

Sportliche Grossanlässe in der Werbung

Sigmund Pugatsch

Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich

Der Wunsch des Menschen, seine Leistungen in friedlichem Wettstreit mit anderen zu messen, dürfte wohl so alt sein wie die Menschheitsgeschichte selbst. Dieser Gedanke wurde denn auch von den alten Griechen in Form der antiken olympischen Spiele, welche bereits im 2. Jahrtausend vor Chr. gegründet wurden, aufgenommen. Die Wettkämpfe wurden alle vier Jahre zu Ehren des Göttervaters Zeus veranstaltet und stellten damit ein religiöses Fest dar. Dem religiösen Charakter der Spiele folgend war der Eintritt für die Zuschauer unentgeltlich. Der Sieger erhielt einen Kranz, geflochten aus einem Zweig vom heiligen Ölbaum in Olympia. Der Zweite und Dritte gingen leer aus. Der christliche Kaiser Theodosius I. verbot im Jahre 393 nach Chr. jeglichen heidnischen Kult in seinem Reich und damit auch die Olympischen Spiele. Im Jahre 1894 wurde die Olympische Idee mit der Gründung des Internationalen Olympischen Komitee (IOC) wiederbelebt. Das Logo der Olympischen Ringe geht auf den Begründer der olympischen Bewegung Pierre de Coubertin zurück, der in den fünf Ringen den Zusammenschluss der fünf Kontinente und damit den sportlichen Internationalismus durch die Olympischen Spiele ausdrücken wollte.

«Pecunia non olet»

Aus der Antike scheint heute nur noch der Grundsatz «Pecunia non olet-Geld stinkt nicht» übernommen worden zu sein. In Anbetracht der Breitenwirkung des Sports und unterstützt durch die Medien sind Olympiaden, Fussballweltmeisterschaften- um nur die bedeutendsten dieser sportlichen Grossanlässe zu nennen - Ereignisse von gleichsam weltumspannender internationaler Bedeutung geworden. Wie unsere abendländischen Feiertage Weihnachten, Ostern und die Nationalfeiertage wird diesen Grossanlässen im Volksmund bereits Festcharakter zugeordnet. So sind etwa die Formulierungen «Fussballfest»

oder die Olympiade war «ein Sportfest» gebräuchlich. Anlässe von internationalem, nationalem oder sogar lokalem Ausmass lassen sich jedoch aus verständlichen Gründen nicht monopolisieren. Sie leben von der Allgemeinheit, wären ohne die Allgemeinheit nicht denkbar und gehören damit in gewissem Sinne auch der Allgemeinheit. Niemand käme auf die absurde Idee Weihnachten, einen Nationalfeiertag wie den 1. August, ein lokales Seenachtsfest oder die Expo monopolisieren zu wollen. So ist denn auch jedermann berechtigt Weihnachtsstollen, 1. August-Feuerwerkskörper oder Expo-Bratwürste zu verkaufen und diese Produkte auch entsprechend zu bewerben. Aus dieser Sicht scheint es gleichfalls naheliegend, dass in der Werbung der Wunsch besteht, die grossen öffentlichen Sportereignisse zu thematisieren. Worin soll der Unterschied bestehen, ob ein Sonderangebot zum Kauf eines TV-Apparates für Weihnachten oder für die bevorstehende Fussball-Weltmeisterschaft propagiert wird. Es liegt etwa auf der Hand, dass die Kommunikationsbranche zur Olympiade einen besonderen Resultatservice anbieten will. Die Organisatoren der grossen Sportanlässe sehen das anders.

Die Durchführung von Gross-Sportanlässen wie etwa die bevorstehende Fussball-WM in Japan oder der olympischen Sommerspiele in Japan haben längst staatspolitische Bedeutung erlangt. Die Austragung der olympischen Sommerspiele in Griechenland soll eine Steigerung des Bruttosozialproduktes im Austragungsjahr um ca. 1.34 % zur Folge haben und die Zunahme der Arbeitsplatzbeschaffung bis zum Beginn der Olympiade wird auf 38'000-50'000 Arbeitsplätze geschätzt. Weil die Organisation derartiger Sportfeste einschliesslich der Administration Unsummen verschlingt, versuchen die Organisatoren die Rechte zu jeglicher Form der Vermarktung dieser Superanlässe zu monopolisieren. Das Sponsoring hat die werbemässige Vermark-

Résumé: *Les discussions qui ont eu lieu au sujet du financement d'Expo.02, comme au sujet du prochain championnat du monde de football, font ressortir le caractère problématique des besoins financiers énormes qu'exigent de telles manifestations et leur administration. De tels enjeux financiers ont pour conséquence que les personnes chargées de l'organisation essaient de monopoliser les droits à toute commercialisation de ces manifestations et de les transformer en argent comptant. La faillite de grandes entreprises des médias qui recherchaient l'exclusivité des droits de télévision pour les grandes manifestations sportives montre bien ici que les limites du supportable ont été atteintes. Il a par ailleurs été démontré qu'en l'occurrence, sur la base des dispositions légales en vigueur en matière de publicité, il y a place pour une prise en compte de telles manifestations dans le message publicitaire. Ces marges de manœuvre devraient du reste être exploitées.*

Zusammenfassung: *Die Diskussionen, welche über die Finanzierung der Expo 02, wie auch der bevorstehenden Fussball-WM geführt werden, zeigen die Problematik des horrenden Finanzbedarfs, den derartige Grossveranstaltungen und deren Administration erfordern. Daraus folgend, versuchen die Organisatoren sämtliche Aussagen, die im kommerziellen Bereich im Zusammenhang mit diesen Grossanlässen gemacht werden spezialrechtlich zu monopolisieren und in bare Münze umzuwandeln. Mit dem Zusammenbruch grosser Medienunternehmen der eng im Zusammenhang mit überzahlten Fernsehrechten an sportlichen Grossveranstaltungen steht, dürften wohl hier die Grenzen des noch Tragbaren erreicht sein. Anhand der geltenden werberechtlichen Bestimmungen wird vorliegendenfalls aufgezeigt, dass auch im Bereiche der Werbung durchaus Freiräume zur rechtmässigen Bezugnahme auf derartige Ereignisse besteht und die genutzt werden sollten.*

tung dieser Sportfeste übernommen und ist zu einem festen Bestandteil zur Finanzierung der für diese Spiele notwendigen Kosten geworden. Der Zusammenbruch grosser Medienunternehmen, welche die Finanzierung der entsprechenden Fernsehrechte bis anhin getragen haben zeigt, dass auch hier das Mass des Vertretbaren erreicht sein dürften.

Grenzen der zulässigen Monopolisierung

Wo liegen nun aber aus werberechtlicher Sicht die Grenzen der zulässigen Monopolisierung? Vorerst ist, wie sich aus dem Gesagten ergibt, davon auszugehen, dass derartige Grossanlässe in gewissem Sinne der Öffentlichkeit zustehen und damit dem Gemeingebrauch zuzurechnen sind. Es würde einer Zensurierung der Sprache gleichkommen, wenn Begriffe wie WM oder Olympiade, Begriffe die dem gemeinen Sprachgebrauch entnommen sind, monopolisiert werden könnten. Das Kantonsgericht St. Gallen hat denn auch in einem Entscheid zu den Olympiapiktogrammen von Otl Aicher festgehalten, dass diesen nicht die für ein urheberrechtlich schützbare Werk erforderliche Individualität zukomme. Die Verwendung des Triathlon-Signets auf Sportanzügen wurde demgemäss entschädigungslos zugelassen (SMI 1989/1,62-67).

Soweit derartige Embleme dem Gemeingut zuzuschreiben sind dürfte auch markenrechtlich kein Schutz zu erzielen sein. Wie bereits eingangs gezeigt wurde, stellen die Olympiaringe seit der Wiederbelebung der Olympischen Spiele in der Neuzeit ein Synonym für die Olympischen Spiele dar. Diese sind damit für die olympischen Spiele beschreibender Natur und lassen sich damit heute nicht mehr nachträglich spezialrechtlich monopolisieren. Anders liegen die Verhältnisse bei den jeweils für einen Anlass neu kreierten Logos. Hier ist der betreffende markenrechtliche Schutz in den geschützten Waren- und Dienstleistungsklassen zu beachten. Was den wettbewerbsrechtlichen Schutz anbetrifft, lässt sich eine Lösung für die praktische Anwendung im Zweifelsfall durch die Abgrenzung zwischen anlehnender und bezugnehmender Werbung erzielen. Unter anlehnender Werbung wird bekanntlich die schmarotzerische Ausnützung eines Werbeauftritts verstanden indem, ohne Zustimmung des Berechtigten ein eingeführter Werbeauftritt

oder hier eben das Logo eines sportlichen Grossanlasses als «Steigbügel» für die Bewerbung der eigenen Leistung benutzt wird. Eine wettbewerbswidrige Anlehnung liegt aber nur vor, wenn beim unvoreingenommenen Betrachter effektiv der irreführende Eindruck entsteht, es liege eine vereinbarte Zusammenarbeit zwischen dem Spielveranstalter und dem Werbetreibenden vor. Dies dürfte immer dann der Fall sein, wenn die Werbung so angelegt ist, dass auf ein offizielles Sponsorverhältnis geschlossen werden kann.

Davon abzugrenzen ist die bezugnehmende Werbung. Bietet ein Unternehmer Leistungen an, die in einem Zusammenhang mit einem sportlichen Grossanlass stehen, so sollen diese auch unter ausdrücklicher Bezugnahme auf diese Ereignisse beworben werden können. Dabei ist es m.E. auch nicht von Bedeutung ob dieses Produkt speziell für den entsprechenden Anlass propagiert wurde. Osterhasen werden schliesslich auch nicht im Herbst verkauft. So muss es etwa dem eingangs erwähnten Kommunikations-Unternehmen gestattet sein einen speziellen Dienst zur Information über die aktuellen Sportresultate als Olympia- oder WM-Resultatservice zu bewerben. Im ersten Fall auch unter Verwendung des Olympia-Logos. In diesem Zusammenhang ist ein Massnahme-Entscheid des Berner Gerichtspräsidenten aus dem Jahre 1995 beachtlich. Ein Warenhaus verkaufte im Rahmen einer Verkaufskaktion grau importierte Swatch-Uhren. Dem Warenhaus wurde erlaubt die Bezeichnung Swatch in Normalschrift zu verwenden. Demgegenüber wurde ihm untersagt den Originalschriftzug zu Werbezwecken einzusetzen, da dadurch beim Konsumenten der irreführende Eindruck hätte erweckt werden können es liege ein formelles Vertriebsverhältnis vor. Dieses setzt sämtliche Garantieleistungen und im Reparaturfall den Einsatz von Originalersatzteilen voraus. Wird jedoch ein derartiger Eindruck nicht erweckt, was im Einzelfall zu prüfen ist, wäre sogar die Verwendung des Originalschriftzuges zu gestatten (SMI 1996/2,306.309). Sofern daher im Falle sportlicher Grossanlässe bei einer Werbebotschaft nicht auf ein offizielles Sponsorverhältnis geschlossen wird, steht einer namentlichen Erwähnung des Anlasses nichts im Wege. Die Werbewirtschaft sollte diese Freiräume im Hinblick und im Vertrauen auf eine liberale Auslegung des Wettbewerbsrechts durch unsere Gerichte nutzen. ■

Nouveaux tarifs postaux pour la distribution de journaux

Denis Masmejan

Docteur en droit, journaliste, Genève

Le Conseil fédéral entend revoir les tarifs postaux préférentiels dont profite la presse écrite. Il a mis en consultation, depuis la fin mars jusqu'à la fin mai 2002, une révision de l'ordonnance sur la Poste (OPO, RS 783.01). L'exercice n'est pas censé être financièrement neutre. Au contraire, le gouvernement en attend une économie d'au moins vingt millions de francs sur les 100 millions d'indemnités que la Confédération alloue actuellement chaque année à l'entreprise fédérale au titre du transport de journaux. Le Conseil fédéral ne veut pas tarder. Notamment parce qu'il a décidé d'appliquer le frein à l'endettement dès l'an prochain, il compte mettre en vigueur la révision projetée en janvier 2003 déjà. Et pour que la Poste ait le temps d'adapter ses tarifs et de renégocier ses contrats, le Conseil fédéral a prévu d'arrêter sa décision au milieu de cette année. C'est-à-dire maintenant ou presque.

Les tarifs préférentiels ont un objectif politique, celui d'encourager la diversité de la presse et de soutenir les journaux «traitant de questions d'actualité et à caractère universel et qui diffusent des informations d'intérêt suprarégional, régional ou local» (Procédure de consultation concernant le projet de révision partielle de l'ordonnance du Conseil fédéral du 29 octobre 1997 sur la Poste, rapport explicatif; http://www.uvek.admin.ch/imperia/md/content/g_s_uvek2/d/vernehmlassungen/pressefrderung/2.pdf). Le gouvernement relève au passage que soutenir la multiplicité des titres n'équivaut pas nécessairement à en garantir la qualité, ajoutant, par ailleurs, que l'aide à la presse n'a en tout cas pas freiné les concentrations dans le secteur.

La mise en œuvre de ces rabais a toutefois induit des effets économiques complexes, parfois peu conformes au but initial et voire carrément pervers. Selon le rapport, rendu en été 2001, d'un mandataire indépendant auquel le Département fédéral de l'Environnement,

des Transports, de l'Energie et de la Communication (DETEC) a demandé d'analyser la situation, le système en vigueur n'encourage pas particulièrement la presse quotidienne et hebdomadaire. Il ne fournit pas non plus d'aide ciblée à la presse locale et régionale. Très importante pour les grands tirages, la distribution matinale, non subventionnée, tend en effet à prendre de plus en plus d'ampleur même pour les quotidiens de diffusion plus modeste.

Les périodiques qui profitent réellement des tarifs préférentiels sont donc essentiellement ceux qui ont un faible tirage et qui paraissent entre une et quatre fois par semaine. Les auteurs du rapport étaient par ailleurs d'avis que seule une aide directe était véritablement à même de fournir un encouragement durable à la presse.

Adieu à l'arrosoir

Sur la base de cette analyse, le Conseil fédéral en a conclu que la politique suivie jusqu'ici «manquait son but» en distribuant des subventions selon le principe de l'arrosoir, et qu'elle devait être reconsidérée fondamentalement. La Commission des institutions politiques du Conseil national s'est également saisie de la question (VOIR PATRICE MUGNY, *medialex* 2001, p. 123 s.). En attendant les résultats des travaux de cette dernière, qui pourraient déboucher sur une révision constitutionnelle et déclencher dès lors un processus relativement long, le gouvernement a décidé d'agir immédiatement en révisant l'ordonnance sur la Poste, sans toucher à la loi, mais en veillant à coordonner ses mesures avec les travaux en cours au Parlement. Voici l'essentiel de ses propositions:

- Les tarifs préférentiels s'appliquent aux journaux et périodiques dont le nombre d'abonnés est compris entre 1000 et 300.000. Ce plafond est nouveau. Au-delà

Zusammenfassung:
Der Bundesrat möchte die Vorzugstaxen für die Postbeförderung von Presseerzeugnissen unter die Lupe nehmen. Zu diesem Zweck hat er eine Teilrevision der Postverordnung in die Vernehmlassung bis Ende Mai 2002 geschickt. Nach Ansicht der Regierung muss die heutige Form der indirekten Presseförderung gezielter und etwas eingeschränkter werden. Der Bund könnte gleichzeitig ca. 20 Millionen Franken einsparen. Presseerzeugnisse mit mehr als 300'000 Abonnenten sollen keinen Rabatt mehr erhalten. Auf der anderen Seite sollen kleinere Zeitungen (v.a. lokale und regionale Titel) mit weniger als 30'000 Abonnenten von einem Sonderrabatt profitieren. Auch die Treuprämie wird unter diesen Zielsetzungen unter die Lupe genommen. Die Verleger haben bereits auf die Risiken solcher geplanter Massnahmen aufmerksam gemacht. Auch die Post selber äussert sich nicht gerade enthusiastisch über den Entwurf.

Résumé: Le Conseil fédéral veut revoir les tarifs postaux préférentiels dont profite la presse pour la distribution des journaux. A cette fin, il a mis en consultation, jusqu'à la fin mai 2002, une révision partielle de l'ordonnance sur la Poste. Cette forme d'aide indirecte à la presse doit être mieux ciblée, estime le gouvernement. Et quelque peu réduite: la Confédération réaliserait par la même occasion des économies de l'ordre de 20 millions de francs. Les tirages supérieurs à 300.000 abonnés ne bénéficieraient désormais plus d'un rabais. En revanche, un effort particulier serait consenti en faveur des journaux ne disposant pas de plus de 30.000 abonnés, afin de soutenir davantage la presse régionale et locale. La distribution d'une prime de fidélité doit également être revue, avec le même objectif. Les éditeurs ont déjà averti des risques qu'entraîneraient, selon eux, les mesures proposées. La Poste n'est guère enthousiaste non plus.

d'un certain volume de distribution, il est apparu qu'une aide, fût-elle indirecte, ne se justifiait plus. Construire, Coopération ou le journal du TCS Touring, qui en bénéficiaient jusqu'ici, ne pourront dès lors plus y prétendre, pour reprendre des exemples cités par le Conseil fédéral lui-même;

- La fréquence de parution doit être d'au moins une fois par semaine, alors qu'elle est jusqu'ici d'une fois par trimestre. De quelque 3300 aujourd'hui, le nombre de journaux bénéficiaires devrait ainsi être réduit à 500, dont 230 quotidiens et hebdomadaires, 90 journaux officiels, 31 illustrés et 150 autres périodiques dans des domaines les plus divers, de la religion à la musique en passant par la politique et les relations de travail;
- Une aide supplémentaire aux journaux locaux et régionaux dont le tirage ne dépasse pas 30.000 exemplaires est prévue, qui devrait faire passer de 26 à 37% la part des subventions accordées aux périodiques de cette catégorie, selon l'étude commandée par le DETEC;
- Seule la distribution ordinaire de journaux ou de périodiques par la Poste doit être soutenue. Le subventionnement de la distribution matinale assurée par un service spécial ou par des filiales de l'entreprise fédérale soulève des problèmes de compatibilité avec le droit des cartels, avait relevé la Commission de la concurrence. Le Conseil fédéral en a tenu compte. Sauf pour la presse régionale et locale, la part du tirage distribuée de cette manière ne pourra donc plus être incluse dans la détermination d'une prime de fidélité que l'ordonnance permet d'octroyer pour inciter les journaux à confier à la Poste la distribution du plus grand nombre d'exemplaires possible.

Editeurs mécontents

La révision envisagée ne devrait cependant pas être acceptée facilement. La brève consultation à laquelle le DETEC a déjà procédé a

révélé des craintes diverses. Les éditeurs, qui ont déjà dû faire face à des augmentations tarifaires de quelque 90 millions de francs, soulignent que la Confédération ne peut pas se retirer unilatéralement du système des trois tiers sur lequel les partenaires s'étaient accordés dès le milieu des années nonante. Selon ce modèle, la part des coûts non couverts de la distribution de journaux devait être assumée entre les éditeurs – par des majorations tarifaires –, la Poste – par une rationalisation et une augmentation des parts de marché –, et la Confédération – par des indemnités allouées à l'entreprise. Une baisse des subventions fédérales fait craindre de nouvelles hausses des tarifs, qui avaient d'ailleurs précédemment conduit les éditeurs à attaquer les nouveaux barèmes devant le Tribunal fédéral. Les juges de Mon Repos, en 1998, avaient rejeté leurs recours, non sans que l'un d'entre eux ait fait savoir, au cours de l'audience publique, que les dispositions contestées lui paraissaient se situer aux limites de la constitutionnalité (*medialex* 1998, p. 227 ss).

Les représentants des éditeurs relèvent également que, si les plus grands d'entre eux risquent de ne plus confier la distribution de leurs produits à la Poste, les coûts fixes du transport de journaux seront répercutés sur les plus petits. La presse régionale et locale souffrirait donc d'une réforme initialement destinée à la soutenir.

La Poste ne montre pas beaucoup d'enthousiasme non plus. Elle déclare certes n'être pas foncièrement opposée à une révision de l'aide à la presse. Mais elle estime que les objectifs de l'aide à la presse devraient être mieux définis avant de procéder à des modifications. Elle s'oppose dès lors à une révision anticipée de l'ordonnance. Elle craint également que les plus grands tirages ne confient leur distribution à des entreprises privées, en particulier dans des zones urbaines densément peuplées où les coûts peuvent être abaissés. Il ne resterait à l'entreprise fédérale qu'à desservir les régions excentrées, où la distribution reviendrait naturellement plus cher. ■

Neustart der elektronischen Medien in Österreich

Walter Dillenz

Professor an der Universität Wien

Résumé: *En Autriche, depuis 2000, une politique ciblée des médias a conduit à une réforme fondamentale de la radiodiffusion publique ORF, à une réglementation de la radio et télévision privée conforme à la constitution, et à un départ vers l'avenir du digital. A cet effet, toutes les réglementations européennes ont été prises en compte. L'autorité compétente pour la régulation, «KommAustria», est la même pour les télécommunications et les médias électroniques (radio et télévision). Une instance judiciaire commune, le «Sénat fédéral de la communication», doit veiller à l'uniformité de la jurisprudence. Sur le plan du contenu, la réforme se préoccupe de la commercialisation des médias électroniques. Quant aux dispositions libérales sur le fonctionnement des programmes câblés, elles ont été maintenues. La libéralisation du marché télévisuel trouve cependant ses limites dans la pénurie des fréquences. Il y a tout de même une chaîne nationale privée, ainsi que des télévisions urbaines à Vienne, Salzburg et Linz.*

War die Entwicklung der Regelung der elektronischen Medien in Österreich in den vergangenen Jahrzehnten nur zögernd und ungeplant (weitgehend abhängig von Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofs und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte), hat sich dieser Trend nun gewendet. Bereits vor einem Jahr konnte von erfreulichen Entwicklungen berichtet werden («Elektronische Medien: Entwicklungsschub in Österreich», *medialex* 2001,64). Diese Entwicklungen sind nun zu einem vorläufigen Abschluss gekommen und haben dazu geführt, dass in Österreich nun annähernd europäische Normalität auf dem Sektor der elektronischen Medien herrscht.

Strukturen

Privatradiogesetz: Dieses am 1.4.2002 in Kraft getretene Gesetz schafft eine neue Regulierungsbehörde, die KommAustria. Sie hat die Aufgaben der früheren Privatrundfunkbehörde, der Kommission zur Wahrung des Regionalradiogesetzes und übernimmt auch die bisher von den Fernmeldebehörden wahrgenommene Verwaltung der Rundfunkfrequenzen. Als Rechtsmittelbehörde gegenüber Entscheidungen der KommAustria, sowie als Rechtsaufsichtsbehörde über den Österreichischen Rundfunk wurde der Bundeskommunikationssenat eingerichtet.

ORF-Gesetz: Eine politisch heiss umstrittene gesetzliche Neuregelung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ORF machte diesen zur Stiftung «sui generis» mit eigener Rechtspersönlichkeit. Die neuen Organe des ORF sind der Stiftungsrat, der Generaldirektor und der Publikumsrat.

Der Stiftungsrat tritt an die Stelle des früheren ORF-Kuratoriums. Wesentlich ist eine Entpolitisierung des Gremiums durch Unvereinbarkeitsbestimmungen, die verhindern, dass, wie

vorher üblich, dieses Organ durch Parteisekretäre, aktive Politiker und Ministersekretäre dominiert wird.

Eine Aufgabe des Stiftungsrates ist die Bestellung und Abberufung des Generaldirektors. Seine Stellung unterscheidet sich von der seines Vorgängers («Generalintendant») dadurch, dass er weitergehende Verantwortung für Programm und Personal erhält.

Der Publikumsrat ist die Fortführung der alten Hörer- und Sehervertretung in fast unveränderter Form. Er soll die Interessen der Hörer und Seher wahren.

Privatfernsehgesetz: Dieses Gesetz ermöglicht ab 1.8.2001 erstmals privates terrestrisches Fernsehen in Österreich, das damit aufhörte Schlusslicht Europas zu sein. Eine weitere Aufgabe ist die Vorbereitung der Digitalisierung. Die Vorschläge dafür obliegen der «Digitalen Plattform Austria», die sich Anfang 2002 konstituiert hat.

Materielle Änderungen

Privatrundfunkgesetz: Im Unterschied zum Regionalradiogesetz finden sich im Privatradiogesetz keine Beteiligungsgrenzen mehr. Medieninhaber können mehrere Zulassungen haben und sich auch zu 100% beteiligen, allerdings nur dann, wenn sich die Versorgungsgebiete nicht überschneiden.

Zur Zeit bestehen in Österreich 10 regionale und 43 lokale Hörfunkveranstalter. Bei allen regionalen Veranstaltern, aber auch bei einzelnen lokalen Veranstaltern in Wien, sind Tageszeitungen oder ausländische Medienhäuser beteiligt (CLT-Ufa, Springer Verlag, die britische GWR-Gruppe).

ORF-Gesetz: Mit dem neuen ORF-Gesetz wurde der Programmauftrag erheblich ausgewei-

tet. Der Versorgungsauftrag legt die Zahl der vom ORF zu veranstaltenden Fernseh- und Hörfunkprogramme abschließend fest, während bisher ein nach oben offener Mindestversorgungsauftrag bestanden hatte, um dessen Auslegung immer wieder Diskussionen entstanden. Inkludiert ist nunmehr das Betreiben eines Online-Dienstes und die rundfunkmässige Versorgung der sprachlichen Minderheiten. Getrennt werden Programme und Einnahmen, die dem öffentlichen Auftrag einerseits und einer kommerziellen Betätigung andererseits zuzuordnen sind. Die kommerziellen Programme kann der ORF in Form von Tochterunternehmen veranstalten («Spartenkanäle» wie Kultur- oder Sportkanal) handeln muss. Zulässig sind ferner Aktivitäten, die wesensnotwendig und in einem engen Zusammenhang mit der Veranstaltung von Rundfunk und Online-Diensten stehen. Darunter fallen beispielsweise Film- und Fernsehproduktion, Programmzeitschrift, Merchandising oder etwa auch der Betrieb einer Kantine.

Schliesslich gibt es im Bereich der Werbung einige Beschränkungen, die, in Reaktion auf bisherigen Wildwuchs, etwa die Mitwirkung von ORF-Mitarbeitern an Werbesendungen beschränken, Werbung für Printmedien limitieren, Schleichwerbung verbieten, Product Placement regeln und auch die gegenseitige Bewerbung von Sendungen im Hörfunk und Fernsehen einschränken.

Insgesamt sind die Neuregelungen mit ihrer Tendenz der Entpolitisierung, der Annäherung an aktienrechtliche Grundsätze mit Geschäftsführung und Aufsichtsrat, der Trennung von öffentlich-rechtlichem und kommerziellem Bereich, der Limitierung der Programme bei gleichzeitiger Öffnung des Online-Bereichs sowie der sauberen Definition von erlaubter Werbung positiv zu bewerten. Wesentliches Motiv für die Änderung war, dass die privaten Radio- und Fernsehprogrammhersteller Luft zum Atmen haben sollten.

Privatfernsehgesetz: Das Privatfernsehgesetz ermöglicht bundesweites terrestrisches Fernsehen und für bestimmte Ballungsräume (Wien, Salzburg, Linz) durch Frequenzsplitting mit dem ORF terrestrisches Lokalfernsehen sowie digitales terrestrisches Fernsehen in den nächs-

ten Jahre mit schrittweisem Umstieg in den Ballungsräumen («Insellösung»).

Für Kabel-Rundfunk ist lediglich eine Anzeige an die KommAustria vorgesehen, für Satelliten-Rundfunk bedarf es einer Zulassung durch die KommAustria.

Seit der Ausschreibung der Lizenzen haben sich 27 Bewerber für nationales Fernsehen gemeldet. Vor kurzer Zeit wurde die Erteilung der Lizenz an die bisher schon im Kabel mit einem Programm vertretene ATV rechtskräftig. Der Aufnahme des Sendebetriebs steht noch die mangelnde Einigung mit dem ORF über den Preis für die Benutzung der Sender des ORF entgegen. Hier ist mit einer Einigung oder einer Entscheidung der KommAustria noch vor Jahresmitte 2002 zu rechnen. Die regionalen Lizenzen für die Ballungsräume werden noch vor Jahresende 2002 erteilt werden.

Sonstige Änderungen

Fernsehklusivrechtgesetz: Die Bestimmungen dieses Gesetzes, das Ereignisse von wesentlicher gesellschaftlicher Bedeutung dem allgemeinen Publikum öffnen soll, traten am 1.8.2001 in Kraft. Eine Verordnung, in Kraft ab 1.10.2001, legt 8 solcher Ereignisse fest, von den Olympischen Spielen über das Neujahrskonzert der Wiener Philharmoniker bis hin zum Wiener Opernball.

Medienfusionskontrolle: Seit der Kartellgesetznovelle 1993 gelten Sonderregelungen beim Zusammenschluss von Medienunternehmen, die einen Zusammenschluss auch dann verhindert, wenn er zu einer Einschränkung der Medienvielfalt führt. Seit einem öffentlich heftig diskutierten Zusammenschluss von Nachrichtenmagazinen im Jahr 2001, der praktisch den Wettbewerb in diesem Bereich beseitigt, ist die Rede von einer Verschärfung des Kartellrechts, die auch die elektronischen Medien betrifft. Eine diesbezügliche Neuregelung hat im Mai 2002 den Ministerrat passiert und wird noch in diesem Jahr Gesetz werden. ■

Für nähere Informationen und Originaltexte der Rechtsvorschriften wird die ausgezeichnete Homepage der Medienabteilung des Bundeskanzleramts empfohlen, die auch für diesen Artikel benützt wurde: <http://www.bka.gv.at/bka/medien/>

Zusammenfassung: Eine zielgerichtete Medienpolitik in Österreich seit dem Jahr 2000 führte zu einer grundlegenden Reform des öffentlichen Rundfunks ORF, einer verfassungskonformen Regelung des privaten Hörfunks und Fernsehens und zu einem Start in die digitale Zukunft. Dabei wurden sämtliche Regelungen der Europäischen Union berücksichtigt. Eine einheitliche Regulierungsbehörde KommAustria ist für Telekom und elektronische Medien (Hörfunk und Fernsehen) zuständig, eine gemeinsame Rechtsmittelinstanz, der Bundeskommunikationssenat, soll dafür sorgen, dass einheitliche Rechtsprechung entsteht. Inhaltlich bewegt sich die Reform auf Kommerzialisierung der elektronischen Medien zu. Geblieben sind die liberalen Vorschriften über den Betrieb von Kabelprogrammen. Die Liberalisierung des Fernsehmarktes findet ihre Grenzen an der Knappheit der Frequenzen. Immerhin gibt es eine private nationale Kette und Ballungsraumfernsehen für Wien, Salzburg, Linz.

Le GATS et la diversité culturelle

Michael A. Wagner

Dr en droit, conseiller juridique, Union Européenne de Radio-Télévision, Genève

Zusammenfassung: Bei der Ministerkonferenz in Doha im November 2001 gelang der Start einer umfassenden neuen Welthandelsrunde. Dieser Erfolg gibt den bereits laufenden GATS-Verhandlungen zur Liberalisierung des Dienstleistungsverkehrs neuen Auftrieb. Wahrscheinlich werden die europäischen Länder schon im Sommer 2002 mit ersten Forderungen anderer Länder zur Liberalisierung des Dienstleistungsverkehrs – auch im audiovisuellen Bereich – konfrontiert werden. Andererseits hat die Allgemeine Erklärung zur kulturellen Vielfalt, die von der UNESCO im November 2001 verabschiedet worden ist, das politische Bewusstsein für die Bedeutung kultur- und medienpolitischer Massnahmen zugunsten der kulturellen Vielfalt geschärft. Dies sollte eigentlich jede Form der Handelsliberalisierung ausschliessen, die dem Ziel des Schutzes und der Förderung der kulturellen Vielfalt zuwiderläuft.

Le Programme de Doha pour le Développement (PDD)

Le 14 novembre 2001, la Conférence ministérielle de l'OMC à Doha, a lancé un nouveau cycle de négociations commerciales couvrant un maximum de chapitres, également appelé «Programme de Doha pour le Développement». Surmontant l'échec de Seattle, les ministres donnaient ainsi un nouvel élan aux négociations commerciales.

Ce PDD, défini dans la Déclaration ministérielle de Doha (disponible sur le site web de l'OMC www.wto.org), couvre un large éventail de questions. Outre les services et l'agriculture, pour lesquels les négociations ont commencé en 2000 conformément au calendrier intégré, on y trouve les sujets suivants: accès au marché pour les produits non agricoles, commerce électronique, aspects commerciaux des droits de propriété intellectuelle, commerce et investissement*, commerce et politique de la concurrence*, commerce et environnement, commerce, dettes et finances, marchés publics*, facilitation des échanges*, règlement des différends, transfert de technologie, coopération technique, pays les moins avancés, traitement spécial et différencié. Toutefois, les négociations sur certaines de ces questions (marquées d'un astérisque) ne commenceront pas avant la prochaine Conférence ministérielle (la «Cinquième Session», comme on l'appelle) prévue au cours du second semestre 2003.

Cela signifie que les négociations du GATS, déjà engagées sur la base du calendrier intégré, vont passer à une vitesse supérieure. Dans une première phase (jusqu'en juin 2002), les Etats membres de l'OMC présenteront leurs demandes d'accès aux marchés dans les autres Etats membres («demandes initiales»), et dans un deuxième temps (jusqu'en mars 2003), ils formuleront leurs «offres initiales». Etant donné que les «demandes initiales» s'adresseront individuellement

à chaque Etat membre, on ne sait pas si elles seront rendues publiques. Les négociations décisives, avec d'éventuelles concessions mutuelles, commenceront ensuite. Le cycle complet (ou programme de travail) devrait être achevé au plus tard le 1er janvier 2005.

Aucun secteur n'étant *a priori* exclu de ces négociations, le traitement réservé aux biens et services culturels, en particulier audiovisuels, pourrait bien soulever de nouvelles controverses. Toutefois, compte tenu de la Déclaration de l'UNESCO, peut-on encore imaginer des règles commerciales ne tenant pas compte de la diversité culturelle? En fait, la diversité culturelle est déjà le *leitmotiv* des débats sur les services audiovisuels qui se poursuivent dans le cadre des négociations du GATS.

Entre décembre 2000 et juillet 2001, cinq pays ont soumis des contributions portant directement ou indirectement sur les services audiovisuels. Tandis que le Japon et les Etats-Unis, et dans une moindre mesure le Brésil, demandent aux autres membres du GATS de prendre des engagements de libéralisation dans le secteur audiovisuel, sans pour autant mettre en cause leur soutien à la diversité culturelle, le Canada rejette explicitement tout engagement de ce genre «jusqu'à ce qu'un nouvel instrument international destiné expressément à préserver le droit des pays de promouvoir et de conserver leur diversité culturelle puisse être mis en place». La Suisse, et dans une moindre mesure le Brésil, mettent aussi l'accent sur la nécessité de préserver et de promouvoir la diversité culturelle. En outre, la Suisse invite les autres pays à engager le dialogue sur un certain nombre de points (comme les subventions et le service public) qui pourraient mériter une solution multilatérale.

L'orientation de l'Union européenne pour les négociations respecte pleinement les impératifs culturels. Le mandat, initialement défini pour Seattle, précise que «l'Union veillera, pendant les prochaines négociations de l'Or-

ganisation mondiale du commerce (OMC) à garantir, comme dans le cycle d'Uruguay, la possibilité pour la Communauté et ses Etats membres de préserver et de développer leur capacité à définir et à mettre en œuvre leurs politiques culturelles et audiovisuelles pour la préservation de leur diversité culturelle» (Conclusions du Conseil du 26 octobre 1999). En ce qui concerne les services audiovisuels, ce mandat a récemment été confirmé pour les négociations dans le cadre du PDD (Résolution du Conseil du 21 janvier 2002 sur le développement du secteur audiovisuel).

La Déclaration universelle sur la diversité culturelle

La Déclaration universelle sur la diversité culturelle, adoptée le 2 novembre 2001 par la Conférence générale de l'UNESCO, est un grand pas vers la reconnaissance des aspects culturels dans le débat international sur la mondialisation, le commerce et la gouvernance internationale. Cette déclaration, de portée mondiale, a eu un précurseur régional sous la forme d'une Déclaration sur la diversité culturelle adoptée par le Comité ministériel du Conseil de l'Europe le 7 décembre 2000.

La déclaration reconnaît expressément la spécificité des biens et services culturels, ceux-ci ne devant pas être traités comme de simples marchandises ou biens de consommation; elle énonce des principes internationaux communs concernant la diversité culturelle.

Face aux déséquilibres qui caractérisent actuellement les flux et échanges de biens et de services culturels dans le monde, elle appelle à un renforcement de la coopération et de la solidarité internationales pour permettre à tous les pays de mettre en place des industries culturelles viables et compétitives.

Bien qu'érigeant la protection de la diversité culturelle en impératif moral, elle a, dans sa forme et dans son contenu, valeur d'acte déclaratoire.

Discussions à propos d'une nouvelle «interface» entre la culture et le commerce

La grande gageure sera probablement de trouver, au sein et/ou à l'extérieur de l'OMC, les moyens qui donneront à chaque Etat la souplesse et la sécurité juridique voulues pour prendre, dans le domaine de la politique culturelle et audiovisuelle, toutes les mesures nécessaires pour préserver et promouvoir la diversité culturelle, face en particulier aux nouveaux développements technologiques et à l'évolution du marché.

Une solution possible, soutenue par le Canada, serait de créer un nouvel instrument international, c'est-à-dire une Convention sur la diversité culturelle. Un tel accord multilatéral pourrait servir d'interface entre les politiques culturelles et commerciales. Dans le Plan d'action qui accompagne la Déclaration de l'UNESCO, les Etats membres acceptent de considérer comme une priorité la mise en place de ce type d'instrument.

Si un tel instrument pourrait voir le jour, très probablement en dehors du cadre de l'OMC (en effet, il ne revient pas à un tel organisme de fixer des normes en matière de diversité culturelle), il faudrait alors «importer» ces normes dans les accords OMC dans la mesure où sont couverts les échanges internationaux de biens et de services culturels. Problème insurmontable? Certes non, si l'on se réfère à ce qui a été fait, ou ce qui va se faire, avec les normes internationales relatives à la protection de la propriété intellectuelle ou encore à la protection de l'environnement. ■

Résumé: La Conférence ministérielle de Doha en novembre 2001 a réussi à lancer un nouveau cycle de négociations commerciales; ce succès a donné une nouvelle impulsion aux négociations du GATS portant sur la libéralisation du commerce des services. On peut donc s'attendre à voir, d'ici l'été 2002, quelques Etats non européens adresser aux Etats d'Europe leurs premières demandes de libéralisation incluant le secteur audiovisuel. Par ailleurs, l'adoption par l'UNESCO, également en novembre 2001, de la Déclaration universelle sur la diversité culturelle, a déclenché une prise de conscience politique de la nécessité de développer des politiques culturelles et audiovisuelles qui respectent et encouragent la diversité culturelle. Ceci devrait en principe exclure toute libéralisation du commerce qui n'irait pas dans le sens d'une protection et promotion de la diversité culturelle.

Belgique: La régulation des images violentes et pornographiques

François Jongen

Professeur à l'Université Catholique de Louvain, Professeur adjoint à l'Université de Liège

Zusammenfassung: *Im französischsprachigen Teil Belgiens ist das «Collège d'autorisation et de contrôle» des CSA verantwortlich für die Kontrolle der Einhaltung der verfassungs- und gesetzesmäßigen Pflichten durch die Sendeunternehmen. Auch wenn es bis heute seine Kompetenzen nur sehr moderat eingesetzt hat, so äussert es sich mehr und mehr zu heiklen Fragen. Die Kontrollbehörde veröffentlichte kürzlich zwei Entscheidungen zur Ausstrahlung von pornographischen und gewalttätigen Bildern. Und eine ältere Entscheidung, welche eine private Rundfunkstation wegen der Ausstrahlung grundloser Gewalt verurteilte, wurde vom «Conseil d'Etat», dem belgischen Bundesverwaltungsgericht, für nichtig befunden.*

La Belgique a longtemps tardé à se lancer dans la voie d'une régulation efficace et indépendante de l'audiovisuel. En Communauté française – le pays est divisé en trois communautés d'essence culturelle, et la compétence pour la radio et la télévision appartient à ces communautés - il a fallu attendre 1997 pour voir le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), un organe très différent de son homonyme français, doté de véritables pouvoirs de régulation.

Le CSA de la Communauté française est composé de trois collèges coiffés d'un bureau commun. Si le Collège d'avis et le Collège de la publicité, survivances d'organes antérieurs, sont de simples conseils consultatifs, le Collège d'autorisation et de contrôle (CAC) a, quant à lui, le pouvoir de prendre des actes créateurs d'effets juridiques: orientations décisives dans la reconnaissance des radios privées (il ne dispose par contre que de compétences consultatives pour les licences de télévision, toujours conférées par le gouvernement), mais aussi contrôle – et le cas échéant sanction - du respect par les opérateurs (télévisions, radios, réseaux câblés...) de leurs obligations légales et conventionnelles.

Depuis son installation fin 1997, le CAC n'a usé que modérément de ce pouvoir de sanction: une décision en 1998, une en 1999, deux en 2000, sept en 2001, mais déjà autant pour les quatre premiers mois de l'année 2002.

Il faut souligner que le CAC ne peut être comparé aux autorités de plaintes suisses ou britanniques: ceux qui adressent des plaintes au CSA ne doivent remplir aucune condition d'intérêt personnel ni aucune condition de représentativité, mais ils ne disposent non

plus d'aucune garantie de voir leur plainte prise en considération et traitée. De façon très féodale, le législateur dit seulement qu'il appartient au secrétaire général du Conseil de faire rapport au bureau, une fois par trimestre, «des éléments portés à sa connaissance» dans le cadre des « doléances » qu'il aura reçues. Toutefois, s'il n'est pas tenu de soumettre pour décision au CAC l'ensemble des plaintes qui lui sont adressées, le secrétaire général peut par contre prendre lui-même l'initiative d'une procédure, tout comme le Collège peut se saisir d'un dossier *ex officio*.

Signalétique non respectée

Ces dernières semaines, le CAC a prononcé, dans le domaine des images sensibles, deux décisions intéressantes, tout en se voyant, dans le même temps, censuré par le Conseil d'Etat.

Prononcée le 6 mars 2002, la première décision a vu le Collège condamner la chaîne privée RTL-Tvi à une peine très légère – diffusion d'un communiqué faisant état de la condamnation – pour défaut de respect des règles de signalétique des programmes. Compte tenu du débordement naturel des chaînes françaises sur le territoire belge, la Communauté française a en effet imposé aux chaînes belges une signalétique similaire à celle prévue en France. En l'occurrence, RTL-Tvi avait diffusé à 20h un épisode de la série «Rex chien flic» contenant une scène osée d'une minute trente quatre secondes.

La chaîne privée avait plaidé la bonne foi, exposant que ce type de scène était inhabituelle dans la série en question, et s'était engagé à visionner à l'avenir avant diffusion chacun des épisodes. Le Collège a jugé que, vu le caractère isolé de la séquence, l'émission

n'était pas de celle qui appelait un triangle bleu sur disque orange, mais que le rond blanc sur disque bleu aurait été indiqué dès lors qu'il s'agissait d'une «œuvre de fiction qui, en raison de certaines scènes ou de l'atmosphère qui s'en dégage, pourrait heurter la sensibilité du jeune public».

Violence dans un spot

Le 20 mars 2002, le CSA s'est prononcé sur une autre affaire d'images litigieuses. Il s'agissait cette fois d'un spot publicitaire pour un hebdomadaire d'information et de loisirs, spot utilisant des images qui avaient fait le tour du monde : celle de ces miliciens africains jetant un homme par-dessus le parapet d'un pont avant de lui tirer dessus. Le spot avait été diffusé par la RTBF et, apparemment par RTL mais, sans qu'on comprenne vraiment pourquoi, seule la chaîne publique se trouva poursuivie devant le CAC.

Après avoir écarté diverses exceptions de forme soulevées par la RTBF, le Collège aborde – brièvement – le fond et conclut à l'absence d'infraction. Pour l'autorité administrative en effet, il convient de faire une distinction entre les faits de violence et l'image : si les faits sont, en l'espèce, évidemment attentatoires à la dignité humaine, l'image ne revêt ce caractère qu'en rapport avec l'usage qui en est fait. Et de préciser «la représentation de la violence dans des images d'actualité n'est pas en tant que telle attentatoire à cette dignité.»

Considérant que «s'agissant d'une promotion pour un produit d'information, l'usage d'images violentes d'actualité ou de fiction représentant des atteintes à la dignité humaine ne peut trouver sa justification que si l'image se rapporte à l'objet promu et que si sa force est en rapport raisonnablement proportionnel avec l'objectif poursuivi», le Collège conclut: «En l'espèce, la brève présentation de violence figurant dans le spot incriminé n'est pas manifestement disproportionnée par rapport à l'objectif de promotion d'un magazine d'information générale».

Un jugement critiqué

Cette prudence de l'organe de contrôle du CSA peut sans doute s'expliquer par l'annulation, quelque semaines plus tôt, de la première sanction qu'il avait prise à l'égard d'une

chaîne de télévision. Le 20 janvier 1999, le CAC avait en effet condamné RTL à une amende de 100.000 FB (quelque 4.000 FS) pour avoir diffusé, dans son journal télévisé, une séquence relative à une prise d'otages au Venezuela: on y voyait un petit braqueur, ayant pris une femme enceinte en otage pour faciliter sa fuite, s'écrouler après avoir été atteint par un tireur de la police, la caméra s'approchant ensuite et montrant avec insistance l'œil crevé et les giclées de sang.

La chaîne privée avait été condamnée pour violation de la disposition interne transposant l'article 22 de la directive télévision sans frontières, qui interdit la diffusion de programmes susceptibles de nuire gravement à l'épanouissement physique, mental ou moral des mineurs, notamment des programmes comprenant des scènes de pornographie ou de violence gratuite. Le CSA avait en effet jugé que «la diffusion d'images de violence est non justifiée et dès lors gratuite lorsqu'elle n'est pas nécessaire, ou même seulement utile, pour exprimer une idée».

Saisi d'un recours en annulation de cette décision, le Conseil d'Etat (tribunal administratif compétent pour contrôler la légalité des actes administratifs de l'ensemble des autorités administratives belges, et donc aussi du CSA) va donner gain de cause à RTL. La chaîne privée avait argumenté que le CSA, par cette motivation, avait confondu *diffusion de violence gratuite* telle que prohibée par la directive et *diffusion gratuite de violence*, non visée par la législation. Le Conseil d'Etat va même plus loin. Sans se prononcer sur cette distinction, la haute juridiction administrative considère que la violence montrée en l'espèce ne pouvait être qualifiée de gratuite dès lors que le commentaire avait fait état de divers éléments «propres à accentuer le caractère odieux de la prise d'otage» et qu'il était «de nature à faire prendre conscience de ce qu'endurent les victimes de telles pratiques et de ce que risquent leurs auteurs».

Si on pouvait considérer que le CSA avait été un peu léger dans sa motivation, la plupart des commentateurs s'entendent pour considérer que le Conseil d'Etat, juge en principe de la seule légalité, est allé un peu loin en se transformant ainsi en juge du fond. ■

Résumé: En Communauté française de Belgique, c'est le Collège d'autorisation et de contrôle du Conseil supérieur de l'audiovisuel qui est chargé de contrôler le respect par les opérateurs de leurs obligations légales et conventionnelles. S'il n'a fait jusqu'ici qu'un usage modéré de ces compétences, il entre de plus en plus souvent en matière sur des questions sensibles. Il vient ainsi de rendre deux décisions portant sur la diffusion d'images pornographiques dans un cas violentes dans l'autre cas. Et une décision antérieure, condamnant une chaîne privée pour diffusion de violence gratuite, vient d'être annulée par le Conseil d'Etat.

Recherchierjournalismus und Berufsethik

Peter Studer

Dr. iur., Rechtsanwalt, Präsident des Schweizer Presserats, Rüşchlikon

Résumé: *L'affaire récente «Borer c. Sonntagsblick» a relancé le débat sur le principe de publicité et l'éthique d'une enquête. Le fairplay peut en ressortir renforcé. C'est dans le domaine du droit pénal applicable aux médias que la coexistence du droit et de l'éthique pose problème (cf. arrêts récents du Tribunal fédéral). Le Conseil de la presse a eu l'occasion de poser certains principes devant régir une enquête (par exemple, accord sur les règles du jeu, relecture par la personne interviewée). Les prises de position du Conseil de la presse de l'année dernière montrent que ce dernier est de plus en plus appelé à trancher entre la protection de la sphère intime et l'intérêt public. D'un point de vue politique ou socio-politique, l'intérêt public doit clairement prévaloir; la curiosité ne suffit pas.*

Einige öffentlich verhandelte medienethische Fälle haben in den letzten Monaten weitherum Besorgnis ausgelöst: Die folgenschwere Enthüllung der Intimsphäre des Botschafters Borer durch Sonntagsblick/Blick (2002); eine ähnliche Kampagne um den Gatten der Nationalrätin Meier-Schatz in Sonntagsblick/Blick (2001); herabsetzende Vorwürfe gegen einen protestantischen Diakon in Le Matin (2001). Zu ihnen äussert sich der Presserat. - Andere berührten Medienethik und Medienrecht: Die Veröffentlichung eines zugespielten vertraulichen Botschafterberichts aus Washington (1997/2000); die indiscrete Frage nach Vorstrafen durch einen Blick-Reporter (2001), der Grenzübertritt eines verkleideten italienischen Journalisten hinter einem Schlepper (2001). Sie waren Gegenstand von Bundesgerichtsurteilen. Immer ging es um die Recherche. - Was «darf» eigentlich die Recherche?

1. Begriffe: Recherche und Berufsethik

1. Recherche

Michael Haller, einst Spiegel-Reporter in der Schweiz und heute Journalistikprofessor in Leipzig, definiert die Recherche so: «...Ein Verfahren zur Beschaffung und Beurteilung von **Aussagen** über reales Geschehen, **die ohne dieses Verfahren nicht preisgegeben**, also nicht publik würden». Das Verfahren diene der «Rekonstruktion erfahrbarer Wirklichkeit». Recherchieren bedeute, den richtigen Leuten zur richtigen Zeit die richtigen Fragen zu stellen - und, so wäre zu ergänzen, die Antworten auch richtig zu bearbeiten¹.

2. Drei Typen journalistischer Ethik, insbesondere die Berufsethik

Hier wird in erster Linie - mit wenigen Ausblicken auf die Bundesgerichtspraxis - die Perspektive der **Berufsethik** angelegt. So heisst ein intersubjektiv verstehbares, nichtstaatliches, frei-

willig befolgtes Regelwerk zur publizistischen Kommunikation. Es begrenzt die Recherchenarbeit aus Rücksicht auf individuelle Dritte (vor allem die «Rechercheopfer»), aber auch auf das Publikum, das sich frei eine eigene Meinung bilden soll. Weitere Interessenten an der Berufsethik im Sinne einer Recherchiergrenze sind die Medienhäuser (als zivilrechtlich Letztverantwortliche), die Kader (als hierarchisch Direktverantwortliche) und die Kollegen (Peer Group Prestige). Setzt sich Berufsethik durch, sinken Führungs- und Koordinationsaufwand im Medienalltag, aber auch das Schadenspotential der Medien.

Von den drei Typen journalistischer Ethik² lasse ich den ersten, nämlich die **Individualethik**, beiseite. Mit ihren gutgemeinten Appellen an den menschlichen Anstand bewirkt sie im Zeitalter des individuellen Wertepluralismus nur wenig. Weitaus grössere praktische Bedeutung hat der zweite Typus, die **Unternehmens- und Redaktionsethik**. Gemeint ist der Regelkanon, den Verleger, Intendanten und redaktionelle Kader im Innern ihres Medienbetriebs formulieren, durchsetzen und arbeitsrechtlich sanktionieren. Die Medienunternehmensethik wäre ein eigenes, erst ansatzweise erforschtes Thema.

Hier geht es also um den dritten Typus, die branchenweite Basis der **Berufsethik**. Natürlich wäre zu wünschen, dass Journalistinnen und Journalisten die berufsethischen Regeln verinnerlichen. Vor allem aber, dass Medienunternehmen die berufsethischen Regeln zum Kernstück ihrer eigenen Arbeitsverträge, ihrer Aus- und Weiterbildung machen. Das sind die Schnittstellen zur Individual- und Unternehmensethik.

1 MICHAEL HALLER, Recherchieren: Ein Handbuch für Journalisten, 5. A., Konstanz 2000, S. 246, N 14.
2 SIEGFRIED WEISCHENBERG, Journalistik, Band 1, Opladen 1998, S. 217.

Der Wunsch ist umso begründeter, weil Berufsethik, anders als etwa in Frankreich oder in den USA, hierzulande in Gestalt eines ausformulierten Kodex greifbar ist: «Die Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalistinnen und Journalisten» 1999 (hier «**Journalistenkodex**» genannt) mit ihren elf Berufspflichten und sieben Berufsrechten. Praktisch von besonderer Bedeutung sind die beigegebenen «**Richtlinien**» 2000, die der Presserat aus 25jähriger Spruchpraxis, als Kommentar zum Journalistenkodex, herausdestilliert hat.

Der **Presserat** (www.presserat.ch) wird seit 1999 von einer gemeinsamen Stiftung aller vier Journalistenverbände getragen. Er nimmt Beschwerden von jedermann und jeder Frau kostenlos entgegen. In seinen «**Stellungnahmen**» hält er fest, ob Beiträge im publizistischen Teil des Mediums den Kodex verletzen oder nicht. Einzige Waffe des Presserats: Die Publikation seiner «**Stellungnahmen**», die von den gerügten Redaktionen freiwillig abgedruckt, manchmal auch kommentiert werden. Besonders gerne macht sich jeweils die liebe Konkurrenz hinter die Wiedergabe. Anfangs der 90er Jahre hatte der Presserat jährlich zwei Stellungnahmen publiziert; im Jahr 2001 sind es 54.

II. Kollision zwischen Rechercherecht und Recherchenethik

1. Medienvilrecht

Was **Persönlichkeitsschutz und Lauterkeitsregeln** im Medienvilrecht betrifft, laufen Medienrechts- und Medienethikpraxis inhaltlich weitgehend parallel. Gerichte und die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) - ein verwaltungsgerichtliches Organ sui generis³ - verweisen gelegentlich auf die «anerkannten Berufsregeln» des Presserats, wenn sie über gebotene Sorgfalt urteilen.⁴

Einige Medienhäuser sind besorgt, weil in zwei neueren Fällen die Betroffenen und ihre Anwälte **gleichzeitig oder gestaffelt den Presserat und das erstinstanzliche Gericht** angerufen haben. Der Presserat nimmt eine solche Be-

schwerde aber nur dann an die Hand, wenn neben rechtlichen, meist geldwerten Ansprüchen (Sache des Gerichts) auch eine «grundlegende ethische Frage» thematisiert wird (Sache des Presserats). So verlangt es das Geschäftsreglement (Art. 15). Es mag ein öffentliches Interesse daran bestehen, binnen Monaten die ethische Stellungnahme des Presserats zu erwirken, kann sich doch ein Rechtsverfahren bis nach Lausanne oder gar Strassburg über zehn Jahre dahinziehen.

Eine «Stellungnahme» des Presserats unterliegt natürlich der freien Beweiswürdigung des Gerichts und hat rechtlich nicht mehr Gewicht als das Privatgutachten der einen Partei.

2. Medienstrafrecht

Im Medienstrafrecht hingegen kollidieren Bundesgericht und Presserat gelegentlich. Drei neuere Urteile des Kassationshofs in Strafsachen:⁵

A. Veröffentlichung amtlicher geheimer Dokumente (vgl. Art. 293 StGB)

Blenden wir zurück in den Januar 1997. Jemand spielte der Sonntagszeitung den vertraulichen Lagebericht des Botschafters Jagmetti aus Washington zur beginnenden Holocaust-Debatte zu. Im Dezember 2000 sprach das **Bundesgericht** ein vorläufiges Schlusswort. Es legte das gesetzliche Verbot, amtliche geheime Dokumente zu publizieren, sehr wörtlich aus (Art. 293 StGB). So bestrafte es den Journalisten der Sonntagszeitung für die Publikation des Botschafterberichts, weil es am formellen Geheimnisbegriff festhielt. Zudem schien ihm die Vertraulichkeitsauflage des Botschafterberichts im Lichte der Staatsräson schützenswerter als die «Wachhund-Funktion» der Presse. Das Bundesgericht sah wenig Spielraum, weil es sich im Jahr 2000 vor allem auf Parlamentsdebatten des Jahres 1997 stützte: Damals hatte sich das Parlament aus Empörung über den Fall Jagmetti geweigert, den Art. 293 gemäss Antrag des Bundesrats einfach zu streichen.⁶

Zusammenfassung:
Am Fall «Borer c. Sonntagsblick» diskutiert die Öffentlichkeit zurzeit Rechercheethik. Die Umsetzung von Regeln der Berufsethik kann sehr wohl die Fairness stärken. Das Nebeneinander von Medienrecht und Medienethik ist im Zivilrecht weitgehend unproblematisch; im Medienstrafrecht werfen neuere Urteile des Bundesgerichts Fragen auf. In seinen Stellungnahmen hat der Presserat Recherchegrundsätze aufgestellt: Vor einem Recherchegespräch sind Spielregeln zu vereinbaren; der Interviewte darf Aussagen gegenlesen, gewisse Korrekturen anbringen, das Interview aber meist nicht völlig zurückziehen. Stellungnahmen des Presserats aus dem letzten Jahr zeigen, wie dieser immer wieder zwischen Schutz der Intimsphäre und «gebotenen öffentlichem Interesse» an Recherchen im Privatbereich abwägen muss. Dieses muss politisch oder gesellschaftspolitisch klar überwiegen; Neugierde reicht nicht.

3 ROLF H. WEBER / BIANKA S. DÖRR, Revitalisierung der Selbstregulierung im Medienbereich? AJP 3/2002, S. 324.

4 MARTIN DUMERMUTH, Rundfunkrecht, S. 29, in: Bundesverwaltungsrecht, Basel 1996; ausführlich zum Verhältnis von Medienethik und Recht: MARTIN KÜNZI, *medialex* 2/96, S. 73 ff.

5 Zu dieser Kollision kritisch PETER STUDER, Tages-Anzeiger vom 13. 9. 2001; Replik von MARTIN SCHUBARTH, Tages-Anzeiger vom 15. 11. 2001.

6 BGE 126 IV 236 und 127 I 1; Kritik in *medialex* 1/01, S. 1 und 42.

Der **Presserat** hingegen hatte den Vertraulichkeitsbruch der Sonntagszeitung auf Wunsch des Bundesrates schon 1997 aufgegriffen und ganz anders beurteilt. Er nahm eine differenzierte Güterabwägung vor. Dabei fand er, diplomatische Lageberichte seien an sich zu recht vertraulich, aber nicht in jedem Falle äusserst schutzwürdig. Die Kritikfunktion der Medien schliesse auch die Aussenpolitik ein, wie es die amerikanischen Medien in den 70er Jahren vordemonstriert hätten («Watergate», «Pentagon Papers»). Das könne den Abdruck eines zugespielten Lageberichts rechtfertigen: Wegen der bereits angelaufenen öffentlichen Holocaustdebatte, wegen des Inhalts und der kriegersprachigen Sprache des Botschafters.

Hingegen rügte der Presserat die extreme Zuspitzung und Dramatisierung durch die Sonntagszeitung.⁷ Schade, dass der Kassationshof nur beiläufig auf die 15seitige Stellungnahme des Presserats eingehen mochte.

In den Richtlinien 2000 (RL a 1) hat sich der Presserat nochmals grundsätzlich geäussert. **Indiskretionen mögen unter gewissen Voraussetzungen veröffentlicht** werden:

- Die Redaktion muss die Quelle kennen;
- Das Thema muss von öffentlicher Relevanz sein;
- Es muss gute Gründe geben, und zwar über einen Wettbewerbsvorteil hinaus, jetzt statt erst später zu publizieren;
- Für die Brechung einer bloss kurzen Sperrfrist gelten eigene Regeln (Richtlinie 4. 4.: unter anderem muss der Absender des Embargo-Textes avisiert werden, damit er andere Empfänger warnen kann);
- Die Indiskretion muss freiwillig und lauter erfolgt sein - also ohne Erpressung, Bestechung, Diebstahl;
- Die Indiskretion darf keine äusserst wichtigen privaten oder öffentlichen Interessen verletzen.

B. Anstiftung zur Amtsgeheimnisverletzung (Art. 24 in Vrb. mit 320 StGB)

Aufsehen erregte ein weiteres Urteil des Kassationshofs. Darin ahndete das Gericht die bloss

se Frage des Blick-Journalisten an die Verwaltungsbeamtin der Zürcher Staatsanwaltschaft - es ging um gewisse Einträge im geheimnissgeschützten Strafregister - als Anstiftung zur Amtsgeheimnisverletzung.⁸ Immer-hin hat der Kassationshof in der Einleitung zum Urteil durchblicken lassen, dass ihm besonders das **«Anbaggern» einer Angestellten** anstelle der zuständigen Staats- und Bezirksanwälte missfiel. Möglicherweise hätte er sonst anders entschieden.

Das Präsidium des Presserates stiess sich vor allem daran, dass das Bundesgericht die Kernkompetenz der Journalisten, ein Fragen «dans tous les azimuts», so leichthin als Anstiftung bezeichnete, obwohl der Fragesteller nachweislich keinen persuasiven oder pekuniären Druck auf die erfahrene Beamtin ausgeübt hatte (Journalistenkodex a 1, Freiheit zur Tatsachenermittlung). Unversehens öffnen sich für Journalisten so neue **Fallen in allen geschützten Geheimbereichen**; denn schon blosses Fragen an Beamte, an das Personal von Bischöfen, Spitälern, Gerichten oder auch an die Mitwisser von Geschäftsgeheimnissen wären aus denselben Gründen strafbar.

C. «Objektive Berichterstattung» auch ohne Verletzung einer Ordnungsvorschrift möglich (Art. 23 ANAG).

Letztes Jahr bestrafte der Kassationshof einen italienischen Journalisten, der das **«Wallraf-Privileg»** beansprucht hatte. Gemeint ist der in den 70er Jahren aktive deutsche «under cover»-Journalist Günter Wallraff, den das Bundesverfassungsgericht 1984 nach einer viermonatigen Einschleichaktion bei «Bild» freisprach - die Veröffentlichung eines solchen Erlebnisberichts sei zulässig, wenn sie zur Aufdeckung gravierender, demokratierelevanter Missstände führe.

Der italienische Kollege liess sich als angeblicher Flüchtling von Schleppern über die Tessiner Grenze lotsen und beschrieb nachher drastisch, was ihm von den Schweizer Organen widerfahren war. Das Gericht hielt die Einreisebestimmungen zwar für weniger schützenswert als die richtig wahrgenommene Kritikaufgabe der Presse. Privilegiert sei aber nur «objektive Information», nicht «journalistischer Effekt». Der Journalist hätte auch ohne Gesetzesübertretung, nämlich durch spätere Befragung der ausgeschafften «echten» Flüchtlinge und Grenzwächter - Achtung Anstiftungsge-

7 Stellungnahme des Presserats 1/97.

8 BGE 127 IV 122; Kritik in *medialex* 3/01, S. 160 ff.; PETER STUDER, NZZ vom 8. 6. 2001.

fahr! - zu objektiver Information kommen können.⁹

Das Urteil entfernt sich weit von den aus Karl R. Poppers kritischem Rationalismus abgeleiteten **anerkannten Berufsregeln**: «Zu den Beobachtungsgrundsätzen gehört nämlich die **Priorität der Primärerfahrung**, also der erlebten Recherche, vor der Sekundärerfahrung».¹⁰

Auch hier würde der Presserat die Lauterkeit der Recherche überprüfen (Ziff. 4 der Kodex-Pflichten). Er käme wohl zum Schluss, dass solche **«Verschleierung des Berufs (hier)...ausnahmsweise zulässig ist»**, weil ein überwiegendes öffentliches Interesse an den recherchierten Informationen bestand. Schliesslich hat das verletzte Gut - die übertretene Einreisebestimmung - gegenüber Italienern als EU-Angehörigen keinen hohen Stellenwert (Richtlinien 4.1., 4.2.).

3. Denkbar: Ziviler Ungehorsam bei unerlaubter Zeugnisverweigerung (Art. 27^{bis} StGB)

Ein weiterer Konflikt ist vorgezeichnet, aber meines Wissens noch nicht aktuell geworden. Seit 1998 dürfen Berufsjournalisten die Bekanntgabe ihrer Quellen verweigern (Art. 27^{bis} StGB). Gleichzeitig hat der Gesetzgeber einen langen Katalog von Ausnahmen formuliert, von denen sich einige von selbst verstehen («Zeugnis erforderlich, um eine Person aus einer unmittelbaren Gefahr für Leib und Leben zu retten», Art. 27^{bis} Abs. 2 lit.a). Andere aber sind nur mit tiefen Strafdrohungen bewehrt. Beispiel: Zweitletzte Ausnahme im Katalog ist die Vorteilsgewährung oder - Annahme, das sogenannte «Anfixen» noch vor einer Bestechung (Art. 322^{quinquies} und Art. 322^{sexies} StGB).

Deckt die Journalistin einen solchen Fall auf, müsste sie also unter Umständen ihre Quellen bekanntgeben, obwohl das erwähnte Delikt nur mit Gefängnis oder Busse geahndet wird. Nach sorgfältiger Güterabwägung könnte sich die Journalistin entgegen dem Gesetz auf das **Redaktionsgeheimnis** berufen (Ziff. 6 der Kodex-Pflichten). Richtlinie 6.1. bemerkt, das Redaktionsgeheimnis gehe weiter als das gesetzliche Zeugnisverweigerungsrecht. Das wäre dann ein Fall von zivilem Ungehorsam; die Journalistin müsste sich also einer Strafe unterziehen.

III. Ausgewählte medienethische Rechercheregeln

An weiteren drei Beispielen möchte ich Regelungsvorschläge des Presserats zu «heissen» Recherchefragen skizzieren:

1. Audiatur et altera pars

Eine der wichtigsten medienethischen Regeln ist unbestritten die **Pflicht, in Kontroversen und vor allem bei Vorwürfen beide (oft auch mehrere) Seiten anzuhören**: «Audiatur et altera pars» forderten schon die römischrechtlichen Pandekten. Leider reden weder der Journalistenkodex noch die Richtlinien explizit davon, was in der Aus- und Weiterbildung immer wieder Verwirrung stiftet¹¹ (vgl. ein Beispiele hinten, IV 3).

Beispiel: Die Zeitschrift Cash brachte einen Artikel unter der Überschrift «Der Veruntreuhänder», worin der Journalist berichtete, G. sei wegen Betrugs erstinstanzlich verurteilt. Trotz Schulden lebe er gratis im Haus seiner Frau, die wegen dieser Sache ihre Stelle bei der «Caritas» verloren habe. Cash zitierte verärgerte Gläubiger. - Der Presserat rügte unter anderem, Cash habe den Treuhänder nicht mit den aus Parallelrecherchen zum Gerichtsverfahren stammenden Vorwürfen konfrontiert. Auch die Frau, die Cashes Darstellung bestreite, sei nie zu Wort gekommen. So habe das Publikum die Sicht des Ehepaars nicht erfahren. Ziff. 3 (Pflicht der Kennzeichnung unbestätigter Informationen) und Ziff. 7 (Gebot der Unterlassung anonymer Anschuldigungen) des Journalistenkodex seien verletzt¹². - In ähnlichen Fällen berief sich der Presserat auch schon auf das Fairnessgebot in der Präambel des Journalistenkodex und auf die Wahrheitspflicht (Ziff. 1 der Kodex-Pflichten).

2. Vorinformation bei kürzeren Recherchegesprächen

Journalisten (und Informanten) sind oft unsicher über die Regeln bei der Abwicklung kürze-

9 BGE 127 IV 166; Kritik in *medialex* 3/01, S. 174 ff.

10 MICHAEL KUNCZIK / ASTRID ZIPFEL, *Publizistik*, Köln 2001, S. 283.

11 PETER STUDER / RUEDI MAYR VON BALDEGG, *Medienrecht für die Praxis*, 2. A., Zürich 2001; S. 42, N 4; BRUNO GLAUS, *Das Recht am eigenen Wort*, Bern 1997, S. 71, 73.

12 Stellungnahme 6/2000.

rer Recherchegespräche. Zunächst hat sich die Journalistin vorzustellen sowie die Auskunftsperson über Ziel und Machart des Beitrags zu informieren.

Zwar kann nicht verlangt werden, dass Medienschaffende die erarbeiteten Zwischenergebnisse der Recherche und des Berichts im voraus mitteilen¹³. Es bleibt Raum für die «List der Recherche», die allerdings nicht zur Hinterlist ausarten darf.

Wichtig ist überdies immer, sich mit der Auskunftsperson über einige Rahmenbedingungen zu verständigen:

A. «Wie zitiere ich Sie?»

Der Journalist darf aus Transparenzgründen ein offenes Gespräch **«on the record» vermuten**, also mit Nennung des Namens und der genauen Funktion. Gelegentlich besteht der Informant auf Zitaten **«off the record»**, also ohne Namen und genaue Zuordnung. Erscheint der Antwortende dann als «hoher Beamter des Departements» oder nur als «Angehöriger des Departements»? Vorher abmachen - aber grösstmögliche Präzision anstreben. Die Quellentransparenz nimmt weiter ab, wenn der Befragte sich bloss **«on background»** äussert. Es heisst dann oft nur noch, der Rechercheur habe dies oder jenes «erfahren».¹⁴

B. «Muss ich Zitate zum Gegenlesen unterbreiten / vorzeigen (Fernsehen)?»

Bei Gesprächspartnern, die öfters miteinander zu tun haben, und in einfachen Fragestellungen ohne Brisanz darf die Journalistin vermuten, das sei nicht nötig.¹⁵ Besteht die Auskunftsperson aber darauf, sind Zitate in direkter und indirekter Rede zu unterbreiten. Nicht jedoch der ganze Beitrag - schon gar nicht, wenn darin noch weitere Personen mit kontroversen Äusserungen vorkommen, die so unter Druck gesetzt werden könnten.¹⁶ Bei reinen Fachauskünften zu komplexen Themen ist es allerdings oft im Interesse des Journalisten

(und der Richtigkeit), ein Mehreres zu offerieren.

C. «Wieviel darf der Auskunftgeber abändern?»

«Gseid esch gseid» behauptet die Journalistin, während der Informant auf sein **Recht am eigenen Wort** pocht. Der Presserat meint, wer sich auf ein Auskunftsgespräch mit einem deklarierten Journalisten einlasse, rede bereits zur Öffentlichkeit und könne nicht einfach wegen drohender Unannehmlichkeiten alles zurückziehen¹⁷. Er müsse sich mindestens gefallen lassen, dass der brisante Inhalt in indirekter Rede im Artikel erscheint. Andererseits dürfe er darauf bestehen, unbedachte Fehlaussagen und Rechtsverletzungen herauszuoperieren. Haben sich die Gesprächspartner auf eine Version geeinigt, soll die Redaktion nicht auf frühere Versionen zurückgreifen. Ist eine Einigung nicht möglich, wird die Redaktion auf den wörtlichen Abdruck verzichten, den Vorgang aber transparent machen.

3. Die Crux mit den anonymen Zitaten

Die Unsitte, gar nicht mehr um «on the record»-Zitate zu kämpfen, sondern zögernde Informanten sogleich mit Anonymitätszusicherungen zu ködern, nimmt vor allem bei Printjournalisten überhand. Der Presserat hat festgestellt, dass hier medienethische Regeln des Journalistenkodexes kollidieren: Einerseits das Transparenz- und Fairnessgebot (Kodex-Pflichten Nr 3, Quellentransparenz, und Nr.7, Unterlassen anonymer Anschuldigungen), andererseits die Wahrung des Redaktionsgeheimnisses (Pflicht Nr. 6).

Beispiel: Dem damaligen Chefredaktor von SFDRS, Filippo Leutenegger, warf der Tagesanzeiger übergrösse Nähe zur SVP vor. Der Zeitungsjournalist suchte es mit einer Vielzahl von meist anonymen Zitaten zu belegen. Der Presserat lehnte die Beschwerde des Chefredaktors in diesem Punkt ab¹⁸,

- weil die Recherche im Zeichen des Service Public-Anspruchs der SRG SSR im öffentlichen Interesse lag;
- weil gewisse Fakten dieser Recherche nicht ohne Anonymitätsversprechen erhältlich waren; hierarchisch unterstellte Mitarbeiter würden sich nicht offen über ihren Chef äussern;

13 Stellungnahme 7/2001.

14 STUDER / MAYR VON BALDEGG (Anm.11), S. 51.

15 Stellungnahme 7/2001.

16 THOMAS GEISER hält einen richerlichen Befehl für möglich, *medialex* 4/96, S. 214; anderer Meinung STUDER / MAYR VON BALDEGG (Anm. 11), S. 55 und ODILLO GUNTERN, *medialex* 1/97, S. 54.

17 Stellungnahme 1/96; gl. M. STUDER / MAYR VON BALDEGG (Anm. 11), S. 56; BRUNO GLAUS, Das Recht der kommerziellen Kommunikation, Rapperswil 2000, S. 133 und 171.

18 Stellungnahme 6/2001.

- weil die anonymen Quellen meist einigermaßen situiert waren («ein erfahrener Redaktor der Tagesschau»); weil der Journalist Kontrollfragen bei Dritten glaubhaft machte («Zwei-Quellen-Regel»);
- und weil der Kritisierte selber ausreichend zu Wort kam, nämlich in einem grösseren Interview auf derselben Seite.

IV. Medienethik, Schutz der Privatsphäre und Intimsphäre

1. Häufigster Beschwerdegegenstand beim Presserat

Eine Grobeinteilung der 54 Stellungnahmen des Presserats im Jahre 2001 zeigt, dass mangelnder Respekt vor der Privatsphäre häufigster Beschwerdegegenstand war: 20 von 54 mal (Mehrfachnennungen möglich).

Meistdiskutierter medienethischer Casus der letzten Jahre ist gewiss der Abgang des populären Schweizer Botschafters in Berlin, Thomas Borer, ausgelöst von einer Ehebruchsrecherche der Boulevardzeitung Sonntagsblick. Bei Redaktionsschluss dieser Zeitschrift war eine Beschwerde an den Presserat angekündigt. Ein Jahr zuvor hatte ein ähnlicher Fall Aufsehen erregt; damals ging es um das aussereheliche Verhalten des Ehemanns einer prominenten christdemokratischen Nationalrätin¹⁹.

Die einschlägige Norm im Journalistenkodex: **Pflicht Nr. 7.** Sie verlangt **Respekt vor der Privatsphäre.** (Medienleute) «respektieren die Privatsphäre der einzelnen Person, **soweit das öffentliche Interesse nicht das Gegenteil verlangt.** Sie unterlassen...sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigungen». Dazu gehört die kommentierende Richtlinie 7. 3. über **Personen des öffentlichen Lebens:** «...Auch diese Personen (haben) ein Recht auf eine Privatsphäre und auf ihr eigenes Bild».

In den erwähnten Fällen stand nicht «nur» die Privatsphäre, sondern sogar die **Intimsphäre** prominenter Personen zur Disposition. Die Intimsphäre umfasst höchstpersönliche Bereiche wie Sexualität auch ausserhalb der Ehe, sexuelle und religiöse Präferenzen, gesundheitliche Grenzsituationen.²⁰

2. Die Güterabwägung

Wenn Journalistinnen in die Intimsphäre eindringen, stellt sich also erst recht die Frage:

War es **vom öffentlichen Interesse her «geboten»?** Je heikler der ausrecherchierte Intimbereich, je tiefer der Vorstoss, je gravierender der drohende Ruf- oder Beziehungsschaden, desto markanter müsste das öffentliche Interesse sein. Entgegen der Meinung mancher Medienleute ist Neugierdekitzel beim Zielpublikum eines Mediums noch nicht mit öffentlichem Interesse gleichzusetzen. Es müssten schon legitime Anliegen des gesellschaftlichen Diskurses benennbar sein: Firmenjet und Luxusspesen eines Chief Executive, dessen Aktionäre wegen Misserfolgen des Konzerns schwere Verluste erleiden, Korruption, funktionswidriges Benehmen unter vielen Augen und dergleichen.

Erforderlich ist, ähnlich wie im rechtlichen Persönlichkeitsschutz, eine **sorgfältige Güterabwägung** vor einzelnen Rechenschritten und erst Recht vor der Publikation. Es kommt auch auf die objektiven Eigenschaften der Betroffenen des «Intimangriffs» an: Ein vor der Wiederwahl stehender Politiker, der in seinem eigenen Intimverhalten den öffentlichen Beteuerungen zuwiderhandelt (er frequentiert das Bordell, predigt aber die Heiligkeit der Ehe), muss sich mehr gefallen lassen als ein «ethisch neutraler» Chefbeamter oder Unternehmensführer. Können diese letzteren im Intimbereich eine schonendere Behandlung verlangen als jenes Dauerpersonal der Spassgesellschaft wie Veronika Feldbusch oder Nella Martinetti, das sich bei jeder Gelegenheit selber mit Intimitäten an die Medien wendet? Eine der Fragen, die der Presserat bei der Beschwerde Borer zu prüfen hat.²¹ Solche Güterabwägungen hat der Presserat 2001 mehrmals vornehmen müssen.

A. Stellungnahme 36/01

Privat- und Intimsphäre öffentlicher Personen. Blick und Sonntagsblick hatten einen Rechtsprofessor, Ehemann der bekannten christdemokratischen Politikerin Lucrezia Meier-Schatz, ins Zürcher Rotlichtmilieu verfolgt, wo er auch nach einem Skandal vor Jah-

¹⁹ Stellungnahme 36/2001.

²⁰ Stellungnahmen 42/00 (Veröffentlichung und Ausweitung der unehelichen Vaterschaft eines prominenten Schauspielers), 2/93 (Beachtliche Nennung eines ausserehelichen Verhältnisses wegen höherer Interessen), 4/93 (Veröffentlichung privater Erotik-Telefonate von Prinzessin Diana).

²¹ Im Sonntagsblick vom 14. April 2002 trugen Verwaltungratspräsident Ueli Sigg und Direktionspräsident Michael Ringier diese Kontroverse «in house» aus.

ren kein Unbekannter war. Die Nationalrätin wurde damals gerade für den Vorsitz der CVP gehandelt, was Sonntagsblick bewog, aufgrund der Rotlicht-Recherchen ihre Durchsetzungsfähigkeit anzuzweifeln - nicht einmal zuhause sei sie konsequent. Der Presserat hielt die Recherche im Intimbereich des Ehemanns für unstatthaft und wertete die angeblich daraus folgende «Erpressbarkeit» der Ehefrau als **Scheinargument**. Zudem lehnte er es ab, die wenigen Aussagen der beiden Betroffenen als Einwilligung in die Publikation zu qualifizieren. Die Opfer hätten sich nur unter Druck geäußert, um noch Schlimmeres zu verhindern, und inständig gebeten, von der Publikation abzusehen.

B. Stellungnahme 39/01

Auch ein Prominenter hat **Anspruch, Vorwürfe mit seinen besten Argumenten** zu beantworten. Im Rahmen einer Recherche über eine Sekte im Waadtland sagte ein prominenter Kirchendiakon zum Reporter von Le Matin, es handle sich nach seiner Vermutung eher um eine «Meditationsgruppe»; zu einem Mitglied unterhalte er aufgrund gemeinsamer sozialtherapeutischer Arbeit engere Beziehungen. Das trug ihm einen kritischen Artikel und ein scharfes Editorial in Le Matin ein. Der Presserat warf dem Reporter vor, die persönlich-sozialtherapeutischen Argumente des Diakons unterschlagen zu haben.

C. Stellungnahme 45/01

Gerade in **Gerichtsverfahren** ist dem Anspruch auf Wahrung der Anonymität besonders Rechnung zu tragen. Die Unschuldsvermutung, aber auch die spätere Resozialisierung machen es notwendig (Richtli-

nien 7. 5, 7. 6). Ein Gerichtsbericht des Zofinger Tagblatts behandelte den Fall eines vermindert zurechnungsfähigen Sexualtäters, der relativ milde bestraft wurde. Der Reporter nannte den Namen zwar nicht, beschrieb aber die Lebens- und Arbeitsumstände des Pädophilen so detailliert, dass dieser für einen unnötig grossen Personenkreis der ländlichen Gegend erkennbar sein musste. Sein Arbeitgeber legte Beschwerde ein. Die Redaktion wandte ein, nur solche Details machten das milde Urteil verständlich. Aber der Presserat befand, dieses Verständnis hätte erreicht werden können, ohne den Täter derart blosszustellen.

D. Stellungnahme 41/00

Alle Jahre wieder treffen Beschwerden gegen Redaktionen ein, die einen Bericht mit dem **unachtsamen Griff ins Bildarchiv** illustrieren. In der Basler Zeitung erschien ein Bericht über Billettkontrollen in Trams. Das dazugehörige Bild zeigte den gut identifizierbaren Kopf eines Fahrgastes und den Kontrolleur neben ihm. Bildlegende: «...Die Aggressivität gegenüber den Kontrolleuren hat zugenommen». Der Passagier reklamierte, die Verbindung des an sich neutralen, aber unautorisierten Bildes mit dieser Legende trage ihm zahlreiche sarkastische Bemerkungen ein, obwohl er immer sein gültiges Billet anstandslos präsentiert habe. Fahrgast und Zeitung wandten sich an den Presserat. Dieser erkannte auf Verletzung der Privatsphäre durch unbewilligte Abbildung und ungerechtfertigte Anschuldigung (Kodex Ziff. 7). Bei Textillustrationen sei das Recht am eigenen Bild zu wahren, und zwar durch Einwilligung des Abgebildeten, durch Unkenntlichmachung oder durch Hinweis auf gestellte Aufnahme. ■

La tentation des dommages-intérêts punitifs en droit des médias

Franz Werro*

Professeur à l'Université de Fribourg et au Georgetown University Law Center

avec la collaboration de Lukas Heckendorn, assistant à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg

Certains médias utilisent de plus en plus aujourd'hui la vie privée ou l'image de personnes célèbres à des fins commerciales. Face à cette situation, de nombreux observateurs critiques déplorent l'inefficacité du droit de la personnalité¹. Ces derniers relèvent que les jugements de valeur échappent pratiquement à toute action – défensive ou réparatrice – de même qu'au droit de réponse. Ils font également valoir que l'action en prévention est souvent appliquée de manière trop restrictive, et que l'action en constatation, même conçue largement², ne sert le plus souvent à rien une fois que la publication a eu lieu. Enfin, ils soulignent que les actions réparatrices sont pratiquement dépourvues d'effets: en général, les actions en dommages-intérêts sont rejetées, faute de dommage ou de dommage quantifiable et, celles en réparation du tort moral, lorsqu'elles aboutissent, ne donnent droit qu'à des montants insuffisants³. D'aucuns soutiennent dès lors qu'il faut renforcer les moyens civils de protection de la victime et proposent d'introduire une compensation pécuniaire indépendante de l'existence d'un dommage ou d'un tort moral.

Considérant la «boulevardisation»⁴ de la presse comme un fait, la présente contribution a

pour objet d'examiner si le droit actuel dispose des moyens utiles pour en combattre les excès ou s'il faut effectivement introduire de nouveaux remèdes à cette fin. A l'étranger, les tribunaux semblent disposés, plus que par le passé, à donner suite aux demandes des victimes. En Suisse, une partie de la doctrine⁵ et quelques politiciens⁶ proposent d'améliorer la protection des victimes en introduisant une nouvelle indemnité pécuniaire préventive et punitive. Avant d'analyser la situation en droit suisse (II.), il est utile de voir quels sont les développements que connaît la protection de la personnalité à l'étranger (I.).

I. Un aperçu de droit comparé

Nous présenterons successivement des exemples tirés des droits civils d'Europe continentale (1.) et des droits de la Common Law (2.). Nous apprécierons ensuite les enseignements qu'on peut en tirer (3.).

1. Deux exemples dans les droits civils d'Europe continentale

En raison de leur proche parenté avec le droit suisse, nous examinerons successivement l'approche du droit allemand (1.1) et celle du droit français (1.2).

Zusammenfassung: *Gewisse Medien schrecken nicht davor zurück, das Privatleben und die Bilder bekannter Personen kommerziell auszubeuten und damit deren Persönlichkeitsrechte zu verletzen. Angesichts dieser Situation beklagen viele die Ineffizienz des zivilrechtlichen Persönlichkeits-schutzes. Insbesondere Schadensersatzklagen würden im Allgemeinen mangels eines bezifferbaren Schadens abgewiesen und die Genugtuungssummen, wenn überhaupt eine zugesprochen werde, seien ungenügend. Zur Verstärkung der Prävention wird vorgeschlagen, eine Geldentschädigung einzuführen, die unabhängig von einem Schaden oder einer immateriellen Unbill zuerkannt werden kann. Unserer Meinung nach macht die Haltung der Medien, sei sie manchmal auch noch so unerfreulich, keine Sonderregelung nötig. Bevor man der Versuchung der «punitive damages» erliegt, sollten die bestehenden Mittel, insbesondere der Anspruch auf Gewinnheerausgabe, ausgeschöpft werden.*

* Je remercie Parissima Vez, Lectrice à l'Université de Fribourg, et Josiane Haas, Assistante à l'Université de Fribourg, de la lecture critique qu'elles ont faite de ce texte.

1 Ce constat n'a pas été contesté lors de la journée des juristes 1999: cf. le rapport dans RSJ 95 (1999) 510.
2 Cf. maintenant ATF 127 III 481.
3 WEBER, Geldentschädigung als Rechtsfolge von Persönlichkeitsverletzungen?, *medialex* 2000, 75 ss, 76 s.
4 Cf. BARRELET, résumant l'article de LARESE, Die Genugtuung: ein verkanntes Instrument des Persönlichkeits-schutzes, *medialex* 1997, 139 ss.

5 WEBER, cité note 3.

6 Motion de Maximilian Reiman, déposée au Conseil des Etats le 02.09.1999, transmise au Conseil Fédéral sous forme de postulat le 08.12.1999, cf. BO session d'hiver 1999, 99.3441.

7 BGH, arrêt du 15.11.1994 - Caroline de Monaco I, BGHZ 128, 1; OLG Hamburg, arrêt du 25.07.1996, NJW 1996, 2870 ss.

Résumé: A des fins commerciales, certains médias n'hésitent pas à porter une atteinte illicite à la vie privée ou à l'image d'autrui. Face à cette situation, de nombreux observateurs déplorent l'inefficacité du droit de la personnalité. Ils jugent que les actions défensives sont le plus souvent dépourvues d'effets. Il n'en va pas différemment pour les actions réparatrices: en général, les actions en dommages-intérêts sont rejetées, faute de dommage quantifiable et, celles en réparation du tort moral, lorsqu'elles aboutissent, ne donnent droit qu'à des montants insuffisants. Afin de renforcer la prévention, d'aucuns soutiennent dès lors qu'il faut introduire une indemnité pécuniaire, indépendante de l'existence d'un dommage ou d'un tort moral. L'attitude des médias, aussi déplaisante soit-elle parfois, ne rend pas nécessaire l'introduction d'un régime d'exception. Avant de succomber à la tentation des dommages-intérêts punitifs, il convient à notre avis de tirer parti des moyens dont on dispose, et notamment de l'action en remise du gain, quitte à en faire un usage plus libéral.

1. 1 Le droit allemand

La jurisprudence allemande a ouvert de nouvelles perspectives dans la protection de la personnalité lorsqu'elle a accordé une indemnité de DM 180'000.– à Caroline de Monaco, suite à la publication d'une interview de la princesse montée de toute pièce⁷. Quatre ans plus tard, elle a également condamné au versement d'une indemnité de DM 200'000.– un journal ayant publié sans autorisation une trentaine de photos, montrant la princesse dans une église en train de prier et sur un yacht privé – à une distance de 75 mètres du port – en compagnie de son amant, le prince de Hanovre (aujourd'hui son mari)⁸. Pour les inconnus, la situation reste toutefois bien différente. Les atteintes à la personnalité de ces derniers n'ont apparemment pas la même valeur pour les tribunaux, qui se montrent ici beaucoup moins généreux. C'est ainsi qu'une veuve n'a reçu que DM 8'000.– après la publication par le journal «Bild» d'une photo de son mari, mort au cours d'une fouille, dans un accident de travail⁹.

Le BGH n'a pas fondé le droit aux indemnités dues à Caroline de Monaco sur les moyens traditionnels du droit de la responsabilité civile, définis de manière **restrictive**¹⁰. En effet, l'indemnité pour tort moral (*Schmerzensgeld*, § 847 BGB) n'est envisageable qu'en cas d'atteinte à l'intégrité physique¹¹. La conception de la gestion d'affaires (§ 684 et § 687 BGB) est

également étroite: on refuse de considérer l'atteinte à la personnalité comme une affaire et donc d'appliquer les dispositions sur la remise du gain en cette matière (§ 681 phrase 2 et § 667 BGB)¹². La jurisprudence a même exclu le droit à la restitution fondé sur l'enrichissement illégitime de l'auteur d'une atteinte illicite dans tous les cas où le lésé n'aurait pas eu la volonté de tirer profit de son droit (on me photographie, mais je n'aurais jamais consenti à vendre mon image)¹³. Le BGH a dès lors estimé nécessaire de créer une nouvelle action en se fondant à la fois sur le droit général de la personnalité (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*)¹⁴, consacré aux articles 1 et 2 de la Constitution allemande¹⁵, et sur le § 823 BGB, qui prévoit l'obligation de réparer le dommage résultant d'un acte illicite fautif¹⁶. Au moyen de cette **action propre**, distincte du tort moral et indépendante d'un dommage¹⁷, les juges allemands entendent à la fois prévenir les atteintes à la personnalité et sanctionner celles qui se sont produites¹⁸.

Cette action doit toutefois se limiter à réprimer les atteintes aux aspects idéaux de la personnalité¹⁹. Afin de compléter la protection, le BGH a récemment accordé des remèdes également contre l'**exploitation commerciale** non autorisée du droit de la personnalité. Ainsi, en retenant explicitement l'aspect commercial des droits de la personnalité, le BGH a accordé à l'héritière de Marlene Dietrich le droit d'obtenir des renseignements sur le chiffre d'affaires du producteur d'une co-

8 OLG Hamburg, arrêt du 10.10.2000, http://www.vhb.de/afp/rechtsprechung/recht_077.html; cet arrêt a fait l'objet d'un recours qui, à notre connaissance, n'a pas encore été jugé.

9 OLG Düsseldorf, arrêt du 21.10.1998, AfP 2000, 574 s.

10 La question est controversée en doctrine, cf. p. ex. CANARIS, *Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, in AHRENS e.a. (éds), *Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag*, Köln 1999, 85 ss, qui considère que les moyens existants suffisent (remise du gain sur la base de § 812 I, 819 I, 818 VI, et surtout 281 BGB).

11 Cf. sur le lien entre § 847 BGB et l'indemnité en cas d'atteinte à la personnalité: WAGNER, *Geldersatz für Persönlichkeitsverletzungen*, REDP 2000, 200 ss, notamment 204 ss et 210 ss; FUNKEL, *Schutz der Persönlichkeit durch Ersatz immaterieller Schäden in Geld. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des Geldersatzes für Nichtvermögensschaden in Deutschland und England*, thèse Munich 2001, 190, propose d'appliquer § 847 BGB par analogie; du même avis: CANARIS, cité note 10, 99 ss.

12 CANARIS, cité note 10, 86; d'un autre avis: WAGNER, cité note 11, 227; dans le même sens: SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht. Besonderer Teil*, 5e éd., Tübingen 1998, N. 627 ss, notamment 631 ss.

13 GOUNALAKIS, *Persönlichkeitsschutz und Geldersatz*, AfP 1998, 10 ss, 18; STEFFEN, *Schmerzensgeld bei Persönlichkeitsverletzung durch Medien. Ein Plädoyer gegen formelhafte Berechnungsmethoden bei der Geldentschädigung*, NJW 1997, 10 ss, 13 s.; d'un autre avis: CANARIS, cité note 10, SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht*, cité note 12, N. 666.

14 Ce droit comprend notamment un droit à l'image et un droit au respect de la sphère privée, cf. BVerfGE 101, 361 - Caroline de Monaco II, N. 66 ss.

15 Cf. p. ex. BGH, Caroline de Monaco I, cité note 7, 15.

16 BVerfGE 34, 269 - Soraya N. 27 ss; cf. pour l'évolution de la jurisprudence: BVerfGE 34, 269 - Soraya, N. 3 ss.

17 BVerfGE 34, 269 - Soraya, notamment N. 14 ss.

18 BGH, Caroline de Monaco I, cité note 7, 15.

19 BGH, arrêt du 01.12.1999, I ZR 49/97, Marlene Dietrich, N. 26.

médie musicale intitulée «Marlene» et a reconnu le droit de l'héritière à une indemnité²⁰. Celle-ci était fondée sur le fait que le producteur avait vendu (sans autorisation) plusieurs produits dérivés comprenant l'image de Marlene Dietrich (des tasses, des T-Shirts et des montres). Il avait également permis à des tiers de commercialiser le nom, la signature et l'image de Marlene Dietrich. Ainsi, l'entreprise FIAT en Italie avait acquis le droit de produire une série spéciale de voitures «Marlene» en s'obligeant à faire de la publicité lors de la présentation de la série. Une autre entreprise avait reçu le droit de commercialiser l'image de Marlene Dietrich dans une publicité contre la fourniture de produits de maquillage. Le BGH a retenu que la violation fautive du droit de la personnalité – dont la fille avait acquis l'aspect patrimonial par voie successorale²¹ – donne droit à des dommages-intérêts concrets, équivalents à une indemnité de licence fictive ou à la remise du gain, au choix de la victime²². Découlant implicitement du § 823 al. 1 BGB, la sanction est la même que celle de la violation des autres droits patrimoniaux exclusifs (p. ex. les licences d'exploitation)²³.

1. 2 Le droit français

Le droit français consacre **le droit à l'image**²⁴; en vertu de celui-ci, toute diffusion d'images peut donner droit à réparation, sauf si l'événement est public²⁵. Ainsi, les tribunaux ont condamné des hebdomadaires à verser des sommes allant jusqu'à FF 300'000.– à des personnes célèbres, notamment à la suite de la publication non autorisée de photos²⁶. Caroline de Monaco – encore elle! – n'a obtenu que FF 80'000.– contre le journal qui avait publié plusieurs photos, consacrées à «la tendre complicité» de la princesse et de son amant²⁷. La protection du droit français s'étend également aux inconnus, bien que de façon moins généreuse. Ainsi des époux filmés contre leur gré à la sortie de la mairie lors de leur mariage ont obtenu une indemnité de FF 10'000.–²⁸. De même, un journal, qui avait publié une photo anonyme d'un garçon mort dans un accident, a dû payer aux parents du défunt une indemnité de FF 10'000.–²⁹.

Jusqu'en 1996, les tribunaux français ont appliqué **les principes généraux** du droit de la responsabilité civile (art. 1382 CCfr.) aux atteintes contre les droits de la personnalité³⁰.

En novembre 1996, la Cour de cassation a toutefois assoupli les conditions de l'allocation d'une indemnité pour les atteintes portées à la sphère privée de la victime³¹. Elle a estimé que, pour y avoir droit, **la victime n'a pas à prouver l'existence d'un préjudice**, car «la seule constatation d'une atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation». La Cour de cassation a déduit cette action directement de l'art. 9 CCfr., introduit spécialement par le législateur en 1970³². Elargissant la portée de cette disposition, la Cour de cassation a ainsi aménagé une indemnité spéciale sans en préciser la nature, ni le mode de calcul³³, laissant aux tribunaux inférieurs le soin de le faire. Ceux-ci accordent cette indemnité régulièrement à titre de réparation morale³⁴. Cette jurisprudence a fait l'objet de critiques. A juste titre, on observe que la distinction entre l'indemnité accordée sur la base de l'art. 9 CCfr. et

20 BGH, Marlene Dietrich, cité note 19.

21 BGH, Marlene Dietrich, cité note 19, N. 27 ss.

22 Cf. également BGH, arrêt du 01.12.1999, ZR 226/97, «Blauer Engel».

23 BGH, Marlene Dietrich, cité note 19, N. 43 et 53.

24 Sur le développement du droit à l'image, cf. conclusions de l'avocat général à la Cour de Cassation dans l'affaire N. c/SA Presse alliance et a. (Cour de Cassation 1re civ., 25.01.2000), JCP 2000 II 10257; cf. également PIGÉAT, Presse et vie privée *in* La protection de la vie privée dans la société d'information, sur <http://www.asmp.fr/sommair6/gpw/internetvieprivee/rapport3/chapitr12.pdf>; critique à l'égard de la nécessité d'un droit à l'image distinct: note SAINT PAU, D. Comm. 1999, 541 ss; pour l'évolution récente, cf. *infra* et note BIGOT, D. Comm. 2002, 1380 ss, 1382, qui considère que le droit à l'image n'existe plus.

25 Cf. Cour de Cassation 1re civ., 20.02.2001, Bull n° 43, N° 99-15-970; Cour de Cassation 1re civ., 20.02.2001, Bull n° 42, N° 98-23-471.

26 FF 200'000.– accordés à l'actrice Annie Duperey; FF 300'000.– accordés à Isabelle Adjani: exemples cités par LOUVIER, Le respect de la vie privée, La chronique sur le droit de l'information, <http://www.mediaradiotv.com/pages/louvier140600.html>.

27 Cour de Cassation 1re civ., 05.11.1996, D. Jur. 1997, 403.

28 D. Somm. 2000, 269, obs. LEPAGE; cf. à ce sujet également l'arrêt anglais Michael Douglas, Catherine Zeta-Jones Northern and Shell plc. v. Hello! Limited [2000] EWCA Civ 353.

29 Cour d'appel de Metz, 12.04.2000, D. Comm. 2000, 817, note HOCQUET-BERG.

30 Note LAULOM, D. Jur. 1997, 403 ss; cf. pour l'application de l'art. 1382 CCfr. encore après 1996: Cour d'appel de Metz, 12.04.2000, note HOCQUET-BERG, D. Comm. 2000, 817 s.

31 Cour de Cassation 1re civ., 05.11.1996, D. Jur. 1997, 403; cf. sur le rapport controversé entre le droit à l'image et l'art. 9 CCfr.: note BIGOT, D. Comm. 2002, 1380 ss; note SAINT PAU, D. Comm. 1999, 541 ss.

32 L'art. 9 CCfr. a la teneur suivante: «Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée (...)».

33 Note LAULOM, D. Jur. 1997, 403 ss, 405.

34 Cour d'appel de Paris, 06.10.1999, D. Somm. 2000, 268; Cour d'appel de Metz, 12.04.2000, D. Comm. 2000, 817.

celle découlant de l'art. 1382 CCfr. n'est ni claire ni aisée³⁵.

Il convient de noter que la Cour de cassation a d'ailleurs elle-même limité récemment la portée de l'art. 9 CCfr. en relation avec les photos qui ont un contenu informatif. Elle a fondé sa décision sur l'art. 10 CEDH, estimant que le respect de la vie privée ne saurait compromettre la liberté de la presse³⁶.

2. Deux exemples dans les droits de la Common Law

En raison de leur proximité et de leur importance, nous examinerons successivement le droit anglais (2.1) et le droit américain (2.2).

2.1 Le droit anglais

En droit anglais, les personnes célèbres ont longtemps vécu sans protection efficace contre l'exploitation commerciale de leur image par les médias³⁷. En l'absence d'une action gé-

nérale (*tort of privacy*)³⁸, les atteintes à la personnalité ne pouvaient être sanctionnées qu'à l'aide de moyens spécifiques, qui dépendent de conditions précises et qui laissent souvent la victime sans protection³⁹. Cependant, la jurisprudence récente a marqué un changement à cet égard.

Ainsi, le journal «The Mirror» a été condamné à payer £ 3500 à titre de compensation des souffrances (*distress and injury of feelings*) subies par Naomi Campbell suite à la publication de deux articles contenant les détails d'une narcothérapie ainsi que des photos la montrant en thérapie⁴⁰. Si le tribunal a fixé un montant finalement relativement modeste, c'est parce qu'il a estimé que le célèbre mannequin avait manipulé la presse et qu'elle avait fait de fausses déclarations au cours de la procédure⁴¹. En application du *Human Rights Act* de 1998⁴², cet arrêt impose une obligation de discrétion (*confidentiality*) à l'égard d'informations personnelles (y compris de photos⁴³) à caractère privé dont la violation peut donner droit à indemnisation pour autant qu'elle cause un préjudice⁴⁴. L'arrêt est critiqué⁴⁵, mais il apparaît comme l'expression d'une tendance générale des tribunaux qui, après avoir longtemps été très réticents à reconnaître un «*right of privacy*», semblent vouloir sanctionner plus sévèrement le comportement des médias⁴⁶.

2.2 Le droit américain

Contrairement à ce qu'on observe souvent aux Etats-Unis en matière de responsabilité civile, les indemnités pour atteintes à la personnalité sont accordées de manière assez restrictive⁴⁷. C'est ainsi qu'une publication «digne d'information» (*newsworthy*), qui ne sert pas des fins commerciales, ne donne pas, comme telle, un droit à indemnisation⁴⁸. En raison de la liberté de la presse, il est difficile pour un individu de s'opposer à une publication. Ainsi, une Cour d'appel de Californie⁴⁹ a rejeté l'action d'un footballeur contre une maison d'édition qui avait republié sous la forme d'un poster une photo parue dans un journal lors du succès de l'équipe au *Super Bowl*. Les posters, publiés et vendus deux semaines après la parution du journal, contenaient des photos de l'équipe prises lors du jeu ainsi qu'une image dessinée du demandeur. Ce dernier n'a pas obtenu d'indemnisation, car la Cour a estimé que la publication était protégée par la

- 35 Note LAULOM, D. Jur. 1997, 403 ss; Cour d'appel de Metz, 12.04.2000, D. Comm. 2000, 817 ss; cf. également note SAINT PAU, D. Comm. 1999, 541 ss.
- 36 Cour de Cassation 1^{re} civ., 12.07.2001, note BIGOT, D. Comm. 2002, 1380, notamment 1382.
- 37 LAWRY, A Right of Privacy's Big Day, *Business Law Review* 2001, 157, parle de la réputation du Royaume Uni comme «*privacy heaven*»; dans Michael Douglas, e.a. v. Hello! Limited, cité note 28, N. 61 ss, la Cour reconnaît le faible niveau de protection du droit anglais par rapport aux autres droits de la Common Law; cf. également: Reynolds v. Times Newspapers Ltd and Others [1999] UKHL 45; [1999] 4 All ER 609; [1999] 3 WLR 1010.
- 38 Cf. Kaye v. Robertson, [1991] FSR, cité dans Michael Douglas, e.a. v. Hello! Limited, cité note 28.
- 39 Cf. MARKESINIS, The German Law of Torts, 2e éd., Oxford 1990, 316, qui se plaint du fait qu'il est nécessaire «... [to fit in] the facts of each case in the pigeon hole of an existing tort, and this process may not only involve strained constructions; often it may also leave a deserving plaintiff without a remedy» (citation reprise dans Michael Douglas e.a. v. Hello! Limited, cité note 28, N. 73).
- 40 Naomi Campbell v. Mirror Group Newspapers, [2002] EWHC 499(QB).
- 41 Naomi Campbell, cité note 40, N. 136.
- 42 Naomi Campbell, cité note 40, N. 40 s.; cf. également A v. B & C [2002] EWCA Civ 337, N. 6.
- 43 Explicitement reconnu dans Michael Douglas e.a. v. Hello! Limited, cité note 28, N. 165.
- 44 Cf. Naomi Campbell, cité note 40, N. 37 ss et réf. cit.
- 45 A new right to privacy, *Independent* du 4 avril 2002, sur <http://news.independent.co.uk/uk/legal/story.jsp?story=280909>.
- 46 LAWRY, A Right of Privacy's Big Day, *Business Law Review* 2001, 157.
- 47 Cf. toutefois les indemnités considérables dans plusieurs cas de diffamation ou de publication de propos fausses, cités par STÜRNER, Persönlichkeitsschutz und Geldersatz, AfP 1998, 1 ss, 3.
- 48 Cf. CALEDONIA, Recent Development in the Right of Publicity in the United States, 01.03.1998, sur <http://www.cll.com/articles/article.cfm?articleid=10>, sous III.
- 49 Joseph Montana v. San José Mercury News, Inc., 34 Cal App. 4th 790, 3 m/i 1995.

liberté de la presse, les photos servant – à l’instar du journal – à relater un événement sportif actuel⁵⁰.

La notion d’information est interprétée de façon **large**. En effet, même la publication de la photo d’un mannequin professionnel, illustrant un article sur les dernières tendances de la mode, a été qualifiée d’information et non d’exploitation commerciale; il en a été décidé ainsi alors même que le texte accompagnant la photo indiquait le prix approximatif de la veste et les magasins dans lesquels on pouvait l’acheter⁵¹. Le mannequin entendait obtenir une indemnité pour violation de ses droits de la personnalité⁵², car il avait participé à une séance de photographie, mais n’avait consenti à l’utilisation des photos que dans une seule publication.

Étant donnée l’attitude favorable du droit américain à l’égard des publications qui ont qualité et vocation d’informer (*newsworthy*), **obtenir des réparations** pour des atteintes à la personnalité suppose souvent l’existence de **conditions supplémentaires**. Si l’acteur Clint Eastwood a eu droit à une indemnisation de \$150’000.-, en raison de la publication d’une interview inventée, c’est parce qu’il a réussi à convaincre les juges du fait que le média avait agi délibérément (*with actual malice*)⁵³.

Le contrepoids de cette attitude libérale est une pratique plus stricte en dehors du domaine de l’information. Chacun a droit à l’exploitation commerciale de sa personnalité (*right of publicity*)⁵⁴ et **une publication sans autorisation à des fins purement commerciales** donne droit à un dédommagement ou à la remise des gains réalisés⁵⁵. Ainsi, un mannequin célèbre a fait condamner celui qui avait publié des posters la montrant en maillot de bain, alors qu’elle n’avait pas donné l’autorisation de les vendre⁵⁶. À noter que la violation du *right of publicity* peut donner lieu à indemnisation sans égard au fait que la publication relève ou non de la sphère intime⁵⁷.

3. Les enseignements du droit comparé

De l’analyse des droits étrangers présentés, on peut déduire l’existence de points communs dans la protection de la personnalité contre les médias (3.1), dont le plus évident réside dans

la difficulté d’établir l’existence d’un préjudice (3.2).

3.1 Les points communs dans la protection de la personnalité

La mise en œuvre de la protection de la personnalité à l’égard des médias nécessite toujours de peser l’intérêt privé de la personne qui s’estime lésée par les médias et l’intérêt public à l’information. Il est vrai que les résultats concrets divergent d’un ordre juridique à l’autre, reflétant des attitudes différentes à l’égard des entreprises d’informations. Toutefois, en dépit de ces différences, on peut dégager plusieurs points communs dans la manière d’apprécier une publication.

On peut ainsi retenir que la légitimité de la publication dépend des buts (commercialisation ou information) et du contenu de celle-ci (intrusion ou non dans la sphère privée), ainsi que du comportement des médias pour acquérir l’information publiée (authenticité ou non de l’information).

La casuistique montre également qu’il existe **une tendance générale à reconnaître l’aspect patrimonial de la personnalité**⁵⁸. L’idée s’affirme avec de plus en plus de netteté que le droit de la personnalité n’est pas limité à un droit idéal, mais qu’il permet à son titulaire d’en tirer des profits; c’est donc à ce dernier de

50 « [...]Montana’s name and likeness appeared in the posters for precisely the same reason they appeared on the original newspaper front pages: because Montana was a major player in contemporaneous newsworthy sports events.»; Joseph Montana v. San José Mercury News, Inc., 34 Cal App. 4th 790, 3 m/i 1995.

51 Tony Stephano v. News Group Publications, Inc., Court of Appeals of New York, 64 N.Y. 2d 174; 474 N.E. 2d 580.

52 À noter que la Cour a explicitement réservé des indemnités à obtenir par la voie contractuelle.

53 Clint Eastwood v. National Enquirer, Inc., US Court of Appeals 9th circuit, 03.03.1997.

54 Cf. Healan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc., US Court of Appeals 2nd circuit, 16.02.1953.

55 Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc., US Court of Appeals 2nd circuit, 16.02.1953; Christie Brinkley v. John Casablancas et al., Supreme Court of New York, 80 A.D.2d 428; 438 N.Y.S.2d 1004; 1981 N.Y. App.Div.

56 Christie Brinkley v. John Casablancas et al., Supreme Court of New York, 80 A.D.2d 428; 438 N.Y.S. 2d 1004; 1981 N.Y. App. iv.

57 Cf. à cet égard la difficulté que suscitent ces cas en droit français: Cour d’appel de Metz, 12.04.2000, note HOCQUET-BERG, D. Comm. 2000, 817 s.

58 Ce n’est qu’en France où on ne le fait pas (encore) explicitement, mais on arrive au même résultat par une application stricte du droit à l’image; la doctrine milite en faveur de la dualité: p. ex. obs. CARON, D. Somm. 2000, 267; note RAVANAS, D. Jur. 1999, 120 ss, 123 et réf. cit.

décider s'il veut le faire et nul autre ne le peut à sa place sans y être autorisé. La logique du marché corrobore cette approche. En effet, on ne voit pas pourquoi le journaliste «malhonnête», qui invente une interview ou qui publie des photos sans avoir demandé une autorisation, devrait être avantagé par rapport à celui qui paie des sommes considérables pour pouvoir légitimement publier une photo ou une interview. Il est dès lors compréhensible que les tribunaux sanctionnent les publications non autorisées.

3. 2 L'existence du préjudice

Les atteintes à la personnalité par les médias se caractérisent souvent par l'absence d'un dommage matériel ou d'un tort moral appréciable. La question délicate est donc celle de savoir s'il faut admettre un préjudice et, le cas échéant, comment il faut fixer l'indemnité à verser à la victime. A cet égard, il est intéressant de remarquer que tous les droits étrangers que nous avons examinés renoncent à l'exigence de **la preuve d'un préjudice**. S'il n'est pas inhabituel d'accorder des indemnités sans rapport avec le dommage effectif dans les droits de la *common law* (p. ex. *punitive damages, exemplary damages*), les tribunaux français et allemands ont estimé que, pour verser des indemnités pécuniaires en dehors de celles traditionnellement prévues, il fallait envisager de nouveaux fondements à la protection de la personnalité. Les droits constitutionnels de la personnalité en Allemagne (art. 1 et 2 GG) et le droit au respect de la sphère privée (art. 9 CCfr) en France ont servi de base à l'introduction de nouvelles sanctions, de façon à compléter les moyens civils ordinaires. A noter que, par une telle approche, le juge se sent plus libre d'accorder des indemnités «selon son sentiment de justice». Les montants élevés des indemnités accordées, en particulier en Allemagne, témoignent de cette liberté inhabituelle.

A notre avis, il est possible d'identifier deux facteurs auxquels le juge accorde, dans tous les ordres juridiques, une importance particulière pour calculer l'indemnité due. Il s'agit d'abord du **gain du média**. Le juge qui voit une revue faire des bénéfices énormes grâce à la publication d'un entretien inventé a naturellement tendance à accorder une indemnité importante pour sanctionner ce comportement. Si la jurisprudence refuse parfois explicitement de prendre en compte les bénéfices réalisés par la presse⁵⁹, les sommes accordées montrent néanmoins la volonté de faire participer les personnes concernées aux bénéfices obtenus.

La faute est souvent le deuxième élément sur lequel se fondent les juges pour fixer une indemnité. Le BGH allemand déclare ainsi que la motivation purement commerciale des médias doit être prise en considération⁶⁰. Ce n'est donc pas le gain effectif, mais la seule volonté de faire du bénéfice qui légitime des indemnités considérables. Les réparations accordées se rapprochent donc souvent d'une **peine privée**, même si cela n'est pas expressément dit⁶¹. Le fait que l'indemnité spéciale du droit allemand est destinée à satisfaire la victime (*Genugtuung*)⁶² confirme cette impression. Mais, même quand l'indemnisation est accordée en tant que réparation des souffrances psychiques, la situation de la victime n'est que rarement examinée en détail.

II. La situation en droit suisse

L'examen de la situation en droit suisse suppose que nous commençons par présenter la proposition, faite par une partie de la doctrine, d'introduire une forme de peine civile (1.). Nous inspirant des enseignements du droit étranger, nous dégagerons les orientations qu'il faut donner au droit suisse de la protection de la personnalité (2.). Nous démontrons enfin que, même si elle présente certaines limites, une protection efficace de la personnalité est déjà possible à l'aide des moyens existants (3.).

1. La proposition d'une peine civile

Les détracteurs du droit en vigueur considèrent qu'il faut assurer la prévention contre les atteintes à la personnalité (1.1.). Selon eux, le seul moyen d'y parvenir est d'introduire une forme de peine civile (1.2.).

59 Tribunal de grande instance de Paris, 05.05.1999, D. Somm. 269, obs. LEPAGE.

60 BGH, Caroline de Monaco I, cité note 7, 15 s.

61 Cf. pour cette tendance en France: obs. LEPAGE, D. Somm. 2000, 269 ss, 270; pour l'Allemagne: FUNKEL, cité note 11, 159 ss.

62 BGH, Caroline de Monaco I, cité note 7, 15; cf. également WAGNER, cité note 11, 201 ss; le droit suisse utilise d'ailleurs le même terme dans l'art. 49 CO.

1. 1 L'idée de la prévention

La faiblesse décrite du système est de ne pas sanctionner les atteintes et donc de ne pas les prévenir. Le juge intervient le plus souvent quand l'atteinte a été commise et très souvent il n'y a alors plus rien à faire. Pour le professeur WEBER, qui reprend une partie des arguments avancés par la jurisprudence et la doctrine allemandes⁶³, il faut dès lors valoriser l'idée de la prévention et consacrer le remède permettant de l'assurer.

L'idée-clé est que bien mal acquis ne doit pas profiter. Or, on constate que les médias exploitent la personnalité d'autrui sans droit et en tirent des profits. Il faut empêcher cette situation en confisquant les profits, ou en imposant le paiement d'une indemnité pécuniaire. En droit pénal, on connaît la **confiscation de valeurs patrimoniales résultant de l'activité délictuelle** (art. 59 CP). Compte tenu des limites du droit de la responsabilité civile, qui ne permet souvent pas de replacer la victime dans la situation antérieure à l'atteinte, il convient, selon WEBER, de reprendre l'idée de la confiscation et d'en introduire le principe en droit civil⁶⁴. WEBER souligne à cet égard que l'idée de la prévention et même celle de la punition sont en réalité consacrées en droit suisse⁶⁵. Selon lui, la remise du gain et la restitution de l'enrichissement illégitime ont une fonction préventive⁶⁶. WEBER estime même qu'il existe une forme de punition civile dans le droit de la propriété intellectuelle, puisqu'on admet que, dans le cas des tarifs fixés par les sociétés de gestion (p. ex. SUI-SA), un dédoublement des dommages-intérêts est possible⁶⁷. Toujours selon WEBER, l'idée de la prévention et celle de la punition ne sont pas contraires à la constitution suisse, et, plus particulièrement à la liberté de la presse, du moins si les jugements condamnatoires ne sont pas imprévisibles. La liberté de la presse ne doit en effet pas permettre d'inventer des histoires ou de mentir. Pour juger de la constitutionnalité d'un jugement condamnatore, il faut user du principe de la proportionnalité: tant que le jugement est en proportion avec la faute du média, la condamnation pécuniaire n'a rien d'inconstitutionnel⁶⁸.

1. 2 La peine civile

Compte tenu de ce qui précède, le professeur WEBER propose d'introduire une indemnité

pécuniaire spéciale, indépendante d'un dommage et d'un tort moral. Il consacre ainsi le système d'une véritable **peine civile à l'encontre des médias**. Il se fonde en partie sur les conceptions mises en place par la jurisprudence allemande, mais également sur le concept anglais des «*exemplary damages*»⁶⁹, qui accepte depuis longtemps l'idée de la prévention même en matière de médias, tout au moins en relation avec le délit grave de diffamation (*defamation*)⁷⁰.

Reprenant le principe de proportionnalité, nécessaire à la liberté des médias, WEBER souligne néanmoins que n'importe quelle atteinte ne devrait pas justifier une indemnité. Il faudrait en effet aussi tenir compte, dans l'octroi d'une telle indemnité, de la diffusion et de la gravité objective et subjective du manquement de l'auteur⁷¹. WEBER insiste toutefois sur la fonction préventive de l'indemnité: l'absence de gains ne doit pas conduire à l'impunité et il faut s'assurer que le média sente les effets de la sanction⁷². Contrairement à ce que la doctrine allemande admet en général⁷³, il ne faut pas donner à cette indemnité un caractère subsidiaire. En outre, l'indemnité proposée devrait également permettre de combattre le risque de récidive⁷⁴. En somme, WEBER propose d'estimer le gain hypothétique de l'auteur selon des critères économiques et d'adapter l'indemnité en conséquence, en tenant compte des circonstances du cas concret.

2. Les bases d'une protection efficace de la personnalité

S'il convient de mieux prévenir les atteintes au moyen de sanctions pécuniaires (2.2), il faut

63 BGH, Caroline de Monaco I, cité note 7, 16; critique: STEFFEN, cité note 13, 13; cf. à ce sujet CANARIS, cité note 10, 105 ss.

64 WEBER, cité note 3, 77.

65 WEBER, cité note 3, 78 s.

66 WEBER, cité note 3, 79.

67 La deuxième Cour publique admet, en raison des coûts d'administration, que les tarifs prévoient le double d'une analogie fictive de licence: arrêt du 20 juin 1997, sic! 1998, 33 ss, 38; ATF 122 III 463, c. 5c/cc, JdT 1997 I 250 laisse la question ouverte, mais rejette toutefois explicitement la possibilité d'une peine civile.

68 WEBER, cité note 3, 79 s.

69 Rookes v. Barnard (1964) 1 All E.R. 367 ss, notamment 369 et 411.

70 Cassell & Co Ltd v. Broome and another (1972) 1 All E.R. 801.

71 WEBER, cité note 3, 85 s.

72 WEBER, cité note 3, 86.

73 GOUNALAKIS, Persönlichkeitsschutz und Geldersatz, AfP 1998, 10 ss, 23.

74 WEBER, cité note 3, 86.

néanmoins rejeter l'idée de punition proposée par WEBER (2.1.).

2.1 Le rejet de l'idée de punition

Toute forme de punition civile est contestable⁷⁵, et ce essentiellement pour trois raisons:

D'abord, parce qu'avant de recourir à de nouveaux remèdes, il convient d'utiliser l'**action en remise du gain**, expressément consacrée en matière de protection de la personnalité et, en l'absence de gain, de puiser dans d'autres moyens consacrés par le droit suisse. L'action prévue en cas d'enrichissement illégitime en est un. Cela suppose peut-être que l'on reconnaisse la valeur patrimoniale des biens de la personnalité plus qu'on ne le fait actuellement. Nous verrons plus loin que c'est possible.

Ensuite, parce que le système des dommages-intérêts punitifs reste étranger au droit suisse de la responsabilité civile⁷⁶, et qu'on ne voit pas ce qui justifierait son introduction en droit des médias. **Rien ne justifie en effet l'enrichissement** de la victime au détriment de l'auteur. Ce qui légitime les dommages-inté-

rêts punitifs aux Etats-Unis, en particulier les insuffisances du droit pénal américain, l'absence de sécurité sociale et le système de rémunération des avocats, ne saurait être simplement transposé en Suisse⁷⁷. Par ailleurs, l'idée des *exemplary damages* du droit anglais en droit des médias «*to prevent unjust enrichment by unlawful acts*»⁷⁸ est en partie due au fait que le droit anglais n'a jamais vraiment reconnu l'action générale en enrichissement illégitime. On ne saurait donc légitimer la prise en considération d'aspects punitifs par la seule référence à la pratique consacrée par le droit anglais.

Enfin, toute forme de punition civile est contestable parce qu'il faut prendre en compte l'importance spéciale dans une démocratie de **la liberté de la presse**, comme le font les tribunaux américains mais aussi la Cour européenne des droits de l'homme. L'intérêt public à l'information et la liberté de la presse méritent une protection efficace (art. 10 CEDH). En Suisse, le TF admet à juste titre ce besoin d'information⁷⁹. A notre avis, il n'y a pas lieu d'affaiblir cette protection avec la menace d'une punition. Une indemnité dont la seule limite est la proportionnalité comporte une insécurité juridique importante de nature à menacer la liberté des médias. A noter que, réalisant les risques d'une pratique trop restrictive, la jurisprudence la plus récente en France et en Allemagne a aussi affirmé l'importance de la liberté de la presse par rapport à la protection du droit à l'image⁸⁰.

2.2 La reconnaissance de la valeur patrimoniale des biens de la personnalité

Les biens de la personnalité n'ont pas qu'une valeur idéale⁸¹. Ils ont également une valeur patrimoniale⁸², dont le titulaire est seul en droit de disposer⁸³. Si les tribunaux paraissent encore réticents à reconnaître cette valeur patrimoniale, le législateur l'a clairement reconnue en introduisant l'action en remise du gain⁸⁴.

Les images, les signes ou les objets portant la marque d'une personne sont des biens de la personnalité dont la valeur n'est souvent pas seulement idéale mais aussi et surtout commerciale. L'exploitation que font les personnes célèbres de leur image montre qu'il s'agit d'une **réalité économique**. Ainsi, un grand

- 75 Cf. obs. LEPAGE, D. Somm. 2000, 269 s, 270; pour l'Allemagne: FUNKEL, cité note 11, 154 ss.
- 76 ATF 122 III 463, c. 5 c/cc, JdT 1997 I 250; HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3e éd., Zurich 2000, 13.
- 77 Cf. HONSELL, Amerikanische Rechtskultur in FORSTMOSER e.a. (éds), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zurich 1999, 39 ss, 45 ss; cf. cependant DASSER, Punitive damages: Vom « fremden Fötzel» zum « Miteidgenoss», RSJ 96 (2000) 101 ss.
- 78 Cassell & CO. Ltd. v. Broome [1972] AC 1027, 1030, cité par SCHLECHTRIEM, Privacy, Publicity and Restitution of Wrongful Gains: Another New Economy, (2001) Oxford U Comparative L Forum 3 at <http://ouclf.iuscomp.org/>, note 11.
- 79 Cf. ATF 127 III 481.
- 80 Cour de Cassation 1re civ., 12.07.2001, D. Comm. 2002, 1380, note BIGOT; BVerfG, décision du 26.04.2001, NJW 2001, 1921 ss – Prinz Ernst August von Hannover.
- 81 NIETLSPACH, Zur Gewinnherausgabe im schweizerischen Privatrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Berne 1994, 426; cf. cependant A. BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité, 4e éd., Bâle/Genève 1999, N 600.
- 82 Ainsi, ATF 123 III 354, c. 1c, JdT 1998 I 333; pour une approche économique des biens de la personnalité, cf. ZUFFEREY, Droit de la personnalité: quelques éléments d'une analyse économique in GAUCH/WERRO/ZUFFEREY (éds), La protection de la personnalité: bilan et perspectives d'un nouveau droit: contributions en l'honneur de Pierre Tercier pour ses cinquante ans, Fribourg 1993, 203 ss.
- 83 Cf. note SAINT-PAU, D. Comm. 1999, 541 ss, 543; WAGNER, cité note 11, 212 ss.
- 84 Cf. SCHMID, Die Geschäftsführung ohne Auftrag in GAUCH/SCHMID, Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert. Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zurich 2001, 421 ss, 428.

nombre de sportifs tirent une partie importante de leurs revenus de la commercialisation de leur personnalité. De même, une star de cinéma qui accorde un entretien exclusif ne le fait que rarement gratuitement. Dès lors que cette pratique n'est pas immorale, il n'y a aucune raison de ne pas la protéger. Celui qui tire profit de la personnalité d'autrui doit en payer le prix.

Certains objectent que la valeur commerciale des biens de la personnalité n'existe que pour les personnes célèbres. Reconnaître cette valeur revient à favoriser **une justice de riches**. Comme le souligne Tony WEIR: «*To give a right of privacy which can be vindicated only publicly will benefit publicity seekers ... who are indignant that vulgar exposure by others has prevented their making a profit by vulgar self-exposure*»⁸⁵. L'observation est sans doute pertinente, mais elle ne change rien au fait qu'il est juste de laisser au titulaire d'un droit le soin d'en disposer. A cela s'ajoute que les inégalités sociales des victimes sont un fait, et que cette inégalité ne justifie pas que les médias s'enrichissent sans droit sur le dos des personnes célèbres⁸⁶.

De plus, il n'est pas vrai que seules les personnes célèbres ont une valeur économique. Cette valeur existe aussi pour les inconnus. Ainsi, la photographie d'une petite fille sur son poney a une valeur marchande dès le moment où celui qui l'utilise le fait à des fins commerciales, comme c'est le cas du journaliste qui vend la photo à un magazine⁸⁷. Celui qui s'approprie cette photo acquiert le bien d'autrui, qui seul a le droit de décider si cette acquisition se fait à titre gratuit ou non. Le fait que la valeur puisse être difficile à établir n'y change rien. En réalité, il n'en va pas différemment quand la personne est célèbre.

3. L'efficacité des remèdes existants

Les développements qui précèdent ont montré que les tribunaux étrangers ont parfois dû surmonter l'étroitesse du système de la protection civile en proposant de nouvelles formes de sanctions. C'est en particulier le cas en Allemagne, on l'a vu, où l'on connaît des limites étroites non seulement pour la réparation du tort moral, mais également pour la restitution de l'enrichissement illégitime⁸⁸.

Force est de constater que le droit suisse n'est pas aussi restrictif. D'une part, le tort moral est

conçu dans des termes plus larges. D'autre part, le législateur a inscrit expressément dans les moyens de protection de la personnalité l'action en remise du gain, séparée de l'action en dommages-intérêts (art. 28a CC)⁸⁹.

Avant d'introduire la punition civile ou de recourir à de nouveaux moyens de protection, il convient dès lors de bien mesurer l'efficacité de ces moyens existants. Nous commencerons par examiner les possibilités qu'offre la remise du gain effectif⁹⁰ (3.1). Nous verrons ensuite quels sont les autres remèdes qui peuvent sanctionner le comportement des médias lorsque la remise du gain est inefficace (3.2).

3.1 L'action en remise du gain

L'action en **remise du gain** sanctionne le comportement de celui qui s'en prend de manière illicite à la personnalité d'autrui et en tire un profit⁹¹. En permettant au lésé d'obtenir le gain mal acquis, elle renforce la protection de la victime, surtout là où celle-ci n'a pas subi de dommage ou de tort moral. Elle peut être d'une grande utilité pour prévenir les atteintes des médias. En effet, là où l'utilisation des biens de la personnalité d'autrui est source de profits⁹², comme c'est le cas en matière de presse à sensation, il ne faut pas hésiter à sanctionner les atteintes illicites à l'aide de la remise du gain. A noter que la totalité du gain acquis est susceptible d'être remboursée, y compris les recettes publicitaires⁹³.

85 WEIR, A Casebook Tort, 9e éd., Londres 2000, 331.

86 SCHLECHTRIEM, Privacy, cité note 78, après note 24.

87 L'exemple est tiré d'une histoire racontée par SCHLECHTRIEM, Privacy, cité note 78.

88 De plus en plus nombreuses sont cependant les voix en doctrine qui contestent la nécessité d'une nouvelle indemnité, tout en retenant la possibilité de la victime de se faire rembourser le gain: pour d'autres: CANARIS, cité note 10.

89 On rappelle qu'en Allemagne, la remise du gain et la redevance fictive de licence sont incluses dans la notion de dommage même, cf. BGH, Marlene Dietrich, cité note 19, N. 53.

90 A distinguer du gain hypothétique, retenu par WEBER, cité note 3, 87, comme élément déterminant, à établir selon des critères économiques; selon CANARIS, cité note 10, 107 s., c'est le gain hypothétique qui a une fonction essentiellement préventive.

91 ATF 126 III 69, c. 2a; ZK-SCHMID, OR 423, N. 93 et réf cit.

92 SCHMID, Rechtsentwicklung, cité note 84, 428 relève à juste titre que la remise de gain n'est pas exclue pour l'utilisation des aspects non-commerciaux de la personnalité (p. ex. publication de photos intimes); cf. également ZK-SCHMID, OR 423, N. 43 ss.

93 SCHMID, Rechtsentwicklung, cité note 84, 428.

Ne doit par contre pas être considéré comme gain l'économie faite par l'auteur du fait qu'il n'a pas payé de prix pour l'utilisation de la personnalité. Il ne se justifie pas, en effet, que la victime obtienne à la fois un prix de son accord à l'utilisation de sa personnalité et en plus les bénéfices qui en résultent.

Il est vrai que l'action en remise du gain n'a pas connu le succès qu'en attendait le législateur, et peut-être cela tient-il à la difficulté que présente parfois la mesure du gain acquis. Il peut en effet être **délicat de chiffrer le gain** qu'un périodique tire d'une publication attentatoire à la personnalité d'un individu et il est parfois difficile de prouver le lien de causalité entre l'atteinte et le gain. Toutefois, le droit suisse de la responsabilité civile permet de déterminer équitablement un dommage lorsqu'il est impossible de l'établir avec certitude (art. 42 al. 2 CO). Rien ne s'oppose à ce qu'on applique cette règle également à la remise du gain, dans les cas où il est difficile de le prouver⁹⁴, en obligeant au besoin les médias à fournir des renseignements à cet égard⁹⁵. A cela s'ajoute qu'en matière de causalité, la

doctrine accorde à juste titre au juge un large pouvoir d'appréciation⁹⁶, qui permet de pallier l'absence de preuve stricte de la causalité.

On notera que la remise du gain (art. 28a CC, qui renvoie à 423 CO) est subordonnée à la **mauvaise foi du gérant**⁹⁷. Selon certains, cette condition rendrait plus difficile l'aboutissement de l'action. A notre avis, il n'en est rien. La preuve de la mauvaise foi est en effet facile à établir contre un média. Il suffit de prouver que le journaliste n'a pas vérifié l'authenticité des sources ou qu'il n'a pas obtenu le consentement de la personne concernée⁹⁸. Dès lors, l'effet préventif de l'action en remise du gain n'est pas compromis⁹⁹.

3. 2 Les autres remèdes

A la différence du droit allemand¹⁰⁰, le droit suisse admet que l'**action en enrichissement illégitime** puisse également sanctionner des atteintes à la personnalité, et cela en dépit du fait que l'article 28a al. 3 CC ne la mentionne pas¹⁰¹. Il est aujourd'hui reconnu que l'application de l'art. 62 CO n'est pas limitée aux situations dans lesquelles une personne a fourni volontairement une prestation qu'il croyait devoir (*Leistungskondiktion*), mais s'étend également à celles dans lesquelles une personne s'approprie un avantage auquel elle n'avait pas droit (*Eingriffskondiktion*)¹⁰². Utiliser une image sans avoir demandé le consentement de la personne concernée auparavant équivaut donc à un enrichissement «aux dépens d'autrui» (art. 62 al. 1 CO), comme l'admet la majeure partie de la doctrine aujourd'hui¹⁰³.

Contrairement à l'action en remise du gain, celle résultant de l'enrichissement illégitime ne suppose pas la mauvaise foi de l'auteur. C'est pourquoi il se justifie que l'art. 62 CO se limite au remboursement de la valeur de la prestation sur le marché (*objektive Bereicherung*), le gain concret obtenu n'étant susceptible d'être remboursé que sur la base de l'art. 423 CO (*subjektive Bereicherung*)¹⁰⁴. A défaut de profits, l'interdiction de l'enrichissement illégitime devrait donc permettre à la victime de se faire payer le prix de la prestation obtenue sans droit: c'est l'idée d'**une redevance fondée sur une licence fictive**¹⁰⁵. Pour évaluer le montant à restituer, il convient, comme en matière de remise du gain, d'appliquer l'art. 42 al. 2 CO par analogie pour permettre au

- 94 BUCHER, cité note 81, N. 605; CHAPPUIS, La restitution des profits illégitimes. Le rôle privilégié de la gestion d'affaires sans mandat en droit privé suisse, thèse Genève, Bâle 1991, 51; ZK-SCHMID, OR 423, N. 127.
- 95 BGH, Marlene Dietrich, cité note 19.
- 96 ZK-SCHMID, OR 423, N. 109 et 128.
- 97 ATF 126 III 69, c. 2; d'un autre avis: DESCHENAUX/STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, 4e éd., Berne 2001, N. 634; cf. au sujet de cette question jusqu'ici controversée: CHAPPUIS, Gestion d'affaires imparfaite (Geschäftsanmassung): du nouveau, RSDA 72 (2000) 201 ss et réf. cit.
- 98 Cf. à ce sujet les obligations imposées à l'imprimeur: ATF 126 III 161, c. 5b/bb s., JdT 2000 I 292 ss; cf. pour le droit américain: Clint Eastwood v. National Enquirer, Inc, cité note 53.
- 99 Cf. SCHMID, Rechtsentwicklung, cité note 84, 428.
- 100 Cf. *supra*, I. 1.1.
- 101 Pour une application exclusive de l'art. 423 al. 1 CO: DESCHENAUX/STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, 4e éd., Berne 2001, N. 631 et réf. cit.
- 102 Selon la doctrine actuelle, un transfert de patrimoine n'est pas nécessaire: SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 2e éd., Berne 2000, N. 55.08 ss et 57.01 ss; CHAPPUIS, La restitution, cité note 94, 103 ss, exige l'appauvrissement.
- 103 ZK-SCHMID, OR 423, N. 179 ss; SCHWENZER, cité note 103, N. 55.08 s.
- 104 Cf. SCHMID, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Fribourg 1992, N. 1304 ss et 13333 ss et réf. cit.; SCHWENZER, cité note 103, N. 59.17.
- 105 Cf. GUHL/KOLLER, Das schweizerische Obligationenrecht. mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9e éd., Zurich 2000, § 27 N. 2 ss; ZK-SCHMID, OR 423, N. 181 et 186; SCHWENZER, cité note 102, N. 58.10; cf. également: NIETLSPACH, cité note 81, 429 ss, qui inclut le gain acquis par le média (dans les cas où, selon lui, l'action fondée sur la gestion d'affaires n'a pas lieu).

juge d'estimer le prix du bien selon les données du marché.

Dans les cas où la **valeur marchande ferait défaut**¹⁰⁶, on pourrait, à chaque fois que la gravité de l'atteinte l'exige¹⁰⁷, recourir à l'indemnité pour tort moral¹⁰⁸, laquelle permettrait notamment de sanctionner la publication de propos faux et diffamatoires. Dans sa conception traditionnelle, l'indemnité pour **tort moral** sert à compenser les souffrances subies¹⁰⁹. Il n'est pas question d'abandonner cette conception. Il est en effet juste d'exiger une souffrance psychique de la personne lésée; ceci justifie qu'en principe on n'accorde pas d'indemnité à une personne incapable de discernement ou à une personne morale¹¹⁰. En revanche, il faut assurer au tort moral une véritable fonction préventive. Il faudrait pour cela que les tribunaux fixent les montants des indemnités pour tort moral plus généreusement qu'ils ne le font aujourd'hui¹¹¹.

4. Conclusion

Le droit suisse ne présente pas toujours une efficacité suffisante pour protéger la personnalité contre les médias. L'action en dommages-intérêts n'est le plus souvent d'aucune aide. Ce droit offre toutefois des moyens plus larges que ceux du droit allemand. A son

choix, la victime peut obtenir les gains acquis de mauvaise foi (remise du gain), ou se faire payer la redevance d'une licence fictive. A cela s'ajoute la possibilité d'obtenir l'indemnisation du tort moral, qui'il serait certes souhaitable de calculer de façon plus généreuse. En outre, lorsque l'enrichissement profite à une personne qui a commercialisé de bonne foi la personnalité d'autrui, la victime peut obtenir d'elle le prix de l'utilisation sur la base de l'art. 62 CO. A notre avis l'attitude des médias, aussi déplaisante soit-elle, ne rend pas nécessaire l'introduction d'un régime d'exception: avant de succomber à la tentation des dommages-intérêts punitifs, il faut tirer parti des moyens dont on dispose. ■

106 Cf. WAGNER, cité note 11, 213.

107 A noter que même WEBER, cité note 3, 85 exige, en vertu du principe de la proportionnalité, que l'indemnité proposée suppose une atteinte grave au droit de la personnalité.

108 Du même avis: WAGNER, cité note 11, 213 ss.

109 Cf. TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, Zurich 1984, N. 2029 s.

110 Pour les personnes morales, cf. toutefois ATF 95 II 481; pour les personnes incapables de discernement, cf. ATF 108 II 422, JdT 1984 I 104, critiqué par TERCIER, cité note 109, n. 2035 ss.

111 A tort pour une interprétation plus large de l'art. 49 CO, comprenant le dommage immatériel en général: LARESE, cité note 4, 143 ss; critique: WEBER, cité note 3, 82 s., qui considère l'art. 49 CO comme moyen efficace pour les cas où l'aspect économique n'a qu'une importance mineure.

LE JUGEMENT

DAS URTEIL

Ehrverletzende Fotomontage

Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 7. Februar 2002 (nicht rechtskräftig)

Bei der satirischen respektive der satirenahen Beschreibung einer privaten und intimen Begebenheit oder Situation ist besonderes Augenmerk darauf zu richten, dass dieser geforderte Bezug zur Realität augenfällig direkt und unmittelbar und darüber hinaus in dem Sinn zutreffend ist, dass nicht etwas anderes, z.B. eine Tatsache aus anderer Sphäre, zur Illustration gelangt. Wer eine Beziehung eingeht, die sich nicht auf den sexuellen Bereich beschränkt, und sich dabei der Zurschaustellung oder nur der Preisgabe von Intimitäten respektive geschlechtlichen Vorgängen enthält, muss nicht mit solcher Darstellung rechnen und sie sich auch nicht gefallen lassen.

Sachverhalt (Zusammenfassung):

Gegenstand der Anklage bildet eine im Wochenmagazin Facts Nr. 10 am 8. März 2001 unter der Überschrift «Demontage» publizierte Fotomontage, die das Haupt des Anklägers 1 auf einem praktisch nackten Männerkörper, auf das Bett placiert, das Gemächt bedeckt mit einem Tanga in Form eines rosaroten Elefantenkopfs, und das Haupt der Anklägerin 2 auf dem fotomontierten Körper einer mit Reizwäsche bekleideten Frau zeigt; die beiden befinden sich in einem Wohnwagen, das Gesicht von Fürst Rainier von Monaco ist im Fenster des Wagens sichtbar. Der Begleittext lautet: «Prinz Franco Prinzessin Stéphanie von Monaco ist ganz scharf auf Franco Knies neuste Elefantenummer». Die nämliche Fotomontage wurde in Facts Nr. 11 am 15. März 2001, versehen mit einem Kommentar des Chefredaktors unter dem Titel Nachspiel, sowie in Facts Nr. 12 vom 22. März 2001, begleitet von drei Leserbriefen, nochmals in kleinerem Format veröffentlicht.

Am 7. Juni 2001 gingen wegen dieser Publikation beim Bezirksgericht Zürich Anklagen betreffend Ehrverletzung durch die Presse gestützt auf die Art. 28 und 177 StGB, verbunden mit einer Adhäsionsklage auf Genugtuung, ein.

Aus den Erwägungen:

1. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der drei Angeklagten für die hier beurteilte Publikation wird nicht bestritten und sie gibt nicht Anlass zu vertiefter Erörterung (cf. Art. 27 StGB; REHBERG/DONATSCH, Strafrecht I, 7. Auflage, Zürich 2001, S. 166).

2.1. Die Beschimpfung wird von Art. 177 StGB dahin umschrieben, dass der Täter jemanden in anderer Weise (als in den beiden vorstehenden Ehrverletzungstatbeständen [Art. 173 f. StGB] statuiert) durch Wort, Schrift, Bild u.a. in seiner Ehre angreift. Was die Äusserung gegenüber Dritten anbelangt, sind stets reine - oder auch gemischte - Werturteile gemeint. Es geht dabei indessen nicht notwendig um ein «Urteil», sondern, wie hier geltend gemacht, um die unmittelbare Kundgabe von Geringschätzung oder Missachtung, um ein abschätziges Werturteil, mit welchem dem Betroffenen die ihm objektiv geschuldete Achtung versagt wird. Die Gerichtspraxis pflegt

Zurückhaltung bei der Annahme der Kundgebung von Missachtung, die den Bedachten jedenfalls dem Schimpf und der Schande preisgeben muss (STRATENWERTH, Schweiz. Strafrecht, Besonderer Teil I, 5. Auflage, Bern 1995, § 11 N 67 ff.; TRECHSEL, Kurzkommentar StGB, 2. Auflage, Zürich 1997, Art. 177 N 1-3 mit Hinweisen).

2.2. Die gängigen Definitionen von Satire in den Lexika wurden zitiert. Sie heben im Wesentlichen stets die «ironisch-witzige literarische oder künstlerische Darstellung menschlicher Schwächen und Laster» und die Übung von «Kritik» an Personen oder Zuständen «durch Übertreibung, Ironie und Spott» hervor (etwa: Duden 5, 4. Auflage, S. 686 f.).

In der jüngeren juristischen Literatur wird vorab die Intention der Satire als wesentliches Element betrachtet und sodann für die Annahme der Satire die kumulative Erfüllung der drei konstitutiven Merkmale verlangt, dass sich das aggressive Moment gegen ein Objekt oder eine Autorität richte und der Angriff den sozialen Zweck verfolge, die Wirklichkeit mit einer übergeordneten Norm zu konfrontieren respektive einen Widerspruch aufzudecken, was auf der Ebene der ästhetischen Darstellung zu vollziehen sei (SENN, a.a.O., S. 29). Der Satire gehe es nicht einzig um die «Überzeichnung irgendeiner Realitätserscheinung»; dafür stünden andere Formen, wie Ironie, Parodie, Glosse u.a., zur Verfügung. Der verlangten Zweckgebundenheit liege die satirische Intention zugrunde und (sie) diene der Aufdeckung eines Widerspruchs, nämlich des Missverhältnisses zwischen «realer Wirklichkeit» und einer Norm im Sinn einer Wertkonvention (SENN, a.a.O., S. 42). Die Rechtfertigung der Satire basiert auf dem «idealtypischen Modell». Da Satire eine «ästhetische Auseinandersetzung mit meist aktuellen Ereignissen» meint, stützt sie sich zwangsläufig auf Gegebenheiten, ist aber keine eigentliche Tatsachendarstellung, sondern bloss die Darstellung einer möglichen Version, was «ein gewisses Irreführungspotential» impliziert (SENN, a.a.O., S. 169 f.).

Die Definition des Prinzips des Satirischen, wie eben resümiert, ist einsichtig. Die Angeklagten machen nun nicht geltend, der «Angriff» auf die Ankläger verfolge den sozialen Zweck der Aufdeckung eines Widerspruchs zwischen Realität und einer anerkannten Norm. Zu Recht: So ist denn der gerügten Demontage eine Kritik des Normwidrigen mit dem Zweck etwa, einen Miss-

stand oder Widerspruch aufzuzeigen, nicht zu entnehmen, und solches wird auch nicht begründet noch nur behauptet. Die Verteidigung beruft sich in diesem Zusammenhang im Wesentlichen bloss auf den evidenten Realbezug sowie auf die Witzigkeit und den «Spass» mit den Dargestellten. Es könnte in die Bildmontage allenfalls noch die Kritik an «unmoralischem» Benehmen zweier Persönlichkeiten des öffentlichen Lebens mit gewisser Vorbildfunktion hineininterpretiert werden, sofern man denn die Prüderie und Rigidität aufbringt, die Aufnahme einer (Liebes-)Beziehung trotz noch bestehender Ehe und bis dorthin intakten Familienlebens als unstatthaft anzuprangern. Solches entspricht indessen gerade nicht der Intention der Angeklagten, wenn sie behaupten lassen, ihre Demontage enthalte «keine Unterstellung eines unseriösen Lebenswandels», zeige lediglich auf, dass die beiden ein Paar seien, «das sich an dem freut, an dem sich frisch verliebte Paare eben freuen und freuen sollen». Der Intention der «Satiriker», mithin der gemeinten Aussage kommt wesentliche Bedeutung zu. Fehlt es nach dem Gesagten an einem relevanten Merkmal der Satire, so liegt nicht eine Darstellung nach dem (reinen) Prinzip des Satirischen, sondern allenfalls, gemäss der Intention der Macher, eine ironisch oder polemisch «witzige» Form o.ä. mit satirischen Merkmalen vor.

Aus den vorstehenden Erwägungen erhellt ferner, dass nicht nur die satirische, aber vielmehr noch die satireähnliche Darstellung, i.e. die Form mit satirischen Elementen vorab Bezug nehmen muss auf einen Lebensvorgang, auf tatsächliche Umstände oder auf einen realen Zustand; sie darf indes gleichzeitig nicht einzig der Verunglimpfung des Betroffenen dienen. Als bedeutsam erscheint in diesem Zusammenhang die Unterscheidung zwischen der Darstellung eines Vorgangs in einem öffentlichen, öffentlich-politischen oder auch beruflich-geschäftlichen Bereich und jener eines Ereignisses respektive eines Zustands in der persönlich-privaten oder sogar intimen Sphäre des Betroffenen: So wird nicht bloss die betroffene Person des öffentlichen Lebens, auf welchem sachlichen Gebiet immer, sondern jeder Angegriffene der satirischen Form mehr Raum lassen müssen, sofern diese seine Tätigkeit im Amt, in der Politik, im Geschäftsleben usf. darstellt und der Bezug dazu ganz generell hergestellt werden kann. Bei der (satirischen respektive der satirenahen) Beschreibung einer privaten und intimen Begebenheit oder Situation indessen ist besonderes Augenmerk darauf zu richten, dass dieser geforderte Bezug zur Realität augenfällig direkt und unmittelbar und darüber hinaus in dem Sinn zutreffend ist, dass nicht etwas anderes, i.e. eine Tatsache aus anderer Sphäre zur Illustration gelangt. Es genügt deshalb, angewendet auf die vorliegende Sache, die Erkenntnis der Beziehung zweier Menschen, selbst wenn diese mutmasslich Intimitäten mit einschliessen sollte, allein nicht zur Rechtfertigung der Darstellung eines intimen sexuellen Vorgangs, nur um die «schöne Liebesbeziehung der Prinzessin und des Zirkusprinzen zu thematisieren». Dass die Betroffenen mit einem solchen - geschlechtlichen - Akt Anlass geboten hätten für die hier beurteilte Demontage wird allerdings nicht behauptet. Die gerügte Veröffentlichung überschreitet deshalb die Grenze des Erlaubten. Wer eine Beziehung eingeht, die sich nicht auf den sexuellen Bereich beschränkt, und sich dabei der Zurschaustellung oder nur der Preisgabe von Intimitäten respektive geschlechtlichen Vorgängen enthält, muss nicht mit

solcher Darstellung rechnen und sie sich auch nicht gefallen lassen.

Steht nach dem Gesagten fest, dass die Darstellung unter dem Titel Demontage im Facts Nr. 10/2001 den Bereich des noch Zulässigen verlässt, stellt sich die Frage, ob denn der unbefangene durchschnittliche Betrachter die Illustration auch als Verletzung der ethischen Integration der Ankläger aufnehme, wie behauptet (cf. BGE 119 IV 47, 117 IV 28 f., 105 IV 113, 196). Wie unter dem Titel des Sachverhaltlichen dargetan, wird Folgendes wahrgenommen: Die Bildmontage stellt zwar erkennbar kein Abbild der Realität dar und verbreitet im Weiteren auch nicht Liebessilo-Stimmung, die in Erwartung der in Aussicht stehenden «Elefantnummer» erfreute, leicht geschürzte Frau (im durchsichtigen Slip) und der wartende Entblösste scheinen allerdings einzig an den bevorstehenden Geschlechtsakt zu denken. Es geht mithin einzig um die Darstellung der Vorphase einer körperlichen Vereinigung. Wie erörtert, liegt insbesondere nicht etwa «die Übertreibung des tatsächlich gegebenen Zustands» vor, nämlich dass die Ankläger als Paar zusammenfanden und der Ankläger eine Elefantnummer im Zirkusprogramm darbot; gerade darauf weist das auf den Penis aufgesetzte «Elefäntli gewiss nicht hin, was evident ist und nicht der näheren Erläuterung bedarf. Es geht ferner die Auffassung der Angeklagten völlig fehl, das Bild zeige quasi lediglich die junge glückliche Verbindung und einen fantasievollen Liebhaber, was nicht bloss euphemistisch klingt, sondern die Realität absolut verfehlt: Beachtung finden hier vielmehr eine lüsterne, gierige Frau, in der Bildlegende auch als «ganz scharf auf (...)» bezeichnet, sowie einen wollüstigen Mann, die beide offensichtlich einzig einen geschlechtlichen Akt im Sinn führen. Die Fotomontage ist mithin in der Tat, wie überschrieben, eine veritable «Demontage» der Dargestellten und ihrer Verbindung; sie ist keine gehaltvolle, spassige Kommentierung der Gemeinschaft der Ankläger, sondern eine äusserst schlüpfrige, ans Pornografische grenzende, obszöne und verderbte Diskreditierung der Dargestellten. Auch prominente und in der Öffentlichkeit stehende Personen brauchen sich eine solcherart reduzierte Illustration über ihr «vermeintliches» Intimleben nicht gefallen zu lassen, denn die Anstössigkeit der Darstellung bedeutet nicht nur, sie damit der Lächerlichkeit preiszugeben, sondern gleichzeitig ihre krasse Beleidigung. Die Ankläger haben denn, wie erörtert, keinen äusseren Anlass für eine solche Darstellung, die einzig ihren Intimbereich tangiert, geboten. An dieser Einschätzung vermögen die von der Verteidigung vorgetragene Umstände nichts zu ändern, etwa dass ein - allerdings nicht enger - Bezug zur Wirklichkeit noch ersichtlich ist, keine eigentliche pornografische Darstellung vorliegt und ein Model sowie der Angeklagte 1 ihre Körper zur Verfügung stellten u.a. Als ebenso irrelevant erweisen sich Beziehungen im Umfeld der Anklägerin, die dem Betrachter nicht einmal bekannt sind. Die inkriminierte «Demontage» verletzt nach diesen Erwägungen jedenfalls die Ehre der Ankläger.

2.3. Der subjektive Tatbestand von Art. 177 StGB erfordert Vorsatz, d.h. Kenntnis der Ehrenrührigkeit der Äusserung und einen Kundgabewillen. Eventualvorsatz reicht indes aus. Die Angeklagten loteten mit einer Darstellung eines privaten und intimen Vorgangs die Grenze des Machbaren aus und nahmen

damit billigend die Verletzung der ethischen Integration der Betroffenen in Kauf, das genügt.

3. Die Angeklagten liessen exakt die tatsächlich erschienene Bildmontage publizieren in Kenntnis aller relevanten realen Umstände; sie wussten mithin, was sie taten. Ein Sachverhaltsirrtum gemäss Art. 19 Abs. 1 StGB ist ausgeschlossen. Sie könnten allenfalls ins Feld führen, angenommen zu haben, sie seien zur Tat berechtigt, was einen Verbotssirrtum (Art. 20 StGB) darstellte. Sie bringen allerdings keine zureichenden Gründe für diese Annahme vor und es sind denn auch keine ersichtlich (cf. TRECHSEL, Kurzkomentar StGB, 2. Auflage, Zürich 1997, Art. 20 N 3 f.).

4. Die Verteidigung beruft sich zwar auf die Meinungs- und Medienfreiheit, insbesondere auf Art. 10 EMRK, nicht ohne allerdings sogleich auf die Einschränkungen, n.a. auch zum Schutz des guten Rufes (Art. 173 ff. StGB) zu verweisen. Wie wahr (cf. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK], 2. Auflage, 1999, S. 392).

Und schliesslich hilft der Verweis der Verteidigung auf den Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen, hier jene der Erheiterung oder Unterhaltung des Publikums, was eben einem öffentlichen Informationsbedürfnis entspricht, nicht weiter. Das Interesse des Lesers auf Zerstreung und Ergötzung ist zwar auch hierzulande nicht zu unterschätzen, wird aber niemals schwerer wiegen dürfen als jenes des Mitmenschen auf Unversehrtheit der Ehre, als der Schutz des Privat- und Intimbereichs. Der Tatbestand der Nichtverhinderung einer strafbaren Veröffentlichung gemäss Art. 322^{bis} StGB ist ein subsidiärer, doch werden hier sowohl die Autoren als auch der verantwortliche Redaktor ins Recht gefasst.

6. Zusammenfassend sind die Angeklagten 1, 2 und 3 der Beschimpfung gemäss Art. 177 StGB schuldig zu sprechen. ■

ANMERKUNGEN:

Zu diesem Urteil wäre viel zu sagen. Aus Platzgründen muss sich der Rezensent auf einige «Merkposten» beschränken. Dies rechtfertigt sich auch deshalb, weil es sich um ein noch nicht rechtskräftiges Urteil handelt.

Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf den strafrechtlichen Aspekt. Nicht näher eingegangen wird auf die Frage, ob Art. 28 ZGB verletzt worden ist und ein Anspruch auf Genugtuung besteht.

1. Etwas vereinfacht ausgedrückt prüfte das Zürcher Bezirksgericht zunächst, was eine Satire ist. Es verneinte das Vorliegen eines für eine Satire relevanten Merkmals.

Meines Erachtens steht im vorliegenden Fall gar nicht so sehr die Frage im Zentrum, ob die Darstellung eine Satire sei. Es ist ohnehin problematisch, wenn Juristen definieren, was die Qualifikation «Kunst» (im vorliegenden Fall «Satire») verdient. Gegebenenfalls müssten sich wohl Experten dazu äussern. Erforderlich bei einer Satire ist, den sog. Aussagekern aus dem ihn umgebenden Satiremantel herauszuschälen. Das gilt im Ehrverletzungsrecht insofern allgemein, als es bei jedem «Kaschierungsversuch» auf den Eindruck beim Publikum ankommt, namentlich z.B. bei einer Ehrverletzung in der Möglichkeits- oder Frageform (Beispiel: Ist Herr Meier ein Betrüger?), oder wenn der Täter gar an der Richtigkeit seiner Aussage zweifelt, ja selbst dann, wenn er sagt, er selber glaube die Sache nicht (Beispiel: Herr Meier ist sicher kein Betrüger). In diesen Fällen dürfte die gewählte Form nichts am ehrverletzenden Charakter der Aussagen ändern.

2. Die Facts-Leser erkannten, was auch das Gericht annimmt, dass es sich nicht um eine Abbildung der Realität handelte. Folglich wäre zu fragen gewesen, wie das (Facts-)Publikum die Aussage interpretierte. Es ist naheliegend, darin eine Kritik an einem für

eine Prinzessin nicht besonders standesgemässen Verhalten zu sehen, die sich in die Niederungen der Zirkuswelt begibt und ein Verhältnis mit einem verheirateten Mann anzettelt. Dies wird zunächst durch die Überschrift «Demontage» zum Ausdruck gebracht, ferner auch durch den Text, wonach die Prinzessin «scharf» auf die neueste Elefantenummer von Franco Knie sei. Es wird somit eine vulgäre Terminologie verwendet. Auch die Aufmachung der Prinzessin lässt darauf schliessen. Mangels genügender Kenntnis der diesbezüglichen Befunde der empirischen Sexualforschung weiss der Rezensent zwar nicht, sondern vermutet es nur, dass derartige Reizwäsche in unteren Bevölkerungsschichten häufiger getragen werden dürften als in höheren. An den erwähnten Widerspruch zwischen Realität und standesgemäßem Verhalten wird man auch bei der Lektüre des Urteils erinnert, wonach Prinzessin Stéphanie von Monaco vom Gericht als «Ihre Durchlaucht» angesprochen wird, dies wohl deshalb, weil sich in den Eingaben ihrer Anwälte die Prinzessin selber so bezeichnet. Ihre Durchlaucht im Zirkuswagen...

Das Gericht wies eine solche (sozialkritische) Intention der Beklagten mit der Begründung zurück, die Autoren hätten nicht «den sozialen Zweck der Aufdeckung eines Widerspruchs zwischen Realität und einer anerkannten Norm» verfochten, sondern sich im Wesentlichen bloss auf den evidenten Realbezug sowie die Witzigkeit und den «Spass» mit den Dargestellten berufen. Dies trifft in der Tat zu, wenn man sich in Bezug auf die Intention der Beklagten nur auf das stützt, was im Urteil resümiert wird (der Rezensent hatte keine weitere Aktenkenntnis). Die Argumentation der Beklagten bestand ferner in der Replik, dass es nicht um die Darstellung abartiger sexueller Praktiken gehe, dass die Fotomontage die Verbindung der Klägerschaft nicht auf das Niveau einer Bordellbeziehung herabwürdige und die Darstellung nicht in der Nähe von Pornographie liege etc. Ferner machten sie geltend, es handle sich um eine Satire, was das Gericht wie erwähnt verneinte. Deshalb verfolgte die Darstellung gemäss der Auffassung des Bezirksgerichts Zürich einzig den Zweck, die Klägerschaft zu verunglimpfen.

M.E. kann jedoch die im Prozess von den Beschuldigten behauptete Intention bei der Beurteilung des ehrverletzenden Charakters einer Aussage insofern nicht im Vordergrund stehen, als es nicht auf das ankommen kann, was der Ehrverletzer von seiner Darstellung hält, sondern, wie erwähnt, auf die Durchschnittsauffassung des unbefangenen (Facts-)Lesers. Es ist zwar berechtigt, zu prüfen, wie die Autoren selber ihre Darstellung verstanden haben. Dies kann aber nur soweit Sinn machen, als man in der Folge verifizieren oder falsifizieren müsste, ob das Publikum eine behauptete Intention auch so verstehen konnte. Im Ergebnis wird dem Aspekt der (im Verfahren geltend gemachten) Intention der Autoren im Entscheid ein zu grosses Gewicht beigemessen.

3. Nicht zu befriedigen vermag das Urteil insbesondere bezüglich der Frage, wann eigentlich eine strafbare Beschimpfung vorliegt. In der gerichtlichen Würdigung selber findet sich zu diesem Aspekt nur ein einziges Zitat des Stratenwerth-Lehrbuchs und des Trechsel-Kurzkomentars, wonach es bei der Beschimpfung um die unmittelbare Kundgabe von Geringschätzung oder Missachtung gehe, indem dem Betroffenen die ihm objektiv geschuldete Achtung versagt werde, und dass die Gerichtspraxis Zurückhaltung bei der Annahme einer strafbaren Kundgebung von Missachtung pflege. Des weitern sind vier Bundesgerichtsurteile zitiert, die sich aber nicht spezifisch mit Beschimpfungen befassen.

Festzuhalten ist zunächst, dass das Bundesgericht den Umfang des strafrechtlichen Ehrenschatzes auf die sog. sittliche Ehre eingeschränkt hat (BGE 115 IV 42). Nicht geschützt ist der gesellschaftliche Ruf (vgl. z.B. BGE 105 IV 112; 119 IV 47). Dies wird verschiedentlich kritisiert. Es gibt aber gute Gründe für diese Praxis. Es besteht ein qualifizierter Unterschied zwischen sittlicher und gesellschaftlicher Ehre. Eingriffe in die sittliche Ehre sind tendenziell schwerwiegender. Mit dem Einbezug der gesellschaftlichen Ehre bestünde die Gefahr, dass die Grenzen der Strafbarkeit sehr viel unbestimmter wären. Im Übrigen steht für den Schutz der gesellschaftlichen Ehre das Zivilrecht zur Verfügung. Ferner hat das Bundesgericht seine Haltung insofern relativiert, als es bei Vorwürfen, welche die geistige Gesundheit oder das berufliche Verhalten berühren, die Möglichkeit der Mitbeeinträchtigung der sittlichen Ehre anerkennt (vgl. z.B. BGE

L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

92 IV 97). Dies muss grundsätzlich auch für die Beschimpfung gelten. Zwar trifft es zu, dass die Beschimpfung einer Person gegenüber Dritten im blossen Ausdruck der Missachtung besteht, ohne dass sich die Aussage erkennbar auf bestimmte dem Beweis zugängliche Tatsachen stützt. Es kann aber nicht angehen, den blossen Ausdruck der Missachtung als solchen strafrechtlich zu sanktionieren, nach dem Motto: je stärker die Missachtung, desto eher ist die Kundgebung strafbar. Vielmehr muss die Aussage einen Bezug zur sittlichen Ehre haben, auch wenn es sich um diffuse Ausdrucksformen handelt. Deshalb wäre z.B. die Aussage von X über Y, er verachte Y zutiefst, keine Beschimpfung, weil es an einem Bezug zur sittlichen Ehre fehlt.

Das ergibt sich zunächst aus dem Gesetzestext selber. Art. 177 StGB straft denjenigen, der jemanden (in anderer Weise durch Wort, Schrift, Bild, Gebärde oder Tätlichkeiten) **in seiner Ehre angreift**.

Das ergibt sich aber auch aus der Gerichtspraxis. Was verbale Beschimpfungen anbetrifft, sei zunächst auf Entscheide des Bundesgerichts zu psychiatrischen Ausdrücken verwiesen. Danach macht sich der Ehrverletzung schuldig, wer psychiatrische Fachausdrücke wie «Psychopath», «Querulant» oder «Idiot» dazu missbraucht, jemanden als verschroben, abnorm, charakterlich minderwertig oder als asozialen Sonderling hinzustellen (BGE 93 IV 22; 96 IV 55; 98 IV 93) und damit auch als sittlich minderwertig. Erwähnt seien andere Fälle aus der Praxis, so z.B. der Vorwurf, jemand sei ein «Schwein», ein «Luder» (BGE 86 IV 82), ein «Halunke» (BGE 79 IV 22), ein «Salaud» (BGE 117 IV 270), ein «Schmierlappen» (an die Adresse eines Polizisten: AGVE 1983, 61 Nr. 18), ein «Halsabschneider» (ZR 1952, 365, Nr. 200), ein «Hochstapler» (BGE 77 IV 168 f.) oder ein «Gauner» (BGE 80 IV 61), oder wenn gesagt wird: «Sie sind kein Ehrenmann» (BGE 74 IV 100) oder eine Schrift sei ein «Produkt grösster menschlicher Schlechtigkeit» (bezogen auf die Rechtsschrift eines Anwalts; BGE 109 IV 39). Die Grenze zu den sog. gemischten Werturteilen ist dabei fließend, wobei eine Beschimpfung auch dann angenommen wird, wenn sich die Bewertung erwiesener oder für wahr gehaltener Tatsachen nicht im Rahmen des sachlich Vertretbaren hält.

4. Das muss wohl auch für bildliche Darstellungen gelten, ferner – was hier nicht zur Diskussion steht – für eine tätliche Beschimpfung (z.B. durch einen Tritt ins Gesäss oder durch das Anspucken einer Person). Auch in diesen Fällen kann nicht bereits die Missachtungskundgebung als solche strafbar sein, sondern erst

der durch konkludentes Handeln zum Ausdruck gebrachte Vorwurf der Minderwertigkeit des Betroffenen.

Mit guten Gründen kann man somit die Darstellung in Facts als Verächtlichmachung des Verhaltens der «Durchlaucht» mit dem Zirkusdirektor bewerten. Eine solche Kritik ist durch die Meinungsfreiheit gedeckt. Was die Frage anbetrifft, ob die Art der Darstellung eine Beschimpfung sei, fehlt m.E. wie erwähnt der für dieses Delikt erforderliche Bezug zu einer Beeinträchtigung der Ehre. Dass man aus der Darstellung den Vorwurf ehewidrigen Verhaltens ableiten könnte, war im vorliegenden Fall nicht das Thema, weil unbestritten sein dürfte, dass ein Liebesverhältnis zwischen den Dargestellten bestanden hat. Vertretbar war die Annahme des Gerichts, die Darstellung habe das Vorfeld einer sexuellen Beziehung zum Gegenstand. Ist sie deshalb ehrverletzend? Wie wäre es bei einer realen Darstellung? Angenommen, ein Liebespaar filmt einen Liebesakt mit Hilfe einer selbstauslösenden Kamera, um sich nachher daran zu ergötzen; stiehlt in der Folge ein Dieb diese Kamera, um den Film einer Redaktion zu übergeben, und würde diese die Aufnahmen mit dem Zweck publizieren, das Pärchen blosszustellen, hätte eine solche Darstellung nichts mit Ehrverletzung, aber viel mit einer Verletzung der Privatsphäre zu tun. Strafrechtlich wäre allenfalls Art. 179^{quater} StGB (Verletzung des Geheim- oder Privatbereichs durch Aufnahmegeräte) verletzt. Sexuelle Kontakte an sich sind nicht ehrenrührig, vielmehr etwas Natürliches. Auch die aus der Gerichtspraxis bekannten Fotomontagen, bei denen einem nackten Körper der Kopf einer prominenten Persönlichkeit aufgesetzt wird und wo man sich keine andere Intention als eine Blossstellung vorzustellen vermag, sind bisher nie als Beschimpfung, sondern über den privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz abgehandelt worden (vgl. z.B. Urteil des Bundesgerichts vom 19.12.1994, *medialex* 1995, 48 ff.).

5. Im Ergebnis wäre es aus der Sicht des Medienrechts problematisch, wenn eine bloss Missachtungskundgebung als solche ab einer gewissen Schwere eine strafbare Beschimpfung sein könnte. In diesem Fall gäbe es im Katalog des Strafrechts eine weitere Norm, bei der es äusserst schwierig wäre, im Voraus die gerichtliche Bewertung zu prognostizieren. Oder anders ausgedrückt: es gäbe eine weitere Norm, die dem im Strafrecht wichtigen Bestimmtheitsgebot widerspricht und die Strafbarkeit ausschliesslich vom Gusto des Gerichts abhängen lässt.

PROF. FRANZ RIKLIN, FREIBURG

Fall Hertel II: EGMR schützt Bundesgericht

Unzulässigkeitsentscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (3. Kammer) vom 17.1.2002 «Hertel c. Schweiz» (Beschwerde N° 53440/99)

Nachdem der europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) im Entscheid Hertel I (*medialex* 4/98, S. 213 ff.) feststellte, dass das in Anwendung von Art. 3 lit. a UWG gegenüber dem Umweltbiologen Hertel ergangene generelle Verbot zu behaupten, Mikrowellenspeisen seien gesundheitsschädlich, Art. 10 EMRK verletze, schränkte das Bundesgericht in seinem Revisionsentscheid vom 2. März 1999 (*medialex* 2/99, S. 98 ff.) dieses

Verbot ein auf Verlautbarungen, die an weitere Bevölkerungskreise gerichtet sind, ohne Hinweis auf den herrschenden Meinungsstreit und eine wissenschaftlich gesicherte Darstellung, dass im Mikrowellenherd zubereitete Speisen gesundheitsschädlich sind.

Der EGMR trat auf die gegen diesen Bundesgerichtsentscheid erhobene Klage von Hertel nicht ein und begründete diesen Entscheid u.a. unter dem Prüfungsgesichtspunkt der «Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft» von Art. 10 EMRK wie folgt:

«(ii) The adjective «necessary», within the meaning of Article 10 § 2, implies the existence of a «pressing social need». The Contracting States have a certain margin of appreciation in assessing whether such a need exists, but it goes hand in hand with European supervision, embracing both the legislation and the decisions applying it, even those given by an independent

court. The Court is therefore empowered to give the final ruling on whether a «restriction» is reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10.

(iii) The Court's task, in exercising its supervisory jurisdiction, is not to take the place of the competent national authorities but rather to review under Article 10 the decisions they delivered pursuant to their margin of appreciation. This does not mean that the supervision is limited to ascertaining whether the respondent State exercised its discretion reasonably, carefully and in good faith; what the Court has to do is to look at the interference complained of in the light of the case as a whole and determine whether it was «proportionate to the legitimate aim pursued» and whether the reasons adduced by the national authorities to justify it are «relevant and sufficient». In doing so, the Court has to satisfy itself that the national authorities applied standards which were in conformity with the principles embodied in Article 10 and, moreover, that they relied on an acceptable assessment of the relevant facts.

As regards the authorities' margin of appreciation, this is particularly essential in commercial matters, though in cases such as the present one it is necessary to reduce the extent of the margin of appreciation since what is at stake is not a given individual's purely commercial statements, but his participation in a debate affecting the general interest. In this respect, the Court found in its previous judgment that the Swiss authorities had some margin of appreciation to decide whether there was a «pressing social need» to impose the injunction at issue on the applicant (*ibid.*, pp. 2329-2330).

In examining whether in the present case the measures in issue are proportionate to the aim pursued, the Court must balance the applicant's freedom of expression against the need to protect the rights of the members of the MHEA.

In balancing the various interests, the Court must first consider the seriousness of the interference with the applicant's rights. It recalls that the applicant's previous injunction generally prohibited him from publishing his views, with the exception of scientific research. In its judgment, the Court found that such a measure «related to the very substance of the applicant's views. The effect of the injunction was thus partly to censor the applicant's work and substantially to reduce his ability to put forward in public views which have their place in a public debate whose existence cannot be denied» (*ibid.*, p. 2332, § 50).

The present case differs in that the injunction at issue, resulting from the Federal Court's judgment of 2 March 1999, no longer prevents the applicant from generally disseminating his views. On the contrary, he enjoys complete freedom in making any statement on the dangerous effects of the use of microwave ovens. The only limitation is that, when making such statements to the general public, he cannot refer to scientifically proven results without also referring «to current differences of opinion».

In the Court's opinion, this limitation of the applicant's rights under Article 10 of the Convention remains a minor one and no longer substantially affects his ability to put forward his views in public.

It is true that the injunction at issue continues to prohibit the applicant from employing the Reaper as a symbol. However, the

Court notes that the applicant himself has submitted before the Court, with reference to paragraph 48 of its previous judgment cited above, that he was actually not responsible for the use of this symbol in issue no. 10 of the *Journal Franz Weber*. It follows that also in this respect the limitation of the applicant's rights under Article 10 remains a minor one.

The Court will next examine the interests of the MCEA. It considers that the association has a legitimate interest in maintaining fair competition. In view thereof it does not appear unreasonable to hold, as the Federal Court did in its judgment of 2 March 1999, that the obligation to refer «to current differences of opinion» serves to prevent inaccurate, misleading or unnecessarily damaging and therefore unfair statements of the competitive position of the MCEA.

Having regard to the comparatively minor limitations of the applicant's rights under Article 10 of the Convention, to the margin of appreciation left to the domestic authorities in such cases, and to the care with which the Federal Court balanced the various interests in its judgment of 2 March 1999, the Court finds that the interference with the applicant's rights under Article 10 of the Convention was proportionate to the aims pursued and could, therefore, reasonably be considered «necessary in a democratic society» within the meaning of § 2 of this provision.

Insofar as the applicant also relies, in respect of these complaints, on Article 8 of the Convention, the Court finds no issue under this provision.

It follows that this part of the application is manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 and must be rejected under Article 35 § 4 of the Convention.» ■

ANMERKUNGEN:

Die Unzulässigkeitsentscheidung 'Hertel II' des EGMR ist enttäuschend, aber nicht völlig überraschend. Im 'Hertel I'-Fall (vgl. *medialex* 4/98 S. 213-218 mit Kommentar von U. SAXER) hatte der Gerichtshof ein generelles Äusserungsverbot zu beurteilen. Wegen der pauschalen Natur der angefochtenen Massnahme gab der Gerichtshof seine sonst übliche Zurückhaltung bei der Würdigung wirtschaftlicher Sachverhalte auf, beurteilte die Massnahme als unverhältnismässig und erkannte damit auf ein Verletzung von Art. 10 EMRK. Die angefochtene Massnahme im Hertel II-Fall war demgegenüber weniger weitgehend, da der Beschwerdeführer im Grundsatz seine Auffassungen frei äussern konnte, soweit er diese nicht als wissenschaftlich gesichert darstellte. Das Gericht hatte daher keine Veranlassung, von seinen im Wirtschaftsbereich sonst üblichen Beurteilungsmassstäben bei der Verhältnismässigkeitsprüfung abzuweichen. Im Licht des den EMRK-Vertragsstaaten zustehenden wirtschaftlichen Ermessensspielraums erwies sich die angefochtene Massnahme nicht als unverhältnismässig, dies auch auf Grund einer Abwägung mit den Interessen der durch die vorsorgliche Massnahmen geschützten Partei. Die Entscheidung steht damit auf einer Linie mit der Entscheidung des EGMR im Fall SRG/Kassensturz ('Contra-Schmerz'-Urteil; vgl. *medialex* 2/01 101-103, mit Urteilsanmerkung von U. SAXER). Für die schweizerische Praxis bedeutet dies, dass ein Rechtsschutz durch die EMRK vor allem dann besteht, wenn lauterkeitsrechtlich relevante öffentliche Äusserungen generell verboten werden, also Art. 10 EMRK in seinem Kern tangiert wird. Dies verlangt nach einer differenzierenden Handhabung des Sanktionsinstrumentariums des UWG, namentlich auch im Bereich der vorsorglichen Massnahmen. Demgegenüber kann von EGMR bei wirtschaftlichen Sachverhalten im Normalfall keine differenzierte Verhältnismässigkeitsprüfung erwartet werden.

PD DR. URS SAXER, RECHTSANWALT, ZÜRICH

Verweigerte Registrierung polnischer Zeitschriften

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für
Menschenrechte (1. Kammer) vom
14.3.2002 «Gaweda c. Polen»
(Beschwerde N° 26229/95)

Das 1984 erlassene polnische Pressegesetz macht die Publikation eines periodisch erscheinenden Presseerzeugnisses – unter Androhung einer Busse - von dessen vorgängiger Registrierung beim zuständigen Regionalgericht abhängig. Die Registrierung ist gemäss einer – inzwischen aufgehobenen - Verordnungsbestimmung des Justizministeriums zu verweigern, falls das Gesuch dem anwendbaren Recht widerspricht oder nicht den Tatsachen entspricht («in conflict with the regulations in force and with reality»). Gestützt auf diese Rechtsnormen lehnte die polnische Justiz zwei Gesuche um Registrierung ab, welche 1993 und 1994 eingereicht worden waren. In beiden Fällen wurde der vorgesehene Titel des Periodikums beanstandet. Den ersten Titel («The Social and Political Monthly – A European Moral Tribunal») bezeichnete das zuständige Gericht als unwahr und irreführend, den zweiten («Germany – a Thousand year-old enemy of Poland») als Belastung der guten Beziehungen mit dem benachbarten Deutschland.

In seinem einstimmigen Urteil hält der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) fest, dem Eingriff in die Meinungsfreiheit fehle bereits die erforderliche Grundlage in einem Gesetz, wie sie Artikel 10 Absatz 2 EMRK verlangt. Der Gerichtshof erinnert daran, dass der Wortlaut der Konvention zwar kein Verbot von Präventivmassnahmen gegen geplante Publikationen enthält; wegen der damit verbundenen Gefahren prüfe der Gerichtshof aber einen solchen vorgängigen Eingriff äusserst gründlich (Ziff. 35 des Urteils). Dieser Prüfung vermochten die polnischen Massnahmen nicht stand zu halten: Die massgebende Rechtsnorm muss gemäss EGMR die Voraussetzungen eines Präventiveingriffs deutlich umschreiben. Dies gelte erst recht, wenn der Eingriff die Publikation eines periodischen Mediums vollständig abblocke (Ziff. 40). Die polnische Justiz habe die unklare Formulierung «in conflict with reality» nicht nur auf die technischen Einzelheiten des Gesuchs bezogen, sondern daraus eine Pflicht zu einem wahrheitsgetreuen Titel des Periodikums abgeleitet. Dies sei aus zwei Gründen unzulässig: Zum ersten widerspreche diese Anforderung der Pressefreiheit, da der Titel nicht eine Stellungnahme bedeute, sondern primär eine Identifikation des Produkts auf dem Pressemarkt bezwecke. Und zum zweiten würde eine derartige Interpretation eine klar formulierte Gesetzesnorm voraussetzen. Durch ihre Interpretation des Gesetzes hätten die polnischen Gerichte neue Kriterien für die Zulassung von Publikationen eingeführt, welche aufgrund des Wortlauts der Norm nicht vorhersehbar waren (Ziff. 44). Grundsätzlich anerkennt der Gerichtshof das Argument der polnischen Regierung, dass die Registrierung nicht einer Verwaltungsbehörde, sondern der Justiz übertragen wurde. Dies diene an und für sich dem Schutz der Pressefreiheit, doch müssten auch die Gerichte die Prinzipien von Artikel 10 EMRK respektieren, was hier nicht geschehen war (Ziff. 47). Da es bereits

an einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage für die Einschränkung der Meinungsfreiheit fehlte, brauchte der Gerichtshof nicht zu prüfen, ob der Eingriff in einer demokratischen Gesellschaft unentbehrlich war, wie dies Artikel 10 Absatz 2 EMRK als weitere Voraussetzung für einen Eingriff in die Meinungsfreiheit verlangt. Die polnische Regierung war in diesem Punkt fundierte Argumente schuldig geblieben (Ziff. 49). ■

ANMERKUNGEN:

In der bisherigen, reichhaltigen Strassburger Rechtsprechung zur Meinungsfreiheit sind Urteile über staatliche Präventiveingriffe gegen vorgesehene Publikationen selten geblieben. Das aus westeuropäischer Warte eher kurios anmutende polnische System einer vorgängigen Registrierung für periodisch erscheinende Presseerzeugnisse hat dem Gerichtshof die Gelegenheit geboten, seine Praxis diesbezüglich zu erweitern. Angesichts der weit offen formulierten polnischen Rechtsnorm ist das Ergebnis des Verfahrens nicht überraschend. Der Entscheid belegt, dass der Gerichtshof tendenziell höhere Anforderungen an die Präzision einer Norm stellt, welche eine Meinungsäusserung nicht nur nachträglich sanktioniert, sondern vorgängig unterbindet.

Damit nimmt der Gerichtshof zumindest ansatzweise den Grundgedanken des Verbots der Vorzensur auf, welches in den Verfassungen vieler demokratischer Staaten verankert ist. In der schweizerischen Bundesverfassung markiert das Zensurverbot den unantastbaren Kerngehalt der Medienfreiheit (Art. 17 Abs. 2 BV). Eine systematische vorgängige Kontrolle des Inhalts von Meinungsäusserungen lässt das schweizerische Verfassungsrecht nicht zu (vgl. MARKUS SCHEFER, Die Kerngehalte von Grundrechten, Bern 2001, S. 463ff. mit lesenswerten Ausführungen zur Frage, ob auch eine *nachgängige* planmässige, systematische Kontrolle der Kommunikation das Zensurverbot verletzt). Sie wäre nach schweizerischem Verständnis selbst dann ausnahmslos unzulässig, wenn sie auf einer ausreichend präzisen gesetzlichen Norm beruhen und durch eine gerichtliche Behörde vorgenommen würde.

Die EMRK enthält demgegenüber im Bereich der Meinungsfreiheit keine explizite Kerngehaltsgarantie. Ob die Konvention in anders gelagerten Fällen systematischer Präventivkontrollen von Kommunikationsinhalten (in denen sich die zuständigen Behörden anders als die polnischen Gerichte auf eine klare Gesetzesbestimmung stützen könnten) einen schwächeren Schutz bietet als das schweizerische Verfassungsrecht, ist ungewiss. Unter dem Blickwinkel der EMRK dürften solche planmässigen Präventiveingriffe in der Regel an der Anforderung scheitern, dass sie in einer demokratischen Gesellschaft notwendig (verhältnismässig) sein müssen.

DR. FRANZ ZELLER, BERN

Zulässige Werturteile im politischen Diskurs

Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (3. Kammer) vom 26.2.2002 «Dichand u.a. c. Österreich» (N° 29271/95) und «Unabhängige Initiative Informationsvielfalt c. Österreich» (Beschwerde N° 28525/95)

In zwei Fällen erliess das Wiener Handelsgericht in den Jahren 1993 und 1994 eine einstweilige Verfügung gegen Printprodukte, welche österreichische Politiker angegriffen hatten. Die erste Verfügung betraf die «Kronen-Zeitung», die dem Parlamentarier Graff der Österreichischen Volkspartei (ÖVP) in einem Kommentar eine unmoralische und anrüchige Haltung vorge-

L'avis des tribunaux
Die Gerichte entscheiden

.....

worfen hatte. Rechtsanwalt Graff habe den Vorsitz in einem parlamentarischen Justizausschuss behalten, obwohl die Gesetzgebungsarbeit des Ausschusses einem seiner Klienten grosse Vorteile gebracht habe. Die zweite Verfügung betraf das Periodikum «TATblatt», das der rechtsgerichteten Partei FPÖ im Zusammenhang mit einem von ihr ausländerfeindlichen Volksbegehren («Österreich zuerst») «rassistische Hetze» vorgeworfen hatte. Das Handelsgericht verbot gestützt auf § 1330 des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs eine Wiederholung der beiden Äusserungen. Es handle sich um ehrverletzende Tatsachenbehauptungen, deren Wahrheit nicht bewiesen sei.

Nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) waren die zwei Eingriffe in die Meinungsfreiheit in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig (Art. 10 Abs. 2 EMRK) und daher menschenrechtswidrig. Der Gerichtshof erinnert an seine etablierte Rechtsprechung, wonach die Konvention für eine Einschränkung politischer Äusserungen wenig Raum lässt und Politiker grössere Toleranz gegenüber Angriffen der Medien zeigen müssen als die übrige Bevölkerung. In beiden Fällen habe es sich um Werturteile gehandelt, die auf einer ausreichenden Tatsachengrundlage beruhten und trotz polemischer Formulierung nicht exzessiv waren. Einen solchen fairen Kommentar «fair comment» zu Angelegenheiten öffentlichen Interesses dürfe der Staat nicht unterbinden. ■

.....

unterlassen, die elementare Rolle der Presse in einer Demokratie zu berücksichtigen. Ob eine bestimmte Person (oder ihr Bild) dem Publikum tatsächlich bekannt sei, habe geringe Bedeutung. Massgebend sei vielmehr, ob eine Person die öffentliche Arena betreten und die sich daraus ergebenden Konsequenzen zu tragen habe. Dies war im Falle des Politikers Posch ohne jeden Zweifel der Fall. Es gebe daher keinen triftigen Grund, die Zeitung am Abdruck der Fotografie zu hindern (Ziff. 37 der Urteilsbegründung). Zudem findet sich das Bild Poschs nach den Feststellungen des Gerichtshofs zusammen mit seinem Lebenslauf im Internet auf der Webpage des österreichischen Parlaments.■

ANMERKUNGEN:

Mit gewissem Wohlwollen lässt sich der Argumentation der österreichischen Justiz in dieser Angelegenheit Originalität zubilligen. Dass die Kandidaten für einen Sitz im Parlament die Gunst der Wählenden mit einer möglichst vorteilhaften Abbildung zu gewinnen versuchen, dürfte weltweitem Standard entsprechen. In einer Epoche überhand nehmender Polit-PR braucht es beträchtliche Fantasie, das Konterfei eines ins nationale und ins europäische Parlament gewählten Politikers als der Öffentlichkeit unbekanntes, vor dem Anblick des Zeitungspublikums zu schützendes Geheimgut zu bezeichnen. (Manche Parlamentsmitglieder würden eine derartige Einstufung des Bekanntheitsgrades mit Blick auf kommende Wahlgänge wohl als wenig schmeichelhaft empfinden). In einer mehr und mehr von optischen Darstellungen geprägten Medienwelt erscheint es zudem bemerkenswert, die Zulässigkeit der Publikation eines Politikerbildes davon abhängig zu machen, ob es einen eigenen Nachrichtenwert hat und – aus Warte des Gerichts – notwendig ist.

Die Argumentation der österreichischen Justiz würdigt die Rolle der Medien in einer Demokratie und die Rechenschaftspflicht gewählter Politiker gegenüber der Öffentlichkeit mit frappanter Geringschätzung. Der prägnant und schnörkellos formulierte Entscheid des Gerichtshofs qualifiziert diese Haltung als menschenrechtswidrig. Verdienstvollerweise listet der Entscheid Konstellationen auf, in denen eine Person oder eine Gruppierung die öffentliche Arena betritt und sich damit der Kritik der Medien zu stellen hat. Dies gilt nicht nur für gewählte Politiker, sondern beispielsweise auch für Personen, die an einer politischen Debatte teilnehmen (EGMR-Urteil «Nilsen & Johnsen c. Norwegen» vom 25.11.1999: Publikation eines Buchs über Polizeigewalt) oder die der Begehung von Straftaten politischer Natur verdächtigt werden (EGMR-Urteil «News Verlags GmbH c. Österreich» vom 11.1.2000 in *medialex* 2000, S. 107ff.: Briefbombenattentate).

DR. FRANZ ZELLER, BERN

Verbotene Abbildung eines Parlamentariers

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (3. Kammer) vom 26.2.2002 «Krone Verlag GmbH c. Österreich» (Beschwerde N° 34315/96)

Der österreichische Parlamentarier Posch, welcher gleichzeitig im europäischen Parlament sass, verlangte 1995 eine einstweilige Verfügung gegen die Kronenzeitung. In ihrer Kärntner Regionalausgabe hatte die Zeitung verschiedene kritische, mit Bildern illustrierte Artikel über Posch publiziert, der neben seiner Entschädigung als Mitglied des europäischen Parlaments weiterhin eine Entlohnung als Lehrer beziehe, was dem österreichischen Recht widerspreche und eine ungerechtfertigte Bereicherung bedeute. Die österreichische Ziviljustiz hiess die auf § 78 des Urheberrechtsgesetzes gestützte Klage gut und untersagte der Zeitung den Abdruck von Bildern Poschs im vorliegenden Kontext. Die bildliche Illustration habe für sich keinen besonderen Nachrichtenwert, sei unnötig und verletze Poschs legitime Interessen. Obwohl er ein Mandat im nationalen Parlament habe, sei Poschs Gesicht nicht allgemein bekannt. Ob die Vorwürfe im Text zuträfen oder nicht, sei für die Zulässigkeit der bildlichen Illustration irrelevant.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hält fest, dass die Artikel über die finanzielle Situation des Politikers zweifellos eine Angelegenheit öffentlichen Interesses darstellten und dass die publizierten Bilder keinerlei Details seines Privatlebens enthüllten. Die österreichische Justiz habe es

.....

Mediatisierung von Strafverfahren ohne Vorverurteilung

Bundesgerichtsentscheid vom
20. März 2002 (6S.343/2001)

In einem Urteil des bundesgerichtlichen Kassationshofs in Strafsachen bezüglich der Verurteilung von Köbi F. wegen sexueller Handlungen mit Kindern und sexueller Nötigung äusserte sich das Bundesgericht auch zur Frage der Relevanz der Medienberichterstattung für die Strafzumessung. Die Erwägung 3b ist nachfolgend im Originaltext wiedergegeben.

«aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine Vorverurteilung von Tatverdächtigen in der Medienberichterstattung je nach Schwere der Rechtsverletzung als Strafzumessungsgrund im Rahmen von Art. 63 StGB zu gewichten. Das Bundes-

L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

strafgericht hat in seinem Entscheid vom 29. November 1999 i.S. Bundesanwaltschaft gegen Oberst N. (9X.1/1998) angenommen, insbesondere die Medienkonferenz der damaligen Bundesanwältin vom 20. Februar 1996 und deren Verarbeitung hätten zu einer gravierenden Vorverurteilung von Oberst N. mit einer Quasi-Strafwirkung geführt, was strafmindernd zu werten sei (zitiertes Urteil, E. 25 b). Das Bundesstrafgericht hat dabei berücksichtigt, dass die erhebliche Vorverurteilung schwerkemwichtig durch die Strafverfolgungsorgane ausging und sich die von ihnen veröffentlichten Vorwürfe später weitgehend als unbegründet erwiesen.

bb) Zu prüfen ist somit, ob und gegebenenfalls wie weit die Medienberichterstattung über das Verfahren gegen den Beschwerdeführer in dessen Rechte eingriff. Der Beschwerdeführer nennt eine Anzahl von Vorkommnissen, aus denen er eine gravierende Vorverurteilung ableitet. Deren Beginn ortet er in der Berichterstattung durch den Privatsender Tele Züri vom 8. April 1997. Dieser Sendebeitrag habe ihn mit der Abkürzung «X» benannt und sein gesamtes damaliges Umfeld ausgeleuchtet. Damit sei eine «ganze Lawine von Reaktionen, Diskussionen und weiteren teilweise hetzerischen Berichterstattungen in den Medien in Gang» gesetzt worden. Ein nächster «massiver Übergriff» sei durch die Rundschau-Sendung des SF DRS vom 2. November 1997 erfolgt. Fernsehjournalisten hätten in Anwesenheit seiner beiden kleinen Kinder versucht, eine Stellungnahme von ihm zu erhalten. Sie hätten nicht davor zurückgeschreckt, in die private Tiefgarage der Überbauung, in welcher er damals gewohnt habe, einzudringen. Gegen die Sendung «Time out» des SF DRS vom 22. Januar 1999 habe der Beschwerdeführer erfolglos die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) angerufen. Diese habe mit Entscheid vom 27. August 1999 eine Verletzung der Programmbestimmungen zwar verneint, jedoch bemängelt, dass den erhöhten journalistischen Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit der Berichterstattung über laufende Verfahren im Stile des «anwaltschaftlichen Journalismus» nicht überall gebührend Rechnung getragen worden sei und die Berichterstattung zuweilen einer Hetzjagd gegen den Beschwerdeführer geglichen habe. Der Beschwerdeführer bringt ferner vor, es sei im Rahmen der Berichterstattung über das erstinstanzliche Verfahren am Bezirksgericht Laufenburg zu weiteren Medienübergriffen und Persönlichkeitsverletzungen gekommen. Das SF DRS habe am 19. Mai 1999 in der Tagesschau über den Prozess berichtet und dabei zwei Mal während mehreren Sekunden sein unabgedecktes Bild gezeigt. Am 21. Mai 1999 hätten Tele 24 und Tele Züri in der Nachrichtensendung seinen vollen Vor- und Nachnamen genannt und während mehreren Sekunden das Bild seines Gesichtes ausgestrahlt. Sein unabgedecktes Abbild sei am 22. Mai 1999 auch in der Tagespresse - Aargauer Zeitung und Berner Zeitung - erschienen. Es kann hier offen bleiben, ob der Beschwerdeführer damit Noven vorbringt und er insoweit überhaupt zu hören ist. Der Beschwerdeführer macht in der Sache nur geltend, seine Persönlichkeitsrechte seien während des Verfahrens durch verschiedene Medienberichte verletzt worden. Er legt jedoch nicht dar, und es ist im Übrigen auch nicht ersichtlich, dass und inwiefern die Berichterstattungen die Grundsätze der Unschuldsvermutung verletzt und ihn vorverurteilt hätten (dazu KRISTIAN KÜHL, Unschuldsvermutung

und Resozialisierungsinteresse als Grenzen der Kriminalberichterstattung, in: Grundfragen des staatlichen Strafens, FS für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, München 2001, S. 401 ff. mit zahlreichen Verweisen). Damit sind die Voraussetzungen für eine Strafminderung wegen Vorverurteilung durch die Medien nicht gegeben. In Frage käme folglich nur eine Strafminderung auf Grund überdurchschnittlich hoher Belastung durch eine intensive Berichterstattung in den Medien (zur Berücksichtigung indirekter Auswirkungen von Strafverfahren bei der Strafzumessung vgl. etwa MATTHIAS HÄRRI, Folgeberücksichtigung bei der Strafzumessung, ZStrR 116/1998, S. 221; GERHARD SCHÄFER, Zur Individualisierung der Strafzumessung, in: Festschrift für Herbert Tröndle, Berlin/New York 1989, S. 402/403; FRANZ ZELLER, Zwischen Vorverurteilung und Justizkritik, Bern 1998, S. 394 mit Hinweis auf ROXIN; vgl. ferner MARIO GMÜR, Das Medienopfersyndrom (MOS), Schweizerische Ärztezeitung 1999, S. 2604). Ob und gegebenenfalls unter welchen Umständen der Mediatisierung von Strafverfahren ohne Vorverurteilung des Tatverdächtigen bei der Strafzumessung Rechnung zu tragen ist, kann hier offen bleiben. Selbst wenn man mit dem Beschwerdeführer annehmen wollte, die Medienberichterstattung habe ihn und seine Familie überdurchschnittlich stark belastet und deren Rechte erheblich verletzt, hätte sich dies nur wenig strafmindernd auswirken können. Die ausgesprochene Strafe von 3 1/4 Jahren Zuchthaus verletzt jedenfalls kein Bundesrecht.» ■

.....

**Disziplinarbusse wegen
überzogener Ausdrucksweise**

Bundesgerichtsentscheid vom
23. Januar 2002 (2P.291/2001)

Es liegt im überwiegenden öffentlichen Interesse an der Wahrung des geordneten Ganges der Rechtspflege, wenn durchgesetzt wird, dass Anwälte in ihrer Ausdrucksweise nicht vorschnelle Vergleiche mit Vorgehensweisen eines Unrechtsregimes ziehen. Zu diesem Schluss kam das Bundesgericht in einem staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren eines Rechtsanwaltes gegen die Verwaltungskommission der Gerichte des Kantons Glarus. Letzterer auferlegte dem Anwalt eine Disziplinarbusse von CHF 1'000.–, da in einer Zeitung sein Vorwurf des «gestapomässigen Vorgehens» der Vormundschaftsbehörde des Kantons Glarus öffentlich gemacht wurde.

Das Bundesgericht hält mit Blick auf BGE 108 Ia 316 fest, dass dem Anwalt in der Kritik an der Rechtspflege weitgehende Freiheit zukommt, so weit er diese Kritik in den verfahrensmässigen Formen - sei es in Rechtschriften, sei es anlässlich mündlicher Verhandlungen - vorträgt. Auch wenn im vorliegenden Fall die Vormundschaftsbehörde die Fremdplatzierung der Tochter des Mandanten des Anwalts anordnete und vollzog, ohne dem Anwalt eine Verfügung zuzustellen, kann dies nach Ansicht des Bundesgerichtes den Ausdruck «gestapomässiges Vorgehen» nicht rechtfertigen. «Damit wird auf eine gänzlich andere Dimension des Unrechts angespielt, mit der sich selbst grobe Verfahrensfehler nicht vergleichen lassen. Abgesehen vom Leid und

L'avis des tribunaux
Die Gerichte entscheiden

.....

Schrecken des nationalsozialistischen Regimes auch deshalb nicht, weil im Rechtsstaat wirksame Rechtsmittel zur Verfügung stehen (...) Indessen hat der Ausdruck eben auch das Ausgeliefertsein an die Staatsmacht zum Inhalt, welches im Rechtsstaat auch dann nicht gegeben ist, wenn einer Behörde erhebliche Verfahrensfehler unterlaufen». ■

.....

**Rassistische Zeitschrift
«Aurora»**

Bundesgerichtsentscheid vom
18. März 2002 (6 S. 614/2001)

Im Sommer 1999 liess X bei einem Fotokopier-Service die von ihm herausgegebene und als verantwortlicher Redaktor weitgehend selbst verfasste Zeitschrift «Aurora, Ausgabe Nr. 17, Sommer 1999» in einer Auflage von 100 bis 120 Exemplaren vervielfältigen. In der Folge verteilte und verschickte er die Zeitschrift an Freunde und Bekannte. Ein Exemplar stellte er der Bundesanwaltschaft zu. In dieser Zeitschrift ist unter anderem zu lesen, dass der Holocaust keine bewiesene Tatsache, sondern eine Glaubenssache sei, die von den Juden missbraucht werde, um die Welt zu unterwerfen. Aufgrund dieses Sachverhalts erhob die Bezirksanwaltschaft Meilen Anklage gegen X wegen Rassendiskriminierung im Sinne von Art. 261^{bis} Abs. 2 und 4 StGB. In der Folge verurteilte ihn der Einzelrichter in Strafsachen des Bezirks Meilen sowie anschliessend das Obergericht und das Kassationsgericht des Kantons Zürich wegen Verstoss gegen Art. 261^{bis} StGB. Auch das Bundesgericht weist die Beschwerde von X ab.

Das Bundesgericht hatte u.a. den Einwand von X zu beurteilen, wonach die Vorinstanz unzulässigerweise Textstellen aus verschiedenen, voneinander unabhängigen und zu unterschiedlichen Zeiten verfassten Aufsätzen verknüpft habe, um so die Tatbestandsmässigkeit einzelner Textstellen zu begründen.

«Die Beschwerde ist in diesem Punkt abzuweisen: Auch wenn der Beschwerdeführer die Aufsätze zu verschiedenen Zeiten verfasst hat, hat er sie doch als einheitliche Publikation redigiert und herausgegeben; er wurde deshalb im Übrigen von der Vorinstanz der einfachen, nicht der mehrfachen Widerhandlung gegen Art. 261^{bis} StGB schuldig gesprochen. Es ist nicht einzusehen, weshalb der Sinn der verschiedenen inkriminierten Äusserungen nur in einer isolierenden Betrachtung, nicht aber aus dem Gesamtkontext der Zeitschrift «Aurora» erschlossen werden dürfte. Jeder durchschnittliche Leser der Zeitschrift wird so verfahren, zumal alle Beiträge thematisch aufeinander verweisen. Die ganze Publikation kreist um das Thema Judentum und Holocaust; die mit antisemitischen Gemeinplätzen durchsetzte krude Weltanschauung, auf welcher sie beruht, ist in dieser Schrift ubiquitär: Dass das Judentum mit Unterstützung der Alliierten den Holocaust erfunden, dann zu einem Glaubensinhalt erhoben und damit der sogenannten kritischen Geschichtsforschung entzogen habe, um ihn nun in verschwörerischer Weise - unter anderem finanziell - auszubeuten. Vor diesem Hintergrund und weil es sich um eine vom Beschwerdeführer verfasste und als einheitliche Publikation re-

digierte Schrift handelt, ist es ohne Weiteres zulässig, die Tatbestandsmässigkeit einzelner Sätze mittels ihres Kontextes zu begründen (vgl. auch BGE 123 IV 202 E. 4c). Der Umstand, dass der Beschwerdeführer davon spricht, der Holocaust sei erfunden worden, zeigt, dass der Holocaust mit den Bezeichnungen als «Glauben», als «Mythos», als «gesetzlich geschützte Staatsreligion» oder als «Sage» geleugnet werden soll und auch tatsächlich geleugnet wird. Dies gilt umso mehr, als der Beschwerdeführer diese Begriffe nicht in geisteswissenschaftlich informierter, sondern ausschliesslich in eindimensionaler und polemischer Weise verwendet: «Glaube», «Mythos» und ähnliches bezieht sich in seiner Verwendungsweise auf alles, was nicht auf sogenannten «Sachbeweisen» beruht (zum Wahrheitsbeweis vgl. MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Rassendiskriminierung, Zürich 1996, N 1007 ff., mit Hinw.; zur «revisionistischen» Propaganda insgesamt vgl. TILL BASTIAN, Auschwitz und die «Auschwitz-Lüge», Massenmord und Geschichtsfälschung, 5. Aufl., München 1997; BRIGITTE BÄLLER-BALANDA, WOLFGANG BENZ, WOLFGANG NEUGEBAUER, Hrsg., Die Auschwitzleugner, «Revisionistische» Geschichtslüge und historische Wahrheit, Berlin 1996).» ■

.....

**Pas de preuves libératoires
pour le rédacteur
responsable**

Arrêt du Préteur du district de
Bellinzone, du 11 mars 2002
(DT.2001.00151)

Dans son numéro de mai 2000, la revue «L'Inchiesta» a titré en première page: «Le pouvoir occulte/Maçonnerie: les intrigues secrètes des frères tessinois» (trad.). A l'intérieur, un article non signé intitulé «Les mille tentacules des frères tessinois» affirmait

que «la maçonnerie influence en secret la politique, l'économie et la télévision», et que «l'Etat soutient des loges secrètes à l'insu des contribuables» (trad.). Se sentant atteints dans leur l'honneur, G., syndic de Lugano, et F. ont porté plainte. En novembre 2000, un article non signé a mis en cause certains avocats et fiduciaires tessinois, dont certains se seraient montrés intéressés à une proposition visant à blanchir de l'argent sale. Cité dans l'article, l'avocat F. a porté plainte. Un troisième article non signé, en mai 2001, relatant des problèmes au sein de la police cantonale, a lui aussi fait l'objet d'une plainte, de la part de l'inspecteur C. Rédacteur responsable de la revue, Matteo Cheda a refusé de révéler le nom des auteurs.

Dans son arrêt, le juge de première instance rappelle que depuis le 1^{er} avril 1998, l'article 27 CP est revenu au système habituel en droit pénal de la responsabilité personnelle. Lorsque l'auteur d'un article délictueux est inconnu, le rédacteur responsable n'est plus puni comme s'il était l'auteur: il répond de sa propre faute, c'est-à-dire pour le fait de ne pas avoir empêché la publication de l'article, intentionnellement ou par négligence. Le juge constate que l'art. 322^{bis} qui prévoit une peine d'emprisonnement ou d'amende pour le rédacteur coupable, et les arrêts ou l'amende s'il y a eu négligence, s'applique d'office, alors que l'art. 173 sur la diffamation, suppose une plainte de la victime. Il ne s'agit pas là d'une lacune de la loi. Faisant la différence entre la faute de l'auteur et celle du responsable de la publication, le législateur, de plus, n'a pas étendu à ce dernier la faculté d'apporter les preuves libératoires. Là non plus, «il ne s'agit pas d'une lacune de la loi. Il en découle que si l'infraction commise par la publication est une diffamation selon le chiffre 1 de l'art. 173, le responsable qui ne s'oppose pas à une publication n'est pas admis à faire valoir les preuves libératoires prévues au chiffre 2 de ladite norme. La solution peut apparaître insatisfaisante. Mais il faut relever que le responsable de la publication, qui a la faculté de contrôler le contenu des articles avant leur publication, peut se protéger, lorsqu'il a affaire à des articles au contenu diffamatoire, en exigeant que l'auteur signe l'article et en assume les responsabilités qui lui incombent. D'ailleurs, on admet de nos jours que celui qui écrit – journaliste professionnel ou rédacteur occasionnel d'une lettre de lecteur – le fait habituellement en signant (...). L'art. 322^{bis} est une infraction par omission à proprement parler (*echtes Unterlassungsdelikt*), qui est commise au moment précis où la publication punissable est diffusée. Le rédacteur responsable qui reçoit des articles au contenu diffamatoire devrait en refuser la publication. Dans le cas où il ne s'y oppose pas, il devrait exiger que la publication se fasse avec la signature de l'auteur. Si, en revanche, ignorant cette précaution, pourtant facile à observer, le rédacteur responsable tolère que l'auteur diffame en se cachant derrière l'anonymat, il devra subir les conséquences de sa propre façon d'agir, sans avoir la possibilité de recourir à la preuve libératoire, puisque celle-ci, comme le précise l'art. 173 ch. 3 CP, est offerte uniquement à celui qui est coupable de diffamation, c'est-à-dire l'auteur» (trad.).

Par conséquent, le juge n'entendra pas les témoins cités par le rédacteur responsable et jugera les articles en tant que tels. Il ressort de l'article sur la franc-maçonnerie que toutes les personnes nommées dans ce contexte s'enrichissent sur le dos du con-

tribuable et tirent d'affaire illicites des avantages qui le sont tout autant. Cela est attentatoire à l'honneur, tout comme le fait d'accepter de blanchir de l'argent, évoqué dans le second article, ou le fait, pour un inspecteur de police, de s'adonner sans retenue aux jeux de hasard en profitant de sa fonction.

Matteo Cheda ayant admis avoir publié les textes reçus sans procéder à aucune vérification, «il a accepté, après les avoir évaluées, les conséquences possibles de son omission, qui constitue un acte intentionnel, à tout le moins sous la forme du dol éventuel» (trad.). Il sera condamné à une amende de 1500 francs pour défaut d'opposition à une publication constituant une infraction, selon l'art. 322^{bis}. Aucune indemnité pour tort moral n'est allouée, les plaignants n'ayant pas pu démontrer l'existence d'un dommage suffisant. Les comptes rendus de l'affaire dans la presse rendent également superflue une publication du jugement selon l'art. 61 CP. L'accusé versera pour 5000 francs de dépens aux personnes ayant porté plainte contre le premier article. ■

REMARQUES:

En abandonnant, en 1997, le système du «coupable de remplacement» – poursuite du rédacteur responsable comme s'il était lui-même l'auteur de l'article délictueux, dans le cas où cet auteur est inconnu – le législateur a-t-il remis en cause l'art. 173 sur la diffamation et ses preuves libératoires? C'est ce qu'affirme le présent arrêt. Si on suit le juge tessinois, un journal pourrait être condamné désormais pour des articles diffamatoires au contenu véridique. En réalité, le législateur n'a voulu qu'une chose: que le rédacteur responsable ne soit pas puni à la place d'un autre, mais qu'il le soit pour la faute commise par lui personnellement. L'art. 322^{bis} n'est pas une infraction autonome, mais un complément de l'art. 27. Il intervient «lorsqu'une infraction aura été commise et consommée sous la forme de publication par un média». Or pour savoir si une infraction mérite de déclencher une répression lorsque l'honneur d'une personne a été atteint, il faut appliquer l'art. 173, dans son ensemble, c'est-à-dire également le chiffre 2 qui parle des preuves libératoires. Certes, celles-ci sont offertes à l'«inculpé». Mais cela ne signifie pas que lorsque l'auteur est inconnu, les preuves libératoires ne sont plus utilisables. De facto, le rédacteur responsable fait office d'inculpé de remplacement. Il pourra, à tout le moins, essayer de prouver la vérité des allégations. Refuser au rédacteur responsable l'usage de la preuve de vérité, reviendrait, encore une fois, à admettre des condamnations pour des allégations véridiques. Ce serait une atteinte au système de répression prévu par le code pénal en cas de diffamation. Mais ce serait sans doute aussi contrevenir à l'art. 322^{bis} qui réprime la faute personnelle du rédacteur responsable, et non une faute abstraite consistant à ne pas s'opposer à une publication. Et cette faute personnelle est inexistante si les allégations sont véridiques.

Qu'en est-il de la preuve de la bonne foi? Elle fait intervenir trop de facteurs subjectifs pour qu'elle puisse être apportée par une personne autre que l'auteur. Mais le rédacteur responsable pourra néanmoins établir sa bonne foi à lui, telles que des recherches qu'il aurait faites par lui-même pour vérifier le contenu, et montrer qu'il n'y avait ainsi pas, de sa part, intention de publier un article délictueux.

L'arrêt en question est également critiquable en raison du peu de cas qu'il fait du droit à l'anonymat. Même si ce droit a perdu en importance dans la pratique journalistique, il reste considéré comme un élément de la liberté de la presse. Dire que le rédacteur responsable peut, en livrant le nom de l'auteur, échapper aux conséquences négatives résultant d'une prétendue impossibilité d'apporter les preuves libératoires, ce n'est pas un argument tenant compte des choix que le législateur a opérés aux art. 27 et 27^{bis} CP en faveur des libertés de la communication.

PROF. DENIS BARRELET, DETLIGEN

«www.djbobo.de» gehört
DJ Bobo

Urteil des Kantonsgerichts Nidwalden
vom 7. November 2001 (13/00 Z)

Der bekannte Musiker René Baumann alias DJ Bobo kämpfte vor dem Kantonsgericht Nidwalden erfolgreich um den Domainnamen «www.djbobo.de». Der Beklagte, ein ehemaliger Produzent von Baumann, wurde u.a. zur Löschung des von ihm gebrauchten Domainnamens verpflichtet. Das Gericht prüfte den Domainnamenstreit unter den Gesichtspunkten des Namensrechts, des Markenschutzes und des unlauteren Wettbewerbes.

«Das Pseudonym des Klägers «DJ Bobo» fällt unter den Namensschutz von Art. 29 ZGB und der Webseite «www.djbobo.de» kommt neben der Funktion als Adresse auch eine namensähnliche Funktion zu. Da in der Schaltung der Domain «www.djbobo.ch» ein Namensgebrauch vorliegt, wird ins Namensrechts des Klägers eingegriffen. Die Verwechslungsgefahr wird geschaffen, in dem die Internetuser fälschlicherweise annehmen, dass hinter dem Domainnamen der Kläger steht.»

Das Gericht sah auch eine Markenverletzung für gegeben, da der Second Level Domain «djbobo» der Beklagten nicht nur ähnlich, sondern mit der Marke des Klägers übereinstimmt, abgesehen von der Schreibweise, welche je nach Markeneintrag unterschiedlich ist. Dabei kommt den Bestandteilen «.ch» oder «.de» keine individualisierende Wirkung zu.

Zur unlauteren Verwendung des in Frage stehenden Domainnamens äussert sich das Kantonsgericht u.a. folgendermassen «Der Internetuser darf bei der Webpage «www.djbobo.de» davon ausgehen, dass es sich um eine offizielle Homepage des Klägers handelt. Wenn man die Einträge im Gästebuch, welches in der Zwischenzeit geschlossen wurde, anschaut, ist es denn auch schon zu Verwechslungen gekommen. Daraus folgt, dass ein nicht unerheblicher Teil der Internetbenutzer geneigt ist anzunehmen, «www.djbobo.de» sei die Adresse des Klägers in Deutschland oder es bestehe mindestens ein Zusammenhang. Verwechslungen sind auch bei der Verwendung gleicher Kennzeichen nicht zwingend, wenn sich die Geschäftsbereiche der beteiligten Unternehmen nicht überschneiden. Genau dies ist jedoch vorliegend der Fall. Hinzu kommt, dass der Künstlurname DJ Bobo international bekannt und einzigartig ist, d. h. er hat eine große Identifizierungskraft. Im Übrigen lassen sich Verwechslungen auch vermeiden, in dem eine Homepage explizit auf ihre Urheberschaft hinweist, respektive sich entsprechend abgrenzt. Ein Vergleich mit der Homepage «www.djbobo.de» zeigte, dass die Seite dies eben gerade nicht tut, sodass man annehmen kann, eine Verwechslungsgefahr sei vom Beklagten geradezu gewollt. Durch die Wahl des Second Level Domain «djbobo» mit dem Top Level Domain «.de» kommen viele Internetuser, welche Fans von die DJ Bobo sind und in Deutschland, aber auch an anderen Orten wohnen, ohne Suchmaschinen auf die Homepage des Beklagten, welcher so seine CD's online verkaufen kann und auch verkaufen darf. Dies ist für den Beklagten ein gewaltiger wirtschaftlicher Vorteil. Hätte der Beklagte seinen Second Level Domain mit «Second Level.de» gewählt, während Fans - und somit potenzielle CD-

Käufer - gezwungen, über Suchmaschinen auf die Seite des Beklagten zu gelangen. Somit verfolgt der Beklagte ganz klar wirtschaftliche Interessen, die jedoch i. S. von Art. 2 ff. UWG als unlauter zu bezeichnen sind.» ■

Sex-Marathon im Fernsehen

Entscheid der Unabhängigen
Beschwerdeinstanz für Radio und
Fernsehen vom 15. März 2002 (b. 448)

Schweizer Fernsehen DRS strahlte vom 18. Oktober 2001 bis zum 15. November 2001 im Sendegefäss «Delikatessen» zwölf Filme in der Reihe «Sex sells» aus. In diesem Rahmen wurde auch der Dokumentarfilm «Sex: the Annabel Chong Story» als Schweizer Premiere in der englischsprachigen Originalversion mit deutschen Untertiteln gezeigt. Im Mittelpunkt steht eine aus Singapur stammende Amerikanerin, die unter dem Namen Annabel Chong als Pornodarstellerin auftritt. Die Kunststudentin erlangte 1995 durch den «World's Biggest Gang Bang» Berühmtheit, bei dem sie vor laufender Kamera in zehn Stunden nacheinander mit 251 Männern Sex hatte. Im Dokumentarfilm wird die junge Frau porträtiert. In zahlreichen Interviews mit ihr, Freunden, Bekannten aus der Universität und der Pornoindustrie sowie Verwandten versucht der Film, ein Bild von ihr zu skizzieren. Eine zentrale Rolle bei ihrem Porträt nimmt der «World's Biggest Gang Bang» ein.

Der Beschwerdeführer hat vorab die «sexuellen Obszönitäten» in Wort und Bild beanstandet. Die UBI prüfte die Sendung im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit den Bestimmungen über die Gefährdung der öffentlichen Sittlichkeit (Art. 6 Abs. 1 Satz 2 RTVG) und über die Menschenwürde. Deren Schutz bildet Teil der sensiblen Bereiche des kulturellen Mandats von Art. 3 RTVG und ist überdies explizit durch das Europäische Übereinkommen über das grenzüberschreitende Fernsehen (Art. 7 Ziffer 1) gewährleistet.

In ihren Erwägungen betont die UBI, dass die den Veranstaltern zustehende Programmautonomie auch die Ausstrahlung einer Sendung einschliesst, welche die Protagonistin eines Sex-Marathons porträtiert. «In diesem Rahmen erscheint auch die Ausstrahlung von Bildern mit explizit sexuellem Inhalt und die verbale Darstellung von Sex als wohl unerlässlich, zumindest aber sachlich nachvollziehbar. Im Gegensatz zu einem Pornofilm stehen bei der vorliegenden Ausstrahlung jedoch nicht sexuelle Akte und Genitalien im Vordergrund, sondern die Persönlichkeit der Hauptdarstellerin, was die vielen Interviews mit ihr bzw. über sie unterstreichen. Letztere füllen auch in zeitlicher Hinsicht den grössten Teil des Films aus. Die gezeigten und verbalisierten sexuellen Inhalte dienen damit nicht einem Selbstzweck oder voyeuristischer Lustbefriedigung. (...) Dabei gilt es zugunsten des Veranstalters zu berücksichtigen, dass neben dem Titel der ganzen Serie («Sex sells») und dem Titel des beanstandeten Films («Sex: The Annabel Chong Story») insbesondere das rund siebenminütige einführende Gespräch mit einer Zürcher Professorin das Publikum in unmissverständlicher Weise auf den Inhalt der Ausstrahlung vorbereitet hat. Zudem ist der

L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

Film in einem dem Thema angepassten speziellen Sendegefäss und zu einer adäquaten Sendezeit (23.25 Uhr) gezeigt worden.» Der beanstandete Film hat die öffentliche Sittlichkeit deshalb nicht gefährdet.

Hinsichtlich des Schutzes der Menschenwürde argumentiert die UBI, dass die Hauptdarstellerin zwar im Film ihren Körper oft entblöße, aber trotzdem nie zum Lustobjekt degradiert werde. Sie bleibe vielmehr sehr selbstbewusstes Subjekt mit sehr widersprüchlichen Seiten, die zu ihrer sexuellen Lust stehe und ihre Motivation aus frauenspezifischer Sicht wortreich zu erklären wisse. Die UBI setzt sich im Entscheid mit dem Aspekt der Menschenwürde ebenfalls in grundsätzlicher Weise auseinander. «Ein solcher sexueller Rekordversuch, bei dem es ausschliesslich um die Zahl der Geschlechtsakte und damit den Sensationseffekt geht, reduziert die Menschen letztlich auf blosse Objekte für die Lustbefriedigung. Mit der öffentlichen Zurschaustellung dieses Sex-Marathons ist dieser Effekt noch verstärkt worden. Eine solch exzessive Vermarktung von Sexualität mit einem entsprechenden eindimensionalen Menschenbild widerspricht gängigen Werten in unserer Gesellschaft und dürfte deshalb auch viele der Zuschauenden schockiert bzw. angewidert haben. Der beanstandete Film prangert den Sex-Marathon zwar nicht explizit an. Indem ‚Sex: The Annabel Chong‘ aber insgesamt ein differenziertes Bild über die Persönlichkeit der Protagonistin zeichnet, das sich nicht nur mit ihrer Art der sexuellen Lustbefriedigung beschäftigt, relativiert er doch das mit dem ‚Worlds Biggest Gang Bang‘ verbundene Menschenbild (...).» Die UBI ist deshalb zum Schluss gekommen, dass die Ausstrahlung des beanstandeten Films weder die Menschenwürde der Hauptdarstellerin noch die Würde des Menschen in einer umfassenden Weise als kulturelle Werteordnung verletzt. Die Beschwerde hat sie als unbegründet abgewiesen. ■

des Verbots der Vorverurteilung und der ganz besonderen Beachtung des Sachgerechtigkeitsgebots, insbesondere eine zurückhaltende Ausdrucksweise, sowohl im Inhalt wie auch im Ton.

Einlässlich äussert sich die UBI zur Frage, ob bzw. in welchen Fällen Namen von angeschuldigten Personen genannt und Bilder von diesen veröffentlicht werden dürfen. Demnach gebietet sich eine Anonymisierung regelmässig, wenn Medien über laufende Verfahren berichten. «Programmrechtlich stützt sich dieser Grundsatz einerseits auf die Unschuldsvermutung, welche ihrerseits Teil des Sachgerechtigkeitsgebots bildet. Andererseits ist bei einer Namensnennung bzw. bei der Ausstrahlung eines Bilds jeweils auch die Privatsphäre der betroffenen Person berührt. Der Schutz der Privatsphäre stellt Teil der programmrechtlich geschützten Menschenwürde dar.» Die UBI betont aber, dass es von diesem Grundsatz Ausnahmen geben müsse, damit die Medien ihre wichtige Kontrollfunktion überhaupt wahrnehmen können. «Damit ein Name genannt werden darf, muss ein überwiegendes öffentliches Interesse bestehen. (...) Das öffentliche Interesse an einer Informationsvermittlung muss grösser sein als der mit der Anonymisierung verbundene Schutz der betroffenen Person. Ein solches überwiegendes Interesse kann insbesondere bei Personen, die ein politisches Amt bekleiden, eine andere wichtige öffentliche Funktion in der Verwaltung oder in einem Gericht innehaben, angenommen werden. Dies gilt ebenfalls für andere Personen, welche in der Öffentlichkeit allgemein bekannt sind. Voraussetzung für die Namensnennung ist zusätzlich, dass die Vorwürfe bzw. Anschuldigungen im Zusammenhang mit ihrer Funktion bzw. ihrer Bekanntheit stehen. Falls die Anschuldigungen nicht bereits Teil eines laufenden Gerichtsverfahrens sind, müssen sie von einer solchen Tragweite sein, dass sie allenfalls in ein solches münden könnten. Bei einem laufenden Verfahren kann, aufgrund der in der Regel damit verbundenen Verdachtsmomente, ein solches überwiegendes Interesse angenommen werden.»

In casu hat die UBI erwogen, dass ein leitender Beamter der Sittenpolizei eine wichtige öffentliche Funktion wahrnehme und eine departementsinterne Untersuchung im Gang sei, die allenfalls in ein ordentliches Strafverfahren münden könnte. Insoweit waren die Voraussetzungen für eine Ausnahme vom Grundsatz der Anonymisierung erfüllt. Da aber im Beitrag nur untergeordnete Vorwürfe gegen den Polizeibeamten erhoben wurden, d.h. ein angebliches Verhältnis zu einer Nachtclubbesitzerin, waren gemäss des UBI-Entscheids die Bedingungen für eine Nennung des Namens und der Ausstrahlung von Bildern nicht gegeben. Es hat deshalb kein überwiegendes öffentliches Interesse zur Rechtfertigung einer Ausnahme bestanden. Der Beitrag hat damit den Schutz der Menschenwürde verletzt (vgl. Art. 3 Abs. 1 RTVG). Das vorliegend ebenfalls anwendbare Europäische Übereinkommen über das grenzüberschreitende Fernsehen sieht in Art. 7 Ziff. 1 überdies explizit vor, dass alle Sendungen im Hinblick auf ihren Inhalt die Menschenwürde und die Grundrechte anderer achten müssen. Der Beitrag hat zusätzlich das Sachgerechtigkeitsgebot (Art. 4 Abs. 1 RTVG) verletzt, weil zentrale, strafrechtlich allenfalls relevante Fakten im Zusammenhang mit den gegen den Polizeibeamten erhobenen Vorwürfen nicht erwähnt wurden. ■

Grundsatz der Anonymisierung

Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 15. März 2002 (b. 449)

Im Rahmen des Nachrichtenmagazins «7 vor 7» strahlte Tele Basel im November 2001 den knapp vierminütigen Beitrag «Streit im Rotlichtmilieu» aus. Dieser beschäftigte sich mit den Anschuldigungen eines Nachtclubbetreibers gegen einen leitenden Beamten der Sittenpolizei, welche auch ein Verfahren innerhalb des zuständigen Departements ausgelöst hat. Der Beamte hat gegen diesen Beitrag eine Programmbeschwerde erhoben. Er argumentierte insbesondere, durch die mehrfache Ausstrahlung seines Bilds und durch die Namensnennung sei in unzulässiger Weise in seine Privatsphäre eingegriffen worden. Die UBI hat die Beschwerde gutgeheissen.

Bei der Konkretisierung des Sachgerechtigkeitsgebots im Zusammenhang mit hängigen Verfahren gilt es den Grundsatz der Unschuldsvermutung im Sinne von Art. 6 § 2 EMRK mitzubetrachten. Es gelten entsprechend erhöhte journalistische Sorgfaltspflichten. Dies bedeutet neben der Berücksichtigung

Rechtsprechung auf dem Gebiet des Straf- und Strafprozessrechts des Jahres 2001

Franz Riklin

Professor für Strafrecht an der Universität Freiburg

Die Recherche bezieht sich nur auf Entscheide, die seit der letzten Rechtsprechungsübersicht in *medialex* 2001, 114 ff. und bis zur Kommunikationsrechtstagung vom 16.10.2001 publiziert oder besprochen worden sind. Berücksichtigt wurden dabei sämtliche Publikationshinweise in den Zeitschriften AGVE, AJP, BGE, BJM, *medialex*, PKG, plädoyer, recht, RFJ/FZR, RS, SJ, SJZ, ZBJV, RVJ, ZR, ZSR, ZStrR sowie weitestgehend auch Vermerke in den restlichen kantonalen Rechenschaftsberichten und Entscheidungssammlungen.

I. EMRK / CEDH

1. **Injures et liberté d'expression (art. 10 CEDH).** (Cour européenne des droits de l'homme, 6.2.2001, 41205/98, affaire Tammer c. Estonie; *medialex* 2001, 47; AJP/PJA 2001, 845)

2. **Jugement de valeur et liberté d'expression (art. 10 CEDH).** (Cour européenne des droits de l'homme, 25.7.2001, affaire Perna c. Italie, 48898/99; *medialex* 2001, 173 s.)

II. Strafrecht und Strafprozessrecht/Droit pénal et droit de procédure pénale

1. **Amtsgeheimnisverletzung durch Journalisten (Art. 24, 320 StGB).** (Bundesgericht, 1.5.2001, 127 IV 122; *medialex* 2001, 160 ff.; sic! 2001, 407, 440 ff.; 446; Pra 2001, 726 ff. Nr. 122; SJZ 2001, 354; plädoyer 2001, 65)

2. **Diffamation de la Fondation Hirondelle (art. 173 CP).** (Tribunal fédéral, 1.11.2000, 6S.295/2000; *medialex* 2001, 45 s.; AJP/PJA 2001, 843)

3. **Présomption d'innocence et diffamation (Art. 173 CP).** (Tribunal fédéral, 4.12.2000, 6S.368/2000; *medialex* 2001, 103 ss.)

4. **Telefonterror (aArt. 179^{septies} StGB).** (Bundesgericht, 22.11.2000, 6S.166/1999; plädoyer 2001, 52; SJZ 2001, 60 f.; AJP/PJA 2001, 586, 601 ff.)

5. **«Sale arabe» (art. 261^{bis} al. 4 CP).** (NE, Cour de cassation pénale, 9.4.1998; SJZ 2001, 16; AJP/PJA 2001, 699)

6. **Bereithalten rassistischer Bücher (Art. 261^{bis} StGB).** (Bundesgericht, 23.8.2000, 6S.291/2000; *medialex* 2000, 226 f.; SJ 2001 I, 122 ff.)

7. **Verbotenes Veröffentlichen von Geheimnissen (Art. 293 StGB).** (Bundesgericht, 5.12.2000, 6S.425/2000 und 6P.105/2000; *medialex* 2001, 42 ff.; sic! 2001, 202, 232 ff.; plädoyer 2001, 62 f.; AJP/PJA 2001, 586, 843)

8. **Enquêteur oui, mais sans transgresser la loi (art. 23 LSEE, art. 32-34 CP, art. 10 CEDH, art. 17 Cst.).** (Tribunal fédéral, 16.5.2001, 6P.152/2000, 6S.694/2000; *medialex* 2001, 174 s.)

9. **Ausstand der Eidg. Untersuchungsrichterin (Art. 99 Abs. 1, 214 ff. BStP, Art. 23 lit. c OG).** (Bundesgericht, 25.9.2000, 8G.36/2000, 8G.39/2000; *medialex* 2000, 227)

10. **Überwachung des E-Mail-Verkehrs (Art. 13 Abs. 1 BV, 43 f. FMG, § 104b Abs. 1, 402 ZH-StPO).** (Bundesgericht, 7.11.2000, 1P.608/2000; *medialex* 2001, 46; sic! 2001, 23 f., 53)

11. **Telefonkontrolle; Verwertung von Zufallsfunden (Art. 13 Abs. 1 BV, Art. 8 EMRK, § 104d Abs. 3 ZH-StPO).** (Bundesgericht, 15.11.2000, 6P.169/2000; Pra 2001, 359 ff. Nr. 61)

12. **Erfolg vor Bundesgericht für geprellten Anrufer auf Kontaktanzeige (Art. 269, 273 Abs. 1 lit. b, 277^{bis}, 277^{ter} Abs. 1 BStP, Art. 146 StGB).** (Bundesgericht, 19.6.2001, 6S.556/2000; Jusletter 20. August 2001)

III. UWG-Strafrecht/ LCD-Droit pénal

1. **«Barcodedrucker.ch» (Art. 3-6, 23 UWG).** (Bezirksgericht Hinwil, 23.8.2000, U/E/GR000004; sic! 2001, 211, 212 ff., 231, 236)

2. **Unlauterer Wettbewerb in der «Weltwoche» (Art. 3 lit. a i.V.m. Art. 23 UWG, Art. 160 aStGB).** (Bundesgericht, 16.8.2001, 6P.31/2001; NZZ 5.9.2001 Nr. 205, 44)

Wie in früheren Übersichten kann nur eine begrenzte Zahl von Entscheiden besprochen werden. Zudem fallen in die Berichtsperiode einzelne bedeutsame Urteile, die durch den Rezensenten in *medialex* ausführlich besprochen wurden. In diesen Fällen erfolgt nachstehend nur eine kurze Rekapitulation und es wird auf die betreffende Besprechung in *medialex* verwiesen.

1. Anstiftung (Entscheid II/1)

Das Bundesgericht hat die Anfrage eines Journalisten an die Zürcher Staatsanwaltschaft über Vorstrafen von Beschuldigten als Anstiftung zur Amtsgeheimnisverletzung bewertet. Dies ist einer der erwähnten Entscheide, die in *medialex* besprochen wurden (*medialex* 2001, S. 162 f.). Bereits der Entscheid der Vorinstanz des Zürcher Obergerichts ist in dieser Zeitschrift besprochen worden (*medialex* 2000, S. 113 ff.). Drei Aspekte seien rekapituliert: Das Bundesgericht ging zunächst davon aus, dass der Reporter weder insistiert, noch die Verwaltungsangestellte, welche die Auskünfte erteilte, gedrängt, sondern bloss gefragt hat. Für das Gericht war dennoch klar, dass bereits eine einfache Anfrage objektiv eine Anstiftung zur Tat darstelle, weil es ohne Frage keine Antwort gegeben hätte. Nicht berücksichtigt wurde u.a. folgendes: Ein Fragesteller tätigt in solchen Fällen die Anfrage regelmässig mit dem inneren Vorbehalt, dass die angesprochene Behörde selber weiss und prüft, ob sie die betreffende Antwort erteilen darf. Im Einzelfall kann ein Fragesteller gar nicht wissen, ob eine Tatsache überhaupt noch geheim ist oder darüber bereits anderweitig Informationen abgegeben wurden. Dies zu bewerten ist Sache der angefragten Behörde. Ein zweiter Aspekt: Das Problem, ob eine Frage eine Anstiftung darstelle, wurde in der Schweiz bisher nie abgehandelt. Das Bundesgericht hat zur Frage, was eine Anstiftung sei, auch auf die Aussagen der deutschen Strafrechtswissenschaft Prof. CLAUS ROXIN im Leipziger Kommentar hingewiesen, aber die Tatsache übersehen, dass sich ausgerechnet dieser Autor mit einem deutschen Entscheid befasst, in dem zu prüfen war, ob bereits das bloss Stellen einer Frage eine Anstiftung sein könne (Leipziger Kommentar, 11. Aufl., Berlin u.a. 1993, N 58 und 60 zu § 26 D-StGB). Sowohl dieser Entscheid und noch deutlicher Roxin selber gingen davon aus, dass eine Frage, wenn sie bloss informatorischen Charakter hat, keine Anstiftung darstelle; Roxin meint, wenn einer Äusserung objektiv keine Anstiftungsqualität

zukomme, könne sie auch der Eventualvorsatz, einen Tatentschluss auszulösen, nicht zu einer Anstiftung machen. Und drittens hat das Bundesgericht getan, als ob die Zürcher Staatsanwaltschaft mehr oder weniger zum Opfer des fragenden Journalisten geworden sei. Dies ist eine sehr einseitige Optik. Die Staatsanwaltschaft des grössten Schweizer Kantons müsste doch so organisiert sein, dass Anfragen von Journalisten von einer für die Öffentlichkeitsarbeit kompetenten Person behandelt werden (vgl. zu diesem Entscheid auch den Aufsatz von P. STUDER in diesem Heft, S. 76).

2. Wahrnehmung berechtigter Interessen (Entscheid II/8)

Ein italienischer Journalist liess sich zum Zweck der Recherche unter dem Namen eines Kosovo-Albaners mit wahren Flüchtlingen durch ein Loch im Zaun an der Südgrenze der Schweiz in unser Land einschleusen, um aus erster Hand über die damaligen Flüchtlingsprobleme in diesem Gebiet zu berichten. Er verletzte durch die illegale Überschreitung der Grenze formal Art. 23 Abs. 1 ANAG. Dieser Fall wäre ein dankbares Objekt gewesen, um dem Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen, der in Literatur und Rechtsprechung grundsätzlich anerkannt ist, zum Durchbruch zu verhelfen. Denn der Gesetzesverstoss des Journalisten war geringfügig und es besteht ein nicht unerhebliches öffentliches Interesse, über die von ihm anvisierte Thematik informiert zu werden. Das Bundesgericht stützte sich einmal mehr auf eine Floskel mit drei Hürden, wonach die Tat erstens für das zu erreichende berechnete Ziel ein notwendiges und angemessenes Mittel sein und zweitens den einzig möglichen Weg darstellen müsse, um dieses Ziel zu erreichen, sowie drittens, dass der formelle Gesetzesverstoss offenkundig weniger schwer wiegen dürfe als die Interessen, die der Täter zu wahren sucht (BGE 120 IV 113). Das Bundesgericht verneinte im Ergebnis die Voraussetzung der Subsidiarität, weil es möglich gewesen wäre, die gewünschten Informationen auch durch die Befragung der Beteiligten zu eruieren. Es verkannte, dass aus journalistischer Sicht die Schilderung eines vom Journalisten aktiv miterlebten Geschehens sehr viel aussagekräftiger ist, als wenn dieser betroffene Ausländer im Nachhinein befragt hätte. Zu Einzelheiten meines Kommentars zu diesem Bundesgerichtsentscheid vgl. *medialex* 2001, S. 175 (vgl. zu diesem Entscheid auch den Aufsatz von P. STUDER in diesem Heft, S. 76 f.).

3. Ehrverletzung (Entscheide I/2 und II/3)

Einmal mehr liegt zu Ehrverletzungsfragen ein Entscheid des EGMR vor, der von einer liberalen Haltung geprägt ist und das letztinstanzliche Urteil eines Landes, in diesem Fall Italien, desavouiert (Entscheid I/2). Ein Journalist veröffentlichte in einer italienischen Zeitung einen Artikel über einen Richter. Er enthielt kritische Äusserungen über den politischen Extremismus des Magistraten, untermauert durch entsprechende Tatsachenbehauptungen. Der Journalist wurde wegen übler Nachrede verurteilt und das Urteil von allen italienischen Gerichten bestätigt. Der EGMR betrachtete jedoch Art. 10 EMRK als verletzt. Er meinte, es treffe zwar zu, dass Magistraten vor unfundierten Angriffen in der Presse geschützt werden müssten, da diese ge-

zwungen sind, bei der Abwehr von Attacken Zurückhaltung zu üben. Gleichwohl sei die Presse ein Instrument der Öffentlichkeit und der politisch Verantwortlichen, um sich zu vergewissern, dass die Richter ihrer Aufgabe gerecht werden. Wenn sich ein Magistrat aktiv in einer politischen Partei betätige, gefährde er das Bild von Unparteilichkeit und Unabhängigkeit, welches die Justiz stets vermitteln müsse. Ein bedingungsloser Schutz von Magistraten gegenüber der Presse könne nicht mit der Wahrung des Vertrauens der Bürger in die Justiz gerechtfertigt werden. Durch ein militantes politisches Gebaren setze sich ein Magistrat unvermeidlich der Kritik der Presse aus, für die die Unabhängigkeit der Justiz ein Problem von öffentlichem Interesse sei. In Bezug auf die konkreten Ausdrucksweisen des Beschuldigten wies der EGMR darauf hin, dass die journalistische Freiheit gewisse Übertreibungen erlaube. Art. 10 EMRK schütze nicht nur die Substanz der geäusserten Ideen, sondern auch die Ausdrucksweise. Im fraglichen Artikel waren die geäusserten Werturteile durch Tatsachen untermauert worden. Die Verurteilung war nicht gerechtfertigt, weil die Kritik, auch eine scharf und provokant formulierte, durch Fakten untermauert war.

Ein interessanter schweizerischer Entscheid betraf eine Ehrverletzung gegenüber einem Kind (Entscheid II/3). In einer welschen Zeitung erschien ein Artikel zum ungeklärten Todesfall eines zweieinhalb Monate alten Kleinkindes. Darin wurde behauptet, sein vierjähriger Bruder habe seine kleine Schwester getötet. Nun müsse er lernen, mit diesem Drama zu leben. Deshalb seien die zunächst verdächtigten Eltern entlastet. Der zuständige Untersuchungsrichter betrachtete es als die wahrscheinlichste Hypothese, dass der vierjährige Bruder des Opfers, welcher unter einer Erbkrankheit leidet und verhaltensgestört ist, was ihn brüsk und ungeschickt mache, die Tat verübt habe. Misshandlungen durch die Eltern oder die sonstige Einwirkung eines Dritten wurden ausgeschlossen. Da der Vierjährige nicht strafmündig war, wurde das Dossier geschlossen. Die Eltern reichten jedoch für das Kind Strafklage gemäss Art. 173 StGB gegen die Autoren ein. Die Genfer Justiz stellte das Verfahren ein. Das Bundesgericht hiess eine Nichtigkeitsbeschwerde gut. Es meinte, die Aussage, getötet zu haben, sei auch in Bezug auf ein Kind ehrenrührig. Es komme nicht auf die Namensnennung an, da zumindest für die mit der Angelegenheit vertrauten Personen der Schluss auf die Identität möglich war. Insofern verletzte die ehrenrührige Aussage Art. 173. Es wurde allerdings festgehalten, dass für die Autoren die Möglichkeit bestehe, den Entlastungsbeweis zu erbringen. Ferner wurde betont, dass die Presse auch in einem solchen Fall die Unschuldsvermutung respektieren müsse.

4. Rassismusklausel (Entscheid II/5 und II/6)

Im Entscheid II/5 hat der Neuenburger Kassationshof Art. 261^{bis} StGB als erfüllt betrachtet, als jemand einen Fünfjährigen in Anwesenheit von dessen Mutter und Grosstante in einem Dorf als «sale arabe» (Dreckaraber) titulierte. Die Bezeichnung «sale arabe» trifft den so Bezeichneten in seiner Menschenwürde. In Bezug auf die Öffentlichkeit stellte das Gericht fest, die Beziehung zwischen Kind und seiner Mutter schliesse diese aus. Die Beziehung zwischen dem Kind und der Grosstante sei jedoch nicht so eng, dass sie die Öffentlichkeit ausschliesse. Es sei wahrscheinlich, dass die Äusserung an die Grosstante zumindest

an ein weiteres Publikum gelangen könne. Dieser Entscheid entspricht nicht mehr der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach es auf das Risiko der Verbreitung gar nicht mehr ankommt, sondern lediglich auf die tatsächliche Weiterverbreitung abgestellt wird (vgl. Rechtsprechungsübersicht des Jahres 2000, *medialex* 2001, S. 116). Nach dieser Rechtsprechung wäre in diesem Fall das Kriterium der Öffentlichkeit wohl zu verneinen. Die Argumentation im Entscheid ist im Übrigen fragwürdig, weil es nicht darauf ankommen kann, ob das Kind eine enge Beziehung zu Mutter und Grossmutter hat. Es dürfte lediglich darauf ankommen, ob der Äusserer darauf vertrauen kann, dass seine Äusserung nicht weiterverbreitet wird, und das kann er eben gerade nicht, wenn er sich gegenüber Angehörigen einer anderen Familie beleidigend äussert. Anders wäre es, wenn er gegenüber seiner eigenen Familie jemanden als Drecksack bezeichnen würde; dann könnte er Vertraulichkeit geltend machen.

Im Entscheid II/6 verneinte das Bundesgericht die Öffentlichkeit der Handlung deshalb, weil der fragliche Buchhändler ein zweifellos rassendiskriminierendes Buch nicht allgemein zugänglich in den Gestellen der Buchhandlung aufgestellt, sondern vielmehr in einem Schrank aufbewahrt hatte und es jeweils nur auf konkrete Anfragen der interessierten Kunden hin herausholte. Hinsichtlich der Kunden selbst nahm der Buchhändler indes keine Kontrolle vor und verkaufte das Werk jedem Interessierten, der danach fragte. Wollte man der Argumentation des Bundesgerichts folgen, so würde etwa auch ein Versandhaus nicht öffentlich handeln, sofern der Katalog, in welchem die rassendiskriminierenden Schriften angeboten werden, nicht selbst strafbare Äusserungen enthält. Im Ergebnis werden auf diese Weise weit mehr Handlungen als nicht-öffentlich behandelt, als man tatsächlich als privat bezeichnen könnte (vgl. G. FOLKA/M.A. NIGGLI, Das Private und das Politische, AJP 2001, 533 ff., 543).

5. Art. 293 StGB (Entscheid II/7)

Der Entscheid Jagmetti/Sonntagszeitung wurde in den Medien breit diskutiert. Verwiesen sei auf die Anmerkung des Rezensenten in *medialex* 2001, S. 44. Es ging um die Interpretation von Art. 293 StGB in der ab dem 1.4.1998 geltenden Fassung. Im Gefolge einer Indiskretion wurde ein «vertrauliches» Strategiepapier des Schweizer Botschafters in den USA zur Holo-

caust-Angelegenheit publiziert. Eine nicht unwichtige Rolle spielte, dass das Bundesgericht und der Schweizerische Presserat ganz unterschiedliche Auffassungen über den Geheimhaltungswert dieses Papiers und die «Höhe» des öffentlichen Informationsinteresses hatten. Der Presserat bejahte das öffentliche Interesse an der Publikation. Der Entscheid zeichnet sich durch seine restriktive Auffassung zum Anwendungsbereich des aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrundes der Wahrung berechtigter Interessen und der Zurückhaltung aus, welche er gegenüber dem möglichen Einfluss von Art. 10 EMRK entgegenbringt. Im Übrigen wurde die bisherige offizielle Rechtsprechung zu Art. 293 StGB bestätigt (vgl. zu diesem Entscheid auch den Aufsatz von P. STUDER in diesem Heft, S. 75).

6. Verletzung des UWG (Entscheid III/2)

Auch dieser Entscheid ist in dieser Zeitschrift ausführlich gewürdigt worden (*medialex* 2001, S. 236). Es ging einmal mehr um ein verbotenes «Anschwärzen», das vorliegt, wenn nicht nur eine blosser Kritik einer Person stattgefunden hat, sondern diese offenkundig schlecht gemacht worden ist. Der Sachverhalt und namentlich die Berechtigung der Strafbarkeit der Journalisten sind für den Leser des Entscheids schwer nachprüfbar, zumal zu einem grossen Teil auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen wird. Fest steht nur, dass im Laufe der Geschichte dieses seit 1991 dauernden Prozesses die Zahl der behaupteten strafbaren Vorwürfe ständig abnahm. Bekannt ist ferner, dass das Zürcher Handelsgericht gleiche Vorwürfe in einer parallelen zivilrechtlichen Auseinandersetzung anders interpretierte als die Strafjustiz. Ins Gesamtbild passt, dass sich das Bundesgericht schliesslich unnötigerweise zu einem abschätzigen Rundumschlag verleiten liess. Es erklärte, dass sich angesichts der Vielzahl von unrichtigen und irreführenden Äusserungen sowie der gesamten Aufmachung des Artikels und der darin verwendeten Sprache der Eindruck aufdränge, der Journalist habe eine Beeinträchtigung der Wettbewerbsstellung des Beschwerdeführers nicht nur in Kauf genommen, sondern geradezu angestrebt, und der Zweck des Artikels habe in erster Linie darin bestanden, zur Unterhaltung des Leserpublikums zwecks Steigerung der Auflage insbesondere den Kläger fertig zu machen. Als Leser des Entscheids hätte man gerne konkrete Belege für diese Disqualifikation des verurteilten Journalisten als ein dem Missbrauch fröner Berufsmann gesehen. ■

Das Grundrecht auf Meinungsfreiheit vermag das Grundrecht am geistigen Eigentum nicht aufzuheben

Werner Stauffacher

Dr. iur., Vizedirektor und Leiter Rechtsdienst ProLitteris, Zürich

Immer wieder werden in letzter Zeit verfassungsmässige Grundrechte herangezogen, anhand derer versucht wird, das Urheberrecht und dessen Grundsätze aus den Angeln zu heben. So auch in der letzten Ausgabe von medialex 1/02, in der Sandro Macciachini am Beispiel eines konkreten Falles die Meinung vertritt, das in der Verfassung verbriefte Grundrecht auf Meinungsfreiheit ermögliche ein weitgehend schrankenloses Verwenden von Fotografien, seien diese nun urheberrechtlich geschützt oder nicht. In der folgenden Entgegnung wird dargelegt, dass indessen aus der Bundesverfassung nicht hervorgeht, Nutzungen geschützter Werke seien zum Nulltarif garantiert.

Das schweizerische Urheberrechtsgesetz (URG) hält in Art. 10 Abs. 1 fest: «Der Urheber oder die Urheberin hat das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk verwendet wird.» Dieser Grundsatz gilt so - oder in einer ähnlichen Form - in fast allen Urheberrechtsgesetzen, ist zudem Bestandteil der auch für die Schweiz geltende Berner Übereinkunft (RBUE), des Welturheberrechtsabkommens und wird in den im Urheberrecht geltenden Direktiven und Harmonisierungsbestimmungen in der EU nicht in Frage gestellt. Auch das Eigentum immaterieller Güter - wie das im Urheberrecht festgelegte geistige Eigentum - ist ein geschütztes Grundrecht und somit Bestandteil der Eigentumsgarantie gemäss Art. 26 der Bundesverfassung.

Sandro Macciachini vertritt als Rechtskonsulent der Tamedia, Zürich, in seinem Aufsatz die Auffassung, jeder solle anderen ungehindert mitteilen können, was er gehört, gesehen oder sonstwie erfahren habe. Das sei eine allgemeine und selbstverständliche Maxime des Urheberrechts (gemeint ist wohl eine Maxime der freien Meinungsäusserung), denn nur so könne eine Gewährleistung der Meinungsfreiheit gegeben sein. Sinngemäss kommt der Autor zum Schluss, dass die Bestimmungen des Urheberrechts diesem Anspruch hinderlich seien, wobei Macciachini in Tat und Wahrheit eine den Presseunternehmen dienende freie Nutzung geschützter Werke im Visier hat. Solcherlei Argumentation, in der ein Verweis auf die Grundrechte zur Aushöhlung oder gar Untergrabung des urheberrechtlichen Ausschliesslichkeitsrechtes herangezogen wird, ist nicht neu und ist vor allem seit den umfassenden Nutzungsmöglichkeiten von Werken im digitalen Bereich, insbesondere im Internet, vermehrt zu hören.

Selbst wenn ein Konflikt zwischen zwei verfassungsmässigen Grundrechten vorliegen mag, genügt meiner Ansicht nach die bestehende Urheberrechtsordnung durchaus den Interessen einer demokratischen Gesellschaft auf Meinungsfreiheit. Um dies zu verdeutlichen, möchte ich an dem von Macciachini aufgeführten Beispiel der Pressefotografie von Gisela Blau einerseits darlegen, warum eben diese Fotografie durchaus als schutzwürdiges Werk betrachtet werden kann,

andererseits verdeutlichen, dass ein solcher Schutz der vielzitierten Meinungsfreiheit keinesfalls im Wege steht.

1. Der Schutz des geistigen Eigentums bedeutet das Recht des Urhebers und der Urheberin zu bestimmen, ob, wann und wie ihre Werke verwendet werden (Art. 10 Abs. 1 URG). Dieser Anspruch – das sogenannte Ausschliesslichkeitsrecht – entspringt der verfassungsmässigen Eigentumsgarantie. Die von Macciachini angeführte Meinungsfreiheit bedeutet primär die Freiheit des Individuums auf freie Meinungsäusserung ohne Einschränkungen durch staatliche Instanzen; vorbehalten bleiben selbstverständlich die gesetzlichen Schranken dieses Freiheitsrechtes, wie sie beispielsweise im Strafrecht festgelegt sind.

Aufgrund der anerkannten Drittwirkung von Grundrechten kann sich jedermann auch Individuen und Institutionen gegenüber auf dieses Freiheitsrecht berufen. Allerdings ergibt eine Wertung der beiden Grundrechte nicht ohne weiteres, dass das Urheberrecht als (immaterielle) Eigentumsgarantie gegenüber der Meinungsäusserungsfreiheit grundsätzlich zurückzustehen habe. Denn der Meinungs- oder Informationsaustausch kann nicht generell und ohne weiteres zu einem der spezifischen Grundrechte freier Kommunikation zugeordnet werden (siehe JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999, S. 247). Wie jedes Grundrecht erfährt nun aber auch die Meinungsfreiheit Schranken, wovon die eine eben das den Urhebern und Urheberinnen zustehende Ausschliesslichkeitsrecht ist.

2. Als Werke gelten grundsätzlich auch Fotografien (Art. 2 Abs. 2 lit. g URG). Dabei ist einzuräumen, dass diese Werkkategorie nicht ohne weiteres uneingeschränkter urheberrechtlicher Schutz genießt – im Unterschied beispielsweise zu einem Oelbild oder einer Bleistiftzeichnung. Trotzdem ist davon auszugehen, dass eine Fotografie, die von einer Person und nicht z.B. von einer fest installierten Überwachungskamera aufgenommen wird, eine geistige Schöpfung darstellt. Da die Fotografie von Gisela Blau als ihre eigene Schöpfung mit individuellem Charakter erscheint, kann sie durchaus als urheberrechtlich geschützt angesehen werden. Damit allerdings ist nichts über die fotografische Qualität des Bildes gesagt, was ohnehin nicht als Kriterium für das Bestehen eines Werkes im Sinne des URG massgeblich ist.

Höchst gefährlich, wenn auch aus Sicht des Rechtskonsulenten der Tamedia verständlich, wäre es, wenn bei der Frage nach der Werkqualität das Kriterium der Individualität mit den Ansprüchen der Meinungsfreiheit gemessen würde - oder gar jene Schöpfungen, die ein Dritter ebenfalls hätte schaffen können, für nicht schutzwürdig erklärt würden. Laut Macciachini soll nämlich ein solcher Dritter ein höherwertiges Interesse an einer freien Verwendung haben, wodurch jeder weiteren Reproduktion der Weg zu freier Nutzung geebnet und der Urheberrechtsschutz rückwirkend ausser Kraft gesetzt würde, was nicht die Meinung des Gesetzgebers ist. Eine solche, rein retrospektive Beweisführung übersieht, dass der Urheberrechtsschutz zeitgleich mit der Tatsache, dass ein Werk geschaffen wird, entsteht.

3. Nun erfährt das Ausschliesslichkeitsrecht geschützter Werke verschiedene Ausnahmen. In Zusammenhang mit Fotografien und dem (Presse-)Markt spielen sowohl das Zitatrecht (Art. 25 URG) als auch die Ausnahmeregelung bei Berichterstattung über aktuelles Tagesgeschehen (Art. 28 URG) eine Rolle.

Was als Zitat zulässig ist, wird durch das Kriterium des Werkgenusses bestimmt. Ein Zitat muss den Anspruch nach Erläuterung, Hinweis oder Veranschaulichung erfüllen; sein Umfang ist demnach durch diesen Zweck zu rechtfertigen. Es ist somit in aller Regel nicht zulässig, ein ganzes Werk als Zitat zu verwenden. Bei Werken der bildenden Kunst, und da ist dem Autor zu widersprechen, kann es daher kein Zitatrecht geben, da ein ausschnittweises Nutzen den Anspruch auf Werkintegrität verletzt.

Wie Macciachini richtig ausführt, besteht im Bereich der Presse ein Ausnahmeartikel im URG, der eine ausreichende Berichterstattung auch durch Bildmaterial garantiert. Art. 28

URG gestattet nämlich, dass Werke, die anlässlich von aktuellen Ereignissen wahrgenommen werden, ohne Entschädigungen vielfältig und verbreitet werden dürfen. In der Praxis ist die Grenze zulässiger Bildnutzungen überschritten, wenn der Umfang der Bildreproduktion die dazu gehörende Textmenge übertrifft. Es ist daher in diesem Zusammenhang mässig, das Grundrecht der Meinungsfreiheit heranzuziehen.

4. So dramatisch, wie die Presse befürchtet, kann es also nicht sein: Das alleinige Anschauen einer geschützten Fotografie wird durch das URG nicht verunmöglicht, wie Macciachini meint. Bei den Ausschliesslichkeitsrechten geht es vielmehr um jede weitere Nutzung, wie beispielsweise das Reproduzieren oder Senden ausserhalb der aktuellen Berichterstattung. Dies genau liegt im Falle der Fotografie von Gisela Blau vor: Das Portrait Christoph Meilis wurde von der BBC ohne erforderliche Autorisation in einer Fernsehdokumentation wiederverwendet und anschliessend mehrfach von verschiedenen Sendeanstalten ausgestrahlt.

Somit handelt es sich in dem von Macciachini besprochenen Fall um erneute Nutzungen eines Werkes, die von den gesetzlichen Ausnahmeregelungen nicht abgedeckt sind. Sie verletzen den Anspruch auf die normale Verwertung des Werkes und beeinträchtigen die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers, wie sie in der RBUE festgehalten sind (Art. 9 Abs. 2, Fassung von Paris 1974). Da überdies der Name der Fotografin nicht genannt wurde, ist auch deren aus dem Urheberpersönlichkeitsrecht fließender Anspruch auf Urhebernennung verletzt worden (Art. 9 Abs. 1 URG).

Der Fall ist inzwischen dem Bundesgericht zur Beurteilung vorgelegt worden, und es bleibt mit Spannung abzuwarten, wie das höchste schweizerische Gericht die Fragen nach Werkqualität und Urheberrechten entscheiden wird. ■

.....

Droit d'auteur désarmé?

Alexander Sami

Avocat, secrétaire central de la Fédération suisse des Journalistes FSJ, Fribourg

Dans son article «Urheberrecht v. Meinungsfreiheit am Beispiel der Fotografie» (medialex 2002, p. 24 ss), Sandro Macciachini, conseil de Tamedia SA, applique ses thèses à l'affaire Blau c. BBC, pendante devant le Tribunal fédéral. Dans le cas d'espèce, ses arguments ne doivent pas voiler quelques réflexions primordiales. Les journalistes restent incrédules face au jugement du Tribunal cantonal zurichois, qui ne reconnaît pas la qualité d'œuvre à la photo représentant Christoph Meili. Ils n'y retrouvent plus les repères que leur fournissent la loi et la pratique.

M. Macciachini expose qu'une œuvre est protégée lorsque son auteur lui donne un cachet individuel grâce à sa façon de la présenter et à ses choix conceptuels. Récemment, le Tribunal fédéral a jugé que l'individualité d'une œuvre s'appréciait exclusivement en fonction des marges offertes à la créativité (ATF 125 III 338). L'originalité d'une photographie

peut ainsi notamment être due au choix des appareils techniques, à la sélection ou composition des objets représentés ou aux contrastes de lumière (G. HUG-KETTMEIER, Urheberrecht an der Fotografie nach schweizerischem Recht, UFITA 136/1998, p. 151 ss, notamment p. 156 ss; voir également BARRELET/EGLOFF, Das neue Urheberrecht, 2^e édition, Berne 2000, ad art. 2, n. 5 et les

renvois mentionnés). Selon le Tribunal cantonal zurichois, la prise de vue qui représente M. Meili de face tendant des documents vers la caméra est à la portée du premier venu; tout le monde aurait donné les mêmes instructions pour montrer cela. Une démarche créatrice ferait défaut, ce qui priverait l'œuvre de toute originalité. Le critère de distinction des juges était de toute évidence la préparation matérielle et intellectuelle de la photo. Ils auraient pourtant dû se fonder sur les marges de créativité offertes à la photographe dans le cas d'espèce. Il leur a échappé que la mise en scène faisait ironiquement allusion à Moïse montrant les tables de la loi; il leur a également échappé que la photographe a utilisé une caméra de très haute qualité pour créer une image qui serve au mieux le texte qu'elle accompagne: d'une part le titre des documents était mis en évidence, et d'autre part le reflet du flash rendait l'image froide – reflet de la glaçante vérité mise à jour par la découverte de M. Meili. Seule cette photo, et non pas n'importe quelle prise de vue, pouvait suffire aux exigences journalistiques de son auteur.

M. Macciachini relève le critère central pour la formulation de limites au droit d'auteur: quelle est l'incidence économique

d'une libre utilisation? Une libre utilisation n'est admissible que lorsque l'auteur garde la maîtrise de ses créations, que l'interdiction de leur exploitation par un tiers est maintenue et qu'aucune restriction exorbitante du droit d'auteur n'intervient. Cela signifie que la liberté d'expression peut être restreinte par un autre droit fondamental, soit la garantie de la propriété telle qu'elle est exprimée par le droit d'auteur.

Si le Tribunal fédéral devait confirmer le jugement du Tribunal cantonal zurichois, cela aurait les pires conséquences pour les photographes de presse. La plupart des photographies ne jouiraient plus de la protection du droit d'auteur dès qu'elles ne correspondent plus aux visions pseudoesthétiques des tribunaux. Comme les photographes de presse vivent largement de la rémunération provenant de la reproduction de leurs photos, ils se verraient contraints d'abandonner leur profession. La photographie de la journaliste zurichoise Gisela Blau représentant M. Meili avec les documents de l'UBS destinés à la destruction illustre parfaitement que le droit d'auteur ne doit pas rester impuissant dans le cas d'espèce pour ne pas perdre toute raison d'être pour le journalisme photographique. ■

**Michel M. Walter (Hrsg.):
Europäisches Urheberrecht**

Kommentar, Springer-Verlag/Wien, 2001,
XXXVI/1'221 Seiten.

Im Urheberrecht ist die europäische Harmonisierung weniger weit fortgeschritten als in allen anderen Bereichen des Immaterialgüterrechts. Immerhin hat der Rat bereits zu fünf Teilbereichen Richtlinien erlassen (Software-Richtlinie, Schutzdauer-Richtlinie, Vermiet- und Verleih-Richtlinie, Satelliten- und Kabel-Richtlinie, Datenbank-Richtlinie), und in zwei weiteren Bereichen ist die Vorbereitung bereits sehr weit fortgeschritten (Folgericht-Richtlinie, Info-Richtlinie). Bei diesem fragmentarischen Vorgehen ist es jedoch nicht immer einfach, den Überblick zu behalten. Hier bietet das besprochene Werk eine ausgezeichnete Hilfestellung: Dessen primäres Ziel besteht eben darin, «eine wissenschaftliche Zwischenbilanz der bisher erreichten Harmonisierung dieses Rechtsgebietes zu ziehen».

Dem Herausgeber ist es dabei gelungen, mit Silke von Lewinski, Walter Blocher, Thomas Dreier, Felix Daum und Walter Dillenz ausgezeichnet qualifizierte Mitautoren zu gewinnen, welche die einzelnen Richtlinien resp. gemeinsamen Standpunkte des Rates kompetent und z.T. sehr ausführlich kommentieren. Die konkrete Umsetzung der jeweiligen Harmonisierungsvorgaben wird allerdings nur exemplarisch für Deutschland und Österreich erläutert. Diese Auswahl reflektiert die Herkunft der Autoren, ist jedoch bedauerlich: Wesentlich interessanter als Österreich wäre z.B. England oder Frankreich gewesen, welche sich in ihrer Urheberrechtstradition von Deutschland z.T. wesentlich unterscheiden.

Abgerundet wird das Werk durch eine einleitende Darstellung der Mechanismen des Gemeinschaftsrechts und einen knappen Überblick über den Stand der Harmonisierung sowie die verbleibenden Aufgaben.

Mit ihrem Ziel, einen Kommentar zum europäischen Urheberrecht zu verfassen, haben die Autoren Neuland beschritten; dieser Mut verdient Respekt und Anerkennung. Als Zwischenbilanz konzipiert bleibt der Charakter des Werkes jedoch ein vorläufiger, weshalb dasselbe, jedenfalls in der Schweiz, kaum die Bedeutung erhalten dürfte, welche es aufgrund seines wissenschaftlichen Gehaltes verdienen würde. ■

PROF. EUGEN MARBACH, BERN

matière de concurrence déloyale. L'auteur aborde évidemment de nombreuses questions qui intéressent spécialement les médias. Ne comptons cependant pas sur Carl Baudenbacher pour proposer que les journalistes soient sortis du champ d'application de la LCD. L'auteur, très familier du droit allemand, auquel il fait d'ailleurs une large place, reste, pour une fois, insensible aux exemples d'outre-Rhin. Il estime que les dispositions de la loi autorisent des interprétations suffisamment larges pour ne pas empêcher le journalisme économique critique. Au chapitre pénal de la loi, l'auteur passe sous silence les difficultés résultant du flou qui caractérise la liste des procédés déloyaux selon l'art. 3, ainsi que le principe de la responsabilité exclusive de l'auteur lorsque l'acte déloyal est commis et consommé par une publication dans un média.

Le présent commentaire ne saurait en particulier manquer dans les bibliothèques des entreprises de publicité. Il répond à d'innombrables questions qui se posent dans ce domaine, en rappelant la jurisprudence, y compris celle, foisonnante, en Allemagne. Carl Baudenbacher regrette qu'à l'art. 3 let. h, le législateur ait renoncé à inclure parmi les procédés déloyaux les méthodes de publicité agressives et n'ait retenu que les méthodes de vente de ce type. Il partage l'avis qui prévaut en Allemagne selon lequel la publicité qui s'infiltré dans la partie rédactionnelle sans dire son nom tombe sous le coup de la loi. Pour le *product placement*, c'est-à-dire l'utilisation d'objets de marques dans des films, il se veut à juste titre sévère et postule une complète transparence au début ou à la fin du film. Enfin, de nombreux développements sont consacrés à Internet (le *spamming*, les *hyperlinks*) et à la communication électronique en général et aux nouvelles méthodes de vente qui y sont liées. L'auteur se montre soucieux de faire respecter la loi dans ces domaines aussi, mais en tenant compte des caractéristiques de ces nouveaux moyens. ■

PROF. DENIS BARRELET, DETLIGEN

**Carl Baudenbacher:
Lauterkeitsrecht**

Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2001, 1 309 pages

Il est assez rare qu'une loi de 27 articles fasse l'objet d'un commentaire de 1062 pages et de 100 pages d'annexes. Aussi est-il permis de qualifier l'ouvrage de Carl Baudenbacher de bible. Mais le terme est à sa place également si l'on considère le contenu: celui-ci est tout à fait enrichissant, et fait déjà autorité dans toute discussion juridique sur les us, coutumes et règles en

.....

**Schaar Oliver:
Programmintegrierte
Fernsehwerbung in Europa**

Nomos Verlag, Baden-Baden 2001,
302 Seiten

Immer aufdringlicher präsentieren sich dem Fernsehzuschauer sogenannte Werbemischformen, in denen werbliche Kommunikation und redaktionelle Inhalte ineinanderfließen. Sponsoring, Product Placement, virtuelle Werbung und Laufbandwerbung sind zu einem festen Bestandteil der Fernsehrealität geworden. Der Autor beleuchtet Konzepte, werbepsychologische Wirkungsweisen und Gefahren der aktuell massgeblichen Formen programmintegrierter Fernsehwerbung. Mit Blick auf die ununterbrochene Konfrontation des Zuschauers mit «Werbung im Programm» wird untersucht, inwieweit die bereits existierenden Regelungsinstrumentarien auf EU-Ebene und auf der Ebene ausgesuchter Mitgliedstaaten (Deutschland, Grossbritannien, die Niederlande und Spanien) geeignet sind, die unterschiedlichen Formen programmintegrierter Fernsehwerbung zu erfassen und sachgerecht zu regulieren. Schliesslich werden Wege aufgezeigt, die bestehenden Regelungsinstrumentarien zu überarbeiten. ■

**Frank Fechner: Medienrecht.
Lehrbuch des gesamten Medien-
rechts unter besonderer Berück-
sichtigung von Presse, Rundfunk
und Multimedia**

2. Auflage, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen
2001, 359 Seiten

Die Bedeutung der Medien und die damit verbundenen rechtli-
chen Aspekte nehmen in den letzten Jahren sprunghaft zu. Die-
ses Lehrbuch, das für Studierende der Rechts- und Medienwis-
senschaft geschrieben wurde, gibt zunächst einen Überblick über
die Grundlagen des Medienrechts. Im besonderen Teil erfahren
die einzelnen Medien Presse, Buch, Rundfunk, Film und Multi-
media eine differenzierte Darstellung. Jedes dieser Kapitel ist in
Grundlagen, Fallbeispiele und Spezialfragen gegliedert, so dass
sich den Studierenden die komplexe Materie verständlich und
nachhaltig erschliesst. ■

.....

möglich wäre, einen Schutz von Werken zu gewährleisten.
Dabei steht der Schutz von Werken im Internet durch ein vali-
des Geschäftsmodell im Vordergrund. ■

**Philipp Wittgenstein: Die digitale
Agenda der neuen WIPO-Verträge**

Stämpfli Verlag, Bern 2000, 192 Seiten

Im Dezember 1996 hielten Vertreter der WIPO in Genf eine Konferenz ab, deren Ziel es war, das internationale Urheberrecht an das digitale Umfeld anzupassen. Ergebnis dieser Konferenz war die Aushandlung des WIPO Copyright Treaty (WCT) und des WIPO Performance & Phonograms Treaty (WPPT). Diese Arbeit analysiert den in diesen Verträgen vorgeschlagenen Lösungsansatz, der auf einer direkten Übertragung der existierenden Systematik des Urheberrechts auf die neuen Informationstechnologien beruht. Anhand der derzeitigen Veränderungen der Musikindustrie durch das Internet, zeigt der Autor weiter auf, wie es

**Lothar Determann:
Kommunikationsfreiheit im
Internet**

Nomos Verlag, Baden-Baden 1999,
653 Seiten

Die rasante und bisher wenig regulierte Entwicklung des Internet wirft eine Anzahl von Fragen auf, u.a. hinsichtlich Jugend, Ehr-, Verbraucher- und Datenschutz. Das Werk bietet einen konzentrierten Überblick über die Einzelprobleme, die derzeit in der Rechts- und Wirtschaftspraxis diskutiert werden, stellt sie in ihren rechtlichen Zusammenhängen dar und erläutert die rechtsdogmatischen Grundlagen: Was muss aus Sicht der Praxis geregelt werden? Wer darf, wer muss regeln? Inwieweit dürfen Sachverhalte mit Auslandsbezug durch nationale Gesetze normiert werden? Wieviel Schutz muss gewährt werden und in welchem Umfang dürfen hierzu Freiheitsrechte beschränkt werden? ■

.....

Volker Boehrne-Nessler: CyberLaw

Verlag C. H. Beck, München 2001, 347 Seiten

Die vorliegende Publikation konzentriert sich auf die entscheidenden Strukturen, Zusammenhänge und Rechtsentwicklungen im Bereich des Internet-Rechts. Gleichzeitig werden aktuelle Aktivitäten des Gesetzgebers oder Gerichtsurteile berücksichtigt, ohne die sich die dynamische Entwicklung des Internet nicht verstehen lässt. Behandelt werden nicht nur nationale Normen, sondern auch Fragen des internationalen Wirtschaftsrechts, des internationalen Privatrechts und des Europäischen Rechts. ■

Forum-Actualités/Forum-News

Privates Fernsehen in der Schweiz: ein Scherbenhaufen!

Nach dem Aus für TV3 und Tele24 veranstaltete das Schweizerische Forum für Kommunikationsrecht (SF) vor dem Hintergrund der eingeleiteten Revision des RTVG am 5. März 2002 eine Tagung zum Scheitern des privaten Fernsehens in der Schweiz.

Für **B. Cottier**, Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung, ist ein Quervergleich schwierig, auch wenn in ganz Europa öffentlich-rechtliches und privates Fernsehen neben einander bestehen. Die Harmonisierungsbestrebungen sind sowohl beim Europarat als auch in der EU schwach: Im Vordergrund stehen die Regelung von Werbung und Sponsoring sowie die Förderung europäischer Werke (Inhalt und Finanzierung des Service public sowie die Regulierungsbehörden bleiben ausgeklammert). In Frankreich, Österreich, Italien, Schweden und Grossbritannien besteht ein Trend zur Stärkung des Service public durch den nationalen Gesetzgeber. Für **U. Saxer**, Rechtsanwalt, ist der gesetzgeberische Spielraum bei der RTVG-Revision aus wirtschaftlichen Gründen begrenzt: Neben den vom RTVG nicht betroffenen ausländischen Sendern stehe die SRG, so dass für private Anbieter nur noch kleine, sprachregional und z.T. lokal segmentierte Märkte übrig blieben. Der Bundesrat hat sich bei der Schaffung eines dualen Systems mit der SRG als einzige Service public-Anbieterin darauf abgestützt, dass Art. 93 BV kein bestimmtes Modell einer Rundfunkordnung vorsieht. Weitere Grundpfeiler der RTVG-Revision sind die Abschaffung des Drei-Ebenen-Modells sowie die vereinfachte Zulassung privater Anbieter. Da eine Trennung in eine gebührenfinanzierte SRG und in werbefinanziertes Privat-TV kaum verfassungskonform wäre, sei das Gebührensplitting vorzuziehen.

Ch. Stärkle, Belcom AG, hielt fest, dass sich die Rahmenbedingungen durch staatliche Interventionen zu Lasten der Privaten verschoben hätten und der Markt verzerrt worden sei. Während die SRG ihr Produkt dank Gebühreneinnahmen nicht am

Markt alleine zu finanzieren habe, müssten die ausländischen Werbefenster keine Programmkosten decken, was dazu führe, dass diese Sender den Preis für Werbung beliebig senken können. Das schweizerische Privat-TV habe für die Finanzierung nur diesen Werbemarkt. Als Lösung sieht Stärkle ein Gebührensplitting und die Befreiung des Privatfernsehens von bestimmten Werbebeschränkungen. Für **A. Walpen**, GD SRG SSR, besteht die Schweiz aus einem zu kleinen und drei viel zu kleinen Märkten. Die Konkurrenten der SRG seien nicht die anderen schweizerischen, sondern die starken ausländischen Sender, die in der Schweiz über einen Marktanteil von über 50% verfügten. Der Service public sei die Darstellung und Auseinandersetzung mit der schweizerischen Wirklichkeit, stehe für die Solidarität unter den vier Kulturräumen sowie für Qualität und Ethik. Die Werbebranche-Vertreter **A. Lehmann** und **K. Kappeler** beklagten, vor allem die jüngeren Zielgruppen könnten nach dem Ende von TV3 und Tele24 werbetechnisch nicht mehr erreicht werden. Nutzniesser seien vor allem die Printmedien. Für Kappeler sind die Privaten die Triebfeder des TV-Werbemarktes, wovon auch die SRG profitiert. Gemäss **U. Alleman-Cafilisch**, ARBUS, sollte die SRG nicht durch Einschränkungen zugunsten Privater geschwächt werden. Die Verbesserung des Fernsehangebots geschehe nicht über das Herbeizwingen des Privatfernsehens: Um die «Stimme der Schweiz» zu erhalten, müsse man Spielraum für Experimente schaffen und medienübergreifende Allianzen grosser Medienunternehmen schmieden. Laut **M. Dumermuth**, BAKOM, gibt Art. 93 BV dem Fernsehen die generelle Vorgabe, zur Bildung, zur freien Meinungsbildung und zur Unterhaltung beizutragen, ohne zu sagen, wie dies geschehen solle; Wettbewerb sei also nur ein Mittel, und Werbung habe nur eine dienende Funktion. Damit sich die SRG gegenüber Auslandsendern behaupten kann, ist sie neben (zugunsten lokaler Anbieter gesplitteter) Gebühren auch auf Werbegelder angewiesen, zumal die Zahl der Gebührenzahler viel geringer sei als etwa in Deutschland. Schliesslich komme das RTVG nach den Sommerferien in die Kommission des Erstrates. Bezüglich Gebührensplitting seien eine Aufteilung der Schweiz in 10-12 Gebiete und eine Ausschreibung vorgesehen. ■

SF•FS