre angesehen wurden<sup>11</sup>. In Fernsehsendungen wurden unmittelbar darauf einige Beispiele solcher Bilder gezeigt (z.B. ein Bild, das sie bei einem privaten Ausritt darstellte, wobei sie ziemlich verkrampft auf ihrem Pferd sass).

## II. Zulässigkeit/Rechtfertigungsgründe

Es stellt sich die Frage, wie die Zulässigkeit solcher Berichte begründet werden kann und wo allenfalls die Grenzen liegen.

Vorweg sei festgehalten, dass zur Thematik der Wiedergabe strafbarer Drittäusserungen durch Medienschaffende im Rahmen der Berichterstattung über öffentliche Ereignisse höchstrichterliche Grundsatzurteile nicht bekannt sind<sup>12</sup>.

### 1. Meinungsäusserungsfreiheit

Die Wiedergabe von ehrverletzenden, unlauteren, pornografischen, die Glaubens- und Kultusfreiheit störenden oder rassistischen Aussagen oder entsprechender Bilder kann zunächst gestützt auf die Kommunikationsfreiheitsrechte (Meinungsäusserungsfreiheit/Medienfreiheit) zulässig sein, selbst wenn dabei inkriminierte Passagen und Bilder wiedergegeben werden, sofern daran ein Informationsinteresse besteht. Wenn sich z.B. ein Politiker bei einer öffentlichen Ansprache beleidigend oder rassistisch äussert, kann sich ein Informationsinteresse gerade daraus ergeben, dass er sich in der fraglichen Weise geäussert hat<sup>13</sup>. «Auch an Beschuldigungen in einem Verfahren, das der Aufklärung eines Vorgangs dient, kann ein Informationsinteresse bestehen<sup>14</sup>.» Zitate beleidigender Äusserungen können ferner die Stimmung charakterisieren, die während einer im öffentlichen Blickfeld stehenden Versammlung geherrscht hat<sup>15</sup>. Von der Meinungsäusserungsfreiheit gedeckt sind auch Medienberichte, die einen kritischen Zweck verfolgen<sup>16</sup>. In diesem Zusammenhang ist m. E. auch eine Kritik an der Strafbarkeit bestimmter Verhaltensweisen zulässig. Es sollte beispielsweise nicht verboten sein zu kritisieren, dass die Auschwitz-Lüge strafbar ist, bzw. dass jemand wegen einer Auschwitz-Lüge verurteilt wurde, sei es, weil man dies nicht als strafwürdig oder die Strafbarkeit nicht als opportun ansieht. Strafrechtlich gesehen kann man sich in solchen Fällen auf den Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen stützen<sup>17</sup>.

Die Zulässigkeit der Wiedergabe rassendiskriminierender Äusserungen im Rahmen

**Zusammenfassung:** *Es ist gang und gäbe, bei der Berichterstattung über Gerichtsverfahren und andere die Öffentlichkeit interessierende Ereignisse als deliktisch angesehene Aussagen oder Bilder wiederzugeben, so etwa bei Berichten über Ehrverletzungen, UWG-Zuwiderhandlungen, pornografische Publikationen, die Störung der Glaubens- und Kultusfreiheit, aber auch über Verstösse gegen die Rassismusklausur. Dies kann gestützt auf die Kommunikationsfreiheitsrechte in Verbindung mit dem Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen oder über Art. 27 Abs. 4 StGB, der die wahrheitsgetreue Berichterstattung über öffentliche Verhandlungen einer Behörde als straflos erklärt, zulässig sein. Es stellt sich die Frage der Grenzen. Ein Bestrafung kommt nur aus schwerwiegenden Gründen in Frage. Das massgebende Kriterium, um die Wiedergabe solcher Aussagen oder Bilder zu pönalisieren, ist der Missbrauch.*

5 1/1986, 13.

6 SCHUBARTH M. (Hrsg.), Der Fahrner Prozess, Ein Beispiel für die Problematik von Kunst und Justiz, Basel 1983, 93 ff.

7 GLAUS B. /STUDER P., Kunstrecht, Zürich 2003, XII.

8 NIGGLI M.A., Rassendiskriminierung, ein Kommentar zu Art. 261<sup>bis</sup> StGB und Art. 171c MStG, Zürich 1996, N 780.

9 TRECHSEL (Anm. 3), Art. 261<sup>bis</sup> N 45.

10 Rassendiskriminierung, Gerichtspraxis zu Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Hrsg. von der Gesellschaft Minderheiten in der Schweiz und von der Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus in Zusammenarbeit mit der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus, Zürich 1999.

11 Vgl. Entscheid des EGMR vom 24.6.2004 i.S. von Hannover gegen Deutschland, Verfahren Nr. 59320/00.

12 ZELLER F., Öffentliches Medienrecht, Bern 2004, 186.

13 Vgl. WENZEL K. E., Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 4. Aufl., Köln, 1994, Ziff. 10.188.

14 WENZEL (Anm. 13), Ziff. 10.188.

15 WENZEL (Anm. 13), Ziff. 10.189.

16 PEDUZZI R., Meinungs- und Medienfreiheit in der Schweiz, Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Band 162, Zürich, 2004, 277.

17 Vgl. die Literaturangaben vorne in Anm. 1, ferner PEDUZZI (Anm. 16), 276; NIGGLI (Anm. 8), N 633.

einer Berichterstattung hat sogar der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte mit Rücksicht auf die Informationsfreiheit gemäss Art. 10 EMRK ausdrücklich bejaht. Im Entscheid vom 23.9.1994 i.S. Jersild gegen Dänemark (Ser. A/Nr. 298) hatte das Gericht die Strafbarkeit eines Journalisten zu prüfen, der im Rahmen eines Nachrichtenmagazins im Radio eine nur wenige Minuten dauernde Sendung über eine rechts-extreme Jugendgruppe ausstrahlen liess. Die Sendung bestand grösstenteils aus unkommentierten rassistischen Aussagen der Gruppenmitglieder. Wegen Verstosses gegen die dänischen Antirassismusbestimmungen wurde der Journalist gebüsst. Vor dem Europäischen Gerichtshof berief er sich auf die Meinungsäusserungsfreiheit. Das Gericht gab dem Journalisten recht. Es war der Auffassung, dass der ausgestrahlte Beitrag auf eine aktuelle Problematik hinweisen wollte und als Zweck nicht die Propagierung rassistischer Ideen verfolgte. Dabei seien Interviews eines der wichtigsten massenmedialen Instrumente. Eine Bestrafung für Drittäusserungen komme nur aus schwerwiegenden Gründen in Frage<sup>18</sup>.

Der Jersild-Entscheid ist insofern ein Sonderfall, als erst durch das Mitwirken des

Journalisten das Verhalten der Jugendlichen überhaupt öffentlich und damit tatbestandsmässig wurde. Aus dieser Sicht ist der Entscheid von NIGGLI<sup>19</sup> kritisiert worden. Seine Meinung übernahm auch das Züricher Obergericht in einem Urteil, das ein Interview in der Zeitschrift Beobachter betraf<sup>20</sup>. Dem Gericht ging der Entscheid des EGMR im Fall Jersild zu weit. Der Medienschaffende dürfe sich nicht auf die Meinungsäusserungsfreiheit berufen, «wenn das, worüber er berichtet, erst durch seine Mitwirkung tatbestandsmässig wird.» Im anschliessenden Strafverfahren gegen den Journalisten stellte die Bezirksanwaltschaft das Verfahren jedoch ein<sup>21</sup>. Zu diesen Ausführungen ist zu bemerken, dass trotz dieser Einwendungen jedenfalls der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im erwähnten Sinn entschieden hat.

Auch für NIGGLI präsentiert sich die Sachlage anders, wenn über einen Sachverhalt berichtet wird, der für sich allein schon tatbestandsmässig und strafbar ist<sup>22</sup>. Er erklärt ferner, wenn mit Fug und Recht die Informationsfreiheit, Meinungsäusserungsfreiheit und Pressefreiheit in Anspruch genommen werde, um einen Sachverhalt zu vermitteln, der selbst von Art. 261<sup>bis</sup> StGB erfasst wird, so werde dies häufig kaum möglich sein, ohne die rassendiskriminierenden Äusserungen wiederzugeben<sup>23</sup>.

## 2. Art. 27 Abs. 4 StGB

Die Wiedergabe einer inkriminierten Textstelle oder eines entsprechenden Bildes kann auch gestützt auf Art. 27 Abs. 4 StGB zulässig sein. Danach wird die wahrheitsgetreue Berichterstattung über öffentliche Verhandlungen einer Behörde ausdrücklich als straflos erklärt. Es kommt deshalb, wie bereits erwähnt, immer wieder vor, dass z.B. bei einem Ehrverletzungsprozess in einem solchen Bericht zum Ausdruck kommt, welche Aussage Gegenstand des Verfahrens war.

Es ist nicht so, dass diese Norm nur bei einer unkritischen Wiedergabe des Geschehens zum Zuge kommt. Dies wäre mit der Meinungsäusserungs- und Medienfreiheit nicht vereinbar<sup>24</sup>. In der Bundesgerichtspraxis und der Literatur ist unbestritten, dass der Begriff «Berichterstattung» weit gefasst wird und sich namentlich auch auf

18 Vgl. zu diesem Entscheid RIKLIN (Anm. 1, Presserecht) § 5 N 73; NIGGLI (Anm. 8), N 636; ZELLER (Anm. 12), 186; PEDUZZI (Anm. 16), 277 f.

19 Vgl. NIGGLI (Anm. 8), N 642 ff.

20 Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, SB 970395, vom 10.12.1997 (wiedergegeben bei Zeller, Anm. 12, 186, Fn. 30).

21 Vgl. dazu BORN Ch., Wann haften Medienschaffende für die Wiedergabe widerrechtlicher Äusserungen Dritter?, *medialex*, 2001, 13 ff., 18, Fn. 30. Laut BORN führte die Bezirksanwaltschaft in der Begründung aus, das Interview sei nicht ohne Kontext abgedruckt worden, sondern es stehe als Teil mehrerer Artikel über dasselbe Thema da. In der betreffenden Ausgabe habe sich der Beobachter zudem nicht nur direkt von der inkriminierten Antwort distanziert, sondern diese auch verurteilt.

22 NIGGLI (Anm. 8), N 647.

23 NIGGLI (Anm. 8), N 628.

24 Anderer Meinung aus zivilrechtlicher Sicht: WENZEL (Anm. 13) Ziff. 10.188 ff., der z.B. bei Zitaten beleidigender Aussagen eine Distanzierung fordert. Ebenso KELLERMÜLLER H., Strafbare Berichte aus dem Gerichtssaal, NZZ vom 5.11.2004, Nr. 359, 63. Unklar äussert sich dieser Autor im Strafrechtsbereich aus der Sicht von Art. 27 Abs. 4 StGB. Er führt aus: «Werden Aussagen von Prozessbeteiligten ohne Einbettung in den Kontext des konkreten Verfahrens, ohne jegliche Distanzierung oder Relativierung übernommen und damit geradezu als eigener Standpunkt verbreitet, so kann sich ein Berichterstatter durchaus strafbar machen, zumal die einschlägigen Straftatbestände (insbesondere Ehrverletzungsdelikte, Rassendiskriminierung) in der Regel auch die Weiterverbreitung entsprechender Äusserungen unter Strafe stellen.»

Kommentierung und Kritik erstreckt<sup>25</sup>. Was die Rassismuskriterien anbelangt ist auch NIGGLI<sup>26</sup> der Meinung, es wäre zu einfach, grundsätzliche Strafbarkeit anzunehmen, wenn ein rassistischer Aufruf wiedergegeben würde, ohne dass sich die Berichtenden davon distanzieren; sonst wären selbst Agenturmeldungen, die über rassendiskriminierende Aufrufe rapportieren, strafbar, wenn die Meldungen nicht mit der Floskel «wir halten dies für falsch» versehen wäre und das könne nicht richtig sein.

Es kann auch nicht darauf ankommen, dass bei der Berichterstattung über eine Gerichtsverhandlung in den Medien eine grössere Öffentlichkeit informiert wird als jene, die an der Gerichtsverhandlung anwesend war. Es ist gerade der Sinn von Art. 27 Abs. 4 StGB, dass eine breitere Öffentlichkeit als die Anwesenden über das Verfahren informiert wird. Wenn schon an der Gerichtsverhandlung etwas gesagt würde, das das Publikum nicht hören dürfte, müsste man die Öffentlichkeit ausschliessen.

Was den Tatbestand des Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 StGB (Leugnung von Völkermord und anderen Verbrechen gegen die Menschlichkeit) sowie die harte Pornographie und brutale Darstellungen anbelangt, wäre der Einwand unbehelflich, die Regelung des Art. 27 StGB und damit auch sein Absatz 4 gelte gemäss der bundesgerichtlichen Praxis (BGE 125 IV 206) in diesen Fällen nicht. Abgesehen davon, dass die bundesgerichtliche Annahme, dies seien keine Mediendelikte im Sinn von Art. 27 StGB in der juristischen Literatur überwiegend kritisiert wird<sup>27</sup>, würde das, was in Art. 27 Abs. 4 StGB geregelt ist, auch gelten, wenn es ihn nicht gäbe. Denn die Kontrolle der Justiz durch Medien und Öffentlichkeit ist ein ganz zentrales Anliegen<sup>28</sup>. Art. 27 Abs. 4 StGB kodifiziert lediglich einen klassischen Anwendungsfall des Rechtfertigungsgrundes der Wahrnehmung berechtigter Interessen, kodifiziert also etwas, was ohnehin gilt<sup>29</sup>.

Es spielt auch keine Rolle, ob der Berichterstatter mit dem Beschuldigten sympathisiert oder ob das Gegenteil zutrifft. Ein wahrheitsgemässer Gerichtsbericht wäre nicht widerrechtlich, wenn der Berichterstatter am Schluss eines Strafprozesses gegen einen gemeingefährlichen Straftäter

schreiben würde, es sei erfreulich, dass dieser Schwerekriminelles endlich für lange Zeit hinter Gitter müsse. Dasselbe würde gelten, wenn ein Strafverfahren gegen einen bekannten Politiker stattfinden und der ideologisch anders denkende Journalist mit innerer Befriedigung besonders ausführlich über diesen Vorfall berichten sollte. Umgekehrt wäre es für die Rechtfertigung eines wahrheitsgemässen Gerichtsberichts auch nicht von Bedeutung, ob ein Berichterstatter seinem Unverständnis Ausdruck verleiht, dass ein Beschuldigter so hart bestraft wird oder dass ein solches Verhalten überhaupt strafbar ist.

### III. Grenzen

Natürlich stellt sich auch die Frage der Grenzen. Sie müssten grundsätzlich für alle Konstellationen nach den gleichen Kriterien erfolgen, unabhängig vom involvierten Gedankenäusserungsdelikt und unabhängig davon, wer der betreffende Journalist ist und welche politischen Sympathien ihm eigen sind.

Eine Bestrafung für Äusserungen Dritter (im Rahmen der Berichterstattung über Ereignisse von öffentlichem Interesse) kommt nur aus schwerwiegenden Gründen in Frage<sup>30</sup>. Das m.E. einzig zulässige Kriterium, um die Wiedergabe solcher Aussagen oder Bilder zu pönalisieren, ist der Missbrauch. Ein Missbrauch kann über die subjektive Seite begründet werden, wenn es dem Medienschaffenden nicht um die Berichterstattung oder die Kritik geht, sondern die

25 RIKLIN (Anm. 1, Presserecht), § 5 N 97; ders. Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Verbrechenlehre, 2. Aufl., Zürich 2002, § 20 N 29; BGE 106 IV 161; TRECHSEL, (Anm. 3), Art. 27 N 18; KELLERMÜLLER (Anm. 24), 63.

26 NIGGLI (Anm. 8), N 630.

27 NIGGLI M.A./RIKLIN F./STRATENWERTH G., Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern, Sonderausgabe *medialex*, November 2000, 15 ff.; RIKLIN (Anm. 25), § 20 N 10; REHBERG J./DONATSCH A., Strafrecht I, Verbrechenlehre, 7. Aufl., Zürich 2001, 166; NIGGLI M.A./SCHWARZENEGGER C., Strafbare Handlungen im Internet, SJZ 2002, 62; SCHLEIMINGER D./METTLER C., Urteilsbesprechung BGE 125 IV 206 in AJP 2000, 1039 ff. Für die Anwendbarkeit der Kaskadenhaftung des Art. 27 StGB auf Fälle des Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 StGB hat sich vor dem erwähnten Entscheid ausdrücklich auch NIGGLI ausgesprochen (Anm. 8), N 1260.

28 WIPRÄCHTIGER H., Kontrolle der Strafjustiz durch Medien und Öffentlichkeit - Eine Illusion?, *medialex* 2004, 38 ff.

29 RIKLIN (Anm. 1, BSK StGB II), Art. 173 N 29.

30 PEDUZZI (Anm. 16), 279 und das Jersild-Urteil (vgl. vorne Anm. 18).

Art der Darstellung nur ein Vorwand ist, der die deliktische Zielsetzung kaschieren soll, oder anders ausgedrückt, wenn sich der Zitierende die Fremdaussage zu eigen macht<sup>31</sup>. Nach mehreren Autoren<sup>32</sup> kommt es in solchen Fällen auf den Gesamteindruck der Bewertung an. NIGGLI<sup>33</sup> meint, man werde sich nicht darauf berufen können, man wolle nur informieren, wenn eine ganze Nummer einer Zeitung oder Zeitschrift oder eine halbstündige oder stündige Radio- oder Fernsehsendung ausschliesslich oder fast ausschliesslich aus der Wiedergabe von strafbaren Äusserungen bestehe.

Ein Missbrauch könnte auch bei einer grossen Diskrepanz zwischen der Schwere der Beeinträchtigung des Betroffenen einerseits und dem mit der Wiedergabe befriedigten öffentlichen Interesse angenommen werden. Dies war beispielsweise bei der Wiedergabe von Bildern von Caroline von Monaco, die gemäss dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte die Privatsphäre verletzen, nicht der Fall, soweit es um die relativ harmlose Abbildung eines privaten Ausritts ging (vgl. vorne Ziff. 1, letzter Absatz). Einen Missbrauch könnte man hingegen bei der Wiedergabe der heimlichen Aufnahme eines nackten Politikers in einer Sauna bejahen, wenn dieses Bild Gegenstand einer Aufsehen erregenden Enthüllung oder eines Gerichtsverfahrens wäre.

Bei der Wiedergabe pornografischer Bilder könnte in Bezug auf den Missbrauch massgebend sein, ob es um harte Pornografie geht<sup>34</sup>.

Verwiesen sei ferner auf die in der Literatur vertretene Meinung, Art. 27 Abs. 4 StGB gelte bei Gerichtsberichten, bei denen ein öffentliches Interesse am Ereignis, aber nicht an der Person des Täters besteht, nicht in Bezug auf die Bekanntgabe des Namens des Beschuldigten, sofern die Namensnennung gegen die entsprechenden Regeln des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes verstossen würde. Es wäre missbräuchlich, sich auf Art. 27 Abs. 4 StGB zu berufen, um Art. 28 ZGB in diesem Fall auszuhebeln<sup>35</sup>.

In all diesen Konstellationen könnte man aber einen Missbrauch nur in ganz besonderen Ausnahmefällen bejahen.

#### IV. Schlussfolgerungen

Es ist grundsätzlich nicht verboten, im Rahmen der Berichterstattung über ein öffentlich interessierendes Ereignis Aussagen und Bilder wiederzugeben, die an sich strafbar sind. Dies ist bei verschiedenen Meinungsäusserungsdelikten (Ehrverletzung, unlauterer Wettbewerb, Pornografie, Störung der Glaubens- und Kulturfreiheit, Rassismuskonflikte) gang und gäbe. Ausnahmsweise strafbar ist ein solches Verhalten nur in Fällen des Missbrauchs, namentlich, wenn die Berichterstattungsform primär dazu benutzt wird, um das betreffende Gedankengut weiterzuerbreiten, also z. B. rassendiskriminierende Zwecke zu verfolgen, oder wenn ein krasses Missverhältnis zwischen der Beeinträchtigung des geschützten Rechtsguts und dem wahrzunehmenden öffentlichen Interesse besteht. ■

31 WENZEL (Anm. 13), Ziff. 4.97 ff. und 10.187 ff.

32 NIGGLI (Anm. 8), N 633, 639; PEDUZZI (Anm. 16), 279 f.; BORN (Anm. 21), 20.

33 NIGGLI (Anm. 8), N 639.

34 So NIGGLI (Anm. 8), N 647 ff.

35 RIKLIN (Anm. 25), § 20 N 29; ders. (Anm. 1, Presserecht), § 5 N 97; ders. (Anm. 1, BSK StGB II), Art. 173 N 29; BARRELET D., Droit de la communication, Bern 1998, 337 f.; HÜNIG M., Probleme des Schutzes des Beschuldigten vor den Massenmedien, Diss. Zürich 1973, 83.