

LE JUGEMENT

DAS URTEIL

## «L'honneur perdu de la Suisse»: l'arrêt du Tribunal fédéral a violé l'article 10 CEDH

Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, 21 septembre 2006, affaire Monnat c. Suisse (requête no 73604/01)

*La procédure suisse de plainte contre les émissions de radio-télévision n'est pas propre à garantir la liberté d'expression. Cette procédure lorsqu'elle est ouverte contre des émissions traitant de thèmes politiques ou d'intérêt général constitue une sorte de censure.*

*Das schweizerische Programmbeschwerdeverfahren ist nicht im Interesse einer demokratischen Gesellschaft, die Meinungsäusserungsfreiheit zu garantieren. Dieses Verfahren, angewendet auf Sendungen, die (partei)politische Themen oder Fragen von allgemeinem Interesse thematisieren, kommt einer zensurähnlichen Massnahme gleich.*

### Les faits (Résumé):

En mars 1997, dans le cadre de l'émission «Temps Présent», la TSR diffusa un reportage sur l'attitude de la Suisse pendant la deuxième guerre mondiale intitulé «L'honneur perdu de la Suisse», dont le requérant Daniel Monnat est l'auteur. Le reportage commence par l'évocation de l'histoire de la Suisse pendant la deuxième guerre mondiale, telle que la population de l'époque l'a supposément vécue et telle qu'elle a été enseignée pendant des années dans les écoles. La Suisse y est présentée comme un pays courageux qui, malgré sa neutralité, était du côté de la démocratie, donc des Alliés. Après ce rappel du «mythe», le journaliste déclare «Le réveil a été plutôt brutal». L'émission se poursuit par des déclarations sévères de personnalités sur l'attitude de la Suisse et par des avis contrastés de Suisses ayant vécu à cette époque. L'émission décrit ensuite l'attitude de la Suisse, de ses dirigeants, en soulignant leurs affinités supposées avec l'extrême droite et leurs velléités de rapprochement avec l'Allemagne. Suit une analyse de la question de l'antisémitisme dans le pays et des relations économiques entre la Suisse et l'Allemagne, insistant sur le blanchiment d'argent nazi par la Suisse ainsi que sur le rôle des banques et des assurances suisses dans l'affaire des fonds juifs en déshérence. Suite à cette diffusion, plusieurs citoyens ont déposé une plainte contre l'émission auprès de l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision (AIEP). Ils estimaient que l'émission violait les principes applicables à l'information. Au cours de l'instruction, l'AIEP interrogea deux historiens. Elle admit la plainte en date du 24 octobre 1997 et octroya à la SSR un délai pour lui sou-

mettre les mesures propres à remédier à la violation constatée. La SSR interjeta un recours de droit administratif (RDA) contre ladite décision, lequel fut admis par le Tribunal fédéral, pour violation de son droit d'être entendu. La Cour suprême renvoya la cause à l'AIEP pour nouvelle décision. En août 1999, l'AIEP rendit à nouveau une décision constatant la violation du droit des programmes; selon elle, l'émission s'inscrivait en violation de l'obligation d'objectivité qui s'impose aux émissions d'information. Le 10 janvier 2000, la SSR, le requérant, ainsi qu'un historien impliqué dans le reportage saisirent le Tribunal fédéral en vue de l'annulation de la décision de l'AIEP. En mai 2000, un huissier judiciaire genevois émit un «procès verbal de constat» établissant que le reportage contesté était «sous embargo juridique». Le 21 novembre 2000, le TF déclara le RDA irrecevable s'agissant du requérant Daniel Monnat, faute de qualité pour agir. Le recours fut toutefois examiné au fond s'agissant de la SSR, elle aussi recourante. Le TF confirma finalement la décision de l'AIEP, estimant que «si le journalisme engagé n'était pas prohibé en soi, il devait être identifiable comme tel», ce qui n'était pas le cas du reportage litigieux.

### En Droit:

#### A. Sur la recevabilité

(...)

30. La Cour rappelle qu'il appartient en premier lieu aux autorités nationales de redresser une violation alléguée de la

# L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

Convention. A cet égard, la question de savoir si un requérant peut se prétendre victime de la violation alléguée, se pose à tous les stades de la procédure au regard de la Convention (voir *Karahalios c. Grèce*, no 62503/00, § 21, 11 décembre 2003, et *Malama c. Grèce* (déc.), no 43622/98, 25 novembre 1999).

31. Par «victime», l'article 34 de la Convention désigne la personne directement concernée par l'acte ou l'omission litigieux, l'existence d'un manquement aux exigences de la Convention se concevant même en l'absence de préjudice (*Brumarescu c. Roumanie* [GC], no 28342/95, § 50, CEDH 1999 VII). Un requérant ne peut se prétendre «victime», au sens de l'article 34 de la Convention, que s'il est ou a été directement touché par l'acte ou omission litigieux: il faut qu'il en subisse ou risque d'en subir directement les effets (*Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, arrêt du 20 septembre 1994, série A no 295 A, pp. 15-16, § 39, et *Norris c. Irlande*, arrêt du 26 octobre 1988, série A no 142, p. 15, §§ 30 et suiv.). On ne saurait donc se prétendre «victime» d'un acte dépourvu, temporairement ou définitivement, de tout effet juridique (*Benamar et autres c. France*, no 42216/98, 14 novembre 2000). La Convention n'institue pas au profit des particuliers une sorte d'actio popularis pour l'interprétation de la Convention et n'autorise donc pas les individus à se plaindre in abstracto d'une loi au seul motif qu'elle leur semble enfreindre la Convention (*Norris*, précité, p. 15, § 30, et *Klass et autres c. Allemagne*, arrêt du 6 septembre 1978, série A no 28, pp. 17 et suiv., § 33).

32. Se tournant vers les circonstances de l'espèce, la Cour est d'avis que, dans la mesure où le requérant entend se plaindre de l'inopportunité de la surveillance des programmes instituée par la loi fédérale sur la radio et la télévision, ce grief doit être rejeté puisque le requérant conteste, dans l'abstrait, un régime juridique général, prétendument contraire à la Convention.

33. En revanche, la Cour rappelle que l'huissier judiciaire compétent de Genève a constaté, le 10 mai 2000, qu'il n'était plus possible d'acheter une copie de l'émission litigieuse, ni auprès de la TSR, ni auprès d'autres télévisions européennes, étant donné qu'elle se trouvait sous «embargo juridique». La Cour n'est pas convaincue par l'argument du Gouvernement selon lequel l'«embargo juridique» par lequel la cassette-copie de l'émission incriminée était frappée, ne découlait aucunement de la décision de l'Autorité de plainte, confirmée ultérieurement par le Tribunal fédéral. A cet égard, elle rappelle que le «procès-verbal de constat» en date du 10 mai 2000 a été émis seulement quelques mois après que l'Autorité de plainte avait admis les plaintes des citoyens, le 27 août 1999. Pour la Cour, il existait clairement un lien temporel ainsi que matériel entre l'admission des plaintes par les autorités suisses et la suspension de vente du reportage du requérant.

Il s'ensuit que le requérant, en tant qu'auteur du produit litigieux, était directement touché par cette suspension de

vente et que, dès lors, il pouvait, à ce moment-là, se prétendre «victime» d'une violation de la Convention, puisque même un acte qui ne déploie que temporairement des effets juridiques peut suffire pour admettre la qualité de «victime» d'un requérant (*Benamar et autres*, précitée). Ainsi, la Cour n'est pas tenue de vérifier si l'interdiction du reportage subsiste encore, le Gouvernement n'étant pas parvenu à démontrer à quel moment cet embargo a été levé.

Par ailleurs, il convient de ne pas perdre de vue que l'admission des plaintes destinées, certes, à l'employeur du requérant, mais visant une émission dont le requérant est l'auteur, peut avoir des répercussions importantes sur la sécurité de son emploi de journaliste (voir, mutatis mutandis, *Groppe-Radio AG et autres c. Suisse*, arrêt du 28 mars 1990, série A no 173, p. 21, § 49).

34. En résumé, la Cour est d'avis que le requérant peut se prétendre victime du manquement allégué.

Il s'ensuit que ce grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 de la Convention. La Cour relève par ailleurs que celui-ci ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de le déclarer recevable.

## B. Sur le fond

### 1. Existence d'une ingérence

35. Le Gouvernement soutient, essentiellement pour les mêmes raisons qu'avancées sous l'aspect de la qualité de «victime», que l'acte ou l'omission litigieuse n'a pas constitué une ingérence dans la liberté d'expression du requérant.

36. La Cour précise que dans la mesure où le requérant entend se plaindre de l'inopportunité de la surveillance des programmes, ce grief a été déclaré irrecevable pour défaut de qualité de «victime» du requérant.

37. En revanche, il découle mutatis mutandis des arguments présentés dans l'examen de l'existence du statut de «victime» que l'admission des plaintes par les autorités compétentes s'analyse en une «ingérence» dans l'exercice de la liberté d'expression du requérant.

### 2. Justification de l'ingérence

38. Pareille ingérence enfreint l'article 10, sauf si elle remplit les exigences du paragraphe 2 de cette disposition. Reste donc à savoir si l'ingérence était «prévue par la loi», inspirée par un ou des buts légitimes au regard de ce paragraphe et «nécessaire dans une société démocratique» pour les atteindre.

#### a) «Prévue par la loi»

39. Le Gouvernement rappelle que l'activité de l'Autorité de plainte est fondée sur l'article 93 de la Constitution fédérale-

le et les articles 58 et suivants de la LRTV (paragraphe 18 et 20 ci-dessus).

40. La Cour constate que le requérant ne conteste pas véritablement que l'ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression se fondait sur une loi au sens formel, à savoir notamment les articles 4 et 58 suivants de la loi fédérale sur la radio et la télévision (paragraphe 19 et 20 ci-dessus). Elle n'aperçoit aucune raison d'adopter un point de vue différent.

#### b) But légitime

41. Le Gouvernement prétend aussi que les reproches formulés par l'Autorité de plainte à l'égard de la SSR poursuivaient sans nul doute un but légitime au sens de l'article 10 § 2 de la Convention, puisqu'ils visaient à protéger le droit des téléspectateurs de recevoir une information objective et transparente. La mesure se justifiait donc par «la protection (...) des droits d'autrui» au sens de cette disposition.

42. La Cour partage ce point de vue qui ressort, d'ailleurs, clairement de l'arrêt du Tribunal fédéral du 21 novembre 2000 (§ 8 c).

#### c) «Nécessaire dans une société démocratique»

(...)

##### 1) Les principes élaborés par la Cour

55. La question majeure à trancher est celle de savoir si l'ingérence était «nécessaire dans une société démocratique». Les principes fondamentaux concernant cette question sont bien établis dans la jurisprudence de la Cour et ont été résumés comme suit (voir, par exemple, Hertel c. Suisse, arrêt du 25 août 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-VI, pp. 2329–2320, § 46, Jersild, précité, p. 23, § 31, et Steel et Morris c. Royaume-Uni, no 68416/01, § 87, CEDH 2005 II):

«i. La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les «informations» ou «idées» accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent: ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de «société démocratique». Telle que la consacre l'article 10, elle est assortie d'exceptions qui (...) appellent toutefois une interprétation étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante (...).

ii. L'adjectif «nécessaire», au sens de l'article 10 § 2, implique un «besoin social impérieux». Les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un tel besoin, mais elle se double d'un contrô-

le européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante. La Cour a donc compétence pour statuer en dernier lieu sur le point de savoir si une «restriction» se concilie avec la liberté d'expression que protège l'article 10.

iii. La Cour n'a point pour tâche, lorsqu'elle exerce son contrôle, de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais de vérifier sous l'angle de l'article 10 les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation. Il ne s'ensuit pas qu'elle doive se borner à rechercher si l'Etat défendeur a usé de ce pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable: il lui faut considérer l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle était «proportionnée au but légitime poursuivi» et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent «pertinents et suffisants» (...) Ce faisant, la Cour doit se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés à l'article 10 et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents (...)

#### 2) Application en l'espèce des principes susmentionnés

##### L'intérêt général inhérent à l'émission télévisée

56. En l'occurrence, des plaintes ont été déposées par des citoyens à l'encontre du requérant, auteur d'un reportage historique, diffusé sur une chaîne de télévision nationale dans le cadre d'une émission d'information et qui a obligé la chaîne de télévision à prendre des mesures propres à remédier à la violation des règles relatives aux programmes. L'admission des plaintes des téléspectateurs a été justifiée par les autorités compétentes au motif que la technique utilisée dans le reportage, à savoir le journalisme engagé, n'avait pas été désigné comme telle. Le requérant aurait dû informer les téléspectateurs, selon l'Autorité de plainte et le Tribunal fédéral, du fait qu'il ne s'agissait pas, dans le reportage, d'une vérité incontestable, mais bien d'une interprétation possible des relations entre la Suisse et l'Allemagne.

57. La Cour rappelle que la recherche de la vérité historique fait partie intégrante de la liberté d'expression, mais elle estime qu'il ne lui revient pas d'arbitrer la question de savoir quel rôle la Suisse a effectivement joué pendant la deuxième guerre mondiale, qui relève d'un débat toujours en cours entre historiens (voir, mutatis mutandis, Chauvy et autres c. France, no 64915/01, § 69, CEDH 2004 VI, et Lehideux et Isorni c. France, arrêt du 23 septembre 1998, Recueil 1998 VII, p. 2884, § 47). En revanche, elle a pour tâche d'examiner si, en l'espèce, les mesures litigieuses étaient proportionnées au but poursuivi. Elle est tenue, à cette fin, de mettre en balance les exigences de protection du droit des téléspectateurs de recevoir une information objective et transparente par rapport à la liberté d'expression du requérant (voir, mutatis mutandis, Vérités Santé Pratique Sarl c. France (déc.), no 74766/01, 1er décembre 2005).

58. Il convient de rappeler, ensuite, que l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général (voir *Wingrove c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 novembre 1996, Recueil 1996 V, p. 1957, § 58, *Lingens c. Autriche*, arrêt du 8 juillet 1986, série A no 103, p. 26, § 42, *Castells c. Espagne*, arrêt du 23 avril 1992, série A no 236, p. 23, § 43, et *Thorgeir Thorgeirson c. Islande*, arrêt du 25 juin 1992, série A no 239, p. 27, § 63). Elle doit faire preuve de la plus grande prudence lorsque, comme en l'espèce, les mesures prises ou sanctions infligées par les autorités nationales sont de nature à dissuader les médias de participer à la discussion de problèmes d'un intérêt général légitime (*Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège [GC]*, no 21980/93, § 64, CEDH 1999 III, et *Jersild*, précité, pp. 25 et suiv., § 35).

Cela étant, la Cour note que la présente affaire se situe dans le contexte d'un débat public sur le rôle de la Suisse pendant la deuxième guerre mondiale. L'émission litigieuse soulevait donc incontestablement, également d'après le Tribunal fédéral, une question d'intérêt général des plus sérieuses et la diffusion d'informations y relatives s'inscrit entièrement dans la mission que les médias se voient confier dans une société démocratique (voir, *mutatis mutandis*, *Radio France et autres c. France*, no 53984/00, p. 114, § 34, CEDH 2004 II).

59. La Cour rappelle également que, dans l'exercice de son pouvoir de contrôle, elle doit en effet considérer l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire, y compris la teneur des propos reprochés au requérant et le contexte dans lequel celui-ci les a tenus (*Lingens*, précité, p. 25, § 40, et *Chauvy et autres*, précité, § 70). Ainsi, elle met en exergue que l'émission est intervenue dans le cadre d'un débat public sur une question largement évoquée par les médias suisses et ayant profondément divisé l'opinion publique de ce pays. Les discussions sur la position que les personnes responsables ont adoptée pendant la deuxième guerre mondiale, c'est le Tribunal fédéral qui le rappelle lui-même (arrêt, § 5 b), étaient particulièrement animées au moment où l'émission du requérant est intervenue, à savoir au début de l'année 1997, surtout en raison de la question relative aux fonds en déshérence.

60. Il convient de ne pas perdre de vue non plus que les limites de la critique admissible sont plus larges pour les hommes politiques et fonctionnaires agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles que pour un simple particulier (*Oberschlick c. Autriche (no 2)*, arrêt du 1er juillet 1997, Recueil 1997-IV, p. 1275, § 29, et *Janowski c. Pologne [GC]*, no 25716/94, § 33, CEDH 1999 I). En l'occurrence, la critique exprimée par l'émission incriminée ne visait pas le peuple suisse et son attitude pendant la deuxième guerre mondiale, mais les dirigeants de la Suisse pendant cette période. La marge d'appréciation des tribunaux suisses était, dès lors, plus étroite en l'espèce.

61. Compte tenu de ce qui précède, la liberté d'expression dans le contexte d'une émission télévisée et soulevant un sujet d'intérêt général majeur en cause, les autorités suisses ne disposaient que d'une marge d'appréciation restreinte pour juger de l'existence d'un «besoin social impérieux» de prendre les mesures dont il est question contre le requérant. La Cour entend en conséquence procéder à un examen des plus scrupuleux de la proportionnalité de ces mesures au but légitime au sens de l'article 10 § 2 (*Radio France et autres*, précité, § 34).

### L'intérêt des autorités à sanctionner l'émission

62. Force est de constater, d'emblée, qu'aucune plainte de personnes visées dans l'émission litigieuse, ou leurs descendants, n'a apparemment été introduite devant les tribunaux suisses afin de faire valoir, le cas échéant, des atteintes éventuelles à leur personnalité ou leur réputation. Le Gouvernement ne prétend pas non plus que les allégations du requérant étaient susceptibles de porter atteinte à la sécurité de la Suisse ou les fondements de l'état de droit ou de la démocratie. N'était pas non plus en jeu la divulgation d'informations confidentielles au sens de l'article 10 § 2. En bref, l'Autorité de plainte n'a pas à proprement dit critiqué le contenu du reportage en cause (voir l'arrêt du Tribunal fédéral, §§ 6 b) et 7 c)).

63. La Cour considère le fait que quelques téléspectateurs mécontents ou surpris par l'émission ont déposé des plaintes à la suite de la diffusion du reportage ne constitue pas une raison suffisante, en soi, qui puisse justifier la prise de mesures. Elle rappelle, à cet égard, que la liberté d'expression vaut non seulement pour les «informations» ou «idées» accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent: ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de «société démocratique» (*Lehideux et Isorni*, précité, p. 2887, § 55, et *Murphy c. Irlande*, no 44179/98, § 72, CEDH 2003 IX (extraits)). Cela vaut aussi, comme en l'espèce, lorsqu'il s'agit du débat historique, «dans des domaines où la certitude est improbable» (voir, *mutatis mutandis*, *Hertel*, précité, p. 2330, § 50, et *Vérités Santé Pratique Sarl*, précité) et qui continuent à faire l'objet de débats parmi les historiens (*Lehideux et Isorni*, précité, p. 2887, § 55).

64. La Cour relève aussi que les événements historiques évoqués dans l'émission litigieuse se sont produits plus de cinquante ans avant celle-ci. Même si des propos tels que ceux du requérant sont toujours de nature à ranimer la controverse dans la population, le recul du temps entraîne qu'il ne conviendrait pas, cinquante ans après, de leur appliquer la même sévérité que dix ou vingt ans auparavant. Cela participe des efforts que tout pays est appelé à fournir pour débattre ouvertement et sereinement de sa propre histoire (*Lehideux et Isorni*, précité, p. 2887, § 55; voir aussi, *mutatis mutandis*, *Editions Plon c. France*, no 58148/00, § 53, CEDH 2004 IV, dans laquelle la Cour a réitéré le principe selon lequel le passage du temps doit nécessairement être pris

en compte pour apprécier la compatibilité avec la liberté d'expression d'une interdiction d'un livre, par exemple).

### Les «devoirs et responsabilités» du journaliste

65. La raison principale pour laquelle les plaintes ont été admises par l'Autorité de plainte ainsi que par le Tribunal fédéral réside dans le fait que le reportage ne faisait pas suffisamment mention du caractère «subjectif» de son contenu. A cet égard, la Cour rappelle que quiconque, y compris un journaliste exerçant sa liberté d'expression, assume des «devoirs et responsabilités» dont l'étendue dépend de sa situation et du procédé technique utilisé (voir, mutatis mutandis, Handyside c. Royaume-Uni, arrêt du 7 décembre 1976, série A no 24, p. 23, § 49 in fine), peut-être d'autant plus s'agissant, comme en l'occurrence, d'un service public de télévision.

66. Ainsi, tout en reconnaissant le rôle essentiel qui revient aux médias dans une société démocratique, la Cour estime qu'il faut rappeler que les journalistes ne sauraient en principe être déliés par la protection que leur offre l'article 10 de leur devoir de respecter les lois pénales de droit commun. Le paragraphe 2 de l'article 10 pose d'ailleurs les limites de l'exercice de la liberté d'expression. Cela est valable même quand il s'agit de rendre compte dans la presse de questions sérieuses d'intérêt légitime (Bladet Tromsø et Stensaas, précité, § 65).

67. Ainsi, la Cour rappelle qu'en raison des «devoirs et responsabilités» inhérents à l'exercice de la liberté d'expression, la garantie que l'article 10 offre aux journalistes, en ce qui concerne les comptes rendus sur des questions d'intérêt général, est subordonnée à la condition que les intéressés agissent de bonne foi, de manière à fournir des informations exactes et dignes de crédit dans le respect de la déontologie journalistique (Fressoz et Roire c. France [GC], no 29183/95, § 54, CEDH 1999 I).

68. S'agissant des «devoirs et responsabilités» d'un journaliste, l'impact potentiel du moyen d'expression concerné doit être pris en considération dans l'examen de la proportionnalité de l'ingérence. Dans ce contexte, la Cour a expliqué qu'il faut tenir compte du fait que les médias audiovisuels ont des effets beaucoup plus immédiats et puissants que la presse écrite (Jersild, précité, pp. 23 et suiv., § 31, Murphy, précité, § 69, et Radio France et autres, précité, § 39). Dès lors, les autorités internes jouissent a priori d'une marge d'appréciation plus ample s'agissant, comme en l'espèce, d'un reportage télévisé.

Néanmoins, la Cour considère comme essentiel de souligner que l'émission «Temps présent» est une émission d'information réputée sérieuse dont on ne saurait prétendre qu'il n'avait pas les moyens de comprendre l'enjeu d'un tel reportage. Ainsi, elle doute qu'on pouvait ou devait véritablement exiger de son auteur, journaliste assez connu dans la partie francophone de la Suisse, de mettre davantage en relief qu'il s'agissait des points de vue «subjectifs» du

requérant, et non d'une «vérité historique unique» qui, de toute façon, n'existe pas, aussi d'après le Tribunal fédéral, au niveau du discours historique (arrêt, §§ 7 a) et c). On ne saurait donc soutenir que le requérant, dont le reportage se fonde incontestablement sur des recherches historiques, a manqué à son devoir d'agir de bonne foi (voir, mutatis mutandis, Radio France et autres, précité, § 37 in fine).

69. Compte tenu de ce qui précède, la Cour n'est pas convaincue que les motifs retenus par le Tribunal fédéral étaient «pertinents et suffisants», même s'agissant des informations diffusées par l'intermédiaire d'un reportage télévisé par une chaîne de télévision publique, pour justifier l'admission des plaintes contre l'émission «L'honneur perdu de la Suisse».

### La proportionnalité de l'ingérence

70. En ce qui concerne la «proportionnalité» de l'ingérence litigieuse, la Cour rappelle que la nature et la lourdeur des sanctions infligées sont aussi des éléments à prendre en considération lorsqu'il s'agit de mesurer la proportionnalité de l'ingérence (voir, par exemple, Chauvy et autres, précité, § 78).

Elle relève qu'en l'espèce, l'admission des plaintes des téléspectateurs par les autorités compétentes n'a pas à proprement parler empêché le requérant de s'exprimer, les mesures litigieuses étant intervenues après la diffusion du reportage «L'honneur perdu de la Suisse» (voir, a contrario, Observer et Guardian c. Royaume-Uni, arrêt du 26 novembre 1991, série A no 216, p. 30, § 60). L'admission en question n'en a pas moins constitué une espèce de censure tendant à l'inciter à ne pas se livrer désormais à des critiques formulées de la sorte (voir, dans ce sens, Cumpăna et Mazare c. Roumanie [GC], no 33348/96, § 114, CEDH 2004 XI). Dans le contexte du débat sur un sujet d'intérêt général majeur, pareille sanction risque de dissuader les journalistes de contribuer à la discussion publique de questions qui intéressent la vie de la collectivité. Par là même, elle est de nature à entraver les médias dans l'accomplissement de leur tâche d'information et de contrôle (voir, mutatis mutandis, Barthold c. Allemagne, arrêt du 25 mars 1985, série A no 90, p. 26, § 58, et Lingens, précité, p. 27, § 44).

Par ailleurs, cette censure s'est, plus tard, matérialisée par l'émission du «procès-verbal de constat» par l'huissier judiciaire compétent de Genève qui a mis le reportage «sous embargo juridique», interdisant ainsi formellement la vente du produit en cause.

### Conclusion

71. A la lumière de l'ensemble des circonstances de l'espèce, la Cour est d'avis que l'admission des plaintes par les autorités suisses ne représentait pas, compte tenu, notamment, de l'intérêt de la société démocratique à assurer et à maintenir la liberté d'expression, de la marge d'appréciation réduite s'agissant des informations d'intérêt général, du fait que la critique

# L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

visait en l'espèce les agissements de hauts fonctionnaires gouvernementaux et d'hommes politiques, ainsi que de la nature sérieuse du reportage litigieux et des recherches sur lesquelles il s'appuyait, un moyen raisonnablement proportionné à la poursuite du but légitime visé.

Partant, il y a eu violation de l'article 10 de la Convention (...).■

## ANMERKUNGEN:

Nähme man das Urteil des EGMR zum Nennwert, so müsste das noch nicht einmal in Kraft getretene neue Radio- und Fernsehgesetz erneut revidiert und die Bestimmungen zur Programmaufsicht aus dem Gesetz gekippt werden. Gleichzeitig müsste das Schweizer Stimmvolk in einer Volksabstimmung die Streichung von Art. 93 Abs. 5 BV beschliessen, der vorsieht, dass «Programmbeschwerden einer unabhängigen Beschwerdeinstanz vorgelegt werden». Die Wertungen des Gerichtshofs machen deutlich, dass man in Strassburg kein Verständnis aufbringt für ein Programmaufsichtsverfahren Schweizer Prägung, das die Veranstalter von Rundfunksendungen zur Einhaltung von Informationsgrundsätzen zwingt und Verstösse dagegen mit der Aufforderung ahndet, in einem Bericht aufzuzeigen, welche Massnahmen getroffen wurden, um solche Verfehlungen in Zukunft zu vermeiden. Für den EGMR kommt dieses Verfahren, angewendet auf Sendungen, die (partei)politische Themen oder Fragen von allgemeinem Interesse thematisieren, einer zensurähnlichen Massnahme gleich. Die Abschaffung des Programmbeschwerdeverfahrens hätte immerhin den Vorteil, dass das Bundesgericht davon befreit wäre, seine Praxis zu den Legitimationsvoraussetzungen von Beschwerden gegen UBI-Entscheide zu revidieren. Gestützt auf Art. 103 lit. a OG beschränkt das Bundesgericht die Beschwerdelegitimation im Programmrecht bisher auf beschwerte Veranstalter und Personen, die in einer eigenen schutzwürdigen und beachtenswert nahen Beziehung zum Gegenstand der Sendung stehen. Praxisgemäss verlangt das Bundesgericht diesbezüglich, dass der Beschwerdeführer stärker betroffen ist als alle anderen Zuhörer oder Zuschauer; dass er sich für ein bestimmtes, im Radio oder Fernsehen behandeltes Thema besonders interessiert, reicht jedenfalls nicht (zuletzt BGE 130 II 514, mit weiteren Hinweisen). Nach dem Urteil des EGMR müssten neu auch die Journalisten zur Beschwerde zugelassen werden, die an der Herstellung der Sendung beteiligt waren. – Den Schweizer Behörden sei Gelassenheit empfohlen! Mehrere Schwachstellen des Urteils deuten darauf, dass der Gerichtshof hier nicht mit seiner in anderen Fällen (vgl. z.B. Urteil des EGMR vom 10. Juli 2003 i.S. Murphy vs. Ireland, *medialex* 2003, 171 ff.) gezeigten Sorgfalt gearbeitet hat.

Der Gerichtshof sieht den «Eingriff» in die Rechte des Beschwerdeführers unter Art. 10 EMRK darin, dass es als Folge des vom Bundesgericht geschützten UBI-Entscheids nicht mehr möglich gewesen sei, eine Kopie der Sendung bei der TSR oder sonstwo zu erwerben (Rz. 33). Zur Begründung führt er aus, ein Genfer Gerichtsschreiber habe im Mai 2000 festgestellt, dass die fragliche Sendung einem ge-

richtlichen Verbot (embargo juridique) unterstellt worden sei. Obwohl für den Entscheid von grosser Bedeutung, wird aus der Begründung nicht ersichtlich, in welchem verfahrensrechtlichen Zusammenhang der mysteriöse Genfer Gerichtsschreiber diese Feststellung machte, welches Gesetz ihn dazu ermächtigte und welches die rechtliche Bedeutung und Wirkung dieser Feststellung ist. Ohne sich um solche Nichtigkeiten zu kümmern, springt der Gerichtshof mit verblüffender Absolutheit zur Folgerung, dass «clairement» sowohl eine zeitliche als auch sachliche Verbindung zwischen dem UBI-Entscheid und der Suspendierung des Verkaufs der Sendung des Beschwerdeführers existiert. Nicht nur diese Passage des Urteils, sondern auch die Erwägungen zur Frage, ob der Eingriff «in einer demokratischen Gesellschaft» notwendig gewesen sei, zeigen, dass es der Schweizer Regierung in diesem Prozess nicht gelungen ist, den Strassburger Richtern den Sinn des Schweizer Programmaufsichtsverfahrens genügend deutlich zu erklären. Der EGMR hat in seinem Urteil völlig übersehen, dass das in Art. 93 Abs. 5 BV ausdrücklich verankerte und im RTVG konkretisierte Programmrechtsverfahren gerade dazu dient, die freie Meinungsbildung des Publikums zu sichern. Der Schutz freier Meinungsbildung des Fernsehpublikums ist der institutionelle Aspekt von Art. 10 EMRK, der mit der individuellen Meinungsfreiheit insbesondere der Rundfunkveranstalter auszubalancieren ist. Nur völliges Unwissen hinsichtlich der Funktionsmechanismen dieses Verfahrens kann erklären, dass er die äusserst schwachen Sanktionskompetenzen der UBI als «zensurähnliche Massnahme» (une espèce de censure) bezeichnet. Gemäss Art. 67 Abs. 2 RTVG ist der Veranstalter im Falle einer Programmrechtsverletzung einzig gehalten, der UBI zu berichten, welche Massnahmen er getroffen hat, «um die Rechtsverletzung zu beheben und in Zukunft gleiche oder ähnliche Rechtsverletzungen zu vermeiden». In ihrem Bericht teilte die SRG der UBI mit, dass die Konferenz der Chefredaktoren vom Entscheid der UBI Kenntnis genommen habe. Der vom Bundesgericht bestätigte UBI-Entscheid verlangte von der SRG, bei Sendungen, die im Stile des «anwaltschaftlichen Journalismus» gestaltet sind und aufgrund der Komplexität der behandelten Materie kein Vorwissen des Publikums voraussetzen können, die Existenz abweichender Meinungen hinreichend deutlich zu machen. Solches als «une espèce de censure» zu bezeichnen ist übertrieben.

Bei einem so einschneidenden Urteil wäre eine differenzierte Auseinandersetzung mit den Folgen notwendig gewesen, die seine Implementierung für das Schweizer Verfassungs- und Rundfunkrecht mit sich bringt. Stattdessen wirkt der Entscheid wie ein Schnellschuss eines unter Arbeitsüberlastung ächzenden Gerichts, das es anscheinend nicht einmal für nötig gefunden hat, die umstrittene Sendung «L'honneur perdu de la Suisse» zu visionieren.

Die Schweizer Behörden tun wohl gut daran, die Tragweite dieses Entscheids nicht zu überschätzen. Empfohlen sei ihnen jedoch, in Zukunft nicht mehr automatisch davon auszugehen, dass man in Strassburg schon wisse, welches die Ziele und die Funktionsweise der Schweizer Programmaufsicht sind.

PROF. CHRISTOPH BEAT GRABER, BERN

## EN DIRECT DE STRASBOURG AUS STRASSBURG

### Ungenügender Schutz vor Medienfotos und Vorwürfen

In Zeitungsanzeigen bot David Gurgénidze 1999 ein Manuskript des georgischen Schriftstellers Konstantin Gamsachurdia zum Verkauf an. Die Schwiegertochter des Schrift-

stellers vermutete, dass das Manuskript gestohlen worden war und begab sich mit einer Bekannten und einer verdeckt auftretenden Journalistin zu Gurgénidzes Wohnung. Nach einem Disput mit der Schwiegertochter telefonierte Gurgénidze der Polizei, welche die Beteiligten auf dem Kommissariat verhörte. Dort wurde Gurgénidze von einem Pressefotografen fotografiert. An den folgenden Tagen publizierte die Journalistin in der Tageszeitung Akhali Thaoba verschiedene Artikel zu diesem Vorfall. So erklärte die Schwiegertochter in einem Interview, Gurgénidze habe das Manuskript gestohlen. Das Interview war mit dem Foto Gurgénidzes illustriert. Gurgénidze wehrte sich bei der georgischen Ziviljustiz gegen die illegale Publikation der Foto-

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

graphie und die Weigerung der Zeitung, ihre ehrverletzenden Äusserungen zu widerrufen. Die Gerichte bezeichneten einzelne Vorwürfe im Interview als ehrenrührig, zumal ein Strafverfahren eingestellt worden war. Die Journalistin und die Zeitungsredaktion wurden daher zum öffentlichen Widerruf dieser Vorwürfe verurteilt. Abgewiesen wurde hingegen die Klage auf Genugtuung, denn die Zeitungsberichte hätten nur die Ansicht der Schwiegertochter (gleichzeitig die Gattin des früheren georgischen Präsidenten Swiad Gamsachurdia) wiedergegeben.

Gurgenidze argumentierte beim EGMR, die georgischen Behörden hätten sein Recht auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK) ungenügend geschützt. Der Gerichtshof bestätigte, dass aus dieser Bestimmung positive Pflichten des Staates zum Schutz vor Eingriffen anderer Individuen fließen. Diese seien allerdings gegen das ebenfalls geschützte Recht der freien Meinungsäußerung (Art. 10 EMRK) abzuwägen: «38. La frontière entre les obligations positives et négatives de l'Etat au regard de l'article 8 ne se prête pas à une définition précise; les principes applicables sont néanmoins comparables. En particulier, dans les deux cas, il faut prendre en compte le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu, l'Etat jouissant en toute hypothèse d'une marge d'appréciation. Cette protection de la vie privée doit être mise en balance avec la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la Convention (Minelli c. Suisse (déc.), no 14991/02, 14 juin 2005; Schüssel c. Autriche (déc.), no 42409/98, 21 février 2002; Von Hannover, no 59320/00, §§ 57 et 58).»

Das georgische Recht bietet den Betroffenen zwar einen beachtlichen Schutz vor Medienübergriffen. Problematisch sei aber die Anwendung der Rechtsnormen durch die georgische Justiz im Falle einer Person, die nicht selber an die Öffentlichkeit getreten war: «40. A cet égard, la Cour relève d'emblée, qu'en l'espèce, la liberté d'expression n'appelait pas une interprétation élargie, le requérant étant une personne inconnue du public (cf. a contrario, entre autres, Schüssel, décision précitée; Von Hannover, précité, § 66; mutatis mutandis, Krone Verlag GmbH & Co. KG c. Autriche, no 34315/96, §§ 35-37, 26 février 2002). En effet, les limites de la critique admissible à son égard ne sauraient être aussi larges que lorsqu'il s'agit d'une personnalité publique qui s'expose inévitablement et consciemment à un contrôle attentif de ses faits et gestes et qui doit dès lors montrer une plus grande tolérance (voir, parmi d'autres, Lingens c. Autriche, arrêt du 8 juillet 1986, série A no 103, § 42).

41. Ensuite, eu égard au contenu des publications parues dans Akhali Thaoba, journal diffusé à l'échelle nationale, la Cour estime que celles-ci ont dû avoir un effet négatif incontestable sur la personnalité du requérant, ses rapports personnels avec sa famille et ses amis, ainsi que sur ses liens sociaux tissés au fil des années avec ses collègues et étudiants. Il est vrai que la Convention ne garantit pas en tant

que tel le droit à l'honneur et à une bonne réputation (Salkut c. Turquie (déc.), no 31135/96, 24 août 1999). Cependant, elle ne permet pas que soient affectés le domaine «intime» de l'individu dans lequel il doit pouvoir poursuivre librement le développement et l'accomplissement de sa personnalité (Deklerck c. Belgique, décision du 11 juillet 1980, no 8307/78, Décisions et rapports 21, p. 116) ou bien le domaine «externe» dans lequel il doit pouvoir nouer et développer, sans ingérences extérieures, des relations avec ses semblables et le monde extérieur, y compris dans le domaine professionnel et commercial (voir, mutatis mutandis, Niemietz c. Allemagne, arrêt du 16 décembre 1992, série A no 251 B, p. 33, § 29; C. c. Belgique, arrêt du 7 août 1996, Recueil 1996 III, § 25).»

Der Gerichtshof anerkannte, dass die Angelegenheit von wesentlichem Interesse für die Allgemeinheit war. Dies vermochte aber die journalistische Sorgfaltspflicht nicht zu reduzieren: «43. Selon le Gouvernement, le pillage du domicile de K. Gamsakhourdia était connu de tous et, par conséquent, la vente d'un manuscrit de ce grand écrivain constituait un fait d'intérêt pour la société. La Cour ne nie point, qu'en effet, le pillage de la demeure familiale des Gamsakhourdia et la vente en question aient pu présenter un intérêt essentiel pour le public, vu l'immense notoriété de l'écrivain et le fait que le premier Président de la Géorgie post-communiste était issu de sa famille. Ceci étant, l'intérêt accru du public envers les personnalités et faits historiques ne justifierait pas que la journaliste n'ait pas traité la question de vente du manuscrit par le requérant de manière sérieuse et objective.»

Der Gerichtshof wiederholte zwar die wichtige Funktion von Interviews für die journalistische Berichterstattung. Dennoch beanstandete er die Urteile der georgischen Justiz, welche die journalistische Sorgfaltspflicht ungenügend überprüft und insbesondere nicht ausreichend beachtet hatten, welche eigenen Behauptungen die Journalistin aufgestellt hatte: «51. A supposer même que la décision d'ordonner au journal de réfuter une expression incriminatoire ait pu offrir une protection adéquate au requérant contre l'atteinte en découlant, la Cour note que les juridictions internes ne se penchèrent pas sur d'autres propos tenus par la belle-fille de l'écrivain pas plus que sur des questions d'importance comme la manière dont l'information recueillie avait été traitée par la journaliste, l'approche professionnelle dont elle avait pu faire preuve et la vérification des informations obtenues.

52. De surcroît, les tribunaux laissèrent en dehors de leur considération et n'apprécièrent pas, au regard du principe du respect de la vie privée du requérant, les propos appartenant à la journaliste elle-même. Toutefois, ces propos, relatant la rencontre entre le requérant et la belle-fille de l'écrivain, à laquelle la journaliste assista incognito, ne furent pas, aux yeux de la Cour, moins outrageants. Il s'agissait notamment des considérations et répliques telles: «[le requérant] n'avait pas eu peur de la police et n'avait pas

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

rendu le manuscrit à sa propriétaire», «l'un des manuscrits volés de la Tour colchidienne fit l'objet de commerce il y a quelques jours», ou «nous avons été témoins de la vente des manuscrits de K. Gamsakhourdia, volés de la Tour colchidienne, (...) la personne concernée – M. D. Gourguénidzé – déclarant (...) qu'il en était propriétaire.

53. Eu égard à ces affirmations, il serait difficile de considérer, à l'instar des juridictions internes, que la journaliste elle-même ne fit que diffuser les propos de la belle-fille de l'écrivain. Il ne serait pas d'ailleurs plus aisé de conclure qu'elle communiqua des informations sur des questions d'intérêt général en s'exprimant de bonne foi, sur la base de faits exacts et fournissent des informations «fiabiles et précises» dans le respect de l'éthique journalistique (a contrario, Fressoz et Roire c. France [GC], no 29183/95, §§ 54 et 55, CEDH 1999 I). Au contraire, il s'avère que la journaliste formula elle-même des jugements de valeur négatifs sur les qualités humaines du requérant (a contrario, Jersild, précité, § 31) et les informations qu'elle obtint auprès de la belle-fille de l'écrivain furent publiées sans aucune vérification de sa part et sans attendre le résultat de l'enquête de police rendu quelques jours après la date de parution de la première publication. Aux yeux de la Cour, il y a là un manque de zèle professionnel, tout journaliste étant tenu, conformément au droit interne, de contrôler la véracité de l'information qu'il a obtenue (article 24 § 2 de la loi relative à la presse et aux médias). D'autant plus qu'en l'espèce, suite aux publications litigieuses, l'avis de l'entourage proche et celui de la société sur le requérant ont dû être altérés sans fondement et l'intéressé a dû éprouver un sentiment de honte vis-à-vis d'autrui. Le requérant ne s'était pas lui-même exposé au public si ce n'est qu'en passant une annonce de vente dans les journaux. La journaliste lui ayant rendu visite incognito et sans se présenter, le requérant ne pouvait pas soupçonner qu'en discutant avec elle, il risquait de se voir critiquer publiquement. Il pensait tout à fait légitimement avoir à faire à un simple particulier souhaitant lui acheter le manuscrit. La belle-fille de l'écrivain arrivée par la suite, l'intéressé n'était pas non plus en mesure de réaliser que cette rencontre était montée d'avance et ferait l'objet de publications successives de la journaliste G. Baladzé.

54. Or, les juridictions internes se limitèrent à l'examen d'une expression utilisée par la belle-fille de l'écrivain et, malgré l'invitation du requérant, omirent d'apprécier les autres aspects de l'affaire à la lumière de la liberté de la presse, ce qui, aux yeux de la Cour, ne saurait passer pour conforme à la protection qu'offre l'article 8 de la Convention.»

Der Gerichtshof bezeichnete nicht nur die oberflächliche Prüfung des Textes durch die georgische Ziviljustiz als Verstoss gegen die staatliche Pflicht zum Schutz des Privatlebens. Nicht genügend Beachtung fand auch Gurgénidzès Argument, die Publikation des Bildes sei unrechtmässig gewesen: «55. Pour ce qui est de la photographie du requérant, publiée dans le cadre des reportages litigieux, la Cour

a déjà conclu que la publication de photographies relevait de la vie privée (Sciacca c. Italie, no 50774/99, § 29, CEDH 2005 ...). Toutefois, il convient d'apprécier si cette photographie constituait une ingérence dans la vie privée de l'intéressé, si elle se rapportait à des questions d'ordre privé ou public, et si elle était destinée à un usage limité ou risquait d'être mis à la disposition du grand public (Peck c. Royaume-Uni, no 44647/98, § 61, CEDH 2003 ...; Lupker et autres c. Pays-Bas, no 18395/91, décision de la Commission du 7 décembre 1992, non publiée; Friedl c. Autriche, arrêt du 31 janvier 1995, série A no 305-B, avis de la Commission, p. 21, §§ 49-52).

La Cour rappelle également que, si la liberté d'expression s'étend également à la publication de photographies, il s'agit là néanmoins d'un domaine où la protection de la réputation et des droits d'autrui revêt une importance particulière (Von Hannover, précité, § 59).

56. En l'espèce, la photographie du requérant fut mise à la disposition du grand public sans son agrément. Cet agrément était pourtant nécessaire, la prise en photographie de l'intéressé n'ayant pas correspondu à une exigence policière au sens de l'article 18 § 5 du code civil. Prise au commissariat de police par un photographe de Akhali Thaoba, que le requérant qualifie de «paparazzi», la photographie parut dans ce journal avec l'une des publications litigieuses de la journaliste G. Baladzé.

57. La Cour s'est déjà penchée sur la publication de photographies concernant des personnages publics (Von Hannover, précité, § 50) ou des personnalités politiques (Schüssel, décision précitée). Elle a alors examiné la question du respect par l'Etat défendeur des obligations positives qui lui incombent en la matière lorsque la publication ne tire pas son origine d'une activité ou collaboration des organes de l'Etat. La Cour a également eu à connaître de la même question dans une affaire différente dans laquelle la requérante n'était pas une personne qui agissait dans un contexte public, mais une personne poursuivie pénalement (Sciacca c. Italie, no 50774/99, § 28, CEDH 2005 ...). Elle a conclu que le fait que l'intéressée faisait l'objet de poursuites pénales ne pouvait restreindre le champ de protection plus large dont elle bénéficiait en tant que «personne ordinaire» (ibid.).

58. En l'espèce, à la différence des affaires citées ci-dessus, le requérant n'était ni une personnalité publique ni ne faisait l'objet de poursuites pénales. Amené au commissariat pour déposition, il y fut retenu deux heures environ avant d'être relâché. Présente à ses côtés, la belle-fille de l'écrivain, accompagnée de la journaliste auteur des publications, déposa une plainte à son encontre. L'enquête policière fut engagée pour décider de la suite à donner à cette plainte qui, ultérieurement, fut classée sans suite en raison de l'absence du corps du délit dans l'action du requérant.

59. La Cour rappelle que l'élément déterminant, lors de la mise en balance de la protection de la vie privée et de la liberté

d'expression, doit résider dans la contribution que l'information ou la photographie publiée apporte au débat d'intérêt général (Von Hannover, précité, § 76; Tammer c. Estonie, no 41205/98, § 68, CEDH 2001 I; Jaime Campmany y Diez de Revenga et Juan Luis Lopez-Galiacho Perona c. Espagne (déc), no 54224/00, 12 décembre 2000; Editions Plon c. France, no 58148/00, § 43, CEDH 2004...). En l'occurrence, la photographie, montrant le requérant de face, accompagna l'une des interviews litigieuses réalisées par Mme G. Baladze. Le prénom et le nom de l'intéressé y étant expressément mentionnés, son identification par ses proches, ses collègues et étudiants était parfaitement possible. Aux yeux de la Cour, on ne saurait faire abstraction du contexte dans lequel cette photographie fut publiée – dans le cadre d'une série d'interviews, contenant des propos outrageants à l'égard du requérant, créant pour lui un climat de harcèlement continu. Dans l'interview concernée en particulier, on lisait que le requérant était «un athée terrible»; que, «pour lui, voler, cambrioler ne veulent rien dire»; que [l'on savait] de quelle organisation son père faisait partie et que le requérant «pratiquait carrément la même activité»; que, «sur une telle personne, il fallait jeter l'anathème»; qu'il avait «commis un crime devant la Nation»; et qu'il «volait les archives dans des familles.»

60. La Cour ne discerne aucun élément, ni dans l'article concerné ni dans les observations des parties, pouvant expliquer les raisons d'intérêt général pour lesquelles le journal décida de procéder à la publication de la photographie litigieuse. Rien ne laisse supposer que celle-ci ait eu une valeur d'information en tant que telle ou ait été utilisée à bon escient (cf., a contrario, Sabou et Pircalab c. Roumanie, no 46572/99, §§ 39–41, 28 septembre 2004). Au contraire, il semblerait que la photographie ne servit qu'à montrer la personne mentionnée dans l'interview, caractérisée comme ci-dessus.

61. Dans ces conditions, la publication de la photographie du requérant ne saurait passer pour contribuer à un quelconque débat d'intérêt général pour la société, quel que soit le degré d'intérêt de celle-ci envers le pillage du domicile d'un grand écrivain (voir, mutatis mutandis, Julio Bou Gibert et El Hogar Y La Moda J.A. c. Espagne, (déc), no 14929/02, 13 mai 2003; Société Prisma Presse c. France (déc.), no 66910/01, 1er juillet 2003; Von Hannover, précité, § 76).»

Der Gerichtshof beanstandete insbesondere, dass die georgischen Gerichte bei der Fotografie auf eine Abwägung der Interessen verzichteten: «62. De surcroît, la Cour note qu'aucune des juridictions internes ne statua sur le moyen du requérant, tiré de la publication de sa photographie. Aucune mise en balance de l'intérêt du requérant à voir protéger sa photographie et de celui du public à la voir paraître ne fut dès lors effectuée. Cette absence d'évaluation des intérêts en cause ne saurait passer pour conforme avec les obligations positives de l'Etat au titre de l'article 8 de la Convention (voir, a contrario, Jaime Campmany y Diez de Revenga et Juan Luis Lopez-Galiacho Perona, décision précitée).

63. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, et malgré la marge d'appréciation dont l'Etat dispose en la matière, la Cour estime que, concernant la publication des informations et de la photographie litigieuses, les juridictions géorgiennes n'ont pas établi un juste équilibre entre les intérêts en conflit. La manière dont elles ont traité l'affaire n'a donc pas assuré au requérant une protection suffisante et effective de sa vie privée.»

Der EGMR sprach ihm eine Genugtuung von 4'000 Euro zu. Der Entscheid fiel formal einstimmig, doch machte Richter Costa in einem Sondervotum deutlich, dass er eine EMRK-Verletzung nur bezüglich der Photographie bejahte: «J'ai eu beaucoup plus de doutes en ce qui concerne les articles eux-mêmes, en raison de l'importance de la presse, du fait que le manuscrit prétendument dérobé avait appartenu, semble-t-il, à un ancien Président de la République de Géorgie, et de la circonstance que le requérant a un peu joué les victimes en refusant ou en contestant les possibilités ou les modalités de son droit de réponse.» Zudem schein ihm die vom Gerichtshof gewährte Genugtuungssumme überrissen. (Urteil der 2. Kammer N° 71678/01 «Gurgenidze c. Georgien» vom 17.10.2006) ■

#### ANMERKUNGEN:

Dieser Fall war dem Gerichtshof nicht einmal eine eigenständige Medienmitteilung wert. Auf eine Übersetzung der unaufgereggt formulierten Urteilsbegründung in die englische Sprache wurde verzichtet. All dies erstaunt. Wenn nicht alles täuscht, macht der Gerichtshof nämlich mehr als zwei Jahre nach dem viel besprochenen Urteil in Sachen «Caroline von Hannover c. Deutschland» vom 18. Mai 2004 (medialex 3/2004, 157ff.) einen zweiten Schritt auf dem Weg zu einem ausgebauten menschenrechtlichen Schutz der Persönlichkeitsrechte vor Medienübergreifen. Dieser Schritt zu einem umfassenderen Abschilderung des Privatlebens (Art. 8 EMRK) vor journalistischen Exzessen ist ein doppelter, denn er betrifft die Berichterstattung in Wort und Bild:

1. Primär zu erwähnen sind die Schutzpflichten der nationalen Gerichte bei persönlichkeitsverletzender Wortberichterstattung durch die Medien. Zu dieser Thematik gab es in der Strassburger Rechtsprechung soweit ersichtlich bislang lediglich indirekte Hinweise durch jene Fälle, in denen der EGMR gegen die Medien gerichtete Urteile der nationalen Zivil- oder Strafjustiz vor dem Hintergrund der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) beurteilte. Hier aber prüft der Gerichtshof unter dem Blickwinkel von Art. 8 EMRK, ob ein Vertragsstaat eine Privatperson ausreichend vor ehrenrührigen Medienvorwürfen schützte. Die Urteilsbegründung hält in Ziff. 41 zwar fest, die EMRK garantiere an sich kein Recht auf Schutz des guten Rufs. In der Substanz scheint das Urteil aber einen solchen Anspruch zu bejahen. Dass der EGMR im vorliegenden Fall unzureichende staatliche Massnahmen zur Abschilderung des Privatlebens beanstandet, dürfte durch zwei Umstände gefördert worden sein: Zum einen weist die Begründung der georgischen Justiz offensichtliche Schwachstellen auf. Und zum anderen hatte sich die Zeitung in dieser Kontroverse auf die Seite der Mächtigen geschlagen. Gewissermassen als Sprachrohr der gesellschaftlich-politischen Elite (d.h. der Familie des früheren georgischen Präsidenten) hatte sie eine vorher unbekannte Person mit überfallartigen Methoden ins öffentliche Rampenlicht gezerrt. Vor diesem Hintergrund lässt es der Gerichtshof nicht genügen, dass die georgische Ziviljustiz lediglich die Unkorrektheit einzelner Formulierungen festgestellt hatte.

2. Auf bekannteren Pfaden bewegt sich der Gerichtshof beim Schutz des Individuums vor (heimlich) aufgenommenen Pressefotos. Die Begründung verweist denn auch mehrmals auf das richtungsweisende Urteil im Fall Caroline. Der georgische Fall weist

# L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

neben Gemeinsamkeiten (heimliche Aufnahmen im Paparazzi-Stil) auch einige wesentliche Unterschiede zum Präjudiz auf. Die Medienartikel zielten nicht primär auf das Bedürfnis der Leserschaft nach Unterhaltung und Ablenkung, sondern thematisierten zumindest im Ansatz Fragen von legititem allgemeinem Interesse (Ziff. 43). Der Gerichtshof sprach dem Bild aber einen eigenständigen Informationsgehalt ab (Ziff. 60). In der Güterabwägung wog neben dem herabsetzenden Gesamtkontext der Abbildung schwer, dass der Abgebildete keinerlei Bezug zur Öffentlichkeit gehabt hatte und nicht mit einer entsprechenden Entblössung hatte rechnen müssen. Dies unterschied ihn etwa von einem Spitzenpolitiker, dessen Gegner ihn im Wahlkampf in einer unvoreilhaftigen Fotomontage gezeigt hatten (Zulässigkeitsentscheid der 3. Kammer N° 42409/98 «Wolfgang Schüssel c. Österreich» vom 21. Februar 2002) oder von einem Anwalt, der sich in gesellschaftlichen Fragen öffentlich exponiert und dessen vom Bildschirm aufgenommenes Porträt eine Wochenzeitung als Illustration eines kritischen Artikels verwendet hatte (Zulässigkeitsentscheid der 4. Kammer N° 14991/02 «Ludwig Amadeus Minelli c. Schweiz» vom 14.6.2005, medialex 4/2005, 233).

Welche Verallgemeinerungen sich aus diesem – von einem Richter als pittoresk und obskur charakterisierten – Einzelfall ziehen lassen, wird nicht zuletzt die weitere EGMR-Praxis zeigen. Hingewiesen sei insbesondere auf das ausstehende Urteil des Gerichtshofs zur Beschwerde N° 71111/01 «Hachette Filipacchi associés c. Frankreich», welche die 1. Kammer am 2. Februar 2006 als zulässig erklärt hat. Die Herausgeberin von «Paris Match» beschwert sich gegen ein Urteil der französischen Ziviljustiz, das die Publikation eines Bildes des vor wenigen Minuten in Ajaccio erschossenen Präfekten Claude Erignac auf Klage der Hinterbliebenen als rechtswidrig bezeichnete.

DR. FRANZ ZELLER, BERN

## Medien-Vorverurteilung ohne strafrechtliche Folgen

Die beiden schwedischen Abendzeitungen «Expressen» und «Aftonbladet» publizierten im Herbst 1996 eine Reihe von Berichten über den Briten Anthony White. Sie enthielten schwere Vorwürfe gegen White, die von einzelnen Gesprächspartnern und White selber bestritten wurden. White ging gegen die Zeitungsverantwortlichen strafrechtlich vor. Das Geschworenengericht verneinte in den meisten Punkten eine Ehrverletzung, betrachtete aber sechs Punkte als diffamierend. Dazu gehörten etwa die Schlagzeile «He is pointed out as PALME'S MURDERER», der mehrfach erhobene Vorwurf des Schmuggels und die Wiedergabe einer anonymen Quelle aus dem südafrikanischen Geheimdienst, wonach White töte, ohne zu zögern.

Die schwedische Strafjustiz sprach die beiden Chefredaktoren dennoch frei. White sei in Südafrika eine bekannte Person und daher nicht ein durchschnittlicher Privater mit einem besonderen Schutzbedürfnis. Die beiden Zeitungen hätten White zwar einen verwerflichen Lebensstil und verschiedene Straftaten vorgeworfen, doch beruhten diese Vorwürfe auf einer vernünftigen Grundlage. Sie stützten sich primär auf einen früheren Mitarbeiter des südafrikanischen Geheimdienstes, Dirk Coetzee. Der vom Appellationsgericht befragte Coet-

zee hinterliess dem schwedischen Gericht einen glaubwürdigen Eindruck. Zudem sagten sechs Journalisten als Zeugen aus, dass sie Coetzees Vorwürfe bei anderen Quellen in verschiedenen Ländern zu verifizieren versucht hatten.

Der Gerichtshof hielt fest, dass die Presseberichte (in Wort und Bild) Whites Anspruch auf Achtung seines Privatlebens (Art. 8 EMRK) tangierten. Der Gerichtshof erinnerte daran, dass den Staat eine Pflicht zum Schutz dieses Menschenrechts vor Übergriffe anderer Individuen treffen kann. Dieser Schutz müsse gegen die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) abgewogen werden. «21. (...) Under the terms of paragraph 2 of Article 10 of the Convention, freedom of expression carries with it »duties and responsibilities«, which also apply to the media even with respect to matters of serious public concern. Moreover, these «duties and responsibilities» are liable to assume significance when there is a question of attacking the reputation of a named individual and infringing the «rights of others». Thus, special grounds are required before the media can be dispensed from their ordinary obligation to verify factual statements that are defamatory of private individuals. Whether such grounds exist depends in particular on the nature and degree of the defamation in question and the extent to which the media can reasonably regard their sources as reliable with respect to the allegations. Also of relevance for the balancing of competing interests which the Court must carry out, is the fact that, under Article 6 § 2 of the Convention, individuals have a right to be presumed innocent of any criminal offence until proven guilty (...)»

Im vorliegenden Fall billigte der Gerichtshof den Medienschaffenden guten Glauben und ausreichende Massnahmen zur Abklärung ihrer Vorwürfe zu: 23. It is to be noted that the impugned articles mainly contained reports of allegations made by others, in particular Dirk Coetzee, a former senior official of the South African security police. As noted by the Court of Appeal, the journalists who wrote the articles had contacted journalist colleagues, public servants and representatives of various organisations in different countries and capacities in order to verify those allegations. After hearing six journalists as witnesses, the appellate court concluded that «each of them separately has had high ambitions to find out the degree of truth of Dirk Coetzee's statements and to check with reliable sources who the person Anthony White was». In this connection, regard should further be had to the fact that the newspapers in question also reported statements of individuals who rejected the allegations against the applicant, that Expressen published an interview with the applicant at the relevant time and that Aftonbladet had given him an opportunity to comment on the information published.

In view of the above, the Court considers that, in the series of articles, the newspapers endeavoured to present an account of the various allegations made which was as balanced as possible in the particular circumstances. Furthermore, having regard to the persons contacted in order to have

# L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

the allegations verified, the journalists involved must be considered to have acted in good faith.»

Dennoch wies der Gerichtshof darauf hin, dass die Berichte haptige Aussagen enthielten, die White als schweren Kriminellen bezichtigten und die Unschuldsvermutung missachteten: «25. Nevertheless, the published articles contained strong statements which designated the applicant as a serious criminal. It does not appear that he has been convicted of any of the offences ascribed to him. The statements clearly tarnished his reputation and, moreover, disregarded his right to be presumed innocent until proven guilty according to law.

26. The Court must therefore assess whether the domestic courts struck a fair balance between the two conflicting values guaranteed by the Convention, namely the protection of the applicant's reputation as part of his right to respect for his private life and the newspapers' freedom of expression. In that respect, it needs to be ascertained whether the courts applied standards which were in conformity with the principles embodied in Articles 8 and 10 of the Convention.»

Die Abwägung der schwedischen Strafjustiz war nach einstimmiger Ansicht des Gerichtshofs nicht zu beanstanden. Eine wesentliche Rolle spielten dabei die Bekanntheit Whites und das legitime Interesse der schwedischen Öffentlichkeit an Informationen über die unaufgeklärte Ermordung von Ministerpräsident Olof Palme. «27. To begin with, the Court considers that the domestic standards concerning the exclusion of liability for defamation by means of printed matter, as laid down in the relevant provisions of the Freedom of the Press Act and the Criminal Code are, as such, in conformity with Convention standards. Moreover, the Court of Appeal clearly recognised the conflict between the two opposing interests and applied the domestic legal provisions by weighing the relevant considerations in the case.

28. Regarding the effect which the publication had on the applicant's private life, the Court of Appeal found that the published information had been liable to expose him to the contempt of others and, as such, was defamatory. It further concluded, however, that the evidence in the case showed that the applicant was well known in southern Africa and among representatives of organisations for the protection of animals and the conservation of nature, and that within certain groups it was known that he had engaged in the alleged activities. The appellate court therefore considered that he was not an ordinary private person in respect of whom there was a particular need of protection.

29. The Court of Appeal balanced the applicant's interests against the public interest in the relevant matters, namely the unsolved murder of the former Swedish Prime Minister Olof Palme and, especially, the so-called »South Africa trail« in the criminal investigation. Undoubtedly, both the murder of Mr Palme and that particular avenue of investigation

were matters of serious public interest and concern. As such, there was little scope for restricting the communication of information on these subjects.

30. Having regard to what has been stated above, the Court finds that the domestic courts made a thorough examination of the case and balanced the opposing interests involved, in conformity with Convention standards. In the circumstances of the case, they were justified in finding, in their discretion, that the public interest in publishing the information in question outweighed the applicant's right to the protection of his reputation. Consequently, the Court cannot find that there has been a failure on the part of the Swedish State to afford adequate protection of the applicant's rights under Article 8 of the Convention.» (Urteil der 2. Kammer N° 42435/02 «White c. Schweden» vom 19.9.2006) ■

## ANMERKUNGEN:

Bei Fragen von grossem öffentlichem Interesse sind auch massive persönliche Vorwürfe hinzunehmen, wenn sie auf einer ausreichenden Medienrecherche beruhen. Diese Feststellung des Gerichtshofs liegt auf der Linie der bisherigen Strassburger Praxis. Bemerkenswert ist dieses Urteil wegen der Vorverurteilungsproblematik. Inwiefern die verschiedenen Zeitungsbeträge einen vorverurteilenden Gesamteindruck hinterliessen, lässt sich aufgrund des Sachverhalts zwar nur schwierig beurteilen. Der Gerichtshof macht in Ziff. 25 jedoch deutlich, dass er die schwedischen Zeitungsartikel als (private) Verletzungen der Unschuldsvermutung einstuft.

Nach bisheriger schweizerischer Rechtsprechung hätte dies wohl zwingend zu einer Verurteilung der Medienschaffenden geführt. Das Bundesgericht hat aus dem Prinzip der Unschuldsvermutung abgeleitet, «dass auch im Rahmen eines grösseren Artikels stets, d.h. an jeder Stelle, wo der Verdacht einer Straftat erwähnt wird, nur eine Formulierung zulässig sein kann, die hinreichend deutlich macht, dass es sich einstweilen nur um einen Verdacht handelt und dass eine abweichende Entscheidung des zuständigen Strafgerichtes durchaus noch offen ist.» Die Medien könnten das Publikum auch orientieren oder aufrütteln, ohne dass sie deswegen einen Tatverdacht als feststehende Straftat darstellen (BGE 116 IV 31 E. 5 S. 42ff.)

Der EGMR scheint hingegen die Unschuldsvermutung bei journalistischen Vorwürfen zu relativieren. Zwar anerkennt er ihren Stellenwert, setzt sie aber nicht absolut. Er öffnet vorverurteilende Medienberichte einer Abwägung mit entgegen stehenden Rechtsgütern wie der journalistischen Freiheit und der Information des Publikums. Der Gerichtshof prüfte den Fall auf Beschwerde des Tatverdächtigen, der einen ungenügenden Schutz seines Privatlebens beanstandete (Art. 8 EMRK). Daraus lässt sich zwar nicht ohne weiteres ableiten, der EGMR hätte umgekehrt die Beschwerde eines wegen vorverurteilter Berichterstattung bestraften Medienschaffenden (Art. 10 EMRK) gutgeheissen. Dennoch drängt sich der Eindruck auf, dass der EGMR die Medienberichterstattung in hängigen Straffällen an einem weniger strengen Massstab misst als das Bundesgericht.

DR. FRANZ ZELLER, BERN

## Weitere Strassburger Rechtsprechung:

- Verweigerung der von einer jungen Mutter verlangten öffentlichen Verhandlung und der öffentlichen Urteilsverkündung in einem Prozess um den Entzug des elterlichen

# L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

- Sorgerechts verletzt Artikel 6 EMRK (Urteil der 1. Kammer N° 12643/02 «Moser c. Österreich» vom 21.9.2006)
- Beschlagnahme von nicht für die Publikation bestimmten Aktfotografien junger Frauen bedeutet zulässige Beschränkung des Rechts auf Achtung des Privatlebens des Fotografen (Art. 8 EMRK). Der Gerichtshof bejahte eine ausreichende Grundlage im bulgarischen Recht, obwohl das Tatbestandsmerkmal der Pornographie zwangsläufig mehr oder weniger vage formuliert sei. Trotz der Interpretationsschwierigkeiten seien die Zwangsmassnahmen im konkreten Fall ausreichend vorhersehbar gewesen. (Zulässigkeitsentscheid der 5. Kammer N° 57883/00 «Petrov c. Bulgarien» vom 30.8.2006)
- Keine Missachtung des Rechts auf Erschliessung allgemein zugänglicher Informationen (Art. 10 EMRK) durch die Verweigerung der Einsicht in ein nicht realisiertes Projekt für den Bau eines Kernkraftwerks. Die Argumente der tschechischen Behörden (u.a. der Schutz des Geschäftsgeheimnisses und der Schutz vor terroristischen Angriffen) seien umfassend begründet und nicht willkürlich. (Zulässigkeitsentscheid der 5. Kammer N° 19101/03 «Sdruzeni Jihoceske Matky c. Tschechien» vom 10.7.2006)
- Keine Missachtung der Meinungsfreiheit des Eigentümers der Tageszeitung Özgür Bakis, die 1999 nach der Verhaftung von PKK-Chef Abdullah Öcalan zwei Artikel publizierte, deren massive Wortwahl der EGMR als Aufruf zur Kriegsführung oder zumindest zum bewaffneten Widerstand qualifizierte. Die Busse gegen den Eigentümer und das Erscheinungsverbot von sechs Tagen bezeichnete der Gerichtshof als verhältnismässige Massnahmen der türkischen Strafjustiz im Kampf gegen den Terrorismus. Der Eigentümer habe die fraglichen Meinungen zwar nicht persönlich geäussert, dem Aufruf zu Gewalt und Hass aber eine Plattform geboten. Auch er habe die Pflichten und Verantwortlichkeiten von Redaktoren und Journalisten zu beachten, die in Zeiten des Konflikts von erhöhter Bedeutung seien. (Urteil der 2. Kammer N° 4119/02 «Halis Dogan c. Türkei (Nr. 3)» vom 10.10.2006)
- Weitere Urteile gegen die Türkei wegen menschenrechtswidriger Bestrafung politischer Äusserungen, die weder zu Gewalt noch zu Hass aufriefen (Urteile der 2. Kammer N° 11840/02 «Falakaoglu c. Türkei (Nr. 2)» vom 10.10.2006 und N° 68234/01 «Baskaya c. Türkei» vom 3.10.2006) ■

DR. FRANZ ZELLER, BERN

## D'AUTRE PART UND AUSSERDEM

### Medienschaffende zu Recht über Missstände in Chirurgieklinik informiert

Bundesgerichtsentscheid vom  
22. Mai 2006 (5C.1/2006;  
BGE-Publikation vorgesehen)

Das öffentliche Interesse hinsichtlich möglicher Missstände rechtfertigt den Gang an die Medien, urteilt das Bundesgericht im Berufungsverfahren der Präsidentin der Schweizerischen Patientenorganisation (SPO) gegen das Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen vom 25. August 2005 (*medialex* 1/06, S. 46 ff.).

Die Präsidentin der SPO hatte mehrere Medienschaffende mit Unterlagen bedient, insbesondere mit einem anonymisierten Operationsprotokoll der Chirurgieklinik des Kantons Spital St. Gallen. Aus dem Operationsprotokoll ging hervor, dass der Chefarzt der Klinik an einem einzigen Tag 14 Privatpatienten operiert haben soll. Die SPO-Präsidentin

hatte ferner in diesem Zusammenhang gegenüber Medienvertretern u.a. den Verdacht geäussert, der Chefarzt habe Privatpatienten nicht persönlich operiert, obschon er die Patienten entsprechend informiert habe, und er habe dabei Honorare einkassiert, die an sich den Oberärzten zugestanden hätten.

Nach Auffassung des St. Galler Kantonsgerichts verletzte die SPO-Präsidentin (Beklagte) mit ihrem Vorgehen die Persönlichkeit des Chefarztes (Klägers) ohne zureichenden Rechtfertigungsgrund. Die kantonalen Richter berücksichtigten zwar ein öffentliches Interesse an der Wahrung der Rechte von Privatpatienten, hielten aber nur den Gang an Fachgesellschaften als zulässig, nicht dagegen die Verbreitung der Informationen zuhanden der Medien. Entsprechend verurteilte die Vorinstanz die Beklagte u.a. zu Schadenersatz und Genugtuung.

Demgegenüber schätzt das Bundesgericht die Anliegen von Privatpatienten in öffentlichen Spitälern als gewichtiger ein, namentlich das Interesse an einer einheitlichen und nachvollziehbaren Auslegung des Begriffs «persönlich operieren». Entsprechend rechtfertigt das öffentliche Informationsinteresse hinsichtlich möglicher Missstände gemäss dem vorliegenden Urteil auch den Gang an die Medien, sind doch die von der aufgegriffenen Frage Betroffenen vor allem auch unter den Adressaten der Medien zu finden.

# L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

«Aus der Sicht des auch durch das Kantonsgericht anerkannten öffentlichen Interesses ist es entgegen dessen Ansicht unerheblich, ob die Beklagte die Informationen Behörden bzw. Fachkreisen oder Medienschaffenden hat zukommen lassen. Es ist vielmehr so, dass die von der aufgegriffenen Frage Betroffenen vor allem auch unter den Adressaten der Medien zu finden sind. Der Standpunkt der Vorinstanz lässt sich sodann auch nicht mit dem Hinweis darauf stützen, dass die Beklagte bei der von ihr beanstandeten Weitergabe der Unterlagen den Namen des Klägers preisgegeben hat. Letzteres hat den benachrichtigten Journalisten bzw. dem Fernsehen ermöglicht, den Kläger zu kontaktieren und vor der Verarbeitung des erhaltenen Materials Stellung nehmen zu lassen. Das Kantonsgericht hält den in Frage stehenden Gang zu den Medien für verfrüht und aus diesem Grund für unverhältnismässig: Durch ihr Vorgehen habe die Beklagte der Sache zu einer personalisierten Dimension in aller Öffentlichkeit verholten, ohne abzuwarten, ob ihre Vorstösse bei Fachkreisen und Aufsichtsorganen etwas bewirken würden. Die Vorinstanz lässt ausser Acht, dass die Beklagte das Operationsprogramm vom 2. Februar 1999 einem Brief beigelegt hatte, den sie bereits am 6. Januar 2000, d.h. 23 Monate vor der Kontaktierung der beiden Medienschaffenden, dem Kantonalen Untersuchungsrichter geschrieben hatte. Der Kläger selbst weist sodann darauf hin, dass das kantonale Gesundheitsdepartement auf Grund von Gerüchten, die die Beklagte in die Welt gesetzt habe, ihn (ebenfalls schon) im Januar 2000 zur Stellungnahme aufgefordert habe. Ausserdem hatte der Präsident der Ärztesgesellschaft des Kantons St. Gallen in einem Schreiben vom 11. Februar 2000 der Beklagten mitgeteilt, er habe erfahren, sie verfüge über Unterlagen, die dokumentieren sollten, dass der Kläger systematisch an vier OP-Tischen operiere, die Patienten im Glauben lasse, dass er alle selber operiere, und entsprechend auch kassiere. Als die Beklagte sich im Dezember 2001 an das Schweizer Fernsehen und den freien Journalisten R. wandte, hatten mithin verschiedene öffentliche und fachliche Stellen seit fast zwei Jahren zum Teil direkt auf Grund des Operationsprogrammes vom 2. Februar 1999 Kenntnis von der von ihr aufgegriffenen Problematik. Die vom Kantonsgericht angesprochene Empfehlung an die Mitglieder der Schweizerischen Gesellschaft für Chirurgie hat deren Vorstand dagegen erst am 21. November 2002 verabschiedet. Die Auffassung des Kantonsgerichts, die Beklagte habe unverhältnismässig gehandelt, indem sie mit den anhand des erwähnten Operationsprogrammes aufgeworfenen Fragen bezüglich des persönlichen Operierens von Privatpatienten durch den Kläger an die Redaktion der Sendung «10vor10» des Fernsehens SFDRS und den freien Journalisten R. gelangt sei, als sie eben erst Fachgremien bzw. das kantonale Gesundheitsdepartement damit konfrontiert gehabt habe, erscheint angesichts der dargelegten Gegebenheiten und der auf dem Spiele stehenden Interessen als unbegründet. Zu beachten ist insbesondere auch, dass die von der Beklagten kontaktierten Medienschaffenden vor der endgültigen Verarbeitung der Informationen mit dem Kläger Verbindung aufgenommen und ihn zur Stellungnahme

eingeladen haben und dass die Beklagte von einem solchen Vorgehen der beiden Journalisten ausgehen durfte.» ■

## ANMERKUNGEN:

Sowohl das Kantonsgericht wie auch das Bundesgericht gehen davon aus, dass die SPO-Präsidentin mit ihrem Vorgehen die Persönlichkeit des Klägers verletzt hat. Vorab ist deshalb auf diese rechtliche Qualifikation kurz einzugehen.

1. Im Mittelpunkt der Ausführungen des Bundesgerichts steht nicht die Berichterstattung in den Medien, sondern die Weitergabe von Unterlagen an Medienschaffende. Diese beiden Verhaltensweisen sind auseinander zu halten, auch wenn die Berichterstattung in einem engen Zusammenhang mit der Information durch die Beklagte steht. Wie im vorliegenden Entscheid zu Recht betont wird [E. 3.2], kann der SPO-Präsidentin eine Persönlichkeitsverletzung zum vornherein dann nicht vorgeworfen werden, wenn die auf den Unterlagen und Äusserungen beruhende Medienberichterstattung ihrerseits keine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung darstellt. Denn das blosses Schaffen der Gefahr einer künftigen Verletzung ist für sich genommen nicht schon eine Verletzung der Persönlichkeit, obschon es möglicherweise im Zusammenhang mit einem Verbot einer «drohenden Verletzung» nach Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB relevant werden kann. Auf diesem Hintergrund prüft das Bundesgericht richtigerweise die Frage, ob die Beklagte mit ihrem Vorgehen an einer – durch die Medienberichterstattung verursachten – Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 28 Abs. 1 ZGB «mitgewirkt» hat oder nicht.

2. Aus dem vorliegenden Entscheid geht nicht mit der wünschenswerten Deutlichkeit hervor, ob aufgrund des offenbar anonymisierten Operationsprogrammes auf den Namen des Klägers geschlossen werden konnte. Trifft dies nicht zu, ist eine Persönlichkeitsverletzung freilich zum vornherein ausgeschlossen: Die blosses Information über die Tatsache, dass an einem bestimmten Schweizer Spital eine zweifelhafte Praxis besteht, ist nicht geeignet, die Ehre, die Privatsphäre oder andere Persönlichkeitsbereiche des einzelnen Chirurgen zu beeinträchtigen. Eine Persönlichkeitsverletzung liegt deshalb höchstens dann vor, wenn das weitergeleitete Operationsprotokoll aufgrund der Namensnennung oder weiterer Hintergrundinformationen mit dem Kläger in Verbindung gebracht werden konnte. Aus diesem Grund stellt sich für Informanten sowie für die Medien stets die zentrale Frage, ob im konkreten Fall eine Namensnennung gestattet ist. Dies trifft nur dann zu, wenn hinsichtlich der Namensnennung ein Rechtfertigungsgrund vorliegt, d.h., wenn das berechnete Informationsinteresse des Zielpublikums eine Namensnennung verlangt. Gleiches gilt im Übrigen auch im Zusammenhang mit einer Gerichtsberichterstattung.

3. Zudem fällt auf, dass im vorliegenden Urteil nur «zwischen den Zeilen» erkennbar ist, in welcher Hinsicht die Persönlichkeit des Klägers verletzt wurde. Sind nämlich die verbreiteten Informationen zutreffend (offenbar war die Echtheit des Dokuments von keiner Seite bestritten) so stellt sich die Frage, welcher Persönlichkeitsbereich überhaupt als betroffen erscheinen kann. Um einen Eingriff in die Privatsphäre kann es sich schon deshalb nicht handeln, weil die berufliche Tätigkeit eines Chefarztes (soweit keine Patientennamen genannt werden) nicht Bestandteil von dessen Privatsphäre sein kann (ob am Konstrukt der Sphärentheorie im Zusammenhang mit dem zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz festgehalten werden soll, wird bezweifelt; vgl. nur REGINA E. AEBI-MÜLLER, Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, Bern 2005, S. 247 ff.; dies spielt hier aber insofern keine Rolle, als auch bei abweichender Betrachtungsweise nicht einsichtig ist, inwiefern das Operationsprogramm schützenswerte Persönlichkeitsbereiche betreffen soll). Eine Privatsphärenverletzung wurde denn auch nicht geltend gemacht. Im Vordergrund stand offensichtlich vielmehr die Angst des Klägers, in seinem Ansehen beeinträchtigt zu werden. Ob bei der Weiterverbreitung wahrer Tatsachen von einer Ehrverletzung ausgegangen werden darf, ist allerdings umstritten: Definiert man Ehre als die Geltung, auf die eine Person in der Öffentlichkeit Anspruch hat, so liegt nach hier vertretener Auffassung keine

Ehrverletzung vor, wenn das (gemessen an den Fakten zu positive) Ansehen auf das dem Betroffenen aufgrund der tatsächlichen Sachlage treffende Mass reduziert wird (vgl. E. 3.2 des vorliegenden Entscheids). In casu kann deshalb die Persönlichkeitsverletzung nur darin liegen, dass die Gefahr bestand, dass der Kläger wegen einer undifferenzierten Berichterstattung in einem falschen Licht erscheinen und insbesondere der Verdacht aufkommen könnte, der Kläger habe ganze Operationen an Oberärzte abgegeben und trotzdem das Privatpatientenhonorar bezogen (so die Argumentation der Vorinstanz, zitiert in E. 4 des vorliegenden Entscheids). Geht es aber nur um die Gefahr einer möglicherweise überzeichneten oder unsorgfältigen Berichterstattung, so erscheint es als unverhältnismässig, der Beklagten bereits die Weitergabe der Informationen an Medienschaffende zu verbieten – es sei denn, man stellt diese Medienschaffenden unter den Generalverdacht, verzerrend zu informieren. Dass das Bundesgericht nicht schon hier mangels einer tatsächlich eingetretenen und unmittelbar drohenden Persönlichkeitsverletzung die rechtliche Prüfung beendet hat, ist zu bedauern.

4. Liegt ungeachtet dieser Vorbehalte eine Persönlichkeitsverletzung vor – wovon in casu sowohl die Vorinstanz wie auch das Bundesgericht ausgingen – so ist diese nach Art. 28 Abs. 2 ZGB nur widerrechtlich und damit unzulässig, sofern kein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Die Beklagte machte – vor Bundesgericht erfolgreich geltend, an der Information bestehe ein überwiegendes öffentliches Informationsinteresse. Dabei bildet das öffentliche Informationsinteresse, wie das Bundesgericht einmal mehr betont (E. 5.2) keinen absoluten Rechtfertigungsgrund. Der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz ist jedoch im Lichte der Grundrechte, nämlich der Informations- und der Medienfreiheit (Art. 16 und 17 BV) auszulegen, womit das «Wächteramt» der Presse ein vergleichsweise hohes Gewicht erhält.

Das Kantonsgericht anerkannte zwar ein öffentliches Interesse dem Grundsatz nach, betrachtete aber den Gang an die Medien als «unverhältnismässig». Der Begriff der Verhältnis-mässigkeit ist freilich in diesem Zusammenhang wenig hilfreich, geht es doch nur darum festzustellen, ob das öffentliche (Informations)Interesse das schützenswerte Interesse des Klägers an Wahrung seiner Persönlichkeitsrechte überwiegt, mit anderen Worten um eine Interessenabwägung (vgl. Art. 28 Abs. 2 ZGB; siehe auch E. 5.2 des vorliegenden Entscheids). Das Bundesgericht hält in diesem Kontext zutreffend fest, dass gerade die Adressaten von Medien als Patienten in besonderem Masse und legitimerweise an Informationen über Operationspraktiken und allfällige Missstände interessiert sind. Als unzutreffend erweist sich deshalb der Standpunkt der Vorinstanz, die SPO-Präsidentin hätte die Reaktion auf ihre Vorstösse bei Fachkreisen abwarten müssen. Wie das Bundesgericht hervorhebt (E. 6.4), hatte die Beklagte während rund zweier Jahre vergeblich auf eine Intervention des kantonalen Untersuchungsrichters gewartet. Aber auch wenn man von diesem Umstand absieht, besteht nach meinem Dafürhalten nicht nur ein schützenswertes Interesse an einer Intervention durch Behörden oder Fachorganisationen. Vielmehr muss sich der Kläger als Vertreter eines Berufsstandes, der in besonderem Masse dem öffentlichen Interesse ausgesetzt ist (vgl. nur BGE 126 III 209; Fall Kraska), stets und unabhängig von anderweitigen Interventionen eine Medienberichterstattung über heikle berufsethische Fragen gefallen lassen, soweit diese nicht unzutreffend oder undifferenziert ausfällt (was vorliegend, wie erwähnt, nicht zur Diskussion stand). Nicht unwesentlich ist in diesem Zusammenhang, dass sich die Beklagte nicht nur darauf berufen kann, dass sie eine Organisation vertritt, die sich dem Schutz der Patientenangelegenheiten zum Zweck gesetzt hat. Vielmehr geht aus den Ausführungen des Bundesgerichts implizit auch hervor, dass sich die SPO-Präsidentin mit Bezug auf die Medienberichterstattung auch als (blosse) Informantin selber auf das öffentliche Informationsinteresse berufen darf.

5. Das vorliegende Urteil bringt zwar keine grundlegend neuen Erkenntnisse zum privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz im Zusammenhang mit Massenmedien und der rechtlichen Stellung von deren Informanten. Dennoch bildet es einen wichtigen Beitrag zur Festigung und Konturierung der bisherigen Rechtsprechung und weist dabei klar in die richtige Richtung.

PROF. REGINA E. AEBI-MÜLLER, LUZERN

## Zulässiges TV-Gewinnspiel

Bundesgerichtsentscheid vom  
6. September 2006 (6S.198/2006)

An den TV-Gewinnspielen, die live ausgestrahlt wurden, konnte durch Benützung einer eingblendeten Mehrwertdienstnummer (zum Preis von Fr. 1.50 pro Anruf) teilgenommen werden. An den Gewinnspielen konnte man sich aber auch ohne Leistung eines Einsatzes im lotterierechtlichen Sinne beteiligen, nämlich unter anderem durch Einsenden einer Postkarte.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist der sog. Anbieteranteil, der in der Gebühr für die Benützung einer Mehrwertdienstnummer etwa zwecks Teilnahme an einem Wettbewerb enthalten ist, ein Einsatz im lotterierechtlichen Sinne (BGE 123 IV 175 E. 2a; 125 IV 213 E. 1b/bb). Ein Wettbewerb ist indessen keine lotterieähnliche Unternehmung, wenn daran auch ohne Leistung eines Einsatzes teilgenommen werden kann. Voraussetzung ist allerdings, dass der Wettbewerb gemäss seiner Ankündigung unmissverständlich als Veranstaltung erscheint, an der mit oder ohne Einsatz mit gleichen Gewinnaussichten teilgenommen werden kann (BGE 125 IV 213 E. 1c; 132 II 240 E. 3.1.2). Erforderlich ist mithin, dass gemäss klarer Ankündigung nach den Spielregeln jede Wettbewerbsfrage von sämtlichen Teilnehmern wahlweise sowohl durch Benützung einer Mehrwertdienstnummer als auch auf andere Weise – etwa durch Einsenden einer Postkarte oder durch Benützung einer gewöhnlichen Telefonnummer ohne sog. Anbieteranteil – mit den gleichen Gewinnaussichten beantwortet werden kann.

Das Bundesgericht bewertete die Teilnahme am Gewinnspiel mittels Postkarte die gleichen Gewinnaussichten wie die Benützer der Mehrwertdienstnummer. «Der Postkarten-Teilnehmer kannte im Zeitpunkt der Einsendung der Postkarte, mit der er sich zur Teilnahme anmeldete, zwar die Frage, aber im Unterschied zum Benützer der eingblendeten Mehrwertdienstnummer nicht auch den für deren richtige Beantwortung in Aussicht stehenden Gewinn. Zudem konnte sich der Benützer der Mehrwertdienstnummer unter Umständen erst zur Teilnahme entschliessen, nachdem er verschiedene falsche Antworten anderer Teilnehmer gehört hatte und gerade dadurch auf die seines Erachtens richtige Antwort gekommen war. Der Postkarten-Teilnehmer kannte aber im massgebenden Zeitpunkt, als er sich durch Einsenden einer Postkarte zur Beantwortung einer bestimmten Frage anmeldete, allfällige falsche Antworten anderer Teilnehmer noch nicht. Zwar konnte auch der Postkarten-Teilnehmer allfällige falsche Antworten anderer Spieler, die allenfalls vor ihm zum Zuge kamen, noch berücksichtigen; doch konnte er im Unterschied zum Benützer der Mehrwertdienstnummer keinerlei Einfluss darauf nehmen, in welchem Zeitpunkt innerhalb der Live-Sendung er allenfalls angerufen wurde und die Frage beantworten musste. Ausser-

# L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

dem konnte der Postkarten-Teilnehmer im Unterschied zum Benützer der Mehrwertdienstnummer nur allenfalls die Fragen beantworten, zu deren Beantwortung er sich zuvor angemeldet hatte.»

Auch die Teilnahme via Internet über eine kostenpflichtige Mehrwertdienstnummer erachtet das Bundesgericht als gleichwertig: «Ein Wettbewerb ist mithin keine lotterienähnliche Unternehmung, wenn daran auch ohne Leistung eines Einsatzes teilgenommen werden kann. Entscheidend ist dabei allein, dass nach den Bedingungen des Veranstalters eine solche Teilnahmemöglichkeit mit gleichen Gewinnaussichten für alle Interessenten besteht. Nicht erforderlich ist, dass alle Interessenten auch tatsächlich über die hierfür erforderlichen Mittel verfügen. Wenn an den TV-Gewinnspielen gemäss den Bedingungen des Veranstalters auch über Internet und/oder über WAP mit den gleichen Gewinnaussichten wie durch Benützung der Mehrwertdienstnummer teilgenommen werden kann, dann liegt keine lotterienähnliche Unternehmung vor. In Anbetracht der Verbreitung von Internet und WAP in der heutigen Zeit kann die Ermöglichung der Teilnahme an den Gewinnspielen auf diesen Wegen nicht gleichsam als blosser Alibi-Übung zur Umgehung von Art. 43 Ziff. 2 LV bzw. der diesbezüglichen Rechtsprechung angesehen werden. Dass die Teilnahme über Internet bzw. WAP allenfalls komplizierter und weniger bequem ist als die Teilnahme unter Benützung einer Mehrwertdienstnummer und die erstgenannten Mittel daher, womit die Veranstalterin wohl rechnet, relativ selten genutzt werden, ist unerheblich (vgl. BGE 125 IV 213 E. 2a S. 218, E. 2d S. 221).»

Das Bundesgericht konnte dem angefochtenen Entscheid und der erstinstanzlichen Verfügung entnehmen, wie sich die Teilnahme an den TV-Gewinnspielen über Internet beziehungsweise über WAP konkret genau abspielte und in welcher Weise auf diese Teilnahmemöglichkeiten hingewiesen wurde. Daher konnte es nicht darüber entscheiden, ob sich die nach der Rechtsprechung erforderliche Gleichheit der Gewinnaussichten allenfalls aus andern Gründen als den im angefochtenen Entscheid genannten verneinen liesse. ■

## Widerruf von Mehrwertdienstnummern wegen Verstoss gegen die Preisbekanntgabeverordnung

Bundesgerichtsentscheid vom  
13. April 2006 (BGE 132 II 240)

Ein über Mehrwertdienstnummern betriebenes TV-Gewinnspiel, an dem nicht klar erkennbar mit gleichen Ge-

winnchancen unentgeltlich teilgenommen werden kann, ist eine widerrechtliche lotterienähnliche Veranstaltung und rechtfertigt den Widerruf der verwendeten Nummern. Im Rahmen eines TV-Gewinnspiels wurde das Publikum aufgefordert, zu einem Tarif von «1.50 CHF/Anruf», «1.50 SFR/Anruf» bzw. «1.50 Fr./Anruf und Minute» auf eine der eingblendeten Nummern zu telefonieren. Einzelne, nach dem Zufallsprinzip ausgewählte Teilnehmer werden zurückgerufen bzw. in die Sendung geschaltet, wo sie bei richtiger Beantwortung der Fragen oder Rätsel einen (Geld-)Preis gewinnen können. Die Mehrwertdienstgebühr wird für jeden Anruf erhoben, d.h. auch für solche, die nicht zugeschaltet werden bzw. keinen Rückruf zur Folge haben. Eine Teilnahme am Spiel ist zudem per Postkarte möglich. In diesem Fall wird die Telefonnummer des Zuschauers nach Eingang der Karte in das Zufallssystem eingespielt; sie nimmt an diesem Tag wie ein mehrwertdienstpflichtiger Telefonanruf mit einer potentiellen Chance auf Rückruf am Spiel teil.

Das Bundesgericht schützte in seinem Urteil den Widerruf der Mehrwertdienstnummern des Anbieters, da diese nicht den Nutzungsbedingungen gemäss eingesetzt wurden. Die Teilnahme mittels Postkarte führt nicht zu den gleichen Gewinnchancen wie die Teilnahme über die Mehrwertdienstnummer. «Nur der Zuschauer, welcher auf eine der eingblendeten Mehrwertdienstnummern der Beschwerdeführerin anruft, hat die Aussicht, auf die in der jeweiligen Sendung unmittelbar gestellte Frage antworten bzw. das gerade gezeigte Rätsel lösen zu können. Wer per Postkarte mitspielt, weiss nicht mit Bestimmtheit, an welchem Tag, bei welchem Rätsel oder Spiel und bei welcher Gewinnsumme er allenfalls zurückgerufen wird, sollte seine Telefonnummer ausgelost werden, (...) selbst wenn davon ausgegangen würde, die einzelnen Spiele seien unter sich ohne weiteres austauschbar».

Nach den besonderen Nutzungsbedingungen des BAKOM in den Zuteilungsverfügungen für die umstrittenen Nummern war die Beschwerdeführerin gehalten, die Bestimmungen der Preisbekanntgabeverordnung zu beachten und bei jeder schriftlichen und mündlichen Bekanntgabe der Nummern den Tarif inklusive Mehrwertsteuer in Franken und Rappen pro Minute bzw. pro Anruf «deutlich und unmissverständlich» anzugeben. Das Bundesgericht wertete die grafische Gestaltung (Farbwahl, Schriftgrösse) als nicht mit Art. 13 Abs. 1bis PBV bzw. dem Informationsblatt des seco konform. Zudem versties die Preisangabe auch insofern gegen die Preisbekanntgabeverordnung, als sie es unterliess, bei ihren TV-Gewinnspielen darauf hinzuweisen, dass selbst bei einem erfolglosen Versuch, Name und Telefonnummer respektive die Lösung der gestellten Frage zu hinterlegen, die Mehrwertdienstgebühr geschuldet war. ■

## Handcrème-Test ist nicht unlauter

Bundesgerichtsentscheid vom  
28. August 2006 (4C. 170/2006)

Der «Kassensturz» und das Konsumentenmagazin «Saldo» haben mit einem Bericht über schädliche Stoffe in Handcrèmes nicht gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb verstossen. Das Bundesgericht hat die Berufung des Importeurs der Hautcrème «Tal» abgewiesen, die im Test von 2002 schlecht abgeschnitten hatte.

Bei einem Test wurden 12 Handcrèmes auf schädliche Inhaltsstoffe untersucht. Der «Kassensturz» sendete am 15. Januar 2002 einen Bericht dazu und in der Zeitschrift «Saldo» erschien am folgenden Tag ein entsprechender Artikel. In der Hautcrème «Tal» und weiteren Produkten waren problematische Stoffe gefunden worden, wobei der gesetzliche Grenzwert bei Nitro-Moschus-Verbindungen deutlich überschritten wurde. In der Rangliste erschien «Tal» an letzter Stelle mit der Bewertung «schlecht». Der Importeur verklagte den die beiden Medien wegen unlauteren Wettbewerbs und verlangte 500 000 Franken Entschädigung.

Das Bundesgericht bestätigte die Abweisung der Klage durch das Bündner Kantonsgericht und wies die Berufung der Firma ab. Nach Ansicht des Bundesgerichts wurde das Publikum bei der erwarteten Aufmerksamkeit durch die umstrittenen Publikationen nicht getäuscht oder irreführt. Die Vorinstanz habe «zutreffend festgehalten, dass die Beschränkung der Testkriterien hinreichend klar hervorgehoben wurde und das Publikum bei der erwarteten Aufmerksamkeit ohne weiteres erkannte, dass sich der Test ausschliesslich auf die als schädlich erachteten Inhaltsstoffe bezog. Angesichts der gesetzlichen Beschränkungen bzw. Verbote für zwei der getesteten Substanzen bestand für die Beklagten grundsätzlich keine Verpflichtung, auf Indizien gegen die Schädlichkeit dieser Stoffe hinzuweisen, ohne dass besondere Gründe dafür vorgelegen hätten.»

Auch bestand ein genügendes öffentliches Interesse an der Publikation der Tests: Es wurde «mit hinreichender Deutlichkeit auf die Beschränkung des Warentests auf unerwünschte Inhaltsstoffe hingewiesen, und es wurden nach den Feststellungen der Vorinstanz die gängigsten Handcremen getestet. Da das Publikum bei der erwarteten Aufmerksamkeit erkannte, dass nur zwei der drei im Test erhobenen Substanzen ab einem bestimmten Grenzwert verboten sind und entgegen der Behauptung der Klägerin auch aufgrund der als Blickfang hervorgehobenen Titel und Passagen über die Tragweite der Resultate nicht getäuscht wurde, kann die Berichterstattung nicht als unlauter qualifiziert werden. Vielmehr ist mit der Vorinstanz zu erkennen, dass die Berichterstattung bei gesamter Betrachtung trotz des problematischen Einbezugs von Diethylphtalat in den Test den Kriterien der Lauterkeit ent-

spricht. Die Vorinstanz hat zutreffend festgehalten, dass eine repräsentative Anzahl von Produkten untersucht wurde, die zu den meistverkauften und leicht erhältlichen Handcremes zählen, dass die Test-Kriterien klar dargestellt wurden und dass die Bewertung der einzelnen Produkte in objektiver und nachvollziehbarer Weise aufgrund der Menge des in ihnen enthaltenen problematischen Inhaltsstoffes erfolgte. ■

.....

## Publicité des directives internes à l'administration

Jugement du Tribunal administratif  
du canton de Vaud du 15 août 2006  
(15 GE 2003.0127)

Le Tribunal administratif vaudois a donné raison à un avocat lausannois qui, se fondant sur la loi cantonale sur l'information du 24 septembre 2002, avait requis des autorités fiscales cantonales la consultation d'une circulaire destinée aux taxateurs, laquelle définissait les normes de tolérance applicables aux différentes professions indépendantes. L'Administration des impôts s'était opposée à la communication de ce document au motif qu'il tomberait sous le coup de l'article 16 de la Linfo, disposition qui prohibe notamment la communication d'informations internes dont la diffusion risque de «perturber le processus de décision ou le fonctionnement des autorités». Plus précisément, l'autorité fiscale mettait en avant le fait que pareille divulgation «inciterait les contribuables à invoquer à chaque fois le maximum admis par la norme».

Ce point de vue a été balayé par le TA. Les juges soulignent en particulier que l'exception invoquée ne vise que les documents liés à un processus concret de formation de la volonté, autrement dit qui ont été établis «dans le cadre d'une concertation interne entre les représentants de l'autorité au sujet d'un contribuable particulier et ne sont pas destinés à préparer une décision d'espèce». Tel n'est pas le cas des directives requises. Elles «réunissent des principes généraux destinés à faciliter l'application de la loi et probablement aussi à garantir l'égalité de traitement des contribuables confrontés à de nombreuses autorités de taxation et des taxateurs différents.»

Et le TA d'ajouter qu'«il est en effet particulièrement important, dans les domaines que la loi ne règle pas jusque dans les moindres détails, que le justiciable dispose d'une information aussi large que possible sur les principes et pratiques qui sont susceptibles de s'appliquer à son cas ou à des cas voisins. Il y va de la possibilité pour l'administré de pouvoir se convaincre de l'application régulière du droit et du respect de l'égalité de traitement dans l'activité administrative». ■

**REMARQUES:**

Sachant que le recours a été déposé en 2003, le moins que l'on puisse dire c'est que les juges administratifs vaudois se sont donnés du temps pour se prononcer. Et pour cause: au sort de la présente circulaire sur les seuils de tolérance fiscale était lié celui de l'ensemble des directives internes à l'administration cantonale. On sait que ces instructions interprétatives, qui foisonnent dans les services publics, n'ont pas force de loi; il n'en demeure pas moins qu'elles ont une influence déterminante sur le cours des choses. Ce d'autant que le fonctionnaire qui s'en écarte s'expose à des sanctions pour violation du devoir d'obéissance.

Bien que l'objectif de ces directives soit d'assurer une application uniforme de la loi, l'administration – qu'elle soit vaudoise ou autre – a toujours été très réticente à leur diffusion. On ne dévoile pas volontiers ses cartes...

Sous l'empire du secret administratif, la confidentialité pouvait être imposée. Et encore: le Tribunal fédéral a permis en 2002 (1P.240/2002; publié in *medialex* 2003, p. 56s.) à un tiers de consulter les directives de la police zurichoise sur la confiscation du matériel de prise de vues des photographes de presse. Resté que l'accès avait été admis à qualité: le requérant étant lui-même journaliste, les juges de Lausanne lui ont reconnu un intérêt supérieur à savoir à quelle sauce il sera mangé.

L'avènement de la transparence a modifié la donne. Plus question pour les autorités de s'opposer tout de go à la consultation des directives sur l'application générale des lois, voire de la conditionner à la justification d'un motif prépondérant. Le tribunal administratif vaudois l'a bien compris qui a restreint la portée de l'exception de libre formation de la volonté des autorités aux seules pièces qui ont été créées dans le cadre d'un processus décisionnel déterminé, tels un préavis ou un échange de mail, entre fonctionnaires. On sait que la récente loi fédérale sur la transparence, elle aussi, protège la libre formation de la volonté des autorités (art.7, al.1, litt.a). Espérons que les autorités fédérales, qui seront tôt ou tard confrontés à des demandes d'accès aux directives internes, sauront faire preuve de la même clairvoyance.

PROF. BERTIL COTTIER, LUGANO

**Recours au DETEC:  
une avance de frais  
de 500.– est admissible**

Arrêt du Tribunal fédéral  
du 14 juillet 2006 (2A.419/2006)

Suite à une décision du DETEC datée du 29 juin 2006 qui le sommait de verser la somme de 500 fr. à titre d'avance de frais pour le traitement de son recours concernant un litige portant sur des redevances, X a interjeté un recours de droit administratif (RDA) au Tribunal fédéral. En substance, il fait valoir que l'avance de frais qui lui est réclamée pour son recours est disproportionnée par rapport à la valeur litigieuse de 1445 fr. 85 et qu'elle ne se justifie pas pour des redevances qui lui sont à l'évidence réclamées à tort. Le Haute Cour rappelle que la décision par laquelle le DETEC réclame une avance de frais au recourant est une décision incidente, contre laquelle le RDA n'est recevable – séparément du fond – qu'à la double condition que cette voie de droit soit ouverte contre la décision finale et que la décision incidente soit de nature à causer un préjudice irréparable au recourant. Les

décisions prises par le DETEC sont susceptibles d'être attaquées par le biais d'un RDA et la jurisprudence admet que, s'agissant de l'exigence du préjudice irréparable susmentionnée, il suffit que le recourant ait un intérêt digne de protection à ce que la décision attaquée soit immédiatement annulée ou modifiée. Le recours déposé au TF est donc recevable. S'agissant du droit au fond, le Tribunal fédéral rappelle, citant les art. 2 al. 2 et 3 de l'ordonnance sur les frais et indemnités en procédure administrative, que l'émolument est fixé en fonction de l'importance du litige et du travail nécessaire à son règlement. Il est également rappelé qu'il oscille, en règle générale, entre 100 et 5000 fr. Dans le cas présent, le TF relève que le montant d'avance de frais représente plus du tiers de la valeur litigieuse. Selon lui, il ne paraît toutefois pas excessif au regard du travail qui devra être fourni par le service des recours du DETEC. Enfin, le TF rappelle que, si le recourant obtenait gain de cause, l'avance de frais lui serait restituée, dans la mesure où Billag SA lui aurait dans ce cas facturé des redevances qui ne devaient pas être mises à sa charge. Le Tribunal fédéral a rejeté le recours. ■

**Exonération de  
la redevance de réception**

Décision du Tribunal fédéral  
du 31 août 2006 (2A.256/2006)

L'octroi d'une rente complémentaire AVS/AI n'emporte pas automatiquement l'exonération de la redevance de réception radio-TV. Un invalide, qui avait attendu que l'autorité cantonale compétente en matière d'assurances sociales se soit prononcée positivement sur sa requête de rente complémentaire pour déposer ensuite une demande d'exonération de la redevance, l'a appris à ses dépens. Le Tribunal fédéral n'a pas accordé d'effet rétroactif à son droit à l'exonération. L'obligation de payer la redevance s'éteint, dans tous les cas, à la fin du mois au cours duquel la demande d'exonération a été déposée; et ce, même si, comme en l'espèce, le droit à la rente complémentaire a pris naissance plus tôt.

Le Tribunal fédéral a rappelé que certes l'article 45 de l'ordonnance sur la radio et la télévision met le titulaire d'une rente complémentaire au bénéfice d'une exonération de la redevance. Il a toutefois souligné que les deux procédures – la demande d'exonération d'une part, la requête de rente complémentaire d'autre part – ne sont nullement liées, mais indépendantes. Pour bénéficier au plus vite de l'exonération de la redevance, il importe de déposer la demande d'exonération parallèlement à la requête de rente complémentaire. L'organe d'encaissement des redevances (Billag SA) suspendra alors l'examen de la procédure d'exonération jusqu'à droit connu sur la requête de rente complémentaire. ■

## Das Recht des Staates am eigenen Domainnamen

Entscheid der WIPO Arbitration and Mediation Center Nr. DCH2006-0003 vom 24. Mai 2006

Staaten können sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf den zivilrechtlichen Namensschutz nach Art. 29 ZGB berufen. Die WIPO anerkennt, dass dies nicht nur für die Bezeichnung «Schweizerische Eidgenossenschaft» sondern auch für das Wort «Schweiz» gilt. Der private Halter der Domainnamen «Schweiz.ch», «Suisse.ch» und «Svizzera.ch», dessen Namen keine Bezugnahme auf die Schweiz beinhaltet, kann demgegenüber kein Recht an der Bezeichnung «Schweiz» geltend machen. Die WIPO erachtet die Gefahr einer Verwechslung als gegeben, indem der durchschnittliche Internet-Benutzer unter den erwähnten Domainnamen einen offiziellen, nicht aber einen privaten nichtamtlichen Auftritt erwartet. Schliesslich lehnt die WIPO den Einwand des Gesuchsgegners ab, wonach die Geltendmachung des Anspruchs durch die Gesuchstellerin zu spät erfolgte und daher als verwirkt zu betrachten sei. Sie hiess das Gesuch um Übertragung der Domainnamen gut.

Der Entscheid der WIPO schliesst sich der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der Lehre an, wonach sich auch öffentlichrechtliche Körperschaften auf den zivilrechtlichen Namensschutz berufen können. Das gilt nicht nur für amtliche Bezeichnungen wie «Schweizerische Eidgenossenschaft», sondern auch für die entsprechenden Synonyme. Bei «Schweiz» oder «Schweizerisch» handelt es sich demnach nicht um gemeinfreie geographische Bezeichnungen. Diese Klarstellung ist zu begrüssen und trägt der Tatsache Rechnung, dass die Eidgenossenschaft amtlich oft auch als «Schweiz» auftritt oder bezeichnet wird, bspw. in Staatsverträgen, in der Bundesverfassung oder in der Gesetzgebung. Das Wappenschutzgesetz vom 5. Juni 1931 (SR 232.21) schützt denn auch die entsprechenden Bezeichnungen neben jenen der «Eidgenossenschaft» und des «Bundes».

Bei der Frage der Verwechslungsgefahr bestätigt die WIPO unter Bezugnahme auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 128 III 401), dass sich die Verwechselbarkeit nicht nach dem Inhalt der betreffenden Website, sondern ausschliesslich nach dem Domainnamen beurteilt. Unerheblich ist dabei, ob es tatsächlich zu Verwechslungen gekommen ist; die blossе Gefahr als solche genügt. Diese Auffassung entspricht den Erwartungen der durchschnittlichen Internet-Benutzer, die davon ausgehen, dass unter Länder-

namen Auftritte mit amtlichen Inhalten bestehen. Die Verwechslungsgefahr entstand im vorliegenden Fall bereits mit der Verwendung des Namens der Gesuchstellerin durch den Gesuchsgegner als unbefugten Dritten. Der Gesuchstellerin ist es denn auch nicht zuzumuten, dass der Gesuchsgegner unter Ausnutzung der grossen Bekanntheit des Namens «Schweiz» den Internetverkehr auf seine Website zieht, wie die WIPO feststellte.

Allein aus der Tatsache, dass die Eidgenossenschaft ihren amtlichen Auftritt unter «ch.ch» realisierte, kann nicht geschlossen werden, sie habe kein Interesse mehr an den Domainnamen «Schweiz.ch», «Suisse.ch» und «Svizzera.ch». Der Gesuchstellerin blieb nichts anderes übrig, als vorübergehend auf einen anderen Domainnamen auszuweichen. Im vorliegenden Fall hat die Schweizerische Bundeskanzlei in den Jahren 2000 und 2005 vom Gesuchsgegner die Übertragung der Domainnamen verlangt. Es lag damit keine widerspruchslöse Duldung der Nutzung durch den Gesuchsgegner vor, die unter Bezugnahme auf die bundesgerichtliche Praxis (BGE 114 II 111) ohnehin nicht leichthin angenommen werden darf. Dass sich ein Vertreter des Bundesamtes für Informatik in der Nachrichtensendung «10 vor 10» vom 9. Mai 2000 zum Prinzip «first comes first served» äusserte und einen aus Steuermitteln finanzierten Kauf der Domainnamen ausschloss, bedeutet noch keinen ausdrücklichen Verzicht der Gesuchstellerin auf den Gebrauch ihrer Namen, wie die WIPO feststellte. Eine solche Aussage wäre ohnehin nur dann bindend gewesen, wenn die Person zur Auskunft befugt und zuständig gewesen wäre (BGE 114 Ia 209 E. 3a S. 213 f.), was die WIPO im vorliegenden Fall nicht als erwiesen betrachtete. ■

### ANMERKUNGEN:

Der Entscheid der WIPO überrascht nicht, sondern liegt auf der Linie der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, sowohl was die Berufung einer öffentlichrechtlichen Körperschaft auf das zivilrechtliche Namensrecht, die Beurteilung der Verwechslungsgefahr und die Frage der Rechtsverwirkung angeht. Er ist dennoch von Bedeutung, weil die Möglichkeit eines Staates auf Gebrauch seines Namens im Internet nicht nur in engen Grenzen, sondern in einem weiteren Umfang geschützt wird. Dem Entscheid der WIPO kommt insofern Leitfunktion zu, als er anderen Staaten als der Schweiz als Grundlage zur Durchsetzung ihres Namensrechts gegenüber privaten Haltern dienen kann. Das ist vermehrt zu erwarten, weil eine klare Tendenz zu erkennen ist, wonach Staaten unter ihrem eigenen Namen und mit ihrer Länderbezeichnung amtlich aufzutreten gedenken. In den meisten Fällen werden rechtliche Auseinandersetzungen unumgänglich sein, weil die entsprechenden Ländernamen in den Anfängen des Internets oft von Privaten reserviert wurden. Es ist somit zu hoffen, dass sich der Entscheid der WIPO betreffend «Schweiz.ch», «Suisse.ch» und «Svizzera.ch» zu einer eigentlichen Praxis verdichten und dadurch einen Beitrag zu Rechtsklärung und Rechtssicherheit leisten kann.

DR. THOMAS SÄGESSER, BERN

## Rechtsprechung 2004–2006 auf dem Gebiet des Rundfunkrechts

Christoph Beat Graber

Professor an der Universität Luzern

Die Recherche beschränkt sich auf Entscheidungen zu Bestimmungen des Schweizer Radio-, und Fernsehrechts und zu rundfunkrechtlichen Fragen der EMRK, die im Zeitraum zwischen dem 12. Oktober 2004 und dem 15. Oktober 2006 in schweizerischen Fachzeitschriften publiziert wurden. Meinem Mitarbeiter Anselm Filliger danke ich für wertvolle Hilfe bei der Materialaufbereitung.

**1. Konzessionsverweigerung für «Sky Radio» rechtmässig (Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 10 Abs. 2 RTVG).** (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 31.8.2004 [Sky Radio c. Schweiz]; *medialex* 2004, 225 f.; VPB 69/2005 Nr. 130).

**2. Massnahmen gegen türkische Radiosendungen (Art. 10 EMRK).** (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 31.8.2004 [Özgür Radio c. Türkei]; *medialex* 2006, 103 f.).

**3. Keine Betroffenheitsbeschwerde für Vereinigungen (Art. 63 RTVG).** (Bundesgericht, 25.10.2004 [Medien-Forum]; BGE 130 II 514; *medialex* 2005, 52 f.).

**4. Werbespot ohne politischen Bezug (Art. 18 Abs. 5 RTVG).** (Bundesgericht, 26.1.2005 [Stiftung Konsumentenschutz c. SRG]; *medialex* 2005, 109; *plädoyer* 2/2005, 68 f.).

**5. UBI darf keine Fachaufsicht ausüben (Art. 4 RTVG).** (Bundesgericht, 14.2.2005 [Rundschau: Rentenmissbrauch]; BGE 131 II 253; *medialex* 2005, 101 ff.; *plädoyer* 3/2005, 80).

**6. Keine rückwirkende Gebührenbefreiung (Art. 45 Abs. 3 RTVV).** (Bundesgericht, 16.2.2005 [X. c. Billag]; *medialex* 2005, 108 f.).

**7. Emissions évoquant une plainte pénale: prudence! (art. 4 LRTV).** (Tribunal fédéral, 8.3.2005 [Bonvin c. SSR]; *medialex* 2005, 109 s.).

**8. Journalistische Sorgfaltspflichten bei anwaltschaftlichem Journalismus (Art. 4 RTVG).** (Bundesgericht, 22.8.2005 [10vor10: Kunstfehler]; *medialex* 2005, 226 ff.).

**9. Legitimation zur Programmbeschwerde verweigert (Art. 65 Abs. 2 RTVG).** (Bundesgericht, 17.10.2005 [Radio DRS: Spasspartout]; *medialex* 2005, 234 f.).

**10. Visionierung von Rohmaterial zur Beurteilung der Programmrechtsverletzung? (Art. 4 Abs. 1 RTVG).** (Bundesgericht, 9.3.2006 [SF Kassensturz: GSBA]; *medialex* 2006, 108 f.; sic! 2006, 401 ff.; *plädoyer* 3/2006, 76).

**11. Programmrechtskonformität eines satirischen Beitrags (Art. 4 und 64 Abs. 3 RTVG).** (Bundesgericht, 27.4.2006 [SF Kassensturz: SpiderCatcher], BGE 132 II 290; *plädoyer* 4/2006, 80; sic! 2006, 574 ff.).

**12. «Traumjob» verletzt Schleichwerbeverbot und Sponsoringbestimmungen (Art. 19 Abs. 2 und 3 RTVG, Art. 15 Abs. 2 RTVV).** (Bundesamt für Kommunikation, 15.7.2005 [SF: Traumjob]; *medialex* 2005, 166).

**13. Mehrfache Verletzung von Werbe- und Sponsoringvorschriften durch «Gesundheit Sprechstunde» auf Presse TV (Art. 18 Abs. 1 und 6, Art. 19 Abs. 2 und 3 RTVG, Art. 15 Abs. 2 RTVV).** Bundesamt für Kommunikation, 9.9.2005 [Presse TV: Gesundheit Sprechstunde]; *medialex* 2005, 237).

**14. Werbespot mit esoterischem Inhalt (Art. 15 Abs. 1 Bst. d RTVV, Art. 11 Ziff. 2 EÜGF).** (Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen, 14.5.2004 [TSI Werbespots: Studio Emeth]; *medialex* 2004, 235).

**15. Schutz der Privatsphäre aus programmrechtlicher Sicht (Art. 13 BV, Art. 3 Abs. 1 RTVG, Art. 7 Ziff. 1 EÜGF).** (Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen, 20.8.2004 [SF: 10vor10: IV-Renten]; *medialex* 2005, 55 f.; *plädoyer* 1/2005, 75 ff.; VPB 69/2005 Nr. 71).

**16. Pluralité des opinions respectée (art. 4 al. 1 et 2, art. 6 al. 1 LRTV).** (Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision, 4.2.2005 [TSR: plebiscite jurassien]; VPB 69/2005 Nr. 128).

**17. Interdiction d'une publicité à caractère humanitaire (art. 4 LRTV, art. 15 al. 2 ORTV).** (Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision, 1.7.2005 [TSI: Il Quotidiano]; *medialex* 2005, 235).

**18. Gameshow aus programmrechtlicher Sicht (Art. 4 Abs. 1 RTVG).** (Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen, 25.8.2005 [SAT 1 (Schweiz): Play and Win]; *medialex* 2005, 235 f.).

**19. Beitrag über MBA-Ausbildungen verletzt Programmrecht (Art. 4 Abs. 1 RTVG).** (Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen, 25.8.2005 [SF: Kassensturz]; *medialex* 2005, 236).

### 1. Abgrenzung Programmaufsicht/Fachaufsicht (Entscheide 5, 8, 10, 11 und 19)

In mehreren Entscheiden äusserte sich das Bundesgericht zur Abgrenzung zwischen Programmaufsicht und Fachaufsicht in der Praxis der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI). Im Mai 2004 hatte die UBI festgestellt, dass der in der Sendung «Rundschau» des Schweizer Fernsehens (SF) ausgestrahlte Beitrag «Rentenmissbrauch» das Sachgerechtigkeitsgebot gemäss Art. 4 RTVG verletzt hat. Weil die Sendung nicht genügend zwischen (nicht begründeten) Rentenbegehren und (nicht gerechtfertigten) Rentenbezügen unterschieden und subjektive Erfahrungsberichte nicht ausreichend hinterfragt habe, seien die journalistischen Sorgfaltspflichten (Transparenzgebot, Sachkenntnis, zumutbare Recherchen) verletzt worden. Das Bundesgericht fand, dass die UBI hier in unzulässiger Weise Fachaufsicht ausgeübt hat, und hob ihren Entscheid auf (Entscheid 5). Die von der «Rundschau» vertretenen Thesen seien zwar teilweise fehlerhaft gewesen, doch seien die Fehler in einem anschliessenden Studiogespräch mit einem Nationalrat in einer für das Publikum genügend deutlichen Weise transparent gemacht worden. Das Thema angeblicher Rentenmissbräuche durch Ausländer sei in den Medien ausführlich und kontrovers diskutiert worden, weshalb das Publikum mit einem Vorwissen dazu ausgestattet gewesen sei. Der so gewappnete Zuschauer habe genügend Elemente in die Hand erhalten,

# L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

um zu erkennen, dass die vom Journalisten suggerierte Meinung fehlerhaft war. Damit sei die vom Programmrecht geforderte Transparenz gewahrt worden. Dass auch ein «zweifelhaftes Licht auf die Seriosität» der vom Journalisten geleiteten Arbeit gefallen ist, sei eine fachliche und nicht eine programmrechtliche Frage. Ein aufsichtsrechtliches Einschreiten der UBI rechtfertige sich – auch im Hinblick auf Art. 10 EMRK – bloss dann, «wenn der (mündige) Zuschauer in Verletzung der journalistischen Sorgfaltspflichten manipuliert wird; er sich gestützt auf die gelieferten Informationen oder deren Aufarbeitung kein eigenes sachgerechtes Bild mehr machen kann, weil wesentliche Umstände verschwiegen (...) oder «Geschichten» durch das Fernsehen «inszeniert» werden (...). Andere, untergeordnete Unvollkommenheiten fallen in die redaktionelle Verantwortung des Veranstalters und sind durch dessen Programmautonomie gedeckt.»

Im Entscheid 11 musste sich die UBI vom Bundesgericht erneut den Vorwurf unzulässiger Fachaufsicht gefallen lassen; diesmal hatte sie den satirischen Charakter der in der Sendung «Kassensturz» ausgestrahlten Rubrik «Patent angemeldet» mit «Dipl. Ing. Paul Ochsner» verkannt. In dieser Rubrik werden regelmässig skurrile Produkte auf ihre Nützlichkeit oder Brauchbarkeit hin «getestet». Am 24. Mai 2005 wurde das Spinnenfängergerät «Spider-Catcher» geprüft. Am Ende des Tests hält «Paul Ochsner», von Spinnweben total bedeckt, einen Stempel mit der Aufschrift «UNTAUGLICH» in die Kamera. Die UBI stellte in ihrem Entscheid vom 25. August 2005 eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots fest. Das Bundesgericht hob diesen Entscheid mit der Begründung auf, die Satire sei für das mit einem Vorwissen ausgestattete Publikum klar als solche zu erkennen und die ihr zugrunde liegende Wirklichkeit (der Aussagekern) in ihrer Darstellung vertretbar gewesen. Bei der Satire, «welche die Wirklichkeit bewusst übersteigern, entfremden, banalisieren, karikieren und der Lächerlichkeit preisgeben will», dürfen die Anforderungen bezüglich der Sachgerechtigkeit nicht so streng gelten wie bei anderen Sendungen: «Der Entscheid der UBI trägt der humoristischen Komponente» des Beitrags zu wenig Rechnung; «er erweist sich als zu streng und verfällt in eine unzulässige Fachaufsicht». Es fällt auf, dass das Bundesgericht bei der Würdigung der Besonderheiten satirischer Beiträge mit keinem Wort die in Art. 21 BV garantierte Kunstfreiheit erwähnte.

Auch in den Entscheiden 8 und 10 war die Unterscheidung Programmaufsicht/Fachaufsicht kritisch. Im Entscheid 8 fand das Bundesgericht, dass beim Publikum in der Frage eines ärztlichen Kunstfehlers praktisch kein Vorwissen vorausgesetzt werden kann. Die Gefahr der Manipulierbarkeit des Publikums sei beim überprüften Beitrag «Kunstfehler» der Sendung «10vor10» zusätzlich erhöht gewesen, weil er im Stile des «anwaltschaftlichen Journalismus» aufgemacht gewesen sei und diese Darstellungsweise den Zuschauer stark emotional in den Beitrag eingebunden habe. Weil damit ein besonders strenger Massstab auf die journalistischen Sorg-

faltsregeln anzuwenden war, schützte das Bundesgericht den Entscheid der UBI, die am 22. Oktober 2004 eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots festgestellt hatte.

Im Entscheid 10 bestätigte das Bundesgericht die von der UBI (im Entscheid 19) für den Beitrag zur MBA-Ausbildung der Sendung «Kassensturz» vom 11. Januar 2005 festgestellte Programmrechtsverletzung. Auch das Bundesgericht fand, dass der «Kassensturz» in seiner Berichterstattung zur «Graduate School of Business Administration» (GSBA) und deren MBA-Lehrgang in mehrfacher Hinsicht die Informationsgrundsätze des RTVG verletzt hat. Ein Hauptvorwurf von UBI und Bundesgericht richtete sich gegen die Weglassung wesentlicher Teile eines mit dem Rektor der GSBA geführten Interviews. Pikant und für die Unterscheidung Programmaufsicht/Fachaufsicht bedeutsam ist, dass die UBI die Mängel des Interviews durch Sichtung des Rohmaterials des Beitrags erkennen konnte. Die SRG hatte dieses Rohmaterial freiwillig an die UBI herausgegeben. Dessen ungeachtet stellt sich die Frage, ob die UBI ihren Entscheid massgeblich auf die daraus erlangten Erkenntnisse abstützen durfte, ohne die Grenze zur verbotenen Fachaufsicht zu überschreiten. Die Tatsache, dass das Bundesgericht diesen Punkt nicht thematisierte, ist als Schwachpunkt des Urteils zu werten. Die Auswahl, Positionierung und Gewichtung von Informationen in einem Beitrag gehören zu den Kernaufgaben journalistischer Arbeit und sind durch die in Artikel 5 Absatz 1 RTVG verbrieft Programmautonomie geschützt.

Diese Entscheide zeigen, dass das Bundesgericht in der Frage, ob ein strengerer oder milderer Massstab auf die Überprüfung des Sachgerechtigkeitsgebots anzuwenden ist, massgeblich auf das Vorwissen des Publikums abstellt. Je kleiner das Vorwissen, desto höher ist die Gefahr der Manipulierbarkeit des Publikums, und umso strenger ist die Einhaltung der journalistischen Sorgfaltsregeln zu überwachen.

## 2. Zuständigkeitsfragen (Entscheide 11, 15 und 18)

Im bereits unter Ziff. 1 erwähnten Entscheid 11 erinnerte das Bundesgericht die UBI daran, dass die Programmaufsicht der unverfälschten Meinungsbildung der Öffentlichkeit dient «und nicht in erster Linie der Durchsetzung privater (hier kommerzieller) Anliegen». Mit ihrem Hinweis, dass gestützt auf den Beitrag «– wie die Importeurin geltend mache – niemand mehr ein Kaufinteresse am «SpiderCatcher» haben» dürfte, verfehle die UBI den Zweck der Programmaufsicht. Soweit wirtschaftliche Interessen tangiert sind, stünde insbesondere das UWG zur Verfügung. Art. 64 Abs. 3 RTVG sehe denn auch vor, dass die UBI die Behandlung einer Beschwerde ablehnen oder sistieren kann, soweit privat- oder strafrechtliche Rechtsbehelfe offen stehen oder unbenutzt geblieben sind.

Diese Erwägungen im Kopf fragt sich, ob die UBI nicht auch im Entscheid 15 (der nicht ans Bundesgericht gezogen wurde) die Grenzen ihrer Zuständigkeit überschritt. Nach An-

sicht der UBI berührt die «Nennung von Namen und/oder das Zeigen von Personenbildern (...) nicht nur den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz (...), sondern kann auch programmrechtlich relevant sein». Ausserhalb von laufenden Gerichtsverfahren will die UBI ein Verbot, ohne vorgängige Einwilligung den Namen einer Person zu nennen oder ihr Bild zu zeigen, aus Art. 13 BV (Schutz der Privatsphäre) in Verbindung mit Art. 35 Abs. 3 BV (Wirkung von Grundrechten unter Privaten) ableiten. Angesichts des gut ausgebauten zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes von Art. 28 ZGB und der in Art. 64 Abs. 3 RTVG zum Ausdruck kommenden Subsidiarität der Programmaufsicht, vermag dieser Entscheid nicht zu überzeugen, weil er die vom Gesetzgeber im RTVG vorweggenommene Abwägung relevanter Rechtsgüter des Rundfunkrechts nachträglich zu Lasten der Programmautonomie der Fernsehveranstalter abändert.

Im Entscheid 18 ging es um die Frage, wie weit die Beurteilung eines Fernseh-Gewinnspiels in die programmrechtliche Zuständigkeit der UBI fällt. In ihrem Entscheid vom 25. August 2005 fand die UBI, dass die auf SAT.1 (Schweiz) ausgestrahlte Gameshow «Play and Win» das Sachgerechtigkeitsgebot verletzt hat. Die Teilnahme erfolgte über Telefon oder über eine dem Veranstalter vor der Sendung zugestellte Postkarte, auf der man seine Telefonnummer angeben musste. Bei der Teilnahme über Postkarte wurde man bei glücklicher Auslosung von SAT.1 angerufen und konnte so in der Sendung am Rätselgewinnspiel teilnehmen. Wenn man direkt in die Sendung anrief, kostete jeder Anruf teures Geld, da Mehrwertdienstnummern benutzt werden mussten. Durch die Sendung führte ein Moderator und es galt, am Telefon die richtige Lösung des Bild- oder Worträtsels zu finden, um dafür einen Geldpreis zu erhalten. Die UBI erachtete sich als zuständig, die Transparenz der Teilnahmebedingungen zu überprüfen. Weil der Moderator während der Sendung das Publikum bei gross eingblendeter Telefonnummer wiederholt aufforderte anzurufen, während die Teilnahmemöglichkeit via Postkarte nur in ganz kleiner Schrift auf dem Bildschirm sichtbar war, kam die UBI zum Schluss, dass eine freie Meinungsbildung des Publikums hinsichtlich der Teilnahmebedingungen nicht gegeben war.

Es ist richtig, die Teilnahmebedingungen an einem TV-Gewinnspiel als Frage der Meinungsbildung des Publikums zu interpretieren. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob «Play and Win» als eine vom Lotteriegesetz (SR 935.51) verbotene Veranstaltung einzustufen sei. In einem separaten Verfahren kam das Bundesgericht in BGE 132 II 240 denn auch zum Schluss, dass es sich bei diesem TV-Gewinnspiel um eine lotterieähnliche Veranstaltung handelte, und die von SAT.1 eingesetzten Mehrwertdienstnummern missbräuchlich verwendet wurden. Das Bundesgericht schützte deshalb einen Entscheid des BAKOM, das diese Mehrwertdienstnummer unter Anwendung von Art. 24g Abs. 2 der Verordnung über die Adressierungselemente im Fernmeldebereich (SR 784.104) widerrufen hatte.

### 3. Werbung und Sponsoring (Entscheide 4, 12, 13, 17)

Zahlreich waren die Fälle, in denen Bundesgericht, BAKOM und UBI Fragen im Zusammenhang von Werbung und Sponsoring zu beurteilen hatten. Um die Konkretisierung des in Art. 18 Abs. 5 RTVG vorgesehenen Verbots politischer Werbung ging es im Entscheid 4. In dieser Frage herrschte einige Verunsicherung, seit der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in seinem Entscheid vom 4. Juli 2001 i.S. Verein gegen Tierfabriken (*medialex* 2001, 158ff.) eine Verletzung von Art. 10 EMRK durch die Schweiz feststellte, weil das Bundesgericht einen Werbespot gegen Tierfabriken als unzulässige politische Werbung bezeichnet hatte. Mit dem Urteil vom 26. Januar 2005 (Entscheid 4) schützte das Bundesgericht einen Entscheid der UBI, worin diese eine Verletzung des Verbots politischer Werbung im Falle der Kampagne der «Allianz gegen Werbeverbote» verneint hatte. Bei dieser Kampagne handelte es sich um eine im Schweizer Fernsehen (SF) ausgestrahlte Serie von Original-Spots der Firmen Orange, Swisscom und Mediamarkt, deren ursprüngliche Fassungen mit schwarzen Zensurbalken teilweise unkenntlich gemacht worden waren. Kommentarlos wurde jeweils die Web-Seite «www.stopp-werbeverbote.ch» eingeblendet, verbunden mit dem Hinweis, dass es sich um eine «Kampagne der Schweizer Werbung SW/PS für die Allianz gegen Werbeverbote» handle. In der Begründung präziserte das Bundesgericht, dass u.a. «relevante und ausreichende» Gründe vorliegen müssen, um ein Verbot politischer Werbung zu rechtfertigen. Es sei Sache des Gesetzgebers zu bestimmen, wann solche Gründe vorliegen. Massgeblich ist inskünftig somit Art. 10 Abs. 1 lit. d des revidierten RTVG. Demnach gilt dieses Werbeverbot bloss noch für «politische Parteien, für Personen, die politische Ämter innehaben oder dafür kandidieren, sowie für Themen, welche Gegenstand von Volksabstimmungen sind».

In seiner Verfügung vom 15. Juli 2005 (Entscheid 12) beanstandete das BAKOM die Sendung «Traumjob» von SF 1, weil das Hotel Victoria-Jungfrau nicht korrekt an ihrem Anfang und Ende als Sponsor genannt worden war. In der Sendung war ausführlich auf die Vorzüge des Hotels hingewiesen worden. Angestellte des Hotels stellten den «Traumjob»-Kandidaten den «Private Spa» des Hotels Victoria-Jungfrau vor und priesen «den in Pastelltönen gehaltenen Stil» der zur Verfügung gestellten Hotel-Suite. Das BAKOM sah darin einen unerlaubten werbenden Auftritt eines Sponsors. Eine gegen diese Verfügung eingereichte Beschwerde der SRG wies das UVEK am 30. Juni 2006 vollumfänglich ab.

Im Entscheid 13 stellte das BAKOM in einem Verfahren gegen Presse TV in 8 von 10 untersuchten Fällen eine Verletzung des Werberechts in der Sendung «Gesundheit Sprechstunde» fest. Am häufigsten wurden das Werbetrenngebot (Art. 18 Abs. 1 RTVG) und das Verbot von Schleichwerbung (Art. 15 Abs. 2 RTVV) verletzt. Am Ende der Sendungen

wies der moderierende Arzt jeweils auf die Zeitschrift «Gesundheit Sprechstunde» hin oder blendete eine Telefonnummer ein, über die die CDs «Gut schlafen» und «Ruhebilder» bestellt werden konnten. Das BAKOM sah darin Eigenwerbung, für die das Werbetrenngebot ebenfalls gilt. Nicht als Eigenwerbung gelten gemäss Art. 11 Abs. 1bis RT-VV Hinweise auf Begleitmaterialien, die praxisgemäss in einem direkten inhaltlichen Zusammenhang mit diesen Programmen stehen müssen. Im Unterschied dazu, so das BAKOM, hätten sich die fraglichen Hinweise in casu auf sendungsfremde Themen bezogen und nicht der Vertiefung der Sendung gedient.

In der Sendung «Il Quotidiano» der Televisione svizzera di lingua italiana vom 10. Januar 2005 berichtete ein seit 18 Jahren in Phuket, Thailand, lebender Tessiner Unternehmer von den Verheerungen des Tsunami. Er teilte mit, sich während einer Woche im Tessin aufzuhalten, um Gelder für private Hilfeleistung und den Wiederaufbau in der Krisengegend zu sammeln. Der mit vielen Bildern unterlegte Bericht wurde mit der neun Sekunden dauernden Einblendung des Namens und der Kontonummer des Unternehmers abgeschlossen. Die UBI sah darin unzulässige Schleichwerbung, weil es möglich gewesen wäre, über die Hilfsaktion zu informieren, ohne die Kontonummer einzublenden (Entscheid 17). Nach Praxis der UBI verstossen werbewirksame Hinweise im Programm gegen das Verbot der Schleichwerbung, sofern sie über das hinausgehen, was zur Informationsvermittlung notwendig ist. Der Entscheid überzeugt weder in der Begründung noch im Ergebnis. In der Begründung fehlt eine Auseinandersetzung mit der Frage, inwieweit die Einblendung der Kontonummer überhaupt einen werbenden Charakter hatte; im Ergebnis ist es unbefriedigend, eine selbstlose Sammelaktion zu rein karitativen Zwecken in denselben Topf zu werfen wie kommerziell motivierte Schleichwerbung für Waren und Dienstleistungen.

#### 4. Beschwerdelegitimation von Vereinigungen (Entscheide 3, 9)

In prozeduraler Hinsicht interessiert Entscheid 3, worin das Bundesgericht seine Rechtsprechung bestätigt, dass gemäss Art. 63 RTVG die Betroffenenbeschwerde für Vereinigungen im Rahmen der Programmaufsicht ausgeschlossen ist. Die sog. «egoistische Verbandsbeschwerde» ist nur möglich, sofern der Verband als juristische Person konstituiert ist, vor Bundesgericht die Interessen der Mehrheit oder einer Grosszahl seiner Mitglieder vertritt, deren Wahrung zu seinen statutarischen Aufgaben gehört, und die einzelnen Mitglieder ihrerseits beschwerdebefugt wären. Ausserhalb dieser selten zutreffenden Konstellation müssen sich Vereinigungen bequemen, 20 Unterschriften von Mitunterzeichnern zu sammeln, um im Wege einer Popularbeschwerde an die UBI zu gelangen. Diese Rechtslage ändert sich nun mit dem revidierten RTVG: Neu erhalten juristische Personen ein Beschwerderecht, sofern sie eine enge Beziehung zum Gegenstand der beanstandeten Sendung nachweisen, oder ihr Gesuch um Zugang zum Programm abgewiesen worden ist (Art. 94 Abs. 1 revRTVG).

In der satirischen Sendung «Spaspartout» von Radio DRS waren am 16. März 2005 mehrere Kabarettisten mit Beiträgen zu den Themen Kirche, Religion und Glauben zu hören. Eine dagegen eingereichte Popularbeschwerde wies die UBI mit Entscheid vom 1. Juli 2005 ab. Eine Beschwerdeführerin focht diesen Entscheid mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht an. Das Bundesgericht trat auf die Beschwerde nicht ein. Es erinnerte (im Entscheid 9) an seine ständige Praxis, wonach sich die Beschwerdebefugnis zur Anfechtung von UBI-Entscheiden ausschliesslich nach Art. 103 lit. a OG richtet. Danach muss der Beschwerdeführer in einer eigenen schutzwürdigen und beachtenswert nahen Beziehung zur Streitsache stehen. Praxisgemäss verlangt das Bundesgericht diesbezüglich, dass der Beschwerdeführer stärker betroffen ist als alle anderen Zuhörer oder Zuschauer; dass er sich für ein bestimmtes, im Radio oder Fernsehen behandeltes Thema besonders interessiert, reicht jedenfalls nicht. Im konkreten Fall war diese Voraussetzung nicht gegeben. Das Bundesgericht fand, dass die praktizierende Katholikin, die geltend machte, durch die «Heilige Eucharistie» zum Gespött gemacht worden zu sein, damit in keiner engeren Beziehung zum Thema der Beiträge steht, als irgend ein anderer gläubiger Zuhörer. ■