

## Grenzen der Öffentlichkeitsarbeit einer Patientenorganisation

Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen vom 25. August 2005

*Wenn eine Patientenorganisation die Arbeitsweise eines Chefarztes an einem öffentlichen Spital gegenüber Kollegen oder der Aufsichtsbehörde kritisch in Frage stellt, so muss dies nicht persönlichkeitsverletzend sein. Anders ist zu beurteilen, wenn die Informationen den Medien zugestellt werden. Die Behandlung einer derartigen Frage in der Presse ist einer differenzierten Beurteilung schlecht zugänglich. Es besteht die Gefahr, dass es mehr um die Person als um die Sache geht und dass die Person insgesamt in der Öffentlichkeit in einem falschen Licht erscheint.*

*Lorsqu'une organisation de patients remet en question de manière critique la méthode de travail du médecin chef d'une clinique vis-à-vis de ses collègues et des autorités de surveillance, elle doit le faire d'une façon qui n'attente pas aux droits de la personnalité.*

*La question de savoir quand les informations peuvent être transmises à la presse est autre. Le traitement d'une telle problématique par les médias fait intervenir une appréciation nuancée qui n'est que difficilement abordable. On peut ainsi craindre que l'attention du public se focalise sur la personne et non sur les faits rapportés et que la personne mise en cause apparaisse de la sorte sous un faux jour.*

### Sachverhalt (Zusammenfassung):

Mit Schreiben vom 4. September 2001 wandte sich die Beklagte im Namen der Stiftung Schweizerische Patienten-Organisation (SPO), deren Präsidentin sie ist, an den Präsidenten des Vereins der Leitenden Spitalärzte der Schweiz (VLSS). Sie berief sich auf ein dem Schreiben beiliegendes anonymisiertes Operationsprogramm einer chirurgischen Klinik, wonach an einem Tag 14 Operationen in vier verschiedenen Operationssälen, einer davon in einem anderen Haus, durchgeführt wurden, und führte aus, dass es nicht möglich sei, dass alle Privatpatienten vom Chefarzt allein operiert werden konnten. Die Patienten seien alle der festen Überzeugung gewesen, dass sie vom Chefarzt operiert würden. Es sei bekannt, dass mitoperierende Ärzte von diesem Chefarzt kein Honorar bekämen. Sie bat den Präsidenten des VLSS daher, zu verschiedenen Fragen Stellung zu nehmen, und teilte ihnen abschliessend mit, dass die SPO die finanziellen Forderungen dieses Arztes in der Öffentlichkeit diskutieren werde. Eine Kopie dieses Briefes sandte sie auch an Prof. H. Nach eigenen Angaben wandte sich die Beklagte im gleichen Sinn auch an Dr. G., damals Präsident des Vereins der Belegärzte der Schweiz (SVBP), und an Prof. T., damals Präsident der chirurgisch tätigen Ärzte (FMS). Von Dr. G. habe sie am 27. September 2001 eine schriftliche Antwort erhalten und mit Prof. T. die Thematik telefonisch besprochen. Das Original des ihr anonym zugestellten Ope-

rationsplanes hatte sie bereits am 6. Januar 2000 dem zuständigen Untersuchungsrichter zugestellt. Die Beklagte legte später das Operationsprogramm auch noch weiteren Organisationen wie auch dem Schweizer Fernsehen DRS (Redaktion 10 vor 10) vor.

Dem Begehren des Beklagten um superprovisorische Massnahmen zum Schutz seiner Persönlichkeit beim Bezirksgerichtspräsidium Rorschach wurde nach der Anhörung der Beklagten am 27. November 2001 nicht stattgegeben. Nachdem am 21. Januar 2002 ein nicht von der Beklagten, sondern von zwei Stiftungsräten unterzeichnetes Rundschreiben der SPO unter Beilage der Stellungnahme des VLSS vom 22. Oktober 2001 an Ärztinnen und Ärzte im Raum St. Gallen und Altstätten, an Medien und an Leserbriefschreiber ging, setzte die Bezirksgerichtspräsidentin von Rorschach das Verbot, die genannten Behauptungen in Zukunft aufzustellen und weiter zu verbreiten, als dringliche Anordnung am 11. Dezember 2001 wiederum in Kraft. Sie entschied schliesslich nach Durchführung einer Verhandlung am 19. März 2002 auf Abweisung des Begehrens um vorsorgliche Massnahmen. Ein Rekurs gegen diesen Entscheid wurde vom Einzelrichter des Kantonsgerichts am 19. Dezember 2002 gutgeheissen; der Beklagten wurde verboten, die vier Behauptungen während der Dauer des ordentlichen Prozesses weiter zu verbreiten.

# L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

## Aus den Erwägungen:

2. a) Jeder, der in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, kann zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht anrufen. Eine Verletzung ist dann widerrechtlich, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist (Art. 28 ZGB). Aus dieser Gesetzesbestimmung ergibt sich nicht, was im Einzelnen unter einer Persönlichkeitsverletzung zu verstehen ist. Der Inhalt der Persönlichkeitsrechte wird durch Lehre und Praxis umschrieben. Die Summe der geschützten Persönlichkeitsgüter macht die geschützte Persönlichkeit aus (CHRISTIAN BRUCKNER, Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000, N 380). Als geschützt gilt unter anderem die Ehre eines Menschen, das heisst, die Achtung, die ein Mensch bei anderen geniesst. Der zivilrechtliche Schutz geht weiter als der strafrechtliche; nebst dem Ruf, ein ehrbarer Mensch zu sein, umfasst er auch die Bereiche des wirtschaftlichen, beruflichen und gesellschaftlichen Ansehens (ANDREAS MEILI, Basler Kommentar, 2. Aufl., N 28 zu Art. 28 ZGB; BRUCKNER, a.a.O., N 624, ANDREAS BUCHER, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 3. Aufl., Basel 1999, N 492 ff.). Der Rechtsschutz richtet sich gegen die unbegründete oder unnötig verletzende schwere Herabminderung vor anderen Menschen, insbesondere auch vor grossem Publikum oder in den Medien (BRUCKNER, a.a.O., N 623). Eine Verletzung kann einen einmaligen Akt, aber auch Wiederholungshandlungen umfassen und ist nach einem objektiven Massstab und nicht nach subjektiver Empfindlichkeit zu beurteilen (MEILI, a.a.O., N 40 und 42 zu Art. 28 ZGB; vgl. auch ZR 82 Nr. 6; ZBJV 1992, S. 176, Erw. 4).

b) Jede Handlung eines Dritten, die ein oder mehrere Persönlichkeitsgüter beeinträchtigt, stellt eine Verletzung der Persönlichkeit dar. Der in seiner Persönlichkeit Verletzte kann jedoch Rechtsschutz nur beanspruchen, wenn die Verletzung auch widerrechtlich ist (BUCHER, a.a.O., N 514 ff.). Ein Verhalten, das ein zur Persönlichkeit gehörendes und geschütztes Gut verletzt, ist grundsätzlich widerrechtlich, es sei denn, es liege einer der im Gesetz genannten Rechtfertigungsgründe vor (MEILI, N 45 zu Art. 28 ZGB; BGE 126 III 306). Gemäss bundesgerichtlicher Praxis handelt derjenige rechtmässig, der ein Interesse nachweisen kann, das dem grundsätzlich schutzwürdigen Interesse des Verletzten mindestens gleichwertig ist. Dabei ist in einer Interessenabwägung zu prüfen, ob sowohl die Ziele, die der Urheber der Persönlichkeitsverletzung verfolgt, als auch die Mittel, die er einsetzt, schutzwürdig sind (BGE 126 III 306; 122 III 457 Erw. 3c; BUCHER, a.a.O., N 534; vgl. auch sic! 2003, S. 792 f.). Nach der Rechtsprechung, die sich insbesondere an der Medienberichterstattung herausgebildet hat, ist die Verbreitung wahrer Tatsachen, soweit diese nicht den Geheim- oder Privatbereich betreffen, in der Regel nicht widerrechtlich, es sei denn, dies geschehe in unnötig verletzender Form oder die Würdigung des mitgeteilten Sachverhalts sei nicht mehr vertretbar und lasse

den Betroffenen insgesamt in einem falschen Licht erscheinen (vgl. BGE 122 III 456 Erw. 3a). Ein blosser Verdacht oder eine Vermutung muss als solche gekennzeichnet sein (BGE 126 III 307). Eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung liegt hingegen in aller Regel dann vor, wenn unwahre Tatsachen behauptet und verbreitet werden; tatsachenwidrige persönlichkeitsverletzende Äusserungen lassen sich kaum je rechtfertigen (vgl. BGE 126 III 209 und 126 III 307). Nicht jede Ungenauigkeit, Verallgemeinerung oder Verkürzung macht jedoch eine Äusserung zu einer insgesamt unwahren und damit nicht zu rechtfertigenden (vgl. BGE 129 III 49 ff.; 129 III 531). Werturteile, Kommentare oder Schlussfolgerungen sind zulässig, sofern sie auf Grund des Sachverhalts, auf den sie sich beziehen, als vertretbar erscheinen und nicht unnötig herabsetzend sind (BGE 126 III 308). Dabei spielt die (öffentliche) Funktion oder der Bekanntheitsgrad einer Person eine Rolle. Personen in öffentlichen Funktionen oder Prominente müssen sich eher Eingriffe in ihre Persönlichkeitsrechte gefallen lassen, soweit ein Zusammenhang mit ihrer öffentlichen Tätigkeit besteht (vgl. THOMAS GEISER, Persönlichkeitsschutz: Pressezensur oder Schutz vor Medienmacht?, in: SJZ 1996, S. 76; MEILI, a.a.O., N 52 zu Art. 28 ZGB; sic! 2000, S. 793 [nicht veröffentlichte Erw. 5 von BGE 126 111 305 ff.]; HANS MICHAEL RIEMER/GABRIELA RIEMER-KAFKA, Entwicklungen im Personenrecht [natürliche Personen], in: SJZ 2001, S. 428).

c) Die Beweislast für die Persönlichkeitsverletzung liegt beim Kläger, die Rechtfertigungsgründe sind demgegenüber von der Beklagten nachzuweisen (MEILI, N 56 zu Art. 28 ZGB; ZR 85, Nr. 40, Erw. 2). Die Frage nach dem Wahrheitsgehalt der Aussagen spielt bei der Prüfung der Rechtfertigungsgründe im Rahmen der Interessenabwägung eine Rolle. Für die Verbreitung nachgewiesenermassen völlig unwahrer Tatsachenbehauptungen wäre kaum eine Rechtfertigung denkbar (vgl. oben Erw. 2b). Andererseits scheidet eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung nicht unbedingt aus, wenn der Kläger den Beweis, dass die behaupteten ehrenrührigen Tatsachen unwahr sind, nicht erbringt. Wenn es um (im Kern) wahre Tatsachen oder um darauf gestützte Schlussfolgerungen oder um Vermutungen geht, ist im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung zu klären, ob oder allenfalls in welchem Ausmass deren Mitteilung an Dritte durch schutzwürdige Interessen gerechtfertigt war (vgl. dazu GEISER, a.a.O., S. 76).

3. Die Klage richtet sich nicht gegen die SPO, in deren Namen die Beklagte und Präsidentin der Organisation auftritt. Da aber gemäss Art. 28 ZGB gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht angerufen werden kann, ist die Beklagte ohne Zweifel passivlegitimiert. Wirken an einer Persönlichkeitsverletzung mehrere Personen mit, so bestimmt der Verletzte, gegen wen er vorgehen will (MEILI, a.a.O., N 37 zu Art. 28). Allerdings können nicht Handlungen der SPO, die durch andere Personen verantwortet und gegen aussen vertreten werden, einfach auch der Beklagten zugerechnet werden.

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

4.a) Der Kläger verlangt in erster Linie die Feststellung einer Persönlichkeitsverletzung. Gemäss Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB ist das Rechtsschutzinteresse für die Feststellung einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung dann zu bejahen, wenn sich die Verletzung weiterhin störend auswirkt. Die Feststellungsklage hat damit in erster Linie eine Beseitigungsfunktion (vgl. BGE 127 III 484). Das Gericht tritt auf die Feststellungsklage gemäss Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB dann ein, wenn der Kläger ein schutzwürdiges Interesse an der Beseitigung eines fortbestehenden Störungszustands dartut, ohne dass es dabei auf die Schwere der Verletzung ankommt (BGE 127 III 485 2f. [Änderung der Rechtsprechung]; 123 III 357 f.). Von einem solchen fortwährenden Störungszustand und damit von einem Interesse an einer gerichtlichen Beurteilung ist im vorliegenden Fall auszugehen. Dafür spricht auch, dass die hier zu beurteilende Thematik immer wieder auch öffentlich zur Sprache gekommen ist und dieser Zustand bis heute anhält (gerichtsnotorisch).

b) Ohne Zweifel beeinträchtigen die im Rechtsbegehren (...) genannten Behauptungen gegenüber Dritten grundsätzlich das Ansehen und die berufliche Ehre des Klägers. Sie beziehen sich zwar nicht direkt auf dessen fachlich chirurgische Leistungen, sondern vielmehr auf den Umgang des Klägers mit den Rechten der Privatpatienten, auf sein Verständnis von deren Recht auf freie Arztwahl sowie auf seine Honorarbezüge, also auf seine ärztliche Berufsausübung im weiteren Sinn. Die Vorwürfe, dass der Kläger Privatpatienten entgegen seiner Information den Betroffenen gegenüber und trotz deren fester Überzeugung, sie würden vom Kläger operiert, nicht persönlich operiert habe, und dass der Kläger Honorare einkassiert habe, obwohl er Patienten nicht persönlich operiert und dass er damit seinen Oberärzten Honorare vorenthalten habe, sind geeignet, dem beruflichen und auch dem gesellschaftlichen Ansehen des Klägers massiv zu schaden. Die Beklagte bestreitet auch nicht, sinngemäss diese Aussagen gemacht zu haben, allerdings jeweils auf der Grundlage des Operationsplans vom 2. Februar 1999. Sie sind enthalten im Schreiben der Beklagten in ihrer Funktion als Präsidentin der SPO vom 4. September 2001 an den VLSS. Ein Schreiben mit gleichem Inhalt sandte sie nach eigenen Angaben und unter Beilage des von ihr anonymisierten «Operationsprogramms» vom 2. Februar 1999 an zwei weitere Präsidenten von Fachverbänden. Auch aus den Anfragen von 10vor10, SF DRS vom 14. Dezember 2001 und R. (Journalist) vom 7. Januar 2002 an den Kläger ergibt sich, dass die Behauptungen auch in der Weiterleitung an Medienleute enthalten waren.

c) Es ist im Folgenden zu prüfen, ob die vom Kläger nachgewiesenen oder von der Beklagten nicht bestrittenen Behauptungen in ihrem Kontext die Persönlichkeit des Klägers widerrechtlich verletzt haben. Vor der eigentlichen Interessenabwägung ist darzulegen, in welchem Zusammenhang, in welcher Form und vor welchem tatsächlichen Hintergrund die Beklagte die eingeklagten Äusserungen gegenüber den genannten Adressaten machte.

d) aa) Als Präsidentin der SPO kam die Beklagte unter nicht geklärten Umständen (anonymer Brief) bereits Ende 1999 in den Besitz des Operationsplans der Chirurgischen Klinik des Kantonsspitals St. Gallen vom 2. Februar 1999. Nach diesem Plan waren zwischen 8.15 Uhr und 16.15 Uhr 15 Eingriffe in vier Operationssälen vorgesehen, wobei der Kläger in 14 Fällen als erster Operateur aufgeführt war. Ein Operationssaal befand sich in einem anderen Gebäude. Im Rahmen des in anderer Sache gegen den Kläger geführten Strafverfahrens war die Beklagte bereits im Oktober 1999 vom Untersuchungsrichter als Zeugin befragt worden, unter anderem zu Gerüchten, wonach der Kläger als Operateur aufgeführt werde, obwohl er selbst überhaupt nicht im Operationssaal gewesen sei. Die Beklagte erklärte damals, es handle sich um Gerüchte, auf die sie nicht weiter eingehen wolle. Mit Schreiben vom 8. Januar 2000 leitete sie dann das Operationsprogramm und den ihr nach eigenen Angaben anonym zugestellten Begleitbrief unter Bezugnahme auf die Befragung vom 7. Oktober 1999 an den Untersuchungsrichter weiter mit der Feststellung, aufgrund dieses Programms dürfte es der Fall sein, dass Rechnungen für Operationen des Klägers ausgestellt würden, die jener nicht selber durchgeführt habe. Sie werde das anonymisierte Operationsprogramm als Nachweis für eine aus ihrer Sicht ethisch nicht vertretbare Arbeitsweise benutzen. Der Präsident der Ärztesgesellschaft des Kantons St. Gallen nahm im Schreiben vom 11. Februar 2000 Bezug auf die erhobenen Vorwürfe und forderte sie auf, solche Probleme nicht mit einem Gang an die Öffentlichkeit, sondern unter den direkt Betroffenen bzw. über die zuständigen Instanzen anzugehen; er biete dazu auch die Instanzen der Ärztesgesellschaft an. Der Kläger nahm auf Wunsch des Gesundheitsdepartements am 14. Februar 2000 in allgemeiner Form Stellung zu seinem Vorgehen bei Privatpatienten bezüglich Operation und Honorarstellung. Im Zusammenhang mit diesen Vorwürfen wurde in der Folge kein Strafverfahren gegen den Kläger eröffnet, was den Parteivertretern mit Schreiben vom 21. August 2002 mitgeteilt wurde.

Im August/September 2001 wandte sich die Beklagte an die jeweiligen Präsidenten von Ärztevereinigungen (...). Im Schreiben hielt sie fest, dass ein anonymer Informant ihr das Operationsprogramm zugestellt und gleichzeitig mitgeteilt hätte, dass in vier Sälen, davon einer in einem andern Haus, gleichzeitig operiert worden sei, dass alle Patienten der festen Überzeugung gewesen seien, sie würden vom Chefarzt operiert, und ein grosser Teil jeder Operation, teilweise auch die ganze Operation, zwangsläufig von den Mitarbeitern des Chefarztes allein oder in kurzer Anwesenheit des Chefarztes durchgeführt werden müssen. Anschliessend sprach sie vom «beiliegenden anonymisierten Operationsprogramm», nachdem es nicht möglich sei, dass alle Privatpatienten vom Chefarzt allein operiert werden könnten. Es sei bekannt, dass die mitoperierenden Ärzte von diesem Chefarzt kein Honorar erhielten. Nach Ansicht der SPO sei es Betrug am Privatpatienten, wenn ein Chefarzt die Patienten informiere, dass er sie persönlich operiere, der Eingriff aber von einem Mitarbeiter durchgeführt werde. Sie bezog sich schliesslich

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

auf die fehlenden Richtlinien zu den Rechten der Privatpatienten in der Schweiz, die für Mehrleistungen und die freie Arztwahl eine höhere Prämie bezahlen, und stellte dem Adressaten eine Reihe von allgemeinen und (gestützt auf das Beispiel des beigelegten Operationsprogramms) konkreten Fragen zu den Rechten der Privatpatienten. Im Einzelnen bat sie um eine Beurteilung des Operationsprogramms und fragte, ob dieses Vorgehen eines Chefarztes ethisch verantwortbar sei. Sie wollte wissen, wie lange ein Operateur bei einer Operation anwesend sein müsse, um ein Privathonorar verfangen zu dürfen; ob der Chefarzt eine Operation dem Oberarzt abgeben dürfe, wenn er den Patienten informiert habe, dass er die Operation selber durchführen werde; welche Rechte einem Privatpatienten bei einer Wahloperation zustünden und ob und allenfalls durch wen in der Schweiz dazu Richtlinien erarbeitet werden sollten.

Nachdem die Antwort[en der verschiedenen Ärztevereinigungen eingegangen waren] (...), unterbreitete die Beklagte Anfang Dezember 2001 die Thematik in nicht mehr anonymisierter Form und unter Beilage des Operationsplans einerseits dem Gesundheitsdepartement, andererseits Medienvertretern von 10vor10 und dem freien Journalisten R. (...). Am 21. Januar 2002 liess die SPO, vertreten durch [zwei] (...) Stiftungsräte (...), die Antwort des VLSS auf die Anfrage der Beklagten Ärzten im Raum St. Gallen und Altstätten, Medien und Leserbriefschreibern zukommen.

**bb)** In tatsächlicher Hinsicht ist für die Beurteilung der beklagischen Äusserungen im Rahmen der Interessenabwägung Folgendes zu berücksichtigen:

Der Operationsplan, welcher der Beklagten zugekommen war, ist ein Original aus der Klinik für Chirurgie. Er enthielt für den 2. Februar 1999 15 Operationen in vier Sälen; bei deren 14 war eine Mitwirkung des Klägers vorgesehen. Die Beklagte liess auf ihrem anonymisierten Exemplar, das sie den Schreiben an die Ärztesgesellschaften beilegt, die fünfzehnte Operation weg, da diese gemäss Plan von einem Oberarzt durchgeführt werden sollte. Tatsächlich wurde am 2. Februar 1999 nach Angaben des Klägers, welche mit den Operationsberichten übereinstimmen, 14-mal operiert, und zwar in vier Sälen. Der Kläger war insgesamt 13-mal dabei. In den Operationsberichten wurde er in zehn Fällen als alleiniger Operateur aufgeführt; daneben sind weitere Ärzte als Assistenten aufgeführt. In einem Fall ist nebst dem Kläger der Chefarzt Gynäkologie als zweiter Operateur genannt und in zwei weiteren Fällen war jeweils einer seiner Oberärzte als Mitoperateur auf dem Operationsbericht eingetragen.

Das Operationshonorar für Privatpatienten geht an den verantwortlichen Operateur. Wenn es sich aber um einen Oberarzt handelt, so fliesst das Honorar in den Oberarzt-pool. Massgebend ist der im Operationsbericht genannte Operateur. Der Kläger erklärt, wenn er den wesentlichen Teil der Operation vorgenommen habe, stehe er als Operateur auf dem Protokoll; wenn der Oberarzt den wesent-

lichen Teil der Operation vorgenommen habe, und er dabei gewesen sei, dann stünden beide als Operateure auf dem Protokoll. Bei elf der dreizehn Patienten, die mit klägerischer Beteiligung operiert wurden, handelte es sich um Privat- oder Halbprivatpatienten. Die beklagische Behauptung, bei den beiden weiteren, grundsätzlich allgemein versicherten Patienten habe es sich um Medico-Patienten mit freier Arztwahl gehandelt, wurde vom Kläger in den massgeblichen Rechtsschriften nicht bestritten. Er räumt selber ein, dass die Patienten der Überzeugung gewesen seien, sie würden von ihm operiert; allerdings nicht von Hautschnitt bis Hautnaht. Das Aufklärungsformular, wonach die Operation - ausserordentliche Umstände ausgenommen - vom Chefarzt oder vom Leitenden Arzt durchgeführt wird, nicht entscheidende Schritte bei der Operation, wie zum Beispiel Eröffnung der Bauchhöhle, hingegen vom Oberarzt vorgenommen werden können, kam erst ab ca. Februar 2000 zur Anwendung. Im Februar 1999 wurde auf dem damals aktuellen Aufklärungsformular noch nicht darauf hingewiesen, dass nicht entscheidende Teile der Operation auch vom Oberarzt vorgenommen werden können. Der Kläger war am 2. Februar 1999 bei jeder der 13 Operationen, in denen er in den Operationsberichten als Operateur aufgeführt ist, zu irgendeinem Zeitpunkt der Operation anwesend. Dies belegen die Operationsberichte. Im Zusammenhang mit dem Operationsprogramm vom 2. Februar 1999 wurde kein Strafverfahren gegen den Kläger oder gegen Oberärzte (wegen Urkundenfälschung oder Betrugs) eröffnet, und es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger als Operateur eingetragen wurde, obwohl er überhaupt nicht mitgewirkt hatte. Weitere Abklärungen dazu - etwa die Einvernahme von Oberärzten oder weiteren Personen aus den Operationsteams - als Zeugen - sind nicht notwendig.

Die zwischen den Parteien umstrittene Frage, ob der Kläger seine Patienten am 2. Februar 1999 «persönlich operiert» hat, kann ohnehin nicht eindeutig entschieden werden. Denn was unter persönlichem Operieren zu verstehen ist, ist eine Wertungsfrage. Auch in Fachkreisen gibt es unterschiedliche Auffassungen dazu, auf welche persönlichen Leistungen ein Privatpatient grundsätzlich Anspruch hat; bindende Regelungen darüber, ob, unter welchen Voraussetzungen und wie weit delegiert werden durfte, bestanden nicht. Heute kann zudem nicht mehr rekonstruiert werden, ob der Kläger am 2. Februar 1999 Minimalvorgaben gegenüber jedem einzelnen Patienten einhielt. (...)

Zusammengefasst ist festzuhalten, dass die Beklagte die vorerst im Brief an Ärztesgesellschaften enthaltenen Äusserungen auf eine im Grundsatz richtige Grundlage, den Original-Operationsplan, abstützte. Mit Tatsachenbehauptungen, Schlussfolgerungen und Fragestellungen wandte sie sich in erster Linie an Fachgremien. Sie nannte zwar keine Namen. Für jemanden, der sich dafür interessierte, war indessen ohne grossen Aufwand erkennbar, dass es sich um den Kläger handelte. Der Beklagten kann unter den gegebenen Umständen nicht vorgeworfen werden, sie habe Behauptungen völlig aus

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

der Luft gegriffen oder von vornherein absichtlich unwahre Tatsachen in die Welt gesetzt. Im Folgenden kann es nicht entscheidend darauf ankommen, ob das fragliche Operationsprogramm je nach individueller Wertung der angefragten Fachperson im Nachhinein als gerade noch knapp oder klar nicht zu bewältigen beurteilt wird. Daher kann in diesem Zusammenhang auf weitere, von beiden Parteien beantragte Beweisabnahmen verzichtet werden. Denn es ist lediglich zu entscheiden, ob bzw. inwieweit bei dieser Ausgangslage das Vorgehen der Beklagten als Repräsentantin der SPO vertretbar und damit gerechtfertigt war oder ob ihre damaligen Aussagen gegenüber Dritten die Persönlichkeit des Klägers widerrechtlich verletzt haben.

cc) Das Interesse des Klägers an der Unversehrtheit seiner Persönlichkeit einerseits und dasjenige der Beklagten als Präsidentin der SPO und damit Vertreterin der Interessen der Privatpatienten andererseits sind einander gegenüberzustellen und abzuwägen.

Gemäss Stiftungsstatut (Art. 2) bezweckt die Stiftung die Wahrnehmung der Interessen der Patienten und Versicherten, sowie die Verbesserung ihrer Stellung im Gesundheitswesen auf dem ganzen Gebiet der Schweiz und Liechtensteins. Zu den Aufgaben der Stiftung gehören insbesondere die Öffentlichkeitsarbeit zugunsten der Patienten- und Versichertenrechte, die Vertretung und Beratung der Patienten und Versicherten, die Pflege der Beziehung und die Zusammenarbeit mit anderen sozialen, medizinischen und weiteren Institutionen, sowie die Mitarbeit in fachspezifischen Verbänden, Vereinigungen und Koordinationsgremien. Die Berufsausübung des Klägers als Chefarzt an einem öffentlichen Spital ist dessen Gemeinschaft zuzuordnen; er muss in einem gewissen Mass eine direkte oder indirekte (z.B. durch die SPO erfolgende) öffentliche Kontrolle seiner Tätigkeit akzeptieren. Dies hat zur Folge, dass bei einem verhältnismässigen Vorgehen eine an sich gegebene Persönlichkeitsverletzung gerechtfertigt sein kann.

aaa) Das Anliegen, welches die SPO und die Beklagte als deren Präsidentin mit ihrem Vorgehen thematisierte, ist berechtigt. Insbesondere ist nicht abwegig, wenn Privatpatienten die Erwartung haben, dass sie tatsächlich von dem von ihnen gewählten Arzt persönlich operiert werden. Die Abläufe in einem Zentrumsspital sind regelmässig nicht die gleichen wie bei einem (kleinen) Landspital. Trotzdem besteht aus Sicht der Privatpatienten ein Interesse daran, dass darauf hingearbeitet wird, den Begriff des «persönlichen Operierens» in der Praxis möglichst einheitlich auszulegen. Privatpatienten vertrauen darauf, in laienhaftem Verständnis des Begriffs von ihrem gewählten Arzt «persönlich operiert» zu werden, und zwar von Anfang bis Ende; sie schenken ihr Vertrauen in erster Linie einer Person und nicht einer Organisation. Jedes andere Vorgehen muss begründet und mit ihnen in verständlicher Weise abgesprochen sein. Diese Erwartungshaltung wird in Fachkreisen durchaus nicht als jenseits jeder realistischen Einschätzung liegend beurteilt. Sie widerspiegelt sich in der als Folge der durch

die Beklagte aufgegriffenen Thematik erlassenen und veröffentlichten Empfehlung der Schweizerischen Gesellschaft für Chirurgie (SGC) an ihre Mitglieder. Daraus geht hervor, dass im öffentlichen Spital für Privat- und Halbprivatpatienten die freie Arztwahl gilt. Im Kodex für die Honorarabrechnung bei Halbprivat- und Privatpatienten ist festgehalten, dass der Eingriff vom Operateur mit dem Patienten besprochen und dass der Eingriff vom Operateur persönlich durchgeführt wird. Wörtlich folgt als Erklärung: «Dies bedeutet, dass der Operateur alle wesentlichen und kritischen Schritte selbst durchführt oder in lehrender Form persönlich anwesend assistiert. Zu diesen gehören alle vor, während und nach dem Eingriff zu treffenden Indikationen und Entscheide mit unmittelbaren Auswirkungen auf das Vorgehen und die von der Erfahrung und der Fähigkeit des Operateurs abhängigen technischen Schritte («ability» und «skills»). Einfachere Teile der Operation (z.B. Zugang, Wundverschluss etc.) können unter bestimmten Umständen an einen Oberarzt (Facharzt Chirurgie) delegiert werden. Der Patient ist vor der Operation über dieses Vorgehen zu informieren. Dieses Vorgehen ist besonders an öffentlichen Spitalern gerechtfertigt, wo fachlich voll ausgebildete Oberärzte zur Verfügung stehen....»

Auch der Experte Prof. S. umschreibt in seiner Stellungnahme zur klägerischen Vernehmlassung zum Gutachten die «Anfangs- und Schlussphase» einer Operation, die nach seiner Auffassung von der persönlichen Leistung des Chefarztes ausgenommen sein kann, für Laien mit «Eröffnung resp. Verschluss der über einem Krankheitsherd liegenden gesunden Körperschichten». Im Schreiben des VLSS vom 22. Oktober 2001 sind das «auf- und zumachen», Hautnaht, im Falle einer Herzchirurgie sogar Stenumspalten oder «an die Maschine gehen», spülen, legen von vorgeschriebenen Drains als indikatorisch und «vom skill aus» unabhängige Teile der Operation aufgeführt, welche an geschulte Ärzte und Assistenten in der Regel delegiert werden können. Der Kläger selber definiert als Vorgabe für das Vorgehen bei Privatpatienten, dass es ihm nicht möglich sei, sie von Hautschnitt bis Hautnaht vollständig selber zu operieren. Nicht entscheidende Schritte der Operation, wie z.B. die Eröffnung der Bauchhöhle oder einfache präparatorische Schritte würden daher vom Oberarzt vorgenommen.

Wenn sich die Beklagte als Präsidentin der SPO aufgrund dieser theoretisch übereinstimmenden und auch vom Kläger grundsätzlich anerkannten Erwartungen und des ihr zugespielten Operationsplans, der auch von Experten als überladen beurteilt wurde, mit den umstrittenen Äusserungen und Fragen an Fachgesellschaften wandte, so war dies ein angemessenes Mittel zu einem berechtigten Zweck. Die Berufung auf Patientenrechte kann unter diesen Umständen jedenfalls nicht einfach als Schutzbehauptung abgetan werden. Zu berücksichtigen ist auch, dass die Beklagte im damaligen Zeitpunkt auch Kenntnis von der Operation H. mit Todesfolge vom 20. August 1998 hatte.

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

Damals war der Kläger im Operationsbericht ebenfalls als alleiniger Operateur aufgeführt war. Die Operation wurde aber grösstenteils vom als Assistenten aufgeführten Oberarzt durchgeführt. Im von der Beklagten ebenfalls herangezogenen Fall G. vom 15. März 2000 war gemäss Operationsbericht der Kläger einziger Operateur; im Anästhesieprotokoll und im Blatt Nr. 1, KG-Kurve Spitaldepartement II, ist jedoch jeweils einzig ein Oberarzt als Operateur aufgeführt. Damit ist ihr Vorgehen gerechtfertigt; sie hatte einen guten Grund, sich mit den sinngemäss im Brief enthaltenen Behauptungen und Fragen an Fachleute zu wenden. Der Operationsplan aus der Klinik des Klägers vom 2. Februar 1999 war ein geeigneter Aufhänger, um einheitliche Richtlinien oder zumindest Empfehlungen auf gesamtschweizerischer Ebene zu erwirken. Gleichzeitig konnte dadurch auch eine Beurteilung des für Laien zwar sehr stark beladenen, aber letztlich nicht zu beurteilenden Operationsplans («Operationsprogramm» der Beklagten) durch Fachleute erfolgen, die sehr wohl in der Lage waren, ihn zu relativieren und zu interpretieren. Diese Beurteilung reichte als Grundlage aus, um die Sache dem Gesundheitsdepartement zu unterbreiten und eine Untersuchung durch die Aufsichtsbehörde anzustreben. Daran ändert nichts, dass die Angelegenheit in strafrechtlicher Hinsicht vom Untersuchungsrichter durch Nichteintreten abgeschlossen wurde. Denn es besteht ein Interesse, dass an einem öffentlichen Spital die Rechte der Privatpatienten gewahrt bleiben. Die Gründe, welche die Beklagte für dieses Vorgehen hatte, überwiegen das Interesse des Klägers, dass seine Arbeitsweise als Chefarzt an einem öffentlichen Spital gegenüber Kollegen oder der Aufsichtsbehörde nicht kritisch in Frage gestellt wird. Dass die Beklagte als Präsidentin die Sache zudem innerhalb der SPO thematisierte, ist ebenfalls gerechtfertigt durch die Zweckumschreibung der Stiftung. Mit den eingeleiteten Schritten konnte die SPO auch ihre Wächterfunktion wahrnehmen, allfällige Missstände im Interesse der Patienten aufzudecken und zu korrigieren. Die Anliegen waren deponiert. Insoweit hat die Beklagte die Persönlichkeit des Klägers nicht widerrechtlich verletzt.

**bbb)** Anders ist zu entscheiden, wenn in diesem Stadium die am Beispiel des Operationstages des Klägers aufgehängte Thematik auch über die Medien verbreitet wurde. Das Durchschnittspublikum ist nicht das gleiche, ob es sich um Fachleute oder um Konsumenten von Massenmedien handelt. Die Beklagte tut nicht dar, weshalb es Anfang Dezember 2001, als das ihr auferlegte Verbot der Verbreitung der fraglichen Behauptungen kurze Zeit ausser Kraft war, unabdingbar war, mit den sinngemäss gleichen Äusserungen mit Namensnennung auch an die Öffentlichkeit zu gelangen. Sie hatte mit ihrem Schritt zu den Fachgremien jedenfalls auch längere Zeit zugewartet, so dass es verhältnismässig und zumutbar gewesen wäre, zunächst abzuwarten, ob die aufgrund des klägerischen Operationstages vom 2. Februar 1999 gegebenen Impulse zum Erlass von Richtlinien für Privatpatienten von zuständiger Stelle aufgenom-

men würden oder nicht und ob die Aufsichtsbehörde im Fall des Klägers den offenen Fragen nachgehen würde, bevor die Sache eine völlig neue, personalisierte Dimension in aller Öffentlichkeit annehmen musste. Denn die Behandlung einer derartigen Frage in der Presse ist einer differenzierten Beurteilung schlecht zugänglich. Es besteht die Gefahr, dass es mehr um die Person als um die Sache geht und dass die Person insgesamt in der Öffentlichkeit in einem falschen Licht erscheint. Vor allem der aus dem Operationsprogramm abgeleitete Verdacht, dass der Kläger auch ganze Operationen an die Oberärzte abgegeben und trotzdem das Honorar bezogen haben könnte, war dazu geeignet. Das zwar von einem Fachgremium, jedoch in Unkenntnis der genauen Umstände als überladen («Missbrauch») bezeichnete Programm eines einzelnen Operationstages sowie weitere Hinweise aus den Fällen H. und G. (vgl. oben) waren eine ungenügende Grundlage, um nebst den Fachgremien und der Aufsichtsbehörde gleichzeitig auch die Presse zu bedienen und damit in ganz anderem Ausmass Druck auszuüben. Es bestand Abklärungsbedarf im konkreten Fall, insbesondere, ob es sich beim gedrängten Operationstag um einen Ausnahmefall handelte - dafür gab es durchaus Hinweise, denn der Kläger war in der fraglichen Woche in den Skiferien in Laax und war für den 2. Februar 1999 eigens nach St. Gallen gekommen - oder ob knappe Anwesenheitszeiten des Klägers am Operationstisch gängige Praxis darstellten. Auch wenn Klärungsbedarf hinsichtlich der Rechte der Privatpatienten bestand, war es gleichwohl unverhältnismässig, in diesem Stadium gegenüber Vertretern der Presse die gleichen Äusserungen zu machen mit dem Ziel, die Sache in der Öffentlichkeit zu diskutieren. Es handelte sich nicht um das richtige Mittel zur Zweckerreichung. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Beklagte von Anfang an eine doppelte Strategie verfolgte: einerseits die Orientierung von Fachgremien, andererseits der Gang an die Medien. Die Äusserungen der Beklagten gegenüber 10vor10 und dem Journalisten R. waren daher nicht gerechtfertigt. Weitere Schritte an die Öffentlichkeit, wie der Brief der SPO vom 21. Januar 2002 an Ärzte und Medien, sind hier nicht zu beurteilen, denn einerseits ist die Beklagte, und nicht die Stiftung eingeklagt. Es geht nicht an, dass Handlungen der SPO, die vom Kläger nicht eingeklagt wurde, nun auch der Beklagten zugerechnet werden. Im Übrigen geht es im vorliegenden Prozess lediglich um die vier im Rechtsbegehren enthaltenen Äusserungen.

**d)** Damit ist in teilweiser Gutheissung des Feststellungsbegehrens zusammenfassend festzuhalten, dass die Beklagte die Persönlichkeit des Klägers zwar nicht widerrechtlich verletzt hat, indem sie den genannten Brief mit den sinngemäss darin enthaltenen beanstandeten Äusserungen und das von ihr anonymisierte Operationsprogramm dem VLSS und zwei weiteren Berufsverbänden zugestellt hat. Auf einer Basis von im Kern wahren Tatsachen (Zahl und Art der an einem Tag durchgeführten Operationen) wandte sie sich als Präsidentin der SPO mit ihren daraus gezogenen Schlüssen und Fragen an Fachgremien, und zwar mit dem berechtigten Anliegen,

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

Richtlinien für die Rechte von Privatpatienten zu erwirken. Dies gilt selbst dann, wenn von den Strafverfolgungsbehörden in dieser Sache nichts unternommen wurde; denn nicht alles, was sich als nicht strafbar herausstellt, ist zum vornherein auch ethisch vertretbar und nicht zu beanstanden. Auch die Weiterleitung an die Aufsichtsbehörde, das Gesundheitsdepartement des Kantons St. Gallen, war durch das berechnete Anliegen gerechtfertigt. Hingegen verletzten die gleichen Äusserungen gegenüber den Medien in dem Zeitpunkt, als die Aufsichtsbehörde von der Beklagten erst eingeschaltet wurde, die Persönlichkeit des Klägers widerrechtlich. Es gab keinen Grund, am Beispiel des Operationsprogramms vom 2. Februar 1999 des namentlich genannten Klägers über die Medien öffentlichen Druck auf die mit der Sache befassten Gremien auszuüben. Dieser Schrift liess sich aus damaliger Sicht nicht rechtfertigen, auch nicht für die Vertreterin einer Organisation, die unter anderem Öffentlichkeitsarbeit zugunsten der Patienten- und Versichertenrechte in ihrer Zweckumschreibung aufführt. Denn die Rechtfertigung für die Beklagte liegt einzig in den Patienteninteressen, die sie an zuständiger Stelle (beim Gesundheitsdepartement für den Kanton St. Gallen und allgemein bei den Berufsverbänden) deponiert hatte. Die gegen den Kläger gerichtete Prangerwirkung stellte in jenem Zeitpunkt kein geeignetes Mittel zum gerechtfertigten Zweck dar.

5. In zweiter Linie macht der Kläger einen Unterlassungsanspruch gestützt auf Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB geltend. Es soll der Beklagten unter Strafanandrohung verboten werden, die im Feststellungsbegehren aufgeführten Behauptungen zu wiederholen und zu verbreiten. Voraussetzung ist, dass eine künftige Persönlichkeitsverletzung ernstlich befürchtet werden muss (BRÜCKNER, a.a.O., N 688, MEILL, a.a.O., N 2 zu Art. 28a ZGB, HANS MICHAEL RIEMER, Personenrecht des ZGB, 2. Aufl., Bern 2002, N 389; BGE 95 II 500 Erw. 11). Einerseits laufen noch heute zahlreiche, heftig geführte Auseinandersetzungen zwischen den Parteien. Es ist nicht ausgeschlossen, dass die aus dem Operationsprogramm vom 2. Februar 1999 abgeleiteten und hier als persönlichkeitsverletzend festgestellten Äusserungen bei Gelegenheit in der Öffentlichkeit wiederholt werden. Zudem wäre nicht mehr gerechtfertigt, die Angelegenheit vor den Fachgremien oder dem Gesundheitsdepartement erneut aufzurollen. Die eingeleiteten Untersuchungen sind abgeschlossen und die Fachgremien haben die Thematik der Rechte der Privatpatienten erkannt und aufgenommen. Der nach wie vor berechnete Zweck, einheitliche Richtlinien und auch eine möglichst einheitliche Auslegung des Begriffs «persönlich operieren» durchzusetzen und damit die Praxis in den Spitälern mit den berechtigten Erwartungen der Privatpatienten beim Recht auf freie Arztwahl in Übereinstimmung zu bringen sowie eine offene Informationspraxis gegenüber den Privatpatienten durchzusetzen, kann mit anderen Mitteln weiter verfolgt werden.

Im Ergebnis ist daher das klägerische Begehren um Verbot der Verbreitung der folgenden Behauptungen zu schützen. Der Beklagten ist zu verbieten, gestützt auf das Operationsprogramm

vom 2. Februar 1999 zu behaupten, der Kläger habe Privatpatienten nicht persönlich operiert, obwohl diese der Auffassung gewesen seien, er operiere sie persönlich; er habe Honorare ein-kassiert, obwohl er die Patienten nicht persönlich operiert habe und er habe den Oberärzten ihnen zustehende Honorare vorenthalten oder nehme ihnen zustehende Honorare ein. (...) ■

### ANMERKUNGEN:

Das Urteil beantwortete zwei Fragen.

1. Zum einen ging es darum, ob die Präsidentin der Schweizer Patientenorganisation (SPO) einen laut Gutachten «überladenen» Tagesoperationsplan des St. Galler Chirurgiechefs (14 Patienten) zu Recht an Behörden und ärztliche Fachorganisationen weitergereicht hatte. Der Chefarzt hatte aufgrund von Art. 28a ZGB geklagt, der Präsidentin seien drei Aussagen zu verbieten – unter anderem die, er habe verabredungswidrig Patienten nicht von A bis Z persönlich operiert. Das oberste St. Galler Gericht hielt die Aussagen für vertretbar und billigte der Patientenvertreterin ein Wächteramt zu. Es wies die Klage des Chefarztes in diesem Punkt ab.

2. Zum andern weigerte sich das Kantonsgericht, dieselbe Argumentation auch auf die Medienkontakte der Präsidentin anzuwenden. Es hielt die Weitergabe an die Medien für «nicht unabdingbar». Medien seien «einer differenzierten Beurteilung schlecht zugänglich». Es drohe die Gefahr, dass der St. Galler Chefchirurg wegen der Berichterstattung «in falschem Licht erscheine» (die Standardformel des Bundesgerichts für Persönlichkeitsverletzungen). Der Einbezug von Medienschaffenden könne nicht als geeignetes Mittel zum gerechtfertigten Zweck erscheinen. In diesem Punkt erkannte das Gericht auf Verletzung der Persönlichkeit des Chefarztes.

**Ad 1.** Eine Persönlichkeitsverletzung ist grundsätzlich widerrechtlich – es sei denn, es liege einer der drei gesetzlichen Rechtfertigungsgründe vor (Art. 28 ZGB, Abs. 1 und 2). Rechtmässig im Sinn der Rechtfertigungsgründe handelt derjenige, der ein Interesse nachweist, das demjenigen des Verletzten mindestens gleichwertig ist. Zudem prüft der Richter, ob die Ziele des Verletzers wie auch die von ihm eingesetzten Mittel schutzwürdig sind (BGE 126 III 106). In einem neuen unpublizierten Urteils-Alinea hat das Bundesgericht seine Formel, die auf eine doppelte Abwägung hinausläuft, wiederum bestätigt (BGE 131 III 26; die unpublizierte E. 4.1. ist nachzulesen in 5C.167/2003). Zuerst werden «grob» die einander gegenüberstehenden Interessen abgewogen; dasjenige des Verletzers muss gleichgross oder grösser sein. Hernach prüft das Gericht die Schutzwürdigkeit von Ziel und Mitteln des Verletzers.

Im vorliegenden Fall hat das St. Galler Kantonsgericht einen medienrechtlichen Aspekt aufgegriffen, der ebenfalls in BGE 131 III 26 eine Rolle spielte: Wenn die vom Verletzer vorgetragene Tatsachen wahr sind, deckt das Informationsmandat der Presse die Veröffentlichung, es sei denn, die Tatsachen gehörten in die Privat- oder gar Geheimsphäre des Verletzten, oder die Veröffentlichung geschehe in unnötig herabsetzender Form. Das Gericht wandte diese Voraussetzung des medialen Informationsmandats auch auf die Patientenorganisation und deren Präsidentin an, indem es zu Recht dieser NGO eine quasi-öffentliche Funktion zuwies. Die Patientenstelle solle sich laut Stiftungsreglement um die Patienten und betreibe zu diesem Zweck vor allem auch Öffentlichkeitsarbeit. Um die Privatsphäre des Chefarztes ging es nicht: Als Chefbeamter des Kantons St. Gallen musste er zur Kenntnis nehmen, dass – zunächst im Berufsfeld – ein Interesse daran besteht, die zuständigen Stellen «über (im Kern) wahre» Vorwürfe an seine Handlungsweise zu informieren.

Den Wahrheitsgehalt entnahm das Kantonsgericht den beiden kritischen Expertengutachten einer später einsetzenden Administrativuntersuchung, auch wenn die Experten in der Schlusswertung nicht übereinstimmten (der eine Experte beurteilte den Operationstag des St. Galler Chefarztes in seinem Ablauf als «knapp möglich», der andere als «unmöglich»). Und den Appell an Fachinstitutionen nannte das Kantonsgericht «ein angemessenes Mittel zu einem berechtigten Zweck». Ziel der Patientenschützerin war es, die längst informierten Berufsorganisationen und Aufsichtsbehörden

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

den mit detaillierten Unterlagen zu aktivieren, sie für die uneingelösten Erwartungen der Privatpatienten und auch der ungenannten Mitoperanten eines bekannten Chefarztes zu sensibilisieren. Als Mittel diente die kommentierte Weitergabe des Operationsplans.

**Ad 2:** Umso erstaunlicher ist es, dass das Kantonsgericht die von ihm entwickelte Analogie des Informationsmandats der Presse zu jenem der Patientenorganisation im zweiten Teil des Urteils nicht zurückverfolgte. Wenn die Patientenorganisation schon im Zeichen ihrer Öffentlichkeitsarbeit legitimerweise die sehr beschränkte Verbands- und Behördenöffentlichkeit herstellte – weshalb soll es ihr verwehrt sein, diese Öffentlichkeitsarbeit auch auf die Medien auszudehnen? Medien sind Dauerkunden der Öffentlichkeitsarbeit einer NGO. Das Gericht erwähnt zustimmend die «Wächterfunktion» der Patientenorganisation. Hier hat die SPO eben ein weiteres «Wächtersystem» eingeschaltet, nämlich das Mediensystem (J. P. MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999, S. 296 f).

Öffentlichkeitsarbeit einer NGO kann sich nicht auf die engen Kanäle zu Behörden und Berufsorganisationen beschränken lassen. Nur Beamte – nicht aber eine NGO – sind verpflichtet, als «whistle blowers» vor dem Gang an die breitere Öffentlichkeit vorab die Behörden einzuschalten. Zu den bewährten Aktivierungsmitteln von NGO's gehört der Appell an die Medien. Es ist nicht erstellt, dass die Patientenschützerin den regionalen Zeitungsjournalisten und die TV-Redaktion «10 vor 10» mit falschen Tatsachenbehauptungen geködert hätte. Von einer gewissen Schnittstelle an liegt es dann überhaupt in der Verant-

wortung der Medien, ihre Sorgfaltspflicht gegenüber Dritten wahrzunehmen, die von ihrer Berichterstattung betroffen sind. In beiden Medien hatte der St. Galler Chefarzt hinreichend Gelegenheit, seinen eigenen Standpunkt darzulegen. Er ging denn auch gerichtlich nicht gegen sie vor. Erst nach den Medienberichten kam übrigens eine amtliche Administrativuntersuchung in Gang, und eine der Ärzteorganisationen präziserte ihre Richtlinien.

Die Informationsfreiheit nach Art. 16 Abs. 3 BV setzt voraus, dass Medien «Nachrichten frei empfangen» können, was nicht mehr sichergestellt ist, wenn NGO's mit der Übermittlung wahrer kritischer Nachrichten ein Urteil wegen Persönlichkeitsverletzung riskieren, weil ein Gericht den Gang an die Medien als falsches Mittel zum berechtigten Zweck ablehnt («chilling effect», vgl. SCHEFER, Ergänzungsband 2005 zur 3. A. von J. P. MÜLLER, Grundrechte, a. a. O.). Seit 1911 billigt das Bundesgericht der Presse unter anderem zu, «allfällige Missbräuche im Gemeinwesen» zu dem auch öffentlichrechtliche Spitäler gehören, «aufzudecken» (BGE 37 I 381). Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte spricht von den Medien als «public watchdogs» (seit EGMR Lingens c. Österreich, EuGRZ1986, S. 428; J. P. MÜLLER, Grundrechte, a. a. O. S. 249 f). Diese politisch und gesellschaftlich unerlässliche Funktion ist ein Geltungsgrund der Medienfreiheit in Art. 17 Abs. 1 BV. Als «Wachhunde» können Medien aber nur Laut geben, wenn ihnen die notwendigen wahren Informationen zufließen.

DR. IUR. PETER STUDER, RÜSCHLIKON

### EN DIRECT DE STRASBOURG AUS STRASSBURG

#### Kein Redaktionsgeheimnis für verdeckte Recherche

Für einen Fernsehdokumentarfilm über dänische Pädophile schlich sich ein Journalist unter dem Pseudonym «Jacob Andersen» in eine Pädophilenvereinigung ein. Mit versteckter Kamera filmte der Journalist unter anderem belastende Aussagen eines Pädophilen namens «Mogens» und eines indischen Knaben, der mit «Mogens» angeblich sexuelle Kontakte gehabt hatte. Im Einklang mit den medienethischen Grundsätzen für den Einsatz versteckter Kameras kontaktierte die TV-Produktionsfirma vor der Ausstrahlung des TV-Beitrags im Oktober 2000 die Pädophilenvereinigung und die heimlich gefilmten Mitglieder. Sie garantierte ihnen Anonymität (Verfremdung der Gesichter und Stimmen). Die Vereinigung versuchte danach vergeblich, die Ausstrahlung durch eine gerichtliche Verfügung zu verhindern. Die Polizeibeamten von Kopenhagen konnten den ihnen bereits vorher bekannten «Mogens» im Fernsehbeitrag identifizieren und am Tag nach der Ausstrahlung festnehmen. Die Staatsanwaltschaft verlangte in der Folge, dass der Medienschaffende auch sein nicht ausgestrahltes Filmmaterial herausgebe. Dieses Ansinnen wurde von den unterinstanzlichen Gerichten abgelehnt, vom obersten dänischen Gericht aber teilweise gutgeheissen. Der Journalist dürfe zwar die Herausgabe von Aufnahmen mit drei Gesprächsteilnehmern verweigern, die er unter Zusicherung der Anonymität gefilmt hatte. Kein Quellenschutz bestehe

hingegen für die versteckten Aufnahmen von «Mogens» und des indischen Jungen.

In seinem Zulässigkeitsentscheid hält der Gerichtshof zwar einmal mehr fest, der Schutz der journalistischen Informationsquellen sei ein Eckpfeiler der Pressefreiheit und dessen Durchbrechung bedürfe sorgfältigster Überprüfung (so zuerst im EGMR-Urteil Goodwin c. Grossbritannien vom 27.3.1996; medialex 1996, S. 99). Der vorliegende Fall liege jedoch anders als das bisherige Fallrecht des Gerichtshofs. Da die heimlich gefilmten Gesprächsteilnehmer nicht aus freien Stücken an der Ausstrahlung mitwirkten und ihr auch nicht zustimmten, handle es sich nicht um traditionelle Quellen journalistischer Information, wie sie etwa die Empfehlung N° R(2000) 7 des Ministerkomitees des Europarats vom 8. März 2000 definiere. Es gehe hier lediglich um die Herausgabe von Material, welches der Medienschaffende selber recherchiert habe.

Die dänische Justiz durfte das Interesse der Justizbehörden an dessen Herausgabe schwerer gewichten als das journalistische Interesse an Geheimhaltung des selbst recherchierten Materials. Der Gerichtshof erinnert in diesem Zusammenhang daran, dass den Staat eine Pflicht zum wirksamen Schutz von Kindern und anderen verletzlichen Personen vor privater Misshandlung trifft. Die nicht ausgestrahlten Aufnahmen konnten nach Auffassung der dänischen Justiz im Verfahren gegen «Mogens» als Beweismittel dienen. Die Anordnung des dänischen Supreme Court sei auch in ihrem Umfang verhältnismässig. Zu beachten sei zudem, dass die dänische Justiz keine drastischere Massnahmen als die Herausgabepflicht wählte und beispielsweise auf eine Durchsuchung der Wohnung und des Büros des Journalisten verzichtete. Die Beschwerde wegen Missachtung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) wurde einstimmig als offensichtlich unbegründet eingestuft (Zulässigkeitsentscheid der 1. Kammer N° 40485/02 «Nordisk Film & TV A/S c. Dänemark» vom 8.12. 2005). ■

# L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

## ANMERKUNGEN:

Formal handelt es sich bei diesem dänischen Fall zwar lediglich um einen (Un)Zulässigkeitsentscheid. In der Sache hat der Strassburger Richterspruch aber durchaus grundsätzliche Aspekte. Darauf deutet auch die recht umfangreiche Begründung des Entscheids hin, welche ausführliche Hinweise auf die Europaratsempfehlung von 2000 enthält.

Auffallend ist allerdings, dass die Begründung ein Strassburger Präjudiz aus dem Jahre 1996 nicht erwähnt. Im Zulässigkeitsentscheid «BBC c. Grossbritannien» vom 18. Januar 1996 (DR 84-A, 129) akzeptierte die damalige Menschenrechtskommission eine Verpflichtung zur Herausgabe von Filmmaterial, welches die BBC an einer gewalttätigen Demonstration aufgenommen hatte. Sie argumentierte, bei Filmaufnahmen von öffentlichen Vorfällen gehe es nicht um den Schutz vertraulicher Informanten.

Dennoch ist die Ausstrahlung von Aufnahmen öffentlicher Kundgebungen wichtig für die sachgerechte Information des Fernsehpublikums und aus grundrechtlicher Sicht ebenfalls schutzwürdig (vgl. dazu JÖRG PAUL MÜLLER/FRANZ ZELLER, Bildmaterial als Gegenstand journalistischer Zeugnisverweigerung, *medialex* 1995, S. 19ff.). Zwar lässt sich einwenden, im Falle heimlich erstellter Aufnahmen sei das Schutzbedürfnis geringer als bei Demonstrationen: Filmende Medienschaffende laufen bei Kundgebungen wohl eher Gefahr, künftig selber zu Zielscheiben (gewaltbereiter) Demonstrierender zu werden, welche die Kameraleute als faktische Hilfspolizisten betrachten. Trotzdem ist die vom Gerichtshof akzeptierte Ausklammerung verdeckter Recherchen vom Redaktionsgeheimnis ebenfalls nicht unbedenklich:

1. Früher oder später werden auch heimlich Gefilmte von der Aufnahme erfahren – sei es durch eine vorherige Orientierung wie im dänischen Fall, sei es im Zeitpunkt der Ausstrahlung. Ihre Reaktion dürfte tendenziell heftiger ausfallen, wenn sie die Medienschaffenden als verlängerte Arme der Polizei oder der Staatsanwaltschaft wahrnehmen. Dies macht es für Journalisten riskanter, in einem heiklen Umfeld (versteckt) zu recherchieren.

2. Bei der Verpflichtung zur Herausgabe von gewissem Recherchematerial (nicht gesendete Filmaufnahmen; schriftliche Notizen) stellt sich das heikle Problem der Triage: Wie lässt sich verhindern, dass die Strafverfolgungsbehörden auch Informationen über andere Personen erhalten, die als eigentliche Informanten fraglos Quellenschutz genießen? Dies dürfte in der Praxis oft schwieriger sein als in der Theorie.

3. Aufnahmen mit versteckter Kamera sind persönlichkeitsrechtlich bedenklich. Die anonymisierte Ausstrahlung lindert den heimlichen Eingriff in die persönliche Sphäre wenigstens. Greift der Staat auf das versteckt gefilmte Material, so unterläuft er die vom Medienschaffenden geplante und auch medienethisch gebotene Verschleierung der Identität.

4. Aus journalistischer Warte lässt sich etwas zugespitzt festhalten: Benötigen die Strafverfolgungsbehörden Beweismaterial gegen Demonstrierende, so sollen sie selbst filmen. Und wollen sie mögliche Straftaten von Pädophilen aufdecken, so sollen sie sich selber als verdeckte Ermittler betätigen – und dabei die ihnen gezogenen rechtlichen Grenzen beachten. Der staatliche Griff auf journalistisches Filmmaterial vermischt hingegen die je eigenen Rollen von Medien und Polizei.

Im Endeffekt erschwert die vom Gerichtshof akzeptierte Beschränkung des Redaktionsgeheimnisses wohl den Medienschaffenden, gravierende gesellschaftliche Missstände durch hartnäckige Recherchen aufzudecken. Für den vom Gerichtshof betonten Schutz verletzlicher Personen (wie sexuell missbrauchter Kinder) ist dies auf längere Sicht eher kontraproduktiv.

Das schweizerische Recht trägt dieser Problematik besser Rechnung als der vom EGMR festgelegte menschenrechtliche Minimalstandard: Art. 27bis des Strafgesetzbuchs geht über die Mindestanforderungen der EMRK hinaus und schützt neben den Quellen auch den Inhalt der Informationen. Damit fällt auch selbst recherchiertes Material unter das Redaktionsgeheimnis (vgl. etwa STÉPHA-

NE WERLY, La protection du secret rédactionnel, Genf/Zürich/Basel 2005, S. 220f.). Es genießt in der Schweiz den gleichen Schutz vor dem Zugriff der Strafverfolgungsbehörden wie die aus freien Stücken anvertrauten Informationen.

DR. FRANZ ZELLER, BERN

## Unverhältnismässige Strafe wegen Contempt of court

In einem zypriotischen Mordprozess reagierte der erfahrene Strafverteidiger Kyprianou impulsiv, als das Strafgericht sein Kreuzverhör unterbrach. Er bat um Entbindung von seinem Mandat und kritisierte das Verhalten der Berufsrichter. Sie hätten während seines Verhörs miteinander geschwätzt und schriftliche Notizzettel ausgetauscht. Die urteilenden Richter betrachteten das Verhalten als Missachtung des Gerichts (Contempt of Court) und verurteilten den Anwalt, der auch nach einer kurzen Pause eine Entschuldigung verweigert hatte, zu einer unbedingten Gefängnisstrafe von fünf Tagen.

Die Grosse Kammer des Gerichtshofs bejahte einstimmig eine Missachtung der Meinungsfreiheit des Anwalts (Art. 10 EMRK). Er habe seine Kritik zwar wenig respektvoll vorgetragen. «Néanmoins, bien que discourtois, les commentaires de l'intéressé portaient uniquement sur la manière dont les juges conduisaient l'instance, concernant en particulier le contre-interrogatoire d'un témoin que M. Kyprianou était en train de mener dans le cadre de la défense de son client contre une accusation de meurtre» (Ziff. 179 der Urteilsbegründung). Eine Gefängnisstrafe von fünf Tagen sei eine drastische Sanktion, zumal sie sofort vollstreckt wurde. Diese unverhältnismässig schwere Strafe war dazu geeignet, die Anwaltschaft ganz allgemein von der pflichtgemässen Erfüllung ihrer Verteidigeraufgabe abzuschrecken («effet dissuasif» – «chilling effect»).

Das Vorgehen der Richter verletzte auch das Recht auf ein unvoreingenommenes Gericht (Art. 6 EMRK), und zwar gleich unter zwei Aspekten: In objektiver (funktionaler) Hinsicht, weil die Richter die gegen sie gerichteten Äusserungen bestrafen, womit sie in eigener Sache urteilten. «La présente espèce concerne un cas de contempt commis devant les juges et dirigé contre eux personnellement. Directement visés par les critiques du requérant, qui portaient sur la manière dont ils conduisaient l'instance, ceux-ci ont alors eux-mêmes pris la décision d'engager des poursuites, examiné les questions soulevées par la conduite du requérant, jugé l'intéressé coupable et infligé la sanction, en l'occurrence une peine d'emprisonnement. En pareil cas, la confusion des rôles entre plaignant, témoin, procureur et juge peut à l'évidence susciter des craintes objectivement justifiées quant à la conformité de la procédure au principe établi en vertu duquel nul ne peut être juge en sa propre cause et, en conséquence,

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

quant à l'impartialité du tribunal (Demicoli c. Malte, arrêt du 27 août 1991, série A no 210, p. 18-19, §§ 41-42).»

Die Mehrheit des EGMR (15:2) bejahte zudem eine persönliche (individuelle) Befangenheit der Richter, die sich in ihrer Wortwahl, der frühen Bewertung des Vorfalls als strafbare Missachtung des Gerichts und der unmittelbaren Vollstreckung des Urteils manifestierte (Urteil der Grossen Kammer N° 73797/01 «Kyprianou c. Zypern» vom 15.12.2005). ■

.....

### **Strafbare Publikation aus Untersuchungsakten**

Das französische Recht verbietet die vorprozessuale Publikation von Verfahrensakten aus der gerichtlichen Voruntersuchung. Artikel 38 Absatz 1 des Gesetzes von 1881 über die Freiheit der Presse bestimmt: «Il est interdit de publier les actes d'accusation et tous autres actes de procédure criminelle ou correctionnelle avant qu'ils aient été lus en audience publique». Nachdem dieses Verbot während Jahrzehnten toter Buchstabe war, leitete die dafür zuständige Staatsanwaltschaft in den 1990er Jahre vermehrt Verfahren ein. 1997 reagierte sie auf die Publikation des während einer laufenden Strafuntersuchung veröffentlichten Artikels «Amour d'ados planté d'un coup de couteau» in der Tageszeitung «La Libération». Der Fall betraf die Tötung einer jungen Frau, bei der sich ein 19jähriger Mann und seine 17jährige Freundin gegenseitig beschuldigten. Der Zeitungsbericht enthielt neben Interviewaussagen des tatverdächtigen Mannes und Stellungnahmen der beiden Anwälte auch Auszüge aus dem rechtsmedizinischen Gutachten und aus den Aussagen, welche die Freundin bei der Polizei und beim Untersuchungsrichter gemacht hatte. Die Journalistin und der Herausgeber (directeur de publication) wurden zu bedingt ausgesprochenen Bussen von je 10'000 Francs verurteilt.

Mit 4 gegen 3 Stimmen betrachtet der Gerichtshof die Bestrafung als rechtmässige Beschränkung der Meinungsfreiheit. Die Gerichtsmehrheit bezeichnet den Eingriff – trotz der vorher wenig konsequenten Bestrafung solcher Publikationen – für professionelle Medienschaffende als ausreichend vorhersehbar. «Elle estime dès lors, quelles que soient les pratiques journalistiques plus ou moins établies, que les requérants, professionnels de la presse, devaient être au fait de la loi et de la jurisprudence applicables en la matière et pouvaient bénéficier de conseils d'avocats spécialisés. Le caractère non systématique des poursuites engagées sur la base de l'alinéa 1 de l'article 38 de la loi de 1881 ne saurait suffire à permettre aux requérants d'exclure tout risque à cet égard, alors qu'ils connaissaient la loi ou en tout cas son principe, comme en attestent d'ailleurs les notes qu'ils avai-

ent pris la précaution de publier en bas de l'article litigieux. Ils étaient donc en position d'évaluer le risque auquel ils s'exposaient au moment de la publication de l'article (...)» (Ziff. 61 der Urteilsbegründung).

Die Vorschrift schütze den guten Ruf und die Unschuldsvermutung der Verfahrensbeteiligten sowie das Ansehen («autorité») und die Unabhängigkeit der Justiz. Der Artikel behandle kein Thema von allgemeinem Interesse, über welches das Publikum informiert werden musste (Ziff. 74). Der Artikel stütze die Version des Mannes und erwecke den Eindruck, die inhaftierte Minderjährige sei schuldig (Ziff. 71). Die französische Strafvorschrift beschränke sich darauf, vor der öffentlichen Gerichtsverhandlung die wörtliche Wiedergabe der Untersuchungsakten zu verbieten. Sie erlaube durch die Analyse und Kommentierung dieser Akten (Ziff. 73). Dieser sachlich und zeitlich beschränkte Eingriff sei verhältnismässig. «Dans ces conditions, la Cour conclut que les motifs avancés par les juridictions françaises pour justifier l'ingérence dans le droit des requérants à la liberté d'expression découlant de leur condamnation étaient «pertinents et suffisants» aux fins de l'article 10 § 2 de la Convention. Surtout, elle considère que l'intérêt des requérants à communiquer et celui du public à recevoir des informations au sujet du déroulement d'une procédure pénale et sur la culpabilité des personnes mises en examen, alors que l'instruction judiciaire n'était pas terminée, n'était pas de nature à l'emporter sur les considérations invoquées par les juridictions. En effet, celles-ci ont souligné les conséquences néfastes d'une diffusion de l'article incriminé sur la protection de la réputation et des droits de A. et de B. et de leur présomption d'innocence, ainsi que sur l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. Compte tenu de ces conséquences, la Cour estime que les autorités nationales étaient dès lors en droit de considérer qu'il existait un «besoin social impérieux» de prendre des mesures concernant l'article litigieux en vertu de l'article 38 de la loi de 1881, et ce que quelle que soit, par ailleurs, la fréquence d'application de cette disposition» (Ziff. 76).

Die drei überstimmten EGMR-Mitglieder weisen in ihrer abweichenden Meinung darauf hin, dass das französische Recht ein absolut formuliertes Verbot der Publikation von Akteninhalten hängiger Strafverfahren kennt, welches nicht von ihrer Wahrheit und auch nicht von ihren Konsequenzen für die Verfahrensbeteiligten und das Verfahren abhängt. Es handle sich mehr um ein formales als um ein substanzielles Verbot. Die französische Justiz habe den verurteilten Medienschaffenden denn auch nicht direkt vorgeworfen, ihre Publikation beeinträchtige die Strafuntersuchung oder missachte die Unschuldsvermutung. Dies sei auch nicht der Fall gewesen. Auch ein Einfluss auf das spätere Gerichtsverfahren sei nicht belegt, zumal der Zeitungsartikel moderat formuliert war und fast 20 Monate vor der Hauptverhandlung erschien. Die Medienschaffenden wären ihrer Verurteilung entgangen, wenn sie im Artikel die Quel-

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

le ihrer Informationen nicht genannt hätten. «Or, en l'espèce, il convient de relever que c'est précisément dans un souci de précision que la première requérante a indiqué ses sources dans les notes infrapaginales figurant en bas de l'article, visant ainsi à montrer l'exactitude et l'authenticité du récit. Il n'y a donc aucune raison de douter que les requérants ont agi de bonne foi.»

Für die Gerichtsminderheit ist auch relevant, dass die fragile Strafnorm selten zur Anwendung kommt: «En l'espèce, l'application rare et l'irrégularité des poursuites engagées par le ministère public sur le fondement de l'article 38 de la loi de 1881 sont deux éléments qui ont incontestablement créé une incertitude et qui ne sont en eux-mêmes guère compatibles avec l'existence d'un besoin social impérieux. Alors que les chroniques judiciaires du type de celle publiée par les requérants se multiplient dans la presse, le caractère aléatoire de la mise en œuvre de la loi tend à démontrer que si la disposition correspond à un certain besoin social, celui-ci ne saurait être qualifié d'«impérieux»» (Urteil der 1. EGMR-Kammer N° 53886/00 «Tourancheau & July c. Frankreich» vom 24.11.2005). ■

### ANMERKUNGEN:

Auf den ersten Blick haben diese beiden Fälle mehr Verschiedenheiten als Gemeinsamkeiten. Der zyprische Fall betrifft sehr streng geahndete Äusserungen eines Anwalts während der Hauptverhandlung, der französische Fall hingegen eine eher moderat bestrafte Medienpublikation lange vor Beginn des öffentlichen Gerichtsverfahrens. Was die zwei Fälle verbindet, ist der wichtigste Schutzzweck, nämlich die Wahrung des ordnungsgemässen Verfahrensverlaufs (mit den Worten Art. 10 Abs. 2 EMRK: Wahrung des Ansehens und der Unabhängigkeit der Rechtsprechung).

Schon im europäischen Rechtsraum gibt es eine grosse Vielfalt von Wegen, die zur Abschirmung des Gerichtsverfahrens und der daran Beteiligten vor äusseren (z.B. journalistischen) Einflüssen beschränkt werden. Im englischen Rechtskreis (etwa in England, Wales, Schottland, Irland und Malta) erlaubt das nach wie vor lebendige Institut des Contempt of Court dem urteilenden Gericht nicht nur Massnahmen gegen die Verfahrensbeteiligten und ihre Rechtsvertreter. Es erfasst auch Aussenstehende, welche nach Auffassung des zuständigen Gerichts den ordnungsgemässen Gang des vor ihm hängigen Gerichtsverfahrens stören. Dazu gehören insbesondere die Medien (zum contempt by publication vgl. FRANZ ZELLER, Zwischen Vorverurteilung und Justizkritik, Bern 1998, S. 410ff.). Ein Problem dieses Rechtsinstituts ist die Gefahr, dass die Justiz sich selber schützt und ein Gericht – je nach Zuständigkeit zum Verhängen von Sanktionen – als Richter in eigener Sache erscheint. Dies führte im zyprischen Fall zur Verletzung der Konvention. Die Überlegungen des Gerichtshofs werden in der Schweiz zu berücksichtigen sein, wenn es um die Grenzen sitzungspolizeilicher Massnahmen (auch gegen Aussenstehende wie die Medien) geht.

In anderen Ländern gibt es Spezialnormen, welche die Wiedergabe bestimmter Aktenstücke (z.B. der Anklageschrift) in einem laufenden Verfahren unter Strafe stellen. Dazu gehört neben Frankreich etwa Deutschland. § 353 d Nr. 3 des deutschen StGB wurde 1985 vom Bundesverfassungsgericht als gerade noch verfassungsmässig beurteilt (BVerfGE 71, 206). In der Rechtslehre wird das Verbot der wörtlichen Mitteilung als praktisch mehr oder weniger untauglich eingestuft (vgl. etwa THOMAS WEIGAND, Medienöffentlichkeit des Ermittlungsverfahrens?, in: Alternativ-Entwurf Strafjustiz und Medien, München 2004, S. 39ff.). Ein Problem dieser Publikationsverbote ist der Umstand, dass sie wegen ihrer Beschränkung auf einen bestimmten Teil des Prozessstoffes wenig flexibel sind. Sie vermögen das Verfahren nur sehr punktuell abzuschirmen. Da sie sich gegen eine abstrakte Gefahr richten, können sie

zudem auch Publikation treffen, welche weder das Verfahren noch die daran Beteiligten ernsthaft beeinträchtigen. Dass dies im französischen Fall gerade noch als konventionskonform betrachtet wurde, geht auf die Ansicht der osteuropäischen Gerichtsmitglieder zurück (Griechenland, Zypern, Kroatien und Bulgarien). Die drei EGMR-Mitglieder aus ursprünglichen Konventionsstaaten bejahen allesamt eine Verletzung der Meinungsfreiheit (neben den Gerichtsmitgliedern aus Dänemark und Belgien war dies insbesondere auch der französische Richter).

Die beiden Fälle illustrieren, dass sowohl der britische wie auch der französische Weg zum Schutz des ordnungsgemässen Verfahrens menschenrechtliche Fussangeln haben. Und sie illustrieren auch, wie schwierig eine befriedigende Lösung für die Abschirmung von Justizverfahren vor unerwünschten äusseren Einflüssen zu finden ist.

DR. FRANZ ZELLER, BERN

.....

### Weitere Strassburger Rechtsprechung:

- Unverhältnismässige Bestrafung eines Journalisten, der in der Zeitung «Le quotidien de Paris» unter dem Titel «L'obscurité de l'erreur» die Doktrin von Papst und katholischer Kirche mit folgenden Worten kritisiert hatte: «(...) de nombreux chrétiens ont reconnu que l'anti-judaïsme scripturaire et la doctrine de «l'accomplissement» de l'ancienne par la nouvelle Alliance, conduisent à l'antisémitisme et ont formé le terrain où ont germé l'idée et l'accomplissement d'Auschwitz».

Die Verurteilung des Journalisten wegen öffentlicher Beleidigung einer Gruppierung aus Gründen ihrer religiösen Zugehörigkeit missachtete nach einstimmiger Ansicht des Gerichtshofs die Meinungsfreiheit. Der Artikel habe nicht religiöse Überzeugungen als solche angeprangert, sondern die Doktrin der katholischen Kirche und die Ursachen für den Holocaust engagiert diskutiert. (Urteil der 2. EGMR-Kammer N° 64016/00 «Giniewski c. Frankreich» vom 31.1.2006)

- Unverhältnismässige Beeinträchtigung der Medienfreiheit durch Bestrafung von kritischen Äusserungen gegen einen papstkritischen Generalvikar in einem Leserbrief in der Zeitung der Katholiken für Glauben und Kirche. Die im Leserbrief geäusserten Werturteile seien zwar etwas weit hergeholt, bedeuteten aber keine mutwillige persönliche Attacke gegen den Vikar. (Urteil der 1. Kammer N° 46389/99 «Albert-Engelmann-Gesellschaft mbH c. Österreich» vom 19.1.2006)

- Missachtung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) eines wegen Ehrverletzung verurteilten Zeugen Jehovas, der in seinem Buch «Sectes, Religions et Libertés Publiques» scharfe, aber nicht völlig unfundierte Kritik an der sektenkritischen Vereinigung UNADFI publiziert hatte. Als Teilnehmerin an der öffentlichen Debatte habe die Vereini-

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

---

gung derartige Kritik zu tolerieren. (Urteil der 2. Kammer N°54968/00 «Paturel c. Frankreich» vom 22.12.2005)

- Missachtung der Meinungsfreiheit durch zivilrechtliches Verbot der Publikation des Fotos der selber nicht tatverdächtigen Geliebten eines flüchtigen (und später verhafteten) Parlamentariers mit der ironischen Beschreibung «Bonnie & Clyde». Nach Ansicht des Gerichtshofs verstand die durchschnittliche Leserschaft diese Formulierung weniger als Vorwurf eigener strafbarer Taten der Geliebten denn als Synonym für ein flüchtiges Liebespaar. (Urteil der 4. Kammer N°66298/01 «Wirtschafts-Trend Zeitschriften-Verlags-gesellschaft m.b.H. c. Österreich [No. 3]» vom 13.12.2005)
- Rechtmässige Verurteilung von zwei Journalisten zur Bezahlung einer Entschädigung an einen Polizeibeamten und dessen Frau (einer Richterin), der sie in einem Zeitungsartikel ohne ausreichende Grundlage schwere Korruption vorgeworfen hatten. Der Gerichtshof betrachtete den Eingriff mit 5 gegen 2 Stimmen als verhältnismässig.

(Urteil der Kammer N° 53899/00 «Stângu & Scutelnicu c. Rumänien» vom 31.1.2006)

- Rechtmässige Bestrafung einer grünen Politikerin wegen Ehrverletzung (Kollektivbeleidigung). Die Politikerin hatte eine Bürgerinitiative (rund 30 Personen) wegen ihres Widerstands gegen ein Heim für Geistesranke u.a. als Nazis bezeichnet. (Zulässigkeitsentscheid der 3. Kammer N° 56720/00 «Gabriele Metzger c. Deutschland» vom 17.11.2005)
- Missachtung des Anspruchs auf Rechtsschutz gegen ehrenrührige Vorwürfe (Art. 6 EMRK): Eine ehemalige Arbeitskollegin und jetzige Parlamentarierin hatte in der Zeitung «La Repubblica» einen Staatsanwalt kritisiert. Da ein klarer Bezug zur parlamentarischen Tätigkeit fehlte, schränkte die von der italienischen Justiz gewährte parlamentarische Immunität die Rechte des angegriffenen Staatsanwalts in unverhältnismässiger Weise ein. (Urteil der 4. Kammer N° 23053/02 «Ielo c. Italien» vom 6.12.2005) ■

---

### D'AUTRE PART UND AUSSEREDEM

#### Kritik an früherem Politiker

Stellungnahme des UN-Menschenrechtsausschusses vom 23.1.2006 (N° 1180/2003 «Zeljko Bodrozic c. Serbien-Montenegro»)

**M**issachtung des Rechts auf freie Meinungsäusserung (Art. 19 des UN-Paktes über die bürgerlichen und politischen Rechte) durch die Bestrafung eines bekannten serbischen Medienschaffenden, der 2002 in einem Zeitschriftenartikel scharfe Kritik an einem früheren sozialistischen Politiker geäussert hatte. Die serbische Strafjustiz bezeichnete die Tatsachenbehauptungen zwar als zutreffend, die Wortwahl (mit verschiedenen abwertenden Formulierungen aus der Umgangssprache) hingegen als ehrverletzend. Der Sprachgebrauch zeige die Absicht, den angegriffenen Politiker herabzusetzen und ihn der Lächerlichkeit preiszugeben. Nach den Worten des Ausschusses ist kaum zu erkennen, inwiefern diese Formulierungen eine unrechtmässige Beschränkung der Reputation darstellen könnten – geschweige denn eine Rechtsverletzung, die eine strafrechtliche Sanktion rechtfertigen könnte. ■

#### Article de presse dénigrant: atteinte à la personnalité économique admise

Arrêt de la Cour de justice de Genève  
du 24 juin 2005 (ACJC/835/05)

**E**n octobre 1998, le quotidien X a fait paraître dans ses colonnes un article intitulé «Trois cavalières vont déposer plainte contre une pension équestre à L.» et qui mettait en lumière de supposées maltraitances à l'égard des chevaux dans une pension équestre de la Côte. On y apprenait notamment que les animaux y étaient mal soignés et que les lieux étaient sales et mal entretenus. En avril 2000, le Tribunal de police du district de Nyon a condamné la journaliste G. à une amende pour diffamation. La Cour cantonale a confirmé ce jugement en juillet 2000. En 2001, le Tribunal fédéral a, quant à lui, annulé l'arrêt cantonal. La Haute Cour estimait notamment que, s'agissant principalement de propos rapportés de clients de la pension équestre, il était douteux que l'article soit attentatoire à l'honneur. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a estimé que cette question pouvait être laissée indécise dans la mesure où il était avéré que l'épouse B. avait subrepticement retiré de la nourriture apportée par une cliente au cheval. Mme B. n'avait en effet aucunement nié avoir eu ce comportement qui lui était reproché par une ancienne cliente. La tenancière de la pension se justifiait à cet égard en expliquant qu'«il était dangereux pour un che-

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

val de recevoir trop de nourriture». La journaliste avait de bonnes raisons de tenir ce fait pour exact, dès lors qu'elle avait interrogé Mme B. à ce sujet. L'autorité cantonale, suite au renvoi de la cause pour nouvelle décision, a libéré la journaliste de la poursuite pénale ouverte à son encontre du chef de diffamation. En décembre 2003, les époux B., exploitants de la pension équestre concernée, forment action en constatation d'une atteinte illicite à leurs droits de la personnalité, à leur réputation professionnelle et à leur crédit en affaire à l'égard du quotidien X, pour avoir publié l'article d'octobre 1998. Ils demandent que la défenderesse soit condamnée à leur verser la somme de 299'341 fr. plus intérêts. Ils souhaitent également que la Cour ordonne la publication du dispositif de la décision. Les demandeurs fondent leur action principalement sur les art. 3 lit. a et 9 LCD. Subsidiairement, ils invoquent une atteinte à leur personnalité au sens des art. 28 ss CC.

S'agissant des dispositions régissant la concurrence déloyale, la Cour rappelle qu'il n'est pas nécessaire que l'auteur de l'atteinte soit dans un rapport de concurrence direct avec le demandeur. Ce qui importe, c'est que l'acte soit objectivement propre à avantager ou désavantager une entreprise dans sa lutte pour acquérir de la clientèle, ou à accroître ou diminuer ses parts de marché. La Cour de justice estime qu'«est applicable en droit de la concurrence déloyale la jurisprudence rendue en matière de droit de la personnalité, selon laquelle des imprécisions journalistiques ne peuvent fonder une action que lorsqu'elles font apparaître l'intéressé sous un faux jour». En l'espèce, les demandeurs exploitent une pension équestre et se trouvent dans un rapport de concurrence avec les établissements qui proposent les mêmes services. Ils allèguent avoir subi une atteinte, qui perdure encore, à leur réputation professionnelle et une perte de clientèle à cause de la publication de l'article. La Cour estime que «les critiques ressortant de l'article sont objectivement propres à désavantager la position des demandeurs dans le marché». Il en résulte que les demandeurs disposent d'un droit d'action au sens de l'article 9 LCD. Sur le fond, la Cour retient que le sous-titre «nourriture insuffisante et inappropriée, chevaux mal soignés» n'«explique pas qu'il se rapporte aux reproches formulés par les clientes et qu'il ne s'agit pas d'un constat de la journaliste ou d'un fait avéré». La Cour relève en outre certaines informations inexactes.

Enfin, elle rappelle que la journaliste clôt son exposé des griefs des clientes par l'affirmation, formulée sans aucune réserve, selon laquelle «les pensions qui ont repris les chevaux confirment en effet l'état déplorable des animaux à leur arrivée». Cette déclaration, clairement dénigrante au sens de la LCD, justifie de manière péremptoire les accusations développées antérieurement et n'a aucunement été confirmée au cours des enquêtes, qui ont au contraire démontré que les chevaux étaient en bonne santé et avaient été nourris correctement. L'article dans son ensemble donne au lecteur moyen, même doté de sens critique, une image dénigrante des demandeurs, et cela sur des points essentiels, soit la manière dont les chevaux étaient traités et les conséquences de ces traitements sur leur état général. Selon la Cour, «il n'est pas contestable que la mention selon laquelle Mme B. et ses employés ont retiré de la nourriture au cheval I. contribue en grande partie à donner une image négative de l'établissement des demandeurs.» Ce fait étant avéré, l'image des demandeurs n'est pas faussée sur ce point. Toutefois, l'article contenant plusieurs autres allégations graves et inexactes, il doit être considéré comme attentatoire à la réputation professionnelle des demandeurs et à leur considération sociale et morale au sens de l'art. 3 al. 1 lit. A LCD, voire de l'art. 28 CC.

Le Tribunal retient toutefois que les demandeurs ont contribué à l'existence de leur dommage. En effet, il n'est pas contesté que Mme B. et ses employés ont retiré de la nourriture donnée par son maître au cheval I., ce qui a été filmé par la caméra posée dans le box de l'animal. La nourriture a été enlevée à l'insu de la cliente, alors même que cette dernière avait convenu avec Mme B. qu'elle nourrirait elle-même son cheval, moyennant réduction du prix de la pension. La publication de ce fait, qui n'est pas illicite puisqu'il est admis, a un effet négatif sur la réputation de la pension équestre, au même titre que les allégations de mauvais soins et traitement des chevaux. Compte tenu de ces éléments, le Tribunal estime qu'il se justifie de condamner la défenderesse à la moitié du dommage invoqué par les demandeurs. La Cour fait en outre droit à leur demande de publication basée sur l'art. 9 LCD. Les demandeurs sont en revanche déboutés s'agissant de leur demande relative aux frais de la poursuite pénale, laquelle avait abouti à l'acquittement de la journaliste. ■