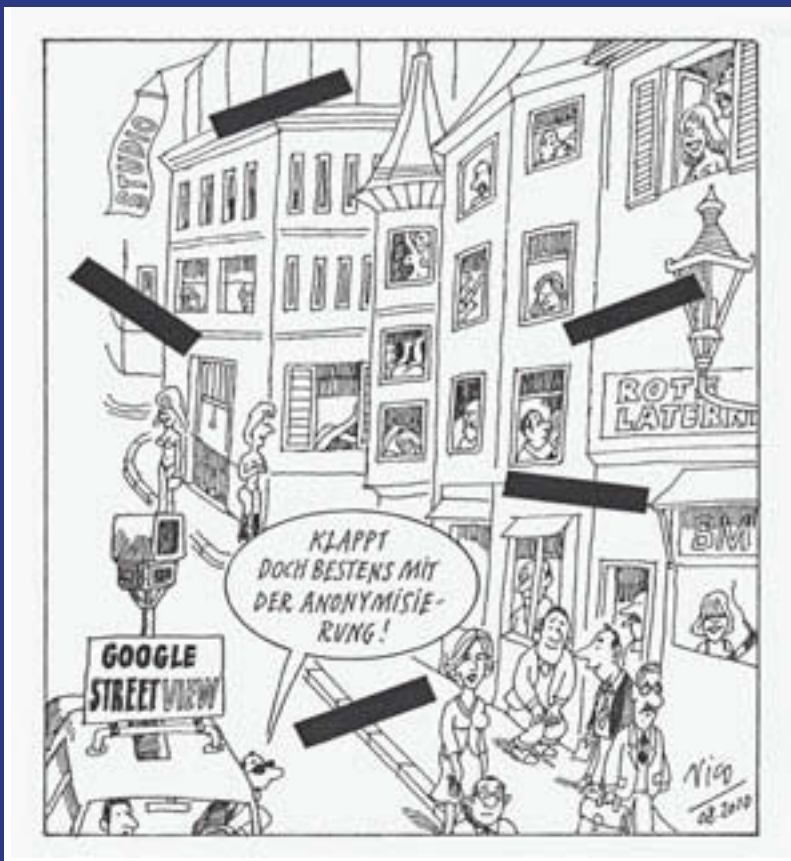


medialex

Zeitschrift für Medienrecht
Revue de droit des médias



Zivilrecht

Google Street View und Persönlichkeitsschutz

Droit pénal

Hacker-Croll n'est pas un hacker

Lauterkeitsrecht

UWG versus Medien



Stämpfli Verlag AG Bern
Stämpfli Editions SA Berne

www.medialex.ch

15. Jahrgang
15^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 | 121 |
| La transposition de la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité en droit suisse | 121 |
| STÉPHANE WERLY | |
| <hr/> | |
| untersuchungen études | 124 |
| Google Street View und Persönlichkeitsschutz | 124 |
| THOMAS GEISER, URSULA UTTINGER | |
| Le hacking: enjeux actuels à la lumière du cas «Hacker-Croll» | 130 |
| GILLES MONNIER | |
| UWG versus Medien | 134 |
| CHRISTOPH BORN | |
| <hr/> | |
| entscheidungen décisions | 142 |
| Inhaltsverzeichnis Sommaire | 142 |
| Die Entscheidung La décision | 146 |
| Weitere Entscheidungen Autres décisions | 153 |
| 1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht | 153 |
| 1.1 Meinungsäusserungs- und Informationsfreiheit, Medienfreiheit | 153 |
| 1.2 Recht des Informationszugangs der Öffentlichkeit | 160 |
| 1.3 Radio- und Fernsehrecht | 163 |
| 1.4 Filmrecht | 165 |
| 1.7 Weitere verwaltungsrechtliche Fragen | 166 |
| 3. Strafrecht | 167 |
| 3.4. Redaktionsgeheimnis | 167 |
| 4. Privatrecht | 168 |
| 4.1 Persönlichkeitsschutz | 168 |
| 5. Urheberrecht | 170 |
| 5.1 Rechtsschutz | 170 |
| 5.2 Verwertungsrechte | 170 |
| 6. Wettbewerbsrecht | 171 |
| 6.1 Kartellrecht | 171 |
| 8. Ethik/Selbstregulierung | 171 |
| 8.1 Ethik des Journalismus | 171 |
| 8.2 Ethik der kommerziellen Kommunikation | 177 |
| <hr/> | |
| bücher, zeitschriften livres, revues | 179 |

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)
 Dr. 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 00, Fax 041 726 90 05
 redaktion@medialex.ch

Ressortleiter/Responsables de ressorts:

Grund- und Verfassungsrecht/Droit fondamental et constitutionnel:

Prof. Andreas Kley (andreas.kley@rwi.uzh.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:

Dr. 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 Gillieron (philippe.gillieron@unil.ch)

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 2009, 52

Abréviation suggérée:

medialex année, page; Ex: medialex 2009, 52

Abonnementspreis jährlich/Prix d'abonnement annuel

Abo-plus Schweiz (Zeitschrift und Onlinezugang)

CHF 143.– inkl. MWST

Abo-plus Ausland (Zeitschrift und Onlinezugang)

CHF 151.– 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, 2009

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 |
|--|---|---|



Stéphane Werly Professeur associé de droit de la communication à la Faculté des lettres et sciences humaines de l'Université de Neuchâtel (sciences de l'information et de la communication). Après avoir été assistant au Département de droit pénal de l'Université de Genève, il a été nommé chargé d'enseignement au Département de droit constitutionnel, où il dispense actuellement un cours de rédaction et de raisonnement juridiques. Il a également occupé le poste de chargé de cours à la Faculté de sociologie de l'Université de Fribourg, de 2007 à 2009, et la fonction de greffier-juriste de juridiction au Tribunal de police de Genève pendant trois ans. Il est aussi responsable juridique du Service de l'application des peines et mesures de ce canton.

stephane.werly@unine.ch

La transposition de la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité en droit suisse

Zusammenfassung Die Schweiz bereitet sich auf die Ratifikation der Europaratskonvention über die Cyberkriminalität vor. Nur wenige Gesetzesänderungen sind zur Konformität unserer Rechtsordnung mit dem Übereinkommen notwendig. Kürzlich wurde jedoch in der Schweiz eine Unterscheidung der Verantwortlichkeit von Medien und von Anbietern von Kommunikationsnetzen (wie zum Beispiel das Internet) abgelehnt. Das heute geltende Strafrecht genügt nicht zur Verfolgung von «Cyberkriminalitäten».

En date du 18 juin 2010, le Conseil fédéral a approuvé un message (FF 2010 4275) proposant la ratification de la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité, du 8 novembre 2001. Ce traité, signé par la Suisse le 23 novembre de la même année et entré en vigueur le 1^{er} juillet 2004, constitue le premier texte international (et le seul à ce jour) visant à combattre la criminalité dans le cyberspace. Sa transposition dans le droit helvétique nécessitera quelques modifications législatives. En outre, notre pays effectuera certaines réserves et déclarations. Cette actualité nous rappelle que la question de l'application du système de responsabilité pénale des médias (art. 28 CP) aux réseaux de communications électroniques s'est récemment posée en Suisse.

Les dispositions pénales matérielles

Sur le plan matériel, la convention entend harmoniser les droits pénaux des Etats parties, en obligeant ces derniers à rendre punissables les comportements suivants: l'introduction illicite dans un système informatique protégé, l'interception illicite de données informatiques, l'atteinte à l'intégrité des données/du système, l'abus de dispositifs, la falsification et la fraude informatiques, la pornographie infantile et la violation des droits d'auteur sur Internet. La lecture du texte laisse apparaître que la Suisse remplit déjà largement ces exigences matérielles. Seule une légère adaptation du libellé de l'art. 143^{bis} CP (accès indu à un système informatique) sera nécessaire. Ainsi, les actes commis antérieurement au piratage lui-même

(le fait de mettre en circulation ou de rendre accessible un mot de passe, un programme ou toute autre donnée en sachant, ou en devant supposer, qu'il sera utilisé pour s'introduire illégalement dans un système informatique protégé) seront également punissables. Bien que le traité ne l'exige aucunement, le Conseil fédéral propose de supprimer le critère du dessein d'enrichissement, lequel fait l'objet de critiques répétées.

Les règles de procédure pénale

La convention contient des règles concernant l'administration et la conservation des preuves électroniques lors des enquêtes pénales; elle assure notamment que les autorités chargées d'investiguer puissent promptement avoir accès aux données informatisées pour que ces dernières ne soient pas falsifiées ou détruites durant la procédure. La ratification du traité n'entraînera aucune conséquence sur le code de procédure pénale fédéral, qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2011. Dans le domaine de la collaboration entre la Confédération et les cantons, l'art. 27 al. 2 CPP énonce qu'en cas d'infractions commises, en tout ou partie, dans plusieurs cantons ou à l'étranger, et pour lesquelles la compétence de la Confédération ou d'un canton n'est pas encore déterminée (en raison du fait que les auteurs présumés n'ont pas encore été identifiés), les autorités pénales de la Confédération peuvent procéder aux investigations initiales. Cette norme permettra au Ministère public fédéral et à la Police judiciaire fédérale d'accomplir les premières recherches urgentes en cas de cyberinfraction.

La coopération internationale

Enfin, la convention a aussi pour but de stimuler la coopération internationale, avec la mise en place d'une collaboration rapide et efficace entre les Etats parties. La loi sur l'entraide pénale internationale consacrera un nouvel art. 18b, afin d'octroyer aux autorités suisses la compétence de transmettre des données relatives au trafic informatique à l'autorité requérante avant la clôture de la procédure d'entraide, à des fins d'enquête. Ces informations (par exemple l'expéditeur, le

destinataire, la date, la durée, la taille et l'itinéraire de la communication) ne pourront pourtant pas être utilisées comme moyen de preuve avant que la décision sur l'octroi et l'étendue de l'entraide n'aient acquis force de chose jugée. Pour faciliter les investigations pénales au niveau national et international, l'art. 35 du traité oblige chaque Etat à désigner un point de contact joignable en tout temps, afin d'assurer une assistance immédiate pour des investigations concernant les infractions pénales liées à des systèmes et à des données informatiques, ou pour recueillir les preuves sous forme électronique. Dans notre pays, ces tâches seront confiées à l'Office fédéral de la police (fedpol).

La cybercriminalité en Suisse

Les défis posés par les nouvelles technologies de l'information ont également suscité, en Suisse, un certain nombre de développements. Ainsi, il y a dix ans, une motion Pfisterer chargeait le gouvernement de présenter une réglementation pénale dans le domaine de la cybercriminalité. Elle proposait notamment de ne plus appliquer systématiquement le principe de la responsabilité exclusive de l'auteur, consacré à l'art. 28 CP. Quelques mois plus tard, une motion Aepli Wartmann demandait que la compétence de l'instruction des infractions commises dans le domaine de l'exploitation sexuelle des enfants sur Internet soit attribuée aux autorités fédérales. Ces deux textes ont été examinés dans le cadre de la Commission d'experts «Cybercriminalité», instituée par le Département fédéral de justice et police, en 2001. En décembre 2004, deux avant-projets de modification du code pénal furent mis en consultation. Ils visaient principalement à préciser la réglementation légale de la responsabilité pénale des prestataires et à permettre une lutte plus efficace contre les délits commis sur les réseaux informatiques. Concrètement, le fournisseur d'accès, soit la personne qui permet aux utilisateurs finaux ou aux entreprises d'accéder à Internet par l'intermédiaire du téléphone ou par un accès à large bande, n'aurait pas été punissable pour le seul fait d'offrir l'accès à des représentations illicites, mais il le serait devenu en cas de connaissance certaine de véhiculer un contenu délictueux et de non-élimination de ce dernier. Début 2008, le Conseil fédéral a finalement recommandé au Parlement de renoncer à instaurer des règles spécifiques en la matière, estimant la réglementation générale actuelle de la responsabilité pénale des prestataires suffisante pour lutter contre la cybercriminalité. Selon lui, de nouvelles règles n'auraient pas eu pour effet d'accroître l'efficacité de la poursuite pénale, mais n'auraient servi que l'intérêt des représentants de la branche en les exonérant davantage encore de leur responsabilité. Crainte aussi que des dispositions spécifiques soient rapidement dépassées, compte tenu de l'évolution technologique rapide qui caractérise les cyberréseaux. Enfin, le 9 mars 2010, a été déposé au Conseil des Etats un postulat de sa Commission des affaires juridiques demandant une meilleure identification des cyberdélinquants, question d'ailleurs abordée dans le cadre de la révision en cours de la Loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication.

La cybercriminalité et la punissabilité des médias

Si Internet constitue assurément un média, la condition de la publication exigée par l'art. 28 CP peut soulever certains problèmes dans le domaine, dès lors que la *World Wide Web* englobe une multitude de services. Certes, étant donné qu'il suffit qu'un cercle limité de personnes prenne connaissance du message, la condition de la publicité peut également être remplie lorsque des propos sont diffusés dans un blog ou un forum de discussions, voire même par e-mails. Néanmoins, nombre de comportements ne sont pas punissables actuellement au titre de la responsabilité pénale des médias (par exemple un courriel destiné à une personne en particulier ou à plusieurs personnes déterminées). De plus, pour que la disposition trouve application, le délit doit pouvoir se réaliser du seul fait qu'un tiers prenne connaissance de l'avis exprimé, exigence remplie pour tous les délits d'expression de la pensée (discrimination raciale, atteintes à l'honneur, etc.). Il aurait assurément été avisé d'élaborer une norme ayant pour objectif d'aller au-delà de ce domaine, ordinairement mentionné comme l'exemple même de la cybercriminalité, pour viser aussi les délits informatiques (art. 144^{bis} ch. 2 CP par exemple) et tous les délits traditionnels (escroquerie notamment).

Afin de faciliter les poursuites, la loi consacre le principe de la responsabilité exclusive de l'auteur de l'infraction. Dans le domaine de la cybercriminalité, il peut s'agir du rédacteur d'un billet dans un blog, de la personne à l'origine du contenu des envois dans un *newsgroup*, ou encore de l'initiateur d'un courriel. Dans l'hypothèse où l'auteur serait inconnu ou qu'il ne pourrait être jugé en Suisse, la loi prévoit une responsabilité subsidiaire (art. 28 al. 2 et 322^{bis} CP) pour le responsable de la publication (exploitant d'un blog, *access provider* entre autres). En dépit du texte clair de la norme, le Tribunal fédéral estime que le régime de la responsabilité exclusive ne s'applique pas à certaines infractions (art. 135, 197 ch. 3 et 261^{bis} CP), en raison du but poursuivi par ces dernières. En d'autres termes, tous les participants à un message violent, pornographique ou xénophobe véhiculé par le web sont susceptibles d'être considérés comme des complices, pour autant toutefois qu'ils aient connaissance des contributions délictueuses et qu'ils n'aient pas pris de mesures pour empêcher leur diffusion. Quant à l'imputation d'une responsabilité aux fournisseurs d'accès et d'hébergement, elle est controversée en doctrine, étant donné l'absence d'activité rédactionnelle et leur intervention purement technique. En tout état de cause, une culpabilité du fournisseur d'accès ne devra être admise qu'exceptionnellement, au vu de la quantité impressionnante de données circulant sur Internet. En effet, un *access provider* se contentant d'offrir une connexion au réseau informatique n'a pas de contrôle sur le contenu des informations qui transitent par son serveur. Il faut considérer que la situation est quelque peu différente pour le fournisseur d'hébergement (*hosting provider*), dès lors qu'il possède des liens plus directs avec le fournisseur de contenu, puisqu'il met à disposition la capacité de stockage sur les serveurs. Pour cette raison, on peut exiger de lui un comportement plus entreprenant, consistant à rechercher activement les informations détaillées et concrètes sur des messages suspects véhiculés par Internet, et à procéder au blocage ou à l'effacement de ces contenus. Peut-

être aurait-il convenu d'énoncer expressément que les dispositions générales du code pénal sont applicables pour les infractions commises sur un réseau de communications électroniques, dès lors qu'elles ne doivent pas pouvoir bénéficier du régime dérogatoire instauré par l'art. 28 CP actuel, en raison de leur spécificité.

En fin de compte, la ratification prochaine de la Convention sur la cybercriminalité nous rappelle incidemment que le code pénal actuel n'est, à notre sens, pas conçu pour répondre aux défis posés par le caractère transnational et décentralisé d'Internet. La spécificité de la commission de délits au moyen du *web* n'a d'ailleurs pas été imaginée lors de l'élaboration de l'art. 28 CP. Une réglementation spéciale de la punissabilité visant toutes les infractions commises par le biais de la transmission, de la préparation ou de la mise à disposition d'informations sur les réseaux de télécommunication aurait été judicieuse. Le Conseil fédéral en a cependant décidé autrement.

Résumé La Suisse s'apprête à ratifier la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité. Seules de légères modifications législatives seront nécessaires à notre pays pour se conformer aux exigences du traité. Cette actualité nous rappelle que la Suisse a récemment refusé de distinguer la responsabilité des médias de celle des réseaux de communications électroniques, parmi lesquels Internet. Or le droit pénal des médias actuel n'est pas à même de permettre la poursuite efficace des infractions commises sur le *World Wide Web*.

Thomas Geiser Dr. iur., ordentlicher Professor für Privat- und Handelsrecht an der Universität St. Gallen (HSG), Direktor des Forschungsinstitutes für Arbeit und Arbeitsrecht (FAA-HSG), St. Gallen

Ursula Uttinger lic. iur., exec. MBA HSG, Präsidentin Datenschutz-Forum Schweiz, Zürich

thomas.geiser@unisg.ch; ursula.uttinger@bluewin.ch

Google Street View und Persönlichkeitsschutz

Résumé L'utilisation de Google Street View n'est pas sans poser des problèmes au niveau de la protection de la personnalité et de la protection des données. La présente contribution examine la compatibilité de Google Street View avec la protection de la personnalité, garantie par les articles 28 ss CC et la Loi sur la protection des données. Des différences existent entre les images des maisons, des personnes et des plaques minéralogiques des voitures. On peut dire, en résumé, que dans le domaine des images des personnes et des plaques minéralogiques des voitures, il n'existe pas d'anonymisation suffisante, en raison de défaut dans le système. Par conséquent, l'action en justice auprès du Tribunal administratif fédéral, déposée par le préposé fédéral à la protection des données, paraît justifiée.

I. Ausgangslage und Fragestellung

Wer hat nicht hin und wieder eine Verabredung an einem Ort, an dem er noch nie war? Früher suchte man dann den Ort auf einer Strassenkarte oder einem Stadtplan. Mit zunehmendem Alter wird dies allerdings immer schwieriger, weil Karten meistens relativ klein gedruckt sind. Überdies ist es nicht immer ganz einfach, vor Ort dann zu wissen, welches Gebäude das richtige ist und sich zurechtzufinden. Ausserdem ändern die örtlichen Gegebenheiten immer schneller. Wo noch vor einem Jahr keine Strasse war, sind heute mehrere Häuser hochgezogen, Strassennamen ändern. Eine 10-jährige Karte ist nicht mehr aktuell.

Das Internet bietet hier eine Vielzahl von Hilfen. Eine der zweifellos nützlichsten und schönsten ist Google Street View. Die Betreiber der Suchmaschine haben nicht nur alle möglichen Karten aufgeschaltet. Seit einiger Zeit fahren sie mit einem Auto, das mit mehreren Kameras bestückt ist, in den grösseren Städten die Strassen ab, filmen diese und stellen anschliessend die Filmsequenzen ins Netz. Auch technologisch wenig begabte Personen können dann im Internet die entsprechenden Strassen ansehen und sich ortskundig machen, sodass sie dann vor Ort das gewünschte Haus einfach finden.

Datenschutzrechtlich ist die Sache nicht ganz unproblematisch. Google hält einen Moment des Strassenlebens fest und stellt dieses ins Netz. Damit wird es weltweit einsehbar, und die weitere Nutzung dieser Bilder kann nicht mehr kontrolliert werden. Eine gewisse Problematik besteht schon darin, dass private Häuser, Hofstätten und Gärten im Netz publik werden. Es ist ohne Weiteres ersichtlich, ob ich meine Hecke geschnitten habe oder nicht, ob um das Haus Ordnung herrscht oder Unordnung. Besonders problematisch wird es aber, wenn Personen auf den Filmsequenzen erkennbar sind oder Autokenn-

zeichen gelesen werden können. Zudem kann für einen bestimmten Personenkreis selbst dann erkennbar sein, wem ein Auto gehört, wenn das Autokennzeichen nicht lesbar ist.

Als Google beabsichtigte, auch Schweizer Städte in das Angebot von Street View aufzunehmen, fanden Besprechungen mit dem Datenschutzbeauftragten statt. Offenbar ist keine wirkliche Einigung zustande gekommen. Als Google dann entsprechende Sequenzen aus Schweizer Städten aufschaltete, klagte der Eidgenössische Datenschutzbeauftragte (EDÖB) gegen Google beim Bundesverwaltungsgericht. Im Wesentlichen verlangt er, dass der Online-Dienst nur Filmsequenzen von Schweizer Orten aufschalten dürfe, wenn¹

- Gesichter und Autokennzeichen vollständig unkenntlich gemacht werden;
- Personen in sensiblen Bereichen anonymisiert worden sind;
- Google vorgängig informiert, in welchen Ortschaften Aufnahmen gemacht werden und wann die Bilder aufgeschaltet werden.

Im Folgenden wird dargelegt, auf welche Rechtsgrundlagen sich der EDÖB diesbezüglich stützen kann und wie weit der Persönlichkeitsschutz in diesem Bereich reicht.

II. Rechtsgrundlagen

1. Rechtsgrundlagen für die Klage des EDÖB

Zweck des Datenschutzes ist der Schutz der Persönlichkeit;² dies beinhaltet das Recht auf Vertraulichkeit privater Informationen³, Transparenz⁴ und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung⁵. Zentrale Begriffe sind die Personendaten und deren Bearbeitung. Dabei gelten als Personendaten alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen.⁶ Es ist unerheblich, ob eine entsprechende Aussage in Wort, Bild⁷, Ton oder wie auch immer erfolgt und welcher Art der Datenträger ist.⁸ Entscheidend ist, dass es sich

1 Vgl. <http://www.edoeb.admin.ch/themen/00794/01124/01595/index.html?lang=de>.

2 Art. 1 DSG.

3 Recht auf Verschwiegenheit: vgl. Geiser, Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke, Basel 1990, Rz. 2.35 ff., Schutz im Privatbereich: vgl. BaslerKomm/Maurer-Lambrou/Kunz, Art. 1 DSG, N 8 ff.

4 Art. 4 Abs. 4 DSG.

5 BaslerKomm/Maurer-Lambrou/Kunz, Art. 1 DSG, N 18 ff.

6 Art. 3 Bst. a DSG.

7 BGE 127 III 493.

8 BaslerKomm/Belser, Art. 3 DSG, N 5.

um eine Aussage über eine bestimmte oder bestimmbare Person handeln muss. Soweit die Personen in der Datenbank anonymisiert oder pseudonymisiert sind, handelt es sich immer noch um Personendaten im Sinne des Gesetzes, wenn eine eindeutige Identifizierung möglich ist und damit gerechnet werden muss, dass ein Dritter, der ein Interesse an den Angaben haben kann, bereit ist, die Identifizierung vorzunehmen.⁹

Weil es um den Persönlichkeitsschutz geht, handelt es sich weitgehend um Privatrecht. Es ist damit grundsätzlich jeder betroffenen Person anheimgestellt, ob und in welchem Umfang sie ihre Persönlichkeitsrechte wahrnehmen will. Sie kann den Schutzzumfang ihrer Persönlichkeit im gesetzlich vorgesteckten Rahmen selber bestimmen. Darin kommt das persönlichkeitsrechtliche Selbstbestimmungsrecht zum Ausdruck und stellt insofern einen selbstständigen Schutzbereich des Persönlichkeitsrechts dar. Ein hoheitlicher Zwangsschutz der Persönlichkeit wäre deshalb selber eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts.¹⁰

Der Gesetzgeber hatte indessen die realistische Einschätzung, dass die betroffenen Personen häufig zur Durchsetzung des Schutzes kaum selbst in der Lage sind, wenn ein Unternehmen systematisch und wiederholt die Persönlichkeit einer Vielzahl von Personen verletzt. Aus diesem Grund kann der Datenschutzbeauftragte von sich aus oder auf Meldung hin tätig werden, wenn die Bearbeitungsmethoden eines Privaten geeignet sind, die Persönlichkeit einer grösseren Anzahl von Personen zu verletzen.¹¹ Der Datenschutzbeauftragte kann dann dem Datenbearbeiter Empfehlungen abgeben und, wenn diese nicht befolgt werden, beim Bundesverwaltungsgericht auf Einhaltung dieser Empfehlungen klagen. Voraussetzung für sein Eingreifen ist somit ein sogenannter Systemfehler. Dem Datenschutzbeauftragten kommt ohne Zweifel ein grosses Ermessen beim Entscheid darüber zu, ob sich ein Eingriff rechtfertigt oder nicht. Weil er hoheitlich handelt, untersteht sein Eingreifen dem Verhältnismässigkeitsprinzip.

2. Rechtlicher Ausgangspunkt im Persönlichkeitsschutz

Gemäss Art. 28 ZGB kann, «wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, (...) zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, den Richter anrufen». Alle Rechtsfolgen mit Ausnahme der Gegendarstellung und der vorsorglichen Massnahmen¹² setzen somit eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung voraus. Ob eine solche vorliegt, ist in zwei Stufen abzuklären: Es ist zuerst zu untersuchen, ob überhaupt eine Persönlichkeitsverletzung gegeben ist, und anschliessend muss geprüft werden, ob diese auch widerrechtlich ist.

Eine rechtmässige Persönlichkeitsverletzung zeitigt keinerlei rechtliche Folgen. Die Unterscheidung zwischen der Verletzung und der Widerrechtlichkeit erlaubt es, sich zuerst ausschliesslich den Einwirkungen auf die betroffene Person zuzuwenden und erst anschliessend, bei der Frage der Widerrechtlichkeit, auch die Handlungsgründe des Verletzers in die Betrachtung einzubeziehen. Liegt eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung vor, sieht das Gesetz verschiedene Rechtsfolgen vor, für die regelmässig weitere Voraussetzungen bestehen.

3. Verletzungstatbestände

Der Begriff der Persönlichkeit ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Lehre und Praxis umschreiben ihn durch die Auflistung einer Vielzahl einzelner Persönlichkeitsbereiche.¹³ Im vorliegenden Zusammenhang sind namentlich die Ehre¹⁴, die Privatsphäre (Recht auf Verschwiegenheit)¹⁵ und das Recht auf Vergessenheit¹⁶ von Bedeutung.

Das Zivilrecht schützt die Persönlichkeit in einem sehr viel grösseren Umfang als das Strafrecht. Insbesondere erfasst der Ehrbegriff im Zivilrecht auch die berufliche Ehre¹⁷. Neben der Ehre schützen die Art. 28 ff. ZGB unter anderem aber auch die Privatsphäre, das Recht am Namen, das Recht am eigenen Bild, das Recht am Lebensbild und an der Lebensgeschichte¹⁸.

4. Rechtswidrigkeit

Jede Persönlichkeitsverletzung ist widerrechtlich, soweit sie nicht durch die Einwilligung des Verletzten, überwiegende private oder öffentliche Interessen oder das Gesetz gerechtfertigt wird.¹⁹

A) Gesetz

Am wenigsten Bedeutung kommt dem Rechtfertigungsgrund des Gesetzes zu. Es besteht keinerlei gesetzliche Pflicht, Street View zu schaffen. Von daher fällt dieser Rechtfertigungsgrund ausser Betracht.

B) Überwiegende private oder öffentliche Interessen

Eine Persönlichkeitsverletzung ist gerechtfertigt, wenn der Verletzer überwiegende private oder öffentliche Interessen geltend machen kann. Von einem überwiegenden Interesse kann gesprochen werden, wenn das Opfer, das dem Betroffenen durch die Persönlichkeitsverletzung auferlegt wird, als weniger wichtig angesehen wird als der Vorteil, den eine andere Person aus der Verletzung zieht.²⁰ Es ist somit eine Interessenabwägung vorzunehmen. Dabei sind die Persönlichkeitsinteressen grundsätzlich höher zu werten als wirtschaftliche Interessen.

9 BaslerKomm/Belser, Art. 3 DSG, N 6.

10 Selbstverständlich hat auch dieses Recht seine Grenzen.

11 Art. 29 Abs. 1 Bst. a DSG.

12 Vorsorgliche Massnahmen setzen blosse Glaubhaftmachung der Persönlichkeitsverletzung und der Widerrechtlichkeit voraus.

13 Tercier, *Le nouveau droit de la personnalité*, Zürich 1984, Rz. 103 ff.; Deschenaux/Steinauer, *personnes physiques et tutelle*, Bern 1995, Rz. 540 ff.

14 Tercier (Fn. 13), Rz. 475 ff.

15 Tercier (Fn. 13), Rz. 459 ff.

16 Tercier (Fn. 13), Rz. 497.

17 BGE 119 II 100.

18 Vgl. dazu Tercier (Fn. 13), Rz. 497; Geiser (Fn. 3), Rz. 2.45. ff.

19 Art. 28 Abs. 2 ZGB.

20 Geiser (Fn. 3), Rz. 9.29; Tercier (Fn. 13), Rz. 671.

Als Rechtfertigungsgrund können nicht nur die eigenen Interessen des Verletzten, sondern auch Interessen Dritter geltend gemacht werden.²¹ Das ergibt sich zwingend aus dem Umstand, dass der Verletzte gemäss Art. 28 ff. ZGB gegen jeden vorgehen kann, der an der Verletzung mitgewirkt hat, unabhängig davon, wie bedeutend sein Beitrag zur Handlung war. Der ins Recht Gefasste muss somit auch die Interessen aller anderen an der Verletzung beteiligten (oder auch nicht beteiligten) Personen anrufen können.

Das Gesetz hält zudem ausdrücklich fest, dass auch öffentliche Interessen eine Persönlichkeitsverletzung durch eine Privatperson rechtfertigen können. Damit werden allerdings zwei unterschiedliche Dinge behandelt:

- Soweit es um *öffentliche Interessen* im eigentlichen Sinn geht, ist die Erwähnung im Gesetz missverständlich, ja sogar irreführend. Die öffentlichen Interessen sind nämlich nicht von Privaten, sondern von den Organen des Staates wahrzunehmen. Für entsprechende Eingriffe in private Rechte bedarf es regelmässig einer gesetzlichen Grundlage. Der Gesetzgeber wollte diese nicht mit Art. 28 Abs. 2 ZGB schaffen. Hier wird nur darauf hingewiesen, dass – soweit nach den Regeln des öffentlichen Rechts eine genügende gesetzliche Grundlage besteht – diese einen Eingriff in die Persönlichkeit zu rechtfertigen vermag. Dieser Hinweis ist aber überflüssig, da er sich bereits aus dem weiteren Rechtfertigungsgrund, nämlich dem Gesetz, ergibt.²²
- Wie sich aus der Entstehungsgeschichte von Art. 28 Abs. 2 ZGB ergibt, wollte der Gesetzgeber mit der Erwähnung der öffentlichen Interessen der *öffentlichen Aufgabe der Medien* und gewisser anderer Rechtssubjekte des Privatrechts, wie den Kunstschaffenden, Rechnung tragen. Darin liegt aber kein Interesse selbstständiger Art. Vielmehr geht es um die gesamtgesellschaftliche Bedeutung einer Tätigkeit im Rahmen der Abwägung der verschiedenen sich entgegenstehenden Interessen. Dieser Aspekt ist für die Medien von zentraler Wichtigkeit. Damit wird der in Art. 17 BV verankerten Medienfreiheit Rechnung getragen.²³ Dieser Aspekt ist aber auch im vorliegenden Zusammenhang wichtig, weil Google mit Street View der Öffentlichkeit eine Dienstleistung zur Verfügung stellt.

Im Zusammenhang mit der Interessenabwägung gilt im Datenschutz überdies der Grundsatz der Verhältnismässigkeit.²⁴ Damit hat das Datenschutzgesetz ein im öffentlichen Recht verankertes Prinzip ins Privatrecht übertragen.²⁵ Unabhängig von der eigentlichen Interessenabwägung ist eine Bearbeitung von Personendaten nur dann rechtmässig, wenn sie verhältnismässig ist. Die Bearbeitung muss somit für den verfolgten Zweck objektiv tatsächlich benötigt werden²⁶ und zudem in einem vernünftigen Verhältnis zu diesem stehen.²⁷

C) Einwilligung

Grosse Bedeutung kommt der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund zu. Die Problematik bei der Einwilligung liegt aber in der Frage, ob diese zurückgezogen werden kann oder nicht und, falls dies bejaht wird, welche Wirkungen einem Rückzug zukommen.²⁸ Hier ist nicht der Ort, um auf diese dogmatische Frage und ihre praktischen Konsequenzen im Einzel-

nen einzugehen.²⁹ Der EDÖB versucht mit seiner Klage – wie noch zu zeigen sein wird –, Google zu einem Verhalten zu veranlassen, das dieses Problem minimiert.

III. Persönlichkeitsverletzungen durch Street View im Einzelnen

1. Bilder privater Häuser, Hofstätten und Gärten

A) Verletzungstatbestand

Vom Zweck von Street View her ist es zwingend, dass Bilder von Häusern, Hofstätten und Gärten erscheinen. Grundsätzlich hat die äussere Erscheinung eines Hauses keinen Zusammenhang mit dem Persönlichkeitsschutz und dem Datenschutz. Das Haus gibt an sich noch keine Information über seine Bewohner. Persönlichkeits- und datenschutzrechtlich relevant können diese Bilder aber unter zwei Aspekten werden:

- Selten, ja wohl sogar sehr selten kann der Kennzeichnungsschutz relevant sein. Das Bundesgericht hat nicht nur Namen, sondern auch andere personenbezogene Kennzeichen wie Familienwappen als geschützt angesehen.³⁰ Ist ein solches an einem Haus angebracht, könnten die damit Bezeichneten sich u.U. gegen die erkennbare Abbildung im Netz wehren.
- Soweit es um Balkone, Terrassen, Hofstätten und Gärten geht, kann damit ein Einblick in den privaten Bereich verbunden sein. Auch wenn die Personen im Einzelnen nicht erkennbar sind, lässt sich ihre Identität unter Umständen aufgrund der Adresse feststellen. Hier kann eine Verletzung der Privatsphäre vorliegen. Zwischen dem flüchtigen Blick des vorbeifahrenden oder vorbeigehenden und dem Standbild auf Street View besteht ein erheblicher Wahrnehmungsunterschied, der für die Intensität des Eingriffs in den privaten Bereich Bedeutung hat.
- Diese Problematik wird dadurch erheblich verstärkt, dass Google die Aufnahmen offenbar von 2,75 m Höhe aus

21 Geiser (Fn. 3), Rz. 9.33 ff.

22 Mit Bezug auf das kantonale öffentliche Recht ergibt sich die Rechtfertigung auch aus Art. 6 ZGB.

23 BGE 95 II 481, E. 7; Pedrazzini/Oberholzer, Grundriss des Personenrechts, 4. Aufl., Bern 1993, 148.

24 Art. 4 Abs. 2 DSG.

25 BaslerKomm/Maurer-Lambrou/Steiner, Art. 4 DSG, N 10.

26 BGE 125 II 473.

27 BaslerKomm/Maurer-Lambrou/Steiner, Art. 4 DSG, N 11.

28 Vgl. BaslerKomm/Meili, Art. 28 ZGB, N 48; Glaus, Das Recht am eigenen Wort: informationelle Selbstbestimmung als Schranke der Medienfreiheit – mit allgemeinen Geschäftsbedingungen für das Mediengespräch, Bern 1997, 145; Studer/Mayr von Baldegg, Medienrecht für die Praxis, Zürich 2001, 58 f.; Trachsler, Rechtliche Fragen bei der fotografischen Aufnahme, Diss. Zürich 1975, 74; Riklin, Schweizerisches Presserecht, Bern 1996, 208; ausführlich Geiser (Fn. 13), Rz. 9.24. ff.

29 Vgl. dazu: Geiser, Film und Persönlichkeitsschutz, medialex 2009, 131 ff.

30 BGE 45 II 623.

macht.³¹ Damit erfolgen Einblicke in Gärten, die dem Passanten verschlossen sind. Einfriedungen durch Mauern und Hecken sind in aller Regel wesentlich weniger hoch. Teilweise wäre eine so hohe Umfriedung von den bau- und pflanzrechtlichen Vorschriften her gar nicht zulässig. Google zeigt damit Bilder, die dem Passanten verschlossen sind.

B) Rechtfertigung

Diese Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte sind aber in aller Regel als marginal zu bezeichnen. Sicher ist ein grösserer Einblick in die Gärten usw. möglich, weil es sich um Standbilder handelt, und die Verbreitung der Bilder ist weltweit und nicht nur lokal. Es handelt sich aber immerhin in jedem Fall um Vorgänge, die von den öffentlichen Strassen her beobachtet werden können und sich damit in einem mehr oder weniger öffentlichen Raum abspielen. Dieses Argument gilt allerdings nicht, soweit der Einblick nur dadurch möglich wird, dass die Kamera Aufnahmen aus einer Höhe von 2,75 m macht.

Auf eine Einwilligung wird sich Google nicht berufen können, und eine solche hilft Google auch vom Praktischen her kaum weiter. Einwilligen kann nur die betreffende Person selber. Es handelt sich um relativ höchstpersönliche Rechte.³² Google müsste folglich die Einwilligung von allen möglicherweise betroffenen Personen haben. Dass es vom Praktischen her unmöglich ist, im Voraus bei allen potenziell Betroffenen Personen die Einwilligung einzuholen, liegt auf der Hand. Allerdings ist die Einwilligung an keine Form gebunden. Sie kann folglich auch konkludent erteilt werden. In diese Richtung könnte die Auflage des Datenschutzbeauftragten zielen, die Bevölkerung vorgängig zu informieren, welche Ortschaften aufgenommen werden. In diesem Sinne könnte auch dem Erfordernis der Transparenz von Art. 4 Abs. 4 DSGVO entsprochen werden. Es ist jedoch kaum sicherzustellen, dass wirklich alle betroffenen Personen die Informationen auch zur Kenntnis nehmen können. Ausserdem: Wenn die Anwohner darauf nicht reagieren, kann daraus allerdings noch nicht auf eine Einwilligung geschlossen werden. Ein solches proaktives Handeln der Anwohner ist nicht zu erwarten, und deshalb können aus einem passiven Verhalten auch keine rechtlichen Schlüsse gezogen werden. Die Einwilligung hätte überdies für Google den Nachteil, dass sie jederzeit zurückgezogen werden kann, sodass die entsprechenden Bildsequenzen dann vom Netz genommen werden müssten.

Von einer den Eingriff rechtfertigenden Einwilligung kann somit nicht ausgegangen werden. Eine Rechtfertigung ist deshalb in überwiegenden Interessen an der Street View zu suchen. Wie dargelegt³³ kann der Verletzer nicht nur seine eigenen, sondern auch Interessen Dritter zur Rechtfertigung anrufen. Zu berücksichtigen sind damit auch die Interessen der Öffentlichkeit an der Benutzung von Street View. Wie bereits in der Einleitung dargelegt, ist dieses Interesse beachtlich. Demgegenüber haben sich die Interessen der Hauseigentümer und -bewohner daran, dass ihre Häuser, Hofstätten und Gärten nicht abgebildet werden, als eher bescheiden erwiesen. Von daher darf wohl das Vorgehen von Google insoweit als zulässig angesehen werden, jedenfalls, wenn die Öffentlichkeit vorinformiert wird. Es bleibt den einzelnen Betroffenen selbstver-

ständig unbenommen, von Google eine Unterlassung oder Beseitigung im Einzelfall zu verlangen, wenn sie spezifische Interessen nachweisen können. Wie die Information aber erfolgen soll, damit auch zufällig vorbeigehende Personen, die nicht ansässig sind, wissen, dass Aufnahmen stattfinden, müsste noch genauer geklärt werden. Die Anforderungen an die Informationspflicht müssten umfassend sein.

2. Bilder von Personen

A) Verletzungstatbestand

Es lässt sich kaum vermeiden, dass Personen sich in den Strassen aufhalten, welche von Google für Street View gefilmt werden. Es ist grundsätzlich unbestritten, dass der Persönlichkeitsschutz auch ein Recht am eigenen Bild erfasst.³⁴ Es ist insbesondere nicht zulässig, jemanden ohne seine Einwilligung abzubilden und dieses Bildnis zu veröffentlichen.³⁵ Ob schon das blosses Abbilden persönlichkeitsverletzend ist³⁶ oder erst die Veröffentlichung, kann im vorliegenden Zusammenhang offenbleiben, da die Weisungen des EDÖB ausschliesslich die Veröffentlichung betreffen. Das Bundesgericht hält jedenfalls die Veröffentlichung für persönlichkeitsverletzend und offenbar auch schon das Fotografieren von jemandem um seiner Person willen.³⁷ Allerdings wird eine Verletzung regelmässig nur vorliegen, wenn die betroffene Person auf irgendeine Weise erkennbar ist. In aller Regel wird sie dann auch für einen grösseren oder kleineren Kreis identifizierbar sein. Ausnahmsweise dürfte eine Verletzung allerdings auch vorliegen, wenn die Person zwar erkennbar, nicht aber identifizierbar ist.

Je nach der Art des Abbildes einer Person gibt dieses nicht nur die äussere Erscheinung wieder, sondern stellt diese auch noch in einen bestimmten Zusammenhang. Entspricht der Zusammenhang der Wirklichkeit, werden mit dem Bild weitere Information über die Person geliefert. Das Bild besagt beispielsweise, dass sich die betreffende Person an einem bestimmten Ort aufgehalten, und unter Umständen auch noch, was sie dort getan hat. Damit werden neben dem Recht am eigenen Bild auch noch das Recht auf Verschwiegenheit und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung betroffen. Auch wenn es um Verhalten im öffentlichen Raum geht, werden die abgebildeten Personen mit der Wiedergabe im Netz an die Öffentlichkeit gezerrt und mit den Standbildern der Betrachtung durch die Öffentlichkeit preisgegeben. Diese Verletzung wiegt nun wesentlich schwerer als die vorher beschriebene Wiedergabe von Häusern und Gärten. Besonders heikel kann diese Wiedergabe

31 <http://www.edoeb.admin.ch/themen/00794/01124/01595/index.html?lang=de>.

32 Hausheer/Aebi-Müller, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Aufl., Bern 2008, Rz. 1017.

33 Vorn Rz. 2.11.

34 Vgl. dazu Geiser (Fn. 3), Rz. 2.21 ff., Trachsler (Fn. 28), 113 ff.; Jäggi, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, ZSR 1960 II, 230a.

35 BaslerKomm/Meili, Art. 28 ZGB, N 19.

36 So wohl BaslerKomm/Meili, Art. 28 ZGB, N 19.

37 BGE 127 III 492; mit Hinweis auf Brückner, Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000, Rz. 628 ff.

sein, wenn sich die Person an einem Ort aufgehalten hat, an dem sie von ihrer Umgebung nicht erwartet wird.

B) Rechtfertigung

Dass die Einwilligung hier als Rechtfertigungsgrund nicht taugt, wurde bereits dargelegt. Eine Rechtfertigung muss deshalb in überwiegenden Interessen anderer gesucht werden. Solche sind allerdings nicht zu finden. Der Zweck von Street View mag eine erkennbare Wiedergabe von Personen nicht zu rechtfertigen. Zweck ist es ausschliesslich, die Örtlichkeiten zu zeigen, nicht auch die Menschen. Aus diesem Grund macht Google die Personen grundsätzlich auch unkenntlich. Offenbar ist die dafür verwendete Software aber nicht fehlerfrei und es verbleiben immer wieder Personen erkennbar.³⁸ Weil davon eine Vielzahl von Personen betroffen sind, sieht der Datenschutzbeauftragte darin einen Systemfehler, den es zu verhindern gilt.

Es liegt auf der Hand, dass eine lückenlose Anonymisierung ohne Weiteres möglich ist. Lässt sich diese nicht automatisch durchführen, muss jemand die gesamten Filme ansehen und die entsprechenden Sequenzen anonymisieren. Es ist selbstverständlich, dass dies mit Kosten verbunden ist. Der Interessenabwägung ist aber jene Wertung zugrunde zu legen, die unserer Rechtsordnung inhärent und durch die Verfassung und Gesetzgebung vorgegeben ist. Daraus ergibt sich, dass die Persönlichkeitsrechte höher zu gewichten sind als wirtschaftliche Güter.³⁹ Es kann kaum behauptet werden, dass ein sorgfältigeres Vorgehen von Google das ganze Vorhaben verunmögliche. Es führt höchstens zu einer Verteuerung. Darin kann aber kein Grund für eine Rechtfertigung eines Systemfehlers liegen, wenn man den Persönlichkeitsschutz ernst nehmen will. Insofern lassen sich die durch eine mangelhafte Software erfolgten Persönlichkeitsverletzungen nicht rechtfertigen, und die Forderung des EDÖB nach einer Nachbesserung der Software ist angebracht.

Andererseits lässt es sich ohne Weiteres rechtfertigen, dass Bilder erhalten bleiben, auf denen zwar Personen sichtbar, die Gesichter aber unkenntlich sind. Wohl lassen sich einzelne Personen sicher aufgrund weiterer Informationen erkennen und identifizieren. Es wird sich dabei aber um Einzelfälle und besondere Sachverhalte handeln, sodass insoweit nicht von einem Systemfehler gesprochen werden kann. Soweit sich Personen in dieser Art in ihrer Persönlichkeit verletzt fühlen, kann ihnen zugemutet werden, selber aktiv zu werden und ihre Interessen im Einzelfall wahrzunehmen.

3. Bilder von Autokennzeichen

A) Verletzungstatbestand

Anders als die Abbildung der Personen verletzt die Veröffentlichung eines Autokennzeichens das Recht am eigenen Bild nicht. Hier steht ausschliesslich das Recht auf Verschwiegenheit (Privatsphäre) bzw. das informationelle Selbstbestimmungsrecht zur Diskussion. Auch hier darf aber die Bedeutung der mit der erkennbaren Nummer gegebenen Information nicht unterschätzt werden. Je nachdem, wo sich das Auto befindet und welches Fahrverhalten in den bewegten Bildern erkennbar ist, kann eine Vielzahl von Schlüssen gezogen werden, welche

die Persönlichkeit des Lenkers unmittelbar betreffen. Auch hier ist von einer unzureichenden Anonymisierung bei der Weitergabe dieser Informationen eine Vielzahl von Personen betroffen, und es liegt ein vom Datenschutzbeauftragten zu Recht monierter Systemfehler vor.

B) Rechtfertigung

Bezüglich der Rechtfertigungsgründe kann auf die Ausführungen zum Abbild der Personen verwiesen werden. Auch hier liegt keine Rechtfertigung vor.

IV. Folgerungen

Vom Persönlichkeits- und Datenschutz her ist gegen Google Street View grundsätzlich nichts einzuwenden. Es lässt sich mit dem schweizerischen Recht ohne Weiteres vereinbaren, dass Strassenzüge abgebildet und diese Bildsequenzen im Netz publik gemacht werden. Dass die Öffentlichkeit im Voraus darauf aufmerksam gemacht wird, welche Gemeinden wann von Google aufgenommen werden, stellt einen weitgehenden, aber guten Schutz des Einzelnen dar. Sofern jemand besondere Gründe hat, sich durch das Abbild seines Hauses oder Gartens oder seiner Hofstatt verletzt zu fühlen, kann er seine Rechte selber wahrnehmen.

Was die Abbildung von Personen und Autokennzeichen angeht, erweist sich aber, dass die derzeitige Software von Google Street View einen Systemfehler aufweist, weil eine ungenügende Anonymisierung erfolgt. Insofern scheint das Vorgehen des Datenschutzbeauftragten sinnvoll.

³⁸ Studer, Der Datenschutzbeauftragte klagt Google wegen Street View beim Bundesgericht ein: Angemessen oder übertrieben?, in: Jusletter vom 23. November 2009, www.jusletter.ch Weblaw AG, info@weblaw.ch.

³⁹ Tercier (Fn. 13), Rz. 598; Geiser (Fn. 3), Rz. 9.55 ff.; vgl. auch Jäggi (Fn. 34), 215a.

Zusammenfassung Trotz dem Nutzen, welcher Google Street View mit sich bringt, ist die Sache aus einer persönlichkeits- und datenschutzrechtlichen Perspektive nicht ganz unproblematisch. Der vorstehende Beitrag untersucht die Vereinbarkeit von Google Street View mit dem Persönlichkeitsschutz nach Art. 28 ff. ZGB und dem Datenschutzgesetz. Dabei wird zwischen Bildern von Häusern, Personen und Autokennzeichen unterschieden. Zusammengefasst lässt sich sagen, dass im Bereich der Abbildung von Personen und Autokennzeichen, aufgrund eines Systemfehlers, keine genügende Anonymisierung vorliegt. Insofern ist die Klage des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten gegen Google beim Bundesverwaltungsgericht berechtigt.

Summary Despite its many benefits, using Google Street View is not without any problems in terms of privacy protection and data protection. The above article examines the compatibility of Google Street View with the privacy protection guaranteed by Articles 28 ff CC and the law on data protection. A distinction is made between images of houses, people and car license plates. One can say in summary that in images of people and car license plates, there is no sufficient anonymity, due to defect in the system. Therefore, the lawsuit with the Federal Administrative Court filed by the Federal Commissioner for Data Protection is justified.

Gilles Monnier Docteur en droit, avocat, professeur remplaçant à l'Université de Lausanne
Gilles.Monnier@unil.ch

Le hacking: enjeux actuels à la lumière du cas «Hacker-Croll»

Zusammenfassung Nach Schweizer Recht ist Hacker-Croll kein Hacker. Wäre Hacker-Croll unter Anwendung von hiesigem Recht verurteilt worden, hätte man dann eine Entschuldigung bei Präsident Barack Obama in Betracht ziehen müssen? Im Lichte dieser Frage erörtert der Autor das Thema Hacking im Schweizer Strafrecht. Als Erstes untersucht der Autor die Frage der Schwere der Beeinträchtigung respektive die Frage der Klageerhebung nach Art. 143^{bis} StGB. Anschliessend setzt er sich mit den Tatbestandselementen, auch unter Berücksichtigung des Rechtsvergleichs und der Mitteilung des Bundesrates vom 18. Juni 2010 zur Inkraftsetzung der Konvention des Europarates zur Cyberkriminalität, auseinander. Der Autor befürwortet, dass die Worte «besonders gesichert» des Art. 143^{bis} StGB nicht implizieren, dass die Einrichtung eines Schutzes von besonderer Wirksamkeit notwendig ist und auch jener ein Hacker ist, der nicht technisch vorgeht, sondern durch «social engineering»-Angriffe?

Introduction

Si Hacker-Croll avait agi en Suisse, notre pays aurait-il dû envisager de présenter de nouvelles excuses, en l'occurrence au président Barack Obama? Cette formulation peu juridique renvoie en réalité à une importante question de droit pénal informatique, qu'éclairent une récente actualité, un examen de droit comparé ainsi que le Message du Conseil fédéral relatif à l'approbation et à la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité¹.

I. Hacker-Croll

En 2009, on apprenait à grands renforts médiatiques qu'un pirate informatique nommé Hacker-Croll était parvenu à infiltrer, notamment le réseau social Twitter, et plus particulièrement le compte du Président américain lui-même.

Après une enquête ayant vu collaborer le FBI et la police française, Hacker-Croll a été arrêté à son domicile puis condamné, le 24 juin 2010, par le Tribunal correctionnel de Clermont-Ferrand, à 5 mois de prison avec sursis, pour «intrusion dans un système automatisé de données».

Les choses se seraient-elles passées ainsi si Hacker-Croll avait été jugé en application du droit suisse réprimant le *hacking*, à savoir l'art. 143^{bis} CP? Ou la Suisse peut-elle devenir une terre d'accueil pour les pirates utilisant les procédés d'Hacker-Croll?

II. Les procédés incriminés

N'ayant pas de connaissances informatiques pointues, Hacker-Croll procédait par recoupements d'informations privées récoltées sur Internet (le nom figure sur tel site, la date de naissance sur tel blog, etc.), avant de reconstituer de véritables profils, de les analyser et d'en déduire un *login* et un mot de passe, notamment en utilisant le mécanisme de la «question secrète», qui permet au titulaire légitime de retrouver son mot de passe oublié².

En droit pénal français, ce comportement caractérise un acte de *hacking*, soit une intrusion sans droit dans un système de traitement automatisé de données.

L'art. 323-1 du Code pénal français dispose en effet: «Le fait d'accéder ou de se maintenir, frauduleusement, dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende. Lorsqu'il en est résulté soit la suppression ou la modification de données contenues dans le système, soit une altération du fonctionnement de ce système, la peine est de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende».

En droit suisse, le piratage informatique fait l'objet de l'art. 143^{bis} CP, qui prévoit, sous le titre «accès indu à un système informatique»: «Celui qui, sans dessein d'enrichissement, se sera introduit sans droit, au moyen d'un dispositif de transmission de données, dans un système informatique appartenant à autrui et spécialement protégé contre tout accès de sa part, sera, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire».

III. Hacker-Croll en droit suisse; questions et discussion

A. La plainte de Barack Obama serait-elle reconnue valable?

Imaginons que le président américain ait dûment porté plainte à raison du piratage de son compte. Cette plainte aurait-elle été reconnue valable?

La question peut paraître saugrenue. Reste que, dans un arrêt du 22 juin 2007, l'Obergericht du canton de Zurich a, en

1 FF 2010 4275.

2 <http://www.24heures.ch/hacker-interpelle-codes-administrateurs-twitter-2010-03-25>; <http://www.24heures.ch/actu/hi-tech/pirate-twitter-condamne-mois-prison-sursis-2010-06-25>; <http://www.zataz.com/news/19125/Rencontre-avec-Hacker-Croll-le-viseur-de-Twitter.html> (interview du pirate).

application de l'art. 143^{bis} CP, dénié la qualité pour déposer plainte à l'ayant droit d'un compte e-mail piraté, soutenant que cette qualité n'appartiendrait qu'à la seule société détentrice de l'installation (*hardware* et *software*) sur laquelle ce compte était hébergé. Fort heureusement, distinguant ces deux espaces que sont, d'une part, le compte e-mail et, d'autre part, l'installation de traitement des données «comme telle», le Tribunal fédéral a annulé cette décision et admis que la titulaire du compte e-mail avait qualité pour se prévaloir de l'art. 143^{bis} CP³. Par là même, notre Haute Cour reconnaît qu'en marge de l'installation physique (autrement dit du propriétaire de l'ordinateur), l'espace virtuel hébergé sur celui-ci (autrement dit son détenteur) fait l'objet de la protection pénale. Cependant, le raisonnement du Tribunal fédéral n'est pas mené jusqu'à son terme, notre Haute Cour paraissant admettre la protection du compte e-mail non pas pour lui-même, mais seulement indirectement, parce que celui qui craque ce compte pénètre dans le même temps sans droit dans l'installation de traitement elle-même⁴.

Déjà à ce stade du raisonnement, la jurisprudence française offre explicitement une meilleure protection pénale, reconnaissant que l'espace informatique protégé ne se confond pas avec la machine qui l'héberge: «L'accès frauduleux, au sens de l'art. 462-2 C. pén. issu de la loi du 5 janv. 1988 et au sens de l'art. 323-1 nouv. C. pén., vise tous les modes de pénétration irréguliers d'un système de traitement automatisé de données, que l'accédant travaille déjà sur la même machine mais à un autre système, qu'il procède à distance ou qu'il se branche sur une ligne de télécommunication»⁵.

Reste que, grâce à l'arrêt précité du Tribunal fédéral, le président Obama ne serait fort heureusement pas éconduit de la procédure.

B. Le juge suisse reprocherait-il au président américain de n'avoir pas suffisamment protégé son compte?

L'art. 143^{bis} CP exige que le système informatique soit spécialement protégé contre tout accès de la part de l'auteur. Le législateur a en effet voulu que le droit pénal ne protège pas indistinctement ce qui appartient à autrui, mais seulement ce qu'autrui a spécialement protégé contre les attaques extérieures⁶.

Il faut à cet égard une barrière informatique, à savoir un code ou un mot de passe. Si la barrière consiste uniquement dans une interdiction morale ou contractuelle d'utiliser un code dont on dispose ou dont on a disposé légitimement, l'art. 143^{bis} CP ne sera pas applicable⁷.

Aurait-on refusé la protection pénale à Barack Obama, en soulignant que si, grâce à ses recherches, certes fouillées et ingénieuses, Hacker-Croll est parvenu à reconstituer son mot de passe, cela signifie qu'il n'avait pas «spécialement protégé» son système? En d'autres termes, les mots «spécialement protégé» signifient-ils «efficacité particulière»? Certains auteurs le pensent, dirigeant l'analyse vers le lésé et exigeant de celui-ci (comme on l'exige du lésé en matière d'escroquerie) qu'il ait pris au préalable des mesures de protection suffisamment efficaces pour pouvoir se prévaloir de la protection pénale⁸.

A notre avis, il convient d'adopter une approche plus ouverte axée sur la systématique de la violation de domicile (art. 186 CP). Telle était d'ailleurs l'infraction citée en référence au moment de l'élaboration de l'art. 143^{bis} CP⁹. Il s'agit selon nous de soutenir qu'en marge du terme «*hacker*», qui renvoie à l'idée de prouesse technique, la portée de la norme est de protéger la sphère privée informatique. Dès lors, la condition nécessaire et suffisante est que la fermeture, soit la volonté d'empêcher l'accès, se manifeste de façon objectivement reconnaissable¹⁰.

Dans son arrêt 4C.223/2003, notre Haute Cour examine le cas d'un employé ayant dévié (dupliqué) sur sa propre adresse e-mail trois adresses électroniques de son directeur, s'aménageant un accès à toute la messagerie de son patron, ce sous ses propres nom d'utilisateur et mot de passe, soit – c'est là l'élément essentiel – sans avoir besoin de taper le nom d'utilisateur ni le mot de passe de son directeur. Face à cet état de fait, le Tribunal fédéral considère que le seul fait que l'auteur se soit aménagé la possibilité d'avoir un tel libre accès porte déjà atteinte au secret des communications et constitue une violation de la sphère intime du directeur, «voire une infraction pénale». Notre Haute Cour relève aussi qu'il suffit qu'il n'y ait plus de barrières informatiques qui puissent sérieusement empêcher l'auteur de prendre connaissance des données, et que l'art. 143^{bis} CP réprime la violation du domicile informatique d'autrui.

Cette jurisprudence appuie donc l'approche ici soutenue, centrée sur la systématique de l'art. 186 CP.

En l'occurrence, à nouveau, le Tribunal français n'a pas eu à franchir de tels écueils, guidé par une approche pénale plus ouverte (instituée dans le même sens que celui que nous soutenons ici): «(...) étant précisé à cet égard qu'il n'est pas nécessaire, pour que l'infraction existe, que l'accès soit limité par un dispositif de protection, mais qu'il suffit que le «maître du système» ait manifesté l'intention d'en restreindre l'accès aux seules personnes autorisées»¹¹.

Le raisonnement fondé sur la systématique de l'escroquerie, dirigé vers le lésé, aurait sans doute conduit à discuter si, au vu de sa fonction et de sa notoriété, l'on pouvait exiger du président Obama une plus grande prudence, avant de retenir vraisemblablement que la protection n'était partant pas suffisante au sens de l'art. 143^{bis} CP.

3 TF, 6B.456/2007.

4 Pour une analyse plus détaillée de cette jurisprudence, voir G. Monnier, Le piratage informatique en droit pénal, *sic!* 2009, 143 s.

5 Cour d'appel de Paris, arrêt du 5 avril 1994, Recueil Dalloz 1994, Information rapide 130. Voir aussi Code Pénal Dalloz, 104^e éd., Paris 2007, 772.

6 FF 1991 II 978.

7 RVJ 2006 222.

8 Dans ce sens, C. Pfister, Hacking in der Schweiz, Berlin/Vienne/Zurich 2008, 107.

9 FF 1991 II 979.

10 S. Trechsel/D. Cramer, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxis-Kommentar, Zurich/St Gall 2008, 669; pour une analyse plus détaillée de la question, voir G. Monnier, Le piratage informatique en droit pénal, *sic!* 2009, 145 s.

11 Cour d'appel de Paris, arrêt du 5 avril 1994, Recueil Dalloz 1994, Information rapide, 130.

Le raisonnement fondé sur la violation de domicile ne fait pas dépendre la protection du lésé: soit l'espace est clos, soit il ne l'est pas.

C. Hacker-Croll serait-il libéré par la justice suisse?

Comme ultime embûche, serait-on finalement amené à dire au Président américain que Hacker-Croll n'est pas un *hacker* au sens du droit suisse?

La doctrine estime en effet que l'art. 143^{bis} CP ne vise que l'ingénierie technique et exclut l'ingénierie sociale. Selon cette approche, il faudrait, pour que l'art. 143^{bis} CP s'applique, que l'auteur fasse preuve d'une habileté particulière, c'est-à-dire réussisse à déverrouiller l'accès, la destruction du moyen de sécurité ne suffisant pas¹². En d'autres termes, l'art. 143^{bis} CP ne concernerait que celui qui parvient à déverrouiller techniquement une fermeture¹³.

A notre avis, une telle restriction n'est pas justifiée. Elle ne résulte au demeurant pas du texte légal, qui réprime un accès indu, sans distinguer en fonction du type d'ingéniosité dont fait preuve l'auteur pour franchir la barrière informatique.

A l'appui de leur thèse axée sur l'ingénierie technique, les auteurs argumentent que le piratage nécessite que la protection soit activement déjouée¹⁴. Ce critère nous paraît peu relevant, l'ingénierie sociale étant assurément aussi active et habile que l'ingénierie technique.

En définitive, force est de constater que celui qui procède par ingénierie sociale n'en réalise pas moins, conformément à l'art. 1 CP, l'un après l'autre, chacun des éléments constitutifs stipulés à l'art. 143^{bis} CP.

Sur ce point également, le droit pénal français, ne distinguant pas fraude technique et fraude sociale, n'a pas offert à Hacker-Croll de telles échappatoires: «Se rend coupable d'accès frauduleux dans un système de traitement automatisé de données ainsi que d'introduction frauduleuse de données dans ce même système, du fait de la mise en œuvre d'un programme «sniffer» à l'intérieur d'un serveur, la personne qui, en employant des codes d'accès confidentiels qui ne lui appartiennent pas, et en se faisant passer pour leur titulaire légitime, détermine une société à lui fournir un accès au réseau Internet»¹⁵.

En définitive, après avoir admis du bout des lèvres la validité de sa plainte, on reprocherait à M. Obama une protection insuffisante de son compte, avant de lui dire que la Suisse ne poursuit que certains types de pirates, en fonction du type d'ingéniosité dont ils font preuve. De quoi s'excuser platement? Signe que la situation actuelle n'est pas satisfaisante?

IV. La Convention sur la cybercriminalité

La Convention sur la cybercriminalité (STCE 185) a été ouverte à la signature, dans le cadre du Conseil de l'Europe, le 23 novembre 2001. La France l'a signée le 23 novembre 2001, ratifiée le 10 janvier 2006, avec entrée en vigueur le 1^{er} mai 2006. Fait important, les Etats-Unis, Etat non-membre du Conseil de l'Europe, l'ont également signée le 23 novembre 2001, ratifiée le 29 septembre 2006, avec entrée en vigueur le

1^{er} janvier 2007. Quant à la Suisse, elle a signé la Convention le 23 novembre 2001, mais ne l'a pas encore ratifiée. Ce devrait être chose faite prochainement, dès lors que, le 18 juin 2010, le Conseil fédéral a délivré son Message relatif à l'approbation et à la mise en œuvre de la Convention¹⁶.

A son art. 2, la Convention régit l'accès illégal en ces termes: «Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, l'accès intentionnel et sans droit à tout ou partie d'un système informatique. Une Partie peut exiger que l'infraction soit commise en violation des mesures de sécurité, dans l'intention d'obtenir des données informatiques ou dans une autre intention délictueuse, ou soit en relation avec un système informatique connecté à un autre système informatique».

La faculté offerte par la deuxième phrase de cette disposition renvoie à l'art. 40 de la Convention, qui permet à une Partie de déclarer qu'elle exige un ou plusieurs éléments constitutifs supplémentaires¹⁷.

La Suisse entend saisir l'occasion de la ratification de la Convention pour améliorer son droit en la matière. Ainsi notamment, les mots «sans dessein d'enrichissement» figurant à l'art. 143^{bis} CP seront supprimés¹⁸. Il s'agissait en effet d'une erreur législative faisant paradoxalement – sous réserve d'une interprétation non littérale conforme à la volonté du législateur – du dessein d'enrichissement une cause d'exculpation¹⁹. De même, une lacune sera comblée²⁰ en ce sens que la mise en circulation d'un moyen, et notamment d'un programme de piratage, sera désormais sanctionnée²¹.

L'occasion sera-t-elle également saisie de supprimer la divergence entre l'art. 143^{bis} CP et l'art. 2 première phrase de la Convention, en enlevant la condition supplémentaire posée en termes de «spécialement protégé», d'autant que, comme nous

12 J. Hurtado Pozo, Droit pénal, Partie spéciale, Zurich 2009, N 1062 et 1068.

13 P. Weissenberger, in Basler Kommentar, Strafrecht II, N 9 *ad* art. 143^{bis}; C. Pfister, 116.

14 P. Weissenberger, N 9 *ad* art. 143^{bis}; C. Pfister, 116.

15 Tribunal de Grande Instance de Paris, arrêt du 16 décembre 1997, Gazette du Palais 1998, 2^e partie, Sommaire 433, cité in Code pénal Dalloz, 772.

16 FF 2010 4275.

17 «Par déclaration écrite adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, tout Etat peut, au moment de la signature ou du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, déclarer qu'il se prévaut de la faculté d'exiger, le cas échéant, un ou plusieurs éléments supplémentaires tels que prévus aux articles 2, 3, 6, paragraphe 1.b, 7, 9, paragraphe 3, et 27, paragraphe 9.e».

18 FF 2010 4281 s.

19 Il faut lire en effet «même sans dessein d'enrichissement». Pour une analyse plus complète, voir P. Weissenberger, N 17 *ad* art. 143^{bis}; G. Monnier, *ibid.* 2009, p. 148 s.

20 G. Monnier, *ibid.* 2009, p. 150.

21 Art. 143^{bis} al. 2 du projet «Quiconque met en circulation ou rend accessible un mot de passe, un programme ou toute autre donnée dont il sait ou doit présumer qu'ils doivent être utilisés dans le but de commettre une infraction visée à l'al. 1 est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire» (FF 2010 4285 ss et 4323).

venons de le voir, celle-ci conduit à des distinguos et à des solutions peu adéquats? Malheureusement, il semble que l'on s'achemine vers une réponse négative: la Suisse s'apprête à faire valoir l'exception lui permettant, au contraire, de conserver cette exigence supplémentaire et cette formulation, soit de maintenir cette divergence avec le principe de base de la Convention²². Au vu des développements qui précèdent, on peut le regretter.

Cela étant, on lit corrélativement aux termes du Message une formule instituant une interprétation souple des mots «spécialement protégé», le critère expressément retenu étant que l'ayant droit «manifeste sa volonté d'empêcher que des tiers n'accèdent à ses données ou de restreindre cet accès»²³. Il apparaît donc que la systématique de la violation de domicile (manifestation de la volonté de clore) l'emporte effectivement sur celle de l'escroquerie (exigence qu'une mesure d'une certaine efficacité ait été prise). Et l'on rejoint dans le même temps le critère retenu en France²⁴.

Il reste à en déduire que celui qui viole un domicile informatique par ingénierie sociale est tout autant un pirate, autrement dit coupable d'intrusion active et volontaire, que celui qui procède par ingénierie technique.

Afin d'éviter qu'en application du droit suisse, tous les «hackers-croll» en herbe ou en exercice ne soient précisément pas considérés comme des *hackers*.

Résumé Sorry, Mr Obama! En droit suisse, Hacker-Croll n'est pas un *hacker*. Si Hacker-Croll avait été jugé en application du droit suisse, aurait-on dû envisager de présenter de nouvelles excuses, en l'occurrence au président Barack Obama? C'est à la lumière de cette interrogation que l'auteur fait le point au sujet du *hacking* en droit pénal suisse. En premier lieu, l'auteur examine la question de la qualité de lésé, respectivement pour déposer plainte en vertu de l'art. 143^{bis} CP. La présente contribution aborde ensuite les éléments constitutifs de l'infraction, également aux termes d'une approche de droit comparé et en référence au Message du Conseil fédéral, du 18 juin 2010, relatif à l'approbation et à la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité. L'auteur soutient que les mots «spécialement protégé», figurant à l'art. 143^{bis} CP, n'impliquent pas que soit mise en place une protection d'une efficacité particulière et que peut également être un *hacker* celui qui procède non pas techniquement, mais par ingénierie sociale.

Summary Sorry, Mr. Obama! Under Swiss law, Hacker-Croll is not a hacker. If Hacker-Croll had been tried under Swiss law, would we have considered the submission of new excuses in this case to President Barack Obama? It is in the light of this question that the author makes the point about hacking in Swiss criminal law. First, the author examines the question of the quality of a plaintiff respectively of filing a complaint under Art. 143^{bis} PC. The present paper then discusses the elements of the offense under a comparative law approach and with reference to the Message of the Federal Council of June 18, 2010 concerning the approval and implementation of the Council of Europe's Convention on Cybercrime. The author argues that the words "specially protected" in Art. 143^{bis} PC do not imply the implementation of a particularly effective protection and that a hacker can be one that proceeds not technically, but by social engineering.

22 FF 2010 4281: «L'art. 2 de la Convention est couvert pour l'essentiel par l'art. 143^{bis} CP. La différence réside dans l'exigence que le système soit protégé. Il est possible de ne pas modifier l'article du CP: la Suisse peut remettre une déclaration selon laquelle il faut qu'un système de protection de l'accès ait été contourné».

23 Le Conseil fédéral relève aussi: «Il n'est pas nécessaire, par exemple, que des mesures de protection spécifiques, allant au-delà d'une protection contre les virus et les accès illicites habituelle sur le marché, aient été prises. La norme pénale ne s'applique pas, par contre, à une attaque contre des données non protégées ou à leur utilisation illicite. (...) Lorsqu'il y a transmission de données, les exigences de protection sont en général réduites. On n'exigera pas en principe que des mesures de protection supplémentaires, un chiffrement par exemple, aient été prises pour que l'art. 143 CP s'applique, pourvu qu'il ressorte clairement de la situation que les données n'étaient pas destinées à être accessibles à des tiers» (FF 2010 4283).

24 Voir *supra*, ad note 11.

Christoph Born Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt in Zürich

UWG versus Medien

Unter besonderer Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung

Résumé

Selon les termes clairs du Tribunal fédéral, l'application de la LCD ne doit pas empêcher les médias de remplir leur fonction consacrée par la Constitution fédérale. C'est pourquoi il ne faut admettre qu'avec retenue des dénigrement déloyaux de la part des médias. De nouveaux jugements indiquent que le Tribunal fédéral s'efforce de mettre en pratique ce principe dans chaque cas particulier. À ce propos, le risque d'une responsabilité pour les médias n'a que peu augmenté depuis la révision effectuée il y a 12 ans, qui les a également soumis à la LCD. Cependant, le risque d'être exposé au concept du «lecteur moyen» reste inchangé. En raison de la large marge d'appréciation qui appartient aux tribunaux lors de l'interprétation des opinions émises dans les médias, ce risque est aussi très grand dans les cas d'application de la LCD.

I. Einleitung

Konsterniert mussten die Medienschaffenden im Jahr 1991 zur Kenntnis nehmen, dass das Schweizerische Bundesgericht im «Bernina»-Urteil¹ die Bestrafung eines Journalisten mit einer Busse von CHF 800 wegen Verletzung des revidierten Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) bestätigt hatte. Die Überraschung war deshalb gross, weil das alte UWG nur anwendbar gewesen war, wenn zwischen der verletzten und der verletzenden Person ein Konkurrenzverhältnis bestand. Heute ist die Anwendung des UWG auf Medienschaffende ein Faktum, mit dem diese leben müssen.

II. Schutzobjekt des UWG

Gemäss Art. 1 bezweckt das UWG, «den lautereren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten». Art. 2 UWG bezeichnet als unlauter und widerrechtlich «jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst». Damit schützt das UWG sowohl private als auch öffentliche Interessen: «die Interessen der Marktbeteiligten, Mitbewerber und Kunden, sowie jene der Allgemeinheit an der Aufrechterhaltung eines funktionierenden Wettbewerbs».²

Dieser funktionale Ansatz ist für die Medien insofern von Bedeutung, als auch die Sondertatbestände – und damit auch Art. 3 lit. a und lit. e UWG – funktional, d.h. unter Beachtung des in Art. 1 UWG umschriebenen Gesetzeszwecks und unter Berücksichtigung des in Art. 2 UWG festgelegten Grundsatzes, auszulegen sind.³

III. Anwendbarkeit auf Medien

Dass die Medienbranche durch das «Bernina»-Urteil überumpelt und aufgeschreckt wurde, erstaunt im Nachhinein, war doch bereits der bundesrätlichen Botschaft zum neuen UWG zu entnehmen, dass dieses auch auf Medienschaffende anwendbar sein würde. So hätte nur schon die Begründung des Verzichts auf die Sonderstellung der Presse im alten Art. 4 UWG aufhorchen lassen müssen: «Warum sollte jemand, der durch eine von den Medien ausgehende unlautere Handlung betroffen ist, nicht gleichermassen klagen können wie gegen andere wegen unlauteren Wettbewerbs Verantwortliche?»⁴ Dies gilt noch viel mehr für den folgenden Hinweis in der Botschaft: «Der Kreis möglicher Urheber von wettbewerbsrelevanten Handlungen wird damit ausgedehnt. Es ist durchaus denkbar, dass auch Konsumentenorganisationen durch die Veröffentlichung von Warentests oder aber Presseerzeugnisse, Radio und Fernsehen durch ihre Berichterstattung den Wettbewerb unlauter beeinflussen.»⁵ Damit war erkennbar, dass redaktionelle Beiträge von Medienschaffenden dem UWG – anders als in Deutschland – auch dann unterstellt sein sollten, wenn sie nicht in Wettbewerbsabsicht, sondern vorwiegend im öffentlichen Interesse publiziert werden.⁶ Es genügt, wenn diese abstrakt geeignet sind, den Wettbewerb zu beeinflussen.⁷

IV. Zurückhaltende Anwendung auf Medien

1. Verfassungsmässige Auslegung

In der Botschaft ging der Bundesrat auf allfällige grundrechtliche Grenzen der Anwendung des UWG auf Medien nicht ein.⁸ Auch die ersten Urteile, in denen das Bundesgericht das

1 BGE 117 IV 193 ff.

2 BBl 1983 II 1039.

3 Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Basel/Genf/München 2001, Art. 3 lit. a N. 3; vgl. auch SMI 1995, 438 ff.

4 BBl 1983 II 1056.

5 BBl 1983 II 1060.

6 Gemäss ständiger Rechtsprechung in Deutschland gebietet es die grundrechtlich geschützte Pressefreiheit, die in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG enthaltene subjektive Komponente der Wettbewerbshandlung (nach altem Recht: Wettbewerbsabsicht) erst dann zu bejahen, wenn besondere Aspekte dafür sprechen, dass die Wahrnehmung der Informations- und Pressefreiheit hinter der erkennbaren Absicht, den Absatz des eigenen Presseerzeugnisses zu fördern, zurücktritt (vgl. beispielsweise das Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 29. Juni 2006, in: AfP Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht, 2007, 49 ff.).

7 Vgl. BGE 120 II 78.

8 BBl 1983 II 1089 f.

UWG auf die Medien anwandte, enthielten noch keine verfassungsrechtlichen Erwägungen.⁹ Heute sind sich Lehre und Rechtsprechung aber darin einig, dass das UWG, wird es auf Medien angewandt, verfassungskonform, d.h. unter Berücksichtigung der Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 BV) und der Medienfreiheit (Art. 17 BV), auszulegen ist.¹⁰

In drei Entscheiden, die alle vom 16. Mai 2007 datieren und denselben Artikel in der «Tribune de Genève» betreffen, hielt das Bundesgericht zum Spannungsverhältnis zwischen UWG und Medien Folgendes fest: «L'application de la LCD ne doit pas faire obstacle au but assigné par le Constituant à la fonction même des médias dans le monde économique, qui consiste à susciter un débat, informer le public sur les faits d'intérêt général, sur les événements économiques, de façon à favoriser l'échange des opinions et la discussion publique.»¹¹ Gestützt auf diese Erwägungen und im Lichte der in der Rechtsliteratur geäusserten Besorgnis, eine zu rigide Anwendung des UWG könnte die Aktivität der Medien, insbesondere den Wirtschaftsjournalismus, beeinträchtigen, bekräftigte das Bundesgericht den ursprünglich in Strafrechtsfällen geprägten Grundsatz, dass das UWG auf die Medien zurückhaltend anzuwenden ist, auch für das Zivilrecht: «... si l'on veut interpréter la LCD d'une manière conforme à la Constitution et tenir compte notamment du droit fondamental à la liberté d'opinion, il convient de n'admettre qu'avec retenue l'existence d'un dénigrement déloyal commis par voie de presse».¹²

In den meisten einschlägigen Bundesgerichtsentscheiden ist aber schwer auszumachen, ob eine verfassungsmässige Auslegung der betreffenden UWG-Norm überhaupt vorgenommen wurde und wie sie gegebenenfalls das Ergebnis beeinflusst hat. Auf verfassungsrechtliche Überlegungen zurückzuführen sein dürfte wohl die Praxis des Bundesgerichts, unrichtige Tatsachenbehauptungen als sogenannte «journalistische Ungenauigkeiten und Vereinfachungen in Presseberichten» zuzulassen und nur dann als Wettbewerbswidrigkeit zu qualifizieren, wenn diese «die Leserschaft in Bezug auf Tatsachen, die einen wesentlichen Einfluss auf die wirtschaftliche Ehre eines Wettbewerbsbeteiligten haben, zu unzutreffenden Vorstellungen verleiten».¹³

2. Bedeutung der EMRK

Da die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) in der Schweiz direkt anwendbar ist und den Schweizer Bürgerinnen und Bürgern ein Recht zur Individualbeschwerde verleiht,¹⁴ müssen die schweizerischen Gerichte bei der Anwendung des UWG auf Medien auch Art. 10 EMRK, welcher die Freiheit der Meinungsäusserung garantiert, sowie die darauf beruhende Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) berücksichtigen. Das Bundesgericht scheint dies aber nur dann zu tun, wenn eine Verletzung der EMRK ausdrücklich gerügt wird oder wenn ein Beschwerdeführer die Revision eines Bundesgerichtsurteils verlangt, nachdem der EGMR seine Beschwerde gutgeheissen hat.¹⁵

V. Art. 3 lit. a UWG

Gemäss Art. 3 lit. a UWG handelt unlauter, «wer andere, ihre Waren, Werke, Leistungen, deren Preise oder ihre Geschäftsverhältnisse durch unrichtige, irreführende oder unnötig verletzende Äusserungen herabsetzt».

1. Herabsetzung

Nur schon der Wortlaut von Art. 3 lit. a UWG macht deutlich, dass die Herabsetzung durch bestimmte Äusserungen das Haupttatbestandsmerkmal dieser Norm ist. Im «Bernina»-Urteil ging das Bundesgericht auf den Begriff «herabsetzen» nicht näher ein.¹⁶ Es befasste sich erst in einem späteren Fall damit, in dem es allerdings nicht um eine Medienäusserung ging, sondern um eine unrichtige Behauptung eines Anlageberaters einer Bank in einem detaillierten Anlagevorschlag.

Dabei zog das Bundesgericht zum einen die Botschaft und zum andern die romanischen Gesetzestexte heran. In der Botschaft wird der Tatbestand der Herabsetzung mit demjenigen «der sogenannten Anschwärzung» gleichgesetzt, und in den romanischen Gesetzestexten wird für «herabsetzen» der Ausdruck «dénigrer» bzw. «denigrare» verwendet. «Dénigrer» – so das Bundesgericht gestützt auf den Dictionnaire «Le Nouveau Petit Robert» 1993, S. 589 – bedeutet «s'efforcer de noircir, de faire mépriser (qqn., qqch.) en attaquant, en niant les qualités».¹⁷ Daraus zog das Bundesgericht den Schluss, dass eine Äusserung nur dann herabsetzend ist, «wenn sie den andern, seine Waren usw. anschwärzt, also verächtlich macht. Dafür genügt nicht jede negative Aussage. Diese muss eine gewisse Schwere aufweisen.»¹⁸ Ein Erzeugnis wird im Sinne von Art. 3 lit. a UWG dann verächtlich gemacht, wenn «es als wertlos, seinen Preis nicht wert, unbrauchbar, fehler- oder schadhaft» hingestellt wird.¹⁹

9 Vgl. Saxer, Die Anwendung des UWG auf ideelle Grundrechtsbetätigungen: eine Problemskizze, AJP 1993, 606 f.

10 Vgl. zum Beispiel BGer, 16.05.2007, 4C.167/2006, E. 6.1.2; BGE 123 IV 216; Baudenbacher (Fn. 3), Art. 3 lit. h N. 42 ff. und Art. 11 N. 25.

11 BGer, 16.05.2007, 4C.167/2006, E. 6.1.2 mit Hinweisen. Vgl. auch BGer, 16.05.2007, 4C.169/2006, E. 6.1.2, und BGer, 16.05.2007, 4C.171/2006, E. 6.6.1; im Folgenden wird nur noch BGer 4C.167/2006 zitiert.

12 BGer, 16.05.2007, 4C.167/2006, E. 6.1.2.

13 BGer, 12.02.2008, 4A_481/2007, E. 3.3. Damit hat das Bundesgericht seine Praxis zum Persönlichkeitsschutz des ZGB, wonach journalistische Ungenauigkeiten nur dann eine Persönlichkeitsverletzung begründen, wenn sie den Betroffenen bei der Leserschaft in einem falschen Licht erscheinen lassen, auf das UWG ausgedehnt; vgl. BGE 123 III 363.

14 Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), § 3 Rz. 49 ff. und § 5 Rz. 76 ff.

15 Vgl. dazu den «Mikrowellenherd»-Fall: BGE 120 II 76 ff.; Urteil des EGMR i.S. Hertel c. Suisse vom 25. August 1998 (59/1997/843/1049), medialex 1998, 213 ff. mit Anmerkung von Saxer; BGE 125 III 185 ff.

16 BGE 117 IV 194 ff.

17 BGE 122 IV 36.

18 BGE 122 IV 36.

19 BGE 122 IV 36.

Obwohl der genannte Anlageberater in Bezug auf einen Fonds eine falsche Angabe gemacht hatte, kam das Bundesgericht im Lichte des gesamten Anlagevorschlags und der konkreten Formulierung zum Schluss, dass keine Herabsetzung im Sinne von Art. 3 lit. a UWG vorlag.

Somit gilt: Wird eine Herabsetzung verneint, ist Art. 3 lit. a UWG nicht anwendbar – auch dann nicht, wenn die Äusserung unrichtig oder irreführend ist. Umgekehrt ist eine Herabsetzung allein noch nicht unlauter im Sinne des Gesetzes. Nur wenn sie durch eine unrichtige, irreführende oder unnötig verletzende Äusserung erfolgt, ist der Tatbestand von Art. 3 lit. a UWG erfüllt.²⁰

2. Herabsetzung durch unrichtige Äusserungen

Die Frage, ob eine Äusserung richtig oder unrichtig ist, stellt sich nur in Bezug auf Tatsachenbehauptungen und ist eine Frage des Beweises.

Gemäss Bundesgericht kann auch eine an sich richtige (herabsetzende) Äusserung den Tatbestand von Art. 3 lit. a UWG erfüllen, dann nämlich, wenn durch die Art und Weise der Verbreitung ein falscher Eindruck erweckt wird. Zu diesem Schluss kam das Bundesgericht, als es ein Flugblatt zu beurteilen hatte, das vor einer Metzgerei verteilt und in dem der dringende Verdacht geäussert wurde, dass der Rinderwahnsinn (BSE) durch Verzehr von Fleisch auf den Menschen übertragen werden könne und identisch mit der tödlichen Creutzfeldt-Jakob-Krankheit sei. Entsprechend dem Grundsatz, dass unter Berücksichtigung der Meinungsäusserungsfreiheit bei Äusserungen in Flugblättern Unlauterkeit im Sinne von Art. 3 lit. a UWG nur mit Zurückhaltung anzunehmen sei, sprach das Bundesgericht dem Inhalt des Flugblatts den unlauteren Charakter ab. Es zog aber in Erwägung, dass – sollte das Flugblatt nur vor einer einzigen Metzgerei verteilt worden sein – dadurch der unrichtige Eindruck geschaffen worden wäre, «dass gerade und allein das von dieser Metzgerei angebotene Fleisch mit dem BSE-Erreger infiziert sei bzw. dass in Bezug auf dieses Fleisch der im Flugblatt geäusserte Verdacht wahrscheinlicher sei als in Bezug auf das Fleisch anderer Metzgereien...».²¹

3. Herabsetzung durch irreführende Äusserungen

Laut Bundesgericht sind Äusserungen im Sinne von Art. 3 lit. a UWG irreführend, wenn sie zwar richtig sind, «aber geeignet, beim Adressaten durch ihre Darstellungsweise oder die Gesamtheit der Umstände einen falschen Eindruck hervorzurufen».²² Dies ist dann der Fall, wenn wahre Angaben über ein Produkt «beim Adressaten den falschen Eindruck erwecken, dieses zeichne sich durch einmalige Eigenschaften aus, sei es dass übliche Qualitäten so herausgestrichen (...) oder umgekehrt negative Eigenschaften so dargestellt werden, dass sie als spezifische Merkmale dieser besonderen Ware erscheinen».²³

Letzteres hat das Bundesgericht im «Contra-Schmerz»-Fall bejaht. Dabei ging es um die Ausstrahlung eines Beitrags in der Sendung «Kassensturz» des Schweizer Fernsehens, wel-

che das Thema Nebenwirkungen von Schmerzmitteln zum Gegenstand hatte. Obwohl diese Nebenwirkungen bei einer ganzen Gruppe von Schmerzmitteln vorkommen, sollte in der Sendung nur das Medikament «Contra-Schmerz» genannt werden. Das Bundesgericht erachtete diese «exemplifizierende Medienberichterstattung» als «durch die öffentliche Aufgabe der Presse nicht zu rechtfertigen». Es kam zudem zum Schluss, dass der irreführende Eindruck erweckt wurde, «das Medikament «Contra-Schmerz» zeichne sich in einmaliger Weise durch die negativen Eigenschaften aus, welche der Kategorie Kombinationspräparate insgesamt zugeschrieben werden sollten».²⁴

Das «Contra-Schmerz»-Urteil nährte die Befürchtung, dass künftig eine kritische Berichterstattung über einzelne Produkte nicht mehr zulässig sein werde, ohne dass sämtliche oder doch wenigstens eine repräsentative Auswahl derselben Produktgruppe mit einbezogen werde.²⁵

Dieser Befürchtung trat das Bundesgericht in einem späteren Entscheid, in dem es die Kritik an einem einzelnen Alters- und Pflegeheim zu beurteilen hatte, wie folgt entgegen: «Der Begriff der unvollständigen Berichterstattung setzt stillschweigend voraus, dass sie überhaupt vervollständigt werden bzw. vollständig sein könnte. Dies mag bei der relativ geringen Zahl marktdominanter Schmerzmittel (...) der Fall gewesen sein. Bei der Vielzahl von Pflegeheimen wäre ein umfassender Quervergleich, d.h. eine aufwendige Bestandesaufnahme in jedem einzelnen Heim, praktisch unmöglich, selbst wenn die verglichenen Anbieter geografisch eingegrenzt würden. Soll nicht durch letztlich unerfüllbare Anforderungen die Berichterstattung über gewisse Themen von vornherein verunmöglicht werden, muss es genügen, dass der Eindruck unterbleibt, im betreffenden Bereich bestünden Missstände nur gerade im beispielhaft erwähnten Betrieb.»²⁶

Im «Mikrowellenherd»-Fall hatte das Bundesgericht zu befinden, ob auch wissenschaftliche Äusserungen unlauter sein können. Es gelangte zum Schluss, dass wissenschaftliche Angaben dann als «zum mindesten täuschend und damit irreführend im Sinne von Art. 3 lit. a UWG» sind, wenn sie nicht «gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnissen entsprechen» oder wenn nicht «unmissverständlich auf den Meinungsstreit hingewiesen wird.»²⁷

20 Vgl. dazu BGer, 12.02.2008, 4A_481/2007, E. 3.3, und BGer, 16.05.2007, 4C.167/2006, E.6.1.2.

21 BGE 123 IV 216 f. Da aus dem vorinstanzlichen Urteil nicht hervorging, wo (überall) das Flugblatt verteilt wurde, hob das Bundesgericht den angefochtenen Entscheid auf und wies die Sache zur Ergänzung der tatsächlichen Feststellungen an die Vorinstanz zurück.

22 BGer, 26.07.2000, 4C.109/2000, sic! 2000, 712 ff.

23 BGE 124 III 76 («Contra-Schmerz»-Fall); vgl. auch BGer, 16.05.2007, 4C.167/2006, E. 6.1.2.

24 BGE 124 III 77 f.

25 Vgl. Meili, *Wirtschaftsjournalismus im Konflikt zwischen freier Meinungsäusserung und Lauterkeitsrecht*, medialex 1998, 76.

26 BGer, 15.05.2002, 5C.31/2002, E. 3a cc.

27 BGE 120 II 81. An dieser Auffassung hielt das Bundesgericht auch fest, nachdem der EGMR das vom Bundesgericht erlassene Äusserungsverbot als Verstoß gegen Art. 10 EMRK qualifiziert hatte; vgl. BGE 125 III 185 ff. sowie Fn. 15 vorne.

4. Herabsetzung durch unnötig verletzende Äusserungen

Unnötig verletzend im Sinne von Art. 3 lit. a UWG ist gemäss Bundesgericht eine Äusserung, «wenn sie angesichts des Sachverhalts, der damit beschrieben oder bewertet werden soll, weit über das Ziel hinausschiesst, völlig sachfremd oder unsachlich, mithin unhaltbar ist».²⁸

Es stellt sich die Frage, ob dieses dritte Tatbestandselement von Art. 3 lit. a UWG ausschliesslich durch Werturteile und somit nicht auch durch Tatsachenbehauptungen erfüllt werden kann. Dafür spricht, dass mit den Kriterien «unrichtig» und «irreführend» der Verletzungstatbestand der Unlauterkeit durch Tatsachenbehauptungen völlig abgedeckt wird und dass nur schwer vorstellbar ist, wie eine «unnötig verletzende», jedoch richtige und nicht irreführende Tatsachenbehauptung lauten könnte. Auch die bundesgerichtliche Definition der unnötig verletzenden Äusserung deutet darauf hin, dass dieser Tatbestand auf Werturteile zugeschnitten ist. Zudem sind der Rechtsprechung des Bundesgerichts keine Anhaltspunkte zu entnehmen, wonach die Verbreitung richtiger und nicht irreführender Tatsachenbehauptungen unnötig verletzende Äusserungen im Sinne von Art. 3 lit. a UWG sein könnten. Das Bundesgericht hat dieses Tatbestandselement bis anhin jedenfalls nur in Bezug auf (reine oder gemischte) Werturteile angewandt.

Dabei lässt sich eine Zurückhaltung in Bezug auf redaktionelle Äusserungen in den Medien erkennen. Diese ist vielfach darauf zurückzuführen, dass das Bundesgericht die verfassungsmässige Funktion der Medien berücksichtigt oder dass es die Unlauterkeit aus der Sicht des konkreten Adressatenkreises verneint. So qualifizierte es beispielsweise den Vorwurf der «diktatorischen» Kürzung des Warensortiments von Satellitenläden durch die Denner AG als nicht unnötig herabsetzend.²⁹ Dabei stellte es den Grundsatz auf, dass der Journalist «einen weder unrichtig noch irreführend wiedergegebenen Sachverhalt kritisieren und negativ bewerten» darf, «so lange er sich dabei nicht unnötig verletzender Äusserung bedient».³⁰ Konkret kam es zum Schluss, dass die Äusserung betreffend «diktatorische» Sortimentskürzung sich «nach dem Eindruck des unbefangenen Durchschnittslesers aus dem Bemühen des Journalisten um eine mit prägnanten Ausdrücken angereicherte Sprache» erkläre und «vom Leser in ihrer weiteren Bedeutung verstanden werde».³¹

In einem späteren Urteil verneinte das Bundesgericht die Unlauterkeit des auf die Herausgeberin eines Touristikführers gemünzten Ausdrucks «Adressbuchmafia».³² Ebenfalls als zulässig qualifizierte es die Bezeichnung einer Boxkampfveranstaltung als «schlechte Jahrmarktveranstaltung», «völlig wertlos» und «Betrug am Publikum».³³ Gleichermassen bezeichnete es die Unterstellung, ein Produzent und Vertreiber von Gemeindegenden habe die Inserenten geprellt, als nicht unnötig verletzend, sondern als zulässige Meinungsäusserung, gemäss welcher eine werbefinanzierte Agenda ihren Preis nicht wert sei.³⁴

5. Beurteilungsmassstab

A. Bedeutung des «Durchschnittslesers»

Ob eine Äusserung im Einzelfall unlauter im Sinne von Art. 3 lit. a UWG ist, beurteilt das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung «objektiviert nach Massgabe des Durchschnittslesers, wobei dies unter Würdigung der konkreten Umstände wie etwa des Rahmens der Presseäusserung zu erfolgen hat».³⁵ Je nach Fall verlangt das Bundesgericht vom Durchschnittsleser noch zusätzliche Eigenschaften, so wenn es den «unbefangenen» («non prévenu») ³⁶ oder den «aufmerksamen Leser»³⁷ als massgeblich bezeichnet.

Einen besonderen Massstab wendet das Bundesgericht bei der Beurteilung von Beiträgen «in eigens an Endverbraucher gerichteten Sendungen und auf Konsumentenfragen spezialisierten Zeitschriften» an. Von den Rezipientinnen und Rezipienten solcher Sendungen und Zeitschriften erwartet das Bundesgericht «eine mehr als flüchtige Aufmerksamkeit», und es geht deshalb «von einem kritischen Durchschnittskonsumenten» aus, «der fähig ist, sich mit den fraglichen Aussagen auseinander zu setzen, und dies auch tut».³⁸

Die Frage, wie das Publikum redaktionelle Äusserungen in den Medien versteht, behandelt das Bundesgericht als Rechtsfrage, obwohl es sich um eine Tatfrage handelt, die dem Beweis zugänglich ist. So liesse sich mit demoskopischen Umfragen nachweisen, wie das Publikum bestimmte Aussagen aufgenommen hat. Trotz der in der Lehre zuweilen geäusserten Kritik verzichtet das Bundesgericht bis heute «auf die wissenschaftlich-empirische Ermittlung des tatsächlichen Verständnisses der Adressaten und beurteilt die Interpretation der wettbewerbswirksamen Äusserungen nach der allgemeinen Lebenserfahrung»³⁹ – ohne dafür eine nachvollziehbare Begründung zu liefern.

B. Beurteilung des Gesamteindrucks

Art. 3 lit. a UWG erklärt die Herabsetzung durch «Äusserungen» als unlauter. Von einer Herabsetzung durch (erweckte) «Eindrücke» oder durch einen «Gesamteindruck» ist nicht die Rede. Deshalb verlangt das Bundesgericht zu Recht, dass jede

28 BGer, 13.09.2000, 4C. 205/2000, E. 2a, und BGer, 12.02.2008, 4A_481/2007, E. 3.3.

29 BGE vom 13. Dezember 1994 i.S. Karl Schweri und Denner AG c. Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, SMI 1995, 438 ff.

30 SMI 1995, 444.

31 SMI 1995, 444.

32 BGer, 12.02.2008, 4A_481/2007, E. 3.6.

33 BGer, 04.06.2004, 6S.340/2003, E.3.

34 BGer, 13.09.2000, 4C.205/2000, E. 2 c und d.

35 BGer, 29.01.2008, 4A_254/2007, E. 2.1 mit Hinweisen auf BGE 132 III 644, BGE 127 III 487 und BGE 126 III 213, je mit Hinweisen.

36 BGer, 06.05.2007, 4C.167/2006, E. 6.1.2.

37 BGer, 04.06.2004, 6S.340/2003, E. 3.3.

38 BGer, 28.08.2006, 4C.170/2006, E. 3.3.

39 BGer, 28.08.2006, 4C.170/2006, E.3.2.

einzelne Äusserung separat zu überprüfen ist.⁴⁰ Der Gesamteindruck ist aber für das Bundesgericht insofern von Bedeutung, als er dafür massgebend ist, wie die Adressatinnen und Adressaten die einzelnen Äusserungen verstehen. Dies kann im Einzelfall dazu führen, dass die fehlerhafte Verwendung von Fachausdrücken – zum Beispiel juristische – im Ergebnis nicht als irreführend oder unnötig herabsetzend qualifiziert wird, weil der Durchschnittsleser im Gesamtzusammenhang erkennen kann, was der Autor mit der gewählten Formulierung tatsächlich zum Ausdruck bringen wollte.⁴¹ Umgekehrt kann die Berücksichtigung des Gesamtzusammenhangs bzw. des Gesamteindrucks auch dazu führen, dass eine einzelne Äusserung als Herabsetzung bzw. Anschwärzung qualifiziert wird, was bei isolierter Betrachtungsweise nicht der Fall wäre.⁴²

VI. Art. 3 lit. e UWG

Neben Art. 3 lit. a UWG ist auch Art. 3 lit. e UWG geeignet, auf Äusserungen in den Medien angewendet zu werden. Gemäss dieser Norm handelt unlauter, wer «sich, seine Waren, Werke, Leistungen oder deren Preise in unrichtiger, irreführender, unnötig herabsetzender oder anlehnender Weise mit anderen, ihren Waren, Werken, Leistungen oder deren Preisen vergleicht oder in entsprechender Weise Dritte im Wettbewerb begünstigt».

Medien können diesen Tatbestand dann erfüllen, wenn sie Waren- oder Dienstleistungstests oder Preisvergleiche durchführen und deren Resultate publizieren. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist ein solcher Vergleich zuerst einmal unlauter, wenn er auf unzutreffenden Angaben beruht. Aber auch wenn er sich auf wahre Angaben stützt, kann er das Lauterkeitsverbot verletzen, «indem er ungenaue, unwesentliche oder unvollständige Angaben enthält und damit geeignet ist, bei einem nicht unerheblichen Teil des Publikums falsche Vorstellungen hervorzurufen. Die Gefahr der Täuschung oder Irreführung kann sich insbesondere ergeben, wenn mit unwesentlichen Vergleichsfaktoren operiert, wesentliche Tatsachen dagegen verschwiegen werden. Allerdings ist ein Vergleich nicht schon deshalb unlauter, weil er nicht alle denkbaren Vergleichskriterien einbezieht. In diesem Fall darf jedoch nicht der Anschein erweckt werden, die gegenübergestellten Produkte würden einer umfassenden Grundlage unterzogen. Vielmehr sind die Vergleichsgrundlagen offen zu legen, sodass das Publikum die Tragweite der Vergleichsergebnisse richtig einschätzen kann».⁴³

Demzufolge ist auch ein reiner Preisvergleich von Produkten unterschiedlicher Herkunft, Qualität und Marken zulässig, wenn die begrenzte Aussagekraft des Tests wegen der unterschiedlichen Produkte für die Leserschaft ohne Weiteres erkennbar ist. Ob dies der Fall war, hatte das Bezirksgericht Zürich in Bezug auf einen in einer Konsumentenzeitschrift publizierten Preisvergleich zu entscheiden, der zeigte, in welchen Geschäften ein Korb mit 40 Produkten, welche eine Durchschnittsfamilie häufig braucht, am günstigsten zu kaufen war. Das Gericht kam zum Schluss, dass der durchschnittliche Leser der betreffenden Zeitschrift bereits aus der Liste der Produkte ersehen konnte, dass jeweils das billigste Produkt in den Vergleich miteinbezogen wurde, zumal die Produkte nicht weiter spe-

zifiziert waren (so wurden zum Beispiel nur «Äpfel» aufgeführt, ohne eine Sorte zu nennen).⁴⁴

VII. Verschuldensunabhängige Ansprüche bei Verletzungen

Gemäss Art. 9 UWG kann, «wer durch unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird», dem Richter beantragen:

- eine drohende Verletzung zu verbieten (Art. 9 Abs. 1 lit. a UWG)
- eine bestehende Verletzung zu beseitigen (Art. 9 Abs. 1 lit. b UWG)
- die Widerrechtlichkeit einer Verletzung festzustellen, wenn sich diese weiterhin störend auswirkt (Art. 9 Abs. 1 lit. c UWG).

Zudem kann die verletzte Person «insbesondere» verlangen, «dass eine Berichtigung oder das Urteil Dritten mitgeteilt oder veröffentlicht wird» (Art. 9 Abs. 2 UWG.)

1. Aktivlegitimation

Obwohl es nicht aus dem Wortlaut von Art. 9 UWG hervorgeht, sind nur selbstständige Unternehmerinnen und Unternehmer bzw. Unternehmen aktivlegitimiert. Keine eigenen Ansprüche haben Arbeitnehmer, Verwaltungsräte oder Anteilseigner des von einem Wettbewerbsverstoss betroffenen Unternehmens, weil sie nicht direkt, sondern lediglich mittelbar beeinträchtigt werden.⁴⁵

2. Passivlegitimation

Anders als Art. 28 Abs. 1 ZGB, der ausdrücklich festhält, dass der in seiner Persönlichkeit widerrechtlich Verletzte «gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht anrufen» kann, enthält Art. 9 UWG keinen solchen Hinweis zur Passivlegitimation. Aus Art. 11 UWG, gemäss welchem gegen den Geschäftsherrn geklagt werden kann, wenn der unlautere Wettbewerb von Arbeitnehmern oder anderen Hilfspersonen bei dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen begangen wurde, lässt sich aber entnehmen, dass sich die Klagen aus Art. 9 UWG ebenfalls gegen alle Personen richten können, welche direkt etwas zur Verbreitung der unlauteren Äusserung beigetragen haben. Dazu gehören gemäss Bundesgericht bei

40 BGer, 12.02.2008, 4A_481/2007, E. 3.5, und BGer, 16.05.2007, 4C.167/2006 E. 6.1.2 (am Ende), beide mit Hinweis auf BGE 124 IV 162, E. 3.

41 BGer, 12.02.2008, 4A_481/2007, E. 3.5, und BGer, 04.06.2004, 6S. 340/2003, E. 3.

42 Vgl. dazu BGer, 16.08.2001, 6S. 858/1999, E. 7c aa und bb.

43 BGer, 28.08.2006, 4C.170/2006, E. 3.2.

44 Vgl. sic! 2006, 103 ff., insbesondere 108.

45 Baudenbacher (Fn. 3), Art. 9 N. 305; vgl. auch ZR 94 (1995) 77.

Äusserungen in der Presse der Verfasser, der Verleger, der verantwortliche Redaktor sowie derjenige, welcher das Printprodukt verbreitet.⁴⁶

3. Feststellungsanspruch

Der Anspruch, die Widerrechtlichkeit einer Verletzung gerichtlich feststellen zu lassen, setzt gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. c UWG (wie auch gemäss Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB) voraus, dass sich diese «weiterhin störend auswirkt».

Trotz dem identischen Wortlaut wandten die II. Zivilabteilung des Bundesgerichts, die sich mit Persönlichkeitsverletzungen befasste, und die I. Zivilkammer, welche die UWG-Fälle behandelt, diese Norm vorübergehend unterschiedlich an. Während die II. Zivilabteilung verlangte, der Störungszustand müsse sich «effektiv noch oder erneut störend auswirken»⁴⁷, hielt die I. Zivilabteilung dafür, dass bei Presseäusserungen angesichts der Verbreitung unter einer unbestimmten Vielzahl von Lesern regelmässig davon auszugehen sei, dass der einmal geschaffene Eindruck nachhaltig wirke, «auch wenn dies nicht konkret nachweisbar ist».⁴⁸ Jahre später änderte die II. Zivilabteilung ihre Praxis und schwenkte auf diejenige der I. Zivilabteilung ein, u.a. mit der Begründung, «dass Medieninhalte heutzutage angesichts neuer, elektronischer Archivierungstechniken auch nach ihrem erstmaligen zeitgebundenen Erscheinen allgemein zugänglich bleiben und eingesehen werden können».⁴⁹

Dennoch ist gemäss Bundesgericht das Feststellungsinteresse dann zu verneinen, wenn «sich die Verhältnisse derart geändert haben, dass die Äusserung ihre Aktualität eingebüsst oder eine beim Durchschnittsleser hervorgerufene Vorstellung jede Bedeutung verloren hat, und deshalb auch auszuschliessen ist, dass die verletzte Äusserung bei neuem aktuellem Anlass wieder aufgegriffen und neuerdings verbreitet wird».⁵⁰

Während das Bundesgericht damit Klarheit in Bezug auf die Störwirkung geschaffen hat, sind seine Erwägungen zur Funktion der Feststellungsklage nach wie vor nicht stringent. So misst es der Feststellungsklage sowohl eine Beseitigungsfunktion (das falsche Bild des Angegriffenen soll ausgewischt und seine angeschwärtzte wirtschaftliche Ehre eingewaschen werden) als auch eine Genugtuungsfunktion (eine Art «geldfremde Genugtuung») zu⁵¹ – dies ohne sich damit auseinanderzusetzen, dass der Gesetzgeber in Art. 9 Abs. 1 lit. b UWG und in Art. 28a Abs. 1 Ziff. 2 ZGB einen eigenständigen Beseitigungsanspruch und in Art. 49 OR einen separaten Genugtuungsanspruch geschaffen hat.

4. Unterlassungsanspruch

Ein Unterlassungsbegehren «setzt ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse voraus, das besteht, wenn die widerrechtliche Handlung unmittelbar droht, d.h. wenn das Verhalten des Beklagten die künftige Rechtsverletzung ernsthaft befürchten lässt».⁵² Diese Befürchtung ist gemäss Bundesgericht schon dann zu bejahen, «wenn der Beklagte die Widerrechtlichkeit des beanstandeten Verhaltens bestreitet, ist doch dann zu vermuten, dass er es im Vertrauen auf dessen Rechtmässigkeit wei-

terführen wird». Als Prozessvoraussetzung muss das Rechtsschutzinteresse an der Unterlassungsklage «im Zeitpunkt der Urteilsfällung noch vorhanden sein».⁵³

Aus der Sicht der beklagten Partei sind diese Erwägungen nicht unproblematisch, vor allem dann nicht, wenn sie sich gleichzeitig mit einem Feststellungs- und einem Unterlassungsbegehren konfrontiert sieht. Will sie nämlich bezüglich der Feststellungsklage nicht unterliegen, muss sie die Widerrechtlichkeit bestreiten, womit sie aus der Sicht des Bundesgerichts gleichzeitig die Wiederholungsgefahr dokumentiert, auch wenn sie gar keine Absicht mehr hat, die eingeklagten Äusserungen zu wiederholen. Ein Weg aus diesem Dilemma könnte zum Beispiel die Abgabe einer Unterlassungserklärung nur für die Dauer des Prozesses sein.

VIII. Verschuldensabhängige Ansprüche

Gemäss Art. 9 Abs. 3 UWG kann die durch eine unlautere Handlung verletzte Person «ausserdem nach Massgabe des Obligationenrechts auf Schadenersatz und Genugtuung sowie auf Herausgabe des Gewinnes entsprechend den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag klagen». Diese Bestimmung entspricht materiell Art. 28a Abs. 3 ZGB, auch wenn dieser nicht genau gleich lautet.

1. Schadenersatz

Bei der Beurteilung von Schadenersatzbegehren gegen Medienunternehmen oder Medienschaffende stellen sich dieselben rechtlichen und praktischen Probleme wie in jedem Schadenersatzprozess – auch unabhängig davon, ob eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung oder eine unlautere Handlung zugrunde liegt.

Oft wird von Klägerseite her geltend gemacht, der Nachweis des Schadens und der adäquaten Kausalität sei im Falle von Verletzungen durch Äusserungen in den Medien kaum oder nicht zu erbringen, weshalb die Gerichte den Schaden gemäss Art. 42 Abs. 2 OR «mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge» zu schätzen hätten.

Dazu hielt das Bundesgericht Folgendes fest: «Es mag zwar zutreffen, dass unlautere Wirtschaftsberichterstattung in einem Massenmedium unter Umständen erhebliche Schäden verursachen kann (...). Damit ist aber noch nicht gesagt, dass und gegebenenfalls in welchem Ausmass sich dieses Schädigungspotential im konkreten Einzelfall tatsächlich verwirklicht hat. Bestand und Grössenordnung des Schadens der Klägerin las-

46 BGer, 16.05.2007, 4C. 167/2006, E. 6.1.1.

47 BGE 120 II 373 f.

48 BGE 123 III 361.

49 BGE 127 III 485.

50 BGE 123 III 362 betreffend Art. 9 Abs. 1 lit. c UWG; betreffend Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB vgl. BGE 127 III 485.

51 BGE 123 III 357.

52 BGE 124 III 74.

53 BGE 124 III 74.

sen sich deshalb auch bei der Haftung von Presseunternehmen aus unlauterer Wirtschaftsberichterstattung nicht ohne weiteres bereits aus der allgemeinen Lebenserfahrung ableiten. Vielmehr ist der Klägerin entgegen ihrer Ansicht durchaus zumutbar – allenfalls unter entsprechenden prozessualen Vorkehren zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen auch aufgrund ihrer Buchhaltung –, Eintritt und Ausmass des behaupteten Schadens zu belegen.⁵⁴ Die Geschädigte hat also auch in Medienprozessen «alle Umstände, die für den Eintritt eines Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen».⁵⁵

2. Genugtuung

Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, hat gemäss Art. 49 Abs. 1 OR «Anspruch auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung, sofern die Schwere der Verletzung es rechtfertigt und diese nicht anders wiedergutmacht worden ist». Diese Bestimmung ist auch im Falle von Verletzungen durch unlautere Handlungen anwendbar, denn Art. 9 Abs. 3 UWG verweist ausdrücklich auf die obligationenrechtliche Bestimmung über die Genugtuung.

Wie beim Schadenersatzanspruch reicht auch für die Durchsetzung eines Genugtuungsanspruchs bei Verletzungen durch Medien der Hinweis nicht aus, die widerrechtliche Äusserung sei als solche geeignet, die verletzte Person psychisch erheblich zu beeinträchtigen. Vielmehr hat der Ansprecher die «Umstände darzutun, aus welchen von der objektiv schweren Verletzung auf seinen seelischen Schmerz geschlossen werden kann».⁵⁶

Lange Zeit liess das Bundesgericht die Frage offen, inwieweit durch die angeordnete Urteils publikation die widerrechtliche Verletzung der Persönlichkeit wiedergutmacht werde und somit kein Raum mehr für die Zusprechung einer Genugtuung bleibe.⁵⁷ Im Jahr 2004 prägte es dann den Grundsatz, dass im Falle einer Ehrverletzung durch Äusserungen in den Medien die Veröffentlichung des Urteils eine «andere Art der Genugtuung» im Sinne von Art. 49 Abs. 2 OR bilden kann, wobei das Gericht im Rahmen des ihm zustehenden Ermessens entscheide, ob die Art der Genugtuung «neben oder anstatt einer Geldsumme» zu leisten sei.⁵⁸ Dieser Grundsatz muss fraglos auch im Falle unlauterer Veröffentlichungen in den Medien gelten.

3. Gewinnherausgabe

Bis zum Jahr 2006 war der in Art. 28a Abs. 3 ZGB und Art. 9 Abs. 3 UWG verankerte Anspruch auf Gewinnherausgabe in Prozessen gegen Medienunternehmen kein Thema. Im Fall Schnyder gegen «SonntagsBlick»⁵⁹ entschied das Bundesgericht dann, dass dieser Anspruch zum Schadenersatzanspruch hinzutreten kann, und es erteilte der in der Lehre vertretenen Ansicht, eine Gewinnherausgabe sei nur möglich, wenn die Auflage der Zeitung oder Zeitschrift in direktem Zusammenhang mit einer persönlichkeitsverletzenden Berichterstattung erhöht worden sei, eine Absage. Zudem stellte es fest, dass sich der unmittelbare Zusammenhang zwischen einer be-

stimmten Berichterstattung und der Gewinnerzielung aufgrund verschiedener Fakten naturgemäss nicht strikt nachweisen lasse. Die Kausalität zwischen unrechtmässiger Persönlichkeitsverletzung und Gewinnerzielung müsse schon dann bejaht werden, «wenn und soweit die entsprechende Berichterstattung von der Ausrichtung und der Aufmachung her geeignet ist, zur Erhaltung der Auflage und damit zur Gewinnerzielung beizutragen».⁶⁰

Diese Grundsätze, die keine Unterscheidung zwischen widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzungen und unlauteren Handlungen durch die Medien erlauben, lassen auf den ersten Blick erwarten, das Bundesgericht werde künftig den Anspruch auf Gewinnherausgabe gegenüber Medienunternehmen in der Regel immer dann schützen, wenn die Widerrechtlichkeit bejaht wird. Bei näherem Hinsehen deutet aber einiges darauf hin, dass die Erwägungen auf eine bestimmte Zeitung, nämlich den «SonntagsBlick», zugeschnitten sind und nicht für alle Zeitungen – geschweige denn für alle Medien – Geltung haben. Dies lässt sich daran erkennen, dass das Bundesgericht seine Haltung u.a. (und ohne konkrete Hinweise) damit begründet, es sei «gerichtsnotorisch» und bedürfe «keiner Beweiserhebung», dass der «SonntagsBlick» sich «auf permanenter persönlichkeitsrechtlicher Gratwanderung befindet und es dabei auch zu Persönlichkeitsverletzungen kommen kann».⁶¹ Es besteht für das Bundesgericht somit genügend Raum, in künftigen Fällen Präzisierung vornehmen und dabei auch dem Gebot der verfassungsmässigen Auslegung Rechnung tragen zu können.

4. Strafantrag

Wer unlauteren Wettbewerb nach Art. 3, 4, 4a, 5 oder 6 UWG begeht, kann nicht nur zivilrechtlich belangt werden, sondern wird laut Art. 23 UWG – auf Antrag – auch mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Strafantrag stellen kann, wer nach Art. 9 und 10 UWG zur Zivilklage berechtigt ist (Art. 23 Abs. 2 UWG).

Art. 3 ff. UWG sind als Konkretisierungen der in Art. 2 UWG umschriebenen Generalklausel auf den zivilrechtlichen Schutz zugeschnitten. Das Bundesgericht hat deshalb die gesetzliche Regelung, wonach ein Verstoß gegen diese Bestimmungen bei Vorsatz bzw. Eventualvorsatz auch strafbar ist, als unbefriedigend bezeichnet und verlangt, dass die Unlauterkeitstatbestände, soweit sie in Verbindung mit Art. 23 UWG strafrechtlich relevant sind, «grundsätzlich restriktiv auszulegen» sind.⁶² Dies soll insbesondere auch für den Tatbestand der Herabsetzung im Sinne von Art. 3 lit. a UWG gelten, zumal das

54 BGE 122 III 224 f.

55 BGE 122 III 221.

56 BGE 120 II 97, Regeste.

57 BGE 120 II 99.

58 BGE 131 III 26, Regeste.

59 BGE 133 III 153 ff.

60 BGE 133 III 164.

61 BGE 133 III 163.

62 BGer, 16.08.2001, 6S.858/1999, E. 7 b bb.

UWG «auch auf Dritte, etwa Medienschaffende und gar aus rein ideellen Beweggründen handelnde Dritte, Anwendung findet». ⁶³ Prägte das Bundesgericht diesen Grundsatz anfänglich mit Blick auf die Anwendung des UWG als Strafrecht, greift es heute auch in zivilrechtlichen Medienfällen darauf zurück. ⁶⁴ Strafbar ist gemäss Art. 23 Abs. 1 UWG nur vorsätzliches bzw. eventualvorsätzliches Verhalten. In einem Straffall, in dem ein Journalist wegen Verletzung von Art. 3 lit. a UWG zu einer Busse von CHF 8000.– und zur Bezahlung einer Genugtuung von je CHF 5000.– an die Geschädigten verurteilt wurde, bejahte das Bundesgericht den Vorsatz u.a. mit der Begründung, «dass sich angesichts der Vielzahl von unrichtigen und irreführenden Äusserungen im Zeitungsartikel... sowie der gesamten Aufmachung des Artikels und der darin verwendeten Sprache» der Eindruck aufdränge, dass der Verfasser «eine Beeinträchtigung der Wettbewerbsstellung der Beschwerdegegner nicht nur in Kauf nahm, sondern geradezu anstrebte, und der Zweck des Artikels in erster Linie darin bestand, zur Unterhaltung des Leserpublikums zwecks Steigerung der Auflage insbesondere den Beschwerdegegner 2 fertig zu machen». ⁶⁵ Diese Schlussfolgerung ist insofern problematisch, als es sich beim Verfasser um einen freischaffenden Journalisten handelte, der zum einen kein direktes Interesse an einer Auflagensteigerung haben konnte und zum andern mit der Aufmachung des Artikels nichts zu tun hatte.

IX. Beweislast

Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet (Art. 8 ZGB). Art. 13a Abs. 1 UWG enthält eine Abweichung von diesem Grundsatz: «Der Richter kann vom Werbenden den Beweis für die Richtigkeit von in der Werbung enthaltenen Tatsachenbehauptungen verlangen, wenn dies unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Werbenden und anderer am Verfahren beteiligter Personen im Einzelfall angemessen erscheint.»

In der Lehre ist umstritten, ob diese Regel der Beweislastumkehr auf den Tatbestand der Werbung zu beschränken ist oder auch für wettbewerbsrelevante redaktionelle Äusserungen in den Medien gilt. Das Bundesgericht hat die Frage zwar noch nicht abschliessend entschieden, aber immerhin deutlich durchblicken lassen, dass Art. 13a UWG «nach dem in den Materialien ausgedrückten gesetzgeberischen Willen auf Tatsachenbehauptungen in der Werbung beschränkt ist» und «nicht generell für alle Unlauterkeitstatbestände» gilt. ⁶⁶

X. Fazit

Indem der Gesetzgeber dem UWG anlässlich der Revision, die am 1. März 1988 in Kraft trat, auch wettbewerbsrelevante redaktionelle Äusserungen in den Medien unterwarf, hat er die Medienunternehmen und Medienschaffenden zusätzlichen rechtlichen Angriffsmitteln Betroffener ausgesetzt. Neben den zivilrechtlichen Ansprüchen aus widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzungen (Art. 28 ff. ZGB) und dem Strafantrag wegen Ehrverletzung (Art. 173 ff. StGB) können seither auch Zivil- und

Strafansprüche aus Verletzung von Art. 3 lit. a und lit. e UWG gegen Medien und Medienschaffende geltend gemacht werden.

Das Haftungsrisiko an sich hat sich für die Medienschaffenden dadurch gesamthaft aber nicht erhöht, vorausgesetzt allerdings, dass die UWG-Normen mit derjenigen Zurückhaltung auf die Medien angewendet werden, wie sie das Bundesgericht in seinen grundsätzlichen Erwägungen verlangt.

Unverändert hoch ist hingegen das Risiko geblieben, das mit der Rechtsfigur des «Durchschnittslesers» zusammenhängt. Der breite Ermessensspielraum, welcher den Gerichten bei der Interpretation der eingeklagten bzw. inkriminierten Äusserungen zusteht, ⁶⁷ stellt für Medienunternehmen und Medienschaffende ein sehr hohes Risiko dar. Die juristische Überprüfung von Texten vor der Publikation wird dadurch massiv erschwert und eine Einschätzung des Risikos im Falle eines Prozesses in vielen Fällen fast unmöglich. ⁶⁸

Zusammenfassung Gemäss den klaren Worten des Bundesgerichts darf die Anwendung des UWG die in der Bundesverfassung verankerte Funktion der Medien nicht behindern. Deshalb sind unlautere Herabsetzungen durch Berichte in den Medien nur mit Zurückhaltung zu bejahen. Neuere Urteile deuten darauf hin, dass das Bundesgericht bestrebt ist, diesen Grundsatz im Einzelfall auch umzusetzen. Unter diesem Aspekt hat das UWG, dem seit der Revision vor rund zwölf Jahren auch Beiträge in Medien unterworfen sind, das Haftungsrisiko für Medienschaffende kaum erhöht. Unverändert hoch ist hingegen das Risiko, das mit der Rechtsfigur des «Durchschnittslesers» zusammenhängt. Wegen des breiten Ermessensspielraums, der den Gerichten bei der Interpretation von Äusserungen in den Medien zusteht, ist dieses auch in UWG-Fällen sehr gross.

Summary According to the clear wording found in Swiss Federal Supreme Court decisions, the application of the Federal Act against Unfair Competition (UWG) must not impede the role and function of the media, such role and function being established in the Federal Constitution. Therefore, unfair degradations found in media coverage should only be affirmed with reluctance. There are strong indications in more recent court decisions that the Swiss Federal Supreme Court endeavours to implement this principle in each individual case. In the light of this, the UWG, which since its amendment about twelve years ago applies also to media coverage, did not really increase the exposure of a liability risk for persons working in the media. However, for a person working in the media the high risk to be exposed to liabilities in connection with the concept of the “average reader” has remained unchanged. Because of the latitude of judgement granted to the courts in connection with the interpretation of statements expressed in the media, this liability risk has to be considered to be high in all UWG cases as well.

⁶³ BGer, 16.08.2001, 6S.858/1999, E. 7 b bb.

⁶⁴ Vgl. Ziff. IV 1 vorne.

⁶⁵ BGer 16.08.2001, 6S.858/1999, E. 7 d cc.

⁶⁶ BGer 28.08.2006, 4C.170/2006, E. 2.2; vgl. auch BGer, 16.05.2007, 4C.167/2006, E. 5.1.

⁶⁷ Vgl. Ziffer V 5 A vorne.

⁶⁸ Vgl. dazu Born, Schafft den «Durchschnittsleser» ab!, sic! 1998, 517 ff.

entscheidungen décisions**Die Entscheidung | La décision**

- 10-115 **Einsicht in Einstellungsverfügung im Fall Nef** 146
Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 19. Mai 2010
(VB.2010.00025; nicht rechtskräftig)

PROF. BERTIL COTTIER, LUGANO/LAUSANNE

Weitere Entscheidungen | Autres décisions**1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht****1.1 Meinungsäusserungs- und Informationsfreiheit, Medienfreiheit**

- 10-116 **Bestrafung nach ungenügend recherchiertem Vergewaltigungsvorwurf gerechtfertigt** 153
 Urteil des EGMR (4. Kammer) vom 8.4.2010 (N° 45130/06 «Ruokanen u.a. c. Finnland»)
- 10-117 **Bestrafung nach grundloser Kritik an Bürgermeister ist gerechtfertigte Sanktion** 153
 Urteil des EGMR (5. Kammer) vom 11.5.2010 (N° 29784/06 «Fleury c. Frankreich»)
- 10-118 **Bestrafung nach Kritik an Schulmanager ist total unverhältnismässige Sanktion** 154
 Urteil des EGMR (4. Kammer) vom 22.6.2010 (N° 41029/06 «Kurlowicz c. Polen»)
- 10-119 **Tendenziöse Schlagzeile ist im Kontext des gesamten Artikels zu beurteilen** 155
 Urteil des EGMR (3. Kammer) vom 1.6.2010 (N° 16023/07 «Gutiérrez Suárez c. Spanien»)
- 10-120 **Identifizierende Presseberichte über Freundin des Ombudsmannes zu Unrecht bestraft** 156
 5 Urteile des EGMR (4. Kammer) vom 8.4.2010 (N° 43349/05 «Jokitaipale u.a. c. Finnland»; N° 25576/04 «Flinkkilä u. a. c. Finnland»; N° 6372/06 «Iltalehti & Karhuvaara c. Finnland»; N° 6806/06 «Soila c. Finnland»; N° 25711/04 «Tuomela u. a. c. Finnland»)
- 10-121 **Unbegründetes Publikationsverbot für Buch über Popsänger Tarkan** 157
 Urteil des EGMR (2. Kammer) vom 8.6. 2010 (N° 44102/04 «Sapan c. Türkei»)
- 10-122 **Menschenrechtswidrige Strafe für Terrorandeutungen gegen Islamwissenschaftler** 158
 Urteil des EGMR (5. Kammer) vom 6.5 2010 (N° 17265/05 «Brunet Lecomte & Lyon Mag c. Frankreich»)
- 10-123 **Gutgläubige Vorwürfe gegen Polizeikommissar zu Unrecht sanktioniert** 158
 Urteil des EGMR (3. Kammer) vom 1.6.2010 (N° 4710/04 «Dumitru c. Rumänien»)
- 10-124 **Legitime Kritik im Rahmen der Pressekonferenz eines Menschenrechtsaktivisten** 159
 Urteil des EGMR (3. Kammer) vom 8.6.2010 (N°19452/02 «Andreescu c. Rumänien»)
- 10-125 **Berechtigte Bestrafung Le Pens wegen Pauschalvorwürfen gegen Muslims** 159
 Zulässigkeitsentscheid des EGMR (5. Kammer) vom 20.4.2010 (N° 18788/09 «Jean-Marie Le Pen c. Frankreich»)
 1.2 Recht des Informationszugangs der Öffentlichkeit
- 10-126 **L'autorité sollicitée doit elle-même être en mesure d'accéder à l'information pour pouvoir ensuite accorder l'accès au public** 160
 Arrêt du Tribunal administratif fédéral (TAF) du 3 mai 2010, Société Suisse des Pharmaciens d'Officine contre Office fédéral de la santé publique OFSP, A-4049/2009
- 10-127 **VBS muss Grad und Offiziersfunktion aus PISA-Datenbank nicht bekannt geben** 161
 Empfehlung des EDÖB vom 26. März 2010 (VBS/Auskünfte betreffend Funktion und Einteilung von Armeeangehörigen)
- 10-128 **Swissmedic gewährt teilweise Zugang zu Zulassungsdossiers von Arzneimittelprodukten** 161
 Empfehlung des EDÖB vom 30. März 2010 (Swissmedic/Zugang zu Zulassungsdossiers einzelner Medikamente)

- 10-129 **La loi sur la transparence n'impose pas aux autorités d'établir un document qui n'existe pas** 162
Recommandation du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PF PDT) du 28 avril 2010, concernant la demande en médiation introduite par X contre l'Office fédéral de la justice (OFJ)
- 10-130 **Veröffentlichung von Pandemieimpfstoff-Verträgen: EDÖB hält Vorgehen des BAG für angemessen** 162
Empfehlung des EDÖB vom 12. Mai 2010 (BAG/Zugang zu Verträgen Pandemieimpfstoffe)
- 10-131 **EDÖB bestätigt teilweisen Zugang zu ans BWL gesandten Briefen** 163
Empfehlung des EDÖB vom 8. Juni 2010 (BWL/Erweiterung der Liste nicht bewilligungspflichtiger Pflanzenschutzmittel)
- 10-132 **EDÖB verweigert Zugang zu Faxschreiben in der Sache Polanski** 163
Empfehlung des EDÖB vom 9. Juni 2010 (Bundesamt für Justiz/Faxschreiben in der Sache Roman Polanski)

1.3 Radio- und Fernsehrecht

- 10-133 **L'autorité dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans l'attribution des mandats de prestations de radio-télévision** 163
Arrêt du Tribunal administratif fédéral (TAF) du 25 mars 2010, Première Lune SA (en formation) contre Arc FM SA, A-7935/2008
- 10-134 **Le calcul de la quote-part d'une redevance fait partie de la décision de concession** 164
Arrêt du Tribunal fédéral (TF) du 27 avril 2010, BNJ FM SA contre Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC), 2C_224/2010
- 10-135 **UBI trat zu Unrecht nicht auf Zugangsbeschwerde des VgT ein** 164
Urteil des Bundesgerichts vom 2. Juni 2010 (2C_59/2010)
- 10-136 **Gesuch auf rückwirkende Befreiung von der Billag-Gebührenpflicht abgewiesen** 165
Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. April 2010 (A-7657/2009)
- 10-137 **BVGer lehnt Sistierung der Billag-Gebühr während zweimonatigen Auslandsaufenthalts ab** 165
Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. Juni 2010 (A-893/2010)

1.4 Filmrecht

- 10-138 **EDI trat zu Recht nicht auf Beschwerde ein, da Anspruch auf Filmherstellungsbeiträge verwirkt war** 165
Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. März 2010 (C-2531/2008)

1.7 Weitere verwaltungsrechtliche Fragen

- 10-139 **Nur nationale Radiosender sollen auf Verkehrsinformationstafeln aufgeführt werden** 166
Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. April 2010 (A-7778/2009)

3. Strafrecht

3.4. Redaktionsgeheimnis

- 10-140 **Redaktionsgeheimnis steht Editionsanordnung in Persönlichkeitsschutz-Prozess im Wege** 167
Urteil des Bundesgerichts (2. Zivilabteilung) vom 23. Dezember 2009 (5A_295/2009; «Società svizzera di radiotelevisione et al. c. E., F., G., H.»)

4. Privatrecht

4.1 Persönlichkeitsschutz

- 10-141 **Die Publikation gerichtsinthener Fotografien von Hannibal Kadhafi in der «Tribune de Genève» vom 4.9.2009 stellte eine rechtswidrige Persönlichkeitsverletzung dar** 168
Urteil des Tribunal de première instance GE vom 12.4.2011, 15^e Chambre (JTPI/4515/2010); rechtskräftig

5. Urheberrecht

5.1 Rechtsschutz

- 10-142 **La création d'une œuvre dans le cadre d'un contrat de travail n'empêche pas l'employé d'acquérir le statut d'auteur** 170
Arrêt du Tribunal fédéral du 1^{er} avril 2010 (4A_638/2009), C.de S. c. Ville de Genève

5.2 Verwertungsrechte

- 10-143 **Keine Verletzung des rechtlichen Gehörs bei Entscheid über Urheberrechtsentschädigung** 170
Urteil des Bundesgerichts vom 8. März 2010 (4A_34/2010)

6. Wettbewerbsrecht

6.1 Kartellrecht

- 10-144 **Bundesverwaltungsgericht wehrt Beschwerde von Publigroupe gegen Verfügung der WEKO ab** 171
Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. April 2010 (B-2977/2007)

8. Ethik/Selbstregulierung

8.1 Ethik des Journalismus

- 10-145 **Wahrheits- und Berichtigungspflicht** 171
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 19. März 2010 (08/2010; Bertschinger c. «Zürichsee-Zeitung»/Ausgabe Linkes Ufer)
- 10-146 **Presserats- und Gerichtsverfahren** 172
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 19. März 2010 (09/2010; Kantonspolizei Bern c. «Wochenzeitung»)
- 10-147 **Anhörung bei schweren Vorwürfen** 172
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 17. März 2010 (10/2010; Spital STS AG c. «Simmental Zeitung»)
- 10-148 **Lauterkeit der Recherche** 172
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 17. März 2010 (11/2010; Verein gegen Tierfabriken c. «Beobachter»)
- 10-149 **Identifizierende Berichterstattung** 172
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 16. April 2010 (12/2010; X. c. «Blick»)
- 10-150 **Wahrheitssuche/Unterschlagung wichtiger Informationen** 173
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 16. April 2010 (13/2010; Girod/von Graffenried c. «Blick»)
- 10-151 **Fehlende Beschwerdebegründung** 173
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 16. April 2010 (14/2010; Schmidhauser c. «SonntagsZeitung»/«News»/«Thurgauer Zeitung»/«St. Galler Tagblatt»)
- 10-152 **Wahrheitssuche/Anhörung/sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigungen** 173
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 23. April 2010 (15/2010; EDÖB c. «Basler Zeitung»)
- 10-153 **L'identité d'un suspect ne doit en principe pas être révélée ni trop facilitée** 173
Prise de position du Conseil suisse de la presse du 27 avril 2010 (22/2010, Ordre des avocats vaudois c. «24 Heures»/«Le Matin»)

| | | |
|--------|---|-----|
| 10-154 | Presserats- und Gerichtsverfahren | 174 |
| | Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 30. April 2010 (17/2010; Gentest.ch GmbH c. «Beobachter») | |
| 10-155 | Meinungsp pluralismus/Trennung von Fakten und Kommentar/Quellennennung/ Anhörung | 174 |
| | Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 30. April 2010 (18/2010; Lucchi c. «St. Galler Tagblatt»/«Anzeiger») | |
| 10-156 | Respektierung der Privatsphäre | 174 |
| | Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 30. April 2010 (19/2010; X. c. «Das Magazin») | |
| 10-157 | Einseitige Berichterstattung/Unterschlagung wichtiger Informationen/ anonyme Leserbriefe/Korrespondenz mit der Redaktion | 175 |
| | Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 14. Mai 2010 (20/2010; SFG-ADHS c. «Tages-Anzeiger») | |
| 10-158 | Falschaussage/Anhörung/Berichtigung | 175 |
| | Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 6. Mai 2010 (21/2010; Kurer c. «Blick») | |
| 10-159 | Unterschlagung von Informationen/Identifizierung | 176 |
| | Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 8. Juni 2010 (23/2010; X. c. «Blick») | |
| 10-160 | Lauterkeit der Recherche | 176 |
| | Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 8. Juni 2010 (24/2010; Suter c. «Schweizer Illustrierte») | |

8.2 Ethik der kommerziellen Kommunikation

| | | |
|--------|--|-----|
| 10-161 | Preisbekanntgabe – Inserate seit rund einem Jahr mit Begriffen «Aktion» oder «solange Vorrat» | 177 |
| | Beschluss der Lauterkeitskommission vom 17. März 2010 (383/09) | |
| 10-162 | Irreführung – unlautere Benutzung fremder Marken | 177 |
| | Beschluss der Lauterkeitskommission vom 17. März 2010 (133/10) | |
| 10-163 | Preisbekanntgabe – Schriftgrösse | 177 |
| | Beschluss der Lauterkeitskommission vom 17. März 2010 (374/09) | |
| 10-164 | Sexismus – Plakat Energy Drink | 177 |
| | Beschluss der Lauterkeitskommission vom 17. März 2010 (106/10) | |
| 10-165 | Herabsetzung – Plakat Milkschokolade | 177 |
| | Beschluss der Lauterkeitskommission vom 17. März 2010 (116/10) | |
| 10-166 | Irreführung – Nennung als Sponsor ohne Beteiligung oder Auftrag | 177 |
| | Beschluss der Lauterkeitskommission vom 17. März 2010 (102/10) | |
| 10-167 | Gewinnspiel – Gewinn inkl. Carfahrt | 177 |
| | Beschluss der Lauterkeitskommission vom 17. März 2010 (373/09) | |
| 10-168 | Werbung mit Rechnung – Eintrag in Register mit stillschweigender Vertragsverlängerung | 178 |
| | Beschluss der Lauterkeitskommission vom 17. März 2010 (104/10) | |
| 10-169 | Werbung mit Formular – Offerte zur Eintragung in Register | 178 |
| | Beschluss der Lauterkeitskommission vom 17. März 2010 (105/10) | |
| 10-170 | Kinderwerbung – Schokoriegel mit Nüssen | 178 |
| | Beschluss der Lauterkeitskommission vom 17. März 2010 (239/09) | |

Einsicht in Einstellungsverfügung im Fall Nef

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 19. Mai 2010
(VB.2010.00025; nicht rechtskräftig)

10-115

Personen der Zeitgeschichte haben sich auch ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 30 Abs. 3 BV eher Eingriffe in ihre Privatsphäre gefallen zu lassen. An der Klärung von Vorwürfen, welche zumindest nicht abwegig erscheinen, besteht ein gewichtiges Interesse. Voraussetzung für eine Klärung ist Transparenz: Zweck der Entscheidöffentlichkeit nach Art. 30 Abs. 3 BV ist gerade, Spekulationen, dass gewisse Personen von der Justiz bevorzugt werden, zu begegnen. Wohl trifft die Prangerwirkung des Öffentlichkeitsprinzips Roland Nef umso härter, als das übliche Mittel zur Gewährleistung des Persönlichkeitsschutzes – die Anonymisierung – hier ausscheidet. Gleichzeitig ist es jedoch nicht angezeigt, die Entscheidöffentlichkeit aufgrund des Bekanntheitsgrads des Betroffenen auszuschliessen.

Les personnalités de l'histoire contemporaine laissent faire, en général avec plaisir, des intrusions dans leur sphère privée, excepté dans le cas de l'art. 30 al. 3 Cst. Il existe un intérêt de poids à expliquer les reproches qui ne paraissent pas d'emblée dénués de sens. Or la transparence constitue précisément une condition pour cette explication: le but de la publicité du jugement, selon l'art. 30 al. 3 Cst., est justement de contrer l'idée selon laquelle certaines personnes bénéficieraient d'un traitement privilégié de la part des autorités. Sans doute Roland Nef ressent-il d'autant plus l'influence du principe de publicité que le moyen usuel de la garantie de la protection de la personnalité – l'anonymisation – a été écarté ici. En même temps, il n'est pas indiqué d'exclure la publicité du jugement, en raison du degré de notoriété de la personne concernée.

Stichwörter Einstellungsverfügung; Einsichtsgesuch; aktive Information; schutzwürdiges Interesse

Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 30 Abs. 3 BV; Art. 53 StGB; Art. 49 KV-ZH; § 10 Abs. 2, 14 Abs. 1, 17 Abs. 1 lit. a IDG; § 12 Abs. 1 IDV

Sachverhalt (Zusammenfassung)

Gegen Roland Nef wurde aufgrund einer Strafanzeige seiner ehemaligen Lebenspartnerin ein Strafverfahren wegen Nötigung etc. eröffnet, welches von der Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich eingestellt wurde. Daraufhin erhoben verschiedene Journalisten ein Einsichtsgesuch in die Einstellungsverfügung. Die Staatsanwaltschaft I hiess diese Gesuche teilweise gut und ordnete an, die Einstellungsverfügung den Gesuchstellern auszuhändigen, wobei alle Hinweise, welche die Person der Anzeigerstatterin betreffen, zu anonymisieren seien. Ge-

gen diese Herausgabe erhob Roland Nef Rekurs, den die Oberstaatsanwaltschaft guthiess und damit die Herausgabe untersagte. Dagegen gelangten verschiedene Medien und Journalisten ans Verwaltungsgericht, welches den Rekurs guthiess.

Aus den Erwägungen

1. (...)

2.

2.1–2.6 (...)

2.7 Die Staatsanwaltschaft I ist in ihrer Verfügung vom 15. Dezember 2008 davon ausgegangen, im Bereich der aktiven Information tätig zu sein. So verwies sie zur Begründung der Herausgabe auf Art. 49 KV sowie § 14 Abs. 1 IDG, welche für die öffentlichen Organe eine Informationspflicht festlegen würden. Da Roland Nef wie auch seine ehemalige Lebensgefährtin die Zustimmung für eine Information der Öffentlichkeit verweigert hätten, sei zu prüfen, ob eine Veröffentlichung der Einstellungsverfügung – wie in § 17 Abs. 1 lit. a IDG vorgesehen – gestützt auf eine hinreichend bestimmte Regelung in einem formellen Gesetz möglich sei (act. 10/8 E. 4.1.3).

2.8 Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Die Einstellungsverfügung gegen Roland Nef erging am 23. Oktober 2007. Ein erstes Gesuch um Einsicht in die Verfügung wurde am 18. Juli 2008 eingereicht. Darauf ordnete die Staatsanwaltschaft I am 15. Dezember 2008 die Herausgabe der Verfügung an vier Journalisten an. Zwischen Einstellungsverfügung und geplanter Publikation vergingen demnach zwölf Monate. Von einer raschen Information der Öffentlichkeit, wie sie geboten ist, kann deshalb nicht die Rede sein. Zudem ist offensichtlich, dass der Anstoss für die geplante selektive Herausgabe der Einstellungsverfügung von den um Einsicht ersuchenden Medien kam. Es kann daher nicht gesagt werden, die Staatsanwaltschaft I habe von sich aus informiert, wie dies § 14 Abs. 1 IDG vorschreibt. Folglich sind die Bestimmungen über die aktive Information nicht einschlägig.

2.9 Darüber hinaus ist fraglich, ob die von der Staatsanwaltschaft I für eine aktive Information herangezogenen Art. 6 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101) respektive Art. 30 Abs. 3 BV eine hinreichend bestimmte Regelung darstellen, wie sie § 17 Abs. 1 lit. a IDG bei besonderen Personendaten verlangt. Die beiden Bestimmungen schreiben lediglich die Öffentlichkeit der Urteilsverkündung (Art. 6 Abs. 1 EMRK) beziehungsweise von Urteilsverkündung und Gerichtsverhandlung (Art. 30 Abs. 3 BV) vor.

Einstellungsverfügungen werden dagegen nicht genannt. Zudem lassen beide Bestimmungen Ausnahmen zu.

3.

3.1 Nach dem Gesagten lässt sich eine Herausgabe der Einstellungsverfügung nicht auf die Bestimmungen über die aktive Information gemäss IDG stützen. Ein Einsichtsgesuch wiederum scheitert am Vetorecht der Betroffenen nach § 26 Abs. 2 IDG. Auf einem anderen Blatt steht, ob die Bestimmungen des kantonalen Rechts mit den Vorgaben des Bundesrechts vereinbar sind.

3.2–3.5 (...)

3.6 Das Bundesgericht knüpft das Einsichtsrecht bei Verfahrenserledigungen an verschiedene Voraussetzungen (kritisch zum dogmatischen Ansatz des Bundesgerichts Stephan Brunner, Einsichtnahme in Einstellungs- und Nichtanhandnahmeverfügungen bei Strafverfahren, Urteil des Bundesgerichts vom 2. April 2008 [1C_302/2007], *medialex* 2008, S. 144 ff.). Nicht verfahrensbeteiligte Dritte müssen ein schutzwürdiges Informationsinteresse nachweisen. Ihr Informationsinteresse ist zudem im Sinn des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit gegen allfällige besondere Geheimhaltungsinteressen der Justizbehörden oder von mitbetroffenen Dritten abzuwägen. Durch die Einsichtnahme darf namentlich die Funktionsfähigkeit der Strafjustiz nicht gefährdet werden. Bei entgegenstehenden privaten oder öffentlichen Interessen ist allerdings zu prüfen, ob diesen nicht durch Kürzung oder Anonymisierung ausreichend Rechnung getragen werden kann. Jegliche Information aus diesem Bereich der Justiztätigkeit von vornherein völlig auszuschliessen, hiesse für das Bundesgericht demgegenüber, rechtsstaatlich unzulässige Reservate behördlicher Willkür oder intransparenter «Geheimjustiz» zu öffnen (BGE 134 I 286 E. 6.3; siehe auch BGE 133 I 106 E. 8.1).

3.7 Der Anspruch auf Einsicht gemäss Art. 30 Abs. 3 BV umfasst damit im Bereich des Strafrechts Urteile, Strafverfügungen sowie Verfahrenserledigungen ohne Straffolgen. Voraussetzungen respektive Schranken der Einsichtnahme variieren indes. Von der öffentlichen Verkündung gerichtlicher Urteile darf nur in Ausnahmefällen abgesehen werden (vgl. Biaggini, Art. 30 N. 21; Steinmann, Art. 30 N. 40; Müller/Schefer, S. 978; Martin Kayser, Die öffentliche Urteilsverkündung in der künftigen Schweizer Zivil- bzw. Strafprozessordnung, in: Benjamin Schindler/Regula Schlauri [Hrsg.], *Auf dem Weg zu einem einheitlichen Verfahren*, Zürich 2001, S. 47 ff., 60 f.). Im Übrigen ist dem berechtigten Interesse der Privaten am Persönlichkeits- und Datenschutz mit der Anonymisierung des Urteils Rechnung zu tragen (BGE 133 I 106 E. 8.3). Bei Strafverfügungen scheint das Bundesgericht das Einsichtsrecht hingegen von bestimmten Voraussetzungen abhängig zu machen. Die Person, die Einsicht in eine Strafverfügung verlangt, hat ein berechtigtes Interesse darzulegen (BGE 124 IV 234 E. 3d). Gleichzeitig sind gemäss Bundesgericht an behördliche Einschränkungen des Einsichtsrechts strenge Massstäbe anzulegen. Es soll genügen, wenn der Gesuchsteller ein ernsthaftes Interesse an der Kenntnisnahme glaubhaft macht (a.a.O.; so auch BGE 134 I 286 E. 5.1; BGr, 1. September 2006, 1P.298.2006 E. 2.2,

www.bger.ch). Auch bei Verfahrenserledigungen ergibt sich aus Art. 30 Abs. 3 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK kein pauschaler und unbeschränkter Anspruch von nicht verfahrensbeteiligten Dritten, in Einstellungs- und Nichtanhandnahmeverfügungen Einsicht zu nehmen. Das Einsichtsrecht wird vom Bundesgericht davon abhängig gemacht, dass der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Informationsinteresse nachweisen kann und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen der beantragten Einsichtnahme entgegenstehen (BGE 134 I 286 E. 6.5 und 6.6).

3.8 Innerhalb der Verfahrenserledigung lassen sich der bundesgerichtlichen Praxis keine weiteren Differenzierungen entnehmen. Allerdings ist offensichtlich, dass das Bundesgericht bei seinem Entscheid vom 2. April 2008 (BGE 134 I 286) nicht wie hier eine Verfahrenseinstellung aufgrund von Art. 53 des Strafgesetzbuches (StGB, SR 311.0) vor Augen gehabt hat. So führt das Gericht in jenem Entscheid aus, eine Verfahrenserledigung durch Einstellungs- bzw. Nichtanhandnahmeverfügung erfolge grundsätzlich aufgrund eines Prozesshindernisses oder aber, wenn im Hinblick auf eine gerichtliche Beurteilung mit grosser Wahrscheinlichkeit ein Freispruch mangels Beweisen oder Strafbarkeit erfolgen würde (BGE 134 I 286 E. 6.2). Auslöser für das dem Entscheid vom 2. April 2008 zugrunde liegende Einsichtsgesuch bildete nach dem Vorbringen des gesuchstellenden «Vereins gegen Tierfabriken» der Umstand, dass verschiedene Anzeigen gegen den Inhaber einer Pferdehandlung wegen Verstosses gegen tierschutzgesetzliche Vorschriften «auf dubiose Weise allesamt im Sand verlaufen» respektive «sang- und klanglos» eingestellt worden waren (siehe BGr, 2. April 2008, 1C_302/2007 E. 3, www.bger.ch [die Erwägung ist in BGE 134 I 286 nicht wiedergegeben]).

3.9 Art. 53 StGB zielt auf eine andere Konstellation. Nach Art. 53 StGB sieht die zuständige Behörde von einer Strafverfolgung, einer Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung ab, sofern der Täter den Schaden gedeckt oder alle zumutbaren Anstrengungen unternommen hat, um das von ihm bewirkte Unrecht auszugleichen, und weiter die Voraussetzungen für die bedingte Strafe erfüllt (lit. a) und das Interesse der Öffentlichkeit und des Geschädigten an der Strafverfolgung gering sind (lit. b). Die Wiedergutmachung dient in erster Linie dem Opfer, dem oft mehr am Ersatz des Schadens als an einer Bestrafung des Täters liegt. Im Idealfall akzeptiert der Geschädigte die Wiedergutmachung, indem er erklärt, an einer Bestrafung des Beschuldigten kein Interesse mehr zu haben; die Zustimmung des Geschädigten ist allerdings nicht zwingend (Franz Riklin, *Basler Kommentar*, 2007, Art. 53 StGB N. 16; BGE 135 IV 12 E. 3.4.1). Die Wiedergutmachung zeitigt dabei je nach Verfahrensstadium unterschiedliche Wirkung. Wird das Unrecht umgehend ausgeglichen, kann die Untersuchungsbehörde von einer Strafverfolgung absehen. Ist die Strafverfolgung bereits im Gang, kann die Staatsanwaltschaft das Verfahren einstellen oder von einer Überweisung an das Gericht absehen. Sind die Voraussetzungen der Wiedergutmachung erst im Gerichtsverfahren gegeben, steht dem Gericht nur noch der Schuldspruch bei gleichzeitigem Strafverzicht offen (BGE 135 IV 27 E. 2.3).

Indem der Geschädigte regelmässig sein Desinteresse erklärt, unterscheidet sich eine Verfahrenseinstellung nach Art. 53 StGB von einem behaupteten Sachverhalt, wie er dem Entscheid des Bundesgerichts vom 2. April 2008 (BGE 134 I 286) zugrunde lag. Die Einstellung erfolgt im Anwendungsbereich von Art. 53 StGB gerade nicht «sang- und klanglos», sondern meist mit Zustimmung des Geschädigten. Aus dem Desinteresse des Geschädigten lässt sich indes nicht schliessen, eine Verfahrenseinstellung aufgrund von Art. 53 StGB sei generell vom Anwendungsbereich von Art. 30 Abs. 3 BV auszuklammern. Auch Art. 53 StGB stellt das Verfahren nicht in das Belieben der Parteien; die Einstellung bedarf der Approbation der Behörden. Es geht deshalb nicht, innerhalb des Justizwesens einen eigentlichen Geheimbereich zu schaffen. Zudem liegen dem Einsichtsgesuch des «Vereins gegen Tierfabriken» ähnliche Überlegungen zugrunde wie dem Gesuch der Beschwerdeführenden im vorliegenden Fall. Beiden Einsichtsgesuchen ist gemeinsam, dass die Korrektheit der jeweiligen Verfahrenseinstellung in Zweifel gezogen wird. So bringen die Beschwerdeführenden vorliegend vor, es stehe der Vorwurf im Raum, Roland Nef habe aufgrund seiner damals bevorstehenden Wahl zum Armeechef eine Sonderbehandlung erfahren (act. 4/2 S. 10 f., 13).

Eine Wiedergutmachung nach Art. 53 StGB setzt daneben voraus, dass der Beschuldigte die Normverletzung anerkennt (BGr, 13. Mai 2008, 6B_152/2007, E. 5.2.3, www.bger.ch; BGE 135 IV 12 E. 3.5.3; anders Riklin, Art. 53 N. 18). Auch diesbezüglich besteht eine Differenz zu den vom Bundesgericht genannten Konstellationen der Verfahrenseinstellung mangels Beweisen oder aufgrund eines Prozesshindernisses. Das Eingeständnis des Beschuldigten spricht dabei freilich für eine Einsichtnahme in die Verfügung. Die Eigenheiten einer Verfahrenseinstellung nach Art. 53 StGB legen aber immerhin den Schluss nahe, an ein entsprechendes Einsichtsgesuch strenge Massstäbe anzulegen. Den unterschiedlichen Gründen für eine Verfahrenserledigung ist folglich im Rahmen der Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen Rechnung zu tragen. Einen gänzlichen Ausschluss des Einsichtsrechts bei Verfahrenserledigungen gestützt auf Art. 53 StGB vermögen die Unterschiede aber nicht zu rechtfertigen.

3.10 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass Art. 30 Abs. 3 BV nicht verfahrensbeteiligten Dritten unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf Einsicht in eine Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft verleiht. § 26 Abs. 2 IDG, der eine Einsicht in besondere Personendaten von der Zustimmung der Betroffenen abhängig macht, erweist sich insofern als verfassungswidrig. Der Bestimmung muss deshalb hier, wie sich zeigen wird, die Anwendung versagt bleiben.

4.

4.1–4.3 (...)

4.4 Das von den Beschwerdeführenden geltend gemachte Informationsinteresse beschlägt demnach im Wesentlichen zwei Themenkreise, die ihrerseits zusammenhängen: Zum einen geht es um die Bedeutung des Strafverfahrens gegen Roland Nef in Zusammenhang mit dessen Wahl und späterem Rücktritt als Armeechef, zum andern um die Hintergründe und

Umstände der Verfahrenseinstellung durch die Staatsanwaltschaft I. Der erste Aspekt betrifft das Verhalten der Bundesbehörden, der zweite hauptsächlich jenes der Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich. Die beiden Aspekte sind nachfolgend zu vertiefen.

5.

5.1 (...)

5.2 Stellung, Bedeutung und Funktion des Armeechefs bringen es mit sich, dass nicht nur an seiner Person (vgl. zur Figur der absoluten bzw. relativen Person der Zeitgeschichte etwa BGE 127 III 481 E. 2c/bb), sondern auch an den Umständen seiner Wahl ein gewichtiges Informationsinteresse der Öffentlichkeit besteht. Vieles ist dabei mittlerweile bekannt (vgl. den Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats [GPK-N] vom 28. November 2008, Umstände der Ernennung von Roland Nef zum Chef der Armee, BBI 2009, 3425 ff., 3434 ff.). Bei der Fülle von Informationen, welche die GPK-N zutage gefördert hat, ist ihr die Einsicht in die Einstellungsverfügung vom 23. Oktober 2007 allerdings verwehrt geblieben (vgl. GPK-N, BBI 2009, 3433).

Die GPK-N hatte die Oberstaatsanwaltschaft mit Schreiben vom 21. Oktober 2008 ersucht, ihr in geeigneter Form und unter strikter Wahrung der Vertraulichkeit sensibler Informationen Einsicht in die Akten des abgeschlossenen Strafverfahrens gegen Roland Nef zu gewähren. Sie machte im Wesentlichen geltend, eine hinreichende Beurteilung der Umstände, die zur Wahl von Roland Nef geführt hätten, sei ohne Einsicht in die Strafakten nicht möglich. Sie sei nicht an der Art der Durchführung der Strafuntersuchung interessiert, sondern an der Frage, wieweit die in der Öffentlichkeit geäusserten Vorwürfe gegen Roland Nef, die seine Eignung als Chef der Armee in Frage stellten und schliesslich zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses geführt hätten, einen realen Hintergrund aufwiesen. Es bestehe «ein erhebliches Interesse an der Beantwortung der Frage, ob tatsächlich ein Risiko für die Sicherheit der Schweiz bestanden haben könnte» (a.a.O.).

Die Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich händigte der GPK-N in der Folge lediglich drei Aktenstücke aus der Strafuntersuchung in Kopie aus. Sie begründete dies unter anderem damit, die Frage, ob allenfalls ein Risiko für die Sicherheit der Schweiz bestanden haben könnte, hänge nur am Rande mit der Klärung der Hintergründe der Wahl zusammen. Der Zugang zu den übrigen Akten des eingestellten Strafverfahrens sei deshalb für die Wahrung der Oberaufsicht nicht notwendig. Detailkenntnisse über die Art und Weise der einzelnen vorgenommenen Handlungen seien für die Beurteilung der Frage des Sicherheitsrisikos wenig hilfreich und lieferten zur Beantwortung der Sicherheitsfrage kaum Antworten, zumal die Kommission auch nicht dargetan habe, inwiefern Erkenntnisse aus den Akten zur Beantwortung dieser Frage dienlich sein könnten (GPK-N, BBI 2009, 3433).

5.3 Nicht nur der GPK-N fehlten genauere Kenntnisse über den Inhalt des Strafverfahrens gegen Roland Nef. Aus dem Bericht der GPK-N ergibt sich, dass weder Bundesrat Samuel Schmid noch die für die Beurteilung des Sicherheitsrisikos zuständige Fachstelle Personensicherheitsprüfung (PSP) noch die

Abteilung für Informations- und Objektsicherheit Einsicht in die Verfahrensakten genommen haben. Letztere beiden hätten hierzu immerhin die Möglichkeit gehabt. Sie verzichteten am 2. August 2007 jedoch darauf – angeblich, weil sie das Ende des Verfahrens abwarten wollten (vgl. GPK-N, BBI 2009, 3447 f.).

Nachdem Roland Nef seine Ermächtigung zur Einholung von Auskünften am 20. November 2007 widerrufen hatte, versuchte die Fachstelle PSP das Versäumnis im Rahmen einer persönlichen Befragung vom 13. Dezember 2007 zu korrigieren, indem Roland Nef verpflichtet wurde, Bundesrat Samuel Schmid vollumfänglich über den Inhalt des Strafverfahrens zu informieren. Damit, so hat die GPK-N festgehalten, überliess es die Fachstelle PSP dem Ermessen Roland Nefs, ob und inwieweit er Samuel Schmid tatsächlich informieren wollte (vgl. GPK-N, BBI 2009, 3473). Bundesrat Samuel Schmid hatte seinerseits keine Kenntnis von der internen endgültigen Risikoanalyse der Fachstelle. Er wusste weder, dass die Fachstelle keine Kenntnis vom Inhalt des Strafverfahrens hatte, noch war ihm bekannt, dass Roland Nef seine Ermächtigung zur Einsichtnahme zurückgezogen hatte. Die positive Risikoverfügung der Fachstelle PSP war nach Meinung der GPK-N schliesslich geeignet, bei Bundesrat Samuel Schmid den Eindruck zu verstärken, am Verfahren gegen Roland Nef sei nichts dran (BBI 2009, 3475). Roland Nef seinerseits hat, so die GPK-N, «alles getan, um die Hintergründe der Strafverfolgung zu verharmlosen» (BBI 2009, 3469). Unter anderem unterzeichnete er eine Bestätigung, dass er Bundesrat Samuel Schmid vollumfänglich über das eingestellte Verfahren orientiert habe (BBI 2009, 3451).

5.4 Das Strafverfahren bildete demnach den blinden Fleck im Zusammenhang mit der Wahl Roland Nefs zum Armeechef. Mit Recht ist die GPK-N zum Schluss gekommen, das öffentliche Interesse hätte es von den zuständigen Stellen verlangt, die Hintergründe des Strafverfahrens zumindest in groben Umrissen auszuleuchten (BBI 2009, 3478). Dies haben sie jedoch aus unterschiedlichen Gründen unterlassen.

5.5 Die Unkenntnis dauert bis heute an. Was zum Strafverfahren bekannt ist, stützt sich weitgehend auf die von der «SonntagsZeitung» publik gemachte Strafanzeige von Roland Nefs ehemaliger Lebenspartnerin (SonntagsZeitung, 20. Juli 2008, S. 1, «Akte Roland Nef: Darum hat ihn seine Ex-Partnerin angezeigt», S. 3, «Das Stalking-Protokoll»). Roland Nef hat darauf verzichtet, seine Sicht der Ereignisse darzulegen. Zum einen verwies er auf ein mit der Anzeigerstatterin abgeschlossenes Stillschweigeabkommen, zum andern hielt er fest, es handle sich um eine Privatsache ohne Zusammenhang mit seinem Amt. Allerdings räumte er ein, nicht immer vernünftig gehandelt zu haben (vgl. GPK-N, BBI 2009, 3456). Auch wenn die Verfahrenseinstellung gestützt auf Art. 53 StGB darauf schliessen lässt, dass zumindest ein Teil der Vorwürfe zutrifft, bedeutet dies, dass die Informationen der Öffentlichkeit über eine Angelegenheit, die den Chef der Schweizer Armee sein Amt kostete und die überdies im Zusammenhang mit dem Rücktritt von Bundesrat Samuel Schmid steht, grösstenteils allein auf den Aussagen der Anzeigerstatterin basieren.

5.6 Nach wie vor steht auch die Frage im Raum, ob die Fachstelle PSP in Kenntnis der Details des Strafverfahrens oder

zumindest der Einstellungsverfügung zugunsten Roland Nefs eine positive Risikoverfügung ausgestellt hätte. Dieselbe Frage – Wie hätten die Behörden in Kenntnis der Tatsachen gehandelt? – stellt sich auch beim Entscheid von Samuel Schmid, Roland Nef dem Gesamtbundesrat als Chef der Armee vorzuschlagen, sowie bei der Ernennung Roland Nefs zum Armeechef durch den Gesamtbundesrat. Abgesehen von derartigen kontrafaktischen Fragestellungen ist aber vor allem unklar, ob Roland Nef überhaupt zum Chef der Armee hätte gewählt werden dürfen. Die GPK-N hat hierzu im Anschluss an die Darstellungen des einschlägigen Rechts ausgeführt (BBI 2009, 3478):

«Mangels Einsicht der Untersuchungsakten der zuständigen Strafverfolgungsbehörde konnte die GPK-N nicht überprüfen, inwiefern die konkrete Aktenlage Rückschlüsse auf allfällige Eignungsdefizite von Roland Nef erlaubt hätte, die im Lichte der angestrebten Funktion und des Erfordernisses des guten Leumunds von Belang gewesen wären, oder inwieweit die mutmasslichen Handlungen von Roland Nef zu einem Sicherheitsrisiko hätte führen können.»

5.7 Entgegen der Ansicht der Vorinstanz (vgl. act. 4/4 E. 5.1.3) ist der Inhalt der Einstellungsverfügung für die Beurteilung von Wahl und Absetzung Roland Nefs als Chef der Armee deshalb sehr wohl von Bedeutung. Ein schutzwürdiges Informationsinteresse der Gesuchsteller erscheint folglich als glaubhaft.

6.

6.1 In der Öffentlichkeit ist im Fall Roland Nef nicht nur das Verhalten der Bundesbehörden diskutiert worden. Auch das Vorgehen der Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich im Zusammenhang mit der Einstellung des Strafverfahrens bildete Gegenstand kontroverser Debatten. Stellt man auf den Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats ab, fällt auf, dass nach Aussage Roland Nefs die Staatsanwaltschaft ihm bereits im Anschluss an eine Einvernahme vom 26. Januar 2007 eine Beilegung des Verfahrens in Aussicht gestellt hatte. Die Staatsanwaltschaft soll gesagt haben, sie lasse das Verfahren im Einvernehmen mit den Anwälten etwa ein halbes Jahr ruhen. Danach solle über die Beilegung gesprochen werden (BBI 2009, 3439). In der Folge äusserte sich Roland Nef gegenüber Bundesrat Samuel Schmid mehrmals in diesem Sinn. So stellte er im April 2007 die Einstellung des Verfahrens in Aussicht (BBI 2009, 3441).

6.2 Bereits als die «SonntagsZeitung» am 13. Juli 2008 erstmalig über das Strafverfahren gegen Roland Nef berichtete, warf sie die Frage auf, wie Roland Nef «während der Kandidatengespräche im Frühjahr 2007 zusichern [konnte], dass die Zürcher Staatsanwaltschaft das Verfahren später einstellen wird» (SonntagsZeitung, 13. Juli 2008, S. 3, «Die Akte über Armeechef Nef»). Nach Erscheinen des Berichts der GPK-N griff sie die Thematik erneut auf und kritisierte das Vorgehen der Staatsanwaltschaft. Dabei äusserte sich auch der Leitende Staatsanwalt kritisch zum angeblichen Vorgehen, stellte aber gleichzeitig die Korrektheit der Angaben im Bericht der GPK-N in Frage (SonntagsZeitung, 4. Januar 2009, S. 4, «Fall Nef: Fehlentscheidung der Staatsanwaltschaft», S. 17, «Verdacht auf Geheimjustiz»). Auch der «SonntagsBlick» hinterfragte den Ver-

fahrensabschluss (SonntagsBlick, 4. Januar 2009, S. 22 f., «Neue Nef-Untersuchung»). Die «Weltwoche» hatte ihrerseits noch vor Erscheinen des Berichts der GPK-N eine Einflussnahme vonseiten der Bundesbehörden insinuiert (Weltwoche, Nr. 30/2008, S. 12 f., «Raketenhafter Auf- und Abstieg», Nr. 34/2008, «Narziss und Goldmund», S. 12 f.).

Daraufhin beschäftigte sich offenbar die Geschäftsprüfungskommission des Zürcher Kantonsrats mit dem Verfahren (Neue Zürcher Zeitung, 22. August 2008, S. 43, «Zürcher Kantonsrat schaltet sich in der Affäre Nef ein»). Auch die Direktion der Justiz und des Innern nahm sich verschiedener Vorwürfe an die Adresse der Staatsanwaltschaft an (siehe den Bericht vom 1. September 2008 zur Strafuntersuchung im Fall Nef durch die Strafverfolgung Erwachsene des Kantons Zürich). Nach Veröffentlichung des Berichts wurde im Kantonsrat mittels Interpellation eine Untersuchung durch eine externe Fachperson angeregt. Der Bericht der Justizdirektion vom 1. September 2008 sei «lückenhaft und nicht neutral». Da die Akten im Fall Nef von keiner unabhängigen Kommission hätten eingesehen werden können, lasse sich nicht sagen, ob das Vorgehen der Staatsanwaltschaft juristisch korrekt gewesen sei (KR-Nr. 2/2009). Die Beschwerde macht denn auch geltend, aufgrund der Umstände der Untersuchung dränge sich der Verdacht auf, Roland Nef habe aufgrund der damals anstehenden Wahl zum Armeechef eine Sonderbehandlung erfahren (act. 4/2 S. 13).

6.3 Im Kern ziehen die aufgeworfenen Fragen den korrekten Ablauf der Untersuchung in Zweifel. Roland Nef, so die Vorwürfe, soll aufgrund seiner Stellung protegirt und privilegiert worden sein. An der Klärung der Vorwürfe besteht daher ein gewichtiges Interesse – zumal die Vorwürfe zumindest nicht abwegig erscheinen. Voraussetzung für eine Klärung ist Transparenz: Zweck der Entscheidöffentlichkeit nach Art. 30 Abs. 3 BV ist gerade, Spekulationen, dass gewisse Personen von der Justiz bevorzugt werden, zu begegnen (vgl. Zeller, MediaLex 2003, S. 16 f.).

6.4 Dass die in den Medien angestellten Mutmassungen in der Einstellungsverfügung in den Augen der Kammer keine Stütze finden, ist unerheblich. Zum einen schafft ein entsprechender Befund des Gerichts die Vorwürfe nicht aus der Welt. Zum anderen – und dies ist entscheidend – ist es nicht Zweck des vorliegenden Verfahrens, zu urteilen, ob die Mutmassungen korrekt oder falsch sind. Dies ist gegebenenfalls Sache der Öffentlichkeit. Zu prüfen ist, ob ein schutzwürdiges Interesse der Gesuchsteller an einer Einsichtnahme in die Einstellungsverfügung als glaubhaft erscheint. Dies ist nach dem Gesagten auch hinsichtlich der Hintergründe der Vefahrenseinstellung durch die Staatsanwaltschaft I zu bejahen.

6.5 Unerheblich ist entgegen dem Dafürhalten der Vorinstanz (vgl. act. 4/4 E. 5.1.1) und der ehemaligen Lebenspartnerin Roland Nefs, X (vgl. act. 10/7/10 S. 2), dass die Justizdirektion die aufgeworfenen Fragen zu beantworten versucht hat. Die Kontrolle durch eine staatliche Instanz vermag die demokratische Kontrolle durch die Öffentlichkeit nicht zu ersetzen. Dies gilt umso mehr, als die Justizdirektion Vorkommnisse innerhalb der eigenen Direktion untersucht hat. Die Justizdirek-

tion, welche Einsicht in die Einstellungsverfügung hatte, ist im erwähnten Bericht vom 1. September 2008 zum Schluss gekommen, dass es im Zeitraum zwischen Eröffnung des Strafverfahrens und dessen Einstellung keine Anhaltspunkte für Einfluss- und Druckversuche seitens des VBS auf die Zürcher Behörden gegeben habe (S. 2). Auch sonst wurden keinerlei Irregularitäten festgestellt, namentlich im Hinblick auf den in den Medien wiederholt thematisierten vermeintlichen Abbruch einer Polizeiaktion gegen Roland Nef im November 2006 (S. 3). Die Untersuchung sei unabhängig von Person und Stellung Roland Nefs erfolgt und die Einstellung des Verfahrens aufgrund von Art. 53 StGB rechtlich begründet gewesen (S. 6). Diese Einschätzung wird auch vom Regierungsrat geteilt (RRB-Nr. 290, 25. Februar 2009).

6.6 Auch das Verdikt der nationalrätlichen GPK, das Strafverfahren sei korrekt durchgeführt worden (BBI 2009, 3477), ändert an der Schutzwürdigkeit des Interesses der Gesuchsteller nichts. Wohl hat die GPK-N anders als die Justizdirektion nicht in eigener Sache untersucht. Auch ihr Bericht vermag jedoch eine demokratische Kontrolle durch die Öffentlichkeit nicht zu ersetzen.

7.

7.1–7.3 (...)

7.4 Im vorliegenden Verfahren wird nicht über das öffentliche Interesse an einer Strafverfolgung Roland Nefs befunden (insofern unzutreffend dessen Beschwerdeantwort, act. 11). Wie zuvor dargelegt, ist zu prüfen, ob ein Interesse an einer Einsichtnahme glaubhaft erscheint; dieses ist in der Folge gegen Geheimhaltungsinteressen Dritter und der Behörden abzuwägen. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz (vgl. act. 4/4 E. 6) führt eine Gutheissung des Einsichtsgesuchs deshalb nicht dazu, dass das öffentliche Interesse an einer Strafverfolgung nochmals neu von einer Justizbehörde beurteilt wird. Eine Gutheissung führt höchstens dazu, dass die Öffentlichkeit die entsprechende Frage anders beurteilt. Eine solche demokratische Kontrolle von Justiz und Staatsanwaltschaft bildet aber gerade die Essenz der Entscheidöffentlichkeit.

7.5 Konkret befasst sich die Einstellungsverfügung vom 23. Oktober 2007 (siehe auch die Verfügung der Staatsanwaltschaft I vom 15. Dezember 2008, act. 10/8 E. 5.1):

- in Erwägung 1 mit der Anzeige sowie der Verfahrensabtretung an die Staatsanwaltschaft I;
- in Erwägung 2 mit dem Inhalt der Anzeige;
- in Erwägung 3 mit den Ereignissen vom 26. Januar 2007 (insofern unzutreffend die Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 15. Dezember 2008, act. 10/8 E. 5.1);
- in Erwägung 4 mit den Einigungsbemühungen;
- in Erwägung 5 mit der Anwendung von Art. 53 StGB;
- in Erwägung 6 mit den Kostenfolgen;
- in Erwägung 7 mit der Herausgabe sichergestellter Gegenstände und eingereichter Beweisstücke.

Es steht ausser Frage, dass die Einstellungsverfügung Einblick in besondere Personendaten Roland Nefs und der Anzei-

geerstatteerin X gewährt und eine Publikation insofern deren Persönlichkeitsrechte tangiert. Ein derartiger Eingriff ist dem Grundsatz der Entscheidöffentlichkeit indes immanent (vgl. Zeller, MediaLex 2003, S. 16 f.; Vogel, Art. 78 N. 18) und insofern die Konsequenz daraus, dass das Bundesgericht auch Einstellungsverfügungen der Staatsanwaltschaft dem Anwendungsbereich von Art. 30 Abs. 3 BV unterstellt. Angesichts der hohen Bedeutung des Öffentlichkeitsprinzips ist der Eingriff indes hinzunehmen (vgl. BGE 119 Ia 99 E. 4b). Kann der Betroffene den Ausschluss der Verhandlungöffentlichkeit nicht allein gestützt auf seine Persönlichkeitsrechte verlangen (a.a.O.), muss dies umso mehr für die Entscheidöffentlichkeit gelten. Das Bundesgericht verlangt deshalb «besondere Geheimhaltungsinteressen» (BGE 134 I 286 E. 6.6). Solche sind vorliegend indes nicht auszumachen.

Wohl trifft die Prangerwirkung des Öffentlichkeitsprinzips (dazu BGE 119 Ia 99 E. 4b) Roland Nef umso härter, als das übliche Mittel zur Gewährleistung des Persönlichkeitsschutzes – die Anonymisierung – für ihn vorliegend ausscheidet. Gleichzeitig ist es jedoch nicht angezeigt, die Entscheidöffentlichkeit aufgrund des Bekanntheitsgrads des Betroffenen auszuschliessen (vgl. BGE 119 Ia 99 E. 4b). Personen der Zeitgeschichte haben sich auch ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 30 Abs. 3 BV eher Eingriffe in ihre Privatsphäre gefallen zu lassen (dazu BGE 127 III 481 E. 2c; Andreas Meili, Basler Kommentar, 2002, Art. 28 ZGB N. 52).

Auch die seit Anordnung der Verfahrenseinstellung verstrichene Zeit steht einer Einsichtnahme nicht entgegen. Wohl nimmt das Interesse an der Transparenz mit zunehmender Dauer ab, während der Schutz der Persönlichkeit des Betroffenen an Gewicht gewinnt (vgl. Zeller, Öffentliches Medienrecht, S. 170; ders., MediaLex 2003, S. 25). So kann etwa der Inhalt eines Strafurteils nach dessen Verkündung zu einem Geheimnis im Sinn von Art. 320 StGB werden, sofern die Identität des Betroffenen in Vergessenheit gerät (siehe BGE 127 IV 122, E. 3b/bb). Vorliegend steht jedoch eine *erstmalige* Verkündung zur Debatte. Zudem datiert das erste Einsichtsgesuch vom 18. Juli 2008; es wurde damit nur fünf Tage nach Bekanntwerden, dass eine Einstellungsverfügung überhaupt existiert, gestellt. Die Einstellungsverfügung selbst erging am 23. Oktober 2007; das erste Gesuch erfolgte damit knapp neun Monate nach Verfahrenseinstellung.

Die Persönlichkeitsrechte der Anzeigerstatteerin X können schliesslich dadurch gewahrt werden, dass die Identität – wie im vorliegenden Verfahren – durchweg unkenntlich gemacht wird.

8.

Dem Gesuch der Beschwerdeführerin um Einsichtnahme in die Einstellungsverfügung vom 23. Oktober 2007 ist nach dem Gesagten stattzugeben. Allerdings sind jene Passagen der Einstellungsverfügung unkenntlich zu machen, an deren Einsichtnahme kein schutzwürdiges Interesse glaubhaft erscheint. Dies trifft auf Erwägung 7 und Ziffer 3 des Dispositivs zu, wo die bei Roland Nef beschlagnahmten privaten Gegenstände sowie von der Anzeigerstatteerin eingereichte Beweismittel genannt werden. Zudem ist die Identität der Anzeigerstatteerin unkenntlich zu machen.

Die Gewährung des Einsichtsrechts richtet sich nach § 10 Abs. 2 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 der Verordnung über die Information und den Datenschutz (IDV, LS 170.41). Demnach stellt die Staatsanwaltschaft I den Beschwerdeführenden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Entscheids je eine Kopie der Einstellungsverfügung vom 23. Oktober 2007 in Sachen Roland Nef betreffend Nötigung etc. zu, wobei Erwägung 7 und Ziffer 3 des Dispositivs sowie die Identität der Anzeigerstatteerin unkenntlich zu machen sind.

9. (...)

Commentaire D'ordinaire, la rubrique *Die Entscheidung/La décision* publie de larges extraits de jugements marquants, soit du Tribunal fédéral, soit de la Cour européenne des droits de l'Homme. Tel n'est pas le cas aujourd'hui, puisque la présente décision émane d'une instance inférieure, le Tribunal administratif du canton de Zurich; qui plus est, celle-ci n'est pas entrée en force, la partie succombante ayant décidé de recourir au Tribunal fédéral. Le retentissement de ce que l'on a appelé l'affaire Nef – du nom de l'ancien chef de l'état-major général de l'armée, «démisionné» de son poste dans des circonstances troublantes – comme l'enjeu de la cause – d'éventuelles pressions sur la justice pour étouffer une plainte pénale qui aurait pu ruiner la carrière de Nef – nous ont conduit à faire une exception. Côté commentaire, nous nous imposerons cependant une certaine retenue, la décision n'étant pas finale. Cela dit, deux observations d'ordre plus général méritent d'être brièvement apportées. La première vise le secret qui, trop souvent encore, entoure les diverses décisions procédurales qui mettent fin à l'action pénale (ordonnances de classement ou, comme en l'espèce, prononcés de non-lieu). D'aucuns ont soutenu par le passé que ces décisions n'étaient pas soumises à la publicité du judiciaire, au motif que les textes constitutionnels pertinents ne garantissent formellement que l'accès du public aux audiences d'un tribunal, soit les débats proprement dits et la lecture du jugement. Hors séance, pas de salut, pourrait-on dire. Heureusement, une récente jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 134 I 286, résumé in *Medialex* 2008, p. 144), sur laquelle s'appuie à juste titre les juges zurichois (cf. considérant 3), a corrigé le tir en soulignant que ces décisions n'échappent pas en soi à la transparence. Cela dit, leur consultation présuppose que le requérant démontre un intérêt digne de protection à l'information, et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'oppose à la consultation. Si la seconde exigence nous paraît raisonnable, la première prête le flan à la critique, car elle se démarque complètement de ce qui prévaut en matière de publicité des documents administratifs: à l'exception d'Appenzell Rhodes-Extérieures, toutes les lois cantonales en la matière, de même que la Loi fédérale sur la transparence, se refusent de conditionner l'accès à l'existence d'un intérêt légitime. C'est normal: l'autorité requérante pourrait être tentée de jouer sur le critère de l'intérêt légitime pour occulter un document à sa guise. On relèvera que les juges zurichois, sans aller jusqu'à remettre en question la condition de l'intérêt légitime, l'ont tempérée; selon eux, il ne faut pas se montrer trop pointilleux: il n'y a pas à démontrer l'existence d'un intérêt légitime, il suffit de le rendre plausible (considérant 4. 1). C'est déjà un pas en avant...

Notre deuxième observation prolonge la première en ce sens qu'elle a trait à l'exigence d'absence d'intérêt prépondérant au secret. Autrement dit, c'est de la pesée des intérêts en présence qu'il s'agit. Là aussi, on doit se réjouir de l'opinion du Tribunal administratif zurichois. Il a rappelé que la protection de la personnalité a ses limites: lorsque, comme ici, sont en jeu la correction des autorités fédérales ou du ministère public, la publicité doit régner, même si un individu risque de voir sa vie intime placardée. On ose espérer que ce message sera reçu par les toujours plus nombreuses instances administratives qui sont appelées à procéder à de semblables pondérations dans des cas d'accès aux documents administratifs. Dans un pays qui, comme la Suisse, a une forte tradition de protection de la sphère privée, – à témoin le récent refus du Conseil d'Etat neuchâtelois de produire l'arrangement financier trouvé avec le recteur de l'Université cantonale, qu'il venait de mettre à la porte –, le signal clair donné par les juges zurichois vaut son pesant d'or.

Enfin, on ne saurait conclure sans saluer le remarquable soin apporté par le Tribunal administratif zurichois à motiver sa décision. Certes, il était attendu au tournant. Non seulement par les parties, mais aussi par le grand public, très alarmé par une affaire qui a jeté des doutes sur l'objectivité du processus de nomination du chef de l'état major général, et partant a ébranlé sa confiance dans les institutions. Les juges zurichois se voyaient donc contraints de sortir le grand jeu; à commencer par replacer une affaire à première vue triviale – la consultation d'une décision de non-lieu – dans son cadre constitutionnel. À savoir, outre la liberté de la presse, le principe, depuis longtemps reconnu, de la publicité des débats des autorités judiciaires, et celui, nouveau, dans notre pays du moins, de la publicité des documents des autorités publiques. Qu'une instance inférieure se montre aussi soucieuse des fondements de sa décision n'est pas fréquent.

Prof. Bertil Cottier, Lugano/Lausanne

1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht

1.1 Meinungsäusserungs- und Informationsfreiheit, Medienfreiheit

10-116

Bestrafung nach ungenügend recherchiertem Vergewaltigungsvorwurf gerechtfertigt

Medienfreiheit; strafrechtlicher Ansehensschutz; Presseberichte über Vergewaltigungsvorwurf gegen Baseballteam; Erkennbarkeit; gravierende Tatsachenbehauptung; Unschuldsumutung; strafrechtliche Busse; hohe Genugtuung; ungenügende Recherche; audiatur et altera pars

Art. 6 Abs. 2 und 10 EMRK

Urteil des EGMR (4. Kammer) vom 8.4.2010 (N° 45130/06 «Ruokanen u.a. c. Finnland»)

Auf seiner Titelseite publizierte ein finnisches Magazin im Mai 2001 die Schlagzeile «Baseball-Siegesfeier endete mit Vergewaltigung». Der kurze, ungebildete Artikel im Magazin schilderte den Fall einer Studentin, die im September 2000 im Anschluss an eine Party zur Feier des Meistertitels von einem der Baseballspieler in einem Hotel vergewaltigt worden sei, wobei mehrere andere Spieler das Opfer gehalten bzw. der Vergewaltigung zugeschaut hätten. Der Bericht beruhte auf den Aussagen, welche das Opfer und zwei Zeugen am Tag nach der Party gemacht hatten. Die Spieler des Baseballclubs waren von den Medienschaffenden nicht für eine Stellungnahme kontaktiert worden. Ihre Entgegnung wurde erst in der nächsten Ausgabe des Magazins publiziert. Nach dem Pressebericht leitete die Polizei Ermittlungen ein, die 2002 eingestellt wurden, da das Opfer den oder die Angreifer nicht identifizieren konnte.

In einem Strafverfahren mussten sich der Chefredaktor und der Journalist wegen qualifizierter Ehrverletzung verantworten. Sie wurden zur Bezahlung einer Busse sowie einer Genugtuungssumme an die Baseballspieler (in der Höhe von umgerechnet rund 89000 €) verurteilt. Die finnische Justiz bezeichnete u.a. die Aussagen der Studentin als unzuverlässig, da sie den Vorfall der Polizei nicht zur Anzeige gebracht hatte. Die Medienschaffenden hätten es unterlassen, die gravierenden Vorwürfe zu verifizieren.

Der Gerichtshof verneinte mit 5 gegen 2 Stimmen eine Missachtung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) der beiden Verurteilten. Die Identität der Spieler sei für die Leserschaft aufgrund der Bekanntgabe des Vereinsnamens erkennbar gewesen. Das Magazin habe die gravierenden Vorwürfe als Tatsachenbehauptungen präsentiert, ohne deren Wahrheitsgehalt durch Befragung des Opfers und der Spieler zu überprüfen. Diese Darstellung missachtete auch die Unschuldsumutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK).

In ihrer abweichenden Meinung beanstandeten die Richter Bratza und Bianku neben den ihres Erachtens übertriebe-

nen Anforderungen an die journalistische Sorgfaltspflicht und der Höhe der Genugtuungssummen insbesondere den Einsatz des Strafrechts in dieser Angelegenheit:

«Finally, in assessing the proportionality of the interference, I attach considerable weight to the fact that resort was had to criminal proceedings against the applicants and to the combination of the penalties imposed and the very substantial award of damages made in favour of the members of the team.

It is true that the Court has consistently held that, in view of the margin of appreciation left to Contracting States by Article 10, a criminal measure in response to defamation cannot, as such, be considered disproportionate to the aim pursued. However, it is also true that, in holding an interference with freedom of expression to have been disproportionate, the Court has on several occasions placed reliance on the fact that recourse could have been had to measures other than criminal sanctions, notably civil remedies (see, for example, *Lehideux and Isorni v. France*, judgment of 23 September 1998, Reports 1998-VII, §§ 51 and 57; *Raichinov v. Bulgaria* no. 47579/99, § 50, 20 April 2006). There appears to have been no reason in the present case why members of the team could not have been left to pursue their civil remedies against the applicants had they seen fit to do so.»

10-117

Bestrafung nach grundloser Kritik an Bürgermeister ist gerechtfertigte Sanktion

Meinungsfreiheit; strafrechtlicher Ansehensschutz; Diffamierung eines Bürgermeisters; Flugblatt; fehlende Tatsachengrundlage für gravierende Vorwürfe; exzessives Werturteil; Bestrafung gerechtfertigt

Art. 10 EMRK

Urteil des EGMR (5. Kammer) vom 11.5.2010 (N° 29784/06 «Fleury c. Frankreich»)

Nachdem er von einem anderen Politiker körperlich angegriffen worden war, verlangte der Lokalpolitiker Michel Fleury vom Präsidenten der Gemeinde Clohars-Carnoët vergeblich die Veröffentlichung eines Berichts über den Vorfall im kommunalen Newsletter. In einem Flugblatt warf er dem Stadtpräsidenten deshalb Zensur und sinngemäss verschiedene Unregelmässigkeiten und Gesetzesverstöße vor. Auf Strafklage des Bürgermeisters wurde Fleury zu einer Busse von 4000 € und einer Genugtuung von 2000 € verurteilt. Fleury habe für seine gravierenden Vorwürfe weder den Wahrheits- noch den Glaubensbeweis erbringen können.

Wie die französische Justiz war auch der Gerichtshof einstimmig der Ansicht, Fleury habe die sehr weit gesteckten Grenzen politischer Kritik überschritten. Die Anschuldigungen waren extrem gravierend und konnten für Aussenstehende glaubwürdig wirken, weil sie von einem Insider (einem gewählten Mitglied des Conseil municipal) erhoben worden waren. Selbst wenn man Fleurys Vorwürfe als blosse Werturteile be-

trachte, seien sie exzessiv, denn es fehle ihnen jede Tatsachengrundlage. Zwar sei die ausgesprochene Sanktion relativ gewichtig, doch sie missachte die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) nicht:

«52. En l'espèce, le requérant a été condamnée à 4000 euros d'amende, à 2000 euros au titre des dommages et intérêts, et à 800 euros au titre de l'article 475-1 du code de procédure pénale. La cour d'appel confirma cette condamnation et y ajouta 1000 euros au titre des frais d'appel.

Si cette condamnation est relativement importante, la Cour rappelle qu'elle sanctionnait en l'espèce plusieurs allégations diffamatoires portées à l'encontre de la partie civile.»

10-118

Bestrafung nach Kritik an Schulmanager ist total unverhältnismässige Sanktion

Meinungsfreiheit; strafrechtlicher Ansehensschutz; Diffamierung eines Schulmanagers; Äusserung an Stadtratssitzung; teilweise fehlende Tatsachengrundlage der Vorwürfe; Verfahrenseinstellung unter Bedingungen; Einsatz strafrechtlicher Mittel völlig unverhältnismässig

Art. 10 EMRK

Urteil des EGMR (4. Kammer) vom 22.6.2010
(N° 41029/06 «Kurlowicz c. Polen»)

Der Präsident des Stadtrats (City Council) von Knyszyn erhob im Rahmen einer Debatte über die Zukunft des örtlichen Schulhauses zahlreiche Vorwürfe gegen dessen Manager (z.B. finanzielles Missmanagement, Verantwortungslosigkeit, Einschüchterung von Lehrern). Die Vorwürfe von Politiker Kurlowicz wurden in einem Artikel der Lokalpresse wiedergegeben. Auf Strafklage des Schulmanagers wurde Kurlowicz verurteilt, wobei die zweite Instanz das Strafverfahren unter verschiedenen Bedingungen provisorisch einstellte (Bezahlung eines Geldbetrags für wohltätige Zwecke; öffentliche Entschuldigung).

Das Vorgehen der polnischen Strafjustiz missachtete nach einstimmiger Ansicht des EGMR die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK). Der Gerichtshof erinnerte an den grossen Freiraum politischer Kritik. Es sei gerade die Aufgabe gewählter Volksvertreter, bei der Diskussion über den Einsatz öffentlicher Gelder unangenehme Fragen zu stellen. Umgekehrt müsse mit harter Kritik rechnen, wer eine öffentlich finanzierte Institution manage. Der Politiker habe den Manager lediglich wegen seiner beruflichen Tätigkeit kritisiert und nicht auf sein Privatleben gezielt. Zwar hätten einzelne seiner Vorwürfe nicht auf einer ausreichenden Tatsachengrundlage beruht. Dies vermöge aber keine strafrechtliche Sanktion zu rechtfertigen. Sie sei in einem solchen Zusammenhang komplett übertrieben:

«54. Lastly, the Court reiterates that the nature and severity of the penalty imposed are factors to be taken into account when assessing the proportionality of the interference (see, for example, *Sürek*, cited above, § 64, and *Chauvy and Others*, cited

above, § 78). In the present case, although the second-instance court rescinded the fine imposed on the applicant and conditionally discontinued the criminal proceedings, the applicant still has a criminal record (see paragraph 44 above). Although the Court has found on many occasions that a criminal measure as a response to defamation cannot, as such, be considered disproportionate to the aim pursued (see *Radio France and Others v. France*, no. 53984/00, § 40, ECHR 2004 II) it considers that, in cases such as the present one, which concern an open, candid political debate, recourse to a criminal prosecution resulting in the applicant's conviction must be seen as a wholly disproportionate measure (see, *mutatis mutandis*, *Długotecki v. Poland*, no. 23806/03, § 47, 24 February 2009).»

Anmerkungen Immer wieder hat sich der Gerichtshof mit dem Einsatz des Strafrechts gegen Diffamierungen zu befassen. Seine Rechtsprechung lässt die Tendenz erkennen, dass die Kriminalisierung herkömmlicher Ehrverletzungen zunehmend skeptischer beurteilt wird. Die drei oben geschilderten Fälle aus Frankreich, Finnland und Polen zeigen aber, dass die Strassburger Praxis noch alles andere als gefestigt ist. Der finnische Fall zum Vergewaltigungsvorwurf gegen ein Baseballteam weckt die Vermutung, dass es innerhalb des Gerichts unterschiedliche Auffassungen darüber gibt, wann der Einsatz des Strafrechts im Kampf gegen Diffamierungen legitim ist. Das polnische Urteil bindet selbst in Verfahren, bei denen keine Freiheitsstrafe zur Diskussion steht, den Einsatz des Strafrechts in politisch gefärbten Ehrverletzungsstreitigkeiten mit deutlichen Worten und einstimmig zurück. Im französischen Fall des diffamierenden Flugblatts hingegen thematisiert der Gerichtshof die Frage mit keinem Wort, ob der Einsatz des Strafrechts in dieser ebenfalls politischen Angelegenheit wirklich notwendig war. Diese Diskrepanz in zwei relativ ähnlich gelagerten Fällen ist ein weiterer Beleg dafür, dass die Strassburger Praxis nicht frei von Widersprüchen ist (vgl. die Anmerkungen zum Zulässigkeitsentscheid vom 21.1.2010 N° 2179/08 «Luan Rukaj c. Griechenland» in *medialex* 2/2010, S. 94: 10–80).

Die drei Urteilsbegründungen erwecken zudem den Eindruck, dass die einzelnen Abteilungen des Gerichtshofs die bisherige EGMR-Rechtsprechung zu dieser Frage nicht vollständig überblicken. Eine gelegentliche Klärung der Rechtslage (z.B. durch die Grosse Kammer des Gerichtshofs) wäre verdientvoll.

Dr. Franz Zeller, Bern

10-119

Tendenziöse Schlagzeile ist im Kontext des gesamten Artikels zu beurteilen

Medienfreiheit; zivilrechtlicher Ansehensschutz; marokkanische Königsfamilie; Verwicklung in Drogenhandel; Vorverurteilung; Zeitungsdirektor; Genugtuung; Urteilspublikation; ausreichende Recherche; tendenziöser Titel; Relativierung durch Gesamtzusammenhang

Art. 10 EMRK

Urteil des EGMR (3. Kammer) vom 1.6.2010 (N° 16023/07 «Gutiérrez Suárez c. Spanien»)

Die Tageszeitung «Diario 16» berichtete im Dezember 1995 über die Beschlagnahme von 4638 Kilo Haschisch durch die spanischen Behörden. Sie hatten die Drogen in einem für Fruchtransporte bestimmten Lastwagen entdeckt, der vom marokkanischen Tanger Richtung Madrid unterwegs war und der Firma «Domaines Royaux» des marokkanischen Königshaus gehörte. Die Zeitung schilderte die Angelegenheit auf der Titelseite unter der Schlagzeile «Une société familiale de Hassan II impliquée dans un trafic de stupéfiants». Der auf Seite 12 publizierte Zeitungsbericht trug den Titel: «Cinq tonnes de haschisch découvertes dans une cargaison de la société de Hassan II».

Auf Zivilklage des marokkanischen Königs Hassan II. verurteilte die spanische Justiz die Autorin, den Zeitungsdirektor und die Herausgeberin zur Bezahlung einer Genugtuung sowie zur Publikation des Urteils in «Diario 16». Insbesondere die tendenziöse Schlagzeile auf der Titelseite erwecke beim Durchschnittsleser den unzutreffenden Eindruck, die marokkanische Königsfamilie sei Komplizin beim Drogenhandel. In Tat und Wahrheit sei der Schmuggel ohne Zutun von «Domaines Royaux» durch drei spanische Bürger organisiert worden, die deswegen einige Monate nach Erscheinen des Artikels (im Februar 1996) auch verurteilt wurden.

Der EGMR hiess die Beschwerde von Zeitungsdirektor José Luis Gutiérrez Suárez wegen Missachtung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) mit 6 gegen 1 Stimme gut. Das Publikum habe ein Recht auf Informationen über Drogengeschäfte, welche den marokkanischen König zu tangieren schienen – selbst wenn die mögliche Straftat auf den ersten Blick nicht seine politischen Funktionen betraf. Die Angelegenheit war Gegenstand einer hängigen Strafuntersuchung, über die noch vor Abschluss berichtet werden durfte. Die spanischen Gerichte hätten nicht bestritten, dass die Schilderung von «Diario 16» im Wesentlichen der Wirklichkeit entsprach. Die Verurteilung beruhte auf zwei Gründen, welche die Mehrheit des EGMR als nicht ausreichend betrachtete. Weder die Formulierung des Titels noch die fehlenden Informationen über die Tatverdächtigen vermochten die Beschränkung der Meinungsfreiheit zu rechtfertigen.

Bezüglich des Titels sprach sich der Gerichtshof dagegen aus, diesen isoliert zu beurteilen. Er sei im Zusammenhang mit dem gesamten Zeitungsartikel zu lesen, wobei die journalistische Freiheit auch hier ein bestimmtes Mass an Übertreibung und Provokation umfasse:

«36. Concernant la première question, le Tribunal suprême soutenait que c'était dans les titres de l'information, et non dans l'information elle-même, que se trouvait l'atteinte à l'honneur: les titres de l'information en cause pouvaient, selon le Tribunal suprême, provoquer chez le lecteur la croyance que la famille royale marocaine était complice d'un trafic illégal de haschisch. Le Tribunal constitutionnel exposa en outre dans sa décision que la protection constitutionnelle de l'information ne pouvait pas s'étendre à des titres qui, en raison de leur brièveté, avaient pour but de semer des doutes chez le public sur l'honorabilité des personnes auxquelles il avait été fait référence dans l'information.

Si l'on pouvait à cet égard déceler dans les titres de l'information (paragraphe 6 ci-dessus) une intention claire de s'attirer des lecteurs, il convient de rappeler qu'un compte-rendu journalistique peut emprunter des voies diverses en fonction du moyen de communication – et du sujet – dont il s'agit: il n'appartient pas à la Cour, ni aux juridictions nationales d'ailleurs, de se substituer à la presse pour dire quelle technique les journalistes doivent adopter (*Bladet Tromsø et Stensaas*, [GC], n° 21980/93, § 62, CEDH 1999 III, § 63).

Les titres de l'information prétendaient certes attirer l'attention des lecteurs sur des faits exposés dans le corps de l'information faisant le lien entre un trafic des stupéfiants déjà constaté et la famille royale marocaine. Il s'agissait toutefois de faits véridiques, soulignés dans les titres – et où résidait précisément l'intérêt de l'information –, que les cinq tonnes de haschisch avaient été découvertes dans une cargaison d'une société appartenant à cette famille. La Cour estime qu'il faut lire le titre de l'information et son contenu dans leur ensemble, tenant compte tant du caractère véridique des faits que de l'effet d'attirer l'attention des lecteurs, recherché avec le titre. Elle rappelle à cet égard que la liberté journalistique comprend aussi le recours possible à une certaine dose d'exagération, voire de provocation (*Prager et Oberschlick*, 23 mai 1991, série A n° 204, § 38 et *Bladet Tromsø et Stensaas*, précité, § 59).»

Was die fehlenden Informationen über die Verantwortlichkeit der drei spanischen Tatverdächtigen betraf, so verneinte der Gerichtshof ein unsorgfältiges oder bösgläubiges Verhalten der Medienschaffenden. Das entsprechende Strafurteil sei erst zwei Monate nach Erscheinen des Zeitungsartikels gefällt worden. Von der Journalistin könne weder verlangt werden, den Ausgang des künftigen Strafverfahrens vorherzusehen noch die Einzelheiten des hängigen Untersuchungsverfahrens zu recherchieren («ni qu'elle recherche des informations policières et judiciaires qui sont, par leur propre nature, réservées»).

«38. Pour la Cour, lorsque la presse contribue au débat public sur des questions suscitant une préoccupation légitime, elle doit en principe pouvoir s'appuyer sur des sources non identifiées et non renouvelées, sans avoir à entreprendre des recherches indépendantes, pourvu que les informations diffusées soient véridiques. Sinon, la presse pourrait être moins à même de jouer son rôle indispensable de «chien de garde» (voir, mutatis mutandis, *Goodwin c. Royaume-Uni*, 27 mars 1996, Recueil 1996 II, § 39). La Cour n'aperçoit aucune raison de douter que le requérant ait agi de bonne foi à cet égard et estime donc que les motifs invoqués par les juridictions nationales ne sont pas convaincants.»

Anmerkungen Das Urteil betrifft eine praktisch wichtige Frage: Ist bei persönlichkeitsrechtlich problematischen Schlagzeilen allein auf deren Formulierung selber abzustellen, oder sind sie im Gesamtzusammenhang zu lesen? Der Gerichtshof spricht sich für die zweite Variante und damit gegen die isolierte rechtliche Beurteilung einer Schlagzeile aus. Die Strassburger Sichtweise deckt sich nicht mit der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts. In BGE 116 IV 31 (Proksch-Lucona) E. 5 S. 42 beanstandete das oberste schweizerische Gericht vor zwei Jahrzehnten eine vorverurteilende «Weltwoche»-Schlagzeile über einen Versicherungsbetrug (für die Kritik an diesem Urteil vgl. etwa Peter Studer/Rudolf Mayr von Baldegg, *Medienrecht für die Praxis*, 3. Aufl., 2006, S. 138): Zwar wurde für die Leserschaft «bei einer sorgfältigen Lektüre des ganzen, beinahe eine Seite umfassenden Textes erkennbar», dass noch kein rechtskräftiges Strafurteil vorlag. Der Untertitel «Versicherungsbetrug steuert auf Mordanklage zu» ging dem Bundesgericht aber u.a. deshalb zu weit, weil «der Leser, der sich nicht die Mühe nimmt oder nicht die Zeit dafür hat, den Artikel in allen Einzelheiten sehr genau durchzulesen, bereits durch den Untertitel irreführt» werde.

Auch die spanische Justiz stellte die Irreführungsgefahr bei isolierter Titellektüre ins Zentrum ihrer Überlegungen. Der Gerichtshof verwirft diesen Ansatz – und reduziert damit indirekt die (zu) hohen Anforderungen des Bundesgerichts aus dem Jahre 1990.

Dr. Franz Zeller, Bern

10-120

Identifizierende Presseberichte über Freundin des Ombudsmannes zu Unrecht bestraft

Medienfreiheit; strafrechtlicher Ansehensschutz; Presseberichte über Affäre des nationalen Ombudsmannes; Publikation von Name und Bild der Freundin; vorgängige Enthüllung der Identität durch das Fernsehen; innerer Zusammenhang mit den Berichten über den Ombudsmann

Art. 7, 8 und 10 EMRK

5 Urteile des EGMR (4. Kammer) vom 8.4.2010 (N° 43349/05 «Jokitaipale u.a. c. Finnland»; N° 25576/04 «Flinkkilä u.a. c. Finnland»; N° 6372/06 «Iltalehti & Karhuvaara c. Finnland»; N° 6806/06 «Soila c. Finnland»; N° 25711/04 «Tuomela u.a. c. Finnland»)

In fünf Urteilen befasste sich der Gerichtshof mit der Berichterstattung über eine stark mediatisierte Affäre in Finnland, welche die Freundin des nationalen Ombudsmannes (für die Schlichtung von Tarifkonflikten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern) betraf. Der Rechtsstreit drehte sich um insgesamt neun Presseartikel, die 1997 nach einem handgreiflichen nächtlichen Konflikt zwischen dem von seiner Freundin begleiteten Ombudsmann und dessen Gattin publiziert wurden. Am 16. Januar 1997 waren die Freundin zu einer Geldstrafe und der Ombudsmann zu einer bedingten Freiheitsstrafe verurteilt

worden. Er gab tags darauf seinen Rücktritt bekannt. Dessen Freundin wurde in den Presseartikeln mit vollem Namen genannt. Darüber hinaus wurden ihr Alter, Arbeitsplatz und Einzelheiten ihrer Familienverhältnisse erwähnt sowie ihr Bild publiziert.

Auf Strafklage des Ombudsmannes und der Freundin wurden verschiedene Journalisten und Verlage zu Geldstrafen sowie zur Bezahlung von Genugtuungsbeträgen für den Eingriff in das Privatleben der Freundin verurteilt. Nach Ansicht der finnischen Justiz war der Umstand, dass die Frau zufällig mit einer bekannten Persönlichkeit liiert war, kein ausreichender Grund für die öffentliche Enthüllung ihrer Identität.

In seinen fünf Urteilen hiess der EGMR die Beschwerden der verurteilten Journalisten, Chefredakteure und Verlage wegen Missachtung von Art. 10 EMRK (Meinungsfreiheit) gut. Verneint wurde hingegen eine Verletzung von Art. 7 EMRK (ausreichende gesetzliche Grundlage für eine Bestrafung; nulla poena sine lege): Das finnische Strafgesetzbuch enthalte zwar keine präzise Definition des Begriffs «Privatleben», doch könnten die verurteilten professionellen Journalisten nicht behaupten, dass ihnen die Tragweite dieser Bestimmung unklar gewesen sei. Die finnischen Leitlinien für Journalisten und die Praxis des Medienrats stellten viel höhere (wenn auch nicht rechtlich bindende) Anforderungen auf als das Strafgesetzbuch. Im Zweifelsfall hätten sich die Medienschaffenden bei Sachverständigen über die Relevanz der fraglichen Gesetzesnorm orientieren können.

Die Beschränkung der Medienfreiheit hingegen war unverhältnismässig. Die Freundin war zwar keine Persönlichkeit des öffentlichen Lebens, aber sie war in einen Vorfall mit einer bekannten öffentlichen Person verwickelt. Nach Auffassung des EGMR war sie daher als Person einzustufen, die sich selber in die Öffentlichkeit begeben hat. Angesichts des Verhaltens des Ombudsmannes und der Frage nach seiner Eignung als hoher staatlicher Beamter war die Enthüllung der Identität seiner Freundin von beträchtlichem öffentlichem Interesse. Die Berichterstattung über ihre Person stand in engem Zusammenhang mit jener über den Ombudsmann.

Nicht nur die finnischen Printmedien hatten sich der Gelegenheit ausführlich gewidmet. Das nationale Fernsehen hatte zuvor in einer zur Primetime ausgestrahlten Sendung (auch) über die Freundin berichtet. Die Pressemitarbeiter hatten ihren Namen erst nach dem Fernsehen enthüllt. Es konnte ihnen auch nicht vorgeworfen werden, dass sie sich ihre Informationen auf illegale Weise beschafft hatten. Dass der Vorfall zwecks Auflagesteigerung aufgebauscht worden war, vermochte die Bestrafung nicht zu rechtfertigen. Die finnische Justiz hatte den Schutz des Privatlebens der Freundin (Art. 8 EMRK) zu schwer gewichtet und dadurch die Medienfreiheit verletzt.

In vier der fünf Fälle urteilte der Gerichtshof einstimmig. Bei der Berichterstattung der Zeitschrift «7 päivää» (Urteil «Jokitaipale u.a. c. Finnland») war hingegen ein Richter der Ansicht, dass die Medienschaffenden die Grenzen des Zulässigen gesprengt hätten. Die Zeitschrift habe Elemente aus dem Privatleben der Freundin publiziert, die keinen Zusammenhang mit ihrer Affäre mit dem Ombudsmann hatten (z. B. Einzelheiten zu ihrer Scheidung und ihre Leidenschaft für das Samba-tanzen). Die Mehrheit der 4. EGMR-Kammer war jedoch auch in dieser Hinsicht der Auffassung, die Berichterstattung über

die Freundin sei mit der Story über den Ombudsmann verknüpft («inherently related»), was die Angelegenheit von der Konstellation der Bildberichte über Prinzessin Caroline (EGMR-Urteil N° 59320/00 «Von Hannover c. Deutschland») unterscheide.

10-121

Unbegründetes Publikationsverbot für Buch über Popsänger Tarkan

Medienfreiheit; zivilrechtlicher Ansehensschutz; Buch über Popsänger Tarkan; Publikationsverbot; Beschlagnahme; Auszug aus Dissertation; Wissenschaftsfreiheit; Unterschied zu Boulevardpresse; Fotoveröffentlichung

Art. 10 EMRK

Urteil des EGMR (2. Kammer) vom 8.6.2010 (N°44102/04 «Sapan c. Türkei»)

Der türkische Popsänger Tarkan verlangte im September 2001 bei der türkischen Ziviljustiz ein Publikationsverbot für das Buch «Tarkan – Phänomen eines Stars», welches seine Persönlichkeitsrechte verletze. Tarkan wehrte sich gegen neun Textpassagen des 155 Seiten dicken Buchs, die über seine (homo)sexuelle Orientierung spekulierten und seine feminine Seite thematisierten. Zudem wehrte sich Tarkan gegen den Abdruck von 34 Bildern, die zuvor in der Presse erschienen waren. Das zuständige Zivilgericht in Istanbul hiess die Klage gut und ordnete die Beschlagnahme der noch nicht verkauften Exemplare an. 1739 von 2200 Büchern wurden so aus dem Verkehr gezogen. Diese Massnahme blieb trotz prozessualer Anstrengungen des betroffenen Verlages (welcher u.a. zwei Rechtsgutachten erstellen liess) während zwei Jahren und acht Monaten wirksam.

Der Gerichtshof bejahte einstimmig eine Missachtung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) des Verlegers Özcan Sapan. Betreffend die umstrittenen Formulierungen hielt er fest, dass das Buch lediglich ein (teilweiser) Nachdruck der 1998 geschriebenen Doktorarbeit von Aysan Yüksel war. Der Gerichtshof unterstrich die Bedeutung der akademischen Freiheit und hielt fest, der Text widme sich mit wissenschaftlichen Methoden dem gesellschaftlichen Phänomen des Starkults. Das Buch gehöre also nicht zur Kategorie der Sensations- oder Regenbogenpresse, welche zur Befriedigung der Neugier ihres Publikums das Privatleben von Berühmtheiten entblösse.

Bezüglich der Fotografien unterstrich der Gerichtshof, dass sie unter Tarkans Mitwirkung aufgenommen und bereits in anderen Medien publiziert worden waren und keine Einzelheiten aus Tarkans Privatleben enthüllten:

«35. Quant à la nature des photographies illustrant ce livre, la Cour relève qu'il s'agit exclusivement de clichés déjà publiés pour lesquels le chanteur a posé. Ainsi, la présente affaire se distingue des affaires dans lesquelles les photographies litigieuses procédaient de manœuvres frauduleuses ou clandestines (voir, en ce qui concerne des photographies prises au téléobjectif à l'insu de personnalités connues, *Von Hannover c.*

Allemagne, n° 59320/00, § 68, CEDH 2004 VI), ou bien révélaient des détails de la vie privée des personnes, en s'immisçant dans leur intimité (voir, en ce qui concerne la publication de photos sur une prétendue relation adultère, *Campmany et Lopez Galiacho Perona c. Espagne* (déc.), n° 54224/00, CEDH 2000 XII).»

Die türkische Ziviljustiz habe ohne weitere Begründung auf Tarkans Argumente abgestellt. Aufgrund dessen lasse sich nicht feststellen, ob sie die auf dem Spiel stehenden Interessen (Kommunikationsfreiheit einerseits, Schutz der Persönlichkeitsrechte andererseits) sorgfältig geprüft und gegeneinander abgewogen hatte. Die Beschlagnahme könne deshalb nicht als in einer demokratischen Gesellschaft notwendig eingestuft werden.

Der Gerichtshof hiess die Beschwerde des Verlegers gut, verweigerte ihm allerdings den verlangten Schadenersatz von rund 11 600 €, den er u.a. für die Druckkosten und den entgangenen Gewinn geltend gemacht hatte. Seine Forderung habe er in Strassburg nicht ausreichend begründet. Der EGMR sprach dem Verleger aber eine Genugtuung in der Höhe von 2000 € zu.

Anmerkungen Der Rechtsstreit um Popsänger Tarkan hat Ähnlichkeiten mit dem Verfahren, das sein französischer Berufskollege Johnny Hallyday wegen eines Berichts über sein Finanzgebaren gegen die Wochenzeitschrift «Ici Paris» angestrengt hatte. Auch im Falle Hallydays entschied der Gerichtshof einstimmig gegen den klagenden Sänger (EGMR-Urteil vom 23.7.2009 N° 12268/03 «Hachette Filipacchi Associés [Ici Paris] c. Frankreich» in *medialex* 3/2009, S. 150f.; 09-108). Es erstaunt, dass der EGMR das französische Präjudiz in seiner Urteilsbegründung nicht erwähnt, denn insbesondere die Ausführungen zum (zulässigen) Abdruck von Fotos sind über weite Strecken identisch. Inhaltliche Unterschiede gab es hingegen bei der Wortberichterstattung. Sie betraf bei Tarkan mit der sexuellen Orientierung einen persönlichkeitsrechtlich heikleren Bereich als der (angeblich) verschwenderische Umgang mit dem Geld. Hier scheint für den Gerichtshof wesentlich, dass die Berichterstattung im Rahmen einer differenzierten und seriösen wissenschaftlichen Publikation erfolgte und nicht im Rahmen eines Produkts der Boulevardpresse. Hätte ein Sensationsblatt die fraglichen Passagen aus der Dissertation übernommen, aus ihrem akademischen Zusammenhang gerissen und sie in zugespitzter Form präsentiert, so wäre die Güterabwägung vielleicht auch in Strassburg zugunsten von Sänger Tarkan ausgefallen.

Dr. Franz Zeller, Bern

10-122

Menschenrechtswidrige Strafe für Terrorandeutungen gegen Islamwissenschaftler

Medienfreiheit; zivilrechtlicher Ansehensschutz; muslimischer Professor; unterstellter Bezug zu terroristischer Aktivität; Genugtuung; ausreichende Faktenbasis; relativierende Formulierungen

Art. 10 EMRK

Urteil des EGMR (5. Kammer) vom 6.5.2010 (N° 17265/05 «Brunet Lecomte & Lyon Mag c. Frankreich»)

Die Monatszeitschrift «Lyon Mag» veröffentlichte im Oktober 2001 auf ihrer Titelseite die Schlagzeile: «Faut-il avoir peur des réseaux islamistes à Lyon?» («Muss man sich vor islamistischen Netzwerken in Lyon fürchten?»). Auf der Titelseite fand sich auch ein grossformatiges Foto des Islamwissenschaftlers Tariq Ramadan, der in der Bildlegende als einer der einflussreichsten muslimischen Führer bezeichnet wurde. Im Innern des Magazins wurde Ramadan unter dem Titel «L'ambigu» («Der Zweideutige») ausführlich porträtiert. So kontrolliere Ramadan mit seinem Bruder in Genf ein islamistisches Zentrum, welches nach Einschätzung des französischen Innenministeriums als Treffpunkt der europäischen Islamisten diene. Deshalb sei Ramadan 1995 die Einreise nach Frankreich verweigert worden.

Auf Zivilklage Ramadans wurden der Herausgeber von «Lyon Mag» und das Unternehmen durch die französische Justiz zur Bezahlung einer Genugtuungssumme von 2500 € verurteilt. Der EGMR hiess ihre Beschwerde wegen Missachtung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) mit fünf gegen zwei Stimmen gut.

Der EGMR betont, dass die Artikel im «Lyon Mag» einen Beitrag zu einer Debatte von öffentlichem Interesse und unmittelbarer Aktualität leisteten (sie wurden kurz nach den Terroranschlägen vom 9. September 2001 veröffentlicht). Der Gerichtshof hob hervor, dass «Lyon Mag» eine Vermischung von Islam und Islamismus vermieden und eine gewisse Vorsicht bei der Wortwahl geübt hatte. Auch wenn Ramadan durch die Abbildung auf der Titelseite des Magazins und einen nur ihm gewidmeten Artikel im Blattinneren ausführlich behandelt wurde, sei ihm gegenüber keine persönliche Animosität festzustellen. Die verwendete Terminologie war nuanciert und bewegte sich im Rahmen der journalistischen Freiheit zu Übertreibung und Provokation. Die fraglichen Anspielungen entbehrten nicht jeglicher Tatsachengrundlage, zumal zahlreiche Schriftstücke die Gefährlichkeit von Ramadans Äusserungen dokumentierten – selbst wenn sie keinen Beleg für Ramadans Rolle als Rekrutierer lieferten.

In ihrer abweichenden Meinung waren Kammerpräsident Lorenzen und Richterin Berro-Lefèvre hingegen der Ansicht, die «Lyon Mag»-Leserschaft habe Tariq Ramadan logischerweise eine zentrale Rolle im islamistischen Netzwerk und v.a. bei der Rekrutierung Jugendlicher für terroristische Aktionen zugewiesen. Die sprachlichen Relativierungen im Artikel seien eher stilistische Floskeln, welche die Unterstellungen nicht ab-

schwächen konnten. Für den insinuierten Bezug zwischen Ramadans persönlichem Engagement und dem islamistischen Terrorismus fehle jegliche Faktenbasis.

10-123

Gutgläubige Vorwürfe gegen Polizeikommissar zu Unrecht sanktioniert

Meinungsfreiheit; straf- und zivilrechtlicher Ansehensschutz; Vorwürfe gegen Polizeikommissar in Eigentumsstreitigkeit; Auskünfte gegenüber einem Medienschaffenden; hängiges Zivilverfahren

Art. 6 und 10 EMRK

Urteil des EGMR (3. Kammer) vom 1.6.2010 (N°4710/04 «Dumitru c. Rumänien»)

Gestützt auf Auskünfte von Gheorghe Ioan Dumitru publizierte eine rumänische Lokalzeitung 2002 Vorwürfe gegen den Polizeikommissar B.T., der mit mafiawürdigen Methoden das Eigentum an einem Dumitru gehörenden See zu ergattern versuche. Das erstinstanzliche Strafgericht sprach Dumitru vom Vorwurf der Ehrverletzung frei. Das zweitinstanzliche Gericht verurteilte ihn jedoch mit rudimentärer Begründung zur Bezahlung einer Busse sowie einer Genugtuung an den Kommissar. Das zweitinstanzliche Gericht blieb jegliches konkrete Argument für den Schuldspruch schuldig und verletzte damit den aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens fließenden menschenrechtlichen Anspruch auf eine ausreichende Entscheidungsbegründung (Art. 6 Abs. 1 EMRK).

Daneben missachtete der Schuldspruch nach einstimmiger Auffassung des EGMR auch die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK). Der Gerichtshof bejahte die Gutgläubigkeit Dumitrus, dessen Eigentum am See in einem separaten Verfahren später auch anerkannt wurde. Dass er sich während eines hängigen Gerichtsverfahrens an die Medien gewandt habe, sei nicht zu beanstanden, da er weder geheime Informationen aus dem Gerichtsossier enthüllt noch den ordnungsgemässen Ablauf des Verfahrens beeinträchtigt habe. Zudem habe sich Dumitru nicht für die zuspitzenden Formulierungen des Journalisten zu verantworten, sondern nur für sein eigenes Verhalten.

10-124

Legitime Kritik im Rahmen der Pressekonferenz eines Menschenrechtsaktivisten

Meinungsfreiheit; straf- und zivilrechtlicher Ansehensschutz; Kritik an Verstrickungen eines Behördenmitglieds; Verdachtsäusserung; hohe Genugtuungssumme

Art. 6 und 10 EMRK

Urteil des EGMR (3. Kammer) vom 8.6.2010 (N°19452/02 «Andreescu c. Rumänien»)

Im Rahmen einer Medienkonferenz zur Anwendung einer neuen Gesetzesbestimmung über das Einsichtsrecht in Securitate-Akten äusserte der Menschenrechtsaktivist Gabriel Andreescu 2001 öffentliche Kritik an der für die Einsicht zuständigen Behörde CNSAS. Insbesondere verdächtigte er das Behördenmitglied A.P. der Verbandelung mit dem früheren Regime und erwähnte verschiedene seiner früheren Tätigkeiten. Die Äusserungen fanden ein grosses Medienecho.

A.P. erhob eine Strafklage wegen Ehrverletzung, welche erstinstanzlich abgewiesen wurde. Das Berufungsgericht hob den erstinstanzlichen Freispruch auf, ohne dem im Gerichtssaal anwesenden Gabriel Andreescu die Möglichkeit zur Äusserung zu geben. Dies wäre nach Ansicht des EGMR auch ohne ausdrückliches Ersuchen von Andreescu geboten gewesen. Der Gerichtshof bejahte daher eine Missachtung des Rechts auf ein faires Verfahren (Art. 6 Abs. 1 EMRK).

Der Schuldspruch und insbesondere die hohe Genugtuungssumme (15 durchschnittliche Monatsgehälter) missachteten zudem die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK). Andreescu hatte darauf hingewiesen, dass er eher einen Verdacht äussere als Sicherheiten verkünde. Der Gerichtshof bejahte Andreescus guten Glauben und billigte ihm zu, dass es ihm um die Orientierung der Öffentlichkeit über ein Thema von allgemeinem Interesse gegangen war.

10-125

Berechtigte Bestrafung Le Pens wegen Pauschalvorwürfen gegen Muslims

Meinungsfreiheit; Jean-Marie Le Pen; Zeitungsinterview; Aufruf zu Diskriminierung und Hass gegen Muslims; Busse; Verhältnismässigkeit bejaht; politische Debatte; pauschales Werturteil; fehlende Tatsachengrundlage

Art. 10 EMRK

Zulässigkeitsentscheid des EGMR (5. Kammer) vom 20.4.2010 (N° 18788/09 «Jean-Marie Le Pen c. Frankreich»)

In einem Interview mit der Wochenzeitschrift «Rivarol» bestätigte «Front National»-Präsident Jean-Marie Le Pen im April 2004 frühere Warnungen gegen die Zunahme der muslimi-

schen Bevölkerung in Frankreich, für die er gebüsst worden war: «D'autant que quand je dis qu'avec 25 millions de musulmans chez nous, les Français raseront les murs, des gens dans la salle me disent non sans raison: «Mais Monsieur Le Pen, c'est déjà le cas maintenant!» Die französische Strafjustiz verurteilte Le Pen wegen Missachtung von Art. 24 des Gesetzes über die Pressefreiheit («provocation à la discrimination, à la haine, à la violence envers un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée») zu einer Busse von 10000 €.

Le Pen argumentierte in seiner Beschwerde an den EGMR, er habe sich im Rahmen einer politischen Debatte über die Einwanderung geäussert und weder die Muslims wegen ihrer Religionszugehörigkeit noch den Islam an sich angegriffen. Der Gerichtshof unterstrich zwar den hohen Stellenwert der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) im politischen Diskurs. Er bekräftigte auch den Schutz für Äusserungen, welche verletzen, schockieren oder beunruhigen. Selbst die Wortwahl gewählter Politiker müsse aber bestimmte Grenzen respektieren. Le Pens Formulierungen sprengten den Rahmen des Zulässigen, denn sie stellten die gesamte muslimische Gemeinschaft in ein negatives Licht und bezeichneten deren rasches Anwachsen als eine Bedrohung für die Würde und Sicherheit der französischen Bevölkerung. Sie waren geeignet, bei der französischen Bevölkerung Gefühle der Abneigung und Feindseligkeit gegenüber der muslimischen Gemeinschaft zu wecken. Seine Werturteile könne Le Pen nicht auf eine ausreichende Faktengrundlage stützen. Unter den vorliegenden Umständen sei die Busse verhältnismässig. Die 5. Kammer des Gerichtshofs bezeichnete Le Pens Beschwerde daher einstimmig als offensichtlich unbegründet.

Anmerkungen Mit dem vorliegenden Zulässigkeitsentscheid zeigt der EGMR einmal mehr, dass er nicht gewillt ist, im Rahmen der – an sich legitimen – politischen Debatte über die Immigration einen Freipass für abwertende Pauschalurteile gegen bestimmte religiöse, ethnische oder nationale Gruppen zu erteilen. Der Entscheid liegt damit auf der Linie der in dieser Zeitschrift ausführlicher geschilderten und besprochenen Urteile N°15948/03 «Soulas u.a. c. Frankreich» vom 10.7.2008 (*medialex* 3/2008, S. 139 ff. mit Anm.) und N°15615/07 «Féret c. Belgien» vom 16.7.2009 (Urteil 09-166 in *medialex* 4/2009, S. 227, mit Anm.).

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

1.2 Recht des Informationszugangs der Öffentlichkeit

10-126

L'autorité sollicitée doit elle-même être en mesure d'accéder à l'information pour pouvoir ensuite accorder l'accès au public

Demande d'accès à des documents officiels, exceptions

Articles 8, 9, 10, 20 de la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration (LTrans).

Arrêt du Tribunal administratif fédéral (TAF) du 3 mai 2010, Société Suisse des Pharmaciens d'Officine contre Office fédéral de la santé publique OFSP, A-4049/2009

Se fondant sur la Loi fédérale sur la transparence (LTrans; RS 152.3), la Société Suisse des Pharmaciens d'Officine a demandé, en 2007, à l'Office fédéral de la santé publique (ci-après OFSP) une foultitude de documents liés aux coûts de la santé, à commencer par les études qui ont servi de base à l'élaboration de la convention tarifaire (CT) conclue entre la Société suisse des Pharmaciens et l'organe faîtière des caisses maladies de notre pays, *santésuisse*. Conformément à la Loi fédérale sur l'assurance-maladie, cette convention avait été approuvée par le Conseil fédéral en décembre 2006, soit quelques mois après l'entrée en vigueur de la LTrans. On notera que la requête d'accès avait été adressée à l'OFSP, car ce dernier avait préparé les documents nécessaires à l'approbation; en particulier, il avait rédigé la proposition en la matière.

L'OFSP refusa tout net de fournir les documents liés à la CT, arguant notamment du fait que l'approbation de ce texte relève du Conseil fédéral, lequel n'entre pas dans le champ d'application de la législation fédérale sur la transparence. A l'objectif de préserver la collégialité qui régit notre gouvernement, l'article 8 al. 1 LTrans occulte en effet les documents officiels afférents à la procédure de corapport. Qui plus est, l'article 2 al. 1, lettre a LTrans n'assujettit expressément à la publicité que l'administration fédérale en tant que telle; on doit donc en déduire a contrario que le Conseil fédéral y échappe.

Le TAF ne devait pas suivre ce point de vue. Selon lui, l'exception de l'article 8 al. 1 doit être interprétée de manière restrictive; en conséquence, elle ne concerne pas tous les documents qui font partie du dossier de la proposition, mais les seuls documents propres à la procédure de formation de la volonté du Conseil fédéral, en particulier la proposition signée du chef du département, les corapports des autres départements et de la Chancellerie fédérale, ainsi que les éventuelles réponses, répliques et duplicques. Et les juges administratifs de préciser que «les documents que l'administration a élaborés afin de préparer la proposition d'un département ou un document ultérieur, soit, en d'autres termes, les documents établis pendant les processus décisionnels antérieurs à la procédure de corapport, ne relèvent pas de l'art. 8 al. 1 LTrans. Il en va de même pour les

documents reçus de tiers.» (considérant 8.1). L'argument tiré de l'article 2 al. 1, lettre a LTrans fut lui aussi balayé: «Quand bien même ils ont été l'objet des délibérations du Conseil fédéral, relatives à la CT, les documents susmentionnés (i.e. les documents préparatoires requis) n'en font pas partie: ils ne laissent nullement transparaître d'éventuelles divergences dudit conseil. L'art. 2 al. 1 let. a LTrans ne leur est ainsi pas applicable a contrario.» (considérant 8.3).

Commentaire Ce jugement du Tribunal administratif fédéral est le bienvenu. L'année dernière, en effet, cette instance s'était montrée implacable, déniait à un journaliste tout droit à consulter les conventions de départ de deux hauts fonctionnaires, au motif que celles-ci étaient soumises à l'approbation du Conseil fédéral, et partant échappaient à la LTrans (arrêt A-2165/2009, résumé in *Medialex* 2009, décision 09/170). Le TAF avait alors consacré une interprétation extensive de la notion de documents soumis à l'exception du corapport; extensive, car dépassant le cercle étroit des seuls documents permettant de dévoiler d'éventuelles divergences au sein de l'exécutif pour englober quasiment tous les documents faisant partie du dossier de la proposition soumise au Conseil fédéral.

Le présent arrêt marque un retour à plus de nuances. C'est heureux; car tant l'exception posée par l'article 8 al. 1 LTrans que la non-mention du Conseil fédéral dans le champ d'application de cette législation poursuivent en fait un seul et même objectif: protéger le secret des délibérations du collège gouvernemental. Comme l'a relevé le rapporteur de langue allemande au Conseil national, «Die Meinungsbildung des Bundesrates (...) soll aus der Sicht der Kommissionmehrheit ungestört verlaufen können» (CN 2004 1257). Ni plus, ni moins.

Le TAF s'est prononcé le 3 mai dernier. Deux semaines plus tard, le Tribunal fédéral accueillait favorablement le recours du journaliste débouté par ce même TAF, dans la fameuse affaire de l'accès aux conventions de départs. Lors de la délibération publique (à l'heure où ces lignes sont écrites, l'arrêt est encore en cours de rédaction), les juges lausannois ont, dans leur majorité, tout particulièrement insisté sur le renversement de paradigme institué par la LTrans – le principe est désormais la publicité, et le secret l'exception! – et souligné qu'en conséquence, l'objection de corapport ne doit pas aller au-delà de son but strict. Le TAF avait-il senti le vent tourner? Nul ne le saura. Et peu importe d'ailleurs: l'essentiel demeure que la portée de l'exception de corapport ait été ramenée à sa juste dimension.

Prof. Bertil Cottier, Lugano/Lausanne

10-127

VBS muss Grad und Offiziersfunktion aus PISA-Datenbank nicht bekanntgeben

Pflicht zur Auskunftserteilung; Zugangsgesuch; Rechtsgrundlage; Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe; öffentliches Interesse

Art. 5, 10 BGÖ; Art. 19 Abs. 1, 1^{bis} DSG; Art. 147 MG; Art. 24 VmK

Empfehlung des EDÖB vom 26. März 2010 (VBS/Auskünfte betreffend Funktion und Einteilung von Armeee Angehörigen)

Der EDÖB entschied, dass das VBS nicht verpflichtet war, gegenüber einem Journalisten Auskunft über den Grad und die Offiziersfunktion einzelner Angehöriger der Schweizer Armee zu geben.

Ein Journalist unterbreitete dem VBS eine Liste mit 15 Männern und wollte wissen, ob diese in der Schweizer Armee eine Funktion als Unteroffizier oder Offizier ausübten und, wenn ja, welchen Grad sie bekleideten. Unter anderem waren 13 Personen unter der Überschrift «Tatbeteiligte am Überfall in Glarus 2007» aufgeführt. Das VBS verweigerte die Bekanntgabe der Daten, weswegen der Journalist beim EDÖB einen Schlichtungsantrag einreichte.

In einem ersten Schritt hielt der EDÖB fest, dass es sich bei Art. 147 MG und Art. 24 VmK um Kannbestimmungen handle, die das VBS zwar zu einer Datenbekanntgabe an Dritte ermächtigen, woraus jedoch keine Pflicht zur Auskunftserteilung abgeleitet werden könne. In einem zweiten Schritt prüfte der EDÖB, ob die vom Antragsteller verlangte Auskunft als Zugangsgesuch nach Öffentlichkeitsgesetz zu qualifizieren sei. Dabei kam er zum Schluss, dass die verlangten Auszüge aus dem Personalinformationssystem (PISA) der Armee amtliche Dokumente im Sinne von Art. 5 BGÖ darstellen und es sich bei der Anfrage des Antragstellers somit um ein Zugangsgesuch im Sinne von Art. 10 BGÖ handle. Da Bundesorgane Personendaten gemäss Art. 19 Abs. 1 DSG nur bekannt geben dürfen, wenn eine Rechtsgrundlage sie dazu ermächtigt, prüfte der EDÖB, ob eine solche gegeben sei. Er kam dabei zum Schluss, dass weder Art. 24 VmK noch eine andere Rechtsgrundlage des VBS zur Bekanntgabe der gewünschten Angaben betreffend Grad oder Offiziersfunktion ermächtige. Weiter war zu klären, ob allenfalls noch eine Bekanntgabe nach Art. 19 Abs. 1^{bis} DSG möglich sei, da gemäss dieser Bestimmung Personendaten bekannt gegeben werden dürfen, wenn sie mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe in Zusammenhang stehen und an der Bekanntgabe ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht. Der EDÖB war jedoch der Ansicht, dass die vorliegende Anfrage sich nicht auf einen Sachverhalt beziehe, bei dem die mutmasslichen Armeee Angehörigen in Ausübung ihrer Dienstpflicht gehandelt haben. Deswegen fehle es an der ersten Voraussetzung von Art. 19 Abs. 1^{bis} DSG, weswegen kein Zugang aufgrund dieser Bestimmung gewährt werden könne. Somit kam der EDÖB zum Schluss, dass das VBS keinen Zugang zu den vom Antragsteller gewünschten PISA-Auszügen der fraglichen Personen gewähren muss.

10-128

Swissmedic gewährt teilweise Zugang zu Zulassungsdossiers von Arzneimittelprodukten

Zugangsgesuch; dezentrale Bundesverwaltung; amtliche Dokumente; Beschränkung des Zugangs; Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnis; Personendaten; Anonymisierung; öffentliches Interesse

Art. 2 Abs. 1 Bst. a, 4, 5 Abs. 1, 7, 9 BGÖ; Art. 19 Abs. 1^{bis} DSG; Art. 12, 61, 62 HMG; Art. 39 Ziff. 3 Trips-Abkommen

Empfehlung des EDÖB vom 30. März 2010 (Swissmedic/ Zugang zu Zulassungsdossiers einzelner Medikamente)

Der EDÖB beurteilte das Vorgehen von Swissmedic, zu Zulassungsdossiers von Arzneimittelprodukten teilweisen Zugang zu gewähren, als rechtmässig, da den Artikeln 7 Abs. 1 Bst. g und 9 BGÖ durch die Schwärzung bestimmter Passagen Rechnung getragen werde.

Zwei Wissenschaftlerinnen reichten beim Schweizerischen Heilmittelinstitut (Swissmedic) ein Zugangsgesuch zu zahlreichen Dokumenten im Zusammenhang mit der Zulassung verschiedener Medikamente ein. Die betroffenen Pharmaunternehmen sprachen sich gegen eine Zugangsgewährung aus, Swissmedic hielt jedoch an seiner Haltung fest, einen teilweisen Zugang zu den Zulassungsdossiers zu gewähren. Daraufhin reichten die betroffenen Pharmaunternehmen einen Schlichtungsantrag beim EDÖB ein und baten ihn um eine Prüfung des Vorgehens von Swissmedic.

Zuerst hielt der EDÖB fest, dass Swissmedic Teil der dezentralen Bundesverwaltung sei und deswegen gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ in den Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes falle. Weiter hatte er zu prüfen, ob Art. 12 HMG, Art. 39 Ziff. 3 des Trips-Abkommens und Art. 61 und 62 HMG Spezialbestimmungen im Sinne von Art. 4 BGÖ darstellen und damit das Öffentlichkeitsgesetz nicht zur Anwendung gelangt. Dabei kam er zum Schluss, dass diese Gesetzesnormen keine Spezialbestimmungen im Sinne von Art. 4 Bst. a BGÖ darstellen. Auch würde es sich bei den Unterlagen aus den Zulassungsdossiers um amtliche Dokumente nach Art. 5 Abs. 1 BGÖ handeln. Nun war zu prüfen, ob eine Beschränkung des Zugangs nach Art. 7-9 BGÖ möglich sei. Dabei ermöglicht Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ eine teilweise oder vollständige Verweigerung des Zugangs, sofern dadurch Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse offenbart werden können. Swissmedic kommunizierte den betroffenen Pharmaunternehmen, in welchem Umfang einzelne Passagen aufgrund des Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisses geschwärzt werden sollten. Der EDÖB beurteilte das Vorgehen und die Einschätzung von Swissmedic in Bezug auf das Vorliegen von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen in den Zulassungsdossiers als rechtmässig und angemessen. In den Fällen, wo Swissmedic eine Anonymisierung der Personendaten in den Zulassungsdossiers vorgenommen hatte, war der EDÖB der Ansicht, dass diese Daten im Sinne von Art. 9 BGÖ zu Recht anonymisiert wurden. Da eine Anonymisierung in Bezug auf Angaben zu den betroffenen

Pharmafirmen nicht möglich sei, müsse eine Interessenabwägung gemäss Art. 7 Abs. 2 BGÖ vorgenommen werden. Der EDÖB teilte dabei die Einschätzung von Swissmedic in Bezug auf das Vorliegen eines öffentlichen Interesses am Zugang zu Teilen der Zulassungsdossiers (Art. 7 Abs. 2 BGÖ, Art. 9 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 19 Abs. 1^{bis} DSG).

10-129

La Loi sur la transparence n'impose pas aux autorités d'établir un document qui n'existe pas

Accès à des documents officiels; principe et exceptions

Art. 5, 10, 13, 14 de la Loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (LTrans.)

Recommandation du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PF PDT) du 28 avril 2010, concernant la demande en médiation introduite par X c. l'Office fédéral de la justice (OFJ)

Le demandeur a déposé auprès de l'OFJ une demande d'accès – au sens de l'art. 10 LTrans – aux «chiffres des billets non vendus» de la Loterie Romande» de l'année 2008.

L'OFJ lui a répondu: «Cette information ne nous a malheureusement pas été fournie. Nous vous prions donc de vous adresser directement auprès de la Loterie Romande.»

Le demandeur a alors déposé auprès du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence une demande en médiation selon l'art. 13 LTrans.

La Loi sur la transparence s'applique uniquement à des documents qui sont détenus par l'autorité dont ils émanent ou à laquelle ils ont été communiqués (art. 5 LTrans). En revanche, elle ne donne pas droit au demandeur d'exiger que l'autorité établisse de toutes pièces un document qu'elle n'a pas.

En l'espèce, l'OFJ a soumis au Préposé un extrait de son système de gestion des documents ainsi que les données statistiques communiquées par le canton de Vaud et la Loterie Romande. Le Préposé n'a aucune raison de douter des allégations de l'OFJ, concernant le fait que cet office ne détient pas d'information concernant le nombre de billets non vendus en 2008 par la Loterie Romande. L'OFJ n'est donc pas tenu d'établir un tel document sur la base de la Loi sur transparence.

10-130

Veröffentlichung von Pandemieimpfstoff-Verträgen: EDÖB hält Vorgehen des BAG für angemessen

Schutz von Geheimhaltungsinteressen; allgemein zugängliche Informationen

Art. 7 Abs. 1 BGÖ

Empfehlung des EDÖB vom 12. Mai 2010 (BAG/Zugang zu Verträgen Pandemieimpfstoffe)

Der EDÖB hält grundsätzlich an seiner alten Empfehlung fest und beurteilt das Vorgehen des BAG bei der Veröffentlichung von Impfstoff-Kaufverträgen hinsichtlich des Vorliegens von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen als angemessen.

Ein Interessenvertreter stellte beim Bundesamt für Gesundheit (BAG) den Antrag, ihm seien die Kaufverträge zwischen dem BAG und Novartis bzw. dem BAG und Glaxo-SmithKline (GSK) bezüglich des Pandemieimpfstoffs H1N1 zuzustellen. Da er keine Antwort erhielt, reichte der Antragsteller einen Schlichtungsantrag beim EDÖB ein. Das BAG stellte ihm daraufhin die drei entsprechenden Verträge zu. Jedoch teilte es mit, dass die Verträge Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse enthalten würden, weshalb gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ nur ein eingeschränkter Zugang gewährt werden könne. Dagegen erhob der Interessenvertreter erneut Beschwerde beim EDÖB.

Der EDÖB führte zuerst aus, dass für den in Art. 7 Abs. 1 BGÖ verankerten Schutz von Geheimhaltungsinteressen kumulativ zwei Bedingungen erfüllt sein müssen. Einerseits müsse das von der Behörde geltend gemachte Interesse (Bst. a–f) durch die Offenlegung erheblich beeinträchtigt werden, und andererseits müsse ein ernsthaftes Risiko bestehen, dass die Beeinträchtigung eintritt. Bezüglich der vorliegenden Verträge vertrat der EDÖB die Meinung, dass die Unternehmen Novartis und GSK in Bezug auf die Herstellung von Impfstoffen zueinander und mit anderen Marktteilnehmern im Wettbewerb stehen. Es sei unbestritten, dass sämtliche Informationen über den Impfstoff Drittpersonen nicht ohne Weiteres zugänglich seien. Dasselbe gelte für weitere Vertragsbestandteile wie Lieferbedingungen, Haftung etc., da die Offenlegung dieser Vertragsbestandteile zu Wettbewerbsverzerrungen führen könne. Somit hätten beide Unternehmen ein legitimes Interesse an der Wahrung ihrer Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse. Nach Prüfung der Verträge gelangte der EDÖB zur Überzeugung, dass der Zugang zum gesamten Inhalt der Verträge mit Bestimmtheit zu einer Offenbarung von Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen und somit zu Nachteilen im Wettbewerb führen würde. Bei der konkreten Beurteilung der drei Verträge hielt der EDÖB grundsätzlich an seiner alten Empfehlung fest und beurteilte das Vorgehen und die Einschätzungen des BAG hinsichtlich des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses als angemessen. Einzig eine einzelne Tabelle könne vollständig veröffentlicht werden, da sie bereits von der WHO publiziert worden sei und deshalb eine allgemein zugängliche Information darstelle.

10-131

EDÖB bestätigt teilweisen Zugang zu ans BLW gesandten Briefen

Geschäftsgeheimnis; Vertraulichkeit; Personendaten; Zustimmung; allgemein bekannte Informationen; Anhörung

Art. 7 Abs. 1 Bst. g, h, 9 BGÖ; Art. 19 Abs. 1 Bst. b, c DSG

Empfehlung des EDÖB vom 8. Juni 2010 (BLW/Erweiterung der Liste nicht bewilligungspflichtiger Pflanzenschutzmittel)

Der EDÖB gelangte zum Schluss, dass das BLW den Zugang zu zwei erhaltenen Briefen teilweise gewähren müsse, jedoch sei bezüglich der Veröffentlichung einer Passage, welche Personendaten eines bestimmten Unternehmens beinhalte, mit diesem eine Anhörung durchzuführen.

Eine Antragstellerin (Unternehmen) sandte dem Bundesamt für Landwirtschaft (BLW) im Rahmen eines Verfahrens um Aufnahme von Produkten in die Liste nicht bewilligungspflichtiger Pflanzenschutzmittel zwei Briefe, worin sie Vorbehalte gegen die beabsichtigte Aufnahme von in Deutschland zugelassenen Produkten des Unternehmens Y. mit bestimmten Wirkstoffen äusserte. In der Folge verzichtete das BLW darauf, die betreffenden Produkte in die Liste nicht bewilligungspflichtiger Pflanzenschutzmittel aufzunehmen. Das Unternehmen Z. ersuchte darauf das BLW um Zugang zu den eingereichten Vorbehalten gegenüber den Produkten des Unternehmens Y. Das BLW zog in Erwägung, dem Unternehmen Z. Zugang zu den genannten Briefen zu verschaffen, womit die Antragstellerin schliesslich einverstanden war. Sie bat jedoch um Einschwärzung des zweit- und drittletzten Satzes eines der beiden Briefe und reichte diesbezüglich einen Schlichtungsantrag ein.

Der EDÖB war der Ansicht, dass es sich bei der betreffenden Textpassage nicht um ein Geschäftsgeheimnis im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ handle, da nicht ersichtlich sei, welchen wirtschaftlichen Nutzen ein möglicher Konkurrent aus der Offenlegung dieser Textpassage ziehen könne. Ebenso komme die Ausnahmebestimmung nach Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ nicht zur Anwendung, da die Antragstellerin dem BLW diese Informationen freiwillig mitgeteilt habe, ohne vorher die Vertraulichkeit verlangt zu haben. Nun prüfte der EDÖB, wie gemäss Art. 9 BGÖ mit den vorhandenen Personendaten zu verfahren sei. Bei bestimmten Personendaten in den zwei Briefen sei es möglich, diese zu anonymisieren, weswegen der Zugang zu diesen Personendaten zu verweigern sei. Andere Personendaten in Bezug auf Unternehmen seien zu Recht nicht anonymisiert worden, da allgemein bekannt sei, an welchen Produkten diese Unternehmen Patente halten (Art. 19 Abs. 1 Bst. c DSG i.V.m. Art. 9 Abs. 2 BGÖ). Da das BLW beabsichtige, den Zugang zum zweit- und drittletzten Satz eines Briefes inklusive Personendaten eines Unternehmens zu gewähren, sei vorgängig eine Anhörung des betreffenden Unternehmens durchzuführen. Bei den übrigen Personendaten liege entweder eine Zustimmung vor (Art. 19 Abs. 1 Bst. b DSG i.V.m. Art. 9 Abs. 2 BGÖ) oder es handle sich um Personendaten, welche allgemein bekannt sind (Art. 19 Abs. 1 Bst. c DSG i.V.m. Art. 9 Abs. 2 BGÖ).

10-132

EDÖB verweigert Zugang zu Faxschreiben in der Sache Polanski

Verfahren der internationalen Rechtshilfe

Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 BGÖ; Art. 42 IRSG

Empfehlung des EDÖB vom 9. Juni 2010 (Bundesamt für Justiz/Faxschreiben in der Sache Roman Polanski)

Der EDÖB gewährte den Zugang zu einem Fax in der Sache Polanski nicht, da dieses Dokument bereits Teil des Verfahrens der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen sei.

Ein Rechtsanwalt reichte beim Bundesamt für Justiz (BJ) ein Gesuch um Zugang zum Fax des BJ an das «Office of International Affairs» betreffend Roman Polanski ein. Das BJ lehnte das Gesuch ab, da das Öffentlichkeitsgesetz keine Anwendung auf Verfahren der internationalen Rechtshilfe finde, worauf der Antragsteller beim EDÖB einen Schlichtungsantrag einreichte.

Der EDÖB hielt zuerst allgemein fest, dass das Öffentlichkeitsgesetz gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 BGÖ nicht für den Zugang zu amtlichen Dokumenten betreffend Verfahren der internationalen Rechts- und Amtshilfe gelte. Da gemäss einem Urteil des Bundesgerichts (BGE 117 IV 209) das Auslieferungsverfahren bereits mit dem Eingang des Ersuchens um Fahndung und Festnahme zum Zwecke der Auslieferung (Art. 42 IRSG) angehoben werde, gelangte der EDÖB zum Schluss, dass dieses Faxschreiben Teil des Verfahrens der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen sei. Aus diesem Grund sei das Öffentlichkeitsgesetz für den Zugang zu diesem Faxschreiben nicht anwendbar.

1.3 Radio- und Fernsehrecht

10-133

L'autorité dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans l'attribution des mandats de prestations de radio-télévision

Octroi d'une concession de radio, critères d'attribution; notion d'abus de position dominante sur le marché

Art. 44, 45, 74 de la Loi fédérale du 24 mars 2006 sur la radio et la télévision (LRTV); art. 43 de l'Ordonnance du 9 mars 2007 sur la radio et la télévision (ORTV)

Arrêt du Tribunal administratif fédéral (TAF) du 25 mars 2010, Première Lune SA (en formation) contre Arc FM SA, A- 7935/2008

Par décision du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (ci-après DETEC, ou autorité inférieure), ARC FM s'est vu octroyer une

concession pour la diffusion de programmes de radio locaux et régionaux; la candidature de Première Lune SA a, elle, été rejetée.

Le TAF rejette le recours de Première Lune SA.

La procédure d'octroi des concessions est réglée à l'art. 43 ORTV. Les conditions d'obtention d'une concession sont définies à l'art. 44 al. 1 LRTV.

L'art. 45 al. 3 LRTV indique selon quels critères de sélection départager les candidatures remplissant les conditions d'octroi de l'art. 44 LRTV. Ainsi, c'est en premier lieu au diffuseur susceptible d'exécuter au mieux le mandat de prestations que revient la concession. Si plusieurs candidatures sont jugées équivalentes du point de vue de ce critère, la concession est octroyée à celui des candidats qui contribue le plus à la diversité de l'offre et des opinions.

A teneur de l'art. 44 al. 1 let. g LRTV, le candidat à l'octroi de la concession doit s'abstenir de mettre en péril la diversité des opinions et de l'offre, ce qui est le cas lorsqu'un diffuseur abuse de sa position dominante sur le marché. Cette notion est celle de l'art. 4 al. 2 de la Loi sur les cartels du 6 octobre 1995; cf. art. 74 al. 2 LRTV. A cet égard, il convient de prendre en compte la totalité du système médiatique de la région.

Or, la recourante ne fournit aucun indice concret d'un tel abus de la part de la société intimée au sens de l'art. 44 al. 1 let. g LRTV.

De plus, l'autorité inférieure a évalué et comparé les candidatures sur la base de trois groupes de critères préalablement définis et exposés dans le cadre de l'appel d'offres, qu'elle a pondérés en fonction de leur importance respective.

Rien n'indique que l'autorité inférieure ait outrepassé son large pouvoir d'appréciation en concluant, en application de l'art. 45 al. 3 LRTV, que l'intimée était mieux à même que la recourante d'exécuter le mandat de prestations.

10-134

Le calcul de la quote-part d'une redevance fait partie de la décision de concession

Appel d'offres pour une concession, irrecevabilité du recours en matière de droit public

Art. 83 let. p de la Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF); art. 106 de la Loi fédérale du 24 mars 2006 sur la radio et la télévision (LRTV)

Arrêt du Tribunal fédéral (TF) du 27 avril 2010, BNJ FM SA contre Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC), 2C_224/2010

Suite à un appel d'offres de l'Office fédéral de la communication (OFCOM), le DETEC a octroyé à BNJ FM SA une concession de diffusion de programmes radio.

Le Tribunal administratif fédéral a rejeté le recours de BNJ FM SA, portant sur le montant de la quote-part de la redevance qui lui était allouée.

L'art. 83 let. p ch 1 LTF prévoit (cf. aussi art. 106 ch. 3 LRTV) que le recours en matière de droit public est irrecevable contre les décisions du Tribunal administratif fédéral en matière de télécommunications et de radio-télévision, qui concernent notamment une concession ayant fait l'objet d'un appel d'offres public.

Or, en l'espèce, la quote-part litigieuse est une disposition annexe de la concession qui a fait l'objet d'un appel d'offres public. Dès lors, le recours en matière de droit public est irrecevable.

10-135

UBI trat zu Unrecht nicht auf Zugangsbeschwerde des VgT ein

Vielfaltsgebot; Nichteintreten; Programmbeschwerde; Zugangsbeschwerde; überspitzter Formalismus

Art. 83 Abs. 1 lit. a, 92 Abs. 1 RTVG

Urteil des Bundesgerichts vom 2. Juni 2010 (2C_59/2010)

Das Bundesgericht hiess eine Beschwerde des VgT gegen einen Entscheid der UBI gut, da diese zu Unrecht auf dessen Zugangsbeschwerde nicht eingetreten sei.

Der Verein gegen Tierfabriken (VgT) wollte von der SRG einen Fernsehspot ausstrahlen lassen, der auf die «tierquälerische Nutztierhaltung» aufmerksam machen sollte. Die SRG weigerte sich jedoch, den Werbespot auszustrahlen, weswegen sie vom EGMR wegen einer Verletzung von Art. 10 EMRK verurteilt wurde. Daraufhin gelangte der VgT an die UBI und beantragte, es sei festzustellen, dass das Schweizer Fernsehen durch die Nichterwähnung (in den Nachrichtensendungen) des Urteils des EGMR das Vielfaltsgebot verletzt habe. Die UBI trat auf diese Eingabe nicht ein, da die Nichterwähnung einer Information oder eines Ereignisses bei ihr grundsätzlich nicht beanstandet werden könne, weil es mit der Zugangsbeschwerde nicht möglich sei, eine bestimmte redaktionelle Bearbeitung eines Ereignisses zu erzwingen. Gegen diesen Entscheid gelangte der VgT vor Bundesgericht und verlangte seine Aufhebung.

Das Bundesgericht führte in einem ersten Teil seiner Erwägungen aus, dass es grundsätzlich nicht zu beanstanden sei, wenn die UBI es abgelehnt habe, die Eingabe des VgT als Programmbeschwerde entgegenzunehmen. Die UBI sei in diesem Rahmen nur befugt, über die rundfunkrechtliche Zulässigkeit des Inhalts redaktioneller Sendungen zu befinden (Art. 83 Abs. 1 lit. a RTVG), was voraussetze, dass die entsprechenden Sendungen konkret bezeichnet werden und das beanstandete Thema dort überhaupt Gegenstand einer journalistischen Bearbeitung gebildet habe. Das vom VgT angerufene Vielfaltsgebot beziehe sich primär auf die Programme in ihrer Gesamtheit und sei weitgehend programmatischer Natur. Die Beurteilung, ob und wie über das betreffende Urteil berichtet werde, falle in den redaktionellen Autonomiebereich der SRG und verletze das Vielfaltsgebot nicht. Zwar möge es aus jour-

nalistischer Sicht erstaunen, dass SF 1 in seinen Informations-sendungen im Gegensatz zu Radios und Zeitungen nicht über das die Schweiz betreffende Urteil berichtet habe, jedoch hätten für das Publikum genügend andere Informationsmöglichkeiten bestanden, weshalb das Vielfaltsgebot nicht verletzt worden sei. Zudem übersehe der Beschwerdeführer, dass rundfunkrechtliche Aufsichtsverfahren in erster Linie dem Schutz der Meinungsbildung des Publikums und nicht der Steigerung seines persönlichen Ansehens oder der Stärkung seiner Medienpräsenz dienen.

Im zweiten Teil seiner Erwägungen hielt das Bundesgericht fest, dass der Nichteintretensentscheid unzulässig erscheine, soweit die Eingabe des Beschwerdeführers als Zugangsbeschwerde zu verstehen war. Zwar ergebe sich aus dem RTVG selber kein Anspruch auf Zugang Dritter zum Programm, doch könne eine Verweigerung des Einbezugs in redaktionelle Gefässe oder eines Zugangs zum Werbefernsehen ausnahmsweise unter dem Blickwinkel der Verfassung (Wahl- und Abstimmungs-freiheit, Diskriminierungsverbot, Minderheitenschutz, Rechtsgleichheit, Willkürverbot usw.) oder der EMRK problematisch erscheinen. Dem werde mit der neuen Rügemöglichkeit der rechtswidrigen Verweigerung des Programmzugangs Rechnung getragen. Anfechtungsgegenstand der Zugangsbeschwerde bilde zwar in der Regel die Ablehnung eines Begehrens um Zugang zum Programm (vgl. Art. 92 Abs. 1 RTVG), «(...) doch kann sich die entsprechende negative Haltung ausnahmsweise auch aus einem konkludenten Verhalten in seinem Gesamtzusammenhang bzw. aus der Vernehmlassung des Veranstalters zuhanden der Ombudsstelle ergeben. (...) Kann im Zusammenhang mit dem Programmzugang – wie im vorliegenden Fall – aufgrund von Indizien eine Beeinträchtigung von verfassungs- und konventionsmässig geschützten Positionen Dritter nicht klar ausgeschlossen werden, muss die UBI eine entsprechende Beschwerde behandeln; sie darf nicht in einen überspitzten Formalismus verfallen.» Aus diesem Grund sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und zur Prüfung der angeblichen verfassungs- bzw. konventionswidrigen systematischen Zugangsverweigerung an die UBI zurückzuweisen.

10-136

Gesuch auf rückwirkende Befreiung von der Billag-Gebührenpflicht abgewiesen

Radio- und Fernsehempfangsgebühren; rückwirkende Befreiung

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. April 2010 (A-7657/2009)

Das Bundesverwaltungsgericht wies im vorliegenden Urteil ein Gesuch auf rückwirkende Befreiung von der Gebührenpflicht für den privaten Radio- und Fernsehempfang ab.

10-137

BVGer lehnt Sistierung der Billag-Gebühr während zweimonatigen Auslandsaufenthalts ab

Radio- und Fernsehempfangsgebühren; Bereithaltung zum Betrieb

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. Juni 2010 (A-893/2010)

Ein Zahler der privaten Radio- und Fernsehgebühren wollte seine Zahlungen während eines Auslandsaufenthalts von zwei Monaten sistieren. Das Bundesverwaltungsgericht lehnte dies ab, da das Bereithalten zum Betrieb oder der Betrieb von Empfangsgeräten das entscheidende Kriterium für die Gebührenpflicht darstelle und diese Pflicht so lange andauere, wie Empfangsgeräte zum Betrieb bereitgehalten werden oder in Betrieb sind.

1.4 Filmrecht

10-138

EDI trat zu Recht nicht auf Beschwerde ein, da Anspruch auf Filmherstellungsbeiträge verwirkt war

Herstellungsbeitrag für Filmproduktion; nicht aufschiebbare Dreharbeiten; Hauptdreharbeiten; Ausnahmegewilligung; mangelhafte Eröffnung; Vertrauensschutz

Art. 11 Abs. 3, 4, 5 FiFV; Art. 38 VwVG

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. März 2010 (C-2531/2008)

Das Bundesverwaltungsgericht lehnte die Beschwerde gegen einen Nichteintretensentscheid des EDI ab, da eine Filmproduktionsfirma ihr Recht auf Herstellungsbeiträge verwirkt habe, weil sie ihren Film ohne Ausnahmegewilligung fertigstellte.

Die U. AG beantragte beim Bundesamt für Kultur (BAK) einen Herstellungsbeitrag für die Produktion eines Filmes. Das BAK wies das Gesuch ab, worauf die U. AG Beschwerde beim Eidgenössischen Departement des Innern (EDI) erhob, welches die Beschwerde guthiess und das Gesuch zur erneuten Beurteilung an das BAK zurückwies. In einem Schreiben teilte die U. AG dem BAK mit, dass sie bereits eine Reihe von Szenen und Interviews gedreht habe, welche vor allem aufgrund des hohen Alters einzelner Protagonisten nicht hätten aufgeschoben werden können. Zudem müssten die Dreharbeiten unbedingt im Juni 2007 stattfinden, damit der Film anlässlich des Todestages von Z. im Herbst 2007 in den Kinos gezeigt werden könne. Das

BAK antwortete der U. AG, dass vorzeitige Dreharbeiten nur unter gewissen Voraussetzungen ohne spezifische Bewilligungen des BAK stattfinden dürfen. Bezüglich der Hauptdreharbeiten werde die U. AG gebeten, den definitiven Entscheid des BAK über die Gewährung der Finanzhilfe abzuwarten, da keine Sonderbewilligung im Sinne von Art. 11 Abs. 3 FiFV gewährt werden könne. Das BAK wies daraufhin das Gesuch der U. AG um Herstellungsbeiträge erneut ab. Der Film wurde trotzdem fertiggestellt und im September 2007 im Kino gezeigt. Gegen den Entscheid des BAK erhob die U. AG Beschwerde beim EDI. Das EDI trat jedoch infolge Verwirkung des Anspruchs nicht auf die Beschwerde ein, weswegen die U. AG beim Bundesverwaltungsgericht mit dem Begehren vorstellig wurde, der Entscheid des EDI sei aufzuheben und es sei anzuweisen, auf die Beschwerde einzutreten.

Das Bundesverwaltungsgericht stellte in einem ersten Teil das Konzept des Normenkomplexes von Art. 11 Abs. 3–5 FiFV vor. Im Bereich der Fiktion könne vor dem Entscheid über die Gewährung der Finanzhilfe nur mit Bewilligung des BAK mit den Dreharbeiten begonnen werden, andernfalls verwerke der Anspruch. Im Bereich der Dokumentarfilme werde eine Unterscheidung zwischen «nicht aufschiebbaren Dreharbeiten» im Sinne von Art. 11 Abs. 4 FiFV und «Hauptdreharbeiten» unterschieden. Ein Dokumentarfilmer könne somit ohne Bewilligung vorzeitig mit den Dreharbeiten beginnen, sofern diese unter Art. 11 Abs. 4 Bst. a oder b FiFV fallen würden. Dabei habe die gesuchstellende Partei selber zu entscheiden, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind. Bezüglich der Hauptdreharbeiten im Dokumentarfilmbereich gelte gemäss Art. 11 Abs. 5 letzter Satz FiFV Art. 11 Abs. 3 FiFV sinngemäss, was bedeute, dass die Hauptdreharbeiten eines Dokumentarfilms im Grundsatz nicht vor der Gewährung der Finanzhilfe durchgeführt werden dürfen, es sei denn, das Bundesamt habe ein entsprechendes, rechtzeitig eingereichtes Gesuch positiv entschieden und den vorzeitigen Beginn der Hauptdreharbeiten gestützt auf Art. 11 Abs. 3 letzter Satz FiFV bewilligt.

Die U. AG machte geltend, es habe keine eigentlichen Hauptdreharbeiten gegeben und die Erstinstanz habe lediglich eine Drehbewilligung nach Art. 11 Abs. 3 FiFV verweigert. Eine solche aber habe sie weder beantragt noch benötigt, weswegen nicht auf eine Verwirkung des Förderbeitrags geschlossen werden könne. Das Bundesverwaltungsgericht beurteilte diese Argumentation als falsch. Der Ordnungsgeber habe mit der Bewilligungspflicht gemäss Art. 11 Abs. 5 FiFV i.V.m. Art. 11 Abs. 3 FiFV nicht nur die «Hauptdreharbeiten», sondern alle aufschiebbaren Arbeiten bis zur Fertigstellung des Films sistieren wollen, bis der Entscheid über die Finanzhilfe ergangen sei. Dies ergebe sich aus dem Zweck dieser Norm, die das finanzielle Risiko im Fall der Verweigerung der Finanzhilfe möglichst gering halten wolle. Jede andere Auslegung des Begriffs «Hauptdreharbeiten» entspreche nicht dem Zweck des Normkomplexes und würde zudem zu einer ungerechtfertigten Bevorzugung der Dokumentation gegenüber der Fiktion führen. Im Sinne dieser Argumentation kam das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass die U. AG nach den bewilligungsfrei erfolgten Aufnahmen mit Zeitzeugen und Weggefährten von Z. die Arbeit am Film nicht ohne entsprechende Bewilligung des BAK hätte weiterführen dürfen.

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilte die Aussage im Gesuch der U. AG, die Dreharbeiten müssten unbedingt vor Juni 2007 stattfinden, als Beantragung einer Ausnahmbewilligung im Sinne von Art. 11 Abs. 3 letzter Satz FiFV. Es qualifizierte dabei die ablehnende Antwort des BAK als mangelhaft eröffnet, da darin kein Hinweis enthalten gewesen sei, dass die gesuchstellende Partei eine beschwerdefähige Verfügung erlangen könne. Gemäss Art. 38 VwVG dürfe den Parteien aus einer mangelhaften Eröffnung kein Nachteil erwachsen. Jedoch werde für die Gewährung dieses Vertrauensschutzes vorausgesetzt, dass die Verfügungsadressatin ihrerseits sorgfältig und aufmerksam gehandelt habe. Das Bundesverwaltungsgericht vertrat vorliegend die Ansicht, dass es für die U. AG als langjährig tätige Filmproduzentin ohne Weiteres zumutbar gewesen wäre, sich nach den Möglichkeiten der Anfechtung zu erkundigen oder eine beschwerdefähige Verfügung zu verlangen. Aus diesem Grund sei eine Berufung auf Art. 38 VwVG vorliegend nicht zulässig, und die Verfügung sei trotz mangelnder Eröffnung als rechtskräftig zu qualifizieren. Zusammenfassend stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, dass die U. AG den Film ohne Gewährung der beantragten Finanzhilfe fertiggestellt habe. Das EDI sei aufgrund dessen zu Recht nicht auf die Beschwerde eingetreten und habe den Herstellungsbeitrag richtigerweise für verwirkt erklärt, weshalb die Beschwerde abzuweisen sei.

1.7 Weitere verwaltungsrechtliche Fragen

10-139

Nur nationale Radiosender sollen auf Verkehrsinformationstafeln aufgeführt werden

Sender mit nationalem Programm; Rechtsgleichheitsgebot; Verhältnismässigkeit

Art. 62 Abs. 5 SSV

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. April 2010 (A-7778/2009)

Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte nach Auslegung von Art. 62 Abs. 5 SSV die Ansicht des ASTRA, dass nur nationale Radiosender auf Signaltafeln mit Radio-Verkehrsinformationen aufgeführt werden dürfen.

Auf dem Nationalstrassennetz im Gebiet des Kantons Aargau sind an verschiedenen Stellen Signaltafeln mit Radio-Verkehrsinformationen angebracht, die neben dem Schriftzug «DRS» und der entsprechenden Sendefrequenz auch auf die Frequenz von Radio Argovia hinweisen. Das Bundesamt für Strassen (ASTRA) verfügte, dass diese «Radio-Verkehrsinformationen» mit der Aufschrift Radio Argovia zu entfernen bzw. abzudecken seien, da Radio Argovia kein Sender mit nationalem Programm sei und Art. 62 Abs. 5 SSV eine Signalisation für Lo-

kalradiostationen nicht gestatte. Gegen diesen Entscheid erhob die Radio Argovia AG Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht.

Das Bundesverwaltungsgericht legte den Begriff «Sender mit nationalem Programm» gemäss Art. 62 Abs. 5 SSV aus. Dabei kam es zum Schluss, dass es sich bei einem «Sender mit nationalem Programm» um einen Sender handle, der die ganze Schweiz abdecke, also einerseits in der ganzen Schweiz empfangen werden könne und andererseits sich flächendeckend auf die ganze Nation beziehe. Diese Aufgabe falle in der deutschsprachigen Schweiz SF DRS zu. Diese Einschränkung auf den Sender mit nationalem Programm begründe sich unter anderem damit, dass Verkehrsinformationen primär einer überregionalen Verkehrslenkung dienen sollen, was nur mit grossräumig ausgestrahlten Programmen möglich sei. Aufgrund dieser Erwägungen war das Bundesverwaltungsgericht der Ansicht, dass die Auslegung von Art. 62 Abs. 5 SSV durch das ASTRA nicht zu beanstanden sei. Auch das Rechtsgleichheitsgebot sah das Bundesverwaltungsgericht nicht als verletzt an. Durch die Beschränkung auf nationale Programme soll sichergestellt werden, dass Verkehrsinformationen in gleichbleibender Qualität empfangen werden können und somit jederzeit eine überregionale Verkehrslenkung gewährleistet sei. Somit liege ein sachlicher Grund für die unterschiedliche Behandlung von nationalen und regionalen Sendern vor. Auch zwischen lokalen Sendern in verschiedenen Regionen der Schweiz sah das Bundesverwaltungsgericht keine Verletzung der Rechtsgleichheit. Es bestehe kein Anrecht auf Gleichbehandlung im Unrecht, da das ASTRA gewillt sei, in Zukunft darauf hinzuwirken, den rechtskonformen Zustand wieder herzustellen. Das Bundesverwaltungsgericht beurteilte die Massnahme abschliessend auch als verhältnismässig. Als Folge dieser Erwägungen wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde ab.

3. Strafrecht

3.4. Redaktionsgeheimnis

10-140

Redaktionsgeheimnis steht Editionsanordnung in Persönlichkeitsschutzprozess im Wege

Medienfreiheit; Redaktionsgeheimnis; TV-Sendung; Zivilklage aus Persönlichkeitsverletzung; Anordnung des Zivilrichters; Herausgabe aller die Sendung betreffenden Materials; verfassungskonforme Auslegung; Durchbrechung Quellenschutz nur in Ausnahmefällen; keine ausreichenden Gründe für Beschränkung der Medienfreiheit; chilling effect

Art. 10, 13, 17 und 36 BV; Art. 10 EMRK; Art. 206 und 207 ZPO/TI

Urteil des Bundesgerichts (2. Zivilabteilung) vom 23. Dezember 2009 (5A_295/2009; «Società svizzera di radiotelevisione et al. c. E., F., G., H.»)

Mit Zivilklage vom 15. Februar 2007 verlangten vier Personen von der SRG wegen einer angeblich persönlichkeitsverletzenden Sendung u.a. die Bezahlung einer Genugtuung von 160 000 Franken und eines Schadenersatzes von 1 152 000 Franken. Der zuständige Zivilrichter verpflichtete die SRG am 27. März 2009 gestützt auf Art. 213a der Tessiner Zivilprozessordnung zur Herausgabe sämtlichen Materials, welches sie für die fragliche Sendung zusammengetragen hatte («tutto il materiale raccolto per il montaggio del servizio»). Die SRG wehrte sich unter Hinweis auf das Redaktionsgeheimnis (Art. 17 Abs. 3 BV und Art. 10 EMRK) gegen diese Editionsanordnung. Das Bundesgericht hiess ihre Beschwerde in Zivilsachen gut und hob die entsprechende Anordnung des Zivilrichters auf.

Das Bundesgericht verwarf zunächst den Einwand der Beschwerdegegner, das Redaktionsgeheimnis der SRG sei durch die Editionsanordnung gar nicht tangiert, denn der Zivilrichter sei ans Amtsgeheimnis und die Anwälte seien ans Berufsgeheimnis gebunden. Das Redaktionsgeheimnis wird nach den Worten des Bundesgerichts verletzt, sobald die Redaktion ausserstehenden Dritten geschützte Informationen zur Kenntnis bringen muss (Erw. 1.2).

Da die Editionsauflage die verfassungsrechtlich geschützte Redaktionsgeheimnis beschränkte, war sie nur unter den üblichen Voraussetzungen für den Eingriff in Freiheitsrechte (Art. 36 BV) zulässig. Die Anordnung hatte zwar eine Grundlage in der Tessiner Zivilprozessordnung (Art. 206 und 207 CPC/TI), welche die Parteien eines Zivilprozesses zur Herausgabe der relevanten Unterlagen verpflichtet. Die kantonale Gesetzesnorm sieht keine Beschränkung dieser Pflicht vor, doch ist sie laut Bundesgericht in verfassungskonformer Weise auszulegen. Eine Durchbrechung des Quellenschutzes kommt nach der Rechtsprechung des EGMR und des Bundesgerichts nur unter ausserordentlichen Umständen in Betracht. Diese waren hier nicht gegeben. Vielmehr hätte die Anordnung eine abschreckende Wirkung auf die betroffene Redaktion («chilling effect»). Unabhängig von der Richtigkeit ihrer Sendung riskiere sie eine Sanktion für die verweigerte Durchbrechung des Quellenschutzes. Das Bundesgericht verneinte, dass die Abweisung des Editionsbegehrens die Grundrechte der Zivilkläger (Art. 10 Abs. 2 und 13 Abs. 1 BV) missachtete. Die Verfassung gewähre auch ihnen keinen Anspruch auf Lüftung des Redaktionsgeheimnisses, falls keine ausserordentlichen Umstände vorlägen.

Anmerkungen Zu Konflikten um das Redaktionsgeheimnis kommt es meistens in strafrechtlichem Zusammenhang. Das Strafgesetzbuch stellt dazu seit 1998 ziemlich detaillierte Regeln auf (Art. 28a StGB), die ihrerseits im Lichte der Verfassung auszulegen sind. Streitigkeiten um die Durchbrechung des Redaktionsgeheimnisses sind in Zivilverfahren viel seltener und haben das Bundesgericht soweit ersichtlich noch kaum beschäftigt. Das vorliegende italienischsprachige Urteil ist schon deswegen von Interesse. Es klärt einige Aspekte des Schutzes von Informationsquellen im Zivilprozess.

1. Das Redaktionsgeheimnis schützt die Medienschaffenden gerade davor, ihre Informationen den staatlichen Straf-

behörden (Polizei, Untersuchungsbehörden, Strafgerichte) mitteilen zu müssen. In Zivilverfahren ist die Interessenlage modifiziert. Die grösste Gefahr für den Quellenschutz droht dort regelmässig von der prozessualen Gegenseite (z.B. vom Kläger in einem gegen das Medienunternehmen gerichteten Prozess). Das Bundesgericht verkennt dies nicht. Es macht aber deutlich, dass das Redaktionsgeheimnis umfassend zu verstehen ist. Es schützt die Redaktion (auch) im Zivilprozess nicht nur vor Enthüllungen gegenüber der prozessualen Gegenpartei, sondern gegenüber jedem Aussenstehenden. Die Bindung eines redaktionsfremden Informationsempfängers an Geheimnispflichten vermag daher keine Mitwirkungspflichten für die Medien zu begründen.

2. Der Schutz des Redaktionsgeheimnisses fliesst direkt aus Art. 17 Abs. 3 BV und aus (der Rechtsprechung zu) Art. 10 EMRK. Eine Regelung von Inhalt und Grenzen des Geheimnisses auf gesetzlicher Ebene ist sinnvoll – wie Art. 28a StGB belegt –, sie ist aber nicht unabdingbar. Ohne spezialgesetzliche Normierung richtet sich der Umfang des Quellenschutzes nach den anerkannten Vorgaben der Strassburger Gerichtspraxis, welche dem Redaktionsgeheimnis einen hohen Stellenwert einräumt und dessen Durchbrechung nur unter ausserordentlichen Umständen erlaubt. Das Bundesgericht verdeutlicht, dass diese Rechtsprechung auch für die Wahrheitsfindung in zivilrechtlichen Streitigkeiten relevant ist. Dies leuchtet ein, zumal verschiedene Urteile des EGMR gerade die Durchbrechung des Quellenschutzes in Zivilverfahren betrafen (vgl. zuletzt das EGMR-Urteil vom 15. Dezember 2009 N°821/03 «Financial Times u.a. c. Grossbritannien», *medialex* 1/2010, S. 50 ff. m. Anm., Urteil 10-39).

3. Das Bundesgerichtsurteil ist nützlich für die Anwendung der 2011 in Kraft tretenden Schweizerischen Zivilprozessordnung. Zwar enthält sie – anders als die Tessiner Verfahrensregelung – geschriebene Vorschriften über den Umfang des Redaktionsgeheimnisses. Diese bringen aber nur jenen beruflich mit der Veröffentlichung von Informationen im redaktionellen Teil eines periodisch erscheinenden Mediums befassten Personen eine rechtssichere Regelung, die *als Dritte* in einen Zivilprozess verwickelt sind. Sie können nach Art. 166 Abs. 2 ZPO die Mitwirkung «über die Identität der Autorin oder des Autors oder über Inhalt und Quellen ihrer Informationen» verweigern. Diese Regelung gilt aber nicht für Medienschaffende, die – wie im Tessiner Fall – *als Prozesspartei* in ein Verfahren einbezogen sind. Sie können nach Art. 163 Abs. 2 ZPO die Mitwirkung bei der Beweiserhebung nur verweigern, wenn sie als Träger eines gesetzlich geschützten Geheimnisses glaubhaft machen, «dass das Geheimhaltungsinteresse das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt». Für die verfassungskonforme Anwendung dieser unbestimmten Gesetzesformulierung ist auf die oben geschilderten Grundsätze abzustellen. Das Interesse an der Wahrung des Redaktionsgeheimnisses wird also in der Regel überwiegen und nur unter ausserordentlichen Umständen den geringeren gewichten als die Wahrheitsfindung.

Dr. Franz Zeller, Bern

4. Privatrecht

4.1 Persönlichkeitsschutz

10-141

Die Publikation gerichtsinthener Fotografien von Hannibal Kadhafi in der «Tribune de Genève» vom 4.9.2009 stellte eine rechtswidrige Persönlichkeitsverletzung dar

Persönlichkeitsschutz; notwendige Streitgenossenschaft zwischen Kanton Genf und «Tribune de Genève» angesichts von Kadhafis Persönlichkeitsschutzklage; materielle Bedingungen einer Persönlichkeitsverletzung und der Rechtfertigungsgrund des öffentlichen Interesses; Sanktion durch Feststellung und Publikation anstelle einer Geldzahlung für «Tort Moral»

Art. 28 Abs. 1, 2 ZGB; Art. 49 Abs. 2 OR; Art. 6 ZPO/LPC GE; Art. 71 Eidg. ZPO (ab 1.1.2011)

Urteil des Tribunal de première instance GE vom 12.4.2011, 15^e Chambre (JTPI/4515/2010); rechtskräftig

Der Präsidentensohn Hannibal Kadhafi (Schreibweise laut Genfer Gericht), «verschiedentlich in offizieller Mission für Libyen unterwegs und Träger eines Diplomatenpasses», war am 2.7.2008 mit Gefolge in Genf eingetroffen; Frau Kadhafi wollte dort ihr zweites Kind gebären. Am 15.7. hatte die Polizei das Ehepaar und Angestellte im Hotel Wilson (wegen Strafanzeigen von zwei Bedienten wegen Misshandlung) einvernommen; Hannibal Kadhafi wurde ins Polizeigebäude geführt, zwecks Gerichtsidentifikation fotografiert, bis am Abend einvernommen und während einer Nacht hinter Schloss und Riegel behalten. Nach Abschluss einer vertraulichen Vereinbarung mit den Anzeigestellern schloss die Justiz das Verfahren. – Im August 2009 verhandelte Bundespräsident Merz in Tripolis über die Freilassung von zwei Schweizer Bürgern, deren Ausreise verweigert worden war; man vereinbarte eine Abreise vor dem 1.9. (die dann bis Mitte Juni 2010 auf sich warten liess). – Am 4.9.2009 publizierte die «Tribune de Genève» auf Seite 4 einen beim Journalisten A. bestellten Artikel, dessen Thema die «Demütigungen» verschiedener Akteure (und der Schweiz) waren; die Redaktion illustrierte die Seite mit zwei Fotos von Hannibal Kadhafi aus dem Polizeiverhaft, die ihr «vor Monaten» zugespield worden waren, sowie mit je einem Foto des Bundespräsidenten und des vernarbten Torsos des Anzeigestellers. Die vier ausführlichen Bildlegenden beschrieben je einen der Akte unter dem Refrain «Demütigung». – Der Generalstaatsanwalt führt eine Strafuntersuchung gegen den (nach wie vor unbekannt) Beamten, der der «Tribune» (und andern Redaktionen) die Fotos zugespield hatte. Am 17.12. klagte Hannibal Kadhafi den Staat Genf und die «Tribune» wegen Persönlichkeitsverletzung ein; gegen den Journalisten A., der mit der Bebilderung nichts zu tun hatte, zog er die Klage später zurück. Als Genugtungssumme verlangte er 100000 Franken.

Der Einzelrichter wies zuerst die von der «Tribune» behauptete Unzulässigkeit der Klage ab: Zwar sei die Klage gegen den Staat Genf strafrechtlich begründet, die gegen die «Tri-

bune» zivilrechtlich. Aber aus Gründen der Verfahrensökonomie dürfe ein gemeinsames Verfahren stattfinden – nicht nur nach genferischem Prozessrecht, sondern auch nach der ab 1.1.2011 gültigen eidgenössischen Zivilprozessordnung (Art. 71, Einfache Streitgenossenschaft). Ohnehin halte Art. 28 ZGB fest, der in seiner Persönlichkeit Verletzte könne «gegen jeden klagen, der an der Verletzung mitwirkte».

Hierauf prüfte der Richter die Elemente der behaupteten Persönlichkeitsverletzung. Eingang sei von Fall zu Fall abzuklären, ob der Eingriff nach objektiven Kriterien – bemüht wird der «citoyen moyen», der «Durchschnittsbürger» – die moralische Wertschätzung des Betroffenen schmälere. Es gehe um den Schutz der Privatsphäre, deren Inhalt der Betroffene nur mit einem eingeschränkten Personenkreis teilen wolle. Jede Veröffentlichung eines Aspekts aus der Privatsphäre greife in die Persönlichkeit ein. Zu den Schutzaspekten gehöre auch das Recht am eigenen Bild; Aufnahme oder Publikation ohne Zustimmung verletze dieses Recht (BGE 127 III 481 «Minelli»). Keine widerrechtliche Verletzung liege vor, sobald ein Rechtfertigungsgrund gegeben sei – insbesondere ein überwiegendes öffentliches Interesse (Art. 28 Abs. 2 ZGB). Ein solches sei etwa aus dem «Informations (oder Unterhaltungs-) Auftrag der Massenmedien» abzuleiten. Dieser Auftrag könne gegenüber dem Schutz der Privatsphäre überwiegen, zumal dann, wenn es sich um eine öffentliche Person handle. Es müsse aber ein konkretes Informationsbedürfnis vorliegen; der Informationsauftrag gelte nicht abstrakt oder absolut. Hier müsse der Richter abwägen, ob die Ziele und Mittel des Verletzers schutzwürdiger sind als die Interessen des Betroffenen. «Das allgemeine Informationsinteresse verlangt keine Informationsverbreitung, deren Kenntnis nicht unerlässlich ist für die Einschätzung eines gesellschaftsbezogenen Ereignisses» (Bucher, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5. Aufl., Basel/Genf, N 525).

In der Tat war Hannibal Kadhafi kurz in Haft, und die dabei aufgenommenen Fotos gehören eindeutig seiner Privatsphäre an. Zu Unrecht glaubt sich die «Tribune» berechtigt, diese justizinternen Fotos zu publizieren. Kadhafis ehemaliger Diensthabe zeigte den Medien seine Narben freiwillig. Das Bild von Bundespräsident Merz in Anzug samt Krawatte hängt mit dessen amtlicher Funktion zusammen. Der Abdruck von Bildern Kadhafis, die der Öffentlichkeit entzogen waren, trägt bloss aufs Neue zu dessen «Demütigung» bei. Die Bildpublikation war in keiner Weise notwendig. Weder klärte sie die Lage, noch bot sie der Leserschaft ein neues Beurteilungselement. Damit ist die Widerrechtlichkeit der Persönlichkeitsverletzung gestellt.

Wer einen andern widerrechtlich schädigt, muss diesen Schaden wiedergutmachen (Art. 41 ff. OR). Das gilt gemäss seinem Verantwortlichkeitsgesetz auch für den Staat Genf (1989). Auch ohne Identifikation des «in schwerem Masse fehlbaren Beamten ist die Weitergabe der internen Foto conditio sine qua non der Persönlichkeitsverletzung» durch die «Tribune». Was die «Tribune» angeht, hat der verletzte Kadhafi Anspruch auf eine Genugtuungszahlung, falls die Schwere der Verletzung dies rechtfertigt und der Betroffene keine anderweitige Genugtuung erfährt (Art. 49 Abs. 1 OR; BGE 131 III 26). Der Kläger hat die für die Schweiz unübliche Höhe der Genugtuungssumme allerdings in keiner Weise belegt.

Die Urteils publikation kann eine solche «anderweitige Genugtuung» darstellen. Besonders bei Ehrverletzungen gehe es dem Opfer weniger um Trost als um Vergeltung. Die gerichtsoffizielle Feststellung der Widerrechtlichkeit einer Publikation und deren befohlene Publikation kann mehr bewirken als eine Geldzahlung (BGE 131 III 26, S. 29, 31). Kadhafi hat eine «bedeutende Verletzung und Demütigung vor grossem Publikum erlitten». Dass er selber lauthals protestiert hat und dass – gegenüber der Schweiz und den zurückgehaltenen Schweizern – «schwere Folgen eingetreten sind», «ändert nichts daran». – Nachdem Kadhafi die Forderung nach Publikation in weiteren Zeitungen im Schlussplädoyer zurückgezogen hat, genügt die Veröffentlichung des Urteilsdispositivs in der «Tribune» auf derselben Seite 4, in derselben Titel- und Schriftgrösse, mit gerichtlich formulierter Einleitung. Zudem müssen die Internetseiten des Kantons und der «Tribune» diese Texte während eines Monats aufnehmen.

In die Kosten der Urteils publikation und des Verfahrens (einschliesslich Anwaltskosten) teilen sich der Kanton Genf, der das Fehlverhalten eines seiner Beamten bedauert, und die «Tribune» nach einem bestimmten Schlüssel. Sie haften solidarisch. Die «Tribune» darf die umstrittenen Fotos nicht wieder verwenden – auch im Kontext der Gerichtsberichterstattung nicht.

Anmerkungen Das Urteil des Genfer Einzelrichters überzeugt. Was die Güterabwägung zwischen dem grundrechtlichen Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV) und dem Grundrecht auf Medienfreiheit (Art. 17 BV) betrifft, handelt es sich in der Regel um «case law». Die Aspekte der Güterabwägung sind aus dem Einzelfall zu beziehen. Das gilt auch für Teilaspekte wie das Recht am eigenen Bild einerseits, die Rolle der Medien als «Wachhunde der Demokratie» (EGMR) andererseits. In der theoretischen Fundierung seines Urteils stützte sich Richter David Robert fast ausschliesslich auf den in der Welschschweiz mit Vorliebe rezipierten Andreas Bucher, der deutlich zugunsten der Privatsphäre plädiert. Den in der deutschen Praxis und neuerdings im Schweizer Presserat häufig zitierten Leitsatz, dass die Zustimmung der Abgebildeten entbehrlich sei, wenn die Person in der Abbildung als «Beiwerk» – «nicht fokussiert» – auftauche, habe ich im Urteil vermisst. Beim «Fall Kadhafi» war dieser Aspekt freilich nicht zentral. Roberts Fazit: Die Publikation dieser widerrechtlich zugestellten Bilder war unnötig, da sie Kadhafis Persönlichkeit verletzte und diesen zusätzlich zur problematischen «Nacht im Gefängnis» demütigte, ohne zur Lageklärung oder zur Beurteilung durch die Leserschaft beizutragen. Dem wird man kaum widersprechen wollen. Die «Tribune» hat zwar protestiert, aber wohlweislich auf einen Weiterzug des Urteils verzichtet. Andere Chefredaktoren – etwa von «24 Heures» im selben Medienunternehmen – waren auch im Besitz der Justizfotos, haben sie aber nicht publiziert. Kontroverser war das Echo innerhalb der Journalistenschaft. Dominique von Burg, Präsident des Presserats (und Redaktor an der «Tribune»), hielt die Publikation für berechtigt, weil die Fotos die Titelhypothese des Artikels belegten: «L'humiliation, nerf de la guerre que livre la Libye à la Suisse» (EDITO 05/09). Dieser Beleg bedurfte allerdings keiner weiteren Abbildung widerrechtlich weitergereichter Polizeifotos. Die erste Demütigung bestand ja in der juristisch fragwürdigen «Nacht im Gefängnis», die Kadhafi zuge-

mutet war; eine zweite in der Publikation der Polizeifotos Monate später. Ich halte sie für überflüssig. Von Burg berief sich auch auf frühere Presseratsentscheide, so auf die Stellungnahme 1/97 zur Publikation eines vertraulichen Botschafterberichts aus den USA («Jagmetti»). Darin hatte der Presserat allerdings die grundlegende Funktion der Botschafterempfehlungen für die zaghaft anlaufende Holocaustdebatte in der Schweiz belegt. Auch die Analogie zur Rechtfertigung des Abdrucks textlich sorgfältig begleiteter Mohammed-Karikaturen, «à titre d'exemple» für einen weltweiten Kulturkonflikt (Presseratsentscheid 12/2006), überzeugt mich nicht. Damals ging es um Karikaturen, Kunstfreiheit und globale Kommentarfreiheit.

Dr. iur. Peter Studer, Rüslikon

5. Urheberrecht

5.1 Rechtsschutz

10-142

La création d'une œuvre dans le cadre d'un contrat de travail n'empêche pas l'employé d'acquérir le statut d'auteur

Droit d'auteur; action en constatation; notion d'auteur, de coauteur, d'œuvre, principe du créateur

Art. 2, 6 de la Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins (LDA)

Arrêt du Tribunal fédéral du 1^{er} avril 2010 (4A_638/2009), C.de S. c. Ville de Genève

La Chambre civile a jugé que le recourant, employé au Service d'incendie et de secours de la Ville de Genève (SIS), n'avait pas démontré être l'auteur du Guide orange (Répertoire des produits dangereux, édité par le SIS). A titre subsidiaire, elle a considéré qu'en tout état de cause, il aurait perdu «ses droits à la constatation», pour cause de péremption.

L'intimée conteste la qualité d'auteur du recourant, de sorte qu'il y a bien incertitude à ce sujet. On ne saurait imposer au recourant de se satisfaire d'une incertitude durable parce qu'il est resté inactif pendant 27 ans. Avant que les relations entre les parties se détériorent, il n'avait aucune raison de faire constater sa qualité d'auteur par la voie judiciaire. Jusque-là, il pouvait penser de bonne foi que l'intimée ne contestait pas ce statut. Son attitude n'était donc pas l'expression d'un manque d'intérêt à la constatation de sa qualité d'auteur.

Il n'est pas contesté que le Guide orange est une œuvre au sens de l'art. 2 al. 1 LDA, soit une création de l'esprit qui a un caractère individuel, quelles qu'en soient la valeur ou la destination. Le critère décisif réside dans l'individualité, qui doit s'exprimer dans l'œuvre elle-même. Le caractère individuel exigé dépend de la liberté de création dont l'auteur jouit.

Selon le principe du créateur (Schöpferprinzip), l'auteur est la personne physique qui a créé l'œuvre (art. 6 LDA). Est

coauteur celui qui concourt de manière effective à la détermination définitive de l'œuvre ou à sa réalisation; la contribution du coauteur peut résider dans la forme ou dans la structure du contenu, pour autant que son apport revête l'individualité nécessaire. Le coauteur doit faire preuve d'une collaboration créatrice; celui qui exécute simplement les instructions d'un autre, sans qu'une marge de manœuvre ne soit laissée à sa propre créativité, n'est pas un coauteur, mais un auxiliaire.

Il résulte des faits constatés que le recourant était coauteur du Guide orange.

5.2 Verwertungsrechte

10-143

Keine Verletzung des rechtlichen Gehörs bei Entscheid über Urheberrechtsentschädigung

Rechtliches Gehör

Art. 29 Abs. 2 BV

Urteil des Bundesgerichts vom 8. März 2010 (4A_34/2010)

Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs bei einem Urteil über einen Rechtsstreit betreffend Tarifvereinbarungen wurde vom Bundesgericht abgelehnt, da der Entscheid ausreichend begründet worden sei.

X. führt ein Theater in Basel, welches alljährlich eine Vorfasnachtsveranstaltung mit einem abendfüllenden Programm bestehend aus kabarettistischen Nummern, Schnitzelbänken und Musiknummern veranstaltet. Zwischen X. und der SUIA war unter anderem umstritten, welche Tarifvereinbarung (GT K oder GT Hb) anwendbar sei. Nachdem die Argumentation der SUIA vom Appellationsgericht Basel-Stadt bestätigt worden war, erhob X. Beschwerde beim Bundesgericht. Darin verlangte er die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Rückweisung der Sache zu neuer Entscheidung und machte ausschliesslich eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) geltend.

Das Bundesgericht vertrat die Ansicht, dass keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliege, da der Entscheid genügend begründet worden sei. Indem die Vorinstanz ausgeführt habe, dass die Vorfasnachtsveranstaltung von X. nach dem GT K abzurechnen war, habe sie implizit eine Abrechnung nach dem GT Hb verworfen. Entgegen der Ansicht von X. müsse sie nicht explizit die Meinung des Beschwerdeführers widerlegen, sondern es genüge, dass aus dem angefochtenen Urteil klar hervorgehe, auf welche Rechtsgrundlage die Vorinstanz ihren Entscheid stütze und aus welchen Gründen. Sie müsse nicht auch noch explizit ausführen, weshalb eine andere, von X. angerufene Tarifgrundlage nicht Anwendung finde. X habe die Gründe gekannt und sei in der Lage gewesen, den Entscheid sachdienlich anzufechten, weshalb die Beschwerde abzuweisen sei.

6. Wettbewerbsrecht

6.1 Kartellrecht

10-144

Bundesverwaltungsgericht wehrt Beschwerde von Publigroupe gegen Verfügung der WEKO ab

Marktabgrenzung; marktbeherrschende Stellung; Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung; Verfahrensdauer

Art. 4 Abs. 2, 7 KG

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. April 2010 (B-2977/2007)

Eine Beschwerde von Publigroupe SA gegen eine Verfügung der WEKO, welche der Publigroupe eine marktbeherrschende Stellung und deren Missbrauch vorwarf, wurde vom Bundesgericht abgelehnt, da es die angefochtene Verfügung als rechtskonform beurteilte.

Die WEKO erliess nach einer längeren Untersuchung im Jahre 2007 eine Verfügung, worin sie feststellte, dass Publigroupe SA bei der Platzierung von Werbung und Inseraten in Printmedien eine marktbeherrschende Stellung innehatte. Zudem habe sie diese missbraucht, indem sie andere Vermittlungsunternehmen bezüglich der Entschädigung für die Vermittlung von Inseraten behindert und somit den Markt abgeschottet habe. Zusätzlich wurde Publigroupe SA wegen Missbrauchs ihrer marktbeherrschenden Stellung mit einer Busse von 2,5 Mio. Fr. bestraft. Gegen diese Verfügung erhob Publigroupe SA Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und verlangte deren Aufhebung.

Das Bundesverwaltungsgericht prüfte in einem ersten Teil die vorgenommene Marktabgrenzung und kam dabei zum Schluss, dass es nicht zu beanstanden sei, dass die Vorinstanz den relevanten Markt als Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien in der Schweiz definiert habe. In einem zweiten Teil führte es aus, die Vorinstanz habe nachvollziehbar begründet, dass die Möglichkeit der Verlage, sich aus den Pachtverträgen zu lösen und ihren Inserate- und Werberaum in Eigenregie zu vermarkten, keinen genügenden Wettbewerbsdruck auf Publigroupe SA auszuüben vermöge. Zudem sei die vom potenziellen Wettbewerb durch unabhängige Vermittler ausgehende disziplinierende Wirkung als gering einzustufen. Die angefochtene Verfügung halte somit vor Bundesrecht stand, und die WEKO sei zu Recht von einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 4 Abs. 2 KG von Publigroupe SA im Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien ausgegangen. In einem dritten Teil kam das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass sich die ausschliessliche Kommissionierung von Universalvermittlern und der Kommissionierungsausschluss von Unternehmen, die ihre Vermittlungstätigkeit nur nebenher betreiben oder einen andern Hauptzweck haben, sachlich nicht rechtfertigen lassen. Entsprechend würden diese

Kommissionierungsvoraussetzungen einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 KG darstellen, indem die Spartenvermittler im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG diskriminiert worden seien. Zudem seien die Voraussetzungen für die Annahme eines unter den Vertrauensschutz fallenden Tatbestands nicht gegeben. Ebenso sei die Verfahrensdauer an der äusseren Grenze des zulässigen anzusiedeln, sie lasse sich jedoch durch die Komplexität des Verfahrens und die vielen verfahrensleitenden Massnahmen gerade noch rechtfertigen. In einem vierten Teil prüfte das Bundesverwaltungsgericht die Sanktion (Busse von 2,5 Mio. Fr.) und war diesbezüglich der Ansicht, dass diese weder in grundsätzlicher Hinsicht noch in betragsmässiger Höhe Bundesrecht verletze. Als Folge dieser Abwägungen wies das Bundesgericht die Beschwerde von Publigroupe SA ab.

8. Ethik/Selbstregulierung

8.1 Ethik des Journalismus

10-145

Wahrheits- und Berichtigungspflicht

Berichtigungspflicht; Wahrheitspflicht

Ziffern 1, 5 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 19. März 2010 (08/2010; Bertschinger c. «Zürichsee-Zeitung»/Ausgabe Linkes Ufer)

In der «Zürichsee-Zeitung» erschien ein Artikel über die Auswirkungen der Banken- und Wirtschaftskrise auf die private Fahrgastschiffahrt auf dem Zürichsee. Mittels einer Beschwerde beanstandete der Obmann der Vereinigung Private Fahrgastschiffahrt Zürichsee die Berichterstattung, da fälschlicherweise von einem starken Rückgang der Einnahmen gesprochen werde. Deswegen beanstandete er eine Verletzung der Ziffern 1 (Wahrheit) und 5 (Berichtigung) der «Erklärung».

Der Presserat führte dazu aus, dass gemäss der «Erklärung» Medienschaffende verpflichtet seien, jede von ihnen veröffentlichte Meldung zu berichtigen, deren materieller Inhalt sich ganz oder teilweise als falsch erweise. Durch den vorliegenden Artikel sei der falsche Eindruck entstanden, dass das gesamte Geschäftsvolumen der «Partyboote» auf dem Zürichsee deutlich zurückgegangen sei, weswegen die Redaktion verpflichtet gewesen wäre, spätestens nach erfolgtem Hinweis auf den Irrtum eine kurze Richtigstellung abzudrucken. Der Presserat hiess folglich die Beschwerde aufgrund einer Verletzung von Ziffer 5 (Berichtigung) der «Erklärung» gut, verneinte jedoch eine Verletzung von Ziffer 1 (Wahrheit).

10-146

Presserats- und Gerichtsverfahren

 Eintritt auf Beschwerde bei parallel laufendem Gerichtsverfahren

 Art. 10 Abs. 2 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 19. März 2010 (09/2010; Kantonspolizei Bern c. «Wochenzeitung»)

Der Presserat trat auf eine Beschwerde gegen einen in der «Wochenzeitung» veröffentlichten Artikel mit dem Titel «Der Polizist und seine Nigger» nicht ein. Bei der angekündigten Zivilklage wegen Persönlichkeitsverletzung würden sich im Wesentlichen die gleichen Fragen wie im Presseratsverfahren stellen, weswegen eine Durchführung zweier paralleler Verfahren nicht sinnvoll sei (Art. 10 Abs. 2 Geschäftsreglement).

10-147

Anhörung bei schweren Vorwürfen

 Anhörungspflicht

 Ziffer 3 der «Erklärung»; Richtlinie 3.8 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 17. März 2010 (10/2010; Spital STS AG c. «Simmental Zeitung»)

Die «Simmental Zeitung» berichtete in einem Artikel über den seit Längerem dauernden Streit über den künftigen Spitalstandort in der Region. Die Spital STS AG wandte sich aufgrund der gegen sie erhobenen Vorwürfe an den Presserat und rügte eine Verletzung von Ziffer 3 der «Erklärung» (Anhörungspflicht).

Der Presserat führte aus, dass Journalisten gemäss Richtlinie 3.8 zur «Erklärung» verpflichtet seien, Betroffene vor der Publikation schwerer Vorwürfe zu befragen und deren Stellungnahme im gleichen Medienbericht kurz und fair wiederzugeben. Dabei würden Vorwürfe als «schwer» gelten, die einem Betroffenen ein illegales oder zumindest unredliches Verhalten unterstellen. Vorliegend habe die Zeitung den Exponenten der Spital STS AG mit ihren Vorwürfen («aufgetischte Lügen, «Ungeheuerlichkeiten») zumindest ein unredliches Verhalten unterstellt. Deswegen wäre sie verpflichtet gewesen, die Betroffenen zu den neuen Vorwürfen kurz anzuhören und bezüglich der nicht neuen Vorwürfe zumindest auf deren frühere Stellungnahmen hinzuweisen. Dies gelte auch dann, wenn – wie vorliegend – bereits eine grosse Zahl von Berichten zum gleichen Thema erschienen sei, da die Zeitung nicht davon ausgehen könne, dass jeder Leser des Berichts Kenntnis von den früher erschienenen Berichten hat.

10-148

Lauterkeit der Recherche

 Lauterkeit der Recherche

 Ziffer 4 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 17. März 2010 (11/2010; Verein gegen Tierfabriken c. «Beobachter»)

Erwin Kessler bot im Namen des Vereins gegen Tierfabriken (VgT) dem «Beobachter» eine umfangreiche Dokumentation über das Label «natürli» an, welches naturnahe Käseproduzenten vereint. In dieser Dokumentation wird auf Missstände in den von den Produzenten nebenbei betriebenen Schweinemasten aufmerksam gemacht. Der «Beobachter» veröffentlichte jedoch nur einen Kurzbericht, ohne den VgT zu erwähnen, worauf Kessler beim Presserat vorstellig wurde und eine Verletzung von Ziffer 4 der «Erklärung» geltend machte.

Der Presserat verneinte einen Verstoss gegen Ziffer 4 der «Erklärung». Einerseits sei Kessler nicht als Journalist, sondern als Interessenvertreter des VgT tätig gewesen. Da er im Umgang mit Medien erfahren sei, hätte er wissen müssen, dass der «Beobachter» seine Informationen selbstständig überprüfen, bearbeiten und auch Umfang sowie Stossrichtung einer allfälligen Publikation selber festlegen würde, ohne sich vom VgT Vorgaben machen zu lassen. Andererseits sei es zwar fragwürdig, dass auf die Angabe der Informationsquelle verzichtet wurde. Jedoch sei dadurch nicht die Leistung eines anderen Mediums unterschlagen worden, und zudem seien auch keine Fotos und Formulierungen aus der VgT-Dokumentation verwendet worden.

10-149

Identifizierende Berichterstattung

 Privatsphäre; Menschenwürde

 Ziffern 4, 8 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 16. April 2010 (12/2010; X. c. «Blick»)

Gegen einen Artikel im Blick, der über einen Todesfall bei einer Routineuntersuchung berichtete, erhob ein Angehöriger des Verstorbenen Beschwerde beim Presserat und machte eine Verletzung der Ziffern 7 (Privatsphäre) und 8 (Menschenwürde) geltend.

Der Presserat wies die Beschwerde ab, da eine Identifizierung des Verstorbenen durch Dritte ausserhalb seines familiären und sozialen Umfelds aufgrund der im Artikel enthaltenen Angaben wenig wahrscheinlich erscheine. Zudem sei die minderjährige Schwester des Verstorbenen im Bezug auf den recherchierten Sachverhalt urteilsfähig gewesen und habe somit bei der Befragung durch den Reporter nicht vor sich selber ge-

schützt werden müssen. Weiter wurde eine Verletzung der Menschenwürde als offensichtlich unbegründet abgelehnt.

10-150

Wahrheitssuche/Unterschlagung wichtiger Informationen

Wahrheitssuche; Unterschlagung wichtiger Informationen

Ziffern 1, 3 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 16. April 2010 (13/2010; Girod/von Graffenried c. «Blick»)

Der «Blick» publizierte einen Artikel, in welchem der Präsident der Autoimporteure vor der CO₂-Abgabe warnte. Dagegen erhoben zwei Politiker der Grünen Beschwerde und machten eine Verletzung der Ziffern 1 (Wahrheitssuche) und 3 (Unterschlagung wichtiger Informationen) geltend, da in einseitiger Weise und unter Ausblendung wichtiger Informationen über eine geplante Revision des CO₂-Gesetzes berichtet worden sei.

Der Presserat wies die Beschwerde ab, da keine Verpflichtung zur objektiven Berichterstattung bestehe und die Leserschaft die «(...) Parteidarstellung im Rahmen der politischen Auseinandersetzung über eine vorerst nur zur Diskussion gestellte Gesetzesrevision (...)» als solche habe wahrnehmen und einordnen können. Weiter enthalte der Artikel auch keine für den Presserat erkennbaren Unwahrheiten, und er nenne – wenn auch stark verkürzt – die wichtigsten Fakten.

10-151

Fehlende Beschwerdebegründung

Fehlende Beschwerdebegründung

Art. 8 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 16. April 2010 (14/2010; Schmidhauser c. «SonntagsZeitung»/«News»/«Thurgauer Zeitung»/«St. Galler Tagblatt»)

Der Präsident der Schweizer Demokraten des Kantons Thurgau erhob gegen die Zeitungen «SonntagsZeitung», «News», «Thurgauer Zeitung» und «St. Galler Tagblatt» Beschwerde beim Presserat, ohne anzugeben, welche Ziffer bzw. Richtlinien der «Erklärung» verletzt worden seien. Der Presserat trat nicht auf die Beschwerde ein, da der Beschwerdeführer auch nach einer erneuten Aufforderung seine Beschwerde nicht gemäss Art. 8 Geschäftsreglement begründete.

10-152

Wahrheitssuche/Anhörung/sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigungen

Wahrheit; Anhörung bei schweren Vorwürfen; Personen des öffentlichen Lebens

Ziffer 1 der «Erklärung»; Richtlinien 3.8, 7.3 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 23. April 2010 (15/2010; EDÖB c. «Basler Zeitung»)

In der «Basler Zeitung» erschienen mehrere Artikel, in welchen aus Datenschützerkreisen Kritik am Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten Hanspeter Thür geübt wurde. Dieser habe im Zusammenhang mit Google Street View erst spät, auf Druck der kantonalen Datenschutzbeauftragten und zudem wenig rigoros reagiert. Dagegen erhob der Betroffene Beschwerde beim Presserat und machte eine Verletzung von Richtlinie 3.8 zur «Erklärung» (Anhörung bei schweren Vorwürfen), Ziffer 1 der «Erklärung» (Wahrheit) und Richtlinie 7.3 zur «Erklärung» (Personen des öffentlichen Lebens) geltend.

Der Presserat war der Ansicht, dass kein schwerer Vorwurf im Sinne von Richtlinie 3.8 zur «Erklärung» vorliege, da es sich um eine politische Kritik im üblichen Rahmen handle, die vom Betroffenen im Rahmen der öffentlichen Auseinandersetzung hinzunehmen sei. Ebenso sei Richtlinie 7.3 zur «Erklärung» offensichtlich nicht verletzt worden, da die Privatsphäre des Betroffenen in keiner Weise tangiert sei. Hingegen wäre die «Basler Zeitung» verpflichtet gewesen, bei der Wiederholung der unveränderten Kritik der kantonalen Datenschutzbeauftragten gegenüber dem Beschwerdeführer wenigstens dessen Klarstellung in angemessener Weise in den Bericht einfließen zu lassen. Somit liege eine Verletzung von Ziffer 1 der «Erklärung» vor.

10-153

L'identité d'un suspect ne doit en principe pas être révélée ni trop facilitée

Informations concernant un suspect/pesée des intérêts

Chiffre 7 (respect de la vie privée) de la «Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste»,

Directives 7.5 (présomption d'innocence), 7.6 (compte-rendu identifiant) relatives à la «Déclaration»

Prise de position du Conseil suisse de la presse du 27 avril 2010 (22/2010, Ordre des avocats vaudois c. «24 Heures»/«Le Matin»)

«24 Heures» a publié un article concernant l'affaire du meurtre de Catherine Ségalat, municipale de Vaux-sur-Morges. La «une» indique que «le meurtrier présumé» est le «célèbre généticien français Laurent Ségalat, son beau-fils». En «une», une

grande photo du suspect dont il est donné des précisions sur la carrière professionnelle et le lieu de travail.

Le même jour, «Le Matin» évoque cette affaire, donnant aussi des détails sur la profession et le lieu de travail du suspect, dont il publie les initiales et un portrait les yeux masqués.

Les journaux ont tous deux utilisé les termes d'«auteur présumé», «suspect», «inculpé» et «prévenu», respectant ainsi la présomption d'innocence prescrite par la directive 7.5.

En vertu du chiffre 7 de la Déclaration et de la Directive 7.6 y relative, les journalistes sont en principe appelés à ne pas publier d'éléments permettant d'établir l'identité d'une personne mêlée à une affaire judiciaire, sauf lorsqu'une personne exerce une fonction publique importante et qu'elle est poursuivie pour des actes incompatibles avec cette activité.

En l'espèce, la notoriété professionnelle de Laurent Ségalat n'est pas en rapport avec les actes qui lui sont reprochés. Il était presque impossible d'empêcher complètement l'identification du suspect. En précisant légitimement le lien familial entre la victime, dont le nom était connu, et le prévenu, celui-ci était de toute façon reconnaissable hors de son cercle familial et social.

Cependant, les deux journaux devaient, pour chaque élément d'information supplémentaire – susceptible d'élargir encore le cercle des lecteurs pour qui le suspect était identifiable –, peser entre l'intérêt du public à être informé et la protection de la sphère privée du suspect.

En négligeant le principe de proportionnalité, ils ont violé le chiffre 7 de la «Déclaration».

10-154

Presserats- und Gerichtsverfahren

Eintreten auf Beschwerde bei parallel laufendem Gerichtsverfahren

Art. 10 Abs. 2 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 30. April 2010 (17/2010; Gentest.ch GmbH c. «Beobachter»)

Der Presserat trat nicht auf eine Beschwerde der Firma Gentest.ch GmbH ein, welche wegen eines Artikels im «Beobachter», der ihr ein illegales Verhalten im Umgang mit Daten vorwarf, an denselben gelangte. Da neben der Beschwerde beim Presserat auch ein Sühnebegehren beim Friedensrichteramt der Stadt Zürich eingereicht worden sei und darin weitgehend die gleichen Fragen zu klären seien, sei die parallele Durchführung zweier Verfahren nicht sinnvoll, weswegen nach Art. 10 Abs. 2 Geschäftsreglement darauf verzichtet werde.

10-155

Meinungspluralismus/Trennung von Fakten und Kommentar/Quellennennung/Anhörung

Nichteintreten; Meinungspluralismus; Trennung von Fakten und Kommentar, Quellenbearbeitung; Anhörung bei schweren Vorwürfen; Unterschlagung wichtiger Elemente von Informationen

Ziffer 3 der «Erklärung»; Richtlinien 2.2, 2.3, 3.1, 3.8 zur «Erklärung»; Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 30. April 2010 (18/2010; Lucchi c. «St. Galler Tagblatt»/«Anzeiger»)

Im «St. Galler Tagblatt» und im «Anzeiger» erschien ein Bericht über einen Honorarstreit zwischen Jeannot Lucchi und der Tagblatt Medien AG. Dagegen erhob Lucchi Beschwerde und rügte eine Verletzung der Richtlinien 2.2 (Meinungspluralismus), 2.3 (Trennung von Fakten und Kommentar), 3.1 (Quellenbearbeitung), 3.8 (Anhörung bei schweren Vorwürfen) zur «Erklärung» und von Ziffer 3 der «Erklärung» (Unterschlagung wichtiger Elemente von Informationen). Der Presserat trat gemäss Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement nicht auf die Beschwerde ein, da diese offensichtlich unbegründet sei.

10-156

Respektierung der Privatsphäre

Nichteintreten; Privatsphäre; Menschenwürde

Ziffern 7, 8 der «Erklärung»; Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 30. April 2010 (19/2010; X. c. «Das Magazin»)

«Das Magazin» veröffentlichte vier als Faksimile abgedruckte Abschiedsbriefe von Müttern, die ihre Kinder bei einer Babyklappe abgegeben haben. Dagegen wurde Beschwerde beim Presserat erhoben und eine Verletzung der Ziffern 7 (Privatsphäre) und 8 (Menschenwürde) gerügt. Der Presserat trat gemäss Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement nicht auf die Beschwerde ein, da diese offensichtlich unbegründet sei. Einerseits seien weder die betroffenen Mütter noch die Kinder auch nur annähernd erkennbar, weswegen eine Verletzung der Privatsphäre ausscheide, und andererseits sei keine Verletzung der Menschenwürde erkennbar.

10-157

Einseitige Berichterstattung/Unterschlagung wichtiger Informationen/anonyme Leserbriefe/Korrespondenz mit der Redaktion

Quellennennung; Unterschlagung wichtiger Informationsquellen; Privatsphäre; anonyme Leserbriefe

Ziffern 3, 7 der «Erklärung»; Richtlinien 3.1, 5.2 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 14. Mai 2010 (20/2010; SFG-ADHS c. «Tages-Anzeiger»)

Der «Tages-Anzeiger» berichtete in einer Artikelserie über den «rätselhaften Boom von Ritalin». Unter anderem wurde verbreitet, dass sich der Absatz von Ritalin-Präparaten in einem Jahrzehnt verzehnfacht habe. Es wurde kritisiert, dass Ärzte für Ritalin und verwandte Produkte Werbung machen würden. Zudem würden Selbsthilfegruppen für hyperaktive Kinder und Erwachsene mit ihrer Beratungstätigkeit den Verkauf von Ritalin ankurbeln. Gegen die in diesen Artikeln geäusserten Vorwürfe gelangte Meinrad Ryffel in seiner Funktion als Co-Präsident der Schweizerischen Fachgesellschaft Aufmerksamkeitsdefizit/Hyperaktivitätsstörung an den Presserat.

Zuerst betonte der Presserat ein weiteres Mal, dass keine Pflicht zur objektiven Berichterstattung bestehe und diesbezüglich vorliegend keine berufsethischen Pflichten verletzt worden seien. Danach prüfte der Presserat, ob der «Tages-Anzeiger» gemäss Richtlinie 3.1 zur «Erklärung» (Quellennennung) verpflichtet gewesen wäre, seine Quellen (ehemalige VPM-Aktivistin und Vertreter von AHDS Schweiz) offenzulegen. Dabei kam er zum Schluss, dass es für die Leserschaft nicht notwendig war, sämtliche Quellen zu kennen, um die gemachten Ausführungen verstehen und einordnen zu können. Eine Bezeichnung der Quellen wäre jedoch notwendig gewesen, wenn die Kritik an der zunehmenden Verschreibung von Ritalin ausschliesslich aus fundamentalistischen Kreisen gekommen wäre. Weiter prüfte der Presserat die Beanstandung des Beschwerdeführers, der «Tages-Anzeiger» hätte den Hauptgrund des «Ritalin-booms», nämlich den Nachholbedarf bei der Medikation, zwingend nennen müssen, um den Anforderungen von Ziffer 3 der «Erklärung» (Unterschlagung wichtiger Informationsquellen) zu genügen. Diesbezüglich war der Presserat der Ansicht, dass keine Verletzung der «Erklärung» vorliege, da es wenig wahrscheinlich erscheine, dass der Standpunkt der Befürworter einer Ritalinabgabe durch diesen einzelnen Satz für die Leserschaft besser verständlich worden wäre. Der «Tages-Anzeiger» habe seinen Fokus auf die Argumente der Kritiker der zunehmenden Verschreibung von Ritalin legen dürfen, ohne Ziffer 3 der «Erklärung» zu verletzen. Eine Verletzung der Privatsphäre (Ziffer 7 der «Erklärung») sah der Presserat ebenfalls nicht als gegeben an, da durch die geäusserte Kritik die berufliche Tätigkeit und nicht die Privatsphäre betroffen sei. Der Presserat hatte weiter zu beurteilen, ob es gemäss Richtlinie 5.2 zur «Erklärung» zulässig war, Leserbriefe zum vorliegenden Thema anonym abzudrucken. Dazu führte er aus, dass ein Abdruck von Leserschriften ohne Angabe des Autors nur in Ausnah-

mefällen und mit plausibler Begründung zulässig sei. Vorliegend bringe der «Tages-Anzeiger» keine auf den konkreten Fall bezogenen Gründe für den Verzicht auf die volle Nennung des Namens vor, weswegen die Beschwerde in diesem Punkt gutzuheissen sei. Abschliessend verneinte der Presserat seine Zuständigkeit in Bezug auf die Rüge, die Beschwerdegegner hätten zu spät auf die Beanstandungen des Beschwerdeführers reagiert.

10-158

Falschaussage/Anhörung/Berichtigung

Wahrheitsgebot; Unterschlagung von wichtigen Informationen; Berichtigung; ungerechtfertigte Anschuldigungen

Ziffern 1, 3, 5, 7 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 6. Mai 2010 (21/2010; Kurer c. «Blick»)

Im «Blick» erschien ein Artikel mit dem Titel «Bundesrat: UBS-Kurer hat geschwindelt». Darin wurde die Antwort des Bundesrates auf eine Interpellation eines Nationalrates, ob die UBS die Öffentlichkeit belogen habe, behandelt. Dazu schrieb der «Blick», dass die Regierung nun indirekt Kurers Falschaussage an der GV bestätigt habe. Gegen diesen Artikel erhob Peter Kurer Beschwerde beim Presserat und machte eine Verletzung der Ziffern 1 (Wahrheitsgebot), 3 (Unterschlagung von wichtigen Informationen), 5 (Berichtigung) und 7 (ungerechtfertigte Anschuldigungen) geltend.

Der Presserat betonte zuerst, dass sich die Beschwerde von Peter Kurer in erster Linie gegen die Anschuldigungen, er habe «geschwindelt» und dies sei von der Regierung bestätigt worden, richteten, da er diese Behauptungen für falsch und unwahr halte. Der Presserat seinerseits war der Ansicht, dass der Artikel die Sachlage zwar pointiert, aber nicht inkorrekt wiedergebe und in den kommentierten Wertungen nicht weiter gehe als andere Blätter. Dreh- und Angelpunkt für die Beurteilung dieser Aussagen sei jedoch, wie die Antwort des Bundesrates auf die Interpellation zu interpretieren sei. Für den Presserat fällt dabei ins Gewicht, dass Kurer sich an der GV nicht damit begnügt habe, die wirtschaftliche Lage der UBS knapp zu skizzieren und die wahre Situation nicht anzusprechen, sondern dass er im Gegenteil gedämpft auf Optimismus gemacht habe. Seine Aussagen hätten nach einer Trendwende geklungen, was nicht nur Laien und Durchschnittsleser, sondern auch gut informierte Anleger so interpretiert hätten. Dass der Widerspruch zwischen diesen Aussagen und den Ereignissen in den folgenden Wochen später bissige Fragen provoziert habe, verwundere nicht. Der Presserat hielt demnach die Wertungen, die der «Blick» im Lead und im Lauftext aus der Bundesratsantwort zog, zumindest für vertretbar. Auch der Titel sei akzeptabel. Zwar verkürze die Headline die Beziehung zwischen Bundesrat und Kurer etwas, jedoch sei nicht das Wort «gelogen» sondern der Ausdruck «geschwindelt» verwendet worden, der als Wertung einiges schwächer sei. Aus diesen

Gründen lehnte der Presserat eine Verletzung von Ziffer 1 der «Erklärung» (Wahrheit) ab. Auch eine Anhörung sei entbehrlich gewesen, da in Analogie zu Art. 27 Abs. 4 StGB (Straflosigkeit der wahrheitsgetreuen Berichterstattung über öffentliche Verhandlungen und amtliche Mitteilungen) auf eine Anhörung verzichtet werden könne, sofern ein Medium bloss aus einer öffentlich zugänglichen amtlichen Quelle zitiere. Zudem seien die Vorwürfe auch nicht neu gewesen. Da der «Blick» nicht unwahr berichtet (Ziffer 1), keine wichtigen Informationen unterschlagen (Ziffer 3) und keine ungerechtfertigten Anschuldigungen erhoben habe (Ziffer 7), habe auch keine Berichtigung gemäss Ziffer 5 der «Erklärung» publiziert werden müssen.

10-159

Unterschlagung von Informationen/Identifizierung

Privatsphäre; Unterschlagung von wichtigen Informationen

Ziffer 3 der «Erklärung»; Richtlinie 7.6 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 8. Juni 2010 (23/2010; X. c. «Blick»)

Im «Blick» erschienen mehrere Artikel über eine Simulantin, welche vorgab, eine schwere Daumenverletzung zu haben, um eine IV-Rente zu erhalten. Dabei sei der «renommierte Gutachter» Prof. X. vom Berner Inselspital auf die «Simulantin Y. hereingefallen». Im Zuge dieser Berichterstattung wurde bezüglich eines Urteils des Berner Obergerichts geschrieben, dass sich Prof. X. «ziemlich naiv und leichtgläubig verhalten habe». Gegen diese Artikelserie erhob X. Beschwerde beim Presserat und machte eine Verletzung von Ziffer 3 der «Erklärung» (Unterschlagung von wichtigen Informationen) und Richtlinie 7.6 zur «Erklärung» (Privatsphäre) geltend.

Der Presserat vertrat die Ansicht, dass Richtlinie 7.6 zur «Erklärung» nicht verletzt worden sei. Vorliegend habe ein öffentliches Interesse daran bestanden, den Namen des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit dem von ihm verfassten Gutachten zu nennen, denn es bestehe «(...) ein öffentliches Interesse daran, zu berichten, wenn sich ein beruflich hochkompetenter Gutachter von einer Simulantin täuschen lasse». Zusätzlich sei zu berücksichtigen, dass der Betreffende eine Kaderstellung in einem öffentlich-rechtlichen Spital innehatte. Im Sinne dieser Argumentation sei auch die Veröffentlichung der beiden verhältnismässig kleinen Bilder zulässig gewesen. Weiter war der Presserat der Ansicht, dass der «Blick» die Kritik des Urteils des Berner Obergerichts veröffentlichen durfte, wonach der Beschwerdeführer trotz anfänglichen Zweifeln in blindem Vertrauen auf die Angaben von Y. abgestellt und sein Gutachten insgesamt leichtgläubig, unkritisch und vorschnell verfasst habe. Diese Kritik sei für die Leserschaft in den wesentlichen Punkten ohne Weiteres verständlich und nachvollziehbar gewesen. Die weitere Vorbringung des Beschwerdeführers, dass verschiedene Einzelheiten unvollständig, falsch oder verzer-

rend dargestellt worden seien, wies der Presserat ebenfalls ab, da diese für das Verständnis der Leser nicht unabdingbar gewesen seien.

10-160

Lauterkeit der Recherche

Recherchegespräch

Richtlinie 4.6 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 8. Juni 2010 (24/2010; Suter c. «Schweizer Illustrierte»)

Die «Schweizer Illustrierte» veröffentlichte einen Bericht über den tragischen Tod des Adoptivsohns des Schriftstellers Martin Suter. Darin wurde auch über das tragische Unglück und die Beerdigung berichtet. Suter beschwerte sich beim Presserat über diesen Artikel und machte geltend, dass darin Informationen veröffentlicht wurden, welche die Privatsphäre betreffen und nicht zur Veröffentlichung bestimmt gewesen seien. Seine Nachforschungen hätten ergeben, dass die Informationen von einer Freundin der Familie stammen würden, welche von einer mit ihr befreundeten Mitarbeiterin der «Schweizer Illustrierten» kontaktiert worden sei. Im anschliessenden privaten Gespräch habe man auch über das Unglück und die Beisetzung gesprochen, jedoch sei die Freundin der Familie von der Reporterin im Glauben gelassen worden, dass sie sich im Ruhestand befinde und dass es sich um ein privates Gespräch handle. Ebenso habe sie verschwiegen, dass sie mit der Berichterstattung über den Fall beauftragt sei und die erlangten Informationen in der «Schweizer Illustrierten» veröffentlichen werden. Diese «Erschleichung von Informationen» verstosse gegen Richtlinie 4.6 zur «Erklärung» (Recherchegespräch) und sei deshalb vom Presserat zu beanstanden.

Der Presserat führte zuerst allgemein aus, dass über Beerdigungen (sowie Hochzeiten und Taufen) von Prominenten nur dann berichtet werden dürfe, wenn diese selber mit den Informationen an die Öffentlichkeit gegangen seien bzw. ihr Privat- und Familienleben den Medien von jeher in einem breiten Umfang zugänglich gemacht haben oder wenn es sich um einen grossen öffentlichen Gottesdienst oder Traueranlass handle. Bezüglich der Informationsbeschaffung der Journalistin war der Presserat der Ansicht, dass die pensionierte Journalistin unter den gegebenen Umständen verpflichtet gewesen wäre, darauf hinzuweisen, dass sie die Informationen aus dem privaten Gespräch für einen Artikel der «Schweizer Illustrierten» verwenden würde. Die Pflicht, den Gesprächspartner beim Recherchegespräch auf dessen Zweck aufmerksam zu machen, gelte auch dann, wenn die Informantin im Medienbericht weder wörtlich noch mit Namen zitiert werde. Da kein begründeter Anlass bestehe, an der Glaubwürdigkeit der Sachverhaltsdarstellung der Freundin der Familie zu zweifeln, sei vorliegend somit Richtlinie 4.6 zur «Erklärung» verletzt worden.

8.2 Ethik der kommerziellen Kommunikation

10-161

Preisbekanntgabe – Inserate seit rund einem Jahr mit Begriffen «Aktion» oder «solange Vorrat»

Beschluss der Lauterkeitskommission vom 17. März 2010 (383/09)

Die Lauterkeitskommission befand, dass es sich bei einer Anpreisung von vier unterschiedlichen Modellen eines Produkts über mehrere Monate als «Aktion» oder mit «solange Vorrat» um eine irreführende Angabe über das eigene Angebot und die vorrätige Menge im Sinne von Art. 3 lit. b UWG handle.

10-162

Irreführung – unlautere Benutzung fremder Marken

Beschluss der Lauterkeitskommission vom 17. März 2010 (133/10)

Durch die Verwendung von Logos und Schriftzügen einer Drittmarke in der Werbung für eigene Dienstleistungen werden gemäss Lauterkeitskommission die Adressaten über ein nicht vorhandenes Verhältnis zwischen dem Werbenden und der Markeninhaberin getäuscht, wodurch der irreführende Eindruck eines Geschäftsverhältnisses im Sinne von Art. 3 lit. a UWG entstehe. Unbedenklich sei jedoch ein Hinweis in neutraler Schrift auf eigene Dienstleistungen an Produkten einer Drittmarke.

10-163

Preisbekanntgabe – Schriftgrösse

Beschluss der Lauterkeitskommission vom 17. März 2010 (374/09)

Die Lauterkeitskommission beurteilte am unteren Rand eines Inserats angegebenen Leasingkonditionen – welche für einen Durchschnittsadressaten ohne Vergrösserung kaum lesbar waren – als nicht genügend deutliche Angabe im Sinne von Art. 14 Abs. 1 PBV und hiess eine dagegen erhobene Beschwerde gut.

10-164

Sexismus – Plakat Energy Drink

Beschluss der Lauterkeitskommission vom 17. März 2010 (106/10)

Ein Werbeplakat für einen Energy Drink, auf dem eine sehr knapp bekleidete Frau mit einer Männerhand auf dem Hintern abgebildet war, wurde von der Lauterkeitskommission als reiner Blickfang ohne erkennbaren Zusammenhang zum beworbenen Produkt befunden, weshalb ein Verstoss gegen Grundsatz Nr. 3.11 Ziff. 2 der Schweizerischen Lauterkeitskommission vorliege.

10-165

Herabsetzung – Plakat Milkschokolade

Beschluss der Lauterkeitskommission vom 17. März 2010 (116/10)

Die Lauterkeitskommission wies eine Beschwerde gegen eine Werbung ab, welche Schokolade mit der Überschrift «Antidepressivum: –.45» anpries, da dies klar als nicht ernst zu nehmende und humoristische Aussage erkennbar sei, welche den Durchschnittskonsumenten nicht dazu verleite, mit Schokolade Depressionen vorzubeugen oder zu behandeln.

10-166

Irreführung – Nennung als Sponsor ohne Beteiligung oder Auftrag

Beschluss der Lauterkeitskommission vom 17. März 2010 (102/10)

Nach Ansicht der Lauterkeitskommission wurde durch die unbewilligte Verwendung des Namens und des Logos einer Beschwerdeführerin zusammen mit der Überschrift «GROSSE SPONSOREN-AKTION» gegen Art. 3 lit. b UWG verstossen, indem die Beschwerdegegnerin irreführende Angaben über ihre Geschäftsverhältnisse machte.

10-167

Gewinnspiel – Gewinn inkl. Carfahrt

Beschluss der Lauterkeitskommission vom 17. März 2010 (373/09)

In einer Gewinnmitteilung wurden schlagwortartige Anpreisungen gemacht, welche nur an optisch untergeordneten Stellen relativiert wurden, was die Lauterkeitskommission als Verstoss gegen Grundsatz Nr. 3.9 Ziff. 2 beurteilte. Zudem wurde eine Werbefahrt nicht als solche deklariert, und die im Handelsregister eingetragene Firmenbezeichnung wurde nicht

vollständig und unverändert benutzt, was gemäss der Kommission eine Verletzung von Grundsatz Nr. 5.1 bzw. Nr. 3.1 darstelle.

10-168

Werbung mit Rechnung – Eintrag in Register mit stillschweigender Vertragsverlängerung

Beschluss der Lauterkeitskommission vom 17. März 2010
(104/10)

Die Lauterkeitskommission sah Grundsatz Nr. 4.6 verletzt, da bei einer Aufforderung zur Registereintragung für einen Laien schwer erkennbar gewesen sei, dass es sich nicht um die Rechnung des staatlichen Handelsregisters, sondern um eine Offerte für den Eintrag in ein spanisches Register gehandelt habe.

10-169

Werbung mit Formular – Offerte zur Eintragung in Register

Beschluss der Lauterkeitskommission vom 17. März 2010
(105/10)

Eine Offerte zur Eintragung in ein Register wurde von der Lauterkeitskommission als unlauter im Sinne von Grundsatz Nr. 5.6 bewertet, da nur im klein geschriebenen Lauftext ersichtlich gewesen sei, dass mit der Unterzeichnung ein kostenpflichtiges Vertragsverhältnis eingegangen werde, und zudem die Gefahr einer Verwechslung mit der offiziellen Rechnung des Handelsregisters bestanden habe.

10-170

Kinderwerbung – Schokoriegel mit Nüssen

Beschluss der Lauterkeitskommission vom 17. März 2010
(239/09)

Eine Beschwerdeführerin beantragte eine Sanktion gegen ein Unternehmen, da ein Werbespot weiterhin auf dessen Internetseite aufgeschaltet sei, obwohl im Beschluss Nr. 239/09 dessen Entfernung verlangt worden sei. Die Lauterkeitskommission lehnte das Sanktionsbegehren ab, da es sich um einen eigenständigen Spot mit einem eigenen neuen Motto und Sujet handle, der nicht Gegenstand des erwähnten Verfahrens gewesen sei.

Thomas Steiner

Advertising in Online Games and Cultural Diversity – An EC and International Media Law Enquiry

Stämpfli Publishers Ltd. Berne 2010/Bruylant Ltd. Brussels 2010, 244 S.

Die Luzerner Dissertation von Thomas Steiner beginnt mit einem ausführlichen Einleitungskapitel zu den Onlinegames sowie den damit verbundenen kommerziellen Kommunikationen. Angesprochen werden Erscheinungsformen, beteiligte Marktpartner, Kostenstrukturen und neue Werbemöglichkeiten. Das 2. Kapitel wendet sich (eher kurz) dem Begriff der kulturellen Vielfalt sowie deren Erscheinungsformen und Bedeutung zu; die Ausführungen basieren auf dem institutionellen Ansatz von Niklas Luhmann (Konzeption der Verfassungsgrundrechte als soziale Institution). In den juristischen Teilen thematisiert Steiner vorerst die EU-Rechtsgrundlagen (35 Seiten), insbesondere die Richtlinie über die audiovisuellen Mediendienste von 2007 (als Ergänzung der EU-Fernseh-Richtlinie), und hernach das WTO-Recht (25 Seiten). Den Abschluss der Dissertation bilden ein Kapitel zu den Governance-Kriterien mit Bezug auf Werbung im Rahmen von Onlinegames, die sich als Synthese der Dissertation verstehen lassen, sowie kurze Schlussfolgerungen.

Die sachlich zutreffend in englischer Sprache verfasste Dissertation diskutiert ein relativ neues Thema, das bisher im Schrifttum noch keine sehr intensive Bearbeitung erfahren hat. Inhaltlich sind die wesentlichen Themenfelder angesprochen, etwa der Trennungsgrundsatz zwischen redaktionellen Teilen und Werbeaussagen und das Transparenzanliegen, selbst wenn sich einzelne Aspekte, insbesondere auf der Basis eines feiner herausgearbeiteten Vielfaltsbegriffs, noch hätten vertiefen lassen. Im Kontext des WTO-Rechts wird zutreffend die Klassifizierungsproblematik im Spannungsfeld von GATT und GATS angesprochen, auch im Lichte der neuesten Panel-Rechtsprechung. Eine etwas genauere Beachtung hätten die Selbstregulierungsbemühungen der Marktteilnehmer sowie auch die Richtlinien des Europarats zur Einhaltung der Menschenrechte durch Anbieter von Onlinegames verdient; gerade die Bemühungen des Europarats im gesamten Bereich der Internetregulierungen scheinen einen neuen Ansatz der Erfassung von Kommunikationsrisiken herauszubilden. Gesamthaft stellt die Dissertation von Steiner ein Werk dar, das als gute Grundlage für weiterführende Forschungsarbeiten zu dienen vermag.

Prof. Rolf H. Weber, Zürich

Aufsätze/Etudes

Hertig Maya, Le regard d'une constitutionnaliste sur la parodie des marques; in: Kunz Peter V./Herren Dorothea/Cottier Thomas/Matteotti Réne (Hrsg.), *Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis: Festschrift für Roland von Büren*, Basel 2009, S. 415–452.

Hösly Balz, Broker und Internet-Vergleichsportale im Versicherungsvertrieb: Rolle, Transparenz und Herausforderungen für den Gesetzgeber; in: Dörig Rolf/Fellmann Walter/Giger Hans/Lendi Martin/Seidl Edit/Stämpfli Rudolf (Hrsg.), *Versicherungsbranche im Wandel*, Bern 2009, S. 187–223.

Joller Gallus, Immaterialgüterrecht; in: Fellmann Walter/Poledna Tomas (Hrsg.), *Aktuelle Anwaltspraxis*, Bern 2009, 665–688.

Weber Rolf H., Kommunikation und Medien; in: Kellerhals Andreas (Hrsg.), *Wirtschaftsrecht Schweiz – EG*, Zürich 2008, S. 41–59.

Hürlimann Matthias/Zeller Franz, Massnahmen zur Rechtsdurchsetzung im Fernmelde- und Rundfunkrecht; in: Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (Hrsg.), *Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht*, Zürich 2010, S. 127–147.

Zeitschriften/Revues

Aebi-Müller Regina E., Verfolgung von Versicherungsmisbrauch mittels Observation: Grenzen aus Sicht des Privat-, des öffentlichen und des Strafrechts, *Jusletter* 3. Mai 2010.

Baeriswyl Bruno, Internet als Fahndungsmittel mit Kolateralenschäden, *Sicherheit & Recht* 1/2010, S. 11–15.

Bechtold Stefan, Optionsmodelle und private Rechtsetzung im Urheberrecht am Beispiel von Google Book Search, *GRUR: gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 4/2010, S. 282–289.

Dusollier Séverine, Les droits intellectuels (Décembre 2008-octobre 2009), *Journal de droit européen* 18/2010, p. 49–57.

Ebneter Matthias, Informationspflichten im Zusammenhang mit «Data Security Breaches»; in: *Jusletter* 7. Juni 2010.

Frey Dieter, Leistungsschutzrecht für Presseverleger. Überlegungen zur Struktur und zu den Auswirkungen auf die Kommunikation im Internet, *MMR* 5/2010, S. 291–295.

Graber Christoph Beat, Beobachtungsstelle für technische Massnahmen im Urheberrecht: erste Erfahrungen und Prüfung von Handlungsbedarf im Bereich der Wissenschaft, *sic!* 5/2010, S. 329–340.

Günther Tim, Fernsehwerbung im Konflikt. Mediale Aufmerksamkeit vs. Unlauterkeit, *MMR* 6/2010, S. 393–396.

Hütter Sabine/Ott Stephan, Schachern um das Weltkulturerbe - Das Google Book Settlement, *ZUM* 5/2010, S. 377–387.

Ladeur Karl-Heinz, Die Kriterien einer Zuerkennung von Geldentschädigung im Persönlichkeitsrecht, *AfP* 3/2010, S. 222–225.

Meuter Hans Ulrich, Besteuerung einer E-Commerce-Betriebsstätte, *Zürcher Steuerpraxis* 1/2010, S. 1–28.

Ott Stephan, Die Entwicklung des Suchmaschinen- und Hyperlink-Rechts im Jahr 2009, WRP: Wettbewerb in Recht und Praxis, 4/2010, S. 435–462.

Radmann Friedrich, Kino.ko – Filmegucken kann Sünde sein - Zur Rechtswidrigkeit der Nutzung von (offensichtlich) illegalen Streaming-Filmportalen, ZUM 5/2010, S. 987–392.

Rigamonti Cyrill P., Zur Rechtmässigkeit des Handels mit Softwareproduktschlüsseln, AJP 5/2010, S. 582–592.

Rossmannth Xavier, EESSI: der elektronische Datenaustausch, Soziale Sicherheit 2/2010, S. 81–85.

Sulzer Linda, Internet als zeitgemässes Fahndungsmittel, Sicherheit & Recht 1/ 2010, S. 3–10.

Ungern-Sternberg Joachim von, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten in den Jahren 2008 und 2009, GRUR: gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 4/2010, S. 273–282.

Volz Stephanie/Weber Rolf H., Neuere internetspezifische Werbeformen im Blickpunkt des Rechts, Jusletter 21. Juni 2010.