

LE JUGEMENT
DAS URTEIL

Bild als Form der Gegendarstellung

Bundesgerichtsentscheid vom 18. Juni 2003 (5C.23/2003; BGE-Publikation vorgesehen)

Soweit der von der Gegendarstellung angestrebte Rechtsschutz nur mittels Veröffentlichung eines Bildes oder einer anderen Kommunikationsform vernünftig erreicht werden kann, ist die gesetzliche Umschreibung («Text der Gegendarstellung») zu eng und insoweit lückenhaft. Es kann nicht der Umkehrschluss gezogen werden, was nicht in Schriftform als Gegendarstellung im eigentlichen Sinn vorgelegt werde, sei von vornherein unzulässig. Der richterlichen Kürzung sind auch dort Grenzen gesetzt, wo eine Gegendarstellung wohl Elemente enthält, die - für sich genommen - zulässig wären, jedoch insoweit ein aliud bedeutet, als der an sich als zulässig erscheinende Inhalt einen bloss nebensächlichen Aspekt der vom Medienunternehmen abgelehnten Gegendarstellung bedeutet.

Aussi longtemps qu'il sera nécessaire de diffuser une image ou une autre forme de communication pour assurer le droit de réponse, on doit considérer que la définition de la loi («texte de la réponse») est trop étroite et, dans une certaine mesure, lacunaire. Refuser ce qui ne serait pas présenté sous la forme écrite, en tant que réponse proprement dite, serait de prime abord inadmissible. Il y a des limites à la simplification judiciaire. Une réponse peut bien contenir des éléments en soi admissibles, mais qui constitueraient un aliud, en ce que le contenu apparemment admissible du contenu ne représenterait qu'un aspect tout-à-fait secondaire de la réponse refusée par une entreprise des médias.

Sachverhalt (Zusammenfassung):

In der Tageszeitung Blick vom 13. April 2002 erschienen unter den grossformatig geschriebenen Titeln «SKANDAL-URTEIL» «Züchterin darf Tiere so halten» neben einem redaktionellen Beitrag auch zwei Bilder. Das eine zeigt die Züchterin mit zwei Hunden und wird kommentiert mit «Züchterin Marianne Wolf mit prämierten Hunden». Das andere, grossformatige, zeigt einen Wohnraum in grosser Unordnung, in welchem sich ein Rudel Hunde aufhält. Die Bildlegende lautet: «Fürchterlicher Gestank, überall Kot- und Urinspuren: 26 Bearded Collies waren hier zusammengepfercht.»

Marianne Wolf (nachfolgend: die Klägerin) gelangte in der Folge drei Mal mit jeweils geänderten Texten an den Verlag Ringier AG (nachfolgend: die Beklagte) mit dem Begehren, im Blick eine Gegendarstellung mit Bild zu platzieren. Die Beklagte lehnte auch die dritte und letzte Textversion, da nicht gegendarstellungsfähig, ab. Der von der Klägerin angerufene Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen verurteilte am 28. Juni 2002 die Beklagte, folgenden Text im Blick zu veröffentlichen: «Gegendarstellung: Im Blick vom 23. April wurde unter dem Titel «Skandal-Urteil! Züchterin darf Hunde so halten» durch die gesamte Darstellung des Berichtes (Bild, Legende, Titel,

Text) der Eindruck erweckt, die Polizei hätte «bei der Kontrolle 1997 durch das Veterinäramt 26 Hunde in einem 32 Quadratmeter grossen Zimmer eingepfercht» vorgefunden. Das trifft nicht zu. Meine Hunde können sich normalerweise frei bewegen und wurden nur wegen der Kontrolle durch das Veterinäramt vorübergehend in das besagte Wohnzimmer eingesperrt. Marianne Wolf.»

Weiter verurteilte der Einzelrichter die Beklagte dazu, ein von der Klägerin eingereichtes Bild «im Format gemäss Vorlage» zu veröffentlichen.

Das Obergericht des Kantons Zürich bestätigte am 10. Dezember 2002 die Verfügung des Einzelrichters.

Aus den Erwägungen:

2.2 Anspruch auf Gegendarstellung hat, wer durch Tatsachendarstellungen in seiner Persönlichkeit unmittelbar betroffen wird (Art. 28g Abs. 1 ZGB). Der Text der Gegendarstellung ist auf den Gegenstand der beanstandeten Darstellung zu beschränken (Art. 28h Abs. 1 ZGB). Bei der Gegendarstellung geht es somit um Tatsachen gegen Tatsachen (BGE 123 III 145 E. 4b S. 150 f.). Weder berechtigen blosser Werturteile oder Meinungsäusserungen zur Gegendarstellung, noch können solche Gegenstand einer Gegendarstellung sein.

lung bilden. In einem Entscheid aus dem Jahre 1988 erwog das Bundesgericht, dass die Betroffene in einem bestimmten Abschnitt ihrer Gegendarstellung bloss erwäge, welcher Eindruck durch einen bestimmten Abschnitt des beanstandeten Artikels beim Leser erweckt werde. Darin liege eine Meinungsäusserung der Betroffenen, die in diesem Abschnitt keine dem beanstandeten Artikel entgegenstehende Tatsache anführe, weshalb die Gegendarstellung Art. 28h Abs. 1 ZGB verletze (BGE 114 II 293 E. 4c S. 294). Ebenso wenig berechtigen irgendwelche Schlüsse, die der Durchschnittsleser auf Grund bestimmter Tatsachendarstellungen nach Meinung des Betroffenen zu ziehen geneigt sein könnte, zur Gegendarstellung. Unter Darstellungen sind allerdings nicht nur Äusserungen i.e.S. zu verstehen, sondern auch Andeutungen, die sich z.B. bei einem Bild für den Durchschnittsbetrachter auf die betreffende Person beziehen können. Um eine Darstellung handelt es sich auch dann, wenn der Autor einer Veröffentlichung beim Adressaten auf irgendeine Weise eine gewisse Tatsachenverbindung hervorruft (BGE 112 II 465 E. 2a S. 468 m.H.).

2.2.1 Allein weil die Vorinstanz, aber auch die Gegendarstellung von einem beim Leser erweckten «Eindruck» sprechen, kann nicht auf Unzulässigkeit der Gegendarstellung geschlossen werden. Der durch Fettdruck hervorgehobene Satz, dass «bei der Kontrolle 1997 durch das Veterinäramt (...) 26 Hunde in einem 32 Quadratmeter grossen Zimmer eingepfercht (waren)!» kann unterschiedlich verstanden werden: Für sich allein genommen bedeutet der Satz, dass die Klägerin ihre Hunde unter solchen Bedingungen hält. Wird aber beigelegt, dass die Hunde wegen der Kontrolle im fraglichen Zimmer eingesperrt waren, bedeutet der gleiche Satz gerade nicht, dass die Klägerin ihre Hunde so hält, sondern vielmehr, dass dies aus speziellem und begründetem Anlass der Fall war. Wie der Satz zu verstehen ist, hängt demnach vom Kontext ab. Das - und nichts anderes - meint die Vorinstanz, wenn sie von «Eindruck» spricht. Wirft die Beklagte der Vorinstanz vor, Bundesrecht verletzt und den Begriff der Tatsachendarstellung unzulässig ausgeweitet, ja aufgelöst zu haben, weil sie auf den Eindruck des fraglichen Satzes auf den Durchschnittsleser abgestellt hat, verkennt sie, dass auch Zeitungstexte auslegungsbedürftig sind.

2.2.2 Fraglich kann einzig sein, ob die Vorinstanz von einem falschen Textverständnis des Durchschnittslesers ausgegangen ist, indem sie die klägerische Tatsachenbehauptung «meine Hunde können sich normalerweise auf einem Gelände von über 5000 Quadratmetern frei bewegen und wurden nur wegen der Kontrolle durch das Veterinäramt vorübergehend in das besagte Zimmer gesperrt» als Gegendarstellung zuliess. Mit dem Argument, im Ausgangsartikel finde sich ja der Hinweis, dass die Tiere nur wegen der Polizeikontrolle im Haus gewesen seien, versucht die Beklagte, den Aussagegehalt des fraglichen Satzes zu relativieren. Dergestalt präzisiert, verliert der Satz in der Tat seine Bri-

san, ja wird er geradezu uninteressant. Dabei gilt es aber, Folgendes zu beachten: Zum einen ist der präzisierende Hinweis nicht fettgedruckt und erst gegen Ende des Artikels platziert. Zum andern - und das ist bedeutsamer - wird er als Auffassung der Richterin wiedergegeben («Auch die Bilder der eingepferchten Hunde mitten in ihrem Dreck liessen die Richterin nicht an ihrer Meinung zweifeln. Die Tiere seien nur wegen der Polizeikontrolle im Haus gewesen... Die Tiere hätten sich sonst auf dem 5000 m2 grossen Anwesen frei bewegen können, findet das Gericht»), deren Urteil gleichzeitig einer massiven Schelte («Skandal-Urteil») unterzogen wird. Dadurch und verstärkt durch die Bildüberschrift («Züchterin darf Hunde so halten») wird nun aber die richterliche Erklärung in ein ambivalentes Licht gerückt, während die mit einem Ausrufezeichen versehene Tatsachendarstellung, dass «bei der Kontrolle 1997 durch das Veterinäramt (...) 26 Hunde in einem 32 Quadratmeter grossen Zimmer eingepfercht (waren)!», durch das zweifellos beabsichtigte Zusammenwirken von Text, Abscheu erregendem Bild, Überschrift und Legende zur alles dominierenden Aussage gerät. So konnte der Satz vom Durchschnittsleser nicht anders verstanden werden, als dass die Klägerin ihre Hunde unter solchen Bedingungen hält. Sofern der den Aufenthaltsgrund der Tiere erklärende Hinweis der Richterin vom Leser überhaupt als zutreffende Tatsachendarstellung und nicht bloss als deren scharf kritisierte Meinung wahrgenommen wurde, haben die beiden Tatsachendarstellungen im Kontext der gesamten Berichterstattung derart unterschiedliches Gewicht, dass der erklärende Hinweis, die Hunde seien nur wegen der Polizeikontrolle im Hause gewesen, völlig in den Hintergrund tritt. Die Vorinstanz durfte daher, ohne Bundesrecht zu verletzen, davon ausgehen, dass der Durchschnittsleser den Satz, dass «bei der Kontrolle 1997 durch das Veterinäramt (...) 26 Hunde in einem 32 Quadratmeter grossen Zimmer eingepfercht (waren)!», als Behauptung verstand, die Klägerin halte ihre Hunde normalerweise so, an welche Tatsachendarstellung die Gegendarstellung anknüpfen durfte, dass der Grund des Eingepferchtseins der Hunde die Veterinärkontrolle war und diese normalerweise sich auf einem 5000 m2 grossen Gelände bewegen können.

2.2.3 Unbehelflich sind damit auch die an und für sich zutreffenden Argumente, für die bloss Wiederholung einer im Zeitungsartikel figurierenden Tatsachendarstellung stehe die Gegendarstellung nicht zur Verfügung und eine richtige Tatsachendarstellung sei gar nicht gegendarstellungsfähig. Mit dem letzteren Argument scheint die Beklagte auf Art. 28h Abs. 2 ZGB anzuspielen, nach welcher Bestimmung die Gegendarstellung u.a. dann verweigert werden kann, wenn sie offensichtlich unrichtig ist. Die Beklagte verweist auf den Polizeirapport, der u.a. den Aufenthalt der 26 Hunde im 32 m² grossen Zimmer dokumentiere, was auch die Vorinstanz nicht in Abrede stelle. Entscheidend ist nach dem Gesagten jedoch, dass der Satz, dass «bei der Kontrolle 1997 durch das Veterinäramt (...) 26 Hunde in einem 32 Quadratmeter grossen Zimmer ein-

gepfercht (waren)!\», auf Grund der ihm im Kontext der gesamten Berichterstattung zukommenden Bedeutung, dass die Gesuchstellerin ihre Tiere normalerweise so halte, durch den Polizeirapport gerade nicht belegt wird und infolgedessen die Gegendarstellung, dass die Tiere nur wegen der Veterinärkontrolle in einem kleinen Zimmer eingepfercht waren und ansonsten Auslauf hätten, nicht offensichtlich unrichtig sein kann. Die Berufung erweist sich in diesem Punkt als unbegründet.

3.1 Einen Verstoss gegen Bundesrecht erblickt die Beklagte ebenfalls darin, dass die Vorinstanz, statt die in ihrer Gesamtheit unzulässige Gegendarstellung zurückzuweisen, diese in einer gekürzten Fassung zugelassen hat. Im quantitativen Vergleich sei die von der Klägerin angebehrte Gegendarstellung um mehr als die Hälfte gekürzt worden. In qualitativer Hinsicht sei infolge der Kürzung die eigentliche Botschaft der Gegendarstellung zerstört und damit die Veröffentlichung eines Nebenpunktes der Gegendarstellung, mithin eines aliud, angeordnet worden.

3.2 Nach der Rechtsprechung kann der mit einem Begehren um Gegendarstellung befasste Richter den Text der Gegendarstellung den gesetzlichen Anforderungen anpassen. Es wäre stossend, müsste die Klage auf Gegendarstellung abgewiesen werden, wenn der Text nur in wenigen Punkten nicht den gesetzlichen Anforderungen entspricht, und der Richter ihn nicht den gesetzlichen Anforderungen anpassen dürfte (BGE 117 II 1 E. 2b/bb S. 4). In prozessualer Hinsicht kommt dies einer teilweisen Gutheissung der Klage gleich. Allerdings darf der geänderte Text inhaltlich nicht über die Aussagen hinausgehen, die bereits in der dem Medienunternehmen unterbreiteten Textfassung enthalten waren. Der vom Richter geänderte Text muss inhaltlich gegenüber dem ursprünglichen Text ein Minus darstellen (BGE 122 III 209 E. 2a S. 211; 117 II 1 E. 2b/cc S. 5). Der richterlichen Kürzung sind auch dort Grenzen gesetzt, wo eine Gegendarstellung wohl Elemente enthält, die - für sich genommen - zulässig wären, jedoch insoweit ein aliud bedeutet, als der an sich als zulässig erscheinende Inhalt einen bloss nebensächlichen Aspekt der vom Medienunternehmen abgelehnten Gegendarstellung bedeutet. Wo die Grenze einer insgesamt unzulässigen und daher auch nicht einer Kürzung zugänglichen und einer nur teilweise unzulässigen bzw. kürzbaren Gegendarstellung zu ziehen ist, kann nicht generell-abstrakt umschrieben werden. In einem kürzlich ergangenen (amtlich nicht publizierten) Urteil hat das Bundesgericht einen Gegendarstellungstext insgesamt zurückgewiesen, obschon er einige wenige Gegenbehauptungen enthielt, die - für sich genommen - gegendarstellungsrechtlich zulässig gewesen wären, aber mit Blick auf den ganzen, mehrseitigen Text nur mehr als nebensächlich erschienen und infolgedessen ein aliud bedeuteten (Urteil 5C.237/2002 vom 18. Februar 2003, E. 2 und 3).

3.3 Der von den Vorinstanzen als zulässig erachtete Teil macht etwas mehr als ein Drittel des gesamten Textes

aus. Die Unzulässigkeit des übrigen Textes wurde im Wesentlichen wie folgt begründet: Da der Ausgangsartikel nicht behauptete, die Klägerin sei wegen mangelhafter hygienischer Zustände angeklagt worden, bestehe auch keine Veranlassung, sich gegen diesen Eindruck zu wehren und hinsichtlich der Kotpuren und des von den Tieren veranstalteten Durcheinanders erklärende Hinweise abzugeben. Unzulässig sei der Abschnitt, der sich mit angeblichen Vorwürfen des Veterinäramts und der Bezirksanwaltschaft befasse, weil der Ausgangsartikel dazu keinen Anlass gegeben habe, aber auch, weil die Gegendarstellung (teilweise) offensichtlich unrichtig sei. Der Hinweis auf den Freispruch sei unzulässig, da er sich bereits aus dem Ausgangsartikel ergebe.

Trotz der quantitativ erheblichen Kürzung bedeutet der zugelassene Gegendarstellungstext gegenüber der eingeklagten Version kein aliud, zumal die Tatsachenbehauptungen des als unzulässig erachteten Textteils durchaus mit dem Ausgangsartikel und dem zur Veröffentlichung zugelassenen Teil in thematischem Zusammenhang stehen. Dabei gilt es zu bedenken, dass die ins Auge springende und auf das Auslösen von Emotionen abzielende Aussage des Ausgangsartikels, dass «bei der Kontrolle 1997 durch das Veterinäramt (...) 26 Hunde in einem 32 Quadratmeter grossen Zimmer eingepfercht (waren)!\», die entsprechende Gegendarstellung rechtfertigte (E. 2.2.2). Weder kommt der zugelassenen Gegendarstellung im Vergleich zur eingeklagten Textversion nur nebensächliche Bedeutung zu, noch weist der ungekürzte Text im Vergleich zum gekürzten eine andere Tendenz auf, wie das beim erwähnten Urteil 5C.237/2002 der Fall war. Von einer unzulässigen Gegendarstellung i.S. eines aliud kann nicht die Rede sein. Die Berufung erweist sich auch in diesem Punkt als unbegründet.

4.1 Das Obergericht begründete die ebenfalls umstrittene Veröffentlichung einer von der Klägerin eingereichten Photographie in Originalgrösse mit dem allgemeinen Hinweis auf den Grundsatz «Tatsache gegen Tatsache» und mit jenem der Waffengleichheit. Konkret hielt es das klägerische Bild, das einen Hund im Freien inmitten einer grossen Wiese zeigt, als geeignete Reaktion auf die im Ausgangsartikel prominent platzierte Photographie, welche die Hunde auf engstem Raum unter miserablen Verhältnissen zeigt.

Nach Auffassung der Beklagten kann eine bildliche Darstellung zwar Anlass zu einer gegenteiligen Tatsachendarstellung sein, die Bildform nicht aber als Mittel der Gegendarstellung dienen. Das «richtigstellende» Bild sei kein bundesrechtlicher Begriff. Im Übrigen reagiere die Abbildung des grossen Gartens in der Gegendarstellung gar nicht auf jene des chaotischen Raums im Ausgangsartikel.

4.2.1 Das Bundesgericht musste sich schon mit der Frage befassen, ob und inwieweit ein Bild zu einer Gegendarstellung berechtige. Dabei verwarf es einen Gegendarstel-

lungsanspruch zu Tatsachen, die sich nicht unmittelbar aus dem Inhalt eines veröffentlichten Bildes ergeben, und erwog, dass einen solchen Anspruch vielmehr nur eine Tatsache zu begründen vermöge, die sich beim Betrachter des Bildes aufdränge (BGE 112 II 465 E. 2 S. 467). Es bejahte damit implizit, dass ein Bild Anlass zu einer Gegendarstellung geben kann. Tatsachen (Art. 28g Abs. 1 ZGB) können denn auch durch Bilder dargestellt werden, wie überhaupt der Begriff der Tatsachendarstellung naturgemäss formal weit zu fassen ist. Hingegen hatte sich das Bundesgericht noch nie mit der Frage zu befassen, ob ein Bild auch als Form der Gegendarstellung in Frage komme.

4.2.2 Art. 28h ZGB, der die Voraussetzungen der Gegendarstellung nach Form und Inhalt regelt, spricht vom «Text der Gegendarstellung (die) in knapper Form auf den Gegenstand der beanstandeten Darstellung zu beschränken» ist, was an sich nahe legt, andere Formen wie Bilder, Graphiken usw. grundsätzlich auszuschliessen. Dafür spricht auch die Botschaft, in der es dazu lakonisch heisst, um eine missbräuchliche Ausübung des Rechts auf Gegendarstellung zu verhindern, müsse diese «schriftlich und kurz gefasst sein» (BBl 1982 II S. 675). Soweit allerdings der von der Gegendarstellung angestrebte Rechtsschutz nur mittels Veröffentlichung eines Bildes oder einer anderen Kommunikationsform vernünftig erreicht werden kann, ist die gesetzliche Umschreibung («Text der Gegendarstellung») zu eng und insoweit lückenhaft. Es kann daher nicht der Umkehrschluss gezogen werden, was nicht in Schriftform im eigentlichen Sinn vorgelegt werde, sei von vornherein unzulässig.

So schliesst denn auch die Literatur, soweit sie sich zu dieser Frage äussert, Bild-Entgegnungen nicht schlechthin aus. Während PIERRE TERCIER gestützt auf den Gesetzestext andere Formen als Texte zunächst noch kategorisch ausgeschlossen hatte (Le nouveau droit de la personnalité, Zürich 1984, S. 195 Rz. 1460), fragte er sich später, ob beim Fernsehen in Ausnahmefällen das Zeigen eines Bildes, einer Photographie oder gar eines Filmes nicht besser geeignet sein könnte (Erste Erfahrungen mit dem neuen Persönlichkeitsrecht, ZSR 106/1987 I S. 201). Bereits zuvor hatte ANDREAS BUCHER darauf hingewiesen, dass es Fälle gebe, in denen die Wiedergabe einer Zeichnung oder eines Bildes für den Betroffenen den einzigen Weg darstelle, die Öffentlichkeit richtig zu informieren (Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, Basel 1986, S. 183 Rz. 674; jetzt 3. Aufl. Basel 1999, S. 177 Rz. 713). Dies muss auch für Printmedien gelten, wenn es etwa darum geht, auf ein veröffentlichtes Bild zu reagieren. Zu Recht allerdings wollen diese Autoren andere Formen als Texte nur zulassen, wenn sie für die Gegendarstellung unerlässlich sind (BUCHER, a.a.O.; TERCIER, a.a.O., S. 201 Anm. 48), d.h. wenn sie für die Gegendarstellung geeignet und auch erforderlich sind. Zu weit geht KARL MATTHIAS HOTZ, der Bildentgegnungen auch als Ergänzung zum Text zulassen möchte, wenn diese Form einfacher und anschaulicher ist (Kommentar zum Recht

auf Gegendarstellung, Bern 1987, S. 73). Schliesslich darf nicht aus den Augen gelassen werden, dass die Gegendarstellung in Form eines Bildes voraussetzt, dass dieses eine der Tatsachenbehauptung der veröffentlichten Aufnahme entgegengesetzte Tatsachenbehauptung darstellen muss. Dies ist etwa bei der von HANS MICHAEL RIEMER erwähnten Konstellation der Fall, wenn mit einer «richtigen» Photographie auf eine Photomontage reagiert wird (Personenrecht des ZGB, 2. Aufl. Bern 2002, S. 167 Rz. 427).

4.3 Diese Voraussetzungen treffen auf die von den Vorinstanzen verfügte Bildveröffentlichung nicht zu. Zwar gehören das veröffentlichte Bild und seine Überschrift («Züchterin darf Hunde so halten») zur Kernaussage des Ausgangsartikels. Doch behauptete die Klägerin nie, dass das Bild als solches nicht echt sei. Gegendarstellungsrechtliche Relevanz erlangte es nur durch den Text, der dem Durchschnittsleser suggerierte, die Klägerin halte die Hunde normalerweise wie im Ausgangsartikel abgebildet und nicht bloss aus speziellem Anlass (siehe E. 2.2.1). Als Gegendarstellung genügte daher der Hinweis vollauf, dass entgegen dem Eindruck, der durch die gesamte Darstellung (Titel, Text, Bild, Legende) erweckt werde, die Hunde sich normalerweise auf einem Gelände von über 5000 Quadratmetern frei bewegen könnten. Das Gelände auch noch abzubilden, war für die Gegendarstellung keineswegs erforderlich. Hinzu kommt, dass das einen einzigen Hund auf einer grossen Wiese zeigende Bild ohnehin nicht geeignet ist, eine der Tatsachenbehauptung der veröffentlichten Aufnahme entgegengesetzte Tatsache darzustellen. Indem die Vorinstanz die Beklagte zur Veröffentlichung des Bildes verurteilte, verletzte sie Art. 28h Abs. 1 ZGB. In diesem Punkt ist die Berufung begründet.

5.1 In seinem vom Obergericht geschützten Entscheid hatte der Einzelrichter u.a. verfügt, die Gegendarstellung unter derselben Rubrik wie den Anlass gebenden Artikel zu veröffentlichen, wobei der Titel «Gegendarstellung» fettgedruckt und mit roten, 2,5 cm hohen Buchstaben geschrieben sein müsse. Das Bezirksgericht, auf dessen Begründung das Obergericht verweist, erwog, dass dem Gesetz keine starre Regel, die Gegendarstellung an derselben Stelle und mit derselben Schrift zu veröffentlichen, zu entnehmen sei. Doch müsse mit der graphischen Gestaltung und der Platzierung der Gegendarstellung dasselbe Publikum erreicht werden wie bei der beanstandeten Darstellung; je auffälliger der beanstandete Text platziert worden sei, desto mehr könne das in Bezug auf die Gegendarstellung verlangt werden. Die Kernaussage der beanstandeten Darstellung sei mit der Überschrift «Skandal-Urteil» und dem Bild gemacht worden. Um denselben Leserkreis zu erreichen, müsse die Gegendarstellung nicht nur in derselben Rubrik veröffentlicht, sondern als solche ebenfalls in roten, 2,5 cm grossen Buchstaben angekündigt werden, wobei das Bild gleichzeitig beim Gegendarstellungstext zu veröffentlichen sei. Das Obergericht rechtfertigte diese Anweisungen damit, dass es hinsichtlich des Ziels, den gleichen Personenkreis zu errei-

chen, zweckmässig sei, die Gegendarstellung im gleichen Rahmen und in der gleichen Form zu verbreiten wie die bestrittene Tatsachenbehauptung. Der Text solle typographisch eine dem beanstandeten Text entsprechende Wirkung auf das Publikum ausüben. (...)

5.2 Gemäss Art. 28k Abs. 1 ZGB ist die Gegendarstellung so zu veröffentlichen, «dass sie den gleichen Personenkreis wie die beanstandete Tatsachendarstellung erreicht». Im Gegensatz zum Vorentwurf verzichtet das Gesetz, wie der Botschaft zu entnehmen ist, bewusst auf spezielle und abschliessende Vorschriften über die Modalitäten der Veröffentlichung (BBl 1982 II S. 678). Die Modalitäten der Veröffentlichung hängen ausschliesslich vom Zweck ab, nach Möglichkeit den gleichen Personenkreis zu erreichen wie die beanstandete Tatsachendarstellung. Der Richter hat in Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles den typographischen Elementen wie Grösse, Art und Farbe der für Titel und Text verwendeten Schrift, Platzierung usw., die geeignet sind, die Aufmerksamkeit der Leser auf die beanstandete Darstellung zu lenken, Rechnung zu tragen. Dabei muss die Gegendarstellung nicht immer an der gleichen Stelle und in der gleichen Schrift erfolgen (BBl 1982 II S. 678). Je auffälliger allerdings typographische Elemente die beanstandete Tatsachendarstellung prägen, desto mehr rechtfertigt es sich, der Gegendarstellung dieselben typographischen Modalitäten zuzubilligen, um so dasselbe Publikum zu erreichen (BGE 123 III 145 E. 2a S. 147 ff.).

5.3 Der Ausgangsartikel ist gross und auffallend aufgemacht. Er nimmt insgesamt einen Platz von rund 20 cm auf 24 cm ein, wovon mehr als die Hälfte das Bild. Der Titel «Skandal-Urteil» ist in 2,5 cm grossen roten Majuskeln gesetzt, die Überschrift über dem Bild («Züchterin darf Hunde so halten») in einer 1 cm grossen Schrift. Der Text selber ist dreispaltig. Allerdings ist nur ein Teil des Ausgangsartikels gegendarstellungsfähig. Beim Entscheid, den Titel «Gegendarstellung» nach Massgabe des Titels des Ausgangsartikels in 2,5 cm grossen Buchstaben zu setzen, mag sich die Vorinstanz vom Umfang der gesamten Gegendarstellung leiten gelassen haben: Diese umfasste ja nach ihrer Auffassung auch die Veröffentlichung des Bildes. Allerdings durften die kantonalen Instanzen berücksichtigen, dass der auf Sensation und entsprechend schreiende Aufmachung eingestellte und eingeübte Leser eines Boulevardblattes eine Gegendarstellung umso eher zur Kenntnis nimmt, wenn sie ebendiesen Anforderungen entspricht. Vor dem Hintergrund, dass dem kantonalen Richter in diesem Zusammenhang ein weites Ermessen zusteht (BGE 123 III 145 E. 2a S. 148), besteht daher kein Anlass, in die typographische Anordnung der Vorinstanz einzugreifen, welche im konkreten Fall eine Schriftgrösse des Titels von ebenfalls 2,5 cm als angemessen erachtet hat, um die Aufmerksamkeit des Lesers auf die Gegendarstellung zu lenken. Die Berufung erweist sich in diesem Punkte als unbegründet. ■

REMARQUES:

1. Les médias feraient bien, parfois, de ne pas faire de la guérilla lorsqu'ils sont face à une demande de publication d'une réponse. Ils en gagneraient en crédit. L'article publié par le Blick contenait au moins une affirmation justifiant un droit de réponse, et la démonstration du Tribunal fédéral est imparable. L'article litigieux était consacré à l'acquittement d'un éleveur de chien, et avait pour titre «Skandal-Urteil». Dans son rappel des faits, le journal affirmait que lors d'un contrôle par le service vétérinaire, 26 chiens étaient enfermés dans un local de 32 m². La phrase se terminait par un point d'exclamation. Certes, le journal a également fait état de la version de l'éleveur, reprise par le juge, selon laquelle ces chiens n'étaient enfermés que passagèrement en raison du contrôle. Mais en qualifiant le jugement de scandaleux, le journal a signifié à ses lecteurs que la version à retenir est bien celle d'un enfermement inadmissible, contraire aux règles sur la protection des animaux. Dès lors, il y avait matière à réponse et tout le reste n'est que finasserie.

2. En coupant près de deux tiers de la réponse initiale, le juge de première instance a-t-il créé un aliud, soit une réponse qui n'a plus rien de commun avec ce que demandait l'auteur? Là aussi, la réponse du Tribunal fédéral est convaincante. Même ainsi écourtée, la réponse reste substantielle et répond à un reproche important adressé à la personne. On est loin du cas tranché dans l'affaire Bernard Rappaz où, d'une instance à l'autre, le texte de la réponse avait passé de 9 pages à 8 lignes (arrêt 5C.237/2002, du 18 février 2003).

3. Le point le plus original de l'arrêt, sur le plan de la jurisprudence, concerne la question de savoir dans quelle mesure la réponse peut consister en une photo. En fait, ce n'est pas la première fois que le Tribunal fédéral se pose cette question. Sa mémoire, ici, est prise en défaut! Le 27 avril 1998, dans une affaire concernant le «SonntagsBlick», il avait en effet estimé qu'on ne pouvait pas, en réponse à la publication d'une photo déchirée sensée représenter la brouille entre le chef du Département de la défense et son chef de l'état-major général, imposer au journal la publication de la même photo, mais entière (cf. *medialex* 1998, p. 156 ss, et notre commentaire). Une telle photo, disait-il, n'apporte rien de supplémentaire au texte de la réponse; et elle ne délivre pas non plus un message clair. Dans ce nouveau cas, le Tribunal fédéral dit les choses plus nettement encore, en accord avec la doctrine dominante. Une photo non seulement doit se prêter comme réponse; elle doit être, en plus, indispensable (*erforderlich*). Ces conditions n'étaient manifestement pas remplies en l'occurrence. La photo ne complétait le texte de la réponse en rien; et on ne voit pas en quoi un chien tout seul sur une prairie est une réponse claire et indiscutable à l'affirmation selon laquelle on tient les chiens enfermés sur quelques mètres carrés. Dans l'esprit du législateur, les art. 28 g ss CC n'ont pas pour but de donner à la personne attaquée un certain espace dans les médias. Ils visent à opposer à une présentation de faits une autre présentation de faits, claire et concise. Or l'écrit, sauf exceptions, reste le meilleur moyen de satisfaire cette exigence.

4. Selon l'art. 28 k al. 1er CC, la réponse doit être publiée de manière à atteindre «le public qui a eu connaissance de la présentation contestée». Le Tribunal fédéral se permet, sur cette base, de couvrir les juges qui imposent aux médias des conditions relatives à la mise en pages et aux caractères utilisés. Nous avons déjà dit combien ces exigences nous paraissent peu conformes à la loi (ATF 123 III 145, et notre commentaire in *medialex* 1997, p. 160 s.). Ici, le Tribunal fédéral continue sur sa lancée, en exigeant une publication non seulement dans la même rubrique, mais également avec un titre en lettres rouges, de la même grandeur que l'article initial, soit 2,5 cm. Le fait que la réponse ne porte que sur une petite partie de l'article en question et que le titre soit proportionné par rapport à la réponse ordonnée par le juge, et plus encore par rapport à la réponse jugée seule correcte par le Tribunal fédéral, c'est-à-dire sans la photo, n'a pas arrêté les juges de Lausanne. Faut-il rappeler aux juges qu'ils ne sont pas des metteurs en pages et que pour atteindre le même public, il n'est nullement nécessaire d'utiliser des couleurs et des caractères identiques?

PROF. DENIS BARRELET, DETLIGEN

D'AUTRE PART
UND AUSSERDEM

**Auch öffentlicher Radio-
veranstalter zur Beschwer-
de in Strassburg befugt**

Zulässigkeitsentscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (2. Kammer) vom 23.9.2003
«Radio France u.a. c. Frankreich»
(Beschwerde N° 53984/00)

Der französische Radiosender «France-Info» (ein Programm des gebührenfinanzierten Veranstalters «Radio France») thematisierte im Januar 1997 in mehreren Nachrichtenbulletins die Rolle des Politikers Michel Junot bei einer Judendeportation im Jahre 1942. Auf Klage Junots verurteilte die französische Justiz den Programmdirektor und den Autor wegen Ehrverletzung («diffamation publique envers un fonctionnaire public») zu einer Geldbusse von 20'000 Francs sowie zur Bezahlung einer Entschädigung von 50'000 Francs. Als zivilrechtliche Wiedergutmachung wurde «Radio France» dazu verurteilt, während 24 Stunden im Zweistundentakt ein Communiqué mit dem Inhalt des Gerichtsurteils zu verlesen. «Radio France» und die beiden Medienschaffenden beschwerten sich beim EGMR u.a. wegen Verletzung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) und der Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK) und des Grundsatzes «Keine Strafe ohne Gesetz» (Art. 7 EMRK). In ihrer Zwischenentscheid über die Zulässigkeit erklärte eine Mehrheit des Gerichtshofs diese Rügen als zulässig (d.h. als nicht offensichtlich unbegründet). Über diese Aspekte hat der EGMR nun in einem eigentlichen Urteil zu befinden.

Der Zulässigkeitsentscheid befasst sich ausführlich mit dem Einwand der französischen Regierung, die Beschwerde des Programmveranstalters «Radio France» sei unzulässig, weil der Veranstalter gar nicht parteifähig sei. Die Regierung stützte ihre Argumentation auf Artikel 34 EMRK. Nach dieser Bestimmung sind zur Individualbeschwerde an den EGMR lediglich Organisationen befugt, die nichtstaatlich («non gouvernementales») sind. Obwohl «Radio France» nach französischem Recht als Aktiengesellschaft organisiert ist, ist der Veranstalter nach Auffassung der Regierung keine nichtstaatliche Organisation (service public-Auftrag, Staat als alleiniger Aktionär, Finanzierung von «Radio France» über Empfangsgebühren usw.)

Die Begründung des 32 Seiten umfassenden Zulässigkeitsentscheids hält fest, dass nicht nur die staatliche Zentralverwaltung von der Individualbeschwerde ausgeschlossen ist (Ziff. 26). Als staatlich - und damit nicht parteifähig -

hat die Strassburger Rechtsprechung auch Organisationen eingestuft, die hoheitliche Gewalt («puissance publique») ausüben oder unter behördlicher Kontrolle einen öffentlichen Dienst erbringen (z.B. die über ein Monopol verfügende spanische Eisenbahngesellschaft RENFE im Zusammenhang mit einer personalrechtlichen Streitigkeit; EKMR-ZE N° 35216/97 vom 8.9.1997). Ob dies zutrifft, beurteilt sich nach dem rechtlichen Status der Organisation und den ihr eingeräumten Befugnissen, nach der Art und dem Kontext ihrer Tätigkeit sowie nach dem Grad ihrer Unabhängigkeit. Der EGMR räumt ein, dass das Aktienkapital in staatlichem Besitz ist, der Staat die Statuten von «Radio France» genehmigt, der Veranstalter überwiegend aus öffentlichen Empfangsgebühren finanziert ist, im allgemeinen Interesse einen service public erbringt und ein Pflichtenheft zu erfüllen hat. Auf der anderen Seite gewährleiste das französische Gesetzesrecht die Freiheit der audiovisuellen Kommunikation. «Radio France» stehe denn auch nicht unter der Aufsicht des Staates, sondern einer staatsunabhängigen Behörde (Conseil supérieur de l'audiovisuel, CSA). Die Politik der Gesellschaft «Radio France» werde gerade nicht durch den Staat bestimmt. Vielmehr garantiere das Gesetz die organisatorische Unabhängigkeit des Veranstalters und bestimme die Regierung bloss 4 von 12 Verwaltungsratsmitgliedern. Zudem verfüge «Radio France» über keine Monopolstellung und unterstehe den aktienrechtlichen Vorschriften. Die französische Gesetzgebung ziele gerade darauf ab, die publizistische Unabhängigkeit und die institutionelle Autonomie des Veranstalters zu gewährleisten («...le législateur a mis en place un régime dont l'objectif est sans aucun doute de garantir son indépendance éditoriale et son autonomie institutionnelle»). Damit folge Frankreich auch der Empfehlung n° R (96) 10 des Ministerkomitees des Europarates über die Unabhängigkeit des Service public im Rundfunk vom 11. September 1996. Deren Präambel erinnere daran, dass die Unabhängigkeit der Medien für das Funktionieren einer demokratischen Gesellschaft essentiell ist. «Radio France» sei daher als nichtstaatliche Organisation einzustufen. ■

ANMERKUNGEN:

Obwohl es sich erst um einen Zulässigkeitsentscheid handelt, verdient dieser Fall schon jetzt Beachtung. Die aussergewöhnlich umfangreiche Begründung enthält gleichzeitig Verblüffendes und Grundsätzliches und weckt erst noch Spannung für die Zukunft.

Verblüffend ist der Einwand der französischen Regierung, «Radio France» könne sich in Strassburg gar nicht gegen eine seine redaktionelle Freiheit einschränkende Anordnung der Ziviljustiz beschweren: «Radio France» sei - sogar im journalistisch-inhaltlichen Bereich - kein nichtstaatlicher Veranstalter. Die deutsche Regierung z.B. wäre vermutlich kaum auf Idee gekommen, beim EGMR auch nur sinngemäss geltend zu machen, in ihrem Land gebe es einen Staatssender. Die Staatsfreiheit des Rundfunks ist in Deutschland nach den traumatischen Erfahrungen mit der Nazi-Propaganda im 3. Reich zentrales Prinzip. In der Schweiz hat das Bundesgericht schon 1980 deutlich gemacht, die SRG dürfe ihre Programme frei und ohne Anordnungen der Konzessionsbehörde gestalten: Ein staatliches Fernsehen oder Radio wäre mit der grundrechtlichen Garantie der Meinungsfreiheit unvereinbar (Urteil «Temps présent» vom 17.10.1980, ZBI 1982, S. 223). Art. 17 der Bundesverfassung garantiert die Medienfreiheit nunmehr aus-

drücklich auch für Radio und Fernsehen. Inwiefern sich ein Veranstalter im Streit mit der Konzessionsbehörde oder mit seinem Personal auf den Grundrechtsschutz berufen kann, ist zwar auch in der Schweiz nicht unumstritten. Dass dies aber im Streit mit der Ziviljustiz um die Grenzen der journalistischen Freiheit möglich sein muss, scheint evident - und war z.B. bei der SRG-Beschwerde im UWG-Fall «Contra-Schmerz» (EGMR-ZE N° 43524/98 vom 1.5.2001 = *medialex* 2/01, S. 101ff.) offensichtlich kein Thema.

Wie nicht anders zu erwarten war, verwirft der EGMR den französischen Einwand. Er tut dies mit nicht selbstverständlicher Gründlichkeit. Bemerkenswert ist, dass der Gerichtshof in seiner Begründung nicht nur die publizistische Unabhängigkeit erwähnt, um die es im vorliegenden Fall allein geht. Angesprochen wird auch die institutionelle Autonomie. Lässt sich daraus ableiten, die Parteifähigkeit gebührenfinanzierter Veranstalter erstrecke sich auch auf organisatorisch-finanzielle Konflikte mit dem Staat (z.B. um die Höhe der Empfangsgebühren, die Entlohnung der Angestellten oder bestimmte in der Konzession auferlegte Pflichten)? Diese Frage hatte der EGMR vorliegend nicht zu beantworten. Sie würde wohl näherer Prüfung bedürfen. Ob allerdings ein Rundfunkveranstalter jemals solche Streitigkeiten dem Gerichtshof vorlegen wird, scheint unsicher.

Spannung verspricht der vom EGMR nun zu fällende Entscheid über die konkrete Ehrverletzungstreitigkeit. So steht nicht nur die Frage im Raum, inwiefern sich die «France-Info»-Redaktion in ihrer Berichterstattung auf Ausführungen in der Presse («Le Point») stützen durfte (vgl. zu dieser Thematik das EGMR-Urteil N° 38432/98 vom 29.3.2001 «Thoma c. Luxembourg» = *medialex* 2/01, S. 99ff.). Zur Diskussion steht auch, ob es im französischen Recht eine ausreichende Grundlage für die Bestrafung des Direktors und für das angeordnete zwölfmalige Verlesen des Communiqués gab.

DR. FRANZ ZELLER, BERN/AMSTERDAM

.....

Schweiz durfte rassistische Tonträger vernichten

Zulässigkeitsentscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (2. Kammer) vom 25.11.2003 «R.L. c. Schweiz» (Beschwerde N° 43874/98)

1997 beschlagnahmte die Schweizerische Bundespolizei fünf aus Deutschland in die Schweiz gesandte Tonträger (u.a. der Bands «Brutale Haie» und «Chaoskrieger»). Fünf weitere Tonträger und ein Buch (Richard Allen: «Skinhead») wurden dem Adressaten ausgehändigt. Die Bundespolizei begründete die Beschlagnahme mit den Gewalt verherrlichenden und latent rassistischen Texten. Der Bundesrat verfügte 1998 die Einziehung (und damit verbunden die Vernichtung) des beschlagnahmten Materials.

Der Adressat gab an, er habe die Tonträger im Rahmen einer Seminararbeit über die Skinhead-Ideologie und für einen mündlichen Vortrag an einer Erwachsenenschule verwenden wollen. Belege für diese Behauptung konnte er in Strassburg allerdings nicht vorlegen. Eine Mehrheit des Gerichtshofs betrachtete die Beschwerde wegen Verletzung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) und des Rechts auf

Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK) als offensichtlich unbegründet. Die Tonträger waren nach Auffassung der Bundespolizei geeignet, extremistische Gruppierungen zu radikalisieren und das friedliche Zusammenleben in der Schweiz zu gefährden. Der Gerichtshof erklärte, dass solches Material gegen die Grundwerte der EMRK verstösst und dessen Einziehung in einer demokratischen Gesellschaft notwendig (d.h. verhältnismässig) war.

Mit einer Rüge allerdings übersprang der Beschwerdeführer die Zulässigkeitshürde: Eine Verletzung des Rechts auf Zugang zu einem Gericht (Art. 6 EMRK) sah er darin, dass er den negativen Entscheid des Bundesrates nicht bei der Justiz anfechten konnte und auch keine Kopie der bundesrätlichen Begründung erhalten hatte. Der Gerichtshof verwarf den Schweizer Einwand, der Beschwerdeführer habe den innerstaatlichen Instanzenzug gar nicht erschöpft (auf eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht hatte er verzichtet). Im ähnlich gelagerten Fall des ebenfalls eingezogenen Propagandamaterials der kurdischen Organisation PKK war eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben worden, die das Bundesgericht 1999 trotz fehlender Grundlage im schweizerischen Recht - im Hinblick auf Art. 6 EMRK - inhaltlich geprüft hatte (BGE 125 II 417; eine Beschwerde gegen diesen Entscheid bezeichnete EGMR-ZE N° 55641/00 vom 12.4.2001 «Kaptan c. Schweiz» als offensichtlich unbegründet). Nach den Worten des Gerichtshofs wirft der vorliegende Fall in diesem Punkt komplexe Rechts- und Sachfragen auf, die eine nähere Prüfung rechtfertigen. ■

.....

Des politiciens peuvent être traités de «nazis inavoués»

Arrêt de La Cour européenne des Droits de l'Homme (2^e chambre) du 13 novembre 2003 «Scharsach. c. Autriche» (requête no 39394/98)

La Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt du 13 novembre, a reconnu à un journaliste autrichien le droit de citer des noms de politiciens en les qualifiant de «vieux nazis inavoués» («Kellernazi»). Cette expression avait été utilisée dans un article de journal autrichien désignant les membres du FPÖ qui n'avaient pu se dissocier de l'extrême-droite, même s'ils avaient quitté leur parti dans les années 1980 et étaient revenus sous Haider.

Une politicienne autrichienne, Mme Rosenkranz, visée par cet article, intenta des poursuites pénales pour diffamation contre le journaliste et une action en dommages et intérêts contre la société éditrice du quotidien. Elle obtint gain de cause.

Contre ce jugement, le journaliste et la société éditrice du journal ont recouru à la Cour européenne des droits de l'homme s'estimant lésés dans leur droit à la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

La Cour relève que l'article litigieux a été écrit dans un contexte politique et visait une politicienne. Elle rappelle à cet égard que les limites de la critique acceptable sont plus larges pour les politiciens que pour les personnes privées. Elle estime que, dans ces conditions, l'utilisation de l'expression «nazi inavoués» n'a pas excédé ce qui peut être considéré comme «un commentaire de bonne foi» et conclut à la violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. ■

Werbeunterbrechungen von Fernsehserien

(Urteil des EuGH vom 23.10.2003;
Rs. C-245/01 - RTL Television
GmbH/Niedersächsische Landesme-
dienanstalt für den privaten Rund-
funk)

Der EuGH hatte sich in seinem Urteil mit der Frage nach dem Verständnis der Begriffe Reihe und Serie gemäss Art. 11 Abs. 3 der Fernseh-Richtlinie zu befassen. Die entsprechende Vorschrift sieht im Grundsatz vor, dass audiovisuelle Werke nur ein Mal je vollständigem 45-Minuten-Zeitraum unterbrochen werden dürfen; bei Reihen und Serien wird hiervon eine Ausnahme gemacht. Dadurch ist es möglich, diese Sendungen unter Beachtung von Abs. 4 häufiger zu unterbrechen, wobei zwischen den Werbeschaltungen ein Mindestabstand von 20 Minuten liegen soll.

Im nationalen Vorverfahren klagte der private Fernsehveranstalter RTL Television gegen die zuständige Medienaufsichtsbehörde, die Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk (NLM). Die NLM beanstandete die Praxis als rechtswidrig, einzelne Fernsehfilme unter einem bestimmten Thema («Abenteuerliche Liebschaften» ...) zusammenzufassen und für die entsprechende Werbeschaltung die Ausnahmegesetzvorschrift von Art. 11 Abs. 3 der Fernseh-Richtlinie zu reklamieren.

Der EuGH kam zu dem Ergebnis, dass die zur Auslegung vorgesehene Regelung bestimmte Voraussetzungen etabliert, damit von einer Reihe/Serie in Abgrenzung von audiovisuellen Filmwerken und Fernsehfilmen gesprochen werden kann. Erforderlich ist für eine Reihe demnach, dass ein inhaltlicher Bezug der einzelnen Teile zueinander gegeben ist. Dieser kann z.B. dadurch zum Ausdruck kom-

men, dass die Handlung von einer Sendung zur anderen fortgesetzt wird oder eine oder mehrere Personen in den einzelnen Sendungen wiederkehren. Auch Filme, die für das Fernsehen konzipiert worden sind, fallen nach der verbindlichen Interpretation des EuGH unter den Begriff der Fernsehfilme. Daher spielt es, wie seitens der Kläger vorgebracht, keine Rolle, dass diese bereits mit Blick auf die mögliche Einfügung von Werbung hin konzipiert wurden. ■

ANMERKUNGEN:

Kann sich die kommerzielle Fernsehveranstalterin RTL auf die Kunstfreiheit berufen, um zu verhindern, dass ein von ihr hergestellter und ausgestrahlter Fernsehfilm als Programm betrachtet wird, worauf gemäss Artikel 11 Abs. 3 der EG-Fernsehrichtlinie strengere Vorschriften bezüglich der Unterbrecherwerbung anwendbar sind? RTL machte vor dem EuGH geltend, die Freiheit des Produzenten, Fernsehsendungen unter Einbeziehung von Werbeunterbrechungen zu gestalten, werde (u.a.) vom Gemeinschaftsgrundrecht der Kunstfreiheit umfasst, «das sowohl die Erstellung des Kunstwerks als auch dessen Ausstrahlung und Übertragung» schütze. RTL folgerte daraus, dass die Werbebeschränkungen, die Artikel 11 Absatz 3 der Richtlinie für die Ausstrahlung von Fernsehfilmen vorsieht, in die Kunstfreiheit eingriffen. Es stelle sich somit die Frage, ob dieser Grundrechtseingriff durch das Gemeinschaftsrecht gerechtfertigt sei (Rn. 42-44).

Das Einfügen von Werbeunterbrechungen in Fernsehsendungen ist nicht gerade eine Aktivität, die man gemeinhin mit künstlerischem Schaffen assoziiert. Getreu der Warnung «Bad cases make bad law» hat der EuGH glücklicherweise darauf verzichtet, den gemeinschaftsrechtlichen Status der Kunstfreiheit in dieser Konstellation erstmalig zu konkretisieren. In der Auslegung der deutschen Behörden, nach der die weitergehende Schutzregelung des Artikels 11 Absatz 3 der EG-Fernsehrichtlinie auch auf Fernsehfilme anwendbar ist, konnte er keinen Verstoss gegen die Grundrechte erkennen (Rn. 67). Der damit verbundene stärkere Schutz könne zwar wohl in die Meinungsfreiheit im Sinne von Art. 10 EMRK eingreifen. Im konkreten Fall jedoch sei die Massnahme durch überwiegende Verbraucherschutzinteressen im Sinne von Art. 10 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt, weil sie dem Schutz des Fernsehpublikums diene. Sie schütze vor übermässiger kommerzieller Werbung und erleichtere dem Publikum somit den Zugang zu Programmen guter Qualität. Der EuGH hat damit elegant eine in seiner neueren Rechtsprechung feststellbare Tendenz bestätigt, den Menschenrechten der EMRK in der Auslegung des Gemeinschaftsrechts einen grösseren Stellenwert zu geben, ohne sich von der schlauen RTL-Argumentation aufs Glatteis führen zu lassen. Erfreulich ist die Sensibilität mit der der EuGH auf die ästhetischen Bedürfnisse des Publikums einging und berücksichtigte, dass Werbeunterbrechungen bei Fernsehfilmen den Konsumgenuss stärker beeinträchtigen als bei Serien und Reihen.

PROF. CHRISTOPH BEAT GRABER, BERN UND LUZERN

Les documents consultés peuvent être copiés

Arrêt du Tribunal fédéral du 26 novembre 2003 (1P.601/2003) et arrêt du Tribunal administratif de Genève du 26 août 2003 (A/660/2003-CE)

Lorsqu'une loi permet aux citoyens de consulter un document, l'autorité ne peut pas interdire à la personne qui fait

usage de ce droit de photocopier ce document. Une telle interdiction est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. Selon l'art. 29A de la loi genevoise sur l'exercice des droits politiques, tout parti politique qui participe à des élections doit remettre chaque année ses comptes à l'Inspection cantonale des finances. Ceux-ci «sont consultables par toute personne exerçant ses droits politiques dans le canton». Pour le Tribunal fédéral, il est arbitraire d'interdire au citoyen qui consulte ces comptes de lever des copies pour le motif que des copies permettraient à d'autres personnes que des citoyens genevois d'accéder aux comptes en question. En effet, le droit d'accès comporte en lui-même un risque de divulgation des renseignements. Le justiciable peut prendre des notes, ou établir une version dactylographiée «dont rien ne peut empêcher par la suite une large diffusion. Dans ces conditions, l'obtention de photocopies sur place constitue une simple facilité, et on ne voit pas pour quelle raison celle-ci a été refusée au recourant. La qualité de citoyen genevois est certes une condition d'accès aux documents, mais celle-ci ne saurait justifier une restriction à leur utilisation. De toute façon, le refus opposé au recourant n'est manifestement pas apte à atteindre le but apparemment recherché. Il apparaît par conséquent arbitraire».

Le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé sur l'argumentation principale du recourant, fondée sur la loi genevoise sur l'information du public et l'accès aux documents (LIPAD). Le recourant affirmait que les partis politiques sont des organismes privés au sens de l'art. 2 LIPAD, que leurs comptes sont des documents puisqu'ils sont soumis au contrôle de l'Etat et que c'est bien la LIPAD qui s'applique, postérieure à la loi sur les droits politiques. Dans son arrêt du 26 août 2003, le Tribunal administratif genevois affirmait que l'art. 1 LIPAD garantit l'information relative aux activités des institutions visées à l'art. 2, «soit des pouvoirs publics et des institutions sous la maîtrise des pouvoirs publics ou chargées de remplir des tâches de droit public. Elle ne s'applique ainsi pas aux personnes privées indépendantes et notamment pas aux activités des partis politiques, quand bien même elle vise à favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique». Selon le Tribunal administratif, les comptes des partis, par ailleurs, ne sont pas des documents au sens de la LIPAD, car ils ne sont pas susceptibles de contenir des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique. «La présence de tels documents privés au sein de l'Etat à des fins de contrôle ne modifie pas leur nature». Seule dès lors, la loi sur les droits politiques est applicable en l'espèce. La levée de copies ne peut pas être autorisée, car «de telles copies permettraient une diffusion de ces comptes au public en général, ce qui est contraire au texte légal». ■

REMARQUES:

Dès l'instant où un document achevé est en mains de l'Etat ou d'une institution assimilable à l'Etat, il devient un document pouvant être consulté au sens de l'art. 24 LIPAD, quelle qu'en soit l'origine, quel qu'en soit l'auteur. Ni cette loi genevoise, ni les autres lois sur la transparence en Suisse, ni le projet du Conseil fédéral

n'ont délimité leur champ d'application en fonction de la provenance des documents ou de leur utilité pour la connaissance des activités de l'Etat. On s'étonne dès lors de l'argumentation du Service genevois des votations et élections, repris par le Tribunal administratif. (A propos des malentendus qui semblent encore exister au sein des autorités genevoises sur la nature de la LIPAD: voir *medialex* 2003, p. 239 s.). Lorsqu'un document en mains de l'Etat provient de particuliers ou d'organismes privés, on ne peut jamais prétendre d'emblée que la LIPAD ne s'applique pas. On peut certes en refuser l'accès, mais uniquement lorsqu'il existe une exception selon l'art. 26 LIPAD, par exemple lorsque l'accès porterait atteinte à la sphère privée ou familiale, à des secrets d'affaires, au secret fiscal ou bancaire, ou lorsqu'il donnerait à des tiers un avantage indu en matière de concurrence. En l'occurrence, il n'existait aucun motif de ce genre puisque, précisément, la remise à l'Etat des comptes des partis, y compris la liste des donateurs, vise à assurer leur publicité. Quant au stratagème imaginé par les autorités genevoises pour s'assurer que la connaissance des comptes des partis n'excède pas le cercle des citoyens - l'interdiction des copies - le Tribunal fédéral dit ce qu'il faut en penser.

PROF. DENIS BARRELET, DETLIGEN

.....

Kündigung wegen E-Mail mit sexueller Belästigung?

Urteil des Bundesgerichts vom
30.07.2003 (4C. 109/2003)

Es liegt kein wichtiger Grund für eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Einhaltung der Kündigungsfrist vor, wenn jemand eine E-Mail mit pornografischem Inhalt an einen Bekannten, der solche Sendungen schätzt, ausserhalb des Betriebs sendet und der Empfänger wegen Abwesenheit alle eingehenden E-Mails automatisch an einen Mitarbeiter umleitet, der sich deswegen sexuell belästigt fühlt.

Das Bundesgericht bestätigt in diesem Urteil den Entscheid des Appellationshofs des Kantons Bern, I. Zivilkammer, vom 11. Februar 2003. «Zunächst hat die Vorinstanz geprüft, ob das Versenden eines E-Mails mit pornographischem Inhalt als strafbare Handlung zu qualifizieren sei, welche in der Regel einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung bilden würde (vgl. BGE 117 II 560 E. 3b S. 562 m.w.H.). Zutreffend wurde das Vorliegen eines strafbaren Verhaltens des Klägers verneint. In objektiver Hinsicht könnte das unaufgeforderte Zusenden eines Mails mit pornographischem Inhalt zwar gegen Art. 197 StGB verstossen (BGE 128 IV 260 ff.). In subjektiver Hinsicht ist im vorliegenden Fall aber davon auszugehen, dass der Kläger keine sexuelle Belästigung wollte bzw. billigend in Kauf nahm. Das E-Mail war an einen Kollegen adressiert, der nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz nichts gegen die Zusendung pornographischer E-Mails einzuwenden hatte. Der Einwand der Beklagten, diese Feststellung beruhe auf einem offensichtlichen Versehen, ist nicht überzeugend, weil die Beklagte an anderer Stelle

selbst einräumt, dass der Adressat nichts gegen die Zusendung pornographischer E-Mails einzuwenden gehabt habe. Der Kläger hätte zwar als Mitarbeiter in einem Informatikbetrieb voraussehen können, dass das E-Mail unter Umständen - wie im vorliegenden Fall geschehen - automatisch an Dritte weitergeleitet werden könnte, die durch den pornographischen Inhalt des E-Mails belästigt werden könnten, doch ist ihm dieses Wissen höchstens als Fahrlässigkeit anzurechnen, welche nicht strafbar ist.»

Verneint hat das Bundesgericht auch die Annahme eines Wiederholungsfalles, obwohl der Arbeitgeber im Zusammenhang mit einem anderen Vorfall, mit dem der Entlassene nichts zu tun hatte, die Mitarbeitenden mehrfach mit Rundschreiben darauf hingewiesen hatte, dass sexuelle Belästigungen nicht geduldet und mit Sanktionen geahndet würden. «Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz zutreffend festgehalten, dass der Kläger aufgrund des weiten Rahmens der in den Rundmails bzw. dem Rundschreiben angedrohten Sanktionen - Verweis bis fristlose Kündigung - nicht damit rechnen musste, dass seine Verfehlung mit einer fristlosen Kündigung geahndet würde, weil ihm höchstens eine fahrlässige sexuelle Belästigung von Dritten vorzuwerfen ist. Dies hat umso mehr zu gelten, als die von anderen Mitarbeitern verübten sexuellen Belästigungen gegenüber einer Arbeitskollegin seitens der Beklagten nur mit einem Verweis geahndet wurden, obwohl den Arbeitgeber in diesem Bereich eine besondere Verantwortung trifft. ■

.....

Betrügerisches Telefonieren mit gestohlenem Handy

Bundesgerichtsentscheid vom
7. November 2003 (BGE 129 IV 315)

Das Bundesgericht qualifiziert in einem neuen Entscheid vom 7. November 2003 das Telefonieren mit einem gestohlenen Mobiltelefon als betrügerischer Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage im Sinne von Art. 147 StGB. Damit bestätigte es das Urteil des Obergerichtes des Kantons Thurgau, welches den Verurteilten am 21. Januar 2003 in zweiter Instanz schuldig gesprochen hatte. Der Verurteilte hatte im Januar 2000 in einem Restaurant ein Mobiltelefon gestohlen und damit bis zur Sperrung des Telefons für mehr als 3500 Franken telefoniert.

Das Bundesgericht hatte zu beurteilen, ob im vorliegenden Fall eine unbefugte Verwendung von Daten vorgenommen wurde und der von Art. 147 StGB geforderte Bezug zu einer Datenverarbeitung bzw. Datenverarbeitungsanlage gegeben ist, obwohl der Verurteilte mit dem von ihm rechtswidrig angeeigneten Mobiltelefon ausschließlich telefoniert hatte. Nach Ansicht des Bundesgerichtes findet beim Gespräch nicht nur ein mündlicher Austausch von Infor-

mationen statt, sondern auch ein Datenverarbeitungsvorgang, weshalb der Tatbestand von Art. 147 StGB erfüllt sei. «Zu untersuchen ist somit, ob der von Art. 147 StGB geforderte Bezug zu einer Datenverarbeitung bzw. Datenverarbeitungsanlage gegeben ist. Unter Datenverarbeitung sind elektronische oder vergleichbare technische Vorgänge zu verstehen, bei denen durch Eingabe von Daten bzw. Arbeitsbefehlen und ihre Verknüpfung nach Programmen, die eine Kodierung der Daten voraussetzen, automatisierte Arbeitsergebnisse erzielt werden (vgl. KARL LACKNER/KRISTIAN KÜHL, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 24. Aufl., München 2001, § 263a dStGB N 4 mit Hinweisen; ferner NIKLAUS SCHMID, Computer- sowie Check- und Kreditkartenkriminalität, Zürich 1994, § 2 N 9 ff.). Es geht dabei um Computer und deren Programme. Mobiltelefone verfügen über verschiedene automatisierte Arbeitsfunktionen. Sie sind zudem über die SIM-Chipkarte mit den Antennen und Rechnern des jeweiligen Mobiltelefonanbieters verbunden. Beim Telefonieren mit einem Mobiltelefongerät findet nicht nur ein mündlicher Informationsaustausch zwischen den Gesprächspartnern statt, sondern es erfolgt auch ein bedeutsamer Datenverarbeitungsvorgang. Die Daten der SIM-Chipkarte werden dem Computer der Telefongesellschaft übermittelt und dort verarbeitet. Die Rechner der Telefongesellschaft sammeln, verarbeiten und speichern eine ganze Reihe von Informationen über Telefonate, etwa die angewählte Telefonnummer, die Gesprächsdauer und -kosten sowie die benutzten Antennen. Diese Daten dienen den Telefongesellschaften unter anderem dazu, periodisch in automatisierter Form Rechnungen auszufertigen und an die Kunden zu versenden. Angesichts dieser Abläufe hat die Vorinstanz zutreffend angenommen, dass der Anrufer beim mobilen Telefonieren im Sinne von Art. 147 StGB auf einen Datenverarbeitungsvorgang einwirkt. Das gilt unabhängig davon, ob die SIM-Chipkarte mit einem Code gesperrt ist oder das Mobiltelefon von jeder beliebigen Person verwendet werden kann. Wie dargelegt, hat der Beschwerdeführer mit der Anwahl von Telefonnummern Daten im Sinne von Art. 147 StGB verwendet. Dies erfolgte gegen den Willen der Eigentümerin des Mobiltelefons, die zugleich Abonnetin der Swisscom war. Die Kosten der Telefonate des Beschwerdeführers wurden der Abonnetin automatisch belastet bzw. in Rechnung gestellt. Der Beschwerdeführer löste folglich mit seinen Anrufen jeweils eine Vermögensverschiebung zum Schaden der Eigentümerin des Mobiltelefons aus, da diese vertraglich verpflichtet war, der Telefongesellschaft die Anruferkosten zu bezahlen. Auf Grund seiner fehlenden rechtlichen Befugnis, die fremde SIM-Chipkarte zu benutzen, führten die von der Gesellschaft verarbeiteten Daten der ohne Recht durchgeführten Telefonate zu einem unzutreffenden Ergebnis. Hätte die Berechtigte die Telefongesellschaft vom Verlust des Telefons informiert, wäre die SIM-Chipkarte gesperrt worden. Das Verhalten des Beschwerdeführers war damit unbefugt im Sinne von Art. 147 StGB. Wohl wird dadurch die Parallele zum Betrug verlassen, weil der Beschwerdeführer weder einen Code eingeben noch eine Identitätskontrolle

über sich ergehen lassen musste, um das Mobiltelefon benutzen zu können, doch entspricht dies dem Willen des Gesetzgebers, den Anwendungsbereich der Norm über die Tatvariante der unbefugten Verwendung von Daten auf Sachverhalte im Bereich der Geschäftsherrendelikte auszuweiten (vgl. GERHARD FIOILKA, Basler Kommentar, StGB II, Art. 147 N 10 mit Hinweisen; STRATENWERTH/JENNY, a.a.O., § 16 N 7; JÖRG REHBERG/NIKLAUS SCHMID/ANDREAS DONATSCH, Strafrecht III, 8. Aufl., Zürich 2003, S. 206). Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Vorinstanz den Beschwerdeführer zu Recht wegen betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage verurteilt hat.» ■

ANMERKUNGEN:

Obwohl der Tatbestand des betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage nach Art. 147 StGB bereits seit fast 10 Jahren in Kraft ist, gibt es dazu bis jetzt nur sehr wenig höchstgerichtliche Rechtsprechung, und dies obwohl die Norm in einem Gebiet situiert ist, welches sich beträchtlicher praktischer Bedeutung erfreut und mit diversen Unklarheiten behaftet ist. Diese werden durch das obige Urteil nicht gemindert, denn der Entscheid zeugt von einer doch beachtlichen Experimentierlust der Praxis. Setzt man dieses Urteil konsequent um, so wird Art. 147 StGB Fallkonstellationen erfassen können, an die bei Erlass wohl niemand gedacht hätte.

Beizupflichten ist immerhin der Auffassung, dass zumindest die Mobiltelefonienetze, je nach Funktionsumfang auch die Endgeräte, Datenverarbeitungsanlagen i.S.v. Art. 147 StGB darstellen. Weder ein Festhalten an den überholten Vorstellungen der Botenschaft, die ganze Gruppen von Geräten apodiktisch aus dem Anwendungsbereich von Art. 147 StGB ausklammerte (vgl. BBl 1991 II 988), noch die ein wenig an das Raumschiff Enterprise gemahrende Umschreibung der durch Art. 147 erfassten Geräte als «Systeme höherer Funktionsstufen» (N. SCHMID, Computer- sowie Check- und Kreditkarten-Kriminalität, Zürich 1994, § 2 N 19) ist geeignet, den technischen Wandel begrifflich zu begleiten (vgl. G. FIOILKA, Art. 147 N 15 f., in: M.A. NIGGLI / H. WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Basel u.a. 2003). In Mobiltelefonienetzen finden automatisierte Datenverarbeitungsvorgänge statt, welche intransparent und von Menschen nicht unmittelbar kontrollierbar sind. Durch Art. 147 StGB erfasst ist jedoch nicht die Übermittlung von Daten und Sprache im Rahmen des Telekommunikationsvorganges zwischen den menschlichen Interaktionspartnern, sondern die (für die Nutzer zunächst einmal peripheren) Vorgänge, welche zur Fakturierung von Gesprächen bzw. zur Abbuchung von Gesprächsgebühren von vorausbezahlten Gesprächsguthaben führen.

Mit der schrankenlosen Erfassung des unautorisierten Mobiltelefonierens geht jedoch das aus den romanischen Gesetzesfassungen («par le biais du résultat inexact ainsi obtenu» bzw. «per mezzo dei risultati erronei così ottenuti») eindeutig hervorgehobene Merkmal der Unrichtigkeit des Ergebnisses verloren, welches in der Lehre zwar nicht Gegenstand ausgiebiger Diskussion, immerhin aber unbestritten ist und seine gesteigerte Bedeutung daraus schöpft, dass es eine gewisse Parallelität von Art. 147 StGB zum Betrugstatbestand herstellen soll (vgl. FIOILKA, a.a.O., Art 147 N 28 m.w.N.; G. STRATENWERTH / G. JENNY, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, 6. A., Bern 2003, § 16 N 7; J. REHBERG / N. SCHMID / A. DONATSCH, Strafrecht III, 8. A., Zürich 2003, 206 f.). Dass die unbefugte Verwendung von Daten zu einem unrichtigen Ergebnis des Datenverarbeitungsvorgangs führen soll, muss auch bedeuten, dass ein Konnex zwischen Datenverwendung und Ergebnis bestehen muss. Wenn mit der Verwendung der gleichen Daten programmgemäss sowohl ein richtiges als auch ein unrichtiges Ergebnis erzielt werden kann, so fehlt dieser Konnex.

Zur Verdeutlichung zwei Beispiele: Die Daten auf den Codekarten zu Geldausgabeautomaten und die entsprechenden Codes werden individuell dergestalt an Berechtigte abgegeben, dass nur der Berechtigte durch Eingabe des Zahlencodes eine Auszahlung aus-

lösen kann. Eine automatisierte Auslösung des Vorgangs ohne den Geheimcode (den plangemäss nur der Berechtigte hat) kann nicht stattfinden. Die Daten auf einer nicht gesperrten SIM-Karte können demgegenüber von jedermann durch Eingabe einer Telefonnummer aktiviert werden. Diese Daten sind in Bezug auf die Richtigkeit des Ergebnisses (also der Fakturierung des Gesprächs) indifferent, denn sie erlauben an sich keine Identitätskontrolle des Telefonierenden. Das Mittel zur Feststellung der Identität (insoweit das funktionale Äquivalent zum Geheimcode der Codekarte am Geldautomaten) ist auch beim Mobiltelefon der PIN-Code. Die Auffassung, dass es auf den PIN-Code nicht ankomme (E. 2.2.3) führt so im Ergebnis dazu, dass es auf die Unrichtigkeit des Ergebnisses nicht mehr ankommt. Die Verwendung der Telefonnummer ist an sich jedenfalls nicht als unbefugte Verwendung von Daten zu bezeichnen, denn die Telefonnummer darf von jedermann (in den Grenzen von Art. 179^{septies} StGB) benutzt werden.

Völlig ausgeblendet wird mit dieser Rechtsprechung auch der beim Betrug nach Art. 146 StGB durch die Erfordernis der Arglist kunstvoll hochgehaltene und bei Art. 148 StGB durch eine Sorgfaltsklausel sogar ins Gesetz aufgenommene Aspekt der Opfermitverantwortung (vgl. G. ARZT, Art 146 N 50, 57 ff., NIGGLI/WIPRÄCHTIGER, op.cit.; G. FIOILKA, Art. 148 N 35, NIGGLI/WIPRÄCHTIGER, op.cit.). Auf der Opferseite finden wir hier eine Mobiltelefoneigentümerin, die den Verlust ihres (offenbar ungesperrt verlorenen) Mobiltelefons erst mehr als einen Monat nach dessen Verlust der Telephongesellschaft meldet und eine Telephongesellschaft, die ohne Nachfragen Gesprächsgebühren von Fr. 3'500 (die möglicherweise dem Nutzerverhalten der Abonnetin überhaupt nicht entsprechen) auflaufen lässt. Im nicht-digitalisierten Leben würde man das wohl als extrem unvorsichtig bezeichnen. Auch der Aspekt der Opfermitverantwortung müsste dazu führen, dass beim Missbrauch von Mobiltelefonen auf den Gebrauch des PIN-Codes abzustellen ist. Die Konsequenzen des Vorgehens im entscheid sind unabsehbar. So finden bei der Festnetztelefonie die gleichen Datenverarbeitungsvorgänge statt wie bei der Mobiltelefonie, insbesondere was die Fakturierung anbelangt. Im Ergebnis müsste nun also auch die unautorisierte Benutzung eines Festnetztelefons als Verstoß gegen Art. 147 StGB zu qualifizieren sein.

LIC. IUR. GERHARD FIOILKA, UNIVERSITÄT FREIBURG

Droit à l'oubli: le «Journal de Genève» condamné

Arrêt du Tribunal fédéral du
23 octobre 2003 (5C.156/2003)

Le Tribunal fédéral confirme un jugement genevois condamnant le «Journal de Genève» à verser des indemnités pour tort moral à un malfrat repent, le droit à l'oubli de ce dernier n'ayant pas été respecté. Membre de la «bande à Fasel» pendant les années 1978-79, A. avait réussi sa réinsertion professionnelle après avoir été condamné en 1985. C'est alors qu'il occupait un poste de responsable informatique dans une société américaine basée à Genève, qu'un chroniqueur du «Journal de Genève» s'est permis de rappeler l'épopée du «trio infernal». Dans son article, il citait nommément l'identité de chacun de ses membres et rappelait la longue liste de leurs braquages. Ces révélations ont conduit au licenciement de l'ex-taulard. Celui-ci, quelques jours plus tard, était admis dans une clinique psychiatrique, victime d'une profonde dépression. Sa deman-

de de réparation a été acceptée par le Tribunal de première instance. L'indemnité allouée couvrait les pertes de salaire passées et futures, soit au total 536 174 fr., et le tort moral, soit 20 000 fr. En vertu du principe de la causalité adéquate applicable pour les atteintes d'ordre psychique, la Cour de justice de Genève, a estimé que le traumatisme subi par l'évocation de son emprisonnement ne pouvait donner lieu à une compensation pour perte de gain d'une durée illimitée, mais pour trois ans seulement. Elle a admis un solde de 30 766 francs. En revanche, elle a doublé l'indemnité pour tort moral et l'a portée à 40 000 francs, estimant que la révélation fautive et illicite du passé pénal de A. avait mis «à néant ses efforts de resocialisation, portant une atteinte irréparable à la nouvelle vie qu'il s'était entretemps aménagée. Cette révélation a constitué subjectivement une punition supplémentaire injustifiée, et sa psyché a été profondément atteinte, ce qui a nécessité plusieurs hospitalisations et un traitement médical adéquat».

Le Tribunal fédéral confirme qu'en cas d'atteinte psychique, on se fondera sur l'existence d'un lien de causalité adéquate. «Le rapport de causalité est adéquat lorsque l'événement considéré était propre, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, à entraîner un résultat du genre de celui qui s'est produit». Pour le Tribunal fédéral, «la violence du choc émotionnel vécu par le recourant, ensuite de la révélation fautive et illicite de son passé criminel par le «Journal de Genève», doit sans conteste être mise en rapport avec les efforts considérables que le recourant a dû accomplir en vue de sa réinsertion après une longue incarcération». Mais les conclusions tirées par les juges cantonaux ne procèdent pas pour autant d'un abus de leur pouvoir d'appréciation. «Il est en effet conforme à l'expérience générale de la vie de dire que la réaction d'un homme de 45 ans qui, confronté à un tel choc émotionnel, n'a pas surmonté le traumatisme psychique après trois ans - période sur laquelle il est possible d'accomplir un travail psychothérapeutique de fond - ne peut plus être considérée comme étant une conséquence dans une certaine mesure «caractéristique» et donc adéquate de l'événement déclencheur». ■

REMARQUES:

Il s'agit là d'un triste cas d'école. Le fait qu'un journal de l'époque jouissant d'une réputation sérieuse ait pu commettre une faute pareille, au su de ses dirigeants, en dit long sur la légèreté avec laquelle, trop souvent, on aborde la problématique de la chronique judiciaire dans les médias. Le droit à l'oubli est un élément central dans un Etat qui prétend disposer d'une justice humaine. Sans lui, les condamnés n'auraient aucune chance de retrouver leur place dans la société (voir la Recommandation du Conseil de l'Europe sur la diffusion d'informations par les médias en relation avec les procédures pénales, Rec (2003)13, du 10 juillet 2003; *medialex* 2003, p. 141 s.). En l'occurrence, on n'entrera pas dans la querelle d'experts pour savoir à combien d'années se monte l'incapacité de travail, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie. Il reste néanmoins un sentiment d'insatisfaction. Croit-on réellement, selon l'expérience de la vie, qu'une personne qui a subi un coup pareil peut retrouver sa pleine force psychique pour tenter une nouvelle resocialisation et retrouver la même situation enviable sur le marché de l'emploi? Mais la réserve la plus sérieuse

concerne le montant de l'indemnité pour tort moral, qui n'était certes pas la question soumise au Tribunal fédéral. Certes, la Cour de justice genevoise l'a augmenté, en le portant à 40 000 francs. Au vu de la gravité de l'atteinte, et sans parler de la gravité de la faute commise, force est de dire que la somme est clairement sous-estimée.

PROF. DENIS BARRELET, DETLIGEN

Insinuations illicites à l'encontre d'un politicien

Arrêts du Tribunal de première instance du canton de Genève du 9 octobre 2003 (JTPI/11565/2003 et JTPI/11566/2003)

La SA Tribune de Genève, son éditeur-délégué, son rédacteur en chef, son Centre d'impression et son rédacteur sont condamnés à verser des indemnités pour tort moral (11'557 fr. au total) au député démocrate-chrétien Philippe Glatz, ainsi qu'à la société Cassis Management, qui avait intenté une action séparée. Le Tribunal de première instance juge que deux articles publiés les 13 décembre 2001 et le 17 janvier 2002 dans la Tribune de Genève ont porté une atteinte illicite à l'honneur des plaignants. Dans ces deux articles, le journaliste avait notamment insinué que la société Cassis Management, administrée par Philippe Glatz, avait bénéficié de prix cassés lors du rachat d'un club genevois en faillite, et sous-entendait que le politicien avait profité de ses connaissances pour obtenir des avantages de manière douteuse. Le journaliste avait relevé également que cette même personne avait omis de déclarer les liens qui l'unissaient à Cassis Management laissant sous-entendre que le dessein de cet oubli était de couvrir des actes inavouables. Pour le Tribunal, cette insinuation donne aux lecteurs le sentiment que le prix payé a été obtenu de manière malhonnête, alors qu'aucune preuve de connivence entre le fonctionnaire de l'Office des poursuites et les membres de Cassis Management n'a été apportée. Il ne fait aucun doute qu'une telle manière de présenter de l'information et d'accuser une personne de mensonge porte atteinte à son honneur puisqu'une personne qui ment n'est pas une personne honorable. Il s'agit d'une atteinte injustifiée, car «s'il existait un intérêt public à ce que l'omission du demandeur soit signalée, il n'était pas justifié de laisser planer un doute sur le caractère volontaire de cette omission illégale». Le Tribunal constate que si le journaliste a énoncé des faits véridiques dans des phrases prises séparément, des déformations ont surgi par le fait que les informations étaient révélées de manière peu claire. Dans ces conditions, les atteintes portées aux droits de la personnalité ne peuvent être justifiées par l'intérêt du public lecteur à qui l'on doit délivrer des faits complets et précis. Le Tribunal ordonne également la publication immédiate du dispositif du jugement aux frais des accusés. ■

Droits d'auteur pour un festival

Arrêt du Tribunal cantonal
fribourgeois du 12 novembre 2003
(A2 2003-38)

Pascal Cornu, initiateur du «Festival itinérant» qui s'est tenu dans quatre villages de Suisse romande en avril 2002, devra payer les 12 042 fr. 25 que lui demande Suisa. Le Tribunal cantonal constate que les cinq auteurs-compositeurs qui se sont produits lors du festival ont cédé à Suisa à titre exclusif les droits d'utilisation des oeuvres qu'ils ont créées, en particulier le droit d'exécuter leurs oeuvres de quelque manière ou sous quelque forme que ce soit, ainsi que les droits à rémunération. Les auteurs du spectacle «La Sorcière du Placard aux Balais», également joué durant le festival, ont cédé leurs droits à la société française Sacem. Mais celle-ci les a transférés à Suisa pour le territoire suisse. Par conséquent, Suisa est en droit de réclamer à Pascal Cornu les droits qu'il n'a pas voulu acquitter. Selon le Tarif K, la redevance se calcule en principe sous forme d'un pourcentage des recettes (10%) auquel s'ajoute la TVA (2.4%). Lorsque les données ne parviennent pas à Suisa dans les délais, celle-ci peut exiger une redevance de 2 fr. 80 par place disponible dans la salle. C'est ce qu'a fait Suisa, renonçant à la possibilité qu'elle a, en plus, de doubler la redevance lorsque l'organisateur du concert a omis de demander l'autorisation d'utiliser les oeuvres. Le Tribunal cantonal relève encore que les sociétés de gestion sont autorisées - et obligées (art. 44 LDA) - à exiger la rémunération due, «sans devoir justifier pour chaque oeuvre particulière d'un mandat correspondant de l'ayant droit (ATF 124 III 489)». ■

Abgrenzung der Zuständigkeit von UVEK und BAKOM

Entscheid des Eidg. Departements für
Umwelt, Verkehr, Energie und
Kommunikation vom
11. Januar 2004 (519.1-177)

In einem Entscheid vom 11. Januar 2004 hält das Eidg. Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) fest, dass es Aufgabe der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) ist, Werbespots auf ihre Vereinbarkeit mit dem Verbot politischer Werbung zu überprüfen, da diese Frage zentrale Aspekte der freien Meinungs- und Willensbildung des Publikums berühre. Das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) jedoch sei nach dem Willen des Gesetzgebers als verwaltungsinterne Stelle für diese Aufgabe nicht geeignet, zumal in diesem sensiblen Bereich leicht der Eindruck einer staatlichen Manipulation oder Zensur entstehen könne.

Dem neuen UVEK-Entscheid ging eine Verfügung des BAKOM vom 14. März 2003 voraus, worin festgestellt wurde, dass die SRG mit der Ausstrahlung des Werbespots «Jetzt ein Stromausfall» des Forums für Stromversorgung gegen Art. 18 Abs. 5 RTVG verstossen hat (siehe *medialex* 2/03, S. 112ff.). Diese Bestimmung untersagt u.a. auch politische Werbung im Fernsehen. Mit zusätzlicher Verfügung vom 11. April 2003 hat das BAKOM die Höhe der von der SRG zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes abzulieferenden Einnahmen festgesetzt. Gegen die beiden Verfügungen erhob die SRG Verwaltungsbeschwerde beim zuständigen Departement (UVEK) und verlangt die Aufhebung der Entscheide aufgrund fehlender Zuständigkeit. Nicht das BAKOM, sondern die UBI sei zuständige Behörde zur Anwendung der Bestimmung über die politische Werbung.

Das UVEK kommt in seinem Entscheid zum Schluss, dass die UBI einzig für die eigentliche Programmaufsicht zuständig ist und dem BAKOM die allgemeine Aufsicht über Rundfunkveranstalter obliegt. Entscheidend für die Abgrenzung der Zuständigkeiten ist gemäss UVEK, welchem Zweck eine bestimmte Norm diene. Es verweist dazu auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach die UBI «Aspekte mit Programmatur» zu prüfen hat, welche insbesondere immer bei den sensiblen Fragen um die freie Meinungs- und Willensbildung vorliegen. Allgemeine Fragen wie die finanzielle und technische Aufsicht fielen dagegen in den Kompetenzbereich des BAKOM. Das gelte im Grundsatz auch für die Werbevorschriften von Art. 18 RTVG, welche alle einen finanzrechtlichen Aspekt aufweisen. Das BAKOM sei deshalb einerseits bei sämtlichen Werbeverboten für die finanzrechtlichen Fragen zuständig, andererseits habe es umfassend über diejenigen Werbeverbote zu wachen, welche wie beispielsweise das Alkoholverbot nicht die freie Meinungs- und Willensbildung des Publikums tangieren.

Dagegen sei es Aufgabe der UBI, «Werbespots auf ihre Vereinbarkeit mit dem Verbot politischer Werbung zu überprüfen, berührt doch diese Frage zentrale Aspekte der freien Meinungs- und Willensbildung des Publikums. Das BAKOM ist nach dem Willen des Gesetzgebers als verwaltungsinterne Stelle für diese Aufgabe nicht geeignet, zumal in diesem sensiblen Bereich leicht der Eindruck einer staatlichen Manipulation oder Zensur entstehen könnte.» Nach der Feststellung einer Verletzung gegen das Verbot politischer Werbung durch die UBI könne das BAKOM die finanziellen Folgen des Verstosses regeln (z.B. Einziehung von Einnahmen). «In diesem Sinne ist auch die vom Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung erwähnte doppelte Zuständigkeit zu verstehen: Zwar sind im gleichen Fall die UBI und das BAKOM zuständig, aber nicht für die Beantwortung der gleichen Fragen. (...) Die doppelte Zuständigkeit ist folglich nicht als parallele, sondern als ergänzende, nachfolgende zu verstehen.»

Das UVEK beschäftigte sich auch aus »ergebnisorientierter Perspektive« mit der Zuständigkeitsfrage und verwarf den Einwand, aufgrund der langen Verfahrensdauer bei Beschwerdeverfahren und der beschränkten Sanktionsmöglichkeiten könne die UBI der Bestimmung über das Verbot politischer Werbung nur ungenügend Nachachtung verschaffen. Das BAKOM habe nämlich nicht nur die Möglichkeit, Sanktionen zu ergreifen, sondern auch beim UVEK zu intervenieren, damit dieses eine Beschwerde bei der UBI im Sinne von Art. 63 Abs. 2 RTVG erheben könne. In solchen Fällen entfalle das Ombudsverfahren und eine programmrechtliche Prüfung könne damit speditiv erfolgen. ■

ANMERKUNGEN:

1. Das UVEK hält in seinem Entscheid klärend fest, dass Fragen der freien Meinungs- und Willensbildung des Publikums im Zusammenhang von Werbespots nicht durch das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM), sondern durch die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) zu prüfen sind. Die Zuständigkeit der UBI in diesem Bereich ist eine ausschliessliche. Mit der Aufhebung der angefochtenen BAKOM-Verfügung beweist das UVEK, dass es der Möglichkeit einer verwaltungsunabhängigen Beurteilung von Fragen politischer Meinungsbildung in den elektronischen Medien grosse Bedeutung zumisst. Das gilt auch dann, wenn sich solche innerhalb von Werbeblöcken stellen.

Das UVEK erinnert daran, dass die UBI seinerzeit im Bestreben geschaffen wurde, die Beurteilung von Fragen, welche die freie Meinungs- und Willensbildung des Publikums, die Transparenz einer Sendung oder Probleme verfälschter Information betreffen, aus der allgemeinen staatlichen Aufsicht herauszulösen und einer unabhängigen Instanz zu übertragen. Damit wollte der Gesetzgeber die Gefahr einer staatlichen Intervention und Manipulation der elektronischen Medien minimieren. Zu diesem spezifischen Bereich ausschliesslicher Zuständigkeit der UBI gehört auch die Frage, ob ein Werbespot politisch sei und damit dem in Art. 18 Abs. 5 RTVG enthaltenen Verbot politischer Werbung zuwiderläuft. Das UVEK sieht die ratio legis dieser Norm darin, dass politische Inhalte ins eigentliche Programm gehörten und »nicht in die wirtschaftlich orientierte und immer auch tendenziell manipulative Werbung«.

2. Neu an diesem Entscheid ist die Präzisierung der Frage, wie die vom Bundesgericht anerkannte doppelte Zuständigkeit von BAKOM und UBI in gewissen Werbelagen zu interpretieren sei. Das UVEK widerspricht der Ansicht des BAKOM, wonach in solchen Fällen beide Behörden zur Behandlung der gleichen Fragen zuständig seien. Eine in diesem Sinne parallele Kompetenz der beiden Behörden sei weder sinnvoll noch nötig. Für die Frage, ob es sich bei einem Werbespot um politische Werbung handle, sei ausschliesslich die UBI zuständig. Hat die UBI eine Verletzung des Verbots politischer Werbung festgestellt, obliege es dem BAKOM, kraft seiner Aufsichtszuständigkeit zu prüfen, ob z.B. die Einnahmen einzuziehen seien.

3. Wie ist nun aber vorzugehen, wenn keine Beschwerde bei der UBI eingereicht wurde? Weil die UBI nur auf Beschwerde hin aktiv werden kann, müsste die zuständige Verwaltungseinheit selbst mit einer Beschwerde an die UBI gelangen können. Der Entscheid schlägt diesen Weg ausdrücklich vor und verweist zu Recht auf die in Art. 63 Abs. 2 RTVG vorgesehene Möglichkeit einer Departementsbeschwerde. Weil das UVEK nach ständiger Praxis an die UBI gelangen kann, ohne vorgängig die Ombudsstelle einschalten zu müssen, wäre auch gewährleistet, dass ein UBI-Entscheid - zwar nicht so rasch wie einer des BAKOM - aber doch innert nützlicher Frist ergehen könnte.

Unzutreffend ist die Erwägung des UVEK, dass die UBI »den Veranstalter auffordern [könne,] geeignete Massnahmen zu treffen, damit die Verletzung sich nicht wiederholt, also etwa eine Abset-

zung des Spots verlangen könne«. Die Entscheidkompetenz der UBI ist auf Feststellungen beschränkt (Art. 65 RTVG). Konkrete Massnahmen kann die UBI gemäss Art. 67 Abs. 2 und 3 RTVG nicht direkt gegenüber dem Veranstalter verfügen, sondern bloss im Wiederholungsfall beim Departement beantragen.

4. Damit sind auch nach diesem mehrheitlich zu begrüssenden Entscheid des UVEK die strukturellen Defizite des geltenden Rechts in Fragen politischer Werbung nicht vollständig beseitigt. Abhilfe würde erst die Revision des RTVG schaffen: Dringt der gute Vorschlag der vorberatenden Kommission des Nationalrats im Parlament durch, so erhält die UBI nicht nur die ausschliessliche Zuständigkeit in Fragen der Werbung, sondern auch die sehr wirksame Sanktionsmöglichkeit, die fehlbare Veranstalterin mit einem Betrag von bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren durchschnittlich in der Schweiz erzielten Jahresumsatzes zu belasten (Art. 96 ERTVG). Ferner soll die UBI neu von Amtes wegen eingreifen können.

PROF. CHRISTOPH BEAT GRABER, BERN UND LUZERN

.....

Schwere Vorwürfe gegen Unternehmen

Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 17. Oktober 2003 (b.477)

Werden in einer Sendung schwerwiegende Vorwürfe gegen ein Unternehmen bzw. gegen Personen erhoben, bedarf dies einer sachlichen und transparenten Begründung, damit sich das Publikum dazu eine eigene Meinung bilden kann. Dies hält die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) in ihrem neuesten Entscheid fest.

Das Nachrichtenmagazin «10 vor 10» hat im beanstandeten Beitrag vom 22. Mai 2003 Kritik gegenüber dem Zürcher Flughafen Unique erhoben. Die Probleme von Unique würden sich nicht nur auf äussere Einflüsse (Terrorängste, Sars, Swissair-Grounding, Swiss) zurückführen lassen. Im gut sechsminütigen Beitrag werden drei Vorwürfe an das Unternehmen gerichtet. Es würde zu wenig energisch gegen Überkapazitäten vorgegangen («Investitionsruinen»), im Zusammenhang mit dem gescheiterten Staatsvertrag seien «Taktikfehler» begangen worden und «Missmanagement» der Geschäftsleitung lasse sich feststellen. In der Beschwerde wurde gerügt, dass viele Fakten falsch oder unvollständig dargestellt worden seien.

Den Vorwurf von Missmanagement hat «10 vor 10» einzig damit begründet, dass seit der Privatisierung von Unique die Managerlöhne trotz dem Sturz des Aktienkurses erheblich erhöht worden seien. Diese vordergründig einleuchtende Begründung verkennt aber, dass ein Aktienkurs von zahlreichen unternehmensinternen und externen Faktoren abhängt. Vergleiche mit Managerlöhnen bei anderen Unternehmen, welche sich in einer ähnlichen Situation

befinden, wie auch andere mögliche sachliche Begründungen für den Vorwurf fehlen. Da sich die vermeintliche Begründung für Missmanagement als ungenügend erweist, hat der Beitrag das Sachgerechtigkeitsgebot verletzt. Zentrale journalistische Sorgfaltspflichten wie das Transparenzgebot, der Sachkenntnis und der zumutbaren Recherche sind nicht eingehalten worden. Die anderen in der Beschwerde vorgebrachten Rügen gegen den «10 vor 10»-Beitrag erachtet die UBI dagegen als unbegründet. ■

.....

Bilder der Gewalt in der «Tagesschau»

Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 5. Dezember 2003 (b. 479)

Am 22. Mai 2003 strahlte Schweizer Fernsehen DRS (SF DRS) im Rahmen der »Tagesschau«-Hauptausgabe als erstes einen rund zweieinhalbminütigen Beitrag über die Situation im Irak aus. Im Zentrum des Berichts stehen die vom amerikanischen Militär freigegebenen und veröffentlichten Bilder der Leichen von Saddam Husseins Söhnen Kusai und Udai. Während 34 Sekunden zeigt die »Tagesschau« die Fotos der beiden Getöteten, rund 10 Sekunden davon im bildschirmfüllenden Format. Die beschwerdeführende Person hat in ihrer Eingabe den Sinn und Zweck der Ausstrahlung dieser Bilder in Frage gestellt.

Die UBI hat den Fall im Lichte verschiedener Programmbestimmungen wie der Gewaltverherrlichung bzw. -verharmlosung, dem Schutz der Menschenwürde, dem Jugendschutz und auch dem Sachgerechtigkeitsgebot geprüft. Im Mittelpunkt steht dabei die Bestimmung über die Gewaltverherrlichung bzw. -verharmlosung (Art. 6 Abs. 1 letzter Satz RTVG), welche die UBI in ihren Erwägungen konkretisiert: «Eine Verherrlichung oder Verharmlosung von Gewalt ist dann anzunehmen, wenn die Gewaltdarstellungen reinem Selbstzweck dienen und unverhältnismässig sind. In der Beurteilung stellt die UBI dabei primär darauf ab, ob die ausgestrahlten Gewaltszenen für eine sachgerechte In-

formationsvermittlung notwendig sind oder in Spielfilmen einen künstlerischen Zweck verfolgen. (...) Bei Informationssendungen gilt es darauf hinzuweisen, dass Gewalt in den verschiedensten Ausprägungen Teil unserer Realität bildet. Das Zeigen von entsprechenden Bildern vor allem in Nachrichtensendungen ist denn auch häufig im Fernsehen erforderlich, um Sachverhalte im Zusammenhang mit Kriegen, Attentaten, Verbrechen und anderen Konflikten überhaupt realitätsgerecht zu dokumentieren (...). Das Ausstrahlen von solchen zeitgeschichtlich relevanten Dokumenten lässt sich trotz des gewalttätigen Inhalts aufgrund eines übergeordneten Informationsinteresses des Publikums rechtfertigen. Gegebenenfalls verpflichtet aber das Verbot der Gewaltverherrlichung die Veranstalter, gewalttätige Inhalte nicht unnötigerweise lange bzw. wiederholt zu zeigen.»

Die Ausstrahlung der Fotos bildet im beanstandeten «Tagesschau»-Beitrag keinen Selbstzweck. Sie ist eingebettet in den Kontext der Situation im Irak, welcher für das Publikum in informativer und verständlicher Weise erklärt wird. Die Veröffentlichung der Fotos stellt am betreffenden Tag das wohl weltweit zentrale politische Ereignis dar. Insofern ist diesen Bildern eine gewisse zeitgeschichtliche Relevanz zuzubilligen. Die UBI hat auch die Bildabfolge in Betracht gezogen. Die bildschirmfüllenden Bilder werden nämlich nicht unvermittelt ausgestrahlt, sondern die »Tagesschau« hat das Publikum durch die Bildabfolge und auch die Anmoderation darauf vorbereitet. Da die ausgestrahlten Bilder aus den dargelegten Gründen Gewalt nicht verherrlichen und auch keine andere Programmbestimmungen verletzen, hat die Mehrheit der UBI-Mitglieder beschlossen, die Beschwerde abzuweisen (Stimmenverhältnis 6:3).

Die drei unterlegenen UBI-Mitglieder haben ihre abweichende Meinung in einer Dissenting Opinion zusammengefasst. Für sie war es zu einer realitätsgerechten Informationsvermittlung nicht notwendig, die beanstandeten Fotos auszustrahlen. Sie legen dar, dass die Bilder nicht das Ergebnis einer journalistischen Arbeit darstellen und ihnen auch keine Beweisfunktion zukommt. Die drei UBI-Mitglieder kommen daher entgegen der Mehrheit zum Schluss, der beanstandete Beitrag habe Gewalt verharmlost und die Menschenwürde verletzt. ■