

LE JUGEMENT

DAS URTEIL

Schadenersatz und Gewinnherausgabe an Medienopfer

Bundesgerichtsentscheid vom 7. Dezember 2006
(5C.66/2006; BGE-Publikation vorgesehen)

Begehren um Schadenersatz und Gewinnherausgabe können kumulativ geltend gemacht werden. Für die Gewinnbestimmung ist massgeblich, inwieweit die verletzende Berichterstattung zur Absatzförderung, d.h. zum Generieren und Halten der Auflage bzw. der Leserschaft geeignet war. Eine solche Absatzförderung ist durchaus keine zwingende Folge einer jeden widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung: Es ist sehr wohl denkbar, dass beispielsweise bei einer Kampagne gegen eine bekannte Persönlichkeit mit Argumenten, die sich im Nachhinein als haltlos erweisen, sogar ein vorübergehender Leserschwund zu verzeichnen ist (Mitleidseffekt bzw. Distanzierung vom betreffenden Medium). Sodann wird sich ein Artikel, in welchem das Persönlichkeitsrecht einer unbekannt (und auch unbekannt bleibenden) Person widerrechtlich verletzt wird, kaum auf den Geschäftserfolg eines Mediums auswirken.

Une prétention en dommage-intérêts peut être cumulée à une remise du gain. Ce qui est déterminant, pour la fixation de l'indemnité, c'est la mesure dans laquelle le reportage litigieux a influencé l'ampleur du tirage et, partant, grossi les rangs du lectorat. Une violation de la personnalité ne se traduit pas forcément par une promotion commerciale: il est en effet tout à fait concevable que le lectorat d'un média puisse même s'effondrer à la suite d'une campagne dirigée contre une personnalité connue et dont les arguments se révéleraient par la suite sans objet. Pris de pitié, les lecteurs peuvent se distancier du média concerné. De même, un article qui porterait atteinte aux droits de la personnalité d'une personne inconnue (et amenée à le rester) ne se répercuterait qu'avec peine sur le succès commercial du média en question.

Sachverhalt (Zusammenfassung):

Der Beklagte 2 verfasste im Jahr 2002 für den zur Ringier AG (Beklagte 1) gehörenden Sonntagsblick verschiedene Artikel, unter anderem auch solche, in denen sich die Tennisspielerin Patty Schnyder über die Beziehung zu ihrem Vater äusserte.

Mit Klage vom 28. Mai 2003 stellte der Vater von Patty Schnyder, Willy Schnyder, das Begehren, es sei festzustellen, dass die Beklagten mit ihrer Berichterstattung in folgenden Ausgaben des Sonntagsblicks seine Persönlichkeit widerrechtlich verletzt hätten:

- Ausgabe vom 10. Februar 2002: Titelseite: «Blanker Hass! - Patty Schnyder klagt ihre Eltern ein - «Sie sind wie die Taliban»»; Artikel mit dem Titel: «Veruntreuung, Erpressung, Nötigung - schwere Vorwürfe Patty Schnyders an ihre Eltern - Pattys härtester Kampf»;
- Ausgabe vom 17. Februar 2002: Artikel mit dem Titel «Patty will ihr Geld zurück - Vater Schnyder und seine Briefkastenfirmen»; Ausgabe vom 10. März 2002: Artikel mit dem Titel: «Greenpeace attackiert Pattys Vater»;

- Ausgabe vom 3. November 2002: Aushang: «Patty Schnyder gewinnt Mio.-Prozess gegen Vater»; Titelseite: «Patty Schnyder: Sieg vor Gericht - gegen den eigenen Vater»; Artikel mit dem Titel: «Patty Schnyder: «Dann will ich meinen Vater im Gefängnis sehen»».

Nebst der Feststellung der Persönlichkeitsverletzung verlangte der Kläger sodann die Veröffentlichung des Urteils, die Löschung der betreffenden Artikel auf dem Internet sowie die Verurteilung der Beklagten zu Schadenersatz von Fr. 7'395.--, zu einer Genugtuung von Fr. 5'000.-- und zur Herausgabe des Gewinns.

In teilweiser Guttheissung der Klage stellte das Bezirksgericht Zürich mit Urteil vom 28. Oktober 2004 fest, dass der Kläger durch den Artikel im Sonntagsblick vom 17. Februar 2002 in seiner Persönlichkeit insoweit widerrechtlich verletzt worden sei, als er darin tatsachenwidrig als Geschäftsmann, der undurchsichtige Finanzgeschäfte tätigt, dargestellt worden war, und verpflichtete die Beklagte 1 zur entsprechenden Urteilsveröffentlichung. Die übrigen Begehren wies das Bezirksgericht ab, soweit es darauf eintrat.

L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

Mit Urteil vom 16. Dezember 2005 stellte das Obergericht des Kantons Zürich in weiterer teilweiser Gutheissung der Klage zusätzlich fest, dass der Kläger durch den Artikel im Sonntagsblick vom 10. Februar 2002 in seiner Persönlichkeit insofern widerrechtlich verletzt worden sei, als er in seiner Rolle als Vater als «Taliban» bezeichnet und der Straftatbestände der Veruntreuung, Erpressung, Nötigung und des unbefugten Aufnehmens von Gesprächen verdächtigt worden war, und verpflichtete die Beklagte 1 zur entsprechenden Urteilsveröffentlichung. Die übrigen Begehren wies das Obergericht ab, soweit es darauf eintrat.

Gegen das Urteil des Obergerichts hat Willy Schnyder am 14. Februar 2006 beschränkt auf die Punkte der Gewinnherausgabe und der Genugtuung Berufung beim Bundesgericht mit den Begehren um Verurteilung der Beklagten 1 zur.

Herausgabe eines Gewinns von CHF 75'000.-- nebst Zins, eventualiter um Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Ermittlung des Gewinns, sowie um solidarische Verurteilung der Beklagten zu einer Genugtuungszahlung von CHF 5'000.-- zugunsten der gemeinnützigen Organisation «Neustart» und zu den Kosten sämtlicher Instanzen.

Aus den Erwägungen

(...)

2. Der Kläger verlangt von der Beklagten Ziff. 1 die Herausgabe eines im Zusammenhang mit der kritisierten Berichterstattung entstandenen Gewinns von Fr. 75'000.--.

2.1 Das Obergericht hat zunächst das Begehren des Klägers um Zuspruch von Fr. 7'395.-- als Schadenersatz für die Kosten des Verfahrens vor dem Presserat abgewiesen mit der Begründung, dessen Entscheid habe sich lediglich mit den spezifischen berufsethischen Fragen auseinandergesetzt und in diesem Zusammenhang einen Verstoß gegen das berufsethische Fairnessprinzip festgestellt; hingegen sei der Presserat auf die gerügte Verletzung der Persönlichkeit nicht eingetreten. Insofern weise das Verfahren vor dem Presserat mit dem vorliegenden keinen Zusammenhang auf.

Mit Bezug auf die Gewinnherausgabe hat das Obergericht sodann erwogen, Schadenersatz und Gewinnherausgabe schlossen sich regelmässig aus. Weil der Kläger mit seinem Rechtsbegehren Ziff. 4 Schadenersatz verlangt habe, könne er nicht mit einem weiteren Begehren (Ziff. 6) Gewinnherausgabe verlangen.

2.2 Der Kläger sieht in dieser Begründung Bundesrecht verletzt. Er macht geltend, die Ansprüche könnten sich schon deshalb nicht gegenseitig ausschliessen, weil Art. 28a Abs. 3 ZGB die Konjunktionen «und» bzw. «sowie» brauche. Es seien denn auch diverse Konstellationen denkbar, in denen der Schadenersatz nicht in der Gewinnherausgabe aufgehe oder umgekehrt; dies sei auch in der Lehre anerkannt.

Die Beklagten bestreiten diesen Standpunkt und bringen vor, der Verzicht auf Schadenersatz im bundesgerichtlichen Verfahren eröffne keine Möglichkeit, nunmehr das Begehren um Gewinnherausgabe gutzuheissen.

2.3 Ausgehend von der Prämisse, Schadenersatz und Gewinnherausgabe seien nur alternativ möglich, hat das Obergericht erwogen, zufolge des Schadenersatzbegehrens könne auf dasjenige um Gewinnherausgabe von vornherein nicht eingetreten werden. Nun ist aber das Letztere nicht als Eventual-, sondern als eigenständiges Begehren formuliert worden; sodann kann es nicht auf die Reihenfolge ankommen, in welcher unabhängige Hauptbegehren gestellt werden. Würde die Prämisse, die Ansprüche seien im vorliegenden Fall nur alternativ möglich, zutreffen, könnten zwar nach dem Gesagten nicht beide Ansprüche gutgeheissen werden; bei Abweisung des einen wäre jedoch der andere materiell zu prüfen. Schon aus diesem Grund gehen die Ausführungen der Beklagten an der Sache vorbei und ist der Anspruch auf Gewinnherausgabe im Rahmen des Berufungsverfahrens zu prüfen. Ohnehin ist aber die Prämisse in ihrer Absolutheit falsch, hängt doch die Frage der Kumulation bzw. Alternativität von der Art des Schadenersatzes ab (dazu E. 2.5).

2.4 Bei der Gewinnherausgabe im vorliegend interessierenden Kontext geht es um die Abschöpfung geldmässiger Vorteile, die der Verletzte aus dem unrechtmässigen Eingriff in das Rechtsgut der Persönlichkeit, mithin durch widerrechtliche Verletzung einer geschützten fremden Rechtssphäre erlangt hat.

In der Lehre ist kontrovers, ob die Gewinnherausgabe nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung zu behandeln sei oder ob sie einen Anwendungsfall der (unechten) Geschäftsführung ohne Auftrag darstelle (vgl. aus der reichhaltigen Literatur etwa: WEBER, Gewinnherausgabe - Rechtsfigur zwischen Schadenersatz-, Geschäftsführungs- und Bereicherungsrecht, ZSR 1992, 1. HB, S. 333 ff.; BÜRGI-WYSS, Der unrechtmässig erworbene Vorteil im schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich 2005, insb. S. 99 ff.; NIETLISPACH, Zur Gewinnherausgabe im schweizerischen Privatrecht, Diss. Bern 1994, insb. S. 93 ff. und 412 ff.; HOLENSTEIN, Wertersatz oder Gewinnherausgabe?, Diss. Zürich 1983, insb. S. 158 ff.).

Im ersteren Fall ergeben sich insofern Schwierigkeiten, als die ungerechtfertigte Bereicherung auf die im Zusammenhang mit einer vorausgegangenen Vermögensverschiebung stehende Rückerstattung von Sachleistungen (wenn möglich in natura) hin konzipiert ist (vgl. Gesetzestext von Art. 62 Abs. 1 OR); die Rechtsfolgen der ungerechtfertigten Bereicherung sind mit anderen Worten auf die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes gerichtet. Die Gewinnherausgabe zielt indes nicht auf Restitution, sondern auf Abschöpfung; sie hat mit anderen Worten gerade keine restitutio in integrum zum Inhalt.

Bei der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag steht die Frage im Vordergrund, ob nach dem strikten Wortlaut von

L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

Art. 423 Abs. 1 OR eine eigentliche «Geschäftsführung» - zwar im Gegensatz zur echten keine altruistische, wohl aber eine usurpierte, d.h. eine Geschäftsanmassung - gegeben sein muss, oder ob sich auch diejenigen Fälle unter die unechte Geschäftsführung subsumieren lassen, in denen der Verletzte selbst entweder gar kein Geschäft hätte führen können oder er jedenfalls keines geführt hätte. Eine Geschäftsanmassung liegt etwa dann vor, wenn mit entwendeten Aufnahmen eines Fotomodells ein Gewinn erwirtschaftet wird, den durch eigene Verwertung das Model hätte erzielen können; demgegenüber ist es nicht denkbar, dass der Kläger im vorliegenden Fall selbst eine Pressekampagne gegen sich geführt und damit einen Gewinn erzielt hätte.

Mit der Verweisung in Art. 28a Abs. 3 ZGB - analoge Bestimmungen finden sich in Art. 9 Abs. 3 UWG, Art. 12 Abs. 1 lit. c KG, Art. 62 Abs. 2 URG, Art. 55 Abs. 2 MSchG und Art. 35 Abs. 2 DesG - dürfte die beschriebene Kontroverse gegenstandslos sein; der Gesetzgeber geht davon aus, dass bei widerrechtlicher Verletzung von Persönlichkeitsrechten grundsätzlich ein Gewinnherausgabeanspruch entsprechend den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag besteht. Indes stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob es sich dabei um eine Rechtsgrund- oder um eine Rechtsfolgeverweisung handelt. Im ersten Fall kommen die Regeln der (unechten) Geschäftsführung ohne Auftrag nur zur Anwendung, wenn die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind, während bei einer Rechtsfolgeverweisung die Tatbestandsmerkmale von Art. 423 OR nicht erfüllt sein müssen - eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung genügt (vgl. NIETLISPACH, a.a.O., S. 133 und 416).

Zwar lassen die Ausführungen in der Botschaft eher auf eine Rechtsgrundverweisung schliessen (vgl. BBl 1982 II 663 f.), der Gesetzestext selbst ist indes offen. Zudem ergibt sich aus der Verweisung in Art. 28a Abs. 3 ZGB sinngemäss, dass die Rechtsfolgen der unechten Geschäftsführung auch dann zum Tragen kommen müssen, wenn der Verletzer sich kein Geschäft des Verletzten anmass; andernfalls wäre sie weitgehend inhaltsleer, ist doch die - namentlich bei Immaterialgüterrechten typische - Usurpation im Bereich des Persönlichkeitsschutzes nur im Zusammenhang mit der Verwertung vermögenswerter aus dem Persönlichkeitsrecht fließender Nutzungsrechte möglich (SCHMID, Zürcher Kommentar, N. 44 f. zu Art. 423 OR). Bei Persönlichkeitsverletzungen durch die Presse trifft dies kaum je zu, ist es doch nur schwer denkbar, dass das Opfer gegen sich selbst eine Kampagne geführt hätte.

In der Lehre wird im Zusammenhang mit Persönlichkeitsverletzungen denn auch mehrheitlich nicht die Auffassung vertreten, dass eine Gewinnherausgabe nur bei der Geschäftsanmassung möglich wäre und die widerrechtliche Verletzung eines absoluten Rechtsgutes nicht genügen würde (vgl. SCHMID, a.a.O., N. 45 zu Art. 423 OR; ders., Die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, S. 428; TERCIER, Le

nouveau droit de la personnalité, Zürich 1984, N. 2130; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Persönlichkeitsschutz und Massenmedien, recht 2004, S. 146 oben; a.M.: NIETLISPACH, a.a.O., S. 136; HOLENSTEIN, a.a.O., S. 162). Dass eine eigentliche Usurpation als ausschlaggebendes Wesensmerkmal der unechten Geschäftsführung vorliegen müsste, ergibt sich im Übrigen auch aus dem Obligationenrecht nicht zwingend; der Legaldefinition von Art. 423 Abs. 1 OR lässt sich einzig das Element der eigennützigen (egoistischen) Tätigkeit im Gegensatz zur altruistischen bei der echten Geschäftsführung ohne Auftrag gemäss Art. 419 Abs. 1 OR entnehmen. Dazu kommt, dass die unechte primär aus historischen Gründen im Anschluss an die echte Geschäftsführung ohne Auftrag geregelt ist (vgl. WEBER, a.a.O., S. 340). In der Lehre wird darauf hingewiesen, dass die unechte Geschäftsführung von ihrem Wesen her eigentlich einen allgemeinen Rechtsgrundsatz darstellt und deshalb in den allgemeinen Teil des Obligationenrechts gehören würde (WEBER, a.a.O., S. 336; SCHMID, a.a.O., N. 6 zu Art. 423 OR). Sie weist denn auch insofern eine Nähe zur (Eingriffs-)Kondition auf, als ihr der Sache nach ein Eingriffstatbestand zugrunde liegt.

Zusammenfassend ergibt sich, dass jedenfalls nach objektiv-zeitgemässen Verständnis allein das Moment des unrechtmässigen Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht eines Dritten massgeblich ist und deshalb insbesondere auch diejenigen Konstellationen nach den Regeln der unechten Geschäftsführung zu beurteilen sind, bei denen der Verletzte selbst nicht tätig geworden wäre und deshalb keine eigentliche Geschäftsanmassung vorliegt.

2.5 Ein Unterschied zwischen den soeben beschriebenen Grundtypen der unechten Geschäftsführung besteht jedoch insofern, als die Schadensart des entgangenen Gewinns (*lucrum cessans*) nur bei der Usurpationskonstellation auftreten kann. Hier dürften sich entgangener Gewinn und Gewinnherausgabe insofern regelmässig ausschliessen, als der eine Anspruch im anderen aufgeht (entgangene Möglichkeit, das Geschäft selbst zu führen, weil der Geschäftsanmasser es bereits geführt hat). Darauf wird in der Lehre mit eingehender Begründung verwiesen (SCHMID, a.a.O., N. 175 zu Art. 423 OR; TERCIER, a.a.O., N. 2114; STÖCKLI, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung, Diss. Freiburg 1999, N. 1226), und auf solche Konstellationen bezieht sich auch die vom Obergericht zur Begründung seines Standpunktes angeführte Aussage in BGE 97 II 169 E. 3a S. 178 und 98 II 325 E. 5a S. 333, Schadenersatz und Gewinnherausgabe schliessen sich aus.

Greift hingegen der Verletzer - wie im vorliegenden Fall - unrechtmässig in die geschützte Rechtssphäre des Opfers ein, ohne im eigentlichen Sinn ein Geschäft zu besorgen, welches dieses selbst geführt hätte bzw. hätte führen wollen, so kann dem Verletzten kein Gewinn entgangen und auch kein so gearteter Schaden entstanden sein. Demgegenüber ist es sehr wohl möglich, dass ihm - was auch bei der eigentlichen Geschäftsanmassung zutreffen kann - ein posi-

L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

tiver Schaden (*damnum emergens*) entsteht. So hätte der Kläger beispielsweise infolge der inkriminierten Berichterstattung seine Stelle verlieren und infolge Arbeitslosigkeit Schaden erleiden können. Ein solcher positiver Schaden geht nicht im Anspruch auf Gewinnherausgabe auf, und er muss folglich kumulativ geltend gemacht werden können (SCHMID, a.a.O., N. 176 zu Art. 423 OR; TERCIER, a.a.O., N. 2113; Stöckli, a.a.O., N. 1227).

Nichts anderes gilt im vorliegenden Fall mit Bezug auf die Kosten des Presseratverfahrens. Diese stellen keinen entgangenen Gewinn des verletzten Klägers dar, und ebenso wenig haben sie etwas mit der Entstehung eines allfälligen Gewinns bei der verletzenden Beklagten Ziff. 1 zu tun; vielmehr wären sie ein (positiver) Vermögensschaden des Klägers. Die Frage ist indes nicht weiter zu erörtern, weil das entsprechende Schadenersatzbegehren im bundesgerichtlichen Verfahren fallengelassen worden ist.

3. Steht nach dem Gesagten fest, dass dem Kläger im Grundsatz ein Anspruch auf Gewinnherausgabe zukommt, sind dessen Voraussetzungen im Einzelnen zu prüfen.

3.1 Im Sinn einer Eventualbegründung hat das Obergericht hierzu erwogen, der Kläger habe nicht substantiiert nachgewiesen, inwiefern jeder einzelne der vier kritisierten Artikel zu einer Aufлагesteigerung geführt habe bzw. keine anderen Artikel absatzfördernd gewirkt hätten; vielmehr begnüge er sich mit entsprechenden Behauptungen.

3.2 Diesbezüglich macht der Kläger eine Verletzung von Art. 8 und Art. 28a Abs. 3 ZGB sowie Art. 42 Abs. 2 OR geltend. Er führt aus, vor beiden kantonalen Instanzen zahlreiche Indizien und Beweisofferten dafür geliefert zu haben, dass die persönlichkeitsverletzenden Artikel für die Beklagte Ziff. 1 gewinnsteigernd gewirkt hätten; damit habe er alles ihm Zumutbare und Mögliche für die Ermittlung des Gewinns getan. Naturgemäss wären die aufschlussreichsten Indizien nur durch die Beklagte Ziff. 1 zu liefern gewesen, die über detaillierte Verkaufsstatistiken verfüge; die betreffenden Editionsbegehren seien indes abgewiesen worden. Selbst bei Abnahme all dieser Beweise wäre aber eine exakte Gewinnermittlung im Zusammenhang mit der Berichterstattung nicht möglich gewesen, weshalb die Vorinstanz die Anforderungen an den Beweis überspannt habe. Vielmehr hätte sie gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR den Gewinn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und Kriterien wie Schwere der Persönlichkeitsverletzung, subjektive Motivation des Medienunternehmens sowie Grösse und Aufmachung des Beitrages abschätzen müssen. Es sei davon auszugehen, dass von der Ausgabe des Sonntagsblicks vom 10. Februar 2002 dank der reisserisch aufgemachten Titelgeschichte mindestens 20'000 zusätzliche Exemplare und von der Ausgabe vom 17. Februar 2002 rund 5'000 zusätzliche Exemplare verkauft worden seien. Da nicht verkaufte Exemplare keiner anderweitigen Verwendung zugeführt werden könnten, seien vom Bruttogewinn kaum Gestehungskosten abzuzie-

hen; bei einem Verkaufspreis von Fr. 3.-- betrage der herauszugebende Gewinn somit Fr. 75'000.--.

Die Beklagten machen geltend, angebliche Rekordquoten seien nicht im Ansatz bewiesen; nur eine effektiv erfolgte Aufлагesteigerung könnte zu einem Gewinn führen, blosser Erwartungen seien unzureichend.

3.3 Beweisthemen bei der Gewinnherausgabe im Zusammenhang mit Persönlichkeitsverletzungen sind demnach die widerrechtliche Verletzung des Persönlichkeitsrechts, die Entstehung eines Gewinns sowie der Kausalzusammenhang zwischen der unrechtmässigen Verletzung und dem erzielten Gewinn.

Die widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung durch die beiden Artikel vom 10. und 17. Februar 2002 ist mangels Anfechtung des obergerichtlichen Urteils durch die Beklagten verbindlich festgestellt. Zu prüfen bleibt somit die kausal darauf zurückzuführende Entstehung eines Gewinns bei der Beklagten Ziff. 1. Zum Beweismass ist vorweg zu bemerken, dass an sich sowohl für den Gewinn als auch für die Kausalität voller Beweis zu erbringen ist. Dieser gilt als erbracht, wenn das Sachgericht nach objektiven Gesichtspunkten vom Vorliegen einer Tatsache überzeugt ist und ihm allfällige Zweifel als unerheblich erscheinen (BGE 128 III 271 E. 2b/aa S. 275). Was den Kausalverlauf anbelangt, genügt indes eine überwiegende Wahrscheinlichkeit, soweit sich ein direkter Beweis aufgrund der Natur der Sache nicht führen lässt (BGE 107 II 269 E. 1b S. 273, 427 E. 3b S. 430; 113 Ib 420 E. 3 S. 424; 132 III 715 E. 3.1 S. 720). Mit Bezug auf den Gewinn besteht dort eine Beweiserleichterung, wo sich dieser ziffernmässig nicht strikt nachweisen lässt und der Richter ihn deshalb gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR aufgrund einer Schätzung als ausgewiesen erachten darf (BGE 122 III 219 E. 3a S. 221; 128 III 271 E. 2b/aa S. 276); diese Beweiserleichterung bezieht sich sowohl auf das Vorhandensein als auch auf die Höhe des Gewinns (BGE 132 III 379 E. 3.1 S. 381).

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die von mehreren Autoren vertretene Ansicht (vgl. etwa MEILL, Basler Kommentar, N. 19 zu Art. 28a ZGB; NOBEL/SCHÜRMAN, Medienrecht, 2. Aufl., Bern 1993, S. 251; SCHWAIBOLD, Hohle Hände - grosse Zahlen, *medialex* 2006, S. 91 f.), eine Gewinnherausgabe sei nur möglich, wenn in direktem Zusammenhang mit einer persönlichkeitsverletzenden Berichterstattung die Auflage erhöht worden sei, an der Realität vorbeigeht. Wie nachfolgend auszuführen sein wird, kann der Begriff des Gewinns nicht so verstanden werden, dass die Tagesauflage erhöht und gewissermassen Tagesmehreinnahmen erzielt worden sein müssten. Sodann ist zu berücksichtigen, dass sich der unmittelbare Zusammenhang zwischen einer bestimmten Berichterstattung und der Gewinnerzielung aufgrund verschiedener Faktoren (dazu ebenfalls nachfolgend) naturgemäss nicht strikt nachweisen lässt. Es dürfen deshalb an den Beweis nicht Anforderungen gestellt werden, welche die Durchsetzung der dem widerrechtlich

Verletzten grundsätzlich zustehenden Ansprüche bzw. die Verweisung in Art. 28a Abs. 3 ZGB von vornherein illusorisch machen, zumal so die Bestrebungen des Gesetzgebers zur Stärkung des Persönlichkeitsschutzes bei der seinerzeitigen Revision des Persönlichkeitsrechts (vgl. BBl 1982 II 637) geradezu vereitelt würden. Dem Obergericht kann deshalb nicht gefolgt werden, wenn es die Ausführungen des Klägers als nicht substantiiert qualifiziert hat (was eine Frage des Bundesrechts ist: vgl. BGE 108 II 337 E. 2b S. 339; 123 III 183 E. 3e S. 188).

3.4 Beim Sonntagsblick handelt es sich um eine typische Kioskzeitung, deren Verkaufszahlen im Gegensatz zu einer fast ausschliesslich abonnierten Zeitung a priori stärkeren Schwankungen unterworfen sind. Dies ist umso mehr der Fall, als der «Sonntagsblick» in starker Konkurrenz zu den anderen grossen Sonntagszeitungen wie der «Sonntags-Zeitung» und der «NZZ am Sonntag» steht, und sich erfahrungsgemäss viele Leser erst aufgrund der Aushänge am Kiosk und der Frontseiten bzw. Titelgeschichten entscheiden, welche der Sonntagszeitungen sie kaufen wollen. Die Zahl der verkauften Exemplare einer bestimmten Ausgabe des Sonntagsblicks hängt deshalb nicht nur vom eigenen Produkt ab, sondern auch von der Themenwahl und Aufmachung der Konkurrenzangebote. Ökonomisch von weitaus grösserer Bedeutung dürfte aber der Umstand sein, dass auf längere Sicht die Verkaufszahlen des Sonntagsblicks ganz massgeblich von den grundsätzlichen Erwartungen seiner Leserschaft und der regelmässigen Erfüllung dieser Erwartungen abhängig sind.

Der Sonntagsblick grenzt sich von den anderen Sonntagszeitungen dadurch ab, dass er nach seinen eigenen Angaben im Internet «hautnah dabei ist» (Sachverhaltsvervollständigung gemäss Art. 64 Abs. 2 OG). Wer hautnah dabei sein will, muss die natürliche Neugier des Publikums auf vermeintliche und echte Skandale, auf Berichte von Katastrophen und Ereignissen verschiedenster Art, insbesondere aber auch auf (Home-)Stories aus dem Privatleben oder gar der Intimsphäre bekannter Zeitgenossen aus Sport, Politik und Unterhaltung gleichzeitig schüren und befriedigen. Der Sonntagsblick betont denn in seinem Internet-Auftritt auch, «über die Themen, welche die Menschen bewegen», zu berichten: «Die grosse Kontroverse, der heisse Scoop, das berührende Porträt, das harte Interview und die prägnante Analyse.» Es ist gerichtsnotorisch und bedarf daher keiner Beweiserhebung, dass der Sonntagsblick sich hierzu auf permanenter persönlichkeitsrechtlicher Gratwanderung befindet und es dabei auch zu Persönlichkeitsverletzungen kommen kann.

Die beschriebene Art der Berichterstattung geschieht vor dem Hintergrund des harten Konkurrenzkampfes, dem alle Medien, im kleinen und übersättigten Schweizer Pressemarkt aber insbesondere die Printmedien ausgesetzt sind. Nebst der Steigerung ist deshalb immer mehr auch das Halten der Auflage bzw. der periodisch eruierten Leserschaft, die u.a. für die Werbeeinnahmen wichtig ist, das wesentliche Ziel der Marktteilnehmer. Längerfristig lässt sich die Aufla-

ge in dem vom Sonntagsblick abgedeckten Marktsegment nur halten, wenn die spezifischen Erwartungen der Leserschaft regelmässig erfüllt werden, was nach dem Gesagten unter anderem durch gross aufgemachte Berichte über das private Ungemach bekannter Zeitgenossen geschieht.

Hängt aber das wirtschaftliche Fortkommen bzw. die Gewinnerzielung eines ökonomisch auf die betreffende Sparte ausgerichteten Mediums nicht in erster Linie mit der einzelnen Berichterstattung, sondern mit der längerfristig angelegten Befriedigung der spezifischen Erwartungen seiner Leserschaft zusammen, und werden diese dergestalt erfüllt, dass eine scharf an der Persönlichkeitsverletzung entlangführende Linie gefahren wird, bei der es zur Überschreitung der Grenze des Zulässigen kommen kann, muss die Kausalität zwischen unrechtmässiger Persönlichkeitsverletzung und Gewinnerzielung bejaht werden, wenn und soweit die entsprechende Berichterstattung von der Ausrichtung und Aufmachung her geeignet ist, zur Erhaltung der Auflage und damit zur Gewinnerzielung beizutragen.

3.5 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Höhe des im Zusammenhang mit der unrechtmässigen Persönlichkeitsverletzung generierten Gewinns ziffernmässig nicht strikt bewiesen werden kann. In der Lehre ist unbestritten, dass er deshalb in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR nach Ermessen des Richters zu schätzen ist (TERCIER, a.a.O., N. 2133; HAUSHEER/AEBI, a.a.O., S. 147; WERRO, La tentation des dommages-intérêts punitifs en droit des médias, *medialex* 2002, S. 90; DESCHENAUX/STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, 4. Aufl., Bern 2001, N. 633).

Im Rahmen dieser Schätzung können Eckdaten wie Umsatz-, Auflage- und Leserschaft eine Rolle spielen, insbesondere aber auch Grösse, Aufmachung und Positionierung der Berichterstattung. Massgeblich ist sodann, ob es sich um einen einzelnen Artikel, um eine ganze Serie oder gar um eine eigentliche Kampagne handelt, in welchem Fall die Berichterstattung besonders geeignet ist, über eine längere Zeit dem angestrebten Zweck der Absatzförderung zu dienen. Bei der Kampagne und der Serie ist, anknüpfend an die Überlegungen in E. 3.4, auch nicht zwingend erforderlich, dass Folgeartikel erneut bzw. eigenständig die Persönlichkeit verletzen, umso weniger als je nach Art der Berichterstattung der geschaffene Unrechtszustand insofern nachwirken kann, als der Eindruck früherer verletzender Aussagen durch (für sich genommen nicht verletzende) Folgeartikel am Leben erhalten und weiter ausgebeutet wird.

Nicht erforderlich ist sodann, dass das verletzende Medium schwarze Zahlen schreibt, geht es doch um die Abschöpfung des im Zusammenhang mit einer unrechtmässigen Persönlichkeitsverletzung erlangten wirtschaftlichen Vorteils, der auch in einer Verlustminimierung bestehen kann. So wie der Begriff des Schadens definiert wird als Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand des Verletz-

ten und dem Stand, den sein Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (BGE 129 III 331 E. 2.1 S. 332; 132 III 321 E. 2.2.1 S. 324), ist der «Gewinn» als Differenz zwischen dem tatsächlichen und hypothetischen Vermögensstand des Verletzers mit und ohne die inkriminierte Berichterstattung zu verstehen.

Nach dem Gesagten ist für die Gewinnbestimmung massgeblich, inwieweit die verletzende Berichterstattung zur Absatzförderung, d.h. zum Generieren und Halten der Auflage bzw. der Leserschaft geeignet war. Eine solche Absatzförderung ist durchaus keine zwingende Folge einer jeden widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung: Es ist sehr wohl denkbar, dass beispielsweise bei einer Kampagne gegen eine bekannte Persönlichkeit mit Argumenten, die sich im Nachhinein als haltlos erweisen, sogar ein vorübergehender Leserschwind zu verzeichnen ist (Mitleidseffekt bzw. Distanzierung vom betreffenden Medium). Sodann wird sich ein Artikel, in welchem das Persönlichkeitsrecht einer unbekannt (und auch unbekannt bleibenden) Person widerrechtlich verletzt wird, kaum auf den Geschäftserfolg eines Mediums auswirken.

3.6 Vorliegend lässt sich nicht von einer eigentlichen, systematisch aufgebauten Kampagne sprechen, wie das Obergericht zu Recht festgehalten hat. Indes handelt es sich auch nicht um eine lose Folge in sich geschlossener, voneinander unabhängiger Artikel; vielmehr besteht in objektiver Hinsicht und nach dem Empfinden des Durchschnittslesers jeweils eine Anknüpfung an der vorangegangenen Berichterstattung: Der Artikel vom 17. Februar 2002, welcher die angeblichen Firmenkonstrukte und Geschäftspraktiken des Klägers zum Gegenstand hatte, tut dies offensichtlich schon von der zeitlichen Abfolge her, wurde er doch im Anschluss an die ausführliche Titelgeschichte des vorangehenden Sonntags publiziert. Sodann nimmt der mit «Greenpeace attackiert Pattys Vater» betitelte Artikel vom 10. März 2002, demzufolge der Kläger ein Hauptakteur beim Import von Tropenhölzern sei und seine Geschäfte über die Basler Firma TT Timber International AG abwickle, die zur deutschen Feldmeyer GmbH gehöre, unausgesprochen Bezug auf den Artikel vom 17. Februar 2002, in welchem dem Kläger unter dem Titel «Vater Schnyder und seine Briefkasten-Firmen» undurchsichtige Finanzgeschäfte vorgehalten worden waren. Sodann bezieht sich die Ausgabe vom 3. November 2002 mit der Schlagzeile auf der Titelseite «Patty Schnyder: Sieg vor Gericht - gegen den eigenen Vater» sowie dem diesbezüglichen Aushang mit der Ankündigung «Patty Schnyder gewinnt Mio.-Prozess gegen Vater» offensichtlich auf die erwähnte erste Berichterstattung vom 10. Februar 2002 mit der gross aufgemachten Titelgeschichte «Blanker Hass! Patty Schnyder klagt ihre Eltern ein» und der weiteren Schlagzeile auf der Titelseite, «Ich will wissen, was mit meinem Geld passiert ist».

Aus Abfolge und Aufmachung der gesamten Berichterstattung ergibt sich, dass die Geschäftstätigkeit des Klägers, ins-

besondere aber dessen angespanntes Verhältnis zur berühmten Tochter über mehrere Ausgaben hinweg «warm gehalten» und im November wiederum breit aufgeblasen wurde. Der Sonntagsblick ist mit anderen Worten gross eingestiegen in eine Geschichte mit den Ingredienzen Liebe, Hass, grosse Geschäfte und Verbrechen. Es entspricht allgemeiner Lebenserfahrung, dass eine solche Berichterstattung an die Neugier des Publikums appelliert bzw. auf die Bindung einer spezifischen Leserschaft zugeschnitten ist und sie sich insofern mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auf den Geschäftserfolg der Beklagten Ziff. 1 ausgewirkt hat. Die in E. 3.3 genannten Anspruchsvoraussetzungen sind somit erfüllt und die Beklagte Ziff. 1 ist im Zusammenhang mit der persönlichkeitsverletzenden Berichterstattung in Anwendung von Art. 28a Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 423 Abs. 1 OR zur Gewinnherausgabe zu verpflichten.

3.7 Was die Höhe des Gewinns anbelangt, ist es aus mehreren Gründen nicht opportun, wenn das Bundesgericht selbst eine Schätzung vornimmt: Abgesehen davon, dass in einem ersten Schritt möglicherweise noch Beweissmassnahmen zu treffen und verschiedene Kenngrössen bzw. Eckdaten zu erheben sind, würde den Parteien eine Instanz verloren gehen, wenn nicht zuerst das Obergericht den Umfang des herauszugebenden Gewinns bestimmt. Umso mehr ist im vorliegenden Fall eine Rückweisung angezeigt, als es sich bei der Bestimmung des Ausmasses des Gewinns analog zur Schadensbemessung (dazu BGE 119 II 249 E. 3a S. 251; 123 III 241 E. 3a S. 243) vom Grundsatz her um eine Tatsachenfrage handelt und die Kognition des Bundesgerichts auf die Überprüfung von Rechtsfragen beschränkt ist (Art. 43 Abs. 1 OG), während dem Obergericht im kantonalen Berufungsverfahren volle Kognition zukommt.

4. Strittig ist schliesslich, ob der Kläger Anspruch auf eine Genugtuung hat.

4.1 Das Obergericht hat erwogen, nebst eines Zuspruchs von Geld könne dem Opfer auch auf andere Weise Genugtuung verschafft werden. Vorliegend stellten die teilweise Gutheissung des Feststellungsbegehrens sowie die Urteils publikation eine angemessene Wiedergutmachung dar. Im Übrigen bestehe die Ausgleichsfunktion bei der beantragten Genugtuungsform ohnehin nur indirekt, wenn der Kläger eine Zahlung an einen Dritten verlange; der Kläger habe im Übrigen nicht substantiiert begründet, inwiefern ihm eine solche Zahlung zusätzliche Genugtuung verschaffe.

4.2 Der Kläger hält diese Begründung für widersprüchlich und mit Bundesrecht unvereinbar. Wenn Genugtuung sogar durch nicht-pekuniäre Leistungen wie Feststellungsurteil und Urteils publikation erreicht werden könne, sei die angestrebte Ausgleichsfunktion umso mehr auch durch eine Zahlung an einen Dritten möglich. Im Übrigen stelle die Vorinstanz zu hohe Begründungsanforderungen, wenn sie eine spezielle Erklärung verlange, inwiefern das Verlangte im Einzelnen Genugtuung verschaffe.

4.3 Der vom Kläger geforderte detaillierte Nachweis, inwiefern (gerade) die verlangte Form der Genugtuung zum gewünschten Ausgleich führe, mag Bedenken erwecken. Hingegen hat das Obergericht zutreffend erwogen, dass Genugtuung auch auf andere Weise als mittels einer Geldzahlung verschafft werden kann, bei einer Verletzung der Persönlichkeit insbesondere in Form der Feststellung und der Urteilspublikation (vgl. BGE 131 III 26 E. 12.2.1 S. 30 m.w.H.).

Beim Entscheid, ob die Schwere der Verletzung eine Genugtuung rechtfertigt und ob sie diesfalls bereits durch die Feststellung und Urteilspublikation erfüllt ist (Art. 49 Abs. 1 und 2 OR), steht dem Richter ein weites Ermessen zu (Art. 4 ZGB; BGE 131 III 26 E. 12.2.2 S. 31). Ermessensentscheide dieser Art überprüft das Bundesgericht an sich frei; es übt dabei allerdings Zurückhaltung und schreitet nur ein, wenn die kantonale Instanz von dem ihr zustehenden Ermessen falschen Gebrauch gemacht hat, d.h. wenn sie grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgegangen ist, wenn sie Gesichtspunkte berücksichtigt hat, die keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt rechtserhebliche Umstände ausser Acht gelassen hat. Aufzuheben und zu korrigieren sind ausserdem Ermessensentscheide, die sich als im Ergebnis offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen (BGE 128 III 428 E. 4 S. 432; 129 III 380 E. 2 S. 382).

Vorliegend lässt sich nicht sagen, das Obergericht habe mit seiner Erwägung, durch die Feststellung der Persönlichkeitsverletzung und die Urteilspublikation habe der Kläger eine angemessene Genugtuung erhalten, von seinem Ermessen geradezu unsachgemässen Gebrauch gemacht. Dazu kommt, dass die nunmehr gutgeheissene Gewinnherausgabe ebenfalls eine reparative Komponente aufweist und deshalb dazu angetan ist, dem Kläger zusätzlich Genugtuung zu verschaffen. Vom Zuspruch einer Genugtuungszahlung im Sinn von Art. 49 OR ist deshalb abzusehen.

5. Nach dem Gesagten ist die Berufung dahingehend gutzuheissen, dass ein kausal auf die Persönlichkeitsverletzenden Artikel zurückzuführender Gewinn festgestellt und die Sache zur Ermittlung bzw. Schätzung der Höhe dieses Gewinns an das Obergericht zurückgewiesen wird. (...)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1. Die Berufung wird teilweise gutgeheissen, und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. Dezember 2005 wird insoweit aufgehoben, als es das Begehren um Herausgabe eines Gewinns abgewiesen hat, sowie hinsichtlich der Ziff. 3, 5 und 6 (Kosten- und Entschädigungsfolgen).
2. Die Sache wird zur Bestimmung der Höhe des herauszubehaltenden Gewinns an das Obergericht zurückgewiesen.
3. Die weitergehenden Begehren werden abgewiesen (...). ■

ANMERKUNGEN:

Der vorstehend abgedruckte Entscheid hat zu Recht ein **grosses Echo** in den Medien und in interessierten Juristenkreisen ausgelöst. Dies nicht so sehr deswegen, weil der Gedanke an eine Gewinnabschöpfung völlig neu wäre: Der Reformgesetzgeber hat im Zusammenhang mit der am 1. Juli 1985 in Kraft getretenen Verstärkung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes einen entsprechenden Rechtsweg ausdrücklich aufgezeigt (Art. 28a Abs. 3 ZGB). Und auch die persönlichkeitsrechtliche Literatur hat sich mit dem Anspruch auf Gewinnherausgabe eingehend befasst und diesen praktisch einhellig begrüsst. Erstaunlich ist deshalb am vorliegenden Urteil vor allem die Tatsache, dass es seit der entsprechenden Reform mehr als 20 Jahre gebraucht hat, bis ein entsprechendes höchstrichterliches Urteil ergangen ist. Demgegenüber haben die übrigen persönlichkeitsrechtlichen Rechtsbehelfe (Unterlassungs-, Feststellungs- und Beseitigungsklage, Schadenersatz und Genugtuung sowie Gegendarstellung) in den vergangenen zwei Jahrzehnten zu einer reichen Gerichtspraxis geführt, weshalb die Rechtslage diesbezüglich als weitgehend geklärt bezeichnet werden darf. Umso erfreulicher ist es – ganz unabhängig von den konkreten rechtlichen Erwägungen – dass die Lücke im Bereich der Gewinnherausgabe nunmehr geschlossen und damit klar signalisiert wurde, dass die gesetzgeberische Absicht auch insofern zur Umsetzung gelangt.

Der vorinstanzliche Entscheid gab dem Bundesgericht zunächst eine willkommene Gelegenheit, sich zur **Abgrenzung von Schadenersatz- und Gewinnherausgabeanspruch** zu äussern, ging doch das Zürcher Obergericht von der Vorstellung aus, Schadenersatz und Gewinnherausgabe könnten nur alternativ verlangt werden. Indessen hängt «die Frage der Kumulation bzw. Alternativität von der Art des Schadenersatzes ab» (E. 2.3), wie vom Bundesgericht zu Recht festgehalten wird. Nur ausnahmsweise steht dem Gewinn des Verletzers ein eigentlicher Schaden des Verletzten im Sinne des *lucrum cessans* gegenüber, dies etwa dann, wenn ein bestimmtes Personenbild oder Exklusivinterview nach der unbefugten Veröffentlichung nicht mehr (teuer) an ein Medienunternehmen verkauft werden kann. Bei einer solchen (seltenen) Sachlage schliessen sich Schadenersatzanspruch und Gewinnabschöpfung insofern aus, als der eine Anspruch im anderen aufgeht weil der Schaden gerade darauf beruht, dass der Verletzer das betreffende Geschäft bereits (unerlaubterweise) geführt hat. Häufiger ist dagegen die andere Ausgangslage, in der der Verletzte einen Vermögensschaden erleidet, ohne dass ihm eine eigene Vermarktungsmöglichkeit entgangen wäre. Beinahe schon klassisches Beispiel ist der Angestellte, der aufgrund ungerechtfertigter Presseangriffe seine Stelle verliert oder keine neue Stelle findet. Hier ist, wie das Bundesgericht klarstellt, eine Anspruchsakkumulation – Schadenersatz weil die Erwerbseinbusse plus Herausgabe des durch die Persönlichkeitsverletzung erzielten Gewinns – durchaus zulässig. Im vorliegenden zu beurteilenden Sachverhalt stand dem Gewinnherausgabebegehren schon deshalb nichts im Wege, weil der Kläger unter dem Titel Schadenersatz auch vor der Vorinstanz keinen entgangenen Gewinn im Sinne einer eigenen Vermarktungsmöglichkeit geltend gemacht hatte.

Entsprechend war zu prüfen, auf welche **Rechtsgrundlage** sich der **Gewinnherausgabeanspruch** im schweizerischen Recht stützt. Nach Auffassung des Bundesgerichts bringt der Gesetzeswortlaut in Art. 28a Abs. 3 ZGB unzweideutig zum Ausdruck, dass «die Herausgabe eines Gewinnes» zufolge widerrechtlicher Persönlichkeitsverletzung einer (unechten) **Geschäftsführung ohne Auftrag** (Geschäftsanmassung; Art. 423 OR) gleichzustellen ist. Diese Sichtweise überzeugt. Zwar wurde in der Literatur auch darüber nachgedacht, ob die Gewinnabschöpfung nach den Regeln der Eingriffskondition erfolgen sollte. Gegen die Eingriffskondition im Zusammenhang mit Persönlichkeitsverletzungen spricht jedoch – neben dem klaren Wortlaut von Art. 28a Abs. 3 ZGB – der Umstand, dass sich mit einer Gewinnabschöpfung die in Art. 62 Abs. 1 OR vorgesehene Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes nicht erreichen lässt. Dass bei der ehrverletzenden Medienberichterstattung insofern keine eigentliche Geschäftsanmassung – im Sinne der usurpierten Geschäftsführung – vorliegt, als das Medienopfer der Natur der Sache nach selber gar kein entsprechendes Geschäft geführt hätte bzw. hätte führen können, schadet somit nicht. Anders zu entscheiden, hiesse nach Auffassung des Bundesgerichts, den Verweis auf Art. 423 OR «weitgehend inhaltsleer» zu machen (E. 2.4).

L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

Die **allgemeinen Voraussetzungen der Gewinnherausgabe** umschreibt das Bundesgericht kurz und bündig: «Beweisthemen bei der Gewinnherausgabe im Zusammenhang mit Persönlichkeitsverletzungen sind (...) die widerrechtliche Verletzung des Persönlichkeitsrechts, die Entstehung eines Gewinns sowie der Kausalzusammenhang zwischen der unrechtmässigen Verletzung und dem erzielten Gewinn.» (E. 3.3)

Dabei fällt insbesondere auf, dass von einem **Verschuldenserfordernis** als Voraussetzung des Gewinnherausgabeanspruchs zu Recht nicht die Rede ist. Eingriffsvorteile sind – unabhängig von einem auch nur leichten Verschulden des Eingreifers – dem Verletzten als rechtmässigem Träger des Persönlichkeitsrechts zuzuordnen. Dem Verletzer wird im Zusammenhang mit einer Gewinnherausgabe nämlich nur abgefordert, was ihm von Anfang an nicht zustand. Der unerlaubte Eingriff in die fremde Rechtsposition soll sich für den Verletzer nicht noch vorteilhaft auswirken.

Lebensnahe und überzeugend verweist sodann das Bundesgericht darauf, dass **von einem Gewinn** auch dann **auszugehen** ist, wenn die Persönlichkeitsverletzung (bloss) zu einer Verlustminderung bzw. zum Halten einer bestimmten Auflagenstärke beiträgt (E. 3.4). Nicht erforderlich ist deshalb – entgegen gewissen Vorbringen in der Literatur –, dass die verletzende Publikation zu einer Auflagensteigerung geführt hat. Freilich ist der Umfang des Gewinns nicht leicht abzuschätzen, da nicht einfach von Marktwerten einzelner Produkte oder vom erfahrungsgemäss zu erzielenden Umsatz ausgegangen werden kann. Anzusetzen ist deshalb beim Gewinnpotenzial des Medienunternehmens, weshalb namentlich die Einschätzung des Interessenwertes bei der Leserschaft durch den Vermarkter von Bedeutung ist. Dieser Wert lässt sich nach Auffassung des Bundesgerichts unter anderem an der «Grösse, Aufmachung und Positionierung der Berichterstattung» ablesen, aber auch am Umstand, «ob es sich um einen einzelnen Artikel, um eine ganze Serie oder gar um eine eigentliche Kampagne handelt» (E. 3.5). Dass eine solche Gewinnschätzung auf eine grosszügige analoge Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR angewiesen ist, versteht sich von selbst. Dass sich der Richter auch für die Gewinnabschöpfung auf diese Gesetzesbestimmungen abstützen darf, steht für das Bundesgericht – entgegen gewissen Zweifeln in der Lehre – ausser Frage (E. 3.5).

Der **Genugtuungsanspruch** war von der Vorinstanz mit der Begründung abgelehnt worden, dass dem Opfer einer Persönlichkeitsverletzung auch auf andere Weise als mit einer Geldzahlung Genugtuung verschafft werden könne. Das Obergericht hielt sich damit an die aktuelle – wenn auch nicht kritiklos gebliebene – Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 131 III 26 E. 12.2.2), wo-

nach der Verletzte namentlich bei Ehrverletzungen eher das Bedürfnis nach Vergeltung habe denn nach Trost. Damit erweise sich die Urteils publikation als angemesseneres Mittel der Wiedergutmachung. Dem ist freilich entgegenzuhalten, dass der **Vergeltungsgedanke** im schweizerischen Schadenersatzrecht grundsätzlich keinen Platz hat, weshalb in der Literatur auch regelmässig betont wird, der Genugtuung komme nicht die Funktion einer Sanktion zu, sondern es gehe um eine eigentliche Reparatur des erlittenen, schweren «immateriellen Schadens».

Beim Entscheid, ob überhaupt eine Genugtuungssumme zuzusprechen ist oder ob eine Urteils publikation als «andere Art der Genugtuung» (Art. 49 Abs. 2 OR) im Vordergrund steht, verfügt der kantonale Richter praxisgemäss über ein weites Ermessen. Dieser Ermessensspielraum, so das Bundesgericht, wurde im vorliegenden Fall gewahrt. Und es fügt bei: «Dazu kommt, dass die nunmehr gutgeheissene **Gewinnherausgabe** ebenfalls eine reparative Komponente aufweist und deshalb dazu angetan ist, dem Kläger **zusätzlich Genugtuung** zu verschaffen.» (E. 4.3, Hervorhebung hinzugefügt). Dieser letzteren Überlegung ist allerdings nicht beizupflichten. Sollte damit angedeutet werden, auch die Gewinnherausgabe sei unter dem Aspekt des Vergeltungsgedankens von Bedeutung, so müsste sich diese Betrachtungsweise wohl auf die Höhe des abzuschöpfenden Gewinns auswirken, d.h., die Bemessung des Gewinns müsste umso grosszügiger ausfallen, je grösser der Bedarf an Vergeltung bzw. die «Rachsucht» des Verletzten im konkreten Fall ist. Dem ist nicht nur entgegenzuhalten, dass – wie erwähnt – das Zivilrecht nicht (oder jedenfalls nicht primär) auf dem Vergeltungsgedanken beruht, sondern – namentlich im Zusammenhang mit der Gewinnabschöpfung – die Vermögenszuordnung an den Berechtigten im Vordergrund steht. Zudem kann im Einzelfall durchaus eine kumulative Zusprechung von Schadenersatz (für erlittene Vermögensschäden) des in seinen Vermögensrechten Verletzten), Genugtuung (für den Ausgleich immaterieller Unbill) und herauszugebendem Gewinn (für durch den Verletzer widerrechtlich erzielte Vermögensvorteile) angebracht sein. Gerade diese **Anspruchskumulation** dürfte ein wirksames Mittel gegen ein bestimmtes Mediengenie sein, das die Persönlichkeitsrechte «interessanter» Individuen systematisch bis an die Grenze des Zulässigen und bisweilen darüber hinaus auszureizen pflegt. Eine Genugtuung sollte deshalb nur zurückhaltend mit dem Hinweis auf den im Vordergrund stehenden Vergeltungswunsch des Betroffenen abgelehnt werden. Dass der Gewinnherausgabeanspruch im vorliegenden Fall vom Bundesgericht bejaht wurde, ist aber ungeachtet dessen zu begrüssen, dass insofern gewisse «Feinabstimmungen» noch ausstehen.

PROF. REGINA E. AEBI-MÜLLER, LUZERN

EN DIRECT DE STRASBOURG AUS STRASSBURG

Unterschiedliche Auffassungen über Erkennbarkeit der Satire

Urteil der 1. Kammer
«Nikowitz & Verlagsgruppe News GmbH c. Österreich»
vom 22.2.2007 (N° 5266/03)

In einem ironischen Beitrag der Zeitschrift «Profil» über die Reaktion der österreichischen Bevölkerung auf den unfallbedingten Beinbruch des Skirennfahrers Hermann Maier

schrrieb der Journalist Rainer Nikowitz am 3. September 2001: «Auch Maiers lieber Freund Stefan Eberharter musste was sagen, und er entschied sich vermutlich im letzten Moment gegen: «Super, jetzt gewinn ich endlich auch einmal was. Hoffentlich prack't's den miesen Hund mit den Krücken hin, und er bricht sich den anderen Haxn auch noch.»

Auf Privatklage Eberharters wurde Nikowitz wegen übler Nachrede (§ 111 des österreichischen Strafgesetzbuchs) zu einer Geldstrafe verurteilt. Gestützt auf das Mediengesetz wurde die Verlagsgruppe News GmbH zudem verurteilt, Stefan Eberharter rund 700 Euro als Entschädigung für die erlittene Kränkung zu bezahlen. Die österreichische Justiz hielt fest, bei bloss oberflächlicher Lektüre könne der satirische Gehalt des Textes übersehen werden und Eberharter als Mensch mit eifersüchtigem und schadenfreudigem Charakter erscheinen. Für einen wenig konzentrierten Leser sei nicht erkennbar, dass das fragliche Statement auf blosser Erfindung beruhe.

Nach dem einstimmigen Urteil des EGMR war die ironisch-satirische Natur des «Profil»-Beitrags jedoch schon aufgrund des Titels und der Bildlegende («Held Hermanns Bein schmerzt Millionen von Österreichern») offenkundig. Der scherzhafte Beitrag habe die Grenzen einer Satire nicht überschritten und der Eingriff in die Meinungsfreiheit war daher in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig (Art. 10 Abs. 2 EMRK):

«25. (...) The article, as was already evident from its headings and the caption next to Mr Maier's photograph, was written in an ironic and satirical style and meant as a humorous commentary. Nevertheless, it sought to make a critical contribution to an issue of general interest, namely society's attitude towards a sports star. The Court is not convinced by the reasoning of the domestic courts and the Government that the average reader would be unable to grasp the text's satirical character and, in particular, the humorous element of the impugned passage about what Mr Eberharter could have said but did not actually say. This passage could at most be understood as the author's value judgment on Mr Eberharter's character, expressed in the form of a joke.

26. The Court notes that the impugned statement speculates on Mr Eberharter's true feelings about his competitor's accident and suggests, firstly, that he was pleased because he expected to benefit from this incident and, secondly, that he hoped his competitor would be further weakened. The Court acknowledges that such feelings, if actually expressed, would seriously affect and damage any sportsman's good image. However, the Court does not find that the same can be said about this humorous passage, which clearly mentions that Mr Eberharter made no such statement. The Court also notes in this regard that Mr Eberharter had already previously commented on Mr Maier's accident in public, obviously using different words. In sum, the Court considers that the impugned passage about Mr Eberharter remains within the limits of acceptable satirical comment in a democratic society.» ■

ANMERKUNGEN:

Satire läuft unweigerlich Gefahr, dass ein Teil des Publikums sie nicht als solche erkennt. Die österreichische Justiz nahm dies zum Anlass, den Satiriker wegen möglicher Missverständnisse zu bestrafen, die beim oberflächlich oder unkonzentriert lesenden Teil der Leserschaft entstehen könnten. Dies geht dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zu weit. Der von der Justiz geschaffenen Kunstfigur des «Durchschnittslesers» scheint man in Strassburg mehr zuzutrauen als in Wien – und wohl auch als in den Gerichtssälen verschiedener anderer europäischer Länder. Auch in der Schweiz hat das Bundesgericht dem Durchschnittspublikum grössere Fähigkeiten zugebilligt als es die untere Instanz tat (BGE 132 II 290 E. 3.2. S. 297 - «Kassensturz: Dipl. Ing. Paul Ochsner»). Für Satiriker und Humoristen sind dies gute Neuigkeiten.

An Grenzen stösst der humoristische Freiraum dort, wo die Satire nur als Deckmantel dient für die Publikation gravierender Tatsachenbehauptungen, die einer sachlichen Grundlage entbehren und im Rahmen eines recherchierten Medienbeitrags auch nicht geäußert werden könnten. Solches stand im Falle des «Profil»-Beitrags nicht zur Diskussion.

DR. FRANZ ZELLER, BERN

Unzulässige Überwachung des E-Mailgebrauchs am Arbeitsplatz

Urteil der 4. Kammer
«Copland c. Grossbritannien»
vom 3.4.2007 (N° 62617/00)

1991 wurde Lynette Copland vom staatlichen Carmarthenshire College angestellt. Ab Ende 1995 sollte sie eng mit dem neu ernannten stellvertretenden Direktor (Deputy Principal) zusammenarbeiten. Auf dessen Anweisung wurden Coplands Telefon-, E-Mail- und Internetgebrauch registriert. So wurden im Herbst 1999 die von Lynette Copland besuchten Websites und die Besuchsdauer überwacht. Dies geschah während eines halben Jahres auch mit dem E-Mail-Verkehr (Adressen, Versendzeit). Durch die Überwachungsmaßnahmen sollte übermässiger Gebrauch zu Privatzwecken festgestellt werden.

Der Gerichtshof erinnerte daran, dass geschäftliche Telefonanrufe grundsätzlich durch Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (Recht auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz) geschützt sind. Es sei logisch, dass vom Arbeitsplatz versendete E-Mails und der persönliche Internetgebrauch einen entsprechenden Schutz geniessen (Ziff. 41 der Urteilsbegründung). Dass das College die Daten weder weitergab noch gegen die Überwachte verwendete, änderte nichts daran, dass ihre Freiheitsrechte geschmälert wurden. Da Lynette Copland über die Kontrollmassnahmen nicht orientiert worden war, durfte sie berechtigterweise auf die Privatheit ihrer Kommunikation vertrauen.

Das College als staatliche Institution war direkt an Art. 8 EMRK gebunden. Die Eingriffe der College-Verantwortlichen ins Privatleben und die freie Korrespondenz wären daher nur rechtmässig gewesen, wenn sie die Voraussetzungen von Art. 8 Abs. 2 EMRK erfüllt hätten. Verlangt war namentlich eine gesetzliche Grundlage im britischen Recht. Zum Zeitpunkt der Überwachungsmaßnahmen fehlte aber eine gesetzliche Regelung, womit die Überwachung menschenrechtswidrig war. Ob die Überwachung die übrigen Anforderungen respektierte (v.a. das Erfordernis der Verhältnismässigkeit), brauchte der Gerichtshof nicht mehr zu prüfen. Er schloss dies aber nicht aus:

«48. Accordingly, as there was no domestic law regulating monitoring at the relevant time, the interference in this case was not 'in accordance with the law' as required by Article 8 § 2 of the Convention. The Court would not exclude that the monitoring of an employee's use of a telephone, e-mail or internet at the place of work may be considered 'necessary in a democratic society' in certain situations in pursuit of a legitimate aim. However, having regard to its above conclusion, it is not necessary to pronounce on that matter in the instant case.»

ANMERKUNGEN:

Dieses Urteil hat das Potenzial, über den Einzelfall hinaus einen nennenswerten Beitrag gegen ungesetzliche oder unverhältnismässige Überwachungsmaßnahmen am Arbeitsplatz zu leisten. Eine Voraussetzung dürfte sein, dass der Gerichtshof den Schutz der Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz (Art. 8 EMRK) nicht nur jenen Arbeitskräften zubilligt, deren Arbeitgeber eine staatliche Aufgabe wahrnimmt und der damit direkt an die menschenrechtlichen Garantien gebunden ist. Mit anderen Worten müsste der EGMR eine positive Pflicht des Staates zum Schutz von Art. 8 EMRK vor Überwachungen im privaten Arbeitsverhältnis bejahen. Dies entspräche der Tendenz der jüngeren Strassburger Rechtsprechung, welche die staatlichen Schutzpflichten gegen private Übergriffe (z.B. durch rechtswidrige Medienpublikationen) kontinuierlich ausgebaut hat.

DR. FRANZ ZELLER, BERN

**Genügende Recherche
einer norwegischen Zeitung**

Urteil der 1. Kammer
«Tønsbergs Blad AS & Haukom c.
Norwegen»
vom 1. März 2007 (N° 510/04)

Eine norwegische Regionalzeitung berichtete über geplante Massnahmen der Behörden des Ferienorts Tjøme gegen Grundeigentümer, die des Verstosses gegen die Zweitwohnungsvorschriften verdächtigt waren. Auf einer vertraulichen Liste vom Oktober 1999 wurden mögliche Verdachtsfälle aufgeführt, bei denen die Erfüllung des Wohnsitzerfordernisses zu verifizieren sei. Unter den Verdächtigen befanden sich eine bekannte Sängerin und Vidar Rygh, damals Vizepräsident eines der grössten norwegischen Industrieunternehmen, der Orkla ASA.

Gestützt auf eine ihm zugespielte Kopie der Liste schrieb ein Journalist der Regionalzeitung «Tønsbergs Blad» am 8. Juni 2000, die Sängerin und der Industrielle Vidar Rygh hätten sich bezüglich des ständigen Wohnsitzes zu erklären und könnten im schlimmsten Fall zum Verkauf ihres Grundeigentums gezwungen werden. Nachdem die Zeitung von der Entfernung Ryghs aus der Liste erfahren hatte, vermeldete sie am 30. Juni, dass er sich aus der Affäre gezogen habe. Gleichzeitig kritisierte sie die Lücken der Regelung, welche Häuser ausschloss, die von ihren Eigentümern gebaut worden waren.

Auf Strafklage des Industriellen bejahte die norwegische Justiz eine Ehrverletzung (Art. 253 des norwegischen Strafgesetzbuchs) und verurteilte die Zeitung und deren Chefredaktorin zur Bezahlung einer Genugtuungssumme von 50'000 Kronen.

In seinem einstimmigen Urteil bezeichnete der EGMR diesen Eingriff in die Meinungsfreiheit als unverhältnismässig. Zum einen waren die Behauptungen des Journalisten trotz etwas reisserischer Präsentation eher zurückhaltend formuliert und waren sie nicht geeignet, die Reputation des Industriellen

gravierend zu beeinträchtigen. Die relativ leicht wiegenden Tatsachenbehauptungen wurden nach Ansicht des Gerichtshofs ausreichend verifiziert. Zwar tauchte der Name des Industriellen auf der schliesslich dem Gouverneur weitergeleiteten Liste nicht mehr auf. Der vom Medienschaffenden interviewte Direktor des Planungs- und Baudepartements hatte im Interview aber offenbar nicht deutlich gemacht, dass er noch weitere Abklärungen vornehmen musste. Der Journalist handelte deshalb in gutem Glauben:

«100. It was only on 29 June 2000, when the journalist was informed about the exchanges between Mr Rygh and the Municipality's Chief Executive Officer, that the Municipality made the journalist aware of its position as to how the provisions of the Concession Act ought to be interpreted and applied in relation to properties such as that used by Mr Rygh. When contacted by the journalist before publication of the disputed newspaper report, Mr Rygh had not offered any comments beyond stating that there must have been a misunderstanding as to the inclusion of his name on the list to be transmitted to the County Governor (see paragraph 15 above).

101. In these circumstances, the journalist cannot in the Court's view be blamed for not having ascertained for himself, before reporting on the Municipality's opinion on 8 June 2000, whether the residence requirements were applicable to the property used by Mr Rygh. On the contrary, having regard to the relatively minor nature and limited degree of the defamation at issue and the important public interests involved, the Court is satisfied that the newspaper took sufficient steps to verify the truth of the disputed allegation and acted in good faith.» ■

DR. FRANZ ZELLER, BERN

**Ungenügende Recherche
einer österreichischen Zeitung**

Urteil der 1. Kammer
«Standard Verlagsgesellschaft mbH
(No. 2) c. Österreich»
vom 22. Februar 2007 (N° 37464/02)

Die österreichische Zeitung «Der Standard» berichtete am 16. Juli 1999 auf ihrer Frontseite, der Landeshauptmann Jörg Haider (FPÖ) habe bei der eigenmächtigen Bestellung des Aufsichtsrats der mehrheitlich staatseigenen «Kärntner Elektrizitäts-Aktiengesellschaft» die Verfassung gebrochen und die Regierung des Landes Kärnten bewusst hinters Licht geführt. Auf Seite 8 wurde festgehalten, ein von der SPÖ in Auftrag gegebenes Gutachten eines Professors der Universität Graz beschuldige Haider der bewussten Irreführung.

L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

Gestützt auf das österreichische Mediengesetz erwirkte Haider am 29. Juli 1999 eine Schwärzung der fraglichen Behauptungen, deren Wahrheit die Zeitung nicht habe beweisen können. In einem weiteren, auf Art. 1330 des Zivilgesetzbuchs gestützten Verfahren erreichte Haider, dass der Verlag die fraglichen Behauptungen widerrufen und die Kosten übernehmen musste. Der Verlag argumentierte vergeblich, er könne nicht für die Unzulänglichkeiten der Pressemitteilung der SPÖ verantwortlich gemacht werden, welche das Gutachten nicht korrekt zusammengefasst habe.

Eine Mehrheit des Gerichtshofs (4 gegen 3 Stimmen) betrachtete die Massnahmen der österreichischen Justiz als menschenrechtskonform. Die Zeitung habe gravierende Vorwürfe gegen Haider erhoben. Für die Behauptung einer Irreführung hätte sie sich nicht allein auf die Medienmitteilung der politischen Gegner von Haider abstützen dürfen. Vielmehr hätte die journalistische Sorgfalt geboten, den Originaltext des ihr zugänglichen Gutachtens zu konsultieren:

«42. The applicant company contended that it could not be held responsible for these shortcomings of the article as it could reasonably rely on a press release prepared by the Socialist Party which summarised the expert opinion incorrectly. It referred in this regard to the Court's finding in a previous case that the press should normally be entitled, when contributing to public debate on matters of legitimate concern, to rely on the contents of official reports without having to undertake independent research. (see *Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway* [GC], no. 21980/93, § 68, ECHR 1999 III). The Court, like the domestic authorities, is not convinced by this argument. It has serious doubts whether the statements of political opponents of Mr Haider can be compared to the official report drawn up by a Government appointed expert in the *Bladet Tromsø* case. Furthermore, unlike in that case, the applicant company in the present case did not refer to the underlying allegedly incorrect source, namely the press release, but expressly quoted the expert opinion. The Court notes that this opinion of some seven pages was available to the applicant company. Having regard to the seriousness of the accusation against Mr Haider, the Court finds that the applicant company should have consulted this opinion itself in order to comply with the obligation of journalistic diligence instead of relying without any further research on the Socialist Party's press release.»

Die dreiköpfige Minderheit war der Ansicht, dass sich die Zeitung auf die SPÖ-Pressemitteilung verlassen durfte, zumal es die SPÖ war, welche das fragliche Gutachten in Auftrag gegeben hatte. Das Missverständnis hätte jedenfalls durch ein Gegendarstellungsbegehren Haiders aus der Welt geschafft werden können – der unmittelbare Griff zu prozessualen Mitteln erscheine kaum als verhältnismässig. ■

ANMERKUNGEN:

Der Grundsatz ist klar, dessen Anwendung auf einzelne Medienpublikationen aber schwierig und anspruchsvoll: Ehrenrührige Veröffentlichungen zu Fragen von öffentlichem Interesse sind zulässig,

wenn sie auf ausreichender journalistischer Recherche beruhen und in ihrer Formulierung nicht übers Ziel hinausschiessen. Die stattliche Liste von Strassburger Richtersprüchen zur geforderten Sorgfalt bei ehrenrührigen Behauptungen wird durch die beiden EGMR-Urteile «Tønsbergs Blad AS & Haukom c. Norwegen» und «Standard Verlagsgesellschaft mbH (No. 2) c. Österreich» erweitert. Hinzu kommen die unten kurz zusammengefassten EGMR-Urteile «Falter Zeitschriften GmbH c. Österreich» vom 22. Februar 2007 (ausreichend begründeter Vorwurf strafbaren Verhaltens), «Ferihumer c. Österreich» vom 1.2.2007 (ausreichend begründeter Vorwurf des Amtsmissbrauchs) und «Boldea c. Rumänien» vom 15. Februar 2007 (ausreichend begründeter Vorwurf des Plagiats) sowie der Zulässigkeitsentscheid «Falter Zeitschriften GmbH c. Österreich» vom 8. Februar 2007 (unsorgfältiger Vorwurf strafbarer Aktenvernichtung).

Die neuere Praxis bringt zwar keine bahnbrechenden neuen Erkenntnisse zur gebotenen journalistischen Sorgfalt. Einzelne Begründungselemente lassen sich dennoch verallgemeinern:

- So zeigt der norwegische Fall, dass die Justiz die Anforderungen an den journalistischen Rechercieraufwand gerade dann nicht überspannen darf, wenn die Medienpublikation das Ansehen der Betroffenen bloss marginal tangiert.
- Das «Standard»-Urteil untermauert einen auch aus der schweizerischen Rechtsprechung bekannten Grundsatz: Je gravierender ein Vorwurf, desto eher ist dessen Richtigkeit durch den Beizug der Originalquelle zu verifizieren. Dies gilt besonders, wenn die zitierte Drittquelle ein eigenes Interesse an der Angelegenheit hat und deshalb zu einer tendenziösen Darstellung versucht sein könnte.
- Vorwürfe strafbaren Verhaltens sind zwar heikel, doch dürfen die Formulierungen nicht auf die Goldwaage gelegt werden. Das Urteil «Falter Zeitschriften GmbH c. Österreich» vom 22.2.2007 verdeutlicht, dass eine Verfahrenseinstellung durch die zuständigen Behörden eine journalistische Beurteilung der Strafbarkeit nicht ausschliesst – zumindest solange diese Bewertung auf plausiblen Grundlagen beruht und die Medienschaffenden transparent machen, dass es sich um eine eigene (nicht eine amtliche) Bewertung des fraglichen Verhaltens handelt. Und was die Formulierung des vorgeworfenen Verhaltens betrifft (z.B. Amtsmissbrauch, Betrug oder Diebstahl), so ist stets zu untersuchen, ob dieser Vorwurf in einem juristischen (strafrechtlichen) oder eher in einem umgangssprachlichen Sinn zu verstehen ist («Ferihumer c. Österreich»).

DR. FRANZ ZELLER, BERN

Weitere Strassburger Rechtsprechung:

- Keine Missachtung der Meinungsfreiheit durch Verurteilung wegen übler Nachrede in einer Medienmitteilung. Gemäss der Mitteilung trage eins im Rahmen der Polizeispitzelaffäre gefälltes Urteil des Wiener Landgerichts gegen den Polizeibeamten Kleindienst und den FPÖ-Politiker Kreissl «ganz klar die Handschrift von Kreissls Parteifreund Justizminister Böhmdorfer». Dadurch suggerierte die Medienmitteilung gemäss EGMR, dass der Justizminister in das hängige Gerichtsverfahren eingegriffen hatte. Für diesen gravierenden Vorwurf fehlte jegliche Tatsachengrundlage. (Zulässigkeitsentscheid der 1. Kammer N° 13521/04 «Grüner Klub im Rathaus c. Österreich» vom 1.2.2007)

L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

- Keine Missachtung der Meinungsfreiheit durch Verurteilung wegen übler Nachrede und Verletzung der Unschuldsvormutung wegen eines Zeitungskommentars, der zwei verdächtige FPÖ-Politiker der Aktenvernichtung bezichtigt hatte. Die Zeitung konnte ihre – teils auf anonyme Quellen gestützten – Vorwürfe nicht ausreichend belegen und gab den angegriffenen Politikern auch keine Gelegenheit, ihre Sicht der Dinge darzutun. (Zulässigkeitsentscheid der 1. Kammer N° 13540/04 «Falter Zeitschriften GmbH c. Österreich» vom 8.2.2007)
- Missachtung der Meinungsfreiheit durch die Verurteilung des Verlags der Wochenzeitung «Der Falter» zur Bezahlung von 2'500 Euro Schadenersatz an den damaligen Chef der FPÖ Wien, Hilmar Kabas. Die Zeitschrift hatte in einem Bericht über die Polizei-Spitzelaffäre und Verwicklungen von FPÖ-Funktionären geschrieben, Kabas wäre im Rahmen der Affäre verurteilt worden, hätte die Staatsanwaltschaft das Verfahren nicht vorzeitig eingestellt. Nach einstimmiger Ansicht des Gerichtshofs äusserte der Autor ein provokant formuliertes Werturteil zu einem Thema von grossem öffentlichen Interesse, das auf einer ausreichend gesicherten, glaubhaften Faktenlage basierte. Da das Verfahren bereits eingestellt war, konnte der Zeitungsbericht auch nicht den Ausgang eines hängigen Strafverfahrens beeinflussen. (Urteil der 1. Kammer N° 26606/04 «Falter Zeitschriften GmbH c. Österreich» vom 22.2.2007)
- Missachtung der Meinungsfreiheit des Vizepräsidenten eines Elternvereins, der in einem Gespräch mit der «Oberösterreichischer Rundschau» der Lehrerschaft eines Gymnasiums vorgeworfen hatte, sie setze Schüler und Eltern unter nicht tolerierbaren Druck und begehe dadurch Amtsmissbrauch. Auf Klage der Lehrerschaft verbot die Ziviljustiz eine Wiederholung dieser Äusserungen. Nach Auffassung des Gerichtshofs war die Kritik aber nicht notwendigerweise so zu verstehen, dass der Lehrerschaft ein rechtswidriges Verhalten vorgeworfen wurde. Das Werturteil war deshalb nicht als exzessiv zu betrachten. (Urteil der 1. Kammer N° 30547/03 «Ferihumer c. Österreich» vom 1.2.2007)
- Missachtung der Meinungsfreiheit durch Bestrafung eines portugiesischen Journalisten, der 1996 in einem Interview mit dem UEFA-Generaldirektor zur Bestechlichkeit portugiesischer Schiedsrichter in seinen Fragen Vorwürfe gegen den Präsidenten der Liga und des FC Porto geäußert hatte. Dessen Bezeichnung als Schiedsrichterchef («patron des arbitres») und den Vorwurf, er habe im Vorjahr zwei Schiedsrichter öffentlich beleidigt, bezeichnete der Gerichtshof zwar als etwas übertrieben, aber doch noch im Rahmen der journalistischen Ethik. Es fehlten ausserordentliche Gründe für die nur ausnahmsweise zulässige Bestrafung eines Journalisten für seine Rolle in einem Interview. (Urteil der 2. Kammer N° 11182/03 und 11319/03 «Colaço Mestre & SIC – Sociedade Independente de Comunicação S.A. c. Portugal» vom 26.4.2007)
- Missachtung der Meinungsfreiheit durch Bestrafung für einen Zeitungsartikel über ein Strassenprojekt, welcher den lokalen Behörden vorwarf, sie hätten die Bevölkerung nicht konsultiert und wüssten nicht um die öffentliche Meinung zu dieser Frage. Diese Interpretation war nach Ansicht des Gerichtshofs nicht offensichtlich unvernünftig. (Urteil der 4. Kammer N° 7333/06 «Lombardo u.a. c. Malta» vom 24.4.2007)
- Missachtung der Meinungsfreiheit durch Administrativbusse gegen einen Universitätsdozenten, der an einer Sitzung zwei wissenschaftliche Publikationen als Plagiate bezeichnet hatte. Der gravierende Vorwurf betraf nicht das Privatleben und hatte eine sachliche Basis. Die vom Dozenten präsentierten Beweismittel waren – unter Verletzung von Art. 6 EMRK – nicht in die Beurteilung der rumänischen Justiz eingeflossen. (Urteil der 3. Kammer N° 19997/02 «Boldea c. Rumänien» vom 15.2.2007)
- Missachtung der Meinungsfreiheit durch Bestrafung des heute in Altdorf lebenden Chefredaktors der Tageszeitung Özgür Bakis, die im Jahr 2000 einen Text eines PKK-Leiters zu Abdullah Öcalan publiziert hatte und mit einem Erscheinungsverbot von drei Tagen belegt worden war. Die Publikation sprengte die Grenzen des Aufrufs zu Gewalt und Hass nicht. (Urteil der 2. Kammer N° 29849/02 «Çapan c. Türkei» [no. 2] vom 26.4.2007)
- Offensichtlich unbegründete Beschwerde des alleinigen Redaktors der russischen Monatszeitschrift «Russkoye Vechе», die mit antisemitischen Texten den Hass gegen die jüdische Bevölkerung anzustacheln versuchte. Der Gerichtshof verweigerte eine Prüfung der Voraussetzungen für Beschränkungen der Meinungsfreiheit. Solche Äusserungen seien dem Schutz von Artikel 10 EMRK entzogen, da sie einen Missbrauch der Konventionsrechte (Art. 17 EMRK) darstellten. (Zulässigkeitsentscheid der 1. Kammer N° 35222/04 «Ivanov c. Russland» vom 20.2.2007)
- Keine Missachtung der Meinungsfreiheit eines Anwalts, dessen Einberufung als Oberleutnant der Reserve wegen der Mitgliedschaft bei der Partei der Republikaner und seiner Aktivitäten für die Partei widerrufen worden war. Die verweigerte Einberufung beschränkte zwar die Meinungsfreiheit, doch war dieser Eingriff zum Schutz der nationalen Sicherheit und der Aufrechterhaltung der Ordnung in einer demokratischen Gesellschaft notwendig. (Zulässigkeitsentscheid der 5. Kammer N° 30067/04 «Erdel c. Deutschland» vom 13.2.2007) ■

D'AUTRE PART
UND AUSSERDEM

Unzulässiger Sammelrevers

Bundesgerichtsentscheid
vom 6. Februar 2007 (2A.430/2006)

Die Buchpreisbindung im deutschschweizerischen Buchhandel bewirkt eine erhebliche und damit an sich unzulässige Beeinträchtigung des Wettbewerbs und lässt sich auch nicht ausnahmsweise durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen. Zu diesem Schluss kommt das Bundesgericht in seinem letzten Urteil zum Sammelrevers.

Am 21. März 2005 verfügte die Wettbewerbskommission, der Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagszeugnisse in der Schweiz sei nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig; die Verleger und die Zwischenbuchhändler würden verpflichtet, ihre Abnehmer ohne Sammelrevers-Preisbindung zu beliefern; die Buchhändler seien an bestehende Sammelrevers-Preisbindungen nicht mehr gebunden. Gegen diese Verfügung erhoben der Schweizer Buchhändler- und Verleger-Verband und der Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V. gemeinsam Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen. Mit Entscheidung vom 11. Juli 2006 bestätigte diese die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 21. März 2005 und wies die Beschwerde ab. Das Bundesgericht nun bestätigt im Wesentlichen die Haltung der Rekurskommission.

Unzulässig sind - vorbehaltlich der ausnahmsweisen Zulassung durch den Bundesrat (Art. 8 KG) - Wettbewerbsabreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch die in Art. 5 Abs. 2 KG genannten Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen oder die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen (Art. 5 Abs. 1 KG). In letzterem Fall ist eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ausgeschlossen. «Ist demnach davon auszugehen, dass die Buchpreisbindung nicht erwiesenermassen zu einer Verbreiterung des Produktesortiments führt, ist nicht zu erkennen, worin sonst eine relevante Produktverbesserung bestehen könnte. Eine Erhöhung der Anzahl verfügbarer Titel kann im Übrigen durchaus auch ein Indiz für wirtschaftliche Ineffizienz bilden, weil sie zur Folge hat, dass vermehrt Kleinserien angeboten werden, deren Produktion in der Regel weniger wirtschaftlich ist (...).

Im Zusammenhang mit dem Effizienzgrund der Senkung der Vertriebskosten ist die Vorinstanz zum Schluss gekommen, aus dem Vergleich von Märkten mit und ohne Buchpreisbindung ergebe sich, dass die Buchpreisbindung nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit die Erhöhung der

Verkaufsstellenzahl, auf die sich die Beschwerdeführer berufen haben, gewährleiste. Es liegt im Übrigen auf der Hand, dass eine möglichst grosse Anzahl von Vertriebsstellen noch keinen wirtschaftlich effizienten Vertrieb zu gewährleisten vermag. Auch unter der Herrschaft der Buchpreisbindung findet zudem ein intensiver Strukturwandel im Buchhandel statt: Neben den klassischen kleinen und mittelgrossen Sortimentbuchhandlungen treten zunehmend andere Vertriebsformen auf (Grossbuchhandlungen, Buchhandelsketten, Warenhäuser, Supermärkte, Kioske, Tankstellen, Versandbuchhandel, Internet usw.). Die Vorinstanz hat sich eingehend mit dieser Entwicklung auseinandergesetzt und daraus geschlossen, dass die Buchpreisbindung strukturellen Anpassungsprozessen mit anderen Vertriebsformen, die kostengünstiger als die Erhaltung der bestehenden Strukturen im Buchhandel wären, entgegenstehe. Diese Schlussfolgerung ist nicht schlechthin unhaltbar. Die Aufrechterhaltung der traditionellen Vertriebsstrukturen bildet noch keinen hinreichenden Rechtfertigungsgrund für eine Wettbewerbsabrede, die den Markt erheblich beeinträchtigt.

Was das von den Beschwerdeführern angeführte buchhändlerische Serviceangebot betrifft, ist die Vorinstanz zum Ergebnis gelangt, es sei nicht nachgewiesen, dass der Sammelrevers das notwendige und effiziente Instrument sei, um die Informationsdefizite des Buchkäufer zu beheben und Impulskäufe zu ermöglichen. Dies leuchtet ein: Sofern ein Bedarf an solchen Serviceleistungen besteht, darf ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass der Kunde dafür auch einen angemessenen Mehrpreis zu zahlen bereit ist. Denkbar ist zudem, dass die entsprechende Dienstleistung auf andere Weise erbracht wird, wie etwa durch vermehrte Informationen der Verlage. Dass sich dadurch die Vertriebskosten insgesamt erhöhen würden, behaupten auch die Beschwerdeführer nicht.

In Bezug auf den Rechtfertigungsgrund der Förderung der Forschung oder Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen hat die Vorinstanz ausgeführt, dieser hätte neben dem unter dem Aspekt der Produktverbesserung geprüften Aspekt der Titelvielfalt nur dann selbständige Bedeutung, wenn sich nachweisen liesse, dass der Sammelrevers bei Fachbüchern mehr Titelvielfalt und Verkaufsvolumen zu fördern imstande sei als beim gesamten Buchangebot; dies sei jedoch nicht der Fall. Diese Folgerung ist jedenfalls nicht unhaltbar, denn es liegt auf der Hand, dass dieser Effizienzgrund ebenfalls mit dem Angebot einer möglichst grossen Titelvielfalt zusammenhängt. Dasselbe gilt für den Rechtfertigungsgrund der rationelleren Nutzung von Ressourcen, der insoweit keine selbständige Bedeutung hat (vgl. Rückweisungsurteil E. 10.3.3). Was die Beschwerdeführer dazu vorbringen, erschöpft sich denn auch weitgehend in denselben Argumenten, die sie bereits im Zusammenhang mit der Titelvielfalt bei den anderen Rechtfertigungsgründen vortragen; ihre Vorbringen lassen die entsprechenden Folgerungen der Vorinstanz nicht als unhaltbar erscheinen. In diesem Zusammenhang erscheint ohne-

hin fraglich, ob diese Aspekte - wie auch die Titelvielfalt - nicht eher unter die gemäss Art. 8 KG dem Bundesrat vorbehaltene Verwirklichung überwiegender öffentlicher, namentlich kulturpolitischer, Interessen fällt; so erwähnt denn auch die Botschaft des Bundesrates zum Kartellgesetz ausdrücklich die Buchpreisbindung als möglichen Anwendungsfall einer solchen kulturpolitischen Rechtfertigung (vgl. BGE 129 II 18 E. 10.1, S. 44).» ■

ANMERKUNGEN:

Vor knapp einem Dreiviertel Jahr wurde an dieser Stelle über die bisherige kartellrechtliche Behandlung des Büchersammelrevers berichtet. Damals hatte sich gerade die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (Reko) als fünfte Instanz mit diesem Fall beschäftigt. Der Untersuchungsgegenstand war mittlerweile auf die Frage begrenzt, ob das zwischen Verleger, Zwischenhändler und Buchhändler für den deutschsprachigen Büchermarkt beschlossene Vertriebssystem durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann. Wie bereits die Weko kam auch die Reko am 11. Juli 2006 zum Schluss, dass keiner der in Artikel 5 Absatz 2 KG genannten Effizienzgründe den Sachverhalt rechtfertigen könne. Dieser Entscheid wurde mittels Verwaltungsrechtsbeschwerde an das Bundesgericht weitergezogen. Das Bundesgericht hatte in seinem Urteil vom 6. Februar 2007 lediglich zu prüfen, ob der Unzulässigkeitsentscheid der Reko Bundesrecht verletzt, wobei es an den von der Reko festgestellten Sachverhalt gebunden war, sofern er nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen ermittelt wurde. Das Bundesgericht weist gleich zu Beginn des Urteils darauf hin, dass der Vorinstanz, d. h. der Reko als Spezialverwaltungsgericht, ein gewisser Beurteilungsspielraum zukommt und das Bundesgericht sich entsprechend eine gewisse Zurückhaltung auferlegt. Nach Meinung des Bundesgerichts hat die Frage, ob die Abrede wirtschaftlich effizient sei, grundsätzlich tatsächlichen Charakter, was auch für hypothetische Abläufe und Prognosen gelte, die sich jeweils nicht strikte beweisen lassen bzw. auf allgemeiner Lebenserfahrung beruhen. Damit war eigentlich bereits vor den materiellen Erwägungen klar, dass sich das Bundesgericht nicht exponieren wollte. Das Bundesgericht kommt denn auch zum Schluss, dass die Argumente der Beschwerdeführer nicht dazu führten, dass die Feststellungen der Vorinstanzen als offensichtlich unrichtig erscheinen würden. So führe die Buchpreisbindung weder erwiesenermassen zu einer Verbreitung des Produktionssortiments noch zu einer Erhöhung der Anzahl der Buchverkaufsstellen und es sei auch nicht nachgewiesen, dass der Sammelrevers die Informationsdefizite des Buchkunden behebe bzw. Impulskäufe ermögliche. Auch sei die Folgerung der Vorinstanz nicht unhaltbar, wonach eine Förderung der Forschung oder Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen nur dann als Rechtfertigungsgrund angewendet werden könne, wenn der Nachweis gelinge, dass der Sammelrevers bei Fachbüchern zu einer grösseren Titelvielfalt bzw. grösseren Verkaufsvolumen führe, was aber nicht gegeben sei.

Im Rahmen der engen Kognition sind die Erwägungen des Bundesgerichts formell sicher nachvollziehbar und der Wille zu grösserer Zurückhaltung in Kartellsachverhalten muss respektiert werden. Dies, obwohl beispielsweise die Beurteilung der Verhältnisse auf dem Marktsegment der Fach- und Nischenprodukte angesichts der bestehenden Nachfrage von den Vorinstanzen eine sorgfältige Analyse verdient hätten und Aussagen der Rekurskommission möglicherweise unvollständig waren. Ebenso ist die Aussage der Vorinstanz zweifelhaft, wonach die Buchpreisbindung strukturellen Anpassungsprozessen entgegenstehe. Selbst das Bundesgericht stellt in seinem Urteil fest, dass auch unter dem Regime der Buchpreisbindung gar «ein intensiver Strukturwandel im Buchhandel» stattfinde.

Inzwischen hat nun auch der Bundesrat die Unzulässigkeit des Schweizer Büchersammelrevers festgestellt und ein Gesuch um ausnahmsweise Zulassung aus überwiegenden öffentlichen Interessen etwas überraschend klar abgelehnt. Damit findet eine spannende und kartellrechtlich interessante Auseinandersetzung nach fast neun Jahren seinen Abschluss. Wenigstens herrscht nun Rechtssicherheit.

DR. PHILIPP E. ZURKINDEN, ZÜRICH

«BZ» darf sich an «20 Minuten» beteiligen

Bundesgerichtsentscheid
vom 22. Februar 2007 (2A.327/2006)

Die Wettbewerbskommission wollte die Beteiligung von 17,5% wegen der Gefahr einer marktbeherrschenden Stellung untersagen. Das Bundesgericht stützt nun die gegenteilige Ansicht der Rekurskommission. Diese sei gestützt auf eine differenzierte Marktanalyse zu Recht zum Schluss gelangt, dass die geplante Beteiligung «einzig im Hinblick auf den (lokalen) Teilmarkt des Anzeigenraums für Firmenwerbung» die gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfülle.

«Die Rekurskommission beurteilte die massgeblichen wirtschaftlichen Verhältnisse im Wesentlichen wie folgt: Was den Lesermarkt betrifft, beherrscht nach Ansicht der Rekurskommission die 20 Minuten (Schweiz) AG (kontrolliert durch die Express Zeitung AG) den Pendlerzeitungsmarkt im Grossraum Bern konkurrenzlos. Die Wettbewerbskommission sei zu Unrecht von einem Lesermarkt als Pendlerzeitungsmarkt und einem Markt für Tageszeitungen ausgegangen. Da Pendlerzeitungen eine andere Leserschaft ansprechen als Tageszeitungen, stehe «20 Minuten» hinsichtlich der untersuchten Regionalzeitungen im Verhältnis der Komplementarität und nicht der Konkurrenz. Es finde dort somit gegenwärtig keinerlei Wettbewerb um dieselben Pendler statt, der wegen des strittigen Beteiligungserwerbs beseitigt werden könne. Der geplante Zusammenschluss vermöge daher keine den Wettbewerb aufhebende marktbeherrschende Stellung der Berner Zeitung AG auf dem regionalen Pendlerzeitungsmarkt zu begründen oder zu verstärken.

Hinsichtlich des Werbemarktes erachtete die Rekurskommission die von der Wettbewerbskommission vorgenommene Abgrenzung auf den Werberaum für regionale (und lokale) Anzeigen in Zeitungen in den fraglichen Wirtschaftsgebieten als zu unspezifiziert und wegen der denkbaren unterschiedlichen zielgruppenorientierten Marketingstrategien als zu wenig aussagekräftig. Sie unterschied ihrerseits aufgrund der in der Regionalausgabe Bern von «20 Minuten» typischerweise erscheinenden Inserate drei Werbeteilmärkte: einen ersten für Anzeigenraum für Firmenwerbungen (als Image-, Produkt- oder Dienstleistungswerbung, in informativer, suggestiver oder gemischter Form), einen zweiten für Raum für Rubrikanzeigen (Stellen, Immobilien, Kontaktsuche und sonstige Kleinanzeigen) sowie einen dritten für Ankündigungsanzeigen (Veranstaltungen, Kino etc.).

Für den regional nachgefragten Anzeigenraum für Firmenwerbung in Pendlerzeitungen ist die 20 Minuten Schweiz AG nach Auffassung der Rekurskommission marktbeherrschend, womit der Beteiligungserwerb zu keiner wesentlichen Marktstrukturveränderung führe. Die 20 Minuten (Schweiz) AG beherrsche bereits den sich auf das ganze Ver-

L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

teilgebiet der Regionalausgabe Bern erstreckenden Anzeigenraum für Firmenwerbung in Pendlerzeitungen konkurrenzlos. Werbeseitig gebe es dort somit keinen Wettbewerb um dieselben zielgruppenorientierten Inserenten, der wegen des strittigen Beteiligungserwerbs beseitigt werden könne.

Beim lokal (insbesondere in der Stadt Bern) nachgefragten Anzeigenraum für Firmenwerbung besteht demgegenüber nach der Beurteilung der Vorinstanz eine direkte Substitutionsbeziehung zu den dort erscheinenden Tageszeitungen «Berner Zeitung» und «Der Bund» sowie den Lokalanzeigern. Der «Anzeiger der Region Bern» bilde jedoch mit seiner hohen Streudichte von 97.23 % weiterhin ein geeignetes Substitut, weshalb fusionsrechtlich die Beteiligung der Berner Zeitung AG an der Express Zeitung AG mit der Auflage bewilligt werden könne, dass sich die Espace Media Groupe inskünftig nicht mehr um die Konzessionsvergabe für den «Anzeiger Region Bern» bemühen dürfe. Dieses Vorgehen führe zu einer genügenden Dekonzentration der Marktstellung der Berner Zeitung AG (bzw. ihrer Konzernmutter) betreffend den fraglichen lokalen Anzeiger Raum für Firmenwerbung; es werde damit zum Vornherein eine qualifizierte marktbeherrschende Stellung ausgeschlossen, welche Wettbewerb beseitigen könne.

Für die Teilmärkte der Rubrik- und Ankündigungsanzeigen ging die Rekurskommission davon aus, dass durch die Internet-Portale und einen im Sinne der Auflage unabhängigen «Anzeiger Region Bern» genügend Wettbewerbsdruck fortbestehe, welcher der Berner Zeitung AG bzw. ihrer Konzernmutter nicht erlauben werde, sich nach vollzogenem Beteiligungserwerb unabhängig von der Marktgegenseite zu verhalten und ihre Marktstellung zu missbrauchen. Ein wettbewerbsbeseitigender Konzentrationsgrad sei somit auszuschliessen.

Schliesslich ist nach Ansicht der Vorinstanz auch der potentiellen Konkurrenz Rechnung zu tragen: Das Monopol von «20 Minuten» sei im Pendlerzeitungsmarkt durch einen oder mehrere der anderen Grossverlage angreifbar. Dies habe die Marktentwicklung seit der Fällung des Entscheides der Wettbewerbskommission auch gezeigt. Überdies wirke die Umlagerungsmöglichkeit der Werbetreibenden (Plakate, Direktwerbung, Kinowerbung usw.) auf andere Werbemedien ebenfalls disziplinierend, auch wenn diese untereinander nicht als voll substituierbar erschienen.»

Bei einer Gratiszeitung fällt es im Lesermarkt bereits grundsätzlich schwer, von wirtschaftlichem Wettbewerb auszugehen. Weniger problematisch erscheint dies immerhin im Inseratemarkt. So oder so setzte sich die Rekurskommission im angefochtenen Entscheid detailliert mit den Marktverhältnissen auseinander und analysierte diese vertieft. Sie kam zu einer sorgfältigen und gutachterlich unterlegten Beurteilung der Wettbewerbssituation. Unter Beachtung der gesetzlichen Vorgaben nahm sie eine differenzierte Marktanalyse vor und kam zum Schluss, dass das geplante Fusions-

projekt einzig im Hinblick auf den (lokalen) Teilmarkt des Anzeigenraums für Firmenwerbung die gesetzlichen Voraussetzungen eines zulässigen Zusammenschlusses nicht erfülle. Den diesbezüglichen Bedenken lasse sich aber mit einer geeigneten Auflage Rechnung tragen.»

«Zwar erscheint fraglich, wie weit überhaupt je Wettbewerb auf den massgeblichen Leser- und Werbemärkten bestanden hat; das kann aber letztlich offen bleiben. Die Entwicklung auf dem fraglichen Zeitungsmarkt hat nämlich gezeigt, dass durchaus Konkurrenzprodukte in den Markt drängen bzw. dass die fraglichen Angebote weitgehend substituierbar sind. Die geplante Fusion beseitigt demnach Wettbewerb nicht. Der angefochtene Entscheid trägt dem zutreffend Rechnung.» ■

Négation du génocide arménien (art 261^{bis} al. 4 CP)

Tribunal de police de Lausanne,
9 mars 2007 (recours pendant)

Pour avoir nié à trois reprises le génocide des Arméniens par les Turcs au début du siècle dernier, le président du Parti des travailleurs de Turquie s'est vu condamné à la peine de 90 jours-amende par le Tribunal de police de Lausanne. Les propos litigieux, nullement contestés, ont été tenus en 2005, dans le cadre de discours prononcés à Lausanne et à Berne. Le politicien avait notamment qualifié le génocide arménien de «mensonge international inventé par les impérialistes anglais, français et de la Russie tsariste, qui voulaient partager l'Empire ottoman durant la première guerre mondiale».

Le juge unique a tout d'abord souligné que l'article 261^{bis} ne sanctionne pas seulement l'Holocauste des Juifs par les Nazis mais tout génocide, encore faut-il qu'il soit avéré. Tel est indubitablement le cas des massacres d'Arméniens perpétrés par les autorités turques de 1915 à 1917. Ceux-ci ont été officiellement reconnus dans notre pays comme à l'étranger: en Suisse, des résolutions dénonçant le génocide arménien ont été votées non seulement par le Conseil national mais encore par les Grands Conseils des cantons de Vaud et de Genève; de même, les parlementaires français, fondés sur le rapport d'un collège d'experts, avaient adopté une loi reconnaissant le génocide arménien en 2001 déjà. Au plan international, l'Union européenne et le Conseil de l'Europe, par la voix de leurs assemblées législatives respectives, ont également mis à l'index ces tueries planifiées.

Une si large reconnaissance a convaincu le Tribunal de police de la réalité du génocide arménien. Partant, il ne lui a pas paru nécessaire de requérir, comme l'exigeait la défen-

se, l'avis d'une commission indépendante d'historiens afin de déterminer si les atrocités commises étaient suffisamment établies pour que leur négation ou minimisation soit réprimée par l'article 261^{bis} al. 4.

Enfin, le Tribunal a estimé que le politicien avait agi par mobile raciste, puisqu'il n'a pas hésité à «décrire les Arméniens comme étant les agresseurs du peuple turc». ■

REMARQUES:

Le présent jugement a fait beaucoup de bruit. Et pas seulement dans les communautés turques ou arméniennes. Chez les juristes aussi: c'est en effet la première fois qu'un tribunal sanctionne la remise en question du génocide arménien. En matière de négationnisme, la justice pénale, qu'elle soit suisse ou étrangère, n'avait eu à s'occuper, jusqu'alors, pratiquement que de l'Holocauste des Juifs. A ce défaut de précédents concernant le génocide arménien, une raison: nombre de pays – à commencer par les anglo-saxons et les nordiques – ne répriment pas le négationnisme et, parmi ceux qui le font, la grande majorité n'incriminent que la négation des exterminations commises par les Nazis, ce que résume bien l'expression allemande d'«Auschwitzlüge». Le droit suisse ne s'arrête pas là, puisque l'article 261^{bis} parle d'«un» génocide, sans toutefois apporter plus de précisions. Reste donc à savoir – et c'est là le principal intérêt de cette première mondiale – ce qu'il faut entendre par génocide au sens de cette disposition.

A cette fin, le Tribunal de police de Lausanne est parti du juste principe que le génocide doit être «avéré», autrement dit qu'il doit être reconnu. Mais par qui? le juge unique – s'appuyant sur la majorité de la doctrine – a estimé que les diverses résolutions parlementaires citées plus haut sont des éléments décisifs, de par le nombre autant que de par leur légitimité démocratique. On se permettra toutefois de douter que cela soit suffisant. Mais précisons-le d'emblée, il ne s'agit nullement de prendre fait et cause pour ceux qui par haine, nationalisme ou bassesse nient l'évidence.

Non, il s'agit simplement de rappeler que la liberté d'expression est en jeu et qu'il importe de ne pas ériger autoritairement toute atrocité en vérité juridiquement protégée. Des balises claires doivent être posées; et ces balises, ne peuvent relever que de standards internationaux confirmés. A cet égard, on saluera la décision prise, en avril de cette année, par l'Union européenne de contraindre ses Etats membres à sanctionner l'apologie publique, la négation ou la banalisation grossière des crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre «tels qu'ils sont définis dans les statuts de la Cour pénale internationale ainsi que dans la charte du tribunal de Nuremberg». Concrètement, le cercle des génocides entrant en considération dans cette définition du négationnisme est ainsi limité, à ce jour, à l'Holocauste et aux massacres commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda. C'est peu certes, mais cela au moins l'avantage d'être le fruit de critères indiscutables.

PROF. BERTIL COTTIER, LUGANO

Verletzung militärischer Geheimnisse

Urteil Militärgericht 6
vom 17. April 2007

Anfangs Januar 2006 wurde dem Chefredaktor und zwei Redaktoren des Sonntagsblick ein als «geheim» klassifiziertes Dokument der Führungsunterstützungsbasis der Armee zugespielt. Es handelte sich um einen Fax des ägyptischen Ausserministeriums an die Botschaft in London über CIA-Ge-

fängnisse in Europa, der vom strategischen Nachrichtendienst (SND) abgefangen worden war. Im Zuge ihrer Abklärungen zur Echtheit dieses Dokuments unterbreiteten die Journalisten dem SND einen Fragenkatalog. Dieser teilte den Fragenden unmissverständlich mit, dass das betreffende Papier als geheim klassifiziert sei und weder als Ganzes noch auszugsweise veröffentlicht werden dürfe. Auch fand ein Treffen mit zwei dieser drei Journalisten statt, bei dem diskutiert wurde, das Dokument ohne Quellenangabe zu veröffentlichen, da es für Spezialisten Angaben enthalte, wie die betreffenden Informationen beschafft wurden. In der Folge veröffentlichte der Sonntagsblick am 8.1.2006 den Fax mit Kommentaren der drei Medienschaffenden integral.

Gemäss Art. 106 MStG wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer vorsätzlich u.a. Akten veröffentlicht, die mit Rücksicht auf die Landesverteidigung geheim zu halten sind, weil ihre Aufdeckung die Auftragsverfüllung von wesentlichen Teilen der Armee gefährden würde.

Am 17.4.2007 sprach das Militärgericht 6 die drei Beschuldigten frei. Es liegt derzeit nur die mündliche Begründung vor. Danach wurden zwar anerkannt, dass die betreffende Publikation die nachrichtendienstliche Arbeit beeinträchtigt habe, gleichzeitig aber festgestellt, der Fax enthalte keine militärischen Geheimnisse. ■

ANMERKUNGEN:

Art. 106 MStG betr. Verletzung militärischer Geheimnisse wurde, wie auch Art. 86 MStG betr. Spionage und landesverräterische Verletzung militärischer Geheimnisse, im Rahmen der Revision des Medienstraf- und Verfahrensrechts per 1.4.1998 modifiziert und einschränkender formuliert. Zuvor waren Journalisten, die geheime militärische Informationen der Öffentlichkeit bekannt gaben, nach Art. 86 MStG bestraft worden. Die Gleichstellung solcher Journalisten mit eigentlichen Landesverrättern, die einem fremden Staat oder dessen Agenten militärische Geheimnisse zugänglich machen und sie zuvor allenfalls ausgespäht haben, wurde damals heftig kritisiert. Ein weiterer Kritikpunkt war die Geheimhaltungsproblematik sowie die Höhe der Strafdrohung, namentlich im Fall der Verletzung militärischer Geheimnisse durch Medien (es war einzig Zuchthaus und damit eine Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr vorgesehen). Zwar stellten Art. 86 und 106 MStG schon damals auf den materiellen Geheimnisbegriff ab, dessen Auslegung und die Anwendung der Norm im konkreten Fall war jedoch dem Strafrichter vorbehalten. Nach der früheren Rechtsprechung des Militärkassationsgerichts galten Tatsachen nicht nur dann als geheim, wenn sie vor jedermann verborgen werden konnten, sondern schon dann, wenn sie dem Ausland unbekannt bleiben sollten und der fremde Staat in besonderer Weise tätig werden musste, um sie in Erfahrung zu bringen. Unerheblich war, ob sie auch auf anderem Wege mehr oder weniger leicht ermittelt werden und welchen Wert sie für den fremden Staat haben konnten. Unerheblich war ferner, ob der fremde Staat diese Tatsachen schon kannte (vgl. BGE 97 IV 117). Deshalb kam es zu Verurteilungen von Medienschaffenden, die nicht als schwerwiegend zu bezeichnen waren, namentlich bei Publikationen über militärische Anlagen und Baustellen, deren Standort vielen Leuten bekannt war. Deshalb wurde zunächst die Verletzung militärischer Geheimnisse, wie sie von Medien begangen werden können, in Art. 106 MStG transferiert. Ferner war am 1.1.1991 ein neues Geheimhaltungskonzept der Armee in Kraft getreten. Danach wurden die bisherigen Klassifizierungsstufen «Streng geheim» und «Nur für den dienstlichen Gebrauch» eliminiert. Seither wird nur noch zwischen «geheim» und «vertraulich» unterschieden. Gemäss Art. 4 der Verordnung über den Schutz militärischer Informationen vom 1.5.1990 (SR 410.411) sind Informationen als geheim zu klassifizieren, deren Aufdeckung die Auftragsverfüllung von wesent-

L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

lichen Teilen der Armee gefährden kann, und die nur einem eng begrenzten Personenkreis zugänglich gemacht werden. Durch den Einbau dieser Floskel in die beiden Gesetzesbestimmungen wurde bewusst eine starke Einschränkung ihres Anwendungsbereichs kodifiziert. Dennoch ist der jetzt beurteilte Fall nicht der erste, der unter dem neuen Recht forensisch relevant wurde und die Medien betrifft (vgl. zu einem solchen Fall, bei dem es zu einer Verurteilung kam, *medialex* 2006, 159 f.).

Es war ein seltsamer Prozess. Denn es ergab sich, dass die im Fax enthaltenen Informationen über CIA-Gefängnisse alles andere als geheim waren. Nicht allgemein bekannt waren lediglich drei Details, nämlich

- dass die Führungsunterstützungsbasis der Armee Faxsendungen des ägyptischen Aussenministeriums abfängt,
- die Initialen des Sacharbeiters, der das Dokument erstellt hat (wbm),
- und wie das Dokument gespeichert wurde (S160018TER05000115.doc)

Die Anklageschrift wollte nun weis machen, die Publikation des Reports habe die Informationsbeschaffung durch den strategischen Nachrichtendienst massiv beeinträchtigt, die partnerschaftlichen Kontakte schwer belastet und Informationskanäle zum Versiegen

gebracht sowie Personen zusätzlichen Risiken ausgesetzt und die Glaubwürdigkeit des Dienstes als Ganzes in Frage gestellt. Eine Schwächung des SND gefährde auch die Auftragserfüllung der Armee. Die erwähnte Laufnummer gebe Auskunft über den Aufklärungsauftrag, dessen Ausführung sowie die zu diesem Zweck eingesetzten technischen Mittel. Das veröffentlichte Papier gebe ferner Hinweise auf die Organisation des Nachrichtendienstes, den Prozessablauf und die Identität des betreffenden Sachbearbeiters.

Als Leser der Anklageschrift hatte man Mühe, zu glauben, die Publikation der erwähnten drei Details habe solche Folgen gehabt. Da zwei Geheimdienstleute vom Militärgericht unter Ausschluss der Öffentlichkeit einvernommen wurden, wissen Aussenstehende nicht, welche Begründungen hiefür abgegeben wurden. Offensichtlich gelang es ihnen aber nicht, das Gericht zu überzeugen, dass diese Gefahren entstanden sind. Viel naheliegender ist die Annahme, dass der militärische Geheimdienst einzig deshalb einen Schaden erlitt, weil publik wurde, dass er ein Leck mit einem unbekanntem Urheber der Indiskretion hat, auch wenn die dadurch bekannt gewordenen Informationen keine Fakten enthielten, die materielle Geheimnisse sind. Insofern hat die Blick-Information dem Nachrichtendienst geschadet. Vielleicht hat ihm noch mehr geschadet, dass Strafanzeige eingereicht wurde und dies der Angelegenheit zu neuer Publizität verhalf. Dies hätten die Geheimdienstleute bedenken müssen.

PROF. FRANZ RIKLIN, FREIBURG