



Strafrecht

Whistleblowing: das Dilemma der Journalisten

Droit constitutionnel

Interdiction des jeux vidéo violents



Stämpfli Verlag AG Bern
Stämpfli Editions SA Berne

www.medialex.ch

17. Jahrgang
17^e année

Herausgeber

Directeurs de la publication

Prof. Bertil Cottier
Prof. Christoph Beat Graber
Prof. Franz Riklin
Dr. Peter Studer
Dr. Stéphane Werly

Redaktionsleitung

Chef de rédaction

RA Dr. Oliver Sidler

im brennpunkt en point de mire	1
Das Dilemma der Journalisten	
DOMINIQUE STREBEL	

untersuchungen études	3
Interdiction des jeux vidéo violents: Moral Combat?	
VALERIE JUNOD	

entscheidungen décisions	13
Inhaltsverzeichnis Sommaire	
Die Entscheidung La décision	16
Weitere Entscheidungen Autres décisions	21
1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht	21
1.1 Meinungsäusserungs- und Informationsfreiheit, Medienfreiheit	21
1.2 Recht des Informationszugangs der Öffentlichkeit	30
1.3 Radio- und Fernsehrecht	32
5. Urheberrecht	42
5.3 Weitere urheberrechtliche Fragen	42
8. Ethik/Selbstregulierung	43
8.1 Ethik des Journalismus	43
8.2 Ethik der kommerziellen Kommunikation	49

bücher, zeitschriften livres, revues	51
---	----



Dominique Strebel, lic. iur. und Redaktor beim Beobachter. Er arbeitete als Bundesgerichtskorrespondent für Schweizer Radio DRS, war Redaktor der juristischen Fachzeitschrift *plädoyer*, ist Buchautor (zuletzt «Weggesperrt. Warum Tausende in der Schweiz unschuldig hinter Gittern sassen»), betreibt einen juristischen Blog und war Projektleiter der Whistleblower-Plattform *sichermelden.ch* des Beobachters. dominique.strebel@beobachter.ch

Das Dilemma der Journalisten

Weil taugliche Anlaufstellen für Whistleblower fehlen, richten Medien anonyme Meldeplattformen ein oder vermitteln unabhängige Anwälte.

Résumé Dans sa décision concernant l'affaire Wyler/Zopfi, le Tribunal fédéral place les journalistes dans un dilemme. D'un côté, un whistleblower, conscient de ses responsabilités en rapportant aux médias, doit voir son attention attirée sur la manière correcte d'annoncer des irrégularités. D'un autre côté, l'expérience montre qu'un whistleblower doit précisément s'attendre à des représailles lorsqu'il adopte un comportement correct. Il existe en effet un grand manque de garanties internes pour protéger de manière effective l'anonymat des informateurs. Le journaliste court donc le danger de devenir le serviteur de ces gens, lesquels entendent que le whistleblower soit condamné à se taire. C'est pourquoi les médias ont développé une nouvelle procédure pour protéger le whistleblower, en plaçant entre eux et ce dernier un avocat ou une plateforme d'annonce anonyme. Toutefois, une solution satisfaisante de la problématique ne peut être apportée que par le législateur.

Informationen von Whistleblowern sorgen regelmässig für journalistische Scoops – sei es im Fall Wyler/Zopfi, wo Fall-dossiers aus dem Zürcher Sozialdepartement mit dazu beitragen, dass Stadträtin Monika Stocker zurücktreten musste, sei es im Fall Nef, wo Unterlagen aus einer Strafuntersuchung gegen den damaligen Armeechef zu dessen und schliesslich auch Bundesrat Samuel Schmid's Rücktritt führten oder sei es wie zuletzt im Fall Hildebrand, wo Bankauszüge den Notenbankchef dazu zwangen, sein Amt niederzulegen. Kein Wunder, dass Journalisten Whistleblower schätzen. Sie kommen zu erstklassigen Stories.

Ganz anders sieht die Bilanz für die Whistleblower aus. Zwar erreichen sie in Zusammenarbeit mit den Medien fast immer ihr Ziel, Missstände zu beheben – das Zürcher Obergericht hat den Gang zu den Medien im Fall Wyler/Zopfi sogar als den effizientesten bezeichnet –, doch müssen die Informanten diesen Erfolg in der Regel mit Kündigung, strafrechtlicher Verurteilung und einer beruflichen Ächtung bezahlen, die oft jahrelange Arbeitslosigkeit zur Folge hat.

Die Bilanz für die Gesellschaft als Ganzes ist durchzogen. Zwar werden Missstände auf diese Art öffentlich und meist auch

beheben, doch verlieren die Behörden im Laufe der ausgelösten Skandale oft mehr an Glaubwürdigkeit als durch die aufgedeckten Fehler gerechtfertigt ist. Auch das ist unbefriedigend. Bringt das Urteil des Bundesgerichts nun die Lösung? (vgl. dazu «Die Entscheidung» in dieser Ausgabe, wo das Bundesgerichtsurteil im Volltext mit einem Kommentar von Prof. Cottier abgedruckt ist)

Der Journalist mutiert zum Whistleblower-Berater

Das Bundesgericht hat mit seinem Entscheid Wyler/Zopfi wieder verstärkt in Erinnerung gerufen, dass Journalisten nicht die erste Anlaufstelle für Whistleblower sein dürfen. Beim ersten Gespräch mit einem solchen Informanten hat der Journalist also nicht nur zu überlegen, ob die Informationen von öffentlichem Interesse sind und welche Eigeninteressen der Meldende verfolgt, sondern auch, ob sich der Informant vorgängig an eine andere Stelle wenden muss. Sei es eine interne oder – falls diese bereits auf den Missstand aufmerksam gemacht wurde – eine externe Meldestelle.

So macht das Bundesgericht den Journalisten zum Whistleblower-Berater. Zu einer internen Meldung können Medien-schaffende guten Gewissens aber nur dann raten, wenn für Whistleblower entweder ein umfassender Kündigungsschutz gilt wie gemäss Bundespersonalgesetz in der Bundesverwaltung (Art. 22a BPG) oder Anlaufstellen zur Verfügung stehen, welche die Anonymität des Informanten wahren, oder – wie zum Beispiel bei der Post – ein Meldetool eingerichtet ist, das auch anonyme Meldungen möglich macht (www.post-courage.ch).

Ist eine interne Meldung erfolglos geblieben, muss der Journalist den Whistleblower an eine externe Meldestelle weisen. Das kann gemäss Bundesgericht eine Ombudsstelle, ein Rechtsdienst oder eine Geschäftsprüfungskommission sein. Die Erfahrung des Beobachters zeigt nun aber, dass dies mitunter wenig taugliche Anlaufstellen sind. So ist es auch schon vorgekommen, dass eine solche Meldestelle den Whistleblower direkt beim Chef gemeldet hat. Die fristlose Kündigung folgte auf dem Fuss.

Dominique Strelbel, Das Dilemma der Journalisten

Tauglich sind hingegen Meldungen an die Staatsanwaltschaft. Dies zeigte etwa der Fall Entlisberg, wo Pflegerinnen demente Heimbewohner in erniedrigender Weise gefilmt haben. Der Blick-Journalist Viktor Dammann, dem die Handyfilme zugespielt wurden, wies die Whistleblower an die Zürcher Staatsanwaltschaft weiter und publizierte erst anlässlich der Verhaftung einer Pflegerin, in Absprache mit den Untersuchungsbehörden. Strafanzeigen bieten sich auch dann an, wenn unklar ist, welche Straftatbestände verletzt sein könnten. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat explizit festgehalten, dass auch eine wenig aussichtsreiche Strafanzeige als zulässige externe Meldung gilt (Entscheid Heinisch vs. Deutschland vom 21. Juli 2011)/Nr. 28274/08.

Medien suchen neue Wege

Das Bundesgericht hat die Hürden für die korrekte Meldung eines Missstandes hoch gelegt. Und kein Wort darüber verloren, dass es noch viel zu wenige Whistleblower-Anlaufstellen gibt, die wirklich Anonymität garantieren und Missständen tatsächlich auf den Grund gehen können. Hohe rechtliche Anforderungen ohne befriedigende praktische Lösungen laden dazu ein, neue Wege zu suchen.

Eine Lösung besteht darin, dass Journalisten die Whistleblower an möglichst unabhängige Anwälte verweisen, die mit Whistleblowing Erfahrung haben. Der Anwalt lässt sich über die Missstände informieren, die Dokumente zeigen und erstattet im Namen seiner ungenannten Mandanten Meldung an die internen und externen Stellen. Die Whistleblower werden so durch das Anwaltsgeheimnis wirksam geschützt. Diesen Weg haben zum Beispiel Mitarbeiter des Zürcher Migrationsamtes gewählt. Nicht sie, sondern ein von ihnen beauftragter Rechtsanwalt hat unter anderem darauf hingewiesen, dass pornografische Filme im Amt kursierten. Die Missstände wurden untersucht, der Amtsvorsteher nahm seinen Hut, und die Whistleblower blieben wirksam geschützt.

Eine zweite Lösung besteht darin, dass Journalisten persönliche Privacyboxen (vgl. www.privacybox.de) und Medien Meldeplattformen einrichten, die sichere – auch anonyme – Meldungen samt Dokumentenübermittlung erlauben (zum Beispiel www.sichermelden.ch des Beobachters, www.wsjsafehouse.com des Wallstreet Journal oder www.derwesten-recherche.org der Deutschen WAZ-Mediengruppe).

Diese Meldetools haben aber immer dann keine Schutzwirkung, wenn die Whistleblower sich selbst als Informanten outen oder diese aus den Umständen heraus als Urheber der Indiskretion eruiert werden können. Deshalb muss sich der Journalist auch bei solchen anonymen Meldungen vertiefte Gedanken über den Informantenschutz machen und allenfalls einzelne Sachverhaltselemente bewusst verfremden, um die Quelle nicht zu offenbaren.

Der Beobachter hat im ersten Halbjahr seit Bestehen von [sichermelden.ch](http://www.sichermelden.ch) rund 240 Meldungen über Missstände erhalten. Anfänglich bis zu 15 pro Tag, heute 4 bis 5 pro Woche. Zu Beginn war nur ein Bruchteil der Hinweise brauchbar, heute enthalten rund die Hälfte der Meldungen ernst zu nehmende Rechercheansätze. Rund 80 Prozent der Meldungen sind nicht anonym. Viele Whistleblower nehmen allfällige unangenehme

Konsequenzen bewusst in Kauf. Aufgrund der Informationen konnten einige Artikel realisiert werden. So berichtete der Beobachter zum Beispiel über ein Pflegeheim, in dem Unterlagen zulasten der Krankenversicherung manipuliert und Heimbewohner vernachlässigt sein sollen. Der Bericht hat eine Untersuchung ausgelöst. Für die Whistleblower hatte die Meldung keine Konsequenzen.

Befriedigende Lösung erst durch Whistleblowergesetz

Anwälte als (selbst finanzierte) Whistleblower-Anlaufstellen und Internetmeldetools sind nur Hilfskonstruktionen. Will man das Problem grundsätzlich angehen, muss der Gesetzgeber den Schutz von Whistleblowern verbessern sowie Gewerkschaften und Firmen zur Einrichtung von tauglichen Anlaufstellen zwingen. Als Vorbild für Kantone und Gemeinden kann die Lösung in der Bundesverwaltung dienen: Anlaufstelle ist die eidgenössische Finanzkontrolle (EFK). Sie ist zwar vom Bundesrat gewählt, aber nicht weisungsgebunden, hat Zugriff auf die Dokumente der ganzen Bundesverwaltung und kann Anonymität garantieren. Im Jahr 2011 sind bei der EFK 62 Meldungen eingegangen, die zu einigen Strafverfahren führten. Nach dem Fall Hildebrand ist aber zu hoffen, dass die EFK ihre Untersuchungen mit mehr Biss durchführt. Falls dies nicht geschieht, sind unabhängige Rechnungshöfe einzurichten, wie sie zum Beispiel der Kanton Genf bereits kennt (Cour des comptes).

Auch in der Privatwirtschaft muss der Schutz von Whistleblowern verbessert werden. Das Obligationenrecht sollte unter anderem zwingend vorsehen, dass direkt an externe Stellen gelangen darf, wer in seinem Betrieb keine internen Anlaufstellen vorfindet, die Anonymität garantieren. Und der Kündigungsschutz ist zu verbessern. Die Vernehmlassung zu zwei entsprechenden Gesetzesvorlagen sind seit mehr als einem Jahr abgeschlossen, doch der Bundesrat hat noch nicht entschieden, wie er weiter vorgehen will. Offenbar fehlt der Konsens, um diese Neuerungen schnell zu realisieren.

Doch erst wenn diese Gesetzesanpassungen in Kraft sind, werden sich Whistleblower vermehrt an interne Anlaufstellen wenden, und nicht an die Medien. Erst dann ist die Praxis des Bundesgerichts nicht nur korrekt, sondern auch praktikabel.

Zusammenfassung Mit seinem Entscheid im Fall Wyler/Zopfi bringt das Bundesgericht Journalisten in ein Dilemma. Zum einen hat ein verantwortungsbewusster Medienschaffender Whistleblower auf den korrekten Weg hinzuweisen, wie Missstände gemeldet werden müssen. Zum andern zeigt die Erfahrung, dass Whistleblower gerade bei korrektem Verhalten mit Repressalien rechnen müssen. Grund dafür ist das weit verbreitete Fehlen von kompetenten internen Anlaufstellen, welche die Anonymität von Informanten tatsächlich schützen. So läuft der Journalist Gefahr, zum Diener jener Leute zu werden, die Whistleblower durch Sanktionen zum Schweigen bringen wollen. Deshalb haben die Medien neue Verfahren entwickelt, wie Whistleblower geschützt werden können – durch Zwischenschaltung eines Anwalts oder mittels anonymen Meldeplattformen. Eine befriedigende Lösung der Problematik kann aber nur der Gesetzgeber herbeiführen.

Valérie Junod*, professeur à la Faculté des hautes études commerciales de l'Université de Lausanne et à la Faculté de droit de l'Université de Genève, professeur de droit des affaires à la Faculté des hautes études commerciales de l'Université de Lausanne.
valerie.junod@unil.ch

Interdiction des jeux vidéo violents: Moral Combat?

Zusammenfassung Jugendliche vor potenziell schädlichen Medieninhalten zu schützen, war schon immer ein gesellschaftliches Anliegen. Heutzutage fürchtet man besonders, dass brutale Videospiele gewisse Jugendliche zu kriminellen Handlungen animieren könnten. Im Schweizer Parlament wurde eine Vielzahl von Vorschlägen eingereicht, um den Zugang zu solchen Spielen zu beschränken. Im Jahre 2011 hat der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten die Frage aufgeworfen, ob solche Beschränkungen mit der Meinungsfreiheit vereinbar sind. Auch wenn der Oberste Gerichtshof bezüglich dem First Amendment für seine besonders strenge Rechtsprechung bekannt ist, muss man sich auch in der Schweiz fragen, ob unsere Verfassung ein Verbot bestimmter Spiele für bestimmte Personen zulässt. Die Tatsache, dass in der Wissenschaft grosse Uneinigkeit darüber besteht, ob Videospiele solche negativen Effekte haben, lässt Zweifel an der Notwendigkeit solcher Massnahmen aufkommen.

I. Introduction: un contexte propice

L'insécurité est devenue un sujet ultra-médiatisé qui suscite l'inquiétude dans la population suisse¹, sans qu'on sache très bien si les médias alimentent ces préoccupations ou l'inverse². Certaines statistiques suggèrent une recrudescence des

actes violents, en particulier chez les jeunes³, mais sans commune mesure avec l'appréhension dans la population ou avec le degré de politisation de la thématique⁴. A chaque acte de violence particulièrement choquant, des coupables sont désignés. Parmi eux, on retrouve pêle-mêle la démission des parents, la perte de repères moraux, la société de consommation, le chômage ou l'immigration. Les jeux vidéo violents⁵ (ci-après: JVV) sont souvent désignés comme des vecteurs du passage à l'acte brutal. Rien de surprenant dès lors à ce que, depuis quelques années, des voix appellent à leur interdiction ou à

* L'auteur remercie Grégoire Nicolet et Charles-André Junod pour leurs commentaires critiques. Le titre du présent article se réfère, de manière parodique, au jeu vidéo «Mortal Combat»; cette parodie fut proposée par le Daily Show (Comedy Central) du 30 juin 2011 suite à l'arrêt ici commenté de la Cour suprême américaine (Brown, Governor of California et al. v. Entertainment Merchants Association et al., 564 U.S. ___ (2011)).

- 1 Cf. par ex. le rapport du Conseil fédéral du 20 mai 2009 intitulé «Les jeunes et la violence, Pour une prévention efficace dans la famille, l'école, l'espace social et les médias», p. 8; rapport du Département fédéral de justice et police sur la violence des jeunes du 11 avril 2008, p. 3.
- 2 Cf. Luca Cirigliano, Approche globale d'un phénomène complexe, Sécurité sociale CHSS 3/2009, p. 145 à 147; Olivier Guénat, L'augmentation de la délinquance des jeunes, mythe ou réalité? Sécurité sociale CHSS 3/2009, p. 150 à 153; rapport du 20 mai 2009, *supra* note 1, p. 8 et p. 59.

- 3 Pour les chiffres de la violence, voir outre les références citées sous note 1: OFS, Systèmes d'indicateurs MONET, Infractions de violence, sur <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/21/02/ind32.indicator.71001.3205.html>; OFS, communiqué du 21 mars 2011, intitulé «Recul de la criminalité enregistrée par la police»; Thomas Vollmer & Rahel Zurfluh, Une prévention efficace dans la famille, l'école, l'espace public et les médias, Sécurité sociale CHSS 3/2009, p. 138; Chantal Galladé, La prévention est la meilleure protection des victimes, Sécurité sociale CHSS 3/2009, p. 148; Office fédéral de la statistique, Délinquance juvénile: une majorité d'infractions contre le patrimoine et à la loi sur les stupéfiants, communiqué de presse de février 2002; Margot & Killias, La délinquance juvénile a-t-elle vraiment augmenté? 30 Crimscope, décembre 2005.
- 4 L'Université de Zurich, par le biais de sa fôg («Forschungsbereichs Öffentlichkeit und Gesellschaft») évalue la qualité de la couverture médiatique et son évolution. Elle constate une déjoration avec l'accent mis sur des nouvelles relevant du fait divers émotionnel. Cf. notamment Jahrbuch Qualität der Medien 2010 et 2011.
- 5 La définition du jeu vidéo violent pose une myriade de problèmes, comme l'explique d'ailleurs très bien l'opinion concurrente des juges américains Alito et Roberts (cf. chapitre 2 *infra*) dans l'affaire Brown v. Entertainment Merchants Association. Dans sa réponse du 19 août 2009 à l'interpellation 09.3394 de la parlementaire Sylvia Flückiger-Bäni, le Conseil fédéral suggérerait une définition au seuil particulièrement bas, puisqu'il se référerait aux jeux où «il s'agit de tuer virtuellement des êtres humains ou autres.» La motion Hochreutener propose, elle, un seuil plus élevé, renvoyant au classement PEGI (sur cette notion, voir la note 37) pour les plus de 16 ou de 18 ans. Sur le flou de la définition, voir encore le très complet article de Nadine Hagenstein, O tempora, o mores! oder Keine Macht den Killerspielen, PJA p. 1293 (2010); également le point 10 de l'exposé des motifs afférent à la Recommandation du Conseil de l'Europe N° R(97)19 sur la représentation de la violence dans les médias électroniques.

leur encadrement. En Suisse⁶, de très nombreuses initiatives, motions, postulats et interpellations parlementaires prônent différentes formes de restrictions⁷. Le Conseil fédéral est actuellement saisi du dossier et appelé à introduire une prohibition des JVV⁸, même s'il n'en a guère envie⁹. Les contours que prendrait une future réglementation sont encore mal connus, et on y reviendra au chapitre 3. Dans l'intervalle, la Cour suprême américaine vient de rendre un arrêt important où elle aborde, sous l'angle de la liberté d'expression, l'interdiction des JVV aux mineurs¹⁰. Le chapitre 2 ci-dessous présente cet arrêt, tandis que le chapitre 4 met en exergue ses aspects intéressants pour la Suisse également sous l'angle de la liberté d'expression. La présente contribution montre qu'en Suisse la dimension constitutionnelle d'une possible interdiction des JVV a tendance à être minimisée¹¹. Même si la liberté d'expression n'a pas chez

nous la même portée qu'aux Etats-Unis, une interdiction de vente des JVV aux mineurs soulève tout de même un problème de compatibilité avec l'art. 16 de la Constitution fédérale¹² et avec l'art. 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Vu l'impact social¹³ et économique de cette industrie¹⁴, le sujet mérite analyse.

II. Présentation de l'arrêt de la Cour suprême américaine

Le 27 juin 2011, la Cour suprême américaine a rendu, à une majorité de sept juges sur neuf, un arrêt qui déclare inconstitutionnelle une loi californienne interdisant, sous peine d'amendes «civiles»¹⁵, la vente et la location de JVV aux mineurs, sans le consentement préalable d'un parent. La loi était attaquée par recours *abstrait* (c'est-à-dire sans cas concret d'application) par l'industrie du jeu vidéo¹⁶. Pour cette majorité de sept juges, la loi de l'Etat de Californie est contraire au premier amendement qui protège la liberté d'expression.

Deux juges forment la minorité. Pour le juge Clarence Thomas, républicain convaincu, l'histoire de l'éducation des enfants aux Etats-Unis atteste que les pères de la nation (*founding fathers*) n'avaient jamais envisagé que la liberté d'expression protège également les communications adressées à des enfants mineurs sans l'accord des parents; c'est pourquoi l'Etat doit pouvoir soutenir cette autorité parentale quasi-absolue¹⁷. Pour le démocrate Stephen Breyer, deuxième juge minoritaire, il aurait fallu mieux tenir compte de l'autonomie du législateur californien, qui pouvait s'appuyer sur de nombreuses études scientifiques pour retenir que les JVV présentent un danger sérieux pour la jeunesse, danger que seule une interdiction de vente aux mineurs est à même d'écarter¹⁸.

Les cinq juges qui forment l'opinion majoritaire ne montrent pas la même retenue. Pour eux, les études scientifiques invoquées par le parlement californien ne sont pas suf-

6 Pour un aperçu de la situation dans l'Union européenne, voir la résolution du Parlement européen du 12 mars 2009 sur la protection des consommateurs, et en particulier des mineurs, en ce qui concerne l'utilisation des jeux vidéo, C 87 E/122 du 1^{er} avril 2010; la Communication de la Commission du 22 avril 2008 au même titre, Com(2008) 207 final; la résolution du Conseil du 1^{er} mars 2002 sur la protection des consommateurs, les jeunes en particulier, par l'étiquetage de certains jeux vidéo et jeux informatiques selon la tranche d'âge, JO C 65 du 14 mars 2002, p. 2.

7 Postulat 03.3298 de Doris Leuthard du 17 juin 2003 intitulé «violence des jeunes»; motion 06.3170 de Rolf Schweizer du 24 mars 2006 intitulée «Cybercriminalité. Protection des enfants»; motion 06.3554 de Norbert Hochreutener du 5 octobre 2006 intitulée «Extension à la motion Schweizer à la représentation de la violence»; postulat 06.3646 de Viola Amherd du 6 décembre 2006 intitulé «Violence des jeunes. Pour que la prévention ait davantage d'impact et d'efficacité»; postulat 07.3665 de Chantal Galladé du 4 octobre 2007 intitulé «Médias de divertissement. Protéger les enfants et les adolescents de la violence»; motion 07.3875 de Viola Amherd du 21 décembre 2007 intitulée «Distribution de vidéos à contenu violent, sexuel ou pornographique»; motion 07.3894 de Roland Borer du 21 décembre 2007 intitulée «Prévention de la violence chez les jeunes»; motion 07.3870 de Norbert Hochreutener du 21 décembre 2007 intitulée «interdiction des jeux électroniques violents»; initiative 08.316 du canton de Berne du 18 juin 2008 intitulée «Interdiction des jeux vidéo violents»; initiative 08.334 du canton de Saint-Gall du 23 décembre 2008 intitulée «Révision du Code pénal»; interpellation 09.3394 de Sylvia Flückiger-Bäni du 29 avril 2009 intitulée «Jeux violents. Mesures du Conseil fédéral»; initiative 09.313 du canton de Saint-Gall du 26 mai 2009 intitulée «Mieux protéger les enfants et les jeunes contre la violence dans les jeux vidéo et les médias»; initiative 09.314 du canton du Tessin 27 mai 2009 intitulée «Révision de l'article 135 CP»; motion 09.3807 de Viola Amherd du 23 septembre 2009 intitulée «Représentation de la violence. Protéger efficacement les jeunes»; initiative 09.332 du canton de Fribourg du 16 novembre 2009 intitulée «Interdiction des jeux vidéo violents»; initiative 10.302 du canton de Zoug du 5 janvier 2010 intitulée «Interdiction des jeux vidéo violents»; interpellation 10.3761 de Viola Amherd du 29 septembre 2010 intitulée «Protection de la jeunesse et médias. Comment poursuivre au-delà des programmes de prévention».

8 Les motions Hochreutener 06.3554 et 07.3870 (restriction d'accès aux mineurs des JVV) et Allemann 09.3422 (interdiction totale des JVV) ont été transmises au Conseil fédéral en décembre 2007, respectivement en mars 2010.

9 Voir par ex. la réponse du Conseil fédéral du 20 mai 2009 à la motion Allemann.

10 Arrêt *Brown v. Entertainment Merchants Association*.

11 Voir toutefois SJZ 93 p. 70 (1997); au niveau européen: la ligne directrice n°1 de la Recommandation N° R(97)19, *supra* note 5.

12 Sur la consécration de la liberté d'expression dans la Constitution suisse, voir Auer/Malinverni/Hottelier, *Droit constitutionnel suisse, Les droits fondamentaux*, 2^e édition, 2006, pp. 253–255.

13 Sur les habitudes de jeu des Américains et des Européens, lire Pew Internet & American Life Project, *Teens, Video Games, and Civics*, p. i and p. v (2008), respectivement GameVision Europe pour l'ISFE (Interactive Software Federation of Europe), *Video Gamers in Europe 2010*.

14 Le chiffre d'affaires global de l'industrie du jeu vidéo est estimé à € 50 milliards, ce qui en fait «la première industrie culturelle au monde». Cf. Sarah Sauneron, *Jeux vidéo: quelle régulation des contenus et des pratiques?* Centre (français) d'analyse stratégique (novembre 2010). En 2010, quelques 3,7 millions de jeux ont été vendus en Suisse. Parmi les 30 jeux les plus vendus en 2010, on en dénombre dix qui peuvent être considérés violents, en ce sens que le joueur doit tuer un ennemi. Cf. SIEA, *Bilan du secteur du divertissement interactif suisse*, Bulletin SIEA – Chiffres du marché 2010 et T4/2010(21 février 2011).

15 L'amende était de USD 1000 par violation.

16 Contrairement au Tribunal fédéral suisse, la Cour suprême ne s'impose pas une certaine retenue dans le cadre d'un contrôle abstrait. Elle invalide l'acte attaqué si ses applications inconstitutionnelles sont prédominantes.

17 Cf. Dissent du Juge Clarence Thomas.

18 Cf. Dissent du juge Stephen Breyer.

fisamment univoques¹⁹. Certes, plusieurs d'entre elles font état d'un danger induit par les JVV²⁰; cependant, elles présentent des failles trop nombreuses pour justifier une interdiction totale de vente aux mineurs²¹. D'abord, il leur manque une comparaison entre différents médias; ainsi, l'effet d'un film violent n'est pas comparé à celui d'un JVV²². Ensuite, les études échouent à montrer un lien de causalité entre le JVV et un passage à l'acte violent; le fait que ces jeux puissent augmenter l'agressivité des joueurs ne signifie pas encore que ces jeunes deviendront des délinquants²³. Enfin, il est très difficile d'isoler l'effet du JVV des différents autres facteurs susceptibles de favoriser un passage à l'acte violent, notamment le contexte socio-économique spécifique au joueur²⁴. Plus généralement, il est ardu, sinon impossible, de conduire des études statistiquement fiables sur les effets des JVV, ne serait-ce que parce que les expériences en laboratoire ne se prêtent guère à un recrutement randomisé (aléatoire) des sujets et à un suivi à long terme.

C'est cependant moins sous l'angle scientifique que sous l'angle strictement juridique que les juges majoritaires étayent leur opinion. Tout d'abord, ils retiennent qu'un JVV, à l'instar de tout autre média d'expression, notamment un film (violent), une musique (violente) ou un livre (violent), bénéficie de la protection de la liberté d'expression²⁵. De même, le fait que seule la vente aux mineurs soit interdite n'est pas décisif, car la protection du premier amendement s'étend aussi aux enfants²⁶. Ensuite, les juges majoritaires imposent au législateur californien un standard strict (*strict scrutiny*) dès lors que la loi restreint la liberté d'expression en s'attaquant au contenu en cause (*content-based regulation*)²⁷. Plus précisément, seuls les jeux au contenu violent sont interdits aux mineurs; la loi ne traite donc pas les contenus de manière neutre, ce qui lui aurait permis de bénéficier d'un examen plus accommodant. Selon ce standard strict, le législateur californien aurait dû prouver que sa loi est motivée par un intérêt public actuel et urgent («*compelling government interest*») et qu'elle constitue le moyen le moins intrusif pour satisfaire cet objectif (*narrowly drawn to serve that*

interest). Or, pour les juges majoritaires, ce standard n'est pas satisfait. Ils avancent à cet égard deux motifs.

D'une part, la loi californienne est *underinclusive* en ce sens qu'elle ne s'attaque qu'aux JVV, alors qu'il n'est pas scientifiquement établi que d'autres médias au contenu violent (par exemple des films) soient moins dangereux²⁸. L'histoire témoigne au demeurant que si la société blâme aujourd'hui les JVV, elle réprovoit autrefois les *dime novels*, les *comic books*²⁹, la radio, le cinéma et la télévision³⁰; à tour de rôle, ils ont été accusés de nuire sévèrement au développement moral de la jeunesse.

Underinclusive, la loi l'est aussi en ce qu'elle admet que l'accord d'un parent suffit à lever l'interdiction³¹. Or, si les JVV sont réellement dangereux pour la jeunesse au point qu'il soit impératif d'en interdire la vente, on conçoit mal que le consentement d'un seul parent – sans précision aucune quant à la manière dont il doit être attesté – suffise à lever le ban.

D'autre part, la loi est *overinclusive* en ce qu'elle interdit *a priori* toute vente, indépendamment de ce qu'aurait pu être la volonté des parents³². Or la Californie n'a pas établi que tous les parents souhaitent empêcher leurs enfants d'accéder aux JVV³³ et ont besoin d'être soutenus dans leurs efforts par un système de sanctions étatiques. Les juges soulignent par ailleurs que l'industrie a mis en place un système volontaire de restrictions d'accès où des limites d'âge sont recommandées en fonction du contenu du jeu. Ce système n'est évidemment pas totalement efficace, puisque le dernier rapport de l'agence américaine montre qu'environ 20% des jeunes parviennent à passer outre. Cependant, pour les juges majoritaires, si le système volontaire marche raisonnablement bien, le législateur ne peut plus invoquer un intérêt public urgent à réduire encore davantage les manquements résiduels à sa mise en œuvre – *some gap in compliance is unavoidable*, qu'il s'agisse d'un système d'auto-régulation ou d'une loi impérative. En résumé, la Californie ne parvient pas à prouver que sa loi est le moyen le plus adéquat pour résoudre un problème urgent d'intérêt public.

Deux autres juges, Alito et Roberts, ont emprunté une voie distincte pour aboutir au même résultat. Ils estiment que la loi californienne est simplement trop vague; elle enfreint par conséquent les exigences de *due process*. L'industrie du jeu vidéo aurait de (trop) grandes difficultés à déterminer quand l'interdiction de vente aux mineurs trouve application. En effet, même si la Californie a rédigé sa loi en la calquant sur les exi-

19 Cf. partie III de l'opinion majoritaire du juge Brown.

20 Voir par ex. la récente méta-analyse (étude regroupant plusieurs études) de Craig A. Anderson et al., *Violent Video Game Effects on Aggression, Empathy, and Prosocial Behavior in Eastern and Western Countries: A Meta-Analytic Review*, 136(2) *Psychological Bulletin* pp. 151–173 (2010).

21 Cf. partie III de l'opinion majoritaire du juge Brown.

22 Id.

23 Certaines estiment au contraire que les JVV fournissent un exutoire utile permettant aux enfants de se défouler et donc d'évacuer leur agressivité. Cf. par ex. les recherches de Lawrence Kutner et Cheryl Olson résumées sur le site <http://www.grandtheftchildhood.com>. D'autres suggèrent qu'en occupant les jeunes à la maison, les jeux vidéo diminuent les occasions de prendre part à des actes de violence à l'extérieur.

24 En Suisse, voir par ex. Elisabeth Ryter, *La violence dans les médias et la publicité*, Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (janvier 2007).

25 Cf. partie II de l'opinion majoritaire. L'Etat de Californie ne contestait d'ailleurs pas que la liberté d'expression englobe les jeux vidéo.

26 Cf. notamment l'arrêt *Erznoznik v. Jacksonville*, 422 U.S. 205 (1975).

27 Cf. partie III de l'opinion majoritaire.

28 Id.

29 Dans un intéressant article, Ryan C. W. Hall et al. mettent en évidence les parallélismes frappants entre le débat sur les risques des *comic books* dans les années 50, d'une part, et celui sur les risques des JVV, d'autre part. Cf. *A Plea for Caution: Violent Video Games, the Supreme Court, and the Role of Science*, 86(4) *Mayo Clin. Proc.* P. 315–321 (avril 2011).

30 Cf. partie II de l'opinion majoritaire.

31 Cf. partie III de l'opinion majoritaire.

32 Id.

33 Selon le sondage effectué par Pew aux Etats-Unis, 62% des parents estiment que la pratique des jeux vidéo (tout jeu confondu) n'a pas d'effet sur leurs enfants, et seulement 13% juge qu'elle a une influence négative. Cf. rapport cité *supra* note 13, p. v.

gences des *precedents* de la Cour suprême³⁴, les conditions d'application demeurent basées sur des notions floues. Pour résumer la loi en cause, un jeu vidéo aurait été interdit de vente s'il contient des scènes avec des représentations d'êtres humains «tués, blessés ou démembrés» (condition initiale); il faut de surcroît que cette violence soit présentée de manière déviante ou morbide, de sorte que le jeu blesse les standards sociaux de la communauté, sans offrir de sérieuse valeur littéraire, artistique, politique ou scientifique (conditions complémentaires)³⁵. Comme quantité de jeux impliquent de tuer ou blesser un adversaire, il est presque toujours nécessaire d'étudier ces conditions complémentaires pour savoir ce qui devrait – concrètement – être interdit de vente aux mineurs. Or ces conditions complémentaires font toutes appel à un *undefined society or community standard*. Ce standard est d'autant plus vague que la loi n'opère pas de distinction en fonction de la classe d'âge des joueurs (par ex. enfants/adolescents). Dès lors, la liberté d'expression risque fort d'être restreinte au-delà de ce qui est nécessaire ou de ce qui était envisagé par le législateur, puisque les entreprises productrices souhaitant réduire le risque de sanctions s'abstiendront de pénétrer cette zone grise. Les deux juges précités indiquent qu'une loi mieux rédigée – c'est-à-dire aux conditions d'application plus étroitement définies – pourrait être conforme au premier amendement.

III. La situation actuelle en Suisse: les propositions parlementaires et la réaction du Conseil fédéral

Le jugement américain a eu un important retentissement, y compris en Suisse³⁶. En effet, le contexte suisse n'est pas si différent du contexte américain. La Suisse, comme les Etats-Unis, connaît un système volontaire par lequel l'industrie a elle-même défini des limites d'âge en fonction des contenus (système PEGI pour Pan European Game Information) et s'efforce ensuite, sur cette base, de restreindre la vente aux mineurs³⁷. Certains cantons, à l'instar de Vaud³⁸, ont renforcé ce système par des lois qui interdisent la vente en violation de ces limites

d'âge; d'autres s'approprient à le faire³⁹, et le Conseil fédéral les y encourage⁴⁰.

De nombreux cantons estiment cependant que ce système – partiellement privé, largement cantonal – est insuffisant⁴¹ et souhaitent qu'une solution fédérale voie le jour. Cinq initiatives cantonales appellent le Conseil fédéral à intervenir⁴². De même, une dizaine de motions parlementaires appuie une telle intervention, certaines allant jusqu'à prôner l'interdiction totale de vente des JVV, y compris aux adultes⁴³.

Jusqu'à présent, le Conseil fédéral a défendu une approche mesurée. Il souligne que les cantons disposent de larges compétences en matière de police du commerce et n'en ont de loin pas tous fait usage⁴⁴. Quant à la Confédération, elle aurait besoin d'une base constitutionnelle nouvelle pour légiférer⁴⁵. Certes, elle dispose de larges compétences en matière pénale et elle les a exercées en édictant notamment l'art. 135 du Code pénal (CP)⁴⁶. Celui-ci interdit les représentations les plus ex-

39 Le Valais et Bâle préparent une réglementation applicables aux jeux vidéo. Cf. rapport du 20 mai 2009, *supra* note 1, p. 70 et 72.

40 Cf. rapport du 20 mai 2009, *supra* note 1, p. 82; aussi OFAS, Programme national, Protection de la jeunesse face aux médias et compétences médiatiques, p. 23 (11 juin 2010).

41 L'efficacité du système d'autoréglementation passe par son application stricte par les commerçants, ainsi que par sa bonne compréhension par les acheteurs, principalement les parents. Si l'étude GameVision (*supra* note 13) fait état d'un bon niveau de connaissance du système de classification PEGI auprès des joueurs, ce n'est pas toujours le cas auprès des parents; en Europe, seulement 16% des parents non joueurs le connaissent. Pour des suggestions sur la manière de sensibiliser le public, voir la note d'analyse citée sous note 14.

42 Cf. les initiatives cantonales citées *supra* sous note 7.

43 Voir la motion Allemann 09.3422, acceptée le 3 juin 2009 par le Conseil national et le 18 mars 2010 par le Conseil des Etats.

44 Voir par ex. l'avis du Conseil fédéral du 27 février 2008 à la motion Hochreutener 07.3870.

45 Selon le Conseil fédéral, les art. 11 et 67 Cst n'attribuent «pas à la Confédération la compétence d'édicter une législation unique pour tous les médias à des fins de protection de la jeunesse». Rapport du 20 mai 2009, *supra* note 1, p. 71. De même, la Confédération ne dispose pas d'une compétence générale en matière de politique de l'enfance et de la jeunesse. Cf. Office fédéral des assurances sociales (OFAS), Rapport du 27 août 2008 du Conseil fédéral intitulé «Pour une politique suisse de l'enfance et de la jeunesse», p. iv et p. 15; également Cirigliano, *supra* note 2, p. 147. En revanche, l'art. 386 CP peut fonder une compétence en faveur de mesures fédérales présentant un lien suffisamment étroit avec l'objectif de prévention de la délinquance. S'agissant de la récente ordonnance sur les mesures de protection des enfants et des jeunes et sur le renforcement des droits de l'enfant (entrée en vigueur le 1^{er} août 2010), elle ne peut fonder que des mesures incitatives (voir notamment son art. 2 al. 1 lit. a ch. 2). Enfin, la future loi sur l'encouragement de l'enfance et de la jeunesse ne touche que très indirectement le thème de l'exposition des jeunes à la violence médiatique.

46 L'actuel art. 135 CP est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1990. Le Conseil fédéral a accepté la motion 06.3554 recommandant un durcissement de cette disposition. Cf. réponses du Conseil fédéral du 29 novembre 2011 à la motion de Norbert Hochreutener et du 27 février 2008 à la motion 07.3870, toutes deux citées sous note 7. La Confédération est également compétente pour ce qui a trait aux programmes radio-télévision (voir en particulier l'art. 4 al. 1 de la Loi fédérale sur la radio et la télévision [RS 784.40; LRTV] repris de l'art. 7 al. 1 let. b de la Convention européenne [Conseil de l'Europe] sur la télévision transfrontière de 1989).

34 La définition du JVV est inspirée des arrêts Ginsberg v. New York, 390 U.S. 629 (1968) et de Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973).

35 Voir partie I de l'opinion majoritaire.

36 Cf. par ex. les articles dans «Le Temps» du 27 juin 2011: C.C. Vey, Etats-Unis: la vente de jeux vidéo violents aux mineurs acceptée.

37 La Suisse applique le système européen PEGI. Les jeux vidéo sont attribués, en fonction de leur contenu, à cinq classes d'âge: à savoir dès 3 ans, plus de 7 ans, plus de 12 ans, plus de 16 ans et plus de 18 ans. Seuls 4% des jeux relèvent de cette dernière catégorie. Le système PEGI fournit par surcroît des pictogrammes renseignant sur des aspects spécifiques du jeu (grossièreté, nudité, drogue, discrimination, peur, violence, jeu de hasard et/ou jeu en ligne). Le degré de difficulté ou d'intérêt du jeu, compte tenu de l'âge du joueur, n'est en revanche pas pris en compte pour le classement. Sur l'élaboration du standard PEGI, voir la Communication de la Commission du 22 avril 2008, *supra* note 6, p. 3 et 4.

38 Cf. loi vaudoise du 27 juin 2006 sur le cinéma, les vidéogrammes et les logiciels de loisir, et son Règlement d'application du 29 novembre 2006.

trêmes de la violence, à savoir celles «qui illustrent avec insistance des actes de cruauté envers des êtres humains ou des animaux, portant gravement atteinte à la dignité humaine, sans présenter aucune valeur d'ordre culturel ou scientifique digne de protection». Cependant, comme le Conseil fédéral⁴⁷ et la doctrine⁴⁸ ont eu l'occasion de le souligner, l'art. 135 CP ne trouve que rarement et difficilement à s'appliquer aux contenus médiatiques usuels⁴⁹. Vu l'abondance et la variété de films d'horreur sur les écrans, il serait bien difficile de dire lesquels n'ont strictement aucune valeur d'ordre culturel; de même, les livres présentant des scènes de torture n'ont rien d'inhabituel. L'arrêt de la Cour suprême américaine illustre ce dilemme au moyen de citations tirées des contes des frères Grimm ou d'ouvrages classiques comme «l'Odyssée» ou «Lord of the Flies»⁵⁰. Si l'on transpose ces exemples aux jeux vidéo, on ne voit pas d'emblée pourquoi l'exception d'une valeur d'ordre culturel ne trouverait pas également à s'appliquer. Il s'ensuit qu'une législation visant l'interdiction des JVV n'aurait de sens que si elle se distingue des conditions d'application (déjà floues) de l'art. 135 CP. Mais si cette interdiction devait appréhender un champ plus vaste que celui compris dans l'art. 135, sa validité juridique serait encore plus douteuse (cf. chapitre 4 ci-dessous).

Le Conseil fédéral est aussi réticent à admettre un intérêt public à légiférer – ou du moins à légiférer de manière contraignante. Il estime que les solutions d'autorégulation mises en place fonctionnent plutôt bien⁵¹; les cantons pourraient les renforcer sans grande difficulté en édictant des normes en matière de police du commerce⁵². Le Conseil fédéral considère cepen-

dant difficile d'y greffer un système de sanctions pénales. En effet, à supposer qu'on interdise pénalement la commercialisation de JVV classés plus de 18 ans, on se retrouverait avec un système hybride où le comportement sanctionné est défini essentiellement par une association privée, par hypothèse l'actuelle SIEA⁵³. Vu le nombre très élevé de jeux en circulation, il serait difficile de remplacer cette entité privée par une autorité publique chargée de visionner et classer l'ensemble des JVV⁵⁴. Enfin, le Conseil fédéral n'est manifestement pas convaincu que les JVV puissent être isolés comme facteur causal de violence chez les jeunes⁵⁵. Il défend plutôt le point de vue que ces JVV doivent trouver un terrain déjà favorable pour déployer un effet nuisible. Ce sont donc chez des jeunes déjà enclins à la violence que l'usage intensif de JVV est susceptible d'aggraver le processus d'aliénation. L'intérêt public à une interdiction généralisée à tous les mineurs est donc loin d'être évident⁵⁶.

Finalement, sous la pression des parlementaires et des cantons⁵⁷, le Conseil fédéral a donné son feu vert à un large programme d'éducation et de sensibilisation⁵⁸. Cette initiative réunit toutes les parties prenantes. Les interdictions légales ne sont pas à l'ordre du jour, mais les associations privées doivent s'engager à mieux respecter leurs propres règles d'autorégulation⁵⁹. Le programme mise avant tout sur la sensibilisation et l'éducation des jeunes et de leur entourage⁶⁰. La branche des jeux vidéo a accepté de financer une partie des mesures ainsi planifiées⁶¹.

47 Cf. rapport du 20 mai 2009, *supra* note 1, p. 64, citant le jugement d'un tribunal bernois niant l'application de l'art. 135 CP au JVV Stranglehold. Une autre plainte déposée par le député bernois Roland Näf aurait été déposée contre le jeu Manhung 2.

48 Sur la genèse et les conditions d'application de l'art. 135 CP, voir l'article d'Ursula Cassani, Les représentations illicites du sexe et de la violence, 110 *Revue pénale suisse* pp. 428–447 (1993); Hagenstein, *supra* note 5; Stefan Trechsel, *Schweizerisches Strafgesetzbuch*, commentaire de l'art. 135 CP, p. 475; Denis Barrelet & Stéphane Werly, *Droit de la communication*, Stämpfli 2^e édition 2011, pp. 393–395; Heinrich Hempel, *Die Freiheit der Kunst*, Schulthess 1991, § 9.

49 A ma connaissance, l'art. 135 CP n'a trouvé à s'appliquer que de très rares fois aux médias traditionnels. Cf. SJZ 1993 p. 69, jugement zurichois du 6 septembre 1995 portant sur le film «Blutgeil»; SJZ 1997 p. 69; commentaire de Daniel Cornu, La violence dans les médias et ses limites, *medialex* p. 96 (2005); jugement zurichois du 4 octobre 1983 (SJZ 80 [1984] n° 16). Plus récemment, et s'agissant d'internet, le Tribunal pénal fédéral a prononcé une condamnation pour violation de l'art. 135 CP à l'encontre d'un islamiste accusé de soutenir des organisations terroristes; sur les sites internet qu'il animait, l'auteur diffusait des vidéos d'exécutions tirées d'autres sites web (arrêt du 2 mai 2008, 6B_645/2007).

50 Cf. partie II de l'opinion majoritaire.

51 En Suisse, la Swiss Interactive Entertainment Association (SIEA) a adopté un Code de conduite en 2006 (cf. Code de conduite SIEA/PEGI pour la protection des jeunes, version d'août 2011). Celui-ci instaure la reprise des classifications PEGI. 95% de la branche a déclaré s'y soumettre. La Recommandation N° R(89)7 du Conseil de l'Europe concernant des principes relatifs à la distribution de vidéogrammes à contenu violent, brutal ou pornographique (en liaison avec la Recommandation N° R(92)19) invite les Etats membres à soutenir ce processus d'autoréglementation.

52 Cf. rapport du 20 mai 2009, *supra* note 1, p. 64.

53 La Recommandation susmentionnée du Conseil de l'Europe se déclare pourtant en faveur d'un tel système hybride, puisqu'elle invite les Etats membres à sanctionner pénalement les infractions aux systèmes de classification (point 5.1).

54 Cf. rapport du 20 mai 2009, *supra* note 1, p. 64 et 71.

55 Cf. rapport du 20 mai 2009, *supra* note 1, p. 14 et p. 60; étude commandée par l'OFAS à Olivier Steiner, *Neue Medien und Gewalt, Überblick zur Forschungslage hinsichtlich der Nutzung Neuer Medien durch Kinder und Jugendliche und der Wirkungen gewalttätiger Inhalte* (décembre 2008).

56 «Selon une enquête réalisée en Suisse par l'Office fédéral de la police (fedpol), seuls 500 jeunes environ, souvent organisés en bandes, seraient véritablement délinquants». CHSS 3/2009, *supra* note 3, p. 138.

57 Cf. motion Galladé 07.3665, citée *supra* note 7.

58 Cf. OFAS, rapport 11 juin 2010, *supra* note 40; rapport du 20 mai 2009, cité *supra* note 1.

59 Le projet n° 5 porte sur le monitoring de la réglementation et de l'autorégulation; grâce à une expertise externe, il vise à «se faire une idée de la situation actuelle en matière de protection des jeunes face aux médias». Programme national «Protection de la jeunesse face aux médias et compétences médiatiques», Plan de mise en œuvre, p. 11 (janvier 2011).

60 Cf. rapport du 11 juin 2010, *supra* note 40, p. 5.

61 Cf. OFAS, rapport de janvier 2011, *supra* note 59, p. 3 et 14.

IV. Les enseignements pour la Suisse

La Suisse n'accorde pas la même importance que les Etats-Unis à la liberté d'expression⁶². Là-bas, le premier amendement a servi à invalider de très nombreuses lois, tant la Cour suprême se montre sévère dans son appréciation de l'intérêt public et de la proportionnalité. Dernièrement, une loi interdisant la représentation d'actes de cruauté envers les animaux n'a pas trouvé grâce à ses yeux et a été jugée inconstitutionnelle⁶³. Seuls la pornographie⁶⁴ et les *fighting words*⁶⁵ sont clairement hors du champ du premier amendement⁶⁶ – ce qui amène d'ailleurs le juge Breyer à écrire: *what sense does it make to forbid selling to a 13-year-old boy a magazine with an image of a nude woman, while protecting a sale to that 13-year-old of interactive video game in which he actively, but virtually, binds and gags the woman, then tortures and kills her? What kind of First Amendment would permit the government to protect children by restricting sales of that extremely VVG only when the woman – bound, gagged, tortured, and killed – is also topless?*⁶⁷.

Même si la jurisprudence helvétique en matière de liberté d'expression est moins exigeante⁶⁸, elle offre quelques pistes intéressantes pour jauger l'admissibilité d'une éventuelle interdiction des JVV. Il ne fait aucun doute qu'en tant qu'expression

artistique, ces jeux sont couverts par la liberté d'expression⁶⁹; plus précisément, leurs utilisateurs en bénéficient. De même, il ne fait aucun doute qu'un mineur peut invoquer la liberté d'expression pour accéder à de tels jeux⁷⁰, comme il le pourrait à l'égard d'un livre, fût-il violent⁷¹. Dès lors, la question à trancher est de savoir si les conditions classiques de l'art. 36 Cst sont remplies. Ni la jurisprudence suisse, ni la jurisprudence européenne⁷² n'ont eu l'occasion de se prononcer sur la constitutionnalité d'une interdiction d'accès aux jeux vidéo. Comme on le verra plus bas, doctrine et jurisprudence se sont en revanche prononcées sur les restrictions d'accès aux cinémas.

A supposer qu'une loi soit adoptée – qu'elle soit cantonale ou fédérale, dans ce dernier cas, en admettant que le problème du fondement constitutionnel ait été résolu –, il conviendra de déterminer si pareille interdiction constitue le moyen le plus proportionné pour sauvegarder un intérêt public suffisant? La réponse à cette question implique de tenir compte de la jurisprudence (générale) de la Cour européenne des droits de l'homme. On signalera également qu'une loi fédérale ne serait pas forcément «immunisée» par l'art. 190 Cst, dès lors que la liberté d'expression est ancrée dans le droit international supérieur⁷³.

1. L'intérêt public à interdire les JVV

Le premier obstacle que rencontrerait une interdiction de vente des JVV est celui de *l'intérêt public*. Comme l'arrêt américain l'a montré, il n'est pas certain que les JVV favorisent la

62 Sur la portée de la liberté d'expression aux Etats-Unis, voir par ex. Michel Hottelier, *La liberté de la presse aux USA – Mythe fondateur et judicial activism*, *medialex* 2003 p. 209. Les Etats-Unis font plutôt figure de cavalier solitaire dans leur défense quasi-absolue de la liberté d'expression. Bon nombre d'autres pays, notamment l'Australie, le Brésil, l'Allemagne, l'Irlande, l'Italie et le Royaume-Uni, ont déjà – et même pour certains à plusieurs reprises – interdit à la vente des JVV. Parmi les plus décriés, on mentionnera le jeu *Manhunt 2*; bannis dans plusieurs pays, il a dû être reconfiguré en une version expurgée des pires atrocités. Cf. Communication de la Commission du 22 avril 2008, *supra* note 6, pp. 6–7.

63 Cf. *United States v. Stevens*, 559 U.S. ___ (2010).

64 Sur le thème de l'obscénité, voir les arrêts *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973), *Kois v. Wisconsin*, 408 U.S. 229 (1972), *United States v. Reidel*, 402 U.S. 351 (1971), *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957).

65 Les *fighting words* sont ceux qui incitent leur destinataire à réagir promptement par la violence contre leur émetteur; il s'agit généralement d'insultes. Depuis l'arrêt inaugural de 1942 (*Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568), et contrairement à l'exception visant la pornographie, cette exception n'a que très rarement été appliquée. A noter au demeurant que des paroles qui prônent la violence, par exemple l'action politique violente, ne peuvent être prohibées sans violer le premier amendement (*Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969)).

66 Cf. partie II de l'opinion majoritaire.

67 Point IV de la «dissent» du juge Breyer.

68 On évoquera à cet égard un récent arrêt du Tribunal fédéral (6B_511/2011) qui confirme, en à peine 10 lignes, qu'un détenu peut se voir interdire l'accès à un CD de musique, en raison de la violence des paroles chantées. On rappellera que les prisonniers ne perdent pas leur droit à la liberté d'expression, même si celle-ci peut bien évidemment faire l'objet de restrictions.

69 La liberté économique des distributeurs trouve bien sûr également à s'appliquer. La jurisprudence suisse privilégie d'ailleurs l'application de cette liberté lorsque des aspects commerciaux sont en jeu. Le présent article analyse toutefois une éventuelle interdiction dans la perspective du consommateur privé d'accès, et non du distributeur interdit de vente. C'est pourquoi les développements qui suivent se concentrent sur la liberté d'expression, et non sur la liberté économique.

70 Sur la titularité de la liberté d'expression, voir par ex. Denis Barrelet, *Les libertés de la communication* § 45, in: *Verfassungsrecht der Schweiz*, Thürer/Aubert/Müller, Schulthess, p. 724 (2001); également Roberto Peduzzi, *Meinungs- und Medienfreiheit in der Schweiz*, Schulthess, pp. 228–230 (2004).

71 Cf. par ex. Jean Zermatten, Grandir en 2010: entre protection et participation, *Revue jurassienne de jurisprudence* 2010 p. 100; Commission fédérale pour l'enfance et la jeunesse, *Protection de la jeunesse face aux médias: le droit pénal ne suffira pas* (2010).

72 La Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée à deux reprises sur des affaires de censure d'œuvres à contenu sexuel, respectivement pornographique, destinées ou accessibles aux mineurs. Il s'agit des arrêts *Handyside* c. Royaume-Uni du 7 décembre 1976, (série A n° 24, p. 23, § 49) et *Mueller et autres* c. Suisse du 24 mai 1988 (requête n° 10737/84). Dans ces deux affaires, la mesure d'ingérence nationale a été qualifiée de proportionnée et donc conforme à la CEDH. Ces deux affaires ne portent pas sur des contenus violents; elles sont – de surcroît – passablement anciennes.

73 Sur l'étendue du pouvoir d'examen du Tribunal fédéral lorsqu'une loi suisse se heurte à la Constitution et au droit international, voir l'ATF 128 IV 201 = JdT 2005 IV 57 (interdiction de la pornographie dure compatible avec l'art. 10 de la Convention européenne des droits de l'homme). Plus récemment, voir les ATF 136 II 120, 136 I 65 et 131 II 710.

violence des jeunes, ni que leur interdiction la prévienne. Dans sa *dissenting opinion*, le juge Breyer cite une centaine d'études scindées en deux catégories, celles qui admettent une telle corrélation (voire causalité) et celles qui la nient⁷⁴. Même les études qui admettent l'effet nocif des JVV ne vont pas jusqu'à affirmer qu'une proportion significative d'enfants s'engage dans des actes de violence illégaux à cause d'un usage des JVV⁷⁵. Évidemment, aucune étude n'a établi qu'une interdiction légale diminue ces actes de violence. Dans ces circonstances, le Tribunal fédéral aurait quelque peine à retenir l'intérêt public consistant à interdire toute vente de JVV à tous les mineurs⁷⁶. Comme l'a souligné le Conseil fédéral, seuls quelques jeunes sont à risque et les entraver tous dans leur liberté d'expression paraît délicat⁷⁷. Une interdiction basée uniquement sur l'intérêt public au maintien des bonnes mœurs serait envisageable, mais se heurte à d'autres difficultés. La morale est une notion éminemment floue et qui varie «dans le temps et l'espace, spécialement à une époque caractérisée par une évolution rapide et profonde des opinions en la matière»⁷⁸. Vu le nombre de personnes jouant à des JVV⁷⁹, il serait présomptueux d'admettre un consensus social sur leur immoralité. Enfin, un intérêt public plus restreint portant sur le potentiel d'addiction est envisageable. Cependant, n'importe quel jeu vidéo présente un potentiel d'addiction, qu'il soit violent ou non. Il serait donc difficile de fonder une interdiction des JVV uniquement sur un intérêt public de ce type.

En faveur d'une interdiction, on se référera aux nombreuses interdictions existantes qui ont frappé ou continuent de concerner les mineurs (notamment l'interdiction d'accès à

la pornographie⁸⁰ et à certains films projetés au cinéma). Ainsi, la censure préalable à l'encontre des projections cinématographiques était largement répandue dans les cantons romands jusque vers la fin des années 70; elle se déployait même à l'égard des adultes s'agissant de contenus violents ou obscènes⁸¹. Sa constitutionnalité n'avait jamais posé problème (hormis la question de la base légale formelle ou matérielle⁸²). Cependant, à l'époque, les tribunaux appréciaient ces restrictions sous l'angle unique de la liberté économique⁸³; il n'était pas question d'examiner une atteinte à la liberté d'expression des spectateurs, *a fortiori* mineurs⁸⁴. La doctrine suisse, dans sa majorité, s'exprime en faveur des restrictions qui ciblent l'accès des mineurs aux cinémas⁸⁵. Elle considère que la vulnérabilité des enfants, en particulier leur manque de distance critique vis-à-vis du contenu visionné, justifie pleinement un contrôle des âges d'entrée. Ces auteurs semblent tenir cette vulnérabilité comme un fait découlant de l'expérience générale de la vie, n'ayant pas besoin d'être prouvée⁸⁶. Dans l'Union européenne, c'est le principe de précaution qui a été invoqué pour justifier la prise de mesures quand bien même la nocivité des jeux vidéo ne serait pas avérée⁸⁷.

Également en faveur de la constitutionnalité d'une interdiction des JVV, on fera référence, dans un contexte présentant

74 Voir les appendices A et B à la *dissenting opinion* de Breyer. Pour sa part, le DFJP dans son rapport du 11 avril 2008 (*supra* note 1), p. 17, n. 39, révèle que quelque 5000 études auraient été conduites sur les effets des représentations de la violence sans qu'on ne puisse «tirer définitivement au clair l'influence des médias sur les comportements violents des jeunes».

75 Cf. par ex. Daniel Süß, Jeunes et médias: pratiques, compétences et protection de la jeunesse, Sécurité sociale CHSS 3/2009, p. 166; Jörg M. Fegert & Liliane Kistler, Jeux guerriers et violence à la télévision, Bulletin d'information sur les expériences et connaissances acquises en Suisse et à l'étranger en matière d'exécution des peines et mesures pour les adultes et les mineurs 3/2006, pp. 14–16 (plus affirmatif sur l'effet nocif des JVV).

76 Voir toutefois l'art. 197 al. 1 CP. Dans sa réponse du 21 mai 2003 à la motion 03.3163, le Conseil fédéral avait indiqué considérer cette disposition comme poursuivant le but légitime de protéger «le développement sexuel autonome des jeunes». On pourrait tracer une analogie avec les JVV.

77 La Recommandation N° R(97)19 susmentionnée du Conseil de l'Europe est plus catégorique en ce qu'elle met l'accent, dans son préambule, sur les «préjudices qui peuvent découler pour l'épanouissement physique, psychique ou moral du public, en particulier du jeune public, tels que l'insensibilisation croissante à la souffrance, le sentiment d'insécurité et la méfiance».

78 Arrêt du 7 décembre 1976 de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Handyside c. Royaume-Uni, §48.

79 Aux Etats-Unis, 97% des jeunes entre 12 et 17 ans et 53% des adultes (dont 81% dans la tranche 18–29 ans) jouent à des jeux vidéo. Cf. Amanda Lenhart, Video Games: Adults are Players Too, Pew Research Center (2008) à <http://pewresearch.org/pubs/1048/>. Chez les mineurs, près de la moitié jouent à des jeux pouvant être qualifiés de violents. Cf. Pew Center, Teens, Video Games and Civics, (2008), à <http://pewresearch.org/pubs/953/>.

80 Le Tribunal fédéral s'est prononcé sur la constitutionnalité de certaines interdictions ayant trait à la pornographie, notamment la pornographie dure comportant des images de violence dans l'ATF 128 IV 201. Voir également Peduzzi, *supra* note 70, pp. 281–284. Dernièrement, la Cour européenne des droits de l'homme a confirmé que l'interdiction de la pédo-pornographie était conforme à la liberté d'expression. Cf. décision d'irrecevabilité dans l'affaire Karttunen c. Finland tranchée le 10 mai 2011.

81 Cf. l'art. 41 de l'ancien règlement genevois du 23 novembre 1945 concernant les salles de spectacles. Voir aussi l'ATF 87 I 114 où, sur la base d'un arrêté (abrogé) neuchâtelois du 12 février 1929, le Tribunal fédéral a confirmé en 1961 la censure préalable d'un film qui suggérait qu'un crime parfait pouvait être commis.

82 Sur la censure cinématographique en général: Charles Poncet, Censure cinématographique et délégation législative, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, 81/1980 p. 469; du même auteur, La censure cinématographique en droit administratif suisse et en droit genevois, SJ 1979 p. 49; Nicolas Peyrot, La censure cinématographique à Genève, Considérations sur l'arrêt du Tribunal administratif du 16 janvier 1980, RDAF 1980 p. 73. L'évolution de la jurisprudence du Tribunal administratif genevois peut être retracée aux travers ses arrêts publiés à la SJ 1980 p. 505, SJ 1979 p. 67, RDAF 1979 p. 215, SJ 1976 p. 205, SJ 1976 p. 187, RDAF 1973 p. 50, SJ 1972 p. 395.

83 Cf. notamment ATF 39 I 12; 41 I 264, 87 I 114, 93 I 305 = SJ 1968 p. 1, 96 I 199.

84 Cf. par ex. ATF 87 I 114, consid. 2. A l'inverse, dans son arrêt du 18 juillet 1994 (ATF 120 Ia 190), le Tribunal fédéral admet que «celui qui désire voir un film comme spectateur peut en principe se prévaloir de [la] liberté [d'expression]».

85 Cf. Barrelet (2001), *supra* note 71, p. 737 et notes de bas de page 3 et 114; Barrelet & Werly, *supra* note 48, p. 103 et p. 309; Peduzzi, *supra* note 70, p. 250.

86 On citera cependant l'art. 11 al. 1 Cst: «Les enfants et les jeunes ont droit à une protection particulière de leur intégrité et à l'encouragement de leur développement.»

87 Cf. point 13 de la résolution du Parlement du 12 mars 2009, citée *supra* note 6. Voir également British House of Commons, Harmful content on the Internet and in video games, Tenth report of session 2007-08, Volume I, p. 66 (2008).

certaines analogies, à différents jugements de la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci a régulièrement confirmé que les Etats peuvent interdire un discours prônant la haine⁸⁸, des paroles racistes, xénophobes ou antisémites⁸⁹, et même des caricatures faisant l'apologie du terrorisme⁹⁰. Cependant, dans ces trois cas de figure, l'incitation à la violence est davantage ancrée dans la réalité que lorsqu'il s'agit d'un jeu vidéo. La menace pour la société est probablement perçue comme plus immédiate.

2. La proportionnalité d'une interdiction des JVV

La condition de la *proportionnalité*, troisième exigence posée par l'art. 36 Cst, mérite également débat. L'examen de cette condition implique d'avoir au préalable évalué l'ampleur de l'atteinte. A supposer qu'une interdiction suisse soit cantonnée à la vente à des mineurs sans l'accord des parents⁹¹, l'ampleur de l'atteinte ainsi portée à la liberté d'expression peut sembler faible. Les juges américains étaient d'ailleurs divisés sur ce point. Pour certains, l'atteinte était modeste, puisque l'accord d'un parent permet à un mineur d'accéder à n'importe quel JVV. Pour d'autres, faire dépendre l'accès aux médias de l'accord exprès du parent (ou d'un acte volontaire du parent qui achète et remet le jeu) constitue une atteinte significative à la liberté reconnue aux mineurs. A mon sens, l'atteinte n'est pas négligeable. Imaginons une loi qui interdirait toute vente à des mineurs de livres relatant des meurtres (donc n'importe quel roman policier): en toute vraisemblance, cette mesure de censure préalable serait jugée disproportionnée, même si l'accord du parent suffisait à lever l'interdiction. Doit-il en aller de même pour les JVV? De larges passages du jugement de la Cour suprême porte d'ailleurs sur ce point délicat de savoir si un JVV doit être apprécié différemment qu'un livre, un film ou une parole de chanson violente. Les effets de l'interactivité du JVV y sont largement discutés⁹². Pour la majorité de cinq juges, *all literature is interactive*⁹³ de sorte que les JVV ne se distinguent pas, sinon par degré, des autres médias⁹⁴. Pour les autres juges, l'interactivité du JVV – où le joueur est amené à choisir (par ex. qui tuer et comment) et à agir (par ex. presser sur un bouton, une manette, une arme ou via Kinect) – comporte un danger

bien plus grand; le joueur s'entraîne, devient bon à tuer et est encouragé par les points accumulés en conséquence⁹⁵. En l'absence d'études scientifiques fiables comparant différentes formes d'exposition à la violence (par ex. la pratique d'arts martiaux, le visionnement de films, la pratique des JVV), il est bien difficile de réserver un traitement spécial aux JVV⁹⁶.

La question des *alternatives moins intrusives* qu'une interdiction se pose aussi⁹⁷. Actuellement, aux Etats-Unis comme en Suisse, prévaut un système volontaire de restrictions selon l'âge. Ce système n'est pas parfait, puisque le vendeur qui passe outre ne s'expose pas à des sanctions étatiques⁹⁸, sauf dans le canton de Vaud qui a rendu «obligatoire» l'autoréglementation. Des manquements ont déjà été constatés, et la branche devrait certainement déployer davantage d'efforts pour obtenir le plein respect de son Code de conduite par ses membres⁹⁹. Cependant, il n'est pas certain qu'une interdiction étatique soit plus efficace. L'arrêt américain donne l'exemple de l'interdiction de la vente d'alcool aux mineurs, (non) respectée dans pratiquement la même proportion que le système privé de *ratings* des JVV; la Suisse fait d'ailleurs la même expérience avec l'accès des jeunes à l'alcool¹⁰⁰ ou au cannabis¹⁰¹. Toutefois, en Suisse, le Tribunal fédéral tend à laisser une large marge de manœuvre aux cantons pour juger de l'efficacité d'une mesure. On mentionnera toutefois le récent arrêt 1P.336/2005 où la décision de l'exécutif genevois de ne pas louer une salle communale à l'humoriste

88 Cf. par ex. arrêt *Sürek c. Turquie* (n° 1) du 8 juillet 1999, n° 26682/95.

89 Cf. par ex. arrêt *Féret c. Belgique*, n° 5615/07.

90 Cf. arrêt *Leroy c. France* du 2 octobre 2008, N1 36109/03. Voir son commentaire par Franz Zeller dans *medialex* 2008 p. 188.

91 Une interdiction de vente de JVV qui ne serait pas levée par l'accord des parents soulèverait des problèmes juridiques et pratiques supplémentaires. D'une part, la mesure devrait être appréciée comme une ingérence au droit à la vie privée de la famille. D'autre part, on voit assez mal quel contrôle étatique peut s'exercer dans les foyers lorsque les contenus autorisés varieraient en fonction de l'âge de l'utilisateur. On relève toutefois que l'interdiction de la vente d'alcool aux mineurs déploie ses effets indépendamment de l'accord des parents.

92 Cf. partie II de l'opinion majoritaire «Brown».

93 Id.

94 Id.

95 On pourrait argumenter qu'un jeu qui laisse le choix de ses actes au joueur doit être apprécié moins sévèrement qu'un film qui impose la vision du seul réalisateur. Avant que les jeux vidéo ne deviennent l'objet de polémiques, c'étaient d'ailleurs les films (à la télévision ou au cinéma) qui accaparaient l'attention des critiques. Cf. par ex. ATF 87 I 114, consid. 2; Emmanuel Derieux, *La violence à la télévision et la jeunesse*, *medialex* 2003 p. 11.

96 Cela n'a cependant pas arrêté le Conseil de l'Europe qui souhaite la mise en place de «sanctions civiles, pénales ou administratives» à l'encontre des «représentations gratuites de la violence gravement offensantes pour la dignité humaine ou qui, par leurs caractéristiques inhumaines ou dégradantes, portent préjudice à l'épanouissement physique, psychique ou moral du public, en particulier du jeune public». Cf. Recommandation N° R(97)19 déjà citée sous note 5.

97 Le Conseil fédéral souhaite ainsi miser sur l'éducation et la sensibilisation des jeunes et de leurs parents. C'est ce que préconise également le Conseil de l'Europe dans ses diverses recommandations.

98 Les sanctions privées imposées par la commission PEGI de la SIEA existent, mais sont d'une portée limitée. Les plus sérieuses d'entre elles consistent en un refus de livraison et en une exclusion de l'association. Des amendes peuvent être infligées, mais leurs montants sont très modérés. Surtout, on ignore dans combien de cas des sanctions ont déjà été infligées, la mise en œuvre du Code de conduite ne faisant l'objet d'aucune communication publique.

99 Voir l'émission de la TSR du 15 novembre 2005 («Violence des images: y'a pas d'âge!») qui, lors d'un test, a constaté que la majorité des points de vente en Suisse romande (10 sur 13 testés) ne respecte pas l'interdiction de vente des JVV aux mineurs. Le Conseil fédéral a d'ailleurs menacé de prendre «au niveau fédéral les mesures réglementaires qui s'imposent» si «les associations professionnelles [...] ne respectent pas leurs propres dispositions». Rapport du 20 mai 2009, *supra* note 1, p. 72; aussi rapport du 11 juin 2010, *supra* note 40, p. 7; rapport de janvier 2011, *supra* note 59, p. 11.

100 Cf. par ex. rapport du 20 mai 2009, *supra* note 1, p. 51.

101 Cf. par ex. rapport du 20 mai 2009, *supra* note 1, p. 52.

controversé Dieudonné a été cassée comme contraire à la liberté d'expression. Le Tribunal observe que d'autres mesures moins incisives (par ex. le renforcement du service d'ordre) existaient pour contrôler les dérapages redoutés (de la part du public). Le Tribunal a attaché une grande importance au fait qu'était en cause une *censure préalable* du spectacle; il écrit: «Seules des conditions restrictives peuvent justifier une ingérence de l'Etat, en particulier lorsque, comme en l'espèce, il intervient à titre préventif.»¹⁰² S'agissant des jeux vidéo, différentes mesures de filtrage et de contrôle parental existent (par ex. filtres d'accès à certains jeu ou contrôle de la durée passée à jouer). L'industrie encourage d'ailleurs le développement et la mise à disposition de ces outils¹⁰³. Comme tout dispositif technique, ils ne sont pas parfaits et peuvent être contournés, moyennant maîtrise des moyens techniques – maîtrise dont font preuve de plus en plus de joueurs adolescents. Faillibles ou non, peu de parents choisissent de faire usage de ces outils¹⁰⁴; ils sont peu nombreux aussi à connaître le système de classification PEGI¹⁰⁵. Or rien n'indique que ces mesures techniques soient concrètement *moins efficaces* qu'une restriction de vente en magasin, elle aussi aisée à éluder en pratique¹⁰⁶.

Enfin, on s'interrogera sur la *faisabilité pratique* d'une interdiction de vente aux mineurs. De plus en plus de jeux (bien-tôt quasiment tous) sont proposés à la vente *on-line*¹⁰⁷; le distributeur n'est pas situé en Suisse, pas davantage que le serveur. Une interdiction suisse n'aurait guère d'effets sur ces ventes via internet¹⁰⁸. L'interdiction affecterait donc essentiellement les ventes à partir de magasins sis en Suisse. On sait aussi que les mineurs accèdent régulièrement aux jeux vidéo par le biais d'amis. Une interdiction dont l'efficacité dépend aussi nettement du canal d'accès paraît peu apte à sauvegarder l'intérêt public en cause.

102 Consid. 4.2.

103 Cf. par ex. le point 14 des *Human rights guidelines for online games providers*, directive développée par le Conseil de l'Europe en collaboration avec l'ISFE. De manière intéressante, la directive recommande que les options de filtrage ressortent de manière transparente, c'est-à-dire visible, à la fois pour les parents et le joueur mineur. A ce sujet, voir également la Recommandation CM/Rec(2008)6 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les mesures visant à promouvoir le respect de la liberté d'expression et d'information au regard des filtres internet.

104 Cf. l'étude de GameVision, *supra* note 13, p. 5; aussi rapport du 11 juin 2010, *supra* note 40, p. 12. A noter que les parents qui eux-mêmes jouent à des jeux vidéo exercent davantage de contrôle sur la pratique de jeu de leurs enfants. Cf. SIEA, communiqué de presse du 4 juin 2008 intitulé «Les jeux vidéo deviennent partie intégrante de la culture du divertissement»; SIEA, communiqué de presse du 8 juillet 2010 intitulé «Un adulte sur quatre est pressonné par les jeux vidéo»; GameVision, *supra* note 14, p. 5.

105 Voir note 37 *supra*; également point 24 de la résolution du Parlement du 12 mars 2009, citée *supra* note 6.

106 On rappellera également l'ATF 96 I 199, où le Tribunal fédéral a jugé inconstitutionnel (au regard de la liberté économique) l'obligation de l'exploitant d'un cinéma de vérifier l'âge de tous les spectateurs dont l'apparence suggère un âge inférieur à 20 ans. Un contrôle par sondage, si effectué de manière rigoureuse, a été jugé suffisant.

107 Cf. par ex. point 8 de la résolution du Parlement du 12 mars 2009, citée *supra* note 6.

108 Cf. par ex. rapport du 20 mai 2009, *supra* note 1, p. 72; rapport du 11 juin 2010, *supra* note 40, p. 6.

3. Conclusion

Une interdiction des JVV poserait en Suisse différents problèmes tant juridiques que pratiques. Un besoin urgent d'action pour prévenir une grave menace pour un large groupe de mineurs n'a pas été prouvé scientifiquement¹⁰⁹. A l'opposé, l'atteinte à la liberté d'expression des mineurs peut difficilement être qualifiée de minime. Le fait qu'une large partie de la population soit horrifiée par la violence de ces jeux et n'y trouve aucune qualité rédemptrice ne suffit pas à justifier cette atteinte, du moins tant que les études n'auront pas démontré un effet *sensible* sur la délinquance des mineurs. Comme le rappelle la majorité de la Cour suprême, *disgust is not a valid basis for restricting expression*¹¹⁰.

Résumé Protéger les jeunes contre des contenus médiatiques susceptibles de les corrompre a toujours été une préoccupation sociale. Aujourd'hui, on craint tout particulièrement que les jeux vidéo violents puissent inciter certains jeunes à passer dans la délinquance. Un florilège de projets devant le Parlement suisse vise à restreindre l'accès à ces jeux. Un arrêt de la Cour suprême américaine de 2011 soulève toutefois la question de la compatibilité de ces restrictions avec la liberté d'expression. Même si la Cour américaine est connue pour sa jurisprudence particulièrement protectrice du premier amendement, la Suisse devra, elle aussi, s'interroger sur la constitutionnalité de mesures visant à interdire certains jeux à certaines personnes. Le fait que les scientifiques demeurent encore largement partagés quant à la réalité d'un effet néfaste des jeux vidéo violents amène à douter de la nécessité de la mesure, au vu de l'ampleur de l'atteinte.

Summary Protecting young people against corrupting media content has always been of social concern. Today, violent video games are particularly feared, as many believe they are a contributory factor to criminal actions. In Switzerland, parliamentary members have submitted numerous projects to restrict access to such games. Yet, a 2011 decision of the U.S. Supreme Court reaches the conclusion that the First Amendment protecting freedom of speech prevails over a State law forbidding the sales of these games to minors. Even though U.S. case law is known for being highly protective of freedom of speech, Switzerland too will need to face the issue: are game access restrictions compatible with our Constitution? The fact that scientists still strongly disagree as to the adverse effects of playing violent video games brings the author to question the necessity of such restrictions.

109 Selon le Conseil fédéral, «moins de 2% des mineurs sont en contact avec la justice, 2,5 pour mille pour des délits de violence». Cf. rapport du 20 mai 2009, *supra* note 1, p. 1.

110 Partie II de l'opinion majoritaire «Brown».

entscheidungen décisions

Die Entscheidung | La décision

- 12-1 **«Whistleblower» wegen Amtsgeheimnisverletzung verurteilt**
Urteil des Bundesgerichts vom 12. Dezember 2011 (6B_305/2011) 16
ANMERKUNGEN: PROF. BERTIL COTTIER, LUGANO/LAUSANNE
- 1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht**
- 1.1 Meinungsäusserungs- und Informationsfreiheit, Medienfreiheit**
- 12-2 **Übertriebener Ehrenschatz für 1962 verstorbenen Staatschef** 21
Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (4. Kammer) vom 22. November 2011
(N° 17320/10 «John Anthony Mizzi c. Malta»)
ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN
- 12-3 **Kein legitimes Interesse am Hämmern auf der Vorstrafe einer Kontrahentin** 22
Zulässigkeitsentscheid des Menschenrechtsgerichtshofs (3. Kammer) vom 22. November 2011
(N° 14621/06 «Stanciulescu c. Rumänien»)
ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN
- 12-4 **Unzureichende Sorgfalt einer Gerichtsberichterstatteerin in Polen** 23
Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (4. Kammer) vom 15. November 2011
(N° 39900/06 «Semik-Orzech c. Polen»)
ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN
- 12-5 **EMRK-widrig: exzessive finanzielle Sanktion nach mangelhafter Recherche** 24
Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (4. Kammer) vom 22. November 2011
(N° 41158/09 «Koprivica c. Montenegro»)
- 12-6 **EMRK-konform: moderate Genugtuung nach unbegründeten Vorwürfen** 25
Zulässigkeitsentscheid des Menschenrechtsgerichtshofs (3. Kammer) vom 13. Dezember 2011
(N° 3466/03 «Tanasoica c. Rumänien»)
ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN
- 12-7 **Vulgäre Beleidigung von Arbeitskollegen darf drakonisch sanktioniert werden** 26
Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (Grosse Kammer) vom 12. September 2011
(N° 28955/06 «Palomo Sanchez u.a. c. Spanien»)
- 12-8 **Gewerkschafter dürfen schärfer polemisieren als Medienschaffende** 26
Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (5. Kammer) vom 6. Oktober 2011
(N° 32820/09 «Vellutini & Michel c. Frankreich»)
ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN
- 12-9 **Anwaltlicher Kommentar zu geheimer Strafuntersuchung zu Unrecht sanktioniert** 27
Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (5. Kammer) vom 15. Dezember 2011
(N° 28198/09 «Mor c. Frankreich»)
ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN
- 12-10 **Unpräzise Strafnorm zum Schutz des Türkentums ist konventionswidrig** 28
Urteil des EGMR (2. Kammer) vom 25. Oktober 2011
(N° 27520/07 «Altug Taner Akçam c. Türkei»)
ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN
- 1.2 Recht des Informationszugangs der Öffentlichkeit**
- 12-11 **EDA muss Interviewentwurf mit sichtbaren Korrekturen nicht veröffentlichen** 30
Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. Dezember 2011 (A-1156/2011)
- 12-12 **EDÖB prüft Schwärzungen in den «Cockpit»-Berichten auf Vereinbarkeit mit dem BGÖ** 31
Empfehlung des EDÖB vom 19. September 2011

1.3 Radio- und Fernsehrecht

- 12-13 **Verstoss gegen Fernsehrichtlinie: Begriff «Werbepot» zu eng ausgelegt** 32
Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 24. November 2011 (C-281/09)
- 12-14 **Beitrag in «10vor10» über Beziehungen zwischen FDP und Pharmedia verletzt das Sachgerechtigkeitsgebot nicht** 32
Urteil des Bundesgerichts vom 18. November 2011 (2C_710/2010)
ANMERKUNGEN: PROF. CHRISTOPH BEAT GRABER, LUZERN
- 12-15 **Beschwerde von Teleclub gegen Filmförderungsabgabe vom Bundesverwaltungsgericht teilweise gutgeheissen** 34
Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. November 2011 (A-8516/2010)
ANMERKUNGEN: PROF. CHRISTOPH BEAT GRABER, LUZERN
- 12-16 **Werbende Auftritte von Sponsoren in «Gesundheit Sprechstunde»** 36
Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Oktober 2011 (A-825/2011)
ANMERKUNGEN: DR. IUR. THOMAS STEINER, ZÜRICH
- 12-17 **AIEP rejette une plainte du parti «La Gauche» pour refus d'accès** 38
Décision de l'AIEP du 11 octobre 2011 (b.640)
ANMERKUNGEN: DR. IUR. THOMAS STEINER, ZÜRICH
- 12-18 **UBI weist Beschwerde gegen Beitrag über Meinungsumfrage ab** 39
Entscheid der UBI vom 17. Juni 2011 (b.630)
- 12-19 **Beschwerde gegen Beitrag der «Tagesschau» über Lohnkonflikt in der Baubranche gutgeheissen** 40
Entscheid der UBI vom 17. Juni 2011 (b.629)
- 12-20 **Beschwerden gegen Beiträge über Meinungsumfragen werden von der UBI teilweise gutgeheissen** 41
Entscheid der UBI vom 17. Juni 2011 (b.590/591/603/615/628)

5. Urheberrecht

5.3 Weitere urheberrechtliche Fragen

- 12-21 **Internetprovider kann nicht zum Einbau eines Filters zur Verhinderung von Urheberrechtsverletzungen verpflichtet werden** 42
Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 24. November 2011 (C-70/10)

8. Ethik/Selbstregulierung

8.1 Ethik des Journalismus

- 12-22 **Der Konkurs, der keiner war – Beschwerde gegen «Bieler Tagblatt» teilweise gutgeheissen** 43
Stellungnahme des Presserates vom 24. August 2011
(40/2011; Stadt Biel c. «Bieler Tagblatt»)
- 12-23 **Menzione ingiustificata dei nomi di un indiziato e della vittima** 44
Presa di posizione del Consiglio svizzero della stampa del 5 maggio 2011
(41/2011; X. c. Radiotelevisione svizzera di lingua italiana; Y. c. ticononews.ch/«Il Caffè»/«Corriere del Ticino»/«la RegioneTicino»/«Giornale del Popolo»)
- 12-24 **Wahrheits- und Berichtigungspflicht** 44
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 23. September 2011
(42/2011; Liebrand c. Tele 1)
- 12-25 **Wahrheitssuche/Entstellung von Informationen/Anhörung bei schweren Vorwürfen** 44
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 23. September 2011
(43/2011; Gruppe Augenauf c. «Weltwoche»)

12-26	Wahrheit/Entstellung von Informationen/Respektierung der Privatsphäre	45
	Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 7. Oktober 2011 (44/2011; Hablützel-Bürki c. «Blick»)	
12-27	Loyauté de la recherche/Omission d'informations importantes/ Respecter la sphère privée	45
	Prise de position du Conseil suisse de la presse du 23 septembre 2011 (45/2011; X. c. «20 minutes»)	
12-28	Der «Bote der Urschweiz» kassiert eine Rüge des Presserats	45
	Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 24. August 2011 (46/2011; Meier c. «Bote der Urschweiz»)	
12-29	Menschenwürde	46
	Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 4. November 2011 (47/2011; FC Basel c. «20 Minuten»)	
12-30	Wahrheit/Privatsphäre	46
	Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 4. November 2011 (48/2011; X. c. «Blick Online»)	
12-31	Unterschlagung/Entstellung von Informationen/Berichtigung/Sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigungen/Menschenwürde/Diskriminierung	46
	Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 11. November 2011 (49/2011; Göttner-Abendroth c. «NZZ am Sonntag»/«St. Galler Tagblatt»)	
12-32	Identification/Echanges rédactionnelles	46
	Prise de position du Conseil suisse de la presse du 23 novembre 2011 (50/2011; X. c. «Basler Zeitung en ligne»/«Berner Zeitung en ligne»/ «Thurgauer Zeitung en ligne»)	
12-33	«Erklärung der Rechte»/Zuständigkeit des Presserats	47
	Stellungnahme des Presserates vom 23. November 2011 (51/2011)	
12-34	Commentaires anonymes en ligne	47
	Prise de position du Conseil suisse de la presse du 23 novembre 2011 (52/2011)	
12-35	Die Verwendung eines Fotos in einem völlig anderen Kontext verletzt das Recht am eigenen Bild	48
	Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 9. November 2011 (53/2011; X. c. «Transhelvetica»)	
12-36	Beschwerde gegen Bericht über Masernansteckung bei Gottesdienst vom Presserat gutgeheissen	48
	Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 9. November 2011 (54/2011; Sasek c. «Blick»/«SonntagsBlick»)	
8.2 Ethik der kommerziellen Kommunikation		
12-37	Promotion von Medien im Werbemarkt – Radiowerbung «Schon über 100 Hörer täglich...»	49
	Beschluss der Schweizerischen Lauterkeitskommission vom 14. September 2011 (218/11)	
12-38	Sexisme – annonce publicitaire «2 pièces avec balcon, libre de suite»	49
	Décision de la commission Suisse pour la loyauté du 14 septembre 2011 (256/11)	
12-39	Sexismus – Plakat und Werbespot: «Die neuen xxxxxx Shower Gels»	49
	Beschluss der Schweizerischen Lauterkeitskommission vom 14. September 2011 (263/11)	
12-40	Alkoholwerbung – Plakat für Wein an der xxxxxxstrasse in Zürich	50
	Beschluss der Schweizerischen Lauterkeitskommission vom 14. September 2011 (308/11)	

«Whistleblower» wegen Amtsgeheimnisverletzung verurteilt

Urteil des Bundesgerichts vom 12. Dezember 2011 (6B_305/2011)

Zusammenfassung Der aussergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen setzt voraus, dass die Straftat zur Erreichung des Ziels notwendig und angemessen ist und den einzig möglichen Weg darstellt. Der Gang an die Öffentlichkeit war vorliegend nicht der einzige mögliche Weg, um den Kampf gegen Sozialhilfemissbrauch zu verstärken. Alternativ hätte man sich auch an den Rechtsdienst, die Ombudsstelle oder an die Geschäftsprüfungskommission wenden können. Zudem wurden schon vor dem Gang an die Öffentlichkeit verschiedene Massnahmen zur Missbrauchsbekämpfung erlassen, weshalb die Übergabe von Dokumenten an einen Journalisten weder notwendig noch angemessen war.

Résumé Pour invoquer avec succès le motif justificatif non écrit de la sauvegarde d'intérêts légitimes, il importe que la commission du délit fut non seulement indispensable, mais aussi l'unique moyen pour atteindre le but visé. En l'espèce, alerter le public n'était pas la seule option permettant de renforcer la lutte contre les abus dans la sécurité sociale: les recourants auraient pu contacter le service juridique interne, l'ombudsman ou la commission gestion. De plus, l'administration avait, déjà bien avant l'alerte, pris diverses mesures pour contrer les abus. Partant, s'adresser à la presse n'était ni nécessaire ni justifié.

Amtsgeheimnisverletzung; Angemessenheit; aussergesetzlicher Rechtfertigungsgrund; Handlungsalternativen; Interessenabwägung; Notwendigkeit; Wahrung berechtigter Interessen

Art. 14, 320 Ziff. 1 Abs. 1 StGB

X. und Y. übergaben im Jahr 2007 als Angestellte des Sozialdepartements der Stadt Zürich einem Zeitungsjournalisten Ausdrucke von Gesprächsnotizen, Kontoauszügen, Monatsbudgets betreffend verschiedene Sozialhilfeempfänger sowie zwei Polizeirapporte. X. machte bei gewissen Dokumenten die Fallnummern sowie Namen und Teile der Geburtsdaten unleserlich, wogegen Y. ihre Dokumente in keiner Art und Weise anonymisierte. Die beiden Frauen nahmen in Kauf, dass der Journalist den Inhalt der Dokumente medial aufbereitet einer breiten Öffentlichkeit zugänglich machen würde, was auch tatsächlich in Form mehrerer Zeitungsartikel geschah. Der Einzelrichter des Bezirksgerichts Zürich sprach X. und Y. mit Urteil vom 17. September 2009 vom Vorwurf der Amtsgeheimnisverletzung frei, worauf die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich und das Sozialdepartement der Stadt Zürich Berufung einlegten. Das Obergericht des Kantons Zürich sprach die bei-

den Frauen mit Urteil vom 11. Januar 2011 der Verletzung des Amtsgeheimnisses gemäss Art. 320 Ziff. 1 Abs. 1 StGB schuldig und verurteilte sie zu einer Geldstrafe. Darauf gelangten X. und Y. ans Bundesgericht und verlangten, sie seien von Schuld und Strafe freizusprechen.

Erwägungen

1. (...)

2. (...)

3.

Die Beschwerdeführerinnen machen zu Recht nicht geltend, dass ein gesetzlicher Rechtfertigungsgrund vorliege, dass ihr Verhalten etwa im Sinne von Art. 14 StGB durch das Gesetz geboten oder erlaubt und daher rechtmässig sei. Sie sind der Ansicht, ihr Vorgehen sei durch den aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen gerechtfertigt und aus diesem Grunde nicht strafbar. Die Vorinstanz ist abweichend von der ersten Instanz der Auffassung, dass nicht alle Voraussetzungen dieses Rechtfertigungsgrundes erfüllt sind.

3.1 Der aussergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen setzt nach der Rechtsprechung voraus, dass die Tat ein zur Erreichung des berechtigten Ziels notwendiges und angemessenes Mittel ist, sie insoweit den einzig möglichen Weg darstellt und offenkundig weniger schwer wiegt als die Interessen, welche der Täter zu wahren sucht (BGE 134 IV 216 E. 6.1; 127 IV 122 E. 5c, 166 E. 2b; 126 IV 236 E. 4b, je mit Hinweisen).

3.2 Die erste Instanz erwog, sämtliche Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes der Wahrung berechtigter Interessen seien im konkreten Fall erfüllt. Insbesondere habe auch keine legale Alternative zur inkriminierten Tat bestanden. Der Gang in die Öffentlichkeit sei der einzig mögliche Weg zur Erreichung des berechtigten Ziels gewesen. Zwar seien die Beschwerdeführerinnen den verwaltungsinternen Weg nicht zu Ende gegangen, indem sie es unterlassen hätten, bei der Vorsteherin des Sozialdepartements vorzusprechen. Dies sei aber unter den gegebenen Umständen verständlich. Die erste Instanz befasste sich nicht explizit mit der Frage, ob die Beschwerdeführerinnen vor dem Gang in die Öffentlichkeit departementsexterne Stellen, also Ämter und Behörden ausserhalb der Hierarchie des Sozialdepartements, in dem sie tätig waren, hätten ansprechen sollen.

3.3 Die Vorinstanz ist der Auffassung, dass die von den Beschwerdeführerinnen mit den inkriminierten Taten verfolgten Ziele der Bekämpfung des Missbrauchs im Bereich der Sozialhilfe und der Verbesserung der diesbezüglichen Kontrollen berechtigt und gewichtig sind. Sie lässt offen, ob diese Interessen im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung deutlich höher zu gewichten sind als die Interessen, die mit der Wahrung des Amtsgeheimnisses geschützt werden sollen. Der Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen sei jedenfalls deshalb nicht gegeben, weil den Beschwerdeführerinnen legale Handlungsalternativen zur Verfügung gestanden hätten. Es habe objektiv zahlreiche Stellen gegeben, an welche sich die Beschwerdeführerinnen hätten wenden können, bevor sie an die Öffentlichkeit gelangten. Die Vorinstanz nennt neben der Amtsleiterin respektive der Departementsvorsteherin insbesondere den Rechtsdienst, die Ombudsfrau, die Mitglieder der Sozialbehörde sowie die Mitglieder der Geschäftsprüfungskommission, ferner den Bezirksrat als Aufsichtsbehörde der Stadt Zürich und das kantonale Sozialamt, welches die Oberaufsicht über das ganze Sozialwesen hat. Zwar sei es unter den gegebenen konkreten Umständen nachvollziehbar, dass die Beschwerdeführerinnen sich nicht an die Spitzen des Sozialdepartements richteten. Nicht einzusehen sei jedoch, dass sie sich – vor dem Gang in die Öffentlichkeit – nicht an den Rechtsdienst, die Ombudsfrau, die Sozialbehörde oder auch die Geschäftsprüfungskommission wandten. Alle diese Stellen stünden ausserhalb der Hierarchie, in welcher sich die Beschwerdeführerinnen allein gelassen und belastet gefühlt hätten. Für das offenbar massive Misstrauen der Beschwerdeführerinnen auch gegenüber diesen weiteren möglichen Anlaufstellen ausserhalb der Hierarchie des Departements bestünden keine objektiven Anhaltspunkte. Die Vorinstanz weist zudem darauf hin, dass, ausgelöst durch politische Vorstösse, schon vor den inkriminierten Handlungen aufgrund gewisser Aufsehen erregender Vorfälle (»Hotel-Fall«, »Spanien-Fall«) konkrete Schritte zur Missbrauchsbekämpfung eingeleitet worden waren. Sie erwähnt die Weisung 37 des Stadtrates betreffend Massnahmen zur Bekämpfung des Missbrauchs in der Sozialhilfe. Diese Massnahmen seien den Beschwerdeführerinnen bekannt gewesen. Nach der Auffassung der Vorinstanz ist der Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen nicht gegeben, weil die inkriminierten Handlungen insbesondere auch unter Berücksichtigung der damals bereits eingeleiteten Massnahmen zur Verbesserung der Missbrauchsbekämpfung weder nötig noch angemessen waren und die Beschwerdeführerinnen bei der ihnen bekannten Sachlage nicht in guten Treuen davon ausgehen konnten, dass der von ihnen gewählte Weg der einzig mögliche und sinnvolle sei.

3.4 Die Beschwerdeführerinnen betrachten sich als sogenannte «Whistleblowerinnen». Sie definieren diese als Personen, die als Mitglieder einer Organisation auf Missstände aufmerksam machen, die sie innerhalb der Organisation wahrgenommen haben. Dem «Whistleblowing» komme namentlich bei sogenannten opferlosen Delikten und bei Straftaten mit Doppeltäterschaftscharakter wie etwa bei der Korruption eine erhebliche Bedeutung zu, da es bei derartigen Straftaten an einem unmittelbar betroffenen Geschädigten fehle und daher die Strafverfolgungsbehörden häufig nur durch

die Informationen von «Whistleblowern» Kenntnis davon erhielten. Der «Whistleblower» werde heute im Unterschied zu früher nicht mehr als «Nestbeschmutzer» und «Verräter» betrachtet. Vielmehr sei das «Whistleblowing» zur Wahrung öffentlicher Interessen gesellschaftlich anerkannt.

Bezogen auf den konkreten Fall machen die Beschwerdeführerinnen geltend, sie seien durch das pflichtgemässe, aber erfolglose Beschreiten des amtsinternen Weges ihrer Pflicht in erschöpfendem Masse nachgekommen. Daher sei zumindest der subjektive Unrechts- und Schuldvorwurf auszuschliessen. Es könne von ihnen nicht erwartet werden, dass sie vor dem Gang in die Öffentlichkeit auch noch alle möglichen verwaltungsexternen Stellen angingen. Solches wäre mit Risiken für ihre berufliche Zukunft verbunden gewesen. Ausserdem wären sie von den departementsexternen Stellen höchstwahrscheinlich auf den internen Dienstweg zurückverwiesen worden. Es gebe kein Reglement, welches das Vorgehen für den Fall regle, dass das amtsinterne «Whistleblowing» unmöglich beziehungsweise erfolglos sei. Der «Whistleblower» könne daher nicht wissen, an wen er sich in diesem Fall zu wenden habe. Es sei denn auch unklar, aus welchen Gründen die Vorinstanz gerade die im angefochtenen Urteil genannten Amtsstellen und Behörden als geeignete externe Ansprechpartner betrachte, und die von der Vorinstanz getroffene Auswahl sei nicht nachvollziehbar. Keine der im angefochtenen Entscheid genannten Amtsstellen und Behörden habe explizit die Aufgabe, als Meldestelle für «Whistleblower» zu fungieren. Selbst die Ombudsperson sei als Meldestelle für deliktisches Verhalten in der öffentlichen Verwaltung an und für sich ungeeignet, liege ihre Hauptfunktion doch in der Gewährung von Rechts- und Interessenschutz zugunsten des Individuums. Die Beschwerdeführerinnen halten dafür, dass nach dem erfolglosen Beschreiten des amtsinternen Weges einzig der Gang in die Öffentlichkeit übrig geblieben sei. Wollte man der vorinstanzlichen Betrachtungsweise folgen, so wäre es potenziellen «Whistleblowern» faktisch nie möglich, sich an die Öffentlichkeit zu wenden, ohne dabei strafrechtliche Folgen befürchten zu müssen. Diese Konsequenz sei unhaltbar, da der «Whistleblower» öffentliche Interessen wahrnehme.

4.

4.1 Der aussergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen setzt nach der Rechtsprechung unter anderem voraus, dass die Straftat zur Erreichung des Ziels notwendig und angemessen ist und den einzig möglichen Weg darstellt (BGE 134 IV 216 E. 6.1 mit Hinweisen). Diese Voraussetzungen müssen auch erfüllt sein, wenn es dem Täter nicht um die Wahrung von eigenen privaten, sondern um die Wahrnehmung öffentlicher Interessen geht. Ob die zu schützenden Interessen privater oder öffentlicher Art sind, betrifft die Abwägung respektive Gewichtung der auf dem Spiel stehenden Interessen. Dass ein Vorgehen der inkriminierten Art – neben zahlreichen anderen Verhaltensweisen, die in keinem Zusammenhang mit Amtsgeheimnissen stehen – neuerdings als «Whistleblowing» bezeichnet wird, ändert an ihrer strafrechtlichen Beurteilung unter dem Gesichtspunkt des aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrundes der Wahrung berechtigter Interessen nichts. Ob bei sogenannten opferlosen Straftaten und bei Delikten mit Doppeltäterschaftscharakter die Strafverfol-

gungsbehörden in besonderem Masse auf Informationen von «Whistleblowern» angewiesen sind, kann hier dahingestellt bleiben, da die Beschwerdeführerinnen nicht Strafanzeige erstatteten, sondern einem Journalisten Dokumente zum Zwecke der publizistischen Verwertung übergaben.

4.2 Die inkriminierte Handlung war nicht der einzig mögliche Weg zur Erreichung des Ziels, den Kampf gegen den Sozialhilfemissbrauch und die diesbezüglichen Kontrollen deutlich zu verstärken. Die Beschwerdeführerinnen hätten sich an verschiedene Stellen ausserhalb der Hierarchie des Sozialdepartements, in dem sie tätig waren, wenden können, um über ihre Wahrnehmungen und Erfahrungen in der Praxis zu berichten. Die Vorinstanz listet im angefochtenen Urteil einige in Betracht fallende Ansprechpartner auf. Sie bringt damit zum Ausdruck, dass Alternativen zum Gang in die Öffentlichkeit bestanden. Eine geeignete Anlaufstelle war der Rechtsdienst. Dies war auch für die Beschwerdeführerinnen erkennbar, zumal sie gemäss ihren Aussagen in der Vergangenheit in einem konkreten Einzelfall mit Erfolg beim Rechtsdienst interveniert hatten. Eine geeignete Ansprechpartnerin war zudem die Ombudsstelle, zu deren Aufgaben es gemäss den Feststellungen der Vorinstanz auch gehört, den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Stadtverwaltung für deren Anliegen zur Verfügung zu stehen. Als Anlaufstelle kam beispielsweise auch die Geschäftsprüfungskommission in Betracht. Dass und weshalb es den Beschwerdeführerinnen objektiv nicht möglich oder subjektiv nicht zumutbar gewesen sei, vor dem Gang in die Öffentlichkeit durch Übergabe von Dokumenten an einen Zeitungsjournalisten die eine oder andere genannte Stelle anzusprechen, wird in der Beschwerde nicht substantiiert dargelegt und ist nicht ersichtlich. Wohl konnte von den Beschwerdeführerinnen nicht erwartet werden, dass sie alle Ämter und Behörden kontaktierten, die als Ansprechpartner irgendwie in Betracht kommen könnten. Die Beschwerdeführerinnen sprachen indessen überhaupt keine departementsexterne Stelle an. Inwiefern eine Kontaktaufnahme mit einer solchen Stelle für ihre berufliche Zukunft riskanter gewesen wäre als die inkriminierte Übergabe von Dokumenten an einen Journalisten, ist nicht ersichtlich. Eine Kontaktaufnahme mit einer departementsexternen Stelle hätte gerade auch deshalb nahegelegen, weil die Beschwerdeführerinnen nach der Auffassung der Vorinstanz aus nachvollziehbaren Gründen davon absahen, die Departementsvorsteherin anzusprechen und den departementsinternen Weg auszuschöpfen. Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (siehe BGE 94 IV 68; 115 IV 75 E. 4) lässt sich im Übrigen nicht ableiten, dass der Beamte vor dem Gang in die Öffentlichkeit lediglich den internen Amtsweg auszuschöpfen hat und nicht auch allenfalls vorhandene externe Stellen ansprechen muss, um sein Anliegen vorzutragen.

4.3 Hinzu kommt im Besonderen Folgendes. Schon vor den inkriminierten Handlungen waren Schritte zur Verbesserung der Bekämpfung des Missbrauchs im Bereich der Sozialhilfe eingeleitet worden, was den Beschwerdeführerinnen bekannt war. Der Stadtrat von Zürich erliess am 6. September 2006 die Weisung 37 zur Verstärkung der Missbrauchsbekämpfung in der Sozialhilfe durch verschiedene neue Massnahmen, unter anderem den Einsatz von sogenannten Sozialinspekto-

ren. Die Weisung wurde am 14. September 2006 departementsintern kommuniziert. Am 24. Januar 2007 nahm der Gemeinderat von Zürich von den Massnahmen zustimmend Kenntnis. Sie wurden auf den 1. Juli 2007 in Kraft gesetzt. Als die Beschwerdeführerin 1 im Januar 2007 und die Beschwerdeführerin 2 im Mai 2007 die inkriminierten Taten begingen, war mithin bereits ein Paket von Massnahmen zur Verstärkung der Bekämpfung des Missbrauchs in der Sozialhilfe beschlossen und departementsintern kommuniziert worden. Die Beschwerdeführerinnen setzen sich mit diesen Tatsachen nicht auseinander und legen nicht dar, dass und inwiefern die Massnahmen objektiv oder zumindest aus ihrer subjektiven Sicht nicht zielführend sein konnten. In Anbetracht der Massnahmen war jedenfalls im Zeitpunkt der inkriminierten Handlungen der Schritt in die Öffentlichkeit durch Übergabe von Dokumenten an einen Journalisten objektiv weder notwendig noch angemessen. Sollten aber die Beschwerdeführerinnen die Massnahmen aus irgendwelchen Gründen als unzureichend und nicht zielführend angesehen haben, hätte es nahegelegen, dass sie zu den mit der Ausarbeitung der Massnahmen befassten Personen Kontakt aufgenommen hätten, um diesen über ihre eigenen Wahrnehmungen und Erfahrungen in der Praxis zu berichten.

4.4 Allerdings hätten die Beschwerdeführerinnen den Tatbestand der Amtsgeheimnisverletzung (Art. 320 Ziff. 1 Abs. 1 StGB), je nach den Umständen, möglicherweise auch erfüllt, wenn sie sich mit ihrem Anliegen an Behörden und Ämter ausserhalb des Sozialdepartements gewandt hätten. Wie es sich damit im Einzelnen verhält, muss vorliegend nicht abschliessend geprüft werden, zumal die Frage und die sich aus ihrer Beantwortung ergebenden Folgen in der Beschwerde nicht thematisiert werden. Die Verletzung des Amtsgeheimnisses durch Übergabe von Dokumenten an einen Journalisten zum Zwecke ihrer Verwertung in Zeitungsartikeln wiegt offenkundig schwerer als die möglicherweise ebenfalls tatbestandsmässige Übergabe von solchen Dokumenten an staatliche Ämter und Behörden, etwa an die Ombudsstelle oder an Mitglieder der Geschäftsprüfungskommission. Selbst wenn die Beschwerdeführerinnen mit einem Gang an die Geschäftsprüfungskommission gegen die Weisung der Direktion respektive des Departements verstossen und sich damit ebenfalls dem Vorwurf der Amtsgeheimnisverletzung ausgesetzt hätten, wäre ein solches Verhalten, wie die Vorinstanz zutreffend bemerkt, «jedenfalls verhältnismässiger», also angemessener, gewesen, zumal die Mitglieder der Geschäftsprüfungskommission ihrerseits dem Amtsgeheimnis unterworfen sind.

4.5 Der aussergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen ist somit jedenfalls deshalb nicht gegeben, weil die inkriminierten Handlungen zur Erreichung des angestrebten Ziels objektiv weder notwendig und angemessen noch der einzig mögliche Weg waren und weil die Beschwerdeführerinnen subjektiv mangels diesbezüglicher konkreter Anhaltspunkte nicht in guten Treuen annehmen konnten, dass das Ziel nur durch die inkriminierten Taten erreichbar sei.

4.6 Den Beschwerdeführerinnen ist im Übrigen darin zuzustimmen, dass eine Regelung betreffend das Vorgehen bei

der Meldung von Missständen am Arbeitsplatz im Interesse aller Beteiligten und Betroffenen sinnvoll sein mag. Allerdings kann eine tatbestandsmässige Verletzung des Amtsgeheimnisses durch Meldung eines Missstandes an die Öffentlichkeit nicht schon – etwa gemäss Art. 14 StGB – gerechtfertigt sein, wenn bei der Meldung ein im Gesetz geregeltes Vorgehen eingehalten wird (vgl. auch den Vorentwurf von 2008 betreffend Teilrevision des Obligationenrechts [Schutz bei Meldung von Missständen am Arbeitsplatz], Art. 321a^{bis} E-OR, betreffend «Meldung von Missständen» sowie den Erläuternden Bericht zum Vorentwurf, Ziff. 1.4 S. 26). Ob eine Amtsgeheimnisverletzung gerechtfertigt ist, bestimmt sich wesentlich auch nach den auf dem Spiel stehenden Interessen, und davon kann es abhängen, welche verwaltungsinternen und verwaltungsexternen Wege vor dem Gang in die Öffentlichkeit zu beschreiten sind.

5. (...)

6. (...)

(vgl. zu diesem Urteil auch den «Brennpunkt» in dieser Ausgabe)

Commentaire A quelques jours près, ces deux dernières années auraient pu être qualifiées de tournant décisif pour la cause des *whistleblowers* (aussi appelés donneurs d'alerte). Souvenez-vous: en octobre 2010, le Conseil fédéral mettait en consultation un projet de modification du Code des obligations portant de six à douze mois de salaire l'indemnité maximale perçue par les *whistleblowers* licenciés à tort (art. 336a al. 2 nouveau). Mieux: début 2011 entrait en vigueur une révision de la Loi fédérale sur le personnel permettant aux fonctionnaires de dénoncer au Contrôle fédéral des finances les irrégularités dont ils ont connaissance (art. 22a). Qui plus est, dans le courant de l'année, des voix toujours plus nombreuses se sont élevées pour réclamer une pleine protection pour les donneurs d'alertes. Les plaidoyers les plus récents et les plus convaincants? Sans conteste l'ouvrage de Daniela Imbach Haumüller, *Whistleblowing in der Schweiz und im internationalen Vergleich – ein Bestandteil einer effektiven internen Kontrolle*, et le rapport de la fondation Ethos et de Transparency International Switzerland, *Korruptionsbekämpfung in der Schweiz, Studie zur Rechtsgrundlage und Praxis der kotierten Unternehmen*.

Autant dire que tout portait à croire que le vent tournait enfin et que les *whistleblowers* n'auraient bientôt plus à craindre représailles, licenciements abrupts et condamnations pénales pour violation du secret professionnel ou d'affaires. C'était oublier que, dans notre pays, les grandes causes progressent par à-coups: trois pas en avant pour deux en arrière. Et le 12 décembre dernier, par le présent arrêt, le Tribunal fédéral sonnait la retraite, ignorant que, trois ans auparavant, il avait fait preuve de plus de compréhension pour les donneurs d'alerte. N'avait-il pas condamné une banque tessinoise à indemniser un *whistleblower* licencié abusivement pour avoir dénoncé les malversations des organes dirigeants à l'avocat de l'institution financière? Les juges lausannois avaient été sensibles au fait que la banque avait omis de mettre en place un quelconque système d'alerte interne (4A_2/2008, cons. 7.2). Même si le considérant suivant devait relativiser cette première suisse en soulignant que les

révélations en question étaient tolérables parce qu'elles avaient été faites à une personne soumise elle-même au secret professionnel, il reste que, en imposant indirectement la création de canaux de dénonciation interne, notre instance suprême brisait un tabou dans un pays qui comme le nôtre érige la fidélité absolue à l'employeur en dogme.

De compréhension pour le *whistleblowing*, il n'en est plus question dans le jugement qui nous occupe. Au contraire, celui-ci nous renvoie brutalement au temps où le linge sale se lavait en famille et où les journalistes devaient se contenter de relayer sagement les communiqués et conférences de presse de l'officialité. Car ce qui dérange dans ce jugement – outre la condamnation des deux fonctionnaires zurichois qui s'étaient pourtant vus décerner le prix Courage 2010 pour avoir osé révéler au grand public des octrois abusifs d'allocations de sécurité sociale – c'est l'économie, pour ne pas dire la pauvreté, du discours des juges. On a beau lire et relire leurs considérants, à aucun moment on ne trouve trace d'une réflexion sur les tenants et aboutissants du *whistleblowing*, en particulier sur sa contribution à la lutte contre les malversations et les dysfonctionnements tant dans le secteur public que dans le secteur privé (les rares propos à ce sujet sont le fait des recourants; voir le résumé de leur argumentaire au cons. 3.4).

Non, d'un considérant à l'autre, le seul souci du Tribunal fédéral est de vouloir faire obstacle à tout contact avec une presse dont il semble se méfier profondément: «Die Verletzung des Amtsgeheimnisses durch Übergabe von Dokumenten an einen Journalisten zum Zwecke ihrer Verwertung in Zeitungsartikeln wiegt offenkundig schwerer als die möglicherweise ebenfalls tatbestandsmässige Übergabe von solchen Dokumenten an staatliche Ämter und Behörden» (cons. 4.4).

Et les juges lausannois de contraindre le donneur d'alerte à un véritable parcours du combattant. D'abord il épuisera les échelons de la hiérarchie (cela on l'admet bien volontiers, devoir de loyauté oblige). Ensuite seulement, il pourra songer à alerter des instances externes, mais en veillant toutefois à ne pas brûler les étapes: on ne se confiera à un journaliste qu'en dernier lieu, après s'être adressé en vain au service juridique de son département, au médiateur administratif, à l'autorité de surveillance ou encore à la commission de gestion. On voudrait dissuader irrémédiablement le donneur d'alerte le plus sincèrement intentionné que l'on ne s'y prendrait pas autrement.

Au demeurant, on conviendra que consacrer un motif justificatif extralégal, en l'occurrence celui de la sauvegarde d'un intérêt légitime, n'est pas une sinécure; tout particulièrement en droit pénal où le principe de légalité est sacro-saint. Une exception non prévue par le législateur ne saurait donc être admise à la légère: la pesée des intérêts en présence doit se faire avec soin et prudence. Mais dans le cas présent, il est patent que les juges ont surpondéré l'obligation de fidélité. Ce faisant, ils ont, sans le vouloir, donné raison à l'OCDE qui, dans un rapport d'évaluation sur la corruption datant de 2004 (cité in FF 2008 7423), reprochait aux autorités suisses de «sous-estimer l'importance du *whistleblowing*».

La vision négative du Tribunal fédéral est regrettable, car non seulement, on l'a vu, les milieux politiques et économiques de notre pays se montrent de moins en moins hostiles aux donneurs d'alerte, mais aussi le cadre juridique international en la matière a changé. Ainsi, la convention des Nations Unies contre la corruption – que la Suisse a ratifiée en 2009 – voit dans le *whistleblowing* un instrument décisif pour

parer à la criminalité économique. Son article 33 oblige les Etats parties à prendre des mesures pour protéger les donneurs d'alerte qui agissent de bonne foi, autrement dit qui, comme dans le cas d'espèce, ne sont pas mus par le seul égoïsme (désir de vengeance ou intérêts pécuniaires).

Mais le cadre international ne se limite plus aujourd'hui à cette convention (qui, il est vrai, n'est pas *self-executing*); il y a peu, la Cour européenne des droits de l'Homme a rendu un *leading case*. En juin 2011, celle-ci déclarait abusif le licenciement d'une employée d'un établissement médico-social allemand qui avait dénoncé au procureur local les mauvais traitements infligés aux patients par ses supérieurs (*Heinisch v/ Germany*, résumé in *medialex* 2011 p. 215). Se plaçant sous l'angle d'un conflit entre le devoir de loyauté et la liberté d'expression, les juges strasbourgeois ont d'abord rappelé que la convention européenne des droits de l'homme n'autorise que très peu de restrictions à la libre circulation des informations lorsque des questions d'intérêts publics sont en jeu (cons. 66). Ils ont ensuite souligné que la dénonciation à des instances externes doit être protégée si le donneur d'alerte était de bonne foi et si les reproches touchent des questions dont se soucient le grand public (cons. 69 et 71).

Cette jurisprudence, qui est d'autant plus pertinente dans le cas présent que les abus de la sécurité sociale interpelle le citoyen-cotisant au premier chef, le Tribunal fédéral l'a ignorée. Au motif que les recourants ne l'avaient pas invoquée au moment du dépôt du mémoire de recours. L'argument est des plus formalistes, car la publication de cet arrêt-clef est intervenue après; on aurait alors pu s'attendre que le Tribunal fédéral ne ferme pas les yeux sur le droit supérieur.

Maigre consolation pour les recourants, le Tribunal fédéral admet, même si c'est du bout des lèvres (cons. 4.6), qu'il importe que les autorités publiques, à tous les niveaux, se dotent de réglementations sur le *whistleblowing*, et partant instituent des voies de dénonciation interne protégées. C'est déjà cela; mais on est encore à des années lumières d'une reconnaissance du *whistleblowing* pleine et entière (c'est-à-dire à la fois culturelle et juridique) comme elle existe depuis plus d'une décennie dans les pays anglo-saxons.

Prof. Bertil Cottier, Lugano/Lausanne

1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht

1.1 Meinungsäusserungs- und Informationsfreiheit, Medienfreiheit – Libertés d'expression et de l'information, liberté des médias

12-2

Übertriebener Ehrenschatz für 1962 verstorbenen Staatschef

Ansehensschutz; chilling effect; Diffamierung; Durchschnittsleser; Genugtuung; Leserbrief; Premierminister; public figure; Verstorbener; Zeitablauf; Zivilrecht

Art. 8, 10 EMRK

Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (4. Kammer) vom 22. November 2011 (N° 17320/10 «John Anthony Mizzi c. Malta»)

In seinem 1994 in der «Sunday Times of Malta» publizierten Leserbrief wehrte sich John Anthony Mizzi gegen das Projekt für einen Yachthafen in Xemxija. Ein Satz seines Leserbriefs befasste sich mit der Rolle des 1962 verstorbenen Premierministers Paul Boffa: «After the war, during the administration of Dr Boffa, permission was given for buildings to be erected on the northern part of the bay because Dr Boffa wanted to build there, and now this has erupted into a conglomeration of high and low-rise constructions of grotesque proportions.» Auf Zivilklage von Paul Boffas Sohn wurde Mizzi wegen Diffamierung zur Bezahlung einer Genugtuung von 700 Euro verurteilt. Mizzi beteuerte vergeblich, er habe den Ex-Premier nicht beleidigen wollen und ihm nicht unterstellt, er habe zum eigenen Vorteil bauen lassen. Der Durchschnittsleser («ordinary reader») verstand den fraglichen Satz nach Auffassung von Malts Justiz genau im Sinne des Bauens im eigenen Interesse.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) kommt mit 6 gegen 1 Stimmen zum Schluss, dass die Verurteilung Mizzis die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) unverhältnismässig beschneidet. Mizzi hätte seinen Leserbrief zwar sorgfältiger formulieren können. Es handle sich aber um einen nicht sehr gravierenden Vorwurf, welcher im Lichte des gesamten Leserbriefs gelesen werden müsse. Wie immer der Satz auch interpretiert werde, er liefere lediglich eine historische Randnotiz zu einem völlig anderen Hauptthema. Er war weder provokativ noch überspitzt formuliert («in the calmest of tone») und betraf mit dem Premierminister eine Person der Öffentlichkeit («public figure»), die sich mehr Kritik gefallen lassen muss.

Darüber hinaus habe Malts Justiz ungenügend berücksichtigt, dass der Angegriffene im Zeitpunkt der Leserbriefpublikation schon mehr als drei Jahrzehnte tot war, was den möglichen Schaden einer diffamierenden Äusserung reduziere:

«39. The Court further notes that the said prime minister was deceased at the time the letter was written. Indeed, the person who sued the applicant and to whom damages were awarded was not the defamed person, but his heir. In this respect, although the possibility of bringing such an action existed in the Maltese legal system, like in other countries, and though this has never raised an issue, as such, before the Court (see, for example, Editions Plon v. France, no. 58148/00, § 14, ECHR 2004-IV, and Hachette Filipacchi Associés v. France, no. 71111/01, § 10, ECHR 2007-VII), it is of the view that this element should have been considered by the domestic courts when assessing the proportionality of the interference. Indeed, when considering the harm that may be caused to a person's reputation, the immediate consequences that come to mind are, inter alia, loss of opportunities, private or professional, or loss of standing in the eyes of the community. The Court notes that, in the present case, the defamed individual passed away more than three decades before the impugned statement was published and any damage that may have been caused to the deceased's reputation cannot be considered serious in the circumstances (see Editions Plon v. France, no. 58148/00, § 53 and, conversely, § 47). The Court observes that the domestic courts gave no weight to this factor.»

Der englische Richter Bratza ging in seinem zustimmenden Sondervotum noch einen Schritt weiter und äusserte grundsätzliche Vorbehalte gegenüber einem Ehrenschatz für Verstorbene in Fällen, in denen die Angehörigen nur mittelbar betroffen sind:

«2. As someone originating from a jurisdiction in which a cause of action for defamation does not survive the death of the alleged wrongdoer or that of the defamed person himself, I admit to having difficulty with the idea that an action in defamation can lie at the instance of descendants of an individual years, and even decades, after the death of the person concerned. I accept, however, that in other jurisdictions, including Malta, such a cause of action exists and has not, as such, been questioned in the Court's case-law.

3. The two cases referred to in the judgment were not in fact cases of defamation. Both were cases in which the impugned publication (in Editions Plon, the disclosure of confidential medical details of a head of state who had recently died and, in Hachette Filipacchi Associés, the publication of a photograph of the mutilated body of a political figure, shortly after his murder and funeral) had a direct and immediate impact on the private and family lives of the immediate family of the deceased.

4. In the case of defamation, the situation appears to me to be different: the defamatory statement, while doubtless affecting the reputation of the deceased ancestor, has in my view no direct impact on the private or family life of the descendants. The exposure of an individual in such a case to an action in damages for defaming the deceased ancestor of a family is likely to have a seriously chilling effect on the right of freedom of expression, particularly in a case where many years have passed since the death and the burden of proving the truth of the allegation lies on the defendant in any such action. In my view, even if such an action is in principle compatible with the requirements of Article 10, when striking the balance between the competing interests, the weight to be attached

to the reputation of the deceased individual must diminish with the passing of the years and that attaching to freedom of expression must correspondingly increase.»

Maltas Ad-hoc-Richter war in seinem abweichenden Sondervotum hingegen der Ansicht, die Bestrafung Mizzis missachte die Meinungsfreiheit nicht. Die ehrenrührigen Vorwürfe seien schwerwiegend. Premierminister Boffa genieße in Malta auch Jahrzehnte nach seinem Tod noch ein hohes Ansehen als aufrichtiger Politiker. Seine Erben hätten ein berechtigtes Interesse am Schutz der Reputation Boffas, aber auch der gesamten Familie:

«Dr Boffa is still considered a highly respectable and honest politician and his heirs have an interest in upholding not only his honour, his reputation and his name but also that of the family as any defamation almost inevitably rubs off onto the family and this can lead to moral and material damage.»

Anmerkungen Dass der Staat das Ansehen auch nach dem Tod schützt, ist keine Selbstverständlichkeit. Nicht alle europäischen Staaten kennen derartige Vorschriften, wie das Sondervotum des englischen Richters in Erinnerung ruft. Die Schweiz kennt zwar mit Artikel 175 des Strafgesetzbuchs eine entsprechende Vorschrift (Üble Nachrede oder Verleumdung gegen einen Verstorbenen), doch greift sie lediglich bis 30 Jahre nach dem Tod. Eine derartige Beschränkung kennt Maltas Strafvorschrift – auf welche sich die Genugtuung stützte – nicht. Die Urteilsbegründung des EGMR enthält verschiedene Elemente von allgemeiner Gültigkeit.

1. Ist der Schutz Lebender vor Diffamierung für die EMRK-Vertragsstaaten eine menschenrechtliche Pflicht (abgeleitet aus Art. 8 der Konvention), so lässt sich dies bei Kritik an Verstorbenen nicht sagen. Aus der in diesem Punkt spärlichen Strassburger Praxis lässt sich zwar implizit ableiten, dass es einem Staat zusteht, in seiner nationalen Rechtsordnung solche Schutzmechanismen vorzusehen. Bei deren Anwendung im Einzelfall verlangt der EGMR aber Zurückhaltung. In der Abwägung mit dem Anliegen freier Kommunikation hat der Schutz von Toten weniger Gewicht als bei identischen Vorwürfen gegen Lebende. Der Gerichtshof begründet dies mit den unmittelbaren Folgen rufschädigender Publikationen, welche nur lebende Opfer unberechtigter Vorwürfe treffen: den Nachteilen im Privat- und im Berufsleben sowie dem verminderten Ansehen im gesellschaftlichen Umfeld. Viel geringer gewichtet wird das Interesse der Nachkommen, den Namen des Verstorbenen auch (lange) nach dessen Ableben vor Ehrverletzungen zu schützen. Die Mehrheit der 4. EGMR-Kammer spricht diesem Anliegen zwar nicht jegliche Berechtigung ab. Er billigt ihm aber in der Güterabwägung nur vergleichsweise geringes Gewicht zu («cannot be considered serious in the circumstances»).

2. Es ist das Verdienst des Sondervotums von Nicolas Bratza (der seit November auch als Präsident des Gesamtgerichts wirkt), dass es die Mehrheitsbegründung um eine wichtige Differenzierung bereichert: Es geht bei solchen Fällen nicht nur um die Reputation des Verstorbenen, sondern auch um den (direkten) Effekt persönlichkeitsverletzender Publizität bei den Nachkommen selber. Er kann in anderen Konstellationen erheblich sein. Ein eindrückliches Beispiel dafür ist der in der Begründung zitierte Fall N° 71111/01 «Hachette Filipacchi c. Frankreich» vom 14.6.2007 (= medialex 2007, S. 153 f.): Die grossformatige Fotografie der Leiche eines er-

schossenen Präfekten auf einer farbigen Doppelseite von «Paris-Match» missachtete die Gefühle der Angehörigen kurz nach dem Attentat auf unmittelbare (und unerträgliche) Weise. Anders als beim harmlosen Leserbrief in der «Sunday Times of Malta» ging es bei jenem Schockbild ganz direkt um die Wirkung der Publikation auf die traumatisierte Witwe und ihre Kinder. Wie der Verstorbene ausserhalb der Familie wahrgenommen wird, stand dort nicht im Zentrum. Es ging nicht um Kratzer am Denkmal einer öffentlichen Person. Die Imagepflege für (längst) verstorbene Politiker ist ein vergleichsweise untergeordnetes Anliegen. Es vermag der ungeschminkten und unschmeichelhaften öffentlichen Debatte wohl nur in krassen Fällen eine rechtliche Barriere zu errichten.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

12-3

Kein legitimes Interesse am Hämmern auf der Vorstrafe einer Kontrahentin

Ansehensschutz; Arbeitskonflikt; Bestechlichkeit; Busse; Diffamierung; Genugtuung; Korruption; Meinungsfreiheit; public figure; Recht auf Vergessen; Strafrecht; Vorstrafe; Wahrheit; Whistleblower

Art. 6, 8, 10 EMRK

Zulässigkeitsentscheid des Menschenrechtsgerichtshofs (3. Kammer) vom 22. November 2011 (N° 14621/06 «Stanculescu c. Rumänien»)

Der rumänische Firmenjurist Marin Stanculescu klagte bei der Ziviljustiz gegen seine Entlassung, die sein Arbeitgeber 2001 aus disziplinarischen Gründen ausgesprochen hatte. Der Arbeitgeber wurde im Gerichtsverfahren durch Stanculescus Arbeitskollegin M.N. vertreten. Sie war 1996 wegen Annahme von Schmiergeldern im öffentlichen Dienst verurteilt worden. Nachdem Stanculescu von dieser Vorstrafe erfahren hatte, erwähnte er die kriminelle Vergangenheit von M.N. bei jeder sich bietenden Gelegenheit (am Arbeitsplatz von M.N., vor Zivilgericht, in Eingaben an diverse Stellen und sogar auf der Strasse, wenn sie mit ihrer Familie unterwegs war).

M.N. wehrte sich 2003 mit einer Strafklage wegen Ehrverletzung, worauf Stanculescu zur Bezahlung einer Busse von umgerechnet 246 Euro (der gesetzlichen Mindeststrafe) und einer Genugtuung von 615 Euro verurteilt wurde. Die rumänische Strafjustiz hielt fest, Stanculescu habe kein legitimes Interesse für die obsessive Wiederholung seiner Vorwürfe gehabt. Sie verwarf das Argument, die Vorwürfe seien zutreffend und M.N. habe sich die Kritik durch ihr kriminelles Verhalten selber zuzuschreiben.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) teilt die Auffassung der rumänischen Justiz und bezeichnet Stanculescus Beschwerde wegen Verletzung der Verfahrensfairness und der Meinungsfreiheit (Art. 6 und 10 EMRK) einstimmig als offensichtlich unbegründet. Stanculescu hatte ausreichend Gelegenheit, seine Argumente vor der rumänischen

Justiz vorzutragen. M.N. hatte aufgrund von Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privatlebens) ungeachtet ihres früheren strafbaren Verhaltens einen menschenrechtlichen Schutzanspruch. Dieser Anspruch war umfangreicher als jener einer Politikerin oder einer noch im öffentlichen Dienst stehenden Person, die sich intensivere Kritik gefallen lassen müsse als eine gewöhnliche Person («ordinary person») wie M.N.

Nach Ansicht des Gerichtshofs ging es um einen privaten Konflikt und nicht um eine Debatte zu einem Thema von öffentlichem Interesse. Die auf die Person gemünzten Angriffe von Stanculescu dienten keiner Debatte von berechtigtem allgemeinem Interesse und bezweckten bloss, M.N. zu diskreditieren und öffentlich verächtlich zu machen. Selbst wenn Stanculescu beabsichtigt hätte, seinen Arbeitgeber auf die Vorstrafe und die fragwürdige Eignung von M.N. als Rechtsberaterin aufmerksam zu machen, hätte sein Vorgehen Strafe verdient: Diesfalls hätte er sich an den Vorgesetzten oder an eine zuständige Stelle wenden sollen, statt die Vorwürfe wahllos an zahlreiche Adressaten zu richten. Angesichts seiner Verfehlungen war die Genugtuungssumme von rund 615 Euro nicht überrissen.

Anmerkungen Dieser rumänische Fall eignet sich als Lehrbuchbeispiel für «Äusserungen, die ohne Wahrung öffentlicher Interessen oder sonst wie ohne begründete Veranlassung vorwiegend in der Absicht vorgebracht oder verbreitet werden, jemandem Übles vorzuwerfen». Bei einer solchen Konstellation schliesst Art. 173 des schweizerischen Strafgesetzbuchs (üble Nachrede) die Zulassung zum Entlastungsbeweis aus. Selbst die Wahrheit des ehrenrührigen Vorwurfs vermag die Bestrafung nicht abzuwenden. Die schweizerische Vorschrift existiert länger als die EMRK und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte. Sein einstimmig gefällter Zulässigkeitsentscheid dokumentiert, dass eine solche Vorschrift auch aus menschenrechtlicher Optik überzeugt und die Kollision der freien Kommunikation (Art. 10 EMRK) mit dem Privatleben (Art. 8 EMRK) sinnvoll regelt. Darüber hinaus war für den EGMR klar, dass das blindwütige Verhalten des entlassenen Arbeitnehmers selbst bei Annahme einer begründeten Veranlassung für die Bekanntgabe der Vorstrafe nicht als zulässiges Whistleblowing qualifiziert werden kann. Auf diese Art darf eine Vorstrafe selbst dann nicht thematisiert werden, wenn sie für die öffentliche Debatte relevant ist, z.B. weil eine frühere Beamtin freiwillig die öffentliche Bühne betritt (etwa durch Kandidatur für ein politisches Mandat). Der Gerichtshof hat schon oft unterstrichen, die offene Debatte über die Korruption (auch) einzelner Amtsträger sei von wesentlichem Interesse für die Allgemeinheit (vgl. etwa EGMR-Urteil N° 17095/03 «Cihan Öztürk c. Türkei», medialex 2009, S. 153). Angesichts der Bedeutung dieses Themas gerade in den osteuropäischen Konventionsstaaten wird man bei früherer Bestechlichkeit nicht leichtthin ein «Recht auf Vergessen» bejahen können. Dabei spielt fraglos eine Rolle, ob sich die betroffene Person noch immer im öffentlichen Dienst befindet.

Die Entscheidungsbegründung macht deutlich, dass der Abtritt von der öffentlichen Bühne den durch die Privatsphäre geschützten Raum vergrössern kann. Zu beachten ist allerdings, dass nicht jeder nach Beendigung des öffentlichen Dienstverhältnisses oder nach Aufgabe des politischen Mandats nahtlos in die Gruppe der Normalsterblichen («ordinary per-

sons») zurückkehrt. Je bedeutender die früher wahrgenommene Funktion war, desto intensiver und länger werden sich abgetretene Magistraten und ihre Angehörigen an tatsächliche oder angebliche Verfehlungen erinnern lassen müssen (vgl. etwa das oben zusammengefasste, am gleichen Tag gefällte EGMR-Urteil N° 17320/10 «John Anthony Mizzi c. Malta» vom 22. November 2011).

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

12-4

Unzureichende Sorgfalt einer Gerichtsberichtersterterin in Polen

Ansehensschutz; Anwalt; audiatur et altera pars; Berichterstattung; Gerichtsberichterstattung; Medienfreiheit; Recherche; Sorgfalt; Verifizierung; Zeitfaktor; Zivilrecht

Art. 8, 10 EMRK

Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (4. Kammer) vom 15. November 2011 (N° 39900/06 «Semik-Orzech c. Polen»)

Gerichtsberichtersterterin Teresa Semik-Orzech übte am 17. Dezember 2002 in einer Tageszeitung scharfe Kritik an einem der Strafverteidiger in einem publizitätsträchtigen Betrugsprozess gegen mehrere Angeklagte. Unter dem Titel «A Lawyer's Nonchalance?» warf sie einem der Anwälte vor, er sei am Vortag dem Gerichtssaal ohne Angabe von Gründen ferngeblieben und habe lediglich die Anwältin eines anderen Angeklagten kurzfristig um Vertretung gebeten. Wegen des Interessenkonflikts sei dem Gericht nichts anderes als eine Vertagung der Verhandlung übrig geblieben. Es falle schwer, die Abwesenheit nicht als Missachtung des Gerichts, des Staatsanwalts und der Verfahrensparteien zu sehen.

Der kritisierte Anwalt war vor der Publikation nicht angefragt worden. Er hielt fest, er habe nicht wissen können, dass seine Abwesenheit zu einer Vertagung führen würde. Das Gericht habe den Interessenkonflikt erst im Rahmen der fraglichen Verhandlung vom 16. Dezember festgestellt, nachdem es die umstrittene Frage während der vorherigen Verhandlung vom 9. Dezember ausdrücklich offen gelassen hatte. Die vom Anwalt begehrte Richtigstellung lehnte die Zeitung ab. Sie publizierte die Erklärung lediglich in Form eines Leserbriefs.

Auf Zivilklage des betroffenen Anwalts wurde die Journalistin wegen Persönlichkeitsverletzung zusammen mit dem Chefredaktor zur Bezahlung einer Geldsumme von annähernd 30000 Zloty (annähernd 7000 Euro) zugunsten eines wohltätigen Zwecks verurteilt. Die polnische Justiz warf ihr eine ungenügende Recherche und eine sensationalistische Darstellung des Falles vor.

Der EGMR bezeichnet die Verurteilung der Journalistin einstimmig als menschenrechtskonform. Ihre gravierenden Tatsachenbehauptungen beruhten nicht auf genügender Faktenbasis. Der EGMR kritisierte, dass sie weder das Gerichtsprotokoll konsultiert noch den angegriffenen Anwalt um eine Stellungnahme gebeten hatte. In ihrem Wunsch nach rascher

Publikation habe sie es unterlassen, vertrauenswürdige Quellen zu konsultieren. Ihr Fall unterscheide sich in wesentlichen Aspekten von der Angelegenheit N° 28040/08 «Aquilina c. Malta» vom 14. Juni 2011, in welcher der EGMR zugunsten der Gerichtsberichterstatteurin geurteilt hatte:

«63. (...) The Court notes that the present case is to be distinguished from the case of Aquilina and Others v. Malta, cited above, where all the evidence heard by the domestic courts in the defamation proceedings against the applicants clearly indicated that the magistrate hearing the bigamy case had made a finding of contempt of court in respect of the lawyer appearing for the accused. In that case, however, the domestic courts (in the defamation proceedings) paid little or no attention to this evidence, preferring to rely on the brief and apparently incomplete record of the proceedings before the Court of Magistrates (see paragraphs 47– 49 of that judgment). Moreover in that case the court reporter had shown due diligence in attempting to verify the facts, and the newspaper had published an apology two days later (paragraph 50).»

In einem Punkt widerspricht der Gerichtshof allerdings der polnischen Justiz. Sie hatte der Journalistin vorgeworfen, dass sie sich nicht auf eine reine Schilderung der Fakten beschränkt und eine eigene Bewertung der Vorfälle publiziert hatte. Wertendes journalistisches Feedback ist nach Auffassung des Gerichtshofs nicht nur zulässig, sondern sogar erwünscht. Es leiste einen Beitrag zur Verbesserung der Arbeit der Gerichtsbarkeit und auch zu einem besseren Verständnis der Justiz in der Bevölkerung.

«62. The Court notes that the appellate court suggested that journalists in judicial reporting were obliged to limit their reports to statements of fact and abstain from presenting their own opinions (see paragraph 25 above). There is no authority in the Court's case-law for such a statement and such an approach does not appear to be compatible with the role of the press in ensuring the public character of judicial proceedings and their transparency and fairness. While the Court has stressed the importance of journalistic objectivity and balance in the context of judicial reporting (see Egeland and Hanseid, cited above, § 49; Reinboth and Others v. Finland, no. 30865/08, § 78, 25 January 2011), it is of the view that it is of primary importance for the proper functioning of judicial systems that journalists are free not only to inform the general public about the factual aspects of cases examined by the courts, but also to formulate and disseminate their views and opinions on important issues involved in or connected with the subject-matter of cases under judicial consideration. In the same vein, it is important that the courts have an opportunity to obtain feedback on how their acts and judicial decisions are understood and regarded by the public. Such knowledge contributes to the quality of judicial decision-making and to a better understanding by society at large of the complexity of the issues involved in the administration of justice.»

Anmerkungen Die Begründung im Fall «Semik-Orzech c. Polen» verdient das Prädikat vorbildlich. Sie schafft, was nicht jedem anderen Strassburger Richterspruch gelingt: Eine konzise, nachvollziehbare Darstellung der für die Güterabwägung massgebenden Aspekte und eine plausible

Einbettung in die bisherige Rechtsprechung. Die Ausführungen des Gerichtshofs lassen keine Fragen offen. Dabei wurde seine Begründungsarbeit dadurch erleichtert, dass mit dem Fall «Aquilina c. Malta» (medialex 2011, 11-113, S. 162) nur wenige Monate zuvor ein ähnlicher Sachverhalt zu beurteilen war, der in den entscheidungswesentlichen Punkten gerade anders lag.

Besondere Erwähnung verdient die Passage zum Nutzen einer kritisch wertenden Gerichtsberichterstattung für die Leserschaft, aber auch für die Justiz selber. Die Gerichte bedürfen der Konfrontation mit Ansichten von ausserhalb des Justizapparates. Qualitätsverbesserung ergibt sich nicht nur durch die Eingaben der Verfahrensparteien und die formalisierte Kontrolle durch die übergeordneten Gerichtsinstanzen. Die Optik Aussenstehender kann durchaus nützliche Denkanstösse liefern – selbst wenn solches Feedback mitunter unbequem, nicht immer im juristischen Sinne fundiert und zwangsläufig nicht mit richterlicher Zurückhaltung formuliert ist. Das ist hinzunehmen. Die Justiz wirkt nicht entkoppelt im luftleeren Raum. Sie muss auch medialen Gegenwind aushalten können, denn sie ist auf den Dialog mit der Gesellschaft angewiesen. Die 4. Kammer des EGMR hat die Absage an eine vakuumierte Rechtsprechung mit drei Sätzen auf den Punkt gebracht. Sie bieten sich geradezu an für ein häufiges Recycling in Strassburg und anderswo.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

12-5

EMRK-widrig: exzessive finanzielle Sanktion nach mangelhafter Recherche

Ansehensschutz; Chefredaktor; Diffamierung; Genugtuung; Medienfreiheit; Recherche; Sorgfaltspflicht; überrissene Sanktionshöhe; Zeitfaktor; Zivilrecht

Art. 8, 10 EMRK

Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (4. Kammer) vom 22. November 2011 (N° 41158/09 «Koprivica c. Montenegro»)

Die Wochenzeitschrift «Liberal» publizierte im September 1994 einen Artikel über die angeblich bevorstehende Anklage gegen 16 namentlich genannte Medienschaffende beim Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien. Auf Zivilklage eines der im Artikel genannten Journalisten wurde der Chefredaktor der Wochenzeitschrift 2004 zur Bezahlung einer Genugtuung von 5000 Euro und zur Übernahme der Verfahrenskosten von rund 2700 Euro verurteilt. Das zuständige Zivilgericht hielt fest, der Chefredaktor habe eine Überprüfung der Vorwürfe unterlassen.

Auch der Gerichtshof kommt in seinem einstimmigen Urteil zum Schluss, dass ausreichende Schritte zur Verifizierung der im Artikel aufgestellten Behauptung ausgeblieben waren. Er lässt das Argument des Chefredaktors nicht gelten, eine Überprüfung beim Strafgerichtshof sei ihm mangels Internetverbindung und offizieller Kontakte Montenegros nicht möglich gewesen. Nach Ansicht des EGMR hätte die Redaktion versuchen müssen, den Strafgerichtshof auf anderen Kanälen (wie

Telefon, Fax oder E-Mail) zu kontaktieren. Für eine solche Abklärung hätte auch ausreichend Zeit bestanden, da die Publikation nicht in einer Tages-, sondern einer Wochenzeitung vorgesehen war. Gleichzeitig beanstandete der Gerichtshof, dass Montenegros Justiz den Verfasser des Artikels trotz Ersuchen des Chefredaktors nicht als Zeugen anhören wollte.

Ob diese Weigerung die Meinungsfreiheit missachtete, liess der Gerichtshof aber offen, da die ausgesprochene Sanktion ohnehin exzessiv war. Die dem Chefredaktor auferlegte Summe betrug etwa das 25-Fache seiner monatlichen Pension. Selbst für Montenegriner mit höheren oder höchsten Einkommen waren diese Beträge sehr happig. Sie bedeuteten damit eine unverhältnismässige Beschränkung von Art. 10 EMRK.

12-6

EMRK-konform: moderate Genugtuung nach unbegründeten Vorwürfen

Ansehensschutz; Diffamierung; Genugtuung; Lokalzeitung; Medienfreiheit; moderate Sanktion; Sorgfaltspflicht; Strafrecht; Übernahme von Vorwürfen Dritter; Übertreibung; Wahrheit; Zivilrecht

Art. 8; 10 EMRK

Zulässigkeitsentscheid des Menschenrechtsgerichtshofs (3. Kammer) vom 13. Dezember 2011 (N° 3466/03 «Tanasoica c. Rumänien»)

Nachdem er 2002 in einer Lokalzeitung vier kritische Artikel über den Generaldirektor einer privatisierten Fabrik geschrieben hatte, musste sich Berufsjournalist Petre Tanasoica wegen Ehrverletzung verantworten. Einen Teil seiner zahlreichen Vorwürfe konnte er zwar vor der rumänischen Justiz belegen. Wegen einer Reihe weiterer, unzureichend belegter ehrenrühriger Behauptungen wurde er aber in erster Instanz gebüsst und zur Bezahlung einer Genugtuung an den Generaldirektor verurteilt. Da ihm keine Bösgläubigkeit nachzuweisen war, sprach ihn die obere Instanz 2003 in strafrechtlicher Hinsicht frei. Sie hielt jedoch daran fest, dass der Journalist für die unzutreffende Berichterstattung – solidarisch mit dem Zeitungsverlag – eine auf Art. 998 f. des rumänischen Zivilgesetzbuchs gestützte Genugtuung bezahlen muss.

Der EGMR bezeichnet die Beschwerde des Journalisten einstimmig als offensichtlich unbegründet. Er bejaht zwar, dass die in den Artikeln angesprochene Privatisierung von Staatsbetrieben ein in Rumänien besonders aktuelles Thema ist. Die Kritik des Journalisten betraf allerdings primär das Missmanagement durch den Generaldirektor sowie den Konflikt mit dessen Vorgänger. Dabei stützte sich der Journalist auf Aussagen Dritter, die er nicht ausreichend verifiziert hatte. Der Gerichtshof erinnert daran, dass Medienschaffende bei der Übernahme von Dritten stammender, auf eine bestimmte Person zielender Vorwürfe besonders vorsichtig sein müssen:

«30. (...) lorsqu'il s'agit d'informations attribuées à des tiers, une plus grande rigueur et une prudence particulière

avant leur publication s'imposent (voir, Stangu c. Roumanie (déc.), n° 57551/00, 9 novembre 2004).»

Der Medienschaffende liess die gebotene Sorgfalt vermissen und publizierte Behauptungen, die nicht auf einer ausreichenden Tatsachengrundlage beruhten. Dies sprengte den Rahmen erlaubter journalistischer Übertreibung und Provokation.

Die von der rumänischen Justiz zugesprochene Genugtuung von 10 Millionen Lei (umgerechnet rund 320 Euro) schien dem Gerichtshof nicht unverhältnismässig. Er bezeichnete diese Summe als relativ bescheiden («relativement faible»). Abgesehen davon habe sie gemäss den von der rumänischen Regierung gelieferten Informationen weder der Journalist noch die solidarisch haftende Zeitung bezahlt.

Anmerkungen Gestützt auf den gleichen Artikel 998 des rumänischen Zivilgesetzbuchs war 2001 auch der rumänische Menschenrechtsaktivist Gabriel Andreescu zur Bezahlung einer Genugtuung verurteilt worden. Seine ehrverletzenden Ausführungen an einer Pressekonferenz wurden allerdings schärfer sanktioniert als die Zeitungsberichte von Petre Tanasoica: Die ihm auferlegte Genugtuungssumme betrug das Fünffache (50 Millionen Lei) und damit gemäss EGMR mehr als 15 durchschnittliche rumänische Monatsgehälter – nach den Worten des EGMR eine «besonders hohe» Sanktion (Urteil N° 19452/02 «Andreescu c. Rumänien» vom 8.6.2010, Ziff. 100; medialex 2010, S. 159). Sie führte zusammen mit anderen Faktoren zu einer unverhältnismässigen Beschränkung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK).

Der oben zusammengefasste Fall Tanasoica liegt in verschiedenen massgebenden Punkten anders als der Fall des Menschenrechtsaktivisten. Dies vermag das unterschiedliche Ergebnis in Strassburg weitgehend zu erklären. Zwar ist die Pflicht zur Bezahlung einer Entschädigung in der Gröszenordnung von scheinbar mehr als drei durchschnittlichen Monatsgehältern keine Bagatelle, doch war neben dem Journalisten auch das wohl finanzkräftigere Zeitungsunternehmen zahlungspflichtig.

Trifft eine finanzielle Sanktion hingegen ausschliesslich einzelne Medienschaffende, so nimmt der Gerichtshof die Genugtuungssummen genauer unter die Lupe. Das weiter oben zusammengefasste EGMR-Urteil «Koprivica c. Montenegro» (Genugtuung und weitere Kosten in der Höhe von mehr als 25 monatlichen Renten des mittlerweile pensionierten Journalisten) verlängert die Liste von Fällen, in denen der Gerichtshof exzessive finanzielle Sanktionen gegen Medienschaffende beanstandet hat (vgl. etwa die Urteile N° 17107/05 «Campos Damaso c. Portugal» vom 24.4.2008 in medialex 2008, S. 92 f. sowie N° 22385/03 «Kasabova c. Bulgarien» vom 19.4.2011 in medialex 2011, 11-114, S. 162). Wie in den bulgarischen Fällen stellt der EGMR auch gegenüber Montenegro nicht nur auf die Kaufkraft im betroffenen Land ab, sondern auch auf die individuellen Einkommensverhältnisse des verurteilten Journalisten.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

12-7

Vulgäre Beleidigung von Arbeitskollegen darf drakonisch sanktioniert werden

Ansehensschutz; chilling effect; Entlassung; Gewerkschafter; Karikatur; Newsletter; Sanktion; Spontanäußerung; vulgäre Kritik

Art. 10 EMRK

Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (Grosse Kammer) vom 12. September 2011 (N° 28955/06 «Palomo Sanchez u.a. c. Spanien»)

Weil sie in einem Arbeitskonflikt vor Gericht zugunsten des Arbeitgebers ausgesagt hatten, wurden zwei Arbeitnehmer und ein Vorgesetzter in einem Gewerkschaftsnewsletter vulgär kritisiert. So zeigte eine Karikatur, wie die Arbeitnehmer darauf warteten, den Personalchef sexuell zu befriedigen. Die persönliche Abrechnung mit den Arbeitskollegen kostete vier Gewerkschaftsmitglieder den Job. Ihre fristlose Entlassung fochten sie vergeblich bei der spanischen Ziviljustiz an.

Der Gerichtshof ist mehrheitlich der Ansicht, die Entlassung sei eine zulässige Beschränkung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK). Eine schwere Sanktion sei jedenfalls bei gravierenden Angriffen auf die Ehre von Mitarbeitern oder Vorgesetzten gerechtfertigt. Zwar gebe es keine absolute Loyalitätspflicht gegenüber dem Arbeitgeber. Ein Arbeitsverhältnis müsse aber auf gegenseitigem Vertrauen beruhen, was bestimmte Äusserungen ausschliesse, die in einem anderen Kontext zulässig wären. Nach Ansicht des Gerichtshofs ist zwischen Kritik und Diffamierung zu unterscheiden. Die beleidigende Attacke gegen die Arbeitskollegen rechtfertigte sogar eine endgültige Entlassung, zumal es sich nicht um eine spontane, unüberlegte mündliche Äusserung gehandelt hatte.

In einer abweichenden Meinung äussern fünf Gerichtsmitglieder Kritik an der Argumentation der EGMR-Mehrheit. Sie weisen auf die Härte der Sanktion hin, welche den Entlassenen die wirtschaftliche Lebensgrundlage entzogen habe. Eine so harsche Massnahme gegen Gewerkschafter, welche neben ihren eigenen auch die Interessen anderer Arbeitnehmer verteidigten, habe eine abschreckende Wirkung («chilling effect») und treffe eine Gewerkschaft in ihrem Kern.

12-8

Gewerkschafter dürfen schärfer polemisieren als Medienschaffende

Ansehensschutz; Bürgermeister; Busse; Flugblätter; Genugtuung; Meinungsfreiheit; Politiker; Strafe; überrassene Sanktion; Zivilrecht

Art. 8, 10 EMRK

Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (5. Kammer) vom 6. Oktober 2011 (N° 32820/09 «Vellutini & Michel c. Frankreich»)

Auf Flugblättern übten der Präsident und der Generalsekretär der Polizistengewerkschaft heftige Kritik am Bürgermeister von Vendays-Montalivet, der eine Polizistin suspendiert hatte. Die beiden Gewerkschaftsführer wurden auf Ehrverletzungsklage des Bürgermeisters zu Bussen von je 1000 Euro und zur Bezahlung einer Genugtuung von 5000 Euro verurteilt.

Der EGMR beanstandet mehrheitlich eine Missachtung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK). Die scharf formulierte Kritik betraf ein Thema von erheblichem Interesse für die lokale Bevölkerung. Sie bezog sich ausschliesslich auf die Amtsführung des Bürgermeisters und nicht auf dessen Privatleben. Überbordungen und auf die Person gemünzte Kritik sind bei solchen engagierten und lebendigen Politdebatten nicht unüblich («la Cour rappelle que dans ce domaine l'invective politique déborde souvent sur le plan personnel: ce sont là les aléas du jeu politique et du libre débat d'idées, garants d'une société démocratique»).

Auf einzelne politische Akteure gezielte Vorwürfe können allerdings den weit gesteckten Rahmen erlaubter Polemik sprengen, falls sie ohne jede tatsächliche Grundlage erhoben werden. Dies sei hier nicht der Fall. Zudem waren die von Gewerkschaftsführern formulierten Vorwürfe an einem weniger strengen Massstab zu messen als jene von Medienschaffenden.

«41. (...) S'agissant des autres éléments relatés par les requérants, la Cour estime que ces derniers n'étaient pas, en leur qualité de dirigeants syndicaux, tenus de faire preuve de la même rigueur que celle exigée des journalistes. (...)»

Darüber hinaus waren die von der französischen Justiz verhängten finanziellen Sanktionen angesichts des vorgeworfenen Fehlverhaltens gemäss der Kammermehrheit unverhältnismässig.

In einer abweichenden Meinung hielt Richter Mark Villiger fest, die Gerichtsmehrheit trage dem Ansehensschutz (Art. 8 EMRK) ungenügend Rechnung. Das Flugblatt habe besonders gravierende Vorwürfe enthalten, die nicht ausreichend belegt und so formuliert waren, dass sich die Leserschaft keine eigene Meinung hatte bilden können.

Anmerkungen Bei flüchtiger Betrachtung scheinen die beiden Strassburger Urteile zu den Grenzen gewerkschaftlicher Polemik etwas widersprüchlich: Im spanischen Fall misst die Mehrheit der Grossen Kammer die Polemik in einem gewerkschaftlichen Newsletter an einem strengen Massstab. Im fran-

zösischen Fall hingegen betont die 5. Kammer den grossen Freiraum für gewerkschaftliche Kritik, welche weiter gehen darf, als es die Vorwürfe professioneller Medienschaffender tun dürften.

Diese Unterschiede sind zumindest teilweise erklärbar. Zum einen wurde in Frankreich trotz unverblümter Wortwahl nicht unter die Gürtellinie gezielt. Vor allem aber ging es im spanischen Streitfall um eine Abrechnung mit Arbeitskollegen, im französischen Konflikt hingegen um Kritik an einem ausstehenden Politiker. Dort war nicht die gleiche Zurückhaltung am Platz wie bei Vorwürfen an die Adresse von Mitarbeitenden oder der Chefetage im eigenen Betrieb. Im Gegenteil durften die gewerkschaftlichen Interessen mit Engagement und Vehemenz vertreten werden. Dass die Darstellung auf dem gewerkschaftlichen Flugblatt der Leserschaft nicht ausreichend erlaubte, sich eine eigene Meinung über die Kontroverse zu bilden, nimmt die EGMR-Mehrheit hin. Gewerkschaftliche Interessenwahrung ist nicht selten einseitig, was das Publikum kaum verblüfft. Vom gewerkschaftlichen Aufschrei wird und darf es nicht das gleiche Niveau erwarten, das es vom Berufsjournalismus einfordert – und welches das Sachgerechtigkeitsgebot im Rahmen der Rundfunkberichterstattung als Rechtspflicht gebietet.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

12-9

Anwaltlicher Kommentar zu geheimer Strafuntersuchung zu Unrecht sanktioniert

Anwaltsgeheimnis; Bestrafung; chilling effect; Genugtuung; hängiges Gerichtsverfahren; Interview; Unschuldsvermutung; Untersuchungsgeheimnis; Volksgesundheit; wirksame Verteidigung

Art. 6 Abs. 2, 10 EMRK

Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (5. Kammer) vom 15. Dezember 2011 (N° 28198/09 «Mor c. Frankreich»)

Als Anwältin der Eltern einer nach einer Hepatitis-Impfung verstorbenen Zwölfjährigen reichte Gisèle Mor 1998 eine Strafanzeige wegen fahrlässiger Tötung ein. Der Privatklage schlossen sich später weitere von Gisèle Mor vertretene Geschädigte an. Im Auftrag des Untersuchungsrichters lieferte ein medizinischer Sachverständiger im November 2002 einen 450-seitigen Expertenbericht ab, den verschiedene Medien zugespielt erhielten und in Teilen publizierten. Auf Ersuchen ihrer Klienten kommentierte die Anwältin den Inhalt des Berichts gegenüber der Tageszeitung «Le Parisien» und gegenüber Radio «Europe 1». Anwältin Mor hielt u.a. fest, der Expertenbericht belege gravierende Missstände nicht nur beim Verhalten der für die Verteilung des Impfstoffs zuständigen Pharmaindustrie, sondern auch bei den für die Impfkampagne verantwortlichen staatlichen Gesundheitsbehörden. Daneben kritisierte sie im Interview mit «Le Parisien» den Druck, der auf den Verfasser der Expertise ausgeübt werde.

«Oui, c'est ahurissant. Le Docteur [M.G.] est l'un des rares spécialistes en France des effets indésirables des médicaments, il a travaillé avec les plus grandes firmes pharmaceutiques. Ses ennuis ont commencé quand il a été nommé comme expert dans les procédures au civil et qu'il a réclamé les dossiers de pharmacovigilance aux laboratoires. Dès lors, ces derniers l'ont harcelé avec des récusations dans toute la France. Il est obligé de se défendre devant les tribunaux à ses frais et, curieusement, il a perdu des contrats professionnels. Au pénal, les laboratoires ont même envoyé un avocat harceler le juge pour qu'il soit désaisi alors qu'ils ne font pas partie civile. Le but est de déstabiliser sciemment l'expert.»

Auf Strafklage eines betroffenen Laboratoriums wurde die Anwältin 2007 wegen Verletzung des Anwaltsgeheimnisses verurteilt. Sie habe zwar nicht den Bericht selber weitergegeben, wohl aber darin enthaltene Informationen enthüllt. Da die Störung der öffentlichen Ordnung angesichts der durch andere begangenen – und nicht sanktionierten – Geheimnisverletzungen minimal war, sah das Strafgericht zwar von einer strafrechtlichen Sanktion ab («dispense de peine»). Es verpflichtete die Anwältin aber dazu, dem für die Verteilung des Impfstoffs verantwortlichen Labor eine symbolische Entschädigung von einem Euro zu bezahlen.

Nach dem einstimmigen Urteil des Gerichtshofs missachtet die Verurteilung der Anwältin die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK). Die Anwaltschaft habe nicht nur eine Schlüsselrolle für das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Justiz, sondern auch für den Glauben an eine wirksame Vertretung von Parteiinteressen («pour croire en l'administration de la justice, le public doit également avoir confiance en la capacité des avocats à représenter effectivement les justiciables»).

Zwar entbinde der Umstand, dass an sich vertrauliche Informationen aus der laufenden Strafuntersuchung bereits zu den Medien gelangt sind, eine Anwältin nicht per se von ihrer Pflicht zur Zurückhaltung bei öffentlichen Stellungnahmen. Unter den vorliegenden Umständen gab es aber keinen triftigen Grund, die um eine wirksame Wahrung der Interessen ihrer Klienten bemühte Anwältin an einem Kommentar gegenüber der ohnehin über den Fall berichtenden Presse zu hindern.

«56. (...) toujours en tenant compte des circonstances de l'espèce et du contexte de l'affaire, eu égard à la couverture médiatique de l'affaire en raison de la gravité des faits et des personnes susceptibles d'être mises en cause, la Cour s'interroge sur l'intérêt qu'il y aurait à exiger de la requérante de ne pas commenter des informations déjà connue des journalistes: ces derniers s'approprièrent en effet à les diffuser dans leurs médias de manière imminente, et ce manifestement avec ou sans les commentaires de la requérante, (voir, notamment, Weber c. Suisse, 22 mai 1990, § 51, série A n° 177, Vereniging Weekblad Bluf! c. Pays-Bas, 9 février 1995, § 41, série A n° 306-A, Fressoz et Roire c. France [GC], n° 29183/95, § 53, CEDH 1999-I, et Dupuis et autres, précité, § 45).»

Die Anwältin hatte sich allerdings nicht auf die Bewertung des Berichtsinhalts beschränkt, sondern ebenfalls den Druck auf dessen Verfasser kritisiert. Auch dies vermochte nach Auffassung des Gerichtshofs keine Bestrafung zu rechtfertigen. Das Aufdecken solcher inakzeptabler Vorgänge störte weder den ordentlichen Verfahrensgang noch tangierte es die Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK). Vielmehr bestand ein berech-

tigtes Interesse der Klientschaft und der Öffentlichkeit an diesen Äusserungen der Anwältin.

«59. (...) les familles des victimes – représentées par la requérante – avaient un intérêt certain, pour leur défense et l'instruction sereine et indépendante de leur plainte, quatre ans après le dépôt de celle-ci, à rapporter au public d'éventuelles pressions extérieures exercées sur l'expert dont l'importance des conclusions n'est pas contestée en l'espèce. De telles pressions, à les supposer avérées, étant inacceptables et incontestablement de nature à nuire à la bonne marche d'une instruction, la Cour estime que les déclarations de la requérante ne pouvaient passer comme susceptibles de troubler le bon fonctionnement de la justice ou de porter atteinte à la présomption d'innocence de personnes mises en cause. Au contraire, la défense de ses clients pouvait se poursuivre avec une intervention dans la presse dans les circonstances de l'espèce, dès lors que l'affaire suscitait l'intérêt des médias et du public (Alfantakis c. Grèce, n° 49330/07, § 33, 11 février 2010).»

Dass die Anwältin mit der geringst möglichen Sanktion belegt wurde, änderte nichts an der strafrechtlichen Natur des Schuldspruchs und der Gefahr einer Abschreckungswirkung («chilling effect») für die Anwaltschaft. Der EGMR verurteilte Frankreich, ihr für die Unbill des Strafverfahrens eine Entschädigung von 5000 Franken zu bezahlen.

Anmerkungen Geheim ist geheim. Dieser prägnante Grundsatz taugt bei spektakulären Strafuntersuchungen nur bedingt. Die Abschottung hängiger Verfahren durch strafrechtlich gesicherte Schweigepflichten hat praktische Grenzen, aber auch menschenrechtliche: Der Gerichtshof akzeptiert keine mechanische Bestrafung des Geheimnisbruchs, sondern verlangt eine sorgfältige Güterabwägung. Dabei fallen verschiedene Faktoren ins Gewicht: Wesentlich sind etwa das legitime Informationsinteresse der Öffentlichkeit an einer Strafsache (im Falle der tödlichen Impfungen wegen der Volksgesundheit und den politischen Implikationen offenkundig), die Mediatisierung des Verfahrens (sehr hoch) und auch der bisherige Kenntnisstand der Allgemeinheit. Letzterer war bezüglich des eigentlich geheimen Expertenberichts beträchtlich, da dieses Dokument – auf unklaren Kanälen – bereits an die Medien gelangt war. Was wäre geschehen, hätte sich die Anwältin entgegen dem Wunsch ihrer Klienten hinter dem Geheimnis verschanzt und sich eines Kommentars enthalten? In den ohnehin publizierten Artikeln hätte die Position der Privatklägerschaft gefehlt – ein Nachteil nicht nur für die Klienten, sondern auch für die Qualität der Berichterstattung und für die Fähigkeit der Leserschaft, sich eine Meinung über eine wichtige Thematik zu bilden. Dies umso mehr, als die Anwältin auch Verfahrenskritik übte und auf gravierende Druckversuche hinwies. Vor diesem Hintergrund ist der Erfolg von Gisèle Mors Beschwerde in Strassburg wenig erstaunlich. Und dennoch ist er nicht selbstverständlich. Die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofs zum Bruch des Untersuchungsgeheimnisses betrifft nämlich *Medienschaffende* (vgl. etwa die Urteile N° 28439/08 «Pinto Coelho c. Portugal» vom 28.6.2011, medialex 2011, S. 166, N° 17107/05 «Campos Damaso c. Portugal» vom 24.4.2008, medialex 2008, S. 92 f. und N° 1914/02 «Dupuis u.a. c. Frankreich» vom 7.6.2007, medialex 2007, S. 151 f.) oder *Verfahrensparteien* (etwa durch an die Medien gerichtete Äusserungen eines Umweltschützers zu einem ihn

tangierenden Strafverfahren: EGMR-Urteil N° 11034/84 «Weber c. Schweiz» vom 22.5.1990). Anders als die *Anwaltschaft* unterliegen Journalisten oder Angeschuldigte keinem spezifischen Berufsgeheimnis. Zum Bruch des Anwaltsgeheimnisses durch die Weitergabe geheimer Informationen an die Medien gab es bislang, soweit ersichtlich, keine Strassburger Präjudizien (das EGMR-Urteil N° 35865/04 «Foglia c. Schweiz» vom 13.12.2007, Ziff. 96, medialex 2008, S. 43 ff. betraf zwar neben anderen Fragen auch die Weitergabe von Verfahrensdokumenten an die Medien, doch wurde das Verhalten des Tessiner Anwalts nicht strafrechtlich beurteilt, sondern führte lediglich zu einer Disziplinierung im Rahmen des anwaltlichen Standesrechts).

In einer etwas gewunden formulierten Passage scheint der Gerichtshof anzudeuten, dass die Anwaltschaft selbst bei bereits gebrochenen Geheimnissen einer spezifischen Zurückhaltungspflicht unterliegt («si la connaissance par des tiers à la procédure pénale, en l'espèce des journalistes, de faits couverts par le secret professionnel porte nécessairement atteinte à leur confidentialité, cela n'est pas, en soi, de nature à décharger l'avocat de son devoir de prudence à l'égard du secret de l'instruction en cours lorsqu'il s'exprime publiquement»). Der EGMR macht aber jedenfalls dies deutlich: Bei aller gebotenen Sorgfalt und Diskretion darf der Anwältin gerade in publizitätsträchtigen Fällen eine engagierte Öffentlichkeitsarbeit nicht verbaut sein – sofern es um die wirkungsvolle Wahrung der Interessen der Mandanten geht und nicht primär um die eigene Profilierung.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

12-10

Unpräzise Strafnorm zum Schutz des Türkentums ist konventionswidrig

Bestimmtheit; chilling effect; Einschüchterungskampagne; Genozid; gesetzliche Grundlage; Opfereigenschaft; Popularbeschwerde; Staatsschutz; Strafrecht; Verfahrenseinstellung

Art. 10, 34 EMRK

Urteil des EGMR (2. Kammer) vom 25. Oktober 2011 (N° 27520/07 «Altug Taner Akçam c. Türkei»)

Der türkische Geschichtswissenschaftler Taner Akçam wurde im Oktober 2006 von türkischen Nationalisten wegen eines von ihm verfassten Zeitungsberichts zum Genozid an Hunderttausenden Armeniern während des Ersten Weltkriegs angezeigt. Sie behaupteten eine Verletzung von Artikel 301 des Strafgesetzbuchs, der die Herabwürdigung der türkischen Nation, der Republik Türkei, der Institutionen des Staates und seiner Organe untersagt. Die Staatsanwaltschaft lud den Historiker zu einer Befragung vor, zu der er am 5. Januar 2007 in Begleitung von zwei Anwälten erschien. Mit Beschluss vom 30. Januar 2007 sah die Staatsanwaltschaft unter Hinweis auf die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) von einer strafrechtlichen Verfolgung ab («decision of non-prosecution»). Dies geschah auch im November 2007 als Reaktion auf eine weitere Anzeige.

Akçam beschwerte sich beim EGMR wegen Missachtung seiner Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) durch den umstrittenen Artikel 301 des Strafgesetzbuchs. Der Gerichtshof verwirft zunächst den Einwand der türkischen Regierung, Akçam sei wegen der Einstellung der gegen ihn geführten Verfahren gar nicht Opfer einer Menschenrechtsverletzung im Sinne von Art. 34 der EMRK. Der Gerichtshof unterstrich zwar, dass in Strassburg nicht im Sinne einer Popularbeschwerde gegen den angeblich konventionswidrigen Wortlaut einer Gesetzesbestimmung Beschwerde geführt werden kann. Verlangt sei eine unmittelbare Betroffenheit, die im Falle Akçams aber vorliege. Er sei die Zielscheibe einer eigentlichen Einschüchterungskampagne nationalistischer Extremisten (mit Hassmails und Todesdrohungen), die Artikel 301 instrumentalisierten und Akçam mit ihren Anzeigen gegenüber den Strafbehörden in die Defensive drängten.

«75. This being so, the Court considers that while the applicant was not prosecuted and convicted of the offence under Article 301, the criminal complaints filed against him by extremists for his views on the Armenian issue had turned into a harassment campaign and obliged him to answer charges under that provision. It can therefore be accepted that, even though the impugned provision has not yet been applied to the applicant's detriment, the mere fact that in the future an investigation could potentially be brought against him has caused him stress, apprehension and fear of prosecution. This situation has also forced the applicant to modify his conduct by displaying selfrestraint in his academic work in order not to risk prosecution under Article 301 (see, *mutatis mutandis*, Norris, cited above, § 31, and Bowman, cited above).»

Es bestehe auch ein gewisses Risiko künftiger Verurteilung. Zwar werde die Mehrzahl aller entsprechenden Verfahren eingestellt. Es sei aber nicht ausgeschlossen, dass es – auch im Zuge möglicher politischer Umwälzungen – zu einer künftigen Anklage kommen könnte. Die Existenz dieser Strafnorm habe einen Einschüchterungseffekt auf Personen, welche die Ereignisse im 1. Weltkrieg als Genozid bezeichnen.

«81. The Court further observes that thought and opinions on public matters are of a vulnerable nature. Therefore the very possibility of interference by the authorities or by private parties acting without proper control or even with the support of the authorities may impose a serious burden on the free formation of ideas and democratic debate and have a chilling effect.

82. In view of the foregoing, the Court concludes that the criminal investigation commenced against the applicant and the standpoint of the Turkish criminal courts on the Armenian issue in their application of Article 301 of the Criminal Code, as well as the public campaign against the applicant in respect of the investigation, confirm that there exists a considerable risk of prosecution faced by persons who express «unfavourable» opinions on this matter and indicates that the threat hanging over the applicant is real (see Dudgeon, cited above, § 41). In these circumstances, the Court considers that there has been an interference with the exercise of the applicant's right to freedom of expression under Article 10 of the Convention.»

Damit war zu prüfen, ob die Formulierung von Art. 301 des türkischen Strafgesetzbuchs den Anforderungen an eine ausreichend präzise gesetzliche Grundlage für die Beschränkung der Meinungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 EMRK) genügt. Da-

ran hatte der Gerichtshof bereits in seinem Urteil N° 2668/07 «Dink u.a. c. Türkei» vom 14.9.2010 (medialex 2010, Urteil 10-177, S. 212) gezweifelt, die Frage aber letztlich offengelassen. Nunmehr wird sie einstimmig verneint. Diese Strafnorm sei auch nach ihrer Revision im Jahr 2008 so unbestimmt formuliert, dass sich ihre Auswirkungen nicht genügend einschätzen lassen.

«93. In the Court's opinion, while the legislator's aim of protecting and preserving values and State institutions from public denigration can be accepted to a certain extent, the scope of the terms under Article 301 of the Criminal Code, as interpreted by the judiciary, is too wide and vague and thus the provision constitutes a continuing threat to the exercise of the right to freedom of expression. In other words, the wording of the provision does not enable individuals to regulate their conduct or to foresee the consequences of their acts. As is clear from the number of investigations and prosecutions brought under this provision (see paragraphs 28–33 and 47 above), any opinion or idea that is regarded as offensive, shocking or disturbing can easily be the subject of a criminal investigation by public prosecutors.»

Anmerkungen Das Urteil entwickelt die bisherige Rechtsprechung in doppelter Hinsicht konsequent weiter:

1. Anders als manch oberstes Gericht kennt Strassburg zwar keine abstrakte Normenkontrolle problematischer Gesetzesbestimmungen. Der Gerichtshof hat aber schon vor Jahrzehnten deutlich gemacht, dass er nicht erst bei förmlichen Verurteilungen einschreitet. Führt eine Rechtsnorm dazu, dass eine bestimmte Person unmittelbar ihr Verhalten verändern muss, so kann sie sich als Opfer im Sinne von Artikel 34 der Konvention beim EGMR beschweren. Dreh- und Angelpunkt ist die einschüchternde Wirkung der Rechtslage («chilling effect»; vgl. dazu etwa die Anmerkungen des Schreibenden zum EGMR-Urteil N° 20863/02 «Aktan c. Türkei» vom 23.9.2008; medialex 2008, S. 191 f.). Dass diese Einschüchterung im Fall des angefeindeten Historikers Taner Akçam nicht nur eine theoretisch denkbare Möglichkeit war, begründet der Gerichtshof überzeugend.

2. Eine Entwicklung ist auch beim Kriterium der ausreichend präzise formulierten Grundlage zu erkennen. Sie zeigt sich weniger bei den gemäss Strassburger Standardformulierung vom Staat zu erfüllenden Anforderungen als bei deren gerichtlicher Prüfung im jeweiligen Streitfall. Bis vor einigen Jahren drehte sich die Strassburger Rechtsprechung zur Beschränkung der Meinungsfreiheit fast ausschliesslich um die Frage der einzelfallweisen Güterabwägung durch das rechtsanwendende Gericht (nach EMRK-Terminologie der Notwendigkeit des Eingriffs in einer demokratischen Gesellschaft) und gaben selbst problematische Gesetzesbestimmungen kaum den Ausschlag für oder gegen eine Beschwerde. Sie wurden mit dem Hinweis auf die oft unvermeidliche Allgemeinheit gesetzlicher Formulierungen durchgewinkt. Der EGMR scheint nun aber auch gegenüber dem Gesetzgeber vermehrt die Schraube anzuziehen (vgl. etwa das Urteil N° 6428/07 «Siryk c. Ukraine» vom 31.3.2011, medialex 2011, Urteil 11-68, S. 99). Dabei erstaunt wenig, dass der Gerichtshof gerade bei jenen staatlichen Vorschriften näher hinschaut, an deren Berechtigung er eigentlich zweifelt.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

1.2 Recht des Informationszugangs der Öffentlichkeit – Accès général à l'information

12-11

EDA muss Interviewentwurf mit sichtbaren Korrekturen nicht veröffentlichen

Amtliches Dokument; autorisiertes Interview; fertiggestelltes Dokument; Informationsfreiheit; Meinungsfreiheit; Öffentlichkeitsprinzip

Art. 5 Abs. 1, 3, Art. 6 Abs. 1 BGÖ; Art. 1 Abs. 2 VBGÖ

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. Dezember 2011 (A-1156/2011)

Das Bundesverwaltungsgericht hatte zu beurteilen, ob das EDA ein autorisiertes Interview mit sichtbaren Korrekturen veröffentlichen muss. Es entschied sich gegen eine Veröffentlichung, da es sich beim umstrittenen Interview gemäss Art. 5 Abs. 3 BGÖ nicht um ein amtliches Dokument handle, weil es noch nicht fertiggestellt sei.

X. stellte beim EDA ein Gesuch um Zustellung der Korrespondenz zwischen dem EDA und dem «Tages-Anzeiger» rund um ein Interview mit der damaligen Bundesrätin Micheline Calmy-Rey. Das EDA teilte ihm mit, dass keine Einsicht in die verlangten Dokumente gewährt werde, worauf X. an den EDÖB gelangte. Dieser hielt in seiner Empfehlung fest, dass der Zugang zum E-Mail-Verkehr mit dem «Tages-Anzeiger» gewährt werden müsse. Bezüglich des vom EDA erstellten und mit Korrekturen versehenen autorisierten Interviews war er der Ansicht, dass dieses durch einen einfachen elektronischen Vorgang (Übernahme der Korrekturen) in ein amtliches Dokument verwandelt werden könne und danach zugänglich gemacht werden müsse. Das EDA veröffentlichte daraufhin die Korrespondenz mit dem «Tages-Anzeiger» und das autorisierte Interview, allerdings ohne sichtbare Korrekturen. X. und die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRF) gelangten mit einer Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht und verlangten vollumfängliche Einsicht in die E-Mails zwischen dem «Tages-Anzeiger» und dem EDA, inklusive Anhang sowie Korrekturvorschlägen.

Zu Beginn seiner Erwägungen bemerkte das Bundesverwaltungsgericht, das EDA habe bereits in den E-Mail-Verkehr mit dem «Tages-Anzeiger» und in das autorisierte Interview ohne sichtbare Korrekturen Einsicht gewährt. Deshalb sei im vorliegenden Entscheid nur noch darüber zu befinden, ob auch der Anhang der beiden E-Mails – d.h. die Interviewabschrift durch den «Tages-Anzeiger» und das autorisierte Interview mit sichtbaren Korrekturen des EDA – zugänglich gemacht werden muss. Zwischen den Parteien bestehe Uneinigkeit darüber, ob es sich beim fraglichen Interview um ein fertiggestelltes und somit um ein amtliches Dokument handle oder nicht. Da das Öffentlichkeitsprinzip gemäss Art. 6 Abs. 1 BGÖ nur für amt-

liche Dokumente gilt, ging das Bundesverwaltungsgericht zu Beginn seiner Erwägungen dieser Frage nach.

Es erläuterte zuerst den Begriff amtliches Dokument: «Ein amtliches Dokument ist jede Information, die auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet ist, sich im Besitz einer Behörde befindet, von der sie stammt oder der sie mitgeteilt worden ist und die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betrifft (Art. 5 Abs. 1 BGÖ).» Nicht als amtliche Dokumente würden nach Art. 5 Abs. 3 BGÖ unter anderem Dokumente gelten, die nicht fertiggestellt sind. Art. 1 Abs. 2 VBGÖ konkretisiere diesen Begriff dahingehend, dass ein Dokument dann als fertiggestellt gelte, wenn es von der Behörde, die es erstellt hat, unterzeichnet wurde (Bst. a) oder vom Ersteller an den Adressaten definitiv übergeben wurde, namentlich zur Kenntnis- oder Stellungnahme oder als Entscheidungsgrundlage (Bst. b).

Sowohl das EDA als auch der EDÖB vertraten die Ansicht, dass die autorisierte Interviewversion das definitive amtliche Dokument darstellt. Sie waren der Auffassung, dass eine Offenlegung der Korrekturen eine Autorisierung des Interviews obsolet machen würde, was das Bundesverwaltungsgericht mit den folgenden Erwägungen bestätigte. Vorliegend gehe zwar aus den Akten nicht hervor, dass eine Autorisierung vereinbart worden sei. Allerdings deute der Umstand, dass der «Tages-Anzeiger» dem EDA die aufgrund von Tonaufnahmen niedergeschriebene Interviewabschrift zugestellt habe, auf eine solche Vereinbarung hin. Zudem habe der «Tages-Anzeiger» die korrigierte Fassung veröffentlicht, was ebenfalls darauf hinweise, dass er mit den Korrekturen einverstanden war. Schliesslich sei das autorisierte Interview hierzulande gängige Praxis geworden. Aufgrund dieser Argumente war das Bundesverwaltungsgericht in Übereinstimmung mit dem EDÖB der Ansicht, dass ein autorisiertes Interview vereinbart wurde.

In der Folge ging es der Frage nach, ob es sich bei der Interviewabschrift des «Tages-Anzeiger» und der mit Korrekturen versehenen Antwort des EDA um fertiggestellte Dokumente handelt. Es kam dabei zum Ergebnis, dass es sich bei der Erstabschrift des Interviews durch den «Tages-Anzeiger» wie auch beim autorisierten Interview mit den vom EDA vorgenommenen sichtbaren Korrekturen nicht um die letzte, endgültige Version des Interviews handelt. Erst die letzte Version des Interviews ohne sichtbare Korrekturen habe definitiven Charakter und gelte deshalb als fertiggestelltes Dokument. Diese Betrachtungsweise stütze das Bundesverwaltungsgericht einerseits auf die Tatsache, dass die Botschaft als Beispiel eines nicht fertiggestellten Dokuments einen Text mit Streichungen oder Anmerkungen vor seiner Schlusskorrektur nennt. Andererseits wies es darauf hin, dass der Austausch eines Dokuments zwecks Korrektur, Ergänzung oder Finalisierung innerhalb eines Teams oder zwischen Mitarbeitenden und Vorgesetzten nicht als Übergabe an den Adressaten gilt. Vorliegend handle es sich um einen ähnlich gelagerten Fall, weshalb es keinen Grund gebe, hier anders zu entscheiden. Zudem liege eine definitive Übergabe eines Dokuments erst dann vor, wenn es danach am Empfänger liegt, wie er mit dem Dokument weiter verfahren will. Vorliegend habe der «Tages-Anzeiger» gemäss seinen Vereinbarungen mit dem EDA die Möglichkeit gehabt, das autorisierte Interview ohne sichtbare Korrekturen zu veröffentlichen oder aber von einer Publizierung abzusehen. Aufgrund dieser Ausführungen kam das Bundesverwaltungsgericht zum

Schluss, erst beim autorisierten Interview ohne sichtbare Korrekturen habe es sich um ein fertiggestelltes und somit um ein amtliches Dokument gehandelt. Da das Öffentlichkeitsprinzip nur Zugang zu amtlichen Dokumenten ermögliche, sei die Einsicht in das autorisierte Interview mit sichtbaren Korrekturen bzw. in die erste Interviewabschrift des «Tages-Anzeiger» zu verweigern.

Zum Schluss hatte sich das Bundesverwaltungsgericht noch mit der Informations- und Medienfreiheit auseinandergesetzt. Es führte dazu aus, dass die Informationsfreiheit die aktive Beschaffung von Informationen auf allgemein zugängliche Quellen beschränke. Im vorliegenden Fall liege keine allgemein zugängliche Quelle vor, da das BGÖ eben gerade keinen Zugang zum strittigen Dokument vermittele. Bezüglich der Medienfreiheit bemerkte das Bundesverwaltungsgericht, dass diese lediglich Abwehrrechte einräume, den Journalisten aber keinen unmittelbaren Anspruch auf staatliche Leistung zustehe. Die Argumentation von X. und der SRF, es gehe vorliegend nicht um die Herausgabe eines Dokuments und somit nicht um eine staatliche Leistung, widerspreche ihrem Rechtsbegehren auf Einsicht. Somit kam das Bundesverwaltungsgericht zusammenfassend zum Schluss, dass der Anspruch auf die Herausgabe eines Dokuments weder vom Schutzbereich der Informationsfreiheit noch von jenem der Medienfreiheit erfasst sei und wies die Beschwerde vollumfänglich ab.

12-12

EDÖB prüft Schwärzungen in den «Cockpit»-Berichten auf Vereinbarkeit mit dem BGÖ

Beeinträchtigung der Interessen der Schweiz; Beeinträchtigung der zielkonformen Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen; wesentliche Beeinträchtigung der freien Willensbildung; Zugangsgesuch

Art. 7 Abs. 1 Bst. a, b, d, Art. 8, 9 Abs. 1 BGÖ

Empfehlung des EDÖB vom 19. September 2011

Der EDÖB hatte auf Ersuchen eines Journalisten hin zu prüfen, ob die eingeschwärzten Textpassagen in den Cockpit-Berichten zu Recht vorgenommen wurden. Er untersuchte dabei, ob hinsichtlich der geschwärzten Stellen jeweils eine der Ausnahmen von Art. 7 BGO gegeben war.

Der EDÖB erliess eine Empfehlung gegen die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) betreffend den Zugang zu Cockpits- und Amtsreportings-Dokumenten. Die ESTV war mit dieser Empfehlung nicht einverstanden und erliess eine Verfügung. Dagegen erhob ein Journalist Beschwerde am Bundesverwaltungsgericht. Dieses hiess die Beschwerde teilweise gut und wies die ESTV an, dem Journalisten eine Auflistung der Berichte mit der Bezeichnung «Cockpit» der Jahre 2006 bis 2008 zuzustellen und ihn aufzufordern, sein Zugangsgesuch zu präzisieren. Nachdem der Journalist sein Zugangsgesuch präzisiert hatte, sendete die ESTV ihm die Dokumente mit teilweise eingeschwärzten Textpassagen zu. Daraufhin reichte der Journalist

beim EDÖB einen Schlichtungsantrag ein und bat ihn, zu überprüfen, ob die Abdeckungen zu Recht vorgenommen wurden.

Zuerst hielt der EDÖB fest, dass die ESTV nach dem oben erwähnten Bundesverwaltungsgerichtsentscheid zwar teilweisen Zugang zu den Dokumenten gewährt habe, ohne jedoch die Einschwärzungen zu begründen. Bei jeder Zugangsverweigerung oder -beschränkung müsse allerdings schriftlich dargelegt werden, ob eine Ausnahmebestimmung gegeben sei. Aus verfahrensökonomischen Gründen prüfte der EDÖB zuerst, ob eine der Ausnahmebestimmungen nach Art. 7 und Art. 8 BGÖ anwendbar war.

Eine erste Abdeckung betraf eine Frage hinsichtlich der Überarbeitung der Wegleitung «Neuer Lohnausweis». Diesbezüglich teilte der EDÖB die Ansicht der ESTV, wonach im Falle der Offenlegung dieser Informationen höchstwahrscheinlich mit einer wesentlichen Beeinträchtigung der Entscheidvorbereitung zu rechnen sei. Er sah demnach die Ausnahme nach Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ als erfüllt an, die es erlaubt, Dokumente nicht zugänglich zu machen, wenn sie die freie Meinungs- und Willensbildung wesentlich beeinträchtigen.

Weiter hat die ESTV mehrere Textpassagen eingeschwärzt, deren Offenlegung die Durchführung konkreter Massnahmen bzw. die allgemeine Strategie zur Bekämpfung von Steuerdelikten mit hoher Wahrscheinlichkeit beeinträchtigt. Der EDÖB war der Ansicht, dass für diese Textpassagen ein genügendes Schadensrisiko dargelegt wurde, weshalb die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ (Schutz der zielkonformen Durchführung konkreter Massnahmen) erfüllt sei.

Die Spalte «Tage p. Kontr.» sowie Datum und Titel auf gewissen Seiten wurden dem Antragsteller bereits offengelegt, weshalb diese Passagen gemäss der Garantie der kollektiven Information (access to one; access to all) weiterhin offenzulegen sind.

Auf gewissen Seiten hat die ESTV eine Zeile mit Zahlenangaben eingeschwärzt, die sie beabsichtigte, offenzulegen, sofern es möglich ist, sie zwecks Vermeidung von Missverständnissen zu kommentieren. Gemäss EDÖB ist hierbei zu beachten, dass die Behörde nicht kontrollieren kann, wie eine von ihr veröffentlichte Information verwendet wird, da das Öffentlichkeitsprinzip ja gerade bezweckt, dass sich die Bürger eine eigene Meinung bilden können. Zudem kenne das Öffentlichkeitsgesetz die an eine Bedingung geknüpfte Offenlegung von Informationen nicht. Nach Meinung des EDÖB konnte die ESTV, soweit sie sich auf Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ berief, nicht genügend darlegen, inwiefern die Offenlegung der erwähnten Informationen zu einer Beeinträchtigung konkreter behördlicher Massnahmen führt. Deshalb vertrat der EDÖB die Ansicht, dass die oben genannten Informationen offengelegt werden müssen. Allenfalls könnten dem Antragsteller zeitgleich mit der Zugangsgewährung entsprechende Erläuterungen abgegeben werden.

Einige Informationen wurden gemäss EDÖB ebenfalls zu Recht geschwärzt, da sie nach Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ bei einer Offenlegung die aussenpolitischen Interessen oder internationalen Beziehungen der Schweiz beeinträchtigen würden.

Der EDÖB äusserte sich auch noch zu Personendaten, die nach Möglichkeit anonymisiert werden müssen (Art. 9 Abs. 1 BGÖ). Einerseits empfand er die Einschwärzung von Personendaten mehrerer Verwaltungsangestellten als gerechtfertigt, da

ansonsten Rückschlüsse auf die Arbeit der einzelnen Verwaltungsangestellten der Abteilung «Strafsachen und Untersuchungen» gezogen werden könnten. Aufgrund dieser Möglichkeit von Leistungsbeurteilungen könne die Offenlegung mit grosser Wahrscheinlichkeit Nachteile für die einzelnen Mitarbeiter haben, weshalb der Zugang zu Recht nicht gewährt worden sei. Andererseits seien die Namen der Verwaltungsangestellten, die als Kontaktpersonen angegeben sind, nicht einzuschwärzen, da sie bereits einmal zugänglich gemacht wurden (Garantie der kollektiven Information). Der EDÖB kam demzufolge zum Ergebnis, dass die Cockpit-Berichte mit den oben erläuterten Schwärzungen zugänglich gemacht werden sollen.

1.3 Radio- und Fernsehrecht – Droit de la radiodiffusion

12-13

Verstoss gegen Fernsehrichtlinie: Begriff «Werbespot» zu eng ausgelegt

andere Form der Werbung; Sendezeitbegrenzung; Werbespot

Art. 3 Abs. 2, 18 Abs. 2 Fernsehrichtlinie (Richtlinie 89/552/EWG)

Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 24. November 2011 (C-281/09)

Spanien wurde wegen einer Verletzung der Fernsehrichtlinie verurteilt, da es den Begriff des «Werbespots» zu eng ausgelegt hatte und als Folge davon die Höchstdauer der zulässigen Werbung pro Stunde überschritten hat.

Die Europäische Kommission klagte vor dem Gerichtshof der europäischen Union gegen Spanien und machte eine Verletzung der Fernsehrichtlinie (Richtlinie 89/552/EWG) geltend. Konkret habe das Königreich Spanien gegen Art. 3 Abs. 2 der Fernsehrichtlinie verstossen, wonach die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen haben, «(...) dass die jeweils ihrer Rechtshoheit unterworfenen Fernsehveranstalter die Bestimmungen dieser Richtlinie einhalten». Diese Rüge wurde damit begründet, dass Spanien den Begriff «Werbespots» in Art. 18 Abs. 2 Fernsehrichtlinie zu restriktiv und den Begriff «andere Formen der Werbung» zu weit ausgelegt habe. Durch diese enge Auslegung seien gewisse Formen der Fernsehwerbung zu Unrecht nicht unter die Sendezeitbegrenzung gefallen, namentlich Werbereportagen, Telepromotions, Sponsoring-Werbespots und Mikrowerbespots.

Folglich hatte der Gerichtshof darüber zu entscheiden, ob die vier genannten Werbeformen als «Werbespots» oder als «andere Formen der Werbung» einzustufen sind. Er kam dabei zum Ergebnis, «(...) dass alle Formen, die zwischen den Programmen oder während der Pausen gesendet werden, grundsätzlich einen «Werbespot» im Sinne der Richtlinie 89/552 darstellen, es

sei denn, die betreffende Werbeart fällt unter eine ausdrücklich von der Richtlinie vorgesehene andere Form von Werbung». Deshalb würden alle vier genannten Werbeformen unter den Begriff des «Werbespots» fallen. Der Gerichtshof kam somit zum Ergebnis, dass Spanien Art. 3 Abs. 2 der Fernsehrichtlinie verletzt habe, indem die Höchstdauer von 20% Werbung der Sendezeit pro Stunde überschritten worden sei.

12-14

Beitrag in «10vor10» über Beziehungen zwischen FDP und Pharmedia verletzt das Sachgerechtigkeitsgebot nicht

faïres Verfahren; Sachgerechtigkeitsgebot; Verfassungsmässiger Richter

Art. 29, 30 BV; Art. 4 Abs. 2 RTVG; Art. 12 Geschäftsreglement UBI

Urteil des Bundesgerichts vom 18. November 2011 (2C_710/2010)

Das Bundesgericht hat eine Beschwerde der SRG gegen einen Entscheid der UBI gutgeheissen. Diese hatte fälschlicherweise entschieden, ein Beitrag in der Sendung «10vor10» habe gegen das Sachgerechtigkeitsgebot verstossen.

Das Schweizer Fernsehen (SF) strahlte im Nachrichtenmagazin «10vor10» den Beitrag «FDP und die Pharmedia» aus. Thema des Berichts war die These, dass die FDP mit der Pharmedia verhandelt sei. Diese These wurde durch das Aufzeigen von Personalrochaden zwischen dem Generalsekretariat der FDP und der Pharmabranche sowie anhand von parlamentarischen Besucherkarten, welche drei FDP-Politiker an Leute aus der Pharmabranche vergeben hatten, zu untermauern versucht. Die FDP gelangte gegen diesen Beitrag an die UBI. Diese hiess die Beschwerde gut und stellte fest, dass mit der Ausstrahlung des Beitrags das Sachgerechtigkeitsgebot verletzt wurde. Gegen diesen Entscheid erhob wiederum die SRG Beschwerde beim Bundesgericht und verlangte seine Aufhebung.

In einem ersten Teil seiner Erwägungen hatte das Bundesgericht die formelle Rüge der SRG zu prüfen, das Verfahren der UBI genüge den Anforderungen an den verfassungsmässigen Richter (Art. 30 BV) und an ein faïres Verfahren (Art. 29 BV) nicht. Dazu führte es aus, dass die Normalbesetzung der UBI im Einzelfall sämtliche neun Mitglieder umfasst. Damit die UBI beschlussfähig sei, müssten mindestens sechs Mitglieder anwesend sein. Dieses Quorum stelle sicher, dass sie auch bei sachlich begründeten Abwesenheiten (Ausstand, Krankheit usw.) entscheidungsfähig bleibe, was erforderlich sei, da die UBI über keine Ersatzmitglieder verfüge. Bei Stimmgleichheit könne der Präsident einen Stichentscheid fällen. Damit würden Pattsituationen vermieden, denen andernfalls nur dadurch begegnet werden könnte, dass ein weiteres Mitglied ausgeschlossen würde. Dies würde allerdings einen schweren Eingriff in Art. 30 BV bedeuten und wäre mit einer grösseren Manipulationsgefahr verbunden. Das Bundesgericht kam des-

halb zum Schluss, dass die von der SRG beanstandete Regelung verfassungskonform ausgelegt werden könne und die von der UBI gehandhabte Praxis zu Art. 12 ihres Geschäftsreglements weder Art. 30 noch Art. 29 BV verletze.

Im zweiten Teil seiner Ausführungen prüfte das Bundesgericht, ob die SRG mit der Ausstrahlung des beanstandeten Beitrags das Sachgerechtigkeitsgebot (Art. 4 Abs. 2 RTVG) verletzte. Es erläuterte diesbezüglich, dass die umstrittene Ausstrahlung dem Vorwurf nachging, die FDP habe für die Anliegen der Pharmabranche ein besonderes Gehör. Der anwaltschaftliche Journalismus sowie der Ton und die kritische Stossrichtung des Beitrags seien für das Publikum ohne weiteres erkennbar gewesen. An der Diskussion des behandelten Themas habe ein allgemeines Interesse bestanden, und das Publikum habe diesbezüglich auch über ein minimales Vorwissen verfügt. Das Bundesgericht erläuterte weiter, dass der Beitrag verschiedene Personalwechsel vom Generalsekretariat zur Pharmabranche bzw. zu ihr nahestehenden Organisationen und umgekehrt als Beleg für die These der «Verbandelung» aufgeführt habe. Diese These habe man weiter zu untermauern versucht, indem man aufzeigte, dass der Pharmabranche nahestehende Personen über Besucherbewilligungen von drei FDP-Parlamentariern verfügen. Die drei genannten Parlamentarier hätten sich hierzu äussern können. Für den Zuschauer sei damit hinreichend klar geworden, dass die vom Fernsehen vertretene These umstritten war und von der FDP bzw. den betroffenen Parlamentariern als unzutreffend bezeichnet wurde. Das Bundesgericht anerkannte zwar, «(...) dass der umstrittene Beitrag allenfalls anders und möglicherweise auch besser hätte gestaltet werden können». Beispielsweise wären nach Meinung des Bundesgerichts andere Parameter (z.B. Stimmverhalten, Abstimmungsempfehlungen usw.) allenfalls geeigneter gewesen, um die Frage zu klären, ob und, falls ja, inwieweit die Pharmalobby die Politik der FDP nachweisbar beeinflussen könnte. Zudem wären ergänzende Elemente (Quervergleich zu anderen Parteien, Erläuterung des Systems der Besucherbewilligungen) zum besseren Verständnis der Zusammenhänge allenfalls wünschbar gewesen. Die erwähnten Punkte genügen gemäss Bundesgericht allerdings nicht, um ein aufsichtsrechtliches Einschreiten seitens der UBI zu rechtfertigen. Ein solches Eingreifen sei mit Rücksicht auf die Programmautonomie nicht schon angebracht, wenn ein Beitrag nicht in jeder Hinsicht voll befriedigt, sondern nur dann, wenn er bei einer Gesamtwürdigung die programmrechtlichen Mindestanforderungen verletzt. Die Erfordernisse der Sachgerechtigkeit und Ausgewogenheit sollten im Einzelfall nicht derart streng gehandhabt werden, dass die für die demokratische und pluralistische Gesellschaft erforderliche journalistische Freiheit und Spontaneität verloren gehe. Aufgrund dieser Erwägungen hiess das Bundesgericht die Beschwerde der SRG gut und hob den angefochtenen Entscheid auf. Es stellte fest, dass mit dem beanstandeten Beitrag des Sachgerechtigkeitsgebot nicht verletzt wurde.

UBI ist zwar eine gerichtsähnliche Behörde, unterscheidet sich von einem klassischen Gericht aber u.a. darin, dass sie über keine Ersatzmitglieder verfügt. Falls die Instanz wegen Ausstand oder Krankheit eines Mitglieds nicht in der Vollbesetzung von neun Mitgliedern entscheiden kann, lässt sich Stimmgleichheit nicht vermeiden. In dieser Situation ist nach Meinung des Bundesgerichts ein Stichentscheid des Präsidenten einer Reduktion des Spruchkörpers auf eine ungerade Zahl von Mitgliedern vorzuziehen. Dieser Entscheid ist sicher richtig, zumal er verhindert, dass die UBI durch unerwartetes Fehlen eines Mitglieds entscheidungsunfähig wird. Zur Vermeidung einer Pattsituation ein Mitglied kurzfristig auszuschliessen, würde, selbst dann, wenn das Los entscheidet, das Recht auf den verfassungsmässigen Richter weit stärker beschneiden als ein Stichentscheid des Präsidenten.

Materiell kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass die UBI in der Sendung «10vor10» zum Thema «FDP und Pharmalobby» zu Unrecht eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots gesehen hat. Eine solche ist nach richtiger Auffassung des Bundesgerichts erst dann anzunehmen, wenn eine Manipulation des Publikums vorliegt und dabei journalistische Sorgfaltspflichten verletzt wurden. Einmal mehr bestätigt das Bundesgericht die in diesen Spalten bereits wiederholt vertretene Auffassung (vgl. z.B. medialex 2005, 104), dass das Kriterium der Manipulation die entscheidende erste Hürde ist bei der Prüfung einer Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots. Fragen der journalistischen Sorgfalt, wie sie die Mehrheitsmeinung der UBI ins Zentrum rückte, werden erst nach Feststellung einer Manipulation auf der zweiten Prüfungsstufe relevant. Von einer Manipulation des Publikums kann bei der fraglichen Sendung in der Tat nicht gesprochen werden. Für die Zuschauer war von Anfang an klar, dass der Beitrag im Stil des «anwaltschaftlichen Journalismus» gemacht war, wozu gehört, dass sich der Journalist zum Vertreter einer bestimmten These macht und diese mit kritischen Fragen überprüft. Ausreichend war unter diesen Umständen, dass sich mehrere Exponenten der FDP zu den Vorwürfen einer engen Beziehung zur Pharmalobby ausführlich äussern konnten. Für das Publikum war damit erkennbar, dass die Journalistenthese von den angegriffenen Protagonisten entschieden bestritten wird. Am Schluss der Sendung wies die Moderatorin differenzierend darauf hin, dass innerhalb der FDP auch Personen politisierten, welche die Nähe zur Pharmabranche kritisch sehen. Grosses Gewicht legt das Urteil auf die Tatsache, dass die von der Sendung «10vor10» thematisierte Frage möglicher Ursachen teurer Medikamentenpreise die Öffentlichkeit stark interessiert und auch immer wieder Gegenstand politischer Auseinandersetzungen ist. Bei Themen im öffentlichen Interesse oder im Bereich des politischen Diskurses gelten besonders strenge Anforderungen an eine Beschränkung der Medienfreiheit, wie das Bundesgericht mit Verweis auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Erinnerung ruft.

Prof. Christoph Beat Graber, Luzern

Anmerkungen In verfahrensrechtlicher Hinsicht klärt das Bundesgericht, dass die von der UBI praktizierte Regelung des präsidialen Stichentscheids der Garantie von Art. 30 BV auf den verfassungsmässigen Richter nicht widerspricht. Die

12-15

Beschwerde von Teleclub gegen Filmförderungsabgabe vom Bundesverwaltungsgericht teilweise gutgeheissen

Äquivalenzprinzip; Bruttoeinnahmen; Einnahmen aus Sportprogrammen; Filmförderungsabgabe; Grundsatz des Vertrauensschutzes; Grundsatz von Treu und Glauben; Konzession; Legalitätsprinzip; Lückenfüllung; Quotenregelung

Art. 9, 29, 30 BV; Art. 7 Abs. 2, 107 Abs. 1 RTVG; Art. 31 Abs. 2 aRTVG; Art. 20c aRTVV; Art. 4 Abs. 1, 2, 3, 4 der Konzession

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. November 2011 (A-8516/2010)

Die Teleclub AG wurde vom BAKOM mittels Verfügung verpflichtet, eine Filmförderungsabgabe zu entrichten. Dagegen erhob sie Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und bekam teilweise Recht, da das BAKOM die Einnahmen des Disney Channel, der von der Teleclub AG nur weiterverbreitet wird, zu Unrecht in die Berechnung der Förderungsabgabe einbezogen hatte. Zudem sei sie widerrechtlich verpflichtet worden, den an das Filmzentrum zu leistenden Betrag konkreten Filmprojekten zuzuweisen.

In materieller Hinsicht war im Wesentlichen streitig, ob die Teleclub AG für das Jahr 2008 eine Filmförderungsabgabe schuldet und wenn ja, auf welchen Betrag sich diese beläuft. Die Teleclub AG war gemäss Art. 4 Abs. 2 der Konzession – die sie bis zum August 2008 innehatte – verpflichtet, mindestens 4% ihrer Bruttoeinnahmen für den Ankauf, die Produktion oder die Koproduktion von Filmen oder anderen audiovisuellen Werken schweizerischer Herkunft aufzuwenden. Falls die vorgeschriebene Menge Fördermittel nicht bezahlt wurde, musste eine Ersatzabgabe an die schweizerische Filmförderung entrichtet werden (Art. 4 Abs. 3 der Konzession). Nach Inkrafttreten des revidierten RTVG wurde dieselbe Regelung in Art. 7 Abs. 2 RTVG für alle Fernsehveranstalter, welche in ihrem Programm Filme ausstrahlen, verankert. Zwischen den Verfahrensbeteiligten war zunächst umstritten, ob eine allfällige Filmförderungsabgabe für das Jahr 2008 nach dem revidierten RTVG oder auf der Basis der Konzession zu berechnen ist. Das Bundesverwaltungsgericht war der Meinung, es sei grundsätzlich nicht zu beanstanden, dass sich das BAKOM für die Berechnung der Förderungsabgabe ab August 2008 nicht mehr auf die Konzession, sondern auf das RTVG abgestützt habe. Es begründete dies mit der Übergangsbestimmung (Art. 107 Abs. 1 RTVG) und der Tatsache, dass die Teleclub AG ab August 2008 auf die Konzession verzichtet hat. Die Teleclub AG machte allerdings geltend, dass für das Jahr 2008 nicht mehr die Konzession massgebend sei. Sie stützte sich auf ein Schreiben des BAKOM, in dem ihr mitgeteilt wurde, dass ab dem 1. April 2007 die gesetzliche Filmförderungsabgabe gemäss Art. 7 Abs. 2 RTVG uneingeschränkt zur Anwendung komme. Indirekt berief sich die Teleclub AG damit auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes (Art. 9 BV), dessen Voraussetzungen das Bundesverwaltungsgericht anschliessend prüfte. Zunächst untersuchte es das Vorliegen einer Vertrauensgrundlage. Dabei stellte es

fest, dass das erwähnte Schreiben keine Verfügung darstelle und dessen Inhalt nicht Ausdruck einer gefestigten Behördenpraxis sei. Trotzdem habe es aufgrund der darin enthaltenen – den gesetzlichen Übergangsbestimmung gemäss Art. 107 Abs. 1 RTVG entgegenstehenden – Information eine Vertrauensgrundlage im Sinn einer unrichtigen behördlichen Auskunft zu bilden vermocht. Das Bundesverwaltungsgericht kam bei der Prüfung der weiteren Voraussetzungen zum Schluss, dass der Vertrauensschutz bereits aufgrund des fehlenden Vertrauens dahinfalle. Die Teleclub AG sei nämlich in einer Stellungnahme davon ausgegangen, dass die Konzession über den 1. April 2007 hinaus anwendbar bleibe, womit sie implizit ihr fehlendes Vertrauen in die Richtigkeit der vorinstanzlichen Information zum Ausdruck gebracht habe. Zudem sei davon auszugehen, dass sich die Teleclub AG auch ohne das genannte Schreiben nicht anders verhalten hätte. Gemäss ihren Ausführungen ging bzw. gehe sie davon aus, dass sowohl die Anwendung der Konzession als auch die Anwendung von Art. 7 Abs. 2 RTVG zu gleich hohen Filmförderungspflichten führen müsse. Aus diesem Grund erscheint nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts die Behauptung unglaubwürdig, dass die Teleclub AG ohne das Informationsschreiben des BAKOM höhere Filmförderungsbeiträge geleistet und damit eine Ersatzabgabe vermieden hätte. Somit fehle es neben dem Vertrauen auch am erforderlichen Kausalzusammenhang, weshalb das Bundesverwaltungsgericht eine abweichende Behandlung nach dem Vertrauensprinzip ablehnte.

Weiter war streitig, ob unter Anwendung der Konzession die Einnahmen aus den Sportprogrammen bei der Berechnung der für die Berechnung der Filmförderungspflicht massgebenden Bruttoeinnahmen einzubeziehen sind. Die Teleclub AG vertrat im Gegensatz zum BAKOM die Ansicht, dass die Einnahmen aus den veranstalteten Sportprogrammen nicht zu berücksichtigen seien. Gemäss Art. 4 Abs. 4 der Konzession durfte die Ersatzabgabe höchstens 4% der Bruttoeinnahmen aus der Veranstaltertätigkeit betragen. Auch die Teleclub AG stellte nicht in Abrede, dass gemäss diesem Wortlaut auch die Einnahmen aus den Sportprogrammen bei den massgebenden Bruttoeinnahmen grundsätzlich zu berücksichtigen sind. Sie machte allerdings geltend, dass die Konzessionsbestimmung im Sinn einer Lückenfüllung zu präzisieren sei, weil sie im Zeitpunkt der Konzessionerteilung nicht an die Sportprogramme gedacht habe. Zuerst hielt das Bundesverwaltungsgericht mit Blick auf die Entstehungsgeschichte fest, dass der Wortlaut der Konzession vom 26. Mai 2006 übereinstimmend festgelegt wurde. Weiter galt es zu klären, ob mit dem gewählten Wortlaut das wirklich oder mutmasslich Gewollte zum Ausdruck gebracht wurde. Dem Bundesverwaltungsgericht erschien wenig glaubwürdig, dass der Teleclub AG die Tragweite der genannten Bestimmung im Zeitpunkt der Konzessionerteilung nicht bewusst gewesen sein soll. Die Übertragung von Sportanlässen sei bereits im Konzessionsgesuch ausführlich thematisiert und schliesslich in der Konzession vom 26. Mai 2006 erlaubt worden. Vor diesem Hintergrund habe die Teleclub AG den Wortlaut vernünftigerweise dahingehend verstehen müssen, dass auch die Einnahmen aus den veranstalteten Sportprogrammen unter die massgebenden Bruttoeinnahmen aus der Veranstaltertätigkeit zu subsumieren sind. Deshalb sei eine Präzisierung dieser Konzessionsbestimmung im Sinne einer

Lückenfüllung nicht angezeigt. Zudem habe sich Art. 4 Abs. 4 der Konzession im Rahmen der gesetzlichen Grundlage bewegt, weshalb entgegen der Auffassung der Teleclub AG auch keine Verletzung des Legalitätsprinzips vorliege. Folglich kam das Bundesverwaltungsgericht zum Ergebnis, dass das BAKOM unter Anwendung der Konzession die Einnahmen aus den Sportprogrammen zu Recht bei den für die Berechnung der Filmförderungspflicht massgebenden Bruttoeinnahmen berücksichtigt hatte.

Die Teleclub AG machte weiter geltend, falls die Einnahmen aus den Sportprogrammen für die ersten sieben Monate berücksichtigt würden, müsse ihr auch die Möglichkeit gegeben werden, in diesen Programmen förderungswürdige Leistungen zu erbringen. Aus diesem Grund seien ihr für das Jahr 2008 Filmförderungsbeiträge an Sportproduktionen in der Höhe von mindestens Fr. 291 667.– anzurechnen. Falls dies nicht möglich sei, liege eine Verletzung des Äquivalenzprinzips vor. Das Bundesverwaltungsgericht untersuchte in seinen Erwägungen, ob Sportproduktionen als «Filme» bzw. «andere audiovisuelle Werke» im Sinne von Art. 4 Abs. 2 der Konzession zu verstehen seien und ob folglich Aufwendungen für Sportproduktionen als Filmförderungsbeiträge anzurechnen sind. Dabei wies es zuerst darauf hin, dass Art. 4 Abs. 1 der Konzession auf Art. 20c aRTVV verwies, der u.a. Mindestanteile der Sendezeit für schweizerische und andere europäische Werke vorsah und Sportberichte von der massgebenden Sendezeit ausschloss (Art. 20c Abs. 2 aRTVV). Auch wenn sich die Filmförderung mittels Quotenregelung (Art. 4 Abs. 1 der Konzession) von derjenigen mittels Beiträgen (Art. 4 Abs. 2 der Konzession) unterscheide, war das Bundesverwaltungsgericht der Ansicht, es könne nicht gesagt werden, dass zwischen diesen beiden Fördermassnahmen kein Zusammenhang bestehe. Es könne nicht sein, dass Sportberichte bei der Quotenregelung explizit ausgeschlossen würden und bei der Förderung mittels Beiträgen anerkannt seien. Deshalb müsse eine dem Vertrauensprinzip Rechnung tragende Auslegung dazu führen, dass Aufwendungen für Sportproduktionen nicht als Filmförderungsbeiträge anzurechnen sind. Auch die im Zeitpunkt der Konzessionserteilung gültig gewesene gesetzliche Grundlage lasse keinen anderen Schluss zu. Mit Blick auf die Systematik und den Sinn und Zweck sei entscheidend, dass Art. 31 Abs. 2 Bst. d und e aRTVG im Rahmen des FiG eingefügt wurden. Auch wenn im FiG Sportproduktionen nicht explizit erwähnt würden, ergebe sich aus dem Gesamtkontext des Gesetzes deutlich, dass sie von diesem nicht erfasst sind. Da Sportproduktionen somit vom FiG nicht erfasst würden, müsse aufgrund des entstehungsgeschichtlichen Zusammenhangs das Gleiche auch für die im aRTVG geregelte Filmförderung gelten. Dieses Ergebnis stehe im Einklang mit dem europäischen Übereinkommen über das grenzüberschreitende Fernsehen (EÜGF), denn die darin vorgesehene Regelung, den Hauptteil der Sendezeit europäischen Werken vorzubehalten, schliesse u.a. Sportereignisse von der massgebenden Sendezeit aus. Deshalb kam das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass Sportproduktionen nicht als «Filme» und «andere audiovisuelle Werke» in Sinne der Konzession verstanden werden können. Somit seien die Aufwendungen an Sportproduktionen in der Höhe von Fr. 291 667.– zu Recht nicht als Filmförderungsbeiträge berücksichtigt worden.

Die Parteien waren sich ebenfalls uneinig darüber, ob die Einnahmen aus dem Programm Disney Channel, das nur in einem Paket mit anderen Kanälen abonniert werden kann, bei den für die Berechnung der Filmförderungspflicht massgebenden Bruttoeinnahmen einzubeziehen sind. Die Teleclub AG machte geltend, der Disney Channel werde von ihr lediglich weiterverbreitet und nicht veranstaltet, weshalb die Einnahmen aus diesem Programm weder nach der Konzession noch nach Art. 7 Abs. 2 RTVG zu den für die Berechnung der Filmförderungspflicht massgebenden Bruttoeinnahmen zu zählen seien. Das Bundesverwaltungsgericht war der Ansicht, dass sich die hier zu beurteilende Filmförderungspflicht mit Art. 31 Abs. 2 aRTVG bzw. Art. 7 Abs. 2 RTVG auf eine formell genügende Rechtsgrundlage stützen könne. Allerdings vertrat es im Gegensatz zum BAKOM die Meinung, dass der Einbezug der Einnahmen aus dem Disney Channel den Gegenstand der Filmförderungspflicht nach dem aRTVG bzw. der Konzession auf nicht selber veranstaltete Programme erweitern und damit das Legalitätsprinzip verletzen würde. Auch im revidierten RTVG werde der Anwendungsbereich der Filmförderungspflicht in Art. 7 Abs. 2 auf selber veranstaltete Programme beschränkt, weshalb eine Einbeziehung der Einnahmen aus dem Disney Channel auch gegen das geltende RTVG verstossen würde. Das Bundesverwaltungsgericht hiess die Beschwerde in diesem Punkt gut und suchte in der Folge eine Lösung, wie die Einnahmen des Disney Channel von den anderen Programmen des Pakets Teleclub Basic abgegrenzt werden können. Den Vorschlag der Teleclub AG, die Einnahmen aus der Weiterverbreitung des Disney Channel mit 20% der Bruttoeinnahmen aus dem Paket Teleclub Basic zu gewichten, beurteilte es als nicht nachvollziehbar und praktikabel. Es sprach sich für eine Abgrenzungsmethode mittels Aufwandvergleich aus, woraus sich eine prozentuale Gewichtung ergebe, die nachvollziehbare und verwertbare Rückschlüsse auf die anteilmässigen Einnahmen zulasse. Da sich der Aufwand für den Disney Channel aufgrund der Aktenlage nicht verlässlich und abschliessend beurteilen liess, wies das Bundesverwaltungsgericht die Angelegenheit zur Sachverhaltsvervollständigung an das BAKOM zurück.

Die Teleclub AG machte ebenso geltend, dass die im Jahr 2008 geleisteten Filmförderungsbeiträge oder zumindest der gesetzlich bzw. konzessionsrechtlich geschuldete Filmförderungsbeitrag analog zu den Skonti und Rabatten von den für die Ersatzabgaben massgebenden Bruttoeinnahmen abzuziehen seien. Das Bundesverwaltungsgericht verneinte dies, da sich die Praxis des BAKOM mit dem allgemeinen Sprachgebrauch des Begriffs Bruttoeinnahmen decke. Entgegen der Darstellung der Teleclub AG könne aus der Abzugsfähigkeit von Skonti und Rabatten nicht darauf geschlossen werden, Filmförderungsbeiträge seien ebenfalls abzuziehen. Denn diese stellten Auslagen auf bereits realisierte Einnahmen dar und würden sich somit wesentlich von den Skonti und Rabatten unterscheiden.

Die Teleclub AG brachte schliesslich vor, die im Verfügungsdispositiv vorgesehene Verpflichtung, den an das Filmzentrum zu leistenden Betrag konkreten Filmprojekten zuzuweisen, entbehre jeglicher Rechtsgrundlage und könne mangels entsprechender Regelung im Rahmenvertrag mit Cinésuisse nicht erfüllt werden. Das Bundesverwaltungsgericht führte dazu aus, dass der erwähnte Rahmenvertrag zwischen der Teleclub AG und der Cinésuisse gestützt auf Art. 4 Abs. 4 der Kon-

zession abgeschlossen und vom BAKOM genehmigt worden sei. Dieser Vertrag sehe vor, dass die Teleclub AG 1% der Abonnements-Nettoeinnahmen zur Unterstützung des Schweizerischen Filmzentrums einzusetzen hat. In der angefochtenen Verfügung ermöglichte das BAKOM der Teleclub AG eine Nachleistung im Betrag von Fr. 3591.–, die unbestritten ist. Gemäss Bundesverwaltungsgericht bestreite die Teleclub AG jedoch zu Recht die damit verbundene Verpflichtung, den entsprechenden Betrag konkreten Filmprojekten zuzuweisen. Diese verstosse gegen den Rahmenvertrag, da die darin vorgesehene Zuwendung bedingungslos zu erfolgen habe. Indem das BAKOM sich einerseits auf den Rahmenvertrag berufe und andererseits eine davon abweichende Auflage verfüge, habe es gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen. Deshalb könne die Teleclub AG nicht verpflichtet werden, den an das Filmzentrum nachzuleistenden Betrag konkreten Filmprojekten zuzuweisen.

Anmerkungen Das RTVG bestimmt in Art. 7 Abs. 2, dass Fernsehveranstalter mit nationalem oder sprachregionalem Programmangebot, die in ihrem Programm Filme ausstrahlen, zur Förderung des Schweizer Films beitragen und dafür jährlich 4% ihrer Bruttoeinnahmen aufwenden sollen. Diese Vorschrift gilt auch für ausländische Veranstalter Schweizer Programmfenster, nicht aber für die SRG, deren Engagement für das Filmschaffen in Art. 25 Abs. 3 lit. c RTVG speziell geregelt ist. Der Pflicht können sich die betreffenden Veranstalter wahlweise durch die direkte Förderung des Schweizer Films oder durch die Leistung einer ersatzweisen Abgabe entledigen. Entscheiden sie sich für die direkte Förderung, so haben sie mindestens 4% der Bruttoeinnahmen in den Ankauf, die Produktion oder Koproduktion von Schweizer Filmen zu investieren. Ziehen sie die Ersatzabgabe vor, müssen sie eine entsprechende Förderungsabgabe von maximal 4% bezahlen.

Mit dem vorliegenden Urteil trägt das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) zur Klärung von mehreren Fragen bei, die sich bei der Anwendung dieser Vorschrift stellen. Eingehen möchte ich auf drei rundfunkrechtlich relevante Punkte des Entscheids, die mit der Berechnung, dem Gegenstand und der Verwendung der für die Filmförderung massgeblichen Bruttoeinnahmen zu tun haben.

Nicht vieler Worte bedarf, erstens, die Feststellung des BVGer, dass der vom Veranstalter geschuldete Filmförderungsbetrag bei der Berechnung der Bruttoeinnahmen nicht in Abzug gebracht werden darf. Das Argument von Teleclub, dass ja auch Skonti und Rabatte abgezogen werden dürfen, entkräftet das BVGer zu Recht mit dem Hinweis, dass es sich bei den Filmförderungsleistungen um Auslagen handelt, die auf der Basis bereits erzielter Einnahmen kalkuliert werden, während Skonti und Rabatte als Preisnachlässe gar nicht erst zu den Einnahmen hinzugezählt werden.

Rechtlich interessanter ist, zweitens, die Klarstellung, dass die Einnahmen, die der Teleclub aus der Weiterverbreitung des *Disney Channel* erzielt, nicht zum Gegenstand der Filmförderungspflicht gehören und somit bei der Berechnung der Bruttoeinnahmen nicht berücksichtigt werden. Mit dem BAKOM geht das BVGer zwar darin einig, dass hierfür alle Einnahmen aus der gesamten Veranstaltertätigkeit beizuziehen sind. Im Unterschied zum BAKOM versteht das BVGer den Begriff «Veranstalten» von Fernsehprogrammen aber eng: Dazu gehört wohl das Schaffen und Verbreiten eigener Pro-

gramme, nicht aber die (zeitgleiche) Weiterverbreitung von Programmen Dritter. Weil Teleclub die Sendungen des *Disney Channel* weder selbst schafft noch zu einem Programm zusammenstellt, sondern bloss unverändert weiterverbreitet, ist diese Tätigkeit somit nicht als «Veranstalten» i.S. der Legaldefinition von Art. 2 lit. d RTVG zu taxieren. Das ist m.E. folgerichtig, ansonsten auch Kabelfernsehunternehmen und IPTV-Anbieter, die Sendungen ebenfalls bloss weiterverbreiten, als «Veranstalter» von Fernsehprogrammen gelten und – zur Vermeidung einer Ungleichbehandlung – ebenfalls der Filmförderungspflicht unterstellt sein müssten.

Drittens hat das BVGer entschieden, dass Aufwendungen für Sportproduktionen nicht als Filmförderungsbeiträge anerkannt werden. Teleclub stiess sich daran, dass Sportprogramme zwar bei der Bemessung der Abgabe nicht aber bei der Verwendung der Mittel berücksichtigt werden dürfen. Dem BVGer ist darin beizupflichten, dass die Frage, wofür die fraglichen Mittel verwendet werden dürfen, im Lichte der filmpolitischen Zwecksetzung von Art. 7 Abs. 2 RTVG zu beantworten ist. Der im Rahmen der Filmförderungsbestimmungen des Fernsehrechts zur Anwendung kommende Film-begriff ist dabei i.S. der herkömmlichen Kategorien Spiel-, Dokumentar- oder Animationsfilm zu verstehen. Dieses Begriffsverständnis unterliegt nicht nur dem Filmgesetz, sondern spiegelt sich auch in Art. 6 RTVV, der Ausführungsbestimmung zu Art. 7 Abs. 2 RTVG. Entsprechend ist es auch für die Auslegung der in der (altrechtlichen) Teleclub-Konzession verwendeten Begriffe «Filme» und «andere audiovisuelle Werke» massgeblich.

Prof. Christoph Beat Graber, Luzern

12-16

Werbende Auftritte von Sponsoren in «Gesundheit Sprechstunde»

Trennungsgrundsatz; Verhältnismässigkeit; Werbe- und Sponsoringbestimmungen; werblicher Gesamteindruck

Art. 12 Abs. 3, 89 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 RTVG; Art. 21 RTVV

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Oktober 2011 (A-825/2011)

Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte bezüglich fünf von sieben visionierten Sendungen von «Gesundheit Sprechstunde», dass die Veranstalterin Presse TV AG gegen das Verbot werbender Auftritte von Sponsoren verstossen hat. Es stützte auch die Anordnung der Einziehung der gesamten aus der Verletzung erzielten Nettoeinnahmen. Eine Reduktion des vom BAKOM festgelegten Betrags erfolgte nur bezüglich der Beiträge «Das alternde Auge» und «Kinderwunsch», die den Anforderungen von RTVG und RTVV genügten.

Die Presse TV AG strahlt als private, nicht konzessionierte Veranstalterin beim Schweizer Fernsehen wöchentlich die Gesundheitssendung «Gesundheit Sprechstunde» aus, die von verschiedenen Unternehmen gesponsert wird. Im Jahr 2009 führte das BAKOM Stichproben durch, um die Einhaltung von Werbe- und Sponsoringbestimmungen des RTVG und der RTVV in den

Sendungen «Gesundheit Sprechstunde» zu überprüfen. Mit Verfügung vom 16. Dezember 2010 hielt das BAKOM fest, dass verschiedene Beiträge gegen das Verbot werbender Auftritte von Sponsoren verstossen haben, und ordnete die Einziehung der gesamten Nettoeinnahmen an. Die Presse TV AG führte gegen diese Verfügung Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht.

Das Bundesverwaltungsgericht hatte bezüglich der vom BAKOM beanstandeten Sendungen zu prüfen, ob in der jeweiligen redaktionellen Sendung eine unzulässige Werbewirkung für den jeweiligen Sponsor erzeugt und gegen den Trennungsgrundsatz verstossen wurde. In verschiedenen Sendungen wurden (Patienten-)Sachinformationen teilweise durch die Sponsoren als Fachpersonen vermittelt bzw. ihre Produkte oder Dienstleistungen in die Sendungen integriert. Für das Bundesverwaltungsgericht war dabei entscheidend, ob die Ausführungen der Sponsoren und die Integration ihrer Produkte dem Informationszweck der Sendung dienen oder ob sie unzulässigerweise stattdessen den Sponsor und dessen Produkte und Dienstleistungen unnötig präsentieren, positiv hervorheben und damit einen gemäss Art. 12 Abs. 3 RTVG und Art. 21 RTVV unzulässigen werblichen Effekt erzielen.

In der Sendung vom 19. September 2009 wurde die elastische Fussmatte «ky-Bounder» des Co-Sponsors «Kybun» vorgestellt. Entgegen der Auffassung des BAKOM war das Bundesverwaltungsgericht nicht der Ansicht, dass das Produkt «ky-Bounder» in der Sendung in unnötiger Weise hervorgehoben wurde. Die Präsentation der Matte habe durchaus dem dramaturgischen Ablauf der Sendung entsprochen. Hingegen hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass durch die Art und Weise, wie die Fussmatte kommentiert wurde, für das Produkt «ky-Bounder» ein werblicher Effekt erzielt wurde. Die Präsentation der Matte habe gleich damit begonnen, dass der vom Sponsor zur Verfügung gestellte Experte die Matte nachdrücklich als «sehr gute Sache» lobte. Er habe damit losgelöst von einer eigentlichen (Patienten-)Sachinformation eine wertende Aussage zum Produkt gemacht, wie sie auch in Werbespots vorkomme. Zwar habe der Experte diese Aussage sogleich mit gesundheitlichen Effekten begründet, habe aber nicht darauf hingewiesen, dass das Gerät nur die Symptome lindere, nicht aber von Krampfadern befreien könne. Damit sei bei der Matte im Gegensatz zum vorher präsentierten Stepper die wichtigste (Patienten-)Sachinformation weggefallen, und es blieben nur noch positive Aussagen, ohne dass diese medizinisch eingeordnet und dadurch relativiert wurden. Im Vergleich zum Stepper sei das Produkt «ky-Bounder» insgesamt als das eindeutig bessere Produkt erschienen. Zudem sei die Fussmatte durch das Firmenlogo und den Verweis auf die Website von «Gesundheit Sprechstunde» identifizierbar gewesen.

Bezüglich der Integration bzw. Platzierung des Kinderschuhes «Joyssy-Schuhe» des Co-Sponsors «Joya Shoe» in der Sendung vom 28. November 2009 kam das Bundesgericht zum Schluss, dass durch die Kommentierung des Kinderschuhes sowie die optische und akustische Darstellung des Produkts insgesamt ein werblicher Effekt zugunsten des Produkts des Co-Sponsors «Joya Shoe» entstanden ist. Fast alle Aussagen seien produktbezogen und wertend gewesen. In der Einleitung sei der Schuh sloganhaft angepriesen worden. Eigentliche Sachinformationen seien nicht vermittelt worden. Worin der gesundheitliche Nutzen des Schuhs liegt, sei unklar geblieben. Stattdes-

sen sei das Produkt optisch und akustisch unnötig positiv hervorgehoben worden.

Das Bundesverwaltungsgericht hatte sodann fünf Sendungen zu beurteilen, in denen Sponsoren der jeweiligen Sendung weitreichende, wenn nicht gar exklusive Auftritte hatten. Die entsprechende Integration von Dienstleistungen des Sponsors genügte nur in zwei der untersuchten Fällen («Das alternde Auge» und «Kinderwunsch») den rundfunkrechtlichen Anforderungen. In den drei anderen untersuchten Fällen bestätigte das Bundesverwaltungsgericht hingegen den Entscheid des BAKOM, wonach die Integration der Dienstleistungen des Sponsors in die jeweilige redaktionelle Sendung werbend erfolgte: In den Sendungen vom 10. Oktober 2009 («Hyperthermie»), 21. November 2009 («Depression») und 13. März 2010 («Brustkrebs») seien ausschliesslich positive Aussagen zu von den Sponsoren der jeweiligen Sendung präsentierten Therapien und Behandlungsmöglichkeiten gemacht worden.

In der Sendung vom 10. Oktober 2009 informierten Fachpersonen des Co-Sponsors «Aeskulap Klinik Brunnen» über die Behandlungsmethode der Hyperthermie, einer Krebsbehandlungsmethode der Komplementärmedizin. Dabei wurde gemäss Bundesverwaltungsgericht der Sponsor durch den ganzen Aufbau der Sendung, die zeitliche Dauer der Ausführung der Fachpersonen, die Art und Weise der Darstellung der Klinik und ihrer Ärzte sowie den Inhalt der Aussagen gegenüber den Behandlungsmethoden und Dienstleistungen einer anderen Klinik, dem Kantonsspital Aarau (KSA), unnötig positiv hervorgehoben. Im Zentrum seien dabei nicht mehr das eigentliche Thema, sondern der Sponsor und dessen Dienstleistungen gestanden. Die Integration der Dienstleistungen des Sponsors sei daher eindeutig werblich erfolgt.

Ein werblicher Gesamteindruck ist gemäss Bundesverwaltungsgericht auch bezüglich des Auftritts des Co-Sponsors «Privatklinik Clienia Schöllli» in der Sendung vom 21. November 2009 («Depressionen») sowie jenem des Sendungssponsors «Viollier AG» in der Sendung vom 13. März 2010 («Brustkrebs») entstanden. Die Privatklinik Clienia Schöllli sei vor allem durch den Aufbau des Beitrags und die Darstellung der Behandlungsformen mit wiederholter und durch den Informationszweck nicht gerechtfertigter Bezugnahme auf die Klinik unnötig präsentiert und hervorgehoben worden. Den Auftritt des Sponsors Viollier AG in der Sendung vom 13. März 2010 beurteilte das Gericht deshalb als werblich, weil in einer nach Auffassung des Gerichts absichtlich zur optischen Hervorhebung des Sponsors eingefügten Szene das Gebäude des Sponsors mit Firmenlogo ohne zwingenden Grund gross herangezoomt wurde. Die entsprechende Art und Weise der Identifizierung des Sponsors versties gegen Art. 12 Abs. 3 RTVG.

Den Anforderungen der Werbe- und Sponsoringbestimmungen von RTVG und RTVV genügten jedoch der Auftritt des Co-Sponsors «Pallas Gruppe» in der Sendung vom 31. Oktober 2009 («Das alternde Auge») und jener des Sponsors Viollier AG in der Sendung vom 19. Dezember 2009 («Kinderwunsch»). Die Ärzte der Pallas Klinik erhielten in der Sendung vom 31. Oktober 2009 zwar einen exklusiven Auftritt. Da aber der Sendungsaufbau, die Art und Weise der Identifikation von Sponsor und Fachpersonen sowie der Inhalt der Aussagen der Fachpersonen der Sachinformation dienten und der Sponsor nicht unnötig positiv hervorgehoben wurde, sei der Auftritt des Sponsors nicht

werblich gewesen. Bezüglich der Sendung vom 19. Dezember 2009 hatte das Bundesverwaltungsgericht nicht eine werbliche Wirkung zugunsten des Sponsors Viollier AG, sondern zugunsten eines Dritten, dem Kinderwunschzentrum Basel, zu beurteilen. Dieses sei zwar aufgrund des Aufbaus des Beitrags sehr präsent gewesen. Es seien aber keine inhaltlichen Aussagen gemacht worden, die das Kinderwunschzentrum positiv hervorhoben hätten. Auch die Art und Weise der Identifizierung des Sponsors und dessen Fachperson habe keine solche Wirkung gehabt. Es sei daher kein werblicher Gesamteindruck zugunsten des Kinderwunschzentrums entstanden.

Somit bestätigte das Bundesverwaltungsgericht bezüglich fünf von sieben visionierten Sendungen den Vorwurf der Verletzung von Werbe- und Sponsoringbestimmungen des RTVG und der RTVV. Da die Verletzung wiederholt und nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts in schwerer Weise erfolgte, hielt das Bundesverwaltungsgericht – wie schon das BAKOM – die Ablieferung der unrechtmässig erzielten Einnahmen gemäss Art. 89 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 RTVG zweifelsohne als eine geeignete, erforderliche und zumutbare Massnahme, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Auch bezüglich des Umfangs der Ablieferung befand das Bundesverwaltungsgericht, dass das BAKOM das Verhältnismässigkeitsprinzip nicht verletzt hat. Das Gericht reduzierte den abzuliefernden Betrag nur unwesentlich im Rahmen der teilweisen Gutheissung bezüglich der rechtmässigen Sendungen «Das alternde Auge» und «Kinderwunsch».

Anmerkungen Das Bundesverwaltungsgericht hatte auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt ausschliesslich die Bestimmungen der ursprünglichen Fassung der RTVV vom 9. März 2007 (AS 2007 787; RTVV 2007) anzuwenden. Nicht zu berücksichtigen war daher insbesondere die am 1. April 2011 in Kraft getretene Änderung (AS 2010 965) bezüglich Sponsornennung (Art. 20 RTVV) und Produkteplatzierung (Art. 21 RTVV). Die Regelung in Art. 21 Abs. 1 RTVV 2007, wonach Produkteplatzierungen keine Werbewirkung für den Sponsor oder für Dritte erzeugen dürfen, wurde zwar gestrichen, sie gilt aber aufgrund des Verweises im neuen Art. 21 Abs. 1 RTVV auf Art. 12 Abs. 3 RTVG weiterhin. Die diesbezüglichen Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts lassen sich daher auch auf künftige, ähnliche Sachverhalte übertragen. Für die Praxis bedeutsam sind die Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts dazu, wie vom Sponsor zur Verfügung gestellte Dienstleistungen rechtskonform in eine Sendung integriert werden können (Dienstleistungsplatzierung). Besonders bemerkenswert ist dabei die folgende Klarstellung des Gerichts: Nicht allein die Tatsache, dass in einem Beitrag nur Experten des Sponsors das Fachwissen vermitteln, ist massgeblich dafür, ob die Integration der Dienstleistung werblich erfolgt. Entscheidend ist vielmehr der Gesamteindruck (E. 7.4.3). Die Ausführungen des Sponsors müssen in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht dem Informationszweck angepasst sein. Der Programmveranstalter darf dem Sponsor so viel Zeit einräumen, wie es für die Information zum Thema des Beitrags erforderlich ist (E. 7.3.3.2). Es dürfen auch wertende bzw. positive Aussagen gemacht werden, vorausgesetzt, diese dienen dem Informationszweck und laufen nicht auf eine positive Bewertung einzig der konkreten Dienstleistungen des Sponsors hinaus (E. 7.3.3.4).

Im Sinne der Transparenz gehört zur Sachinformation auch die Identifikation des Sponsors und der in der Sendung auftretenden Fachpersonen des Sponsors. Dies kann insbesondere durch die mündliche Vorstellung im Studio und das Einblenden des Namens von Sponsor und Fachperson sowie der Berufsbezeichnung und Funktion der Fachperson erfolgen (E. 7.4.3.2, vgl. auch E. 7.3.3.3 und 7.6.2). Wie das Bundesverwaltungsgericht zutreffend betont, ist dabei aber stets zu beachten, dass durch eine aus Informationsgründen nicht gerechtfertigte Häufung von Einblendungen, die zeitliche Dauer der Ausführungen der Fachpersonen, die Art und Weise der Darstellung des Sponsors, den Aufbau des Beitrags oder die unnötige positive Hervorhebung der Dienstleistungen des Sponsors gegenüber Dienstleistungen von Konkurrenten insgesamt ein unzulässiger werbender Effekt zugunsten des Sponsors entstehen kann (E. 7.3.4).

Dies war vorliegend bezüglich der Beiträge «Hyperthermie» (E. 7.3) und «Depression» (E. 7.5) der Fall. Das Bundesverwaltungsgericht hat nachvollziehbar begründet, weshalb die beiden Beiträge werblichen Charakter hatten. Im Zentrum standen nicht mehr das eigentliche Thema bzw. die Sachinformation, sondern der Sponsor und dessen Dienstleistungen. Dies ist mit dem Trennungsgrundsatz (Art. 9 Abs. 1 RTVG) und dem damit begründeten Verbot werbender Aussagen in gesponserten Sendungen (Art. 12 Abs. 3 RTVG), einschliesslich Sendungen mit Produkteplatzierungen (Art. 12 Abs. 3 RTVG i.V.m. Art. 21 Abs. 1 RTVV), nicht vereinbar.

Dr. iur. Thomas Steiner, Zürich

12-17

AIEP rejette une plainte du parti «La Gauche» pour refus d'accès

Plainte pour refus d'accès aux émissions électorales

Art. 10, 14 CEDH; Art. 8 al. 1, 2, 17 al. 2, 93 al. 3 Cst.; art. 6, 91 al. 3 let. b, 94 al. 1 LRTV

Décision de l'AIEP du 11 octobre 2011 (b.640)

Afin de présenter les partis en lice au Conseil National en 2011 et leurs candidats, la RTS a programmé une série d'émissions électorales intitulées «Face aux partis», ainsi que des espaces de programme accueillant de plus petites formations politiques.

Elle a édicté des règles écrites qui permettent une répartition des espaces de programmes entre les différents partis politiques.

«La Gauche» a formé une plainte auprès de l'Autorité indépendante d'examen des plaintes (AIEP). Elle refuse d'être reléguée dans les petits partis, alors même qu'elle a un représentant aux Chambres fédérales.

L'art. 17 al. 1 Cst. garantit notamment la liberté de la radio et de la télévision. En vertu des art. 93 al. 3 Cst. et 6 al. 3 LRTV qui consacrent le principe d'indépendance et d'autonomie du diffuseur, nul ne peut se prévaloir de la LRTV pour exiger la transmission d'une production ou d'une information déterminée. De même, le droit à la liberté d'expression comme le

droit de communiquer des informations selon l'art. 10 CEDH ne confèrent en principe pas le droit de bénéficier d'un temps d'antenne afin de promouvoir ses idées.

Cependant, si un groupe est exclu des programmes quand d'autres collectifs de même importance se voient accorder un temps d'antenne, se pose la question de l'égalité de traitement et de l'interdiction de la discrimination (art. 10 en lien avec l'art. 14 de la CEDH et art. 8 al. 1 et 2 Cst). Dans de tels cas, les art. 91 al. 3 let. b et 94 al. 1 LRTV concèdent la faculté de saisir l'organe de médiation, puis l'AIEP. Toutefois, le Tribunal fédéral a considéré que les petits partis ne sauraient revendiquer un temps d'antenne semblable aux formations politiques plus importantes et aux mêmes heures d'écoute.

Le siège détenu par Josef Zisyadis est revendiqué à la fois par le POP et «la Gauche». En proposant à ces deux partis de se partager le temps d'antenne, le diffuseur a voulu une solution pragmatique et non discriminatoire. Le refus d'accès au programme n'est pas illicite, et la plainte pour refus d'accès doit être rejetée.

Anmerkungen Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind politische Parteien und Kandidaten bezüglich des Zugangs zu politischen Radio- und Fernsehsendungen im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen rechtsgleich zu behandeln. Allfällige Ungleichbehandlungen müssen sich auf sachliche, nicht diskriminierende Gründe stützen. Der entsprechende grundrechtliche Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zum Programm ergibt sich ganz ausnahmsweise, und zwar aus Art. 8 Abs. 1 und 2 BV sowie Art. 10 i.V.m. Art. 14 EMRK (BGE 119 Ib 250 [«Légital»], E. 3b, S. 252; 119 Ib 241 [«EIP»], E. 4, S. 249).

Seit Einführung der Zugangsbeschwerdemöglichkeit im RTVG 2006 ist nicht mehr das UVEK, sondern die UBI zuständig für die Beurteilung eines geltend gemachten Anspruchs auf rechtsgleichen Zugang zum Programm. In den seltenen Fällen, in denen ausnahmsweise ein grundrechtlicher Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zum Programm besteht, kann die UBI somit neu auch vor Ausstrahlung einer Sendung einschreiten. Anfechtungsobjekt bildet die «Verweigerung des Zugangs zum Programm» (Art. 94 Abs. 1 i.V.m. Art. 91 Abs. 3 Bst. b RTVG).

Diese Zugangsverweigerung lag im vorliegend besprochenen Fall zweifelsohne vor. RSR und TSR hatten das Gesuch der Beschwerdeführerin um Zugang zu den Radio- und Fernsehsendungen zu den eidgenössischen Wahlen 2011 ausdrücklich abgelehnt. Weil die UBI nicht von vornherein ausschliessen konnte, dass RSR und TSR dadurch die Beschwerdeführerin gegenüber grossen, etablierten Parteien verfassungs- oder konventionswidrig diskriminierten, musste sie die Beschwerde materiell prüfen (vgl. BGE 136 I 167, E. 3.3.4, S. 175). Den ablehnenden Entscheid in der Sache hat die UBI gut begründet.

So war es korrekt, dass die UBI bei der materiellen Prüfung der Zugangsbeschwerde nur die Rüge der Verletzung verfassungs- oder konventionsmässig geschützter Positionen zu liess. Die UBI lehnte es zu Recht ab, die Zugangsverweigerung und in diesem Zusammenhang die Richtlinien von RSR und TSR betreffend den Zugang politischer Parteien zu ihren Wahlsendungen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Vielfaltsgebot (Art. 4 Abs. 4 RTVG) zu prüfen (Ziff. 3.1). Die Rüge der Verletzung der Bestimmungen zum Inhalt redaktioneller Sen-

dungen (Art. 4 und 5 RTVG) ist nur im Rahmen der Programmbeschwerde gegen bereits ausgestrahlte Sendungen zulässig (Art. 91 Abs. 3 Bst. a RTVG). Die Prüfung solcher Rügen im Rahmen von Zugangsbeschwerden wäre nicht vereinbar mit der Programmautonomie (Art. 6 RTVG und Art. 93 Abs. 3 BV) und dem Zensurverbot (Art. 86 Abs. 2 RTVG und Art. 17 Abs. 2 BV).

Dr. iur. Thomas Steiner, Zürich

12-18

UBI weist Beschwerde gegen Beitrag über Meinungsumfrage ab

Programmautonomie; Sachgerechtigkeitsgebot

Art. 4 Abs. 2, 6 Abs. 2 RTVG

Entscheid der UBI vom 17. Juni 2011 (b.630)

Gegen einen Beitrag in der «Tagesschau», der eine Meinungsumfrage zu den eidgenössischen Wahlen präsentierte, wurde Beschwerde bei der UBI erhoben. Diese wies die erhobenen Rügen zurück, da das Sachgerechtigkeitsgebot nicht verletzt war.

In der «Tagesschau» vom 14. Oktober 2010 wurden die Ergebnisse einer Meinungsumfrage des gfs.bern gezeigt. Gegen diesen ersten «Wahlbarometer» zu den eidgenössischen Parlamentswahlen 2011 wurde Beschwerde erhoben. Der Beitrag habe dem Publikum nicht erlaubt, sich eine eigene Meinung zu bilden. Ihm sei vorenthalten worden, «(...) dass rund zwei Drittel der für die Umfrage ausgewählten Stimmberechtigten die Auskunft verweigert hätten, und dass von den Auskunftswilligen weit mehr als die Hälfte entweder keine Parteipräferenz bekundeten oder als Nichtwähler taxiert worden seien». Zudem wurden in der Beschwerde allgemein die Forschungsmethoden des Instituts gfs.bern kritisiert.

Die UBI beschrieb in ihren Erwägungen zuerst den beanstandeten Beitrag. Dieser sei mit einer Anmoderation eingeleitet worden. Danach habe man Grafiken mit den ermittelten Parteistärken eingeblendet, worauf sich der Leiter des gfs.bern zu den Ergebnissen äusserte. Nach dem gleichen Schema sei danach die Berichterstattung zur Zusammensetzung des Bundesrates erfolgt. Zuerst sei eine Grafik eingeblendet worden, die der Leiter des gfs.bern kommentiert habe. In der Abmoderation sei schliesslich zum Ausdruck gekommen, wann die Umfrage durchgeführt wurde und wie viele Wahlberechtigte dafür angefragt wurden.

Sofern der Beschwerdeführer die Methoden von gfs.bern rügt, hält ihm die UBI entgegen, dass sie sich auf eine rundfunkrechtliche Beurteilung der ausgestrahlten Sendung zu beschränken habe. Für sie sei einzig relevant, ob sich das Publikum eine eigene Meinung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 RTVG (Sachgerechtigkeitsgebot) habe bilden können. Die Frage, ob das Institut gfs.bern bei seinen Meinungsumfragen für die SRG die Daten wissenschaftlich korrekt und damit gemäss «State of the art» erhoben und ausgewertet habe, sei dagegen nicht von

der UBI zu prüfen. Weiter führte die UBI aus, die Programmautonomie (Art. 6 Abs. 2 RTVG) erlaube es der SRG grundsätzlich, Beiträge über Umfrageergebnisse auszustrahlen. Dabei könne die SRG auch frei darüber bestimmen, welches Institut sie bei eigenen Meinungsumfragen beauftrage. Somit habe die UBI die Wahl von gfs.bern durch die SRG nicht zu beurteilen.

Weiter prüfte die UBI, ob durch die Ausstrahlung des Beitrags das Sachgerechtigkeitsgebot verletzt wurde. Da der Beitrag über ein Jahr vor den Wahlen ausgestrahlt wurde, war er gemäss UBI nicht geeignet, Einfluss auf die Wahlen zu nehmen. Deshalb fiel der Beitrag nicht in die sensible Zeit des Wahlkampfes, in der erhöhte Sorgfaltspflichten gelten. Im beanstandeten «Tagesschau»-Beitrag hat das Schweizer Fernsehen neben dem Auftraggeber und dem beauftragten Institut auch die Zahl der für die Umfrage angefragten Personen sowie den Befragungszeitraum erwähnt und die mit der Umfrage verbundene Fehlerquote zumindest in den Grafiken eingeblendet. Die UBI vertrat die Ansicht, dass damit bereits den im eigentlichen Wahlkampf geltenden erhöhten Sorgfaltspflichten bei der Vermittlung von Meinungsumfragen im Grundsatz Rechnung getragen wurde. Weiter rügt der Beschwerdeführer, der Beitrag habe keine eingehenden Ausführungen zur Verwertbarkeit der Befragung enthalten. Die UBI war diesbezüglich der Meinung, dass diese fehlenden Angaben die Meinungsbildung des Publikums nicht beeinträchtigt hätten, da entsprechende Informationen ausschliesslich für Personen von Bedeutung seien, die sich eingehend für demoskopische Fragestellungen interessieren. Zudem werde am Schluss des Beitrags die Zahl der für die Meinungsumfrage angefragten Personen erwähnt, wodurch auch dem Durchschnittspublikum vermittelt worden sei, dass sich nur ein Bruchteil der Stimmberechtigten äussern konnten und sich die Ergebnisse deshalb nicht mit der eigentlichen Wahl vergleichen lassen. Aus diesen Gründen kam die UBI schliesslich zum Schluss, dass im beanstandeten Beitrag die wesentlichen Fakten korrekt vermittelt wurden. Ebenso habe das Publikum ohne Weiteres zwischen Fakten und Kommentar unterscheiden könne. Als einzigen Mangel bezeichnete die UBI die Tatsache, dass der Leiter von gfs.bern im Beitrag als Politologe gekennzeichnet wurde und deshalb seine Funktion für das Publikum nicht transparent gewesen sei. Dieser Mangel habe indes die freie Meinungsbildung des Publikums nicht beeinträchtigt und stelle höchstens eine redaktionelle Unvollkommenheit dar. Deshalb erwies sich die Beschwerde als unbegründet, da das Sachgerechtigkeitsgebot nicht verletzt worden war.

12-19

Beschwerde gegen Beitrag der «Tagesschau» über Lohnkonflikt in der Baubranche gutgeheissen

Programmautonomie; Sachgerechtigkeitsgebot

Art. 4 Abs. 2, 6 Abs. 2 RTVG

Entscheid der UBI vom 17. Juni 2011 (b.629)

Die UBI hiess eine Beschwerde gegen einen Beitrag der «Tagesschau» über einen Lohnkonflikt in der Baubranche gut, da einseitig nur die Position der Gewerkschaften dargestellt wurde, ohne auch die Argumente der Baumeister zu erwähnen. Das Publikum habe sich keine eigene Meinung bilden können, weshalb das Sachgerechtigkeitsgebot verletzt wurde.

In der Spätausgabe der «Tagesschau» strahlte das Schweizer Fernsehen einen Beitrag über den Lohnkonflikt in der Baubranche aus. Dagegen erhob der Baumeisterverband Beschwerde und monierte, die Ausstrahlung sei einseitig gewesen und habe deshalb das Sachgerechtigkeitsgebot gemäss Art. 4 Abs. 2 RTVG verletzt.

Zuerst fasste die UBI den beanstandeten Beitrag zusammen. In der Anmoderation wurde darüber berichtet, dass bei den Lohnverhandlungen zwischen Baumeistern und Gewerkschaften die Vorstellungen um fast zwei Prozent auseinanderliegen. Heute sei eine weitere Verhandlungsrunde geplatzt. Die Gewerkschaften Unia und Syna hätten heute entschieden, auf ihren Forderungen zu beharren. Im anschliessenden Filmbericht erwähnte ein Off-Kommentar, die Gewerkschafter seien sich einig, dass das Angebot der Baumeister zu niedrig sei, vor allem weil die Arbeitgeber trotz boomender Branche nicht einlenken wollen. Danach kam ein Gewerkschafter zu Wort und bemerkte, die Mitglieder seien «total hässig» und würden den Entscheid der Baumeister als «Schlag ins Gesicht» empfinden. Das Angebot von 0,6 Prozent sei «wirklich lausig». Der Bericht endete damit, dass die Redaktion die Forderungen der Gewerkschaften erläuterte und erklärte, dass die Gewerkschaft auf allen Baustellen ihre Mitglieder befragen wolle, ob der Konflikt auf die Strasse getragen werden soll.

Danach prüfte die UBI, ob mit dieser Ausstrahlung das Sachgerechtigkeitsgebot verletzt wurde. Zunächst informierte sie darüber, die SRG habe in ihrer Beschwerdeantwort betont, dass im vorliegenden Bericht die Fachtagung der Gewerkschaften das eigentliche Thema gewesen sei und nicht der Lohnkonflikt. Die UBI vertrat die Ansicht, dass das Schweizer Fernsehen oft über Anlässe wie Delegiertenversammlungen oder Fachtagungen von politischen Parteien, Verbänden und anderen Interessengruppen berichte. An solchen Anlässen werde vielfach in allgemeiner Weise Kritik gegenüber Institutionen, Verbänden und Konkurrenten erhoben. Deshalb sei es bei einer transparenten Darstellung der Fakten in der Regel nicht erforderlich, den Standpunkt der Gegenseite zu erwähnen, da ansonsten eine mediengerechte Berichterstattung über solche Anlässe erheblich beeinträchtigt würde. Dies würde wiederum der Programmautonomie (Art. 6 Abs. 2 RTVG) widersprechen. Allerdings war die UBI der Meinung, dass die Fachtagung ent-

gegen der Behauptung der SRG nicht das eigentliche Thema des beanstandeten Beitrags bildete. Vielmehr habe das Schweizer Fernsehen über den Stand der Lohnverhandlungen im Baugewerbe informiert. Die UBI untersuchte die einzelnen Argumente des Beschwerdeführers. Soweit von diesem behauptet wird, wesentliche Fakten zu den Lohnverhandlungen seien falsch wiedergegeben worden, war die UBI der Meinung, dass dies nicht geeignet gewesen sei, den Gesamteindruck des Beitrags wesentlich zu beeinflussen. Deshalb handle es sich um einen Mangel in Nebenpunkten, der für sich alleine noch keine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots begründe. Im eigentlichen Bericht liege der Schwerpunkt auf der Darstellung der gewerkschaftlichen Sicht, was nicht zu beanstanden sei. Die vollständige Ausblendung der Sicht der Baumeister beeinträchtigt aber die freie Meinungsbildung des Publikums zum thematisierten Lohnkonflikt. Ebenso kritisiere der im Beitrag zu Wort kommende Gewerkschafter die Baumeister heftig. Aus diesen Gründen hätte es die journalistische Sorgfaltspflicht geboten, die wichtigsten Argumente der Baumeister ebenfalls zu erwähnen, insbesondere weil nicht davon ausgegangen werden konnte, dass das Publikum über Vorwissen verfügt. Somit kam die UBI zum Schluss, dass sich das Publikum zum behandelten Lohnkonflikt in der Baubranche keine eigene Meinung bilden konnte, weil es das Schweizer Fernsehen unterlassen hatte, auch die Sichtweise der Gegenseite in angemessener Weise darzustellen. Deshalb bejahte sie eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots (Art. 4 Abs. 2 RTVG) und hiess die vorliegende Beschwerde gut.

12-20

Beschwerden gegen Beiträge über Meinungsumfragen werden von der UBI teilweise gutgeheissen

Sachgerechtigkeitsgebot

Art. 4 Abs. 2 RTVG

Entscheid der UBI vom 17. Juni 2011
(b.590/591/603/615/628)

Die UBI hatte eine Vielzahl von Beschwerden gegen Beiträge über Meinungsumfragen zu Abstimmungen zu beurteilen. Bei drei Beiträgen kam sie zum Schluss, dass gegen das Sachgerechtigkeitsgebot verstossen wurde, da man bei der Präsentation die Ja- und Nein-Stimmenden dargestellt hatte und nicht darauf hinwies, dass sich diese aus Eher-Ja- und Bestimmt-Ja-Stimmenden bzw. Eher-Nein- und Bestimmt-Nein-Stimmenden zusammensetzten.

X. erhob bei der UBI Beschwerde gegen eine Vielzahl von Beiträgen in den Sendungen «10vor10» und «Tagesschau» des Schweizer Fernsehens. Er beanstandete darin die Berichterstattung über die Meinungsumfragen des Forschungsinstituts gfs.bern zu verschiedenen Abstimmungen. Die UBI beschloss, die fünf Verfahren b.590, 591, 603, 615 und 628 zu vereinen.

Die UBI bemerkte zu Beginn ihrer Erwägungen, X. rüge insbesondere auch die bei den Meinungsumfragen angewandten Methoden des Instituts gfs.bern. Die UBI habe sich allerdings auf eine rundfunkrechtliche Beurteilung zu beschränken und dort zu prüfen, ob sich das Publikum zur bevorstehenden Abstimmung eine eigene Meinung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 RTVG bilden können. Die Methoden des Forschungsinstituts seien im Rahmen dieser Beschwerde nicht zu prüfen, diese Diskussion müsse an einer anderen Stelle geführt werden. Die UBI war ebenfalls der Meinung, dass sie nicht zu beurteilen habe, wen die SRG für politische Meinungsumfragen beauftragt.

Die UBI beurteilte in der Folge die Beiträge getrennt voneinander auf Vereinbarkeit mit dem Sachgerechtigkeitsgebot (Art. 4 Abs. 2 RTVG). Beschwerde b.590: Sie begann mit den Beiträgen der «Tagesschau» und von «10vor10» vom 25. April 2008 über die Abstimmungen am 1. Juni 2008. Die UBI kam dabei zum Schluss, dass in beiden Beiträgen die Anforderungen des Sachgerechtigkeitsgebots an Meinungsumfragen in der sensiblen Zeit vor Abstimmungsterminen nicht erfüllt worden seien. Die vom Institut gfs.bern veröffentlichte erste Trendstudie sei in den Beiträgen nicht korrekt vermittelt worden, indem man nicht unterschieden habe, ob jemand bestimmt oder eher für oder gegen eine Vorlage war. Vielmehr habe man nur zwischen Ja-, Nein-Stimmen und Unentschlossenen unterschieden, was den Gesamteindruck wesentlich beeinflusst habe, weil der Anteil der Eher-Ja- bzw. Eher-Nein-Stimmenden bei allen Vorlagen erheblich gewesen sei. Das Publikum habe sich deswegen über die präsentierten Umfrageergebnisse keine eigene Meinung bilden können. Zusätzlich sei die Meinungsbildung durch die mangelhafte Kennzeichnung des Fehlerbereichs und der Verwendung des irreführenden Begriffs der «Repräsentativ-Umfrage» beeinträchtigt worden. Aus diesen Gründen kam die UBI zum Schluss, dass das Sachgerechtigkeitsgebot durch die beiden Beiträge verletzt wurde und deshalb die Beschwerde diesbezüglich gutzuheissen sei.

Beschwerde b.591: Das Institut gfs.bern veröffentlichte am 21. Mai 2008 eine zweite Trendstudie zu den Abstimmungen vom 1. Juni 2008. Wiederum berichtete das Schweizer Fernsehen in den Nachrichtensendungen «Tagesschau» und «10vor10» über die Ergebnisse. Der Beitrag der «Tagesschau» entsprach im Lichte des Sachgerechtigkeitsgebots weitgehend dem Bericht der «Tagesschau» zur ersten Trendstudie. Auch hier wurden die Ergebnisse nicht präzise vermittelt, indem man nur zwischen Ja-, Nein-Stimmen und Unentschlossenen unterschied und nicht zwischen Eher-dafür- bzw. Eher-dagegen-Stimmenden. Auch hier hat sich das Publikum nach Ansicht der UBI keine eigene Meinung bilden können. Erschwerend sei hinzugekommen, dass der Fehlerbereich nicht im Kommentar vermittelt wurde. Folglich bejahte die UBI auch hier eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots. Der «10vor10»-Beitrag habe inhaltlich weitgehend den Darstellungen in der «Tagesschau» entsprochen. Allerdings sei im letzten Teil des Beitrags eine Stellungnahme der SVP ausgestrahlt worden, die die Aussagekraft der im Beitrag präsentierten Zahlen erheblich relativiert habe. Deshalb habe sich das Publikum trotz den festgestellten Mängeln eine eigene Meinung bilden können, weshalb sich die Beschwerde als unbegründet erwies.

Beschwerde b.603: Im Zentrum dieser Beschwerde stand die Berichterstattung der «Tagesschau» über die zweite Trendbefragung zur Abstimmung über die Weiterführung und Ausdehnung der Personenfreizügigkeit vom 8. Februar 2009. Aus dem Kommentar zu den eingeblendeten Grafiken wurde zwar nicht ersichtlich, wie hoch der Anteil der Bestimmt-Ja-, Eher-Ja-, Bestimmt-Nein- und Eher-Nein-Stimmenden war. Für die UBI war aber entscheidend, dass im Kommentar zum Ausdruck kam, dass die Ja- und Nein-Anteile auch die Eher-Ja- und Eher-Nein-Stimmen beinhalten. Diese für die Meinungsbildung des Publikums wichtige Präzisierung sei bei allen im Beitrag erwähnten Umfrageresultaten erfolgt. Zwar sei auch in diesem Beitrag der Fehlerbereich nicht deutlich sichtbar gewesen, was für sich alleine aber noch keine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots darstelle. Durch die Vielzahl von Informationen im zweiten Teil des Beitrags (Interview mit Politikwissenschaftler und Umfrageleiter, Argumente von Befürwortern und Gegnern) seien die eigentlichen Umfrageergebnisse zusätzlich relativiert worden. Aus diesen Gründen erwies sich die Beschwerde als unbegründet.

Beschwerde b.615: Diese Beschwerde bezog sich auf den Beitrag der «Tagesschau» vom 18. November 2009 über die Ergebnisse der zweiten Trendbefragung zur Abstimmung über die Minarettinitiative. Nach dem Urnengang stellte sich heraus, dass eine beträchtliche Differenz zwischen dem Abstimmungsergebnis und der elf Tage zuvor veröffentlichten Umfrage bestand. Während die «Tagesschau» berichtete, gemäss der Umfrage lägen nur 37 Prozent Ja- und Eher-Ja-Stimmen vor, hingegen 53 Prozent Nein- und Eher-Nein-Stimmen sowie 10 Prozent Unentschlossene, nahm das Stimmvolk die Initiative mit 57 Prozent Ja-Stimmen und dem erforderlichen Ständemehr an. Dies löste eine breite Diskussion in Medien, Politik und Öffentlichkeit aus, und die SRG sah sich veranlasst, wissenschaftliche Begutachtungen in Auftrag zu geben und bis zum Vorliegen der Ergebnisse auf weitere Meinungsumfragen zu verzichten. Die UBI wies auch hier wieder darauf hin, dass sie einzig zu prüfen habe, ob die Umfrageergebnisse in der «Tagesschau» sachgerecht präsentiert worden sind. Sie führte dazu aus, dass die Präsentation den Mindestanforderungen für die Vermittlung von Meinungsumfragen entsprochen habe. Im Kommentar sei auf die Eher-Ja- und Eher-Nein-Anteile hingewiesen worden. Einziger Mangel sei wiederum gewesen, dass die Fehlermarge nicht mündlich erwähnt wurde, was aber die freie Meinungsbildung des Publikums nicht verunmöglicht habe. Zudem habe der befragte Politikwissenschaftler und Umfrageleiter ein differenziertes Bild über die Umfrageergebnisse vermittelt, weshalb die Beschwerde von der UBI als unbegründet beurteilt wurde.

Beschwerde b.628: Diese Beschwerde betraf zwei Beiträge der «Tagesschau» über die ersten und zweiten Umfrageergebnisse zur Volksabstimmung über die Änderung des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vom 26. September 2010. Auch hier war die UBI der Ansicht, dass die von ihr formulierten Vorgaben bei der Vermittlung von Umfrageergebnissen in der sensiblen Zeit vor Abstimmungen eingehalten wurden. Einzig der Fehlerbereich sei wiederum bloss in der Grafik eingeblendet worden. Ansonsten sei auf den Auftraggeber, das beauftragte Institut, die Anzahl der Befragten sowie den Befragungszeitraum hingewiesen worden. Ebenso sei der Hinweis gemacht

worden, dass die Ja- bzw. Nein-Stimmen auch die Eher-Ja- und Eher-Nein-Stimmen enthalten. Die Umfrage sei auch nicht als «repräsentativ» bezeichnet worden, weshalb der nicht kommunizierte Fehlerbereich die Meinungsbildung des Publikums nicht beeinträchtigt habe. Die UBI wies deshalb auch diese Beschwerde ab.

5. Urheberrecht

5.3 Weitere urheberrechtliche Fragen – Autres questions de droit d'auteur

12-21

Internetprovider kann nicht zum Einbau eines Filters zur Verhinderung von Urheberrechtsverletzungen verpflichtet werden

Grundrechte; Informationsfreiheit; personenbezogene Daten; Schutz des Rechts am geistigen Eigentum; Urheberrechtsverletzungen; Verbot allgemeiner Überwachungspflichten

Art. 15 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr (Richtlinie 2000/31); Art. 17 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union

Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 24. November 2011 (C-70/10)

Der europäische Gerichtshof hatte zu beurteilen, ob ein Provider nach EU-Recht dazu verpflichtet werden kann, einen Filter zu installieren, um den Download von urheberrechtlich geschützten Werken zu verhindern. Er kam dabei zum Ergebnis, dass eine solche Anordnung nicht mit Grundrechten der EU vereinbar ist.

Die belgische Verwertungsgesellschaft SABAM reichte gegen den in Belgien tätigen Internetprovider Scarlet Extend SA Klage ein, weil Urheberrechtsverletzungen mittels Inanspruchnahme der Dienste von Scarlet begangen worden seien. Das Tribunal de première instance Bruxelles hiess die Klage von SABAM gut und wies Scarlet an, sie müsse ihren Kunden verunmöglichen, urheberrechtlich geschützte Dateien mithilfe eines «Peer-to-Peer»-Programms zu senden oder zu empfangen. Scarlet legte gegen diesen Entscheid Berufung ein, worauf das nationale Berufungsgericht mit einer Vorfrage an den europäischen Gerichtshof gelangte. Von diesem wollte es wissen, ob es mit dem EU-Recht vereinbar sei, dass Provider verpflichtet werden, generell, präventiv, auf eigene Kosten und zeitlich unbegrenzt Systeme zur Filterung der gesamten elektronischen Kommunikation einzurichten, um das Herunterladen von urheberrechtlich geschützten Dateien zu verhindern.

Zu Beginn seiner Erwägungen hielt der Gerichtshof fest, sowohl die Urheberrechtsrichtlinie als auch die Durchführungsrichtlinie ermögliche den Gerichten und Verwaltungsbehörden, Massnahmen gegen Provider auszusprechen, die bereits begangene Urheberrechtsverletzungen beenden oder

zukünftige verhindern. Solche Anordnungen würden grundsätzlich dem nationalen Recht unterliegen, müssten aber mit dem EU-Recht vereinbar sein. Der Gerichtshof hielt dazu fest, dass die Verpflichtung eines Providers, die gesamte elektronische Kommunikation zu überwachen, gegen das Verbot allgemeiner Überwachungspflichten gemäss Art. 15 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr verstossen würde.

Weiter prüfte der Gerichtshof, ob die Filterung der elektronischen Kommunikation mit den Grundrechten der EU vereinbar werden kann. In Art. 17 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union sei der Schutz des Rechts am geistigen Eigentum verankert. Daraus könne allerdings nicht geschlossen werden, dass dieses Recht schrankenlos und sein Schutz daher bedingungslos zu gewährleisten seien. Vielmehr müsse zwischen dem Schutz des geistigen Eigentums und den anderen Grundrechten eine Abwägung vorgenommen werden. Der Gerichtshof hielt dazu fest, dass die Anordnung einer zeitlich unbegrenzten Überwachung der gesamten elektronischen Kommunikation auf Kosten des Providers zu einer qualifizierten Beeinträchtigung der unternehmerischen Freiheit von Scarlet führen würde. Zudem hätte eine solche Überwachung negative Folgen für die Kunden des Providers: Einerseits würde die Einrichtung eines solchen Filters zu einer systematischen Prüfung aller Inhalte sowie zur Sammlung und Identifizierung der IP-Adressen einzelner Nutzer führen, wobei es sich um personenbezogene Daten handelt, welche die Identifizierung der Nutzer ermöglichen. Andererseits könnte die Informationsfreiheit beeinträchtigt werden, wenn der Filter möglicherweise nicht korrekt zwischen zulässigen und unzulässigen Inhalten unterscheiden kann. Aus diesen Gründen war der Gerichtshof der Ansicht, dass die Verpflichtung eines Providers, ein solches Filtersystem zu installieren, kein angemessenes Gleichgewicht zwischen den Rechten am geistigen Eigentum einerseits und der unternehmerischen Freiheit, dem Recht auf Schutz personenbezogener Daten und der Informationsfreiheit andererseits darstellt. Er kam deshalb zum Schluss, dass die Anordnung an einen Provider, ein solches Filtersystem zu errichten, nicht mit dem EU-Recht vereinbar ist.

8. Ethik/Selbstregulierung

8.1 Ethik des Journalismus – Ethique du journalisme

12-22

Der Konkurs, der keiner war – Beschwerde gegen «Bieler Tagblatt» teilweise gutgeheissen

Anhörung bei schweren Vorwürfen; Persönlichkeitsschutz; Wahrheitssuche

Ziffern 1, 3, 7 der «Erklärung»; Richtlinien 3.8, 7.2 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Presserates vom 24. August 2011 (40/2011; Stadt Biel c. «Bieler Tagblatt»)

«Wenn der Koch zum Revisor wird», titelte das «Bieler Tagblatt» im November 2010 einen längeren Artikel. Wie bereits mehrere vorangegangene Beiträge übte auch dieser harte Kritik an der Leitung des Bieler Amtes für Erwachsenen- und Jugendschutz (EJS). Die Zeitung warf der EJS-Leiterin Günstlingswirtschaft vor: Mehrere Stellen in ihrem Amt habe sie mit Personen besetzt, die sie von ihrer früheren Arbeitsstelle, einem Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV), kannte. Als Paradebeispiel führte das «Bieler Tagblatt» einen ehemaligen Koch an, der zum Leiter des amtsinternen Revisorats gemacht worden sei. Dieser sei «vorher mit seinem Restaurant in Konkurs gegangen», hiess es unter anderem im Artikel, gegen den die Bieler Stadtregierung Beschwerde beim Presserat erhob.

Die von den Parteien eingereichten Unterlagen zeigten dem Presserat aber, dass der Mann nicht Konkurs gemacht, sondern sein Kleinhotel regulär liquidiert hatte. Dies hätte die Zeitung mit einer seriösen Recherche herausfinden können, da jeder Konkurs im «Schweizerischen Handelsamtsblatt» publiziert wird. Stattdessen stützte sich der Verfasser auf mündliche und schriftliche Aussagen von Drittpersonen, die sich offenbar irren. Das Ergebnis war eine Falschinformation, eine Verletzung der Wahrheitspflicht. Der angebliche Konkurs war nur der schwerste in einer ganzen Reihe von Vorwürfen, die alle darauf abzielten, diesen städtischen Angestellten als ungeeignet für sein Amt darzustellen. Das «Bieler Tagblatt» hätte darum den Betroffenen zu diesen Vorwürfen anhören müssen. Dies tat der Journalist aber nicht, sondern begnügte sich mit einem erfolglosen Versuch, den Betroffenen unter seiner Privatnummer telefonisch zu erreichen. Damit hat das «Bieler Tagblatt» gegen die Pflicht zur Anhörung bei schweren Vorwürfen verstossen.

Als problematisch, wenn auch noch nicht die Berufsethik verletzend, erachtete der Presserat eine Publikumsbefragung, die das «Bieler Tagblatt» eine Woche später unter dem Titel «Soll die Leiterin in Ausstand treten?» lancierte. In der folgenden Woche publizierte die Zeitung dann eine Reihe von anonymen Antworten, die sich alle pauschal negativ über das Amt und seine Leitung äusserten. Eine Mehrheit des Presserates war der Auffassung, ein solches anonymes Scherbengericht bewege sich noch innerhalb der Kommentarfreiheit. Dennoch fand der Pres-

serat, es wäre angemessener gewesen, derart harte Kritik in einem namentlich gezeichneten, redaktionellen Kommentar zu publizieren und zu begründen. Denn die wichtige Aufgabe unabhängiger Medien, die Arbeit von Behörden kritisch zu begleiten und auf mögliche Missstände deutlich hinzuweisen, darf nicht an anonyme Leserumfragen delegiert werden.

12-23

Menzione ingiustificata dei nomi di un indiziato e della vittima

Protezione della vittima; rispetto della vita privata

Cifre 7, 8 della «Dichiarazione»; Direttive 7.1, 7.2, 7.4, 7.7, 8.3 relativa alla «Dichiarazione»

Presa di posizione del Consiglio svizzero della stampa del 5 maggio 2011 (41/2011; X. c. Radiotelevisione svizzera di lingua italiana; Y. c. ticinonews.ch/«Il Caffè»/«Corriere del Ticino»/«la Regione Ticino»/«Giornale del Popolo»)

Il Consiglio della stampa ha accolto parzialmente due reclami presentati in merito a un caso che a fatto molto rumore in Ticino, ritenendo ingiustificata sia la menzione del nome di un medico da parte della Radiotelevisione della Svizzera italiana, in quanto presunto autore della violenza carnale, sia la successiva identificazione della presunta vittima da parte del sito online «ticinonews.ch» e dei giornali «Il Caffè», «Corriere del Ticino», «la Regione Ticino» e «Giornale del Popolo».

In due successive trasmissioni del settembre 2010, la trasmissione televisiva «Il Quotidiano» aveva dato la notizia dell'arresto di un medico con l'accusa di violenza carnale. Successivamente, il sito online «ticinonews.ch» precisava essere la vittima la moglie del medico. I tre giornali hanno ripreso e diffuso questa informazione. Un parente dell'accusato ha presentato al Consiglio della stampa reclamo contro la RSI, un giornalista ha denunciato «ticinonews.ch» e i tre media scritti. La RSI respinge il reclamo argomentando che il medico è da ritenere «persona pubblica» in quanto nota per un precedente caso che aveva suscitato grande scalpore: la menzione del suo nome sarebbe nel caso specifico giustificata. Altre ragioni hanno addotto «ticinonews» e gli altri media.

Per il Consiglio della stampa, invece, la menzione del nome del medico subito dopo il suo arresto non era giustificata. La sua notorietà era a quel punto solo relativa, non essendovi relazione del nuovo caso con i fatti imputatigli anni prima, né con la sua funzione di medico. Non sussisteva neppure, dopo l'arresto, l'esigenza di allertare l'opinione pubblica. Non può invece essere fatto rimprovero ai giornali di avere menzionato il nome del medico, dopo che lo aveva fatto, per due giorni di fila, la Televisione.

Una mancanza grave è viceversa considerata dal Consiglio della stampa la menzione del nome della vittima da parte di «ticinonews.ch» e dei tre quotidiani. La protezione della presunta vittima doveva prevalere anche dopo la pubblicazione del nome del presunto colpevole. E la ripresa dell'informazione

data da «ticinonews.ch» da parte dei quotidiani – diversamente che nel caso della RSI – non si giustificava, poiché il numero delle persone raggiunte dal sito online non è paragonabile a quello della televisione di servizio pubblico.

12-24

Wahrheits- und Berichtigungspflicht

Berichtigung; sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigungen; Wahrheit

Ziffern 1, 5, 7 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 23. September 2011 (42/2011; Liebrand c. Tele 1)

Eine Beschwerde gegen den Beitrag «Zündstoff-Video» in den «Nachrichten» des Lokalfernsehsenders Tele 1 wurde vom Presserat teilweise gutgeheissen, da durch die Ausstrahlung Ziffer 1 der «Erklärung» (Wahrheit) verletzt wurde. Eine Verletzung der Ziffern 5 (Berichtigung) und 7 (sachliche ungerechtfertigte Anschuldigungen) der «Erklärung» wurde hingegen verneint.

12-25

Wahrheitssuche/Entstellung von Informationen/Anhörung bei schweren Vorwürfen

Anhörung bei schweren Vorwürfen; Wahrheit

Ziffern 1, 3 der «Erklärung»; Richtlinien 1.1, 3.8 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 23. September 2011 (43/2011; Gruppe Augenauf c. «Weltwoche»)

Der Presserat hiess eine Beschwerde teilweise gut, da die «Weltwoche» mit der Veröffentlichung der Artikel «Sturmabteilung von links» und «Von aufreizender Passivität» gegen Ziffer 3 der «Erklärung» verstossen hat. Die Ziffern 1 (Wahrheitssuche) und 3 (Entstellung von Informationen) hat die «Weltwoche» nach Auffassung des Presserats hingegen nicht verletzt.

12-26

Wahrheit/Entstellung von Informationen/ Respektierung der Privatsphäre

Anhörung bei schweren Vorwürfen; Entstellung von Informationen; identifizierende Berichterstattung; Privatsphäre; Wahrheit

Ziffern 1, 3, 7 der «Erklärung»; Richtlinien 3.8, 7.2 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 7. Oktober 2011 (44/2011; Hablützel-Bürki c. «Blick»)

Der Presserat kam in seiner Stellungnahme zum Schluss, dass der «Blick» mit der Veröffentlichung des Artikels «Bürki putscht gegen den Verband» nicht gegen die Ziffern 1 (Wahrheit), 3 (Entstellung von Informationen) und 7 (Privatsphäre) der «Erklärung» verstossen hat.

12-27

Loyauté de la recherche/Omission d'informations importantes/Respecter la sphère privée

Mention du nom; omission d'informations importantes; respecter la sphère privée

Chiffres 3, 4, 7 de la «Déclaration»; directives 4.1, 4.2, 7.2 relatives à la «Déclaration»

Prise de position du Conseil suisse de la presse du 23 septembre 2011 (45/2011; X. c. «20 minutes»)

Dans son édition du 29 avril 2011 et sur son site internet, le quotidien «20 minutes» publie un article sur un enseignant et élu politique genevois, affirmant qu'il a fait des «avances crues» à un mineur de 15 ans sur un site gay, après avoir été appâté par un faux profil créé par «20 minutes». Au moment des faits, l'homme a déjà été révoqué de son poste d'enseignant suite à une enquête administrative. L'article est illustré par une copie d'écran du site gay où l'on voit un extrait du dialogue en ligne et une photo floutée de l'homme politique.

Selon le Conseil suisse de la presse (CSP), en recourant à une recherche cachée dans laquelle un de ses journalistes s'est fait passer pour un mineur de 15 ans pour «appâter», sur un site homosexuel, un enseignant déjà révoqué, «20 minutes» a usé de méthodes déloyales. Le CSP rappelle sa jurisprudence constante concernant la «recherche cachée». Ce type d'enquête ne peut être qu'exceptionnellement admissible, et à des conditions strictes: il faut un intérêt public prépondérant et la conviction que les informations ne peuvent pas être recueillies d'une autre manière, plus habituelle. Dans le cas présent, estime le CSP, l'intérêt public n'est pas prépondérant. De plus, «20 minutes» aurait dû renoncer à la publication en se basant sur le principe de la proportionnalité, l'enseignant ayant déjà an-

noncé sa démission de ses fonctions politiques (chiffre 4 de la «Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste»).

«20 minutes» a également contrevenu au chiffre 3 de la «Déclaration» (omission d'informations importantes) en se gardant de citer une partie de la conversation, qui aurait permis de relativiser Les propos du plaignant, et au chiffre 7 de la «Déclaration» (respecter la sphère privée) en publiant le nom et la photo de l'ex-enseignant et élu politique, dans un contexte sans lien avec sa fonction.

12-28

Der «Bote der Urschweiz» kassiert eine Rüge des Presserats

Anhörung; Entstellen von Tatsachen; Wahrheit

Ziffern 1, 3 der «Erklärung»; Richtlinie 3.8 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 24. August 2011 (46/2011; Meier c. «Bote der Urschweiz»)

Der Schweizer Presserat gibt einem Schwyzer Staatsanwalt mit seiner Beschwerde gegen den «Bote der Urschweiz» zum Teil recht. Die Zeitung hatte den Staatsanwalt indirekt der Indiskretion verdächtigt und ihn zu diesem schweren Vorwurf nicht pflichtgemäss angehört.

Das Blatt hatte am 15. Juni 2011 unter dem Titel «Schwyzer Justizstreit eskaliert» über den Konflikt zwischen der Schwyzer Staatsanwaltschaft und den kantonalen Gerichten berichtet. Dabei bezog sich der «Bote der Urschweiz» auch auf einen Bericht im «SonntagsBlick» über einen «Justizskandal» in Schwyz: Der Kantonsgerichtspräsident habe mit einem Beschwerdeentscheid dafür gesorgt, dass ein Kinderschänder frühzeitig aus der U-Haft kam. Der «Bote» warf die Frage auf, ob das eine «Retourkutsche zur Kritik des Kantonsgerichts» an den Staatsanwälten in einem andern Fall sei, hielt aber fest: «Belegbar ist das nicht. Allerdings sind gewisse Seilschaften festzustellen.» Die Tageszeitung nannte vier Beteiligte an der «Seilschaft» namentlich, darunter zwei Staatsanwälte des Kantons.

Einer der Staatsanwälte beklagte sich beim Presserat, der «Bote» habe ihn zur zentralen Aussage, er sei Teil einer Seilschaft zum Begehen von Indiskretionen, nicht befragt. Die Redaktion wandte ein, sie habe niemanden direkt oder indirekt der Indiskretion bezichtigt. Doch habe sie nicht verschweigen dürfen, dass es eine Seilschaft gebe. Das sei für die Öffentlichkeit relevant.

Der Presserat urteilt, da der «Bote der Urschweiz» Personen als mögliche Urheber einer Indiskretion namentlich nannte, hätte er sie zwingend anhören müssen. Wer in einem justizpolitisch derart aufgeheizten Klima, in dem zuvor schon Indiskretionen begangen worden sind, erneut die Indiskretion einer Amtsperson insinuiert, der erhebt gegenüber dieser einen schweren Vorwurf. Die Redaktion hätte also den Staatsanwalt zu diesem Vorwurf befragen müssen. Und am besten gleich noch seinen ebenfalls genannten Kollegen.

Der Beschwerdeführer monierte auch, der «Bote der Ur-schweiz» habe in zwei Formulierungen unwahr berichtet respektive Tatsachen entstellt. Der Presserat wies dies ab. Zwar habe der «Bote» in beiden Details falsch respektive ungenau berichtet. Das Ethikgremium erinnerte aber daran, nicht jede inhaltliche Unschärfe führe dazu, dass die Wahrheitspflicht verletzt sei. Der Unkorrektheit müsse eine gewisse Relevanz zukommen. Weil die Leser durch die Falschdetails auch nicht irreführt worden waren, entging die Redaktion hier einer Rüge.

12-29

Menschenwürde

Menschenwürde

Ziffer 8 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 4. November 2011 (47/2011; FC Basel c. «20 Minuten»)

Eine Beschwerde gegen den in «20 Minuten» erschienenen Artikel «Nun ist Alex Frei in der Super League Freiwild» wurde vom Presserat abgewiesen, da dieser Bericht nicht gegen Ziffer 8 der «Erklärung» versties.

12-30

Wahrheit/Privatsphäre

identifizierende Berichterstattung; Privatsphäre; Wahrheit

Ziffern 1, 7 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 4. November 2011 (48/2011; X. c. «Blick Online»)

Der Presserat hiess eine Beschwerde gegen einen unter dem Titel «Traumhaus in Rieden abgebrannt» erschienenen Artikel auf «Blick Online» teilweise gut, da durch die identifizierende Berichterstattung Ziffer 7 der «Erklärung» verletzt wurde. Die darüber hinaus geltend gemachte Verletzung von Ziffer 1 der «Erklärung» (Wahrheit) wurde vom Presserat hingegen abgelehnt.

12-31

Unterschlagung/Entstellung von Informationen/Berichtigung/Sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigungen/Menschenwürde/Diskriminierung

Anhörung bei schweren Vorwürfen; Berichtigung; Diskriminierung; Menschenwürde; sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigungen; Unterschlagung und Entstellung von Informationen

Ziffern 3, 5, 7, 8 der «Erklärung»; Richtlinie 3.8 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 11. November 2011 (49/2011; Göttners-Abendroth c. «NZZ am Sonntag»/«St. Galler Tagblatt»)

In seiner Stellungnahme kam der Presserat zum Ergebnis, dass die «NZZ am Sonntag» mit den Berichten «Steuergelder zum Wohl des Matriarchats» und «Die Mutter aller Kongresse» sowie das «St. Galler Tagblatt» mit den Artikeln «Kritik an Matriarchatskongress: St. Gallen überprüft Beitrag», «Verlorene Paradiese» und der Karikatur zum Thema «Matriarchatskongress» die Ziffern 3 (Unterschlagung und Entstellung von Informationen), 5 (Berichtigung), 7 (sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigungen) und 8 (Menschenwürde/Diskriminierung) der «Erklärung» nicht verletzt haben.

12-32

Identification/Echanges rédactionnels

Dénaturation des informations; identification; vérité

Chiffres 1, 3, 7 de la «Déclaration»

Prise de position du Conseil suisse de la presse du 23 novembre 2011 (50/2011; X. c. «Basler Zeitung en ligne»/«Berner Zeitung en ligne»/«Thurgauer Zeitung en ligne»)

Les collaborations interrédactionnelles, notamment sur les sites internet des médias, sont de plus en plus nombreuses. Le Conseil de la presse a donc saisi l'occasion d'une plainte identique contre plusieurs médias – trois sites internet ont repris tel quel un article original du «Tages-Anzeiger» – pour réaffirmer sa jurisprudence. Chaque rédaction porte la responsabilité de tout ce qu'elle publie, y compris les contributions d'autres rédactions. Il convient donc de relire ces contributions extérieures avant publication, mais il serait complètement disproportionné d'exiger qu'on refasse l'enquête. Pour le Conseil de la presse, cela signifie qu'on peut seulement exiger de la rédaction «reprenneuse» qu'elle élimine les violations flagrantes de la Déclaration des devoirs et des droits des journalistes. Cette exigence minimale ne vaut toutefois que si l'origine de la contribution est clairement indiquée au public. Dans le cas d'espèce,

dans l'article d'origine, le «Tages-Anzeiger» a contrevenu au chiffre 7 de la déclaration en nommant un Suisse désigné comme «roi du spam», alors que mentionner le nom de son entreprise était suffisant (cf. prise de position 5/2011). Mais la violation n'étant pas évidente pour qui n'avait pas fait l'enquête, le Conseil de la presse estime que les éditions en ligne de la «Basler Zeitung», de la «Berner Zeitung» et de la «Thurgauer Zeitung» n'ont pas violé la Déclaration.

12-33

«Erklärung der Rechte»/Zuständigkeit des Presserats

Anhörung vor wichtigen verlegerischen Entscheiden; Anspruch auf angemessene Aus- und Weiterbildung; Anspruch auf angemessene Arbeitsbedingungen; Gewissensfreiheit; Informationsfreiheit; Kollektivvertrag; Transparenz über die Besitzverhältnisse; Unabhängigkeit; Verbot von Einzelweisungen; Widerruf der allgemeinen Linie

Ziffern 1, 2, 9 der «Erklärung der Pflichten»; Buchstaben a, b, c, d, e, f, g der «Erklärung der Rechte»

Stellungnahme des Presserates vom 23. November 2011 (51/2011)

Gestützt auf eine Eingabe des Berufsverbands Impressum äussert sich der Presserat zur Frage, inwieweit es zu seinen Aufgaben gehört, nebst der Einhaltung der «Erklärung der Pflichten» auch die Respektierung der «Erklärung der Rechte» zu überprüfen. Er sieht sich zuständig, sofern im Einzelfall zwischen der angerufenen Bestimmung der «Erklärung der Rechte» und der redaktionellen, publizistischen Tätigkeit ein unmittelbarer Bezug besteht. Hingegen behandelt der Presserat keine Beschwerden, die eine Verletzung des Rechts auf eine angemessene Aus- und Weiterbildung, des Anspruchs auf einen Kollektivvertrag oder auf angemessene individuelle Arbeitsbedingungen rügen. Es sei denn, eine Beschwerde mache plausibel geltend, dass unangemessene Arbeitsbedingungen oder eine ungenügende Aus- oder Weiterbildung in einem konkreten Fall unmittelbar zu einer berufsethischen Fehlleistung geführt hat. Für den Presserat deuten weder der Wortlaut seiner reglementarischen Grundlagen noch die Entstehungsgeschichte darauf hin, dass es zu seinen Aufgaben gehört, auf Beschwerde hin zu überprüfen, ob das «Recht» auf angemessene individuelle und kollektive Arbeitsbedingungen oder auf eine angemessene Aus- und Weiterbildung verletzt ist. Denn sowohl historisch als auch aktuell bestehen für ihn die Hauptfunktionen von Presseräten darin, einerseits Beschwerden zu beurteilen, welche die Verletzung von berufsethischen Pflichten beanstanden und andererseits die Presse- und Informationsfreiheit zu verteidigen. Gestützt darauf beurteilt der Presserat auch Beschwerden, die eine Verletzung der «Erklärung der Rechte» rügen, sofern der Beschwerdesachverhalt in direktem Zusammenhang mit der Verteidigung der Presse- und Informationsfreiheit steht oder wenn die angerufene Bestimmung das unmittelbare Gegenstück zu

einer berufsethischen Pflicht bildet. Die beiden Erweiterungen der Trägerschaft des Presserats von 1999/2000 und 2008 haben seine Zuständigkeit nach Auffassung des Presserats nicht verändert. Falls der Presserat – wie dies Impressum wünscht – künftig neu auch die materiellen Arbeitsbedingungen der Journalistinnen und Journalisten aus berufsethischer Optik beurteilen soll, wäre dies durch den Stiftungsrat der Stiftung «Schweizer Presserat» zu beschliessen, in dessen alleiniger Kompetenz die Abänderung der massgeblichen Reglemente liegt (Art. 5 Abs. 6 Stiftungsreglement).

12-34

Commentaires anonymes en ligne

Séparation entre la partie rédactionnelle et la publicité

Chiffre 10 de la «Déclaration»; directive 5.2 relative à la «Déclaration»

Prise de position du Conseil suisse de la presse du 23 novembre 2011 (52/2011)

Dans sa prise de position 64/2010, le Conseil de la presse s'était penché sur la publication de SMS anonymes par l'«Oltner Tagblatt». Le Conseil avait alors procédé à un réexamen de sa pratique en matière de publication de lettres de lecteurs anonymes dans les médias classiques. Franchissant un pas de plus, il aborde maintenant les principes mêmes de la publication de textes anonymes dans les médias en ligne, les forums et les blogs.

Dans sa nouvelle prise de position, le Conseil de la presse rappelle que les entreprises de médias sont responsables de tous les contenus qu'elles publient sur leurs sites web. En revanche, la responsabilité des rédactions de médias en ligne est limitée. Elles sont responsables pour les contributions rédactionnelles et pour les commentaires qui s'y rapportent, mais non pour des blogs hébergés sur les pages web de l'entreprises de médias.

Font exception des blogs liés à la partie rédactionnelle par leur auteur ou leur contenu. A l'instar de la distinction entre partie rédactionnelle et publicité, il incombe aux entreprises de médias de signaler clairement au public de quels contenus la rédaction n'est pas responsable.

Le Conseil de la presse maintient en outre que les mêmes normes déontologiques s'appliquent à tous les commentaires des lecteurs, qu'ils se fassent en ligne ou sous forme imprimée. Du point de vue déontologique, en effet, c'est le contenu qui importe et non la forme de la diffusion. Dans la règle, les commentaires en ligne doivent donc être signés tout comme les lettres de lecteur traditionnelles.

Le Conseil de la presse admet cependant des exceptions:

- La publication d'un commentaire anonyme est exceptionnellement admissible lorsqu'il s'agit de sauvegarder des intérêts dignes de protection (vie privée, protection des sources).
- En vertu du principe de proportionnalité, il serait exagéré d'exiger l'identification dans les forums de discussion

dont le fonctionnement même (immédiateté, recherche de la spontanéité du public) rend une telle exigence irréaliste. Mais dans ce cas, une modération a priori doit assurer que l'on n'abuse pas de l'anonymat pour émettre des commentaires diffamatoires ou discriminatoires.

Et comme pour les lettres de lecteur traditionnelles, les rédactions ne doivent intervenir sur le contenu des commentaires en ligne que s'ils violent la «Déclaration» de manière manifeste.

Finalment, pour le Conseil de la presse, le système du contrôle a posteriori des commentaires en ligne n'est guère compatible avec la déontologie des journalistes. Même si la rédaction corrige un dérapage après coup, cela ne change rien au fait qu'elle porte la responsabilité d'une violation temporaire de la «Déclaration».

12-35

Die Verwendung eines Fotos in einem völlig anderen Kontext verletzt das Recht am eigenen Bild

Menschenwürde; Privatsphäre; Verschleierung des Berufs

Richtlinien 4.1, 7.1, 8.1 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 9. November 2011 (53/2011; X. c. «Transhelvetica»)

In der Zeitschrift «Transhelvetica – Schweizer Magazin für Reisekultur» erschien eine Reportage mit dem Titel «Muglio – La vita è triste». Darin wird unter anderem über eine vom «Alter gekrümmte Frau» mit dem Namen Chiarina berichtet, deren Gesicht in einer Grossaufnahme im Magazin abgebildet wird. X., eine Freundin von Chiarina, gelangte an den Presserat und machte geltend, dass das Recht am eigenen Bild der 84-jährigen Bäuerin «gröblich verletzt» worden sei. Der Bäuerin sei nicht klar gewesen, dass es sich um einen Fotografen handle und dass die Fotos allein dem Zweck der Veröffentlichung dienten. Der Fotograf habe gegen die Richtlinien 4.1 (Verschleierung des Berufs), 7.1 (Privatsphäre) und 8.1 (Menschenwürde) zur «Erklärung» verstossen. Der Geschäftsleiter von «Transhelvetica» wies die Beschwerde als unbegründet zurück. Der Porträtierten sei mitgeteilt worden, dass die Bilder für die Veröffentlichung gedacht sind und sie habe dazu ihr Einverständnis gegeben. X. reichte daraufhin ein Entschuldigungsschreiben des Fotografen und des Verfassers der Reportage nach. Darin räumten die beiden ein, «(...) es sei ein Fehler gewesen, die ursprünglich für eine Ausstellung in einem kleinen Atelier gedachten Bilder für eine Reportage in «Transhelvetica» zu verwenden, ohne Frau Bulla vorher erneut um ihre Einwilligung zu bitten».

Der Presserat eröffnete seine Überlegungen mit der Feststellung, dass zwischen den Parteien umstritten sei, wie die Bilder von Chiarina entstanden sind. Während X. dem Fotografen vorwerfe, seinen Beruf verschleiert zu haben, behauptete «Transhelvetica», die Bilder mit dem Einverständnis der Abgebildeten gemacht zu haben. Gestützt auf die Beschwerdeakte

war für den Presserat eine Verletzung von Ziffer 4 der «Erklärung» nicht erwiesen. Denn offenbar wurden die Bilder – laut «Transhelvetica» mit Einverständnis von Frau Bulla – zunächst für eine Ausstellung verwendet, und die Idee einer journalistischen Verwertung entstand erst später.

Auch wenn man davon ausgeht, dass die Betroffene in die Verwendung der Fotos für eine Ausstellung eingewilligt hat, durften diese nach Meinung des Presserates nicht in einem ganz anderen Zusammenhang verwendet werden. Deshalb hat die Redaktion Ziffer 7 der «Erklärung» verletzt, indem sie es unterliess, eine erneute Einwilligung einzuholen.

Hingegen sprach sich der Presserat gegen eine Verletzung der Menschenwürde von Frau Bulla aus. Zwar verschweige der Verfasser der Reportage ihre körperliche Schwäche nicht, was sie aber keineswegs in ihrem Menschsein herabwürdige. Zumal der Text im Gegenteil die Würde der alten Frau betone und ihre Lebenshaltung als beispielhaft werte.

12-36

Beschwerde gegen Bericht über Masernansteckung bei Gottesdienst vom Presserat gutgeheissen

Berichtigung; Diskriminierung; Identifizierung; unbestätigte Meldung; Wahrheit

Ziffern 1, 3, 5, 7, 8 der «Erklärung»; Richtlinien 1.1, 7.2 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 9. November 2011 (54/2011; Sasek c. «Blick»/«SonntagsBlick»)

Im «Blick» erschien ein Artikel mit dem Titel «Alarm im Thurgau – Bei Sekten-Gottesdienst 6 Kinder mit Masern angesteckt». Darin wurde darüber berichtet, dass sich an einem Gottesdienst der sogenannten «Organischen Christus-Generation» um den «Sekten-Guru» Ivo Sasek mehrere Kinder der Familie B. mit dem Masernvirus angesteckt haben. Die Mutter sei, wie viele Anhänger der «Sekte», eine erklärte Impfgegnerin und habe ihre Kinder nicht impfen lassen. Am nächsten Tag berichtete der «SonntagsBlick» unter dem Titel «Zehn Masern-Opfer – drei neue Fälle im Sekten-Kanton», verbreitet durch «Die unheimliche Sekten-Messe», erneut zu diesem Thema. Im Text erfuhr man nochmals das Gleiche wie am Vortag und von einigen neuen Fällen von Masern. Der Anwalt von Ivo Sasek verlangte daraufhin vom «Blick» eine Gegendarstellung, worauf «Blick» nicht reagierte. Deshalb reichte Ivo Sasek beim Presserat eine Beschwerde gegen «Blick» und «SonntagsBlick» ein und machte eine Verletzung der Ziffern 1 (Wahrheit), 3 (unbestätigte Meldungen), 5 (Berichtigung), 7 (Identifizierung) und 8 (Diskriminierung) der «Erklärung» geltend.

Zu Beginn seiner Ausführungen machte sich der Presserat darüber Gedanken, wie der Umstand zu würdigen sei, dass «Blick» und «SonntagsBlick» auf eine Stellungnahme verzichtet haben. Er kam zum Ergebnis, dass bei einem Verzicht der Redaktion auf eine Stellungnahme nicht automatisch auf den

vom Beschwerdeführer behaupteten Sachverhalt abzustellen sei. Der Verzicht der Redaktion fliesse aber insofern in die Erwägungen ein, als der vom Beschwerdeführer behauptete Sachverhalt jedenfalls nicht substantiell bestritten werde.

Weiter vertritt der Presserat die Auffassung, dass «Blick» und «SonntagsBlick» nicht verpflichtet waren, substantzierter über die gesamtschweizerische Ausbreitung der Masernfälle zu berichten, obwohl dies natürlich wünschenswert gewesen wäre. Aus der Wahrheitspflicht (Ziffer 1 der «Erklärung») könne keine Pflicht zu einer derartigen thematischen Vertiefung abgeleitet werden. Ebenso verstösst es nach Ansicht des Presserates nicht gegen die Wahrheitspflicht, den zumindest möglichen Zusammenhang zwischen Gottesdienst und Masernansteckung zu thematisieren, auch wenn sich dieser kaum belegen lasse. Eine Verletzung von Ziffern 1 und 3 der «Erklärung» erkannte der Presserat hingegen in der alarmistischen Aufmachung der Berichte. Diese suggeriere nämlich, die behauptete Massenansteckung habe etwas mit dem «unheimlichen» Inhalt der «Sekten-Messe» zu tun, und zwar unabhängig von der banalen Tatsache, dass Viren häufig bei grossen Menschenansammlungen übertragen werden. «Blick» wäre deshalb gemäss Ziffer 5 der «Erklärung» verpflichtet gewesen, diesen unzutreffenden Tatsacheneindruck zu korrigieren.

Der Presserat kam zudem zum Schluss, dass in diesem Fall keine identifizierende Berichterstattung (Richtlinie 7.2 zur «Erklärung») gerechtfertigt war. Mit dem Wohnort, dem Namen und dem Bild der Strasse sowie der Angabe, dass es sich um eine Familie mit zehn Kindern handle habe der «Blick» allerdings genügend Angaben geliefert, um die Masernansteckung und die Zugehörigkeit der Familie zur «Organischen Christus-Generation» über den Kreis derjenigen bekannt zu machen, die nicht schon davon wussten. Auch im Bericht des «SonntagsBlick» sei die Familie mit einem unvollständig abgepixelten Bild und der erneuten Erwähnung der oben genannten Informationen über ihr näheres soziales Umfeld hinaus erkennbar gewesen.

Eine Verletzung des Diskriminierungsverbots (Ziffer 8 der «Erklärung») lehnte der Presserat hingegen ab. Es sei nicht seine Aufgabe, zu beurteilen, ob es sich bei der religiösen Gemeinschaft von Ivo Sasek um eine Sekte handelt. Die Fremdwahrnehmung durch Religions- und Sektenexperten und durch die Medien zeichne allerdings ein kritisches Bild, auf das sich der «Blick» und der «SonntagsBlick» nach Meinung des Presserates abstützen durften, wenn sie von «Sektenguru Ivo Sasek» und «unheimliche Sektenmesse» sprachen.

8.2 Ethik der kommerziellen Kommunikation – Ethique de la communication commerciale

12-37

Promotion von Medien im Werbemarkt – Radiowerbung «Schon über 100 Hörer täglich ...»

Beschluss der Schweizerischen Lauterkeitskommission vom 14. September 2011 (218/11)

Ein Radiosender hat nicht gegen Art. 3 lit. b UWG und Grundsatz Nr. 1.9 verstossen, indem er mit täglich 100 000 Hörern geworben hat, da er glaubhaft darlegen konnte, dass die behaupteten Hörerzahlen faktisch korrekt sind und auf den gängigen Erhebungsmethoden basieren.

12-38

Sexisme – annonce publicitaire «2 pièces avec balcon, libre de suite»

Décision de la Commission Suisse pour la Loyauté du 14 septembre 2011 (256/11)

Dans le présent sujet, une femme dont la tête n'est pas visible porte un bikini et est mise en relation avec le texte publicitaire suivant: «2 pièces avec balcon, libre de suite» pour faire de la publicité pour des appartements locatifs. A cet égard, le décolleté sert exclusivement d'aguiche afin d'attirer le regard vers l'annonce publicitaire, et il n'existe en outre aucun lien naturel entre la femme présentée comme un pur objet et le contenu vanté, ce qui enfreint la Règle no 3.11, chiffre 2. La partie défenderesse est sommée de renoncer à faire usage du présent sujet à l'avenir.

12-39

Sexismus – Plakat und Werbespot: «Die neuen xxxxxx Shower Gels»

Beschluss der Schweizerischen Lauterkeitskommission vom 14. September 2011 (263/11)

Die Lauterkeitskommission verneinte, dass eine Werbung für Shower Gels gemäss Grundsatz Nr. 3.11 der Lauterkeitskommission das weibliche Geschlecht diskriminiert hat. Zwar sei die Spot-Werbung offensichtlich humoristisch, überzeichnet und provokativ, allerdings beziehe sich der Werbetext nicht auf das weibliche Geschlecht, sondern auf einen (möglichen) Geschlechtsakt, wobei die Protagonistinnen selbst bestimmen könnten, ob es so weit komme oder nicht.

12-40

**Alkoholwerbung – Plakat für Wein an der
xxxxxxxstrasse in Zürich**

Beschluss der Schweizerischen Lauterkeitskommission vom
14. September 2011 (308/11)

Die Lauterkeitskommission lehnte eine Beschwerde gegen das Plakat eines Werbetreibenden für Weinwerbung schräg gegenüber einer Berufsschule ab. Da weder in Grundsatz Nr. 5.9 Ziff. 1 noch in Art. 4 Abs. 1 lit. a VEaG eine Regelung über die Distanz zu Schulen für Minderjährige festgesetzt werde, sei auf die glaubhaften Ausführungen des Werbetreibenden abzustellen, wonach die Örtlichkeit hauptsächlich von Erwachsenen über 18 Jahren frequentiert werde.

Neuerscheinungen

Peter Studer/Rudolf Mayr von Baldegg
Medienrecht für die Praxis, Saldo Ratgeber, 4. Auflage,
Zürich 2011

Peter Studer/Martin Künzi
So arbeiten Journalisten fair, Ein Ratgeber des Schweizer
Presserates, Interlaken 2011.

«Medienrecht für die Praxis» von Peter Studer/Rudolf Mayr von Baldegg ist in vierter Auflage erschienen, mit 385 Seiten gegenüber 355 in der 3. Auflage. Die berufliche Verwurzelung und Vernetzung der beiden langjährigen Weggefährten ist spürbar: Die Praxis des Presserates und die programmrechtliche Spruchpraxis der UBI kommen nicht zu kurz. Unkritisch ist das Werk der beiden mediennahen Rechtsanwälte deswegen nicht. Ganz im Gegenteil: Wiederholt wird bemängelt, dass Anspruch und Wirklichkeit in der Medienpraxis bisweilen weit auseinanderklaffen, so insbesondere bei der Aufklärungs- und Anhörungspflicht der Medienschaffenden, bei der Gewährleistung der Unschuldsvermutung, beim «Outen» von Personen in den Medien, bei der Archivbewirtschaftung usw. In all diesen Bereichen sind in jüngster Zeit wichtige Entscheide und Stellungnahmen ergangen.

Die Strafverteidiger und Medienopfervertreter wünschten sich, dass nicht nur Medienschaffende, sondern auch Behördenvertreter das Werk vermehrt zur Hand nähmen und befolgten. Zum Beispiel bei Informationen an die Medien über laufende Strafverfahren. Staatsanwälte müssten gemäss den Autoren aus persönlichkeitsrechtlichen Gründen «die Gegenseite bei ihrer Information über Strafverfahren konsequent mit einbeziehen».

Gelungen und sehr praxistauglich (aber weniger tief greifend und umfassend) ist auch der neue «Ratgeber» des Presserates. Peter Studer und Martin Künzi sind die Autoren. Mit dem Ratgeber wolle man ein «praktisches Defizit» angehen, die Tatsache nämlich, dass die Presseratspraxis in der täglichen Redaktionsarbeit wenig genutzt werde. Nicht erwähnt wird die Tatsache, dass in jüngster Zeit aus mehreren Verlagshäusern arg despektierliche Verlautbarungen über die Institution und die Praxis des Presserates zu vernehmen waren. Während im Finanzmarktbereich selbst der ultraliberale Walter Wittmann glaubt, die Selbstregulierung greife nicht, wenn ein Markt ausser Rand und Band geraten sei, plädieren die Autoren weiterhin dafür, der Staat solle sich «aus unabhängigen Medien heraushalten». Der «Ratgeber» ist zumindest für jene Redaktionen und Verlage, welche noch etwas auf Medienethik halten, ein sehr nützliches Arbeitsmittel. Und für Medienbetroffene und Medienopfer ist er – wie das vorgenannte Werk – ein hilfreicher Argumentationskatalog vor und nach dem Mediengespräch. Auch bei Neuauflagen und Aktualisierungen ist der Platz beschränkt. Dennoch wären knappe Hinweise auf Akzentverschiebungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung in beiden Werken willkommen gewesen. So beispielsweise Hinweise zu Informationsrechten und Informationspflichten von Behörden gestützt auf die neue StPO (Art.74) und gestützt auf die Infor-

mations- und Datenschutzgesetzgebungen (z.B. Art. 14 ff. IDG-ZH). Weitere Auflagen werden bestimmt folgen.

Dr. iur. Bruno Glaus, Uznach

Aufsätze/Etudes

Baumgartner Tobias, Kommunikation und Medien, Rechtsentwicklung EU, mit einem Kommentar von Rolf H. Weber, in: Kellerhals Andreas/Baumgartner Tobias (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU, Überblick und Kommentar 2010/11, Zürich/St. Gallen 2011, S. 71–95.

Burnand Yves, Le secret rédactionnel et les preuves libératoires en matière de diffamation et d'injure, in: Foëx Bénédict/Hirsch Laurent (Hrsg.), Transparence et secret dans l'ordre juridique: Liber Amicorum pour M^e Vincent Jeanneret, Genève 2010, S. 173–188.

Capus Nadja, Strafrecht und Kommunikation, in: Heer Marianne/Heimgartner Stefan/Niggli Marcel Alexander/Thommen Marc (Hrsg.), «Toujours agité – jamais abattu», Festschrift für Hans Wiprächtiger, Basel 2011, S. 355–365.

Niggli Marcel Alexander/Maeder Stefan, Strafjustiz in der Mediengesellschaft: die sogenannte «Harmonisierungs-Novelle», Richterbild, Strafmasse und das richterliche Ermessen, in: Heer Marianne/Heimgartner Stefan/Niggli Marcel Alexander/Thommen Marc (Hrsg.), «Toujours agité – jamais abattu», Festschrift für Hans Wiprächtiger, Basel 2011, S. 411–426.

Bücher/Livres

Dreier Thomas/Kemle Nicolai/Kiesel Markus/Lynen Peter M./Weller Matthias (Hrsg.), Das Recht des Theaters – Das Recht der Kunst auf Reisen, Zürich 2011, 145 Seiten.

Fitzner Julia, Von Digital-Rights-Management zu Content-Identification – Neue Ansätze zum Schutz urheberrechtlich geschützter Multimediawerke im Internet, Eine technische, ökonomische und rechtliche Analyse, Bern 2011, 357 Seiten.

Gräbig Johannes, Äbdingbarkeit und vertragliche Beschränkungen urheberrechtlicher Schranken, Baden-Baden 2011, 205 Seiten.

Gruske Nils, Telekommunikationsüberwachung und Pressefreiheit, Baden-Baden 2011, 260 Seiten.

Guignard Marie-Thérèse, Liberté de la presse, censure et procès de presse dans le canton de Vaud, de l'indépendance à la loi cantonale du 26 décembre 1832, Lausanne 2011, 484 Seiten.

Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Die Konzession, Zürich 2011, 247 Seiten.

Heyde Johann, Die grenzüberschreitende Lizenzierung von Online-Musikrechten in Europa: eine urheber- und wahrnehmungsrechtliche Studie, Baden-Baden 2011, 438 Seiten.

Krüsi Melanie, Das Zensurverbot nach Art. 17 Abs. 2 der Schweizerischen Bundesverfassung, Zürich 2011, 378 Seiten.

Seth Rolf/Heinemann Andreas/Hilty Reto M./Nobel Peter/Zäch Roger (Hrsg.), Kommunikation: Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern 2011, 980 Seiten.

Sykora Sandra, Kunsturheberrecht: ein Praxisleitfaden für Sammler, Kunstexperten, Kuratoren, Restauratoren und Juristen, Zürich 2011, 196 Seiten.

Zeitschriften/Revues

Bommer Felix, Einstellungsverfügung und Öffentlichkeit, Dogmatische Bemerkungen zum «Fall Nef», forumpoenale 4/2011, S. 245–250.

Bosman Wieland, Paradigmenwechsel in der Rundfunkfinanzierung: Von der Rundfunkgebühr zum Rundfunkbeitrag, K&R 1/2012, S. 5–11.

Egloff Willi, EU-Richtlinien-Vorschlag zur Nutzung verwaister Werke, sic! 11/2011, S. 677–680.

Graber Christoph Beat/Kerekes Andrea, Medienfreiheit im Internet kleingeschrieben. Kritische Überlegungen zur Aufsichtscompetenz des BAKOM im Bereich des übrigen publizistischen Angebots der SRG, sic! 1/2012, S. 12–17.

Hoeren Thomas, Was bleibt vom Urheberrecht im Zeitalter von Filesharing und Facebook? EuZ 1/2012, S. 2–9.

Lageot Céline, La protection des sources des journalistes: étude de droit comparé franco-britannique inspirée de l'affaire Le Monde c. Eric Woerth, Revue trimestrielle des droits de l'homme, 88/2011, S. 913–937.

Merkl Georg, Der Schutz von ausländischen Whistleblowern im US-Finanzmarktrecht: Implikationen für Schweizer Arbeitnehmer und für den Vorentwurf des Bundesamts für Justiz, Arbeitsrecht, 3/2011, S. 165–175.

Métille Sylvain, Les mesures de surveillance prévues par le CPP: quelles places pour le cheval de Troie, l'IMSI-Catcher ou les puces RFID?, Jusletter vom 19. Dezember 2011.

Rieder Stefan, Whistleblowing als Menschenrecht: Urteil des EGMR stärkt Whistleblowern den Rücken, Jusletter vom 28. November 2011.

Rolf H. Weber, Der Ruf nach einem Recht auf Vergessen, Ein neues datenschutzbezogenes Verfassungsrecht im Spannungsfeld zwischen Privatheit und Transparenz?, digma 3/2011, S. 102–105.

Saxer Urs, Die Online-Aktivitäten der SRG und ihre rechtlichen Grenzen, sic! 12/2011, S. 693–707.

Schrader Paul T./Weber Klaus, Das Vervielfältigungsrecht: dogmatischer Ausgangspunkt oder praktischer Aufgangtatbestand des Urheberrechtsschutzes?, UFITA 2/2011, S. 494–518.

Schwaibold Matthias, Kritische Bemerkungen zu BGE 5A_275/2011 und 5A_276/2011 vom 8. August 2011, Jusletter vom 28. November 2011.

Skarupinski Philipp, Zwischen Schutz und Schranken – polizeiliche Chatroom-Ermittlungen zur Bekämpfung von pädophilen Straftaten: Rechtsvergleich zwischen der Schweiz und Deutschland, Jusletter vom 3. Oktober 2011.

Stucki Daniel, Die Strafbarkeit von «Phishing» nach StGB, Jusletter vom 9. Januar 2012.

Wandtke Artur-Axel, Aufstieg oder Fall des Urheberrechts im digitalen Zeitalter, UFITA 3/2011, S. 649–684.

Widmer Michael, Eigengebrauch und Nennung des Urhebers im schweizerischen Recht, UFITA 3/2011, S. 703–716.

Wigger Fabian, EuGH: «Abgabe für Privatkopie» zum Zweiten, sic! 11/2011, S. 681–685.

Youssef Omar Abo, Blog-Kommentare als quellen geschützte Informationen? – Zugleich Besprechung von BGE 136 IV 145, forumpoenale 4/2011, S. 251–256.

Herausgeber/Directeurs de la publication:

Prof. Bertil Cottier (bertil.cottier@lu.unisi.ch)
 Prof. Christoph Beat Graber (christoph-beat.graber@unilu.ch)
 Prof. Franz Riklin (friklin@sunrise.ch)
 Dr. Peter Studer (studer.pe@bluewin.ch)
 Prof. Stéphane Werly (stephane.werly@unige.ch)

Redaktionsleiter/Chef de rédaction:

Dr. Oliver Sidler, Rechtsanwalt
 Baarerstrasse 10, Postfach 4545, CH-6304 Zug
 Tel. 041 726 90 04, Fax 041 726 90 05
 redaktion@medialex.ch

Ressortleiter/Responsables de ressorts:

Grund- und Verfassungsrecht/Droit fondamental et constitutionnel:
 Prof. Markus Schefer (Istschefer-ius@unibas.ch)

Informationsrecht/Droit de l'information:

Prof. Bertil Cottier (bertil.cottier@lu.unisi.ch)

Zivilrecht/Droit civil:

Prof. Regina Aebi-Müller (regina.aebi@unilu.ch)

Strafrecht/Droit pénal:

Prof. Stéphane Werly (stephane.werly@unige.ch)

Urheberrecht/Droit d'auteur:

Dr. Willi Egloff (info@advocomplex.ch)

Recht der neuen Technologien/Droit des nouvelles technologies:

Prof. Philippe Gilliéron (philippe.gillieron@unil.ch)

Radio- und Fernsehrecht/Droit de la radiodiffusion:

Prof. Christoph Beat Graber (christoph-beat.graber@unilu.ch)

Dr. Thomas Steiner (tsteiner@vischer.com)

Medienethik, Selbstregulierung/Ethique des médias, autorégulation:

Dr. Denis Masméjan (denis.masméjan@letemps.ch)

Druck/Impression:

Stämpfli Publikationen AG, Bern

Verlag/Editeur:

Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach 8326, CH-3001 Bern

Alle Urheber- und Verlagsrechte an dieser Zeitschrift und allen ihren Teilen sind vorbehalten. Nachdruck, Vervielfältigung, Mikroverfilmung, Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlages.

Zitierweise:

medialex Jahr, Seite; z. B. medialex 2011, 522

Abréviation suggérée:

medialex année, page; ex.: medialex 2011, 52

Abonnementspreis jährlich/Prix d'abonnement annuel

Abo-plus Schweiz (Zeitschrift und Onlinezugang)

CHF 146.– inkl. MWST

Abo-plus Ausland (Zeitschrift und Onlinezugang)

CHF 154.– inkl. Versandkosten

Onlinezugang CHF 114.–

Abonnements/Abonnements:

Stämpfli Publikationen AG, Postfach, 3001 Bern, Tel. 031 300 63 43

Inserate/Annonces

Stämpfli Publikationen AG, Inseratenabteilung, Postfach, 3001 Bern,

Tel. 031 300 63 84, Fax 031 300 63 90

medialex

medialex ist die Zeitschrift der Stiftung medialex, mit Sitz in Freiburg. 1995 gegründet, hat die Stiftung die Herausgabe einer Zeitschrift zum Medienrecht zum Hauptziel. Stiftungsrat: Prof. Franz Riklin (Präsident); Didier Berberat, Nationalrat; Marc Furrer, Fürsprecher, Präsident Com-Com; Dr. Alfred Haas; Prof. Andreas Kley; Prof. Urs Saxer, Rechtsanwalt; Claudia Schoch Zeller, Juristin, Journalistin. Verlag ist die Stämpfli Verlag AG, Bern.

In Zusammenarbeit mit dem Bundesamt für Kommunikation, dem Institut für Journalismus und Kommunikation der Universität Neuenburg und dem Fachbereich Medien- und Kommunikationswissenschaft der Universität Freiburg.

www.medialex.ch

© Stämpfli Verlag AG, Bern, 2012

ISSN 1420-3723

Gliederung für Entscheide

- | | | |
|---|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> 1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht <ul style="list-style-type: none"> 1.1 Meinungsäusserungs- und Informationsfreiheit, Medienfreiheit 1.2 Recht des Informationszugangs der Öffentlichkeit 1.3 Radio- und Fernsehrecht 1.4 Filmrecht 1.5 Kunstrecht 1.6 Recht der kommerziellen Kommunikation 1.7 Weitere verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragen 2. Recht der Onlinemedien | <ul style="list-style-type: none"> 3. Strafrecht <ul style="list-style-type: none"> 3.1 Ehrenschutz (StGB/UWG) 3.2 Weitere individuelle Rechtsgüter 3.3 Rechtsgüter der Allgemeinheit 3.4 Redaktionsgeheimnis 3.5 Weitere strafrechtliche Fragen 4. Privatrecht <ul style="list-style-type: none"> 4.1 Persönlichkeitsschutz (ZGB/UWG) und Datenschutz 4.2 Arbeitsrecht 4.3 Weitere zivilrechtliche Fragen 5. Urheberrecht <ul style="list-style-type: none"> 5.1 Rechtsschutz | <ul style="list-style-type: none"> 5.2 Verwertungsrecht 5.3 Weitere urheberrechtliche Fragen 6. Wettbewerbsrecht <ul style="list-style-type: none"> 6.1 Kartellrecht 6.2 Weitere wettbewerbsrechtliche Fragen 7. Weitere Rechtsgebiete 8. Ethik/Selbstregulierung <ul style="list-style-type: none"> 8.1 Ethik des Journalismus 8.2 Ethik der kommerziellen Kommunikation 8.3 Weitere Fragen der Ethik/Selbstregulierung |
|---|---|--|

Index des décisions

- | | | |
|--|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> 1. Droits constitutionnel et administratif <ul style="list-style-type: none"> 1.1 Libertés d'expression et de l'information, liberté des médias 1.2 Accès général à l'information 1.3 Droit de la radiodiffusion 1.4 Droit du cinéma 1.5 Droit de l'art 1.6 Droit de la communication commerciale 1.7 Autres questions constitutionnelles ou administratives 2. Droit des médias en ligne | <ul style="list-style-type: none"> 3. Droit pénal <ul style="list-style-type: none"> 3.1 Atteintes à l'honneur (CP/LCD) 3.2 Autres biens individuels 3.3 Biens juridiques de la collectivité 3.4 Secret rédactionnel 3.5 Autres questions de droit pénal 4. Droit privé <ul style="list-style-type: none"> 4.1 Protection de la personnalité (CC/LCD) et protection des données 4.2 Droit du travail 4.3 Autres questions de droit privé 5. Droit d'auteur <ul style="list-style-type: none"> 5.1 Protection juridique | <ul style="list-style-type: none"> 5.2 Gestion des œuvres 5.3 Autres questions de droit d'auteur 6. Droit de la concurrence <ul style="list-style-type: none"> 6.1 Droit des cartels 6.2 Autres questions de droit de la concurrence 7. Domaines juridiques divers 8. Ethique/autorégulation <ul style="list-style-type: none"> 8.1 Ethique du journalisme 8.2 Ethique de la communication commerciale 8.3 Autres questions d'éthique |
|--|---|---|

