

LE JUGEMENT

DAS URTEIL

## Werbende Sponsorennennung

Bundesgerichtsentscheide vom 20. Mai 2008 (2C\_643/2007)

*Art. 12 Abs. 3 RTVG 2006 bzw. Art. 20 Abs. 2 RTVV 2007 führen – nach ihrem Wortlaut, ihrer Entstehungsgeschichte sowie ihrem Sinn und Zweck – die bisherigen Grundsätze zum Sponsoring weiter. In diesem Rahmen kann eine «Altersberühmung» als «Aussage werbenden Charakters» gelten, weshalb sie ohne Verletzung von Bundesrecht im Sponsorhinweis rundfunkrechtlich untersagt werden darf. Die noch auszuhandelnde Revision des EÜGF steht einer richterlichen Anpassung an die neusten Entwicklungen des EU-Rechts auf dem Weg der Auslegung entgegen. Wieweit die Werbe- und Sponsoringbestimmungen künftig gelockert werden sollen, ist eine politische Frage und als solche nicht durch das Bundesgericht, sondern durch den Gesetzgeber zu prüfen.*

*Les articles 12 al. 3 LRTV 2006 et 20 al. 2 ORTV 2007 – envisagés sous l'angle d'une interprétation littérale, historique ou téléologique – reprennent les normes légales antérieures régissant le sponsoring. Une indication temporelle («Depuis 1775») peut ainsi constituer une «déclaration à caractère publicitaire». C'est donc sans atteinte au droit fédéral qu'une telle dénomination peut être interdite. La révision en cours de la Convention européenne sur la télévision transfrontière s'oppose à une adaptation du cadre juridique aux plus récents développements du droit de l'UE. La mesure dans laquelle les dispositions sur la publicité et le sponsoring seront assouplies à l'avenir est une question politique dont l'examen ne ressortit pas au Tribunal fédéral mais au Parlement.*

### Sachverhalt (Zusammenfassung):

Die «Montres Breguet SA» gehört zur «Swatch Group SA» und stellt Luxusuhren her. Sie beabsichtigte im Herbst 2006, die Sendung «Cadences» (TSR 2) zu sponsern, in der das Klavierfinal des «Concours de musique de Genève» übertragen wurde. Im Sponsorhinweis («Billboard») wollte sie dabei ihr Logo «Montres Breguet – Depuis 1775» verwenden.

Am 4. Dezember 2006 stellte das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) fest, dass «eine Ausstrahlung des Sponsoringbillboards «Montres Breguet – Depuis 1775» gegen die Sponsoringbestimmungen des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG) vom 21. Juni 1991» verstossen würde; die Jahresangabe «Depuis 1775» weise auf die Firmentradition und die Qualität der Produkte hin, weshalb sie im Widerspruch zum rundfunkrechtlichen Werbeverbot für Sponsoren stehe. Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte diesen Entscheid auf Beschwerde hin am 4. Oktober 2007: Sowohl das alte als auch das neue Radio- und Fernsehgesetz verböten nicht nur die auf Produkte oder Dienstleistungen eines

Unternehmens bezogene Werbung im «Billboard», sondern schlossen in diesem generell «werbliche» Aussagen aus.

### Aus den Erwägungen:

1.2 Am 1. April 2007 ist das Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG 2006) in Kraft getreten (SR 784.40; AS 2007 S. 737 ff.), welches die gleichnamige Regelung vom 21. Juni 1991 ersetzt (RTVG 1991; AS 1992 S. 601 ff.). Art. 113 Abs. 2 RTVG 2006 sieht vor, dass das Gesetz von 1991 Anwendung findet, falls sich ein aufsichtsrechtlicher Sachverhalt vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts ereignet hat und ein Verfahren hängig ist; am 1. April 2007 nicht abgeschlossene Aufsichtsverfahren sind durch die nach dem neuen Recht zuständige Behörde aufgrund der angepassten Verfahrensbestimmungen zu behandeln (Art. 113 Abs. 1 RTVG 2006). Das BAKOM hat in seiner Verfügung das alte Recht zur Anwendung gebracht. Nachdem das umstrittene «Billboard» nicht ausgestrahlt worden ist, kam es zu keinem Aufsichts-, sondern lediglich zu einem Feststellungsverfahren. Das Bundesverwaltungsge-

richt hat in seinem Entscheid deshalb zu Recht auf die Regelung des neuen Gesetzes abgestellt. Dieses unterscheidet sich im vorliegend umstrittenen Punkt im Übrigen nicht wesentlich vom bisherigen. Es ist deshalb auch im vorliegenden Verfahren das RTVG vom 24. März 2006 anzuwenden.

2. Umstritten ist die Rechtsfrage, welche Informationen ein Sponsor-Billboard enthalten kann; ob und allenfalls welche Werbewirkungen damit verbunden sein dürfen. Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, dass imageprägende Aussagen zulässig seien und der Sponsor so auftreten könne, wie er dies mit seinem Firmenlogo in der Öffentlichkeit regelmässig tue und er dem Publikum bekannt sei. Dies erlaube, die Transparenz zugunsten des Zuschauers zu erhöhen. Die radio- und fernseherechtlichen Bestimmungen über das Sponsoring müssten so ausgelegt werden, dass sie den wirtschaftlichen Realitäten und den Bedürfnissen der unternehmensbezogenen Kommunikation angemessen Rechnung trügen; andernfalls werde die Schweizer TV-Produktion gegenüber derjenigen in der EU benachteiligt. Die Angabe «Depuis 1775» im Firmenlogo bilde ein zentrales Element des Selbstverständnisses und der Geschäftskommunikation; sie sei «tragender Pfeiler des Firmenimages». Das Gesetz verbiete «Aussagen werbenden Charakters über Waren und Dienstleistungen»; nur produktebezogene Werbeaussagen, nicht werbende Identifikationselemente seien deshalb von der Sponsornennung ausgeschlossen. Der Firmenname «Montres Breguet SA» könnte handelsregisterrechtlich ohne weiteres in «Montres Breguet Depuis 1775 SA» umgeändert werden, weshalb auch das beanstandete Sponsoringbillboard zulässig sein müsse. Ein anderes Rechtsverständnis beschränke die Wirtschaftsfreiheit ohne öffentliches Interesse in unverhältnismässiger Weise.

3. Diese Ausführungen sind aus der Sicht der Beschwerdeführerin verständlich, lassen die von der Vorinstanz geschützte Praxis des BAKOM indessen nicht als bundesrechtswidrig erscheinen:

3.1 Als Sponsoring gilt die Beteiligung einer natürlichen oder juristischen Person an der direkten oder indirekten Finanzierung einer Sendung mit dem Ziel, den eigenen Namen, die eigene Marke oder das Erscheinungsbild zu fördern (Art. 2 lit. o RTVG 2006). Nach Art. 12 Abs. 3 RTVG 2006 dürfen gesponserte Sendungen «weder zum Abschluss von Rechtsgeschäften über Waren oder Dienstleistungen der Sponsoren oder von Dritten anregen, noch Aussagen werbenden Charakters über Waren und Dienstleistungen enthalten». Die Sponsoren sind am Anfang oder am Schluss jeder Sendung zu nennen (Art. 12 Abs. 2 RTVG 2006); dabei muss ein «eindeutiger Bezug zwischen Sponsor und Sendung» geschaffen werden (Art. 20 Abs. 1 der Radio- und Fernsehverordnung vom 9. März 2007; RTVV 2007, SR 784.401). Der Hinweis auf den Sponsor darf nur Elemente enthalten, die seiner Identifizierung dienen, indessen «keine Aussagen werbenden Charakters» (Art. 20 Abs. 2 RTVV

2007). Die Werbung muss – als Grundprinzip des Radio- und Fernsehrechts – vom redaktionellen Teil des Programms deutlich getrennt und als solche eindeutig erkennbar sein (Art. 9 Abs. 1 RTVG 2006; Marc Laukemann, Fernsehwerbung im Programm, Frankfurt a.M. 2002, S. 198 ff.). Als Werbung gilt nicht nur die Förderung des Abschlusses von Rechtsgeschäften über Waren oder Dienstleistungen gegen Bezahlung oder eine ähnliche Gegenleistung, sondern generell jede öffentliche Äusserung im Programm, welche die Unterstützung einer Sache oder Idee oder «die Erzielung einer anderen vom Werbetreibenden [...] selbst gewünschten Wirkung» zum Zweck hat (Art. 2 lit. k RTVG 2006).

3.2 Das Sponsoring dient dem langfristigen Imagegewinn und ist nicht auf den kurzfristigen Abschluss von Rechtsgeschäften ausgerichtet. Im Gegensatz zur Werbung, bei der gegen Entgelt Sendezeit zur eigenen Gestaltung durch den Kunden im Rahmen der rundfunkrechtlichen Werbebestimmungen zur Verfügung gestellt wird, bezieht sich das Sponsoring immer auf einen Teil des redaktionellen Programms, das in der Verantwortung des Veranstalters verbleibt (BGE 126 II 7 E. 5a S. 15; Rolf H. Weber, Rechtliche Grundlagen für Werbung und Sponsoring, in: SMI 1993 S. 213 ff., dort S. 219 ff.). Der Gesetzgeber ermöglichte das Sponsoring 1991 in der Vorstellung, «dass oft kulturell bedeutende und finanziell aufwendige Produktionen (z.B. Übertragungen von Konzerten und Opern, Dokumentationen und Dokumentarfilme) auf diese Weise ermöglicht und erleichtert» werden könnten (BBl 1987 III S. 723). Das Publikum habe jedoch ein Recht darauf zu erfahren, «ob eine Sendung gesponsert wurde und von wem» (BBl 1987 III S. 735). Die Sponsornennung solle diesbezüglich Transparenz schaffen; dabei gelte es, die Vermischung von Werbung und Sponsoring bzw. eine damit mögliche Umgehung der Werbevorschriften (Trennungsgebot, Werbezeitbeschränkung usw.) zu verhindern. Die für den Sponsor zu erzielende Wirkung habe sich – als Einbruch in das Trennungsgebot von Werbung und redaktionellem Teil des Programms – auf den mit der Nennung im Zusammenhang mit der gesponserten Sendung verbundenen Imagetransfer als solchen zu beschränken (vgl. Marc Furrer, Der Unterschied zwischen Sponsoring und Werbung in Radio und Fernsehen, in: Medialex 1998, S. 179 ff.).

3.3.1 Der Aufsichtspraxis und den Sponsoring-Richtlinien des BAKOM vom Juni 1999/April 2007 liegt damit ein klassisch-konservatives Verständnis des Sponsoring zugrunde (zur Rechtsnatur der Richtlinien: BGE 126 II 7 E. 5b/cc S. 17). Danach gelten Hinweise – unabhängig von einem allfälligen markenrechtlichen Schutz – als unzulässig, die über die Erkennbarkeit des Sponsors bzw. jene seiner Aktivitäten hinausgehen: Neben der Namensnennung kann auf ein Produkt oder auf eine Dienstleistung verwiesen werden, falls diese beim Publikum bekannter sind als die Firma oder die Marke selber («Beiersdorf/Nivea»; Ziff. 15 der Sponsoring-Richtlinien); zudem darf jeweils ein frei wählbares Adresselement (Geschäftsadresse, Telefonnummer oder In-

ternetadresse; Ziff. 23 der Sponsoring-Richtlinien) oder eine neutrale Umschreibung des Haupttätigkeitsbereichs (zum Beispiel «Confiserie Weibel» statt «Firma Weibel») der Sponsornennung beigefügt werden (Ziff. 16 der Sponsoring-Richtlinien), wenn dies ausschliesslich der Identifizierung des Sponsors und der Transparenz dient (Sigmund Pugatsch, *Werberecht für die Praxis*, 3. Aufl., Zürich 2007, S. 174). Wertende Aussagen und Slogans zum Sponsor selber oder zu dessen Produkten oder Dienstleistungen sind indessen untersagt (vgl. auch: Nobel/Weber, *Medienrecht*, Bern 2007, S. 445 N. 144; Franz Zeller, *Öffentliches Medienrecht*, Bern 2004, S. 273; Pugatsch, a.a.O., S. 174; Bruno Glaus, *Medien-, Marketing- und Werberecht*, Rapperswil 2004, S. 54 f.; Ziff. 21 der Sponsoring-Richtlinien). Als solche gelten Imagewerbungen, die über die Assoziation von Sponsor und Sendung hinausgehen (vgl. die Zusammenfassung der Praxis im Entscheid des UVEK 519.1-315 vom 20. März 2006 betreffend «Pepsi - Ask For More» und in den Verfügungen des BAKOM vom 14. Juli 2006 betreffend «Rimuss - die alkoholfreie Alternative», E. 2.2.2, vom 21. Juli 2003 betreffend «Le Petit Larousse, le dictionnaire qui a le dernier mot!» und «Le Matin. Vite lu, bien vu», E. 1 und E. 3, sowie vom 24. Juni 2003 betreffend «UBS/Allinghi», E. 2).

**3.3.2** An diesem Sponsoring-Verständnis hat der Gesetzgeber im Rahmen des RTVG 2006 – in Kenntnis des neuen medialen Umfelds – festgehalten (vgl. Nobel/Weber, a.a.O., S. 444 ff.): Bei der kommerziellen Finanzierung (Werbung, Verkaufsangebote, Sponsoring) von Radio und Fernsehen gehe es – so der Bundesrat in seiner Botschaft – darum, «im Interesse der unverfälschten Meinungsbildung des Publikums redaktionelle Programminhalte von Werbebotschaften erkennbar zu trennen und bei einer Drittfinanzierung von Sendungen Transparenz über die Finanzflüsse und das damit verbundene Beeinflussungspotential herzustellen»; es sei im Interesse der unverfälschten Meinungsbildung «zwingend», dass die Bestimmungen über die Trennung von redaktionellen und kommerziellen Inhalten durch die Kennzeichnung von kommerziellen Botschaften nicht umgangen würden (BBl 2003 S. 1622 f.; Zölch/Zulauf, *Kommunikationsrecht für die Praxis*, Bern 2007, S. 156 f.). Auch wenn sich das Sponsoring in den letzten zehn Jahren erheblich gewandelt habe und immer stärker versucht werde, Werbebotschaften möglichst nahe bei redaktionellen Programmteilen mit hoher Publikumsaufmerksamkeit zu platzieren, müsse am Verbot werbender Aussagen festgehalten werden. Der Missbrauch von Sponsornennungen zu Werbezwecken führe zu einer Aushöhlung der Werberegungen zum Nachteil jener Veranstalter, die sich an die Werbevorschriften hielten. Sogenannt «gestaltete» Sponsorhinweise seien zwar zulässig, dürften aber nicht werbend wirken (BBl 2003 S. 1624 f.). Die Sponsornennung sei Teil der redaktionellen Sendung; sie könne im Rahmen der «Praxis nach geltendem Recht» mit kurzen Zusatzbotschaften – etwa über das Tätigkeitsgebiet des Sponsors – angereichert werden; nicht erlaubt seien jedoch Aussagen werbenden Charakters (BBl 2003 S. 1680). Diese Ausführungen blieben

in den parlamentarischen Beratungen unbestritten, auch wenn der ausdrückliche Hinweis auf die Möglichkeit, im Rahmen «gewisser Kriterien» Sponsorhinweise gestalten zu dürfen, aus Gründen der Verständlichkeit gestrichen wurde (vgl. AB 2004 N 66 f., AB 2005 S 63 f. [Votum Kommissionsprecher Escher], AB 2005 N 116 – jeweils zu Art. 14 Abs. 3 des bundesrätlichen Entwurfs).

**3.4** Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich nicht, im vorliegenden Zusammenhang auf eine rein geltungszeitliche Auslegung abzustellen, wie dies die Beschwerdeführerin wünscht (zu den verschiedenen Auslegungsmethoden: BGE 131 II 710 E. 4.1 mit Hinweisen):

**3.4.1** Die Definition der Werbung in Art. 2 lit. k RTVG 2006, welche dem Begriff des unzulässigen «werbenden» Charakters bei der Sponsornennung zugrunde liegt (Art. 20 Abs. 2 RTVG 2007), ist weit gefasst. Sie schliesst neben der kommerziellen auch die ideelle Werbung ein und unterscheidet sich dadurch von der EU-Richtlinie 89/552/EWG über die Ausübung der Fernsehaktivität vom 3. Oktober 1989 (Abl. L 298 vom 17. Oktober 1989; Fassung vom 30. Juni 1997, EU-Fernsehrichtlinie). Diese erfasst – im Gegensatz zum Europäischen Übereinkommen vom 5. Mai 1989 über das grenzüberschreitende Fernsehen (Art. 2 lit. f EÜGF, SR 0.784.405) – ausschliesslich die kommerzielle Werbung (vgl. Art. 1 lit. c EU-Fernsehrichtlinie). Die Aufforderung zum Abschluss eines Rechtsgeschäfts ist für den Werbebegriff nach Art. 2 lit. k RTVG 2006 bzw. Art. 2 lit. f EÜGF nicht erforderlich. Es genügt, wenn mit der entgeltlichen öffentlichen Äusserung im Programm irgendeine vom Betroffenen gewünschte Wirkung angestrebt wird (BBl 2003 S. 1665). Hierunter fallen auch entgeltliche Äusserungen, die nicht direkt einen Geschäftsabschluss bezwecken (so Höfling/Möwes/ Pechstein, *Europäisches Medienrecht*, München 1991, S. 115).

**3.4.2** Der von der Beschwerdeführerin im Logo angeführte Hinweis auf ihr Gründungsjahr ist eine sogenannte «Altersberühmung» (vgl. Christoph Willi, *Kommentar zum Markenschutzgesetz [MschG]*, Zürich 2002, Rz. 251 zu Art. 2 MschG); als solche dient er der Reklame (so schon BGE 70 II 158 E. 1): Die Beschwerdeführerin weist damit auf ihre traditionelle und bewährte Uhrmacherskunst hin. Die Angabe des Gründungsjahrs bildet Teil ihrer Werbe- und Marketingstrategie, welche ein dem Zielpublikum angepasstes Umfeld für den Verkauf ihrer Produkte schaffen soll. Diese Wirkung, die sie als Traditionshaus positioniert (vgl. BGE 70 II 158 E. 1), geht über den Imagetransfer hinaus, der mit der Nennung als Sponsorin einer bestimmten Sendung verbunden ist. Es handelt sich um eine zusätzliche, von ihr zu Geschäftszwecken (Marktpositionierung) bzw. zur allgemeinen Förderung ihrer Markenstrategie («Brand Strategy») angestrebte Wirkung im Sinne von Art. 20 RTVV 2007. Die Angabe des Gründungsjahrs ist für die Erkennbarkeit des Sponsoringverhältnisses und dessen Transparenz – entgegen ihren Einwänden – entbehrlich: Mit den markenrechtlich geschützten Zeichen «Breguet» (Nr. 542384) bzw. «Bre-

guet mit den Zeigern 10 nach 10» (Nr. 542385) wird dem Zuschauer hinreichend klar, wer als Sponsor auftritt; mit dem Zusatz «Montres» kann das Tätigkeitsgebiet der Beschwerdeführerin wertneutral bezeichnet werden, ohne dass es hierfür noch der umstrittenen «Altersberühmung» bedürfte.

**3.4.3** In dieser (untergeordneten) Werbebeschränkung liegt kein unzulässiger Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit (BGE 127 II 91 E. 4): Das Verbot von Aussagen mit werbendem Charakter in der Sponsornennung stützt sich auf eine klare gesetzliche Grundlage. Es dient im öffentlichen Interesse dem Schutz der redaktionellen Freiheit der Veranstalter und der Information des Medienkonsumenten über die Finanzierungsverhältnisse, wobei dieser hierbei nicht unerschwerlich und gegen seinen Willen mit Markenkommunikation konfrontiert werden soll (vgl. Gabriele Siegert et al., Die Zukunft der Fernsehwerbung – Produktion, Verbreitung und Rezeption von programmintegrierten Werbeformen in der Schweiz, Bern 2007, S. 20). Es spielt dabei keine Rolle, dass mit der umstrittenen «Altersberühmung» nicht ein konkretes Produkt oder eine konkrete Dienstleistung (Absatzwerbung), sondern – über einen Slogan, Claim oder anderen Zusatz – ausschliesslich das allgemeine Image des Produzenten gefördert wird (Imagewerbung). Hierzu steht die Spotwerbung zur Verfügung, die (auch) in der Nähe einer gesponserten Sendung platziert werden darf (Ziff. 20 der Sponsoring-Richtlinien), womit – unter Einhaltung des Trennunggebots – im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung markenbezogene werbliche Aussagen rundfunkrechtlich möglich bleiben. Das RTVG 2006 lässt neu die Produkteplatzierung als besondere Form des Sponsoring (Art. 9 Abs. 1, 12 Abs. 3 und Art. 13 Abs. 4 RTVG 2006 i. V.m. 21 RTVV 2007), wenn damit keine die Integration in den normalen Handlungsablauf sprengenden Aussagen werbenden Charakters verbunden sind. Unter gewissen Voraussetzungen ist auch Werbung in «Splitscreen»-Technik möglich (Art. 13 RTVV 2007; vgl. aber noch BGE 133 II 136 E. 2.2.2 S. 140) und stehen jetzt auch die «virtuelle» (Art. 15 RTVV 2007) und die «interaktive» Werbung (Art. 14 RTVV 2007) offen. Die Werbewirtschaft verfügt damit über hinreichende Sonderwerbeformen (auch programmintegrierter bzw. hybrider Natur), um trotz der «Akzeptanzkrise der Werbung» die Aufmerksamkeit des Publikums ausserhalb der klassischen Spotwerbung gewinnen zu können. Es ist deshalb nicht unverhältnismässig, imageprägende werbliche Aussagen beim Sponsoring auszuschliessen.

**3.4.4** Soweit die Beschwerdeführerin einwendet, dass sie die «Altersberühmung» oder ein anderes reklamehaftes Element zulässigerweise in ihre Firma hätte integrieren können, weshalb dies auch in der Sponsorbezeichnung möglich sein müsse, verkennt sie die unterschiedlichen Zwecke der beiden Regelungen: Die Firma ist der für den Handelsverkehr gewählte und im Handelsregister eingetragene Name eines Unternehmens. Sie darf neben dem vom Gesetz vorgeschriebenen wesentlichen Inhalt heute auch «werbliche

Angaben» umfassen, die zur näheren Umschreibung der darin erwähnten Personen dienen oder auf die Natur des Unternehmens hinweisen, soweit ihr Inhalt wahr ist, nicht täuschend wirkt und keinem öffentlichen Interesse zuwiderläuft (Art. 944 Abs. 1 OR; vgl. die Anleitung und Weisung an die kantonalen Handelsregisterbehörden betreffend die Prüfung von Firmen und Namen vom 1. Januar 1998 [Stand: 15. Oktober 2004], Rz. 13 f.). Der zulässige Inhalt der Sponsornennung wird zum Schutz des rundfunkrechtlichen Trennungs- und Transparenzgebots abschliessend in der Radio- und Fernsehgesetzgebung umschrieben. Deren Bestimmungen gehen den firmenrechtlichen Grundsätzen als spezialgesetzliche Regelung vor. Auch die markenrechtliche Beurteilung einer Firma erfolgt unabhängig von der firmenrechtlichen, da sich die Voraussetzungen für die Eintragung in das Markenregister von jenen der Firma in das Handelsregister unterscheiden (vgl. die Richtlinien in Markensachen des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum vom 1. Januar 2007, S. 72, Ziff. 4.4.5; Ivan Cherpillod, Le droit suisse des marques, Lausanne 2007, S. 53 f.).

**4.** Es ist einzuräumen, dass sich die derzeitige aufsichtsrechtliche Praxis bezüglich werbender Aussagen beim Sponsoring als streng erweist – dies insbesondere mit Blick auf die im europäischen Fernsehraum festzustellenden Entwicklungen (vgl. zur spezifisch heiklen Situation des rundfunkrechtlichen Werbemarkts in der Schweiz: Siegert et al., a.a.O., S. 54 ff.) und die Tatsache, dass die Verwendung markenrechtlich geschützter Claims und Slogans heute einer weitverbreiteten Praxis entspricht.

**4.1** Die seit dem 18. Dezember 2007 in Kraft stehende Richtlinie 2007/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 11. Dezember 2007 lockert die Fernseh-Werberegeln in wesentlichen Punkten (audiovisuelle kommerzielle Kommunikation, grosszügigere Regelung der Werbedauer, Produkteplatzierung, Unterbrecherwerbung usw.). Gesponserte Sendungen dürfen danach bloss nicht «unmittelbar zu Kauf, Miete oder Pacht von Waren oder Dienstleistungen anregen, insbesondere nicht durch spezielle verkaufsfördernde Hinweise auf diese Waren oder Dienstleistungen» (Art. 3f Ziff. 1 lit. b EU-Fernsehrichtlinie). Die Zuschauer müssen eindeutig auf das Bestehen einer Sponsoring-Vereinbarung hingewiesen werden, wozu die gesponserten Sendungen – «beispielsweise durch den Namen, das Firmenemblem und/oder ein anderes Symbol des Sponsors, etwa einen Hinweis auf seine Produkte oder Dienstleistungen oder ein entsprechendes unterscheidungskräftiges Zeichen» – in «angemessener» Weise «zum Beginn, während und/oder zum Ende der Sendung» zu kennzeichnen sind (Art. 3f Ziff. 1 lit. c EU-Fernsehrichtlinie). Damit werden gewisse imagebezogene Slogans, Claims oder Hinweise wie die vorliegend umstrittene «Altersberühmung» als Logo oder Markenbestandteil - entgegen der Praxis in der Schweiz – im europäischen Ausland zugelassen.

**4.2** Die im Hinblick hierauf allenfalls erforderlichen Korrekturen des schweizerischen Radio- und Fernsehrechts kön-

nen jedoch nicht – wie die Beschwerdeführerin dies mit ihrer Beschwerde bezweckt – über die Rechtsprechung erfolgen, nachdem der Gesetzgeber die bisherigen Vorgaben erst vor kurzem ausdrücklich bestätigt hat. Der Bundesrat hielt in seiner Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen vom 18. Dezember 2002 fest, dass strengere Regeln als die europäischen sich in jenen Bereichen, in denen konkurrierende ausländische Veranstalter im Verhältnis zu den schweizerischen nach dem Recht ihres Sendestaats lediglich das EÜGF-Minimum zu beachten hätten, «potenziell wettbewerbsverzerrend» auswirken würden (BBI 2003 S. 1596 f.; Siegert et al., a.a.O., S. 47). Die Liberalisierung in der EU-Fernsehrichtlinie dürfte künftig nicht ohne Auswirkungen auf das EÜGF bleiben. Der Bundesrat hat für diesen Fall in Aussicht gestellt, dass eine weitere Liberalisierung der schweizerischen Werbeordnung ins Auge gefasst werden müsste, wobei er die nötige Gesetzesänderung «zusammen mit der Botschaft für die parlamentarische Genehmigung des revidierten EÜGF beantragen» werde (BBI 2003 S. 1624). Die Bestimmungen über die Werbung und das Sponsoring bilden in der Schweiz einen wesentlichen Teil der Finanzierung des rundfunkrechtlichen Mediensystems als Ganzes und können deshalb nicht auf dem Weg der Auslegung punktuell neuen Bedürfnissen geöffnet werden, ohne dass das Gleichgewicht des Systems und die vom Gesetzgeber vorgenommene Interessenabwägung in Frage gestellt würden (BGE 127 II 79 E. 4a/cc S. 84). Wie das Bundesgericht bereits im Zusammenhang mit der Unterbrecherwerbung festgehalten hat, besteht weder verfassungs- noch völkerrechtlich ein Anspruch darauf, senderechtlich gleich behandelt zu werden wie die ausländische Konkurrenz aufgrund der für sie geltenden Regeln (BGE 127 II 79 E. 4b/bb S. 85).

5.1 Zusammengefasst ergibt sich, dass Art. 12 Abs. 3 RTVG 2006 bzw. Art. 20 Abs. 2 RTVV 2007 – nach ihrem Wortlaut, ihrer Entstehungsgeschichte sowie ihrem Sinn und Zweck – die bisherigen Grundsätze zum Sponsoring weiterführen. In diesem Rahmen kann eine «Altersberühmung» als «Aussage werbenden Charakters» gelten, weshalb sie ohne Verletzung von Bundesrecht im Sponsorhinweis rundfunkrechtlich untersagt werden darf. Die noch auszuhandelnde Revision des EÜGF steht einer richterlichen Anpassung an die neusten Entwicklungen des EU-Rechts auf dem Weg der Auslegung entgegen. Wieweit die Werbe- und Sponsoringbestimmungen künftig gelockert werden sollen, ist eine politische Frage und als solche nicht durch das Bundesgericht, sondern durch den Gesetzgeber zu prüfen, wie der Bundesrat dies in der Botschaft zum neuen Radio- und Fernsehgesetz im Falle einer Lockerung der ausländischen Werbebestimmungen in Aussicht gestellt hat. Die Beschwerde ist demnach unbegründet.

Mit **Bundesgerichtsentscheid vom 20. Mai 2008 (2C\_713/2007)** befand das Bundesgericht auch über den von Sat.1 (Schweiz) AG in der Überraschungsshow «Celebrations» ausgestrahlten «Billboard» (Sponsorhinweis) vom 11.

und 25. November 2005. In diesem Sponsorhinweis wurde darauf hingewiesen, dass die Sendung vom «neuen SEAT Toledo präsentiert» werde, und das Signet «SEAT auto emoción» eingeblendet.

Die rechtliche Argumentation des Bundesgerichts ist grundsätzlich identisch mit den Ausführungen im vorangestellten Urteil vom 20. Mai 2008 (2C\_643/2007), weshalb nachfolgend nur noch einzelne spezifische Passagen aus dem Urteil wiedergegeben werden:

«Bei der Bezeichnung «SEAT auto emoción» handelt es sich um eine mit einem Slogan bzw. Claim («auto emoción») eingetragene Marke der Firma SEAT SA (Sociedad Española de Automóviles de Turismo S.A.). Umstritten ist nicht die Verwendung des Firmennamens, sondern die Zulässigkeit des ergänzenden Claims «auto emoción». Diesem kommt – wie die Vorinstanzen zu Recht festgestellt haben – eine werbende Wirkung im Sinne von Art. 19 Abs. 3 RTVG 1991 in Verbindung mit Art. 11 Abs. 1 RTVV 1997 (bzw. heute Art. 20 Abs. 2 RTVV 2007) zu: Als Slogan gilt ein kurzer, prägnanter Werbetext für eine Produkt- oder Unternehmensmarke; als Claim wird ein schlagwortartiger Werbespruch bezeichnet, der als Bindeglied von wirtschaftlichen Kommunikationsmassnahmen in anregender Form den Kernaspekt einer Werbeaussage kennzeichnen und Stimmungen und Wertgefüge bestimmter Zielgruppen treffen soll; vielfach werden Slogan und Claim synonym verwendet (vgl. Ulrich Görg, Claims, Claiming als Wertschöpfungsinstrument der Markenführung, Offenbach 2005, S. 9 f.; Bernd M. Samland, Unverwechselbar – Name, Claim und Marke, München 2006, S. 114 ff.). Ein Claim hat somit definitionsgemäss immer etwas Verkaufsförderndes und dies unabhängig davon, ob er sich langfristig auf eine Unternehmens- bzw. eine Produktmarke bezieht oder kurzfristig eine Kampagne unterstützen will. Psychologisch betrachtet sind Claims Schlüsselreize, die emotive und kognitive Assoziationen aktivieren; im Idealfall schaffen sie es, in wenigen Worten zu beschreiben, wofür eine Marke steht und deren Mission, Positionierung, Nutzen und Werte zu kommunizieren (Görg, a.a.O., S. 19). «Auto emoción» verkörpert in diesem Sinn eine Palette von schnittigen, sportlichen und formgereiften Automodellen, für die SEAT nach seiner Markenstrategie stehen will. Der Claim suggeriert, dass der Kontakt mit SEAT-Fahrzeugen mit positiven Emotionen verbunden ist, was die akustische Umsetzung des Claims mit einer flüsternden, sinnlichen Frauenstimme und die sportliche Darstellung eines konkreten (dunklen) Fahrzeugmodells im «Billboard» unterstreichen (vgl. Hauke Wagner, Möglichkeiten der Werbespots im Fernsehen und im Internet, Gelnhausen 2002, S. 44 f.). SEAT hält in seinen Unterlagen zum Begriff «auto emoción» denn unter anderem auch fest: «Based in Spain and active in over 70 countries, SEAT is dedicated to producing cars that excel in design and radiate sporty character. Something we sum up as «SEAT auto emoción». Der Claim bildet somit einen Teil der Werbe- und Marketingstrategie der Firma SEAT, welche ein dem

Zielpublikum angepasstes Umfeld für den Verkauf ihrer Produkte schaffen will. Diese Wirkung geht über den Image-transfer hinaus, der allein mit der Nennung als Sponsorin einer bestimmten Sendung verbunden ist. Es handelt sich um eine zusätzliche, von SEAT zu Geschäftszwecken (Marktpositionierung) bzw. zur allgemeinen Förderung ihrer Markenstrategie («Brand Strategy») angestrebte unzulässige Wirkung im Sinne von Art. 20 Abs. 2 RTVV 2007. Die Angabe des Claims ist für die Erkennbarkeit des Sponsoringverhältnisses und dessen Transparenz nicht nötig. Mit dem Firmennamen SEAT wird dem Zuschauer hinreichend klar, wer als Sponsor auftritt; durch das Zeigen eines der Modelle kann das Tätigkeitsgebiet der Beschwerdeführerin wertneutral bezeichnet werden, ohne dass es hierzu noch einer optischen und akustischen Darstellung des Markenclaims bedürfte. (...)

Soweit die Beschwerdeführerin einwendet, dass der Claim markenrechtlich geschützt sei und deshalb keine werbende Wirkung haben könne, verkennt sie die unterschiedlichen Zwecke der beiden Regelungen: Die Marke ist ein Zeichen, das geeignet ist, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von solchen anderer Unternehmen abzugrenzen (Art. 1 MschG). Vom Markenschutz ausgeschlossen sind unter anderem Zeichen, die Gemeingut bilden (etwa solche von beschreibendem Charakter), es sei denn, sie hätten sich als Marke für die Waren oder Dienstleistungen durchgesetzt, für die sie beansprucht werden (Art. 2 lit. a MschG). Als beschreibende Angaben gelten sachliche Hinweise bezüglich der Waren oder Dienstleistungen; diese werden von den betroffenen Verkehrskreisen nicht als individualisierende Hinweise auf eine bestimmte betriebliche Herkunft verstanden (fehlende Unterscheidungskraft) und sollen für jedermann zum Gebrauch freigehalten werden (Freihaltebedürfnis). Slogans und Claims sind markenrechtlich deshalb unzulässig, wenn sie reklamehafte Anpreisungen oder Wörter bzw. Phrasen, die in der Werbung häufig verwendet werden, und einfache Aufforderungen oder allgemein verbreitete Redewendungen enthalten. Sie sind indessen schutzfähig, falls ihr beschreibender Charakter nur unter Anwendung von Gedankenarbeit erkennbar ist bzw. sie ein unterscheidungskräftiges Element enthalten (vgl. die Richtlinien des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum in Markensachen vom 1. Januar 2007, S. 71 f.). Der markenrechtlich geschützte Claim dient damit wie die Marke allgemein der Kennzeichnung (Individualisierung) der eigenen Leistung und deren Unterscheidung von anderen Wettbewerbsangeboten. Der zulässige Inhalt der Sponsornennung wird seinerseits zum Schutz des rundfunkrechtlichen Trennungs- und Transparenzgebots abschliessend in der Radio- und Fernsehgesetzgebung umschrieben. Deren Bestimmungen gehen den markenrechtlichen Grundsätzen, welche privaten wirtschaftlichen Zwecken dienen, als spezialgesetzliche Regelung vor. Auch die markenrechtliche Beurteilung einer Firma erfolgt unabhängig von der firmenrechtlichen, da sich die Voraussetzungen für die Eintragung in das Markenregister von jenen der Firma in das Handels-

register unterscheiden (vgl. die Richtlinien in Markensachen des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum vom 1. Januar 2007, S. 72, Ziff. 4.4.5; Ivan Cherpillod, *Le droit suisse des marques*, Lausanne 2007, S. 53 f.). ■

#### ANMERKUNGEN:

In einem seiner ersten Entscheide zum revidierten RTVG verbietet das Bundesgericht dem Uhrenhersteller Breguet, das Logo «Montres Breguet – Depuis 1775» als Billboard einer gesponserten Fernsehsendung zu verwenden und bestätigt damit den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts (teilweise abgedruckt in *medialex* 4/2007, S. 196-201). Der Zusatz «Depuis 1775» enthalte eine in einem Sponsoringhinweis unzulässige Altersberühmung. Drei Punkte dieses Urteils verdienen hervorgehoben zu werden:

1. Das Bundesgericht schützt die strenge Sponsoringpraxis des BAKOM, das auch unter dem revidierten Radio- und Fernsehgesetz auf einem strikten Verbot werbender Äusserungen in Sponsoring-Billboards beharrt. Der Entscheid des Bundesgerichts überzeugt durch Klarheit und dient gleichzeitig zwei Zielen. Erstens dem Schutz des Publikums vor werbenden Äusserungen im Programm. Angesichts einer zunehmenden Flut von Werbebotschaften fordert die Sicherung der freien Meinungsbildung des Publikums eine klare Trennung zwischen Werbung und Programm. Zweitens schafft er Rechtssicherheit auf dem Werbemarkt und beugt Wettbewerbsverzerrungen vor, die entstehen würden, wenn einzelne Marktteilnehmer das anwendbare Recht «kreativ» dehnen, während sich andere genau daran halten. Nach dem Sponsoringverständnis des BAKOM (vom Bundesgericht «klassisch-konservativ» genannt) sind Sponsoringhinweise strikt darauf zu beschränken, den Sponsor oder seine Aktivitäten erkennbar zu machen. Falls das vom Sponsor hergestellte Produkt bekannter ist als der Sponsor selbst, ist es zwar ausnahmsweise zulässig, auf eine Ware oder eine Dienstleistung zu verweisen; auch hier ist jedoch jede über die Identifizierung des Sponsors hinaus gehende Berühmung verboten. Zweifellos bedeutet Sponsoring immer auch Werbung für das Image des Sponsors. Solche Imagewerbung ist aber nur so lange zulässig, als sie sich auf die Herstellung eines Bezugs zwischen Sponsor und Sendung beschränkt.

2. Markenrecht und Programmrecht dienen unterschiedlichen Schutzzwecken. Eine Marke dient allgemein der Kennzeichnung (Individualisierung) der eigenen Leistung und deren Unterscheidung von anderen Wettbewerbsangeboten. Die rundfunkrechtlichen Regeln zur Sponsornennung dagegen dienen dem Schutz des Trennungs- und des Transparenzgebots – zentrale Vorschriften zum Schutz der freien Meinungsbildung des Publikums unter den Bedingungen von Radio- und Fernsehen. Im Bereich des Fernsehens finden die den Interessen der Allgemeinheit dienenden rundfunkrechtlichen Sponsorvorschriften ausschliesslich Anwendung und gehen den – privaten Interessen dienenden – markenrechtlichen Regeln als Spezialvorschriften vor. Es kann deshalb sein, dass eine markenrechtlich zulässige Bezeichnung rundfunkrechtlich verboten ist.

3. Das Urteil lässt durchblicken, dass das Schweizer Werberecht strenger ist als jenes der EU-Fernsehrichtlinie. Beispielsweise verbietet das Schweizer Recht – im Unterschied zum EU-Recht – bei Sponsoringhinweisen nicht nur kommerzielle, sondern auch ideelle Werbung. Dennoch besteht für das Bundesgericht kein Anlass, das eben erst revidierte Radio- und Fernsehgesetz im Sinne einer geltungszeitlichen Interpretation dem Standard des EU-Rechts anzupassen. Nach richtiger Auffassung des Bundesgerichts war sich der Schweizer Gesetzgeber dieser Unterschiede bewusst, und er hat sich im Rahmen der Revision ausdrücklich für die Beibehaltung der strengeren Schweizer Praxis entschieden. Wird das Übereinkommen des Europarats über das grenzüberschreitende Fernsehen demnächst an die neue Audiovisuelle Mediendienste-Richtlinie (so der neue Name der Fernsehrichtlinie) angepasst, so ist es Aufgabe des Gesetzgebers, diese Änderung ins Schweizer Recht umzusetzen. Wie die Reaktionen der Öffentlichkeit auf die von der EU-Kommission als Gegenleistung für die Verlängerung des Media-Vertrags CH-EU geforderte Übernahme von EU-Fernsehrecht zeigen, ist die

teilweise Aufgabe der medienrechtlichen Souveränität ein heikles politisches Thema. Zudem verlangen die Grundsätze der Gewaltenteilung, dass bei der Übernahme von neuen staatsvertraglichen Verpflichtungen die verfassungsrechtlich vorgesehenen Zuständigkeiten des Parlaments nicht nur vom Bundesrat, sondern auch vom Bundesgericht respektiert werden.

Das Urteil in Sachen Celebretations Billboard war zwar noch nach altrechtlichen Werbe- und Sponsoring-Regeln zu beurteilen, das Bundesgericht interpretiert diese im Sinne des neuen Rechts, weil sich die fraglichen Bestimmungen in den interessierenden Punkten nicht wesentlich vom neuen Recht unterscheiden. Nach Auffassung des Bundesgerichts ist die Bezeichnung «SEAT auto emoción»

als Sponsoringhinweis unzulässig, weil es sich beim Claim bzw. Slogan «auto emoción» um einen schlagwortartigen Zusatz mit Werbewirkung handelt, der darauf ausgerichtet ist, beim Zielpublikum bestimmte Wertorientierungen abzurufen oder Assoziationen zu wecken und positiv mit der Marke «SEAT» zu verbinden.

Das Urteil deckt sich hinsichtlich der aufgeworfenen Fragen und der materiellrechtlichen Argumentation über weite Strecken mit dem Entscheid 2C\_643/2007 i.S. Montres Breguet gegen BAKOM gleichen Datums. Es sei deshalb auf die obigen Anmerkungen zu jenem Entscheid verwiesen.

PROF. CHRISTOPH BEAT GRABER, BERN

EN DIRECT DE STRASBOURG  
AUS STRASSBURG

**Islamkritisches Buch  
sprengt Grenzen der  
Meinungsfreiheit**

Urteil der 5. Kammer  
«Soulas u.a. c. Frankreich»  
vom 10.7.2008 (N° 15948/03)

Das im Februar 2000 publizierte Buch «La colonisation de l'Europe – Discours vrai sur l'immigration et l'islam» versuchte auf 345 Seiten aufzuzeigen, dass die europäische mit der islamischen Zivilisation in einem spezifischen geografischen Gebiet unvereinbar ist. Den neun Kapiteln war eine Warnung an die Leser vorangestellt. Der Autor hielt fest, ihm sei vom Verfassen dieses Buchs abgeraten worden. Er mache aber von seiner Freiheit Gebrauch und verteidige engagiert das Recht der Europäer, sich selbst bleiben zu dürfen. Es gehe ihm nicht um Folklore, Beleidigung, Hass oder Rassismus tiefer Schublade. Kurz nach der Veröffentlichung reagierten Staatsanwaltschaft, Ligue contre le racisme et l'intolérance (LICRA) und Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples (MRAP) mit rechtlichen Schritten.

Die für die Publikation Verantwortlichen (darunter der Journalist Guillaume Faye) mussten sich wegen verschiedener Passagen vor der französischen Strafjustiz verantworten. Das tribunal de grande instance de Paris verurteilte sie am 14. Dezember 2000 wegen Anstiftung zu Hass und Gewalt gegen eine Personengruppe aufgrund der Religion

(«provocation à la haine et à la violence envers un groupe de personnes déterminées»: Artikel 23 in Verbindung mit Artikel 24 Absatz 6 des massgebendes Gesetzes; loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse).

Das Appellationsgericht bestätigte den Schuldspruch, reduzierte die Busse aber auf 7'500 Franken. Das Gericht begründete die Verurteilung mit einer Anzahl bösgläubiger Formulierungen, welche den (jungen) Einwanderern aus dem Maghreb pauschal eine kriminelle Aktivität mit teilweise rassistisch anti-europäischen Motiven (z.B. die rituelle Vergewaltigung weisser Mädchen) vorwerfe. Die Gruppe werde als Feind dargestellt, gegen den ein Krieg der ethnischen Rückeroberung geführt werden müsse.

Der Gerichtshof betrachtete den Schuldspruch einstimmig als rechtmässige Beschränkung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK). Die Busse sei in einer demokratischen Gesellschaft notwendig gewesen. Dies gelte, obwohl das Buch durchaus Fragen von allgemeinem Interesse aufwerfe, die gerade in Frankreich besonders aktuell seien.

«36. La Cour commence par relever que les questions abordées dans le livre litigieux sont d'intérêt général: les problèmes liés à l'installation et à l'intégration des immigrants dans les pays d'accueil sont actuellement largement débattus dans les sociétés européennes, tant sur le plan politique que médiatique.

37. Ce constat vaut particulièrement pour la France qui a accueilli au fil des années un grand nombre d'étrangers et qui a eu à mettre en place des structures d'accueil et des politiques destinées à intégrer cette population. Toutefois, cette intégration ne peut être que le résultat d'un processus laborieux et long, qui peut comporter des failles et des difficultés d'application et dont une partie de cette population se ressent. Il s'ensuit des problèmes de mésentente et d'incompré-

hension qui, dans leur expression la plus grave, se sont traduits par des affrontements violents entre les forces de l'ordre et certains éléments radicaux de cette population.»

Der Autor habe dieses Thema aber in einer Art und Weise aufgegriffen, welche den Rahmen des Zulässigen sprengt:

«39. L'ouvrage litigieux est publié dans un contexte qui en France a un aspect particulier. Écrit par un journaliste et écrivain engagé, il se présente sous la forme d'un essai qui traite des questions sociologiques d'actualité. Facile à lire et utilisant un langage familier aux lecteurs d'articles de presse écrite, il s'adresse à un large public. Le plan du livre est conçu selon un schéma classique, comportant une analyse de la situation, des propositions et leurs effets éventuels et, enfin, une prévision pour l'avenir.

40. L'auteur expose ce qu'il considère comme les méfaits de l'immigration de provenance extra-européenne en générale et musulmane en particulier, vers l'Europe. Le livre tente notamment de démontrer que l'islam entreprend une conquête hostile de la France et de l'Europe et que la délinquance des «jeunes» n'est que la manifestation du début d'une guerre civile ethnique de conquête de territoires. L'Europe s'enfoncerait dans un chaos qui risque d'abolir sa civilisation et il s'agirait là d'un événement plus grave que toutes les grandes pestes et les guerres qu'a connues l'Europe. L'auteur dénonce l'inconscience de l'Europe et l'utopie d'une société communautariste et multiethnique.

41. La Cour note que plusieurs passages du livre donnent une image négative des communautés visées. Le style est parfois polémique et la présentation des effets de l'immigration verse dans le catastrophisme.

42. La Cour rappelle qu'il importe au plus haut point de lutter contre la discrimination raciale sous toutes ses formes et manifestations (Jersild c. Danemark du 23 septembre 1994, série A no 298, § 30). Plusieurs instruments internationaux, en plus de la Convention, consacrent cette approche, tels que l'article 20-2 du Pacte des Nations-Unies relatif aux droits civils et politiques ou la Recommandation générale no 15-42 du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale selon laquelle «l'interdiction de la diffusion de toute idée fondée sur la supériorité ou la haine raciale est compatible avec le droit à la liberté d'opinion et d'expression (...)». Enfin, l'article 4 de la Convention des Nations-Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale fait obligation aux Etats parties d'incriminer pénalement tous les actes de racisme, notamment la diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale, les activités de propagande raciste et les organisations racistes.

43. Pour condamner les requérants, la cour d'appel a souligné, que les propos utilisés dans le livre avaient pour objet de provoquer chez les lecteurs un sentiment de rejet et d'antagonisme, accru par l'emprunt au langage militaire, à

l'égard des communautés visées, désignées comme l'ennemi principal, et les amener à partager la solution préconisée par l'auteur, celle d'une guerre de reconquête ethnique. La cour d'appel a expressément mentionné dans sa motivation les extraits du livre qui fondaient ses conclusions, notamment l'assertion de l'auteur selon laquelle «c'est seulement s'il éclate une guerre civile ethnique que la solution pourra être trouvée», assertion qu'il fondait «sur l'amplification prévisible de la délinquance et des guérillas territoriales menées par les bandes ethniques». La cour d'appel a encore relevé, entre autres, que le livre dénonçait, en s'appuyant sur des faits divers, la circonstance que de jeunes des banlieues, appartenant à la communauté maghrébine et musulmane, se livraient à des «viols rituels» de jeunes filles blanches pour des raisons de racisme anti-européen.

44. Dès lors, la Cour considère que les motifs de la cour d'appel sont suffisants et pertinents. Certes, la liberté d'expression est strictement encadrée par la loi du 29 juillet 1881 et l'application qui en est faite par les juridictions internes. Cependant, dans les circonstances de l'espèce, ces dernières n'ont pas excédé la marge d'appréciation dont elles disposaient.»

Die französische Regierung hatte in Strassburg nicht nur geltend gemacht, der Eingriff in die Meinungsfreiheit sei notwendig gewesen. Sie argumentierte darüber hinaus, die Beschwerde sei gar nicht zulässig, weil das Buch dem Geist der Konvention und essentiellen demokratischen Werten zuwiderlaufe. Dies widerspreche Artikel 17 der EMRK. Diese Konventionsbestimmung verbietet Handlungen, welche auf die Abschaffung der in der EMRK festgelegten Rechte und Freiheiten abzielen.

«21. Le Gouvernement invoque à l'appui de son argumentation plusieurs décisions de la Commission européenne des droits de l'homme qui s'étaient fondées soit directement soit indirectement sur l'article 17 de la Convention pour déclarer irrecevables des requêtes dont les auteurs alléguaient une atteinte à leur droit à la liberté d'expression: *Glimmerveen et Hagenbeek c. Pays-Bas*, 8348/78; *Walendy c. Allemagne*, 21128/93; *Remer c. Allemagne*, 25096/94; *Nationaldemokratische Partei Deutschlands c. Allemagne*, 25992/94; *Marais c. France*, 31159/96; décisions de la Commission des 11 octobre 1979, 11 janvier 1995, 6 septembre 1995, 29 novembre 1995, 24 juin 1996 respectivement, ainsi que l'arrêt *Lehideux et Isorni c. France*, du 23 septembre 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VII, § 47.»

Der Gerichtshof wollte Artikel 17 der EMRK in diesem Fall aber nicht anwenden. Er begründete dies mit einem einzigen Satz, wonach die fraglichen Passagen des Buches nicht gravierend genug waren, um einen Missbrauch im Sinne von Artikel 17 EMRK zu bejahen.

«48. Enfin, la Cour considère que les passages incriminés du livre dont il s'agit ne sont pas suffisamment graves pour jus-

tifier l'application de l'article 17 de la Convention en l'espèce. Par conséquent, la Cour rejette l'exception du Gouvernement tirée de cet article et conclut qu'il n'y a pas eu violation de l'article 10.» ■

#### ANMERKUNGEN:

Die Beurteilung rassendiskriminierender Meinungsäußerungen stellt (auch) den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte seit Jahren vor Probleme. In verschiedener Hinsicht bestehen Unsicherheiten. Das vorliegende Urteil vermag einen gewissen, wenn auch ziemlich beschränkten Beitrag zur Klärung dieser wichtigen Fragen zu leisten.

1. Das Kernproblem im Bereich (möglicherweise) rassendiskriminierender Publikationen liegt darin, zulässige von unzulässigen Publikationen abzugrenzen. Es spitzt sich zu, wenn es nicht um blosses Verunglimpfungen geht, sondern um Exzesse bei der Diskussion an sich legitimer Fragen wie zur Integration ausländischer Einwanderer oder zum Zusammenleben verschiedener Religionen. Bei solchen Debatten ist stets im Auge zu behalten, dass ein rabiates Einschreiten gegen Exzesse geeignet ist, auch zulässige Diskussionsbeiträge zu behindern (Einschüchterungseffekt). Vor diesem Hintergrund hat es das Bundesgericht zugelassen, dass im politischen Meinungsstreit eine Bevölkerungsgruppe kritisiert und in ein ungünstiges Licht gerückt wird (BGE 131 IV 23 – Medienmitteilung der Freiheits-Partei zum «unverhältnismässig hohen Anteil» von Einwanderern aus dem Kosovo «an der zunehmenden Gewaltbereitschaft und Kriminalität in der Schweiz»). Die Grenze des Erlaubten überschreiten erst unsachliche Pauschalurteile, die eine Gruppe generell als minderwertig, kriminell oder gewaltbereit abtun (BGE 131 IV 23 E. 3.2. S. 29). Die Strassburger Rechtsprechung scheint eine ähnliche Grenzlinie zu ziehen wie die bundesgerichtliche. Es muss sich allerdings noch weisen, wie der Gerichtshof subtilere Formen der unsachlichen Herabsetzung als das französische Buch einstufen wird.

2. Eine weitere, gewissermassen hausgemachte Unklarheit ist dogmatischer Art. Die frühere Kommission und nun auch der Gerichtshof liessen es in verschiedenen Fällen nicht dabei bewenden, staatliche Massnahmen gegen diskriminierende Äusserungen als zulässige Beschränkungen der Meinungsfreiheit zu bezeichnen. Sie sagten ihnen nur schon eine Überprüfung auf ihre Vereinbarkeit mit der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK). Aufhänger ist Artikel 17 der Konvention, der sich gegen Handlungen richtet, die auf Abschaffung der in der Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten zielen. Zumindest theoretisch könnte das auf Art. 17 EMRK gestützte Vorgehen die chronisch überlasteten Strassburger Organe von aufwändigen Überprüfungen entlasten und ihnen erlauben, solche Beschwerden ohne minutiöse Abklärung der Verhältnismässigkeit zu erledigen. Möglicherweise erfolgte dieses Ausklammern bestimmter Äusserungen vom Geltungsbereich der Meinungsfreiheit auch im Bestreben, ein deutliches Zeichen gegen Rassismus und Revisionismus zu setzen.

Es ist zweifelhaft, ob der Einsatz von Artikel 17 EMRK wirklich zum Erreichen dieser beiden Ziele taugt. Der Entlastungseffekt für den Gerichtshof wird schon dadurch vermindert, dass er bisher nicht in der Lage war, zur Anwendung von Art. 17 EMRK eine konsequente Praxis zu entwickeln. Zudem bekundet er offenkundig Mühe, seine eigene Rechtsprechung zu überblicken. Neben den von der französischen Regierung ins Feld geführten älteren Entscheiden gibt es verschiedene neuere Fälle, in denen der Gerichtshof Art. 17 EMRK zur Anwendung brachte. Dies tat er beispielsweise am 16. November 2004 im Falle eines mit 300 Pfund gebüsten Rechtsextremen, der an seinem Wohnungsfenster ein Poster der British National Party (BNP) mit den brennenden Twin Towers und dem Text «Islam out of Britain – Protect the British People» angebracht hatte (Zulässigkeitsentscheid N° 23131/03 «Norwood c. Grossbritannien»; vgl. seither z.B. auch N° 35222/04 «Ivanov c. Russland» vom 20.2.2007 zu antisemitischen Publikationen). Manchmal lässt der Gerichtshof die Frage von Artikel 17 EMRK offen, manchmal verneint er dessen Anwendung – wie im hier besprochenen Urteil. Darin stellt der EGMR auf das Kriterium ab, ob die Äusserungen ausreichend gravierend sind («suffisamment graves»). Dass dieses Kriterium einen

grossen Gewinn an Rechtssicherheit bringen wird, ist allerdings nicht zu erwarten. So lässt sich darüber streiten, ob die Formulierungen im Buch «La colonisation de l'Europe» tatsächlich weniger gravierend (d.h. verwerflich und gefährlich) waren als das Aufhängen eines plumpen antiislamischen Posters durch eine Einzelperson. Solche Einordnungen sind nicht nur ziemlich überflüssig (denn das staatliche Einschreiten gegen die fraglichen Diskriminierungen war in beiden Fällen rechtmässig). Wenn der Gerichtshof bestimmte herabsetzende Äusserungen als vergleichsweise wenig(er) gravierend einstuft, droht er sie zudem ungewollt zu verharmlosen.

DR. FRANZ ZELLER, BERN

## Mangelnde Sorgfalt beim Korruptionsvorwurf

Urteil der 4. Kammer  
«Flux c. Moldawien (No. 6)»  
vom 29.7.2008 (N° 22824/04)

Am 4. Februar 2003 druckte die moldawische Zeitung Flux einen anonymen Brief einer Gruppe unzufriedener Eltern von Gymnasiasten ab. Er enthielt schwere Vorwürfe gegen den Vorsteher des Gymnasiums Spiru Haret, dem u.a. die Annahme von Schmiergeldern als Gegenleistung für die Einschreibung von Schülern angelastet wurde.

Die Schulleitung warf der Zeitung Sensationsgier vor und bemängelte, dass sie nicht um eine Stellungnahme angefragt worden war. Den von der Schule verlangten Abdruck einer Entgegnung verweigerte die Zeitung. Stattdessen bekräftigte sie in einem Artikel vom 14. Februar die Vorwürfe der Eltern. In einem allfälligen Ehrverletzungsverfahren werde die Zeitung sicherlich Zeugen finden, die ihre Angst überwinden und gegen den Schulleiter aussagen würden.

Im anschliessenden Zivilverfahren wurde die Zeitung in einem von zahlreichen eingeklagten Punkten verurteilt und zur Publikation einer Entschuldigung sowie zur Bezahlung einer Entschädigung von umgerechnet rund 90 Euro an den Schulleiter verpflichtet. Nach Auffassung der moldawischen Ziviljustiz war der Vorwurf der Schmiergeldannahme trotz der Aussagen von drei Zeugen nicht rechtmässig. Das zuständige Bezirksgericht hatte zwar keine Zweifel an der Glaubwürdigkeit der Zeugenaussagen. Sie seien aber nicht ausreichend, um die Unschuldsumutung erschüttern zu können. Das Gericht beharrte darauf, dass ein solcher Vorwurf strafbaren Verhaltens nur durch das Urteil eines Strafgerichts belegt werden könne.

«The court has no reason not to believe the witnesses V.L., C.G. and M.N. However, in order to be able to declare publicly that someone is accepting bribes, there is a need for a criminal-court decision finding that person guilty of brib-

ery. Since there is no such finding against [the principal], he cannot be accused of bribery.»

Der Gerichtshof konnte sich mit dieser Sichtweise der rumänischen Justiz nicht anfreunden:

«The Court would underline that it does not accept the reasoning of the first-instance court, namely that the allegations of serious misconduct levelled against the claimant should have first been proved in criminal proceedings.»

Dennoch war eine Mehrheit des Gerichtshofs (4 gegen 3 Stimmen) der Ansicht, dass die Verurteilung der Zeitung gerechtfertigt war. Sie begründete dies primär mit der Missachtung journalistischer Sorgfaltsregeln.

«29. It notes that despite the seriousness of the accusations made against the principal contained in the anonymous letter published on 4 February 2003, the journalist made no attempt to contact him and ask his opinion on the matter. Nor does it appear from the text of the article that the journalist conducted any form of investigation into the matters mentioned in the anonymous letter. Moreover, when the principal and the editorial staff of the school newspaper requested the right to publish a reply, this was refused on the ground that their reply was considered offensive. Having regard to the terms of the reply published in the Jurnal de Chisinau, the Court does not find the language used offensive. The principal did accuse the applicant newspaper of unprofessional conduct but such reaction was only normal and proportionate to the content of the first article.

30. In response to the principal's reply, the applicant newspaper published a further article on 14 February 2003. It argued before the Court that the purpose of that article was to discuss issues of public interest (see paragraph 19 above); however, in view of the repetition of some of the accusations made against the principal taken from the article of 4 February 2003 and of the language used, the Court regards this article more as a form of reprisal against the persons who had questioned the newspaper's professionalism. Indeed, the tone of the article indicates a degree of mockery and the article contains innuendo about an alleged personal relationship between the principal and a teacher, without any evidence of such or regard to the reputation and authority which school teachers must have in the eyes of their pupils.»

Die Meinungsfreiheit rechtfertige es nicht, Einzelpersonen in unverantwortlicher Weise krimineller Handlungen zu bezichtigen, ohne ihnen eine Möglichkeit zu geben, diesen Anschuldigungen zu entgegnen. Die relativ moderate Sanktion gegen die unprofessionell handelnde Zeitung bedeute einen zulässigen, in einer demokratischen Gesellschaft notwendigen Eingriff in die Meinungsfreiheit.

«34. In view of the above and of the fact that the applicant newspaper acted in flagrant disregard of the duties of responsible journalism and thus undermined the Convention

rights of others, the interference with the exercise of its right to freedom of expression was justified. Accordingly, there has been no violation of Article 10 of the Convention.»

In einer abweichenden Meinung (dissenting opinion) übte Richter Bonello (unterstützt von zwei weiteren Richtern) vehemente Kritik an der Mehrheitsauffassung. Der Verzicht auf das Einholen einer Stellungnahme des Schulleiters sei nachvollziehbar, da dessen Antwort völlig vorhersehbar gewesen sei:

«Don't ask a stupid question, and you're in trouble in Strasbourg. At this point the Court loses me.»

Die Mehrheit vermische juristische und ethische Grundsätze, wenn sie den Verzicht auf den Abdruck einer Entgegnung bemängle:

«The Court has also faulted the newspaper for failing to publish a fraught reply from the principal of the school. Surely this is confusing two totally separate issues. If the paper unreasonably failed to publish a reply, it should have been penalised – and rightly so – by the competent domestic overseer of communication ethics for defaulting in journalistic ethical duties. But a breach of an ethical duty, subsequent in time to the publication of alleged defamation, fails to render a newspaper retroactively guilty of defamation – the editor can be censured for failure to perform an ethical duty, but no way for libel. The Court did not see that these are wholly distinct issues which needed to be resolved separately. Instead it endorsed a finding of defamation when all it established was a deficit of professional correctness.»

Nach Auffassung der Minderheit wird das professionelle (Fehl-)Verhalten dadurch höher gewichtet als die Aufdeckung von Korruption:

«I fear this judgment has thrown the protection of freedom of expression as far back as it possibly could. Journalists have been told what to expect if they publish anything disturbing to the authorities, however pressing the social need and sufficient the factual basis are, if their professional behaviour leaves anything to be desired. Even if alarming facts are sufficiently borne out by evidence, in the balancing exercise to establish proportionality, disregard for professional norms is deemed by Strasbourg to be more serious than the suppression of democratic debate on public corruption. To put it differently, in the Court's view the social need to fight poor journalism is more pressing than that of fighting rich corruption. The «chilling effect» of sanctions against press freedom dreaded by the Court's old case-law has materialised through the Court's new one.» ■

#### ANMERKUNGEN:

Die aussergewöhnlich scharf formulierte Kritik der Gerichtsminderheit an diesem Urteil schiesst teilweise übers Ziel hinaus. So ist es nicht angebracht, den anerkannten Grundsatz der Anhörung bei

gravierenden Vorwürfen als Pflicht zum Stellen dummer Fragen abzutun. Die Begründung der Mehrheit ist dennoch in verschiedener Hinsicht nicht über alle Zweifel erhaben.

1. Nicht richtig deutlich wird zunächst, weshalb die von der moldawischen Justiz als glaubhaft eingestuften Zeugenaussagen für das Führen des Entlastungsbeweises unzureichend waren. Die Begründung des erstinstanzlichen Gerichts war in sich kohärent: Den Entlastungsbeweis für den Vorwurf strafbaren Verhaltens vermöge nur ein Urteil des zuständigen Strafgerichts zu erbringen. Diese Anforderung ist aber auch der Mehrheit der 4. EGMR-Kammer zu streng, und sie schliesst den Entlastungsbeweis in solchen Konstellationen nicht aus. Sie lässt aber Zeugenaussagen nicht genügen, obwohl der angegriffene Schulleiter ihre Glaubwürdigkeit im Ehrverletzungsprozess offenbar nicht zu entkräften vermochte. Unklar bleibt, mit welchen anderen Mitteln der Wahrheitsbeweis für den Korruptionsvorwurf erbracht werden könnte.

2. Diffus ist zweitens der Hinweis der Gerichtsmehrheit auf die journalistische Ethik. Sie beanstandet nicht zuletzt den Verzicht auf den Abdruck einer Entgegnung des angegriffenen Schulleiters. Dieser – aus ethischen Gründen tatsächlich problematische – Verzicht war aber gar nicht kausal für die Ehrverletzung und damit für den Schuldspruch. Dies bemängelte die Gerichtsminderheit zu Recht.

Zusammenfassend wird man sagen können, dass in dieser Angelegenheit niemand eine Sternstunde erlebte: Weder der professionelle Journalismus durch die moldawischen Zeitungsberichte noch die Strassburger Rechtsprechung durch die Begründung der 4. Kammer.

DR. FRANZ ZELLER, BERN

.....

## Weitere Strassburger Rechtsprechung:

- Unverantwortliche und bösgläubige Medienkampagne wegen angeblicher Korruption des früheren Verteidigungsministers rechtfertigt Verurteilung einer Morgenzeitung zum Bezahlen einer Entschädigung von mehr als 50'000 Euro. (Urteil der 1. Kammer N° 17550/03 «Alithia Publishing Company Ltd & Constantinides c. Zypern» vom 22.5.2008)
- Bestrafung des Co-Autors des 2001 veröffentlichten Buchs «Révélation\$» wegen des ehrverletzenden Vorwurfs an einen Anwalt, er habe Kontakte mit dem organisierten Verbrechen: Die zuständige Kammer verneint mit 4 gegen 3 Stimmen eine Missachtung der Meinungsfreiheit, da die fragliche Passage nicht auf einer ausreichenden Tatsachengrundlage beruhte und die Sanktion (Busse von 1'500 Euro) moderat war. (Urteil der 2. Kammer N° 24261/05 «Bacles c. Luxemburg» vom 8.7.2008)

- Mit 4 gegen 3 Stimmen als rechtmässig betrachtete Disziplinierung eines Anwalts, der in einer Rechtschrift die Wiener Lebensmittelbehörde ohne ausreichende Tatsachengrundlage des Schummelversuchs bezichtigt hatte. (Urteil der 1. Kammer N° 513/05 «Schmidt c. Österreich» vom 17.7.2008)
- Missachtung der Meinungsfreiheit eines Lehrers, der ein Flugblatt mit gutgläubig erhobenen Vorwürfen finanzieller Unregelmässigkeiten gegen Politiker verfasst und verteilt hatte und deswegen zivilrechtlich verurteilt wurde. (Urteil der 4. Kammer N° 57659/00 «Kita c. Polen» vom 8.7.2008)
- Missachtung der Meinungsfreiheit durch Bestrafung eines Politikwissenschaftlers, der in einem Zeitungsartikel einen Lokalpolitiker von Palermo und Verteidiger in einem Mafiaprozess scharf kritisiert, aber in seinem provokativ formulierten Text keine haltlosen Vorwürfe erhoben hatte. (Urteil der 2. Kammer N° 42211/07 «Riolo c. Italien» vom 17.7.2008)
- Scharfe Zeitungskritik an einem umstrittenen Politiker («notorious crazy nationalist») vermag keine Verurteilung zu rechtfertigen. Zudem war die zugesprochene Genugtuungssumme von 58'000 Euro an sich schon unverhältnismässig. (Urteil der 1. Kammer N° 15909/06 «I Avgi Publishing and Press Agency S.A. & Karis c. Griechenland» vom 5.6.2008)
- Auf zu grossem behördlichen Ermessen beruhende und kaum begründete Verweigerung einer Fernsehkonzession stellt keine ausreichende Sicherung gegen Willkür dar und missachtet die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK). (Urteil der 3. Kammer N° 32283/04 «Meltex Ltd and Mesrop Movsesyan c. Armenien» vom 17.6.2008)
- Missachtung der Meinungsfreiheit durch Konfiskation von angeblich propagandistischen Büchern und Kassetten. Die türkische Regierung konnte vor dem Gerichtshof ihre Behauptung nicht belegen, dass die konfiszierten Inhalte sozialen und rassistischen Hass schürten. (Urteil der 4. Kammer N° 28940/95 «Foka c. Türkei» vom 24.6.2008)
- Missachtung der Meinungsfreiheit eines linken Politikers, der an einer Kundgebung in Budapest einen roten Stern getragen hatte und wegen Tragens eines totalitären Symbols bestraft wurde. (Urteil der 2. Kammer N° 33629/06 «Vajnai c. Ungarn» vom 8.7.2008) ■

D'AUTRE PART

UND AUSSERDEM

**Einsichtnahme in Einstellungs- und Nichtanhandnahmeverfügungen bei Strafverfahren**

Urteil des Bundesgerichts vom  
2. April 2008 (1C\_302/2007);  
Publikation vorgesehen

Im August 2006 ersuchten Erwin Kessler und der Verein gegen Tierfabriken Schweiz bei der Staatsanwaltschaft des Kantons Thurgau um Einsicht in die in den vorangegangenen fünf Jahren vom Bezirksamt Arbon erlassenen Strafentscheide, inklusive Nichtanhandnahme- und Einstellungsverfügungen, betreffend die Inhaber einer Pferdehandlung. Gegen diese waren verschiedene Anzeigen aus Tierschutzkreisen sowie Verzeigungen des kantonalen Veterinäramts ergangen wegen Verstoss gegen tierschutzgesetzliche Vorschriften bei der Haltung von 80 Pferden. Laut den Beschwerdeführern seien diese Anzeigen und Verfahren «auf dubiose Weise allesamt im Sand verlaufen» bzw. vom zuständigen Bezirksamt «sang- und klanglos» eingestellt worden.

Die Thurgauer Staatsanwaltschaft wies das Begehren ab, die zuständigen kantonalen Beschwerdeinstanzen hoben indessen diesen Entscheid teilweise auf. Das Begehren um Einsicht in die materiellen Strafentscheide wurde vom Obergericht an das zuständige Bezirksamt überwiesen. Das Gesuch um Einsicht in die Nichtanhandnahme- und Einstellungsverfügungen des Bezirksamtes dagegen wurde von der Anklagekammer abgewiesen. Die Beschwerdeführer fochten diesen Entscheid der Anklagekammer beim Bundesgericht an und verlangten seine Aufhebung.

Ausgangspunkt und Fundament des bundesgerichtlichen Entscheides sind die ausführlich zitierten Ausführungen in BGE 124 IV 234, der den Fall eines Strafanzeigers betraf, dem die Einsicht in einen rechtskräftigen Strafbescheid verweigert worden war. Dort wurde unter Verweis auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II und Art. 30 Abs. 3 BV zum Anspruch auf Öffentlichkeit der Urteilsverkündung festgehalten: «Der Anspruch auf öffentliche Urteilsverkündung bedeutet eine Absage an jede Form geheimer Kabinettsjustiz. Die Kontrolle durch die Öffentlichkeit soll nicht nur eine korrekte und gesetzmässige Behandlung der Verfahrensbeteiligten durch die Strafjustiz gewährleisten. Die allgemeine Öffentlichkeit soll darüber hinaus Kenntnis erhalten können, wie das Recht verwaltet und wie die Rechtspflege ausgeübt wird. Der Öffentlichkeitsgrundsatz sorgt damit auch für Transparenz in der Rechtspflege, die eine demokratische Kontrolle durch das Volk erst ermöglicht

und als wesentliches Element des Rechts auf ein faires Verfahren zu den Grundlagen eines demokratischen Rechtsstaates gehört [...]. Der entsprechende Informationsanspruch steht daher nicht nur den Parteien des Strafverfahrens zu, sondern grundsätzlich auch der interessierten Öffentlichkeit [...]. Zwar verlangt das Bundesgericht, dass die Person, welche Einsicht in Strafverfügungen verlangt, ein berechtigtes Interesse darlegt. Für behördliche Einschränkungen des Einsichtsrechtes sind jedoch strenge Massstäbe anzulegen. Es genügt deshalb, wenn der Gesuchsteller ein ernsthaftes Interesse an der Kenntnisnahme glaubhaft macht» (E. 5.1; ähnlich auch in E. 6.1 und 6.5).

Die Auffassung der Vorinstanz, dass Einstellungs- und Nichtanhandnahmeverfügungen keine oder nur beschränkte materielle Rechtskraft nach sich zögen und deshalb nicht dem Anspruch auf Öffentlichkeit der Urteilsverkündung unterliegen würden, wurde als zu formalistisch gerügt. Sie trage weder dem «rechtsstaatlichen Öffentlichkeitsgrundsatz ausreichend Rechnung noch den individuellen Grundrechten von Privaten mit schutzwürdigen Informationsinteressen» (E. 6 und 6.4).

Weiter wird dargelegt: «In begründeten Fällen kann die Öffentlichkeit und können interessierte Private durchaus ein legitimes Interesse an der Klärung der Frage haben, weshalb es zu nichtgerichtlichen Verfahrenserledigungen ohne Straffolgen durch Sach- und Prozessentscheide kommt. Ein solches Informationsbedürfnis kann sich insbesondere bei systematischen bzw. auffällig häufigen Verfahrenserledigungen dieser Art durch Ermittlungs- und Untersuchungsbehörden bzw. Staatsanwaltschaften aufdrängen, gerade in Bereichen, die auf ein besonderes Interesse der Öffentlichkeit stossen. Bei nicht verfahrensbeteiligten Dritten erscheint es allerdings geboten, ein schutzwürdiges Informationsinteresse zu verlangen [...]. Ein solches Interesse ist ausserdem (im Lichte des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes) gegen allfällige besondere Geheimhaltungsinteressen der Justizbehörden oder von mitbetroffenen Dritten abzuwägen [...]. Einsichtsgesuche dürfen insbesondere das gute Funktionieren der Strafjustiz nicht gefährden und finden eine Schranke auch am Rechtsmissbrauchsverbot. Bei entgegenstehenden privaten oder öffentlichen Interessen ist allerdings zu prüfen, ob diesen durch Kürzung oder Anonymisierung ausreichend Rechnung getragen werden kann [...]» (E. 6.3).

Dann aber wird einschränkend ausgeführt, dass sich aus Art. 30 Abs. 3 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK «kein pauschaler und unbeschränkter Anspruch von nicht verfahrensbeteiligten Dritten [ergibt], in Straferkenntnisse bzw. Einstellungs- und Nichtanhandnahmeverfügungen Einsicht zu nehmen. Art. 30 BV bezeichne als Grundrechtsträger jene Person, «deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss». Auch Art. 6 Ziff. 1 EMRK schütze primär den Angeklagten und die übrigen Parteien des Strafverfahrens. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sei

jedoch «der rechtsstaatlichen Funktion und dem Schutzbereich des Öffentlichkeitsgrundsatzes» ausreichend Rechnung zu tragen. «Insbesondere hat der demokratische Rechtsstaat sicherzustellen, dass sich Medien, aber auch interessierte Institutionen und Private mit schutzwürdigen Informationsinteressen, über wichtige Bereiche der Justiztätigkeit ausreichend informieren können. Der betreffende Anspruch steht nicht nur den Parteien des Strafverfahrens zu, sondern auch der interessierten Öffentlichkeit.» Angesichts der «zentralen rechtsstaatlichen Funktion des Öffentlichkeitsprinzips» sei kein überzeugender Grund ersichtlich, diese Praxis ausnahmslos auf materielle Straferkenntnisse zu beschränken (E. 6.5).

Zusammenfassend befand das Bundesgericht: «Nach dem Gesagten kann aus dem grundrechtlich verankerten rechtsstaatlichen Öffentlichkeitsprinzip (Art. 30 Abs. 3 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK) ein Informationsanspruch und Einsichtsrecht fliessen, sofern der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Informationsinteresse nachweisen kann und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen der beantragten Einsichtnahme entgegenstehen.» (E. 6.6).

Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gut. Der angefochtene Entscheid wurde zur Neuurteilung – insb. unter Durchführung einer Interessenabwägung im Sinne der bundesgerichtlichen Erwägungen – an die Vorinstanz zurückgewiesen (E. 6.8). ■

#### ANMERKUNGEN:

Mit diesem Urteil hat das Bundesgericht einen wertvollen Beitrag zur Klärung der praktischen Tragweite des Grundsatzes der Justizöffentlichkeit geleistet und dessen Schutzbereich eindeutig erweitert, namentlich gegenüber BGE 124 IV 234, auf dem es aufbaut. Die deutlichen Feststellungen, dass auch Einstellungs- und Nichtanhandnahmeverfügungen dem Prinzip der Öffentlichkeit der Justiz nach Art. 30 Abs. 3 BV unterliegen und dass damit nicht nur Verfahrensbeteiligte, wie etwa der Anzeiger, ein Einsichtsrecht haben, sind vorbehaltlos zu begrüssen. Die Begründung, gestützt auf die das Bundesgericht zu diesen Ergebnissen kommt, ist indes in sich nicht geschlossen und wirft einige Fragen, namentlich in dogmatischer und terminologischer Hinsicht, auf.

Vorweg zu klären ist eine etwas unklare Verwendung des Begriffs «Öffentlichkeitsprinzip» im vorliegenden Urteil. Das Bundesgericht beruft sich in seinem Entscheid verschiedentlich auf das «Öffentlichkeitsprinzip», meint damit aber eigentlich «nur» den Anspruch auf öffentliche Urteilsverkündung in Zusammenhang mit dem Anspruch auf öffentliche Gerichtsverhandlung. Dieser in Art. 30 Abs. 3 BV verankerte Grundsatz der Justizöffentlichkeit erfasst weite Teile des gerichtlichen Verfahrens sowie die Justizverwaltung nicht. Damit ist der Grundsatz der Justizöffentlichkeit schon hinsichtlich seiner Tragweite zu unterscheiden vom Grundsatz der Verwaltungsöffentlichkeit, wie ihn verschiedene kantonale Verfassungen und Gesetze kennen und wie ihn auch der Bund mit dem Öffentlichkeitsgesetz eingeführt hat. Beide Prinzipien – der Grundsatz der Justizöffentlichkeit und der Grundsatz der Verwaltungsöffentlichkeit – dienen letztlich denselben Anliegen (insb. Gewährleistung der Nachvollziehbarkeit und Legitimierung von behördlichen Entscheiden, Möglichkeit demokratischer Kontrolle, Sicherung bzw. Verbesserung der Glaubwürdigkeit der Institutionen) und sind so Teil eines umfassenden Transparenzgrundsatzes. Eine Differenzierung zwischen den beiden Transparenzverpflichtungen ist dennoch erforderlich, denn Tragweite und Modalitäten der durch die beiden Grundsätze vermittelten individuellen Zugangsrechte sind unterschiedlich.

Das Urteil betont an verschiedenen Stellen – und in diesem relativ kurzen Entscheid mutet das fast schon mantrahaft an – die Wichtigkeit des Transparenzanspruches der allgemeinen Öffentlichkeit (in E. 5.1, 6.1 und 6.5). Das Ergebnis des Entscheides – dass nämlich für den Zugang ein Interesse glaubhaft gemacht werden muss – steht dann allerdings dazu in einem gewissen Widerspruch. Das legt die Annahme nahe, dass bei der Begründung nicht klar zwischen Zugangs voraussetzungen und Voraussetzungen der Beschränkung des Zugangsrechts unterschieden wurde. Wenn der Transparenzanspruch der allgemeinen Öffentlichkeit wirklich eine derart grundlegende Bedeutung hat – woran nicht zu zweifeln ist – müsste er voraussetzungslos anerkannt werden, als gleichsam «kollektiver» Zugang, so wie das für das Prinzip der Verwaltungsöffentlichkeit der Standard ist. Der legitime Schutz überwiegender öffentlicher und privater Interessen (dem Zugangsanspruch steht namentlich der Anspruch des Beschuldigten auf Schutz seiner Personendaten nach Art. 13 Abs. 2 BV gegenüber) kann ohne Weiteres durch eine Beschränkung des Zugangsrechts aufgrund einer Interessenabwägung im konkreten Fall gewährleistet werden.

Vielleicht wäre in diesem Zusammenhang auch eine vertieftere Auseinandersetzung mit der Frage sinnvoll gewesen, wer aus Art. 30 Abs. 3 BV Ansprüche auf Zugang zu bestimmten Informationen bzw. Dokumenten ableiten kann (E. 6.5), zumal solche Ansprüche sich erst indirekt ergeben. Nach dem Wortlaut der Verfassungsbestimmung («Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung sind öffentlich») ist es durchaus zulässig, diesen Kreis breit zu fassen. Dass Art. 30 BV in erster Linie die Person schützt, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden soll, bedeutet jedenfalls nicht von vornherein, dass der Kreis derjenigen, die Zugang zu bestimmten verfahrensrelevanten Dokumenten verlangen können, einzuschränken ist. Eine Konkretisierung könnte sich allenfalls auch aus dem kantonalen Verfahrens- und Justizorganisationsrecht ergeben.

Erstaunlicherweise wurde für die Begründung auch das Recht auf Einsicht in die Akten abgeschlossener Verfahren (bzw. ausserhalb eines Verfahrens), das aus Art. 29 Abs. 2 BV abgeleitet wird, nicht einmal als Analogie herangezogen, obwohl zu einem analogen Ergebnis gelangt wird: Der Anspruch auf Einsicht in die Akten abgeschlossener Verfahren gestützt auf Art. 29 Abs. 2 BV ist nach Lehre und Rechtsprechung von einem schutzwürdigen Interesse der Einsicht verlangenden Person abhängig (vgl. BGE 129 I 249, E. 3). Die Schwelle für die Einsichtnahme ist höher als beim allgemeinen Zugangsrecht (etwa nach BGO), dafür geht der Zugangsanspruch grundsätzlich weiter, indem u.a. Personendaten der Verfahrensbeteiligten eingesehen werden können. Da das Bundesgericht die beiden Zugangsansprüche einander nicht explizit gegenübergestellt hat, bleibt namentlich unklar, welche Anforderungen im Falle des auf Art. 30 Abs. 3 BV gestützten Zugangsrechts an den Interessenachweis gestellt werden. In Erwägung 5.1 des hier zu kommentierenden Urteils (wo die gleich lautende Formulierung aus BGE 124 IV 234, E. 3.d, übernommen wird) wird dazu ausgeführt, dass es genügt, wenn der Gesuchsteller ein «ernsthaftes» Interesse geltend macht. Das impliziert eigentlich, dass ausser blosser Neugier wohl fast jede einigermaßen substantiierte Begründung akzeptiert werden müsste. In der Folge wird dann aber doch ein «schutzwürdiges» Interesse verlangt (E. 6.3), was deutlich strenger scheint.

Bezüglich der im Urteil verwendeten Begriffe könnte noch eine Anzahl weiterer Fragen aufgeworfen werden. So wird nicht ganz klar, ob sich nach Auffassung des Bundesgerichts die «interessierte Öffentlichkeit» auf alle diejenigen Personen beschränkt, die ein besonderes Interesse geltend machen können (E. 6.5). Etwas unklar bleibt weiter auch, ob das Bundesgericht davon ausgeht, dass die Verwirklichung des Öffentlichkeitsgebots von Art. 30 Abs. 3 BV ohnehin in erster Linie durch die Vermittlung der Medien und anderer interessierter Kreise erfolgen soll: Würde allenfalls gar eine bloss mittelbare Justizöffentlichkeit ausreichen, um den verfassungsmässigen Anforderungen zu genügen (ebenfalls E. 6.5)?

Schliesslich – ein kurzer Exkurs – noch ein Hinweis zur im Urteil nicht gezogenen Parallele zwischen Justizöffentlichkeit und Verwaltungsöffentlichkeit: Ein solches Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung, wie es der Bund seit kurzem kennt und wie es auch in einigen Kantonen bereits gilt, besteht im Kanton Thurgau nicht (allerdings verpflichtet §11 Abs. 2 der Kantonsverfassung die Behörden



concernant Z. s'était terminée la semaine précédente, avant la manifestation des symptômes qu'elle présentait; il ne restait plus à celle-ci qu'à s'exprimer sur sa situation personnelle et à assister à la plaidoirie de son avocat.

Les débats ont pris fin le 24 novembre 2006, sans Z., dont le défenseur était toutefois présent. Statuant sur le recours formé par Z. contre ce jugement, la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal vaudois l'a rejeté par arrêt du 21 juin 2007. Agissant par l'entremise de son avocat, Z. forme un recours en matière pénale au Tribunal fédéral. Elle invoque en particulier la violation de son droit d'être entendu, de même qu'une mauvaise application de l'art. 174 CP. Elle conclut principalement à son acquittement et à la suppression de l'indemnité pour tort moral qu'elle a été astreinte à verser, subsidiairement à l'annulation de l'arrêt attaqué.

Le Tribunal fédéral rappelle en premier lieu quel le droit de l'accusé d'être jugé en sa présence découle de l'art. 6 CEDH, considéré dans son ensemble, de l'art. 14 du Pacte ONU 2 ainsi que du droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. Ce droit n'est toutefois pas absolu; la Constitution et la Convention ne s'opposent pas à ce que les débats aient lieu en l'absence de l'accusé, lorsque celui-ci refuse d'y participer ou lorsqu'il se place fautivement dans l'incapacité de le faire (ATF 129 II 56 consid. 6.2 p. 59/60). Dans le cas particulier, le refus d'ajourner les débats a été justifié par le fait que le certificat médical du 6 novembre 2006 ne permettait pas de conclure à une incapacité de la recourante d'être présente à l'audience. Il repose donc sur une appréciation de ce certificat, de sorte que la question est de savoir si cette appréciation est arbitraire.

L'arrêt attaqué constate, sans être contredit, que les affections psychologiques décrites dans le certificat médical du 6 novembre 2006 trouvent leur origine dans la procédure elle-même, qui en est donc la cause, du moins essentielle. Il en ressort par ailleurs que, jusqu'au 3 novembre 2006, la recourante a pu assister à son procès sans difficulté particulière; le contraire n'est en tout cas pas établi. Or, à ce stade, l'instruction de la cause concernant la recourante était pratiquement terminée, sous réserve de l'audition du témoin S., dont il a toutefois été constaté, sans arbitraire qui soit démontré, que son témoignage, recueilli le lundi 6 novembre 2006 en présence du défenseur de la recourante, n'était pas déterminant pour le jugement. Autrement dit, la recourante n'avait plus guère qu'à s'exprimer sur sa situation personnelle, à indiquer si elle avait quelque chose à ajouter et à assister à la plaidoirie de son défenseur. Dans ces conditions, la cour cantonale pouvait considérer que, nonobstant les troubles anxieux, étroitement liés à la procédure, décrits dans le certificat médical du 6 novembre 2006, la recourante n'était pas incapable de se présenter à l'audience pour assister aux opérations qui restaient à mener. Elle pouvait du moins l'admettre sans arbitraire au sens défini ci-dessus, cela d'autant plus que les troubles présentés par la recourante ne l'ont pas empêchée de s'adresser parallèlement au tribunal et au prési-

dent du Grand Conseil par des fax et courrier dénotant, selon les faits retenus, qu'elle était en possession de ses moyens et n'avait rien perdu de sa combativité.

Il découle de ce qui précède que l'autorité cantonale pouvait retenir sans arbitraire que les troubles que présentait la recourante ne la rendaient pas incapable de participer à la suite des débats, notamment aux dernières opérations qui restaient à accomplir, mais qu'elle aurait été à même de le faire si elle l'avait voulu. Dès lors, la recourante ne saurait se plaindre d'avoir été privée de prendre part à l'entier des débats en violation de son droit d'être entendue, ni, subséquentement, d'une violation arbitraire de l'art. 359 CPP/VD à raison du fait que, faute d'être présente, elle n'a pu s'exprimer en dernier lieu. Le Tribunal fédéral écarte ainsi ce grief.

S'agissant de l'infraction de calomnie qualifiée, le Tribunal fédéral ne fait pas davantage droit aux arguments soulevés par la recourante.

En effet, contrairement à ce qu'estime la recourante, les assertions reprochées ne visent pas uniquement à ternir la réputation professionnelle de l'intimé. Elles ne se réduisent pas à faire apparaître ce dernier comme un avocat sans scrupules, qui trahirait gravement la confiance de ses clients. A travers l'accusation portée contre lui, elles le font apparaître comme un homme vil et méprisable. Elles ne l'abaissent pas seulement dans ses qualités professionnelles, mais sont propres à l'exposer au mépris en tant qu'être humain. Au demeurant, les propos incriminés font en outre peser sur l'intimé le soupçon d'être mêlé à une obscure affaire de faux, ce qui revient à laisser entendre qu'il pourrait avoir commis une ou des infractions; dans cette mesure, ils visent uniquement l'homme en tant que tel, et non l'avocat. C'est donc sans violation du droit fédéral que les allégations litigieuses ont été considérées comme attentatoires à l'honneur au sens de art. 173 ss CP. Pour le surplus, il n'est à juste titre pas contesté, au vu des faits retenus, que les autres conditions de l'infraction de calomnie qualifiée sont réalisées. Le grief doit dès lors être rejeté. Enfin l'allocation d'une indemnité pour tort moral au sens de l'art. 49 CO a également été confirmée par la Haute Cour. Le Tribunal fédéral a rejeté le recours. ■

## Rechtmässige Medienmitteilung der Bundesanwaltschaft im Fall Behring

Entscheidung des Bundesstrafgerichts vom 20. Juni 2008 (BB.2008.20)

Am 21. Februar 2008 schaltete die Bundesanwaltschaft eine Medienmitteilung mit dem Titel «Orientierung zuhan-

den der Geschädigten und der Öffentlichkeit» auf ihre Homepage auf. Diese Medienmitteilung weist den Betreff «Ermittlungsverfahren gegen A. und Mitbeschuldigte» auf und äussert sich zu diversen Aspekten des laufenden Ermittlungsverfahrens. Gegen diese Publikation führte der Beschwerdeführer beim Bundesstrafgericht Beschwerde und machte einerseits geltend, dass die Bundesanwaltschaft von allen 12 Beschuldigten einzig den Namen des Beschwerdeführers öffentlich bekannt gab und damit das Gleichbehandlungsgebot von Art. 8 und 29 BV sowie die Grundsätze des fair trial sowie der Unschuldsvermutung verletzte. Das Bundesstrafgericht trat auf die Beschwerde nicht ein.

Das Bundesstrafgericht weist in ihrem Entscheid darauf hin, dass die eidgenössische Voruntersuchung grundsätzlich geheim ist, was auch für das gerichtspolizeiliche Ermittlungsverfahren gilt. In Bezug auf die Publikumsöffentlichkeit des Ermittlungsverfahrens ist festzuhalten, dass die Unterrichtung der Allgemeinheit durch allgemeine Mitteilungen oder Benachrichtigung von Kriminalberichterstatern statthaft ist, wenn diese Vorkehrungen vom Untersuchungszweck her unbedingt und zwingend geboten sind. Bei publizitätsträchtigen Fällen kann ein legitimes Bedürfnis der Öffentlichkeit bestehen, über den Stand der Untersuchung informiert zu werden, namentlich wenn das Verfahren lange dauert. Dabei sind aber immer der Persönlichkeitsschutz und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu respektieren.

«Alle Äusserungen, die Behörden oder andere öffentliche Stellen über ein anhängiges oder einzuleitendes Strafverfahren abgeben, müssen als Aussenwirkungen dieses Verfahrens der Unschuldsvermutung Rechnung tragen. Dies erfordert Zurückhaltung bei der Wortwahl und Vermeidung jeder vorzeitigen Schuldzuweisung und Verzicht auf jede sachlich nicht gebotene Blossstellung des Beschuldigten. Eine vom Äusserungszweck her nicht gebotene Identifizierung des Beschuldigten hat zu unterbleiben, sofern dieser im Zusammenhang mit dem Tatvorwurf nicht ohnehin in der Öffentlichkeit bereits bekannt ist (Gollwitzer, Menschenrechte im Strafverfahren MRK und IPBPR, Berlin 2005, Art. 6 EMRK N. 131 m.w.H.). Die Nennung des Namens und etwa die Publikation von Photos des Verdächtigen ist einzig dann zulässig, wenn nur auf diese Weise einem legitimen Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit entsprochen werden kann oder dies für die Strafverfolgung geboten erscheint (Müller, Grundrechte in der Schweiz – Im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK, 3. Aufl., Bern 1999, S. 565 m.w.H.)

Das vorliegende Strafverfahren, welches die strafrechtliche Aufarbeitung eines Anlagesystems zum Gegenstand hat, stösst seit Beginn auf reges Interesse in der Öffentlichkeit. So haben sich denn auch den Angaben der Beschwerdegegnerin zufolge bisher rund 1'000 Anleger bei dieser gemeldet, wobei die Mehrzahl von ihnen im Verfahren Schadenersatzansprüche geltend macht. Insofern und angesichts

der bisherigen Dauer des Ermittlungsverfahrens ist die Publikation einer Orientierung zu Handen der Öffentlichkeit nicht zu beanstanden.

Die Frage nach der Zulässigkeit der Nennung des Namens des mitbeschuldigten Beschwerdeführers bedarf demgegenüber zusätzlicher Differenzierung. Dessen Rüge, wonach infolge der Nennung seines, nicht jedoch der Namen der Mitbeschuldigten das Gleichbehandlungsgebot nach Art. 8 BV verletzt sei, geht insofern fehl, als die Stellung des Beschwerdeführers in der Öffentlichkeit tatsächlich anders zu beurteilen ist, als die der im Rahmen des vorliegenden Verfahrens Mitbeschuldigten. So hat der Beschwerdeführer selber bisher mehrfach bewusst den Gang an die Öffentlichkeit gesucht oder im Rahmen von Interviews gegenüber den Medien Stellung genommen. Neuerdings bedient er auch über die von ihm betriebene Website B. die Öffentlichkeit mit verschiedenen, das laufende Strafverfahren betreffende Informationen. Die alleinige Nennung des Namens des Beschwerdeführers, nicht jedoch der Namen der übrigen Mitbeschuldigten erscheint vor diesem Hintergrund nicht als Verstoss gegen das Gleichbehandlungsgebot.

Eine vom Beschwerdeführer geltend gemachte Vorverurteilung bzw. die Begünstigung einer solchen kann aufgrund der Formulierung der angefochtenen Orientierung nicht ausgemacht werden. Eingang explizit erwähnt wird, dass für sämtliche Beschuldigten im Strafverfahren die Unschuldsvermutung gilt. Betreffend die in der Orientierung geschilderten Erkenntnisse wird sogar unterstrichen, dass es sich hierbei lediglich um eine Verdachtslage handelt. Schliesslich ist es aufgrund der Formulierung des Textes nicht möglich, einzelne der explizit erwähnten Tatbeiträge den einzelnen Beschuldigten und somit auch dem Beschwerdeführer zuzuordnen. Von einer Vorverurteilung des Beschwerdeführers durch das kritisierte Orientierungsschreiben kann daher nicht gesprochen werden.

Unter dem Aspekt des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes stellt sich die Frage nach der gewählten Form der Publikation. Die Orientierung der Öffentlichkeit per Internet richtet sich einerseits (potentiell) an ein weltweites Publikum. Mehr ins Gewicht fällt bei der Verhältnismässigkeitsprüfung jedoch andererseits das Fortbestehen der Orientierung auf dem Internet. Die angefochtene Orientierung ist auch zum jetzigen Zeitpunkt immer noch unter der Rubrik „Aktuell“ auf der Website der Beschwerdegegnerin zu finden. Die Website der Beschwerdegegnerin umfasst zudem auch ein Archiv, in welches Pressemitteilungen und andere Orientierungen nach einer gewissen Zeit verschoben werden. Unter anderem lassen sich dort immer noch das selbe Strafverfahren betreffende Orientierungen vom Dezember 2005 und vom Februar 2007 finden, welche in ihrem Betreff den Namen des Beschwerdeführers ebenfalls ausdrücklich nennen. Aufgrund des grossen potentiellen Publikums solcher Mitteilungen und der Perpetuierung der Information durch deren dauernde Abrufbarkeit werden die fraglichen Mittei-

lungen mit Beendigung des vorliegenden Strafverfahrens vom Internet zu entfernen oder mindestens zu anonymisieren sein, um keine unverhältnismässige Beeinträchtigung der Persönlichkeit des Beschwerdeführers zu bewirken.» ■

## Protection de la personnalité des élus

Arrêt du Tribunal fédéral  
du 29 mai 2008 (5A\_363/2007)

20 ans après avoir été attaqué dans la Schweizer Illustrierte, l'ancien conseiller aux Etats radical tessinois Franco Masoni a vu son action en constatation d'une atteinte illicite et en dommages-intérêts finalement rejetée par le Tribunal fédéral. L'hebdomadaire zurichois avait notamment accusé le recourant d'avoir lancé une agressive campagne de presse contre le procureur Paolo Bernasconi, d'avoir été mêlé à des affaires commerciales troubles et d'avoir eu des accointances avec la droite de la droite de son parti.

Le Tribunal fédéral, comme précédemment le Tribunal d'appel du canton du Tessin, n'a vu dans aucune de ces allégations, certes dégradantes, une atteinte illicite à la personnalité de Franco Masoni. Il a en effet relevé, une fois de plus, que les hommes politiques doivent s'attendre à être traités sans indulgence par les médias, en raison de l'importance de la charge qu'ils assument. Et les juges lausannois de rappeler que les membres des Chambres fédérales, plus que tout autre responsable politique, doivent tolérer que la presse ausculte leurs activités non seulement présentes, mais aussi passées (donc sans pouvoir y opposer le droit à l'oubli). A la différence de l'exécutif ou du judiciaire, le législatif échappe en effet à toute haute surveillance: «Ne segue che quando questi (les médias) si occupano della situazione personale di un parlamentare nella misura necessaria per poter valutare il modo in cui questi esercita il suo mandato, nonché la dignità e l'idoneità per ricoprire la carica, i mass media agiscono nell'interesse pubblico. Essi esercitano al posto e per il popolo un controllo indispensabile in uno Stato democratico» (cons. 4.2.3).

Le recourant soutenait également qu'un faisceau d'allégations et d'appréciations désobligeantes mais en soi licites, pouvait constituer, par effet de masse, une atteinte illicite à la personnalité. Les juges ont balayé cette argumentation. Selon eux, la quantité ne peut être un élément constitutif d'illicéité: «Ora, il Tribunale federale ha già avuto modo di indicare nell'ambito di un'altra causa che difficilmente fattori di giudizio di per sé non illeciti lo diventano per il solo fatto di venire considerati insieme; normalmente avviene piuttosto che una componente sia illecita e contamini pure le altre».

On relèvera encore que le même jour le Tribunal fédéral a donné raison à Franco Masoni dans une cause (5A\_343/2007) qui opposait l'homme politique au magazine Bilanz. Il a en effet confirmé un jugement du Tribunal d'appel du Tessin qui condamnait le périodique alémanique à 50'000 francs de dommages-intérêts pour avoir, sans fondement aucun, reproché à Franco Masoni d'avoir fait prévaloir, lors d'une transaction commerciale, ses intérêts personnels sur ceux de la société qu'il dirigeait. Cette allégation, non prouvée, a eu pour conséquence que Franco Masoni s'est vu empêché – à la dernière minute – d'entrer dans le conseil d'administration d'une grande entreprise. ■

## Journalisten vom Vorwurf der Amtsgeheimnisverletzung freigesprochen

Urteil des Obergerichts des Kantons  
Bern vom 28. April 2008 (SK-Nr. 87 I  
2006)

Zwei Berner Journalisten veröffentlichten in einer Berner Tageszeitung einen Artikel zur Steuersenkungsinitiative, der über das interne Abstimmungsverhalten des Regierungsrates Auskunft gab. Erstinstanzlich wurden die beiden Journalisten schuldig gesprochen wegen Veröffentlichung amtlich geheimer Verhandlungen, und sie wurden zur Bezahlung der Verfahrenskosten von je CHF 700.-- verurteilt. Von einer Strafe wurde abgesehen. Das Obergericht sprach die beiden Angeschuldigten nun frei infolge Fehlens des Tatbestandeselementes der berechtigterweise als geheim erklärten Verhandlungen.

Das Obergericht nimmt in seinem Urteil Bezug auf die Urteile des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofes im Fall Stoll und führte eine Interessenabwägung durch. Dabei waren die beiden Interessen an der Geheimhaltung und an der Publikation einander gegenüberzustellen und sie an den Schranken von Art. 10 Abs. 2 EMRK und der Rechtsprechung dazu zu messen.

«Die Vorinstanz legt dar, dass es sich beim Abstimmungsverhalten der Regierungsräte um ein materielles Geheimnis handle (Entscheidung vom 9. November 2005, S. 8 unten); eine Interessenabwägung nahm sie allerdings nicht vor. Tatsächlich kann an der Nichtbekanntgabe des Abstimmungsverhaltens von Behörden grundsätzlich ein Interesse bestehen. Als Beispiel sei die Regelung in Art. 7 Abs. 1 lit. a des neuen Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzips in der Verwaltung erwähnt, wonach Dokumente der Verwaltung grundsätzlich öffentlich sind, indessen der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder

verweigert wird, wenn durch seine Gewährung die freie Meinungs- und Willensbildung einer diesem Gesetz unterstellten Behörde, eines anderen legislativen oder administrativen Organs oder einer gerichtlichen Instanz wesentlich beeinträchtigt werden kann. Auch dieses Interesse ist jedoch im Vergleich zur Meinungsäusserungsfreiheit zu gewichten. Dazu hielt die Vorinstanz fest, dass es sich beim Stimmverhalten der Regierungsräte um ein Geheimnis von geringer Bedeutung handle.

Tatsächlich stellt das Geheimhalten des Abstimmungsergebnisses des Regierungsratsbeschlusses, der Steuersenkungsinitiative keinen Gegenvorschlag gegenüberzustellen, kein «besoin social impérieux», ein unentbehrliches Element einer demokratischen Gesellschaft dar; es war weit entfernt davon, wie die Entwicklung nach der Publikation zeigte, an den Grundfesten des Staates zu rühren. Vielmehr ist bekannt, dass in einem solchen Gremium unterschiedliche Meinungen vertreten werden (vgl. die gleiche Einschätzung des Bundesgerichts bei der Gewichtung von publizierten Meinungsdifferenzen im Bundesrat, die nicht etwas Unerwartetes oder Aussergewöhnliches darstellten und jedenfalls nicht die ausserordentliche Bedeutung aufweise, die vorausgesetzt sei, um in die Meinungsäusserungsfreiheit von Journalisten und die Pressefreiheit einzugreifen und den Quellenschutz der Journalisten aufzuheben, BGE 123 IV 236 ff. E. 8c).

In der Tat ergaben sich nach der Veröffentlichung des Abstimmungsverhaltens kaum Reaktionen darauf. Hätte der Bund nicht am 17. Januar 2004 einen Artikel mit einem Interview mit Regierungsrat Gasche nachgeschoben, wäre wohl nichts passiert. Folgerichtig stiessen sich die Anzeiger nicht an der Publikation des Abstimmungsergebnisses, sondern an der Tatsache, dass man wegen Herrn Gasche nun wisse, dass im RR die 3 SVP-Mitglieder für einen Gegenvorschlag gewesen seien; in dieser Situation kann von einer für die demokratische Gesellschaft unentbehrlichen Einschränkung der Pressefreiheit nicht im Ernst gesprochen werden.

Für die geringe Gewichtung der Geheimhaltungsinteressen spricht zudem ein weiterer Umstand. Das bernische Informationsgesetz in Art. 7 und das Organisationsgesetz in Art. 7 Abs. 1 sprechen nicht von geheimen Verhandlungen des Regierungsrates. Vielmehr wird lediglich festgehalten, die Sitzungen des Regierungsrates seien nicht öffentlich. Demgegenüber werden beispielsweise in Art. 64 Abs 1 StrV das Vorverfahren (mit gesetzlichen Ausnahmen) und in Art. 67 Abs. 1 StrV die Beratungen und Abstimmungen des urteilenden Gerichts als geheim bezeichnet. Der Unterschied liegt darin, dass der Regierungsrat von Fall zu Fall entscheiden kann, welche Teile der nichtöffentlichen Sitzungen an die Medien gehen soll, während es einem urteilenden Gericht von Anfang an verwehrt ist, sein Abstimmungsverhalten in einer Urteileröffnung kundzutun. Am 7. Januar 2004 hat der Regierungsrat in einer Medienmitteilung (pag. 27 f.) ausführlich über seine Sitzung zur Steuersenkungsini-

tiative informiert und begründet, weshalb auf einen Gegenvorschlag verzichtet werden soll. Damit hat er sich entschieden, dieses Thema der Öffentlichkeit zukommen zu lassen. Das dem Beschluss zugrunde liegende Abstimmungsverhalten der einzelnen Regierungsräte ist wie üblich nicht veröffentlicht worden. Auch aus dieser Perspektive ist von einem Geheimnis mit geringer Bedeutung auszugehen.

Diesen Interessen steht das Grundrecht der Meinungsäusserungsfreiheit nach Art. 10 EMRK gegenüber; Eingriffe sind nur unter engen Voraussetzungen zulässig. Der Spielraum für Eingriffe wird noch kleiner, wenn wie hier einerseits die Thematik politischer Natur ist und andererseits auch die Akteure als Regierungsräte Politiker sind (EGMR-Entscheid vom 10. Dezember 2007, Ziff. 106). Ihre Stellungnahmen zu diesem Thema beschlagen ohne Zweifel öffentliche Interessen. Das öffentliche Interesse an der Publikation des Abstimmungsverhaltens war deshalb offensichtlich gegeben. Es war für die Öffentlichkeit nach den geführten Debatten über die Initiative interessant zu wissen, wie sich die einzelnen Regierungsräte zur Initiative stellten.

Die beiden Appellanten haben in ihrer Publikation in der Form die üblichen Regeln der Kunst der Journalisten gemäss Richtlinien des Presserates eingehalten. Demgegenüber ist das Interesse am störungsfreien Zustandekommen von Willensbildungen einer Behörde zwar grundsätzlich gegeben; es mag auch sein, dass die Regierungsräte freier diskutieren, wenn das Ergebnis der Abstimmung nicht veröffentlicht wird. Dieses Interesse vermag aber bei politischen Behörden weniger zu gewichten als z.B. bei Gerichten.

In einer Gesamtschau vermögen deshalb die Interessen für eine Geheimhaltung des Abstimmungsverhaltens deutlich weniger zu gewichten als die Meinungsäusserungsfreiheit der beiden Appellanten. Damit fehlt es am Nachweis des Tatbestandsmerkmals der berechtigterweise als geheim erklärten Verhandlungen von Art. 293 Abs. 1 StGB. Damit sind die Appellanten vom Vorwurf der Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen freizusprechen. ■

.....

## Alinghi-Logo auf Mikrofonen ist Schleichwerbung

Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) vom 7. Dezember 2007

Das auf Mikrofonen gut sichtbare Alinghi-Logo im Rahmen der Berichterstattung des Schweizer Fernsehens über den America's Cup 2007 stellt nach Ansicht der UBI eine

# L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

unzulässige unentgeltliche Schleichwerbung und damit eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots dar.

Im Finale des America's Cup 2007 standen sich die Boote von Team Alinghi und Team New Zealand gegenüber. Das Schweizer Fernsehen berichtete in mehreren Spezialsendungen und den ordentlichen Sportsendungen umfassend über diese älteste und bekannteste Segelregatta. Auf dem Dach der Alinghi-Basis im Hafen von Valencia hatte sich das Schweizer Fernsehen ein Studio eingerichtet. In einer Beschwerde wurde beanstandet, das Schweizer Fernsehen habe Mikrofone verwendet, auf welchen das Logo von Alinghi sichtbar gewesen sei und damit Schleichwerbung betrieben.

Für Fälle von Schleichwerbung gegen Entgelt ist das Bundesamt für Kommunikation zuständig. Dessen Abklärungen haben ergeben, dass die Alinghi-Logos ohne Gegenleistung auf den Mikrofonen des Schweizer Fernsehens platziert wurden. Die für unentgeltliche Schleichwerbung zuständige UBI hat sich deshalb mit dem Sachverhalt beschäftigt. Gemäss Rechtsprechung der UBI liegt eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots durch unentgeltliche Schleichwerbung insbesondere vor, wenn die mit einer Darstellung oder Aussage verbundene Werbewirkung nicht durch einen Informationswert gedeckt ist. Werbende Botschaften in re-

daktionellen Sendungen dürfen keinen Selbstzweck verfolgen.

Die UBI hat festgestellt, dass während der Übertragungen des Schweizer Fernsehens neben dem eigenen Logo (SF) dasjenige von Alinghi häufig auf den Mikrofonen erschien. Die Dauer der entsprechenden Sequenzen variierten, wie auch die Sichtbarkeit des Logos. Insbesondere auf dem Mikrofon des Moderators, der im Gespräch mit einem Experten regelmässig die Vorschau und die Analysen der Rennen bestritt, war das Alinghi-Logo wiederholt deutlich sichtbar. Das Erkennen eines Logos im Rahmen einer redaktionellen Sendung bringt für das betreffende Unternehmen bzw. die betreffende Marke einen nicht unerheblichen Werbeeffect. Das Fernsehpublikum hat aufgrund der umfassenden Berichterstattung über den America's Cup das Logo von Alinghi auch als solches erkannt. Ein Informationswert ist diesem Logo jedoch nicht zugekommen. Es liegt deshalb unzulässige unentgeltliche Schleichwerbung vor.

Das Sachgerechtigkeitsgebot ist auch deshalb verletzt worden, weil das Publikum durch das Logo irreführt worden ist. Logos auf Mikrofonen dienen dazu, Transparenz über die Identität des Senders des betreffenden Moderators und damit über die redaktionellen Verantwortlichkeiten zu vermitteln. Das Alinghi-Logo auf den Mikrofonen hatte aber effektiv keine solche Bedeutung. ■